

**DE WET ALGEMENE
VOORWAARDEN
EN HET AGB-GESETZ**

mr. R.H.C. Jongeneel

Kluwer, Deventer (1991)
(thans uit de handel)

electronische versie
zonder paginanummers

VRIJE UNIVERSITEIT TE AMSTERDAM

DE WET ALGEMENE
VOORWAARDEN
EN HET AGB-GESETZ

ACADEMISCH PROEFSCHRIFT

ter verkrijging van de graad van doctor aan
de Vrije Universiteit te Amsterdam
op gezag van de rector magnificus
dr. C. Datema,
hoogleraar aan de faculteit der letteren,
in het openbaar te verdedigen
ten overstaan van de promotiecommissie
van de faculteit der rechtsgeleerdheid
op donderdag 20 juni 1991 te 15.30 uur
in het hoofdgebouw van de universiteit,
De Boelelaan 1105

door

Rokus Han Cornelis Jongeneel

geboren te Bleskensgraaf c.a.

Kluwer - Deventer - 1991

Promotor: prof. mr. A.J.O. baron van Wassenaer van Catwijck (†)
Copromotor: prof. mr. E.H. Hondius
Referent: prof. mr J.H. Nieuwenhuis

WOORD VOORAF

Wetenschappelijk onderzoek heet een eenzaam avontuur te zijn. Een avontuur was het onderzoek waarop dit proefschrift berust zeker: er is in veel opzichten iets anders uitgekomen dan ik verwacht had. Zo bleek rechtsvergelijking veel belangrijker en veel vruchtbaarder dan ik oorspronkelijk gedacht had.

De eenzaamheid van het avontuur viel mee. Gelukkig was er een aantal mensen in mijn omgeving die mij op mijn reis begeleidden. Allereerst dank ik mijn promotoren, die met hun suggesties en kanttekeningen het boek zeer hebben verrijkt. Ik had me de samenwerking niet prettiger en vruchtbaarder kunnen voorstellen.

De collega's op de VU met wie ik dagelijks kon spreken over onderwerpen die dit proefschrift raken - vooral na de oprichting van het Expertisecentrum modelcontracten en algemene voorwaarden (E.C.M.A.) - hebben meer voor dit boek betekend dan ze zelf weten; in het bijzonder wil ik noemen: Cyril Christiaans, Edwin van Wechem en Bob Wessels; de laatste heeft ook als lid van de promotiecommissie veel nuttige aanwijzingen gegeven.

De Consumentenbond bood mij gelegenheid om in het kader van een onderzoekstage dossiers te bestuderen en onderhandelingen over algemene voorwaarden van dichtbij mee te maken. Aan mijn verblijf bij de Bond heb ik prettige herinneringen.

IBM stelde het E.C.M.A. in het kader van een joint study-agreement computerapparatuur ter beschikking. Met behulp van deze apparatuur (waaronder een scanner) is een databank ontwikkeld met o.a. de volledige tekst van de kamerstukken en met uittreksels van literatuur, Nederlandse en Duitse rechtspraak. Dit heeft het onderzoek zeer vergemakkelijkt en versneld.

Student-assistente Irene Lintink verrichtte geduldige puzzelwerk, waarvoor ik haar dank zeg; het maakte mij mogelijk naar de 'Parlementaire Geschiedenis' te verwijzen in plaats van naar de kamerstukken.

Marianne Niemeyer dank ik voor het nazien van de 'Zusammenfassung'.

Marleen gaf haar kritische commentaar - dat vooral de duidelijkheid van het boek ten goede is gekomen - als juriste die wel in het privaatrecht thuis is, maar niet in de Wet algemene voorwaarden. Helaas kun je die rol maar éénmaal spelen.

Han Jongeneel

AFKORTINGEN

AA	Ars Aequi
ADSp	Allgemeine Deutsche Spediteurbedingungen
AcP	Archiv für den civilistischen Praxis
afd.	afdeling
AG	Amtsgericht
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGB-Gesetz, AGBG	Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen vom 9.12.1976, BGBl. I S. 3317 (in werking getreden op 1-4-77)
ArbG	Arbeitsgericht
Anm.	Anmerkung
art.	artikel, artikelen
BAG	Bundes Arbeits Gericht
BauR	Baurecht
BB	Betriebs Berater
Bb	Nieuwsbrief Bedrijfsjuridische berichten
Begr.Reg.E.	Begründung Regierungsentwurf, BT-Dr. 7/3919
Betr.	Der Betrieb
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BR	Bouwrecht
BW	Burgerlijk Wetboek
CCA	Commissie voor consumenten-aangelegenheden van de Sociaal-Economische Raad
CISG	United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Wenen 1980
DM	Deutsche Mark
EV I (Inv.)	Eindverslag aan de Eerste Kamer (Invoeringswetgeving)
EV II (Inv.)	Eindverslag aan de Tweede Kamer (Invoeringswetgeving)
HGB	Handelsgesetzbuch
HR	Hoge Raad
Inv.	Invoeringswet
JR	Juristische Rundschau
i.c.	in casu
Ktg	Kantongerecht
KwNBW	Kwartaalbericht Nieuw BW

LAG	Landes Arbeitsgericht
LG	Landgericht
LUF	Loi uniforme sur la formation des contract de vente international des object mobiliers corporels; Eenvormige wet inzake de totstandkoming van internationale koopovereenkomsten betreffende roerende lichamelijke zaken
LUVI	Loi uniforme sur la vente international des object mobiliers corporels; Eenvormige wet inzake de internationale koop van roerende lichamelijke zaken
m. Anm.	mit Anmerkung
MDR	Monatschrift für Deutsches Recht
m.i.	mijns inziens
m.nt.	met noot
MO I (Inv.) (Invoeringswet)	Mondeling Overleg Eerste Kamer
MvA I (Inv.)	Memorie van antwoord aan de Eerste Kamer (Invoeringswet)
MvA II (Inv.)	Memorie van antwoord aan de Tweede Kamer (Invoeringswet)
MvT (Inv.)	Memorie van toelichting (Invoeringswet)
NBW	Nieuw Burgerlijk Wetboek
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJB	Nederlands Juristenblad
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungs-Report Zivilrecht
Nota II (Inv.)	Nota naar aanleiding van het (eind)verslag (Invoeringswetgeving)
nr.	nummer, nummers
NvW (O)INBW	Nota van wijziging (Ontwerp) Invoeringswet Boeken 3, 5 en 6 van het nieuwe Burgerlijk Wetboek
OLG	Oberlandesgericht
p.	pagina
Prg	Praktijkgids
Rb	Rechtbank
Rdnr.	Randnummer
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RO	Wet op de Rechterlijke Organisatie
Rv	Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering
RvdW	Rechtspraak van de week
RvT Schadeverz.	Raad van Toezicht op het Schadeverzekeringsbedrijf
SER	Sociaal-Economische Raad
Stb	Staatsblad

Swoka	Stichting wetenschappelijk onderzoek consumentenaangelegenheden
t.a.p.	ter aangehaalde plaats
TvC	Tijdschrift voor Consumentenrecht
VC II (Inv.)	Vergadering van de vaste commissie voor justitie van de Tweede Kamer (Invoeringswetgeving)
VersR	Versicherungsrecht
vgl.	vergelijk
VOB	Verdingungsordnung für Bauleistungen
VV I (Inv.)	Voorlopig verslag, Eerste Kamer (Invoeringswetgeving)
VV II (Inv.)	Voorlopig verslag, Tweede Kamer (Invoeringswetgeving)
VVG	Versicherungsvertragsgesetz
WCAO	Wet op de collectieve arbeidsovereenkomst
WPNR	Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie
WM	Wertpapier Mitteilungen
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insol- venzpraxis

LIJST VAN VERKORT AANGEHAALDE WERKEN

Op deze lijst zijn alleen de werken opgenomen die vaker dan éénmaal zijn aangehaald.

AGBE (delen I t/m V)	H.J. Bunte, Entscheidungssammlung zum AGB-Gesetz, Heidelberg (vanaf 1982).
Asser-Hartkamp I	A.S. Hartkamp, Asser-Hartkamp I, De verbintenissen in het algemeen, achtste druk, Zwolle (1988).
Asser-Hartkamp II	A.S. Hartkamp, Asser-Hartkamp II, Algemene leer der overeenkomsten volgens het nieuwe burgerlijke Wetboek, achtste druk, Zwolle (1989).
Bakels	F.B. Bakels, Artikel 6.5.2.8, lid 3 NBW nader bezien, WPNR (1984) 5695, p. 257-262.
Bartsch	M. Bartsch, Der begriff des "Stellens" Allgemeiner Geschäftsbedingungen / Dargestellt an der AGB-Kontrolle im Bauherrenmodell, NJW 1986, p. 28-31.
Beckmann	R.W. Beckmann, Die Zulässigkeit von Preis- und Prämieanpassungsklauseln nach dem AGB-Gesetz
Bohle en Micklitz	W. Micklitz en W.H. Bohle, Erfahrungen mit dem AGB-gesetz im nichtkaufmännischen Bereich/ Ein Zwischenbilanz nach sechs Jahren, BB 1983, bijlage Heft 11.
Brandner en Kummer	H.E. Brandner en J. Kummer, 10 Jahre Inhaltskontrolle nach dem AGB-Gesetz in der Rechtsprechung des BGH, VuR 1987/3, p. 121-126.
Bregstein	M.H. Bregstein, De betekenis der wilsovereenstemming voor de uitlegging van overeenkomsten, Rede Rotterdam, Haarlem (1935).
Bunte, Erfahrungen	H.J. Bunte, Erfahrungen mit dem AGB-Gesetz/ Eine Zwischenbilanz nach 4 Jahren, AcP 1981, p. 31-67.

Bunte, Handbuch	H.J. Bunte, Handbuch der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, München, (1982).
Bunte, Zehn Jahre AGBG	H.J. Bunte, Zehn Jahre AGB-Gesetz / Rückblick und Ausblick, NJW 1987, p. 921-928
CCA-advies	Sociaal-Economische Raad, Advies inzake het vraagstuk van de toepassing van standaardvoorwaarden bij transacties met de consument, uitgebracht door de commissie voor consumentenaangelegenheden aan de minister van justitie en van van economische zaken, SER-uitgaven 1978 nr. 7.
Contractenrecht VII (Hondius)	E.H. Hondius, Contractenrecht VII, Deventer, losbladig.
Van Dunné	J.M. van Dunné, Verbintenissenrecht in ontwikkeling / Op de grenzen van geldend en wordend recht, supplement 1987, Deventer (1987).
Van Erp, diss.	J.H.M van Erp, Contract als rechtsbetrekking / Een rechtsvergelijkende studie, diss. Tilburg, Zwolle (1990).
Gras, diss.	F.A.J. Gras, De sociale werkelijkheid van het standaardcontract / Een rechtssociologisch onderzoek, diss. Amsterdam (1984).
Hensen	H.D. Hensen, Die Auswirkungen des AGB-Gesetzes auf den kaufmännischen Verkehr, NJW 1987, p. 1986-1988.
Von Hippel	E. von Hippel, Verbraucherschutz, 3. Aufl., Tübingen (1986).
Holzhauser/Teijl	R.W. Holzhauser, R. Teijl e.a., Inleiding rechts-economie, Arnhem (1989).
Hondius, diss.	E.H. Hondius, Standaardvoorwaarden / Rechtsvergelijkende beschouwingen over standaardisering van kontraktsbedingen en overheidstoezicht daarop, diss. Leiden, Deventer (1978).

Hondius, NJV	E.H. Hondius, Naar een wettelijke regeling van algemene voorwaarden, Preadvies NJV, Handelingen NJV 1979, p. 91-290.
Hondius, Unfair Terms	E.H. Hondius, Unfair Terms In Consumer Contracts, Utrecht (1987).
Hijma, diss.	Jac. Hijma, Nietigheid en vernietigbaarheid van rechthandelingen, diss. Leiden, Deventer (1988).
Jongeneel, Knelpunten	R.H.C. Jongeneel, Knelpunten in de regeling van de consumentenkoop, NJB 1988, p. 1231-1236.
Jongeneel, Koop en consumentenkoop	R.H.C. Jongeneel, Koop en consumentenkoop, 2e druk, Zwolle 1990.
Koch/Stübing	Allgemeine Geschäftsbedingungen, Kommentar (1977).
Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner	Kommentar zum AGB-Gesetz, 1. Aufl. (1977); Großkommentar zum AGBG, Band II " 10-30, 2. Aufl. (1983).
Lutjens en Wessels	E. Lutjens en B. Wessels, Algemene voorwaarden, arbeidsovereenkomst en pensioenverhoudingen, NJB 1987, blz. 133-139.
Münch. Komm.-bewerker	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Aufl., München (1984).
Nieuwenhuis, diss.	J.H. Nieuwenhuis, Drie beginselen van contractenrecht, diss. Leiden, Deventer (1979).
Ohlendorf-von Hertel	B. Ohlendorf-von Hertel, Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen im kaufmännischen Geschäftsverkehr gemäß ' 24 AGB-Gesetz, Heidelberg (1988).
Van Ommeren	F.J. van Ommeren, Rechterlijke toetsing van algemene voorwaarden van de overheid, NJB 1990, p. 132-137.

Palandt-bewerker	Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch (gedeelte over het AGBG bewerkt door H. Heinrichs en A. Heldrich), 47. Aufl. München (1988).
Parl. Gesch.	C.J. van Zeben en J.W. Du Pont, Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, Deventer (1982).
Parl. Gesch. (Inv. 3, 5 en 6)	C.J. van Zeben en J.W. Du Pont (eindredactie) Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, Invoering Boeken 3, 5 en 6, Deventer (1990).
Pflug	H.J. Pflug, Kontrakt und Status im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, München (1986).
Van der Puil	J. van der Puil, Inkoopvoorwaarden in de praktijk, Deventer/Den Haag (1986).
Rabe	D. Rabe, Die Auswirkungen des AGB-Gesetzes auf den kaufmännischen Verkehr, NJW 1987, p. 1978-1985.
Raiser	L. Raiser, Das recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (1935).
Rijken/Mölenberg/ Verstappen	G.J. Rijken, en J.M.P. Verstappen, Algemene voorwaarden in het toeristisch-recreatieve verkeer / Een onderzoek naar de juridische gevolgen van de komende Wet Algemene Voorwaarden voor een aantal in het toeristisch-recreatieve verkeer in overeenkomsten met consumenten gebruikte algemene voorwaarden, Swoka onderzoeksrapport 1990, 89.
RWS-Forum	H. Heinrichs, W. Löwe, en P. Ulmer, Zehn Jahre AGB-Gesetz / RWS-Forum 2, Köln (1987).
Schlosser	Schlosser, AGB-Gesetz, 1980.
Schlosser/Coester- Waltjen/Graba	Kommentar zum Gesetz zur Regelung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 1977.

Schoordijk	H.C.F. Schoordijk, Battle of forms, WPNR 5489 (1979), p. 501-505.
Soergel-bewerker	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 12. Aufl. (1987).
Sluijter	H.J. Sluijter, Standaardcontracten / De grenzen van de particuliere wetgever, Deventer 1972.
Spier	J. Spier, Het wetsontwerp algemene voorwaarden: voor de praktijk funest, KwNBW 1984, p. 129-131.
Staudinger -bewerker	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 12. Aufl., (1978ff).
Ulmer/Brandner/ Hensen	P. Ulmer, H.E. Brandner, H.D. Hensen, H. Schmidt, AGB-Gesetz, 6. Aufl., Köln (1990).
Van der Velden	F.J.A. van der Velden, Uniform International Sales Law and the Battle of Forms, Unification and comparative Law in Theory and Practice (Sauveplanne-bundel), Deventer (1984).
Vollebrecht	J.E. Vollebrecht, Wetsontwerp algemene voorwaarden, NJB 1984, p. 809-815.
Vranken	J.B.M. Vranken, Mededelings-, informatie- en onderzoeksplichten in het verbintenissenrecht, Zwolle (1989).

Van der Werf, diss.	H.G. van der Werf, Gebondenheid aan standaardvoorwaarden, diss. Nijmegen, Arnhem (1980).
Wessels/Jongeneel	B. Wessels en R.H.C. Jongeneel, Algemene Voorwaarden/ De nieuwe regeling in afd. 6.5.2A, toegelicht voor de praktijk, Zwolle (1987).
Wessels en Noordam	B. Wessels en A.J. Noordam, De 'grote ondernemingen' in art. 6:235 lid 1 (6.5.2A.1c lid 1) Nieuw BW, TVVS 1990, p. 58-62.
Willemsen	H.J. Willemsen, Schutz des Verbrauchers vor Aufrechterhaltung unwirksamer AGB-Klauseln als "Individualvereinbarung", NJW 1982, p. 1121-1126.
Zeylemaker	J. Zeylemaker, Is het wenselijk onze burgerlijke wetgeving aan te vullen met bepalingen omtrent "standaard contracten" en zo ja, naar welke beginselen?, Preadvies NJV, Handelingen NJV 1948.

INHOUD

Woord vooraf	i
Afkortingen	ii
Lijst van verkort aangehaalde werken	v
Inhoud	xi
HOOFDSTUK 1 INLEIDING	1
1.1. Algemene voorwaarden	1
1.2. Probleemstelling	2
1.3. Terminologie	4
1.4. Methode van onderzoek	4
1.5. Ander onderzoek naar algemene voorwaarden	5
1.6. Overzicht van het boek	6
1.7. Leeswijzer	7
HOOFDSTUK 2 ALGEMENE VOORWAARDEN, EEN EERSTE VERKENNING	9
2.1. Overzicht	9
2.2. Het probleem algemene voorwaarden in de wets- geschiedenis en de literatuur	9
Een greep uit de geschiedenis van het ontwerp (9); Voor- en nadelen van algemene voorwaarden (11); Mogelijke oplossingen (12)	
2.3. Een inleiding op afdeling 6.5.3 en het AGB-Gesetz	18
De grenzen van de regelingen (18); Gebondenheid aan algemene voorwaarden, de informatieplicht (19); Voorrang van individuele bedingen; de contra-proferentem-regel (19); Inhoudelijke toetsing van bedingen (19); Collectieve actie (20); Beklemde detaillist (21); Internationale aspecten (21)	
2.4. Ervaringen met het AGB-Gesetz	21
Algemeen (22); Doorwerking (24); Grenzen van de regeling (24); Toepasselijkheid van het AGBG op 'Kaufleute' (25); Aard van de inhoudelijke toetsing (25); Toetsing van 'Konditionenempfehlungen' door het Bundeskartellamt (26); Kwaliteit en hanteerbaarheid van de wet (26); Afzonderlijke bepalingen (26)	

HOOFDSTUK 3 DE GRENZEN VAN AFDELING 6.5.3 NBW	31	
3.1. Overzicht	31	
3.2. De omschrijving van algemene voorwaarden	31	
3.3. 'Eén of meer'	34	
3.4. 'Schriftelijk'; het mondelinge beding	34	
3.5. 'Beding'	35	
Duitsland (37); Twee wegen (38); Statuten en reglementen als algemene voorwaarden? (39)		
3.6. 'Concept'-bedingen.....	40	
3.7. Het bestemmingscriterium	41	
3.8. Kernbedingen	42	
Gegevens uit de parlementaire geschiedenis (42); Twee Duitse visies (44); Toetsing van de dekkingsomschrijving bij de verzekeringsovereenkomst (50); Gevolgtrekkingen voor Nederland (49); Nogmaals: de dekkingsomschrijving bij de verzekeringsovereenkomst (50); "In beginsel" (52); Iustum-pretium-leer bij de toetsing van niet-kernbedingen? (53); Gevolgen (54)		
3.9. Algemene voorwaarden en individuele afspraken; onder- handelingen over algemene voorwaarden	54	
Individuele bedingen (57); Individuele bedingen naar Duits recht (54); De regel van '4 (60); De Nederlandse regeling en 'werkelijke overeenstemming' (59); De voorrang van individuele afspraken (60)		
3.10. 'Onbepaald aantal te sluiten overeenkomsten'		61
3.11. 'Overeenkomsten van bepaalde aard'		62
3.12. Stellen van de voorwaarden		62
3.13. Vormkenmerken		63
3.14. Art. 6:245: de uitgesloten overeenkomsten		64
Nederland: arbeidsovereenkomst en CAO uitgesloten (64); Uitgesloten overeenkomsten in het Duitse recht (68)		
HOOFDSTUK 4 GEBRUIKERS EN WEDERPARTIJEN.....	69	
4.1. Overzicht	69	
4.2. De gebruikers	69	
4.3. De overheid als gebruiker	74	
4.4. Verschillende soorten wederpartijen	76	
4.5. De consument als wederpartij	78	
4.6. 'Grote wederpartijen'.....	80	

HOOFDSTUK 5	GEBONDENHEID EN INFORMATIEPLICHT.....	87	
5.1.	Overzicht	87	
5.2.	Gebondenheid	87	
	Oud en nieuw recht: weinig verschillen (87); Gebondenheid volgens Nederlands recht (90); Gebondenheid volgens het Duitse recht (98); Een hoofdregel met enige kanttekeningen (104)		
5.3.	De theoretische constructie van de gebondenheid	106	
5.4.	De gebondenheid aan kernbedingen	112	
5.5.	De informatieplicht jegens consumenten en 'kleine wederpartijen'.....	113	
	Depot (115); Bestendig gebruikelijke bedingen (116); De informatieplicht in Duitsland (117); Vergelijking van de Duitse en Nederlandse informatieplicht (119)		
5.6.	De informatieplicht jegens 'grote' wederpartijen.....	122	
5.7.	Strijdigheid van algemene voorwaarden ('the Battle of Forms').....	124	
5.8.	Algemene voorwaarden in een duurzame contractuele relatie		132
5.9.	De leesbaarheid en begrijpelijkheid van algemene voorwaarden	135	
	Duitsland; het 'Transparanzgebot' (136); Inhoudelijke toetsing of schending van de informatieplicht (141)		
HOOFDSTUK 6	TOETSING.....	143	
6.1.	Inleiding.....	143	
6.2.	Toetsvolgorde.....	143	
6.3.	.Wet, openbare orde, goede zeden, redelijkheid en billijkheid		146
6.4.	Wilsgebreken.....	148	
6.5.	De contra-proferentem-regel.....	152	
	Nederlandse uitlegeregels: slechts in de jurisprudentie (152); 'Zweifel bei der Auslegung...' (156); De contra-proferentem-regel na de inwerkingtreding van afd. 6.5.3 (161)		
6.6.	Overzicht van de toetsnormen in afd. 6.5.3.....	163	
6.7.	De verhouding van de open norm tot de redelijkheid en billijkheid.....	164	
6.8. De beklemde detaillist		166
6.9.	Conversie en partiële nietigheid	168	
	Conversie (169); Partiële nietigheid (171); Duitsland (172); Schade door het naleven van een nietig beding (178); Lessen voor Nederland (179)		
6.10. De tweede fase		180
	Twee-fasen-toetsing: literatuur en parlementaire geschiedenis (180); Trapsgewijze toetsing in Duitsland (182); De tweede fase in de Nederlandse rechtspraak (183)		

HOOFDSTUK 7 DE OPEN NORM	185
7.1. Inleiding.....	185
7.2. Onredelijk bezwarend	185
De Duitse open norm (185); De betekenis van aanvullend recht (189); Een Europese open norm (191)	
7.3. Omstandigheden	191
De Nederlandse parlementaire geschiedenis (191); Omstandigheden: de Duitse rechtspraak (193); aard van de overeenkomst (193); overige inhoud van de overeenkomst (193); wijze van totstandkoming (194); wederzijds kenbare belangen (195); overige omstandigheden (199); Terug naar Nederland (201)	
7.4. Drie beginselen van contractenrecht	208
Bedingen die de autonomie van de wederpartij aantasten (211); Bedingen die het vertrouwen van de wederpartij aantasten (213); Bedingen die het causabeginsel aantasten ten nadele van de wederpartij (214); Niet in te delen: bedingen die de privacy van de wederpartij aantasten (215)	
7.5. Verrassende bedingen	216
Duitsland: een wettelijke regel voor alle wederpartijen (217); Nederland: verrassend is (doorgaans) onredelijk bezwarend (222)	
7.6. Concrete en abstracte toetsing.....	222
HOOFDSTUK 8 DE ZWARTE EN GRIJZE LIJST	225
8.1. Overzicht	225
8.2. De open norm en de lijsten	225
Rechtszekerheid en voorbeeldfunctie (225) Duitsland: lijsten met of zonder waarderingsmogelijkheid (229) Overeenstemmende systemen (230)	
8.3. De lijsten en de regeling van de consumentenkoop.....	230
8.4. Art. 6:236 onder b: ontbinding van de overeenkomst	232
Duitsland (233); Toepassing relatief eenvoudig (235)	
8.5. Art. 6:236 onder i: prijsverhoging.....	237
Bedingen over prijsverhoging in Duitsland (240); Het verschil is het ontbindingsrecht (246)	
8.6. Art. 6:237 onder b: beperking van de inhoud van de prestatieplicht.....	249
Duitsland: wezenlijke rechten of verplichtingen (253); Wat de wederpartij redelijkerwijs mocht verwachten (255)	
8.7. Art. 6:237 onder d: beëindiging van de overeenkomst	258
Duitsland: gerechtvaardigde grond (259); Bedingen betreffende beëindiging in het handelsverkeer (265); Beëindiging alleen op goede gronden (266)	

8.8. Reflexwerking	271
'Indizwirkung': omstreden in Duitsland (276); Vuistregels voor reflexwerking (282); Enige voorbeelden (288); Reflexwerking via de open norm (290)	
Conclusie en vooruitzicht.....	292
Nawoord.....	293
Samenvatting	395
Zusammenfassung	306
Wetteksten	318
Register van Nederlandse rechtspraak	331
Register van Duitse rechtspraak	334
Register van wetsartikelen, tevens conversietabel.....	341
Trefwoordenregister	346
Expertisecentrum Modelcontracten en Algemene Voorwaarden....	352
Curriculum Vitae	353

HOOFDSTUK 1 INLEIDING

1.1 Algemene voorwaarden

1. Algemene voorwaarden zijn gestandaardiseerde contractsbepalingen. Deze komen reeds sinds mensenheugenis voor.¹ Rond het einde van de jaren zeventig groeide in Nederland het inzicht dat redelijke algemene voorwaarden nuttig en zelfs onmisbaar zijn, maar dat er ook veel onredelijke algemene voorwaarden voorkomen en dat deze bestreden worden moeten.² In 1981 werd als vrucht van dit gegroeide besef het ontwerp voor afdeling 6.5.3 NBW bij de Tweede Kamer ingediend.³ Deze afdeling, die in dit boek centraal staat, is niet geschreven om het gebruik van algemene voorwaarden terug te dringen, maar om dit te reguleren.

Algemene voorwaarden worden in het rechtsverkeer veel gebruikt, zowel in overeenkomsten van bedrijven met consumenten als in overeenkomsten tussen bedrijven onderling. Gras heeft rechtssociologisch onderzoek gedaan naar de omvang van het gebruik van algemene voorwaarden. Hij komt tot de conclusie dat zowel in het Nederlandse bedrijfsleven als geheel als in de afzonderlijke bedrijfstakken het percentage bedrijven dat algemene voorwaarden gebruikt, zowel bij de inkoop als bij de verkoop, overal groter is dan 50%, meestal zelfs groter dan 80%. Het merendeel van de ondernemingen gebruikt met hoge frequentie algemene voorwaarden, zodat het geschatte percentage transacties waarbij algemene voorwaarden worden gebruikt praktisch in alle door Gras onderzochte branches groter is dan 50%.⁴

In de meeste gevallen zijn algemene voorwaarden eenzijdig opgesteld en heeft de wederpartij geen invloed op de inhoud. Vaak kent de wederpartij de voorwaarden die zij aanvaardt niet eens. Het is dan ook niet verbazend dat er in algemene voorwaarden nogal eens onredelijke bedingen voorkomen.

De wet omschrijft algemene voorwaarden als volgt:

"een of meer schriftelijke bedingen die zijn opgesteld teneinde in een aantal overeenkomsten te worden opgenomen, met uitzondering van bedingen die de kern van de prestatie aangeven".⁵

-
1. Hondius, diss. nr. 52, bespreekt bijvoorbeeld een Oud-Sumerisch contractsmodel (ca. 2550 v. Chr.).
 2. Zie bijvoorbeeld: Hondius, diss. nr. 141 e.v.; bij contractsmodellen en tweezijdige voorwaarden zijn er voor beide partijen vooral voordelen (nr. 157 en 167), bij eenzijdig vastgestelde voorwaarden overtreffen de nadelen de voordelen, althans voor de wederpartij (nr. 167) en Hondius NJV, nr. 9 e.v. en nr. 17 e.v. Zie ook MvT Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1451-1452.
 3. De afdeling is ingevoegd bij Wet van 18 juni 1987, Stb. 87, 327 (Invoeringswet nieuw Burgerlijk Wetboek, tweede gedeelte)(algemene voorwaarden).
 4. Gras, diss., p. 24-25. Hierbij zijn branches buiten beschouwing gelaten waarvan het bekend is dat er zeer veel algemene voorwaarden worden gebruikt, zoals de bank- en verzekeringsbranche en de internationale handel. Zie ook: F.A.J. Gras, *Standaardcontracten / een rechtssociologische analyse*, Deventer (1979). In veel branches geldt volgens Gras dat "... *het kontraktenrecht in feite standaardkontraktenrecht geworden is*", Gras, diss. p. 26.
 5. Art. 6:231 onder a.

Uit deze wettelijke omschrijving van algemene voorwaarden blijkt dat het gaat om gestandaardiseerde contractsbepalingen die zijn bedoeld om in een aantal overeenkomsten te worden gebruikt en die doorgaans zonder onderhandelingen in overeenkomsten worden opgenomen.⁶

Het accent valt in afd. 6.5.3 op regels om de inhoud van algemene voorwaarden te toetsen. De opzet van de afdeling lijkt veel op het Duitse AGB-Gesetz.⁷

1.2 Probleemstelling

2. Het onderzoek dat in dit proefschrift is neergelegd heeft zich geconcentreerd op het komend recht met betrekking tot algemene voorwaarden, met als uitgangspunt de in afdeling 6.5.3 gegeven regeling. De probleemstelling die daarbij tot leidraad diende is puntsgewijs in de volgende vragen weer te geven:

- Wat zijn algemene voorwaarden en welke problemen zijn verbonden aan het gebruik van algemene voorwaarden? Welke oplossingen kiest het NBW?
- Welke soorten contractspartijen onderscheidt afd. 6.5.3 en welke bescherming tegen onredelijk bezwarende voorwaarden is daaraan gekoppeld?
- Wanneer is een wederpartij aan algemene voorwaarden gebonden en wat houdt de in afd. 6.5.3 geregelde informatieplicht in?
- Hoe verhouden de normen van afd. 6.5.3 zich tot de buiten die afdeling geregelde toetsnormen.
- Wat houdt de open norm ('onredelijk bezwarend') in? Hoe verhoudt de open norm zich tot de zwarte en grijze lijst? Hoe moeten de zwarte en grijze lijst worden toegepast.
- Welk belang heeft de Duitse literatuur en rechtspraak voor de beantwoording van deze vragen?

3. Uit deze probleemstelling blijkt dat ik een aantal vragen niet behandel. Zo zal ik nauwelijks ingaan op de vraag of de nieuwe regeling van de algemene voorwaarden eigenlijk wel nodig was. Deze vraag is uitgebreid aan de orde geweest in de behandeling van afd. 6.5.3 in de Tweede⁸ en Eerste⁹ Kamer.

6. Zie over het begrip algemene voorwaarden en de wettelijke omschrijving daarvan in art. 6:231 onder *ann.*45.
7. Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen vom 9.12.1976, BGBl. I S. 3317. De wet is op 1 april 1977 in werking getreden in de Bondsrepubliek Duitsland en geldt sinds 1 juli 1990 ook in de voormalige DDR; zie § 23 van het "Gesetz über die Inkraftsetzung von Rechtsvorschriften der Bundesrepublik Deutschland in der Deutschen Demokratischen Republik vom 21.6.1990 (BGBl. I, Nr. 34 S. 357)".

Volgens de minister is voor afd. 6.5.3 een systeem gekozen "...dat zeer veel lijkt op dat in de Bondsrepubliek", VC II d.d. 1-10-84, Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1505.

8. O.a.: MvT Inv.; VV II Inv.; MvA II Inv.; VC II Inv. d.d. 1-10-84, Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1451-1455 resp. 1460-1461 resp. 1461-1462 resp. 1464-1495.

9. VVI Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1512; MvA I Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1513-1515.

Hoe zich het recht zou hebben ontwikkeld als afd. 6.5.3 niet tot de belangrijkste nieuwe elementen in het NBW zou hebben behoord, is niet na te gaan. De ontwikkeling van een bescherming tegen onredelijke algemene voorwaarden in de rechtspraak op basis van de onder het 'oude recht' bestaande middelen (met name de toetsing aan de goede trouw/redelijkheid en billijkheid) zou denkbaar zijn.¹⁰ Deze zou echter naar alle waarschijnlijkheid trager verlopen.¹¹ Bovendien zouden de oplossingen geen mogelijkheid bieden om 'het collectieve verschijnsel der algemene voorwaarden'¹² met een collectieve actie aan te pakken.¹³ De discussie over de noodzaak van afd. 6.5.3 laat ik in dit proefschrift verder rusten; dat staat kritische kanttekeningen betreffende de inhoud van de in afd. 6.5.3 gegeven regeling natuurlijk niet in de weg. Een paragraaf over de geschiedenis van het verschijnsel algemene voorwaarden ontbreekt in deze dissertatie; in eerdere dissertaties is reeds voldoende historisch materiaal verzameld.¹⁴ Wel zal ik aandacht besteden aan de wordingsgeschiedenis van afdeling 6.5.3. Daarbij komt veel gewicht toe aan de kamerstukken. Maar het gewicht moet ook weer niet worden overschat: de parlementaire geschiedenis kan naar ik meen worden gezien als een 'bron van argumenten'. Anders gezegd: de kamerstukken hebben een 'betrekkelijk gezag'; de NBW-exegeet is er niet zonder meer aan gebonden.¹⁵ Uit de gekozen probleemstelling volgt dat ik de situatie in het 'oude' recht grotendeels onbesproken zal laten. De kloof tussen het 'oude' en 'nieuwe' recht is overigens door de jurisprudentie gedeeltelijk overbrugd doordat in de arresten Van der Meer/Smilde¹⁶ en Hooijen/de Tilburgse¹⁷ op de nieuwe regeling is geanticipeerd. Hoewel de Hoge Raad in het tweede arrest een stap terug doet wat betreft de bewijslastverdeling is de kern van het eerste arrest gehandhaafd: de inhoud van algemene voorwaarden kan worden getoetst aan de goede trouw, waarbij argumenten kunnen worden ontleend aan afd. 6.5.3.¹⁸

-
10. Vgl. MvA II Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1568.
 11. Vgl. over de Duitse situatie: Bunte, in nr. 25. De MvA II noemt t.a.p. ook de rechtszekerheid als argument. Men bedenke dat de rechtspraak waarin de HR een tamelijk vergaande inhoudelijke toetsing van algemene voorwaarden heeft toegepast op grond van de goede trouw, juist gezien moeten worden als anticipatie op afd. 6.5.3.
 12. Vgl. MvT Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1762.
 13. Afgezien van het feit dat er inmiddels een voorontwerp ligt waarin een algemene mogelijkheid wordt geschapen om collectief te ageren, zie het Voorontwerp Vorderingsrecht Belangenorganisaties. De tekst van het voorontwerp en een bespreking ervan zijn te vinden in P.R. Rodrigues, *Collectieve consumentenacties*, Swoka onderzoeksrapport nr. 60, 's-Gravenhage (1988). Zie ook N.Frenk, *Het voorontwerp vorderingsrecht belangenorganisaties nader geanalyseerd*, RM Themis 1989, 372.
 14. Zie hiervoor Hondius, diss., nr. 48-70 en Van der Werf, diss., p. 19-23.
 15. G.H.A. Schut, *Nieuw BW en de vrijheid van de exegeet*, RMTh 1987, p. 265-268 en G.H.A. Schut, *Het betrekkelijk gezag van de Memorie van Toelichting*, RMTh 1988, p. 357-358.
 16. HR 25-4-86, NJ 86, 714, m.nt. G.; AA 86, p. 816, m.nt. v. Sch.; KwNBW 86, p. 92, m.nt. Hondius, BR 86, p. 690 m.nt. Kleijn.
 17. HR 16-1-87, NJ 87, 553, m.nt. G.; KwNBW 87, p. 63 m.nt. Hondius; TvC 87, p. 267, m.nt. Rijken.
 18. In Van der Meer/Smilde werd een directe inhoudelijke toetsing van algemene voorwaarden aanvaard, op grond

van de goede trouw. Er werd daarbij tamelijk direct geanticipeerd op de grijze lijst. Deze directe inhoudelijke toetsing bleef in Hooijen/de Tilburgse gehandhaafd, zij het dat niet meer direct op de lijsten werd geanticipeerd. De HR merkte op dat aan de lijsten "geen doorslaggevende betekenis" toekomt. Kennelijk kunnen de lijsten dus wel enige betekenis hebben.

Het geval Hooijen/de Tilburgse lag minder duidelijk dan het geval Van der Meer/Smilde. Omtrent een aantal wezenlijke punten had Hooijen namelijk niets gesteld. Onduidelijk was of Hooijen consument was, in welke mate hij ondeskundig was in vergelijking met de Tilburgsche en wanneer en hoe de pandbrieven opeisbaar waren geworden. Dat Hooijen zijn procedure verloor kan mede veroorzaakt zijn doordat zijn zaak feitelijk onvoldoende was onderbouwd. De onredelijkheid van het betrokken beding lijkt me ook minder duidelijk

dan de onredelijkheid van het beding in het geval Van der Meer/Smilde. Dat de Hoge Raad in deze procedure minder vergaand anticipeert kan ook te maken hebben met de omstandigheid dat het wetsontwerp op het moment dat hij de uitspraak deed op onverwachte tegenstand stuitte in de Eerste Kamer.

1.3 Terminologie

4. Wat de terminologie betreft heb ik in dit boek aansluiting gezocht bij afd. 6.5.3. Hondius en Van der Werf hebben elk een bepaalde terminologie bepleit, maar de wetgever heeft voor een andere terminologie gekozen.¹⁹ De term 'algemene voorwaarden' gebruik ik in de betekenis die de wet er aan hecht in art. 6:231:

"In deze afdeling wordt verstaan onder:

a. algemene voorwaarden: een of meer schriftelijke bedingen die zijn opgesteld teneinde in een aantal overeenkomsten te worden opgenomen, met uitzondering van bedingen die de kern van de prestatie aangeven. (...)"

De term 'algemene voorwaarden' gebruik ik als synoniem van de oudere term standaardvoorwaarden. Men onderscheide 'algemene voorwaarden' goed van de 'standaardregeling' zoals bedoeld in art. 6:214.²⁰

Ook de termen 'gebruiker' en 'wederpartij' gebruik ik in de wettelijke betekenis:

"In deze afdeling wordt verstaan onder: (...)

b. gebruiker: degene die algemene voorwaarden in een overeenkomst gebruikt;

c. wederpartij: degene die door ondertekening van een geschrift of op andere wijze de gelding van algemene voorwaarden heeft aanvaard."

Verder sluit ik mij aan bij de in de literatuur gegroeide terminologie: art. 6:233 onder a duid ik aan als de 'open norm' en de art. 6:236 en 237 als de 'zwarte lijst' resp. 'grijze lijst'.

1.4 Methode van onderzoek

5. Het onderzoek heeft voornamelijk bestaan uit een onderzoek van de parlementaire geschiedenis van afd. 6.5.3 NBW en de Nederlandse literatuur en - in mindere mate - rechtspraak. Gezien het grote belang van het Duitse AGB-Gesetz²¹ is een aanzienlijke plaats in het onderzoek en in dit proefschrift ingeruimd voor rechtsvergelijking van de Nederlandse en Duitse literatuur en rechtspraak.

-
- | | <u>Wet</u> | <u>Hondius</u> | <u>Van der Werf</u> |
|-----|---|--|---|
| 19. | algemene voorwaarden
gebruiker
wederpartij | standaardvoorwaarden
(gebruiker?)
adherent | standaardvoorwaarden/standaardcontract
gebruiker
toetreders |
| 20. | Een standaardregeling is iets geheel anders dan algemene voorwaarden: bij de standaardregeling gaat het om een voor een bepaalde branche algemeen verbindende regeling, met andere woorden: een standaardregeling is materiële wetgeving. Algemene voorwaarden daarentegen gelden slechts tussen partijen die zulks overeenkomen; het zijn contractuele voorwaarden. De standaardregeling wordt in dit boek niet besproken. Zie over de standaardregeling: J.A.M van Heijningen, De standaardregeling, een novum in het Nieuw Burgerlijk Wetboek, WPNR (1985) 5741. | | |
| 21. | Dit niet alleen omdat het Nederlandse systeem zo lijkt op het Duitse. Volgens Von Hippel geeft het AGBG niet slechts binnen de EG maar zelfs op wereld-niveau tot op heden waarschijnlijk de meest gedetailleerde regeling van het probleemveld algemene voorwaarden; zie Von Hippel, p. 121. | | |

De Duitse wet geldt reeds sinds 1977 en er is zeer veel literatuur en jurisprudentie over deze wet verschenen. De Duitse ervaringen kunnen van nut zijn voor de Nederlandse rechtspraak doordat knelpunten in de toepassing van de wet duidelijk zijn geworden. Echter: wat een knelpunt is in Duitsland behoeft in Nederland nog geen knelpunt te worden en omgekeerd. Er zijn aanzienlijke verschillen, niet alleen in de algemene-voorwaarden-wetgeving, maar vooral ook in het systeem van het privaatrecht en in de rechtscultuur. Voor zover knelpunten bij onze oosterburen zijn opgelost kunnen wij daarvan voordeel hebben, maar de Duitse oplossingen moeten dan op hun bruikbaarheid voor Nederland worden onderzocht.

Tijdens een stage van twee maanden bij de Consumentenbond was ik in de gelegenheid om onderhandelingen over algemene voorwaarden van nabij mee te maken en om dossieronderzoek te doen. De oprichting van het expertisecentrum modelcontracten en algemene voorwaarden (E.C.M.A.) gaf mij de gelegenheid te adviseren over het opstellen van algemene voorwaarden. Het onderzoek werd afgesloten op 31 januari 1991.

1.5 Ander onderzoek naar algemene voorwaarden

6. In de tien jaar voorafgaand aan de aanvang van dit dissertatieonderzoek verschenen drie proefschriften over algemene voorwaarden. Hondius, promoveerde in 1978 op het onderwerp "Standaardvoorwaarden". Zijn proefschrift is een zeer diepgaande studie over standaardvoorwaarden en het overheidstoezicht daarop, die vooral door een rechtsvergelijkend accent gekenmerkt wordt. Andere promoties op het gebied van de algemene voorwaarden waren die van Van der Werf ("Gebondenheid aan standaardvoorwaarden", 1980) en Gras ("De sociale werkelijkheid van het standaardcontract", 1984). Algemene voorwaarden nemen verder een belangrijke plaats in de dissertaties van Nieuwenhuis ("Drie beginselen van contractenrecht", 1979) en Rijken ("Exoneratieclausules", 1983). Een goede reden om toch een nieuw onderzoek naar algemene voorwaarden te beginnen, lag in het feit dat afd. 6.5.3 in de bestaande dissertaties niet wordt besproken.²² Wel zijn er verschillende tijdschriftartikelen en monografieën verschenen, waarin de nieuwe regeling wordt behandeld.²³

22. Wetsontwerp 16 983, Invoeringswet Boeken 3-6 van het nieuwe Burgerlijk Wetboek (tweede gedeelte) (algemene voorwaarden) werd ingediend op 28 juli 1981, dus na het verschijnen van de dissertaties van Hondius, Nieuwenhuis en Van der Werf. Gras publiceerde zijn proefschrift weliswaar na het indienen van het wetsontwerp algemene voorwaarden, maar besteedde hieraan weinig aandacht. De aandacht van Rijken is voornamelijk gericht op de regeling van de exoneratieclausules in afd. 6.5.3.

23. Tot de belangrijkste recente publicaties die (mede) algemene voorwaarden betreffen behoren: Asser-Hartkamp II, Van Erp, diss., Vranken en Wessels/Jongeneel. Zie verder de lijst van verkort aangehaalde werken.

Wat ik daar in dit boek aan wil toevoegen is enerzijds een nadere doordenking van enige moeilijke leerstukken rond algemene voorwaarden, gezien in het kader van de nieuwe regeling van het Nederlandse contractenrecht, anderzijds: rechtvergelijkende inspiratie met name waar het gaat om de invulling van de open normen in afdeling 6.5.3.

1.6 Overzicht van het boek

7. Hoofdstuk 2 schetst het verschijnsel algemene voorwaarden, waarbij de in de literatuur en parlementaire geschiedenis gesignaleerde problemen worden geconfronteerd met mogelijke oplossingen. De Nederlandse en de Duitse regeling worden in grote lijnen geschetst en vergeleken. Verder bevat dit hoofdstuk een weergave van de Duitse ervaringen met het AGB-Gesetz.

Hoofdstuk 3 behandelt de grenzen van de toepasselijkheid van afd. 6.5.3. Aan de orde komen: het begrip algemene voorwaarden en de van de werkingssfeer uitgesloten bedingen en overeenkomsten.

In hoofdstuk 4 wordt nagegaan wie als gebruiker van algemene voorwaarden kan worden aangemerkt en wie wederpartij is. Hierbij komt ook de positie van onafhankelijke opstellers van algemene voorwaarden aan bod en de positie van de overheid.

In hoofdstuk 5 wordt nagegaan onder welke omstandigheden de wederpartij gebonden is aan algemene voorwaarden, wat de rechtvaardiging van de gebondenheid is en welke informatieplicht op de gebruiker rust.

Hoofdstuk 6 geeft een algemeen overzicht van de wijze waarop de inhoudelijke toetsing bij algemene voorwaarden kan plaatsvinden. Verschillende toetsingsmaatstaven en de te gebruiken toetsprocedure worden besproken.

In hoofdstuk 7 wordt een deel van hoofdstuk 6 nader uitgewerkt, namelijk de toetsnorm in art. 6:233 onder a, de open norm.

Bij wijze van voorbeeld behandelt hoofdstuk 8 een viertal van de in totaal dertig bedingen van de zwarte en grijze lijst (art. 6:236-238), te weten: bedingen over ontbinding van de overeenkomst, bedingen over prijsverhoging, bedingen die de verplichtingen van de gebruiker beperken en bedingen die de gebruiker de bevoegdheid geven de overeenkomst te beëindigen.²⁴

In de bijlagen vindt men een samenvatting in het Nederlands en het Duits, relevante Nederlandse en Duitse wetteksten alsmede de registers.

24. Deze beperkte aandacht voor bedingen op de lijsten vindt haar rechtvaardiging in de Duitse ervaringen: volgens Palandt-Heinrichs, §9, Anm. 1b betreft meer dan 2/3 van de gepubliceerde rechtspraak problemen van §9 AGBG (de Duitse 'Generalklausel', die ik in het navolgende evenals art. 6:233 onder a zal aanduiden als open norm).

1.7 Leeswijzer

8. Buiten de promotiecommissie zullen weinig mensen dit boek van a tot z lezen. Zelf meen ik dat de meest lezenswaardige onderdelen de hoofdstukken 2, 7 en 8 zijn. In ieder geval heb ik geprobeerd door veelvuldige onderlinge verwijzingen en door uitgebreide registers dit boek ook als naslagwerk bruikbaar te maken.

Wetsartikelen komen uit het NBW, tenzij anders aangegeven; Duitse wetsparagrafen (') komen uit het AGB-Gesetz (AGBG), tenzij anders aangegeven.

Duitse jurisprudentie wordt aangehaald op de in Duitsland gebruikelijke manier. Na 'BGHZ' volgt het nummer van het deel, na 'NJW' of een ander tijdschrift volgt een jaartal. In beide gevallen volgt als tweede getal het paginanummer waarop de uitspraak begint, waarna eventueel het paginanummer volgt waarop bijvoorbeeld een citaat te vinden is. Het NJW-RR (Rechtsprechungs-Report Zivilrecht; sinds 1986) wordt geciteerd met jaartal en nummer. Parallele vindplaatsen worden aangegeven met het =-teken.²⁵

Duitse citaten heb ik doorgaans vertaald; ze staan cursief, doch zonder aanhalingtekens. Bepaalde Duitse termen heb ik onvertaald gelaten omdat een vertaling ten onrechte de indruk zou wekken dat de Duitse en de Nederlandse term parallel lopen.

25. In Ulmer/Brandner/Hensen wordt vanaf p.1135 een overzicht gegeven van de vindplaatsen van alle uitspraken van het BGH over algemene voorwaarden.

HOOFDSTUK 2 ALGEMENE VOORWAARDEN, EEN EERSTE VERKENNING

2.1 Overzicht

9. In dit hoofdstuk schets ik het verschijnsel algemene voorwaarden, waarbij de in de literatuur en parlementaire geschiedenis ge-signaleerde problemen worden geconfronteerd met mogelijke oplossingen. De problemen komen er in wezen op neer dat eenzijdige algemene voorwaarden vaak onredelijk zijn. De Nederlandse wetgever bestrijdt onredelijke voorwaarden met verschillende middelen, die - naar het zich laat aanzien - met elkaar een effectieve bestrijding mogelijk zullen maken.

Het belangrijkste middel in de strijd tegen onredelijke voorwaarden is afd. 6.5.3. Hoewel in de volgende hoofdstukken een uitgebreide bespreking volgt van deze afdeling en van de knelpunten die bij de toepassing van deze afdeling in de praktijk kunnen ontstaan, worden in dit hoofdstuk alvast de regeling van afd. 6.5.3 en het Duitse AGB-Gesetz in het kort weergegeven en vergeleken. Dit hoofdstuk wordt besloten met een overzicht van de Duitse ervaringen met het AGB-Gesetz. Deze ervaringen worden in de volgende hoofdstukken verder uitgediept.

2.2 Het probleem algemene voorwaarden in de wetsgeschiedenis en de literatuur

Een greep uit de geschiedenis van het ontwerp

10. De aandacht die het NBW schonk aan algemene voorwaarden was in eerste instantie beperkt tot twee bepalingen. Het in 1961 ingediende "Groene boek" bevatte een artikel over de standaardregeling, art. 6:214,¹ en een artikel over algemene voorwaarden, art. 6.5.1.3. Dit laatste artikel gaf geen mogelijkheid tot directe inhoudelijke toetsing van onredelijk bezwarende bedingen; de vernietigingsgrond van art. 6.5.1.3, lid 2 was geconstrueerd als een uitwerking van het wilsgebrek dwaling. Dit werd een middel geacht tegen bedingen die ongebruikelijk of onereus zijn.² Beide artikelen maakten in 1980 onderdeel uit van de vaststellingswet.

1. Zie hoofdstuk 1, noot 20.

2. Toelichting ontwerp Boek 6, Parl. Gesch. Boek 6, p. 851-852, 865.

De belangstelling voor algemene voorwaarden was in de loop van de zeventiger jaren toegenomen. Algemene voorwaarden vormden één van de aandachtsgebieden in een rechtsgebied dat men in die jaren als een afzonderlijk terrein ging zien, het consumentenrecht.³ Deze belangstelling blijkt ook uit het feit dat de Nederlandse Juristenvereniging in 1979 twee preadviezen over algemene voorwaarden besprak, geschreven door Dalhuisen en Hondius.⁴ Het pleidooi dat Hondius hierin hield om algemene voorwaarden wettelijk te regelen werd blijkens de gehouden stemming in overwegende mate positief ontvangen.⁵

11. In 1981 werd het tweede gedeelte van de invoeringswetgeving ingediend, waarin een uitgebreide regeling van de algemene voorwaarden werd voorgesteld: afd. 6.5.2A (thans afd. 6.5.3) NBW. Het ontwerp is o.a. geïnspireerd door de regeling in de vaststellingswet, de genoemde literatuur, het advies dat in 1978 was uitgebracht door de Commissie Consumentenaangelegenheden van de SER en door buitenlandse rechtsstelsels.⁶ De ontvangst van het ontwerp was kritisch, met name in het bedrijfsleven,⁷ maar ook in de Tweede Kamer.⁸ In de loop van de parlementaire behandeling werd het ontwerp aanzienlijk gewijzigd. De dereguleringsgolf liet het ontwerp echter betrekkelijk ongemoeid.⁹ Een groot aantal amendementen werd voorgesteld, waarvan er vier werden aanvaard.¹⁰ De Tweede Kamer aanvaardde het ontwerp in mei 1985. De Eerste Kamer bracht vervolgens een onverwacht kritisch voorlopig verslag uit. In de memorie van antwoord aan de Eerste Kamer en in het mondeling overleg slaagde de regering er echter in ook de Eerste Kamer te overtuigen. Het wetsontwerp werd in juni 1987 aanvaard.¹¹ De invoering, als onderdeel van de Boeken 3, 5 en 6 en enige titels van Boek 7 NBW, zal geschieden op 1 januari 1992. Het overgangsrecht

3. Zie bijvoorbeeld: E.H. Hondius, *Consumentenrecht*, de eerste tien jaar, NJB 1980, p. 849.

4. J.H. Dalhuisen, *Algemene voorwaarden*, Preadvies NJV, Handelingen NJV 1979, p. 5-89; E.H. Hondius, *Naar een wettelijke regeling van algemene voorwaarden*, Preadvies NJV, Handelingen NJV 1979, p. 91-290.

5. HNJV 1979, tweede gedeelte, p. 146-147. De stemming over de vraagpunten was als volgt: een grote meerderheid vond dat de geldende wetgeving, mede gezien de ontwikkelingen in de rechtspraak de gebruiker en de wederpartij onvoldoende bescherming bood. Over de vraag of een wettelijke regeling beperkt zou moeten blijven tot consumententransacties was men verdeeld. In meerderheid werd ingestemd met een open norm en een kleine meerderheid stemde voor een bij wet vast te stellen lijst van (in beginsel) ontoelaatbare bedingen.

6. MvT Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1451, 1454-1455.

7. Zie o.a. J. Spier, *Het wetsontwerp algemene voorwaarden: voor de praktijk funest*, KwNBW 1984, p. 129-131; J. Spier, *Nogmaals het wetsontwerp algemene voorwaarden*, KwNBW 1985, p. 6-10; J.E. Vollebrect, *Wetsontwerp algemene voorwaarden*, NJB 1984, p. 809-815

8. Zie bijvoorbeeld de kritiek die na de schriftelijke voorbereiding tijdens de eerste uitgebreide commissievergadering over het ontwerp naar voren werd gebracht: VC II Inv. d.d. 1-10-84, Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1466 e.v., 1474 e.v.

9. Zie MvA II Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1462; de commissie Van der Grinten had intrekking van het ontwerp aanbevolen, het bleef echter bij enige marginale wijzigingen.

10. De belangrijkste wijzigingen zijn: een vereenvoudiging van de omschrijving van algemene voorwaarden en een beperking van de gelding van afd. 6.5.3 jegens grote wederpartijen. Zie nader nr. 102 en 115.

11. Wet van 18 juni 1987, Staatsblad 1987, 327, de tekst van de wet (afd. 6.5.3 NBW) is achterin dit boek opgenomen.

voorziet voor op dat moment reeds bestaande algemene voorwaarden in een overgangstermijn van een jaar; op nieuwe algemene voorwaarden is de regeling onmiddellijk van toepassing.¹²

Voor- en nadelen van algemene voorwaarden

12. Algemene voorwaarden hebben zowel voor de gebruiker als de wederpartij voor- en nadelen.¹³ Reeds sinds de dertiger jaren wordt in de Nederlandse juridische literatuur melding gemaakt van problemen rond algemene voorwaarden.¹⁴ Deze blijken zich vooral voor te doen bij éénzijdig door de gebruiker opgestelde algemene voorwaarden.¹⁵ De in de memorie van toelichting gegeven inventarisatie van voor- en nadelen vertoont een treffende gelijkenis met wat kort daarvoor in de literatuur naar voren was gebracht, zoals uit onderstaand overzicht blijkt:

Literatuur

1. Eénzijdige vaststelling door de gebruiker¹⁶.
2. Sociaal-economisch sterke positie (of monopoliepositie) van de gebruiker¹⁸.
3. Versluiting van de inhoud: de algemene voorwaarden zijn onbekend bij de wederpartij²⁰.
4. Versluiting van de inhoud: de algemene voorwaarden worden door de wederpartij niet gelezen²².

Kamerstukken

1. Eénzijdige opstelling door één partij of belangengroep¹⁷.
2. De machtspositie van de gebruiker¹⁹.
- 3-5. De wederpartij neemt veelal geen kennis van de inhoud van de algemene voorwaarden²¹, versluiting van de contractvoorwaarden: *"de consument kent dikwijls de inhoud niet van de standaardvoorwaarden waar-*

-
12. Art. 191 Aanvulling overgangswet Nieuw Burgerlijk Wetboek, zie ks. 18 998. Er is bij reeds bestaande algemene voorwaarden sprake van uitgestelde werking, overigens is sprake van onmiddellijke werking, zie B. Wessels Overgangsrecht nieuw BW in kort bestek, Lelystad (1990), p. 15, 39.
 13. Een uitgebreide opsomming is te vinden bij Hondius, diss., nr. 141-179. Rechtseconomisch kan men het nut van algemene voorwaarden zien in het feit dat deze de transactiekosten verlagen (Holzhauer/Teijl, p.51 en 96).
 14. De belangrijkste oudere literatuur is: Bregstein; Zeylemaker; Sluifster (zie voor volledige gegevens de lijst van verkort aangehaalde werken) en verder: A.J. Marx, Het euvel der ongeweten en onbegrepen bedingen, NJB 1939, p. 423-430 en 447-453; K. Jansma, Is het wenselijk onze burgerlijke wetgeving aan te vullen met bepalingen omtrent "standaard contracten" en zo ja, naar welke beginselen?, Preadvies NJV, Handelingen NJV 1948; H. Drion, Dient de wet regelen te bevatten omtrent bedingen tot beperking of opheffing van aansprakelijkheid, en zo ja, welke?, Handelingen der NJV 1956/1957; P.A. Stein, Misbruik van omstandigheden als grond voor ongeldigheid van rechtshandelingen, diss. Leiden, 's-Gravenhage (1957). In de Duitse literatuur wordt als baanbrekend werk genoemd: Raiser. Dit werk heeft ook internationaal invloed gehad, zie Von Hippel, p. 120, noot 3.
 15. Het onderscheid nulzijdig/éénzijdig/tweezijdig stamt van Hondius, diss. nr. 141 e.v. en 256 e.v.; nulzijdig: contractmodellen, door een ander dan partijen opgesteld, éénzijdig: door één van de partijen opgesteld, tweezijdig: door beide partijen in overleg opgesteld. Vgl. ook de indeling van Zeylemaker in Zeylemaker, p. 72-78. Hondius meent dat de nul- en tweezijdige algemene voorwaarden zowel voor gebruiker als wederpartij voordelen hebben. Bij de éénzijdige algemene voorwaarden slaat de balans echter door in het nadeel van de wederpartij, zie Hondius, diss. nr. 147, 157 en 167.

5. Versluiting van de inhoud: de wederpartij begrijpt de algemene voorwaarden niet²⁴.

16 17

Literatuur

6. Versluiting van de inhoud: de wederpartij overziet niet welke betekenis de algemene voorwaarden voor hem hebben²⁵.
7. Versluiting van de inhoud: de algemene voorwaarden zijn niet te veranderen²⁷.
8. Onbillijke inhoud²⁹/ de wederpartij is aan de coulance van de gebruiker overgeleverd³¹.

*naar wordt verwezen en voorzover hij wel de beschikking over de standaardvoorwaarden heeft, zal hij er vaak nauwelijks kennis van nemen of de strekking ervan niet begrijpen.*²⁴.

Kamerstukken

6. Algemene voorwaarden worden gebruikt jegens personen die het risico onderschatten dat het tot een beroep op de voorwaarden zal komen²⁶.
7. De wederpartij heeft slechts de keuze tussen accepteren van het complex van algemene voorwaarden en niet-contracteren, er is geen echte onderhandelings situatie²⁸.
8. Onbillijke bevoordeling van de gebruiker³⁰; bepalingen met een onereus karakter (waarvan enige voorbeelden worden gegeven³²)
Het tegenargument dat coulance wordt verleend, is niet steekhoudend: duidelijke en voor beide partijen billijke standaardvoorwaarden verdienen verre de voorkeur boven de onzekere toepassing van coulance door een leverancier³³.
9. Bij tweezijdige algemene voorwaarden: afwenteling van nadeel op derden of onvoldoende rekening houden met algemeen belang³⁴.

16. Hondius, diss., nr. 162.

17. MvT Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1450.

Mogelijke oplossingen

13. Om de bovengenoemde problemen te bestrijden zijn er verschillende mogelijkheden. Von Hippel noemt in zijn toonaangevende werk "Verbraucherschutz" de volgende zeven mogelijkheden³⁵:

1. versterking van de rechterlijke toetsing;
2. bevordering van de concurrentie;
3. vermeerderen van het dwingend recht;
4. toetsing door de consumenten- en branche-organisaties;
5. het opstellen van algemene voorwaarden door vakcommissies;
6. het invoeren van een toetsing vooraf door een overheidsinstantie;
7. het instellen van een consumenten-ombudsman.

Versterking van de **rechterlijke toetsing** is het belangrijkste middel in Duitsland. Een nadeel is dat dit middel slechts werkt in het aan de rechter voorgelegde geval. Het is ook een onzeker middel (wie procedeert heeft geen zekerheid over de uitspraak van de rechter). Verder werkt rechterlijke toetsing alleen als de wederpartij een proces riskeert.³⁶ Ook de collectieve actie lost dit probleem niet op, want de consumentenorganisaties hebben een beperkte hoeveelheid geld en personeel en kunnen daarom maar tegen een deel van de zeer vele in omloop zijnde algemene voorwaarden optreden.³⁷

Op het middel '**bevorderen van de concurrentie**' kan men volgens Von Hippel evenmin zijn hoop vestigen. Dit werkt alleen als de markt voldoende doorzichtig is. Maar dat is niet zo: de consument is niet in staat algemene voorwaarden te vergelijken. Hoogstens kan die vergelijking plaatsvinden door een onafhankelijke instantie.

Bij **vermeerdering van het dwingend recht** denkt Von Hippel aan het Duitse verbod op afwijking van de relatieve competentie van de rechter³⁸ en aan de lijst van ten alle tijde verboden bedingen in ' 11

18. Van der Werf, diss. p. 17.

19. MvT Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1450.

20. Hondius, diss. nr. 162-164.

21. MvT Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1450, 1452.

22. Hondius, diss. nr. 162-164.

23. Hondius, diss. nr. 162-164.

24. MvT Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1452.

25. Hondius, diss. nr. 162-164.

26. MvT Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1455.

27. Hondius, diss. nr. 162-164.

28. MvT Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1450, 1452, 1453.

29. Van der Werf, diss. p. 17, Sluijter, p. 9.

30. MvT Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1450.

31. Hondius, diss. nr. 165, Sluijter, p. 10.

32. MvT Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1452.

33. MvT Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1453.

34. MvT Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1450.

35. Von Hippel, p. 127-136.

36. Zo ook Hondius, NJV, nr. 55.

37. Zie nr. 43.

38. Vgl. voor Nederland m.b.t de competentie van de kantonrechter: art. 98a Rv.

AGB-Gesetz. Hij acht dit wel een stap vooruit, maar geen alomvattende oplossing.

Een ruimer bereik heeft de **toetsing door de consumenten- en branche-organisaties**. Tweezijdige algemene voorwaarden zijn evenwichtiger dan éézijdige. Maar de Duitse consumentenorganisaties hebben over het algemeen een te zwakke positie om op voor hen wezenlijke punten iets te bereiken.

Bij **het opstellen van algemene voorwaarden door vakcommissies**, doelt Von Hippel op algemeen verbindende regelingen voor een bepaalde bran zoals de standaardregeling, voorzien in art. 6:214.

Een **toetsing vooraf door een overheidsinstantie** van algemene voorwaarden bestaat zowel in Duitsland als in Nederland al op een aantal gebieden.³⁹ Het grote voordeel is dat voorkomen wordt dat onredelijke voorwaarden in omloop worden gebracht. Een optimale oplossing kan dit alleen zijn als het aantal voorwaarden dat getoetst moet worden drastisch beperkt wordt, en wel door alleen voorwaarden te toetsen die door een branche-organisatie (bij voorkeur in samenwerking met een consumentenorganisatie) zijn opgesteld. Ook een meer grove toetsing vooraf is mogelijk. Deze oplossing kan niet in de plaats komen van de rechtelijke toetsing; de rechter blijft nodig als 'noodrem'.

Met het **instellen van een consumenten-ombudsman** zou men het Zweedse voorbeeld volgen. De ervaringen zijn daar positief. De consumenten-ombudsman onderhandelt met branche-organisaties over aanpassing van hun algemene voorwaarden.

Al met al meent Von Hippel dat het AGBG onvoldoende is (en omdat afd. 6.5.3 dezelfde opzet heeft zou daarvoor hetzelfde kunnen gelden). Nog altijd komen onredelijke algemene voorwaarden in omloop. Door een toetsing vooraf of door het laten opstellen van algemene voorwaarden door vakcommissies kan dit voorkomen worden. Ook de consumenten-ombudsman is een stap vooruit. Hij toetst weliswaar niet vooraf maar achteraf, maar hij heeft door zijn toetsingsrecht wel een pressiemiddel waarmee hij via onderhandelingen voor een gehele branche redelijke voorwaarden kan bereiken.

14. Als men aan de hand van Von Hippels lijstje van mogelijke bestrijdingsmiddelen om het onkruid van de eenzijdige algemene voorwaarden te verdelgen de Nederlandse aanpak bekijkt komt men tot het volgende:

De versterking van de **rechterlijke toetsing** (art. 6:233-238) kan in ieder geval niet gemist worden, al is dit middel op zichzelf onvoldoende.

De Nederlandse wetgever neemt geen maatregelen om '**de concurrentie te bevorderen**', maar dit is ook geen effectief middel. Consu-

39. In Duitsland: o.a. toetsing van de voorwaarden van verzekeraars, luchtvaartmaatschappijen en hypotheekbanken, zie: Von Hippel, p.133. In Nederland: toetsing van de voorwaarden van de NS, van bepaalde nutsbedrijven en van algemene voorwaarden bij de pachtovereenkomst, zie: CCA-advies, p. 14.

mentenorganisaties trachten juist te komen tot uniforme voorwaarden per branche.⁴⁰

De wetgever **vermeerdert het dwingend recht**, namelijk in de zwarte lijst, terwijl er ook elders in het NBW dwingende regelingen zijn opgenomen die (mede) op bepaalde bedingen in algemene voorwaarden betrekking hebben.⁴¹

Afd. 6.5.3 stimuleert de **toetsing door de consumenten- en branche-organisaties**, in de vorm van onderhandelingen over algemene voorwaarden en een eventuele collectieve actie. Gezien de tamelijk sterke positie van de consumentenorganisaties in Nederland⁴² kan dit een effectief middel zijn. Of het ook een efficiënt middel is kan men betwijfelen, met name gezien de hoeveelheid tijd

40. Zie Hondius, diss. nr. 311 en Hondius, NJV, nr. 12.

41. Te denken is aan art. 3:92 (eigendomsvoorbehoud) en aan de dwingende regelingen van bijzondere overeenkomsten, zoals de regeling van de consumentenkoop in titel 7.1. Zie over de samenloop tussen de algemene-voorwaarden-regeling en de regeling van de consumentenkoop: Jongeneel, Knelpunten, p. 1235-1236.

42. Een indicatie hiervoor is het ledental van de Consumentenbond, de grootste algemene consumentenorganisatie van Nederland; dit ledental bedroeg in 1990 ruim 600.000 (Consumentengids 1990, p. 506). Daarnaast zijn als consumentenorganisaties o.a. actief: Konsumenten Kontakt en Eigen Huis. Duitse consumentenorganisaties hebben doorgaans slechts enige tientallen leden. Zij worden door de overheid gesubsidieerd en verlenen ook diensten aan niet-leden.

en (dus) geldt die er mee gemoeid is.⁴³ Of afd. 6.5.3 in staat zal zijn de duur van onderhandelingen te bekorten is de vraag.⁴⁴

Het opstellen van algemene voorwaarden door vakcommissies, heeft in Nederland vorm gekregen in de standaardregeling in de zin van art. 6:214.⁴⁵ Deze zal m.i. echter alleen effectief zijn als middel om onereuze algemene voorwaarden te bestrijden als van de standaardregeling niet in algemene voorwaarden zou mogen worden afgeweken. Volgens de huidige tekst van art. 6:214, lid 5 is het afwijken van een standaardregeling mogelijk, zij het dat de standaardregeling een bepaalde vorm kan voorschrijven.

Zo'n vormvoorschrift zou m.i. ook kunnen inhouden dat afwijking is toegestaan maar niet in algemene voorwaarden (of: afwijking ten nadele van de consument is toegestaan, maar niet in algemene voorwaarden); vgl. de constructie in art. 7:6, lid 2.⁴⁶ Zo'n vormvereiste voor afwijking lijkt mij welhaast een vereiste in branches waar (veel) algemene voorwaarden worden gebruikt. Bij een eventuele herziening van het NBW zou een verbod op afwijking bij algemene voorwaarden in de wettekst kunnen worden opgenomen.⁴⁷

43. Hondius, Unfair Terms, p.224-225.

44. MvA I Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p.1780. *"De door de commissie gesignaleerde moeizaamheid van onderhandelingen in CCA-verband moet naar onze mening juist mede verklaard worden uit het ontbreken van een drukmiddel voor partijen om tot resultaten te geraken. Art. 6 beoogt zo'n drukmiddel te zijn."* (art. 6 is thans art. 6:240). Om deze reden is de termijn van zes maanden in art. 6:240, lid 4 gehandhaafd. Zie hierover nader Wessels/Jongeneel nr. 197.

45. Eén van de te verwachten effecten van de standaardregeling (art. 6:214) is het terugdringen van algemenevoorwaarden, MvA Wetsontwerp Regelen omtrent de wijze van samenstelling en werkwijze van de commissies, bedoeld in artikel 6.5.1.2 van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, Tweede Kamer, 1988-1989, 18 966, nr. 5,p.1.

46. In art. 7:6 worden de afdelingen 7.1.1-7.1.7 voor de consumentenkoop van dwingend recht verklaard: er kan niet ten nadele van de consument van worden afgeweken. Lid 2 zondert een aantal artikelen hiervan uit, *"... doch bedingen in algemene voorwaarden waarbij ten nadele van de koper wordt afgeweken van die artikelen, worden als onredelijk bezwarend aangemerkt"*.

47. Aan lid 5 zou dan het volgende moeten worden toegevoegd:

"Als onredelijk bezwarend worden aangemerkt: bedingen in algemene voorwaarden waarbij ten nadele van de wederpartij wordt afgeweken van een standaardregeling, indien de wederpartij een natuurlijk persoon is die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf."

Zie over deze kwestie ook MvT Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p.1458: het CCA-advies had bedenkingen tegen art. 6:214, lid 5; de regering beantwoordt die door te stellen: *"De functie van art. 6.5.1.2 ligt niet in de eerste plaats op het gebied van de consumentenbescherming ..."*; per standaardregeling moet worden bekeken welke eis voor de afwijking op zijn plaats is.

Een **toetsing vooraf door een overheidsinstantie** is in ons land nadrukkelijk verworpen.⁴⁸ Daarbij is gedacht aan een toetsing van alle nu in omloop zijnde algemene voorwaarden. Terecht zijn de inbreuk op de contractsvrijheid en de administratieve rompslomp als bezwaar opgeworpen.⁴⁹ De variant van Von Hippel (toetsing van door brancheorganisaties opgestelde algemene voorwaarden) ontmoet minder bezwaren. Als ook in Nederland blijkt dat het aantal door brancheorganisaties aanbevolen voorwaarden gaat toenemen,⁵⁰ wordt deze weg wellicht begaanbaar.

Het is de vraag of het **instellen van een consumenten-ombudsman** in Nederland veel zin zou hebben, gezien de activiteiten van de consumentenorganisaties, ook op het gebied van het onderhandelen over algemene voorwaarden. Er is overigens in ons land een consumenten-ombudsman actief die aan het particulier initiatief is ontsproten: de Ombudsman Levensverzekeringen.⁵¹

Al met al kan worden gezegd dat Nederland onredelijke algemene voorwaarden met vier (van de zeven denkbare) middelen bestrijdt, waarvan er twee het onkruid bij de wortel aantasten, namelijk onderhandelen over algemene voorwaarden en de standaardregeling.⁵² Hoe taai het onkruid is zal de tijd leren.

-
48. MvA I Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1515: gezien het negatieve standpunt van de CCA op dit punt is een preventieve controle door een overheidsorgaan "*hier ten lande nimmer overwogen*". Wel wordt (althans: werd) er incidenteel een preventief toezicht uitgeoefend, bijvoorbeeld op grond van art. 19 lid 1 sub b WCGK (aldus N. Huls, Consumentenkrediet, diss. Utrecht (1981), Deventer (1981), p.87. De (waarschijnlijk in de loop van 1991 in te voeren) Wet op het consumentenkrediet geeft de minister van economisch zaken in art. 13 en 16 de bevoegdheid om een vergunning te weigeren dan wel aanwijzingen te geven als hij gegronde reden heeft te vrezen dat een kredietverlener anders zal handelen dan "*van een goed kredietgever in het maatschappelijk verkeer mag worden verwacht*", respectievelijk aanwijzingen te geven aan een vergunninghouder wanneer hij niet handelt conform deze maatstaf. In de MvA wordt het voornemen hiertoe reeds kenbaar gemaakt: Tweede Kamer 1987-1988, 19 785, nr. 7, p. 42.
 49. Deze bezwaren zijn opgeworpen door de CCA en overgenomen door de regering. Zie: CCA-advies, p. 14-15. Voor bepaalde branches (verzekeringen, nutsbedrijven) acht de CCA preventieve toetsing mogelijk wel wenselijk.
 50. Dit is de Duitse ervaring, zie nr. 43. Hierbij moet wel worden opgemerkt dat de Duitse 'Konditionenempfehlungen' zijn onderworpen aan een (globale) toetsing door het Bundeskartellamt (zie nr. 32). In Nederland geldt volgens art. 1 en 2 Wet economische mededinging een mededelingsplicht voor o.a. conditiekartels. Krachtens art. 6 en 10 kan algemeen verbindendverklaring respectievelijk onverbindendverklaring plaatsvinden. Een ambtenaar van het ministerie van Economische zaken deelde mij mee dat men aan de toetsing van conditiekartels niet toekomt.
Voorts kunnen bedrijven die door hun afspraken over te hanteren algemene voorwaarden de concurrentie op de gemeenschappelijke markt verstoren te maken krijgen met de toepassing van art. 85 en 86 EEG-verdrag. Het enige voorbeeld dat ik hiervan heb kunnen vinden is de Beschikking d.d. 19-7-89 (PB 30-8-89, L 253/1) betreffende Nederlandse banken. In deze beschikking houdt de commissie zich haar standpunt voort a.v. o.a. de Algemene bankvoorwaarden van de Nederlandse Bankiersvereniging (...) en de bepalingen van het Bureau Kredietregistratie terzake de deelneming van ondernemingen aan het kredietregistratiesysteem (uit: NJB 89, p. 1523).
 51. De Ombudsman Levensverzekeringen is in 1971 ingesteld door de Nederlandse Vereniging ter Bevordering van het Levensverzekeringswezen (de voorloper van de huidige Nederlandse Vereniging van Levensverzekeraars). De Ombudsman is geen rechter; hij treedt bemiddelend op. Hij laat zich leiden door de polisvoorwaarden en de wet, maar ook door morele en sociale aspecten. Levensverzekeraars plagen zich aan het advies van de Ombudsman te conformeren. Een overzicht van de adviezen van 1971 tot en met 1988 is te vinden in: J. Oosterbaan Martinius, De Ombudsmans Levensverzekeringen beschouwd, NVA Amersfoort (1990).
 52. Vooral Hondius heeft benadrukt dat het enkele bestaan van onredelijke algemene voorwaarden reeds bestreden moet worden, zie Hondius, NJV, nr. 9-11.

15. Afd. 6.5.3 bevat drie van de hierboven behandelde middelen: de afdeling versterkt de rechterlijke toetsing, vermeerdert het dwingend recht, en stimuleert de toetsing door de consumenten- en branche-organisaties. Men mag verwachten dat de wetgever door zijn ingrijpen de gesignaleerde problemen⁵³ wil bestrijden. Het ligt dan ook voor de hand om de 'probleemstelling' in de MvT bij afd. 6.5.3 te vergelijken met de doelstelling van de wetgever. De MvT noemt de volgende oogmerken van het ontwerp:

"... in de eerste plaats strekt het ertoe de rechterlijke controle op de inhoud van algemene voorwaarden te versterken (...). Tegelijkertijd beoogt het ontwerp zoveel mogelijk rechtszekerheid te bieden, zowel ten aanzien van de toepasselijkheid van algemene voorwaarden als ten aanzien van de (on)geoorloofdheid van hun inhoud. In de derde plaats bevat het regels die verplichten tot overleg tussen belanghebbenden over de inhoud van algemene voorwaarden of die zodanig overleg stimuleren."⁵⁴

Het **eerste doel** - en m.i. ook het belangrijkste - is versterking van de rechterlijke controle op de inhoud van algemene voorwaarden. De art. 6:233 onder a (de open norm) en 6:236-238 (de zwarte en grijze lijst) kan men zien als middelen om dit doel te bereiken. Door inhoudelijke toetsing van bedingen wordt in beginsel aan alle problemen tegemoet gekomen. De in nr. 12 genoemde problemen 1 t/m 7 kan men namelijk zien als oorzaken, die de problemen 8 en 9 tot gevolg hebben, te weten: onbillijke bevoordeling van de gebruiker en afwenteling van nadeel op derden bij tweezijdige voorwaarden. Deze gevolgen kunnen door middel van inhoudelijke toetsing van bedingen worden bestreden.

53. Zie nr. 12.

54. MvT Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1455.

Het **tweede doel** (de rechtszekerheid) is verrassend, want een gebrek aan rechtszekerheid werd noch in de literatuur noch in de MvT als probleem genoemd. Wat betreft de gebondenheid sluit afd. 6.5.3 aan bij het 'oude' recht. Op dit punt behoeft dus geen toename van de rechtsonzekerheid verwacht te worden.⁵⁵ Over de inhoudelijke toetsing bestond ten tijde van het indienen van het ontwerp niet veel rechtsonzekerheid. Weliswaar was er op grond van de goede trouw sinds de arresten Saladin/HBU (1967)⁵⁶ en Pseudo-Vogelpest (1976)⁵⁷ een duidelijke opening naar inhoudelijke toetsing, maar in de praktijk werd daarvan weinig gebruik gemaakt.⁵⁸ Afd. 6.5.3 **zelf** is echter een steen die de vijver van de rechtspraak danig in beroering brengt. Door de invoering van een vergaande rechtstreekse inhoudstoetsing van algemene voorwaarden dreigde een aanzienlijke rechtsonzekerheid. Het is daarom terecht dat in de nieuwe regeling nadrukkelijk de rechtszekerheid is beoogd. De rechtszekerheid wordt bevorderd doordat voor de toepasselijkheid geen hoge eisen worden gesteld en doordat de zwarte en grijze lijst een invulling geven van de open norm. Door deze duidelijke richtlijnen heeft men ook een verzwaring van de belasting van de rechterlijke macht willen voorkomen.⁵⁹

Het **derde doel**, het verplichten tot en stimuleren van overleg over algemene voorwaarden sluit rechtstreeks aan bij het eerste probleem: de eenzijdigheid van algemene voorwaarden. Door onderhandelingen wordt de eenzijdigheid doorbroken ontstaat een tegenwicht tegen de sociaal-economische machtspositie van de gebruiker (het tweede probleem). Hierdoor kan verwacht worden dat onbillijke bevoordeling (probleem 8) zich ook minder snel zal voordoen.

2.3 Een inleiding op afdeling 6.5.3 en het AGB-Gesetz

55. De met de gebondenheid samenhangende informatieplicht zal mogelijk wel voor enige rechtsonzekerheid zorgen. Zie over gebondenheid en informatieplicht hoofdstuk 5.

56. HR 19-5-67, NJ 67, 261, m.nt. GJS.

57. HR 20-2-76, NJ 76, 486, m.nt. GJS.

58. Vgl. MvT Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1454: de lagere rechtspraak volgt de HR "*slechts met grote terughoudendheid*", in dezelfde zin MvA II Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1587.

59. Zie MvT Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1649 en de minister in het MO I Inv. Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1518. In Duitsland is de ontlasting van de rechterlijke macht gering gebleken, zie Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, *Einl., Rdnr. 29*. De Commissie Van Schendel verwacht door de aanpassing van algemene voorwaarden aan de lijsten van art. 6:236 en 237 en door de collectieve actie "*... een zekere preventieve werking van de nieuwe regeling op rechtbankzaken*". Het blijft echter voor de wederpartij aantrekkelijk zich op de onredelijke bezwarendheid van algemene voorwaarden te beroepen. "*Op grond hiervan acht de commissie de mogelijke afname te verwaarlozen.*" Trema Special 90-2, Consequenties invoering NBW voor de werklust van de rechterlijke macht, p.9.

De grenzen van de regelingen⁶⁰

16. Zowel afd. 6.5.3 als het AGBG beginnen met een bepaling waarin algemene voorwaarden worden omschreven (art. 6:231 resp. '1). In beide gevallen wordt een ruime omschrijving van algemene voorwaarden gegeven. In de Nederlandse omschrijving zijn kernbedingen ('bedingen die de kern van de prestatie aangeven') van de werkingssfeer uitgesloten. Dit zelfde resultaat wordt in het AGBG bereikt in '8, waar wordt bepaald dat alleen afwijkingen van of aanvullingen op rechtsvoorschriften aan de inhoudelijke toetsing zijn onderworpen. Degene die de algemene voorwaarden gebruikt wordt 'gebruiker' resp. 'Gebraucher' genoemd en degene die de algemene voorwaarden aanvaardt de 'wederpartij', terwijl de Duitse regeling spreekt over 'die andere Vertragspartei', in de literatuur meestal aangeduid als 'Kunden'.

Zowel in Nederland als Duitsland is de arbeidsovereenkomst van de werkingssfeer van de wet uitgesloten (art. 6:245 en '23); in Nederland verder nog de CAO, in Duitsland de rechtsgebieden erfrecht, familie-recht en rechtspersonenrecht. Het AGBG sluit daarnaast bepaalde bepalingen uit voor een aantal met name genoemde overeenkomsten, o.a. bij vervoer, verzekeringen en loterijen.

Gebondenheid aan algemene voorwaarden, de informatieplicht⁶¹

17. Afd. 6.5.3 gaat uit van de zogenaamde snelle gebondenheid. Deze moet overigens gezien worden tegen de achtergrond van titel 3.2 (Rechtshandelingen) en afd. 6.5.2 (Het tot stand komen van een overeenkomst). Met 'snelle gebondenheid' wordt bedoeld dat een wederpartij ook dan gebonden is, als hij de **gelding** van de algemene voorwaarden wel heeft aanvaard, maar de inhoud daarvan niet kent. Ook de Duitse wet gaat uit van een snelle gebondenheid. Volgens '2 moet de wederpartij weten dat de gebruiker algemene voorwaarden gebruikt, namelijk door een verwijzing, of als dat niet mogelijk is door een duidelijk zichtbaar bord op de plaats waar de overeenkomst wordt gesloten. Evenals de Nederlandse wet eist het AGBG slechts dat de wederpartij met de gelding van de algemene voorwaarden instemt. Art. 6:233 onder b legt op de gebruiker een informatieplicht: hij moet een redelijke mogelijkheid geven om van de algemene voorwaarden kennis te nemen. Ook het AGBG kent in '2 een dergelijke plicht. In Nederland gaat de informatieplicht verder dan in Duitsland, zie de nadere uitwerking in art. 6:234. In het Duitse handelsverkeer⁶² geldt '2 en dus ook de informatieplicht niet. In Nederland geldt de informatieplicht echter zowel jegens consumenten als jegens 'kleine wederpartijen'.⁶³

60. Zie nader hoofdstuk 3 over de grenzen van de regeling en hoofdstuk 4 over de verschillende soorten gebruikers en wederpartijen.

61. Zie nader hoofdstuk 5.

62. Dat wil zeggen: overeenkomsten met een 'Kaufmann' in de zin van de Duitse wetgeving, zie nader nr. 112.

63. Niet-consumenten, die niet voldoen aan de omschrijving van 'grote wederpartijen' in art. 6:235, lid 1, zie nader paragraaf 4.4.

Vorrang van individuele bedingen; de contra-proferentem-regel⁶⁴

18. Volgens het AGBG gaan individuele afspraken boven algemene voorwaarden ('4). Bedingen die voor meerdere uitleggingen vatbaar zijn, moeten worden uitgelegd in het nadeel van de gebruiker, 'contra proferentem' ('5). Deze regels gelden naar Nederlands recht ook, al zijn ze niet gecodificeerd.

Inhoudelijke toetsing van bedingen⁶⁵

19. Verrassende bedingen worden volgens '3 AGBG geen deel van de overeenkomst. Deze regel geldt ook in het handelsverkeer. Verrassende bedingen worden in afd. 6.5.3 niet met name genoemd; wel kan de verrassendheid een rol spelen bij de inhoudelijke toetsing van bedingen.

Zowel de Nederlandse als de Duitse wet kennen dezelfde opbouw waar het de vernietigbaarheid respectievelijk nietigheid⁶⁶ van onredelijk bezwarende bedingen betreft. De centrale regel is de 'open norm' (art. 6:233 onder a, in Duitsland '9, de 'Generalklausel'), die inhoudt dat algemene voorwaarden niet onredelijk bezwarend mogen zijn. De open norm wordt uitgewerkt in een zwarte en grijze lijst, art. 6:236 en 237, te vergelijken met '11 respectievelijk '10). Deze bevatten een aantal bedingen die altijd onredelijk bezwarend zijn (zwarte lijst) respectievelijk bedingen die in bepaalde omstandigheden onredelijk bezwarend kunnen zijn (grijze lijst). De lijsten hebben in beide landen een beperkt toepassingsgebied. In Nederland gelden de lijsten alleen voor consumenten ("natuurlijke personen die niet handelen in de uitoefening van een bedrijf of beroep", art. 6:236-238, aanhef). In Duitsland is de kring waarvoor de lijsten gelden ruimer. De lijsten gelden namelijk volgens '24 niet voor 'Kaufleute'. Wel onder de lijsten vallen dus niet-consumenten die evenmin 'Kaufmann' zijn, bijvoorbeeld een voetbalclub of de uitoefenaars van vrije beroepen. Wie 'Kaufmann' is wordt bepaald door '1-6 HGB.⁶⁷

Bij de vergelijking van de lijsten valt op dat de Duitse lijsten nog iets meer uitgewerkt zijn, bijvoorbeeld op het punt van de exoneratieclausules. Bedingen die in Nederland zwart zijn, zijn soms in Duitsland grijs en andersom. Overigens kunnen de lijsten niet eenvoudig vergeleken worden, omdat zij elk in nauw verband staan met de rest van het vermogensrecht.

De mogelijkheid om de grijze lijst bij AmvB te wijzigen (art. 6:239) ontbreekt in het Duitse recht.

64. Zie nader paragraaf 6.5.

65. Zie nader hoofdstuk 6, 7 en 8.

66. In Nederland is volgens art. 6:233 aanhef sprake van vernietigbaarheid; de rechter kan niet ambtshalve de nietigheid van een beding vaststellen. In Duitsland zijn onredelijke bedingen 'unwirksam', dat wil zeggen: van het begin af aan nietig (Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen, 39, Rdnr. 53). Het Duitse recht kent de figuur van de vernietigbaarheid niet.

67. Zie nader nr. 112.

Alle niet-consumenten vallen in Duitsland onder de open norm, terwijl in Nederland de open norm en de informatieplicht niet van toepassing zijn op grote wederpartijen, zoals gedefinieerd in art. 6:235, lid 1.⁶⁸ Zijn bedingen geen deel van de overeenkomst geworden of zijn zij vernietigd, dan doet zich de vraag voor wat er met de overeenkomst gebeurt. In ' 6 beantwoordt het AGBG die vraag als volgt: de overeenkomst blijft in stand, in plaats van niet geldige bedingen geldt de wet. Mocht dat een last voor de gebruiker opleveren die zwaarder is dan van hem gevergd mag worden, dan kan de hele overeenkomst worden vernietigd. In afd. 6.5.3 zijn geen regels opgenomen over de gevolgen van vernietiging van bedingen. Hiervoor gelden de algemene regels van titel 3.2, m.n. art. 3:41 (partiële nietigheid) en art. 3:42 (conversie).

In ' 7 geeft het AGBG een 'Umgehungsverbot'. Dit komt in de Nederlandse regeling niet voor. Art. 6:246 verklaart afd. 6.5.3 van dwingend recht. Uit de MvA II blijkt dat dit artikel ruim uitgelegd dient te worden, zodat dit als het Nederlandse 'ontduikingsverbod' beschouwd kan worden.⁶⁹

*Collectieve actie*⁷⁰

20. Op het gebied van de collectieve actie hebben de Duitse en Nederlandse wetgever hetzelfde systeem gekozen. Consumenten- en beroeps- of bedrijfsorganisaties kunnen een collectieve actie instellen. In Nederland geldt een verplichting tot voorafgaand overleg met de gebruiker of aanbeveler van onredelijke algemene voorwaarden, op straffe van niet-ontvankelijkheid (art. 6:240, lid 4). In Duitsland is voorafgaand overleg niet vereist.⁷¹ De mogelijke sancties tegen gebruikers van onredelijke bedingen komen met elkaar overeen (art. 6:241, lid 3, ' 17 en 18); het belangrijkste is de mogelijkheid de gebruiker of aanbeveler van onredelijke voorwaarden een verbod op te leggen om de onredelijke voorwaarden nog langer te gebruiken of aan te bevelen. Alleen de Nederlandse rechter heeft de bevoegdheid een eerder gegeven uitspraak in het kader van de collectieve actie te wijzigen op grond van een wijziging in de omstandigheden (art. 6:242). De Nederlandse en Duitse wet geven een verschillende procesrechtelijke uitwerking van de collectieve actie.

*Beklemdetailist*⁷²

68. Een relativering van deze bepaling is te vinden in nr. 119.

69. MvA II Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1806: art. 6:246. "... richt zich tegen alle bedingen die er toe strekken de door de wet geboden bescherming te verijdelen, en zulks ongeacht of zo'n beding de toepasselijkheid van de regeling als geheel of van één harer bepalingen beoogt uit te sluiten."

70. De collectieve actie wordt in dit proefschrift niet uitgebreid besproken, vgl. over de Duitse ervaringen nr. 43; zie voorts uitgebreid: Wessels/Jongeneel, nr. 175-227.

71. Zie nader nr. 43, m.n. noot 149.

72. Zie nader paragraaf 6.8.

21. Alleen het Nederlandse recht bevat een bepaling ter bescherming van de detaillist voor het geval hij te maken krijgt met een vernietiging door een consument van een beding dat een voorschakel (bijvoorbeeld de grossier van wie hij zijn producten betreft) ook jegens hem gebruikt (art. 6:244).

*Internationale aspecten*⁷³

22. Wat het internationale geldingsbereik betreft geeft het AGBG een eenvoudige regeling. Als buitenlands recht van toepassing is, is niettemin het AGBG van toepassing indien de gebruiker een openbaar aanbod doet en de wederpartij bij de aanvaarding onder de werkingssfeer van het AGBG valt ('12). De Nederlandse wet wijkt meer af van het gewone internationale privaatrecht (art. 6:247). Uitgangspunt is dat de regeling niet van toepassing is op bedrijven als niet beide contractspartners in Nederland gevestigd zijn. Voor consumenten die hun gewone verblijfplaats in Nederland hebben geeft art. 6:247, lid 4 een voorrangregel: ook als geen Nederlands recht van toepassing is, geldt afd. 6.5.3 toch.⁷⁴

2.4 Ervaringen met het AGB-Gesetz

23. Is er eenmaal een wettelijke regeling betreffende algemene voorwaarden in werking getreden, dan zijn de problemen niet opgelost. Dat leren de Duitse ervaringen. Het AGB-Gesetz heeft diep ingegrepen in de Duitse rechtspraak.⁷⁵ Het is uitgegroeid tot

73. Internationale aspecten worden in dit proefschrift niet uitgebreid besproken, vgl. over de Duitse ervaringen nr. 22.

74. Vlas heeft deze bepaling in zijn oratie (naar ik meen terecht) "*min of meer 'om zee' geholpen*"; hij constateert dat de toepassing van de bepaling onwaarschijnlijk is en dat de bepaling uit de pas loopt met art. 5 van het Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (Rome 1980; Trb. 1980, 156); P. Vlas, *Internationaal Privaatrecht in de spiegel van het nieuwe BW*, Deventer (1989), p. 6-8.

75. "*Außer dem BGB gibt es kein anderes Gesetz, das bei Streitigkeiten im Rahmen von Schuldverträgen so häufig herangezogen wurde und so deutliche Spuren hinterlassen hat wie das AGB-Gesetz.*" *Ulmer/Brandner/Hensen*, Einl., Rdnr. 64. Dit blijkt ook uit de aanhoudende grote stroom van uitspraken over het AGBG. Volgens Schlosser, ZIP 1985, p. 450 waren het er van april 1977 tot begin 1985 meer dan 2000, wat zou neerkomen op ongeveer 250 uitspraken per jaar. Over de jaren 1977-1988 tellen Ulmer, Brandner en Hensen 832 BGH-uitspraken (waarvan er in de eerste jaren een aantal wel over algemene voorwaarden, maar nog niet over het AGBG gaan): *Fundstellenverzeichnis der BGH-Urteile*, Ulmer/Brandner/Hensen p. 1135 e.v. De literatuur heeft met de rechtspraak gelijke tred gehouden: er is twee meter boeken over het AGBG verschenen, aldus Stumpf in een open brief aan de president van het BGH, RWS-Forum, p. 3, noot 9.

wat Ulmer noemt een algemeen deel voor massaal gesloten overeenkomsten.⁷⁶

Na de inwerkingtreding hebben de Duitse juristen regelmatig de balans opgemaakt van de met het AGBG opgedane ervaringen.⁷⁷ Hieronder volgt een samenvatting van deze ervaringen, voor zover deze voor Nederland van belang zijn.

Algemeen

24. De beoordeling van het AGBG heeft de Duitse juristen verdeeld in drie kampen.⁷⁸ De grootste groep is die van de realisten of 'Konsensualisten'.⁷⁹ De leden van deze groep menen dat de wet in wezen aan zijn doel beantwoordt, al zijn er nog onopgeloste vragen en is de doorwerking nog niet optimaal. Daarnaast zijn er pessimisten/teleurgestelden, die menen dat er van de doelstellingen van de wet niet veel terecht is gekomen, waarbij vooral gedacht wordt aan een te geringe doorwerking in het verkeer tussen ondernemingen onderling. De derde groep tenslotte wordt aangeduid als 'Revisio-nisten' en meent juist dat de wet te ver gaat en dat de wet "*Sand im getriebe Unternehmerischen Handels*" en een "*klauselfressender Moloch*" is.

25. Schlosser kan gerekend worden tot de groep van de realisten. Hij meent dat de bedingen die duidelijk in strijd zijn met de wet door de collectieve actie zijn weggevaagd.⁸⁰ De meeste schrijvers zijn daar minder optimistisch over.⁸¹

Ulmer is meer gematigd. Hij vindt dat de toepassing van de wet in de rechtspraak over het geheel genomen als positief is te waarden.⁸² De doorwerking in het handelsverkeer gaat echter langzaam.⁸³ Een noodzaak de wet te herzien acht Ulmer niet aanwezig. Ondanks de nog overgebleven onduidelijkheden is de rechtspraak op de goede weg. Aanvullende toetsingsinstrumenten zijn niet nodig.⁸⁴

76. Ulmer in RWS-Forum, p. 10.

77. Bunte, *Erfahrungen* (1981); Ulmer, P., *Erfahrungen mit dem AGB-Gesetz/ Zwischenbilanz nach fünfjähriger Geltung*, BB 82, p. 584-589; Bohle en Micklitz; Bunte, *Zehn Jahre AGBG*; RWS-Forum; Ulmer/Brandner/Hensen, Einl. Rdnr. 57 e.v. (*Bilanz nach zwölfjähriger Geltung des AGBG*), de laatste met verdere verwijzingen.

78. Heinrichs, Löwe en Ulmer in hun gezamenlijke voorwoord in: RWS-Forum, p. VII.

79. Konsens = consensus, overeenstemming, toestemming.

80. Schlosser ZIP 1985, p. 449. In een andere bijdrage (Schlosser, 10 Jahre AGB-Gesetz, JR 88, 1) waarschuwt Schlosser tegen opkomende 'Übereifer' in literatuur en rechtspraak.

81. O.a.: Ulmer/Brandner/Hensen, Einl., Rdnr. 59; Hensen, EWiR 11 Nr. 10 AGBG 1/86; Bunte, *Erfahrungen*, p. 37.

82. Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen, Einl., Rdnr. 57.

83. Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen, Einl., Rdnr. 58.

84. Ulmer in RWS-Forum, p. 17.

Ook Bunte kan men tot de realisten rekenen. Hij meent dat veel (vooral grote) gebruikers hun algemene voorwaarden aan het AGBG hebben aangepast.⁸⁵ Dit is gebeurd op een schaal die ondenkbaar zou zijn als het AGBG niet zou zijn ingevoerd. De rechtspraak had namelijk wel reeds talrijke principes ontwikkeld m.b.t de inhoudelijk toetsing van algemene voorwaarden,⁸⁶ maar dit had de praktijk niet merkbaar verbeterd. Bunte wijt dit aan een tekort aan 'Breitenwirkung': nadat een onredelijk beding in een bepaald geval was vernietigd, kon de gebruiker het herformuleren, maar ook gewoon met de toepassing verder gaan. De meest wezenlijke vernieuwing in vergelijking met de vroegere rechtstoestand is dan ook volgens Bunte de collectieve actie.⁸⁷

26. Tot de pessimisten/teleurgestelden kunnen o.a. worden gerekend: Löwe,⁸⁸ Gerlach⁸⁹ en Bohle en Micklitz.⁹⁰ Hun kritiek geldt het tekortschieten van de collectieve actie, vooral in het handelsverkeer, zie nr. 43.

27. De 'Revisionisten' zijn voornamelijk afkomstig uit de kringen van het bedrijfsleven. Zij vinden dat de wet te ver gaat. Revisionisten zijn o.a. Stumpf, Rabe en Alisch. Hun kritiek richt zich niet zozeer tegen de wet zelf, als wel tegen de extensieve uitleg in de rechtspraak. Hierdoor wordt de wet volgens Stumpf meer en meer tot "Sand im Getriebe unternehmerischen Handels".⁹¹ Stumpf geeft een viertal voorbeelden van naar zijn opvatting onwenselijke uitspraken.

85. Bunte, Zehn Jahre AGBG, p. 922.

86. Het AGBG wordt voor wat betreft de §§ 1-8 gezien als een codificatie van de rechtspraak op het gebied van de algemene voorwaarden; aldus Bunte, Erfahrungen, p. 36. Vgl. voor de §§ 9-11 Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen § 9, Rdnr. 4 en 59; de lijsten (§ 10 en 11 AGBG) gaan verder dan de vroegere rechtspraak.

87. Zo ook Löwe, RWS-Forum, p. 109.

88. Löwe in Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner Vor § 13, Rdnr. 24 e.v.

89. Münch. Komm.-Gerlach Vor § 13 Rdnr. 29 e.v., 39 e.v.

90. Bohle en Micklitz, p. 2, 7.

91. H. Stumpf, Sand im Getriebe unternehmerischen Handels / Eine kritische Betrachtung anhand einiger Beispiele aus der jüngeren Rechtsprechung zum AGB-Gesetz, BB 1985, p. 963-965.

De strekking van zijn betoog is dat de rechtspraak en met name het BGH te weinig oog heeft voor de economische effecten van de te geven beslissingen, dat de rechtspraak het steeds minder mogelijk maakt van aanvullend recht in algemene voorwaarden af te wijken en dat een duidelijkheid in taalgebruik wordt verwacht die in de rechterlijke uitspraken zelf niet eens is te vinden. Het opstellen en gebruiken van algemene voorwaarden dreigt onmogelijk te worden. Stumpf haalt een uitspraak van Graf von Westphalen aan, waarin deze aankondigt dat de dag eens zal aanbreken waarop gebruikers van algemene voorwaarden zich moeten gaan afvragen of algemene voorwaarden nog de drukkosten waard zijn.⁹² Als dit gebeurt voorziet Stumpf een enorme schade voor de gehele samenleving, in het bijzonder voor de wederpartijen.⁹³

Rabe meent dat de eigenheid van het handelsverkeer in de rechtspraak te weinig naar voren komt. Dit geldt voor de vraag of in een bepaald geval een individueel beding is tot stand gekomen, maar vooral ook voor de reflexwerking van de lijsten van ' 10 en 11.⁹⁴

Alisch meent dat het in het handelsverkeer toelaatbaar moet zijn om te bedingen dat in geval van niet-nakoming een bedrag verschuldigd is ter grootte van de fictieve hoogste schade en dat de bevoegdheid om tegenbewijs te leveren (het bewijs dat geen of een wezenlijk lagere schade is ontstaan) in het handelsverkeer moet kunnen worden uitgesloten. Ook vindt Alisch dat vormvereisten in het handelsverkeer eerder toelaatbaar zijn.⁹⁵

92. Graf von Westphalen, Anmerkung zum Urteil des BGH vom 8-3-84, ZIP 1984, p. 970 (zie over deze uitspraak nader nr. 27, 447). Volgens Brandner in: Ulmer/Brandner/Hensen, § 24, Rdnr. 18 heeft dit oordeel van Graf von Westphalen betrekking op van de wet afwijkende risicobegrenzungen en is het bovendien niet juist.

93. Kritisch over de bijdrage van Stumpf: Hensen, Die Auswirkungen des AGB-Gesetzes auf den kaufmännischen Verkehr, NJW 1987, p. 1986. Hensen stemt alleen in met de afkeuring door Stumpf van de uitspraak NJW 1984, 2160 (beding "Fahrzeiten gelten als Arbeitszeiten"; zie nr. 283). Hensen wijst er wel op dat deze uitspraak tot stand kwam na een collectieve actie van een bedrijfsorganisatie. (*De 'Kaufleute' hebben zelf zand in de machine gestrooid.*)

94. Rabe, p. 1980-1985.

95. Alisch, Zur Kontrolle von allgemeinen Geschäftsbedingungen bei Verwendung im rein kaufmännischen Geschäftsverkehr, JZ 1982, p. 706-709.

Ondanks hun kritiek menen de Revisionisten niet dat het AGBG aangepast moet worden, in die zin dat het handelsverkeer van de werking van het AGBG zou moeten worden uitgesloten.⁹⁶ Wel menen sommigen dat het AGBG niet zou moeten gelden in het internationale handelsverkeer of in het internationale zeevervoersrecht.⁹⁷ Niet alleen bij de Revisionisten, maar tamelijk algemeen vindt men de opvatting dat bepaalde uitspraken te ver gaan en dat de rechtspraak zich beperkingen op moet leggen. Er wordt echter tegen gewaarschuwd de uitwassen te veel betekenis toe te kennen.⁹⁸

Doorwerking

28. Over de snelheid waarmee de wet de in omloop zijnde algemene voorwaarden beïnvloedt is niet iedereen tevreden. De algemene voorwaarden van grote ondernemingen die tegenover consumenten gebruikt worden, zijn grotendeels aan het AGBG aangepast. Het instrument van de aanbeveling van algemene voorwaarden door branche-organisaties ('Konditionenempfehlung') heeft hierbij goede diensten bewezen. Maar vooral de algemene voorwaarden van kleinere en middelgrote ondernemingen zijn veelal nog niet aan het AGBG aangepast.⁹⁹ De preventieve werking van de lijsten valt tegen, men blijft op grote schaal 'verboden' bedingen gebruiken.¹⁰⁰

Bunte wijst erop dat de toestand per branche zeer verschillend is. Branches waarin de wet nog altijd slecht wordt nageleefd zijn bijvoorbeeld de meubelhandel, sport- en fitness-centra en huwelijksbureau's. De oorzaak is vaak dat in de desbetreffende branche geen branche-organisatie actief is of dat hierbij weinig ondernemers zijn aangesloten of dat de branche-organisatie niet het gebruik van bepaalde door de organisatie opgestelde voorwaarden aanbeveelt. Opvallend is dat bij collectieve acties in deze branches de gebruikers zich vaak refereren aan het oordeel van de rechter, terwijl ook verstekvonnissen nogal eens voorkomen. Dit wijst erop dat de gebruikers zich gewoon nog niet met de materie hebben bezig gehouden en dat zij wel bereid zijn hun algemene voorwaarden te wijzigen.¹⁰¹

Voor veel van de door de overheid gebruikte algemene voorwaarden geldt het AGBG niet. De overheid heeft zich in het algemeen nog niet erg ingespannen om haar algemene voorwaarden waarop het AGBG van toepassing is aan de eisen van de wet aan te passen.¹⁰²

96. Rabe, p. 1979: "Ich halte nichts davon, nach 10 Jahren AGB-Gesetz in Wehklagen über die Einbeziehung der Kaufleute in das AGB-Gesetz auszubrechen."

97. RWS-Forum, verslag van de discussie, p. 206.

98. RWS-Forum, verslag van de discussie, p. 207. Vgl. over 'uitwassen' hoofdstuk 2, noot 93.

99. Vooral kleine onderneming die geen juridische afdeling hebben bekommeren zich volgens Bunte weinig om het AGBG. Bunte, *Erfahrungen*, p. 34.

100. Bunte, *Erfahrungen*, p. 47; Brandner en Kummer, p. 124, noemen nietige bedingen kennelijk onuitroeibaar. Anderzijds stelde een medewerker van de Verbraucherschutzverein (VSV) op de Maastrichtse onderzoeksdag Consumentenrecht (10-5-90) dat de lijsten na vijf jaar waren "uitgewerkt" en in collectieve acties nauwelijks nog een rol spelen.

101. Bunte, *Zehn Jahre AGBG*, p. 922.

102. Bunte, H.J., *Entwicklungen im recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, Ein Erfahrungsbericht nach 5 Jahren AGB-Gesetz, *Betrieb* 1982, bijlage 13, p. 4, 12. Er wordt zelfs gesproken van "skandalöse Bedingungen" (Lindemeyer in RWS-Forum, p. 202); in diezelfde zin: Münch. Komm.-Kötz, § 24, Rdnr. 5.

In het handelsverkeer gaat de doorwerking langzaam.¹⁰³ De opvatting van de wetgever, dat de behoefte aan bescherming in het handelsverkeer niet zo duidelijk is als in het verkeer met consumenten, is volgens Bunte onjuist. De in het handelsverkeer gebruikte bedingen zijn vaak "*haarsträubend einseitig*".¹⁰⁴

Grenzen van de regeling

103. Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen Einl, Rdnr. 58.

104. Bunte, Zehn Jahre AGBG, p.923.

29. De toepasselijkheid van het AGBG moet in twijfelgevallen worden bepaald aan de hand van het 'Schutzzweck'. Bunte constateert dat dit beschermingsdoel nog steeds niet volledig duidelijk is. Het BGH heeft als beslissend criterium voor toepasselijkheid in twijfelgevallen gehanteerd: *het eenzijdig gebruik van het recht om de inhoud van de overeenkomst vorm te geven*.¹⁰⁵ De maatstaf is dus niet de behoefte die de wederpartij heeft aan bescherming tegen de economische en intellectuele overmacht van de gebruiker. Ten onrechte wordt deze laatste maatstaf soms in de lagere rechtspraak gehanteerd.¹⁰⁶

Toepasselijkheid van het AGBG op 'Kaufleute'

30. De toepasselijkheid van de wet indien algemene voorwaarden worden gebruikt jegens 'Kaufleute'¹⁰⁷ - zij het dat de lijsten in dat geval niet gelden - wordt overwegend terecht geacht. De rechtspraak had voor de inwerkingtreding van het AGBG haar maatstaven immers ook voorname lijk ontwikkeld in geschillen tussen 'Kaufleute'. Bezwaren kunnen dus alleen bestaan tegen de manier waarop de inhoudelijke toetsing wordt uitgevoerd. Bunte stelt dat de deugdelijkheid van de 'Generalklausel' (de open norm van ' 9) als basis voor de inhoudelijke toetsing in het handelsverkeer niet bestreden kan worden.¹⁰⁸ Eén van de grootste problemen is echter de vraag in hoeverre de lijsten een uitwerking in het handelsverkeer kunnen hebben. De verschillende kamers van het BGH hebben daarover verschillende standpunten ingenomen.¹⁰⁹

105. BGH, NJW 1976, 2346 = WM 1976, 960.

106. Bunte, Zehn Jahre AGBG, p.923-924, met verwijzing naar LG Köln, 18-4-86, BB 1987, 87 m. Anm. Timm. Timm acht de genoemde uitspraak onjuist, gezien BGH, 16-1-86, NJW 1986, 1171. Hij signaleert een tendens in de literatuur (waarmee hij zelf instemt): van onderhandelingen kan alleen gesproken worden als deze voor de wederpartij mogelijk zijn en in de desbetreffende situatie van hem geveerd kunnen worden. Ook Rabe en Ulmer achten de genoemde uitspraak van het LG Köln onjuist; Rabe, p. 1978-1979; Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen, Einl. Rdnr. 28.

107. Anders dan het Nederlandse recht kent het Duitse recht nog altijd het onderscheid tussen 'Kaufleute' en 'nicht-Kaufleute'. Wie 'Kaufmann' is wordt bepaald door § 1-6 HGB, zie nader nr. 112.

108. Bunte, Zehn Jahre AGBG, p.925.

109. Zie nader nr. 441 e.v.

Aard van de inhoudelijke toetsing

31. Voor de invoering van het AGBG bestond er onduidelijkheid over de vraag of bij de inhoudelijk toetsing ook van belang is of het **beroep** dat in concreto op een beding gedaan wordt redelijk is of niet. Het AGBG brengt op dit punt duidelijkheid. Er is een 'trapsgewijze'¹¹⁰ toetsing: de eerste trap is een algemene inhoudelijke toetsing van het beding, gezien de normale omstandigheden voor dit soort overeenkomsten etc., de tweede trap is een toetsing van de individuele omstandigheden, die een in het algemeen toelaatbaar beding toch in concreto ontoelaatbaar kunnen maken. Bunte beargumenteert dit als volgt: alleen op deze wijze kunnen algemene beginselen ontwikkeld worden voor de toelaatbaarheid of ontoelaatbaarheid van algemene voorwaarden en alleen zo kan een doorzichtige vormgeving van de overeenkomst bereikt worden.¹¹¹

110. Zie nader nr. 271 e.v.; in Nederland wordt meestal niet gesproken over twee trappen maar over twee fasen.

111. Bunte, *Zehn Jahre AGBG*, p.925-926.

Deze 'trapsgewijze' toetsing zou ook na de invoering van het AGBG moeten plaatsvinden.¹¹² De ervaring leert echter dat de tweede trap wat in de vergetelheid is geraakt. Bunte ziet voor de uitoefeningstoetsing (de tweede trap) in het handelsverkeer een grotere rol weggelegd. Het AGBG (' 24) schrijft namelijk uitdrukkelijk voor dat met de in het handelsverkeer geldende gewoonten en gebruiken rekening moet worden gehouden.¹¹³

Toetsing van 'Konditionenempfehlungen' door het Bundeskartellamt

32. Het Bundeskartellamt toetst Konditionenempfehlungen aan het AGBG. Dat staat een collectieve actie niet in de weg. Bunte merkt echter wel op dat wat de inhoudelijke toetsing door de rechter van Konditionenempfehlungen betreft het accent is verschoven van de lijsten naar de open norm. Dit wijst op een verfijning van de door het Bundeskartellamt gehanteerde maatstaven, doordat veel omstreden kwesties inmiddels zijn opgelost.¹¹⁴

Kwaliteit en hanteerbaarheid van de wet

33. Stumpf meent dat het AGBG slecht geformuleerd en ondoorzichtig is, daarbij overigens alleen wijzend op ' 24. Wat gematigder is Bunte; volgens hem is met de invoering van het AGBG de rechtszekerheid toegenomen, maar er zijn wel aanzienlijke uitlegproblemen en leemten. Hij noemt de wet *niet gemakkelijk*.¹¹⁵ Tame lijk positief is Ulmer: hij is vol lof over de wetstechnische kwaliteiten van de wet.¹¹⁶

Afzonderlijke bepalingen

34. De ruime omschrijving van 'Allgemeine Geschäftsbedingungen' (' 1) heeft aan de verwachtingen voldaan. De bepaling wordt ook wel analoog toegepast op andere vooraf geformuleerde verklaringen.¹¹⁷ Het BGH heeft het begrip algemene voorwaarden zelfs zo ruim uitgelegd, dat de weg werd ingeslagen naar inhoudelijke toetsing van door een notaris voor een enkel geval opgestelde overeenkomsten. Het ging daarbij om een volledige uitsluiting van aansprakelijkheid bij nieuwe of nog te bouwen huizen.¹¹⁸ De verschillende kamers van het BGH gaan op dit punt overigens een eigen weg.¹¹⁹

112. De trapsgewijze toetsing werd reeds door het BGH geleerd in BGH, 29-9-60, BGHZ 33, 216 (219) = NJW 1961, 212; in eerdere uitspraken (o.a. BGH, 6-3-56, BGHZ 20, 164 (167) = NJW 1956, 908) werden de twee fasen nog door elkaar gehaald.

113. Bunte, Zehn Jahre AGBG, p. 926.

114. Bunte, Zehn Jahre AGBG, p. 923.

115. Bunte, Erfahrungen, p. 36.

116. RWS-Forum, p. 5.

117. Ulmer/Brandner/Hensen, Einl., Rdnr. 46; veel van de Rdnr. 46-56 is ook terug te vinden in: p. Ulmer, Erfahrungen mit dem AGB-Gesetz/ Zwischenbilanz nach fünfjähriger Geltung, BB 1982, p. 584-589.

118. Dit stuitte op heftige kritiek. In 1984 kwam vast te staan dat de toetsnorm niet het AGBG was, maar Ɂ 242 BGB (de goede-trouw-bepaling); zie BGH, 5-4-84, NJW 1984, 2094 = ZIP 1984, 1361; zo ook: BGH, 17-9-87, NJW 1988, 135.

119. Vgl. de in de vorige noot eerstgenoemde uitspraak (van de VII. Zivilsenat) met BGH, (V. Zivilsenat) 6-6-86, ZIP 1986, 1199 = NJW 1986, 2824, waarover Brandner in RWS-Forum, p. 51-52; zie ook nr. 104.

In eerste instantie heeft een controverse bestaan over het begrip 'Aushandeln' (uitonderhandelen) in ' 1, Abs. 2. Door onderhandelingen kan een algemene voorwaarde een 'individueel beding' worden, dat niet onder het AGBG valt. Toch heeft men niet op grote schaal algemene voorwaarden omgezet in individuele bedingen; alleen bij bedingen over de prijs van nieuwe auto's met een lange levertijd is dit wel voorgekomen.¹²⁰ De rechtspraak heeft deze poging echter verijdeld.¹²¹

35. Slechts in weinig gevallen werd aangenomen dat de wederpartij aan de AGB niet gebonden was (' 2). Het is de vraag of dit komt omdat de bepaling over gebondenheid in overwegende mate wordt nageleefd of omdat de wederpartij de gebondenheid niet vaak als probleem herkent. Ulmer meent dat de bescherming van de wederpartij in ' 2 gering is¹²² en dat tegenover de weinig doeltreffende poging van de wetgever om grenzen te stellen aan het gebruik van algemene voorwaarden als zodanig, weldra het gezond verstand heeft gezegevierd.¹²³

36. Verrassende bedingen worden volgens ' 3 geen deel van de overeenkomst. Deze bepaling is niet onbelangrijk gebleken: in 6,5 à 10% van de procedures werd op ' 3 een beroep gedaan.¹²⁴ Wel is het belang geringer dan voor de inwerkingtreding van het AGBG. De toetsing volgens ' 9 heeft als voordeel boven de toepassing van ' 3 dat de geldigheid of ongeldigheid van een beding blijvend komt vast te staan, terwijl de toepassing van ' 3 afhankelijk is van het verrassingseffect. Als een beding meer algemeen wordt vervalt dit verrassingseffect.¹²⁵

37. De voorrang van de individuele afspraak boven algemene voorwaarden (' 4) is in de rechtspraak vooral van betekenis geweest in verband met de bedingen die voor nevenafspraken een schriftelijke vorm vereisen.¹²⁶

38. De regel dat bij onduidelijkheid een beding ten nadele van de gebruiker moet worden uitgelegd (' 5, de contra-proferentem-regel), is vooral van betekenis geweest in het kader van de collectieve actie. Normaal gesproken houdt ' 5 in dat de voor de wederpartij gunstigste uitleg moet worden gekozen. In het kader van de collectieve actie geldt echter het omgekeerde: als de voor de wederpartij ongunstige uitleg van een onduidelijk beding in strijd is met de normen van ' 9-11, wordt een verbod op verder gebruik toegewezen.¹²⁷ Zo wordt voorkomen dat een onduidelijk beding door een beperkende uitleg wordt 'gered' en dus niet verboden zou kunnen worden.

120. Ulmer/Brandner/Hensen, Einl., Rdnr. 46. Ook Bunte vermeldt dit, Bunte, Erfahrungen, p. 37.

121. Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Einl., Rdnr. 30.

122. Ulmer/Brandner/Hensen, Einl., Rdnr. 47.

123. RWS-Forum, p. 5. Nader over gebondenheid en informatieplicht: hoofdstuk 5.

124. Ulmer/Brandner/Hensen, Einl., Rdnr. 47, noot 73; dit zijn echter cijfers van de jaren 1983-1985.

125. Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Einl., Rdnr. 32. Nader over verrassende bedingen: paragraaf 7.5.

126. Ulmer/Brandner/Hensen, Einl., Rdnr. 48. Wolf noemt de betekenis van ' 4 AGBG in het algemeen niet groot, Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Einl., Rdnr. 33. Zie nader nr. 83.

127. Ulmer/Brandner/Hensen, Einl., Rdnr. 48; Bohle en Micklitz, p. 5, zie nader nr. 229.

39. In ' 6 geeft het AGBG regels over de consequenties van de vernietiging van (een deel van) de algemene voorwaarden voor de overeenkomst als geheel. In het algemeen heeft men aangenomen dat de conversie van een nietig beding in een (nog net) wel geldig beding ontoelaatbaar is.¹²⁸

128. Bunte, Erfahrungen, p.41-42; Ulmer/Brandner/Hensen, Einl., Rdnr. 48, zie nader nr. 256.

Wel kan in de overeenkomst als gevolg van de vernietiging van één of meer bedingen een leemte ontstaan, die volgens '6 gevuld moet worden door aanvullend recht. Ontbreekt dit, dan dient de rechter door middel van aanvullende uitleg van de overeenkomst een oplossing te vinden.¹²⁹ De ervaring is dat de rechter dit ook doet, zij het dat de 'VIII. Zivilsenat' van het Bundesgerichtshof dit openlijk doet, terwijl de overige kamers terughoudender zijn, hoewel zij er niet afwijzend tegenover staan.¹³⁰

40. Het 'ontduikingsverbod' van '7 heeft tot nu toe geen noemenswaardige betekenis gehad.¹³¹ In '8 wordt de werkingssfeer van het AGBG beperkt tot de inhoudelijke toetsing van bedingen die van 'Rechtsvorschriften' afwijken. Dat betekent vooral dat bedingen die de kern van de prestatie aangeven buiten de toetsing vallen. Het gevaar dat '8 zo ruim zou worden geïnterpreteerd dat alle bedingen die maar met de kern van de prestatie te maken hebben buiten de inhoudelijke toetsing zouden vallen, heeft zich niet gerealiseerd.¹³²

41. Ook de open norm ('9) blijkt een goede greep geweest te zijn. Het zwaartepunt van de discussie over algemene voorwaarden is de inhoudelijke toetsing gebleken,¹³³ waarbij de open norm veel belangrijker is gebleken dan de lijsten van nietige bedingen in '10 en '11.¹³⁴ De open norm blijkt een scherpere maatstaf dan de voor de invoering van het AGBG gebruikte toetsnorm, namelijk de redelijkheid en billijkheid (Treu und Glauben) in '242 BGB.¹³⁵ Bunte meent dat de formulering van de open norm weliswaar wijst op een beperkte misbruiktoetsing, maar dat het BGH terecht uitgaat van de norm dat van een redelijke belangenafweging sprake moet zijn, een volledige toetsing dus.¹³⁶

Soms heeft men in algemene voorwaarden 'reddende bedingen'¹³⁷ ('Salvatorische Klauseln') opgenomen. De strekking daarvan kan zijn dat een nietig beding vervangen moet worden door een geldig beding dat zoveel mogelijk met de bedoeling van de gebruiker overeenstemt. Ook treft men bedingen aan met zinswendingen zoals ... *voor zover wettelijk toelaatbaar*. Dergelijke bedingen zijn over het algemeen in strijd met de informatieplicht ('2) of de open norm ('9) geacht.¹³⁸

42. De lijsten van '10 en '11 vertonen enige gebreken. Zo zijn enige leemten gebleken op het gebied van exoneratie- en prijsverho-

129. Ulmer/Brandner/Hensen, Einl., Rdnr. 48.

130. Bunte, Zehn Jahre AGBG, p. 927-928; zie nader nr. 261.

131. Ulmer/Brandner/Hensen, Einl., Rdnr. 48 de enige bekende BGH-uitspraak waarin § 7 aan de orde kwam is: BGH, 11-10-84, NJW 1985, 852.

132. Ulmer/Brandner/Hensen, Einl., Rdnr. 49.

133. Palandt-Heinrichs, § 9, Anm. 1b: van de gepubliceerde rechtspraak betreft meer dan 2/3 problemen van § 9 AGBG.

134. Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Einl., Rdnr. 38.

135. Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Einl., Rdnr. 38.

136. Bunte, Erfahrungen, p. 44-45. Zie nader over de inhoud van de open norm: hoofdstuk 7.

137. Fiscalisten spreken wel van 'glijclausules'.

138. Bohle en Micklitz, p. 5; zie verder nr. 202.

gingsclausules.¹³⁹ Ook zijn ze te veel op de koop- en aannemingsovereenkomst toegesneden en te weinig op andere belangrijke overeenkomsten zoals overeenkomsten met banken en ziekenhuizen, huur- en dienstverleningsovereenkomsten.¹⁴⁰

139. Ulmer/Brandner/Hensen, Einl., Rdnr. 50; Bunte, Erfahrungen, p. 45.

140. Bunte, Erfahrungen, p. 47; Bunte, Zehn Jahre AGBG, p. 925.

De lijsten van ' 10 en 11 hebben een reflexwerking, dat wil zeggen dat als de lijsten niet toepasselijk zijn, bij het toetsen aan de open norm aan de lijsten betekenis wordt gehecht. Dit doet zich zowel voor bij de toepassing van de open norm in het handelsverkeer als bij de toepassing van de open norm op bedingen die naar de letter niet onder de lijsten vallen, maar een even onredelijk effect hebben.¹⁴¹ De verschillende Zivilsenate van het BGH gaan overigens elk een eigen weg wat betreft de mate waarin aan de lijsten reflexwerking wordt toegekend in het handelsverkeer.¹⁴²

43. In de regeling van de collectieve actie (' 13-22) zijn geen ernstige gebreken aan het licht gekomen.¹⁴³

De daartoe bevoegde ondernemersorganisaties gebruiken de collectieve actie weinig, er wordt zelfs gesproken van een boycot.¹⁴⁴ Misschien heeft de zelfregulering die in het handelsverkeer in 1974 in het leven is geroepen de behoefte aan collectieve acties ook wat afgeroomd.¹⁴⁵

Consumentenorganisaties hebben de collectieve actie vaker gebruikt, maar bij hen blijkt een tekort aan menskracht en financiën.¹⁴⁶ In verhouding tot het aantal in omloop zijnde algemene voorwaarden is het aantal collectieve acties en onderhandelingen over algemene voorwaarden nog altijd gering.¹⁴⁷

141. Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen, Einl. Rdnr. 50. De tweede vorm van reflexwerking doet zich in Nederland voor; zie nr. 350.

142. Zie nader over reflexwerking: paragraaf 8.8.

143. Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen, Einl. Rdnr. 51.

144. Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner Vor 13, Rdnr. 25; Münch Komm.-Gerlach Vor 13 Rdnr. 29 e.v., 40; Bohle en Micklitz, p. 2, 7; Löwe, RWS-Forum, p. 113, 114. Slechts 10% van de collectieve acties zou worden ingesteld door ondernemingsorganisaties en 90% door de consumentenorganisaties, Bohle en Micklitz, p. 2. Het is mogelijk dat het tellen van het aantal procedures het beeld vertekent, want de activiteiten van ondernemings- en consumentenorganisaties liggen veelal op het gebied van onderhandelingen over algemene voorwaarden; pas als de onderhandelingen mislukken wordt een collectieve actie ingesteld. Vgl. Ulmer/Brandner/Hensen Einl., Rdnr. 59.

145. Een overzicht van de werkzaamheden tot 1984 geeft M. Thamm, Praktiziertes AGB-recht im kaufmännischen Verkehr / Der Gutachterausschuß für Allgemeinen Geschäftsbedingungen, BB 1986, 81-84. In de periode 1974-84 waren er 40 Gutachten; het accent ligt op inkoopvoorwaarden, die in de rechtspraak juist onderbelicht zijn. Ulmer meent dat deze adviezen nauwelijks bijdragen aan een betere doorwerking van het AGBG; Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen, Einl., Rdnr. 61.

146. Ulmer/Brandner/Hensen, Einl., Rdnr. 59: Bij de Verbraucherschutzverein zijn twee juristen belast met AGB-zaken; het proceskostenfonds bedraagt volgens hun mededelingen tijdens de Maastrichtse onderzoeksdag Consumentenrecht (10-5-90) DM 60.000. Van de Verbraucherzentralen in de 'Länder' hebben er slechts vierde beschikking over één of meer juristen. Löwe vermeldt dat één organisatie ondanks een gering proceskostenfonds tot een effectieve controle is gekomen door de initiatieven van de 'vrije advocaat' die deze organisatie heeft ingeschakeld, RWS-Forum, p. 115.

147. Von Hippel schat het aantal in omloop zijnde algemene voorwaarden in Duitsland op 20 à 30.000, Von Hippel, p. 128. Vergelijk dit met de gegevens van noot 148.

Het aantal gevallen waarin consumentenorganisaties succes hadden zonder dat het tot een procedure kwam ligt aanmerkelijk hoger dan het aantal procedures.¹⁴⁸ Hierbij plegen de consumentenorganisaties een van een boetebeding voorziene verklaring te eisen dat de gebruiker of organisatie van gebruikers het omstreden beding niet meer zal gebruiken en zich er ook in reeds gesloten overeenkomsten niet op zal beroepen.¹⁴⁹ De voorlopige voorziening blijkt voor de collectieve actie van weinig betekenis te zijn.¹⁵⁰

44. Het aantal 'Konditionenempfehlungen' (door organisaties van gebruikers aanbevolen algemene voorwaarden) is na 1977 sterk toegenomen, namelijk van 18 op het moment van inwerkingtreding van het AGBG (1-4-77) tot 206 in 1989.¹⁵¹ Het Bundeskartellamt verricht een 'grote toetsing': de duidelijk onredelijke bedingen worden weggefilterd.¹⁵²

Opvallend is dat van de Konditionenempfehlungen slechts een zesde gedeelte voor consumenten van betekenis is.¹⁵³ De rechtsuniformering die door de Konditionenempfehlungen optreedt is vooral waarneembaar in de kleinere en middelgrote bedrijven, die geen eigen juridische afdeling hebben.¹⁵⁴

Een nadeel van uniformering van algemene voorwaarden is dat de wederpartij minder kansen heeft om door onderhandelingen gunstiger voorwaarden te bedingen; hij vindt een gesloten front tegenover zich. Daar staat tegenover dat bij de concurrentie algemene voorwaarden geen rol plegen te spelen en dat de wederpartijen de voorwaarden

148. Bohle en Micklitz geven over de periode 1-4-77 t/m 1-6-83 voor de Verbraucherschutzverein de volgende getallen (percentages van mij, rhcj)

- Aanmaningen aan gebruikers	872	98,3%
- Aanmaningen aan aanbeveler	15	1,7%
Totaal	887	100 %

Daarvan:

- overeenstemming in de vorm van een door een boete versterkte verklaring dat de bedingen niet meer gebruikt zullen worden:	525	59,2%
- procedures	259	29,2%
- (afloop onbekend)		(11,6%)

(Bohle en Micklitz, p. 9.) De cijfers over de periode 1977-1987 zijn volgens een medewerker van de Verbraucherschutzverein als volgt: 1300 aanmaningen; 400 rechterlijke uitspraken. (Bron: RWS-Forum, (samenvatting discussie) p. 215.). Voor de Verbraucherzentralen van de Länder die op het gebied van de AGB actief zijn geven Bohle en Micklitz vergelijkbare cijfers.

Wolf meldt dat tot 31-7-87 665 collectieve acties bij het Bundeskartellamt waren aangemeld (zie 20). In ongeveer 75% van de aanmaningen komt het echter niet tot een procedure (Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Einl., Rdnr. 24).

149. Brandner en Kummer, p. 124 met verwijzing naar BGH, 11-2-81, NJW 1981, 1511 en BGH, 7-6-82, AGBE III 26, nr. 2 = NJW 1982, 2311. Wordt een dergelijke verklaring niet afgegeven dan wordt doorgaans zonder verdere onderhandelingen geprocedeerd.

150. Ulmer/Brandner/Hensen, Einl., Rdnr. 51. Wat de toelaatbaarheid van de voorlopige voorziening betreft: in twee OLG-uitspraken werd de voorlopige voorziening slechts beperkt toelaatbaar geacht (OLG Düsseldorf 29-12-88, NJW 1989, 1487; OLG Frankfurt 27-9-88, NJW 1989, 1489). J.P. Marly, Die Zulässigkeit einstweiliger Verfügungen in Verfahren nach 13 AGB-Gesetz, NJW 1989, 1472, stelt dat de collectieve actie naar zijn aard spoedeisend is en dat een voorlopige voorziening in beginsel toelaatbaar zou moeten zijn.

151. Schmidt in Ulmer/Brandner/Hensen Anh. 29 9-11, Rdnr. 1000 geeft de volledige lijst per januari 1989.

152. Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Einl., Rdnr. 28.

153. Aldus in 1983: Bohle en Micklitz, p. 9.

154. Bunte, Erfahrungen, p. 61.

vaak ongelezen aanvaarden.¹⁵⁵ Per saldo wordt het rechtsuniforme-
rend effect van de aanbevelingen van algemene voorwaarden niet als
negatief gezien.¹⁵⁶ Ulmer meent dat een toename van het gebruik van
de collectieve actie nog wenselijk is. Hij verwacht dat door
'Konditionenempfehlungen' en een voortschrijdende concretisering van
de maatstaven voor inhoudelijke toetsing in de rechtspraak de
'Durchsetzung' van het AGB-Gesetz verder zal toenemen.¹⁵⁷

155. Bunte, *Erfahrungen*, p. 65-66.

156. Bunte, *Zehn Jahre AGBG*, p. 922. Uniformering is eerder een voordeel volgens Münch. Komm.-Gerlach, 2. Aufl. (1984) Vor § 13, Rdnr. 4. Zo ook voor Nederland: Hondius, *NJV*, nr. 12 (vgl. nr. 14).

157. Ulmer/Brandner/Hensen, *Einl.*, Rdnr. 64.

HOOFDSTUK 3 DE GRENZEN VAN AFDELING 6.5.3

3.1 Overzicht

45. Dit hoofdstuk heeft twee onderdelen. In het eerste onderdeel staat de vraag wat onder algemene voorwaarden moet worden verstaan centraal. Uitgangspunt zijn de omschrijvingen in de literatuur en de wettelijke omschrijvingen in de Nederlandse en Duitse wet. Bijzondere aandacht krijgen het kernbeding en het individuele beding. Het tweede onderdeel behandelt de uitsluiting van de arbeidsovereenkomst en de CAO van de werkingssfeer van afd. 6.5.3.

3.2 De omschrijving van algemene voorwaarden

46. De bekendste recente omschrijving van algemene voorwaarden in de Nederlandse literatuur is afkomstig van Hondius¹:

"Standaardvoorwaarden zijn schriftelijke concept-bedingen, welke zijn opgesteld om zonder onderhandelingen omtrent hun inhoud opgenomen te worden in een gewoonlijk onbepaald aantal nog te sluiten overeenkomsten van bepaalde aard."

Van der Werf geeft de volgende omschrijving²:

"Standaardvoorwaarden (zijn) één of meer, voorafgaande aan de totstandkoming van een onbepaald, maar in het algemeen groot aantal gelijksoortige overeenkomsten, schriftelijk geformuleerde bedingen, bestemd om in beginsel zonder onderhandelingen daarover de inhoud van de tussen partijen tot stand gekomen overeenkomst mede te bepalen, terwijl het partijen vrijstaat dergelijke voorwaarden al dan niet te gebruiken."

Tot slot de omschrijving van Gras³:

"Een standaardkontraakt is een kontraktsformulier of een formulier waarnaar bij het aangaan van het kontraakt wordt verwezen, waarvan de inhoud met het oog op de frekwentie waarmee het kontraakt geacht wordt tot stand te komen, geheel of gedeeltelijk tevoren is vastgesteld teneinde in beginsel zonder verdere onderhandelingen in de overeenkomst te worden opgenomen."

De wettelijke omschrijving van algemene voorwaarden luidt als volgt:

art. 6:231: "In deze afdeling wordt verstaan onder:

a. algemene voorwaarden: een of meer schriftelijke bedingen die zijn opgesteld teneinde in een aantal overeenkomsten te worden opgenomen, met uitzondering van bedingen die de kern van de prestatie aangeven. (...)"

Het AGB-Gesetz definiëert 'Allgemeine Geschäftsbedingungen' als volgt:

1. Hondius, diss. nr. 127.
2. Van der Werf, diss., p.9.
3. Gras, diss., p.2.

' 1 "(1) Allgemeine Geschäftsbedingungen sind alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei (Verwender) der anderen Vertragspartei bei Abschluß eines Vertrages stellt. Gleichgültig ist, ob die Bestimmungen einen äußerlich gesondertes Bestandteil des Vertrages bilden oder in die Vertragsurkunde selbst aufgenommen werden, welchen Umfang sie haben, in welcher Schriftart sie verfaßt sind und welche Form der Vertrag hat.

(2) Allgemeine Geschäftsbedingungen liegen nicht vor, soweit die Vertragsbedingungen zwischen den Vertragspartei im einzelnen ausgehandelt sind."

47. Het is nu interessant om na te gaan of de in de literatuur geformuleerde omschrijvingen corresponderen met de wettelijke omschrijving en wat de overeenkomsten en verschillen zijn van de Duitse en Nederlandse omschrijving. Hiervoor geef ik onderstaand overzicht.

Omschrijvingen literatuur	Nederlandse wettelijke omschrijving	Duitse wettelijke omschrijving
- (element ontbreekt)	- één of meer	- Gleichgültig ist ... welchen Umfang sie haben ...
- schriftelijk (Hondius, Van der Werf), kontraktsformulier of formulier waarnaar ... wordt verwezen (Gras);	- schriftelijke	- Gleichgültig ist ... in welcher Schriftart sie verfaßt sind ... ⁴
- beding (Hondius, Van der Werf);	- bedingen	- Vertragsbedingungen
- concept (Hondius); voorafgaand aan ... geformuleerd (Van der Werf); kontraktsformulier of formulier waarnaar ... wordt verwezen (Gras);	- (element ontbreekt)	- für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten
- opgesteld om ... opgenomen te worden in ... (Hondius); bestemd om de	- die zijn opgesteld teneinde in een aantal overeenkomsten te worden opgenomen	- für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten - die eine Vertragspartei (Verwen-

inhoud van de ...
overeenkomst
mede te bepalen
(Van der Werf);

der) der anderen
Vertragspartei bei
Abschluß eines
Vertrages stellt

Omschrijvingen literatuur	Nederlandse wettelijke omschrijving	Duitse wettelijke omschrijving
- (element ontbreekt)	- met uitzondering van bedingen die de kern van de prestatie aangeven	- (element ontbreekt in wettelijke omschrijving; kernbedingen zijn uitgezonderd van de inhoudelijke toetsing, zie ' 8 ⁶ .
- zonder onderhandeling omtrent hun inhoud (Hondius), in beginsel zonder onderhandelingen (Van der Werf, Gras);	- (element ontbreekt) ⁵	- Het AGBG geldt niet voor bedingen waarover is onderhandeld (' 1 Abs. 2) ⁷ .
- gewoonlijk onbepaald aantal nog te sluiten overeenkomsten (Hondius), met het oog op de frequentie ... tevoren vastgesteld (Gras);	- (element ontbreekt)	
- overeenkomsten van bepaalde aard (Hondius).	- (element ontbreekt)	- (element ontbreekt)
- (element ontbreekt)	- (element ontbreekt)	- (element ontbreekt)
		- Gleichgültig ist, ob die Bestimmungen einen äußerlich gesondertes Bestandteil des Vertrages bilden oder in die Vertragsurkunde selbst aufgenommen werden, (...) und welche Form

der Vertrag hat.

Bij elk van deze elementen maak ik in de volgende paragrafen een aantal opmerkingen:

(⁴ ⁵ ⁶ ⁷)

3.3 'Eén of meer'

48. Alleen de wettelijke omschrijving bevat het element 'één of meer'. In de literatuur is doorgaans de nadruk gelegd op de problemen rond een samenstel van bedingen. Door de woorden 'één of meer' geeft de wet terecht aan dat de uitgebreidheid of ingewikkeldheid van algemene voorwaarden geen onderscheidend criterium is.

De **Duitse** omschrijving bevat een soortgelijk element: onbelangrijk is de omvang van de voorwaarden; ook in de Duitse literatuur wordt erop gewezen dat algemene voorwaarden uit één enkel beding kunnen bestaan.⁸

3.4 'Schriftelijk'; het mondelinge beding

49. In de eerste versie van art. 6:231 viel het mondelinge beding onder de omschrijving van algemene voorwaarden, mogelijk onder invloed van Hondius. Deze merkt op dat het element 'schriftelijk', dat in zijn omschrijving voorkomt, in een wettelijke omschrijving kan worden gemist omdat het onderscheidend vermogen mist, terwijl het opnemen van de schriftelijkheidseis ertoe zou kunnen leiden dat men zijn toevlucht neemt tot mondelinge bedingen.⁹

Later is het mondelinge beding bij wijze van deregulering van de werkingssfeer van afd. 6.5.3 uitgesloten, doordat de schriftelijkheidseis in art. 6:231 werd opgenomen.¹⁰ Uit de parlementaire geschiedenis blijkt echter dat ook een mondelinge meegedeeld beding soms als schriftelijk moet worden aangemerkt, namelijk als het beding op schrift staat en wordt voorgelezen.¹¹

4. Zie echter de opvatting van Ulmer, nr. 50.

5. § 8 AGBG: "*Die ' ' 9 bis 11 gelten nur für Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, durch die von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelungen vereinbart werden.*"

6. In de MvT Inv. wordt hier wel op gewezen: Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1453.

7. § 1 Abs. 2 AGBG: "*Allgemeine Geschäftsbedingungen liegen nicht vor, soweit die Vertragsbedingungen zwischen den Vertragsparteien im einzelnen ausgehandelt sind.*"

8. Palandt-Heinrichs, § 1, Anm. 3; Bunte, Handbuch, p. 7.

9. Hondius, diss., nr. 128.

10. MvA II Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1462, zie ook p. 1533 en 1541

11. Nota II Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1541 en VC II Inv. d.d. 28-1-85, Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1553. Hoewel de constructie wat gewrongen is, is zij goed verdedigbaar, gezien het Duitse recht, waarin het accent wordt gelegd op het vooraf geformuleerd zijn van een beding, zie nr. 165.

50. In de **Duitse** literatuur wordt verschillend over mondelinge bedingen gedacht. Eén schrijver wil bijvoorbeeld ook vooraf geformuleerde bedingen, die schriftelijk zijn vastgelegd, maar mondeling worden gemaakt, als algemene voorwaarden beschouwen.¹² Anderen gaan verder, door ook de vastlegging op een geluidsband voldoende te achten.¹³ Ulmer¹⁴ meent dat zij door een 'stoffelijke drager' van de algemene voorwaarden te eisen bij de uiterlijke omstandigheden aanknopen, in strijd met de tweede zin van '1. Hij beschouwt alle mondelinge bedingen die vooraf zijn geformuleerd als algemene voorwaarden. Dit is in overeenstemming met het beschermingsdoel van het AGBG. Bovendien kan uit de tweede zin van de omschrijving, die stelt dat de schriftsoort onbelangrijk is, niet worden afgeleid dat AGB altijd schriftelijk zouden moeten zijn.

12. Staudinger/Schlosser, § 1, Rdnr. 16, geciteerd door Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen, § 1, Rdnr. 36.

13. Löwe/Trinkner § 1, Rdnr. 9; Palandt/Heinrichs, § 1, Anm. 2b; Koch/Stübing, § 1, Rdnr. 3., geciteerd door Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen, § 1, Rdnr. 36.

14. Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen, § 1, Rdnr. 36.

51. Het mondeling beding is naar mijn mening meer een theoretische dan een praktische mogelijkheid. Het gebruik van mondelinge bedingen verdraagt zich niet met wat in de Duitse literatuur heet het 'Rationalisierungszweck', dat gebruikers van algemene voorwaarden hebben: algemene voorwaarden zijn o.a. bedoeld om sneller, gemakkelijker en 'veiliger' te kunnen contracteren. Als een mondeling beding wordt gebruikt wordt dit doel niet bereikt, want een mondeling beding is een vertragende factor, en de gebruiker begeeft zich in grote bewijsrisico's.¹⁵ Het opnemen van de schriftelijkheidseis betekent dus deregulering van iets dat nauwelijks voorkomt.

52. Dat mondelinge bedingen niet onder de regeling in afd. 6.5.3 vallen zal in de praktijk geen moeilijkheden opleveren. Niet alleen zullen mondelinge bedingen in de praktijk weinig voorkomen, maar bovendien: als een mondeling beding wordt gemaakt ontbreken een aantal problemen die zich bij schriftelijke bedingen wel voordoen:

- De wederpartij neemt vrijwel zonder uitzondering kennis van de inhoud van het mondelinge beding. Versluiting van de contractvoorwaarden is dus niet mogelijk.
- Mondelinge bedingen zullen doorgaans ook begrijpelijker zijn dan schriftelijke, aangezien lange en ingewikkelde zinnen zich er slecht voor lenen om uit het hoofd geleerd en opgezegd te worden.¹⁶
- Bij een mondeling beding kan veel minder snel dan bij een schriftelijk beding worden aangenomen dat de wederpartij slechts de keuze heeft tussen accepteren van het complex van algemene voorwaarden en niet-contracteren. De wederpartij zal - veel gemakkelijker dan bij op schrift staande bedingen - op een mondeling meegedeeld beding in afwijzende zin kunnen reageren, waardoor er vanzelf een onderhandelingsituatie ontstaat.

Hierdoor is er bij mondelinge bedingen een geringere kans op onbillijke benadeling. Het kunnen kennismaken van het beding is volgens de minister ook de reden geweest om mondelinge beding buiten de regeling van afd. 6.5.3 te houden.¹⁷

Over mondelinge bedingen heb ik geen **Duitse** rechterlijke uitspraken gevonden; kennelijk vormen zij in de praktijk nauwelijks een probleem.

3.5 'Beding'

53. Door algemene voorwaarden aan te duiden als 'bedingen' die aan bepaalde karakteristieken voldoen, wordt duidelijk gekozen voor een contractueel

15. Op dit laatste is ook gewezen in de VC II Inv. d.d. 28-1-85, Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1553-1554.

16. Uit het hoofd leren is de enige mogelijkheid: als men mondelinge bedingen voorleest zijn het immers weer schriftelijke bedingen en daarmee algemene voorwaarden, zie noot 11.

17. VC II Inv. d.d. 1-10-84, Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1543.

karakter van algemene voorwaarden. In de literatuur zijn algemene voorwaarden wel aangeduid als particuliere wetgeving,¹⁸ maar in Nederland is het contractuele karakter nauwelijks betwist.¹⁹ Een recente uitzondering is Van Erp, getuige het volgende citaat:

*"Deze gehoudenheid aan hetgeen in algemene voorwaarden is bepaald, voldoet aan de klassieke omschrijving van het begrip verbintenis, te weten een rechtsplicht waar een subjectief vermogensrecht tegenover staat (vgl. Asser-Hartkamp I, nr. 6 e.v.), maar zij is niet louter een verbintenis uit overeenkomst. Het is weliswaar de (marginale) partijwil die algemene voorwaarden tot onderdeel van de overeenkomst maakt, maar de algemene voorwaarden zelf zijn daarmee nog geen contractuele verbintenissen. Juist omdat deze standaardbepalingen bedoeld zijn voor gebruik in tal van contracten, krijgen deze bepalingen een objectiefrechtelijk karakter."*²⁰

Toegegeven: algemene voorwaarden lijken meer op wetgeving dan op een 'uitonderhandeld' contract. Een objectiefrechtelijk karakter hebben ze daarmee allerminst. Het kenmerkende van objectief recht is immers niet alleen de manier waarop dit in een contractuele relatie zijn gelding verkrijgt (namelijk 'van rechtswege') maar ook de herkomst van de inhoud (niet van partijen, maar van de wetgever). Hier loopt Van Erps visie m.i. op de klippen. Nieuwenhuis noemt dit het competentieprobleem;²¹ in een theorie die algemene voorwaarden een objectiefrechtelijk karakter toekent blijft de vraag onopgelost waar een particulier de bevoegdheid aan ontleent om een ander 'de wet voor te schrijven'.

In hun functioneren hebben algemene voorwaarden misschien karaktertrekken van wetgeving, juridische kan men ze niet anders zien dan als contractuele voorwaarden.

Met een andere dogmatische inpassing is bovendien niets gewonnen. Het gevolg van het karakteriseren van algemene voorwaarden als objectief recht zou volgens Van Erp moeten zijn

*"... dat - in ieder geval landelijk algemeen gebruikte - algemene voorwaarden, zoals de algemene bankvoorwaarden, net als de standaardregeling, als recht in de zin van art. 99 RO zouden kunnen worden gekwalificeerd en als zodanig door de Hoge Raad aan een inhoudelijke toets zouden kunnen worden onderworpen."*²²

18. Zie Sluijter, p. 8-9.

19. In Duitsland werden algemene voorwaarden in vroeger tijden wel aangeduid als rechtsnormen, een *'bereit liegende Rechtsordnung'*, RG DR 1941, 1210; Bunte, Handbuch, p. 4; thans wordt algemeen aangenomen dat AGB geen rechtsnormen zijn en omgekeerd, vgl. Bunte, Handbuch, p. 7 en Palandt-Heinrichs, § 1, Anm. 1. De aanhangers van de rechtsnormenleer zijn echter nog niet geheel uitgestorven, zie Pflug.

20. Van Erp, diss., p. 55, met een beroep op Bregstein, rede (1935) en met de kanttekening dat de HR blijkens zijn arrest Reco/De Staat (HR 12-5-89, NJ 89, 613) niet die kant op wil. De HR overweegt in dit arrest dat de UAV geen recht zijn in de zin van art. 99 RO, zodat in cassatie niet over hun uitleg kan worden geklaagd. *"De UAV behelzen immers slechts algemene voorwaarden welke de pp. op wier overeenkomst zij van toepassing zijn, niet binden krachtens de in de Ned. Staatscourant gepubliceerde ministeriële beschikking waarbij zij zijn vastgesteld, maar doordat zij, kort gezegd, zijn overeengekomen."*

21. Nieuwenhuis diss., p. 135, zo ook Van der Werf, diss., p. 15 en voor het Duitse recht Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen, Einl., Rdnr. 23.

22. Van Erp, diss., p. 60.

Maar wat schieten we daar mee op? Aan welke maatstaf getoetst zou moeten worden geeft Van Erp niet aan.²³ Ik kan me geen andere maatstaf voorstellen dan de open norm en de lijsten met als vangnet de redelijkheid en billijkheid. Maar daar kan de Hoge Raad ook nu al aan toetsen. In het arrest Van der Meer/Smilde²⁴ doet de Hoge Raad de zaak zelf af: het beroep op het omstreden beding wordt in strijd geacht met de goede trouw. Ook of algemene voorwaarden 'onredelijk bezwarend' zijn is een rechtsvraag.²⁵

Het enige verschil dat ik kan zien is dat de **uitleg** van algemene voorwaarden nu als een feitelijke kwestie wordt beschouwd; dit zou een rechtsvraag worden als algemene voorwaarden recht in de zin van art. 99 RO zouden zijn.²⁶

54. Dat algemene voorwaarden contractueel van aard zijn betekent ook, dat "*regels die van rechtswege deel uitmaken van de contractsinhoud*"²⁷ geen algemene voorwaarden zijn. Als in algemene voorwaarden een wetsbepaling wordt overgenomen is overigens wel sprake van een algemene voorwaarde.²⁸ Een belangrijke vorm van materiële wetgeving die lijkt op algemene voorwaarden maar niet tot de algemene voorwaarden mag worden gerekend is de standaardregeling in de zin van art. 6:214. De standaardregeling is dus van rechtswege op de daarin bedoelde overeenkomsten van toepassing.

55. Via de schakelbepaling art. 6:216 is afd. 6.5.3 ook van toepassing op "*andere vermogensrechtelijke rechtshandelingen*" en is de toepasselijkheid op eenzijdige rechtshandelingen denkbaar.²⁹

Duitsland

56. In Duitsland wordt wel aangenomen dat het AGBG van overeenkomstige toepassing kan zijn op regelingen in publiekrechtelijke gebruiksverordeningen, wanneer de gebruiksverhouding niet van publiekrechtelijke aard is. Een voorbeeld is een gemeentelijke

23. Ik zie hier nog voorbij aan 'praktische' moeilijkheden, zoals de nauwkeurige afgrenzing van '99-RO-algemene voorwaarden'.

24. HR 25-4-86, NJ 86, 714, m.nt. G.; AA 86, p.816, m.nt. v. Sch.; KwNBW 86, p.92, m.nt. Hondius, BR 86, p. 690 m.nt. Kleijn.

25. De open norm is immers een verbijzondering van de redelijkheid en billijkheid, zie nader paragraaf 6.7.

26. Vgl. noot 20. Met het 'standaardkarakter' van algemene voorwaarden wordt in de rechtspraak overigens rekening gehouden bij de uitleg. Tamelijk algemeen wordt aangenomen dat die uitleg 'objectief' moet plaatsvinden. Zie nr. 59.

27. MvT Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1520. Dit zijn bijvoorbeeld regels van dwingend recht, regels van aanvullend recht (al kunnen regels van aanvullend recht die in algemene voorwaarden worden overgenomen worden getoetst aan de open norm, zie het amendement van het Tweede-Kamer-lid Korthals, Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1598 en de standaardregeling in de zin van art. 6:214. Beleidsregels gelden sinds HR 28-3-90, RvdW 90, 77 als 'recht' in de zin van art. 99 RO, al worden ze niet ambtshalve toegepast. Als beleidsregels in algemene voorwaarden worden opgenomen, kunnen ze m.i. evenals aanvullend recht worden getoetst aan de open norm.

28. Zie nader nr. 65 en 287.

29. Voorbeelden in de MvT Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1521: de afstand van een vorderingerecht, de vestiging van beperkte rechten en de verdeling van een gemeenschap.

verordening voor het gebruik van een zwembad, die een exonera-
tieclausule bevat.³⁰

Het kiezen van een verenigingsvorm teneinde onredelijke bedingen als
statutaire plichten te kunnen opleggen kan in strijd zijn met het Duitse
'Umgehungsverbot' (' 7 AGBG).³¹

Twee wegen

30. OLG München 24-1-80, AGBE I 3 1, nr. 9; BB 1980, 496: In het zwembad stond een bord met de tekst: *De gemeente is slechts aansprakelijk voor personen- en zaakschade die op gebreken in het zwembad terug te voeren zijn bij opzet of grove schuld van haar organen of het zwembadpersoneel*. Het AGBG werd van overeenkomstige toepassing geacht. Vgl. ook Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen, 3 1, Rdnr. 9 en Kötz in Münch. Komm.-Kötz, 3 1, Rdnr. 3 en Vor 3 8, Rdnr. 9.

31. Kötz in Münch. Komm.-Kötz, 3 7, Rdnr. 2, die dit de belangrijkste toepassing van 3 7 noemt; Bunte, Handbuch, p. 17; vgl. voor Nederland nr. 58.

57. Zoals water naar het laagste punt stroomt, zo zoekt ook de overheid vaak de weg die haar de grootste vrijheid van handelen geeft. Eertijds gaf het privaatrecht meer vrijheid dan het publiekrecht.³² Met de invoering van afd. 6.5.3 zou dat soms wel weer andersom kunnen zijn. Hebben de normen van afd. 6.5.3 nu ook betekenis als de overheid de publiekrechtelijke weg kiest? Afd. 6.5.3 is niet rechtstreeks van toepassing, tenzij men, zoals Wessels, aanneemt dat art. 6:216 ook van toepassing is op publiekrechtelijke overeenkomsten.³³ Maar ook zij die dat niet aannemen kennen afd. 6.5.3 een zekere betekenis toe als de overheid het publiekrechtelijke pad bewandelt. Hartkamp meent bijvoorbeeld dat de toepassing van (delen van) het NBW op de publiekrechtelijke overeenkomst beter aan de vrije waardering van de rechter kan worden overgelaten.³⁴ De minister wijst erop dat de publiekrechtelijke weg met de nodige waarborgen is omgeven. Zou een overheid in plaats van de privaatrechtelijke weg de publiekrechtelijke weg bewandelen, dan is er de publiekrechtelijke rechtsbescherming. De administratieve rechter is aan de wettelijke beroepsgronden gebonden. Als nu bijvoorbeeld een 'zwart' beding als voorwaarde aan een beschikking wordt verbonden, lijkt het de minister niet uitgesloten dat de privaatrechtelijke afkeuring daarvan het publiekrechtelijk oordeel (met name in het kader van de willekeurtoetsing) kan beïnvloeden.³⁵

In dezelfde zin heeft Vranken zich uitgesproken:

*"Waarom zou deze afdeling niet ook op publiekrechtelijk rechtshandelingen van toepassing zijn? De terugkeer naar de beschikking in plaats van de overeenkomst om de strengere toets van afdeling 6.5.2A NBW te ontlopen, zou op deze manier de pas worden afgesneden. Terecht, lijkt mij."*³⁶

-
32. "Eertijds", vgl. de recente zaken waarin de Hoge Raad zich uitsprak over het ontgaan van de milieuwetgeving resp. de Woonwagenwet door overheden die zich beriepen op hun eigendomsrecht: HR 26-1-90, RvdW 90, 36 (Staat/Windmill), resp. HR, 9-7-90, RvdW 90, 143 (Woonwagens). Het eigendomsrecht kan in ieder geval niet worden ingeroepen als dit de eveneens toepasselijke publiekrechtelijke wetgeving "op onaanvaardbare wijze doorkruist".
33. In die zin: Wessels, Fiscale overeenkomst, Alphen aan den Rijn (1982), p. 49 en KWNWB 1986, p. 85 en Weekblad voor fiscaal recht 5888, 1989, p. 1303, met een beroep op HR 10-4-87, NJ 88, 148 m.nt. W.H.H. (Nieuwegein/GCN) en op Snijders, Bestuursrecht en Nieuw BW, Zwolle (1988), p. 51. In deze zin ook Wessels/Jongeneel nr. 16.
34. Asser-Hartkamp II nr. 31. In het rijtje schakelbepalingen dat Hartkamp noemt komt art. 6:216 overigens niet voor, wel vermeldt hij dat de analogische toepassing op het publiekrecht niet tot de schakelbepalingen beperkt is en wijst daarbij op HR 10-4-87, NJ 88, 148 (Nieuwegein/GCN): de redelijkheid en billijkheid zijn ook van toepassing op een publiekrechtelijke overeenkomst. Van Ommeren wijst erop dat afd. 6.5.3 via art. 6:216 niet van toepassing kan zijn op beschikkingen, omdat deze eenzijdig zijn; wel zouden de zwarte en grijze lijst reflexwerking kunnen hebben, Van Ommeren, p. 137. M.i. zou de gehele afdeling (m.n. ook de open norm) reflexwerking kunnen hebben.
35. MO I Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1570. Van Ommeren stelt: "Anders dan overeenkomsten kunnen beschikkingen veel sneller vanwege hun inhoud vernietigd worden". Door de eenzijdigheid van beschikkingen spelen wilsovereenstemming en wederzijds vertrouwen een minder grote rol. De administratieve rechter toetst aan algemeen verbindende voorschriften en de (materiële) beginselen van behoorlijk bestuur. "Een aparte omstandigheden-catalogus is daarvoor niet speciaal nodig. Toch is het niet ondenkbaar dat de administratieve rechter behoefte zal hebben aan afdeling 6.5.2A. Met name de zwarte en grijze lijst vergroten de rechtszekerheid ten aanzien van de geoorlooftheid van de inhoud van de algemene voorwaarden". Van Ommeren, p. 137; afd. 6.5.2A is thans afd. 6.5.3.
36. J.B.M. Vranken, in: J.A.F. Kobussen en M.H. Peters (red.), Bestuursrecht en Nieuw B.W. / Verslag van

Statuten en reglementen als algemene voorwaarden?

58. **Verenigingen** kunnen voor hun leden statutaire plichten kennen die, als zij bedingen zouden zijn in een overeenkomst, onredelijk bezwarend zouden zijn volgens de regels van afd. 6.5.3. Vallen dergelijke statutaire plichten onder afd. 6.5.3?

Zowel de oprichtingshandeling als een latere toetreding kunnen worden gekwalificeerd als "*meerzijdige vermogensrechtelijke rechtshandelingen*".³⁷ Ook al zijn het geen contractuele verhoudingen, door de schakelbepaling in art. 6:216 is o.a. de regeling van afd. 6.5.3 van **overeenkomstige** toepassing.³⁸ Art. 6:216 geeft als criterium voor overeenkomstige toepasselijkheid "*voor zover de aard van de betrokken bepalingen in verband met de aard van de rechtshandeling zich daartegen niet verzet*".

Art. 2:8 BW³⁹ verklaart de redelijkheid en billijkheid nadrukkelijk van toepassing op de verhouding van een rechtspersoon tot de bij de organisatie betrokkenen. Er kan m.i. geen twijfel over bestaan dat de open norm en de lijsten (voor zover het om een consument gaat) van toepassing zijn.⁴⁰ Deze vormen immers een uitwerking van de redelijkheid en billijkheid.⁴¹ Wel kan een regeling in Boek 2 (gezien de 'aard van de betrokken bepalingen') voorrang hebben boven bijvoorbeeld een onderdeel van de zwarte lijst.

37. Zie voor het eerste geval uitdrukkelijk art. 2:26 BW. In beide gevallen wordt rechtsgevolg beoogd en leggen verschillende partijen een verklaring af, terwijl de rechtgevolgen (mede) liggen op het terrein van het vermogensrecht (bijv. contributiebetaling).

38. Zie nr. 55.

39. Tekst zoals wordt voorgesteld in het zesde gedeelte van de invoeringswetgeving, ks. 17 725, nr. 111, p. 10.

40. Bepalingen die zich duidelijk niet lenen voor overeenkomstige toepasselijkheid zijn bijvoorbeeld: art. 6:240-247. Bij art. 6:232 kan men misschien twijfelen: is men ook aan statuten van een vereniging gebonden als men ze niet kent? Ook voor de informatieplicht m.b.t. statuten en huishoudelijke reglementen (overeenkomstige toepasselijkheid van art. 6:233 onder b en art. 6:234) is wat te zeggen.

41. Zie nr. 240. Bepalingen die niet toepasbaar zijn lijken mij bijvoorbeeld art. 6:232, art. 6:233 onder b en art. 6:234 en art. 6:240-247.

Een voorbeeld: een in de statuten van een vereniging opgenomen opzegtermijn van een half jaar komt in strijd met art. 6:237 onder I. De vraag moet nu beantwoord worden of de regeling van art. 2:36, lid 1 BW de voorrang moet krijgen. Deze bepaling houdt in dat kan worden opgezegd tegen het einde van een boekjaar met inachtneming van een opzegtermijn van vier weken, tenzij de statuten anders bepalen. Ik meen dat deze regeling geen voorrang heeft op art. 6:237 onder I. Het is een vangnetregel, terwijl in beginsel de vrijheid bestaat het onderwerp in de statuten te regelen. Deze regel is vergelijkbaar met regels als art. 6:38 en art. 6:41.⁴² In zo'n geval kan de gegeven (statutaire of contractuele) regeling getoetst worden. Tegenover consumenten acht ik de genoemde statutaire bepaling vernietigbaar op grond van de overeenkomstige toepasselijkheid van art. 6:237 onder I. Men kan hierover twisten; hoe men de situatie beoordeelt hangt o.a. af van de vraag hoe zwaar men laat wegen dat de samenwerking in een vereniging van andere aard is dan de contractuele samenwerking.⁴³ Ik kan me daarbij voorstellen dat men een omroepvereniging of de ANWB anders (meer 'contractueel') zou benaderen dan een plaatselijke volleybalclub.

Van de verhouding vereniging-lid is te onderscheiden het geval dat statuten of reglementen van toepassing zijn in een andere relatie, bijvoorbeeld als statuten of reglementen worden opgenomen in een contract dat het lid sluit met een derde. In die gevallen zal doorgaans sprake zijn van algemene voorwaarden.⁴⁴

Van een **stichting** kan men geen lid worden; wie toetreedt tot een stichting zal volgens Van der Ploeg de inhoud van de statuten en reglementen als inhoud van de aansluitings- en toetredingsovereenkomst aanvaarden.⁴⁵ De HR kwalificeert in zijn arrest inzake de Stichting Beeldrecht het 'Reglement van aansluiting' van deze stichting als obligatoir beding.⁴⁶ De Kluiver, Wessels en Kramer hebben erop gewezen dat als statuten en reglementen in de verhouding stichting-aangeslotene als contractsinhoud gelden, afd. 6.5.3 van toepassing is.⁴⁷

42. Art. 6:38: indien geen tijd voor de nakoming is bepaald ...; art. 6:41: indien geen tijd voor de nakoming is bepaald ...

43. Vgl. T.J. van der Ploeg, *Souvereiniteit buiten eigen kring?* in: *Vorm & Wezen (Heemskerkbundel)*, Utrecht (1991). De auteur was zo vriendelijk mij zijn concept reeds voor publicatie ter inzage te geven. Hij gaat alleen in op een 'rechtstreekse' toepasselijkheid van afd. 6.5.3, welke hij terecht afwijst. Een mogelijke overeenkomstige toepasselijkheid bespreekt Van der Ploeg niet.

44. Zie B. Wessels, *Reglementen en algemene voorwaarden*, WPNR 5955 (1990), p. 226, die het voorbeeld geeft van de statuten en reglementen van sportbonden, die de clubs bij hun sponsoringcontracten met derden van toepassing moeten verklaren.

45. T.J. van der Ploeg, *Rafels en oude wijven in de verbindingen publiekrecht-tuchtrecht-rechtspersonenrecht-verbintenissenrecht*, TVVS 1989, p. 225-228; T.J. van der Ploeg, *De verbintenis in het Rechtspersonenrecht*, in: *Met recht verenigd (Dijk-bundel)*, Arnhem (1986), p. 190.

46. HR 29-9-89, NJ 90, 307, m.nt. DWFV. Vgl. ook B. Wessels, *De vorm van de onherroepelijkheid van een volmacht*, WPNR 5981 (1990), p. 722-724.

47. H.J. de Kluiver, *Arbitrage in statuten en reglementen*, *De Notaris* 1989, p. 155-158; B. Wessels, *Reglementen en algemene voorwaarden*, WPNR 5955 (1990), p. 225. Wessels wijst op de bijzonderheid dat door de werking van art. 6:245 de reglementen van pensioenstichtingen veelal niet gelden als algemene voorwaarden. Vgl. over sponsoringcontracten: A. Kramer, *Juridische aspecten van sponsoring*, 's-Gravenhage

3.6 'Concept'-bedingen

59. Hondius duidt algemene voorwaarden als concept-bedingen aan, om daarmee aan te geven dat er een fase is waarin de algemene voorwaarden nog niet in een overeenkomst zijn opgenomen. Zodra het concept in een concrete rechtsverhouding is opgenomen verliest het zijn concept-karakter. Hondius verbindt hieraan de conclusie dat de uitleg dan subjectief dient te geschieden: de verhouding tussen partijen is bepalend.⁴⁸ De rechtspraak echter is overwegend van mening dat algemene voorwaarden 'objectief' uitgelegd moeten worden.⁴⁹

3.7 Het bestemmingscriterium

60. Het zogenaamde 'bestemmingscriterium' komt zowel in de literatuur als in de wet voor. Oorspronkelijk koos de wet voor een getalscriterium; als algemene voorwaarden werden gedefinieerd:

(1991), p. 29, 114.

48. Hondius, diss., nr. 127.

49. Contractenrecht VII (Hondius), nr. 183; zie uitgebreid over uitleg paragraaf 6.5, alwaar zal blijken dat ik meer met de rechtspraak dan met Hondius instem. De persoonlijke omstandigheden van het geval komen echter wel aan de orde bij de toetsing van bedingen aan de open norm en de zwarte en grijze lijst, zie nr. 235.

"... bedingen die door een partij (gebruiker) geregeld in overeenkomsten zijn gebruikt of waarvan om een andere reden verwacht mag worden dat zij in de toekomst geregeld door haar zullen worden gebruikt ...".⁵⁰

"Geregeld" werd later vervangen door "meermalen". Het getalscriterium werd bij amendement in de wettekst vervangen door het bestemmingscriterium. Het getalselement ontbreekt daarin volgens de toelichting overigens niet: het meermalen gebruikt **hebben** is één van de mogelijke redenen om aan te nemen dat een beding **bestemd** is om meermalen te worden gebruikt.⁵¹ Het aantal met gebruikmaking van de algemene voorwaarden te sluiten overeenkomsten is gewoonlijk onbepaald, maar niet altijd. Het aantal gevallen dat de gebruiker minstens moet kunnen aantonen bedraagt ongeveer vijf.⁵²

61. In de **Duitse** wettekst is het element van de bestemming terug te vinden in het woord "Vorformuliert": kenmerkend is de voorafgaande formulering door één van de partijen, die de bedingen als voorwaarde stelt voor het aangaan van een overeenkomst. Het met het oog op één bepaalde overeenkomst opstellen van een ontwerp-overeenkomst is nog niet te zien als het gebruiken van algemene voorwaarden, tegenover de contractspartner bij die overeenkomst.⁵³ Dit wordt jegens deze contractspartij niet anders als de desbetreffende bedingen later als vooraf geformuleerde tekst worden gebruikt jegens verschillende wederpartijen en dus als algemene voorwaarden gelden. Ulmer komt tot dit resultaat door erop te wijzen dat de 'eerste' contractant die met de concept-tekst voor de overeenkomst wordt geconfronteerd nog invloed uit kan oefenen op die concept-tekst, maar latere wederpartijen doorgaans niet meer.⁵⁴

Wat het aantal betreft dat men moet kunnen aantonen: heersende opvatting in het Duitse recht is dat een aantal van drie à vijf voldoende is.⁵⁵

50. O.Inv. Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1518.

51. Amendement van het Tweede-Kamer-lid Korthals, Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1557; zie ook Wessels/Jongeneel, nr. 40.

52. De minister heeft in de VC II Inv. d.d. 28-1-85, Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1547-1548 het getal vijf genoemd, maar tegelijkertijd opgemerkt dat vier soms ook wel voldoende kan zijn. Hij baseerde zich op het Duitse recht; zie nr. 61.

53. Zo ook BGH, NJW-RR 1988, 57 = BB 1988, 13: voor een bepaalde overeenkomst door één partij vooraf geformuleerde bedingen zijn geen algemene voorwaarden in de zin van § 1 AGBG.

54. Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen, § 1, Rdnr. 22.

55. Kötz in Münch. Komm.-Kötz, § 1, Rdnr. 6 noemt een aantal van drie; zie voorts: Bunte, Handbuch, p. 7; Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen § 1, Rdnr. 25; Palandt-Heinrichs, § 1, Anm. 2c. Vgl. ook BGH,

29-6-81, NJW 1981, 2344: vijf gelijklopende overeenkomsten m.b.t de koop van woningen, gesloten voor inwerkingtreding van het AGBG worden door het BGH aangeduid als formulierovereenkomsten, met verwijzing naar het AGBG en literatuur daarover. Ulmer meent overigens dat deze vraag 'Gegenstandslos' is, omdat het niet om het aantal, maar om de bestemming gaat: RWS-Forum, p. 6.

62. Onder art. 6:231 valt volgens de minister⁵⁶ het geval dat een ondernemer algemene voorwaarden opstelt en deze voor de eerste keer gebruikt; de bedingen zijn dan ook al die eerste keer algemene voorwaarden in de zin van de wet. De formulering van art. 6:231 laat m.i. ook geen andere uitleg toe; ik acht het resultaat ook juist, omdat de wederpartij - als bedingen bestemd zijn teneinde in een aantal overeenkomsten te worden opgenomen - ook bij de eerste keer dat zulke bedingen worden gebruikt geen invloed heeft op de inhoud. Wordt een contract door één van de partijen opgesteld en heeft de andere partij invloed op de inhoud van het contract - het geval dat Ulmer schetst -, dan is het denkbaar dat de eerste keer dat de bedingen gebruikt worden de bestemming om deze als algemene voorwaarden te gebruiken nog niet mag worden aangenomen. Het feit dat het contract later als standaardcontract wordt gebruikt doet daaraan niet af. In de regel zal de bestemming om de bedingen in een aantal overeenkomsten te gebruiken echter vanaf het begin aanwezig zijn. Volgens de minister zullen bedingen die zijn bestemd om meermalen te worden gebruikt verveelvoudigd zijn (gedrukt, getypt, gefotocopiëerd).⁵⁷ M.i. kan men dit ook omkeren: verveelvoudiging leidt tot het vermoeden dat de bedingen "... zijn opgesteld teneinde in een aantal overeenkomst te worden opgenomen ...".⁵⁸ Ook uit de manier van presentatie kan blijken dat men van plan is de bedingen meermalen te gebruiken.⁵⁹

3.8 Kernbedingen

Gegevens uit de parlementaire geschiedenis

63. Niet als algemene voorwaarden worden beschouwd: "*bedingen die de kern van de prestatie aangeven*".

Over de afbakening van het begrip kernbeding zijn in de parlementaire geschiedenis de volgende (deels tegenstrijdige) gegevens te vinden:

1. Dat afd. 6.5.3 niet geldt voor kernbedingen heeft als ratio te voorkomen dat voor algemene voorwaarden de *iustum-pretium-leer* wordt geïntroduceerd. "*Naar hun aard kunnen algemene voorwaarden mede betrekking hebben op de "essentiële" verplichtingen van partijen, zoals de door de wederpartij van de gebruiker te betalen prijs, de hoeveelheid, het gewicht of de kwaliteit van de verkochte goederen, het middel van vervoer bij de reisovereenkomst, de omvang van de dekking bij een verzekeringsovereenkomst etc. Op deze bedingen mag de onderhavige regeling geen betrekking hebben, noch wat de inhoudscontrole van artikel 2, noch wat de verbodsactie*

56. MvA I Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1567.

57. VC II Inv. d.d. 28-1-85, Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1547.

58. Aldus de definitieve formulering van art. 6:231 onder a; de minister ging nog uit van een eerdere versie; dit maakt hier echter niets uit.

59. Aldus opnieuw de minister, VC II Inv. d.d. 28-1-85, Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1547.

van artikel 6⁶⁰ betreft, daar dat zou neerkomen op de - gedeeltelijke - introductie van een *iustum-pretium*-regel over de gehele linie van het contractenrecht".⁶¹

2. Het begrip kernbeding moet zo beperkt mogelijk worden opgevat.⁶² De inhoud van het begrip dient " ... aan de hand van objectieve gegevens (de *essentialia* van de overeenkomst, de aard van de overeenkomst) te worden vastgesteld";⁶³ de subjectieve inzichten van een partij zijn **niet** doorslaggevend.⁶⁴

60. Art. 2: thans art. 6:233 onder a; art. 6: thans art. 6:240.

61. MvT Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1521.

62. MvT Inv. en MvA II Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1527 resp. 1527.

63. MvA II Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1566.

64. MO I Inv. Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1572.

3. "Als vuistregel" ofwel "in beginsel" geldt dat kernbedingen "... veelal zullen samenvallen met de essentialia zonder welke een overeenkomst bij gebreke van voldoende bepaalbaarheid van de verbintenissen (6.5.2.10), niet tot stand komt ..." ⁶⁵
4. Het begrip kernbeding kan soms ruimer zijn; zo zullen niet alle polisbedingen die samen de omvang van de dekking bepalen onder het begrip essentiële vallen, "... terwijl zij wel als kernbedingen onttrokken moeten zijn aan de toetsing krachtens afd. 6.5.3." ⁶⁶
5. De prijs is altijd een kernbeding, ook als deze geen essentiële is, zoals bij de koop- en de aannemingsovereenkomst. ⁶⁷
6. Bedingen die inhouden dat de prijs geheel open wordt gelaten, dat de prijs ten tijde van de prestatie zal worden vastgesteld of dat de prijs vrijblijvend is, zijn kernbedingen. ⁶⁸
7. De kernbedingen kunnen ook groot in aantal zijn, bijvoorbeeld bij een verzekeringsovereenkomst. ⁶⁹
8. Bedingen die op de lijsten van art. 6:236-238 voorkomen zijn geen kernbedingen. ⁷⁰
9. Een beding dat inhoudt dat wanneer beding a, b of c wordt vernietigd, de prijs hoger wordt, een extra garantie vervalt, meteen opgezegd kan worden dan wel opnieuw onderhandeld moet worden, ⁷¹ heeft de strekking om de door de wet geboden bescherming te verijdelen, hetgeen in beginsel ⁷² in strijd is met art. 6:246. ⁷³
10. Een beding dat voor partijen erg belangrijk is, is daardoor nog geen kernbeding; in beginsel kunnen partijen niet een bepaald beding tot kernbeding bestempelen. ⁷⁴
11. Dat over een beding is onderhandeld of dat voor een bepaald onredelijk bezwarend beding een compenserend voordeel is overeengekomen, betekent niet dat dit beding als kernbeding kan worden bestempeld; wel kan het worden meegewogen bijvoorbeeld als iemand zegt: zonder dat beding had ik de overeenkomst nooit gesloten. De rechter kan met deze omstandigheid dan rekening houden, bijvoorbeeld bij de bewijslastverdeling.

65. MvT Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1521, vgl. ook Nota II Inv. en MO I Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1541 resp. 1571. Art. 6.5.2.10 is thans art. 6:227.

66. MO I Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1571. Zie echter nr. 71 e.v. en nr. 73 e.v.

67. MvT Inv., vgl. ook Nota II Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1521, resp. 1541. Volgens art. 7:4, 7:406, lid 2, 7:601 en 7.12.3 kunnen koopovereenkomsten, lastgevingsovereenkomsten, bewaarnemingsovereenkomsten en aannemingsovereenkomsten tot stand komen zonder dat een koopprijs, aanneemsom of beloning is overeengekomen.

68. MvT Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1701. Anders is dit in het Duitse recht, zie nr. 69. Zie ook nr. 371.

69. MvA II Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1527, zie ook hoofdstuk 3, noot 66, 125, 130.

70. MvA II Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1527.

71. VV I Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1563.

72. Zie over dit "in beginsel" nr. 72.

73. MvA II Inv., geciteerd in MvA I Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1806, resp. 1566-1567. Detoevoeging "in beginsel" komt in de MvA II niet voor. Op deze indirecte wijze kunnen partijen een beding dus niet tot kernbeding bestempelen., vgl. gegeven nr. 10.

74. MvA I Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1566.

*"Zeker als iemand zo'n overeenkomst vaker sluit of een dergelijke overeenkomst usance is in een bepaalde branche, zal het bewijs niet moeilijk te leveren zijn. In ieder geval zijn subjectieve inzichten van een partij **niet** doorslaggevend."*⁷⁵

64. Veel kernbedingen zijn om twee redenen geen algemene voorwaarde: ten eerste omdat het individuele bedingen zijn, ten tweede omdat zij de kern van de prestatie betreffen. Het gaat in het onderstaande uitsluitend om gevallen waarin de kern van de prestatie is vastgelegd in een schriftelijk beding dat is bestemd om in een aantal overeenkomsten te worden opgenomen. Voorbeelden van zulke kernbedingen zijn de gestandaardiseerde prijs in het Reizigerstarief van de NV Nederlandse Spoorwegen, de al genoemde omschrijving van de dekking in verzekeringsvoorwaarden, maar ik denk ook aan de prijzen van postorderbedrijven in hun catalogi.

75. MO I Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1571-1572.

Als men slechts kijkt naar de groep van kernbedingen die niet tevens individueel beding zijn, dan ligt het niet toepasselijk zijn van afd. 6.5.3 allerminst voor de hand. Deze kernbedingen worden namelijk vaak éézijdig vastgesteld. Er bestaat géén echte onderhandelings situatie. De wederpartij neemt in even weinig gevallen als bij andere algemene voorwaarden kennis van de inhoud van deze kernbedingen. Deze kernbedingen zijn bovendien vaak niet gemakkelijk te begrijpen.⁷⁶ Dit zijn eens te meer redenen om het begrip 'kernbeding' beperkt te interpreteren.

Twee Duitse visies

65. Ook in Duitsland zijn 'kernbedingen' aan de inhoudelijke toetsing van het AGBG onttrokken, en wel op grond van '8. In '8 wordt de inhoudelijke toetsing beperkt tot bedingen die van 'Rechtsvorschriften' afwijken of deze aanvullen.

Volgens de literatuur heeft '8 twee doelen. Enerzijds beoogt '8 bedingen die met de wet overeenstemmen van de inhoudelijke toetsing uit te zonderen, aangezien het niet de bedoeling is andere wetten (in materiële zin) aan het AGBG te toetsen.⁷⁷ Anderzijds is het doel 'Leistungsbeschreibungen und Preisregelungen'⁷⁸ buiten het bereik van de inhoudelijke toetsing te brengen, omdat de rechter geen prijstoetsing kan en mag uitvoeren.⁷⁹

66. In de Duitse literatuur en rechtspraak zijn er twee verschillende benaderingswijzen met betrekking tot de vraag wat op grond van '8 wel en wat niet inhoudelijk getoetst kan worden.

76. Soortgelijke overwegingen bij Westermann, RWS-Forum, p.138.

77. Dit zijn de zogenaamde 'Deklaratorische Klauseln', zie Palandt-Heinrichs, § 8, Anm. 2c en Zoller, Voraussetzungen und Rechtsnatur deklaratorischer AGB im Sinne des § 8 AGBG, BB 87, p.421. Echter: een beding dat de wet onjuist of onvolledig weergeeft en de wederpartij daardoor in verwarring kan brengen valt onder de inhoudelijke toetsing. Ook bedingen die onderdelen van de zwarte of grijze lijst overnemen vallen nog altijd onder de open norm (§ 9 AGBG), zie Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, § 8, Rdnr. 19 resp. 27. In Nederland vallen bedingen waarin de wet wordt overgenomen overigens wel onder de inhoudelijke toetsing, zie amendement van het Tweede-Kamer-lid Korthals, Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1598, waardoor de tekst van art. 6:233 onder a is gewijzigd, waarover nader in nr. 287.

78. Begr. RegE. S. 22.

79. Westermann in RWS-Forum, p.137.

Oorspronkelijk ging men in de literatuur uit van het onderscheid tussen hoofd- en nevenverplichtingen. Leistungsbeschreibungen und Preisregelungen zijn hoofdverplichtingen en dus niet toetsbaar; andere bedingen zijn nevenverplichtingen en dus wel toetsbaar. Deze opvatting werd in toenemende mate genuanceerd in die zin dat hoofdverplichtingen ook in bepaalde gevallen toetsbaar werden geacht, met name in situaties waarin het vrije spel van de krachten op de markt en een eventuele bestuurlijke toetsing vooraf onvoldoende garanties bieden.⁸⁰ Westermann signaleert dat voor zover hoofdverplichtingen eenzijdig worden vastgesteld, de behoefte aan gerechtigheids- en redelijkheidstoetsing eerder groter is dan met betrekking tot nevenverplichtingen en aanvullende afspraken.⁸¹ In de literatuur wordt bovendien wel opgemerkt dat het onderscheid tussen hoofd- en nevenverplichtingen tot bijna onoverkomelijke afgrenzingsproblemen leidt.⁸² De thans heersende opvatting stelt het al dan niet toetsbaar zijn van bedingen in algemene voorwaarden niet afhankelijk van de vraag of het gaat om een hoofd- of een nevenverplichting, maar van de vraag of het desbetreffende beding door rechtsvoorschriften vervangen kan worden, zonder dat de overeenkomst onvoldoende bepaald wordt.⁸³ Het BGH heeft deze opvatting in 1987 aanvaard.⁸⁴ Het ging in de uitspraak van het BGH om een beding van een reisorganisator dat de omvang van de prestaties beperkt tot het 'Landesübliche'. Het BGH wijst op ' 9 Abs. 2 Nr. 2.⁸⁵ Als niet toetsbaar blijft over:

"...slechts het enge terrein van de prestatieaanduidingen, zonder welks aanwezigheid een geldige overeenkomst niet meer kan worden aangenomen wegens een gebrek aan bepaaldheid of bepaalbaarheid van de wezenlijke inhoud van de overeenkomst."

Tot deze 'essentialia negotii' behoort de 'Landesüblichkeit' bij de reisovereenkomst echter niet.

67. Het verschil tussen de beide visie's is niet groot: hoofdverplichtingen (Leistungsbeschreibungen und Preisabreden) vallen meestal samen met de essentialia van de overeenkomst. Als men bovendien de relativering in ogenschouw neemt dat de hoofdverplichtingen soms ook getoetst kunnen worden, zijn de verschillen tussen de beide visie's erg klein geworden. Het duidelijkst komen de verschillen aan de orde bij de dekkingsomschrijving bij de verzekeringsovereenkomst. De dekkingsomschrijving betreft de hoofdverplichting van de verzekeraar. Deze zou daarom volgens de eerste opvatting niet getoetst kunnen worden, behoudens de relativering dat toetsing zou moeten plaatsvinden in situaties waarin het vrije spel van de krachten op de markt en een eventuele bestuurlijke toetsing vooraf

80. Westermann in RWS-Forum, p. 138.

81. Westermann in RWS-Forum, p. 137.

82. Westermann in RWS-Forum, p. 140.

83. Westermann in RWS-Forum, p. 141, met verwijzing naar Brandner in Festschrift für Hauß (1978), p. 7 en Soergel/Stein 8 Rdnr. 7; Ulmer/Brandner/Hensen, 8, Rdnr. 21, 9, Rdnr. 27. Ook Wolf is deze mening toegedaan met verwijzing naar het 'Landesüblichkeitsurteil' (noot 84), zie Wolf/Horn/Lindacher, 8, Rdnr. 8.

84. BGH, 12-3-87, BGHZ 100, 157 = NJW 1987, 1931 = ZIP 1987, 640, 646.

85. 9 Abs. 2 *"Eine unangemessene Benachteiligung ist im Zweifel anzunehmen, wenn eine Bestimmung (...) 2. wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrags ergeben, so einschränkt daß die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist."*

onvoldoende garanties bieden. Het tweede standpunt biedt ruimte voor de toetsing van bepaalde elementen uit de dekkingsomschrijving, namelijk die elementen die geen essentiale zijn, oftewel elementen waarvan de aanwezigheid niet is vereist om te kunnen aannemen dat de overeenkomst voldoende bepaald of bepaalbaar is.

Omdat de verschillen doorgaans klein zijn geef ik om te beginnen een overzicht van de begrippen 'Leistungsbeschreibungen und Preisregelungen'.

68. **'Leistungsbeschreibungen'** zijn: de bepalingen die de aard, omvang en kwaliteit van de te verrichten prestatie vastleggen, maar aan de wettelijke bepalingen geen afbreuk doen.⁸⁶ Voorbeelden zijn beschrijvingen van de te leveren prestatie in een bestek, een catalogus of in technische normen.⁸⁷

Geen Leistungsbeschreibung en dus wel aan de inhoudelijke toetsing onderworpen zijn nadere regelingen over het of, hoe en wanneer van de prestatie. Bedingen die de verschuldigde prestatie beperken zijn in de regel aan de inhoudelijke toetsing onderworpen. Het bepalen van de grens moet gebeuren in het licht van het 'Schutzzweck' van de inhoudelijke toetsing.⁸⁸

Voorbeelden van bedingen die **geen** Leistungsbeschreibung zijn:

- regelingen over de levertijd;
- regelingen over de plaats van levering;
- regelingen m.b.t. de tolerantie wat betreft hoeveelheid, gewicht en kwaliteit;
- bedingen die de prestatie in algemene voorwaarden zo omschrijven dat deze gewijzigd wordt ten opzichte van hetgeen de wederpartij naar redelijkheid en billijkheid en op grond van de normen van het maatschappelijk verkeer mocht verwachten;⁸⁹
- bedingen die inhouden dat de gebruiker kan kiezen welke prestatie hij verricht;
- bedingen die de gebruiker het recht geven de prestatie in zijn voordeel te bepalen of te wijzigen;⁹⁰
- exoneratie- en garantieclausules.⁹¹

69. **'Preisregelungen'** zijn:

- de bepalingen waarin de prijs van een prestatie wordt vastgelegd
 - zoals bijvoorbeeld een koopsom of de rente van een geldlening⁹² -,
 - maar ook:
- bedingen over korting;⁹³
- prijzen van hoofd- en nevenprestaties, waaruit een totaalprijs gevormd wordt.⁹⁴

86. Bunte, Handbuch, p. 19. Hieronder kan ook een beding vallen inhoudende dat een aanbod voor bepaalde gevallen niet geldt. Zo'n beding wijkt niet van 'Rechtsvorschriften' af, althans als er geen contracteerplicht is: BGH, 9-11-89, NJW 1990, 761.

87. Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen $\text{\textcircled{R}}$ 8, Rdnr. 20, Bunte, Handbuch, p. 19.

88. Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen $\text{\textcircled{R}}$ 8, Rdnr. 21; Kötz in Münch. Komm.-Kötz, $\text{\textcircled{R}}$ 8, Rdnr. 3.

89. Vgl. het Nederlandse art. 6:237 onder b en nr. 8 van de in nr. 63 genoemde parlementaire gegevens.

90. Deze zes voorbeelden: Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen $\text{\textcircled{R}}$ 8, Rdnr. 22. Vgl. ook BGH, 12-3-87, BGHZ 100, 157 = NJW 1987, 1931 = ZIP 1987, 640, 646 (Landesüblichkeit), waarover nr. 66.

91. Bunte, Handbuch, p. 19.

92. Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen $\text{\textcircled{R}}$ 8, Rdnr. 15.

93. Zie echter noot 107.

Geen Preisregelung en dus wel aan de inhoudelijke toetsing onderworpen zijn nevenafspraken die wel invloed hebben op de prijs en/of de prestatie, maar die niet uitsluitend de in geld verschuldigde hoofdprestatie vastleggen.⁹⁵ Dit zijn onder andere:

- betalingsvoorwaarden,⁹⁶ zoals bepalingen over (vervroegde) opeisbaarheid,⁹⁷ vertragingsrente, wisselkosten, administratiekosten etc.;⁹⁸
- bedingen die inhouden dat de prijs vrijblijvend is⁹⁹ of juist vast staat;¹⁰⁰
- bedingen bij geldleenovereenkomsten die van invloed zijn op de effectieve rente¹⁰¹

94. Bunte, Handbuch, p. 19.

95. BGH, 6-2-85, NJW 1985, 3013 = BGHZ 93, 358 = ZIP 1985, 478.

96. Bunte, Handbuch, p. 19 en BGH, 6-2-85, NJW 1985, 3013 = BGHZ 93, 358 = ZIP 1985, 478.

97. Bunte, Handbuch, p. 19, Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen $\text{\textcircled{R}}$ 8, Rdnr. 16 en BGH, 6-2-85, NJW 1985, 3013 = BGHZ 93, 358 = ZIP 1985, 478.

98. Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen $\text{\textcircled{R}}$ 8, Rdnr. 16.

99. Bunte, Handbuch, p. 19 en BGH, 6-2-85, NJW 1985, 3013 = BGHZ 93, 358 = ZIP 1985, 478.

100. Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen $\text{\textcircled{R}}$ 8, Rdnr. 18.

101. Zie BGH, 24-11-88, NJW 1989, 222 = BGHZ 106, 42, waarin het ging om hypotheekvoorwaarden bij annuïteithypotheek, welke inhielden dat per kwartaal moest worden afgelost, maar dat de rente werd berekend over de stand van het kapitaal in het voorafgaande jaar. Het BGH nam aan dat dit een nevenafpraak is die de individuele afspraak over de rente aanvult, en wel op zo'n manier dat dit leidt tot een hogere effectieve rente. De wederpartij zal zijn aandacht in de eerste plaats richten op de 'Hauptleistungen' (nominale rente). Het gevaar bestaat dat de wederpartij een beding in algemene voorwaarden, die eerst in samenhang met een ander beding tot een duurder worden van het krediet leidt, helemaal niet ziet of dat de betekenis ervan hem niet opvalt. Het is deze strijd met het 'Transparanzgebot' die leidt tot nietigheid op grond van $\text{\textcircled{R}}$ 9 AGBG (zie nader nr. 200).

Anders (n.a.v. de LG-uitspraak die leidde tot deze BGH-uitspraak): C.W. Canaris, Zinsberechnungs- und Tilgungsverrechnungsklauseln beim Annuitätendarlehen / Zugleich ein Beitrag zur Abgrenzung von $\text{\textcircled{R}}$ 8 und $\text{\textcircled{R}}$ 9 AGB-Gesetz, NJW 1987, p. 609-617. Interessant in de bijdrage van Canaris is de stelling dat in ieder geval bij gevallen die op de grens van $\text{\textcircled{R}}$ 8 liggen de toetsing volgens $\text{\textcircled{R}}$ 9 mild dient te zijn (p. 614).

Zie voor een bespreking van bovengenoemde uitspraak ook: G.J. Rijken, Een 'unangemessen benachteiligende' renteclausule in overeenkomsten betreffende hypothecaire geldlening, Bb 1989, p. 105-107.

- bedingen die de strekking hebben de gebruiker zekerheid te geven voor de betaling van de prijs en vervalbedingen;¹⁰²
- bedingen over de vaststelling of wijziging van de prijs - ook bij duurcontracten -;¹⁰³
- bedingen over bijzondere prijstoeslagen,¹⁰⁴ voor zover deze bedingen niet aan de eigenlijke prijsafspraken zijn toe te rekenen;
- bedingen die bepaalde kosten of opbrengsten aan een bepaalde partij toerekenen, bijvoorbeeld bedingen die inhouden dat de wederpartij de transportkosten, verpakingskosten, installatiekosten etc. moet dragen;¹⁰⁵
- alle bedingen betreffende een toeslag of korting op de overeengekomen prijs, hetzij van een vast bedrag hetzij volgens een bepaald tarief.¹⁰⁶ Hieronder vallen bedingen volgens welke de gebruiker vrachtkosten volgens een bepaald tarief in rekening kan brengen, etc., maar ook bedingen zoals: *Prijzen zijn nettoprijzen + omzetbelasting*.¹⁰⁷

70. Het BGH heeft twee belangrijke beslissingen gegeven over de toetsing van hoofdverplichtingen, en is daarin tamelijk ver gegaan. Het BGH heeft dit gedaan door het begrip 'Rechtsvorschriften' in ' 8 ruim uit te leggen. Onder 'Rechtsvorschriften' wordt niet alleen het materiële recht verstaan; uit het beschermingsdoel van het AGBG vloeit voort dat ook de aard van een bepaalde overeenkomst,¹⁰⁸ de algemeen erkende rechtsbeginselen,¹⁰⁹ de handelsgebruiken en het rechtensrecht¹¹⁰ als maatstaf kunnen gelden. Ook afwijkingen daarvan of aanvullingen daarop zijn aan inhoudelijke toetsing onderworpen. Deze ruime uitleg van 'Rechtsvorschriften' heeft tot gevolg dat er gemakkelijk een

102. Bunte, Handbuch, p. 19.

103. BGH, 6-2-85, NJW 1985, 3013 = BGHZ 93, 358 = ZIP 1985, 478 (waarover nr. 263 en 281), met verwijzing naar BGH, 18-5-83, NJW 1983, 1854 = ZIP 1983, 825 = AGBE IV 9 nr. 115; Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen 8, Rdnr. 16. Vgl. ook LG Duisburg 10-6-86, NJW 1986, 2887: nietig op grond van 9 Abs. 1 en 2 Nr. 1 is een beding in de algemene voorwaarden van een arts, waarin wordt afgeweken van de "Gebührenordnung für Ärzte (GOÄ)". Het beding is toetsbaar, omdat de wettelijke honorariumregeling slechts afwijkingen in bijzondere gevallen toelaat, terwijl hier in alle gevallen een hoger honorarium wordt overeengekomen. Zie over deze uitspraak: H. Dörner, Keine ärztlichen Honorarvereinbarungen in AGB, NJW 1987, p. 699-700.

104. BGH, 6-2-85, NJW 1985, 3013 = BGHZ 93, 358 = ZIP 1985, 478, (waarover nr. 263 en 281) met verwijzing naar Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen 8, Rdnr. 18.

105. Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen 8, Rdnr. 17. Aan de inhoudelijke toetsing onderworpen is bijvoorbeeld het beding "*Rijtijd geldt als werktijd*", BGH, 5-6-84, NJW 1984, 2160 = BB 1984, 3121, zie nr. 283. Het resultaat van deze toetsing (het beding werd nietig geacht) is omstrepen, zie bijvoorbeeld Ulmer, RWS-Forum, p. 12 en Hensen, p. 1986.

106. Vgl. bijvoorbeeld: LG München 4-3-81, AGBE II 3, nr. 6a: Het beding luidde: *Ik stem ermee in dat mijnheer de chefarts ... zich voorbehoudt tot maximaal het 3-voudige van de maximumtarieven volgens de algemene Duitse tarievenverordening voor artsen (privat-Adgo) in rekening te brengen. Van deze honorariumafspraken zijn uitgesloten röntgen- en laboratoriumverrichtingen, die tot het 6-voudige van de GOÄ berekend kunnen worden.* Het beding werd inhoudelijk getoetst; het werd als een verrassend beding aangemerkt (3 AGBG). Of het beding ook in strijd was met 9 AGBG behoefde daardoor niet te worden beslist, maar dit leek wel het geval.

107. Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen 8, Rdnr. 18, vgl. voor het laatste beding de door Brandner genoemde uitspraak OLG München, BB 1970, 512. Hieronder valt echter niet bijvoorbeeld een handelskorting op de in een prijslijst opgenomen prijs. Dit is onderdeel van de Preisregelung, zie hierboven.

108. Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen 8, Rdnr. 2 en 21. BGH, 6-2-85, NJW 1985, 3013 = BGHZ 93, 358 = ZIP 1985, 478 (waarover nr. 263 en 281).

109. BGH, 21-12-84, BGHZ 89, 206 = NJW 1984, 1182.

110. Westermann in RWS-Forum, p. 141.

Rechtsvoorschrift gevonden of geformuleerd kan worden waarvan het te toetsen beding afwijkt.

Zo heeft het BGH het beding *De aankoop van de auto geschiedt tegen de door de DAT getaxeerde prijs onder aftrek van 20%* inhoudelijk getoetst.¹¹¹

Ook heeft het BGH een beding getoetst betreffende de berekening van de prijs die een bedrijf, dat zelf in haar waterbehoefte voorzorg, moest betalen voor water dat van het waterleidingbedrijf werd afgenomen. Het beding (dat de bedoeling had 'piekverbruik' af te remmen) hield in dat per kalenderjaar maandelijks tenminste twee-derde moest worden betaald van het gebruik over de maand dat het gebruik het hoogst was geweest.¹¹² Anders dan in de eerste uitspraak gaf het BGH ditmaal een uitvoerige motivering. Het BGH gaf een ruime uitleg van de rechtsvoorschriften in de zin van '8, zodat daaronder ook algemene rechtsbeginselen worden verstaan, zoals het beginsel van de ruilgerechtigheid ('Vertragsgerechtigheid').¹¹³

-
111. BGH, 18-5-83, NJW 1983, 1854 = ZIP 1983, 825 = AGBE IV $\text{\textcircled{9}}$ 9 nr. 115: Een voorgeformuleerde afspraak, waardoor een derde een eenzijdig recht wordt voorbehouden de omvang van de prestatie te bepalen, is niet volgens $\text{\textcircled{8}}$ AGBG aan de inhoudstoetsing onttrokken. Die toetsing doorstaat het beding wel: de DAT (Deutschen Automobilreuhand) wordt door het BGH een voldoende onafhankelijke instantie geacht. In de uitspraak wordt niet aangegeven op welke wijze dit beding van rechtsvoorschriften afwijkt (vgl. $\text{\textcircled{8}}$ AGBG).
112. Stel dat in januari het gebruik 60 is geweest en in alle overige maanden 10, dan is normaal gesproken $60 + 11 \times 10 = 170$ verschuldigd. Volgens het genoemde beding is echter $12 \times (2/3 \times 60) = 480$ verschuldigd. Een aanmerkelijk verschil!
113. BGH, 6-2-85, NJW 1985, 3013 = BGHZ 93, 358 = ZIP 1985, 478 ('Zusatzwasser'). Vgl. ook nog BGH, 9-7-81, AGBE II $\text{\textcircled{8}}$ 8, Nr. 1 = NJW 1981, 2351: aan inhoudelijke toetsing onderworpen (en i.c. ook nietig o.g.v. $\text{\textcircled{9}}$ AGBG) is een beding dat de opdrachtgever van een architect de bevoegdheid geeft de kosten waarop het honorarium van de architect is gebaseerd zelf te schatten.

Toetsing van de dekkingomschrijving bij de verzekeringsovereenkomst

71. Het verschil tussen de twee in nr. 66 onderscheiden benaderingen komt het duidelijkst naar voren in de algemene voorwaarden in de verzekeringsbranche. In deze bedrijfstak wordt immers de omvang van de hoofdverplichting (de geboden dekking) vrijwel altijd in algemene voorwaarden omschreven.¹¹⁴ Een aantal schrijvers neemt aan dat de beschrijving van het risico niet inhoudelijk getoetst kan worden.¹¹⁵ Anderen nemen een genuanceerder standpunt in.¹¹⁶ Brandner meent bijvoorbeeld dat weliswaar de bepalingen die het risico afgrenzen tot de Leistungsbeschreibung behoren, maar dat er toch gezien het beschermingsdoel van het AGBG soms inhoudelijke toetsing moet plaatsvinden. Hij gaat daarbij uit van een dekkingomschrijving die nog juist aan het bepaalbaarheidsvereiste voldoet. De veranderingen en beperkingen ten opzichte van deze meest algemene dekkingomschrijving zijn volgens Brandner aan inhoudelijke toetsing onderworpen.¹¹⁷ Heinrichs acht risicobeschrijvingen toetsbaar als deze risico-uitsluitingen of -beperkingen bevatten die met het doel van de overeenkomst of met de verwachtingen van de wederpartij onverenigbaar zijn.¹¹⁸ Ook Wolf meent dat een afwijking in algemene voorwaarden van de naar 'Treu und Glauben' te verwachten dekkingomvang getoetst kan worden.¹¹⁹

114. Westermann noemt algemene verzekeringsvoorwaarden zelfs **de** testcase, RWS-Forum, p. 145.

115. O.a. Löwe, § 8, Rdnr. 7; Schlosser § 1, Rdnr. 12; Kötz, Münch. Komm. § 2, Rdnr. 7; zie Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen § 8, Rdnr. 28.

116. Volgens Westermann is de meerderheid van de schrijvers thans deze mening toegedaan, RWS-Forum, p. 146.

117. Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen § 8, Rdnr. 29, zo ook: Prölss/Martin *Versicherungsvertragsgesetz*. 23. Aufl., München (1984) Vorbem. I 6 C; Martin, *VersR* 1984, 1107; Palandt-Heinrichs, § 8, Anm. 2a en Schlosser/Graba, § 8, Rdnr. 20.

118. Palandt-Heinrichs, § 8, Anm. 2a.

119. Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, § 8, Rdnr. 12.

De ruime toetsing van de dekkingsomschrijving aan het AGBG moet worden gezien in samenhang met de reeds bestaande ruime toetsing in de rechtspraak. Enkele auteurs meenden dat deze door het AGBG werd afgeschaft, wat natuurlijk gezien het zoveel genoemde en geroemde 'Schutzzweck' onwaarschijnlijk was. Brandner wijst er bovendien op dat de bedoeling om de inhoudelijke toetsing van verzekeringsvoorwaarden te beperken niet blijkt uit de tekst of de wetsgeschiedenis van het AGBG.¹²⁰

De toetsing van dekkingsomschrijving wordt door de rechtspraak met terughoudendheid ter hand genomen.¹²¹ In verschillende uitspraken wordt een beding in een beding in verzekeringsvoorwaarden getoetst aan '9, maar luidt de conclusie dat er geen bezwaren tegen bestaan.¹²²

Gevolgtrekkingen voor Nederland

72. De Duitse termen 'Leistungsbeschreibungen' en 'Preisregelungen' dekken de Nederlandse term kernbeding voor het grootste gedeelte. Wat **niet** tot de 'Leistungsbeschreibungen' of 'Preisregelungen' behoort zal m.i. ook naar Nederlands recht geen kernbeding zijn. Andersom is voorzichtigheid geboden, immers naar Duits recht kunnen hoofdverplichtingen soms toch inhoudelijk getoetst worden.

Als criterium voor het Nederlandse recht acht ik 'Leistungsbeschreibungen' en 'Preisregelungen' niet geschikt. Een zuiverder criterium is m.i. **'kernbeding = essentialia + prijs'**.¹²³ Ik sluit daarmee aan bij de Nederlandse wetsgeschiedenis en bij de thans heersende mening in Duitsland. Wat wel en wat niet een kernbeding is, moet volgens zo objectief mogelijke maatstaven worden vastgesteld, omdat dit bepalend is voor het toepasselijk zijn van de beschermende bepalingen van afd. 6.5.3.

Het kernbeding heeft in de parlementaire geschiedenis en in de literatuur m.i. een bovenmatige aandacht gekregen. De kritiek die werd geleverd was, dat de afbakening van het begrip kernbeding problematisch zou zijn.¹²⁴ Als men het begrip kernbeding beperkt tot de essentialia + de prijs zijn er m.i. geen afbakeningsproblemen van betekenis.

120. Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen \S 8, Rdnr. 29.

121. Aldus Brandner, RWS-Forum, p. 50, met verwijzing naar BGH, VersR 1983, 821 en BGH, VersR 1985, 129.

122. Zie LG Schweinfurt, 28-2-85, VersR 86, 1014, OLG Köln, 26-9-85, VersR 86, 1186 en OLG Koblenz, 24-4-89, VersR 89, 1193. In de laatste uitspraak gaat het om een beding in een kostbaarhedenverzekering dat inhoudt dat geen uitkering wordt gegeven als de schade is ontstaan door grove nalatigheid van gezinsleden van de verzekerde die met hem in gezinsverband samenleven.

Het OLG toetst dit beding, maar acht het niet in strijd met \S 9. Zie voorts BGH, 14-11-84, NJW 1985, 971. In deze uitspraak wordt de vraag of het beding in strijd zou zijn met \S 9 AGBG slechts even aangestipt, aangezien het in ieder geval om een verrassend beding gaat, dat op grond van \S 3 geen contractsinhoud is.

123. Samenvoeging van gegevens nr. 1, 2 en 4 uit nr. 63. Zo ook reeds Wessels/Jongeneel nr. 42. Vanuit de kameris zelfs bepleit de term 'essentialia' te gebruiken in plaats van 'kernbeding': EV II Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1533.

124. VV II Inv.; EV II Inv.; VC II Inv. d.d. 28-1-85; VV I Inv.; MO I Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1523 resp. 1532-1533, resp. 1554-1555, resp. 1571.; Spier, p. 130.

Nogmaals: de dekkingsomschrijving bij de verzekeringsovereenkomst

73. De parlementaire stukken lijken voor de verzekeringsovereenkomst een andere kant op te gaan dan Duitse literatuur en rechtspraak. Immers volgens de MvT zullen niet alle polisbedingen die samen de omvang van de dekking bepalen onder het begrip essentiële vallen,

*"... terwijl zij wel als kernbedingen onttrokken moeten zijn aan de toetsing krachtens afd. 6.5.3."*¹²⁵

Niettemin zou ik het standpunt van Brandner (zie nr. 71) voor Nederland willen verdedigen. De ratio van de uitsluiting van het kernbeding was te voorkomen dat de *iustum-pretium*-leer zou worden ingevoerd.¹²⁶ Naar mijn mening moet de uitsluiting van het kernbeding ook in dit licht worden uitgelegd. Doet men dit niet, dan komt het doel van afd. 6.5.3, het bestrijden van onredelijke voorwaarden,¹²⁷ in gevaar.

Als de toetsing van een bepaald beding niet tot gevolg heeft dat wordt getoetst of partijen een *iustum pretium* zijn overeengekomen, is dat beding m.i. geen kernbeding. Anders gezegd: alleen de onderdelen van de dekkingsomschrijving die tot de *essentialia* van de verzekeringsovereenkomst behoren zijn kernbedingen.

Om een voorbeeld te geven: bij een opstalverzekering zou ik als kernbedingen in ieder geval willen aanmerken: de verzekerde som, de premie en de omschrijving van het gevaarsobject.¹²⁸ Maar bij de omschrijving van de dekking kunnen zich elementen bevinden die toetsbaar zijn. Ik denk daarbij vooral aan verrassende uitsluitingen. Zo kan een onderdeel van de dekkingsomschrijving bijvoorbeeld luiden:

"Verzekerd wordt tegen schade aan de verzekerde schade door de gevaren als hieronder genoemd (...) Vandalisme (...) gepleegd ten opzichte van het gebouw. Schade aan gebouwen die leeg staan of buiten gebruik zijn is uitgesloten."

Tot de kern behoort dan m.i.: "Verzekerd wordt tegen schade door vandalisme gepleegd ten opzichte van het gebouw", maar niet de daaropvolgende zin: "Schade aan gebouwen die leeg staan of buiten gebruik zijn is uitgesloten."

125. MO I Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1571.

126. Zie nr. 63 onder 11. Vgl. ook Hartkamp, AA 1987, p. 712: "Met de uitzondering is slechts beoogd iedere gedachte aan de *iustum-pretium*-leer in de kiem te smoren."

127. Vgl. nr. 15.

128. Deze zullen doorgaans ook slechts gedeeltelijk in de verzekeringsvoorwaarden worden opgenomen en dus alleen al omdat zij een individueel beding zijn niet als algemene voorwaarden gelden, vgl. nr. 64. Vgl. ook A.J.O. van Wassenaer van Catwijck, Polis- en algemene voorwaarden, in: *Omwillen van de consument* (Clausung-bundel), Zwolle (1990), p. 218. "Wat zijn nu die kernbedingen in verzekeringsovereenkomsten? Over sommige van die bedingen zal niet zo snel verschil van mening be- of ontstaan, over andere echter wel. De omschrijving van aard, ligging en belending van het verzekerde object in een brandverzekering is, daarover zal wel ieder het eens zijn, een kernbeding. Is een bekendheidsclausule in zo'n verzekering of een 'nieuwwaardeclausule' in een perfect of uitgebreide inboedelverzekering dat ook? Hoewel ik ertoe neig beide vragen bevestigend te beantwoorden, ben ik al niet meer zo zeker als bij mijn eerste voorbeeld." Naar mijn mening zijn de twee laatstgenoemde voorbeelden geen kernbeding. Vgl. het in nr. 72 gegeven criterium.

De eerste zin behoort tot de kern van de prestatie, want als die dekkingsomschrijving zou zijn gehanteerd, zou de overeenkomst nog net aan het bepaalbaarheidsvereiste voldoen. Het meerdere behoort niet tot de kern. De uitsluiting van schade aan gebouwen die leeg staan of buiten gebruik zijn komt naar mijn mening voor toetsing in aanmerking. Verdedigbaar is dat het beding in strijd is met art. 6:237 onder b.¹²⁹

129. In overeenkomsten met consumenten wordt vermoed onredelijk bezwarend te zijn een beding "...*dat de inhoud van de verplichtingen van de gebruiker wezenlijk beperkt ten opzichte van hetgeen de wederpartij, mede gelet op de wettelijke regels die op de overeenkomst betrekking hebben, zonder dat beding redelijkerwijs mocht verwachten*". Zie nader over deze bepaling paragraaf 8.6. Vgl. ook de in nr. 71 geciteerde visie van Heinrichs.

74. Door uit te gaan van een mogelijke toetsbaarheid van (delen van) de dekkingsomschrijving bij een verzekeringsovereenkomst neem ik een standpunt in dat strijdig is met één van de in nr. 63 genoemde gegevens over het kernbeding in de parlementaire geschiedenis,¹³⁰ namelijk dat de kernbedingen bij de verzekeringsovereenkomst niet alleen de essentialia maar de gehele dekkingsomschrijving omvatten. Naar mijn mening is dit echter onjuist.

Het doel van de uitzondering van het kernbeding is, zoals gezegd, te voorkomen dat een *iustum-pretium*-leer wordt ingevoerd. Van Zeben zet in zijn proefschrift de *iustum pretium* naast misbruik van omstandigheden. Het verschil is dat bij de *iustum-pretium*-leer de prestaties worden vergeleken, terwijl bij misbruik van omstandigheden wordt gekeken naar de partijen.¹³¹ De toetsing van bepaalde delen van de dekkingsomschrijving in verzekeringsvoorwaarden aan de open norm of de lijsten ligt m.i. veel dichter bij een misbruik-van-omstandigheden-toetsing dan bij een *iustum-pretium*-toetsing. Niet de vergelijking van prestaties staat voorop, maar de vraag of een beding tussen partijen gezien alle omstandigheden onredelijk bezwarend is. Het gaat dus om de partijen en hun omstandigheden. Daarbij zal vooral art. 6:237 onder b (of de reflexwerking daarvan)¹³² van belang zijn. Een beperking van de omschrijving van de dekking die de wederpartij niet behoefde te verwachten kan onredelijk bezwarend zijn. Hierbij gaat het niet om de prestaties *sec*, maar om de gerechtvaardigde verwachtingen van de wederpartij. Het is dus geen toepassing van de *iustum-pretium*-leer.

Het in nr. 73 gegeven voorbeeld maakt duidelijk dat delen van de dekkingsomschrijving soms kunnen vallen onder de zwarte of grijze lijst. In de parlementaire geschiedenis wordt uitdrukkelijk vermeld dat bedingen die op de lijsten van art. 6:236-238 voorkomen geen kernbedingen zijn.¹³³

Nu uit de parlementaire geschiedenis tegengestelde resultaten zijn af te leiden, moet m.i. het doel van het niet toetsbaar zijn van kernbedingen richtinggevend zijn. Bedingen die de hoofdverplichtingen van één van de partijen bepalen, maar dit op een 'verrassende' manier doen,¹³⁴ kunnen getoetst worden aan de open norm en/of de lijsten, waarbij in het bijzonder gedacht moet worden aan art. 6:237 onder b. In de Duitse rechtspraak blijkt dat van deze mogelijkheid een terughoudend gebruik wordt gemaakt;¹³⁵ voor Nederland verwacht ik dat ook.

130. MO I Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1571, zie tevens nr. 73.

131. C.J. van Zeben, *De leer van het iustum pretium en misbruik van omstandigheden*, diss. Utrecht, (Zwolle, 1960), p. 8, 9.

132. Zie het gegeven voorbeeld in nr. 73. Zie over verrassende bedingen nader paragraaf 7.5 en over art. 6:247 onder b paragraaf 8.6.

133. MvA II Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1527.

134. Zie nader over verrassende bedingen: paragraaf 7.5 en 8.6.

135. Zie nr. 71.

"In beginsel"

75. Probleematisch zijn nog de gegevens nr. 9, 10 en 11 (zie nr. 63) die elk een ontsnappingsmogelijkheid bevatten als "in beginsel". Dit suggereert dat er omstandigheden kunnen zijn waarin:

- partijen een bepaald beding tot kernbeding kunnen bestempelen;
- een beding dat bepaalde sancties inhoudt wanneer een bepaald beding wordt vernietigd niet in strijd is met art. 6:246, zodat op deze indirecte wijze partijen een beding tot kernbeding kunnen bestempelen;
- een beding waarover is onderhandeld of een onredelijk bezwarend beding waarvoor een compenserend voordeel is overeengekomen als kernbeding kan gelden.

Bijzondere omstandigheden waarin een kernbeding (rechtstreeks of via een omweg) tot kernbeding kan worden bestempeld (de eerste twee van bovengenoemde gevallen) kan ik me niet voorstellen. Op dit punt is de parlementaire geschiedenis tegenstrijdig. Immers, als het onder bepaalde omstandigheden mogelijk zou zijn een beding tot kernbeding te bestempelen zou het kernbeding (in die gevallen) iets subjectiefs zijn, wat in strijd is met de gegevens nr. 2 en 9, laatste zin van nr. 63. Het zou dan mogelijk zijn de bescherming van afd. 6.5.3 te ontgaan.¹³⁶

Het derde geval betreft onderhandelingen en compenserend voordeel. De rechter zou met deze omstandigheid rekening kunnen houden bijvoorbeeld bij het verdelen van de bewijslast (gegeven nr. 11).¹³⁷ Ook dit is merkwaardig. Als een gebruiker zegt: "zonder dat beding had ik de overeenkomst nooit gesloten", lijkt dat veel op het bestempelen van een beding als een kernbeding. Het zijn in ieder geval de subjectieve inzichten van de gebruiker die dan een rol spelen bij de beoordeling of een beding een kernbeding is. Naar mijn mening kan dat eenvoudig niet. *"In ieder geval zijn subjectieve inzichten van een partij niet doorslaggevend"*¹³⁸ is niet te combineren met de rest van het bij nr. 11 opgemerkte.

136. Wat ook in strijd zou zijn met art. 6:246 en de daaraan gegeven uitleg in de MvA II Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1806. De vraag naar de betekenis van dit "in beginsel" wordt ook opgeworpen door Rijken, in zijn bespreking van Wessels/Jongeneel, KwNBW, 1988, p. 59-61. Rijken zegt van de mogelijkheid dat een partij een bepaald beding indirect tot kernbeding zou bestempelen: *"Dat was toch - gelet op art. 12 - niet de bedoeling?"* Art. 12 is thans art. 6:246.

137. De bewijslast rust normaal gesproken op de partij die stelt dat een beding een kernbeding is, dat zal doorgaans de gebruiker zijn. Welke rechter zal in de stelling "zonder dat beding zou ik de overeenkomst nooit hebben gesloten" (die bij uitstek oncontroleerbaar is) reden zien tot omkering van de bewijslast? Overigens: hoe objectiever men het begrip kernbeding invult, hoe minder er bewezen hoeft te worden. Uit de inhoud van een beding, gezien in de context van de gehele overeenkomst zal doorgaans reeds kunnen afgeleid of een bepaald beding een kernbeding is of niet.

138. MO I Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1572.

Naar mijn mening kan deze mogelijkheid de bewijslast anders te verdelen maar beter buiten beschouwing worden gelaten.¹³⁹ Dat neemt niet weg dat een beding waarover is onderhandeld soms als een individueel beding kan gelden, zodat het geen algemene voorwaarde is, terwijl 'compenserend voordeel' een onderdeel is van de 'overige inhoud van de overeenkomst', die bij de inhoudelijke toetsing (op basis van de open norm, art. 6:233 onder a) in ogenschouw moeten worden genomen.

Waren deze nuancerings ("in beginsel") wellicht wat politiek water in de wijn, om de zeer kritische Eerste Kamer tegemoet te komen? Zo ja, dan is het nu wel weer tijd om klare wijn te schenken. Die klare wijn is m.i. de reeds genoemde formule: 'kernbeding = essentialia + prijs'.

Iustum-pretium-leer bij de toetsing van niet-kernbedingen?

76. Vollebrecht heeft als probleem opgeworpen dat het onderscheid tussen kernbedingen en overige bedingen kunstmatig is. Zijn voornaamste argument is dat er een onverbreekelijke samenhang is tussen rechten en plichten bij een wederkerige overeenkomst. Hij gaat uit van het moment waarop de wederpartij besluit al dan niet te contracteren, c.q. te contracteren op bepaalde voorwaarden. Er vindt dan een afweging plaats van vier elementen, te weten: dienst/goed, prijs, risico's, behoefte/nut. Als een niet-kernbeding verandert, kan dit invloed hebben op een kernbeding. Vollebrecht meent dat afd. 6.5.3 niet het kernbeding aan toetsing onderwerpt, maar dat de toetsing van niet-kernbedingen het effect heeft dat er toch een iustum-pretium ontstaat.

Nu kan men in de eerste plaats betwijfelen of kernbedingen en niet-kernbedingen met elkaar samenhangen op de wijze die Vollebrecht schetst.¹⁴⁰ Maar ook als dit het geval is, lijkt mij zijn conclusie niet juist. Bij een iustum-pretium-toetsing worden de prestaties over en weer vergeleken.¹⁴¹ Dat gebeurt niet bij een toetsing van algemene voorwaarden op grond van de open norm of de zwarte en grijze lijst. Wanneer als gevolg van vernietiging van bepaalde bedingen de wederzijdse prestaties beter in evenwicht komen is dat geen beoogd maar een toevallig gevolg van de toetsing.

Gevolgen

77. Aangezien een kernbeding geen algemene voorwaarde is in de zin van afd. 6.5.3 heeft het kwalificeren van een beding als kernbeding de volgende consequenties:

139. De reden is niet zozeer het feit dat men de waarde van de parlementaire geschiedenis moet relativeren (dat ook, zie G.H.A. Schut, Nieuw BW en de vrijheid van de exegeet, RMTh 1987, p. 265-268 en G.H.A. Schut, Het betrekkelijk gezag van de Memorie van Toelichting, RMTh 1988, p. 357-358), maar dat het t.a.p. gestelde tegenstrijdig en onbegrijpelijk is.

140. Zie de Duitse opvattingen over het zogenaamde 'prijsargument' in nr. 294.

141. Vgl. nr. 74.

- art. 6:232 - de snelle toepasselijkheid - is volgens de parlementaire geschiedenis niet van toepassing;¹⁴²
- de inhoudelijke toetsing van afd. 6.5.3 is uitgesloten;
- de informatieplicht geldt niet voor kernbedingen.

142. MvT Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1574. Zie echter paragraaf 5.4, waar ik pleit voor een ruime uitleg van art. 6:232.

De eerste en derde consequentie zijn naar mijn indruk niet beoogd en vormen een mogelijke bron van onzekerheid. Dit had voorkomen kunnen worden door de uitzondering voor kernbedingen niet op te nemen in art. 6:231, maar in art. 6:233 onder a (de open norm).¹⁴³

3.9 Algemene voorwaarden en individuele afspraken; onderhandelingen over algemene voorwaarden

Individuele bedingen

78. Het ontbreken van onderhandelingen is een belangrijk criterium in de omschrijvingen van algemene voorwaarden in de Nederlandse literatuur, terwijl dit in de Nederlandse wettelijke omschrijving geheel ontbreekt.¹⁴⁴ De omschrijving van art. 6:231 sluit bedingen uit die na onderhandelingen gewijzigd zijn; deze zijn immers niet "*opgesteld teneinde in een aantal overeenkomsten te worden opgenomen*". In de parlementaire behandeling is echter vooral gestreden om bedingen die na onderhandelingen ongewijzigd zijn gebleven. Soms zal daarbij een 'compenserend voordeel' zijn bedongen. De commissie uit de Eerste Kamer die zich over het ontwerp boog, vond het ten onrechte dat dit bij toetsing aan de zwarte lijst niet zou kunnen meespelen.¹⁴⁵

In de rechtspraak wordt regelmatig een beding als individueel beding ('uitdrukkelijk overeengekomen beding') aangemerkt.¹⁴⁶

De afgrenzing tussen algemene voorwaarden en individuele bedingen speelt ook een rol bij de consumentenkoop. Volgens art. 7:6, lid 1 is, bij een consumentenkoop in de zin van art. 7:5, de kooptitel van dwingend recht. Lid 2 luidt:

"Lid 1 is niet van toepassing op de artikelen 11, 12, 13, 26 en 35, doch bedingen in algemene voorwaarden waarbij ten nadele van de koper wordt afgeweken van die artikelen worden als onredelijk bezwaarend aangemerkt."

Afwijking is dus alleen mogelijk bij individueel beding.

Individuele bedingen naar Duits recht

143. Zo is ook de Duitse constructie in § 8 AGBG.

144. De regering wijst er op dat het opnemen van het element "zonder onderhandelingen" in art. 6:231 de stelling van de gebruiker toe zou laten "... dat hij alleszins bereid is over de inhoud van zijn voorwaarden te onderhandelen", Nota II Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1539.

145. VV I Inv.; MvA I Inv.; MO I Inv.; Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1562, resp. 1564-1565, resp. 1569. Eveneens kritisch op dit punt: Spier, KwNBW 1984, p. 130 en Vollebrecht, p. 810. Bij de toetsing aan de open norm en de grijze lijst kan het feit dat is onderhandeld blijkens de geciteerde stukken wel een rol spelen. Zie nader nr. 85 en nr. 327 e.v.

146. Zie Contractenrecht VII (Hondius) nr. 215. Voorts Rb Rotterdam, 5-12-86, S&S 87, 53: In algemene voorwaarden is de aansprakelijkheid beperkt tot opzet en grove schuld. In de overeenkomst is daarvan afgeweken. De overeenkomst bevat bovendien de regel dat, in geval van tegenspraak tussen de overeenkomst en de algemene voorwaarden, de overeenkomst voortgaat. Daarom kan er geen beroep worden gedaan op de algemene voorwaarden. Een soortgelijke uitspraak is Rb Rotterdam, 7-8-87, S&S 88, 8: Partijen hebben in hun overeenkomst de wederzijdse rechten en plichten uitvoerig geregeld. De algemene voorwaarden waarnaar het briefpapier van de gebruiker verwijst zijn niet toepasselijk.

79. In de Duitse wettelijke omschrijving van algemene voorwaarden (' 1, Abs. 2) worden bedingen waarover voldoende is onderhandeld niet als algemene voorwaarden aangemerkt.¹⁴⁷ Verder is in ' 4 nog de voorrang van de individuele afspraak boven algemene voorwaarden vastgelegd.

Het onderhandelen is in het Duitse systeem dus een middel voor de gebruiker om de inhoudelijke toetsing van het AGBG uit te sluiten. Cruciale vraag is uiteraard: wanneer is sprake van onderhandelingen? Het enkel voorlezen en uitleggen van een beding is niet voldoende.¹⁴⁸

De wederpartij moet de mogelijkheid hebben invloed uit te oefenen op de inhoud van de algemene voorwaarden.¹⁴⁹ Maar het feit dat in de algemene voorwaarden op bepaalde plaatsen iets kan worden ingevuld maakt de desbetreffende bedingen nog niet tot een individueel beding.¹⁵⁰

De rechter heeft in de loop der jaren een aantal ontsnappingsroutes afgesloten: Een beding in algemene voorwaarden inhoudende dat bedingen in details zijn besproken, dat er over is onderhandeld en dat ze zijn vastgelegd, kan werkelijke onderhandelingen niet vervangen.¹⁵¹

Het BGH neemt evenmin genoegen met een aparte door de wederpartij ondertekende verklaring die inhoudt dat er over alle bedingen in details is onderhandeld als deze verklaring door de gebruiker is opgesteld.¹⁵²

De gebruiker zal moeten bewijzen dat de onderhandelingen werkelijk hebben plaatsgevonden.¹⁵³ Volgens Bunte is het aan te raden om gespreksnotities op te stellen of een bevestigingsbrief te sturen.¹⁵⁴

-
147. Bedingen waarover niet is onderhandeld blijven dus algemene voorwaarden, Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen, § 1, Rdnr. 44, 45.
148. Palandt-Heinrichs, § 1, Anm. 4a; Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen, § 1, Rdnr. 49; BGH, 5-4-79, AGBE I, § 1 Abs. 2, 17 = NJW 1979, 1406 en BGH, 29-1-82, AGBE III, § 1, nr. 1 = BB 1982, 459. Evenmin voldoende is een (telefonische) mededeling voorafgaande aan het sluiten van de overeenkomst: OLG Stuttgart, 26-1-79, AGBE I, § 11-4, nr. 18.
149. Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen, § 1, Rdnr. 46.
150. In een formulier zijn invulmogelijkheden al door de gebruiker (in het nadeel van de wederpartij) ingevuld: geen individueel beding volgens OLG Bremen, 30-8-82, AGBE III, § 1, nr. 9, OLG Hamburg, 25-6-87, NJW 1987, 2937 en OLG Frankfurt, 1-10-87, NJW-RR 88, 177. In een formulier voor het verlenen van een volmacht staat op de voorkant: Nr. 1. Beheersvolmacht, Nr. 2 Kredietvolmacht; Nr. 3 Volmacht uitsluitend bij overlijden; in vetgedrukte letters staat boven de plaats waar moet worden getekend: *Niet gewenste nummers moeten worden doorgehaald*. De inhoud van het formulier geldt in deze omstandigheden niet als uitonderhandeld in de zin van § 1, Abs. 2 AGBG, aldus BGH, 9-4-87, NJW 1987, 2011. Evenals de rechtspraak ook de literatuur: Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen, § 1, Rdnr. 47.
151. Zo reeds voor de inwerkingtreding van het AGBG: BGH, 20-10-76, NJW 1977, 432 = BB 1977, 59. Een dergelijk beding is overigens ook (als de lijsten van toepassing zijn) nietig volgens § 11 Nr. 15b AGBG (vgl. BGH, 28-1-87, NJW 1987, 1634 = BGHZ 99, 374) en in Nederland volgens art. 6:236 onder k.
152. BGH, 15-12-76 (dus voor inwerkingtreding AGBG) AGBE I, § 1 Abs. 2, nr. 15 = NJW 1977, 624.
153. LG München, 6-12-78, AGBE I, § 1 Abs. 2, nr. 20: Voor degene die zich op bescherming van het AGBG beroept is voldoende dat hij aantoonde dat een gedrukt of op andere wijze verveelvoudigd geheel van bedingen is gebruikt. De gebruiker zal dan moeten stellen en bewijzen dat over de bedingen is onderhandeld in de zin van § 1 Abs. 2 AGBG. Andersom: LG Aachen, 26-11-82, AGBE III, § 1, nr. 14: Als in een bestelformulier met de hand wijzigingen zijn ingevoegd, is dat een aanwijzing dat in zoverre een individuele afspraak bestaat. De wederpartij heeft de stel- en bewijslast dat aan § 1 AGBG is voldaan. Zie ook Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen § 1, Rdnr. 63.
154. Bunte, Handbuch, p. 8, met verwijzing naar Eberstein, Die zweckmäßige Ausgestaltung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen im kaufmännischen Geschäftsverkehr, 2. Aufl. 1980, p. 6.

Hebben werkelijk onderhandelingen plaatsgevonden, dan is het mogelijk dat wordt afgeweken van het van te voren geformuleerde beding. Dat is dan een individueel beding, dat van de werking van het AGBG is uitgezonderd.¹⁵⁵ De rechtspraak vereist echter niet dat de algemene voorwaarden als gevolg van de onderhandelingen gewijzigd zijn.¹⁵⁶ Wel is de bewijslast zwaarder als de voorwaarden ongewijzigd zijn gebleven.¹⁵⁷

80. Een bijzonder probleem doet zich voor als de gebruiker bereid was om over de algemene voorwaarden te onderhandelen, maar de wederpartij niettemin zonder onderhandelingen heeft toegestemd in de opneming van de algemene voorwaarden in de overeenkomst. Het BGH eist thans¹⁵⁸ dat de wederpartij de mogelijkheid heeft gehad de inhoud van de contractvoorwaarden te beïnvloeden.¹⁵⁹ In andere uitspraken wordt ongeveer hetzelfde criterium gehanteerd, namelijk dat de gebruiker de kerninhoud van zijn algemene voorwaarden voor zover afwijkend van de wet inhoudelijk ter discussie stelt en de wederpartij vormgevingsvrijheid toekent tot het behartigen van zijn eigen belangen, met tenminste de reële mogelijkheid de inhoud van de voorwaarden te beïnvloeden.¹⁶⁰

Anders dan het BGH meent Rabe dat het handelsverkeer een bijzondere positie inneemt. In het handelsverkeer zou volgens Rabe rekening moeten worden gehouden met alle omstandigheden van het geval, vooral de intellectuele vaardigheden en de beroepspositie van de wederpartij alsmede het al dan niet bestaan van een economische machtspositie.¹⁶¹ Rabe meent dat het in het handelsverkeer kan voorkomen dat bij onderhandelingen op bepaalde punten wordt toegegeven, maar dat een ander beding door de gebruiker als 'conditio sine qua non' wordt bestempeld. Dat moet dan volgens hem toch als 'individueel beding' gelden, hoewel de gebruiker niet bereid was het ter discussie te stellen, zoals het BGH eist. Dit is omstreden.¹⁶²

155. Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen, § 1, Rdnr. 47. Het is echter denkbaar dat de afwijking weer door de gebruiker is voorgeformuleerd, deze is dan toch weer aan de inhoudelijke toetsing van het AGBG onderworpen; Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen, § 1, Rdnr. 57.

156. Palandt-Heinrichs, § 1, Anm. 4c; BGH, 17-5-82, AGBE III, § 6, nr. 1 = NJW 1982, 2309 = BGHZ 84, 109; BGH, NJW-RR 1987, 145; Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen, § 1, Rdnr. 42, met verdere verwijzingen.

157. Bunte, Handbuch, p. 8.

158. Oorspronkelijk achtte het BGH voldoende dat de gebruiker zich ondubbelzinnig en ernstig bereid verklaarde bedingen te veranderen en dat de wederpartij hiervan kennis nam: zie o.a. BGH, 15-12-76, AGBE I, § 1 Abs. 2, nr. 15 = NJW 1977, 624 en Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen, § 1, Rdnr. 50.

159. BGH, 18-11-82, NJW 1983, 385 = AGBE III, § 9, nr. 10. Hiervoor is niet voldoende dat de algemene voorwaarden aan de wederpartij zijn toegezonden en dat deze het formulier ondertekend heeft.

160. BGH, 3-7-85, MDR 1985, 1005 = WM 1985 1208; BGH, 9-10-86, MDR 1987, 311; BGH, NJW-RR 1986, 54 = WM 1985, 1208 = Betr. 1986, 166; BGH, 30-9-87, NJW 1988, 410; Palandt-Heinrichs, § 1, Anm. 4c.

161. Rabe, p. 1980.

162. Rabe, p. 1980; instemmend: Palandt-Heinrichs, § 1, Anm. 4c en Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, § 4, Rdnr. 36, anders: Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen, § 1, Rdnr. 52, 64.

81. In nr. 80 ging het om de gebruiker die bereid was over de algemene voorwaarden in het algemeen te onderhandelen. De bereidheid van de gebruiker om te onderhandelen over **bepaalde mogelijke problematische onderdelen** van de algemene voorwaarden is - in tegenstelling tot de bereidheid om over de voorwaarden in het algemeen te onderhandelen - voldoende om een individuele afspraak aan te nemen, ook als die onderhandelingen niet hebben plaatsgehad.¹⁶³

163. Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen, Ɂ 1, Rdnr. 51.

82. Evenals bij mondelinge bedingen is het onderhandelen over algemene voorwaarden teneinde aan de toetsing van het AGBG te ontkomen in strijd met het 'rationaliseringsdoel' dat met algemene voorwaarden wordt nagestreefd.¹⁶⁴ Een omzetting van algemene voorwaarden in individuele bedingen heeft zich dan ook niet op grote schaal voorgedaan.¹⁶⁵ Vanuit de consument bekeken kan het voordeel van onderhandelingen betwijfeld worden. Heinrichs meent dat hij er meestal niet veel mee zal bereiken, terwijl hij wel het risico loopt de bescherming van het AGBG te verliezen.¹⁶⁶

De vraag die hiermee verband houdt is of de wederpartij niet ook tegen onredelijke individuele bedingen moet worden beschermd. Von Hippel meent dat dit inderdaad nodig is.¹⁶⁷ Hij is nog altijd bang dat gebruikers hun toevlucht zullen nemen tot individuele bedingen. De Duitse rechter kan deze bescherming tegen individuele bedingen alleen bieden op grond van de strijd met de goede zeden of de goede trouw.¹⁶⁸

De regel van ' 4

83. Naast de regeling van ' 1 Abs. 2 staat de regel van ' 4: "*Individuelle Vertragsabreden haben Vorrang vor Allgemeinen Geschäftsbedingungen.*" Het verschil is het volgende: ' 1 Abs. 2 ziet op gevallen waarin over een beding in algemene voorwaarden wordt onderhandeld. Het beding wordt al dan niet ongewijzigd in de overeenkomst opgenomen en geldt als individueel beding, dat aan de werking van het AGBG onttrokken is. Het gaat in ' 4 om een ander geval. Er is dan zowel een beding in algemene voorwaarden als een individuele afspraak over hetzelfde onderwerp. In dat geval gaat de individuele afspraak voor.

Is bijvoorbeeld op een bestelformulier voor een auto genoteerd: *levering op 1-7-76*, dan komt een beding in de algemene voorwaarden, dat bepaalt dat de aan de ommezijde aangegeven levertijden niet bindend zijn, niet meer aan de orde.¹⁶⁹

164. Bunte, *Erfahrungen*, p. 37, geciteerd in *MvA II Inv.*, Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1527.

165. Zie hierboven nr. 2.4 (gegevens van 1986), anders (in 1982): Willemsen. Deze wijst (evenals Ulmer) op de verkoop van nieuwe auto's met een lange levertijd, maar voegt toe dat dit beslist geen uitzondering is (p. 1121). Hij toont aan dat veel 'Individueelvereinbarungen' dit in werkelijkheid niet zijn, omdat telkens dezelfde tekst wordt gebruikt. Het AGBG is dan toch van toepassing. Tegen deze onechte individuele afspraken kan effectief worden opgetreden, zo concludeert hij (p. 1126). Het is daarom de vraag of de aanhaling in de *MvA II Inv.*, Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1528, wel zo terecht is.

166. Palandt-Heinrichs, § 2, Anm. 1c. Vgl. ook Bunte: niet onderhandelen is "... *in der Regel ökonomisch durchaus sinnvoll*", Bunte, *Zehn Jahre AGBG*, p. 924. Kötz vraagt zich in dit verband af of de extra belasting van de regeling van § 2 opweegt tegen de extra bescherming van de wederpartij die er van uitgaat, Kötz in *Münch. Komm.-Közt*, § 2, Rdnr. 1; zie nader nr. 169.

167. Von Hippel, p. 138-139.

168. Zie nr. 105.

169. *BT-Drucks. 7/3913*, S.20, geciteerd bij Kötz in *Münch. Komm.-Közt*, § 4, Rdnr. 4.

De regel van ' 4 is vooral aan de orde geweest bij bedingen die de schriftelijke vorm vereisen voor afwijkingen van het in algemene voorwaarden geregelde.¹⁷⁰ Een beding dat de schriftelijke vorm vereist, is niet in de lijsten verboden, gezien de nuttige functie die dergelijke bedingen hebben voor de helderheid van het rechtsverkeer.¹⁷¹ Toetsing vindt plaats aan de hand van de open norm, ' 9.¹⁷² De volgende soorten schriftelijke-vorm-clausules worden onderscheiden¹⁷³:

-
170. Deze schriftelijke-vorm-bedingen moeten worden onderscheiden van bedingen die een vormvereiste stellen aan verklaringen van de wederpartij. Dergelijke bedingen vallen naar Duits recht onder § 11 nr. 16 AGBG, naar Nederlands recht onder art. 6:237 onder m.
171. Begr. Reg.E. p. 51, geciteerd door Bunte, Handbuch, p. 15. In de Nederlandse lijst is het beding echter zwart: art. 6:236 onder l.
172. Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen § 4, Rdnr. 32; Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen Anh. §§ 9-11, Rdnr. 627-636.
173. F.A. Bultmann, Die Rechtsprechung zu Schriftformklauseln in Allgemeine Geschäftsbedingungen, VuR 2/88, p. 61-64.

1. Bedingen volgens welke mondelinge afspraken ongeldig zijn. Deze bedingen zijn in de regel nietig.¹⁷⁴
2. Bedingen volgens welke mondelinge afspraken slechts geldig zijn als zij schriftelijk worden bevestigd. Deze bedingen delen hetzelfde lot.¹⁷⁵
3. Bedingen volgens welke er geen mondelinge afspraken gemaakt zijn. De lagere rechtspraak zag hierin een nietig beding wegens strijd met ' 11 Nr. 15 (wijziging bewijslast).¹⁷⁶ Het beding werd in 1985 aan het BGH voorgelegd,¹⁷⁷ die daar anders over bleek te denken dan de lagere rechtspraak. Volgens het BGH is het beding niet in strijd met ' 11 Nr. 15 of met ' 9. Het geeft slechts een vermoeden van volledigheid; de wederpartij heeft de mogelijkheid van tegenbewijs. Het nadeel op het punt van de bewijsvoering zou in het kader van ' 9 relevant kunnen zijn.

84. Hoewel schriftelijke-vorm-bedingen dus geldig kunnen zijn, kan een mondelinge uiting van de gebruiker als individuele afspraak de voorrang op de algemene voorwaarden en dus de schriftelijke-vorm-clausule hebben.¹⁷⁸ Het BGH heeft aangenomen dat een op de wijziging van de inhoud van de overeenkomst gerichte wilsovereenstemming voldoende is. Door deze bindende overeenstemming is ook de overeengekomen eis van de schriftelijke vorm opgeheven. Hierbij is onbelangrijk of de partijen zich herinneren dat zij van de vroegere overeenkomst op bepaalde punten afwijken.¹⁷⁹

De Nederlandse regeling en 'werkelijke overeenstemming'

85. In art. 6:231 is geen uitzondering opgenomen voor bedingen waarover werkelijke overeenstemming bestaat. Als na onderhandelingen een (schriftelijk) beding ongewijzigd blijft, blijft het een algemene voorwaarde, want het blijft een beding dat bestemd is om in een aantal overeenkomsten te worden gebruikt. Alleen als een beding wordt veranderd en het daardoor overgaat in een zogenaamde 'eenmalige' contractuele afspraak, valt deze buiten de werkingssfeer van afd. 6.5.3.¹⁸⁰ Heeft het gewijzigde beding ook weer de bestemming om meermalen te worden gebruikt, dan is dit toch weer een algemene voorwaarde.

174. BGH, 31-10-84, NJW 1985, 320.

175. BGH, 28-4-83, NJW 1983, 1853 en BGH, 26-3-86 NJW 1986, 1809.

176. O.a. OLG Nürnberg AGBE IV 9 11, nr. 131; OLG Schleswig AGBE II 9 11 Nr. 15, nr. 142; LG Kiel AGBE III, 9 11 nr. 63; LG München I, AGBE II 9 11 nr. 64; anders OLG Celle AGBE IV, 9 10 nr. 2.

177. BGH, 19-6-85, BB 1985, 1418.

178. Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen Anh. 99 9-11, Rdnr. 628.

179. BGH, 26-11-80, AGBE I, 9 4, nr. 2 = BB 1981, 266. In een 'Individualvertrag' kan het nadrukkelijk overeenkomen van een vormvereiste voor afwijkingen overigens wel betekenis hebben, BGH, 2-6-76, BGHZ 66, 378.

180. MvT Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1453.

Wel heeft de rechter de mogelijkheid om het feit dat werkelijke overeenstemming heeft bestaan mee te laten wegen bij de beoordeling van de onredelijke bezwarendheid van het desbetreffende beding. Hij let in het kader van de toetsing immers op de wijze van totstandkoming van het te toetsen beding, de gehele contractsinhoud en de overige omstandigheden. Ook een eventueel voor een beding aan de wederpartij toegekend voordeel ('compenserend voordeel') kan dus in de afweging betrokken worden. Maar deze speelruimte heeft de rechter niet als het beding op de zwarte lijst staat en wordt gebruikt jegens een consument.¹⁸¹ De motivering voor dat laatste luidt als volgt:

*"Het gaat hier om een beperkt gebied van evident onereuze bedingen; mede omdat deze bedingen jegens consumenten worden gebezigd is de kans op vrije onderhandelingen hier klein, en is a fortiori de kans heel klein dat de wederpartij/consument na vrije onderhandelingen zal toestemmen in ongewijzigde opnemings van het gestandaardiseerde beding in de overeenkomst, terwijl hij zich van het bezwarende karakter ervan werkelijk bewust is; zou men op dit punt het dwingende karakter van de 'zwarte lijst' doorbreken, dan zou dat leiden tot lastige bewijskwesaties omtrent vragen als welke compenserend voordeel aan de wederpartij is toegekend en of dat voordeel inderdaad alleen is toegekend omdat de wederpartij in het onereuze beding heeft toegestemd."*¹⁸²

Deze motivering is m.i. overtuigend. Ondanks het feit dat de Nederlandse regeling dus iets anders is dan de Duitse, zijn de Duitse ervaringen m.i. nuttig bij de beantwoording van de vraag wanneer sprake is van onderhandelingen en de vraag welke invloed dit moet hebben.

86. Voor Nederland zou ik de volgende conclusies willen trekken:

1. Indien een beding is gewijzigd en er is een individueel beding ontstaan, is afd. 6.5.3 niet van toepassing.
2. Indien een beding is gewijzigd in een ander beding, dat echter wel bestemd is om in een aantal overeenkomsten te worden opgenomen, is afd. 6.5.3 van toepassing; het feit dat werkelijke onderhandelingen hebben plaatsgevonden moet echter van invloed zijn op de inhoudelijke toetsing in het kader van de open norm en de grijze lijst.
3. Indien een beding **niet** is gewijzigd, moet de vraag worden gesteld of over het beding werkelijke overeenstemming bestaat; dit mag niet te snel worden aangenomen. In beginsel is hiervoor vereist dat er over het beding werkelijke onderhandelingen hebben plaatsgevonden. Met name op dit punt lijken mij de Duitse ervaringen van nut. Voor het Nederlandse recht zou ik het volgende willen aannemen:

181. MvA II Inv.; MvA I Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1528 resp. 1565.

182. MvA I Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1565. De geciteerde zin telt 113 woorden. Wel wordt toegevoegd dat art. 6:236 zich niet verzet tegen mitigering van rechtsgevolgen van de vernietiging, zoals in de wet en jurisprudentie neergelegd. Zie nader nr. 351.

- a. Onderhandelingen moeten werkelijk hebben plaatsgehad, d.w.z. dat het beding grondig is besproken, ook al is het niet gewijzigd. Een beding in algemene voorwaarden of een door de gebruiker opgestelde verklaring van de wederpartij kunnen onderhandelingen niet vervangen. Is er werkelijk onderhandeld, maar is een beding niet gewijzigd, dan blijft het een algemene voorwaarde in de zin van art. 6:231 onder a. De gevoerde onderhandelingen zijn dan alleen van betekenis voor de inhoudelijke toetsing in het kader van de open norm en de grijze lijst, dus niet als een beding onder de zwarte lijst valt.
- b. Een algemene bereidheid om te onderhandelen maakt een beding in algemene voorwaarden niet tot een individueel beding en staat ook niet gelijk met gevoerde onderhandelingen die tot ongewijzigde voorwaarden leiden. Als echter de gebruiker zich bereid heeft verklaard **bepaalde mogelijk problematische onderdelen** te wijzigen en de wederpartij deze toch aanvaardt, blijven de voorwaarden algemene voorwaarden in de zin van art. 6:231 onder a; de bereidheid tot onderhandelen speelt dan echter een rol bij de inhoudelijke toetsing in het kader van de open norm en de grijze lijst. 'Zwarte' bedingen blijven echter ook dan 'zwart' en dus vernietigbaar.

De voorrang van individuele afspraken

87. De voorrang van een individuele afspraak boven algemene voorwaarden geldt volgens vaste rechtspraak ook in Nederland.¹⁸³ De regel is niet in de wet opgenomen.¹⁸⁴

Wat schriftelijke-vorm-clausules aangaat: art. 6:236 onder I verbiedt onder alle omstandigheden een beding "... dat ten nadele van de wederpartij afwijkt van art. 37 van Boek 3, tenzij het betrekking heeft op door de wederpartij af te leggen verklaringen (...)".¹⁸⁵ Art. 3:37 bepaalt: "tenzij anders is bepaald, kunnen verklaringen met inbegrip van mededelingen, in iedere vorm geschieden, en kunnen zij in een of meer gedragingen besloten liggen". De MvT¹⁸⁶ onderscheidt een aantal gevallen; onder art. 6:236 onder I vallen bedingen die de verklaringen van de **gebruiker** aan een vormvereiste binden, deze zijn dus in alle gevallen waarin de wederpartij consument is onredelijk bezwarend. Verklaringen van de **wederpartij** vallen niet onder art. 6:236 onder I; zij mogen volgens art. 6:237 onder m wel aan een vormvereiste worden

183. Contractenrecht VII (Hondius), nr. 215, zie ook a.w. nr. 210-214; Asser-Hartkamp II nr. 287 onderf. De regel is niet erg bekend, in ieder geval niet bij consumenten. Zo beschrijft de Consumentengids 1989, p. 60 een geval waarin een verkoopster de klant vertelde dat overgebleven bollen wol mochten worden geruild. In de winkel stond echter een bordje dat afgeprijsde artikelen niet mochten worden geruild. "Een prijzig advies van Almonde." concludeert de Consumentengids. De klant had zich echter op de voorrang van de mondelinge toezegging boven de algemene voorwaarde op het bordje kunnen beroepen.

184. In Duitsland is de regel opgenomen in § 4, zie nr. 83. Wel heeft Hondius codificatie van deze regel bepleit, Hondius, diss. nr. 334, 336 en Unfair terms, p. 234, 235.

185. "... tenzij het betrekking heeft op de vorm van de door de wederpartij af te leggen verklaring of bepaalt dat de gebruiker het hem door de wederpartij opgegeven adres als zodanig mag blijven beschouwen totdat hem een nieuw adres is meegedeeld."

186. MvT Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1711.

gebonden, mits geen strengere eis dan het vereiste van een onderhandse akte wordt gesteld.

Een beding zoals "*mondelinge afspraken zijn niet bindend*" of "*... zijn alleen bindend indien schriftelijk bevestigd*" valt hiermee onder de zwarte lijst, aangezien voor een mondelinge afspraak een verklaring van de gebruiker nodig is; die verklaring mag volgens art. 6:236 onder I niet aan een vormvereiste worden gebonden. Een beding als "*Reclames ter zake van gebreken van het geleverde moeten schriftelijk bij opdrachtnemer worden ingediend binnen de volgende termijnen:...*" valt onder art. 6:237 onder m; het voldoet ook aan de toets aan onderdeel m, omdat het alleen de verklaring van de wederpartij aan een vormvereiste verbindt en dit geen strengere vorm is dan het vereiste van een onderhandse akte.

3.10 'Onbepaald aantal te sluiten overeenkomsten'

88. Het **aantal malen** dat algemene voorwaarden zullen worden gebruikt is doorgaans onbepaald. Meestal is het de bedoeling de algemene voorwaarden in veel gevallen te gaan gebruiken, bijvoorbeeld in alle te sluiten koopovereenkomsten. Dat het aantal 'doorgaans' onbepaald is geeft al aan waarom dit element in een wettelijke omschrijving niet bruikbaar is.

Voor het **Duitse** recht geeft Kötz als voorbeeld van een bepaald aantal te sluiten overeenkomsten: een contract voor de verkoop van een vooraf vaststaand aantal zaken of de verhuur van een bepaald aantal woningen.¹⁸⁷

3.11 'Overeenkomsten van bepaalde aard'

89. Hondius vermeldt als enige dat algemene voorwaarden overeenkomsten van bepaalde aard betreffen; zij zijn toegesneden op bepaalde soorten overeenkomsten en betreffen niet alle overeenkomsten die een gebruiker ooit afsluit.¹⁸⁸ In een wettelijke omschrijving kan dit feit niet als een onderscheidend criterium worden opgenomen.

Partijen kunnen overigens algemene voorwaarden die voor een bepaald soort overeenkomsten zijn geschreven op een andere overeenkomst van toepassing verklaren.¹⁸⁹

187. Kötz in Münch. Komm.-Kötz, § 1, Rdnr. 6; vgl. ook Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen, § 1, Rdnr. 25.

188. Hondius, diss., nr. 132.

189. Vgl. Hof 's-Hertogenbosch 9-4-90, NJ 90, 840.

3.12 Stellen van de voorwaarden

90. Een element van de Duitse omschrijving is, dat vereist wordt dat de ene partij de andere partij de voorwaarden stelt. Onder stellen wordt verstaan: de kant en klare voorwaarden in de overeenkomst inbrengen en deze eenzijdig aan de andere partij opleggen.¹⁹⁰ Algemene voorwaarden kunnen dus niet door beide partijen worden gesteld. Wel is het denkbaar dat de ene voorwaarde door de ene partij wordt gesteld en de andere voorwaarde door de andere.

190. Kötz in Münch. Komm.-Kötz, § 1, Rdnr. 10; Bartsch, p. 29, met verdere verwijzingen.

Aan het stellen is de status van gebruiker verbonden,¹⁹¹ terwijl de andere contractspartij dan automatisch de wederpartij is. Normaal gesproken is de partij die de algemene voorwaarden opgesteld heeft ook degene die ze stelt, dus de gebruiker. Als partijen besluiten een contractmodel te gebruiken dat door een onafhankelijke derde is opgesteld, is van 'stellen' geen sprake en geldt het AGBG niet, indien de derde door hem zelf uitgekozen of opgestelde voorwaarden aan partijen voorlegt. Als het gebruikte model één van de partijen bevoordeelt is alleen een toetsing aan 'Treu und Glauben' (' 242 BGB) mogelijk.¹⁹²

Bartsch meent dat het stellen geen rechtshandeling maar een zogenaamde "Realakt" is. Het stellen is het geven van de informatie dat men een overeenkomst wil sluiten op bepaalde voorwaarden; dit is niet te vereenzelvigen met het sluiten van de overeenkomst zelf. Dit kan van belang zijn in drie-partijen-verhoudingen: een tussenpersoon kan gevolmachtigde van de wederpartij zijn, terwijl hij in feite met de gebruiker samenwerkt. De feitelijke handeling van het stellen gebeurt dan door de tussenpersoon en wordt aan de gebruiker toegerekend. Dit heeft bescherming van de wederpartij op grond van het AGBG tot gevolg.

Ulmer wijst erop dat het element 'stellen' in de Duitse omschrijving niet wijst op de eenzijdigheid, maar de bedoeling heeft de rol van gebruiker, waaraan het AGBG - evenals afd. 6.5.3 - talrijke rechtsgevolgen verbindt, aan die partij toe te bedelen, op wiens initiatief het opnemen van de algemene voorwaarden teruggaat.¹⁹³ Dit is niet altijd degene die het aanbod heeft gedaan. Het is ook denkbaar dat in een voorge-drukt opdrachtsformulier algemene voorwaarden zijn opgenomen, zodat de partij die het aanbod doet in zijn aanbod algemene voorwaarden opneemt, terwijl het initiatief van de andere contractspartij is uitgegaan.¹⁹⁴ Kötz wijst erop dat bij algemeen gebruikelijke voorwaarden (zoals de VOB in de bouwwereld) onduidelijk kan zijn wie de voorwaarden heeft gesteld. Er moet dan worden nagegaan wie belang had bij de toepasselijkheid van de voorwaarden.¹⁹⁵

97. Het 'gebruiken' in de Nederlandse omschrijving van algemene voorwaarden is te vergelijken met het 'stellen' in de Duitse. Zie nader paragraaf 4.2 over de begrippen 'gebruiken' en 'gebruiker'.

191. Zie ook nr. 101. Een uitzondering is het geval dat werd beslist in BGH, 20-3-85, NJW 85, 2477. Een bouwmaatschappij had haar accountant opdracht gegeven algemene voorwaarden op te stellen, welke die accountant vervolgens als gevolmachtigde van een aantal opdrachtgevers aan de bouwmaatschappij 'stelde'. Niettemin nam het BGH aan dat de bouwmaatschappij gebruiker was. Vgl. ook OLG Köln, 27-4-88, NJW-RR 1988, 1459 en OLG Frankfurt, 7-6-85, NJW-RR 1986, 245.

192. Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen, 1, Rdnr. 31; zie nader nr. 104.

193. Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen, 1, Rdnr. 26, evenzo: Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, 1, Rdnr. 27. Anders: Bartsch, p. 31 en LG Köln, 28-4-86 BB 1987, 87, echter met kritische noot Timm. Het LG meent dat niet van 'Allgemeine Geschäftsbedingungen' sprake is, wanneer de contractspartij die de voorwaarden heeft aanvaard economische macht heeft om zijn belangen in de contractuele verhouding volledig tot gelding te brengen, zoals i.c. bij de opdracht tot een bouwwerk van 50 miljoen DM.

194. Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen, 1, Rdnr. 26.

195. Kötz in Münch. Komm.-Köztz, 1, Rdnr. 9. (VOB=Verdingungsordnung für Bauleistungen).

3.13 Vormkenmerken

92. De Duitse omschrijving geeft aan dat vormkenmerken niet doorslaggevend zijn. Zo is onbelangrijk of de bedingen in een contractformulier zijn opgenomen of in een afzonderlijk geschrift, hoe ze vermenigvuldigd zijn (gedrukt, geschreven, getypt of zelfs mondeling), welke omvang ze hebben en wat de vorm van de overeenkomst is (bijvoorbeeld al dan niet de vorm van een notariële akte).

93. Ook voor Nederland geldt dat de vraag of sprake is van algemene voorwaarden niet afhankelijk is van de vorm waarin bedingen zijn gegoten, behoudens één in de wet opgenomen vormkenmerk: van algemene voorwaarden is alleen sprake als bedingen schriftelijk zijn.¹⁹⁶ In de Nederlandse parlementaire geschiedenis is erop gewezen dat bedingen die zijn opgeslagen in het geheugen van een tekstverwerker als algemene voorwaarden gelden, ook als er marginale wijzigingen in worden aangebracht.¹⁹⁷

3.14 Art. 6:245: de uitgesloten overeenkomsten

Nederland: arbeidsovereenkomst en CAO uitgesloten

94. Volgens art. 6:245 is afd. 6.5.3 niet van toepassing op de arbeidsovereenkomst en de collectieve arbeidsovereenkomst. Dat afdeling 6.5.3 niet geldt voor de **arbeidsovereenkomst** berust op de volgende argumenten:

1. De wettelijke regeling van de arbeidsovereenkomst bevat reeds veel dwingend recht en wordt door de wetgever regelmatig bijgesteld.
2. De 'belangrijke rechtsfiguur van de collectieve arbeidsovereenkomst' waarborgt in zeer vele gevallen een evenwichtige afweging van de belangen der bij 'individuele' arbeidsovereenkomsten betrokken partijen.¹⁹⁸
3. Afd. 6.5.3 zou voor de arbeidsovereenkomst van geringe betekenis zijn; in de praktijk bestaat geen behoefte aan bescherming naast de bescherming die het arbeidsrecht biedt.
4. Toepasselijkheid van afd. 6.5.3 op de arbeidsovereenkomst zou collectief overleg (CAO-overleg, maar ook overleg in de ondernemingsraad) kunnen doorkruisen.
5. Als afd. 6.5.3 voor de arbeidsovereenkomst zou gelden, zouden bij ongeorganiseerde werknemers bepalingen getoetst kunnen

196. Art. 6:231 onder a, zie ook nr. 49.

197. Aldus de minister in VC II Inv. d.d. 28-1-85, Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1548; vgl. ook Bunte, Handbuch, p. 7, Palandt-Heinrichs, § 1, Anm. 2b; Willemsen, p. 1122 en Kötz in Münch. Komm.-Köztz, § 1, Rdnr. 5.

198. Zie voor dit en het vorige argument: MvT Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1799.

worden die bij georganiseerde werknemers als CAO-bepalingen niet getoetst kunnen worden.¹⁹⁹

95. Voor het uitsluiten van de **CAO** zijn de volgende argumenten gegeven:

199. De laatste drie argumenten zijn te vinden in Nota II Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1803-1804.

1. Het toepasselijk zijn van afd. 6.5.3 zou een ongewenst onderscheid opleveren tussen de werknemers op wie een CAO van toepassing is omdat zij georganiseerd zijn en werknemers die niet georganiseerd zijn. Alleen de laatste groep zou zich op de bepalingen van afd. 6.5.3 kunnen beroepen. Dit omdat CAO-bepalingen in de verhouding georganiseerde werkgever - georganiseerde werknemer krachtens de wet (art. 1, 9, 12 en 13 WCAO) deel uitmaken van de individuele arbeidsovereenkomst. Er kan dan niet worden gesproken van 'opnemen' van de CAO-bepalingen in de arbeidsovereenkomst, noch van het 'aanvaarden' daarvan door de werknemer. De werkgever is volgens art. 14 WCAO verplicht de bepalingen ook toe te passen op de niet-georganiseerde werknemers. Dit is wel een opnemen in de overeenkomst; de desbetreffende bepalingen zouden getoetst kunnen worden aan afd. 6.5.3. Een dergelijk onderscheid tussen georganiseerde en ongeorganiseerde werknemers is ongewenst.²⁰⁰
2. Een extra ongelijkheid zou ontstaan na een algemeen verbindend verklaring: daarvoor zouden bedingen die zijn overeengekomen toetsbaar zijn aan afd. 6.5.3, daarna niet meer.²⁰¹
3. De bonden die niet aan het collectief overleg hebben deelgenomen zouden in staat zijn de resultaten van het overleg te bestrijden met de collectieve actie. Dit zou het collectief overleg open kunnen breken.
4. Het toepasselijk zijn van afd. 6.5.3 op de CAO zou tot allerlei materiële en processuele complicaties leiden, waarvoor ten dele een wettelijke voorziening nodig zou zijn.
5. Een praktische behoefte aan toepasselijkheid van de algemenevoorwaarden-regeling op CAO's is niet gebleken.
6. Het is de vraag of de bijzondere rechter die over de collectieve actie (art. 6:240-243) oordeelt wel de meest geschikte instantie is om CAO-bepalingen te toetsen.²⁰²

96. Is de uitsluiting van de arbeidsovereenkomst en de CAO in art. 6:245 terecht? Hondius meent dat het in beginsel ongewenst is bepaalde soorten overeenkomsten van het bereik van een algemenevoorwaarden-regeling uit te sluiten, bijvoorbeeld omdat er al een ander toetsingsmechanisme is. De uitsluiting van arbeidsovereenkomsten acht hij echter gerechtvaardigd.²⁰³ De door Hondius genoemde argumenten komen overeen met de in nr. 95 opgesomde argumenten nr. 1, 2 en 3.

200. Nota II Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1802; dit argument komt overeen met het laatstgenoemde bij de individuele arbeidsovereenkomst. Het is m.i. ook geen argument voor het uitsluiten van de CAO, immers door het uitsluiten van de individuele arbeidsovereenkomst wordt het hier geschetste probleem reeds opgelost.

201. De in noot 199 gemaakte opmerking geldt ook hier.

202. Zie voor de laatste vijf argumenten: Nota II Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1802-1803.

203. Hondius, *Unfair Terms*, p.240-242.

Lutjens en Wessels hebben bij de uitsluiting van de **arbeidsovereenkomst** enige kanttekeningen geplaatst.²⁰⁴ Dat de arbeidsovereenkomst een uitvoerige en in beginsel dwingende regeling kent in art. 1637a e.v. BW, geeft volgens hen geen antwoord op de vraag waarom afd. 6.5.3 niet van toepassing zou kunnen zijn op bepalingen van semi-dwingend en aanvullend recht.²⁰⁵

204. Lutjens en Wessels, p.133 e.v.; zij gaan tevens diep in op de complicaties van afd. 6.5.3 t.a.v. pensioenverhoudingen.

205. Lutjens en Wessels merken daarbij op dat als gevolg van het amendement van het Tweede-Kamer-lid Korthals, Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p.1598, ook aanvullend recht aan de toets van de open norm is onderworpen.

Dit is waar, maar dit was niet het enige en ook niet het belangrijkste argument; de belangrijkste argumenten van de regering zijn m.i. dat er naast het bestaande beschermende regime geen behoefte is aan nog een ander beschermend regime en dat afd. 6.5.3 voor de arbeidsovereenkomst van geringe betekenis zou zijn. Met deze argumenten stem ik in. Wat betreft het niet-toegesneden zijn van afd. 6.5.3 op de arbeidsovereenkomst: de zwarte en grijze lijst zijn toegesneden op overeenkomsten waarbij de gebruiker de karakteristieke prestatie verricht. De enige onderdelen waaraan wellicht betekenis toe zou kunnen komen zijn: art. 6:236 onder c, g, k, l, m, n en art. 6:237 onder h en m.²⁰⁶ Bedingen

206. **Art. 6:236 onder a:** overbodig voor de arbeidsovereenkomst wegens art. 1638; **onder b:** overbodig wegens art. 1639g; **onder d:** geschreven voor het geval de gebruiker de karakteristieke prestatie verricht; **ondereenf:** verplichting tot loonbetaling zou dan op derde overgaan, geschreven voor het geval de gebruiker de karakteristieke prestatie verricht; **onder h:** geschreven voor het geval de gebruiker de karakteristieke prestatie verricht, vgl. ook art. 6:170, lid 3; **onder i:** geschreven voor het geval de gebruiker de karakteristieke prestatie verricht; **onder j:** niet van toepassing op de arbeidsovereenkomst, blijkens de MvT Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p.1706 is bij "verrichtingen" gedacht aan de opdracht (art. 7.7.1.1; de regeling van de opdracht is in een later stadium uit titel 7.7 gehaald), en dus aan werkzaamheden buiten dienstbetrekking.

Art. 6:237 onder a: geschreven voor het geval de gebruiker de karakteristieke prestatie verricht; **onderbene:** overbodig gezien art. 1637p en r, vgl. ook art. 1637s en t en 1638h; **onder d:** overbodig, gezien art. 1639e e.v., i.h.b. art. 1639o en p, NB art. 1639p, lid 3; **onder e:** overbodig gezien art. 1638 e.v., zie vooral 1638l, lid 2 en 1638s lid 8; **onder f:** overbodig, gezien 1639r; **onder g:** overbodig, gezien 1638r; **onder h:** deels overbodig gezien art. 1637u; **onder i:** overbodig, gezien art. 1639o en q; **onder j:** overbodig gezien art. 1637s; **onderk:** niet van toepassing, zie ad art. 6:236 onder j hierboven; **onder l:** overbodig, gezien art. 1639i, dat echter een maximum van zes maanden toelaat.

Art. 6:238 onder a en b: geschreven voor het geval de gebruiker de karakteristieke prestatie verricht.

die normaal gesproken van groot belang zijn, zoals art. 6:236 onder b en i, en art. 6:237 onder a-f hebben bij de arbeidsovereenkomst geen betekenis. De open norm zou natuurlijk wel betekenis kunnen hebben. Lutjens en Wessels maken verder de kanttekening bij art. 6:245 dat het niet-toepasselijk zijn van afd. 6.5.3 op arbeidsovereenkomsten óók tot ongelijkheid leidt, namelijk tussen werknemers met een arbeidsovereenkomst en werknemers die werkzaam zijn in het kader van andere arbeidsverhoudingen, zoals afroepcontracten, overeenkomsten met thuiswerkers en andere flexibele arbeidscontracten. In gevallen waarin er geen arbeidsovereenkomst is in de zin van art. 1637a BW (bijvoorbeeld omdat de gezagsrelatie ontbreekt) kan de situatie van de werknemer met een 'andere arbeidsverhouding' in alle andere opzichten overeenkomen met de werknemer die een arbeidsovereenkomst heeft. Dit is m.i. juist. Toch gaan een aantal argumenten die worden gegeven om afd. 6.5.3 niet van toepassing te laten zijn op de arbeidsovereenkomst nu juist niet op bij andere arbeidsverhoudingen: het wettelijk regime van art. 1637a e.v. BW geldt niet, dus een samenloop van art. 1637a e.v. BW en afd. 6.5.3 is al evenmin te vrezen. Op werknemers die niet krachtens arbeidsovereenkomst maar krachtens een andere arbeidsverhouding werkzaam zijn is waarschijnlijk in minder gevallen een CAO van toepassing. De toepasselijkheid van afd. 6.5.3 op deze overeenkomsten lijkt me dan ook gewenst. De gesignaleerde ongelijkheid is het gevolg van een andere ongelijkheid, nl. het al dan niet toepasselijk zijn van art. 1637a e.v. BW. Maar dit kan m.i. geen argument zijn om dan ook afd. 6.5.3 van toepassing te laten zijn op de arbeidsovereenkomst. Het verschil tussen wel en niet toepasselijkheid van afd. 6.5.3 is overigens minder groot dan men op het eerste gezicht zou denken: enerzijds omdat deze afdeling naast de regels van art. 1637a e.v. BW niet veel te bieden heeft,²⁰⁷ anderzijds omdat afd. 6.5.3 bij arbeidsovereenkomsten een reflexwerking zal kunnen hebben, bij de toetsing aan de redelijkheid en billijkheid.²⁰⁸

207. Zie noot 205.

208. Deze toetsing aan de redelijkheid en billijkheid (naar oud recht: goede trouw) is echter niet altijd mogelijk. Uit het arrest HAL/Werkhoven (HR 11-5-79, NJ 79, 441 m.nt. PAS = AA 1980, 305 m.nt. MGR) blijkt dat de in het arbeidsrecht gegeven regeling soms geen toetsing aan de goede trouw meer toelaat. De HR overweegt: *"De in artt. 1639s-u gegeven regeling voor het geval een der pp. de dienstbetrekking kennelijk onredelijk doet eindigen moet echter - gezien het specifieke toetsingscriterium, de genuanceerde uitwerking van de gevolgen en de korte verjaringstermijn - als uitputtend worden beschouwd..."*

97. Wat de **CAO** betreft menen Lutjens en Wessels²⁰⁹ dat ongelijke behandeling van wel en niet georganiseerde werknemers inherent is aan het systeem van de wet. Dit onderschrijf ik. Het ongelijkheidsargument acht ik echter niet het sterkste argument. Belangrijker zijn de samenloop van CAO en collectieve actie, die het openbreken van overleg²¹⁰ zouden mogelijk maken en die tot de nodige afstemmingsproblemen zouden leiden, terwijl van een behoefte aan toepasselijkheid van afd. 6.5.3 op de CAO niet is gebleken. Het argument dat deze toepasselijkheid problemen geeft in verband met de collectieve actie beantwoorden Lutjens en Wessels met de opmerking dat de toepasselijkheid van alleen art. 6:240-243 had kunnen worden uitgesloten. Dat zou ongeorganiseerde werknemers het recht geven in rechte een beroep te doen op bijvoorbeeld de open norm tegenover werkgevers die jegens hem de CAO toepassen. Ik meen echter dat die werknemer dan niet de vernietigbaarheid van bedingen in de CAO inroept (want daarbij is hij geen partij) maar de vernietigbaarheid van bepalingen die in zijn arbeidsovereenkomst zijn opgenomen. De concrete toetsing van CAO-bepalingen zal alleen kunnen plaatsvinden tussen de partijen bij die CAO, ware het niet dat zij tussen hen wel altijd individuele bedingen zullen zijn. Het wel of niet toepasselijk zijn van art. 6:232-239 op de CAO maakt dus niet veel uit. Al met al meen ik dat de uitsluiting van zowel de arbeidsovereenkomst als de CAO gerechtvaardigd is.

98. Artikel 6:245 is volgens de minister van dwingend recht,²¹¹ hoewel in de literatuur werd aangenomen dat art. 6:245 van aanvullend recht is.²¹² Het argument van de minister is dat regelingen over de totstandkoming van overeenkomsten of over vernietigingsgronden niet ter vrije dispositie van partijen staan. Op dit argument is wel wat af te dingen, want waarom zou een zwakke partij (de werknemer) niet de toepasselijkheid mogen bedingen van een voor hem beschermend regime (de algemene-voorwaarden-regeling)?

Uitgesloten overeenkomsten in het Duitse recht

209. Lutjens en Wessels, p. 136.

210. Terecht relativeren Lutjens en Wessels de betekenis van het CAO-overleg in de volgende gevallen:

- wanneer niet alle bij het overleg betrokken partijen tot de CAO toetreden,
- wanneer de CAO differentiatie in arbeidsvoorwaarden toelaat,
- wanneer een werknemersorganisatie zich zelf minder representatief acht.

Zie Lutjens en Wessels, p. 136.

211. MvA I Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1815.

212. Slagter, W.J., Aspecten van Algemene voorwaarden, in Contracten in de praktijk, Zwolle (1985), p. 106.

99. In het Duitse recht (' 23) is niet alleen de arbeidsovereenkomst uitgesloten, maar ook het erfrecht, familierecht en rechtspersonenrecht. Het Kammergericht meent dat het AGBG wel van toepassing is op personen die op arbeiders lijken,²¹³ evenals een (krappe) meerderheid van de schrijvers.²¹⁴ Als de overeenkomst een arbeidsovereenkomst is, verricht het Bundesarbeitsgericht een billijkheidstoetsing. Deze heeft betrekking op de gehele overeenkomst, zowel de algemene voorwaarden als individuele bedingen. Een analoge toepassing van het AGBG wijst het BAG af, wel worden algemene rechtsbeginselen die in het AGBG hun neerslag hebben gevonden gebruikt ter concretisering van de goede-trouw-toetsing (Treu und Glauben, '242 BGB) van bedingen in arbeidsovereenkomsten.²¹⁵ De lagere arbeidsrechtspraak gaat soms wel uit van een directe analoge toepassing van het AGBG.²¹⁶ De Duitse literatuur acht een analoge toepassing van ' 3-6 mogelijk.²¹⁷

213. Zoals free lance werknemers etc., waarop het arbeidsrecht niet van toepassing is.

214. KG (= OLG Berlin) 7-3-80, AGBE I, § 23, nr. 2; het BGH heeft de vraag uitdrukkelijk onbeantwoord gelaten: BGH, 18-2-82, AGBE III, § 9, nr. 93 en BGH, 22-9-83, NJW 1984, 1112 = AGBE IV, § 2, nr. 4. Voor de schrijvers zie verwijzingen bij Walchshöfer in RWS-Forum, p. 158 en Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen § 23, Rdnr. 6 e.v.

215. BAG, 23-5-84, NJW 1985, 91, 92; het BAG stelt dat analoge toepassing van het AGBG niet mogelijk is, maar dat 'allgemeine Rechtsgedanken' uit het AGBG ook voor arbeidsverhoudingen kunnen gelden.

216. Bijvoorbeeld: ArbG Berlin, 1-9-80, AGBE I § 3 nr. 20 = NJW 1981, 479; § 23 Abs. 1 AGBG staat aan een analoge toepassing van voorschriften van het AGBG niet in de weg; § 3 AGBG (verrassend beding) kan in het arbeidsrecht analoog worden toegepast. Het ArbG Herford 2-7-81, NJW 1982, 1550, 1551 = AGBE II, § 9, nr. 132 paste § 11, nr. 6 AGBG analogisch toe.

217. Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen § 23, Rdnr. 4a; Walchshöfer in RWS-Forum, p. 159, beide met verdere verwijzingen.

HOOFDSTUK 4 GEBRUIKERS EN WEDERPARTIJEN

4.1 Overzicht

100. In dit hoofdstuk komen de spelers van het algemene-voorwaarden-spel op het toneel: de gebruikers van algemene voorwaarden en de personen met wie zij overeenkomsten sluiten, de wederpartijen. De vraag wie van beide contractspartijen gebruiker respectievelijk wederpartij is heeft gevolgen voor de toetsing van bedingen: vernietigbaar zijn bedingen die onredelijk bezwarend zijn voor de wederpartij.¹ Indien de overeenkomst is opgesteld door een advocaat of notaris of is ontleend aan een modellenboek rijst de vraag of er wel een gebruiker is. Zo niet, dan is afd. 6.5.3 niet van toepassing.

De overheid gebruikt ook vaak algemene voorwaarden. In dit hoofdstuk ga ik in op de vraag welke invloed de bijzondere taak van de overheid heeft op de beoordeling van haar algemene voorwaarden en welke betekenis afd. 6.5.3 heeft voor het niet-privatrechtelijk handelen van de overheid.

De wederpartijen kunnen worden onderverdeeld in drie categorieën, elk met hun eigen rechtspositie, te weten: consumenten, grote wederpartijen en kleine wederpartijen. De eerste twee categorieën zijn wettelijk gedefiniëerd, terwijl de derde een restcategorie vormt.

4.2 De gebruikers

101. "Gebruiker is degene die algemene voorwaarden in een overeenkomst gebruikt", zo zegt art. 6:231 onder b. Het gebruiken moet naar mijn mening worden opgevat als het initiatief nemen tot het opnemen van algemene voorwaarden in een overeenkomst.² In het algemeen zal duidelijk zijn wie het initiatief neemt: bijvoorbeeld als een partij in zijn aanbod vermeldt dat zijn algemene voorwaarden van toepassing zullen zijn.

Wie gebruiker is moet per beding bekeken worden, zodat het denkbaar is dat de ene partij gebruiker is van het ene beding en de andere partij van het andere beding. In de regel zal er maar één gebruiker zijn.

1. Zie de open norm, art. 6:233 onder a.

2. Vgl. het 'Stellen' in de Duitse omschrijving, waarover nr. 90.

Dat een bepaalde partij de algemene voorwaarden heeft opgesteld wijst erop dat hij ook de gebruiker is,³ dit geldt zowel voor eenzijdige voorwaarden als voor voorwaarden die zijn opgesteld in overleg met een organisatie van wederpartijen. Algemene voorwaarden die zijn opgesteld door een branche-organisatie of een consumentenorganisatie (al dan niet in overleg), zijn algemene voorwaarden in de zin van afd. 6.5.3.⁴ Degene die dergelijke voorwaarden in een door hem te sluiten overeenkomst opneemt, is de gebruiker.⁵

Bij de éézijdige en tweezijdige algemene voorwaarden is de vraag wie als gebruiker moet worden aangemerkt dus geen probleem. Dat is anders bij de zogenaamde nulzijdige voorwaarden: algemene voorwaarden die niet door één van de partijen, maar door een derde zijn opgesteld.⁶

Verder kan de vraag wie de gebruiker is problematisch zijn als er een volmacht in het spel is.⁷

102. De belangrijkste soorten 'nulzijdige voorwaarden' zijn voorwaarden die zijn opgesteld door een advocaat, notaris of andere juridisch adviseur⁸ en voorwaarden die zijn opgenomen in een modellenboek.

Uit de parlementaire geschiedenis blijkt het volgende:

Een amendement van de Tweede-Kamer-leden Salomons en Schutte⁹ beoogde ook onder het begrip algemene voorwaarden te brengen:

"... bedingen die door een advocaat of notaris geregeld worden opgenomen in de door hem opgestelde overeenkomsten of (...) bedingen die door een uitgever of redacteur in een modellenboek worden vermeld".

Op het onder afd. 6.5.3 brengen van voorwaarden opgesteld door een advocaat of notaris heeft de minister in de uitgebreide commissievergadering kritiek geleverd.¹⁰ Dit amendement is vervolgens ingetrokken.

Een amendement Korthals stelt een eenvoudiger formulering van art. 6:231 voor.¹¹ Dit amendement vermeldt in de toelichting niets over

3. Ook dit ontleen ik aan de Duitse literatuur over het stellen van algemene voorwaarden, zie nr. 90.

4. Als voorwaarden zijn opgesteld en het gebruik ervan wordt bevorderd door een rechtspersoon als bedoeld in art. 6:240, lid 2 (consumenten- of beroepsorganisatie), wordt de bestemming van de voorwaarden ("*teneinde in een aantal overeenkomsten te worden opgenomen*") geacht aanwezig te zijn. Toelichting op het amendement van het Tweede-Kamer-lid Korthals, Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1557.

5. Bij de zogenaamde Consumentenvoorwaarden (opgesteld door de Consumentenbond) kan dus de consument gebruiker zijn, namelijk als hij het initiatief heeft genomen om deze voorwaarden van toepassing te verklaren. Maar er zijn ook bedrijven die op Consumentenvoorwaarden leveren; in dat geval is het bedrijf de gebruiker.

6. Zie nr. 102.

7. Zie daarover Wessels/Jongeneel, nr. 46 en 79 en art. 6:235, lid 2.

8. Korthals spreekt in de navolgende in navolging van de Parlementaire Geschiedenis alleen over de advocaat of notaris.

9. Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1549.

10. VC II Inv. d.d. 28-1-85, Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1550.

11. De op dat moment voorliggende redactie luidde: "*a. algemene voorwaarden: een of meer schriftelijke bedingen die door een persoon meermalen in overeenkomsten zijn gebruikt of waarvan door hem is aangekondigd dat hij die in overeenkomsten zal gaan gebruiken, alsmede bedingen waarvan een rechtspersoon als bedoeld in artikel 6 lid 2 het gebruik bevordert, een en ander met uitzondering van*

door een advocaat of notaris opgestelde bedingen. Tijdens de uitgebreide commissievergadering merkt de minister op dat door een advocaat of notaris opgestelde voorwaarden volgens de in het amendement voorgestelde tekst van art. 6:231 algemene voorwaarden zouden zijn, hetgeen hij voor onwenselijk houdt.¹² Uit het verslag van de uitgebreide commissievergadering blijkt verder dat het lid Korthals deze consequentie van zijn amendement heeft geaccepteerd.¹³ Dit amendement is in de Tweede Kamer aanvaard.

In de MvA I komt de minister op de werkingssfeer terug en noemt hij de uitbreiding van de werkingssfeer nogmaals ongewenst, gezien de strekking van het wetsontwerp. Het ontwerp richt zich tegen voorwaarden

bedingen die de kern van de prestaties aangeven"; deze werd door het amendement van het Tweede-Kamerlid Korthals (Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1557) vervangen door de huidige tekst van art. 6:231 onder a

12. VC II Inv. d.d. 28-1-85, Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1561, vgl. ook p. 1550.

13. VC II Inv. d.d. 28-1-85, Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1559-1560; zie nr. 103.

*"...die door **belanghebbenden** - veelal de andere contractant of diens brancheorganisatie - zijn opgesteld en die door deze herkomst het gevaar in zich bergen van een onredelijk bezwarende eenzijdigheid. In de voormelde discussie¹⁴ - die niet geheel vrij van verwarring was omdat zij over verschillende amendementen ging en waarin bovendien de vraag meespeelde welke consequenties de voorgestelde formulering had voor de 'verbodsactie' van artikel 6.5.2.A.6 - is naar het ons voorkomt de problematiek niet in volle scherpste onderkend. Wij constateren dat art. 1 onder a tegen deze achtergrond geenszins noopt tot het aanvaarden van een resultaat dat door ons in gelijke mate wordt afgekeurd als door de commissie."*¹⁵

De minister geeft in de MvA I vervolgens zijn mening over de vraag welke door een advocaat of notaris opgestelde bedingen algemene voorwaarden zijn in de zin van afd. 6.5.3:

Als de advocaat of notaris bij het opstellen van een overeenkomst gebruik maakt van door hemzelf vervaardigde of aan modellenboeken ontleende modellen is geen sprake van algemene voorwaarden. Wel algemene voorwaarden zijn "als zodanig herkenbare standaardbedingen" indien deze door een advocaat of notaris worden gebruikt. Ook als de cliënt de overeenkomst zelf zou sluiten zou afd. 6.5.3 hier immers steeds van toepassing zijn.

*"De rechter zal hier zo nodig de juiste begrenzingen kunnen aangeven."*¹⁶

103. Het is de vraag of de opvatting van de minister zoals verwoord in de MvA I houdbaar is. Het argument dat afd. 6.5.3 zich richt tegen voorwaarden die door belanghebbenden zijn opgesteld leidt nog niet tot de conclusie dat het ontwerp zich niet richt tegen door een advocaat of notaris opgestelde voorwaarden. Dit is alleen zo als de advocaat en de notaris geen belanghebbende zijn. In de uitgebreide commissievergadering is terecht opgemerkt dat men hierover met name bij de advocaat kan twijfelen.¹⁷ Bij lezing van het verslag van de uitgebreide commissievergadering zie ik geen passages die van verwarring blijken te geven. Met de opmerking van de minister dat de problematiek niet in volle scherpste is onderkend, ben ik het daarom niet eens.

14. Bedoeld wordt de hierboven beschreven discussie tijdens de VC II van 28-1-85, welke ook in de MvA IIIV wordt weergegeven.

15. Namelijk het toepasselijk zijn van afd. 6.5.3 op bedingen die zijn opgesteld door een advocaat of notaris, MvA I Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1567. Art. 6 en art. 1 zijn thans art. 6:240 en 231.

16. MvA I Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1568.

17. VC II Inv. d.d. 28-1-85, Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1550-1551.

Uit het verslag van de uitgebreide commissievergadering blijkt ten aanzien van het amendement Korthals¹⁸ het volgende: De heer Hartkamp (raadsadviseur) legt uit dat het amendement op het stuk nr. 28 van de heer Korthals de omschrijving van algemene voorwaarden uitbreidt tot bedingen die door een advocaat of notaris zijn opgesteld teneinde vaker te worden gebruikt. De heer Korthals antwoordt: "*Mijnheer de Voorzitter! Ik vind het aantrekkelijk worden.*" en gaat vervolgens niet meer op de advocaat of notaris in, evenmin als de minister. De heer Schutte vraagt of de heer Korthals de bredere werking die de heer Hartkamp heeft aangegeven accepteert, waarop de heer Korthals antwoordt: "*Ja, zo mag u het interpreteren.*".¹⁹ Het lijkt me dat er geen onduidelijkheid heeft bestaan over de ruime strekking van amendement 28. Het feit dat dit amendement door de Tweede Kamer is aangenomen dient m.i. dan ook zwaarder te wegen dan de woorden van de minister.²⁰

104. In het **Duitse** recht is alleen sprake van algemene voorwaarden als de ene partij de andere partij de voorwaarden stelt, dat wil zeggen eenzijdig oplegt.²¹ Als partijen besluiten een contractmodel te gebruiken dat door een derde (bijvoorbeeld een advocaat of notaris) is opgesteld, is van 'stellen' geen sprake en geldt het AGBG niet. Ook als een notaris bedingen voorstelt of een door hem zelf gekozen of opgesteld model gebruikt, is het AGBG niet van toepassing.²² In dergelijke gevallen kan een inhoudelijke toetsing plaatsvinden op grond van ' 242 BGB (Treu und Glauben). Dit heeft zich vooral voorgedaan bij exoneratieclausules in contracten m.b.t. de bouw of verkoop van nieuwe huizen.

De VII. Zivilsenat heeft een serie uitspraken gedaan, waarin consequent werd aangenomen dat bij de verkoop van een nieuw of te bouwen huis de **volledige** uitsluiting van alle aansprakelijkheid in een individuele overeenkomst doch door een 'formelhaft' beding, in strijd is met ' 242 BGB, indien deze exoneratie niet onder verwijzing naar de diep ingrijpende rechtsgevolgen uitvoerig met de wederpartij is besproken.²³

Van een 'formuliermatige' ('formulärmäßige' of 'formelhafte') afspraak is niet sprake enkel omdat een vaak gebruikte formulering in de akte wordt opgenomen.²⁴ Het 'formelhafte' is af te leiden uit de algemene bewoordingen, waarin het beding is gesteld. Anders gezegd: een

18. VC II Inv. d.d. 28-1-85, Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1557.

19. VC II Inv. d.d. 28-1-85, Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1560.

20. De herkomst van de algemene voorwaarden is van belang bij de inhoudelijke toetsing, zie nr. 106 en 313.

21. Zie nader nr. 90.

22. Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen \S 1, Rdnr. 31, met verwijzing naar BGH, 5-4-84, NJW 1984, 2094 = ZIP 1984, 1361 en BGH, NJW 1979, 2387, 2388.

23. BGH, NJW 1974, 1135; BGH, NJW 1976, 515; BGH, NJW 1979, 1406 en 2207; BGH 6-5-82, NJW 1982, 2243 = AGBE III, \S 1, Nr. 3; BGH, 5-4-84, NJW 1984, 2094 = ZIP 1984, 1361; BGH, 20-2-86, BauR 1986, 345, 346; BGH, NJW-RR 1986, 1026; BGH, 21-5-87, BB 1987, 1488; BGH, 17-9-87 NJW 1988, 135; BGH, NJW 1988, 1972. Vgl. het overzicht van Walchshöfer in RWS-Forum, p. 167 e.v.

24. BGH, (V. Senat), 6-6-86, NJW 1986, 2824 = ZIP 1986, 1199; in gelijke zin: Walchshöfer (lid van de VII. Senat), RWS-Forum, p. 171.

'formelhafte Klausel' is een beding dat niet op de individuele overeenkomst is toegesneden.²⁵

Een uitspraak van de V. Zivilsenat keert voor een overeenkomst m.b.t. aanbouw de bewijslast om: niet de vervreemder die zich op de exoneratie beroept moet bewijzen dat de clause uitvoerig bij de notaris is besproken, maar de wederpartij moet het omgekeerde bewijzen.²⁶

25. In die zin Walchshöfer in RWS-Forum, p.171. Een voorbeeld: BGH, (VII. Senat), 17-9-87, NJW 1988, 135.

26. Brandner in RWS-Forum, p.51-52.

De literatuur is verdeeld over deze toetsing van individuele bedingen op grond van ' 242 BGB²⁷. Ulmer meent dat er tegen de weg die de VII. Zivilsenat volgt in beginsel niets is in te brengen. Het feit dat een beding geen algemene voorwaarde is en dat dus het AGBG niet van toepassing is, staat niet aan een toetsing op grond van ' 242 BGB in de weg. Hij meent echter dat de afgrenzing onvoldoende duidelijk is. Gaat het alleen om notarieel verleden overeenkomsten? Welke rol speelt de uitleg die de notaris geeft aan partijen? Een verstoring van het contractuele evenwicht is niet voldoende (de *iustum pretium* leer wordt ook in het Duitse recht afgewezen). Welk criterium geldt dan?²⁸ Ulmer meent dat de inhoudelijke toetsing van individuele bedingen beperkt moet blijven tot de situatie waarin vooraf geformuleerde contractsbepalingen niet zijn toegesneden op de overeenkomst zoals die is gesloten.²⁹

Wolf stelt dat de VII. Senat zich niet houdt aan de wettelijke waarderingsmaatstaven als het gaat om gevallen waarin de voorwaarden stammen van de notaris of van de verkrijger van een huis. Er is dan geen sprake van een verstoord contractueel evenwicht.³⁰ De inhoudelijke toetsing van individuele bedingen op grond van 'Treu und Glauben' kan volgens Wolf slechts plaatsvinden als sprake is van 'stellen' zoals dat ook een eis is voor de toetsing op grond van het AGBG.³¹ Wolf meent verder dat dit alleen mogelijk moet zijn bij 'formelhafte' bedingen. Dit begrip wordt volgens hem echter te ruim uitgelegd.³² Verder zou het verschil tussen oudbouw en nieuwbouw wel van invloed kunnen zijn op de toetsing, maar niet op de vraag of er überhaupt getoetst kan worden.³³

105. Ondanks het feit dat bepaalde algemene voorwaarden zijn opgesteld door een notaris of een andere derde, kan het AGBG van toepassing zijn als zo'n derde met één van de partijen is verbonden (bijvoorbeeld de 'huisnotaris'). De door zo'n niet-onafhankelijke derde opgestelde voorwaarden vallen onder het AGBG als deze derde in opdracht van één van de partijen een formulier heeft opgesteld of als een partij zich als het ware indirect van een van te voren geformuleerde beding heeft bediend.³⁴

Bedingen vallen ook onder het AGBG als een derde ten gunste van één der partijen een beding gebruikt zonder uitvoerige bespreking van de

27. Een voorstander is Walchshöfer (men kan ook niet anders verwachten van een lid van de VII. Zivilsenat), zie RWS-Forum, p. 173, met verdere verwijzingen.

28. Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen, § 1, Rdnr. 79-82.

29. Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen, § 1, Rdnr. 84.

30. Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, § 1, Rdnr. 42 e.v., vooral Rdnr. 50-51. De situatie zou alleen een correctie mogelijk maken op grond van dwaling, waarbij de dwalende echter op grond van het gewekte vertrouwen voor de schade van de wederpartij aansprakelijk zou zijn; zie voor deze Duitse dwalingsregeling § 119, 120, 122 BGB. De koper kan bij de notaris regres nemen als deze zijn 'Belehrungspflicht' heeft geschonden, aldus Wolf (Rdnr. 51).

31. Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, § 1, Rdnr. 55, anders: Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen, § 1, Rdnr. 81 en BGH, 5-4-84, NJW 1984, 2094 = ZIP 1984, 1361.

32. Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, § 1, Rdnr. 51, 55.

33. Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, § 1, Rdnr. 51.

34. Kötz in Münch. Komm.-Kötz, § 1, Rdnr. 8; Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen § 1, Rdnr. 32a.

rechtsgevolgen. De partij die zo'n beding zonder bijzondere afspraak in zijn voordeel gebruikt is als gebruiker aan te merken.³⁵
Een notaris is overigens naar Duits recht verplicht om bedingen waarvan de geldigheid twijfelachtig is met de partijen te bespreken; is duidelijk sprake van ongeldigheid, dan moet hij zijn medewerking weigeren.³⁶

106. Er van uitgaande dat afd. 6.5.3 van toepassing is op algemene voorwaarden die door een advocaat of notaris zijn opgesteld om door hem meermalen te worden gebruikt, rijst de vraag wat hiervan de consequenties zijn. Naar mijn mening zijn dit de volgende:

35. BGH, 6-5-82, NJW 1982, 2243 = AGBE III, § 1 nr. 3, waarover kritisch: Ulmer DNotZ 82,587, geciteerd in Palandt-Heinrichs, § 1, Anm. 2d.

36. § 14 Abs. 2 Bundes Notar Ordnung en § 4 Beurkundungsgesetz; Palandt-Heinrichs, § 2, Anm. 3d; Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen § 9, Rdnr. 51. Zo ook OLG Hamm, 24-2-87, NJW-RR 87, 1234.

- Bij gebruik van "als zodanig herkenbare standaardbedingen" is afd. 6.5.3 van toepassing, ook als deze door een advocaat of notaris worden gebruikt, op dit punt ben ik het met de minister eens.³⁷
- Anders dan de minister meen ik, op grond van het in nr. 102 gestelde, dat als een advocaat of notaris bij het opstellen van een overeenkomst gebruik maakt van door hemzelf vervaardigde of aan modellenboeken ontleende algemene voorwaarden, afd. 6.5.3 van toepassing is, mits wordt voldaan aan art. 6:231 onder a.³⁸

In beide gevallen geldt: als de lijsten van toepassing zijn, zijn 'zwarte' bedingen altijd vernietigbaar, terwijl bij de toepassing van de grijze lijst en de open norm de omstandigheden een rol spelen. Vooral de in art. 6:233 onder a genoemde omstandigheid "*de wijze waarop de voorwaarden zijn tot stand gekomen*" is dan relevant. Hierbij zal de rechter m.i. vooral moeten letten op de mate van onafhankelijkheid van de advocaat of notaris³⁹: Door wie is hij ingeschakeld (door beide partijen of slechts door één partij)? Heeft één der partijen invloed uitgeoefend op de inhoud van de door de advocaat of notaris voorgestelde voorwaarden?

De onafhankelijkheid van een notaris zal doorgaans (aanzienlijk) groter zijn dan van een advocaat of een andere derde. Hierbij moet echter bedacht worden: hoe onafhankelijk degene die de algemene voorwaarden heeft opgesteld ook is, de inhoud **kan** onredelijk bezwarend zijn. Niet de herkomst van de voorwaarden is bepalend, maar de inhoud.

4.3 De overheid als gebruiker

107. De overheid maakt op grote schaal gebruik van algemene voorwaarden, bijvoorbeeld erfpachtsvoorwaarden. Als door de overheid gehanteerde voorwaarden het karakter van materiële wetgeving hebben, vallen zij buiten het bereik van afd. 6.5.3.⁴⁰ Maar als de overheid⁴¹ contractuele bedingen gebruikt, is zij op dezelfde wijze als iedere andere gebruiker aan afdeling 6.5.3 onderworpen.

37. Zie nr. 102.

38. Het vereiste dat de voorwaarden door één van de partijen aan de ander moeten zijn gesteld (a 1 AGBG, vgl. nr. 90), geldt immers in Nederland niet. Voor de vraag wie als gebruiker moet worden aangemerkt: Wessels/Jongeneel nr. 47.

39. Vgl. Wolf (nr. 104) die alleen van een verstoord contractueel evenwicht spreekt als de voorwaarden 'gesteld' zijn in de zin van a 1 AGBG.

40. MvT Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1520. Als de overheid in een verordening algemene voorwaarden vaststelt, moeten deze voorwaarden worden beoordeeld volgens privaatrechtelijke normen, ze zijn geen 'wet' in de zin van art. 99 RO, zie HR 11-11-60, NJ 60, 599 en HR 12-5-89, NJ 89, 613 (Reco/De Staat). Van Ommeren neemt aan dat dit ook geldt als algemene voorwaarden zijn opgenomen in een formele wet, Van Ommeren, p. 136.

41. In dit kader kan men NV's en BV's die door eenzijdig opgestelde publiekrechtelijk vastgestelde richtlijnen aan de overheid zijn gebonden, ook tot de overheid rekenen, aldus Van Ommeren, p. 132. Hij geeft als voorbeeld OV-Studentenkaart BV en PTT Nederland NV. Of een bedrijf een 'gewone' NV of BV is of een NV of BV in de sfeer van de overheid is van belang in het kader van de van de overheid te verwachten extra zorgvuldigheid, zie nr. 108. Zie over de voorwaarden van OV-studentenkaart BV: R.H.C. Jongeneel, Algemene voorwaarden als bodemregeling?, NJB 1991, p. 429-430.

Er doen zich twee vragen voor over de relatie overheid-algemene voorwaarden:

- gelden voor de overheid bijzondere normen bij het gebruik van algemene voorwaarden uit hoofde van haar bijzondere taak en positie?
- hebben de normen van afd. 6.5.3 ook betekenis indien de overheid niet de privaatrechtelijke maar publiekrechtelijke weg kiest? Deze vraag werd hierboven reeds in positieve zin beantwoord.⁴²

108. Gelden voor de overheid bijzondere normen bij het gebruik van algemene voorwaarden? In het arrest Van der Meer/Gemeente Smilde⁴³ gaat het om door de gemeente gebruikte algemene voorwaarden bij de verkoop van bouwgrond. Eén van de voorwaarden behelst een onopzegbare aansluitverplichting m.b.t. een centrale antenne-inrichting. De Hoge Raad overweegt in dit arrest onder andere:

"De gebruiker van algemene voorwaarden - en zeker een gemeente die ook bij het gebruik van algemene voorwaarden in overeenkomsten naar het privaatrecht in het bijzonder rekening heeft te houden met de belangen van burgers - handelt in strijd met de goede trouw wanneer hij zich op een dergelijk beding beroept, tenzij hij omstandigheden stelt en, zo nodig, bewijst waaruit volgt dat het beding niet onredelijk bezwarend is en het beroep daarop derhalve niet in strijd is met de goede trouw.⁴⁴ (...) Met name kan een beding als het onderhavige niet zijn rechtvaardiging vinden in de omstandigheden: a. dat de gemeente met het beding 'een te respecteren (algemeen) belang' (...) - het voorkomen van antennewouden - nastreeft (...)"

Dit arrest maakt twee dingen duidelijk, ten eerste dat als de overheid algemene voorwaarden gebruikt zwaardere maatstaven worden aangelegd dan wanneer een burger dit doet en ten tweede dat het algemeen belang geen rechtvaardigingsgrond is voor onredelijke bedingen. Dit laatste betekent volgens annotator Kleijn⁴⁵ dat een groot deel van de beleidsvrijheid, die de overheid had sinds het Landsmeer-arrest,⁴⁶ wordt afgeknabbeld.⁴⁷

In het arrest Amsterdam/Ikon stemt de Hoge Raad in met het oordeel van het hof dat

*"... de overheid, ook bij het **uitoefenen** van bevoegdheden uit privaatrechtelijke overeenkomsten als de onderhavige algemene beginselen van behoorlijk bestuur in acht dient te nemen".⁴⁸*

Dit arrest betreft niet de inhoudelijke toetsing van de algemene voorwaarden zelf, maar een toetsing van de gedrag van de overheid die

42. Zie nr. 57 hierboven.

43. HR 25-4-86, NJ 86, 714, m.nt. G.; AA 86, p. 816, m.nt. v. Sch.; KwNBW 86, p. 92, m.nt. Hondius, BR 86, p. 690 m.nt. Kleijn.

44. Op deze omkering van bewijslast is de HR teruggekomen in het arrest Hooijen/de Tilburgse, HR 16-1-87, NJ 87, 553, m.nt. G.; KwNBW 87, p. 63 m.nt. Hondius; TvC 87, p. 267, m.nt. Rijken.

45. BR 86, p. 696.

46. HR 4-1-63, NJ 64, 204, m.nt. JHB.

47. Soms ook kan de privaatrechtelijke weg helemaal niet worden gevolgd, namelijk als deze de publiekrechtelijke weg "onaanvaardbaar doorkruist", zie hoofdstuk 3, noot 32.

48. HR 27-3-87, NJ 87, 727, m.nt. M. Scheltema, AB 87, 273 m.nt. F.H. van den Burg = BR 87, p. 533 m.nt. P. de Haan = AA 88, p. 111 m.nt. Akkermans; "uitoefenen" is door mij vet gezet.

een beroep op die (op zichzelf niet onredelijke) algemene voorwaarden doet.⁴⁹

49. Dit is de zogenaamde twee-fasen-toetsing, zie nr. 272. De Jong wijst er in haar noot op dat de toetsing aan algemene beginselen van behoorlijk bestuur hier in de plaats treedt van de toetsing aan de goede trouw. Zij verklaart dit uit het feit dat het op grond van de erfpachtsvoorwaarden gevoerde privaatrechtelijke vrijstellingsbeleid grote gelijkens vertoont met het publieke vergunningenbeleid op het gebied van ruimtelijke ordening en volkshuisvesting; de vergunningen zijn aan toetsing door de administratieve rechter onderhevig. J. de Jong, Algemene beginselen van behoorlijk bestuur in het privaatrecht (bespreking van het arrest Amsterdam/Ikon), KwNBW 88, p.110.

109. Soms is het niet de overheid zelf die algemene voorwaarden gebruikt, maar worden bepaalde algemene voorwaarden door de overheid goedgekeurd of voorgeschreven en vervolgens gebruikt door niet tot de overheid behorende gebruikers. Ook deze voorwaarden zijn algemene voorwaarden in de zin van afd. 6.5.3.⁵⁰

De Duitse overheid als wederpartij

110. In grote lijnen komt het Duitse recht op dit punt overeen met het Nederlandse. Rechtsnormen zijn geen algemene voorwaarden.⁵¹ Als het gebruik van algemene voorwaarden in materiële wetgeving is voorgeschreven, vallen de voorwaarden - anders dan in Nederland - evenmin onder het AGBG.⁵² Voorwaarden die bestuurlijke goedkeuring behoeven (in Duitsland o.a. verzekeringsvoorwaarden) vallen wel onder het AGBG.⁵³ Ook door de overheid gebruikte voorwaarden vallen onder het AGBG.⁵⁴ Wanneer de overheid 'öffentlich-rechtliche Verträge' sluit is een overeenkomstige toepassing van het AGBG geboden.⁵⁵ Een duidelijk verschil met Nederland is dat in het AGBG een lijst is opgenomen ('23) met overeenkomsten in de overheidssfeer waarop het AGBG niet of gedeeltelijk niet van toepassing is.⁵⁶ Zo'n lijst ontbreekt in Nederland.

4.4 Verschillende soorten wederpartijen

111. Wie een overeenkomst sluit met een gebruiker van algemene voorwaarden is niet reeds daarom ook aan de algemene voorwaarden van de gebruiker gebonden; men is pas gebonden als men die algemene voorwaarden heeft aanvaard. De contractspartij die algemene voorwaarden heeft aanvaard wordt door art. 6:231 onder c aangeduid als de wederpartij.

Er zijn in afdeling 6.5.3 drie categorieën wederpartijen, die in verschillende mate beschermd worden:

- **'consumenten'**: natuurlijke personen die niet handelen in de uitoefening van een beroep of bedrijf (art. 6:236-238, aanhef); geheel afd. 6.5.3 is op hen van toepassing;

50. MvT Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1520. Men denke bijvoorbeeld aan de Algemene Vervoers Conditioes (AVC), die door 'kronkeldeliegatie' - de term is van Hondius - worden voorgeschreven, maar niettemin als algemene voorwaarden moeten worden beschouwd; zie Hondius, diss. nr. 379 en Contractenrecht VII (Hondius), nr. 238.

51. Wel kan een soortgelijke toetsing in de rechtspraak plaatsvinden, o.a. door de beperkte uitleg van exoneratieclausules; Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen 9, Rdnr. 20; sommige auteurs verdedigen overeenkomstige toepasselijkheid van het AGBG, Koch/Stübing 9, Rdnr. 16. Zo ook: OLG München, 24-1-80, AGBE I, 9, nr. 47 = VersR. 1980, 724: Exoneratie in een publiekrechtelijke gebruiksverordening voor een zwembad. Overeenkomstige toepassing van de in het AGBG neergelegde beginselen op publiekrechtelijke verordeningen is mogelijk.

52. BT-Drs 7/5422, p. 4; Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen 9, Rdnr. 19.

53. Voor dit hele nummer gelden als vindplaatsen: Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen 9, Rdnr. 9; Bunte, Handbuch, p. 7-8; Palandt-Heinrichs, 9, Anm. 1. Zie ook nr. 339.

54. Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen 9, Rdnr. 18.

55. Zolang het althans geen "Rechtsnormen" (materiële wetgeving) betreft: Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen 9, Rdnr. 18.

56. Zie hierover Hondius, NJV, nr. 54.

- '**grote wederpartijen**': wederpartijen als bedoeld in art. 6:235 lid 1; voor hen zijn art. 233, 234 en 236-238 (open norm, informatieplicht, lijsten) expliciet uitgezonderd;
- een restgroep die ik zou willen aanduiden als '**kleine wederpartijen**', namelijk partijen die enerzijds geen consument zijn en anderzijds niet vallen onder de omschrijving van art. 6:235 lid 1. Geheel afd. 6.5.3 is op deze categorie van toepassing, met uitzondering van de art. 6:236-238, de lijsten.⁵⁷

In de volgende paragrafen ga ik nader in op de afbakening van de twee eerstgenoemde categorieën. De afbakening van de categorie 'kleine wederpartijen' ligt in de afbakening van de afbakening van de categorieën 'consumenten' en 'grote wederpartijen' besloten en behoeft daarom geen nadere bespreking.

112. In **Duitsland** worden de wederpartijen niet in drie maar in twee categorieën ingedeeld; '24 verklaart een aantal paragrafen niet toepasselijk op 'Kaufleute', dit zijn zowel de 'Vollkaufleute'⁵⁸ als de 'Minderkaufleute',⁵⁹ echter met de beperking wanneer de overeenkomst tot de uitoefening van het bedrijf behoort⁶⁰ en op een 'juristische Person des öffentlichen Rechts'⁶¹ of 'öffentlich-rechtliches Sondervermögen'.⁶²

Als tweede categorie, waarop het AGBG integraal van toepassing is, blijft dus over: 'nicht-Kaufleute' die evenmin een 'juristische Person des öffentlichen Rechts' of 'öffentlich-rechtliches Sondervermögen' zijn.

Bij de eerste groep wordt gesproken over 'het handelsverkeer', de tweede groep kan men vergelijken met de Nederlandse categorie 'consumenten'; de literatuur spreekt dan ook van 'Verbraucher' hoewel deze term in het AGBG niet is te vinden. Het belangrijkste verschil

57. Welke betekenis de zwarte en grijze lijst en art. 6:238 toch nog hebben voor deze categorie wordt nader onderzocht in paragraaf 8.8 waar de reflexwerking aan de orde komt.

58. § 1, 2, 3, 5 en 6 HGB; o.a. de rechtspersonen (KG, AG, GmbH, OHG, KGaA), verder is "Vollkaufmann" "*wer ein Handelsgewerbe betreibt*". Hieronder valt o.a. de handel in onroerende zaken en waardepapier, het niet-handmatig verwerken van zaken, en verder: het verzekeringsbedrijf, het bankbedrijf, het transportbedrijf, alsmede: commissionairs, handelsvertegenwoordigers en drukkerijen waarin geen handwerk wordt beoefend. De afgrenzing is tamelijk ingewikkeld, temeer daar in bepaalde gevallen een verplichting bestaat tot inschrijven in het handelsregister en in andere gevallen een recht om dat te doen.

59. Minderkaufleute (§ 4 HGB) zijn "*Firmen ... deren Gewerbebetrieb nach Art oder Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb nicht erfordert.*"

In beginsel **geen** 'Kaufleute' zijn de beoefenaars van land- en bosbouw, en de beoefenaars van vrije beroepen, zoals advocaten, architecten, kunstenaars, artiesten en 'vrije' leraren. Apothekers zijn echter weer wel 'Kaufleute'. Ook het grootste deel van de detailhandel valt onder het begrip Kaufmann. Het verschil tussen Voll- en Minderkaufleute kan een rol spelen bij de toepassing van § 9 AGBG, aldus Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen § 24, Rdnr. 2.

Onjuist is de visie van G. Serraris-Perrick, Wit, zwart of grijs met een zwart randje?, NJB 83, p. 472-478, met reactie en naschrift betreffende deze kwestie: NJB 83, p. 767. Ten onrechte meent zij dat 'Minderkaufleute' de bescherming van § 10 en 11 AGBG genieten. De door haar geciteerde passage (Bunte, Handbuch, p. 52) heeft betrekking op het oorspronkelijke ontwerp.

60. "*... wenn der Vertrag zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehört*". Bij twijfel geldt krachtens § 344 Abs. 1 HGB het vermoeden dat de door de 'Kaufmann' verrichte rechtshandelingen handelingen zijn in het kader van de uitoefening van zijn bedrijf.

61. Publiekrechtelijke rechtspersonen zoals de staat, hogescholen, sociale-verzekerings-fondsen, publiekrechtelijke stichtingen, Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen § 24, Rdnr. 16.

62. Deze hebben geen rechtspersoonlijkheid, het zijn o.a. de Deutsche Bundesbahn en de Bundespost; Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen § 24, Rdnr. 16.

tussen de Nederlandse en Duitse regeling op dit punt is, dat onder deze groep naar Duits recht ook de uitoefenaars van vrije beroepen vallen, terwijl deze naar Nederlands recht geen consument zijn, omdat zij bij hun beroepsuitoefening "handelen in de uitoefening van een ... beroep".

Het rechtsgevolg van het behoren tot de eerste categorie wederpartijen is dat '2, 10, 11 en 12 niet van toepassing zijn: voor de gebondenheid is geen uitdrukkelijke verwijzing vereist (vgl. ' 2), ook een stilzwijgende wilsovereenstemming is voldoende. De lijsten van ' 10 en 11 gelden niet, maar bedingen in handelstransacties worden wel getoetst aan de open norm, waarbij de lijsten reflexwerking kunnen hebben.⁶³ De regeling m.b.t. het internationaal privaatrecht in ' 12 geldt niet voor het 'handelsverkeer'. Opmerkelijk is dat '3 (verrassende bedingen worden geen contractsinhoud) voor het handelsverkeer wel geldt.⁶⁴

4.5 De consument als wederpartij

113. In de aanhef van de art. 6: 236-238 wordt de toepasselijkheid van deze artikelen beperkt tot overeenkomsten waarbij de wederpartij is een *"natuurlijk persoon die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf"*.⁶⁵ De vraag of een wederpartij al dan niet een natuurlijke persoon is kan altijd met een stellig ja of nee beantwoord worden. De vraag of die natuurlijk persoon al dan niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf is niet altijd zo gemakkelijk te beantwoorden. Het is om te beginnen niet altijd duidelijk of iemand een bedrijf uitoefent of niet; iemand die bijvoorbeeld schildert of schrijft kan dat als hobbyist of als 'professional' doen.⁶⁶

Is iemand een uitoefenaar van een bedrijf of beroep,⁶⁷ dan zal hij soms wel en soms niet handelen in de uitoefening daarvan. Hartkamp vermeldt twee uitersten: enerzijds wordt in ieder geval niet in de uitoefening van het beroep of bedrijf verricht

"... de overeenkomst waarbij de wederpartij zaken of diensten bedingt, die niets met haar beroep of bedrijf te maken hebben, doch

63. *"' 9 ist in den Fällen des Satzes 1 auch insoweit anzuwenden, als dies zur Unwirksamkeit von in den ' 10 und 11 genannten Vertragsbestimmungen führt; auf die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche ist angemessen Rücksicht zu nehmen"*. Zie over deze reflexwerking nader paragraaf 8.8.

64. Zie over verrassende bedingen nader paragraaf 7.5

65. Ik ga hier voorbij aan het feit dat het begrip consument in de literatuur soms ook ruimer wordt gedefinieerd, zie bijvoorbeeld Ch.E. Knobbout-Bethlem, Grondbegrippen Consumentenrecht / Verslag eerste onderzoeksdag consumentenrecht, NJB 89, 1697-1699 over een meer subjectieve benadering van Th. Bourgoignie. Voor de afbakening van de werkingssfeer van de zwarte en grijze lijst zal de rechter zonder twijfel de definitie van de aanhef van de art. 6:236 en 237 volgen.

Het voorstel voor een Europese Richtlijn betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten (voorstel van 3 september 1990, Com (90) 322 def.) hanteert in art. 2 lid 3 een vrijwel woordelijk met de aanhef van art. 6:236-238 overeenstemmende definitie.

66. Wessels meent dat in het gegeven voorbeeld de wijze waarop iemand zich fiscaal presenteert een belangrijke betekenis toekomt. (B. Wessels, De vorm van de onherroepelijkheid van een volmacht, WPNR 5981 (1990), p. 722.

67. In navolging van Hartkamp versta ik onder beroep 'vrij beroep', zie Asser-Hartkamp II, nr. 366.

strekken tot gebruik door haar privé, daaronder begrepen gebruik in haar gezin en huishoudelijk gebruik; hetzelfde geldt voor zaken die zij verwerft teneinde deze bijv. in de privésfeer aan derden cadeau te doen. Anderzijds zijn in elk geval als beroeps- of bedrijfshandelingen te beschouwen de handelingen die liggen op het gebied van de eigenlijke beroeps- of bedrijfsuitoefening, overeenkomsten dus waarvan het aangaan de uitoefening zelf van het beroep of bedrijf van de wederpartij uitmaakt.”⁶⁸

Tussen deze twee uitersten liggen overeenkomsten die niet op het gebied van de eigenlijke beroeps- of bedrijfshandelingen liggen, maar wel ten behoeve van het bedrijf of beroep worden gesloten, met name als zij op zichzelf niet verschillen van overeenkomsten die particulieren plegen aan te gaan. Hartkamp geeft als voorbeelden:

68. Asser-Hartkamp II, nr. 366.

"...het geval dat een ondernemer zijn bedrijfspand laat schilderen of tegen brand verzekert of dat hij een personenauto aanschaft voor bedrijfsmatig gebruik".⁶⁹

In deze gevallen neemt Hartkamp op grond van de parlementaire geschiedenis aan dat wordt gehandeld in de uitoefening van een bedrijf of beroep, zodat de lijsten niet van toepassing zijn. Hij komt dan uiteindelijk tot de volgende omschrijving van 'consument':

"... een natuurlijk persoon die hetzij geen vrij beroep of bedrijf uitoefent hetzij overeenkomsten sluit die met zijn beroeps- of bedrijfsactiviteiten geen verband hebben."⁷⁰

Deze omschrijving is m.i. werkbaar.

114. Iemand die consument is kan soms de indruk wekken niet-consument te zijn. De gebruiker kan dan achteraf voor een onaangename verrassing komen te staan.⁷¹ In de MvA II wordt dit probleem op de volgende wijze tot geringe proporties teruggebracht:

"In verreweg de meeste gevallen zal reeds uit de aard van de prestatie die het onderwerp vormt van de overeenkomst, of uit het tussen de gebruiker c.q. diens personeel en de wederpartij gevoerde (verkoop)gesprek duidelijk zijn of de gebruiker al dan niet met een consument te maken heeft. Uiteraard is denkbaar dat een bij de uitoefening van haar bedrijf of beroep handelende wederpartij van een ondernemer die ook met consumenten contracteert, een prestatie bedingt die zich niet onderscheidt van wat consumenten plegen te bedingen, maar ook dan zal de hoedanigheid van die wederpartij de gebruiker veelal duidelijk zijn, bijvoorbeeld uit de gegevens die zijn vermeld op de betaalkaart of -cheque waarmee wordt afgerekend, de plaats waarheen de rekening moet worden gestuurd of de zaak moet worden afgeleverd enz."⁷²

Combineert men de omschrijving van Hartkamp met de geciteerde passage uit de MvA II Inv., dan blijkt dat alleen problematisch zijn: overeenkomsten die worden gesloten

- door een natuurlijk persoon die een beroep of bedrijf uitoefent,
- indien hij een overeenkomst sluit die op zichzelf niet verschilt van overeenkomsten die particulieren plegen aan te gaan,
- indien dit voor de wederpartij niet kenbaar is (bijvoorbeeld uit de gegevens die zijn vermeld op de betaalkaart of -cheque waarmee wordt afgerekend, de plaats waarheen de rekening moet worden gestuurd of waar de zaak moet worden afgeleverd enz.).⁷³

69. Asser-Hartkamp II, nr. 367.

70. Asser-Hartkamp II, nr. 367.

71. De bewijslast voor het optreden als consument rust op de consument: MvA II Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1655.

72. MvA II Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1655.

73. Als een wederpartij in strijd met de waarheid voorgeeft ten behoeve van een bedrijf te contracteren zal hij volgens Hartkamp zijn recht verwerken om een beroep te kunnen doen op de consumentbeschermende bepalingen zoals de zwarte en grijze lijst, zie Asser-Hartkamp II, nr. 159.

Het lijkt me duidelijk dat het om een gering aantal gevallen gaat. Terecht stelt de MvA II dan ook dat de gebruiker die wil voorkomen dat hij zaken doet met een consument (die zich als niet-consument voordoet) zelf maar moet onderzoeken of een bepaalde wederpartij wel of niet als consument handelt.⁷⁴

4.6 'Grote wederpartijen'

115. De beschermende bepalingen van art. 6:233 en 6:234 zijn volgens art. 6:235 lid 1 niet van toepassing als de wederpartij 'groot' is. Dit artikel wil blijkens de toelichting een ongewenste inbreuk op de contractsvrijheid voorkomen. De achterliggende gedachte is dat grote wederpartijen - het zullen meestal ondernemingen zijn - de beschikking hebben over voldoende deskundigheid en dat zij een marktpositie innemen die het mogelijk maakt zich tegen door hen niet gewenste bedingen te verzetten.⁷⁵

De volgende rechtspersonen vallen onder art. 6:235 lid 1 onder a⁷⁶:

- Naamloze en besloten vennootschappen, coöperaties en onderlinge Waarborgmaatschappijen die laatstelijk een (volledige) jaarrekening hebben gepubliceerd;
- Diezelfde rechtspersonen indien zij zijn vrijgesteld van publicatieplicht wegens het behoren tot een groep van ondernemingen.

Eén van de bovengenoemde rechtspersonen (niet zijnde een verzekeringsmaatschappij of een rechtspersoon die is onderworpen aan toezicht krachtens de Wet toezicht kredietwezen) moet een jaarrekening publiceren wanneer die rechtspersoon voldoet aan twee van de volgende drie criteria:

- de waarde van de activa (...) bedraagt meer dan / 3 miljoen,
- de netto omzet bedraagt meer dan / 6 miljoen,
- het gemiddeld aantal werknemers over het boekjaar bedraagt 50 of meer.⁷⁷

Niet de publicatieplicht maar het daadwerkelijk gepubliceerd hebben van de jaarrekening is in de wet als criterium opgenomen, omdat dit gemakkelijker is vast te stellen. Heeft een onderneming niet gepubliceerd (doordat de onderneming nog géén jaar bestaat of door nalatigheid) dan geldt het criterium van art. 6:235 lid 1 onder b.

"Met het woord 'laatstelijk' wordt bedoeld op de laatst openbaar gemaakte jaarstukken. Dit hoeft niet noodzakelijkerwijze de jaarrekening over het laatste boekjaar, verstreken voor het sluiten

74. MvA II Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1655. De MvA II wijst er verder nog op dat een ondernemer die zowel met consumenten als niet-consumenten zaken doet zijn voorwaarden aan de grijze en zwarte lijst moet aanpassen, zodat de vraag of de wederpartij wel of niet consument is niet tot een proces zal leiden.

75. Toelichting op het amendement van het Tweede-Kamer-lid Korthals (VVD), Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1631.

76. Zie voor een zeer gedetailleerde uitwerking: Wessels en Noordam.

77. Zie nader art. 2:360, 396 en 403 BW.

*van de overeenkomst, te zijn; denkbaar is immers dat over dat boekjaar nog geen jaarstukken zijn openbaar gemaakt.*⁷⁸
Valt een gebruiker niet onder art. 6:235 lid 1 onder a, dan geldt als 'vangnet' de bepaling van lid 1 onder b.

78. Toelichting op het amendement van het Tweede-Kamer-lid Korthals (VVD), Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1631-1632.

"Dit zijn alle rechtspersonen die niet onder artikel 360 Boek 2 vallen, alsmede vennootschappen onder firma, natuurlijke personen etc.⁷⁹ Voor deze groep is eenvoudigheidshalve het criterium gezocht in het aantal werknemers. (...) Voorts vallen onder b rechtspersonen, bedoeld in art. 360 Boek 2, die niet aan het onder a geformuleerde criterium voldoen. Men denke met name aan de gevallen bedoeld in de artikelen 396 lid 7 en 403 lid 4 (de 'kleine' vennootschappen) en voorts aan 'grote' rechtspersonen die ten tijde van het sluiten van de overeenkomst zo kort bestaan dat zij nog geen jaarrekening hebben kunnen publiceren."⁸⁰

116. Als een wederpartij 'groot' is, gemeten naar de maatstaven van art. 6:235 lid 1 onder a of b, heeft dit een aantal rechtsgevolgen;⁸¹ de belangrijkste zijn: het toepasselijk zijn van de snelle gebondenheid van art. 6:232⁸² en het niet toepasselijk zijn van art. 6:233 onder a (de open norm) en art. 6:233 onder b en art. 6:234 (de informatieplicht), hoewel deze een mogelijke reflexwerking hebben via art. 6:248.⁸³

117. In **Duitsland** wordt wat de toepasselijkheid van het AGBG betreft geen onderscheid gemaakt tussen 'Vollkaufleute' en 'Minderkaufleute'.⁸⁴ In het oorspronkelijke ontwerp was dit anders: Vollkaufleute vielen niet onder het AGBG, Minderkaufleute wel, met uitzondering van een aantal onderdelen van de zwarte en grijze lijst. Dit werd gemotiveerd door de verschillen in beschermingsbehoefte. Deze beschermingsbehoefte zou o.a. afhankelijk zijn van de mogelijkheid tot onderhandelen, de mate van ervaring in het zakendoen en de intellectuele vermogens van de wederpartij.⁸⁵

79. Wessels en Noordam, p. 62, noemen hier ook het EESV.

80. Toelichting op het amendement van het Tweede-Kamer-lid Korthals (VVD), Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1632; onder lid 2 kunnen bijvoorbeeld vallen: grote verenigingen, stichtingen of overheidsrechtspersonen. Zie voor de toepassing van dit criterium nader: Wessels/Jongeneel nr. 75.

81. Zie ook Wessels/Jongeneel, nr. 76.

82. MvA I Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1643. In het VV I Inv. Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1642 wordt op de snelle gebondenheid kritiek geleverd, gezien de "onverbrekelijke samenhang van snelle toepasselijkheid en bescherming tegen onereuze voorwaarden die een van de uitgangspunten is van afd. 6.5.2A." (thans 6.5.3). In de MvA I t.a.p. wordt hierop gereageerd door te verwijzen naar de waarschijnlijke bedoelingen van de indiener van het amendement, namelijk dat grote bedrijven "mans genoeg" zijn en zich dus ook niet over de toepasselijkheid van art. 6:232 moeten

beklagen.

83. In Wessels/Jongeneel (nr. 77) hebben wij betoogd dat te verwachten is dat de inhoudelijke toetsing zal verlopen volgens een glijdende schaal. De inhoudelijke toetsing gaat minder ver naar mate de wederpartij groter is. Zie echter nr. 119.

84. Palandt-Heinrichs, § 24, Anm. 3b.

85. Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen § 24, Rdnr. 7, zie ook nr. 29.

Uiteindelijk heeft men gekozen voor een ander uitgangspunt. De basis voor bescherming werd niet langer gezien in de beschermingsbehoefte, die samenhangt met de omstandigheden van de wederpartij, maar in het feit dat de gebruiker bij de eenzijdige opstelling van vooraf geformuleerde contractsbedingen op de volgens de goede trouw ('Treu und Glauben') geboden manier met de gerechtvaardigde belangen van zijn toekomstige wederpartij rekening moet houden.⁸⁶ Anders gezegd: de bescherming is gebaseerd op het feit dat de gebruiker de contractsvrijheid gebruikt om eenzijdig van te voren geformuleerde bedingen aan de andere partij op te leggen.⁸⁷ Men heeft daarbij op de koop toegenomen dat bepaalde wederpartijen soms meer beschermd worden dan nodig is. Het is niet zo erg dat een grote onderneming met een briljante juridische afdeling zich zo nodig kan beroepen op de inhoudelijke toetsing van de jegens haar gebruikte inkoopvoorwaarden van een kleinere onderneming. Het alternatief zou immers zijn dat honderden of duizenden kleinere ondernemingen die praktisch in het geheel geen afweermogelijkheden hebben, hopeloos aan de algemene voorwaarden van de andere partij zouden zijn onderworpen.⁸⁸ In de definitieve tekst van het AGBG vallen alle 'Kaufleute' onder het AGBG, zij het dat de ' 2, 10, 11 en 12 voor hen niet gelden. De beschermingsbehoefte die verband houdt met de omstandigheden van de wederpartij speelt overigens wel een rol, namelijk in het kader van de toetsing aan de open norm, ' 9.⁸⁹

118. De vraag of het terecht is dat de inhoudelijke toetsing ook geldt voor algemene voorwaarden die gebruikt worden jegens 'Kaufleute' wordt verschillend beantwoord.

Von Hippel wijst erop dat er internationaal overeenstemming over bestaat dat in eerste instantie de consument moet worden beschermd, maar dat de open norm die in verschillende staten bestaat ook zo nodig 'Kaufleute' beschermt.⁹⁰

Over de Duitse situatie, waarin de 'Kaufleute' alleen onder de open norm vallen, merkt Ulmer op, dat er wel enkele uitspraken zijn waarin een te zware maatstaf is aangelegd, maar dat het beschermingsdoel van het AGBG vereist dat deze wet ook het handelsverkeer omvat. Algemene klachten en het wijzen op enkele onbevredigende uitspraken zijn onvoldoende om te rechtvaardigen dat algemene voorwaarden in het handelsverkeer aan de inhoudelijke toetsing van het AGBG onttrokken zouden moeten worden. Op hen die deze maatregel bepleiten rust volgens Ulmer de plicht te bewijzen dat het handelsverkeer naar zijn aard de ingreep van de wetgever niet verdraagt en dat de nauwelijks te ontkennen misbruiken op een andere wijze bestreden

86. Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen \S 24, Rdnr. 10; Bunte, Zehn Jahre AGBG, p. 924. Het BGH heeft dit reeds voor de invoering van het AGBG als grondslag gezien en volhardt hierin nog steeds, zie bijvoorbeeld BGH, 4-12-86, NJW 1987, 837 = WM 1987, 214.

87. Vgl. Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen, Einl. Rdnr. 28-29 en \S 24 Rdnr. 7ff.

88. Dit is de strekking van het betoog van Schmidt-Salzer, Verhandlungen des 50. DJT, Sitzungsbericht H, p. 75 en dezelfde in NJW 1971, 1014, geciteerd bij Bunte, Zehn Jahre AGBG, p. 924.

89. Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen \S 24, Rdnr. 11. Vgl. nr. 305.

90. Von Hippel, p. 137-138.

kunnen worden.⁹¹ Tijdens een forum ter gelegenheid van 'Zehn Jahre AGB-Gesetz' bleek dat nauwelijks werd bepleit dat het AGBG niet voor het handelsverkeer zou moeten gelden. Wel achtten sommigen het wenselijk de toepasselijkheid van het AGBG te beperken op het gebied van het handelsverkeer met het buitenland. Ook werd een meer terughoudende toepassing van de wet in de rechtspraak bepleit, waarbij vooral het BGH aan kritiek onderhevig was.⁹² Ohlendorf-von Hertel heeft in zijn monografie over de toetsing van algemene voorwaarden in het handelsverkeer betoogd dat de rechtspraak '24 - waarin de eigen aard van de toetsing van algemene voorwaarden in het handelsverkeer is neergelegd - onvoldoende serieus neemt.⁹³ Ohlendorf-von Hertel stelt hiertegenover een uitleg van ' 24 volgens welke:

- in het handelsverkeer de toetsing wezenlijk milder is;
- een reflexwerking van de lijsten van ' 10 en 11 niet is toegestaan;

91. RWS-Forum, p. 12.

92. H. Schmidt, Zehn Jahre AGB-Gesetz - Bericht über die Diskussionen, in RWS-Forum, p. 203 en 217-219.

93. Ohlendorf-von Hertel, p. 24-65, in het bijzonder zijn conclusie op p. 62-65.

- de bijzondere positie die ' 24 het handelsverkeer toekent zijn uitstraling heeft op andere normen in het AGBG, in het bijzonder op ' 9.⁹⁴

Het lijkt onwaarschijnlijk dat de rechtspraak zo ver terug zal willen gaan. Vooral het verbod op reflexwerking dat Ohlendorf-von Hertel proclameert lijkt me zeer aanvechtbaar.⁹⁵ M.i. is aan de Duitse wettekst niet te ontnemen dat reflexwerking verboden is. Anderzijds wordt de vraag hoe ver deze moet gaan natuurlijk evenmin opgelost. Dat de rechtspraak bij de toepassing van ' 9 op den duur de 'Eigenständigkeit' van het handelsverkeer meer zal benadrukken is zeker niet ondenkbaar, gezien ook de kritiek juist op bepaalde beslissingen over algemene voorwaarden in het handelsverkeer.

119. Ook in Nederland is het toepasselijk zijn van de afd. 6.5.3 op niet-consumenten niet onbestreden gebleven. De MvT betoogt dat ook bedrijven door algemene voorwaarden benadeeld kunnen worden en wijst erop dat zowel de SER als de Raad voor het Midden- en Kleinbedrijf op de knelpositie van de middenstand hadden gewezen. Bovendien wijst de MvT op de bezwarende inhoud van algemene voorwaarden die worden gebruikt tussen bedrijven onderling. Het Nederlands Genootschap van Bedrijfsjuristen stelde in een adres een aantal bezwaren tegen de regeling aan de orde. De strekking van het adres is dat afd. 6.5.3 "voor de praktijk funest" zou zijn.⁹⁶ Onder invloed van deze kritiek is het amendement Korthals ingediend, dat heeft geleid tot invoeging van art. 6:235, lid 1. Het is m.i. de vraag of het doel dat met het amendement van Korthals werd beoogd zal worden bereikt. Dit doel is het niet laten gelden van afd. 6.5.3 bij overeenkomsten met 'grote wederpartijen'. Het amendement Korthals lijkt te zijn voortgekomen uit een zekere angst voor te diepgaande bemoeienis van de rechter met algemene voorwaarden in handels-transacties. Maar een toetsing van deze voorwaarden blijft uiteraard mogelijk, namelijk een toetsing aan de redelijkheid en billijkheid. Deze zal naar is te verwachten niet veel afwijken van de '6.5.3-toets'.⁹⁷ Bij deze toets zal ook de grootte van de wederpartij een rol spelen, want de omstandigheid dat een wederpartij groot is heeft gevolgen voor de wederzijds kenbare belangen. Het kon wel eens blijken dat de '6:248-toets' bij grote wederpartijen hetzelfde uitpakt als de '6.5.3-toets'. In de literatuur is de bepaling zeer kritisch ontvangen. Hartkamp noemt de uitzondering voor grote wederpartijen mede gezien de Duitse

94. Ohlendorf-von Hertel, p. 78 e.v.

95. Kötz wijst erop dat de in de lijsten van § 10 en 11 neergelegde 'Klauselverbote' juist teruggaan op rechtspraak waarin algemene voorwaarden werden getoetst die waren gebruikt in het handelsverkeer; Kötz in Münch. Komm.-Közt, § 9, Rdnr. 18; § 11, Rdnr. 4. Zie over reflexwerking paragraaf 8.8.

96. Spier, p. 129-131, waarin het standpunt van het Nederlands Genootschap van Bedrijfsjuristen wordt samengevat; zie ook: Vollebrecht.

97. Immers ook volgens het oude recht worden algemene voorwaarden reeds inhoudelijk getoetst, zie: HR 19-5-67, NJ 67, 261 (Saladin/HBU), HR 25-4-86, NJ 86, 714 (Van der Meer/Smidde) en HR 16-1-87, NJ 87, 553 (Hooijen/de Tilburgse). Het verschil tussen de open norm en de redelijkheid en billijkheid is niet groot, zie nr. 243.

ervaringen "ongerechtvaardigd".⁹⁸ Ook Wessels en Noordam zijn kritisch:

98. A.S. Hartkamp, Wet algemene voorwaarden, AA 87, p. 714.

"De bepaling schept onzekerheid (...) is onvoldoende doordacht (...), onduidelijk(...), (...), bereikt haar doel niet (...) en is reeds thans verouderd. Zij herbergt de absurditeit dat verbintenisrechtelijk een premie (toegestaan beroep op art. 6:233 (6.5.2A.2a) NBW) wordt uitgelooft op de schending van een rechtspersonenrechtelijke plicht (niet metterdaad publiceren). De bepaling kan ook overigens wel worden gemist, aangezien het algemene verbintenissenrecht (m.n. de open norm) voldoende veerkracht bezit de contractsvrijheid te waarborgen en tegelijk aan de behoefte van bescherming ook voor ('grote') ondernemers tegemoet te komen."⁹⁹

Ik sluit mij bij deze drie schrijvers aan. Het amendement waarbij art. 6:235, lid 1 werd ingevoerd is naar mijn mening op het gebied van de inhoudelijke toetsing niet effectief: de redelijkheid en billijkheid (waarvan de open norm een nadere toespitsing is) laten zich niet zomaar 'buiten werking stellen'. Het amendement is ook overbodig omdat bij een juist gebruik van de open norm reeds rekening wordt gehouden met de grootte van de wederpartij.

Art. 6:235, lid 1 zal wel enige betekenis hebben waar het gaat om de informatieplicht.¹⁰⁰

120. In Wessels/Jongeneel spraken wij over een glijdende schaal: de wederpartij geniet minder bescherming naarmate hij groter is. Voor grote wederpartijen zou de inhoudelijke toetsing niet meer dan marginaal zijn. Het Duitse recht¹⁰¹ heeft mij echter tot het inzicht gebracht dat deze tendens doorbroken kan worden, indien zich omstandigheden voordoen waarin ook een grote wederpartij bescherming behoeft¹⁰². De stelling dat de grote wederpartij zich te weer kan stellen tegen onredelijk bezwarende voorwaarden is gebaseerd op de vooronderstelling dat de grote wederpartij daartoe de onderhandelingspositie heeft. Dit is doorgaans juist, maar niet altijd. Het geldt m.i. niet in (o.a.) de volgende gevallen:

- Het belang van de transactie is niet erg groot, zodat het niet de moeite waard is om onderhandelingen te openen over de algemene voorwaarden. Later blijkt dat een bepaald (onredelijk) beding grote gevolgen heeft.¹⁰³
- De gebruiker heeft een zodanig sterke marktpositie (bijvoorbeeld een monopoliepositie) dat hij zijn (onredelijke) voorwaarden door kan zetten, ook tegenover grote wederpartijen.
- Er wordt gewerkt onder tijdsdruk, zodat onderhandelingen over algemene voorwaarden er bij inschieten.

99. Wessels en Noordam, p. 62.

100. Zie nader paragraaf 5.6.

101. Zie nr. 29, 117 en 285.

102. Ook Rijken heeft verdedigd dat de grootte van de wederpartij bij de toetsing van bedingen van ondergeschikt belang is, zowel bij de toetsing aan de open norm als bij de toetsing aan de redelijkheid en billijkheid; G.J. Rijken, bespreking Wessels/Jongeneel, KwNBW 1988, p. 61.

103. Vgl. op dit punt ook Kötz in Münch. Komm.-Közt, § 9, Rdnr. 19, die erop wijst dat onderhandelingen over algemene voorwaarden ook bij een gelijkwaardige marktpositie vaak niet de moeite waard zijn omdat de wederpartij bij het sluiten van de overeenkomst vertrouwt (en ook vertrouwen mag) op de vlotte afwikkeling van de overeenkomst en de coulance van de gebruiker. Zie ook nr. 206.

- Een onderneming meent zaken te doen op eigen voorwaarden, maar door bepaalde fouten verliest zij de 'Battle of Forms'.¹⁰⁴

Het niet onderhandelen zal betekenen dat de niet onderhandelende wederpartij nadeel lijdt (dat nadeel weegt overigens vaak op tegen het voordeel van het niet onderhandelen: uitgespaarde tijd etc.). Maar betekent het ook dat de wederpartij aan elk beding waarover zij had **kunnen** onderhandelen zonder meer gebonden is? Ik meen van niet. Als de mogelijkheid om te onderhandelen feitelijk ontbreekt of als onderhandelingen niet praktisch zijn, moeten algemene voorwaarden m.i. getoetst worden aan de redelijkheid en billijkheid op dezelfde manier als bij kleine partijen aan de open norm. De grootte van de wederpartij is dan niet belangrijk.

104. Zie nader over de Battle of Forms paragraaf 5.7.

HOOFDSTUK 5 GEBONDENHEID EN INFORMATIEPLICHT

5.1 Overzicht

121. De gebondenheid en de informatieplicht die in dit hoofdstuk worden behandeld hebben veel met elkaar te maken, maar moeten van elkaar worden onderscheiden. Bij de vraag naar de gebondenheid gaat het om de vraag of een bepaald beding deel van de overeenkomst is geworden. Hiervoor is nodig dat dit beding door de wederpartij wordt aanvaard. Maar als de wederpartij aan de algemene voorwaarden gebonden is, kunnen de voorwaarden toch nog vernietigbaar zijn, namelijk als de gebruiker zijn informatieplicht niet nakomt. De gebruiker heeft namelijk de plicht de wederpartij een redelijke mogelijkheid te bieden om van de algemene voorwaarden kennis te nemen. Het Duitse systeem met betrekking tot gebondenheid en informatieplicht is anders opgezet. Centraal is de eis van de uitdrukkelijke verwijzing naar algemene voorwaarden. Er is wel een informatieplicht, maar deze is minder zwaar dan de Nederlandse. Uiteraard wordt wel de eis gesteld dat de wederpartij de algemene voorwaarden aanvaardt.

In paragraaf 5.7 e.v. worden enige met de gebondenheid samenhangende problemen behandeld: In het handelsverkeer gebeurt het vaak dat beide contractspartijen de toepasselijkheid van hun eigen algemene voorwaarden wensen (bijvoorbeeld inkoop- en verkoopvoorwaarden). Het probleem van deze strijdige voorwaarden staat bekend als 'the Battle of Forms' en wordt behandeld in paragraaf 5.7. Bij duurcontracten dringt zich de vraag op of de wederpartij ook aan gewijzigde voorwaarden is gebonden. Bij een handelsrelatie waarin regelmatig contracten worden gesloten is het de vraag of telkens aan de vereisten voor de gebondenheid en aan de informatieplicht moeten worden voldaan. Deze vragen worden besproken in paragraaf 5.8. Algemene voorwaarden zijn soms moeilijk leesbaar of begrijpelijk. Dit kan een reden zijn om aan te nemen dat niet is voldaan aan de informatieplicht, al kan het ook een rol spelen bij inhoudelijke toetsing. Zie hierover paragraaf 5.9.

5.2 Gebondenheid

Oud en nieuw recht: weinig verschillen

122. Algemene voorwaarden worden pas deel van de overeenkomst als de wederpartij de voorwaarden heeft aanvaard, art. 6: 231 onder c.

Er wordt hierbij van uitgegaan dat de gebruiker een aanbod doet in de zin van art. 6:217 waarvan algemene voorwaarden deel uitmaken.¹ De aanvaarding van dat aanbod, waardoor de overeenkomst tot stand komt zal dus mede de algemene voorwaarden moeten betreffen. Deze aanvaarding kan volgens art. 6:231 onder c geschieden door ondertekening of op andere wijze.² Vervolgens bepaalt art. 6:232 dat men ook aan niet-gekende bedingen gebonden is, wanneer men de gelding daarvan heeft aanvaard. Men spreekt van een 'snelle toepasselijkheid'.³ De vraag of algemene voorwaarden zijn aanvaard, dient aan de hand van de algemene regels van titel 3.2 worden beantwoord.⁴ Daarom is te verwachten dat de door de rechtspraak ontwikkelde regels die volgens het oude recht gelden voor de gebondenheidsvraag naar NBW van kracht blijven. In het oude recht wordt de vraag of algemene voorwaarden van toepassing zijn immers ook bepaald volgens de algemene regels voor de totstandkoming van overeenkomsten. Dit is te lezen in het arrest Holleman/De Klerk. Het gaat in deze zaak om een exoneratie in een overeenkomst tot vervoer met de vrachtauto van een kraanwagen. Beide partijen zijn dus 'professionals'. De Hoge Raad geeft een beslissing die uit drie delen bestaat. Ten eerste besliste hij:

*"Aan het **in het handelsverkeer tussen ondernemingen** bedingen van de toepasselijkheid van algemene voorwaarden behoren geen andere eisen te worden gesteld dan in het algemeen gelden voor het totstandkomen van een overeenkomst."*⁵

De door de Hoge Raad gemaakte beperking tot het handelsverkeer lijkt naar NBW niet meer gerechtvaardigd: de regeling m.b.t. de toepasselijkheid van algemene voorwaarden (art. 6:231 onder c en 232) geldt voor alle wederpartijen.

Ten tweede besliste de Hoge Raad dat de gewone regels voor toepasselijkheid ook gelden voor exoneratieclausules. Dit zal naar NBW niet anders zijn.

Het derde onderdeel van de beslissing is een aanzet tot inhoudstoetsing: Dat algemene voorwaarden van toepassing zijn sluit volgens de Hoge Raad niet uit

"... dat er zich onder die voorwaarden bepalingen bevinden van een zodanige inhoud dat de toestemming van de wederpartij niet kan worden geacht op de toepasselijkverklaring ook dáárvan gericht te zijn

-
1. Het is ook denkbaar dat de wederpartij een aanbod doet dat door de gebruiker wordt aanvaard, zie voor het Duitse recht nr. 140. Ook dan kan men spreken van 'aanvaarding' door de wederpartij; het initiatief voor het opnemen van de algemene voorwaarden in de overeenkomst is ook in dat geval van de gebruiker uitgegaan (deze heeft de voorwaarden bijvoorbeeld vermeld op een bestelformulier) en de wederpartij aanvaardt (door het aanbod dat hij doet) dat de overeenkomst zal worden gesloten op basis van de algemene voorwaarden van de gebruiker.
 2. Volgens art. 3:37 lid 1 kunnen verklaringen in iedere vorm geschieden en ook in één of meer gedragingen besloten liggen.
 3. MvT Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1456 en 1573, waar dit wordt gemotiveerd met een beroep op de rechtszekerheid.
 4. "... voor een zodanig aanvaarden zal in het algemeen wel vereist zijn dat de wederpartij weet of moet begrijpen dat de andere partij algemene voorwaarden gebruikt, doch niet dat hij de inhoud daarvan ten tijde van het sluiten van de overeenkomst kent." MvT Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1573.

geweest. Of dit het geval is, is een kwestie van uitleg van de overeenkomst."

Naar NBW wordt de inhoudstoetsing losgekoppeld van de gebondenheidsvraag.⁶

123. De regels voor aanbod en aanvaarding in afd. 6.5.2 hebben voor algemene voorwaarden weinig praktische betekenis (afgezien van art. 6:225 over de verwijzing naar verschillende algemene voorwaarden, zie paragraaf 5.7). Deze regels geven bijvoorbeeld aan wanneer een aanbod kan worden herroepen (art. 6:219). Als herroepen mogelijk is zal de herroeping gelden voor zowel de individuele bedingen als de algemene voorwaarden, zo niet dan komt bij een aanvaarding de overeenkomst tot stand inclusief de algemene voorwaarden. De herroeping van een deel van een aanbod is naar men mag aannemen mogelijk zolang ook herroeping van het gehele aanbod mogelijk is. Het zal echter niet vaak gebeuren dat de gebruiker de kern van zijn aanbod wil handhaven, maar de algemene voorwaarden daarvan niet langer deel wil laten zijn. In het algemeen volgen de algemene voorwaarden in een aanbod het lot van het aanbod voorzover dit de individuele bedingen betreft.

5. HR 20-11-81, NJ 82, 517, m.nt. CJHB; AA 82, p.247, m.nt. G (vette woorden door mij vet gezet).

6. Zie over dit onderdeel van de beslissing nr. 217. Na verwijzing neemt het hof aan dat de exoneratieclausule nietig is wegens strijd met het CMR-verdrag. Afgezien daarvan is het beding als zodanig bezwarend aan te merken dat de Klerk niet geacht mag worden daarmee te hebben ingestemd: Hof 's-Gravenhage, 8-2-85, S&S86, 105.

124. Aanbod en aanvaarding zijn op zichzelf weer rechtshandelingen, waarvoor de regels van titel 3.2 gelden. Zo zal soms de aanvaarding van algemene voorwaarden of van hun gelding (zonder dat degene die aanvaardt de inhoud kent) terug te voeren zijn op een wilsverklaring die overeenstemt met de werkelijke wil (art. 3:33), soms zal er een discrepantie zijn tussen wil en verklaring, maar kan niettemin gebondenheid ontstaan door de werking van het vertrouwensbeginsel (art. 3:33).⁷

Dat men niet alleen de inhoud van (gekende) algemene voorwaarden kan aanvaarden, maar ook de gelding van (niet gekende) algemene voorwaarden is neergelegd in art. 6:231 onder c en 232.

In het onderstaande (nr. 126 e.v.) geef ik een overzicht van de manieren waarop gebondenheid kan worden bereikt. Reeds thans vermeld ik dat uit dit overzicht kan worden afgeleid dat de wederpartij is gebonden als hij weet of redelijkerwijs moest weten dat de gebruiker algemene voorwaarden gebruikt en hij de gelding van die voorwaarden aanvaardt. Kennis van de inhoud van de algemene voorwaarden is daarvoor niet noodzakelijk; wel zal in veel gevallen op de gebruiker een informatieplicht rusten. Als de wederpartij geen redelijke mogelijkheid is geboden van de algemene voorwaarden kennis te nemen, zijn de voorwaarden vernietigbaar.⁸

Deze 'snelle gebondenheid' had onder het oude recht eigenlijk geen rechtvaardiging. De rechtvaardiging onder het nieuwe recht is enerzijds de informatieplicht,⁹ anderzijds een vergaande inhoudelijke toetsing (zie hoofdstuk 6 t/m 8). Op die toetsing valt in afd. 6.5.3 het accent.¹⁰

7. De art. 3:33 en 35 (3.2.2 en 3.2.3) kunnen zowel bij gekende als niet gekende bedingen worden toegepast. Zie voor de vier combinaties die ontstaan nr. 150.

8. Zie over de informatieplicht paragraaf 5.5.

9. Vgl. MvT Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1581.

10. Vgl. het volgende citaat uit de MvT: "*Dit stelsel is gebaseerd op de gedachte dat het accent van een regeling ter bestrijding van misbruik van onereuze algemene voorwaarden behoort te vallen op een toetsing van de inhoud daarvan, en niet op het stellen van strenge eisen voor de inlassing van die voorwaarden in de overeenkomst.*" MvT Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1581.

125. De mening van Hondius dat art. 6:232 het aannemen van gebondenheid - in vergelijking met het oude recht - nog verder versoepelt¹¹ geldt m.i. slechts in bepaalde gevallen. Dit artikel moet immers worden gezien in samenhang met art. 6:231 onder c, dat aanvaarding van de algemene voorwaarden eist.

Het uitgangspunt dat de Hoge Raad heeft gegeven in het arrest Holleman/De Klerk¹² zal m.i. naar NBW niet alleen voor het handelsverkeer maar in het algemeen gelden.¹³ In het systeem van afd. 6.5.3 ligt de nadruk op de inhoudelijke toetsing van bedingen. Voor het handelsverkeer zal er dus niets veranderen. Voor zover de rechtspraak daarbuiten strengere eisen aan de toepasselijkheid van algemene voorwaarden stelde dan aan de totstandkoming van een overeenkomst in het algemeen,¹⁴ verwacht ik dat deze naar NBW niet meer gesteld zullen worden. In die gevallen zou men dus kunnen spreken van een versoepeling. Ook is er een versoepeling te verwachten waar het onredelijke bedingen betreft. Onder het oude recht werd vaak bescherming verleend tegen onredelijke bedingen door de toepasselijkheid niet aan te nemen.¹⁵ Naar NBW zal de rechter niet letten op de inhoud van bedingen als hij wil vaststellen of de wederpartij gebonden is, omdat in afd. 6.5.3 de sanctie op onredelijk bezwarende bedingen niet is dat ze niet toepasselijk zijn, maar dat ze toepasselijk doch vernietigbaar zijn.

Gebondenheid volgens Nederlands recht

126. De omstandigheden waaronder wel en niet gebondenheid wordt aangenomen zijn uitgebreid beschreven in de losbladige bundel Contractenrecht, hoofdstuk VII (Hondius). Mij voornamelijk baserend op dit werk zal ik de naar oud recht geldende regels in hoofdlijnen weergeven en aangeven of deze naar mijn mening ook naar NBW hun gelding behouden.

127. 1. Bij schriftelijke stukken die ondertekend zijn is de hoofdregel dat de wederpartij daaraan gebonden is.¹⁶

-
11. E.H. Hondius, Toepasselijkheid van algemene voorwaarden / Artikelen 3.2.2-3, 6.5.2A.1 e.v. Nieuw BW (bespreking van HR 21-11-86, NJ 87, 946 (Tolbeck/Swindak), KwNBW 87, p. 30-32.
 12. HR 20-11-81, NJ 82, 517, m.nt. CJHB; AA 82, p.247, m.nt. G; De HR besliste dat in het handelsverkeertussen ondernemingen geen andere eisen voor de toepasselijkheid van algemene voorwaarden behoren te worden gesteld dan in het algemeen gelden voor het totstandkomen van een overeenkomst."
 13. Vgl. ook MvT Inv. Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1573: "*De bepaling (art. 6:232, rhc) komt er derhalve op neer dat de algemene regels van de artikelen 3.2.2 en 3.2.3 inzake het totstandkomen van rechtshandelingen wel beslissen over de vraag of algemene voorwaarden als geheel onderdeel zijn gaan uitmaken van de contractsinhoud (...), maar dat op die regels geen beroep kan worden gedaan ten betoge dat een of meer van die bedingen niet tussen partijen zijn komen te gelden in verband met bijv. het onredelijke of ongebruikelijke karakter van hun inhoud of met de onmogelijkheid daarvan voor of bij de contractssluiting kennis te nemen.*" Art. 3.2.2 en 3.2.3 zijn thans art. 3:33 en 35.
 14. "Voor zover", want er is maar een enkele uitpraak in die zin bekend: Hof 's-Hertogenbosch 5-4-83, NJ 84, 484 (Vermeulen/Calimero): verwijzing naar algemene voorwaarden in kleine letters aan de voet van een brief was niet voldoende voor gebondenheid omdat i.c. een professionele aannemer stond tegenover een 23-jarige automonteur, die niet deskundig was en die niet op algemene voorwaarden bedacht was.
 15. Zie bijvoorbeeld het derde onderdeel in HR 20-11-81, NJ 82, 517, m.nt. CJHB (Holleman/de Klerk), waarover nr. 122 en 217.
 16. Contractenrecht VII (Hondius), nr. 15. Onbekendheid met de inhoud is geen verweer: Contractenrecht VII

Stukken die algemene voorwaarden bevatten en die ondertekend plegen te worden, zijn o.a. aanvraagformulieren, orderformulieren, contracten en contractsformulieren en orderbevestigingen.
Er zijn een aantal nuanceringen:

- De wijze van totstandkoming van de overeenkomst waarin de algemene voorwaarden - of een verwijzing daarnaar - zijn opgenomen kan tot een ander oordeel leiden.¹⁷
- Als de akte slechts een bewijsstuk is van hetgeen mondeling is overeengekomen, en onverwachts nieuwe bedingen blijkt te bevatten is de wederpartij daaraan niet gebonden.¹⁸
- Soms worden niet toepasselijk geacht: algemene voorwaarden die onder de handtekening staan, of een verwijzing daarnaar.¹⁹
- Voor bedingen die op de achterzijde van een stuk zijn afgedrukt wordt soms een verwijzing vereist²⁰, maar de Hoge Raad heeft dit vereiste - in navolging van het hof - niet gesteld in een geval waarin het de wederpartij (ook zonder een verwijzing) niet kon ontgaan dat er algemene voorwaarden waren.²¹
- Ook als de voorwaarden in een voor de wederpartij vreemde taal zijn gesteld is hij in beginsel gebonden.²²
- Vaak stuurt de gebruiker aan de wederpartij een orderbevestiging met het verzoek om het duplicaat getekend te retourneren. De rechtspraak is verdeeld over het geval dat de wederpartij dit getekend retourneren nalaat: soms wordt geen wilsovereenstemming aangenomen, soms wordt wilsovereenstemming aangenomen omdat de algemene voorwaarden zonder protest behouden zijn.²³

De hoofdlijn in het bovenstaande is dat men aan een ondertekend schriftelijk stuk gebonden is, tenzij de gebruiker er niet op mocht vertrouwen dat de geplaatste handtekening ook betekende dat de wederpartij de algemene voorwaarden aanvaardde. De gebruiker mag daar niet op vertrouwen als niet zeker was dat de wederpartij wist dat zijn handtekening ook de algemene voorwaarden gold (bijvoorbeeld bij algemene voorwaarden die zijn 'verstopt' op de achterkant van een ondertekend stuk). Ook kunnen de omstandigheden dusdanig zijn geweest dat de gebruiker er niet op mocht vertrouwen dat de wederpartij beseftte dat hij voor **deze** algemene voorwaarden tekende (bijvoor-

-
17. HR 9-12-77, NJ 78, 187, m.nt. GJS (Towell/Janson). Het betrof een in het Engels gestelde overeenkomst, die was overtuigd op briefpapier waarop in het Nederlands werd verwezen naar algemene voorwaarden. De wederpartij beheerste de Nederlandse taal niet en de toepasselijkheid van de algemene voorwaarden was niet ter sprake gekomen. Onder die omstandigheden werd geen gebondenheid aangenomen. De opvatting "...dat op overeenkomsten, gesteld op papier waarop voorkomt een verwijzing naar standaardvoorwaarden gelijk hier gebezigd, die voorwaarden van toepassing zijn tenzij zou blijken dat de toepasselijkheid ervan door partijen is uitgesloten" vindt volgens de HR in haar algemeenheid geen steun in het recht.
 18. Contractenrecht VII (Hondius), nr. 17.
 19. Contractenrecht VII (Hondius), nr. 17, waarover kritisch: J.M. van Dunné, Verbintenissenrecht in ontwikkeling / Op de grenzen van geldend en wordend recht, supplement 1987, Deventer (1987), p. 21. In andere zin ook: Hof 's-Hertogenbosch 9-4-90, NJ 90, 840.
 20. Contractenrecht VII (Hondius), nr. 16.
 21. HR 21-11-86, NJ 87, 946 (Tolbeck/Swindak). Het hof achtte de wederpartij gebonden op grond van twee argumenten: ten eerste behoorden beide partijen tot wereld van de aannemers, waarin algemene voorwaarden veelvuldig worden gehanteerd; de wederpartij had erop bedacht moeten zijn dat de hem gezonden orderbevestiging voorwaarden zou kunnen inhouden. Ten tweede had hij die voorwaarden kunnen en moeten opmerken, omdat deze waren afgedrukt op de achterzijde van de eerste pagina terwijl de orderbevestiging uit twee pagina's bestond.
 22. Contractenrecht VII (Hondius), nr. 20, zie echter het door Hondius aangehaalde hof-arrest inzake Towell/Janson (waarover nr. 127).
 23. Contractenrecht VII (Hondius), nr. 18.

beeld indien na mondelinge onderhandelingen die in een schriftelijk stuk zijn vastgelegd in dat stuk nieuwe bedingen worden opgenomen). Dit is m.i. in overeenstemming met de algemene regels voor het totstandkomen van een overeenkomst en zal dus ook naar NBW gelden.

128. 2. Bij de overhandiging of toezending van schriftelijke stukken betreffende de overeenkomst voorafgaande aan of bij het sluiten van die overeenkomst is de wederpartij daaraan in het algemeen gebonden.²⁴

Schriftelijke stukken **voorafgaande aan het sluiten van de overeenkomst** kunnen o.a. zijn: een prijscourant, een catalogus, veilingcondities, offertes, een bestek, cognossementen, celen en reçu's. Ook de orderbevestiging is soms te beschouwen als een stuk dat voorafgaat aan de sluiting van de overeenkomst, namelijk als een orderbevestiging een schriftelijke bevestiging is van een mondeling aanbod.

Schriftelijke stukken **bij het totstandkomen van de overeenkomst** kunnen o.a. zijn: aanvaardingsbrieven, vrachtbrieven, en plaatsbewijzen. Aanvaardingsbrieven dragen soms de naam orderbevestiging. Gebondenheid wordt niet aangenomen in o.a. de volgende gevallen²⁵:

- In correspondentie voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomst, vond verwijzing plaats, maar deze verwijzing is te lang geleden.

- Een meer recent geschrift bevat geen algemene voorwaarden.

De gebruiker zal moeten bewijzen dat de algemene voorwaarden toegezonden zijn.²⁶

Ook dit lijkt me geen afwijking van de algemene regels.

De twee uitzonderingsgevallen zijn duidelijke toepassingen van het vertrouwensbeginsel.

Naar **NBW** zal m.i. ook hierin niets veranderen. Nieuw is echter de rol die art. 6:225 kan spelen. Over de orderbevestiging die een schriftelijke bevestiging is van een mondeling aanbod zegt de MvA I het volgende:

"Indien A aan B een schriftelijke bevestiging stuurt van zijn mondelinge order (aanbod) aan B, maakt de verwijzing naar algemene deel uit van het aanbod, zodat de voorwaarden op de te sluiten overeenkomst toepasselijk zullen zijn, tenzij B de toepasselijkheid afwijst (art. 6.5.2.8, lid 3)".

Over de orderbevestiging die in feite een aanvaardingsbrief is zegt diezelfde MvA I:

"Indien echter B een aanbod van A schriftelijk 'bevestigt', dat wil zeggen aanvaardt, dan wijkt die aanvaarding door de verwijzing naar B's algemene voorwaarden af van het aanbod. De gevolgen hiervan zijn geregeld in artikel 6.5.2.8, leden 1 en 2; werd ook reeds in A's

24. Contractenrecht VII (Hondius), nr. 23-34.

25. Contractenrecht VII (Hondius), nr. 25.

26. Contractenrecht VII (Hondius), nr. 40.

aanbod naar algemene voorwaarden verwezen, dan komt aan B's verwijzing in beginsel geen werking toe (artikel 6.5.2.8, lid 3).²⁷

27. Art. 6.5.2.8 is thans art. 6:225. Beide citaten komen uit: MvA I Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1619. In het eerste citaat is de verwijzing naar art. 6:225 lid 3 alleen juist als de ontvanger tegenover de algemene voorwaarden van het aanbod zijn eigen voorwaarden stelt. Is dat niet het geval, dan geldt het afwijzen van de bij het aanbod behorende voorwaarden als een verwerping van het aanbod en een nieuw aanbod (zie art. 6:225, lid 1).

129. 3. Bij de overhandiging of toezending van schriftelijke stukken betreffende de overeenkomst na het sluiten daarvan is de wederpartij daaraan soms wel, soms niet gebonden.²⁸

Toepasselijkheid is mogelijk, maar meestal wordt de voorwaarde gesteld dat het overhandigen of toezenden kort na het totstandkomen van de overeenkomst moet geschieden.²⁹

- Over correspondentie na het totstandkomen van de overeenkomst is de rechtspraak verdeeld.³⁰
- *"Volgens vaste rechtspraak wordt in het handelsverkeer degeen die niet binnen korte tijd tegen de inhoud van een bevestigingsbrief bezwaar maakt, geacht met deze inhoud akkoord te zijn gegaan."*, aldus Hondius.³¹

De belangrijkste in de rechtspraak gemaakte uitzonderingen m.b.t. de gebondenheid aan bevestigingsbrieven zijn³²:

- Gebondenheid geldt niet voor consumenten en volgens sommige uitspraken ook niet voor eenvoudige kooplieden.
- Gebondenheid geldt niet voor ongebruikelijke clausules.
- *"Volgens vrijwel vaste rechtspraak kan de toepasselijkheid van standaardvoorwaarden niet bereikt worden door vermelding of verwijzing op factuur, nota of rekening."*³³

Gebondenheid is wel aangenomen in geval van betalingsvoorwaarden.³⁴ Ook nam de rechtspraak vroeger wel aan dat gebondenheid kan ontstaan indien de algemene voorwaarden door het telkens toezenden ervan (achterop de factuur of door verwijzing op de factuur) tussen partijen een bestendig gebruikelijk beding worden.³⁵ Deze laatste route is in 1991 door de Hoge Raad afgesloten.³⁶

28. Contractenrecht VII (Hondius), nr. 35-46c.

29. Contractenrecht VII (Hondius), nr. 36.

30. Contractenrecht VII (Hondius), nr. 37.

31. Contractenrecht VII (Hondius), nr. 40; Hondius wijst echter op het feit dat stilzwijgende aanvaarding niet al te snel mag worden aangenomen, gezien het in nr. 127 genoemde arrest Towell/Janson.

32. Contractenrecht VII (Hondius), nr. 41.

33. Contractenrecht VII (Hondius), nr. 44.

34. Contractenrecht VII (Hondius), nr. 45. Zie echter nr. 130.

35. Contractenrecht VII (Hondius), nr. 45, 85.

36. HR 15-3-91, RvdW 91, 78 (Van Lente & Visscher/Ossfloor). De HR overweegt in deze uitspraak dat in haar algemeenheid niet als juist kan worden aanvaard de stelling dat tussen professionele contractanten die bedacht moeten zijn op de toepasselijkheid van algemene voorwaarden, de toepasselijkheid van algemene voorwaarden reeds moet worden aangenomen op de enkele grond dat de facturen betreffende eerdere transacties tussen dezelfde partijen, de mededeling bevatten dat bepaalde voorwaarden van toepassing zijn.

130. Wat de bevestigingsbrief betreft neemt de MvA I³⁷ een genuanceerder standpunt in dan de rechtspraak tot op heden deed. Moeilijkheden doen zich vooral voor als pas in de orderbevestiging naar algemene voorwaarden wordt verwezen. Als een orderbevestiging een bevestiging is van een gesloten overeenkomst kan deze soms wel en soms niet een wijziging brengen in hetgeen tussen partijen is overeengekomen: Als de ontvanger van de orderbevestiging op algemene voorwaarden niet bedacht behoefde te zijn kan een verwijzing naar algemene voorwaarden, opgenomen in een orderbevestiging de overeenkomst niet wijzigen. Veelal is echter slechts overeenstemming bereikt over de essentialia en completeert de orderbevestiging de overeenkomst. Dan kan een verwijzing naar algemene voorwaarden wel werking hebben.³⁸

Deze opvatting leent zich er m.i. voor om in het nieuwe recht in het algemeen te worden toegepast op schriftelijke stukken die worden toegezonden of overhandigd na het sluiten van de overeenkomst. Als na het sluiten van een overeenkomst schriftelijke stukken worden toegezonden of ter hand gesteld zal de wederpartij daar vaak niet op reageren. Een uitdrukkelijke wilsverklaring ontbreekt. Of het stilzwijgen nu als een instemming mag worden opgevat is een kwestie van al dan niet gerechtvaardigd vertrouwen (art. 3:35).

De MvA I spreekt over een verwijzing naar algemene voorwaarden, maar met een verwijzing naar algemene voorwaarden staat m.i. gelijk het in het schriftelijke stuk opnemen van de algemene voorwaarden. Volgens deze opvatting is dus niet de persoon van de wederpartij of de inhoud van de clausules bepalend voor de gebondenheid. Wel bepalend is of de gebruiker erop mocht vertrouwen en de wederpartij er mee rekening diende te houden dat de gesloten overeenkomst nog door het schriftelijk stuk - met daarin (een verwijzing naar) algemene voorwaarden - zou worden aangevuld. Naar mijn mening moet men een schriftelijk stuk na het sluiten van de overeenkomst zien als een aanbod tot het aanvullen van de overeenkomst. Als de gebruiker erop mocht vertrouwen dat deze aanvulling zou geschieden en de wederpartij hiermee rekening diende te houden, brengt het vertrouwensbeginsel met zich mee dat het niet reageren op zo'n schriftelijk stuk als een aanvaarding mag worden beschouwd.

De wederpartij hoeft naar ik meen onder normale omstandigheden geen rekening te houden met betalingsvoorwaarden die pas op een factuur, nota of rekening worden vermeld en zal daar dus niet aan gebonden zijn.

131. 4. Een verwijzing naar algemene voorwaarden wordt in veel gevallen met de terhandstelling van de tekst gelijkgesteld.³⁹

37. Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1619-1620.

38. De MvA I Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1620 stelt: "Art. 6.5.2.8, lid 3 is van toepassing: de eerste verwijzing naar algemene voorwaarden geldt." Art. 6.5.2.8 is thans art. 6:225.

Genoemd lid geeft echter een regel voor het geval beide partijen naar verschillende algemene voorwaarden verwijzen, welke situatie zich niet voordoet als één van de partijen de overeenkomst wil aanvullen met zijn schriftelijk stuk. In dit laatste geval moet de situatie beoordeeld worden aan de hand van de gewone regels, art. 3:33 en 35.

39. Contractenrecht VII (Hondius), bijvoorbeeld nr. 23, 26, 27, 28, 32 en 40; zie in het algemeen over de

Onder het oude recht wordt een verwijzing naar algemene voorwaarden vrijwel gelijkgesteld met de vermelding van die voorwaarden zelf in een schriftelijk stuk. Aan de verwijzing worden een aantal eisen gesteld:

Een algemene eis is: *"De bepalingen (...) moeten op zodanige wijze zijn aangeduid, dat zij bij normale oplettendheid de aandacht van de koper kunnen trekken en tevens voor hem begrijpelijk zijn."*⁴⁰

Minder strenge eisen gelden o.a.⁴¹:

- als de voorwaarden reeds op een eerdere overeenkomst van partijen van toepassing waren;
- als de voorwaarden in een bepaalde branche gebruikelijk zijn;
- als de wederpartij dezelfde standaardvoorwaarden ook gebruikt.

Meestal wordt verwezen naar bij een griffie van een Rechtbank of bij een Kamer van Koophandel gedeponeerde algemene voorwaarden.

verwijzing nr. 48-57.

40. Rb Amsterdam 23-5-30, NJ31, 578 = W 12 197; Contractenrecht VII (Hondius), nr. 48.

41. Contractenrecht VII (Hondius), nr. 48.

De situatie naar **NBW** zal niet anders zijn dan onder het oude recht: verwijzing naar algemene voorwaarden zal voldoende zijn voor gebondenheid. De gebruiker die slechts verwijst naar zijn algemene voorwaarden voldoet echter in de regel niet aan zijn informatieplicht, waardoor de voorwaarden **vernietigbaar** zijn.⁴²

132. 5. Bij algemene kennisgeving op borden is de wederpartij onder bepaalde omstandigheden gebonden.⁴³

Eenzijds zijn er algemene voorwaarden op borden die deel uit gaan maken van een ter plaatse van het bord te sluiten overeenkomst, anderzijds zijn er borden met exoneratieclausules. Vooral borden met exoneratieclausules bij haventerreinen zijn in de rechtspraak berucht geworden. De rechtspraak neemt doorgaans gebondenheid aan en stelt de volgende vereisten:

- Het bord moet op een duidelijk zichtbare plaats zijn aangebracht.
- De letters moeten duidelijk leesbaar zijn.
- Voor het betreden van het terrein of het sluiten van een overeenkomst moet het bord zichtbaar zijn geweest.⁴⁴

Er zijn twee uitspraken bekend waarin een **verwijzing** naar algemene voorwaarden op een bord niet werd geaccepteerd.⁴⁵

Hoe de gebondenheid is te verklaren is omstreden. Bannier verdedigt dat bij de exoneratieclausules moet worden uitgegaan van een stilzwijgende overeenkomst.⁴⁶

Naar **NBW** is te verwachten dat in deze gevallen onder de naar oud recht gestelde eisen gebondenheid zal worden aangenomen. Of aan de informatieplicht is voldaan, hangt af van de omstandigheden.⁴⁷

133. 6. Andere vormen van algemene kennisgeving hebben geen gebondenheid tot gevolg.⁴⁸

Het publiceren van algemene voorwaarden in kranten, tijdschriften, vakbladen etc. wordt in de rechtspraak onvoldoende geacht.

42. Zie nader nr. 160 e.v. met betrekking tot informatieplicht en nr. 163 betreffende het deponeren van algemene voorwaarden.

43. Contractenrecht VII (Hondius), nr. 72, 73.

44. Ook als aan deze voorwaarden is voldaan wordt niet altijd gebondenheid aangenomen, zie bijvoorbeeld: Hof 's-Gravenhage, 6-10-78, S&S 80, 58. Een bord met een exoneratie ("*Ieder die zich op deze terreinen ophoudt met eventuele vervoermiddelen en goederen bevindt zich daar op eigen risico*") is geen deel uit gaan maken van de overeenkomst met de vervoerder, want de chauffeur moest zich ter uitvoering van de overeenkomst wel op het terrein begeven.

45. Hof 's Gravenhage, 28-11-88, NJ 90, 550: geen toepasselijkheid van Cebosinevoorwaarden, in een geval dat een scheepswerf die de toepasselijkheid op borden zou hebben vermeld. Het Hof stelt: "*De toepasselijkheid van algemene voorwaarden, zo niet uitdrukkelijk overeengekomen, pleegt te worden bedongen doordat brieven en facturen ernaar verwijzen*". De opdracht was i.c. mondeling gegeven. (De verwijzing in facturen zal volgens de recente rechtspraak van de Hoge Raad zelden of nooit tot gebondenheid leiden, zie nr. 129.) In dezelfde zin reeds: Rb Haarlem, 28-9-82, S&S 83, 54.

46. F.A.W. Bannier, Terrein-risico, NJB 73, p. 313-319; hij verwerpt de alternatieven namelijk risicoaanvaarding van de betreder van een terrein of de constructie dat de terreineigenaar alleen toestemming geeft voor betreding onder de voorwaarde dat de betreder hem niet aansprakelijk zal stellen.

47. Zie nr. 160 e.v.

48. Contractenrecht VII (Hondius), nr. 75-76.

Het deponeren van algemene voorwaarden is op zichzelf niet voldoende voor de gebondenheid. Gebondenheid ontstaat wel als de gebruiker uitdrukkelijk naar dat depot verwijst.⁴⁹ Naar **NBW** is te verwachten dat hetzelfde zal worden aangenomen.

134. 7. Is een beding tussen partijen bestendig gebruikelijk, dan is de wederpartij daaraan gebonden.⁵⁰

“Wanneer partijen reeds eerder overeenkomsten met elkaar hebben gesloten, waarop bepaalde standaardcondities toepasselijk waren, worden zij veelal geacht de toepasselijkheid van deze condities stilzwijgend in hun volgende overeenkomst te hebben opgenomen.”⁵¹

Gebondenheid wordt uiteraard niet aangenomen bij een afwijkend beding. De fictie geldt verder alleen als sprake is van een lopende handelsrelatie. Over de situatie naar **NBW** zie het slot van nr. 136.

135. 8. Is een beding in een bepaalde tak van handel, beroep of bedrijf bestendig gebruikelijk, dan is de wederpartij daaraan gebonden.⁵²

Een bestendig gebruikelijk beding maakt krachtens art. 1383 BW (oud) deel uit van de overeenkomst. De rechtspraak neemt een 'bestendig gebruikelijk beding' aan als een beding algemeen (door bijna iedereen) en regelmatig (op bijna alle overeenkomsten) toepasselijk wordt verklaard in een bepaalde kring (bijvoorbeeld een bepaalde branche).⁵³ Bovendien moet dat beding dan ook nog deel uitmaken van de rechtsverhouding tussen partijen: Er moet een overeenkomst zijn; de ene partij moet behoren tot de kring die het bestendig gebruikelijk beding maakt en de andere partij moet dit weten en het bestendig gebruikelijk beding moet gebruikt worden in het soort overeenkomsten dat hier was gesloten.⁵⁴

De rechtspraak heeft slechts weinig voorwaarden als 'bestendig gebruikelijk' erkend, de belangrijkste zijn de Algemene Vervoers Condities (AVC) en de Fenex-condities.⁵⁵

136. In het **NBW** keert geen bepaling terug die met art. 1383 BW (oud) overeenkomt. Wel is in art. 6:248 de gewoonte als bron van verbintenissen opgenomen. De Toelichting op dit artikel zegt daarover dat dit zowel de algemene gewoonte als een plaatselijke gewoonte of een beroeps- of bedrijfsgebruik kan zijn. Of een beding dat bestendig gebruikelijk is wel of niet in de overeenkomst werd opgenomen, moet worden vastgesteld door uitleg van de wilsverklaringen van partijen en toepassing van het vertrouwensbeginsel.

49. Contractenrecht VII (Hondius), nr. 76. Zie echter nr. 131.

50. Contractenrecht VII (Hondius), nr. 79-98.

51. Contractenrecht VII (Hondius), nr. 79. Vgl. ook HR 21-9-90, RvdW 1990, 160 (Van der Ven/Stevens).

52. Contractenrecht VII (Hondius), nr. 87-98.

53. Contractenrecht VII (Hondius), nr. 88.

54. Zo ook HR 21-9-90, RvdW 1990, 160 (Van der Ven/Stevens).

55. Zie Contractenrecht VII (Hondius), nr. 90 en 92 en voor de AVC recent nog Rb Haarlem, S&S 90, 31.

"Er is geen enkele reden om een partij gebonden te achten aan een niet in het contract opgenomen beding, dat geen van beide partijen als een bestendig gebruikelijk beding kende of dat de ene partij niet als zodanig kende, terwijl de wederpartij zulks begreep (...)."56

De inhoud van een beding kan tot een gebruik met kracht van gewoonterecht worden. Het moet dan door de rechter ambtshalve worden toegepast. Wanneer dit het geval is, is aan de wetenschap en de rechtspraak overgelaten.

De toelichting gaat hiermee dus uit van de partijwil als grond voor de gelding van een bestendig gebruikelijk beding.⁵⁷ In ieder geval kan een beding niet tussen partijen gelden op grond van de gewoonte als zij dat beding geen van beiden kenden (en dus ook niet gewild kunnen hebben). Als degene die zich op het beding beroept het kende, maar de wederpartij niet, is het beding van toepassing als de eerste erop mocht vertrouwen dat de wederpartij het beding kende. Dit betekent m.i. - mede gezien de onder de vigeur van art. 1383 BW (oud) reeds terughoudende rechtspraak - dat consumenten zelden met de toepasselijkheid van een beding op grond van het gebruik te maken zullen krijgen. Geheel uitgesloten is dit echter niet. De Hoge Raad wijst in het arrest Van der Ven/Stevens (HR 21-9-90, RvdW 90, 160) op de mogelijkheid dat een beding bestendig gebruikelijk is (naar NBW zal men zeggen: gewoonte is)

"... in geval van plaatselijk gebruikelijke bedingen of bedingen die gebruikelijk zijn in bepaalde - bijvoorbeeld godsdienstige of etnische - kringen."

Overigens gaat de HR er in dit arrest (evenals de geciteerde toelichting op art. 6:248) van uit dat de gelding van een bestendig gebruikelijk beding niet tegen de partijbedoelingen in kan gaan. De HR stemt in met het oordeel van het hof

"... dat voor het slagen van een beroep op een bestendig gebruikelijk beding in ieder geval is vereist dat uit de stellingen van de partij die zich op dat beding beroept, voortvloeit dat de wederpartij ermee bekend was of had behoren te begrijpen dat, ingeval zij op dit punt zou zwijgen, het beding als bestendig gebruikelijk van toepassing zou zijn."

Hoewel de HR redeneert vanuit de wederpartij en niet vanuit degene die zich op het beding wil beroepen zal het resultaat meestal hetzelfde zijn.⁵⁸ Als iemand iets koopt en daarbij een voor hem vreemde branche betreedt (hetgeen de verkoper weet) kan men met de toelichting zeggen dat de koper het beding niet als "gewoonte" kende, terwijl de verkoper zulks begreep en dat het dus niet tussen partijen geldt. Men kan ook met de Hoge Raad zeggen dat de verkoper in dit geval niet zal kunnen stellen dat de wederpartij het beding kende of had behoren te begrijpen dat ingeval zij op dit punt zou zwijgen, het beding als "gewoonte" van toepassing zou zijn.

56. Parl. Gesch. Boek 6, p. 920.

57. Kritisch daarover: B.E. Reinhartz, Bestendig gebruikelijk beding, BW-krant jaarboek 1988, Leiden (1988), p. 27. Reinhartz meent dat art. 1383 BW (oud) een nuttige functie heeft en dat het overboord zetten van deze bepaling "... een onnodige stap terug is naar de fictie van de partijwil."

58. Zo ook: W.J.G. Oosterveen, Een financieringsclausule als bestendig gebruikelijk beding, Bb 1990, 249-251.

De toepasselijkheid van bepaalde algemene voorwaarden op grond van het feit dat deze "gewoonte" zijn heeft weinig praktisch belang als vervolgens blijkt dat deze voorwaarden vernietigbaar zijn omdat de informatieplicht niet is nageleefd. Naar mijn mening zal het praktisch belang van de gelding op grond van de "gewoonte" inderdaad veel geringer zijn dan men op het eerste gezicht zou denken door de werking van de informatieplicht.⁵⁹

Gebondenheid volgens het Duitse recht

137. In Duitsland gelden voor de gebondenheid volgens '2⁶⁰ de volgende vereisten:

1. De gebruiker moet uitdrukkelijk verwijzen naar zijn algemene voorwaarden; als dit wegens de aard van de overeenkomst op relatief grote moeilijkheden stuit kan hij deze verwijzing verrichten door een duidelijk zichtbaar bord op de plaats waar de overeenkomst wordt gesloten.
2. De gebruiker moet de wederpartij een redelijke mogelijkheid bieden om van de inhoud van de algemene voorwaarden kennis te nemen.
3. De wederpartij moet met de gelding van de algemene voorwaarden instemmen.

Wordt aan één van deze vereisten niet voldaan, dan is de overeenkomst tot stand gekomen, maar zonder de algemene voorwaarden.⁶¹ Het BGH heeft echter in een geval waarin vaststond dat de wederpartij over de toepasselijkheid van algemene voorwaarden was geïnformeerd, gebondenheid aangenomen, ook al had de gebruiker niet aan alle op hem volgens ' 2 rustende verplichtingen voldaan.⁶² De regeling betreffende de gebondenheid en informatieplicht geldt niet als de wederpartij een 'Kaufmann' is.⁶³

138. Centraal in ' 2 is de verwijzing naar de algemene voorwaarden, het eerste vereiste. De verwijzing moet **uitdrukkelijk** en **duidelijk** zijn en plaatsvinden **bij het sluiten van de overeenkomst**.

Dit vereiste betekent dat de 'Verkehrssitte' (' 157 BGB) als uitlegmiddel buiten spel staat⁶⁴: Ook in branches zoals de bankbranche, waar bepaalde algemene voorwaarden niet alleen gebruikelijk zijn, maar waar daarover binnen de betreffende kring ook overeenstemming bestaat, is toch bij elke overeenkomst een uitdrukkelijke verwijzing nodig.

139. Er moet worden verwezen naar **bepaalde** algemene voorwaarden. Een verwijzing naar de *op het moment van het sluiten van de over-*

59. Zie hierover nr. 164.

60. Men bedenke bij het onderstaande voortdurend dat § 2 AGBG niet geldt als de wederpartij een 'Kaufmann' is, zie § 24 AGBG en nr. 147.

61. § 6, Abs. 1 AGBG; Bunte, Handbuch, p. 9 en Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen § 2, Rdnr. 24. Het niet voldoen aan de informatieplicht leidt in Duitsland tot niet-toepasselijkheid, in Nederland echter tot vernietigbaarheid.

62. BGH, 18-6-86, ZIP 1986, 1126 = NJW-RR 1987, 112.

63. Zie nader nr. 147.

64. Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen § 2, Rdnr. 19, 23.

eenkomst geldige versie is voldoende, mits dit via de informatieplicht nader geconcretiseerd wordt.⁶⁵

65. Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen 2, Rdnr. 25, met verwijzing naar BGH, 9-6-83, AGBE IV, 23, nr. 1 = AGBE IV, 29, nr. 3 = NJW 1983, 2701; OLG München WM 1982, 550. Anders ligt dit bij duurovereenkomsten, zie Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen 2, Rdnr. 65, en paragraaf 5.8.

Als de gebruiker met verschillende sets algemene voorwaarden werkt, moet uit de verwijzing duidelijk blijken welk set bedoeld wordt. Zo niet dan is de verwijzing onvoldoende bepaald en geldt de overeenkomst zonder algemene voorwaarden. Er kan wel verwezen worden naar verschillende sets algemene voorwaarden.⁶⁶ Een doorverwijzing in algemene voorwaarden naar weer andere algemene voorwaarden is in beginsel mogelijk, maar is niet toelaatbaar als het geheel van regels zo complex wordt dat het voor de wederpartij onbegrijpelijk is.⁶⁷ Het BGH heeft in de bouw een doorverwijzing naar de VOB/B (enigszins te vergelijken met de Nederlandse UAV) toelaatbaar geacht.⁶⁸

140. De verwijzing kan zowel schriftelijk als mondeling plaatsvinden. Als een gebruiker een **schriftelijk** aanbod doet mag in beginsel ook een schriftelijke verwijzing naar de algemene voorwaarden verwacht worden; het enkel op de achterzijde afdrukken of bijvoegen van algemene voorwaarden zonder verwijzing is onvoldoende.⁶⁹ Als de **wederpartij** een schriftelijk aanbod doet, zal dat in de regel een aanbod zijn zonder toepasselijkverklaring van de algemene voorwaarden van de gebruiker, ook als deze in een prijslijst, catalogus of prospectus naar de algemene voorwaarden heeft verwezen. Wil de gebruiker toch dat de algemene voorwaarden deel uit gaan maken van de overeenkomst, dan moet hij een nieuw aanbod doen.⁷⁰ Dit kan in de vorm van een opdrachtbevestiging, maar een niet-reageren daarop is onvoldoende voor toepasselijkheid. In een enkel geval bevat het aanbod van de wederpartij een verwijzing naar de algemene voorwaarden van de gebruiker (bijvoorbeeld bij gebruik van een voorgedrukt bestel- of opdrachtsformulier). Dit is voldoende.⁷¹ Over de vraag of het aanvaarden van de prestatie wel als een aanvaarding van de algemene voorwaarden kan gelden, zijn de meningen verdeeld.⁷² Een stilzwijgende toepasselijkverklaring door de wederpartij wordt, als deze geen 'Kaufmann' is (en dus '2 van toepassing is), nooit aangemen, hoe gebruikelijk bepaalde voorwaarden in een branche ook zijn.⁷³

141. Wordt de overeenkomst **mondeling** gesloten, dan dient de verwijzing uitdrukkelijk mondeling te geschieden. Een verwijzing op een bord is onvoldoende, behalve in een aantal bijzondere gevallen, waarin een verwijzing wegens de aard van de overeenkomst op relatief grote moeilijkheden stuit.⁷⁴

66. Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen 2, Rdnr. 26.

67. Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen 2, Rdnr. 26 en 52; bovendien zal aan de informatieplicht vaak niet worden voldaan waar het de algemene voorwaarden betreft waarnaar wordt doorverwezen. Vgl. nr. 165.

68. BGH, 21-6-90, NJW 1990, 3197. Het BGH gaat er daarbij vanuit dat de tekst van de VOB/B aan de wederpartij wordt ter hand gesteld. Het fenomeen "verwijzen" komt ook in de wet voor en stelt geen bijzondere eisen aan de wederpartij. Een integratie van de eigen algemene voorwaarden en de VOB/B zou niet leiden tot een overzichtelijker geheel. Het zou bovendien het nadeel hebben dat de wederpartij niet kan zien welke delen van de algemene voorwaarden uit de VOB/B stammen en welke niet, hetgeen van belang kan zijn voor het raadplegen van over de uitleg van de VOB/B verschenen literatuur en rechtspraak.

69. Palandt-Heinrichs, 2, Anm. 2a; Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen 2, Rdnr. 29.

70. Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen 2, Rdnr. 30.

71. Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen 2, Rdnr. 32.

72. Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen 2, Rdnr. 31, noot 60.

73. Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen 2, Rdnr. 32.

74. Zie nr. 144; Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen 2, Rdnr. 33.

Als bij de gekochte zaak een garantiekaart in de verpakking zit dient daar uitdrukkelijk op te worden gewezen. *Om het formalisme niet te overdrijven ...* wordt het persoonlijk **overhandigen** van algemene voorwaarden met een uitdrukkelijke verwijzing gelijk gesteld.⁷⁵

75. Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen 2, Rdnr. 33.

Ook bij het sluiten van de overeenkomst per **telefoon** wordt een uitdrukkelijke mondelinge verwijzing vereist.⁷⁶ Bij het sluiten van een overeenkomst met behulp van **computers** kan de verwijzing door de gebruiker geschieden doordat deze voorkomt in de door de gebruiker vooraf geformuleerde opdrachtsverklaring.⁷⁷

142. De verwijzing moet zodanig zijn dat deze door de wederpartij ook bij een vluchtige beschouwing niet over het hoofd gezien kan worden.⁷⁸ Bij schriftelijke verwijzing moet het bijvoorbeeld een duidelijk zichtbare verwijzing op de voorzijde van het aanbod zijn. Bunte acht een vet- of roodgedrukte verwijzing aanbevelenswaardig.⁷⁹ Bij contractformulieren is automatisch voldaan aan het vereiste van de verwijzing.⁸⁰

Onvoldoende worden echter geacht:

- het verdekt opstellen van de verwijzing door deze op een onverwachte plaats te zetten of door kleine letters te gebruiken;⁸¹
- het op de achterzijde van een geschrift afdrukken van de AGB zonder verwijzing op de voorzijde;⁸²
- het bij een aanbod enkel toevoegen van een exemplaar van de algemene voorwaarden;⁸³

76. Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen \S 2, Rdnr. 35. Kötz wijst op de bewijsmoeilijkheden en suggereert als bewijsmiddel het laten meelopen van een bandrecorder; men kan ook de sluiting van de overeenkomst uitstellen totdat een schriftelijke verwijzing heeft plaatsgevonden; Kötz in Münch. Komm.-Kötz, \S 2, Rdnr. 8. Als de wederpartij de voorwaarden reeds kent is dit volgens het BGH niet nodig, zie BGH, 23-5-84, NJW 85, 850: het betreft een telefonisch gegeven opdracht aan een postzegelverlating. De opdrachtgever kende de voorwaarden, terwijl deze in de verlatingruimte waren opgehangen; het BGH acht de wederpartij gebonden aan de voorwaarden.

77. Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen \S 2, Rdnr. 35a.

78. Palandt-Heinrichs, \S 2, Anm. 2a.

79. Bunte, Handbuch, p. 9.

80. Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen \S 2, Rdnr. 29.

81. Palandt-Heinrichs, \S 2, Anm. 2a, met verwijzing naar Düss. VersR 82, 872 en Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen \S 2, Rdnr. 25, die o.a. verwijst naar OLG Düsseldorf, BB 1983, 84: een verwijzing die zich bevindt in een ten opzichte van de tekst drie kwart slag (270E) gedraaide lijst, is onvoldoende.

82. Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen \S 2, Rdnr. 29; Palandt-Heinrichs, \S 2, Anm. 2a, met verwijzing naar: LG Münster VersR 80, 100.

83. Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen \S 2, Rdnr. 25.

- het afdrukken van de algemene voorwaarden in een omvangrijke catalogus;⁸⁴
- een verwijzing in een vreemde taal, tenzij ook in die taal is onderhandeld.⁸⁵

143. De verwijzing moet hebben plaatsgehad **bij het sluiten van de overeenkomst**, dat wil zeggen in samenhang met de verklaringen die tot het totstandkomen van een bepaalde overeenkomst hebben geleid. Anders gezegd: de verwijzing moet worden gedaan tijdens de onderhandelingen over de overeenkomst.⁸⁶ Hieruit wordt afgeleid dat, ook als er een lopende 'handelsrelatie'⁸⁷ is tussen de gebruiker en de wederpartij, de verwijzing bij elke overeenkomst opnieuw nodig is. Verder betekent dit dat een verwijzing die men pas ontvangt na het sluiten van de overeenkomst (bijvoorbeeld een verwijzing op een toegangskaartje) niet voldoende is.⁸⁸ Bij voorverkoop wordt dan ook aangenomen dat aan de voorwaarden voor toepasselijkheid bij het voorverkoopadres moet zijn voldaan.⁸⁹ De verwijzing op een parkeerkaart die men uit de automaat trekt voor men de parkeergarage binnenrijdt is wel voldoende,⁹⁰ hoewel Ulmer in dergelijke gevallen meent dat van de wederpartij niet verwacht kan worden dat hij zonder bijzondere verwijzing van het meestal weinig opvallende beding kennis neemt.⁹¹ Meestal kan voor die verwijzing overigens wel met een bord worden volstaan, zie nr. 144.

Verwijzingen in afleveringsbonnen, paklijsten of rekeningen zijn in de regel te laat.⁹² Ze hebben ook geen betekenis voor volgende overeenkomsten tussen dezelfde partijen.⁹³

144. Soms stuit een verwijzing wegens de aard van de overeenkomst op relatief grote moeilijkheden. De Duitse literatuur onderscheidt twee categorieën van gevallen:

1. de gevallen waarin verwijzing niet mogelijk is door het ontbreken van persoonlijk contact met de wederpartij;⁹⁴
2. de gevallen waarin overeenkomsten massaal worden gesloten en uitdrukkelijke verwijzing wel mogelijk zou zijn, maar op relatief grote moeilijkheden zou stuiten.⁹⁵

84. LG Berlin 29-10-79, AGBE I, § 2, nr. 14 = MDR 80, 404. Als er een verwijzing plaatsvindt naar de algemene voorwaarden kan plaatsing van de algemene voorwaarden in een catalogus wel een mogelijkheid zijn om aan de informatieplicht te voldoen, zie nr. 165.

85. Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen § 2, Rdnr. 24, met verdere verwijzingen.

86. Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen § 2, Rdnr. 24.

87. 'Handelsrelatie', want § 2 AGBG geldt niet als de wederpartij een 'Kaufmann' is.

88. Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen § 2, Rdnr. 34, Palandt-Heinrichs, § 2, Anm. 2a, beiden met verdere verwijzingen. Anders: Staudinger-Schlosser § 2, Rdnr. 13. Kötz meent dat bij toegangskaarten etc. de verwijzing 'bij' het sluiten van de overeenkomst plaatsvindt, hetgeen tot gebondenheid leidt; Kötz in Münch. Komm.-Kötz, § 2, Rdnr. 7.

89. Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen § 2, Rdnr. 16.

90. Palandt-Heinrichs, § 2, Anm. 2a met verwijzing naar LG Köln, VersR 83, 69. Zo ook LG Frankfurt, 25-11-87, NJW-RR 88, 955.

91. Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen § 2, Rdnr. 34.

92. Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen § 2, Rdnr. 27 (met in bepaalde gevallen een uitzondering voor het eigendomsvoorbehoud); Bunte, Handbuch, p. 9 met verdere verwijzingen.

93. Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen § 2, Rdnr. 27, 59.

94. Palandt-Heinrichs, § 2, Anm. 2b; Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen § 2, Rdnr. 38.

95. Palandt-Heinrichs, § 2, Anm. 2b; Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen § 2, Rdnr. 39.

In deze gevallen kan de gebruiker volstaan met een duidelijk zichtbaar bord op de plaats waar de overeenkomst wordt gesloten.

Voorbeelden van **groep 1** zijn de gevallen waarin een automaat wordt gebruikt en bepaalde vervoerovereenkomsten. Voorbeelden van **groep 2** zijn de overeenkomsten met bioscopen, theaters, stadions, wasserijen, autowasserettes etc.

Twijfelgevallen zijn supermarkten en warenhuizen. Ulmer neemt aan dat bij de verkoop van massa-artikelen volstaan kan worden met een verwijzing op een bord (bijv. *geen ruiling*), maar dat voor andere artikelen een uitdrukkelijke verwijzing vereist is.⁹⁶

145. Het bord moet duidelijk zichtbaar zijn; het moet zonder meer in het oog springen.⁹⁷ Het moet zich bevinden op de plaats waar de overeenkomst wordt gesloten; een bord op de plaats waar de overeenkomst wordt uitgevoerd (bijvoorbeeld een hotelkamer) is dus niet voldoende.⁹⁸ Voldoende is dat het bord verwijst naar de algemene voorwaarden; de tekst daarvan hoeft niet op het bord te staan.⁹⁹ Bij wijziging van de voorwaarden kan men gewoon een gewijzigd bord neerhangen, maar de vaste klanten moeten speciaal op de hoogte worden gebracht.¹⁰⁰

146. Op de informatieplicht (**vereiste 2 in nr. 137**) ga ik in paragraaf 5.5 in. Wat de toestemming betreft (**vereiste 3**), deze hoeft niet schriftelijk en zelfs niet uitdrukkelijk te worden gegeven, maar kan ook in gedragingen besloten liggen.¹⁰¹ Wanneer de eerste twee vereisten vervuld zijn (er is verwezen naar de algemene voorwaarden en de wederpartij heeft een redelijke mogelijkheid gekregen daarvan kennis te nemen) en de overeenkomst komt tot stand, dan mag in de regel worden aangenomen dat de algemene voorwaarden van die overeenkomst deel uitmaken.¹⁰² Als pas in een orderbevestiging naar bijgevoegde algemene voorwaarden wordt verwezen mag echter uit het zwijgen van de wederpartij geen instemming worden afgeleid.¹⁰³ Ook bij borden met exoneratieclausules (bijvoorbeeld bij speelplaatsen en trimbanen) wordt uit zwijgen geen toestemming afgeleid.¹⁰⁴

147. De regeling betreffende de gebondenheid en informatieplicht geldt niet als de wederpartij een 'Kaufmann' is, ' 24.¹⁰⁵ Verder bevat ' 23 een aantal uitzonderingen. Zo is ' 2 niet van toepassing op

96. Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen \S 2, Rdnr. 40. Anders voor korte AGB: Muscheler BB 1986, 2279.

97. Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen \S 2, Rdnr. 44; Palandt-Heinrichs, \S 2, Anm. 2b.

98. Palandt-Heinrichs, \S 2, Anm. 2b, met verwijzing naar Staudinger-Schlosser \S 2, Rdnr. 21. Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen \S 2, Rdnr. 44, met verwijzing naar OLG München 24-1-80, BB 1980, 496 = AGBE I, \S 9, nr. 47.

99. Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen \S 2, Rdnr. 42, Palandt-Heinrichs, \S 2, Anm. 2b.

100. OLG Hamm, 8-6-79, AGBE I \S 2 nr. 8.

101. Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen \S 2, Rdnr. 61, met verwijzing naar BGH, 1-3-82, AGBE III, \S 2, nr. 3 = BB 1983, 15, m.nt. Bohle.

102. Palandt-Heinrichs, \S 2, Anm. 4a; Bunte, Handbuch, p. 11; hetzelfde geldt ook voor 'fehlerhafte Verträge' (overeenkomsten op basis van nietige wilsverklaringen) en 'sozialen Kontrakten' (gebruik van tram, parkeerplaats, elektrische stroom etc.) Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen \S 2, Rdnr. 17.

103. Bunte, Handbuch, p. 11.

104. Palandt-Heinrichs, \S 2, Anm. 4a, Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen \S 2, Rdnr. 61.

105. In feite treft dit dus slechts een deel van het handelsverkeer, vgl. over \S 24 nr. 112.

bepaalde vervoersvoorwaarden en op bepaalde door de overheid goedgekeurde voorwaarden van o.a. 'Bausparkassen', verzekeraars en 'Kapitalanlagegesellschaften'.

Voor de gebondenheid van 'Kaufleute' aan algemene voorwaarden gelden de regels zoals die door de rechtspraak reeds voor de inwerkingtreding van het AGBG waren ontwikkeld. Deze kunnen als volgt worden samengevat:

De wederpartij is gebonden als hij weet of moet weten dat de wederpartij algemene voorwaarden gebruikt en het voor hem duidelijk is dat de gebruiker alleen bereid is onder toepasselijkheid van zijn algemene voorwaarden een overeenkomst te sluiten.¹⁰⁶

106. Palandt-Heinrichs, § 2, Anm. 6; Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen § 2, Rdnr. 80.

Een **uitdrukkelijke** toepasselijkheidsverklaring geldt ook dan als de voorwaarden niet bij het voor de overeenkomst beslissende schriftelijk stuk waren gevoegd en eveneens als de wederpartij de voorwaarden niet kent,¹⁰⁷ mits hem desgevraagd wel de mogelijkheid wordt geboden van de algemene voorwaarden kennis te nemen.¹⁰⁸

Als de voorwaarden **niet uitdrukkelijk** van toepassing zijn verklaard kan toepasselijkheid niettemin worden aangenomen als de gebruiker kenbaar naar zijn algemene voorwaarden verwijst en de gedragingen van de wederpartij - alle omstandigheden in aanmerking genomen - als een instemming kunnen worden gekwalificeerd.¹⁰⁹ Hierbij gelden de volgende regels:

- Aan de verwijzing worden geen strenge eisen gesteld. Het bijvoegen van algemene voorwaarden bij een aanbod of het op de achterzijde van een aanbod afdrukken van algemene voorwaarden wordt als voldoende beschouwd, hoewel dit niet geldt voor overeenkomsten met 'Minderkaufleute'.¹¹⁰
- Als de wederpartij een aanbod doet en de gebruiker stuurt een opdrachtbevestiging met toepasselijkverklaring van zijn algemene voorwaarden is dit een nieuw aanbod, dat door de wederpartij aanvaard moet worden.¹¹¹
- Bevatten bevestigingsbrieven een verwijzing naar algemene voorwaarden dan gelden deze, behalve wanneer de gelding door de wederpartij wordt weersproken.¹¹² Dit geldt ook als de algemene voorwaarden geen onderwerp van onderhandeling zijn geweest of als ze niet waren bijgevoegd. Het afdrukken van de algemene voorwaarden op de achterzijde of het enkele bijvoegen van voorwaarden is echter niet voldoende.¹¹³
- In een lopende handelsrelatie - waaronder wordt verstaan dat partijen met een zekere regelmaat overeenkomsten sluiten - kunnen algemene voorwaarden toepasselijk worden door herhaalde ook voor de vluchtige lezer zonder meer kenbare verwijzingen. Echter de verwijzing mag niet op de achterzijde van de rekening staan. Ook een verwijzing bij een vroegere overeenkomst geldt niet, evenmin als een verwijzing in vroegere correspondentie. Ook een verwijzing op een afleveringsbon (of een ander schriftelijk stuk dat bij de wederpartij binnen komt na het sluiten van de overeenkomst) is onvoldoende, omdat deze de tot vertegenwoordiging van de wederpartij bevoegde personen doorgaans niet bereikt.¹¹⁴

148. Algemene voorwaarden zijn in het handelsverkeer ook zonder verwijzing toepasselijk als ze in een bepaalde branche gebruikelijk

107. Palandt-Heinrichs, § 2, Rdnr. 6a.

108. Zie over deze informatieplicht in het handelsverkeer naar Duits recht nr. 165.

109. Palandt-Heinrichs, § 2, Rdnr. 6b en c; algemene voorwaarden gelden alleen als hun toepasselijkheid uitdrukkelijk, of onder bepaalde omstandigheden ten minste stilzwijgend is overeengekomen: BGH, 3-12-87, BGHZ 102, 293 = NJW 1988, 1210.

110. Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen § 2, Rdnr. 80.

111. Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen § 2, Rdnr. 81.

112. Palandt-Heinrichs, § 2, Rdnr. 6c; Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen § 2, Rdnr. 88; OLG Frankfurt, 25-4-83, AGBE IV, § 24, nr. 4 = BB 1984, 177.

113. Palandt-Heinrichs, § 2, Rdnr. 6c.

114. Palandt-Heinrichs, § 2, Rdnr. 6b, zie ook Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen § 2, Rdnr. 86.

('branchenüblich') zijn.¹¹⁵ Het aanbod wordt dan geacht ook de toepasselijkheid van de gebruikelijke algemene voorwaarden te omvatten, ook zonder dat daarnaar verwezen wordt. Dit geldt niet in de volgende gevallen:

- de wederpartij is niet op de hoogte van wat in de branche gebruikelijk is;
- het betreft een voor de branche ongewone overeenkomst;
- over de overeenkomst is uitgebreid onderhandeld;
- het aanbod bevat omvangrijke bijzondere regelingen zonder te verwijzen naar de algemene voorwaarden van de gebruiker;

115. Palandt-Heinrichs, § 2, Rdnr. 6f; Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen § 2, Rdnr. 82-86.

- er wordt verwezen naar bepaalde algemene voorwaarden. In dit laatste geval wordt aangenomen dat niet daarnaast de in de branche gebruikelijke algemene voorwaarden gelden.¹¹⁶

Behalve in deze uitzonderingsgevallen gelden de in de branche gebruikelijke voorwaarden alleen als de wederpartij de toepasselijkheid daarvan niet heeft weersproken. Als de wederpartij het initiatief neemt tot het sluiten van de overeenkomst mag er niet van worden uitgegaan dat hij ook instemt met de toepasselijkheid van de in de branche gebruikelijke voorwaarden, tenzij hij weet of moet weten dat de gebruiker alleen onder toepasselijkheid van zijn algemene voorwaarden de overeenkomst wil sluiten. In verschillende branches is aangenomen dat de gebruikte voorwaarden 'branchenüblich' zijn.¹¹⁷

Hiervan is te onderscheiden de toepasselijkheid van algemene voorwaarden die als zogenaamd handelsgebruik (Handelsbrauch, '346 HGB) zijn erkend. Deze algemene voorwaarden gelden krachtens de wet, tenzij uitdrukkelijk weersproken. Slechts weinige algemene voorwaarden zijn als zodanig erkend.¹¹⁸

Een hoofdregel met enige kanttekeningen

149. Men zou zowel de Nederlandse als Duitse leer kunnen weergeven in de volgende hoofdregel: de wederpartij is gebonden als hij weet of redelijkerwijs moest weten dat de gebruiker algemene voorwaarden gebruikt en hij (de gelding van) die voorwaarden aanvaardt. Kennis van de inhoud is daarvoor niet noodzakelijk.

Bij deze hoofdregel maak ik enige kanttekeningen:

- Voor 'nicht-Kaufleute' geldt '2, dat een strengere eis stelt: er moet altijd een uitdrukkelijke verwijzing naar algemene voorwaarden hebben plaatsgevonden.
- Er is een verschil in het wettelijk stelsel, waardoor in Nederland het niet voldoen aan de informatieplicht leidt tot vernietigbaarheid van voorwaarden die in eerste instantie wel deel van de overeenkomst zijn. In het Duitse systeem geldt (als de wederpartij geen 'Kaufmann' is, en '2 dus van toepassing is) dat het niet voldoen aan de informatieplicht leidt tot niet-toepasselijkheid van de algemene voorwaarden.

116. Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen § 2, Rdnr. 83.

117. Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen § 2, Rdnr. 85, die o.a. noemt: transport- en expeditiebranche, verzekeringsbranche, bankbranche, gemeentelijke bedrijven (haven, ziekenhuis, luchthaven). Zo ook Palandt-Heinrichs, § 2, Anm. 6f.

118. Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen § 2, Rdnr. 91; Palandt-Heinrichs, § 2, Anm. 6f: het betreft alleen de ADS (algemene Duitse zeeverzekeringsvoorwaarden), de Tegernseer Gebräuche in de houthandel en bepaalde 'Trade-Terms'.

- Anders dan in Nederland wordt bij borden met exoneratieclausules in Duitsland aangenomen dat het daarop niet reageren geen toestemming betekent. Naar mijn mening moet worden genuanceerd. Een bord met een exoneratieclausule beschouw ik als een aanbod tot het aangaan van een overeenkomst. Er zal zelden of nooit op zo'n bord worden gereageerd door het afgeven van een uitdrukkelijke verklaring. Doorslaggevend is dus het vertrouwensbeginsel, art. 3:35. Bij een openbaar gebouw zou ik niet snel aannemen dat de welbekende formule ("*De directie is niet aansprakelijk ...*") betekent dat genoemde directie erop mag vertrouwen dat het feit dat ik in de omgeving van dat bordje mijn jas ophang ook inhoudt dat ik door deze gedraging het aanbod aanvaard en een overeenkomst sluit inhoudende de uitsluiting van aansprakelijkheid. In een openbaar gebouw komt men niet voor zijn plezier, maar omdat men er moet zijn. Men heeft geen keus en 'de directie' weet dat ook wel. Iets anders is of de directie zonder het bordje wel aansprakelijk zou zijn. Ik meen van niet, want de bezoeker weet ook wel dat van de directie niet gevergd kan worden dat zij alle garderobes bewaakt. In gevallen waarin men voor de keuze staat en een afweging van het risico kan maken (bijvoorbeeld bij het bezoeken van een bouwvallige ruïne) meen ik dat een uitsluiting van aansprakelijkheid op een bord wel als overeengekomen kan worden beschouwd. Toch kan ook bij plaatsen waar men vrijwillig vertoeft niet altijd worden aangenomen dat men instemt met een exoneratie. Denk bijvoorbeeld aan exoneraties bij speeltuinen en trimbanen.¹¹⁹ De bezoeker van dergelijke plaatsen mag immers verwachten dat de daar opgestelde toestellen veilig en goed onderhouden zijn.¹²⁰
- Volgens het Duitse recht geldt dat verwijzingen in afleveringsbonnen, paklijsten of rekeningen in de regel te laat zijn en ook geen betekenis hebben voor volgende overeenkomsten tussen dezelfde partijen.¹²¹ In het oude Nederlandse recht wordt in dergelijke gevallen soms wel betekenis voor volgende overeenkomsten aangenomen. Dit is m.i. slechts bij uitzondering juist. Deze verwijzingen komen immers niet alleen te laat, ze komen meestal ook op de verkeerde plaats terecht: niet bij degene die de overeenkomsten sluiten, maar bij de personen die zijn belast met de feitelijke uitvoering van de overeenkomst (personeel in het magazijn, de administratie etc.). De gebruiker mag er dan bij vervolgoedragen niet op vertrouwen dat de wederpartij (de verwijzing naar) zijn algemene voorwaarden kent. In de Duitse doctrine wordt erop gewezen dat niet alleen van belang is **wanneer** de gebruiker op zijn algemene voorwaarden wijst, maar ook **wie hij met die verwijzing bereikt**. De medewerkers in het

119. Zo het Duitse recht, zie nr. 146.

120. Voor een geval van door een gemeente geplaatst onveilig speelwerk: Hof 's-Hertogenbosch, 17-5-89, Tvc 89, p. 252. Het betrof twee houten uitkijktorens (hoogte 2,80 meter) met daartussen een speelplateau, geplaatst op een ondergrond van betonnen tegels. Het hof achtte de gemeente aansprakelijk voor de letselschade van een vierjarig kind, ook al had dat kind van de speelplaats gebruik gemaakt zonder dat de ouders toezicht hielden.

121. Zie hierboven nr. 147.

magazijn en de chef boekhouding geven niet aan de inkoopafdeling door dat op een binnengekomen pakbon of factuur algemene voorwaarden zijn afgedrukt. Het zou misschien een idee zijn voor een stiptheidsactie; in de dagelijkse praktijk van het bedrijfsleven hebben deze werknemers wel wat beters te doen. Toepassing van het vertrouwensbeginsel brengt m.i. met zich mee dat een verwijzing op een document, waarvan de gebruiker weet of moest weten dat het niet in handen zal komen van de personen die tot het sluiten van de overeenkomst bevoegd zijn, nimmer tot toepasselijkheid kan leiden.

- In het Duitse recht worden bij verwijzingen in algemene voorwaarden naar andere algemene voorwaarden bijzonder gelet op de begrijpelijkheid van het ontstane geheel. De algemene voorwaarden waarnaar wordt doorverwezen, zijn alleen toepasselijk als is voldaan aan de informatieplicht. Ook voor het Nederlandse recht is dit m.i. een juiste benadering.¹²²

5.3 De theoretische constructie van de gebondenheid

150. In de meeste gevallen is in ons recht de geopenbaarde wil¹²³ de grondslag van de gebondenheid aan een rechtshandeling, in een enkel geval is het opgewekt vertrouwen de grondslag. Bij algemene voorwaarden gebeurt het echter vaak dat de wederpartij bedingen ongelezen aanvaardt. Kan men zeggen dat hij ze gewild heeft? In veel gevallen weet de gebruiker ook dat de wederpartij (hoogstwaarschijnlijk) geen kennis neemt van de algemene voorwaarden. Kan men zeggen dat de wederpartij het vertrouwen heeft opgewekt dat hij met de voorwaarden instemde?

In de rechtspraak wordt algemeen aangenomen dat de wederpartij ook aan niet-gekende algemene voorwaarden gebonden is, mits hij de **gelding** ervan heeft **aanvaard**.¹²⁴ Deze regel wordt in art. 6:232 gecodificeerd.¹²⁵

De doctrine worstelt met het probleem hoe de gebondenheid aan algemene voorwaarden dogmatisch kan worden verklaard.¹²⁶ Het probleem zit daarbij overigens alleen in de gebondenheid aan niet-gekende bedingen.

Naar mijn mening is er sprake van een aanzienlijke spraakverwarring. Voor de duidelijkheid wil ik daarom vier gevallen onderscheiden¹²⁷:

1. de wederpartij kent de inhoud van de algemene voorwaarden, hij wil ze en verklaart dit ook;

122. Zie over de begrijpelijkheid van algemene voorwaarden paragraaf 5.9.

123. In het navolgende spreek ik kortweg over de wil; de wil is echter pas rechtens relevant indien deze is geuit.

124. Contractenrecht VII (Hondius), nr. 19.

125. De gebondenheid aan niet-gekende bedingen berust daarmee op de wet. Daarmee is overigens nog niet gezegd wat de **rechtsgrond** van deze gebondenheid is. Zie nader nr. 156.

126. Asser-Rutten II, zesde druk p.82.

127. Dit onderscheid berust op het feit dat zowel op het aanvaarden van gekende als van niet gekende bedingen moet beoordeeld worden aan de hand van art. 3:33 en 35, vgl. MvT Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1573 en Wessels/Jongeneel nr. 52.

2. de wederpartij kent de inhoud van de algemene voorwaarden en wekt het vertrouwen dat hij ze wil;
3. de wederpartij kent de inhoud van de algemene voorwaarden **niet**, maar wil de gelding ervan en verklaart dit ook;
4. de wederpartij kent de inhoud van de algemene voorwaarden **niet**, maar wekt het vertrouwen dat hij de gelding aanvaardt.

Al deze vier gevallen komen voor, al zal het derde geval zich in de praktijk het meest veelvuldig voordoen.

151. De dogmatische onderbouwing van de gebondenheid is bij het eerste en tweede geval geen probleem, grondslag is de wil respectievelijk het vertrouwen, art. 3:33 en 35. Het gaat om het derde en vierde geval: gebondenheid aan niet-gekende bedingen. In de literatuur heeft men echter meestal slechts in het algemeen 'de gebondenheid aan algemene voorwaarden' aan de orde gesteld.

Deze gebondenheid werd soms gebaseerd op de **wil of wilsonderwerping** van de wederpartij. Zij kent de bedingen weliswaar niet, maar wil ze toch. Aanhangers van deze theorie zijn o.a. Bregstein,¹²⁸ Zeylemaker,¹²⁹ en Rutten.¹³⁰

Bezwaar tegen deze opvatting is de tegenwerping: "*Hoe kan men iets willen wat men niet kent?*".¹³¹ Bij nadere beschouwing blijkt echter dat de aanhangers van de wils (onderwerpings) theorie niet meer bedoelen dan dat men de **gelding** van niet-gekende bedingen kan willen.

Zeylemaker zegt bijvoorbeeld:

*"Men wil, omdat men voelt zich te **onderwerpen** aan een veilige regeling, deskundig en onpartijdig opgemaakt, of omdat men nu eenmaal niet anders kan dan zich onderwerpen, maar men wil en men weet dat men wil."*¹³²

Zo ook **Rutten**:

*"... hoewel de adherent de algemene voorwaarden oppervlakkig of zelfs in het geheel niet heeft gelezen en hij die voorwaarden dus niet of slechts gedeeltelijk kende, heeft hij zich willens en wetens aan die voorwaarden **onderworpen** en gewild, dat hij volgens de inhoud van de daarin opgenomen bedingen rechtens zou worden gebonden. Mogelijk deed hij dit zonder er zich van te vergewist te hebben of sommige bedingen nadelig voor hem zouden kunnen zijn, maar niettemin heeft hij zijn **gebondenheid** aan de algemene voorwaarden **aanvaard**, met alle kwade kansen van dien."*¹³³

Uitdrukkelijk in deze zin met betrekking tot door een ander dan partijen opgestelde voorwaarden: **Bregstein**:

128. Bregstein, p. 23-24. Men kan Bregstein echter ook bij de vertrouwensleer indelen, zie nr. 153.

129. Zeylemaker, p. 76 e.v.

130. Asser-Rutten II, zesde druk, p. 83.

131. Hoetink, Handelsusancen en standaardcontracten, Indisch Tijdschrift voor het Recht 33, dl. 138, p. 935; Asser-Hartkamp II, nr. 350.

132. Zeylemaker, p. 86 (enige woorden zijn door mij vet gezet).

133. Asser-Rutten II, zesde druk, p. 83; (enige woorden zijn door mij vet gezet).

*"De gelding berust ongetwijfeld op hun wil, doch ook niet meer dan de **gelding**; de beteekenis van deze bepalingen en clauses moet geheel losgedacht worden van den wil van partijen."*¹³⁴

152. Het verwijt "men kan niet willen wat men niet kent" is in geen van de drie gevallen terecht. Bregstein, Rutten en Zeylemaker menen niet dat men de inhoud wil, maar dat men zich wil onderwerpen (Zeylemaker en Rutten), oftewel dat men de gebondenheid aanvaardt (Rutten) oftewel dat men de gelding wil (Bregstein).

Men kan niet de **inhoud** willen van bedingen die men niet kent, maar wel de **gelding**.

Het verwijt "men kan niet willen wat men niet kent" berust m.i. op een verwarring tussen het eerste en derde van de aan het begin van deze paragraaf onderscheiden gevallen. Bregstein, Rutten en Zeylemaker geven een verklaring voor de gebondenheid aan niet gekende bedingen. Zij baseren die op de wil, namelijk op het willen van de **gelding** van de voorwaarden. De term 'wil' is hier verwarrend, want eigenlijk zou de wederpartij de gelding van algemene voorwaarden natuurlijk liever niet 'willen'. Maar zij moet de voorwaarden wel 'op de koop toe nemen'. Doet zij dit dan aanvaardt hij de gelding van de algemene voorwaarden.

De bestrijders van Bregstein, Rutten en Zeylemaker tonen alleen maar aan dat men bij niet-gekende bedingen niet kan zeggen dat de wederpartij de **inhoud** gewild heeft. Maar dat werd ook niet beweerd!

153. De redenering dat men niet kan willen wat men niet kent heeft sommigen doen zoeken naar een andere grondslag dan de wil of wilsonderwerping, namelijk de vertrouwensleer, waarvan verschillende varianten bestaan. Ik vermeld hier ter illustratie de visies van Bregstein, Hondius, Nieuwenhuis en van der Werf:

Bregstein werpt ten aanzien van eenzijdige voorwaarden de vraag op of "wilsovereenstemming omtrent de gelding" van alle condities aanwezig is. Hij beantwoordt die vraag in beginsel bevestigend:

134. Bregstein, p. 23; (enige woorden zijn door mij vet gezet). Bregstein baseert de gebondenheid op de wil, maar verbindt dit met een rechtsnormenleer; zie hierover nr. 53.

*"Ik geloof, dat, gegeven de tegenwoordige verkeersopvattingen, niet is vol te houden, dat er bij hem, die de condities vaststelt, niet het gerechtvaardigd vertrouwen wordt opgewekt dat hij, die met voorkennis van het bestaan dezer condities met hem contracteert, zich aan deze onderwerpt"*¹³⁵

Hondius' formule luidt als volgt:

*"Volgens deze formule is degeen die een kontraktsdokument ondertekent aan de daarin vervatte (verwijzing naar) standaardvoorwaarden gebonden indien en voorzover hij bij de ondertekening op toerekenbare wijze bij de wederpartij het vertrouwen heeft opgewekt dat hij gebonden wil zijn. Het antwoord op de vraag of het vertrouwen geacht mag worden te zijn opgewekt, hangt af van de waardering van omstandigheden als de mate van akkoordverklaring, de gebruikelijkheid van de betreffende klausules in het licht van de kontekst en de mogelijkheid voor de wederpartij om zich van de condities bewust te zijn. In bijzondere gevallen zullen ook andere omstandigheden een rol spelen."*¹³⁶

Nieuwenhuis' oplossing staat in het teken van de door hem beschreven drie beginselen van contractenrecht: Het toestemmingsvereiste berust op het autonomiebeginsel. Echter in geval van standaardvoorwaarden is de autonomie van de wederpartij uitgehold. De andere beginselen winnen daardoor aan gewicht. Het vertrouwensbeginsel werkt naar beide kanten: de gebruiker kan zich erop beroepen indien hij redelijkerwijs op de instemming van de wederpartij mocht vertrouwen; maar ook de wederpartij kan zich op het vertrouwensbeginsel beroepen:

135. Bregstein, p. 25.

136. Hondius, diss., nr. 224.

*"Hier is van belang, dat zijn toestemming in de regel slechts betrekking heeft op het enkele feit van de toepasselijkheid en niet op de inhoud van de toepasselijke standaardvoorwaarden. Het vertrouwensbeginsel brengt voor hem mee, dat bedingen die hij redelijkerwijs niet behoefde te verwachten hem niet binden."*¹³⁷

Het betoog van **Van der Werf** kan als volgt worden samengevat: Standaardvoorwaarden maken deel uit van de overeenkomst indien de overeenstemmende wilsverklaringen van partijen mede gericht waren op de toepasselijkheid van standaardvoorwaarden. Echter bij ongekende en/of onbegrepen voorwaarden is de basis van de gebondenheid niet de wil; maar kan er sprake zijn van een "relatieve" wilsonderwerping.¹³⁸

*"Relatief, dat wil hier zeggen: het hangt af van de omstandigheden. Dit uitgangspunt kan worden gezien als een variant op de vertrouwensleer."*¹³⁹

Uitgangspunt is de wilstheorie; deze wordt door het vertrouwensmotief en de goede trouw aangepast aan de behoeften van het rechtsverkeer. De omstandigheden waar de gebondenheid in de relatieve wilsonderwerpingsleer van af hangt zijn: de aard van de overeenkomst, de wijze van totstandkoming van de overeenkomst, al dan niet eerlijk gedrag van de gebruiker, (on)gebruikelijkheid van de voorwaarden, waarbij mede gelet kan worden op de (on)redelijkheid van de voorwaarden.¹⁴⁰

154. Legt men de in nr. 150 gegeven vier gevallen naast de in nr. 153 besproken varianten van de vertrouwensleer, dan kan men m.i. het volgende concluderen:

Een erg duidelijke aanhanger van de vertrouwensleer is **Bregstein** niet. Zijn uitgangspunt is de beoordeling van wilsovereenstemming omtrent de gelding. Alleen bij de eenzijdige voorwaarden komt bij hem het vertrouwenselement aan de orde. Gezien de in nr. 150 gegeven indeling zou men kunnen zeggen dat Bregstein in ieder geval heeft gedacht aan de aanvaarding van de **gelding** en dat hij heeft ingezien dat die soms op de wil berust (geval 3) en soms op het vertrouwen (geval 4).

De formule van **Hondius** maakt geen helder onderscheid tussen de gevallen dat de bedingen wel of niet gekend zijn en bestrijkt dus alleen de gevallen 2 en 4 van nr. 150. Maar de vraag dringt zich op waarom in 'normale' gevallen de vertrouwensleer te hulp moet worden geroepen. In de meeste gevallen is er immers geen discrepantie tussen de wil van de wederpartij (zij wil de inhoud of - in de meeste gevallen - de gelding) en haar verklaring.

137. Nieuwenhuis, diss., p. 143.

138. Van der Werf, diss., p. 34.

139. Van der Werf, diss., p. 42.

140. Van der Werf, diss., p. 42.

Nieuwenhuis maakt het onderscheid tussen het tweede en vierde geval in nr. 150 wel.¹⁴¹ Hij heeft alleen het oog op het vierde geval. Maar ook hem kan dezelfde vraag worden gesteld: waarom de vertrouwensleer als men er in het overgrote deel van de gevallen met de wil al uitkomt?

Van der Werfs opvatting beschouw ik ook als een uitwerking van het vierde geval. Het gaat hem er om aan te geven in welke gevallen het vertrouwen geacht moet worden te zijn opgewekt dat men de toepasselijkheid van niet-gekende bedingen wil. Mijn bezwaren tegen deze opvatting zijn identiek aan die tegen Hondius en Nieuwenhuis.

155. De discussie is grotendeels gevoerd vóór de indiening van afd. 6.5.3 en wordt m.i. vertroebeld door het feit dat gebondenheidstoetsing en inhoudelijke toetsing vóór indiening van afd. 6.5.3 minder van elkaar werden onderscheiden. De verdedigde varianten van de vertrouwensleer bevatten dan ook elementen van inhoudelijke toetsing.

Als een deel van de aanvaarde bedingen onredelijk is kan men betogen dat er ten aanzien van die bedingen toch iets aan de toestemming ontbreekt. Men kan ook de constructie kiezen dat deze bedingen weliswaar toepasselijk zijn, maar aan inhoudelijke toetsing zijn onderworpen. Afd. 6.5.3 kiest voor dat laatste systeem,¹⁴² waardoor gebondenheidstoetsing en inhoudelijke toetsing van elkaar kunnen worden onderscheiden. De open norm is gericht op de toetsing van de inhoud van bedingen. In vergelijking daarmee is de vertrouwensleer een omweg.¹⁴³

De rol van de vertrouwensleer als **de** grondslag voor de gebondenheid aan algemene voorwaarden is naar mijn mening naar NBW uitgespeeld. Wel zal de vertrouwensleer soms te hulpkomen, namelijk als de wederpartij de gelding van algemene voorwaarden niet wilde aanvaarden, maar wel het vertrouwen heeft opgewekt dat hij zulks wilde.

156. De vraag naar de rechtsgrond van de gebondenheid aan algemene voorwaarden heeft in de Nederlandse literatuur een geschiedenis van meer dan 50 jaar. Maar heeft de vraagstelling ook toekomst? Of kunnen wij haar naar NBW bijzetten in het rariteitenkabinet van achterhaalde discussies?

Zoals gezegd kunnen alle vier de in nr. 150 genoemde gevallen zich voordoen en zal soms de wil en soms het vertrouwen tot gebonden-

141. Getuige ook de volgende citaten: "*Zoveel is zeker: de regel dat reeds de enkele ondertekening gebondenheid impliceert, kan met behulp van de traditionele vertrouwensleer niet worden verklaard. Deze regel schept gebondenheid aan standaardvoorwaarden, ook daar waar vaststaat, dat de gebruiker er niet op mocht vertrouwen, dat de wederpartij de in de standaardvoorwaarden neergelegde rechten en plichten wilde.*" en: "*Wat indien onder het relevant vertrouwen wordt verstaan niet het vertrouwen dat de afgelegde verklaring van de declarant overeenkomt met zijn wil, maar het vertrouwen, dat de wederpartij accoord ging met het feit, dat de verhouding tussen partijen zou worden beheerst door standaardvoorwaarden?*" Nieuwenhuis, diss. p. 139.

142. MvT Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1456, zie ook p. 1459 en 1573.

143. Nota II Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1596.

heid leiden. De vraag waarom men ook gebonden kan zijn aan bedingen die men niet kent, heb ik beantwoord met het onderscheid tussen het aanvaarden van de inhoud van bedingen en het aanvaarden van de gelding. Wie niet-gekende bedingen aanvaardt wil slechts hun gelding. Toch behoeft dit nog een diepere rechtvaardiging.

In Wessels/Jongeneel stelden wij dat naar NBW de gebondenheid is gebaseerd op de wet.¹⁴⁴ Dit zegt nog niet zo veel, immers de gebondenheid berust altijd op de wet: art. 6:1 zegt dat een verbintenis altijd uit de wet moet voortvloeien. Belangrijker is de vraag wat de diepere rechtsgrond is. Wij zeiden daarover - en bij dit standpunt blijf ik - dat deze gebondenheid haar rechtvaardiging vindt in het beginsel

*"... dat men de gevolgen moet dragen van een door eigen verzuim veroorzaakt informatiegebrek. Toepassingen van dit beginsel ziet men o.a. in de gevallen dat een openbaar register kan worden geraadpleegd. Ook in het geval waarin men een zekere onderzoeksplicht heeft en die niet nakomt, komt dit nalaten voor eigen rekening (vgl. bij dwaling art. 6.5.2.11, lid 2). Hierbij moet wel worden opgemerkt dat deze rechtvaardiging alleen aanvaardbaar is indien het kennisnemen van de inhoud van de algemene voorwaarden mogelijk is. Terecht is dan ook een vernietigingsgrond geformuleerd in art. 2a onder b (uitgewerkt in art. 2b) voor het geval de gebruiker de wederpartij niet een redelijke mogelijkheid heeft geboden van de algemene voorwaarden kennis te nemen ..."*¹⁴⁵

Deze rechtvaardiging van het gebonden zijn aan niet-gekende bedingen is reeds terug te vinden in de toelichting bij het oorspronkelijke ontwerp van art. 6.5.1.3¹⁴⁶:

*"Zijn wilsverklaring houdt immers in - en wordt ook zo opgevat - dat hij bereid is gebonden te zijn aan de inhoud van die bedingen, zoals deze feitelijk is, ook al kent hij hen niet. (...) Er is geen reden waarom deze wilsverklaring in beginsel het beoogde gevolg niet zou moeten hebben; immers, zelfs een beding, inhoudende dat een der partijen in de toekomst bepaalde rechten of verplichtingen van partijen nader zal vaststellen, is naar heersende opvatting in het algemeen geldig."*¹⁴⁷

157. In **Duitsland** wordt aangenomen dat met de komst van het AGBG de gebondenheid weer op de **wil** berust. Voordien werden aan de gebondenheid aan algemene voorwaarden geringere eisen gesteld dan aan de gebondenheid aan de overeenkomst. Het AGBG wil veilig stellen dat bij beide partijen de toepasselijkheid van de algemene voorwaarden in de overeenkomst door de bewuste wil tot het verichten van deze rechtshandeling gedragen wordt.¹⁴⁸

144. Wessels/Jongeneel, nr. 53; zo ook Van Erp, diss., p. 54-55, die daaraan echter ten onrechte de conclusie koppelt dat algemene voorwaarden een objectiefrechtelijk krijgen, zie nader nr 53.

145. Wessels/Jongeneel nr. 53. Art. 6.5.2.11, 2a onder b en 2b zijn thans art. 6:228, 6:233 onder b en 6:234.

146. Art. 6.5.1.3, lid 1 is in vrijwel dezelfde bewoordingen overgenomen in art. 6:231 onder c en art. 6:232.

147. Toelichting Meijers, Parl. Gesch. Boek 6, p. 865.

148. Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen \S 2, Rdnr. 1; Palandt-Heinrichs, \S 2, Anm. 1b, beide met verwijzing naar Begr. Reg.E., p. 13. Pflug, p. 319, wijst op de relativering in het vervolg: ... *zonder daarbij echter eisen te stellen die in strijd met de rationaliseringsfunctie van algemene voorwaarden het rechtsverkeer in het bijzonder bij massaal gesloten overeenkomsten in het dagelijks leven onnodig hinderen.*

Het bijzondere van de wilsovereenstemming is dat deze niet betreft de inhoud van de algemene voorwaarden (waarover niet wordt onderhandeld) maar slechts de gelding.¹⁴⁹

149. Palandt-Heinrichs, § 2, Ann. 1a.

Ook uit andere onderdelen van de wet blijkt dat gebondenheid in het AGBG berust op de wil. Zo kent het AGBG de zogenaamde 'Rahmenvereinbarung': een overeenkomst over het toepasselijk zijn van algemene voorwaarden op in de toekomst tussen partijen te sluiten overeenkomsten.¹⁵⁰ Zo'n raamovereenkomst betreft alleen de versie van de algemene voorwaarden die van kracht is op het moment van het totstandkomen de raamovereenkomst. Ook het voorrangsbeginsel van '4 is er de uitdrukking van dat de AGB alleen gelden voorzover zij door beide partijen gewild zijn.¹⁵¹

De conclusie kan zijn dat men in het Duitse recht uitgaat van de gebondenheid op grond van de wil, waarbij het gaat om het aanvaarden van de gelding van de voorwaarden. Dit doet niets toe of af aan het over het Nederlandse recht hierboven opgemerkte.

5.4 De gebondenheid aan kernbedingen

158. Dat afd. 6.5.3 niet op kernbedingen van toepassing is, heeft o.a. als consequentie dat art. 6:232 niet van toepassing is.¹⁵² Als het kernbeding tevens een individueel beding is - zoals meestal -, zijn er geen problemen. Maar als dat niet zo is, zou het niet toepasselijk zijn van art. 6:232 betekenen dat een kernbeding alleen onderdeel van de overeenkomst wordt als de wederpartij het kernbeding kent en er sprake is van de vereiste wil c.q. het opgewekt vertrouwen (art. 3:33 en 35). Gezien de bedoelingen van de wetgever komt dit resultaat mij als onaannemelijk voor.¹⁵³

De wetgever wilde immers alleen een inhoudelijke toetsing van kernbedingen voorkomen, die zou betekenen dat de *iustum-pretium*-leer ingevoerd zou worden.¹⁵⁴ Het was niet de bedoeling de gebondenheid aan niet-gekende kernbedingen uit te sluiten.

In de MvT en het VV II is de vraag aan de orde geweest of art. 6.5.1.3, lid 1 zou moeten blijven bestaan voor andere verklaringen dan algemene voorwaarden die ongezien en onbegrepen worden aanvaard.¹⁵⁵

De regering heeft daarover gezegd:

"De niet door afdeling 6.5.2A bestreken gevallen, waarin een contractspartij hem niet bekende bedingen aanvaardt of toetreedt tot een rechtsverhouding die hij niet volledig kent, zijn niet gemakkelijk onder één noemer te brengen. Zij kunnen daarom het beste van geval tot geval aan de hand van de artikelen 3.2.2 en 3.2.3 en eventueel

150. Zie $\text{\textcircled{2}}$, Abs. 2 AGBG waarover nader nr. 192. In de praktijk is de bepaling van weinig praktische betekenis, aldus Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Einl., Rdnr. 31.

151. Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen Vor $\text{\textcircled{1}}$, Rdnr. 12.

152. Zie MvT Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1573.

153. Ondanks het feit dat de MvT Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1574 ook uitdrukkelijk deze consequentie trekt.

154. MvT Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1521, Asser-Hartkamp II, nr. 348.

155. MvT Inv.; VV II Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1573 resp. 1583. Art. 6.5.1.3 is de voorloper van art. 6:232 in het ontwerp Meijers (Parl. Gesch. Boek 6, p. 864-865).

*artikel 6.5.2.11 worden gezien. Mede zie voor het huidige recht HR 15 april 1977, NJ 1978, 163.*¹⁵⁶

156. MvA II Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1430. Afdeling 6.5.2A is in de nieuwe nummering afdeling 6.5.3; de artikelen 3.2.2, 3.2.3 en 6.5.2.11 zijn thans: 3:33, 3:35 en 6:228.

In het aangehaalde arrest (Staalcom/Neher) ging het om het toetreden van een bedrijf tot een samenwerkingsovereenkomst van enige andere bedrijven. De toetreders werden gebonden geacht aan de basisovereenkomst waardoor het samenwerkingsverband in het leven was geroepen, ook al kende de toetreders die basisovereenkomst niet. Bijzondere omstandigheden zouden echter tot een ander oordeel kunnen leiden, waarbij als voorbeeld wordt gegeven het geval dat de toetreders indien zij de regel gekend had van toetreding zou hebben afgezien. Dit kan worden gezien als een anticipatie op art. 6.5.1.3, lid 2.¹⁵⁷

Uit het verslag van het mondeling overleg in de Eerste Kamer¹⁵⁸ blijkt echter dat art. 6.5.1.3 definitief van de baan is. Resteert dus slechts de in de MvA II gegeven verwijzing naar art. 3:33 en 35, die echter in veel gevallen niets oplost. Het gaat immers juist om niet-gekende bedingen. Mijn oplossing is daarom een ruime interpretatie van de woorden "algemene voorwaarden" in art. 6:232, dusdanig dat ook kernbedingen er onder vallen. Deze ruime interpretatie is verdedigbaar op grond van de bedoeling die de wetgever heeft gehad met het uitzonderen van het kernbeding van het begrip "algemene voorwaarden".

159. Het in nummer 158 besproken probleem doet zich in **Duitsland** niet voor, omdat ' 2 geldt voor alle vooraf geformuleerde bedingen, ook indien dit kernbedingen zijn.

5.5 De informatieplicht jegens consumenten en 'kleine wederpartijen'¹⁵⁹

160. Art. 6:233 onder b bevat de plicht van de gebruiker om de wederpartij een redelijke mogelijkheid te geven van de algemene voorwaarden kennis te nemen, een plicht die ik zal aanduiden als de 'informatieplicht'.¹⁶⁰ De informatieplicht kan worden gekarakteriseerd als een Obliegenheit;¹⁶¹ indien de gebruiker niet aan zijn informatieplicht voldoet, riskeert hij de vernietiging van de algemene voorwaarden. Art. 6:233 onder b wordt uitgewerkt in art. 6:234. **Hoofregel** is dat de gebruiker de algemene voorwaarden aan de wederpartij moet terhandstellen. Het vooraf toezenden wordt met het terhandstellen gelijk

157. Wessels/Jongeneel nr. 23.

158. MO I Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1431.

159. Zie hiervoor meer uitgebreid: Wessels/Jongeneel nr. 64-73, waaraan het navolgende ook deels is ontleend.

160. Art. 28, lid 1 van de (waarschijnlijk in de loop van 1991 in te voeren) Wet op het consumentenkrediet bevat eveneens een 'informatieplicht': "*Iedere kredietgever en iedere leverancier is verplicht kosteloos een prospectus beschikbaar te stellen, waarin hij de voorwaarden, waaronder hij bereid is deel te nemen aan krediettransacties, bekend maakt.*"

161. De MvT spreekt van een 'indirecte verplichting', MvT Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1581. Zie over de figuur Obliegenheit: Asser-Hartkamp I nr. 11 en II nr. 309, waarover B. Wessels KwNBW 86, p. 88 en B. Wessels, *Natuurlijke verbintenissen*, Zwolle (1988), nr. 118 en Vranken, nr. 164-167. Ook in Duitsland wordt de informatieplicht meestal als een Obliegenheit gezien: Palandt-Heinrichs, § 2, Anm. 3a; Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen § 2, Rdnr. 45.

gesteld.¹⁶² Het terhandstellen of toezenden moet gebeuren "*voor of bij het sluiten van de overeenkomst*".¹⁶³ In ieder geval mag van de gebruiker het initiatief verwacht worden.¹⁶⁴
In Wessels/Jongeneel hebben wij de hoofdregel als volgt aangescherpt:

162. Nota II Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1594.

163. Zie hierover VC II Inv. d.d. 1-10-84; VC II Inv. d.d. 28-1-85, Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1600 resp. 1602-1603 en Wessels/Jongeneel nr. 67.

164. Wessels/Jongeneel nr. 66.

*"In vrijwel elk geval waarin aan het sluiten van de beoogde overeenkomst een persoonlijke ontmoeting van gebruiker en wederpartij voorafgaat, zal de gebruiker de plicht hebben de algemene voorwaarden aan de wederpartij ter hand te stellen. In vrijwel alle gevallen waarin de gebruiker de wederpartij voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomst schriftelijke informatie doet toekomen, zal de gebruiker verplicht zijn ook de algemene voorwaarden (tegelijk met de overige informatie) vóór het sluiten van de overeenkomst aan de wederpartij toe te zenden."*¹⁶⁵

Deze aanscherping berust op de gedachte dat art. 6:234 geen limitatieve opsomming bevat,¹⁶⁶ - er zijn andere manieren om aan de informatieplicht te voldoen -, maar dat bij de beoordeling van de redelijkheid van die andere manieren moet worden uitgegaan van de maatstaf van art. 6:234. Als één van de in art. 6:234 aangegeven gevallen zich voordoet, mag niet te snel worden aangenomen dat een andere manier van informatieverschaffen dan de manier die voor dat geval in het artikel wordt aangegeven ook voldoende is. Zou men dit wel aannemen, dan zou de zin aan art. 6:234 ontvallen.

161. Een uitzondering op de hoofdregel (terhandstellen of vooraf toezenden) is in de wet opgenomen voor het geval het terhandstellen¹⁶⁷ van de algemene voorwaarden "redelijkerwijs niet mogelijk" is (art. 6:234 lid 1 onder b). Onder 'redelijkerwijs niet mogelijk' moet worden verstaan:

- het geval dat terhandstelling **niet mogelijk** is, bijvoorbeeld in geval van het sluiten van een overeenkomst per telefoon of automatisch;¹⁶⁸
- het geval dat terhandstelling **niet praktisch** is, bijvoorbeeld bij overeenkomsten die massaal gesloten worden zoals het sluiten van een vervoerovereenkomst tussen passagiers en exploitanten van bussen en trams.¹⁶⁹

In deze gevallen kan worden volstaan met het ter inzage leggen van de algemene voorwaarden bij de gebruiker zelf of bij de griffie van een gerecht of een Kamer van Koophandel. Tevens moeten de algemene voorwaarden op verzoek aan de gebruiker worden toegezonden. In een enkel geval kan dit niet worden gevegd, nl. bij omvangrijke voorwaarden. De informatieplicht houdt dan in: de ter inzagelegging alsmede - onder omstandigheden - de verplichting een uittreksel of samenvatting te verstrekken.¹⁷⁰

165. Wessels/Jongeneel nr. 66.

166. Dit standpunt wordt door ons impliciet ingenomen in Wessels/Jongeneel nr. 71.

167. In Wessels/Jongeneel nr. 68 namen wij aan dat ook toezending vooraf hieronder dient te vallen.

168. MvT Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1581.

169. MvA II Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1585. Zie hierover ook R.H.C. Jongeneel, De algemene voorwaarden van het openbaar vervoer, Bb 1990, p. 118-120.

170. Art. 6:234, lid 3, waarover Wessels/Jongeneel nr. 69.

162. De gebruiker zal moeten bewijzen dat de wederpartij een redelijke mogelijkheid heeft gehad van de algemene voorwaarden kennis te nemen.¹⁷¹

171. Zie nader: Wessels/Jongeneel nr. 72.

Bij toezending op verzoek zijn de kosten voor de gebruiker.¹⁷² Volgens de minister geldt dat ook voor "... de kosten van het vermenigvuldigen van de algemene voorwaarden als zodanig".¹⁷³

Maar het zou merkwaardig zijn als dit alleen zou gelden voor voorwaarden die op verzoek worden toegezonden, en niet indien de algemene voorwaarden worden ter hand gesteld. Er is alle reden om aan te nemen dat in het algemeen geldt dat alle kosten die verband houden met algemene voorwaarden voor rekening zijn van de gebruiker.¹⁷⁴

Depot

163. Onder het 'oude' recht wordt het deponeren van algemene voorwaarden ter griffie van een gerecht of bij een Kamer van Koophandel vaak toegepast. Verwijzing naar gedeponeerde voorwaarden wordt in het algemeen gelijkgesteld met toezending vooraf of terhandstelling.¹⁷⁵ Onder het nieuwe recht zal dit depot alleen betekenis hebben in de volgende gevallen:

1. Indien de terhandstelling niet mogelijk of niet praktisch is (art. 6:234 lid 1, onder b); het depot krijgt voor deze gevallen een wettelijke status die thans ontbreekt.¹⁷⁶
2. Indien algemene voorwaarden worden gebruikt tegenover grote wederpartijen; in deze gevallen is er geen wettelijke informatieplicht op grond van afd. 6.5.3, maar slechts een (verzwakte) informatieplicht op grond van de redelijkheid en billijkheid.¹⁷⁷

In alle overige gevallen is het verwijzen naar gedeponeerde algemene voorwaarden géén 'redelijke mogelijkheid'.¹⁷⁸ Het deponeren zou dan alleen uit bewijsoogpunt enig nut kunnen hebben.

De 'publicatie' van algemene voorwaarden bij de griffie of Kamer van Koophandel wordt dus met de invoering van het NBW lager gewaardeerd, naar ik meen terecht. Zoals sommige registers (o.a. het huwelijksgoederenregister) niet degenen beschermen die er van kennismaken, maar degenen die er in publiceren,¹⁷⁹ zo wordt ook het deponeren van algemene voorwaarden bij een griffie of KvK veelal als een versluieringsmogelijkheid gebruikt.

172. Art. 6:234, lid 2.

173. VC II Inv. d.d. 28-1-85, Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1606. Idem art. 28, lid 1 van de (waarschijnlijk in de loop van 1991 in te voeren) Wet op het consumentenkrediet.

174. Analoge toepassing van art. 6:234, lid 2; zie Wessels/Jongeneel nr. 73.

175. Contractenrecht VII (Hondius), nr. 23, 26, 27, 28, 32, 40, zie hierboven nr. 131.

176. Indien wordt verwezen naar gedeponeerde voorwaarden bij griffies of Kamers van Koophandel stelden wij in Wessels/Jongeneel dat landelijk werkende bedrijven mag worden verwacht dat zij hun voorwaarden bij verschillende plaatsen verspreid door het land deponeren, Wessels/Jongeneel, nr. 70.

177. Zie Wessels/Jongeneel, nr. 78 en nr. 173 e.v.

178. VV II Inv.; MvA II Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1583 resp. 1585.

179. In die zin: Gr. van der Burght, Ongekende wetenschap / Enige beschouwingen over de rechtsgevolgende inschrijving in het huwelijksgoederenregister van bepalingen uit huwelijksvoorwaarden, 2e druk, Alphen aan den Rijn (1980), p. 31. Ook het handelsregister werkt volgens Van der Burght niet goed (zie p. 20-21 en 27).

Bestendig gebruikelijke bedingen

164. Een bijzonder probleem is nog de vraag of de informatieplicht ook geldt voor bestendig gebruikelijke bedingen. Neemt men dit aan, dan zal de toepasselijkheid van algemene voorwaarden op grond van het feit dat zij bestendig gebruikelijke bedingen zijn sterk aan betekenis inboeten.

De gebruiker die zich beroept op het feit dat bepaalde voorwaarden op grond van de gewoonte (art. 6:248) voor de wederpartij bindend zijn, zal dat meestal doen omdat hij de wederpartij niet uitdrukkelijk op de toepasselijkheid van de algemene voorwaarden heeft gewezen en zal dus zeker ook geen redelijke mogelijkheid hebben geboden om van de algemene voorwaarden kennis te nemen. Brengt deze niet-nakoming van de informatieplicht¹⁸⁰ vernietigbaarheid van de voorwaarden met zich mee? Naar mijn mening moet worden onderscheiden. Bij het bestendig gebruikelijk beding **tussen partijen** geldt de informatieplicht onverkort. Bij de eerste transactie zal de gebruiker de wederpartij een redelijke mogelijkheid moeten bieden om van de algemene voorwaarden kennis te nemen; in de meeste gevallen dient dit te geschieden door terhandstelling voor of bij het sluiten van de overeenkomst of door toezending vooraf.¹⁸¹ Hier doet zich geen probleem voor als later tussen partijen het uitdrukkelijk van toepassing verklaren van de voorwaarden achterwege blijft. Heeft de gebruiker eenmaal aan zijn informatieplicht voldaan, dan behoeft hij dit niet bij elke volgende overeenkomst opnieuw te doen.¹⁸²

Anders ligt het bij bestendig gebruikelijke bedingen **in een bepaalde kring**. Pabbruwe merkt bijvoorbeeld op:

*"Wie zich voor het eerst op een voor hem onbekend terrein begeeft, moet zich daarom vooraf op de hoogte stellen van de gebruiken op dat terrein; laat hij dit na, dan moet hij de gevolgen daarvan dragen."*¹⁸³

Naar mijn mening is dit in het algemeen wel verdedigbaar, maar nu juist op het gebied van de algemene voorwaarden (althans na invoering van afd. 6.5.3) niet (meer), gezien de daarin versterkte informatieplicht; niet de wederpartij, maar de gebruiker moet zorgen voor de informatie.

Men zou kunnen stellen dat bestendig gebruikelijke bedingen (naar NBW: bedingen die 'gewoonte' zijn) in een bepaalde kring van algemene bekendheid mogen worden geacht en dat daarmee ook 'een redelijke mogelijkheid om van de voorwaarden kennis te nemen' (art. 6:233 onder b) aanwezig is, zonder dat hiervoor een toedoen van de gebruiker nodig is. Gezien de tekst van art. 6:233 onder b (de gebruiker moet aan de wederpartij een redelijke mogelijkheid **bieden** om van de algemene voorwaarden kennis te nemen) is dat een gewaagde stelling. Ik zou die stelling slechts willen verdedigen als niet alleen het feit dat bepaalde algemene voorwaarden van toepassing

180. Voorzover de informatieplicht geldt; in beginsel dus niet als de wederpartij een grote wederpartij in de zin van art. 6:235, lid 1 is. Zie echter nr. 173.

181. Art. 233 onder b en 234; zie voor de omvang van de informatieplicht nr. 160-163.

182. VC II Inv. d.d. 28-1-85, Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1612.

183. H.J. Pabbruwe, Gebruik en gebruikelijk beding, diss. Groningen, Zwolle (1961), p. 123.

zijn in een branche van algemene bekendheid is, maar ook de inhoud van die voorwaarden.

In alle andere gevallen neem ik aan dat de informatieplicht ook bij de toepasselijkheid van algemene voorwaarden op grond van de gewoonte onverkort van toepassing is. Dat geldt niet voor "grote wederpartijen" in de zin van art. 6:235 lid 1. In branches waar thans wordt aangenomen dat bepaalde algemene voorwaarden 'bestendig gebruikelijk' zijn, zou de rechtsfiguur van de standaardregeling (6:214) uitermate goede diensten kunnen bewijzen.

De informatieplicht in Duitsland

165. De informatieplicht die in Duitsland wordt aangenomen gaat minder ver dan bij ons. Aansluitend aan de verplichting naar de algemene voorwaarden te verwijzen¹⁸⁴ is er de verplichting de wederpartij een redelijke mogelijkheid te bieden om van de algemene voorwaarden kennis te nemen.

Voldoende is:

- het overhandigen van een exemplaar van de algemene voorwaarden;¹⁸⁵
- het ter inzage neerleggen of ophangen van een exemplaar;¹⁸⁶ bij omvangrijke AGB kan de wederpartij echter overhandiging van een exemplaar vragen;¹⁸⁷ volgens Ulmer kan de wederpartij in alle gevallen overhandiging vragen;¹⁸⁸
- het afdrukken van de algemene voorwaarden op het aanbod¹⁸⁹ of het op een andere wijze voorafgaande aan het sluiten van de overeenkomst toezenden van de algemene voorwaarden;¹⁹⁰
- het publiceren van de voorwaarden in catalogi, prijslijsten of prospectussen, indien de wederpartij deze vóór het sluiten van de overeenkomst ontvangen heeft;¹⁹¹
- indien de verwijzing door een bord mag plaatsvinden: het op een bord opnemen van de tekst van de algemene voorwaarden.¹⁹²
- Indien de wederpartij beroepshalve zo vaak met de gebruikte voorwaarden te maken heeft, dat mag worden aangenomen dat hij ze

184. Zie nr. 137 hierboven.

185. Bunte, Handbuch, p. 11. Wordt slecht een uittreksel ter hand gesteld dan kan de gebruiker zich slechts op de ter hand gestelde bedingen beroepen: LG Frankfurt, 9-4-84, NJW 1984, 1626. Vgl. ook OLG Frankfurt, 2-11-88, NJW 1989, 1095: bij gedeeltelijk verstrekte voorwaarden kan de gebruiker zich niet beroepen op de niet verstrekte voorwaarden. De wederpartij hoeft niet na te gaan of de hem verstrekte voorwaarden wel volledig zijn.

186. Palandt-Heinrichs, § 2, Anm. 3a; LG Ansbach, 24-7-89, NJW-RR 1990, 563.

187. Palandt-Heinrichs, § 2, Anm. 3a, met verwijzing naar Schlosser-Coester/Graba, § 2, Rdnr. 56; OLG Hamburg, 14-1-88, VersR 1989, 202.

188. Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen § 2, Rdnr. 46.

189. Bunte, Handbuch, p. 11; Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen § 2, Rdnr. 48.

190. AG Frankfurt, 6-2-78, AGBE I § 2 nr. 20: Indien schriftelijk een overeenkomst wordt gesloten en contractspartijen elkaar niet ontmoeten kan aan de informatieplicht in de regel alleen voldaan worden door het toezenden van de AGB. (Met verwijzing naar Palandt-Heinrichs, § 2, Anm. 3a).

191. Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen § 2, Rdnr. 48. Uit LG Berlin 29-10-79, MDR 1980, 404, m.nt. Kaligin blijkt dat een catalogus niet de juiste plaats is voor een verwijzing naar algemene voorwaarden (zie nr. 142); zonder een verwijzing elders komt men aan de vraag van de informatieplicht niet toe.

192. Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen § 2, Rdnr. 47.

reeds kent, moet wel naar de voorwaarden worden verwezen, maar
behoeven deze niet te worden afgedrukt.¹⁹³

193. Palandt-Heinrichs, § 2, Anm. 3a; BGH, 16-12-82 NJW 1983, 816, 817 = BGHZ 86, 135; BGH, 20-10-88, BGHZ 105, 290 (verwijzing naar de VOB, daarover ook: BGH, 9-11-89, NJW 1990, 715 = BGHZ 109, 192) en Recken BauR 1978, 419. Zo ook: Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen § 2, Rdnr. 47. Anders: Bartsch BB 1982, 1700.

- Bij contractsformulieren is automatisch voldaan aan de informatieplicht.¹⁹⁴

Onvoldoende is:

- de verwijzing naar in kranten, tijdschriften e.d. gepubliceerde algemene voorwaarden of naar gebruiken;¹⁹⁵
- de verwijzing naar de boekhandel, waar de voorwaarden verkrijgbaar zijn;¹⁹⁶
- bij het sluiten van een overeenkomst zonder persoonlijk contact tussen de gebruiker en wederpartij is alleen het toezenden van de AGB voldoende; de uitnodiging de AGB in te komen zien in de bedrijfsruimte van de gebruiker is onvoldoende.¹⁹⁷

De redelijke mogelijkheid om van de algemene voorwaarden kennis te nemen moet bestaan op het moment dat de wederpartij zich bindt.¹⁹⁸

De bereidheid om de wederpartij een redelijke mogelijkheid te bieden blijkt veelal uit de verwijzing naar de algemene voorwaarden. Blijkt de gebruiker niet bereid of in staat de redelijke mogelijkheid te verschaffen, dan gelden de voorwaarden niet.¹⁹⁹ De bewijslast voor het hebben geboden van een redelijke mogelijkheid om van de algemene voorwaarden kennis te nemen rust op de gebruiker, die zich hiervan ook niet via een beding kan ontdoen.²⁰⁰

Aan het vereiste van een 'redelijke mogelijkheid' worden ook gevolgen verbonden voor de leesbaarheid en begrijpelijkheid van algemene voorwaarden, zie hierover paragraaf 5.9.

166. Het bieden van een 'redelijke mogelijkheid' wordt vooral problematisch geacht bij het **telefonisch** sluiten van de overeenkomst. Het bieden van een redelijk mogelijkheid is dan in beginsel uitgesloten. Als echter in een vroegere prospectus, prijslijst, catalogus of rekening de algemene voorwaarden reeds zijn meegedeeld, kan worden volstaan met een (mondelinge) verwijzing daarnaar.²⁰¹

194. Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen \S 2, Rdnr. 48.

195. Vgl. LG Stuttgart, 13-10-79, AGBE I \S 2, nr. 15. Het beding luidde: *Voor alle leveringen gelden de 'Tegernseer Gebräuche' (...) in de huidige versie met bijlagen en aanhangsels, in zoverre in het navolgende niet iets anders is bepaald.* De gelding werd twijfelachtig geoordeeld o.g.v. de informatieplicht van \S 2, maar was in ieder geval in strijd met \S 9 AGBG. Later werden de 'Tegernseer Gebräuche' door het BGH als handelsgebruik ('Handelsbrauch') erkend: BGH, NJW-RR 1987, 94; zie over het handelsgebruik nr. 148.

196. Palandt-Heinrichs, \S 2, Anm. 3a, Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen \S 2, Rdnr. 47, met verdere verwijzingen.

197. Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen \S 2, Rdnr. 48; Palandt-Heinrichs, \S 2, Anm. 3a en AG Frankfurt, 6-2-78, AGBE I \S 2 nr. 20, zie noot 189.

198. Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen \S 2, Rdnr. 48a.

199. Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen \S 2, Rdnr. 47.

200. Het BGH acht het beding *ik stem er mee in dat voor deze lening de algemene hypotheekvoorwaarden (versie 1983) van toepassing zijn, welke mij zijn overhandigd* in strijd met \S 11 Nr. 15b AGBG. De bewijslast voor de overhandiging blijft bij de bank: BGH, 24-3-88, NJW 1988, 2107. Zie verder OLG Frankfurt, 2-11-88, NJW 1989, 1095: de wederpartij behoeft zich er niet van te vergewissen dat hij de volledige voorwaarden ontvangt.

201. Bunte, Handbuch, p. 11; Palandt-Heinrichs, \S 2, Anm. 3b. Deze auteurs wijzen er echter op dat als de gebruiker in het telefoongesprek alleen maar het aanbod doet de algemene voorwaarden toe te zenden, dit onvoldoende is, want de wederpartij kan er dan pas na het sluiten van de overeenkomst kennis van nemen.

Beschikt de wederpartij reeds over de tekst van de algemene voorwaarden, en verwijst de gebruiker naar zijn algemene voorwaarden, dan is het aan de wederpartij of hij zich van de kern van de algemene voorwaarden op de hoogte wil laten stellen, dan wel onder opschorting van het sluiten van de overeenkomst wil vragen om toezending van de algemene voorwaarden, dan wel afstand wil doen van zijn recht op een redelijke mogelijkheid van de algemene voorwaarden kennis te nemen.²⁰² Zwijgt de wederpartij, dan wordt aangenomen dat hij de laatste mogelijkheid kiest.²⁰³

167. Bij het sluiten van de overeenkomst per **computer** doen zich soortgelijke problemen voor als bij het gebruik van de telefoon. Ook de oplossingen zijn analoog. Het is echter technisch wel mogelijk dat de wederpartij de algemene voorwaarden op zijn scherm kan oproepen. Als voldoende duidelijk is hoe de wederpartij de algemene voorwaarden op zijn scherm kan krijgen en als de voorwaarden niet te lang zijn, is dit een redelijke mogelijkheid. Zijn de voorwaarden te lang, dan kan gebondenheid ontstaan als de wederpartij afstand doet van zijn recht om van de voorwaarden kennis te nemen.²⁰⁴

Vergelijking van de Duitse en Nederlandse informatieplicht

168. Vergelijken we het Nederlandse en Duitse systeem, dan valt op dat het Duitse de gebruiker minder belast.

Allereerst is er verschil in werkingssfeer. De Nederlandse informatieplicht geldt voor overeenkomsten met consumenten en kleine wederpartijen. De Duitse informatieplicht geldt alleen jegens 'nicht-Kaufleute'. In Duitsland heeft de gebruiker dus jegens een beperktere groep een informatieplicht.²⁰⁵

Het terhandstellen of vooraf toezenden is in de Nederlandse regeling als hoofdregel opgenomen, terwijl men in Duitsland genoeg neemt met het feit dat de wederpartij weet dat er algemene voorwaarden zijn (nadrukkelijke verwijzing) en dat hij, indien hij dit wenst zich op de hoogte kan stellen. Dit lijkt een realistischer standpunt. Als de wederpartij weet dat er algemene voorwaarden zijn en hij in de inhoud niet geïnteresseerd is, behoeft hij geen exemplaar te ontvangen. Als bovendien wordt aangenomen dat hij wel in alle gevallen recht heeft op ontvangst van een exemplaar van de algemene voorwaarden als hij dit wenst, lijkt het dat de wederpartij voldoende mogelijkheden heeft om van de algemene voorwaarden kennis te nemen.

Daar staat tegenover dat de belangstelling voor algemene voorwaarden over het algemeen pas ontstaat op het moment dat er problemen

202. Bunte, Handbuch, p. 11, met verwijzing naar Locher, Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (1980), p. 35. Zo ook Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen § 2, Rdnr. 49, die hierin een afstand ziet van het recht op de mogelijkheid van de algemene voorwaarden kennis te nemen.

203. Kötz in Münch. Komm.-Kötz, § 2, Rdnr. 13, merkt hierbij op: "*Bei eklatanten Fehlleistungen des Gesetzgebers müssen auch unorthodoxe Remeduren erlaubt sein.*"

204. Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen § 2, Rdnr. 49a.

205. Overigens geldt in beide landen ook als art. 6:233 onder b en 234 resp. § 2 AGBG niet van toepassing zijn wel een zekere informatieplicht; zie paragraaf 5.6.

zijn. Op het moment dat de overeenkomst wordt gesloten worden algemene voorwaarden - zeker door consumenten - op goed geluk aanvaard. De consument heeft meestal wel wat beters te doen dan zich te verdiepen in algemene voorwaarden.²⁰⁶

Als de consument de voorwaarden niet ontvangt vóór of bij het sluiten van de overeenkomst, heeft hij ook niet de mogelijkheid de voorwaarden te raadplegen als er problemen zijn. Dat zou pleiten voor het Nederlandse systeem. Maar daar staat tegenover dat er in 99% van de gevallen géén problemen zijn.

169. Vranken heeft in zijn monografie over mededelings-, informatie- en onderzoeksplichten in het verbintenissenrecht gesteld:

206. Mw. L. Diesveld, Mw. L. Heuperman, R. Nuberg en C.G. van der Wiel, enige studenten van de Vrije Universiteit hebben in mei 1986 een onderzoek gedaan naar de Postbankvoorwaarden die door de Postbank eind 1985 naar alle rekeninghouders waren verzonden. Uit hun kleinschalige steekproef onder 52 rekeninghouders bleek dat 36 van hen zich de ontvangst van het boekje konden herinneren. Slechts 5 personen hadden het ook gelezen. De meeste ondervraagden bewaarden het boekje wel om er eventueel later iets in op te kunnen zoeken.

*"De rol van mededelings-, informatie- en onderzoeksplichten bij de toepasselijkheidsvraag van algemene voorwaarden wordt naar nieuw recht nog verder teruggedrongen. Verdedigbaar is zelfs dat de plichten helemaal gemist kunnen worden en dat ook bepalingen als art. 6.5.2A.2 en 6.5.2A.2b overbodig zijn. Alles kan worden overgelaten aan de inhoudelijke toetsing."*²⁰⁷

De toepasselijkheidsvraag wordt immers pas gesteld, zo redeneert Vranken, als de algemene voorwaarden bedingen bevatten die de wederpartij niet zinnen, maar dan is de inhoudelijke toetsing een betere weg.

Vranken ziet hierbij naar mijn mening over het hoofd dat een wederpartij soms zijn gedrag op de inhoud van algemene voorwaarden moet afstemmen. Hij moet bijvoorbeeld bij verkoopvoorwaarden tijdig klagen als het geleverde niet aan de overeenkomst beantwoordt of hij moet bij een verzekeringsovereenkomst binnen een bepaalde tijd nadat er schade is ontstaan een claim indienen en heeft er dan belang bij dat hij de voorwaarden kan raadplegen teneinde zijn gedrag erop af te stemmen.

Verder vloeit het als een soort 'grondrecht' uit het contractuele karakter van algemene voorwaarden²⁰⁸ voort dat de wederpartij een 'redelijke mogelijkheid' moet hebben om van de algemene voorwaarden kennis te nemen.

Dat neemt niet weg dat men bij de **omvang** van de Nederlandse informatieplicht vraagtekens kan plaatsen. Het accent in afdeling 6.5.3 ligt op de inhoudelijke toetsing; is de informatieplicht niet verhoudingsgewijs erg zwaar? Maakt de wetgever zich niet, evenals de opstellers van algemene voorwaarden dat zo vaak doen, schuldig aan 'overkill'? Wat is het nut van het overhandigen van de algemene voorwaarden die in meer dan 99% van de gevallen niet gelezen zullen worden?²⁰⁹

De wederpartij heeft meer aan een korte samenvatting van algemene voorwaarden dan aan de volledige tekst. In zo'n samenvatting moet in het bijzonder aandacht worden besteed aan de verplichtingen van de wederpartij (bijvoorbeeld: de termijn waarbinnen hij moet klagen als de geleverde zaken niet in orde zijn). Een samenvatting kan voor de gebruiker goedkoper zijn, maar is ook voor de wederpartij aantrekkelijk, omdat hij in minder tijd beter geïnformeerd raakt over zijn rechtspositie.

In ieder geval kan het heel wat bomen schelen!

207. Vranken, p. 81. Art. 6.5.2A.2 is thans art. 6:232; art. 6.5.2A.2b is thans art. 2:234.

208. Zie nr. 53.

209. Men kan de vraag ook in rechtseconomische termen stellen: is de regeling van de informatieplicht in art. 6:233 onder b en 234 geen 'inefficiënte regeling', omdat deze de transactiekosten onnodig verhoogt? Vgl. Holzhauser/Teijl, p. 51 en 97; op de laatstgenoemde pagina wordt gesteld dat rechterlijke tussenkomst bij algemene voorwaarden is gerechtvaardigd door de ongelijkwaardige onderhandelingspositie van partijen en het aspect van onvolledig geïnformeerd zijn. Naar mijn mening geldt dat laatste zelfs als de wederpartij een exemplaar van de algemene voorwaarden ontvangt, zie nr. 206. Vgl. ook hoofdstuk 3 noot 166.

170. Om het zinloze en extra papier verslindende verstrekken van de volledige tekst van (uitgebreide) algemene voorwaarden te beperken zou het volgende denkbaar zijn:

- Er komt één centrale databank waarin algemene voorwaarden zijn opgenomen, deze zou bijvoorbeeld gevestigd kunnen worden bij een centraal gelegen Kamer van Koophandel of bij het Expertisecentrum Modelcontracten en Algemene voorwaarden te Amsterdam.
- De gebruikers van algemene voorwaarden krijgen de gelegenheid hun algemene voorwaarden bij deze databank te laten registreren. Zij delen in de kosten van het project.
- De databank verstrekt **gratis** aan een ieder op telefonisch of schriftelijk verzoek een exemplaar van de algemene voorwaarden.²¹⁰
- De gebruiker van omvangrijke voorwaarden (bijvoorbeeld meer dan één pagina A4) voldoet aan zijn informatieplicht door naar deze databank te verwijzen in plaats van de algemene voorwaarden te overhandigen of vooraf toe te zenden, **mits** hij de wederpartij een **samenvatting** van zijn voorwaarden verstrekt.²¹¹

Belangrijk kenmerk van mijn voorstel is dat deze registratie **vrijwillig** zou zijn²¹² en dat deze het verstrekken van algemene voorwaarden die weinig geraadpleegd worden vervangt. Een wetswijziging is niet nodig, mits wordt aangenomen dat de gebruiker op deze wijze een redelijke mogelijkheid biedt van de algemene voorwaarden kennis te nemen. Dit kan men aannemen als men art. 6:234 niet als een limitatieve opsomming beschouwt.²¹³

Sommige overeenkomsten lijken voor deze mogelijkheid minder in aanmerking te komen, namelijk overeenkomsten waarbij de algemene voorwaarden door de wederpartij regelmatig (moeten) worden geraadpleegd, omdat hij er zijn gedrag op moet afstemmen. Dit is bijvoorbeeld het geval bij de verzekeringsovereenkomst. Maar verzekeraars zijn ook nu al gewend hun algemene voorwaarden aan de wederpartij toe te zenden.

171. Het sluiten van de overeenkomst per telefoon of automatisch heeft in beide landen bijzondere aandacht gekregen. In beide landen moet de gebruiker erop wijzen dat er algemene voorwaarden zijn. Bij de Nederlandse regeling moet hij verwijzen naar de plaats waar de algemene voorwaarden zijn gedeponeed. De Duitse regeling kent geen depotmogelijkheid.

210. Dit wijkt op twee manieren af van de situatie onder het oude recht bij gedeponeede voorwaarden:

- de wederpartij moet zich thans naar de KvK begeven om de voorwaarden in te zien;
- aan het verstrekken van een exemplaar zijn hoge kosten verbonden; de prijs per fotocopie lag toen ik de laatste keer voor dit doel bij een KvK was op / 1,85.

211. Vermeld zou moeten worden:

- dat de verstrekte algemene voorwaarden een samenvatting zijn;
- waar de volledige tekst is gedeponeed en hoe een afschrift kan worden verkregen.

212. Een verplichte registratie van algemene voorwaarden en rechterlijke uitspraken over algemene voorwaarden (m.i. terecht) afgewezen; zie MvT Inv., MvA II Inv. en VC II Inv. d.d. 1-10-84, Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1582 resp. 1585 resp. 1600 e.v. "*Het kostenprobleem speelt hierbij een beslissende rol*".

213. Zie hierboven nr. 160. Een verder terugdringen van de informatieplicht is misschien wenselijk, maar lijkt me **binnen het wettelijke systeem** niet mogelijk.

Ook voor Nederland zou ik willen aannemen dat de gebruiker voldoet aan zijn informatieplicht, als hij verwijst naar in een prospectus, prijslijst, catalogus of rekening reeds meegedeelde algemene voorwaarden. De voorwaarden zijn dan immers voorafgaande aan het sluiten van de overeenkomst toegezonden of terhand gesteld. Aan een constructie die inhoudt dat de overeenkomst wordt gesloten onder de opschortende voorwaarde dat de wederpartij de toe te zenden algemene voorwaarden door stilzwijgen aanvaardt, is naar Nederlands recht geen behoefte. Deze plicht op verzoek toe te zenden staat al in de wet; een verwijzing naar een depot blijft vereist.

172. De Duitse en Nederlandse regelingen voor massaal gesloten overeenkomsten lopen ongeveer parallel. De Duitse regeling houdt in dat verwijzing kan gebeuren door een bord; aan de informatieplicht kan op alle in nr. 165 genoemde manieren worden voldaan, maar als er geen persoonlijk contact is tussen de gebruiker en wederpartij zal praktisch alleen aan de informatieplicht kunnen worden voldaan door het opnemen van de tekst op het bord.²¹⁴ De Nederlandse regeling houdt in dat moet worden verwezen naar gedeponeerde algemene voorwaarden. Hoe die verwijzing moet plaatsvinden is niet geregeld, maar het valt te verwachten dat daarvoor meestal een bord zal worden gebruikt. Het opnemen van de volledige tekst van de algemene voorwaarden op het bord in plaats van een verwijzing verdient natuurlijk de voorkeur boven een verwijzing. Maar dit is alleen praktisch uitvoerbaar als de voorwaarden niet al te lang zijn.

Voor de massaal gesloten overeenkomsten is een centraal register zoals ik heb voorgesteld in nr. 170 natuurlijk ideaal. Het verstrekken van een uittreksel is in dat geval niet nodig.

5.6 De informatieplicht jegens 'grote' wederpartijen

173. De informatieplicht geldt op grond van art. 6:235, lid 1 niet voor overeenkomsten die een gebruiker sluit met grote wederpartijen. Toch is niet aan te nemen dat elke informatieplicht ontbreekt. Een zekere plicht om de wederpartij een redelijke mogelijkheid te bieden van de algemene voorwaarden kennis te nemen kan worden aangenomen op grond van de redelijkheid en billijkheid. In Wessels/Jongeneel gaven wij enige maatstaven:

"Voor de vraag wat van een gebruiker jegens 'grote wederpartijen' verwacht kan worden menen wij dat het volgende redelijk en billijk genoemd kan worden:

1. In alle gevallen kan tenminste gevergd worden dat de algemene voorwaarden ter inzage liggen bij de gebruiker of dat zij zijn gedeponeerd bij een Kamer van Koophandel of de griffie van een gerecht en dat zij op verzoek kosteloos worden toegezonden (vgl. art. 2b lid 1 onder b). De uitzondering van art. 2b lid 3 (...) zal van overeenkomstige toepassing zijn.

214. Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen 2, Rdnr. 42.

2. Indien een gebruiker een klantenkring heeft waarin zich zowel 'grote' als 'kleine' wederpartijen bevinden, is niet in te zien waarom de informatieplicht jegens de 'grote' wederpartijen beperkter zou zijn dan jegens de 'kleine' wederpartijen. Zo zal een gebruiker die de gewoonte heeft offertes uit te brengen waarbij de algemene voorwaarden op de achterkant zijn afgedrukt, in strijd handelen met de redelijkheid en billijkheid indien hij de vermelding van zijn algemene voorwaarden in offertes aan 'grote' wederpartijen achterwege laat.²¹⁵

De tweede maatstaf berust op de gedachte dat het kennelijk het doel van het amendement Korthals²¹⁶ was om grote wederpartijen niet de last op te leggen van een vergaande informatieplicht. "Kennelijk", want het amendement geeft in de toelichting als argument voor het niet toepasselijk zijn van de art. 6:233 en 234:

"Zulks omdat deze 'grote' wederpartijen niet de speciale bescherming tegen algemene voorwaarden behoeven die dit wetsontwerp biedt, zodat toepasselijkheid van de voormelde artikelen in die gevallen een ongewenste inbreuk op de contractsvrijheid zou inhouden."

Aangezien de informatieplicht de contractsvrijheid niet beperkt is het amendement wat betreft de beperking van de informatieplicht niet deugdelijk gemotiveerd. Maar uitgaande van het hierboven veronderstelde doel: een beperkte informatieplicht betekent nog niet, dat in de gevallen dat de informatieplicht geen last betekent, de gebruiker de weg mag bewandelen van doelbewuste versluiering.

Als de in nr. 170 genoemde centrale registratie van de grond zou komen zou dit m.i. een goede mogelijkheid kunnen zijn voor gebruikers om te voldoen aan hun informatieplicht jegens grote wederpartijen.

174. In **Duitsland** geldt de informatieplicht op grond van ' 24 niet voor 'Kaufleute'. Algemene voorwaarden gelden ook als wederpartij ze niet kende, maar wel moet er een mogelijkheid zijn van de AGB kennis te nemen. Hiervoor is de toevoeging van een exemplaar van de algemene voorwaarden (of afdrukken van de voorwaarden op de achterzijde van een aanbod) niet vereist.²¹⁷ Wel heeft de wederpartij - als het niet om gebruikelijke, gemakkelijk toegankelijke voorwaarden gaat - recht op verstrekking van of inzage in de algemene voorwaarden. Biedt de gebruiker desgevraagd deze mogelijkheden niet, dan handelt hij in strijd met de goede trouw (Treu und Glauben, ' 242 BGB) en kan hij zich niet op zijn algemene voorwaarden beroepen.²¹⁸

215. Wessels/Jongeneel, nr. 78. Art. 2b is thans art. 6:234.

216. Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1631.

217. Palandt-Heinrichs, § 2, Anm. 6d.

218. Palandt-Heinrichs, § 2, Anm. 6d, met verwijzing naar OLG Hamm, Betr. 83, 2619; vgl. ook BGH, 3-12-87, BGHZ 102, 293 = NJW 1988, 1210; Kötz in Münch. Komm.-Kötz, § 2, Rdnr. 26.

5.7 Strijdigheid van algemene voorwaarden ('the Battle of Forms')

175. Een 'breinbreker' in het recht met betrekking tot algemene voorwaarden is de situatie waarin beide contractspartijen wensen dat hun eigen algemene voorwaarden op de overeenkomst van toepassing zullen zijn. Voor deze zogenaamde 'Battle of Forms' zijn vier oplossingen mogelijk:

1. De eerste verwijzing geldt, tenzij duidelijk weersproken.
2. De laatste verwijzing geldt.
3. Beide sets algemene voorwaarden gelden, voorzover ze met elkaar overeenkomen.
4. Er gelden helemaal geen algemene voorwaarden.²¹⁹

De Nederlandse wetgever kiest in art. 6:225, lid 3 voor het eerste systeem:

"Verwijzen aanbod en aanvaarding naar verschillende algemene voorwaarden, dan komt aan de tweede verwijzing geen werking toe, wanneer daarbij niet tevens de toepasselijkheid van de in de eerste verwijzing aangegeven algemene voorwaarden uitdrukkelijk van de hand wordt gewezen."

176. Art. 6:225 is geschreven voor verwijzingen naar 'algemene voorwaarden'. Gezien de strekking van de bepaling ligt het voor de hand daarbij uit te gaan van de definitie van art. 6:231, maar een setje dat overwegend 'algemene voorwaarden' bevat (maar bijvoorbeeld ook een kernbeding) als één geheel te beschouwen waarop de orderegel van art. 6:225 van toepassing is.

Bij de term 'verwijzen' in art. 6:225, lid 3 is blijkens de MvA II gedacht aan een verwijzing op briefpapier e.d.²²⁰ De gegeven regel houdt in dat een gelijke reactie onvoldoende is. Om de eerste verwijzing ongedaan te maken is méér nodig, bijvoorbeeld een brief waarin wordt gesteld dat de voorwaarden van de andere partij onacceptabel zijn.

In veel algemene voorwaarden vindt men een zogenaamde 'afweerclausule' met bijvoorbeeld de volgende tekst:

"Eventuele inkoop- of andere voorwaarden van opdrachtgever zijn niet van toepassing, tenzij deze door leverancier uitdrukkelijk schriftelijk zijn aanvaard."

Deze roept twee vragen op die m.i. moeten worden onderscheiden. Ten eerste: kan men zijn aanbod door middel van een afweerclausule zo clausuleren dat er maar twee mogelijkheden zijn: of de wederpartij aanvaardt dit aanbod, of er komt geen overeenkomst tot stand? Ten tweede: wat is de betekenis van een afweerclausule in de algemene voorwaarden van de antwoordende partij.

Wat de eerste vraag betreft: uit art. 6:217, lid 2 blijkt dat art. 6:225 van aanvullend recht is. Toch merkt Schoordijk op:

219. Vgl. Hondius, diss. nr. 230, Van Dunné, p.30 en Van der Puil, p. 139.

220. Parl. Gesch. Boek 6, p. 892.

*"We dienen ons goed te realiseren, dat iemand die een aanbod doet, niet aan de wederpartij de regels van totstandkoming van overeenkomsten kan opleggen. Want laten we welwezen, zo iemand wil optreden als wetgever. Hij wil eenzijdig bepalen hoe overeenkomsten tot stand komen, en dat is niet des aanbieders, maar des wetgevers."*²²¹

Hoewel hij de tekst van art. 6:217 tegen zich heeft, meen ik dat Schoordijk gelijk heeft. Zou men anders aannemen, dan zou art. 6:225, lid 3 immers een dode letter zijn, nu afweerclausules vrijwel altijd in algemene voorwaarden zijn opgenomen.

Wat de tweede vraag betreft: Hartkamp en Bakels menen dat een afweerclausule in algemene voorwaarden van de antwoordende partij niet kan gelden als een uitdrukkelijk van de hand wijzen van de voorwaarden van de andere partij.²²² Ook Hondius heeft betoogd dat aan afweerclausules zo min mogelijk betekenis moet worden toegekend.²²³ Hiermee stem ik in.²²⁴ Een beding in algemene voorwaarden kan nooit gelden als een uitdrukkelijke verklaring, aangezien de gebruiker van de voorwaarden er niet op mag vertrouwen dat de wederpartij van de algemene voorwaarden kennis neemt. Men kan afweerclausules dus gevoegelijk weglaten. Helaas hebben veel opstellers van (eenzijdige) algemene voorwaarden last van het 'baat-het-niet-dan-schaadt-het-niet-syndroom'.²²⁵

177. De verhouding van de eerste twee leden van art. 6:225²²⁶ tot het derde lid is als volgt: lid 3 is een afwijking van lid 1 voor het bijzondere geval dat er sprake is van algemene voorwaarden. Zonder lid 3 zou een aanvaarding die naar andere algemene voorwaarden verwijst²²⁷ dan het aanbod een verwerping van het aanbod zijn. Dat is in strijd met de handelspraktijk. Ondanks de strijdigheid van de algemene voorwaarden nemen partijen altijd aan dat er wel een overeenkomst tot stand is gekomen en zij voeren die ook uit, terwijl de vraag welke voorwaarden nu eigenlijk van toepassing waren vaak niet eens wordt opgehelderd.²²⁸

221. Schoordijk, p. 503.

222. Asser-Hartkamp II, nr. 354; Bakels, p. 261.

223. Hondius, diss. nr. 234.

224. In de Duitse rechtspraak wordt hier anders over gedacht, waarbij de literatuur zijn kritische kanttekeningen maakt, zie nr. 186.

225. Zie hierover ook: R.H.C. Jongeneel, Standaardfouten bij het opstellen van algemene voorwaarden, *Advocatenblad* 1991, p. 130-133.

226. Art. 6:225 1. Een aanvaarding die van het aanbod afwijkt, geldt als een nieuw aanbod en als een verwerping van het oorspronkelijke.

2. Wijkt een tot aanvaarding strekkend antwoord op een aanbod daarvan slechts op ondergeschikte punten af, dan geldt dit antwoord als aanvaarding en komt de overeenkomst overeenkomstig deze aanvaarding tot stand, tenzij de aanbieder onverwijld bezwaar maakt tegen de verschillen.

227. De wettelijke term is hier 'verwijzen'. Dit verwijzen kan expliciet gebeuren naar bijgevoegde voorwaarden of naar elders gedeponeerde voorwaarden, of impliciet bijvoorbeeld doordat een contractformulier wordt gebruikt.

228. Van Dunné, p. 30; J.H.M. van Erp, Art. 6.5.2.8 ('battle of forms', 'veldslag der formulieren'), *WPNR* 5794 (1986), p. 516.

Lid 2 komt aan de orde als de ontvanger van een aanbod reageert met een aanvaarding, echter op zijn eigen voorwaarden. Wijken deze slechts in geringe mate af van de voorwaarden van het aanbod, dan gelden volgens art. 6:225, lid 2 de voorwaarden van het aanbod. Bakels heeft hiertegen bezwaar gemaakt voor het (in de praktijk onder het oude recht vaak voorkomende) geval dat partijen elkaar de eigen voorwaarden niet hebben toegezonden noch op andere wijze elkaars voorwaarden kennen. Hij ziet hierbij wellicht over het hoofd dat de in afd. 6.5.3 voorziene informatieplicht deze casus in een groot aantal gevallen veel gemakkelijker oplost. Als de wederpartij geen groot bedrijf is, heeft het niet voldoen aan de informatieplicht immers vernietigbaarheid tot gevolg. Voor die gevallen waarin op de gebruiker geen informatieplicht rust²²⁹ stem ik met Bakels in als hij opmerkt:

*"Om aan de toepasselijkheid van A's voorwaarden te ontsnappen is het voldoende dat P ze uitdrukkelijk van de hand wijst; wil P bovendien een contract op eigen voorwaarden binnenhalen via de werking van art. 6.5.2.8, lid 2, dan mag men van hem eisen dat hij A op de verschillen tussen beide voorwaarden attent maakt onder vermelding dat die z.i. voor A slechts van ondergeschikt belang zijn."*²³⁰

Overigens is het "niet wezenlijk van elkaar afwijken" van algemene voorwaarden voor de meest voorkomende gevallen van 'the Battle of Forms', namelijk strijdige inkoop- en verkoopvoorwaarden, niet meer dan theorie, omdat inkoopvoorwaarden vrijwel altijd wezenlijk van verkoopvoorwaarden afwijken.²³¹

178. Komt er dan geen overeenkomst tot stand als de acceptant bezwaar maakt tegen de voorwaarden van de aanbieder en zijn eigen voorwaarden voorstelt, die aanzienlijk afwijken van de voorwaarden van de aanbieder?

In de MvA II Inv. bij het destijds voorgestelde art. 6.5.2.8a wordt opgemerkt dat het in het licht van die bepaling (die een regeling gaf voor de onderhandelingsfase) mogelijk zou zijn ook bij belangrijkere afwijkingen (dan de "geringe afwijking" van art. 6:225, lid 2) partijen niet onder alle omstandigheden vrij zijn de onderhandelingen af te breken. Mede gezien de slotzinsnede van art. 6:217, lid 2 (*"De artikelen 2-8²³² zijn van toepassing, tenzij iets anders voortvloeit uit het aanbod, uit een andere rechtshandeling of uit de gewoonte"*) is het volgens de genoemde MvA niet uitgesloten dat

"... uitgegaan moet worden van de totstandkoming van een overeenkomst die dan op de punten waar de algemene voorwaarden conflicteren, door de rechter moet worden aangevuld met toepassing van art. 6.5.3.1, lid 1".²³³

229. Zie over de informatieplicht paragraaf 5.5 en 5.6.

230. Bakels, p. 259. Art. 6.5.2.8 is thans art. 6:225.

231. Van der Puil, p. 161, vgl. ook Van der Velden, p. 240.

232. Art. 6.5.2.2-8, thans: art. 6:219-225.

233. MvA II Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1438, met verwijzing naar Asser-Rutten-Hartkamp II, nr. 354, zevende druk; op dit punt is de achtste druk ongewijzigd). Art. 6.5.3.1 is thans art. 6:248.

Hoewel beide partijen hun algemene voorwaarden hebben voorgesteld kan dus een overeenkomst tot stand komen waarop geen van de voorgestelde sets algemene voorwaarden van toepassing zijn. Uitgangspunt is hierbij een aanbod dat algemene voorwaarden omvat. De aanvaarding wijst deze voorwaarden "nadrukkelijk van de hand" in de zin van art. 6:225, lid 3, waarbij de eigen voorwaarden van de acceptant worden voorgesteld. Dit heeft tot gevolg dat de voorwaarden van het aanbod niet gelden (lid 3), terwijl de voorwaarden van de aanvaarding evenmin gelden (lid 2), wanneer (zoals meestal) de afwijking daarvoor te groot is. Toch kan het hierbij zo zijn dat partijen erop mogen vertrouwen **dat** enigerlei overeenkomst tot stand zal komen,²³⁴ m.a.w. het kan zo zijn dat partijen de onderhandelingen niet meer mogen afbreken. **Wanneer** die overeenkomst feitelijk tot stand komt, hangt van de omstandigheden af. De totstandkoming zal bijvoorbeeld kunnen samenvallen met het (begin van het) uitvoeren van de overeenkomst. Overigens kan uit een bepaalde manier van uitvoeren impliciet toch nog een erkennen van de toepasselijkheid van de voorwaarden van de wederpartij blijken.²³⁵ Hoewel art. 6.5.2.8a van de baan is, is de daarin gegeven regel geldend recht.²³⁶

179. Art. 6:225 is gebaseerd op het model van **aanbod en aanvaarding**. Dit model schiet te kort als stukken die de gesloten overeenkomst bevestigen verwijzen naar verschillende algemene voorwaarden en elkaar kruisen. Welke verwijzing de eerste is, kan dan niet worden vastgesteld.

Art. 6:225, lid 3 geeft geen oplossing. Van der Puil wijst op art. 6:217, lid 1: men dient te kijken naar andere rechtshandelingen of de tussen partijen gegroeide gewoonte. Biedt dit geen oplossing, dan meen ik dat de sleutel ligt in het vertrouwensbeginsel (art. 3:35). De partij die niet op de hem door de andere partij toegezonden voorwaarden reageert moet die voorwaarden tegen zich laten gelden. Reageert geen van beide partijen, dan is er (behoudens de bovengenoemde omstandigheden) geen mogelijkheid één van de sets voorwaarden als winnaar van de Battle of Forms aan te wijzen. Bij zo'n 1-1 stand lijkt het me een billijke oplossing dat beide sets algemene voorwaarden gelden, voor zover ze met elkaar overeenstemmen. Dat betekent in de

234. HR 18-6-82, NJ 83, 723 (Plas/Valburg).

235. Zie noot 246.

236. Blijkens het amendement dat leidde tot schrapping van art. 6.5.2.8a en de daarover gevoerde discussie wilde men de rechtsontwikkeling die was ingezet met het arrest HR 18-6-82, NJ 83, 723 (Plas/Valburg) afwachten. Ook na de schrapping van de bepaling staat het de rechter dus vrij het gedrag van partijen in de precontractuele fase te toetsen aan de redelijkheid en billijkheid en de zorgvuldigheidsnorm (zie Amendement van de Tweede-Kamer-leden Van der Burg en Korthals, Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1443 en de discussie daarover: p. 1444-1448). De Hoge Raad volgt de in het arrest Plas/Valburg ingeslagen weg nog steeds, zie o.a.: HR 23-10-87, NJ 88, 1017 m.nt. CJHB (VSH-Shell), HR 20-5-88, NJ 88, 943 m.nt. G. (Westenberg/Stoelman) en HR 16-6-89, NJ 89, 804 (Hofman/gemeente Vlissingen), besproken door Wessels in KwNBW 90, p. 33-35.

praktijk vaak ongeveer hetzelfde als dat geen van beide sets gelden.²³⁷

180. Het model van **aanbod en aanvaarding** schiet ook te kort als er schriftelijke stukken worden gewisseld en eventueel onderhandelingen plaatsvinden, waarbij niet duidelijk is of een bepaald stuk een uitnodiging tot het doen van een aanbod, een aanbod of een aanvaarding is. Over dit geval stelt Hartkamp dat art. 6:225 slechts een vuistregel geeft

*"... die enerzijds niet alleen op een aanbod en een aanvaarding in strikte zin, maar ook op andere tussen partijen uitgewisselde verklaringen kan worden toegepast, doch anderzijds gemakkelijk opzij gezet kan worden door de omstandigheden van het geval, waarbij m.n. van belang kan zijn of partijen reeds eerder zaken met elkaar hebben gedaan."*²³⁸

Schoordijk merkt op:

237. Zie nr. 157; voor de oplossing dat geen van beide sets algemene voorwaarden gelden koos Rb Dordrecht 16-1-80, NJ 83, 21; beide sets worden soms toepasselijk geacht in de arbitrale rechtspraak, zie Contractenrecht VII, nr. 64.

238. Asser-Hartkamp II, nr. 354.

*"Daarbij werkt het denken in termen als **geschrift, brief, eerst verzonden** geschrift, **later verzonden** geschrift, elkaar kruisende geschriften etc. versluisend. Zij werken mechanisch denken in de hand"*²³⁹

Bakels geeft een ingewikkelde casus waaruit blijkt dat het van groot belang is voor de afloop of een bepaalde verklaring wordt gekwalificeerd als een uitnodiging tot het doen van een aanbod, een aanbod of een aanvaarding. Voor het voorkomen van de Battle of Forms geeft hij als advies: het toezenden van de eigen voorwaarden aan de aanbieder onder vermelding dat uitsluitend op basis van de eigen voorwaarden zaken worden gedaan, met verzoek aan de aanbieder om de begeleidende brief voor accoord getekend retour te zenden. Voor het geval niet op deze manier met zekerheid komt vast te staan welke algemene voorwaarden van toepassing zijn geeft Bakels een (niet uitputtend) lijstje van vijf relevante omstandigheden:

- "a) de vraag of partijen eerder zaken hebben gedaan en zo ja, op basis van wiens voorwaarden eventueel;*
- b) de vraag in hoeverre degene, die zijn voorwaarden het eerst in de onderhandelingen inbracht, op de afwijzing daarvan bedacht kon zijn, mede gezien de wijze waarop zij plaatsvond;*
- c) de vraag of en zo ja in hoeverre er een voor de wederpartij kenbaar verband bestond tussen het inbrengen van de eigen voorwaarden in de onderhandelingen en de condities van het voorstel, waaraan de voorwaarden zijn gekoppeld;*
- d) de mate waarin de eigen voorwaarden bezwarend zijn voor de wederpartij in de zin van art. 6.5.2A.2 lid 2 onder a;*
- e) de mate waarin de respectieve voorwaarden van elkaar afwijken, gezien tegen de achtergrond van de daarbij over en weer betrokken belangen."*²⁴⁰

Bij omstandigheid 'd)' merk ik op dat deze omstandigheid m.i. in het stelsel van het NBW geen rol behoort te spelen. De omstandigheid herinnert aan het arrest Holleman/de Klerk.²⁴¹ Afd. 6.5.3 kent echter een scheiding tussen de gebondenheidsvraag en de inhoudelijke toetsing. Dat een beding tussen redelijk is betekent niet dat de wederpartij er niet aan gebonden is, maar dat het vernietigbaar is.²⁴²

239. Schoordijk, p. 503.

240. Bakels, p. 261. Art. 6.5.2A.2, lid 2 onder a is nu: art. 6:233 onder a.

241. HR 20-11-81, NJ 82, 517, m.nt. CJHB (Holleman/de Klerk).

242. Zie nader nr. 217.

181. In het internationale kooprecht, zoals geregeld in de LUF/LUVI en de CISG geldt dat de aanvaarding in overeenstemming moet zijn met het aanbod. Wijkt de aanvaarding van het aanbod af, dan geldt het als een tegenaanbod, althans als de aanvaarding voorwaarden bevat die het aanbod wezenlijk veranderen.²⁴³ Als beide partijen naar hun algemene voorwaarden verwijzen zonder op de voorwaarden van de ander te reageren, is er volgens het eenvormige kooprecht geen overeenkomst tot stand gekomen. Ook het nakomen van de verplichtingen door partijen heeft niet tot gevolg dat wordt aangenomen dat een overeenkomst tot stand is gekomen. Dit resultaat is volgens Van der Velden²⁴⁴ niet in overeenstemming met de moderne commerciële praktijk. Hij neemt daarom aan dat er een overeenkomst is (zij het een incomplete) als de afspraken over de aard, hoeveelheid en prijs van de zaken voldoende bepaald zijn en er een intentie om gebonden te zijn bestaat. Deze kan blijken uit overeenstemming over bepaalde voorwaarden naast de algemene voorwaarden (waaruit blijkt dat partijen de algemene voorwaarden van beperkt belang achten) en uit het uitvoeren van de afspraken door ten minste één partij. Hoe dan vervolgens 'the Battle of Forms' moet worden opgelost? De oplossingen die uitgaan van de gelding van de voorwaarden van het aanbod of de aanvaarding noemt Van der Velden 'zelden bevredigend', omdat het moeilijk is vast te stellen wat een uitnodiging tot het doen van een aanbod, een aanbod of een aanvaarding is. Ook het tot uitgangspunt nemen van de voorwaarden van de verkoper is alleen juist als de marktomstandigheden zodanig zijn dat de koper de prijs bepaalt. Van der Velden kiest daarom, in navolging van Lord Denning, voor het laten gelden van beide sets voorwaarden, voor zover ze met elkaar overeenstemmen. De overeenkomst moet verder worden gecompleteerd "by reasonable implications."²⁴⁵ Dit is in overeenstemming met een leidend beginsel in beide uniforme wetten, namelijk de goede trouw in de internationale handel. Bij het completeren kunnen alle omstandigheden in acht worden genomen, zoals de uitdrukkelijke overeengekomen voorwaarden, de beide sets algemene voorwaarden, het belang dat elk van de partijen heeft bij het gelden van (een deel van) zijn algemene voorwaarden, de manier waarop de algemene voorwaarden aan de wederpartij zijn bekend gemaakt, de taal waarin de voorwaarden zijn gesteld, etc.

182. De Hoge Raad kreeg te oordelen over een geval waarin de LUF van toepassing was in het arrest Katan/Klaas.²⁴⁶ De omstandigheden van het geval bleken in dit arrest van grote betekenis.

243. Art. 7 LUF en art. 19 CISG. De HR heeft dit criterium subjectief ingevuld: HR 7-11-86, NJ 87, 934 (Katan/Klaas). Volgens annotator Brunner echter moet dit criterium objectief worden ingevuld, welke visie mij juist voorkomt.

244. Voor dit gehele nummer geldt als vindplaats: Van der Velden, p. 233-249.

245. Lord Denning in *Butler v. Ex-Cell-O* (1979) 1 W.L.R. (C.A.), 401, 405; Van der Velden wijst daarnaast nog op het Amerikaanse Section 2.207 sub 3 Uniform Commercial Code.

246. HR 7-11-86, NJ 87, 934, m.nt. CJHB.

Na een aanbod dat algemene voorwaarden bevat is een aanvaarding op de algemene voorwaarden van de acceptant in sommige gevallen wel en in andere gevallen niet een aanvaarding die de voorwaarden van het aanbod "niet wezenlijk aantasten" (art. 7 LUF). Het hof had vastgesteld dat Katan en Klaas professioneel handelden en dat Katan inkoopvoorwaarden toepasselijk verklaarde bij haar order, terwijl Klaas in de orderbevestiging haar verkoopvoorwaarden van toepassing verklaarde. Katan had hierop nimmer afwijzend gereageerd. Door de betalingscondities van Klaas na te komen gaf Katan aan dat de aanvullingen of afwijkingen in de voorwaarden van Klaas geen wezenlijke aantasting opleverden van de voorwaarden van het aanbod.²⁴⁷

247. Brunner wijst er in zijn noot op dat als de afwijkingen wel als wezenlijk zouden zijn aangemerkt (objectieve benadering) de uitkomst hetzelfde zou zijn geweest, aangezien Katan dan door haar feitelijke gedragingen de wezenlijke afwijkingen van Klaas had aanvaard.

183. De rechtspraak heeft de regel van art. 6:225, lid 3 niet met gejuich ontvangen. In een tweetal recente uitspraken werd de regel niet toegepast²⁴⁸:

Toepasselijkheid van de **wederzijdse voorwaarden** wordt aangenomen door de Zwolse rechtbank²⁴⁹: De Wavin heeft naar haar inkoopvoorwaarden verwezen en een exemplaar daarvan toegezonden. Meijer heeft niet geprotesteerd, maar in de facturen van Meijer wordt naar de AVC verwezen. Beide zijn toepasselijk, maar waar zij strijdig zijn prevaleren de Wavin-voorwaarden, die immers uitdrukkelijk zijn overeengekomen, terwijl de AVC achteraf en meer bedekt deel van de overeenkomst zijn gaan uitmaken.²⁵⁰

Het Hof 's-Gravenhage²⁵¹ kiest precies de omgekeerde oplossing: **geen van beide sets voorwaarden** zijn van toepassing. Nu partijen over en weer verwezen naar andere voorwaarden, zonder dat één van beiden ooit tegen de voorwaarden van de andere partij bezwaar heeft gemaakt, kan niet worden aangenomen dat de één de voorwaarden van de ander heeft geaccepteerd, en dienen alle algemene voorwaarden buiten beschouwing te blijven. De overeenkomst wordt beheerst door het gemene recht.

184. In de Nederlandse arbitragepraktijk wordt soms ter beslechting van 'the Battle of Forms' het argument gehanteerd dat de voorwaarden van de ene partij beter op de situatie zijn 'toegeschreven' dan die van de andere partij en (mede) daarom toepasselijk zijn.²⁵² Dit argument komt mij onjuist voor. Niet uit de inhoud van de voorwaarden maar uit het gedrag van partijen moet worden afgeleid welke voorwaarden van toepassing zijn.

185. De **Duitse** rechter hanteert twee beginselen: het beginsel van het laatste woord²⁵³ en het overeenstemmingsbeginsel.²⁵⁴ Het eerste beginsel betekent dat als de aanbieder algemene voorwaarden hanteert en de acceptant ook, de acceptatie geldt als een verwerping en als een nieuw aanbod. Dit geldt niet als aanvaard door het enkele stilzwijgen van de oorspronkelijke aanbieder,²⁵⁵ maar wel door de uitvoering van de overeenkomst.

248. Uitspraken die wel in overeenstemming zijn met art. 6:225 zijn: Rb Roermond, 12-3-81, NJ 83, 397, Rb Breda, 7-8-86, KG 86, 369 en Arbitrage Instituut Bouwstoffen 26-7-88, TvA 89, nr. 8.

249. Rb Zwolle, 6-2-85, S&S 87, 71.

250. Of verwijzing op facturen tot gebondenheid leidt, is zeer twijfelachtig, zie nr. 129.

251. Hof 's-Gravenhage, 4-3-88, S&S 89, 84.

252. RvA bouwbedrijven, 26-8-86, BR 87, p. 70 en 29-3-88, BR 88, p. 534; Arb.Inst.Bouwkunst, 18-12-86, BR 88, p. 454. Zo ook: Hof 's-Gravenhage, 4-12-87, S&S 89, 31.

253. BGH, 26-9-73, BGHZ 61, 282, 287; dit wordt gebaseerd op § 150 II BGB, dat overeenkomt met art. 6:225, lid 1.

254. "Prinzip der Kongruenzgeltung", BGH ZIP 1982, 447 m.nt. Bunte en BGH 3-2-82, NJW 1982, 1749 en 5-5-82, NJW 1982, 1751, waarover O. de Lousanoff, Die wirksamkeit des Eigentumsvorbehaltes bei kollidierenden Allgemeinen Geschäftsbedingungen, NJW 1982, 1727. Volgens de genoemde uitspraken kan een eigendomsvoorbehoud toch geldig zijn, ondanks het feit dat de algemene voorwaarden geen contractsinhoud zijn geworden, omdat de verkoper blijkens zijn verkoopvoorwaarden zakenrechtelijk slechts een aanbod doet tot een voorwaardelijke eigendomsovergang. M.i. is dit een merkwaardige constructie.

255. BGH, 9-2-77, JZ 1977, 602; Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, § 2, Rdnr. 74.

Als de acceptant de voorwaarden van de aanbieder uitdrukkelijk weerspreekt, en de aanbieder vervolgens de voorwaarden van de acceptant weerspreekt,²⁵⁶ terwijl de overeenkomst toch wordt uitgevoerd, neemt de rechter aan dat er geen overeenstemming over de toepasselijkheid van de algemene voorwaarden bestaat. Volgens het overeenstemmingsbeginsel gelden dan de wederzijdse voorwaarden in zoverre deze overeenstemmen.²⁵⁷ De overeenkomst is in ieder geval geldig.²⁵⁸ Voorzover de algemene voorwaarden niet overeenstemmen geldt volgens ' 6 Abs. 2 het aanvullend recht.²⁵⁹ Er moet dus worden nagegaan in hoeverre de algemene voorwaarden van beide partijen overeenstemmen;²⁶⁰ meestal stemmen zij in geringe mate overeen.²⁶¹ Is een bepaalde vraag niet in de algemene voorwaarden van beide partijen geregeld, dan moet de wil van de 'zwijgende' partij door uitleg worden vastgesteld. In de regel moet er dan van uit worden gegaan dat de 'zwijgende' partij stilzwijgend instemt met het beding van de andere partij, indien dit gunstig voor hem is. Ditzelfde geldt als het beding in de desbetreffende branche gebruikelijk is.²⁶²

186. Een **afweerclausule** geldt volgens het BGH als een bij voorbaat weerspreken van de algemene voorwaarden van de wederpartij.²⁶³ Een afweerclausule kan echter in strijd zijn met de open norm (' 9), als het de wederpartij hindert een gerechtvaardigde regeling te treffen.²⁶⁴ Hebben beide partijen een afweerclausule in hun voorwaarden opgenomen, dan geldt het overeenstemmingsbeginsel.²⁶⁵ Volgens Ulmer is dit ten onrechte: bij strijdigheid van voorwaarden behoort het al dan niet aanwezig zijn van afweerclausules en hun eventuele inhoud geen invloed te hebben op het toepasselijk zijn van algemene voorwaarden.²⁶⁶ Vergelijkbaar met afweerclausules zijn exclusiviteitsbedingen²⁶⁷: bedingen waarin wordt aangegeven dat de gebruiker uitsluitend op zijn eigen voorwaarden zaken wil doen. Als de wederpartij desondanks naar zijn eigen voorwaarden verwijst wordt de uitvoering van de overeenkomst gezien als een stilzwijgend afstand doen van het exclusiviteitsbeding. Het overeenstemmingsbeginsel geldt dan weer.

256. Hetzelfde geldt als de aanbieder een afweerclausule in zijn algemene voorwaarden heeft opgenomen, zie nr. 186.

257. Kötz in Münch. Komm.-Kötz, § 2, Rdnr. 31; Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, § 2, Rdnr. 78; in zoverre de voorwaarden overeenstemmen is er geen gebruiker en wordt dus geen inhoudelijke toetsing toegepast.

258. Heersende mening, Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen § 2, Rdnr. 97, 98; BGH, 26-9-73, BGHZ 61, 282, 287.

259. Bunte, Handbuch, p. 13 en de daar genoemde rechtspraak (zie noot 253) en Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen § 2, Rdnr. 103.

260. Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen § 2, Rdnr. 102; Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, § 2, Rdnr. 78.

261. Ulmer in RWS-Forum, p. 13.

262. Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen § 2, Rdnr. 104.

263. BGH, 3-2-82, NJW 1982, 1749; BGH, NJW-RR 1986, 984.

264. BGH, NJW 1985, 2921, 2924.

265. Zie nr. 185; BGH, 20-3-85, NJW 1985, 1838 = ZIP 1985, 544.

266. Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen § 2, Rdnr. 98 en de in Rdnr. 97 noot 258 genoemde literatuur; zie ook Rdnr. 104: bij het deels zwijgen van de voorwaarden van één der partijen zijn afweerclausules niet van invloed.

267. "Ausschließlichkeitsklauseln".

Balans

187. De balans opmakend meen ik dat art. 6:225, lid 3 een bruikbare regel biedt voor eenvoudige gevallen. Voor ingewikkelde gevallen, die niet passen onder het model van aanbod en aanvaarding geldt dat het artikel slechts een vuistregel geeft, waarvan op grond van de omstandigheden kan worden afgeweken.²⁶⁸ Het vertrouwensbeginsel is daarbij richtinggevend. Dit betekent wel dat de zekerheid die art. 6:225, lid 3 lijkt te bieden, maar schijn is.²⁶⁹

268. Zie nr. 178-180.

269. Holzhauser meent dat het vanuit rechtseconomisch oogpunt in ieder geval wenselijk is **dát** het recht een regeling biedt en dat deze duidelijk is (Holzhauer/Teijl, p. 98). Ten onrecht betreurt hij dat de regel uit het NBW is teruggenomen. Kennelijk heeft hij het gehandhaafde art. 6:225 (6.5.2.8) verward met het wel geschrapte art. 6.5.2.8a (betreffende onderhandelende partijen; zie hoofdstuk 5, noot 235).

Art. 6:225 beschouw ik echter niet als de best denkbare oplossing. Hondius stelde destijds dat Nederland met art. 6:225, lid 3 alleen stond. Schoordijk heeft aangetoond dat de regel ook in het Engelse recht wel wordt gehanteerd en dat de regel in de arbitrale rechtspraak wordt aanvaard.²⁷⁰ Kijkt men echter naar het eenvormige kooprecht en het Duitse recht, dan is duidelijk dat dit een andere kant op gaat: het naast elkaar laten gelden van beide sets voorwaarden, voor zover ze met elkaar overeenstemmen en het verder aanvullen van de overeenkomst door de rechter.²⁷¹ Vanuit rechtspolitiek oogpunt valt voor deze oplossing veel te zeggen. De oplossing is eenvoudig, geeft zeker zoveel rechtszekerheid als art. 6:225, lid 3 en 'straft' **beide** partijen voor het feit dat ze niet uitdrukkelijk overeenstemming hebben bereikt over de toepasselijkheid van de algemene voorwaarden van één van beiden. Als de toepasselijkheid van algemene voorwaarden voor een bepaalde partij werkelijk van belang is, zal deze partij zich er voor in moeten zetten dat de wederpartij de voorwaarden aanvaardt. Beschieten partijen elkaar slechts uit gewoonte met hun voorwaarden, dan is het m.i. wenselijk aan dergelijke loze routinehandelingen zo min mogelijk betekenis te hechten.

5.8 Algemene voorwaarden in een duurzame contractuele relatie

188. In deze paragraaf komen twee soorten 'duurzame contractuele relaties' aan de orde, te weten de duurovereenkomst en de relatie tussen gebruiker en wederpartij die inhoudt dat in de loop der tijden tussen partijen regelmatig bepaalde overeenkomsten worden gesloten.

Problematisch is bij de duurovereenkomst vooral de bevoegdheid om de algemene voorwaarden te wijzigen.

Bij de relatie waarin regelmatig bepaalde overeenkomsten worden gesloten rijst de vraag in hoeverre telkens moet worden voldaan aan de vereisten voor gebondenheid en aan de informatieplicht.

270. Schoordijk, p. 501-505. Bakels wijst verder op Rb Roermond, 12-3-81, NJ 83, 397. Zie echter over de arbitrale uitspraken nr. 184.

271. Vgl. ook de recente Nederlandse uitspraken in nr. 183.

189. De wijzigingsbevoegdheid kwam aan de orde in de MvA I. Volgens de bewindslieden is een beding dat de gebruiker een eenzijdige wijzigingsbevoegdheid verschaft in beginsel geldig. Het beding kan echter getoetst worden aan de open norm, terwijl de bevoegdheid in overeenstemming met redelijkheid en billijkheid moet worden uitgeoefend.²⁷² De wederpartij is dus aan de gewijzigde versie van de algemene voorwaarden gebonden op grond van zijn aanvaarding van de oorspronkelijke voorwaarden met de daarin opgenomen wijzigingsbevoegdheid. Worden de voorwaarden gewijzigd, dan zal de gebruiker opnieuw aan zijn informatieplicht moeten voldoen, waarbij m.i. van de gebruiker verwacht mag worden dat hij niet slechts de wijzigingen maar de gehele nieuwe tekst verschaft.²⁷³ Men kan zich afvragen of de gebruiker ook melding moet maken van de punten waarop zijn voorwaarden zijn gewijzigd. Dit mag m.i. in ieder geval verwacht worden bij omvangrijke algemene voorwaarden.²⁷⁴

Het voorstel voor een Europese Richtlijn betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten noemt in een bijlage als een "oneerlijk beding" een beding dat tot doel of tot gevolg heeft:

*"te bepalen dat een verkoper of leverancier van goederen of diensten de bedingen van een overeenkomst eenzijdig kan veranderen (...)"*²⁷⁵

Op dit punt is het komende EG-recht (als het in deze vorm wordt ingevoerd) dus strenger dan het Nederlandse recht; als een Richtlijn overeenkomstig dit voorstel tot stand zou komen, zou de zwarte of grijze lijst moeten worden aangevuld.

190. Als partijen regelmatig overeenkomsten met elkaar sluiten zal in elke overeenkomst moeten worden voldaan aan de vereisten voor de gebondenheid aan algemene voorwaarden. Volgens de hierboven afgeleide regel is de wederpartij gebonden als hij weet of redelijkerwijs moest weten dat de gebruiker algemene voorwaarden gebruikt en hij (de gelding van) die voorwaarden aanvaardt.²⁷⁶ Als verwijzing op zeker moment achterwege blijft, kan de gelding berusten op de gewoonte tussen partijen.²⁷⁷

272. MvA I Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1684. *Bij de beoordeling hiervan zal mede van belang zijn of de wijziging ter kennis is gebracht van de wederpartij, alsmede bijvoorbeeld op welke wijze en wanneer dit is geschied.* Met andere woorden: de manier waarop het beding wordt uitgeoefend wordt getoetst, zie over deze 'tweede fase' paragraaf 6.10. Vgl. ook Van der Werf diss. p. 52-53 en de meerderheid in de rechtspraak, zie Contractenrecht VII (Hondius) nr. 248, die tevens verwijst naar art. 7.15.7, 8 en 11, lid 2 ONBW inzake de vaststellingsovereenkomst die van overeenkomstige toepassing zijn als een partij bij een rechtsverhouding de bevoegdheid heeft die verhouding aan te vullen of te wijzigen.

273. Vgl. ook hiervoor Contractenrecht VII (Hondius), nr. 248.

274. Omvangrijk zijn bijvoorbeeld de polisvoorwaarden van een ziektekostenverzekering. Zie voor een geval waarin een verzekeraar de verzekerde wel berichtte dat er een wijziging van de polisvoorwaarden had plaatsgevonden (en waarin de nieuwe algemene voorwaarden werden toegezonden), terwijl een voor de wederpartij essentiële wijziging in de begeleidende brief niet werd vermeld: Rb 's-Gravenhage, 28-12-89, KG 90, 66. De verzekeraar mocht zich in dit geval niet te goeder trouw een beroep doen op de gewijzigde voorwaarden.

275. Voorstel van 3 september 1990, Com (90) 322 def., p. 71.

276. Zie nr. 149.

277. Zie nr. 134.

Wat de informatieplicht betreft: als de algemene voorwaarden éénmaal terhand zijn gesteld of toegezonden behoeft dit bij een volgende overeenkomst niet opnieuw te gebeuren.²⁷⁸ In Wessels/Jongeneel voegden wij daar aan toe:

*"Voorwaarde is o.i. wel dat de wederpartij zich (bijvoorbeeld door een verwijzing) er van bewust blijft dat de (ooit toegezonden of terhand-gestelde) algemene voorwaarden nog steeds van toepassing zijn."*²⁷⁹

Ook in dit geval zou ik willen aannemen dat de gebruiker opnieuw aan zijn informatieplicht moet voldoen als de voorwaarden worden gewijzigd.²⁸⁰

278. VC II Inv. d.d. 28-1-85, Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1612.

279. Wessels/Jongeneel, nr. 66.

280. Zo ook de rechtspraak geciteerd in Contractenrecht VII (Hondius), nr. 250. Dit voorkomt ook gewrongen constructies zoals de volgende: Rb Maastricht, 26-10-78, S&S 81, 17: De vervoerder verwijst op het vervoeradres naar AVC 1950. Hij doet een beroep op de vervalttermijn voor aanspraken die in 1972 in de AVC is opgenomen. De rechtbank neemt aan dat nu de AVC 1950 meermalen zijn gewijzigd maar de naam met jaartal 1950 bleef, de verwijzing geacht moet worden gericht te zijn geweest op de versie zoals die gold op het moment waarop de overeenkomst werd gesloten.

De Amsterdamse rechtbank acht een wederpartij niet gebonden aan een nieuwe versie van de Cebosinevoorwaarden (1-7-75), nu op facturen en op een bord werd verwezen naar een versie van een half jaar eerder (2-1-75): Rb Amsterdam, 24-6-87, S&S 88, 29.

191. In **Duitsland** geldt voor de duurovereenkomst het volgende: Een beding dat de gebruiker het recht heeft de voorwaarden eenzijdig te wijzigen is nietig.²⁸¹ Wel mag worden bedongen dat een volgens de eisen van de wet meegedeelde wijziging in de voorwaarden tussen partijen zal gelden als deze niet door de wederpartij binnen een redelijke tijd wordt weersproken.²⁸² Duitse verzekeraars hebben het gemakkelijker, omdat '2 voor hen niet geldt, zij kunnen dus overeenkomen dat telkens de recentste versie van hun voorwaarden geldt.²⁸³

192. In ' 2, Abs. 2 kent het AGBG de mogelijkheid van een zogenaamde 'Rahmenvereinbarung'. Zo'n kaderovereenkomst houdt in dat men afspreekt dat op komende te sluiten overeenkomsten bepaalde algemene voorwaarden van toepassing zullen zijn. Deze mogelijkheid wordt bijvoorbeeld gebruikt bij het aangaan van een bankrelatie. Voor het handelsverkeer heeft ' 2 Abs. 2 AGBG overigens geen betekenis, aangezien ' 2 voor 'Kaufleute' niet geldt. Met de bepaling over de 'Rahmenvereinbarung' is ook de vraag beantwoordt hoe het zit in telkens weerkerende overeenkomsten tussen dezelfde partijen: aan de vereisten - verwijzing, informatieplicht en toestemming - moet telkens zijn voldaan, tenzij er tussen partijen een Rahmenvereinbarung bestaat. In zo'n kaderovereenkomst kunnen alleen bepaalde algemene voorwaarden van toepassing worden verklaard, dus niet de op het moment van het sluiten van de overeenkomst geldende versie.²⁸⁴

5.9 De leesbaarheid en begrijpelijkheid van algemene voorwaarden

193. Het moeilijk **begrijpelijk** zijn van algemene voorwaarden wordt in de literatuur en de MvT bij afd. 6.5.3 als een probleem gezien,²⁸⁵ over de leesbaarheid wordt niet gerept.

Afd. 6.5.3 bevat geen bijzondere regel over moeilijk leesbare of begrijpelijke bedingen.²⁸⁶ In de rechtspraak en literatuur hebben de problemen geen diepgaande behandeling gekregen.²⁸⁷

281. Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen $\text{\textcircled{2}}$, Rdnr. 65; Palandt-Heinrichs, $\text{\textcircled{2}}$, Anm. 5c, met verwijzing naar Staudinger-Schlosser $\text{\textcircled{2}}$, Rdnr. 48.

282. Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen $\text{\textcircled{2}}$, Rdnr. 65.

283. Zie $\text{\textcircled{2}}$ 23 AGBG; Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen $\text{\textcircled{2}}$, Rdnr. 65.

284. Palandt-Heinrichs, $\text{\textcircled{2}}$, Anm. 5a, met verwijzing naar Begr. Reg.E. p. 18; Bunte, Handbuch, p. 11-12; Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen $\text{\textcircled{2}}$, Rdnr. 77. In het handelsverkeer is zo'n beding echter wel geldig, mits de gebruiker de wederpartij over de nieuwe versie informeert, zie Palandt-Heinrichs, $\text{\textcircled{2}}$, Anm. 6a.

285. Zie paragraaf 2.2.

286. Wel wordt begrijpelijkheid en overzichtelijkheid genoemd in art. 3.2 van de Aanbevelingen van de Commissie inzake betalingssystemen (Pb 88 nr. L 317/55), zie nader Ch.E. Knobbout-Bethlem, Voorwaarden gebruik geld- en betaalautomaten (geldopnamen en betalingen), TvC 89, p. 222-234, die de door haar besproken voorwaarden ondanks de EG-aansporingen moeilijk begrijpelijk acht.

Art. 30, lid 4 van de (waarschijnlijk in de loop van 1991 in te voeren) Wet op het consumentenkrediet luidt: "De in het derde lid voorgeschreven vermeldingen moeten duidelijk leesbaar en bevattelijk zijn". In lid 3 gaat het deels om 'vermeldingen' die doorgaans in algemene voorwaarden zullen zijn opgenomen, zoals: de

194. Dat algemene voorwaarden 'kleine lettertjes' zijn is spreekwoordelijk, maar de lettertjes moeten volgens de rechtspraak wel **leesbaar** zijn.

betalingsregeling en bedingen betreffende zekerheidsrechten en vervroegde aflossing.

287. Zie Contractenrecht VII (Hondius) nr. 149, 151-153a.

Dit kan reeds worden afgeleid uit de overwegingen van de Hoge Raad in de zaak Saladin/HBU.²⁸⁸ Als één van de omstandigheden die aan een beroep op een exoneratieclausule in de weg kunnen staan noemt de Hoge Raad immers:

"...de mate waarin de wederpartij zich van de strekking van het beding bewust is geweest".

Dit impliceert dat de wederpartij als een beding schriftelijk is, dit moet kunnen lezen. Annotator Scholten wijst daarbij op de kleinheid der lettertjes, "soms zonder loupe niet te lezen".

Meer expliciet komt de leesbaarheid van algemene voorwaarden ter sprake in de zaak Tolbeck/Swindak,²⁸⁹ het hof overweegt in deze kwestie:

"De orderbevestiging bestond uit twee bladzijden, zodat Van Leeuwenstijn in ieder geval bij lezing van de tweede bladzijde de op de rugzijde van p. 1 afgedrukte voorwaarden heeft kunnen en moeten opmerken, nu uit de zich in het griffiedossier bevindende originele orderbevestiging blijkt dat het opschrift 'ALGEMENE VOORWAARDEN' (in hoofdletters) duidelijk en ook op afstand gemakkelijk leesbaar was. De daaronder in kleine letters afgedrukte voorwaarden moeten met een weinig inspanning worden gelezen, doch zijn dan voldoende duidelijk."

Door niet tegen toepasselijkheid te protesteren heeft de wederpartij de toepasselijkheid van deze algemene voorwaarden aanvaard. Het cassatiemiddel was niet gericht tegen het onleesbaar zijn van de voorwaarden. De Hoge Raad zegt over de overweging van het hof alleen dat deze niet blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting en geen nadere motivering behoeft.²⁹⁰

De leesbaarheid wordt soms ook subjectief bekeken. De koper van een leesbril kon de 'kleine lettertjes' van zijn opticiën niet lezen omdat hij daarvoor nu juist een leesbril nodig had. De kantonrechter achtte hem niet aan de algemene voorwaarden gebonden.²⁹¹

195. De **begrijpelijkheid** van algemene voorwaarden was in slechts weinig uitspraken - en dan nog terloops - een punt van overweging. De Rb Amsterdam²⁹² zegt over de verwijzing naar algemene voorwaarden:

"De bepalingen waarnaar in de ordercopie wordt verwezen moeten op zodanige wijze zijn aangeduid, dat zij bij normale oplettendheid de aandacht van de koper kunnen trekken en voor hem begrijpelijk zijn."

288. HR 19-5-67, NJ 67, 261 m.nt. GJS (Saladin/HBU).

289. HR 21-11-86, NJ 87, 946 (Tolbeck/Swindak).

290. Een geval waarin de letters te klein waren is Ktg Eindhoven, 30-11-78, Prg 80, 1446. De letters waren door de rechter "met uiterste inspanning van Ons gezichtsvermogen en met behulp van een loep en sterke verlichting" niet te ontcijferen. Zie verdere rechtspraak in Contractenrecht VII (Hondius) nr. 151.

291. Ktg Haarlem 22-8-75, Prg. 75, 1067, m.nt. Meijer; een vrijwel identiek geval is Ktg Arnhem, 30-1-89, TVC89, p. 93, betreffende een bejaarde die een grafmonument koopt.

292. Rb Amsterdam, 23-5-30, NJ 31, 578 = W. 12 197.

Hondius vermeldt drie uitspraken over onduidelijk geredigeerde voorwaarden en twee uitspraken over ingewikkeld geformuleerde bedingen.²⁹³

293. Contractenrecht VII (Hondius) nr. 153 en 153a. Van deze uitspraken is het interessantst Ktg Eindhoven, 15-12-77, NJ 78, 447 = Prg. 1249 m.nt. A. Brack: op een onduidelijke bepaling m.b.t. een automatische verlenging van de overeenkomst mocht te goeder trouw geen beroep worden gedaan. Voorts is te wijzen op een arbitrale uitspraak: Arb. Inst. Bouwkunst, 18-12-86, BR 88, p. 454: het is niet te verwachten dat de opdrachtgever de afkorting 'AR 1971' of 'RR 1971' zonder enige toelichting zou begrijpen.

Ook een beding dat 'verborgen' is zou men kunnen rekenen tot de onbegrijpelijke bedingen.²⁹⁴ Men kan dan echter ook van een verrassend beding spreken.²⁹⁵

Duitsland: het 'Transparanzgebot'

196. In Duitsland worden onleesbare of onbegrijpelijke voorwaarden op één lijn gesteld. Bij leesbaarheid gaat het om dingen als de grootte van de letter en de lay-out. Begrijpelijkheid heeft vooral met de inhoud van de tekst te maken, maar soms ook met de vormgeving; door een onlogische indeling of onderverdeling kunnen voorwaarden ook onbegrijpelijk worden.

In de Duitse literatuur wordt ' 2 Abs. 1 Nr. 2 (de informatieplicht)²⁹⁶ uitgelegd als een begrijpelijkheidsgebod.²⁹⁷ Wie onleesbare of onbegrijpelijke algemene voorwaarden gebruikt biedt geen redelijke mogelijkheid van die voorwaarden kennis te nemen, waardoor zij geen deel worden van de overeenkomst.

De verhouding tot de contra-proferentem-regel van ' 5 is als volgt: algemene voorwaarden of bepaalde bedingen daaruit worden geen onderdeel van de overeenkomst als zij onvoldoende leesbaar of onvoldoende begrijpelijk zijn. Pas als in beginsel begrijpelijke voorwaarden op bepaalde punten op verschillende manieren kunnen worden uitgelegd kan de contra-proferentem-regel (' 5) worden toegepast.²⁹⁸

Zowel bij onleesbaarheid als onbegrijpelijkheid gaat het om een geobjectiveerd begrip. Bepalend is het intellect van de niet juridisch geschoolde doorsnee-wederpartij, 'Otto Normalverbraucher';²⁹⁹ dit is afhankelijk van de branche en de klantenkring.³⁰⁰

Zo zullen de algemene voorwaarden in beginsel in het Duits moeten zijn gesteld, maar een andere taal (vooral Engels) kan aan de eisen voldoen, als de tekst kort en gemakkelijk begrijpelijk is en bij de betreffende kring van wederpartijen kennis van deze taal verwacht kan worden.³⁰¹ Zijn de onderhandelingen met een buitenlander in het Duits geweest, dan mogen de algemene voorwaarden ook in het Duits zijn.³⁰² Dat de leesbaarheidseis en de begrijpelijkheidseis worden

294. Vgl. bijv. HR 18-10-85, NJ 87, 189 (Galama q.q./Filo Tecnica): De algemene voorwaarden op de orderbevestiging weken af van de algemene voorwaarden op de factuur, in de laatstgenoemde voorwaarden was een eigendomsvoorbehoud opgenomen. Zie verder: Ktg Deventer 3-12-87, Prg. 1988, nr. 2837: een financieringsmaatschappij kan zich niet te goeder trouw beroepen op een beding dat wel op de omslag maar niet in het contract zelf is opgenomen.

295. Zie nader paragraaf 332 e.v.

296. Allgemeine Geschäftsbedingungen werden nur dan Bestandteil eines Vertrages, wenn der Verwender bei Vertragsabschluß (...) (2) der anderen Vertragspartei die Möglichkeit verschafft, in zumutbare Weise von ihrem Inhalt Kenntnis zu nehmen.

297. Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen 2, Rdnr. 50; Bunte, Handbuch, p. 10-11; Palandt-Heinrichs, 2, Ann. 3d. Overigens vallen onbegrijpelijke bedingen ook onder de open norm van 9: Palandt-Heinrichs, 29, Ann. 2; zie vooral ook nr. 200 over het 'Transparanzgebot'.

298. Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen 2, Rdnr. 50. Zie over 5 nr. 224 e.v.

299. De term is van Bruchner, WM 1988, 1873 e.v.

300. Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen 2, Rdnr. 51.

301. Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen 2, Rdnr. 51. Vgl. ook LG Berlin NJW 1982, 243, 344: geen kennisnamemogelijkheid bij in het Engels gestelde vliegtickets met algemene vervoersvoorwaarden.

302. Mits de overeenkomst in de Bondsrepubliek wordt gesloten en aan het Duitse recht is onderworpen, Palandt-Heinrichs, 2, Ann. 3d.

gekoppeld aan '2 heeft tot gevolg dat deze eisen in beginsel niet gelden voor het handelsverkeer.³⁰³

303. Zie voor de preciese afbakening nr. 147.

197. Wat de **leesbaarheid** betreft: de letters mogen best klein zijn, als ze maar moeiteloos leesbaar zijn.³⁰⁴ Het BGH kreeg een geval te beoordelen waarin cognossementsvoorwaarden zelfs met een loep niet zonder moeite te lezen waren. In zo'n geval worden de algemene voorwaarden geen onderdeel van de overeenkomst.³⁰⁵ Het genoemde geval speelde in het handelsverkeer. In de literatuur wordt verdedigd dat aan de leesbaarheid in het handelsverkeer geen al te hoge eisen mogen worden gesteld,³⁰⁶ maar blijkens genoemde uitspraak worden volstrekt onleesbare voorwaarden ook in het handelsverkeer niet getolereerd.

198. In **sommige** algemene voorwaarden worden bepaalde **belangrijke bedingen geaccentueerd** door deze bedingen bijvoorbeeld **vet** te zetten. Dit kan tot **gevolg** hebben dat ze **minder snel** als een **verrassend beding** ('3) worden beschouwd.³⁰⁷ **Teveel accentueringen doen het effect echter teniet.**³⁰⁸

199. Algemene voorwaarden moeten ook **begrijpelijk** zijn. Dit begint al bij de **opbouw**. De in de algemene voorwaarden geregelde onderwerpen moeten duidelijk onderscheiden zijn (door indeling en gebruik van opschriften)³⁰⁹ en de opbouw moet overzichtelijk zijn.³¹⁰ Indien een onderwerp onder een bepaald opschrift wordt behandeld, zijn andere bepalingen over datzelfde onderwerp (elders in de algemene voorwaarden) volgens sommige auteurs zelfs nietig.³¹¹ Niet toelaatbaar zijn algemene voorwaarden waarvan de tekst een **lengte** heeft die buiten verhouding is gezien het belang van de zaak of de gegeven regeling.³¹²

200. Uiteraard heeft de onbegrijpelijkheid ook betrekking op de **inhoud** van bedingen. Zij kunnen onbegrijpelijk zijn door onnodig juridisch taalgebruik,³¹³ of door verwijzing naar wetsartikelen³¹⁴ of naar andere

304. Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen 2, Rdnr. 54; Palandt-Heinrichs, 2, Anm. 3c.

305. BGH, 30-5-83, AGBE IV, 2, nr. 3 = NJW 1983, 2772. Er bevonden zich 2 kolommen van 150 regels tekst op een vel papier dat kleiner was dan A4-formaat. Men noemt dit dus terecht 'extremer Kleindruck'. In de literatuur wordt verdedigd dat aan de leesbaarheid in het handelsverkeer geen al te hoge eisen mogen worden gesteld (Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen 2, Rdnr. 79; Palandt-Heinrichs, 2, Anm. 6c), maar er zijn kennelijk grenzen. Zie ook BGH NJW-RR 86, 1311 en OLG Hamburg BB 1987, 1703; OLG Hamm, 20-11-87, NJW-RR 88, 944 en OLG Saarbrücken, 22-9-87, NJW-RR 88, 858.

306. Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen 2, Rdnr. 79; Palandt-Heinrichs, 2, Anm. 6c. Zie ook NJW-RR 86, 1311 en OLG Hamburg BB 1987, 1703.

307. Zie over verrassende bedingen paragraaf 7.5.

308. BGH, 25-3-82, AGBE III, 2, nr. 95 = NJW 1982, 1694: Er is een grote kans dat het beding niet wordt opgemerkt, omdat verschillende bedingen vet zijn gedrukt.

309. Bunte, Handbuch, p. 10; Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen 2, Rdnr. 52.

310. Palandt-Heinrichs, 2, Anm. 3c, met verwijzing naar BGH, WM 1978, 978, 979.

311. Bunte, Handbuch, p. 10, met verwijzing naar Schlosser, 2, Anm. 28. Vgl ook BGH, 29-9-83, NJW

1984, 171 = AGBE IV, 2, nr. 19: Een beding in de overeenkomst m.b.t. de bouw van een huis dat graafwerkzaamheden brengt onder (apart te vergoeden) 'ontsluitingskosten' is zowel verrassend (2) als onredelijk (2) omdat dit beding tot een 'onredelijk verstopte' verhoging van de bouwsom leidt.

312. Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen 2, Rdnr. 52; Palandt-Heinrichs, 2, Anm. 3c.

313. Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen 2, Rdnr. 52; Staudinger/Schlosser 2, Rdnr. 29; BGH, 7-10-81, AGBE II, 2, nr. 90 = NJW 1982, 331 en BGH, 30-6-82, AGBE III, 2, nr. 11 Nr. 10-b, nr. 41 = NJW 1982, 2380. Alleen Fehl (BB 1983, p. 223) bepleit het algemeen toelaatbaar zijn van het gebruik van in het BGB voorkomende termen.

314. Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen 2, Rdnr. 52 met verdere verwijzingen; de rechtspraak is hierover verdeeld.

algemene voorwaarden (die overigens meestal niet overhandigd worden, zodat alleen al daarom ' 2 wordt geschonden).³¹⁵ Dankzij enige baanbrekende uitspraken van het BGH is het zogenaamde '**Transparanzgebot**' de laatste jaren sterk in de belangstelling gekomen. De onduidelijkheid van een beding in algemene voorwaarden kan een reden zijn om dat beding te vernietigen op grond van de Generalklausel van ' 9.

Rechtspraak bij Palandt-Heinrichs, § 2, Anm. 3d o.a. OLG Nürnberg NJW 1977, 1402: nietig is het beding: ' 537 is niet van toepassing.

315. LG Stade, 21-5-81, AGBE II, § 2, nr. 8; het betrof een beding in een huurovereenkomst die voor de nevenkosten naar een bijlage verwees, die echter niet bij de overeenkomst gevoegd was. Het beding werd volgens § 2 Abs. 1 Nr. 2 AGBG geen onderdeel van de overeenkomst.

De eerste uitspraak³¹⁶ betreft een hypothecaire geldlening met aflossing in annuïteiten. De algemene voorwaarden bepalen dat de jaarrente wordt berekend over het openstaande saldo aan het einde van het afgelopen jaar. Verderop in de voorwaarden bevindt zich de bepaling dat de betalingen per kwartaal moeten worden verricht.

Het BGH oordeelt het op zichzelf niet onredelijk om bij de renteberekening uit te gaan van een gefingeerd saldo. De wet laat dit ook toe, hoewel de omstandigheden die dit nodig maakten zich niet meer voordoen door de komst van computers. Het BGH ziet in dit geval echter het gevaar dat de wederpartij een beding in algemene voorwaarden, dat eerst in samenhang met een ander beding tot een duurder worden van het krediet leidt, helemaal niet ziet of dat de betekenis ervan hem niet opvalt.

Maatgevend is hierbij de begripsmogelijkheid van een bij dit soort overeenkomsten te verwachten doorsneeklant. Omdat deze niet in staat de nadelige consequentie te voorzien van het in elkaar grijpen van twee regelingen is het beding in strijd met het 'Transparanzgebot'; het beding is nietig op grond van ' 9.³¹⁷

Een tweede uitspraak betrof een kasstorting bij een spaarbank. Volgens de algemene voorwaarden wordt deze een dag na storting bijgeboekt, terwijl opnamen of overschrijvingen op de dag zelf worden afgeboekt. De consumentenorganisatie die een collectieve actie instelt geeft het voorbeeld van iemand die een gering saldo heeft en die op vrijdag tegelijkertijd een bedrag van 580 DM aan contanten stort en een even grote overschrijvingsopdracht geeft. De afboeking geschiedt op vrijdag, de storting wordt pas op maandag afgeboekt, hetgeen resulteert in een debetrente van 0,43 DM. Het is een principekwestie: de bank berekent rente over een niet verleend krediet!

Het BGH meent dat het beding de verwachtingen van de wederpartij weersprekt dat alleen rente wordt berekend over werkelijke kredieten. Het beding is onduidelijk, omdat de juridisch of 'kaufmännisch' niet gevormde cliënt niet zonder bijzondere toelichting kan begrijpen dat door de vertraagde bijboeking van kasstortingen rente gevorderd kan worden over niet bestaande kredieten. Het vouwblad (waarin ook de algemene voorwaarden voorkomen) geeft immers aan dat aan de rekening behalve portokosten geen kosten zijn verbonden. Het beding is nietig op grond van ' 9.³¹⁸

316. BGH, 24-11-88, NJW 1989, 222 = WM 1988, 1780 = BGHZ 106, 42. Volgens OLG Hamm 9-1-90, NJW-RR 90, 497 geldt de bescherming niet voor een commercieel actieve coöperatie. Het Transparanzgebot kwam overigens reeds voor in BGH, 11-6-80, NJW 1980, 2518 (Zeitschriftenabonnement I) en BGH, 29-09-83 NJW 1984, 171 (Fertighaus).

317. Hierover ook: G.J. Rijken Een 'unangemessen benachteiligende' renteclausule in overeenkomsten betreffende hypothecaire geldlening, Bb 1989, p. 105-107. Deze uitspraak wordt bevestigd in BGH, 10-7-90, NJW 1990, 2383. Het gaat in dit geval om één beding waarin de twee regelingen bij elkaar staan. Toch is het beding in strijd met het Transparanzgebot, omdat een doorsnee particuliere geldlener het prijsverhogende effect van de regeling niet voldoende kan voorzien. Een beter begrijpelijke regeling zou hier mogelijk zijn, namelijk door te bedingen dat de gedane aflossingen gedurende een jaar voor de renteberekening buiten beschouwing blijven.

318. BGH, 17-1-89, NJW 1989, 582 = BGHZ 106, 259. Het argument van de bank dat men het beding nodig heeft om kostendekkend te kunnen werken, vindt geen gehoor bij het BGH: De spaarbank dient dergelijke kosten in de vorm van openlijk aangegeven tarieven in rekening te brengen. Zie voor een bespreking E.H. Hondius in AA Katern 1989, p. 1301.

201. Köndgen bespreekt in een artikel naar aanleiding van deze BGH-uitspraken de vraag hoeveel 'Transparanz' van de opstellers van algemene voorwaarden verwacht mag worden. Enerzijds eist het AGBG de best mogelijke begrijpelijkheid; de wetsgeschiedenis hanteert zelfs als criterium: 'moeiteloze leesbaarheid'. Anderzijds is het AGBG zelf ook niet bepaald 'volksnahes Recht'; dan kan men dat van de opstellers van algemene voorwaarden ook niet verwachten.

Blijkens ' 3 gaat het AGBG er vanuit dat de wederpartij de voorwaarden niet leest. Doet de wederpartij dit niet, dan brengt dit sinds de invoering van het AGBG geen nadelen met zich mee. Maar degene die de algemene voorwaarden wel wil lezen, moet daarin een betrouwbare mogelijkheid vinden om zich te informeren over zijn rechten en plichten.

Toegepast op de hypotheekvoorwaarden zoals deze in de BGH-uitspraak centraal stonden betekent dit dat het voldoende is dat de wederpartij uit een beding kan afleiden dat het een prijsverhogend effect zal hebben, ook al kan hij niet berekenen hoe groot dat is. Een 'ondoorzichtig' beding kan bijvoorbeeld 'gered' worden door het aangeven van de effectieve rente of door het overhandigen een aflossingsschema, mits dit laatste voor het sluiten van de overeenkomst ter hand wordt gesteld.

Men kan niet stellen dat 'Kaufleute' aan algemene voorwaarden meer aandacht besteden dan particulieren; niet voor niets geldt ' 3 (verrassende bedingen worden geen deel van de overeenkomst) ook in het handelsverkeer. Bij de toetsing van algemene voorwaarden zal bij elke 'onheldere' formulering moeten worden bekeken in hoeverre deze door een 'Kaufmann' kan worden voorzien respectievelijk in hoeverre een 'Kaufmann' zich tegen de nadelige gevolgen ervan kan beschermen.³¹⁹

Reifner gaat nog een stap verder. Hij stelt dat de 'renteficties' die in de uitspraken van het BGH centraal stonden niet slechts onredelijk zijn op grond van hun ondoorzichtigheid, maar ook inhoudelijk. Zij werden voorheen gerechtvaardigd door het feit dat zij het rekenwerk vereenvoudigen. Dat is sinds het midden van de jaren zeventig niet meer nodig door de komst van computers. Men zou desnoods de rente tot op de minuut nauwkeurig kunnen berekenen. Gezien deze ontwikkelingen acht Reifner renteficties onredelijk; hun enige 'rechtvaardiging' is de misleiding van de consument.³²⁰

319. J. Köndgen, Grund und Grenzen des Transparenzgebotes im AGB-Recht / Bemerkungen zum 'Hypothekenzins-' und zum 'Wertstellungs-Urteil' des BGH, NJW 1989, 943-952. Köndgen wijst er wat de 'Wertstellungsklausel' betreft op dat in het handelsverkeer in toenemende mate 'cash management' wordt bedreven en dat men dus goed oplet dat er geen geld renteloos op de bank staat. Er wordt dan ook vaak individueel overeengekomen dat stortingen onmiddellijk rente dragen.

320. U. Reifner, Zinsfiktionen und AGB-Gesetz, NJW 1989, 952-963.

202. Ook 'reddende bedingen'³²¹ ('**salvatorische Klauseln**') worden als onbegrijpelijk beschouwd. Er zijn twee vormen. Het kan voorkomen dat men aan een bepaald beding woorden toevoegt zoals *voor zover wettelijk toelaatbaar* of *inzoverre de wet niet dwingend iets anders voorschrijft*. Dergelijke bedingen zijn wegens hun onduidelijkheid in strijd met ' 2,³²² dan wel in strijd met de open norm (' 9)³²³ of blijven eenvoudigweg buiten beschouwing.³²⁴ Dit alles geldt in ieder geval wanneer een duidelijke formulering mogelijk is.³²⁵ De meningen zijn verdeeld over het geval dat aan de ongeldigheid van een beding getwijfeld kan worden. Een aantal auteurs meent dat salvatorische Klauseln dan wel toelaatbaar zijn.³²⁶ Ulmer daarentegen meent dat de onzekerheid over de toelaatbaarheid van een beding niet op de wederpartij mag worden afgewenteld.³²⁷ Als in het belang van de overzichtelijkheid met een salvatorische Klausel wordt gewerkt ontmoet dit minder bezwaren.³²⁸ De andere vorm van de salvatorische Klausel is een beding dat de gevolgen van de nietigheid van een beding regelt, bijvoorbeeld door bij voorbaat regels te geven voor een vervangend beding.³²⁹

203. De consequentie van het niet goed leesbaar of begrijpelijk zijn van een beding kan uiteenlopen.

Is de **kern** van een beding onduidelijk, dan kan het gehele beding nietig zijn.³³⁰ Voorbeelden zijn³³¹:

- Het beding dat de huurder de 'nevenkosten' moet dragen.³³²
- De bepaling dat de VOB en het BGB gelden en dat bij 'verschillende opvatting' het voor de gebruiker gunstigste geldt.³³³

Als bepaalde **gedeelten** van een beding onduidelijk zijn, kan een beding partiëel nietig zijn.³³⁴

Verder kan volgens het BGH³³⁵ het al dan niet **verrassend** zijn van een beding (in de zin van ' 3) afhankelijk zijn van o.a. de omvang, opbouw, leesbaarheid en begrijpelijkheid.³³⁶

321. Fiscalisten spreken wel van 'glijclausules'.

322. Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen 2, Rdnr. 53; OLG Stuttgart, 19-12-80, AGBE I, 2 6, nr. 8 = I, 2, nr. 11.

323. LG Stuttgart, 31-7-79, AGBE I, 2 9, nr. 60 en 29-5-81, AGBE II, 2 9, nr. 40.

324. LG Berlin, 12-7-79, AGBE I, 2 11 Nr. 10a, nr. 87.

325. Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen 2, Rdnr. 53; Bohle en Micklitz, p. 5.

326. Palandt/Heinrichs, Vorb. AGBG 2 8 Anm. 3d, Schlosser, WM 78, p. 243. Zo ook OLG Stuttgart, 19-12-80, AGBE I, 2 6, nr. 8.

327. Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen 2, Rdnr. 53.

328. Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen 2, Rdnr. 53. Münch. Komm.-Közt 2 6 Rdnr. 13.

329. Deze soort wordt beschouwd als een afwijking van 2 6 AGBG, zie nader nr. 265.

330. Soms wordt de nietigheid aangenomen op grond van 2, Abs. 1, Nr. 2 AGBG; zie Palandt-Heinrichs, 2, Anm. 3d, met verwijzing naar OLG Hamburg NJW-RR 86, 1440. Soms kan een beding of een deel daarvan vervallen op grond van 2 5 AGBG; zie nr. 231. Soms ook wordt de nietigheid aangenomen met verwijzing naar 2 9 AGBG, zie Palandt-Heinrichs, 2 9, Anm. 2i.

331. Palandt-Heinrichs, 2, Anm. 3d.

332. Sonnenschein, J., Formularmietverträge im Anwendungsbereich des AGB-Gesetzes, NJW 1980, p. 1493.

333. BGH, 21-11-85, NJW 1986, 924 m.nt. Brych = BB 1986, 222.

334. Zie BGH, 29-2-84, NJW 1985, 53, waarover hierna nr. 231 en de behandeling van de partiële nietigheid in nr. 258 e.v.

335. BGH, 1-3-78, AGBE I, 2 3, nr. 1 en BGH, 30-1-79, AGBE I, 2 3, nr. 4.

336. Dezelfde relatie wordt gelegd door OLG Köln, 29-1-80, AGBE I, 2 3, nr. 10 en ArbG Berlin, 1-9-80, AGBE I, 2 3, nr. 20: dat het beding verrassend is (hoewel het op zichzelf een gebruikelijk beding is) wordt mede veroorzaakt door het feit dat het niet opvalt (geen "drucktechnische Hervorhebung"), terwijl er een verkeerd of voor misverstanden vatbaar opschrift boven stond en het beding 20 regels besloeg en in slechts 2 alinea's was

Inhoudelijke toetsing of schending van de informatieplicht

ingedeeld.

204. In afd. 6.5.3 is geen bepaling over de leesbaarheid of begrijpelijkheid opgenomen. Het is mogelijk om evenals het Duitse recht bij de informatieplicht aan te sluiten. Een gebruiker die algemene voorwaarden gebruikt die onvoldoende leesbaar of begrijpelijk zijn, biedt geen 'redelijke mogelijkheid van de algemene voorwaarden kennis te nemen', zoals art. 6:233 onder b vereist. Dergelijke voorwaarden zijn dus vernietigbaar. Een alternatief is dat de onbegrijpelijkheid van algemene voorwaarden zou kunnen meespelen bij de inhoudelijke toetsing aan de hand van de open norm (art. 6:233 onder a). Het leesbaar en begrijpelijk zijn van een beding is immers een 'kenbaar belang' van de wederpartij; in ieder geval valt onleesbaarheid of onbegrijpelijkheid van algemene voorwaarden onder de 'overige omstandigheden van het geval'.³³⁷

Beide oplossingen zijn te verdedigen, maar ik meen dat de keuze voor de informatieplicht iets meer voor de hand ligt. Het gaat immers noch bij niet goed leesbare voorwaarden noch bij niet voldoende begrijpelijke voorwaarden om een inhoudelijke toetsing van die voorwaarden. Het overhandigen van voorwaarden die onleesbaar zijn lijkt meer op het niet overhandigen dan op het gebruiken van onredelijke voorwaarden. Ook bij het jegens een consument gebruiken van voorwaarden die vol staan met voor hem onbegrijpelijke juridische vaktermen gaat het er niet zozeer om dat de inhoud van die bedingen onredelijk bezwarend is, maar dat de wederpartij geen redelijke mogelijkheid heeft van die inhoud kennis te nemen, omdat hij de gebruikte terminologie niet kan begrijpen.

Toch kunnen er goede redenen zijn zich op de open norm te beroepen, vooral als het beding behalve onbegrijpelijk ook onredelijk is. De onbegrijpelijkheid kan de onredelijkheid dan versterken. Een wederpartij doet er dus goed aan zich bij onleesbare maar vooral bij onbegrijpelijke voorwaarden op beide onderdelen van art. 6:233 te beroepen.

205. 'Reddende bedingen', zijn in Nederland niet zo populair als in Duitsland, maar ze komen wel voor.³³⁸ Naar mijn mening is de Duitse afwijzing van dergelijke formules - in ieder geval als over de geldigheid van het beding waaraan ze worden toegevoegd geen twijfel bestaat - terecht. Deze formuleringen hebben dan immers tot gevolg dat de wederpartij niet meer weet waar hij aan toe is, terwijl de gebruiker geen risico loopt: 'baat het niet dan schaadt het niet'. Het effect lijkt dan op dat van conversie,³³⁹ zodat dezelfde terughoudendheid geboden is.

337. Met name is hierbij te denken aan "de mate waarin de wederpartij zich van de strekking van het beding is bewust geweest", zie nr. 318.

338. Zie bijvoorbeeld: Rb Dordrecht, 18-11-81, S&S 84, 7: Extreme exoneration met de toevoeging: "Indien de voormelde uitsluiting in strijd zou komen met een geldende dwingende wetsbepaling wordt geacht een uitsluiting (...) te zijn overeengekomen voorzover (...) wordt toegelaten." Het betreft hier de eerste van de in nr. 202 onderscheiden twee soorten; vgl. ook nr. 270.

339. Zie nr. 249, 256.

Bedingen waarin de gebruiker zich voorbehoudt een keuze te maken tussen verschillende sets algemene voorwaarden lijken me een schending van de informatieplicht te impliceren, maar kunnen ook inhoudelijk als onredelijk bezwarend worden beschouwd. Zij betekenen immers dat de wederpartij niet weet welke voorwaarden van toepassing zijn, totdat de gebruiker (desnoods pas in een procedure) een keuze maakt.³⁴⁰

206. Ook al kunnen onleesbare en onbegrijpelijke voorwaarden op de bovengenoemde wijzen bestreden worden, één relativering is daarbij toch gepast:

*"Zuiver economisch gezien is het heel verstandig van de konsument om zich niet te veel met standaardvoorwaarden bezig te houden."*³⁴¹

De kosten en moeite van het lezen van alle algemene voorwaarden waarmee men wordt geconfronteerd staan niet in verhouding tot het risico dat men loopt, men moet zich beperken tot het hoogst nodige. De onleesbaarheid of onbegrijpelijkheid zullen dan ook veelal pas door de wederpartij worden opgeworpen als de gebruiker een beroep doet op een beding. Dat neemt niet weg dat dit beroep dan mogelijk moet zijn. Zoals de inhoudelijke toetsing als doel heeft de rechtspraak te zuiveren van onredelijk bezwarende bedingen, zo dient ook de bestrijding van onleesbare of onbegrijpelijke bedingen plaats te vinden, simpelweg om de rechtspraak ervan te zuiveren.

340. Oneens ben ik het dan ook met Rb Rotterdam, 23-9-88, S&S 90, 66, waarin de gebruiker werd toegestaan zich te beroepen op het beding: "In onze keuze zijn van toepassing hetzij de Nederlandse Expeditievoorwaarden, hetzij de Rotterdamse Stuwadoorscodities, hetzij de Rotterdamse Cargadoorscodities". Vgl. voor het Duitse recht nr. 139.

341. Hondius, diss., nr. 163; m.i. geldt dit niet slechts voor de consument maar in veel gevallen ook voor andere wederpartijen.

Deze relativering geldt in sommige gevallen ook voor het handelsverkeer,³⁴² maar in andere gevallen ook weer niet.³⁴³

342. Vgl. nr. 120.

343. Zie H.D.J. Jongen, Herziene algemene voorwaarden voor de automatiseringsbranche, Bb 1991, p.9-12; dit artikel bevat een bespreking van de herziene COSSO-voorwaarden, die op p. 12 uitmondt in de conclusie dat de Cosso-voorwaarden nog steeds éénzijdig zijn en dat de potentiële opdrachtgever er goed aan doet door onderhandelingen tot een maatcontract te komen, iets waar aanbieders volgens Jongen ook toe bereid zijn.

HOOFDSTUK 6 TOETSING

6.1 Inleiding

207. Afdeling 6.5.3 biedt de wederpartij een aantal mogelijkheden om algemene voorwaarden aan te tasten. Het vermogensrecht buiten afd. 6.5.3 bevat mogelijkheden om rechtshandelingen c.q. overeenkomsten aan te tasten, waarvan er een aantal voor algemene voorwaarden van betekenis kan zijn. In dit hoofdstuk ga ik nog niet diep in op de open norm en de zwarte en grijze lijst; deze komen achtereenvolgens in de hoofdstukken 7 en 8 ter sprake. Doel van dit hoofdstuk is een overzicht te geven van de belangrijkste aantastingsmogelijkheden, hun bruikbaarheid en hun onderlinge verhouding.

In het kader van de toetsing komen ook de leerstukken conversie en partiële nietigheid in dit hoofdstuk aan de orde. Voorts zal blijken dat de toetsing van de inhoud van algemene voorwaarden moet worden onderscheiden van de toetsing van het gebruik dat van een beding wordt gemaakt in een concrete situatie.

6.2 Toetsvolgorde

208. De meeste algemene voorwaarden leiden een slapend bestaan. Pas als de gebruiker zich op zijn algemene voorwaarden beroept, wordt de wederpartij zich (opnieuw) van het bestaan van de voorwaarden bewust en kan de vraag rijzen op welke wijze hij zich tegen de voorwaarden¹ kan verzetten.

In de sfeer van de **totstandkoming** van de overeenkomst kan men denken aan een drietal verweren. Het eerste verweer van de 'wederpartij' zou kunnen zijn dat hij geen wederpartij is in de zin van art. 6:231 onder c, met andere woorden dat hij (de gelding van) de algemene voorwaarden niet heeft aanvaard.² Gevolg daarvan is dat de voorwaarden tussen partijen niet gelden.

Ook kan de wederpartij zich beroepen op de vernietigbaarheid van de overeenkomst (of van bepaalde algemene voorwaarden) wegens een wilsgebrek.

Als deze twee aantastingsmogelijkheden niet zijn aangewend is de gebruiker in beginsel aan de algemene voorwaarden gebonden. De wederpartij kan nu echter nog wel het verweer opwerpen dat de gebruiker niet aan zijn informatieplicht³ heeft voldaan, waardoor de voorwaarden vernietigbaar zijn.

In de sfeer van de **inhoud** van de overeenkomst zijn er verschillende aantastingsmogelijkheden. Door uitleg zal de betekenis van een beding moeten worden vastgesteld. Dit is op zichzelf geen

1. Mogelijkheden om de gehele overeenkomst aan te tasten zullen doorgaans ook kunnen worden ingeroepen om partiële nietigheid te bereiken (zie art. 3:41 en paragraaf 6.9).

2. Vgl. nr. 150.

3. Zie nr. 160.

aantastingsmogelijkheid, maar er is een uitlegregel die het mogelijk maken dat een onredelijk beding in bepaalde gevallen door een beperkende uitleg tot op zekere hoogte onschadelijk wordt gemaakt. Staan de toepasselijkheid en de inhoud van een beding vast, dan is de volgende stap dat wordt nagegaan of het beding toelaatbaar dan wel 'onredelijk bezwarend' is. Bij deze inhoudelijke toetsing moeten echter twee fasen worden onderscheiden, zoals Nieuwenhuis in zijn dissertatie terecht heeft benadrukt.⁴ De eerste fase behelst de toetsing van een beding zelf. De toetsnormen van afd. 6.5.3, te weten de open norm en de zwarte en grijze lijst, zijn hier speciaal op toegesneden; zijn deze niet van toepassing dan kan een soortgelijke toetsing plaatsvinden door toepassing van de redelijkheid en billijkheid. De tweede fase betreft de beoordeling van het beroep dat in concreto op een bepaald beding wordt gedaan; toetsnorm is de redelijkheid en billijkheid. Er zijn bedingen die in de eerste fase al sneuvelen, omdat zij in alle omstandigheden onaanvaardbaar zijn en bedingen die deze eerste fase doorstaan. Deze 'overgebleven' bedingen moeten worden beoordeeld in het licht van hetgeen zich tussen partijen heeft afgespeeld.⁵

209. In de Duitse literatuur⁶ wordt voor de toetsing aan het AGBG een aantal stappen aanbevolen. De aanbevolen volgorde lijkt me in grote lijnen ook voor Nederland juist; ik heb daarom in het onderstaande schema naast de Duitse stappen mijn eigen Nederlandse toetsvolgorde gezet, die van het Duitse origineel afwijkt omdat de wetssystematiek van de Nederlandse wet afwijkt van de Duitse.

Toetsstappen AGBG

1. Is sprake van algemene voorwaarden in de zin van '1?

2. Vallen de algemene voorwaarden onder de 'Be-reichsausnahmen' van '23?

1. Is sprake van algemene voorwaarden in de zin van art. 6:231? (Indien het te

Toetsstappen afd. 6.5.3⁷

toetsen beding een mondeling beding, een kernbeding of een individueel

4. Nieuwenhuis, diss., p. 147-152.

5. Nieuwenhuis, diss., p. 147-148; zie ook nr. 271.

6. Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen 9, Rdnr. 15 met toevoeging van stap 11, zie hierover nr. 274; een ongeveer gelijke opsomming van toetsstappen geeft Kötz in Münch. Komm.-Kötz, Vor 8, Rdnr. 4.

7. Een aantal toetsstappen gaat aan de toetsing aan afd. 6.5.3 vooraf, zie paragraaf 6.3.

beding is kan toetsing plaatsvinden aan de redelijkheid en billijkheid.)

2. Zijn de algemene voorwaarden van afd. 6.5.3. uitgezonderd door de werking van art. 6:245? (In dat geval: toetsing aan redelijkheid en billijkheid.)

**Toetsstappen
AGBG**

3. Valt de wederpartij onder de uitzonderingsbepalingen van '24 (waardoor '2 niet geldt)?

4. Zijn de algemene voorwaarden toepasselijk en is voldaan aan de informatieplicht ('2, tenzij de wederpartij valt onder '24)?

5. Is sprake van een verrassend beding ('3)?

6. Is er sprake van een individueel beding dat de voorrang heeft boven een beding in algemene voorwaarden ('4)?

7. Hoe moet het beding worden uitgelegd ('157 BGB en '5)?

8. Valt het beding volgens '8 onder de inhoudelijke toetsing?

9. Is één van de 'Klauselverbote' in '10 of 11 van toepassing?

10. Is de open norm van '9 van toepassing?

**Toetsstappen
afd. 6.5.3**

11. Is een beroep op het beding in strijd met 'Treu und Glauben' ('242 BGB) (uitoefeningstoetsing)?

3. Is de wederpartij een groot bedrijf in de zin van art. 6:235 (waardoor de open norm en de informatieplicht niet gelden)? (In dat geval: toetsing aan redelijkheid en billijkheid.)
4. Zijn de algemene voorwaarden toepasselijk en is voldaan aan de informatieplicht, art. 6:231 onder c en 232 resp. art. 6:233 onder b en 234? (Zo niet, dan zijn de voorwaarden niet van toepassing c.q. vernietigbaar.)
- (5. Verrassende bedingen vallen onder de open norm, stap 9)
6. Is er sprake van een individueel beding dat de voorrang heeft boven de te toetsen algemene voorwaarden? (Deze voorrangsregel is niet gecodificeerd.)
7. Hoe moet het beding worden uitgelegd? (De uitlegregels en de contra-proferentemregel zijn niet gecodificeerd.)
- (8. Deze stap zit reeds in stap 1, omdat kernbedingen geen algemene voorwaarden zijn)
9. Is de wederpartij een consument, zo ja, is één van de onderdelen van de zwarte of grijze lijst of art. 6:238 van toepassing?
10. Als de wederpartij geen consument is (maar een 'kleine wederpartij') of als het beding niet in strijd is met de lijsten: Is het beding onredelijk bezwarend in de zin van de open norm van art. 6:233 onder a?
11. Is een beroep op het beding in strijd met de redelijkheid en billijkheid (uitoefeningstoetsing)?

Volgens de Duitse literatuur gaat de gebondenheidstoetsing logisch en systematisch aan de inhoudelijke toetsing vooraf; praktisch kan de ongeldigheid van een beding erkend worden, ook als de gebondenheidsvraag open blijft.⁸

Verrassende bedingen blijken vaak tegelijk ook onredelijk in de zin van ' 9-11 te zijn.⁹

Soms kan het geboden zijn eerst een beding inhoudelijk te toetsen, alvorens te kijken naar de voorrang van eventuele afwijkende individuele bedingen, namelijk als het gaat om bedingen die een wijziging mogelijk maken van de individueel overeengekomen rechtspositie.¹⁰ Door uitleg kan naast de openlijke inhoudstoetsing een aanvullende bescherming worden geboden. Wel bestaat tegen een beperkende uitleg hetzelfde bezwaar als tegen conversie.¹¹

De toetsing aan de zwarte en grijze lijst gaat vooraf aan de toetsing aan ' 9.¹² Men ziet ' 9 als vangnetbepaling. Hoewel in de toetsvolgorde secundair, is de open norm echter zowel in Nederland¹³ als in Duitsland¹⁴ het hart van de algemene-voorwaarden-regeling.

6.3 Wet, openbare orde, goede zeden, redelijkheid en billijkheid

210. Alvorens in te gaan op de vernietigingsgronden in afd. 6.5.3 stel ik een aantal bepalingen aan de orde die het mogelijk maken een rechtshandeling, en dus ook de inhoud van een beding¹⁵ te toetsen:

- strijd met de openbare orde of goede zeden (art. 3:40);
- strijd met een dwingende wetsbepaling buiten afd. 6.5.3 (art.3:40);
- de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248);

Strijd met de openbare orde of goede zeden leidt tot nietigheid, strijd met een dwingende wetsbepaling zal bij een beding in algemene voorwaarden in het algemeen tot vernietigbaarheid leiden (art. 3:40).¹⁶

Een voorbeeld van een beding in strijd met de **openbare orde** is een beding in een huurovereenkomst, dat inhoudt dat het verboden is

8. Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen 9, Rdnr. 25.

9. Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen, 9, Rdnr. 5; Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen 9, Rdnr. 26.

10. Bijvoorbeeld 9 10, Nr. 3 en 4, 9 11, Nr. 1 en 11; vgl. o.a. art. 6:237 onder d, art. 6:237 onder c en art. 6:236 onder i. Zie Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen 9, Rdnr. 27.

11. Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen 9, Rdnr. 28. Zie nader nrs. 249, 256 e. v.

12. Zo ook: Palandt-Heinrichs, 9, Anm. 1b.

13. Vgl. Nota II Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1596: schrapping van de open norm "...zou ons streven om een effectieve bescherming tegen onereuze algemene voorwaarden te verwezenlijken, in het hart treffen."

14. Palandt-Heinrichs, 9, Anm. 1b.

15. Mogelijkheden om de gehele overeenkomst aan te tasten zullen doorgaans ook kunnen worden ingeroepen om partiële nietigheid te bereiken (zie art. 3:41 en paragraaf 6.9).

16. Een geval van nietigheid is art. 6, lid 1 Huurprijzenwet woonruimte (HPW): "Elk in verband met het totstandkomen van huur en verhuur van woonruimte gemaakt beding, niet de huurprijs betreffende, waarbij ten behoeve van één der partijen enig niet redelijk voordeel wordt overeengekomen, is nietig." Zie hierover T. Pronk, Bezwarende huurbedingen en de Wet algemene voorwaarden, Woonrecht 1989, p. 2-9. Pronk ziet art. 6 HPW als een "speciës" (bedoeld is wellicht: 'lex specialis') van de open norm. Inderdaad brengt de toepasselijkheid van een regel van dwingend recht volgens de MvA II Inv. (welke ook door Pronk wordt geciteerd) met zich mee dat de open norm "... niet meer aan de orde komt": Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1462. Uit HR 20-4-90, NJ 90, 676 blijkt echter dat art. 6 HPW "... ziet op bedingen die in verband met het totstandkomen van huur en verhuur worden gemaakt". Een extensieve uitleg in de lagere rechtspraak zoals door Pronk gesignaleerd lijkt daarmee de pas te zijn afgesneden.

"... gastarbeiders of degenen die een andere huidskleur dragen" in het gehuurde toe te laten.¹⁷

17. Zie Hondius, diss. nr. 32. Subtieler, maar ook in strijd met de goede zeden lijkt me de bepaling in een franchisecontract m.b.t. een horecabedrijf dat inhoudt dat alleen werknemers in dienst mogen worden genomen die de Nederlandse nationaliteit hebben.

Toetsing aan de **goede zeden** gaat aan toetsing aan de redelijkheid en billijkheid vooraf.¹⁸ Toetsing aan de goede zeden gaat dus ook aan de toetsing aan de open norm vooraf, omdat deze een *lex specialis* is van de redelijkheid en billijkheid.¹⁹ Strijd met de goede zeden wordt o.a. in het oude recht aangenomen bij een aansprakelijkheidsuitsluiting voor eigen opzet.²⁰ Met Hartkamp verwacht ik dat de toetsing aan de goede zeden gezien het bestaan van de open norm aan belang zal inboeten.²¹

Het is niet moeilijk voorbeelden te bedenken van bedingen in algemene voorwaarden die in strijd zijn met een **dwingende wetsbepaling**. Veel voorkomend is bijvoorbeeld de afwijking van de relatieve competentie van de kantonrechter (in strijd met art. 98a Rv.). Van veel belang zal ook de regeling van de consumentenkoop (titel 7.1) zijn, welke bij een consumentenkoop van dwingend recht is.²² Overigens kan ook in een collectieve actie een verbod worden gevorderd op het gebruik van bedingen die strijdig zijn met het dwingend recht (art. 6:240, lid 1). De toetsing aan de **redelijkheid en billijkheid** (art. 6:2, lid 2 en 248, lid 2²³) doet zich voor in twee vormen. Normaal gesproken vindt de toetsing van de inhoud van algemene voorwaarden in de eerste fase plaats aan de hand van één van de volgende toetsnormen: de open norm, de zwarte en grijze lijst, art. 6:238, art. 6:243 of art. 6:244. Als deze niet van toepassing zijn, kan de redelijkheid en billijkheid bij wijze van vangnet als toetsnorm in de eerste fase optreden.²⁴ Onder het oude recht werd de goede trouw reeds (anticiperend op afd. 6.5.3) aanvaard als norm voor de inhoudelijke toetsing van algemene voorwaarden.²⁵ Bij de 'uitoefeningstoetsing' (de tweede fase) treedt de redelijkheid en billijkheid als toetsnorm op.²⁶

211. Vanuit het Duitse recht is er alleen iets bijzonders te melden over de toetsing aan de goede zeden. De Duitse rechter heeft de laatste jaren vooral bij koop op afbetaling aan de goede zeden getoetst; hierbij kan de onredelijkheid van algemene voorwaarden in de

18. Asser-Hartkamp I, nr. 245.

19. Zie nr. 240. Dit geldt a fortiori voor de zwarte en grijze lijst.

20. HR 14-4-50, NJ 51, 17 (Röntgenoloog): de exoneratie voor schade als gevolg van een medisch onverantwoorde behandeling (behandeling van overtollige beharing met Röntgenstralen) is in strijd met de goede zeden.

21. Voor het meest voorkomende geval, namelijk dat de exoneratie deel uitmaakt van algemene voorwaarden, Asser-Hartkamp I, nr. 341-342.

22. Art. 7:5 en 6. Zie over de samenloop van de dwingende regels m.b.t. de consumentenkoop en afd. 6.5.3: Jongeneel, Knelpunten, p. 1235-1236.

23. Art. 6:2 lid 2 heeft op alle verbintenissen betrekking, art. 6:248 geldt voor overeenkomsten en krachtens art. 6:216 ook voor andere meerzijdige vermogensrechtelijke rechtshandelingen. Art. 6:2, lid 2 laat ik in het vervolg gemakshalve ongenoemd.

24. De open norm is bijvoorbeeld niet van toepassing bij gebruik van algemene voorwaarden jegens grote wederpartijen in de zin van art. 6:235, lid 1. De redelijkheid en billijkheid vervult dan in wezen dezelfde functie als de open norm, zie nr. 242.

25. HR 25-4-86, NJ 86, 714, m.nt. G.; AA 86, p. 816, m.nt. v. Sch.; KwNBW 86, p. 92, m.nt. Hondius, BR 86, p. 690 m.nt. Kleijn (van der Meer/Smilde); HR 16-1-87, NJ 87, 553, m.nt. G.; KwNBW 87, p. 63 m.nt. Hondius; TvC 87, p. 267, m.nt. Rijken (Hooijen/de Tilburgse).

26. Zie nader over de uitoefeningstoetsing paragraaf 6.10.

overwegingen worden betrokken en samen met bijvoorbeeld een hoge rente leiden tot vernietiging van de gehele overeenkomst.²⁷

6.4 Wilsgebreken

27. Bijvoorbeeld BGH, 10-7-86, BGHZ 98, 174: De gevraagde effectieve jaarrente (22%) overtreft de marktrente (8,1%) met 170%. Dit is in strijd met de goede zeden, hetgeen mede is gebaseerd op belastende bedingen in algemene voorwaarden, die reeds op grond van § 9 AGBG nietig zijn. In dezelfde zin: BGH, 12-3-81, AGBE II, § 9, nr. 117; BGH, 27-1-88, NJW 1988, 1373; vgl. ook LG Lüneburg, 26-3-86, NJW 1987, 653, een geval waarin van onredelijke voorwaarden geen sprake was. Zie ook Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen § 9, Rdnr. 33.

212. Een beroep op één van de wilsgebreken, te weten: bedreiging, bedrog, misbruik van omstandigheden (art. 3:44) of dwaling (art. 6:228) is een mogelijkheid om een overeenkomst te vernietigen. De art. 3:44 respectievelijk 6:288 gaan uit van de vernietigbaarheid van de gehele overeenkomst, maar op grond van art. 3:41 is het ook mogelijk een deel van de overeenkomst te vernietigen, bijvoorbeeld een bepaald beding in algemene voorwaarden.²⁸ De toetsing aan wilsgebreken gaat vooraf aan de toetsing aan art. 6:233 onder a of aan art. 6:248, lid 2.²⁹

213. Bij **bedreiging** zal het meestal niet gaan om de algemene voorwaarden maar juist om de kern van de prestatie, bijvoorbeeld de prijs. Maar het is natuurlijk wel denkbaar dat iemand onder invloed van bedreiging bepaalde (onredelijke) algemene voorwaarden aanvaardt.

214. Ook **bedrog** bij het gebruik van algemene voorwaarden is denkbaar. Het moet dan gaan om een opzettelijk gedane onjuiste mededeling of een opzettelijk verzwijgen van wat had moeten worden medegedeeld of een opzettelijk gepleegde andere kunstgreep.

28. Onder "nietig" in art. 3:41 moet volgens de parlementaire geschiedenis tevens worden verstaan: het geval dat de rechtshandeling vernietigbaar was en vervolgens is vernietigd. Zie Parl. Gesch. Boek 3, p. 193. Zie nader over partiële nietigheid paragraaf 6.9.

29. Zie Hartkamp, WPNR 5569 (1981), p. 230; Wessels KwNBW 84, p. 69 en Asser-Hartkamp II, nr. 211 met nadere verwijzingen.

Dat de gebruiker iets over de inhoud van zijn algemene voorwaarden meedeelt komt niet zo vaak voor. Eén van de problemen bij algemene voorwaarden is immers juist dat er niet over wordt gesproken of onderhandeld.³⁰ Als het toch gebeurt dat de gebruiker een mededeling over de algemene voorwaarden doet, die bovendien is aan te merken als een opzettelijke onjuiste mededeling, zal de wederpartij m.i. de keuze hebben tussen een beroep op bedrog of een beroep op het vertrouwensbeginsel (art. 3:35). Het zal in de meeste gevallen gaan om een mondelinge weergave door de gebruiker van de inhoud van de algemene voorwaarden.³¹ De inhoud van de algemene voorwaarden zoals die op schrift staat wijkt hiervan af. Nu zal de wederpartij er in het algemeen op mogen vertrouwen dat de gebruiker de inhoud van de door hem gebruikte algemene voorwaarden juist weergeeft. Als de wederpartij zich met de gelding van algemene voorwaarden van de gebruiker accoord heeft verklaard, heeft hij zich ook accoord verklaard met hetgeen de gebruiker mondeling over de algemene voorwaarden heeft medegedeeld. Voor zover het mondeling meegedeelde van de schriftelijke algemene voorwaarden afwijkt is het m.i. als een individueel beding te beschouwen, dat voorrang heeft op de algemene voorwaarden. De opzettelijk gedane onjuiste mededeling van de gebruiker over zijn algemene voorwaarden wordt zo een 'self fulfilling prophecy'. De wederpartij kan kiezen. Hij kan op grond van bedrog de vernietigbaarheid inroepen van het beding waarover hij onjuist is ingelicht. Hij kan in de meeste gevallen ook betogen dat de mondelinge onjuiste mededeling (door de werking van het vertrouwensbeginsel) tussen partijen tot een van de algemene voorwaarden afwijkend individueel beding heeft geleid. Wat voor de wederpartij voordeliger is hangt van de omstandigheden af.

Een opzettelijk verzwijgen van algemene voorwaarden zal ook slechts bij uitzondering tot een beroep op bedrog leiden. Als de gebruiker niet meedeelt dat er algemene voorwaarden zijn, kan de wederpartij de gelding daarvan ook niet aanvaarden en zijn ze eenvoudig niet van toepassing. Als de gebruiker niet meedeelt wat de inhoud van de algemene voorwaarden is, zal de wederpartij zich gemakkelijker kunnen beroepen op het niet nakomen van de informatieplicht dan op bedrog. Voor bedrog is namelijk opzet vereist, terwijl dit vereiste bij de informatieplicht niet wordt gesteld; ook als de gebruiker per ongeluk zijn informatieplicht niet nakomt zijn de algemene voorwaarden vernietigbaar. Een beroep op bedrog (in de vorm van het verzwijgen van de inhoud van de voorwaarden) zal in de gevallen dat de gebruiker geen informatieplicht heeft³² kansloos zijn, omdat de gebruiker in die gevallen niet iets verzwijgt wat had moeten worden meegedeeld.

'Andere kunstgrepen' (in de zin van art. 3:44) met betrekking tot algemene voorwaarden zijn moeilijk denkbaar.³³

30. Zie nr. 12.

31. Die immers op schrift moeten staan, willen zij algemene voorwaarden zijn in de zin van afd. 6.5.3. Zoals hierboven reeds opgemerkt: mondelinge algemene voorwaarden komen nauwelijks voor (zie nr. 49).

32. Wat zich niet vaak voordoet, zie nr. 160 e.v..

33. Bij misleidende formuleringen biedt afd. 6.5.3 uitkomst, zie het in paragraaf 5.9 opgemerkte over be-

215. Bij **misbruik van omstandigheden** is de omstandigheid die in de sfeer van het gebruik van algemene voorwaarden een rol kan spelen de 'afhankelijkheid'. De wederpartij kan betogen dat de gebruiker een bepaalde economische machtspositie heeft (bijvoorbeeld dat de gebruiker monopolist is) en dat de gebruiker hiervan misbruik maakt.³⁴ Een moeilijkheid bij het beroep op misbruik van omstandigheden is dat er een causaal verband wordt vereist tussen de omstandigheden en het sluiten van de overeenkomst (met toepasselijkheid van de onereuze algemene voorwaarden). Hartkamp wijst erop dat algemene voorwaarden "... ook plegen te worden aanvaard door partijen die niet onder de druk der omstandigheden handelen".³⁵

grijpelijkheid van algemene voorwaarden.

34. Naast het welbekende Bovag-arrest (HR 11-1-57, NJ 59, 37 m.nt. H.B.), waaruit blijkt dat misbruik van een monopoliepositie misbruik van omstandigheden op kan leveren, zijn er twee meer recente uitspraken over misbruik van monopoliepositie door energiebedrijven: Rb 's-Hertogenbosch, 1-7-86, KG 86, 323 en Rb Maastricht, 17-11-86, KG 86, 537. In de eerste uitspraak ging het om een bedrijf en werd misbruik aangenomen. In het tweede geval werd aangenomen dat er in Nederland voor particuliere huishoudens voldoende alternatieven zijn om te voorzien in energie voor verlichting, verwarming en koken.
35. Asser-Hartkamp II, nr. 213.

Doorgaans zal het voor de wederpartij gemakkelijker zijn zich te beroepen op de open norm, art. 6:233 onder a. De open norm noemt als omstandigheden waarop moet worden gelet bij de beoordeling van een beding: 'de wijze waarop de voorwaarden zijn tot stand gekomen' en 'de wederzijds kenbare belangen'. De misbruiker zal meestal voorwaarden hanteren die eenzijdig zijn opgesteld. De afhankelijkheid van de wederpartij zal vrijwel altijd voor de gebruiker (die bijvoorbeeld monopolist is) kenbaar zijn. Dat wat bij een beroep op misbruik van omstandigheden wordt getoetst, weegt dus bij een beroep op de open norm ook mee. Maar de open norm heeft als voordeel dat deze rechtstreeks op de toetsing van de inhoud van bedingen is toegesneden.³⁶ De rol van misbruik van omstandigheden zal daardoor veelal beperkt blijven tot gevallen dat afd. 6.5.3 niet van toepassing is (zoals bij kernbedingen) of gevallen dat de open norm niet van toepassing is (zoals bij de toetsing van voorwaarden van grote wederpartijen).³⁷

216. Wat een beroep op **dwaling** betreft: het is denkbaar dat de gebruiker de wederpartij verkeerd inlicht doordat hij de inhoud van de algemene voorwaarden onjuist weergeeft. Het bij bedrog opgemerkte geldt ook hier: men kan een afwijkend individueel beding aannemen; de wederpartij kan kiezen tussen een beroep op dwaling of een beroep op het vertrouwensbeginsel, inhoudende dat tussen partijen een individueel beding is ontstaan.

Het betoog dat de gebruiker de wederpartij had behoren in te lichten omtrent de algemene voorwaarden kan weliswaar een beroep op dwaling mogelijk maken, maar meer voor de hand liggend is het een beroep te doen op het niet van toepassing zijn van de voorwaarden of het niet nakomen van de informatieplicht (art. 6:233 onder b en 234), zie het hierboven bij bedrog opgemerkte.

Het is tenslotte denkbaar dat beide partijen omtrent de inhoud van de algemene voorwaarden van dezelfde onjuiste veronderstelling uitgaan. Ook dan kan de wederpartij een beroep doen op dwaling. Als de onjuiste veronderstelling van de wederpartij is ontstaan als gevolg van een mededeling die de gebruiker deed (uitgaande van een onjuiste veronderstelling) is de oplossing hetzelfde als bij de onjuiste mededeling.

217. Een 'wilsgebrek' in de meest uitgesproken zin des woord is het geval dat niet kan worden aangenomen dat een bepaald beding deel heeft uitgemaakt van de wilsovereenstemming tussen partijen. In het arrest Holleman/de Klerk³⁸ heeft de Hoge Raad deze manier van inhoudstoetsing voor het eerst en misschien ook wel voor het laatst toegepast.

Van Erp stelt in zijn proefschrift:

36. Zie nader nr. 240; zo ook Asser-Hartkamp II, nr. 213.

37. Asser-Rutten-Hartkamp II, nr. 213. Voor het niet toepasselijk zijn van afd. 6.5.3 bij grote wederpartijen zie nr. 115 hierboven. Door de bovengenoemde causaliteitseis zal de wederpartij echter in veel gevallen meer baat hebben bij de toetsing aan redelijkheid en billijkheid, art. 6:248.

38. HR 20-11-81, NJ 82, 517, m.nt. CJHB; AA 82, p.247, m.nt. G., zie hierover nr. 122.

"Van de drie in de rechtspraak ontwikkelde toetsingscriteria (strijd met de goede zeden, strijd met de goede trouw/redelijkheid en billijkheid, niet-toepasselijkheid in concreto en de conclusie dat men toch al niet gebonden was) lijkt toetsing aan redelijkheid en billijkheid een toenemende voorkeur te genieten".³⁹

39. Van Erp, diss., p. 49.

Afd. 6.5.3 gaat niet uit van de Holleman/De Klerk-constructie,⁴⁰ en deze is ook moeilijk te baseren op de art. 3:33 en 35. Men zou dan niet moeten uitgaan van een 'aanvaarden' van de algemene voorwaarden als geheel (zoals art. 6:231 onder c doet), maar van een aanvaarden van elk beding afzonderlijk. De gedachte is dan dat de toestemming niet geldt voor bepaalde (verrassende) bedingen; de wederpartij mag ten aanzien van deze bedingen er niet op vertrouwen dat de wederpartij ze heeft aanvaard.⁴¹ Dit is in wezen ook de Duitse constructie in '3'.⁴² Afd. 6.5.3 kiest echter voor een 'snelle toepasselijkheid' met daaraan gekoppeld een 'ruime maatstaf voor inhoudelijke toetsing': de open norm.⁴³

Er zijn recente uitspraken waarin de 'Holleman/De Klerk'-weg gevolgd wordt.⁴⁴ Naar NBW lijkt het me niet de juiste dogmatische constructie, al komt het resultaat op hetzelfde neer als wanneer men verrassende bedingen inhoudelijk toetst op grond van de open norm.

6.5 De contra-proferentem-regel

Nederlandse uitlegregels: slechts in de jurisprudentie

218. Het BW (oud) bevat enige uitlegregels, daarnaast heeft de rechtspraak uitlegregels gevormd.⁴⁵ Het opnemen van deze regels in het NBW is echter verworpen,⁴⁶ zodat ook afd. 6.5.3 geen bijzondere uitlegregels voor algemene voorwaarden bevat.⁴⁷

40. Men gaat in afdeling 6.5.3 immers uit van een 'snelle gebondenheid'. Bescherming vindt niet plaats door gebondenheidstoetsing, maar door inhoudstoetsing, zie nr. 125.

41. Het feit dat een beding verrassend is zal in veel gevallen meebrengen dat het onredelijk is, zie paragraaf 7.5.

42. Een met het arrest Holleman/De Klerk vergelijkbare constructie kwam in het Duitse recht voor vóór invoering van het AGBG. Sinds die invoering is deze weg afgesloten: zie Kötz in Münch. Komm.-Kötz, § 2, Rdnr. 5 en 15.

43. MvT Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1456.

44. Bijvoorbeeld: Rb Amsterdam, 20-4-89, KG 89, 210 en Hof 's-Gravenhage, 16-2-89, S&S 90, 19.

45. Zie Asser-Hartkamp II, nr. 279-288. Een recent arrest over de uitleg van algemene voorwaarden is HR 11-11-88, NJ 90, 440 (Banken/NCM): In de algemene voorwaarden van een exportverzekering staat het beding: "Uitvoerder heeft een verzekering afgesloten voor schade aan de te gebruiken goederen, voorzover die voor zijn rekening komt." Naar de letter betekent dit niet dat hij de eens gesloten verzekering ook in stand moet houden door het regelmatig betalen van de premies. De Hoge Raad stelt echter dat het bij de uitleg van een beding als het onderhavige gaat om het achterhalen van de zin en de strekking van het beding. De letterlijke tekst is daarbij niet doorslaggevend. Als relevante factor moet in aanmerking worden genomen wat partijen met het beding hebben beoogd. Het is in dit geval waarschijnlijk dat een verplichting is beoogd om de verzekering ook in stand te houden. Vgl. voor het Duitse recht 226 en 233.

46. De in het BW (oud) voorkomende uitlegregels zijn ten dele overbodig, ten dele door hun te grote algemeenheid onjuist geacht, zie Parl. Gesch. Boek 6, p. 916.

47. VV II Inv.; MvA II Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1461 resp. 1462.

Uit het oogpunt van kenbaarheid van de uitlegregels lijkt opnemen in de wet de voorkeur te verdienen.⁴⁸ Immers de uitleg van hun overeenkomst (inclusief de daarin opgenomen algemene voorwaarden) is in eerste instantie een zaak van de contractanten. Voor de doorsnee contractant is het NBW echter niet voldoende toegankelijk, hoe betreuwenswaardig dit ook is.⁴⁹ Het nut van het codificeren van uitlegregels is alleen al daarom naar mijn mening niet groot. Voor de rechter is het NBW voldoende toegankelijk, maar hij heeft zich in de afgelopen decennia niet veel van de uitlegregels in het BW (oud) aangetrokken,⁵⁰ bovendien kan de rechter goed uit de voeten met de in de rechtspraak gevormde uitlegregels; het vastleggen daarvan in de wet heeft bezien vanuit de rechter voor de kenbaarheid weinig voordelen, terwijl het de vraag is of in de wet opgenomen regels de speelruimte van de rechter niet onnodig inperken.

219. Naast de algemene regels voor de uitleg van overeenkomsten⁵¹ is er een uitlegregel die van bijzonder belang is voor algemene voorwaarden te weten de contra-proferentem-regel: de regel dat algemene voorwaarden bij onduidelijkheden ten gunste van de wederpartij dienen te worden uitgelegd.

De contra-proferentem-regel wordt reeds gedurende lange tijd in ons recht aanvaard.⁵² De regel is door de Hoge Raad in 1977 in het arrest Ram/Matser geformuleerd voor de koopovereenkomst en toen beperkt tot een beding dat is geredigeerd door een professionele verkoper en dat wordt gebruikt jegens een niet-professionele koper.⁵³ In het arrest Liskay/Harman uit 1989 ging het om een ongevallenzekeringsverzekering. De Hoge Raad stelde de toepasselijkheid van de contra-proferentem-regel in dat arrest afhankelijk van 'alle omstandigheden van het geval':

"Weliswaar ligt het in het algemeen voor de hand dat, wanneer een dergelijk beding voor meer dan één uitleg vatbaar schijnt, wordt gekozen voor de uitleg die het minst bezwarend is voor de niet-professionele verzekerde, maar het hangt van alle omstandigheden van het geval af of die keuze gerechtvaardigd is. Tot die relevante omstandigheden behoren o.m. de aard van de verzekering en het verzekerde

48. Hondius heeft dan ook codificatie bepleit: Hondius, NJV nr. 40 en Unfair Terms nr. 64, 65.

49. G.J. Veerman wijst erop dat zowel in 1820 als 1947 de wens bestond om te komen tot een leesbaar, voor ieder te begrijpen burgerlijk wetboek. "Dit - merkwaardig naïeve - ideaal is in beide gevallen niet gerealiseerd volgens deskundigen toen en nu. Het kan natuurlijk ook niet." Justitiële Verkenningen 1988 nr. 6 (150 jaar Burgerlijk Wetboek), p. 83.

Anders Hondius, die met instemming de makers van het Oostenrijkse ABGB citeert: "Was sich nicht klar sagen lässt, verdient es nicht Rechtsinhalt zu werden". (...) "Helaas wordt onbegrijpelijkheid in een enkel geval op de koop toe genomen. Een voorbeeld is ons eigen nieuw BW waarvoor geldt dat alleen de bepalingen die beogen het gedrag van de burger rechtstreeks te beïnvloeden in een voor de burger begrijpelijke taal dienen te zijn gesteld. Het is een in mijn ogen ongelukkig uitgangspunt. Een **burgerlijk** wetboek zou voor iedere modale burger begrijpelijk moeten zijn." E.H. Hondius, Nieuw Burgerlijk Wetboek: novum voor West-Europa? / Beschouwingen over hercodificatie van burgerlijk recht in enkele Europese landen, NJB 88, p. 673.

50. Vgl. bijvoorbeeld HR 13-3-1981, NJ 1981, 635, m.nt. CJHB; AA 1981, p. 355, m.nt. PvS (Haviltex), dat de doodsteek betekende voor art. 1378 BW (oud).

51. Zie bijvoorbeeld Asser-Hartkamp II, nr. 279 e.v., vooral nr. 287.

52. Zie rechtspraak geciteerd in Contractenrecht VII (Hondius), nr. 206.

53. HR 1-7-77, NJ 78, 125, m.nt. GJS (Ram/Matser).

*risico en de eventuele begeleiding van de verzekerde door een deskundige tussenpersoon bij het tot stand komen van de verzekering.*⁵⁴

220. Ik kan niet inzien waarom de eerste twee door de Hoge Raad genoemde omstandigheden relevant zouden zijn. Zijn bij bepaalde soorten verzekeringen onduidelijke bedingen eerder voor het risico van de verzekerde te brengen en bij andere verzekeringen eerder voor het risico van de verzekeraar? Naar mijn mening moet de gebruiker in het algemeen (dus bij **elk soort** verzekering of risico en ook bij overeenkomsten van andere aard) als opsteller van de voorwaarden er voor zorg dragen dat deze duidelijk zijn.

54. HR 28-4-89, NJ 90, 583 (Liskay/Harman) m.nt. MMM; zie voor het hof-arrest en een eerdere uitspraak van de HR in dezelfde zaak: S&S 87, 120 en RvdW 84, 56. (De vetgedrukte woorden zijn door mij vet gezet, rhej).

Iets minder merkwaardig is dat de Hoge Raad als relevante omstandigheid noemt: *"de begeleiding van de verzekerde door een deskundige tussenpersoon bij het tot stand komen van de verzekering"*. Wat voor een consument onduidelijk is, kan soms voor een deskundige zo helder zijn als glas. Maar de betrokkenheid van een deskundige kan alleen een onduidelijkheid wegnemen als deze de wederpartij heeft bijgestaan bij het interpreteren van het beding waarin de onduidelijkheid was gelegen! Dat is meestal niet het geval. De betrokkenheid van een deskundige betreft veelal meer de kernbedingen dan de voorwaarden. Bovendien vaart de wederpartij vaak blind op zijn deskundige, zodat hij mogelijke onduidelijkheden bij de totstandkoming van de overeenkomst niet opmerkt. Een onduidelijkheid blijkt vaak pas in een later stadium. Zo ging het in het geval Liskay/Harman om de vraag welke sanctie het niet nakomen van een mededelingsplicht (bij het ophouden met het uitoefenen van een beroep) moest hebben. Op het moment dat Liskay ophield zijn beroep uit te oefenen heeft hij misschien niet eens de verzekeringsvoorwaarden geraadpleegd, laat staan dat hij op dat moment een deskundige te hulp heeft geroepen. Deskundige hulp bij de totstandkoming mag m.i. in zo'n geval geen rol spelen.⁵⁵

221. Clausing heeft naar aanleiding van het arrest Liskay-Harman heel in het algemeen gesteld dat de omstandigheid dat een tussenpersoon bij de bemiddeling was betrokken geen rol mag spelen bij de uitleg van de polisvoorwaarden.

*"Natuurlijk komt het voor dat de aanvrager van een verzekering zich omtrent de betekenis van een bepaalde verzekeringsvoorwaarde door de tussenpersoon laat voorlichten en dat de tussenpersoon op de betekenis van bepaalde voorwaarden wijst. Maar dat rechtvaardigt nog niet er in het algemeen bij een verschil van mening omtrent de betekenis van een polisbetaling van uit te gaan dat de verzekerde bij het totstandkomen van de verzekering door de tussenpersoon is voorgelicht over de betekenis die de verzekeraar aan die bepaling hecht. Nog afgezien dus van de vraag of de tussenpersoon daarvan op de hoogte was."*⁵⁶

Wessels meent dat het arrest zo niet gelezen kan worden:

"Mijns inziens mag - het woordje 'eventuele' lijkt anders te suggereren - in ieder geval niet worden aangenomen dat de Hoge Raad zou menen dat zodra een tussenpersoon is ingeschakeld van een volkomen 'gewaarborgd evenwicht' moet worden uitgegaan. (...) Zowel de intensiteit van de begeleiding (ruimer dan enkel bemiddelen) als de deskundigheid van de tussenpersoon moeten worden geëxpliciteerd. De uitkomst van die weging kan naar mijn mening zonder bezwaar bij de vraag naar de keuze van de uitleg worden

55. Vgl. ook het misverstandsarrest, HR 17-12-76, NJ 77, 241. Bij de vraag of een overeenkomst tot stand is gekomen als partijen een voor misverstand vatbare uitdrukking bezigen speelt onder meer een rol "... *c of de andere partij zich had voorzien van deskundige bijstand en de wederpartij mocht verwachten dat deze die betekenis kende en die andere partij daaromtrent voorlichtte*" (door mij vet gezet, rhcj).

56. P. Clausing, *Verzekeren en vertrouwen*, Afscheidsrede UvA Amsterdam, Deventer (1990), p. 15.

betrokken. De grens ligt evenwel daar waar in objectieve zin de balans die het 'evenwicht' impliceert wordt verstoord."⁵⁷

Mijn positie bevindt zich tussen die van Wessels en Clausing. Met Wessels ben ik van mening dat de uitspraak van de Hoge Raad niet inhoudt dat de contra-proferentem-regel niet geldt als de verzekerde een tussenpersoon heeft ingeschakeld. Maar met Clausing kan ik instemmen als hij meent dat het beter zou zijn geweest als de Hoge Raad 'de begeleiding van de verzekerde door een deskundige tussenpersoon' niet zou hebben laten meewegen.

De omstandigheden van het geval (waar onder de betrokkenheid van een tussenpersoon) mogen naar mijn mening alleen een rol spelen voor zover ze van invloed zijn geweest op de (on)duidelijkheid van een beding voor een bepaalde wederpartij. Het lijkt me op de weg van de verzekeraar te liggen om, indien meerdere uitleggingen mogelijk zijn, aan te tonen dat de door hem verdedigde uitleg aan de wederpartij als de juiste bekend moet zijn geweest, gezien de betrokkenheid van een tussenpersoon. Daarbij merk ik op dat een verzekeraar m.i. niet kan verwachten dat de tussenpersoon de polisvoorwaarden met de verzekerde doorloopt om op mogelijke onduidelijkheden te wijzen. De verzekeraar zal zo'n bewijs dan ook alleen in zeer uitzonderlijke gevallen rond kunnen krijgen.

222. Naar mijn mening geldt ook voor de in het arrest Ram/Matser genoemde omstandigheid dat de wederpartij al dan niet professioneel handelt, dat deze omstandigheid alleen mag meewegen voor zover deze in een bepaald geval tot uiting is gekomen. Wat in een overeenkomst met een consument onduidelijk is, kan in een overeenkomst met een bedrijf duidelijk zijn. Maar als een beding in het handelsverkeer onduidelijk is, valt niet in te zien waarom deze onduidelijkheid niet via de contra-proferentem-regel bestreden zou moeten worden. Onduidelijke bedingen zijn ook in het handelsverkeer ongewenst.

Hartkamp nam (vóór het arrest Liskay/Harman uit 1989) een ruimere strekking van de contra-proferentem-regel aan dan de Hoge Raad aan de regel had gegeven in het arrest Ram/Matser (1977). Hij verwijst naar de tekst van ' 5:

"Zweifel bei der Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen gehen zu lasten des Verwenders".

57. B. Wessels in zijn bespreking van de rede van Clausing, KwNBW 1990, p. 88-90. In gelijke zin: M.M. Mendel in zijn noot onder het Liskay-arrest: HR 28-4-89, NJ 90, 583.

De Duitse formulering houdt, anders dan die van de Hoge Raad, in dat de regel ook ten voordele van de professionele wederpartij kan werken.⁵⁸

In de lagere rechtspraak wordt de contra-proferentem-regel sinds lang aanvaard.⁵⁹ Beperkingen zoals de Hoge Raad die aanbrengt zijn in de lagere rechtspraak niet te vinden. Codificatie van de regel is bepleit door Hondius en Vollebrecht.⁶⁰

223. De Raad van Toezicht op het Schadeverzekeringsbedrijf past de contra-proferentem-regel ruimhartiger toe dan de Hoge Raad:

-
58. Asser-Hartkamp II, nr. 287; zo ook Wessels/Jongeneel nr. 28. De minister haalt in VC II Inv. d.d. 1-10-84, Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1491 de contra-proferentemregel aan met verwijzing naar het arrest Ram/Matser, maar zonder de daarin opgenomen beperking te noemen.
59. Contractenrecht VII (Hondius), nr. 206 (14 uitspraken). Verder: Rb Arnhem, 19-3-81, Prg 81, 1649; Rb Amsterdam, 30-6-82, S&S 83, 10; Ktg Amsterdam, 11-1-83, Prg 83, 2029; Rb Amsterdam, 11-5-83, S&S 83, 126; Ktg Gorinchem, 28-11-83, Prg 84, 2136; Hof Arnhem, 1-4-83, S&S 84, 49. Voorts de volgende uitspraken van de RvT Schadeverzekeringsbedrijf: 1-7-85, VR 87, 69 m.nt.vWvC; TvC 85, p. 280 m.nt. Clausing; 2-2-87, TvC 89, p. 31; 12-9-88, TvC 89, p. 32 m.nt. Clausing; 28-3-88, Computerrecht 89, p. 152.
60. Hondius, diss., nr. 332; Vollebrecht, NJB 84, p. 809, 814. Zie nr. 218 hierboven voor argumenten tegen codificatie van uitlegeregels, welke argumenten ook hier gelden.

*"Het ligt immers voor de hand om ten aanzien van het onderhavige beding, dat voor meer dan één uitleg vatbaar schijnt, te kiezen voor de uitlegging die voor klager, die ten aanzien van deze verzekering is te beschouwen als een niet-professionele verzekerde, het minst bezwarend is."*⁶¹

'Zweifel bei der Auslegung...'

224. Anders dan in afd. 6.5.3 is de contra-proferentem-regel in het AGB-Gesetz wel gecodificeerd (' 5). De regel wordt in het algemeen alleen gebruikt in gevallen waarin een beding verschillende betekenissen kan hebben en (objectieve) uitleg geen uitkomst biedt.⁶² Er vindt dus geen verkapte inhoudelijke toetsing plaats via ' 5.⁶³ De regel van ' 5 vindt toepassing onafhankelijk van de vraag of een beding in een overeenkomst is opgenomen. Zo speelt de regel een rol bij de vraag of een beding verrassend is (waardoor het geen deel van de overeenkomst wordt: ' 3) en bij de vraag of een beding in strijd is met een individuele afspraak (die dan op het beding in algemene voorwaarden voorrang heeft: ' 4).⁶⁴

De uitlegregel van ' 5 gaat aan de inhoudelijke toetsing van ' 9-11 vooraf, maar Ulmer wijst erop dat een restrictieve toepassing van ' 5 mogelijk is. Deze houdt in dat de volgens objectieve uitleg meest voor de hand liggende betekenis van een beding wordt getoetst aan ' 9-11, zonder eerst uitputtend na te gaan of er mogelijkheden zijn om het beding door toepassing van ' 5 van zijn scherpe kantjes te ontdoen.⁶⁵ Zou men met het laatste beginnen, dan zou dit op dezelfde bezwaren stuiten als conversie,⁶⁶ die erop neer komen dat de wederpartij, in strijd met het doel van het AGBG, geen doelmatige informatie over zijn rechten en plichten krijgt. Ook de door de wetgever nagestreefde 'Bereiniging der AGB-Praxis' zou dan achterwege blijven.⁶⁷

225. Voordat de contra-proferentem-regel kan worden toegepast zal eerst de vraag beantwoord moeten worden of een bepaald beding onduidelijk is. Volgens de Duitse literatuur en rechtspraak moeten algemene voorwaarden hiertoe objectief worden uitgelegd. De rechtvaardiging voor deze objectieve uitleg is gelegen in het massale karakter van algemene voorwaarden.⁶⁸

61. RvT Schadeverz., 9-4-90, TvC 1990, p. 403-404 m.nt. Clausing. Het ging om een ziekengeldverzekering die een beperking bevatte van de uitkeringsduur "voor elke ziekte afzonderlijk" tot 365 dagen. Geldt deze beperking ook als een ziekte later terugkeert? De RvT Schadeverz. acht dat niet verdedigbaar, met een beroep de in het citaat weergegeven contra-proferentem-regel. Clausing zou blijkens zijn noot de gegeven regel in het algemeen willen laten gelden voor wederpartijen die niet deskundig zijn op het gebied van verzekeringen (met verwijzing naar een eerdere uitspraak van de RvT: RvT Schadeverz. 11-12-89, RvT VI-89/28).

62. BGH, 26-10-77, AGBE I, § 5, nr. 1.

63. Ulmer in: RWS-Forum, p. 8 en in: Ulmer/Brandner/Hensen § 5, Rdnr. 2 en 25.

64. Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen § 5, Rdnr. 3.

65. Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen § 5, Rdnr. 31; BGH, 31-10-84, NJW 1985, 320; Bij de collectieve actie moet een 'klant-vijandige' uitleg worden toegepast. Daarbij moet worden uitgegaan van de manier waarop een juridisch niet geschoolde doorsneeklant het beding zal of tenminste **kan** begrijpen. Bij de beoordeling mag echter niet worden uitgegaan van uitzonderingsgevallen, waarvan moet worden aangenomen dat de gebruiker er niet aan gedacht heeft en dat ook de wederpartij het beding er niet op zal betrekken. Zie ook BGH, 3-7-85, NJW 1985, 2258, 2261 = BGHZ 95, 170.

66. Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen § 5, Rdnr. 4. Zie over conversie nr. 249, 256 e.v.

67. Deze bezwaren worden genoemd door Schmidt in Ulmer/Brandner/Hensen § 6, Rdnr. 14.

68. Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen § 5, Rdnr. 15.

Bij de objectieve uitleg wordt gelet op de tekst van het beding en verder op de manier waarop verwacht kan worden dat het beding zal worden begrepen in de kringen die er normaal gesproken mee te maken hebben.⁶⁹ De uitleg dient zich daarbij te richten naar het normale begrip van een redelijke doorsnee-wederpartij onder afweziging van de belangen van de bij de overeenkomsten van deze soort doorgaans betrokken kringen; er dient dus niet te worden gelet op de werkelijke wil van de concrete partijen en hun 'toevallige' belangen.⁷⁰ Dat betekent bijvoorbeeld dat aan algemene voorwaarden die worden gebruikt jegens een buitenlander de betekenis wordt gehecht die een binnenlandse klant er redelijkerwijs aan zou mogen hechten.⁷¹ Dat wordt uitgegaan van de normale klant uit betrokken klantenkring heeft ook tot gevolg dat in het algemeen geen beroep kan worden gedaan op de ontstaansgeschiedenis van algemene voorwaarden.⁷² Juridische kennis kan alleen een rol spelen voor zover die in de desbetreffende klantenkring algemeen aanwezig is.⁷³

226. Bij de uitleg kunnen wel de bedoelingen van de gebruiker ('Sinn und Zweck' van de voorwaarden) en de plaats van een beding binnen het geheel van bepaalde algemene voorwaarden ('systematische Stellung') van invloed zijn.⁷⁴ Ulmer heeft met deze laatste twee criteria moeite. Deze uitlegmiddelen maken het mogelijk bedingen met een onduidelijke tekst toch in stand te laten of bedingen met een voor het oog onredelijke tekst een meer redelijke inhoud te geven die door de gebruiker wel is bedoeld maar niet duidelijk tot uitdrukking is gebracht. Door acht te slaan op de (niet zonder meer voor de wederpartij zichtbare) bedoelingen van de gebruiker en de plaats van een beding in het geheel van de voorwaarden komt men in strijd met het 'Transparanzgebot': het gebod om in algemene voorwaarden duidelijk te zijn. Niet de wederpartij maar de gebruiker dient het nadeel van onduidelijke en ondoorzichtige formuleringen te dragen.⁷⁵

227. De objectieve uitleg wordt niet toegepast als partijen zich een van de objectieve uitleg afwijkende voorstelling van de inhoud van een beding hebben gemaakt, met name in het geval dat de betrokkenen voor het sluiten van de overeenkomst over de uitleg van een bepaald beding gesproken hebben. Op grond van de gedachte achter ' 4 wordt

69. Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen 5, Rdnr. 13.

70. Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen 5, Rdnr. 14. Kötz in Münch. Komm.-Kötz, 5, Rdnr. 2. Daarbij wordt uitgegaan van de in de desbetreffende kring aanwezig kennis van bijvoorbeeld vaktermen of juridischetemen, Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen 5, Rdnr. 23.

71. BGH NJW 1960, 1661.

72. Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen 5, Rdnr. 22; Staudinger/Schlosser 5, rdnr. 21; andere vindplaatsen bij Ulmer. Anders: BGH, BB 1981, 452, betreffende de ontstaansgeschiedenis van verzekeringsvoorwaarden.

73. Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen 5, Rdnr. 22, 23. Kötz in Münch. Komm.-Kötz, 5, Rdnr. 3 wijst er in dit verband op dat aan vaktermen (bijvoorbeeld aan de wet ontleende begrippen, maar ook medische of natuurkundige termen) de vakterm-betekenis moet worden gehecht, tenzij de vakterm een afwijkende betekenis heeft in het spraakgebruik, dan moet die laatste betekenis gelden.

74. Voor het eerste BGH, 29-10-56, BGHZ 22, 109, 113; BGH, 6-11-67, BGHZ 49, 84, 88; BGH, 14-2-68, NJW 1968, 885; BGH, BB 1981, 452. Wat het tweede criterium betreft: BGH, 24-11-76, NJW 1977, 379, 381; BGH, 7-2-79, NJW 1979, 2148, 2149 en vooral BGH, 31-10-84, NJW 1985, 320, waarover kritisch: Bunte, NJW 1985, 600 e.v. Vgl. voor het Nederlandse recht noot 45.

75. Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen 5, Rdnr. 21. Zie nader over het Transparanzgebot nr. 200.

de voorrang aangenomen van zo'n 'overeenstemmende individuele uitleg' boven de objectieve uitleg.⁷⁶ Ook als de wederpartij over bijzondere kennis en ervaring beschikt met betrekking tot het onderwerp van de overeenkomst geldt de objectieve uitleg niet.⁷⁷

76. Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen § 5, Rdnr. 24.

77. Bijvoorbeeld de bankdirecteur die de bank een (privé)opdracht tot de aankoop van aandelen geeft op basis van de algemene voorwaarden; RGZ 116, 198, aangehaald in Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen § 5, Rdnr. 24, noot 65.

228. In de Duitse literatuur wordt naast deze objectieve uitleg ook wel een 'ex-post-benadering' verdedigd waar het bedingen betreft die een redelijke kern hebben, maar te ruim zijn geformuleerd. Men zou volgens deze theorie achteraf moeten kijken naar de risico's die zich verwezenlijkt hebben. Alleen wanneer een beding in concreto een onredelijke uitwerking heeft, zou men het mogen vernietigen en dat nog slechts in zoverre het die onredelijke uitwerking heeft.⁷⁸ Ulmer wijst erop dat vragen van uitleg en inhoudelijke toetsing in deze opvatting worden vermengd, met als uiterste consequentie dat conversie⁷⁹ wordt toegestaan, zij het op andere gronden. De ex-post-benadering is in ieder geval niet te funderen op '5, omdat de aanhangers deze benadering voorstaan bij zowel duidelijke als onduidelijke bedingen. Verder zou de ex-post-benadering een 'kundenfreundliche Auslegung' in haar tegendeel doen verkeren en zou de methode in strijd met '6 de weg naar het aanvullend recht afsnijden.⁸⁰ Ook Bunte vermeldt dat in de literatuur de ex-post-benadering wordt verdedigd, maar dat deze mening terecht niet de algemene is geworden.⁸¹ Het toelaten van 'algemene' voorwaarden vereist het toelaten van 'algemene' grenzen, die onafhankelijk van het beroep op die bepaling en op de rechtsuitoefening in het concrete geval kunnen worden toegepast.⁸² De Duitse rechtspraak wijst de ex-post-benadering af.⁸³

229. Over de toepassing van '5 bij collectieve acties zijn de meningen verdeeld. Schlosser heeft voorgesteld bij de abstracte toetsing⁸⁴ in het kader van de collectieve actie een beding dat verschillende betekenissen kan hebben de voor de wederpartij ongunstigste uitleg te geven.⁸⁵ Deze suggestie is door de rechtspraak nagevolgd.⁸⁶ Zonder de 'omgekeerde' toepassing van '5 zou een beding dat bij een woordelijke uitleg onredelijk bezwarend is maar bij een voor de consument gunstige uitleg niet, niet door de collectieve actie bestreden kunnen worden. Dat zou niet te verenigen zijn met het 'Transparanzgebot', dat uit '2, 3 en 5 wordt afgeleid.⁸⁷ Ulmer waarschuwt echter tegen overdrijven in het zoeken naar voor verschillende uitleg vatbare bedingen.⁸⁸ Ook Heinrichs maakt bezwaren tegen de toepassing van

78. Zo J. Basedow, *Kollektiver Rechtsschutz und individuelle rechte / Die Auswirkung des Verbandsprocesses auf die Inzidentskontrolle von AGB*, AcP 1982, p. 357; zo ook Kötz in *Münch. Komm.-Kötz*, § 9, Rdnr. 5; zie voor verdere verwijzingen Ulmer in *Ulmer/Brandner/Hensen* § 5, Rdnr. 19, noot 49.

79. Zie over conversie nr. 249, 256 e.v.

80. Ulmer in *Ulmer/Brandner/Hensen* § 5, Rdnr. 19.

81. Bunte, *Zehn Jahre AGBG*, p. 925 (met verwijzing naar Kötz, *BB* 1982, 644 en Kötz in *Münch. Komm.* § 9, Rdnr. 5) en p. 926.

82. R. Fischer, *BB* 1957, 486, geciteerd in Bunte, *Zehn Jahre AGBG*, p. 926.

83. Maatgevend voor de beoordeling is niet hoe de gebruiker het beding in de praktijk hanteert, maar welke nadelen er bij een abstracte benadering uit kunnen voortvloeien: *OLG Frankfurt*, 14-5-85, *NJW* 1986, 1355. Vgl. verder nog *Palandt-Heinrichs*, § 1, Anm. 1c, met verwijzing naar o.a.: *BGH*, *BGHZ* 82, 121, 128; *BGH*, 7-4-82, *WM* 1982, 712 = *ZIP* 1982, 698, 699; *BGH*, 6-10-82, *AGBE* III, § 9, nr. 96 = *NJW* 1983, 159. Vgl. ook *LG München*, 4-3-81, *AGBE* II, § 3, nr. 6a: Op het feit dat de gebruiker in zijn afrekening de in het beding geschapen ruimte lang niet heeft gebruikt, kan in het kader van de toetsing aan § 9 geen acht worden geslagen.

84. Zie nader nr. 344.

85. *Staudinger-Schlosser* § 5 *AGBG* Rdnr. 7.

86. O.a. *BGH*, 28-11-79, *AGBE* I, § 5, nr. 5 = *NJW* 1980, 831, zie verder Ulmer in *Ulmer/Brandner/Hensen* § 5, Rdnr. 6, noot 11; volgens Ulmer is het thans ook de heersende mening in de literatuur.

87. Ulmer in *Ulmer/Brandner/Hensen* § 5, Rdnr. 5.

88. Ulmer in *Ulmer/Brandner/Hensen* § 5, Rdnr. 6.

' 5 in de praktijk bij collectieve acties: Uit de bewoording van een beding wordt soms met gebruikmaking van veel fantasie een voor de consument ongunstige uitleg gedestilleerd. Vervolgens wordt dit als inhoud van het beding gezien en wordt het hele beding nietig verklaard.⁸⁹

89. RWS-Forum, p.36.

230. Is de kern van een beding onduidelijk, dan is het ofwel niet van toepassing op grond van ' 2⁹⁰ ofwel nietig op grond van ' 5⁹¹ of ' 9.⁹² Het kan zelfs gebeuren dat het geheel van de algemene voorwaarden dermate onduidelijk is, dat de algemene voorwaarden op grond van ' 2 niet van toepassing zijn.⁹³

Bevinden zich binnen bepaalde algemene voorwaarden bedingen die met elkaar in strijd zijn, dan moet in eerste instantie de oplossing gevonden worden in de plaats van een beding binnen het geheel van de voorwaarden; bij strijdigheid van bedingen gaat het bijzondere voor het algemene.⁹⁴ Biedt dit geen oplossing, dan moet het voor de wederpartij ongunstigste beding buiten beschouwing worden gelaten. Dezelfde werkwijze moet worden toegepast als twee verschillende sets algemene voorwaarden bedingen bevatten die met elkaar in tegenspraak zijn.⁹⁵

231. Een aantal sprekende voorbeelden van bedingen die de Duitse rechter al dan niet als onduidelijk heeft bestempeld zijn de volgende:

- **Niet onduidelijk** is het beding: *gekocht zoals bezichtigd onder uitsluiting van elke garantie*, wel wordt dit beding aan ' 9 getoetst en te licht bevonden;⁹⁶
- Een installateur van centrale verwarming hanteert zowel leveringsvoorwaarden als installatievoorwaarden, waarin van elkaar verschillende exoneratieclausules voorkomen. Dit betekent nog niet dat deze elkaar ook weerspreken.⁹⁷
- Duidelijk zijn ook bedingen in de huurovereenkomst met betrekking tot een auto die inhouden dat de huurder bij ongevallen niet verder aansprakelijk is dan tot een eigen risico van 600 DM, op voorwaarde dat de bestuurder een bepaalde minimumleeftijd en een geldig rijbewijs heeft.⁹⁸

Een aantal gevallen waarin **onduidelijkheid** werd aangenomen en de contra-proferentem-regel werd toegepast:

- Bij de verkoop van een auto gelden naast elkaar de verkoopvoorwaarden van de autodealer en de garantievoorwaarden van de fabrikant; de ene bevat in bepaalde gevallen een ontbindingsrecht, de ander sluit dit in alle gevallen uit.⁹⁹

90. § 2, Abs. 1, Nr. 2 AGBG; zie Palandt-Heinrichs, § 2, Anm. 3d; Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen § 5, Rdnr. 29. In de rechtspraak worden beding soms wegens onduidelijk buiten beschouwing gelaten, zonder dat hiervoor § 2 als rechtsgrond wordt aangewezen; BGH, 28-10-81, BGHZ 82, 121 = NJW 1982, 870; BGH, 29-7-84, NJW 1985, 53 en BGH, 12-6-85, NJW 1985, 2253.

91. OLG Frankfurt, 9-7-80, AGBE I, § 5, nr. 15.

92. Palandt-Heinrichs, § 9, Anm. 2i; dit is ook de strekking van BGH, 29-2-84, NJW 1985, 53.

93. § 2, Abs. 1, Nr. 2 AGBG; soms berust de nietigheid op § 5 AGBG: BGH, 29-2-84, NJW 1985, 53, 56. Zie Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen § 5, Rdnr. 29. Vgl ook nr. 203.

94. Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen § 5, Rdnr. 16, 28.

95. Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen § 5, Rdnr. 28.

96. BGH, BGHZ 74, 385 = NJW 77, 1055, geciteerd in Palandt-Heinrichs, § 5, Anm. 4a; evenzo BGH, 11-6-79, AGBE I, § 5, nr. 4.

97. BGH, 22-3-79, AGBE I § 5, nr. 3.

98. BGH, 26-10-83, AGBE IV, § 9, nr. 73 = NJW 1984, 289. Het BGH achtte de huurder, die een ontzegging van de rijbevoegdheid had gekregen, maar zijn rijbewijs (in strijd met de wettelijke plicht) niet had ingeleverd, volledig aansprakelijk.

99. OLG Karlsruhe, DB 1981, 637; een soortgelijk geval: OLG Frankfurt, 17-12-80, AGBE I § 5 nr. 16. Vgl. dit geval met dat in noot 97 niet bij elke samenloop van voorwaarden ontstaat onduidelijkheid.

- In een huurovereenkomst met betrekking tot een huis is de zinsnede dat de huurder kosten verschuldigd is ... voor - *gezamenlijke verwarming (minstens 18 EC)*; - *warm water*; - *lift*; (...) - *etc.* onduidelijk door gebruik van het woordje "etc.". ¹⁰⁰

100. LG Braunschweig, 26-1-82, AGBE III, § 5, nr. 8 = WoM 1982, 300. Het beding luidt: "*Nevenprestaties, namelijk kosten voor - gezamenlijke verwarming (minstens 18 EC); - warm water; - lift; (...) - enz. terhoogte van 100% van de werkelijke totale kosten worden evenredig verdeeld, waarbij een betaling in gedeelten van maandelijks 45 DM is te verrichten.*" Het LG overweegt dat uit de toevoeging van het woord "etc." kan niet worden geconcludeerd dat de huurder voor alle nevenkosten kan worden aangesproken. Deze onduidelijkheid komt voor rekening van de gebruiker. Uit het doel (Sinn und Zweck) van het beding volgt echter wel dat de huurder tenminste de gebruiks-afhankelijke nevenkosten moet dragen.

- Het BGH achtte een verwijzing naar een wettelijk ontbindingsrecht onduidelijk.¹⁰¹
- Onduidelijk is het woord 'aard' in een beding van een ziektekostenverzekering: *Uitkeringen voor hulpmiddelen van gelijke aard worden per kalenderjaar slechts éénmaal gedaan.*¹⁰²
- Bij vertraging moet een lessee een verdragingsrente *tot maximaal 1,5% per maand* betalen. In dit beding is onduidelijk wanneer de lessor op het maximum aanspraak kan maken. Daarom komt de lessor slechts een vergoeding toe van de werkelijk ontstane en door hem te bewijzen renteschade, met een maximum van 1,5% per maand.¹⁰³
- In een overeenkomst m.b.t. de opstelling van amusements- en muziekautomaten in horeca-ondernemingen is een beëindigingsbevoegdheid voor de gebruiker opgenomen *bij ongunstige inlichtingen over de herbergier of iets dergelijks*. Als een beding zo onbepaald is dat uitleg niet een redelijk aantal betekenissen oplevert, vervalt het beding in zijn geheel of vervalt dat deel geheel dat onvoldoende bepaald is.¹⁰⁴
- De algemene voorwaarden bij een verzekeringsovereenkomst bepalen dat de nieuwwaarde niet wordt vergoed indien de verzekerde zaak een 'Omnibus' is. Valt hieronder ook een 'VW-busje' met 9 zitplaatsen? Het BGH vindt de term 'Omnibus' onduidelijk, hetgeen in het nadeel van de verzekeraar is.¹⁰⁵

232. Een interessant geval, dat m.i. duidelijk aangeeft welke eigen plaats de contra-proferentem-regel kan hebben naast de inhoudelijke toetsing, is de uitspraak BGH, 30-6-82, AGBE III, ' 5, nr. 2 = NJW 1982, 2314. Het betreft de koop van een servies waarbij aflevering na ongeveer een jaar en contante betaling bij aflevering was overeengekomen, terwijl algemene voorwaarden werden gebruikt voor koop op afbetaling. Hierin was het wettelijk verplichte annuleringsrecht opgenomen:

In overeenstemming met het 'Abzahlungsgesetz' wordt een koop op afbetaling geldig, wanneer deze niet binnen een week jegens de firma C. schriftelijk herroepen wordt.

De koper schreef drie dagen na het sluiten van de overeenkomst dat hij de overeenkomst annuleerde. Het BGH oordeelt dat een doorsnee-koper wel van mening moest zijn dat hij een annuleringsrecht had. Het beding is op zichzelf wel voldoende duidelijk maar moet in zijn context worden gezien. Het begrip koop op afbetaling heeft een juridisch-technische betekenis, maar van de klantenkring van deze gebruiker mag niet worden verwacht dat deze een helder beeld heeft van de afgrenzing van dit begrip en van de rechtsgevolgen daarvan.

101. BGH, 30-6-82, AGBE III, § 5, nr. 2 = NJW 82, 2314; zie hierover ook nr. 232.

102. AG Berlin-Charlottenburg, 4-2-82, AGBE III, § 5, nr. 9. De wederpartij had twee brillen nodig; een gewone leesbril en een bril met donker gekleurde glazen. Het AG meende dat naar algemeen spraakgebruik onder 'aard' ('Art') zowel de soort (Gattung) als de functie kan worden verstaan. De verzekeraar had zich duidelijker kunnen en moeten uitdrukken. De onduidelijkheid komt voor zijn rekening. Voor beide brillen moet een vergoeding worden gegeven.

103. OLG Hamm, BB 1983, 2074.

104. I.c. vvielen alleen de geciteerde woorden, BGH, 29-2-84, NJW 1985, 53.

105. BGH, 2-10-85, NJW 1986, 431.

De verkoper had gemakkelijk aan de onduidelijkheid een eind kunnen maken door bijvoorbeeld het beding door te strepen of de klant te vertellen dat hij geen koop op afbetaling sloot en dus geen herroepingsrecht had. De contra-proferentem-regel leidt ertoe dat de koper i.c. toch een annuleringsrecht heeft.

Dit resultaat zou de rechter niet kunnen bereiken met de inhoudelijke toetsing op grond van ' 9-11. De contra-proferentem-regel geeft een aanvullende bescherming en wel tegen bedingen die op zichzelf niet onredelijk behoeven te zijn, maar die door hun onduidelijkheid nadeel met zich meebrengen of de schijn van voordeel wekken.

233. Andere uitlegeregels voor algemene voorwaarden dan de in het AGBG gecodificeerde zijn: de 'aanvullende uitleg'¹⁰⁶ (aanvulling van de overeenkomst bij nietigheid van bedingen) en het 'Restriktionsprinzip'. Dit laatste beginsel houdt in dat bezwarende bedingen beperkt moeten worden uitgelegd en werd vroeger in de rechtspraak veelvuldig toegepast (bijvoorbeeld op exoneratieclausules¹⁰⁷), maar is thans omstreden. Volgens Ulmer blijkt uit de nieuwere literatuur dat het beginsel geen zelfstandige betekenis voor de uitleg van algemene voorwaarden meer heeft.¹⁰⁸ Als deze restrictieve uitleg nog wordt toegepast is dat niet met de bedoeling een verkapte inhoudelijke toetsing toe te passen, maar dient het om de redelijke kern van een beding staande te houden.¹⁰⁹

De contra-proferentem-regel na de inwerkingtreding van afd. 6.5.3

234. Ondanks het feit dat de contra-proferentem-regel in Nederland niet in de wet is opgenomen acht ik deze regel ook na de inwerkingtreding van het NBW van belang. Ik stem dan ook slechts gedeeltelijk in met Vranken als hij zegt:

*"Zeker gelet op de vèrgaande inhoudelijke toetsingsmogelijkheid ingevolge afd. 6.5.2A NBW van bedingen in algemene voorwaarden, bestaat naar mijn mening aan een uitzondering hierop voor dergelijke bedingen, ook allermïnst behoefte."*¹¹⁰

Aan de contra-proferentem-regel is, zo stelt Vranken terecht, geen behoefte meer na invoering van afd. 6.5.3 voor de bestrijding van

106. 'Ergänzende Vertragsauslegung'; zie nr. 261.

107. Bijvoorbeeld BGH, 7-2-79, AGBE I 5, nr. 2 = NJW 1979, 2148: exoneratieclausules moeten eng worden uitgelegd. Kötz meent dat het Restriktionsprinzip bij exoneratieclausules precies dat zegt wat 5 voor alle gevallen zegt. Kötz in Münch. Komm.-Kötz, 5, Rdnr. 5.

108. Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen 5, Rdnr. 7 en 40, zo ook Kötz in Münch. Komm.-Kötz, 5, Rdnr. 5,6, die meent dat het 'Restriktionsprinzip' evenals de regel van 5 uitgaat van meeruidige bedingen, zodat er geen wezenlijk verschil is tussen deze regels. Anders ook: Palandt-Heinrichs, 5, Anm. 5, met verwijzing naar BGH, 17-10-84, AGBE V 5 nr. 8 = MDR 1985, 302, in welke uitspraak het 'Restriktionsprinzip' wordt toegepast op de uitsluitingen bij rechtsbijstandsverzekering: als een bepaald soort overeenkomsten (i.c. speculatieve overeenkomsten in de zin van 764 BGB) is uitgesloten

van de verzekeringsdekking, betekent dat niet dat een onrechtmatige-daadsactie met betrekking tot zo'n overeenkomst ook is uitgesloten.

109. Ulmer in RWS-Forum, p.8. Een beding wordt soms beperkt uitgelegd omdat het anders verrassend zou zijn (5 3), zie nr. 340 of omdat het anders onredelijk zou zijn (5 9), zie nr. 257. Ulmer meent dat daarvoor in het AGBG geen plaats meer is; Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen, 5, Rdnr. 40.

110. Vranken, p. 68; afd 6.5.2A is thans afd. 6.5.3.

onredelijke bedingen. Maar het nut van de contra-proferentem-regel ligt niet daar maar elders, namelijk bij het bestrijden van **onduidelijke** bedingen. Op dit punt biedt de regel naar mijn mening in Nederland onderschatte mogelijkheden. De contra-proferentem-regel is daarom van blijvend belang. Dit tonen ook de Duitse ervaringen.

235. Om te bepalen of een beding onduidelijk is, moet het worden uitgelegd. Moet dit een 'objectieve' of een 'subjectieve' uitleg zijn? De Duitse doctrine en zowel de Duitse als de Nederlandse rechtspraak kiezen in meerderheid voor een objectieve uitleg. Hondius kiest voor een subjectieve uitleg.¹¹¹ Naar mijn mening is dit laatste niet terecht. Uitleg is het vaststellen van de betekenis van een beding. Bij de vraag wat de betekenis is van een beding in algemene voorwaarden moet bedacht worden dat deze algemene voorwaarden in de meeste gevallen zijn aanvaard zonder dat daarover is onderhandeld. De bedoelingen van partijen kunnen dus bij de uitleg geen rol spelen.¹¹² Evenmin zijn bijvoorbeeld de eventuele deskundigheid van de wederpartij of de wederzijds kenbare belangen tot uiting gekomen. Het lijkt me daarom zuiverder met dergelijke omstandigheden geen rekening te houden bij de uitleg van algemene voorwaarden. Wel kunnen zij een rol spelen bij de inhoudelijke toetsing, wat overigens tot hetzelfde resultaat kan leiden.

236. De in nr. 228 besproken ex-post-benadering moet m.i. ook voor Nederland worden verworpen. De argumenten hiervoor zijn reeds een decennium geleden naar voren gebracht door Hondius en Nieuwenhuis, waar zij een toetsing bepleiten die duidelijk maakt welk beding wel en welk beding niet door de beugel kan.¹¹³ De twee-fasen-toetsing is daartoe een middel. Deze houdt in dat het beding eerst 'sec' wordt beoordeeld (eerste fase) waarna (als het beding de eerste fase doorstaat) in de tweede fase de omstandigheden die een rol spelen bij de uitoefening van de bevoegdheden krachtens het beding in de beoordeling kunnen worden betrokken. De fout van de 'ex-post-benadering' is dat deze de eerste fase overslaat en uitsluitend een toetsing in de uitoefeningssfeer betekent. Zo ontstaat geen duidelijkheid over de toelaatbaarheid van bedingen en wordt dus geen rechtszekerheid bereikt. Integendeel: de verwarring is compleet, want de suggestie kan ontstaan dat een beding waarop een beperkt beroep wordt gedaan wel 'in orde' is, terwijl dit niet juist is.

Om diezelfde reden kan men ook een beding dat de gebruiker een bevoegdheid geeft die van haar eigen willekeur afhankelijk is niet redden door te wijzen op het feit dat een contractueel recht slechts mag worden uitgeoefend met inachtneming van de redelijkheid en

111. Zie nr. 59.

112. Zo ook Asser-Rutten-Hartkamp II, nr. 280.

113. Zie nr. 272.

billijkheid.¹¹⁴ De speciale inhoudstoetsing, als verbijzondering van de redelijkheid en billijkheid,¹¹⁵ is er niet voor niets!

Uit het arrest Botman/Van Haaster kan worden afgeleid dat de Hoge Raad de ex-post-benadering afwijst. Botman, de gebruiker van een onredelijk bezwarende arbitrageclausule stelde in zijn cassatiemiddel dat het er niet om ging of het beding mogelijk nadelig was, maar of nadeel daadwerkelijk was opgetreden. De HR daarover:

114. In die zin echter: W.J. Slagter, en J.J.M. Brood-Grappenhuis, Onroerend goed en algemene voorwaarden (Den II, Slot), WPNR 5908 (1989) p. 153-156 en 5909, p. 169-171, i.c. p. 171.

115. Zie paragraaf 6.7.

"Dit betoog miskent dat het oordeel van het hof betrekking heeft op de verbindendheid van het arbitrale beding zelf in verband met het beroep van Van Haaster op het onredelijk bezwarend karakter daarvan. Die verbindendheid dient niet te worden beoordeeld aan de hand van de nadelen die zich bij de op grond van het beding aangespannen arbitrage daadwerkelijk hebben verwezenlijkt, maar aan de hand van de eventuele onredelijk bezwarende gevolgen waaraan het beding, bij gebondenheid daaraan, Van Haaster van de aanvang af bloot stelde, waaronder ook de nadelen waarvan de verwezenlijking bij handhaving van het beding slechts 'mogelijk' was".¹¹⁶

237. In een collectieve actie past de Duitse rechtspraak de contra-proferentem-regel omgekeerd toe.¹¹⁷ Dit lijkt me ook voor Nederland de juiste methode. Als op onduidelijke algemene voorwaarden de contra-proferentem-regel wordt toegepast, kan de angel eruit gehaald worden door de voor de wederpartij gunstigste uitleg te kiezen. De voorwaarden komen dan door de toetsing en blijven in gebruik. Telkens nieuwe wederpartijen zullen worden geconfronteerd met een beding dat nog steeds onduidelijk is. Soms zullen die wederpartijen menen niet sterk te staan omdat ze uitgaan van de voor hen ongunstige uitleg. Die ongunstige uitleg moet daarom in de collectieve actie het uitgangspunt zijn. Onduidelijke bedingen kunnen dan als onredelijk worden ontmaskerd en uit de weg geruimd.

6.6 Overzicht van de toetsnormen in afd. 6.5.3

238. Voor de inhoudelijke toetsing roept afd. 6.5.3 de volgende vernietigingsgronden in het leven:

- de open norm, art. 6:233 onder a (vgl. voor de gevolmachtigde, art. 6:235, lid 2);
- de zwarte lijst, art. 6:236;
- de grijze lijst, art. 6:237;
- de twee vertegenwoordigingsgevallen van art. 6:238 (dit is geen echte vernietigingsgrond; de gebruiker mag op dergelijke bedingen 'geen beroep doen');
- art. 6:243, dat bedingen vernietigbaar verklaart die de gebruiker nadat door middel van een collectieve actie jegens hem een verbod is uitgesproken in strijd met dat verbod toch nog gebruikt;
- de bepaling betreffende de bekleemde detaillist, art. 6:244.

De **open norm** is, zoals reeds opgemerkt, het hart van de toetsmogelijkheden van afd. 6.5.3 en wordt hieronder als eerste besproken. In paragraaf 6.7 vergelijk ik de open norm met de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248, lid 2). In hoofdstuk 7 ga ik

116. HR 23-3-90, RvdW 90, 71 (Botman/Van Haaster), geannoteerd door W.J.G. Oosterveen in Bb 1990, p. 113-115 en door E.H. Hondius, KwNBW 1990, p. 130-132.

117. Zie nr. 229.

nader in op de inhoud van de open norm: wat gebiedt en verbiedt deze norm nu eigenlijk?

De **zwarte en de grijze lijst en art. 6:238** worden besproken in hoofdstuk 8, waar als 'pars pro toto' een viertal bedingen van deze lijsten worden behandeld.

Over de vernietigingsgrond van **art. 6:243** behoeft niet meer te worden opgemerkt dan dat deze een uitspraak in collectieve actie (art. 6:240-242) een met een dwingende wetsbepaling vergelijkbare status geeft. De jurisprudentie van het Haagse hof zal dus een derde lijst worden, naast de wettelijke lijsten.¹¹⁸

De bepaling betreffende de **beklemde detaillist** (art. 6:244) wordt behandeld in paragraaf 6.8.

6.7 De verhouding van de open norm tot de redelijkheid en billijkheid

239. Art 6:233 aanhef en onder a luidt als volgt:

"Een beding in algemene voorwaarden is vernietigbaar a. indien het, gelet op de aard en de overige inhoud van de overeenkomst, de wijze waarop de voorwaarden zijn tot stand gekomen, de wederzijds kenbare belangen van partijen en de overige omstandigheden van het geval, onredelijk bezwarend is voor de wederpartij ..."

Deze norm is een uitwerking van de contractuele norm van redelijkheid en billijkheid, die ik ter vergelijking laat volgen (art. 6:248, lid 2):

"Een tussen partijen als gevolg van de overeenkomst geldende regel is niet van toepassing, voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn."

Uit de tekst komen de volgende verschillen tussen beide toetsnormen naar voren.:

- art. 6:248, lid 2 gaat over elke regel die tussen partijen als gevolg van de overeenkomst geldt, de open norm is beperkt tot bedingen in algemene voorwaarden;
- art. 6:248, lid 2 geeft heel in het algemeen aan dat moet worden rekening gehouden met de omstandigheden, de open norm echter noemt een aantal van die omstandigheden met name;
- de maatstaf voor de toetsing verschilt: in art. 6:248, lid 2 is beslissend of een regel *"naar redelijkheid en billijkheid (on)aanvaardbaar"* is, in de open norm is beslissend of een beding *"onredelijk bezwarend"* is.

Elk van deze verschillen werk ik hieronder uit.

118. Vgl. MvA I Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1779. (*"Uit een oogpunt van rechtszekerheid valt dit positieve waarden"*). Rijken wijst erop dat deze lijst gelijk staat aan de zwarte lijst, met dit verschil dat de lijst van het hof me de betrekking kan hebben op algemene voorwaarden in ondernemerstransacties. Zie: G.J. Rijken, De komende wettelijke regeling van de algemene voorwaarden, TVVS 86, p. 269. Een ander verschil is dat het hof een speciale mogelijkheid heeft de lijsten te wijzigen: art. 6:242.

240. Uit de tekst van de open norm blijkt duidelijk dat deze is toegespitst op algemene voorwaarden. In de Nota II wordt dan ook opgemerkt dat de open norm een *lex specialis* is ten opzichte van de redelijkheid en billijkheid, die voor het door haar bestreken terrein derogeert aan de redelijkheid en billijkheid.¹¹⁹ Verder is de open norm een vernietigingsgrond, anders dan de redelijkheid en billijkheid.

119. Nota II Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1596.

*"Een vernietigingsgrond eist een scherpere afgrenzing dan de voormelde algemene maatstaven (art. 6.1.1.2, lid 2 en 6.5.3.1, lid 2) juist vanwege hun algemeen karakter kunnen geven."*¹²⁰

241. Het toegespitst zijn van de open norm blijkt vooral uit het feit dat de open norm een aantal relevante omstandigheden¹²¹ noemt. In de parlementaire Geschiedenis is de vraag aan de orde geweest welke omstandigheden bij de toetsing aan de open norm een rol zouden mogen spelen. Zijn dit alleen de omstandigheden bij het sluiten van de overeenkomst of ook later ingetreden omstandigheden?

De MvA I zegt over deze vraag:

"Omstandigheden die betrekking hebben op de uitvoering van de overeenkomst kunnen, zoals de commissie terecht opmerkte, in het algemeen slechts in het kader van toetsing aan redelijkheid en billijkheid aan de orde komen. (...) de toetsing aan art. 2a onder a (...) betreft immers de vraag of een beding vernietigbaar is, dus of het van meet af aan lijdt aan een intrinsiek gebrek."

Hierbij wordt opgemerkt dat de toetsing aan de open norm wel betrekking kan hebben op

"... rechtsgevolgen die in de overeenkomst worden verbonden aan gebeurtenissen die zich na het sluiten van de overeenkomst voordoen".

Deze visie acht ik juist.¹²² De toetsing van de omstandigheden bij de uitvoering van de overeenkomst noem ik ook wel uitoefeningstoetsing of twee-fasen-toetsing.¹²³

242. Wat is het verschil tussen "naar redelijkheid en billijkheid (on)aanvaardbaar" (art. 6:248, lid 2) en "onredelijk bezwarend" (open norm)? Er is een verschil in benadering: in de open norm gaat het om de toetsing van de inhoud van algemene voorwaarden

"... aan de maatstaf of zij ab initio onredelijk bezwarend zijn voor de wederpartij".¹²⁴

*"... terwijl bij de artikelen 6.1.1.2 en 6.5.3.1 de nadruk iets anders ligt, nl. op de toetsing van de gedragingen van betrokken partijen"*¹²⁵

Maar er is m.i. geen verschil tussen wat er volgens deze beiden normen wel of niet 'mag'. De MvA II stelt:

120. Nota II Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1595. Dat art. 6:233, onder a een vernietigingsgrond is heeft tot gevolg dat de art. 3:49 en 50 van toepassing zijn; een vernietigbaarheid kan in of buiten rechte worden ingeroepen. Art. 6.1.1.2 en 6.5.3.1 zijn thans art. 6:2 en 6:248.

121. Zie over deze omstandigheden paragraaf 7.3.

122. Ook Rijken stemt in met de visie van de minister, KwNBW 88, p. 60.

123. Zie nr. 272 e.v.

124. MvA II Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1526.

125. Nota II Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1595; de art. 6.1.1.2 en 6.5.3.1 zijn thans art. 6:2 en 248.

"Het is mogelijk dat de rechtspraak op basis van deze arresten¹²⁶ in staat is tot een soortgelijk resultaat te komen als met behulp van lid 2 onder a. De door de Hoge Raad relevant geachte factoren (...) verschillen niet wezenlijk van de in lid 2 onder a neergelegde norm."¹²⁷

De MvA I komt hierop terug, omdat inmiddels het arrest Van der Meer/Smilde was geweest. De Hoge Raad heeft in dat arrest niet alleen de omstandigheden in aanmerking genomen die betrekking hebben op de uitvoering van de overeenkomst, maar ook andere omstandigheden, waarbij de formulering van art. 6:233 in de formulering van de Hoge Raad doorklinkt. De MvA I concludeert:

*"Wat betreft de toetsing van de inhoud van algemene voorwaarden is er dus geen verschil tussen art. 2a onder a en art. 6.5.3.1, lid 2 ..."*¹²⁸

Dit neemt niet weg dat het de voorkeur verdient een meer toegepitste formulering in de wet neer te leggen.

De kamercommissie vroeg zich af of de open norm een repressievere toetsing mogelijk maakt dan de redelijkheid en billijkheid. De vraag wordt in de parlementaire geschiedenis in negatieve zin beantwoord.¹²⁹

243. De conclusie moet zijn dat de open norm een uitwerking is van de redelijkheid en billijkheid, wat niet meer wil zeggen dan dat de open norm buiten discussie stelt dat de inhoud van algemene voorwaarden kan worden getoetst, los van het beroep dat er in concreto op wordt gedaan en dat de open norm een aantal omstandigheden nadrukkelijk noemt, die echter ook bij de toets naar redelijkheid en billijkheid van algemene voorwaarden in ogenschouw genomen moeten worden. Kortom: de ogenschijnlijke verschillen zijn in werkelijkheid niet zo groot.

244. De verhouding tussen de Generalklausel, '9, en Treu und Glauben, '242 BGB, ligt in **Duitsland** hetzelfde als de verhouding tussen de open norm en de redelijkheid en billijkheid in Nederland. Reeds lang voor de invoering van het AGBG werd er inhoudelijk getoetst, eerst aan de goede zeden,¹³⁰ later aan Treu und Glauben.¹³¹ Deze inhoudstoetsing wordt in de eerste fase overgenomen door ' 9;

126. HR 19-5-67, NJ 67, 261, m.nt. GJS (Saladin/HBU) en HR 20-2-76, NJ 76, 486, m.nt. GJS (Pseudo-vogelpest).

127. MvA II Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1586, enige woorden zijn door mij vet gezet. De MvA II wijst erop dat ook de Duitse rechtspraak op basis van § 242 BGB (Treu und Glauben) tot een vrij effectieve controle van onredelijke algemene voorwaarden is gekomen. Art. 6.5.2A.2, lid 2 onder a is thans art. 6:233 onder a.

128. MvA I Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1621; art. 2a onder a is thans art. 6:233 onder a en art. 6.5.3.1 is thans art. 6:248.

129. De vraag keerde een aantal malen terug, zie MvA II Inv.; Nota II Inv.; VC II Inv. d.d. 28-1-85; MvA Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1586 resp. 1595 resp. 1598 resp. 1620-1621.

130. RGZ 20, 115 (1888!).

131. Te beginnen met BGH, BGHZ 22, 90 (1956).

daarnaast blijft een uitoefeningstoetsing mogelijk op grond van Treu und Glauben.¹³²

6.8 De bekleemde detaillist

245. Een produkt van eigen bodem is de bepaling in art. 6:244. De gedachtengang is de volgende geweest: Als een zogenaamde voorschakel (bijvoorbeeld de grossier die aan de detaillist verkoopt) bepaalde bedingen gebruikt en de detaillist gebruikt diezelfde bedingen tegenover de consument, is het denkbaar dat de consument een beding kan vernietigen, maar dat de detaillist hetzelfde beding jegens zijn voorschakel niet kan vernietigen.

132. Brandner in: Ulmer/Brandner/Hensen, 9, nr. 4-5 en 34-39.

*"Zo is het geenszins zeker dat bijv. een door de grossier gebezigd beding inzake levertijd of aansprakelijkheid onredelijk bezwarend jegens de detaillist zou moeten worden geacht op de enkele grond dat een daarmee verband houdend beding dat deze laatste jegens zijn afnemers (of een bepaalde groep daarvan) maakt, door een vernietiging of verbod wordt getroffen."*¹³³

Uit deze redengeving blijkt dat art. 6:244 als een aanvulling op de open norm moet worden gezien. Hondius acht de bepaling overbodig:

*"This seems to be a situation which may also be dealt with by a general clause and which does not justify a separate provision, which in itself is not easy to understand."*¹³⁴

Naar mijn mening heeft de wetgever de mogelijkheden van de open norm om het in de knel raken van de voorschakel te voorkomen onderschat. Zo zal de mogelijkheid dat de detaillist in de knel raakt een zwaarwegend belang zijn, dat voor de gebruiker-voorschakel kenbaar is; deze kent immers zijn eigen contractsbepalingen en de normen waarmee deze als ze worden doorgegeven aan consumenten zullen worden beoordeeld: art. 6:233 onder a, 236 en 237.

Art. 6:244 is een meer toegespitste norm dan de open norm, maar de bepaling is ook weer niet zo strak geformuleerd als bijvoorbeeld de zwarte lijst. De woorden

*"... voor zover een beroep op dat beding onredelijk zou zijn wegens nauwe samenhang met een in de algemene voorwaarden voorkomend beding dat krachtens deze afdeling is vernietigd of door een uitspraak als bedoeld in artikel 6 lid 1 is getroffen"*¹³⁵

geven duidelijk aan dat er een speelruimte is tussen de vernietigbaarheid in de relatie van een consument tot een detaillist enerzijds en de vernietigbaarheid in de relatie van een detaillist tot een voorschakel of in de relatie van een voorschakel tot een eerdere voorschakel anderzijds. Daarom stem ik ook in met Hartkamp als deze stelt dat art. 6:244 een billijke verdeling van de gevolgen van een vernietiging mogelijk maakt over de verschillende schakels van een productie- en distributiekolom.

De toespitsing heeft blijkens de geciteerde woorden ook alleen maar betekenis als het kwaad al geschied is. De open norm blijft daarom ook van groot belang voor het geval de detaillist zich teweer wil stellen tegen onredelijke voorwaarden met als argument dat hij deze niet door zal kunnen geven omdat ze in strijd zijn met de open norm of de zwarte of grijze lijst.

246. Stel dat een importeur in zijn algemene voorwaarden met afnemers-detaillisten bedingt dat klachten betreffende de geleverde zaken op een door hem te verstrekken formulier moeten worden ingeleverd. De detaillist neemt een overeenkomstig beding op in zijn algemene voorwaarden jegens consumenten. In de laatste verhouding wordt het beding vernietigd wegens strijd met art. 6:237 onder m. Nu is niet zeker of de detaillist volgens art. 6:244 het beding kan vernietigen in

133. MvT Inv. Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1795.

134. Hondius, Unfair Terms, p.239; in dezelfde zin reeds Hondius, NJV, nr. 32, waar hij spreekt van "... wetstechnische complicaties, terwijl het rendement alleen van procedurele aard is".

135. Art. 6:244, lid 1, de woorden "voor zover" zijn door mij vet gezet.

zijn verhouding tot de importeur. Immers: art. 6:244 geeft hiertoe alleen de ruimte **voor zover** een beroep op dat beding onredelijk zou zijn wegens nauwe samenhang met de door de detaillist gebruikte voorwaarden. Naar mijn mening is de vraag of dit het geval is een vraag die in wezen gelijk is aan de vraag of het beding gezien alle omstandigheden onredelijk bezwarend is.

Als klachten routine zijn in een bepaalde branche behoeft het beding in de relatie voorschakel-detaillist niet onredelijk te zijn. De positie van de detaillist (die regelmatig te maken krijgt met klachten van de consumenten) is wezenlijk anders dan die van de consument (die maar één keer een klacht heeft en zich daarvoor speciaal van een formulier zou moeten voorzien). Met dergelijke omstandigheden kan bij de toetsing aan de open norm rekening worden gehouden; bij toepassing van art. 6:244 zal dit ook moeten gebeuren.

Op grond van deze overwegingen zie ik weinig winst in de toegespitste bepaling van art. 6:244.

247. In het **Duitse** recht bestaat een regel als art. 6:244 niet. Dat betekent niet dat de 'beknelde detaillist' niet bestaat, maar de open norm blijkt voldoende soelaas te bieden. Zo beoordeelde het BGH een overeenkomst tussen de Duitse autofabrikant O. en een autodealer. Het beding in de algemene voorwaarden

Een aanspraak tot ontbinding van de koopovereenkomst of vermindering van de koopprijs of vervangende levering ... bestaat niet, tenzij O. niet in staat is het gebrek op te heffen.

acht het BGH in de relatie fabrikant-dealer in strijd met ' 9, omdat de dealer zijn aansprakelijkheid tegenover de consument niet op deze wijze kan beperken, wegens strijd met ' 11 Nr. 10b.¹³⁶ Kötz meent dat reflexwerking van ' 10 en 11 zeer voor de hand ligt als de wederpartij "in die Zange genommen wird".¹³⁷

6.9 Conversie en partiële nietigheid

136. BGH, 26-11-84, NJW 1985, 623 = ZIP 1985, 161.

137. Kötz in Münch. Komm.-Kötz, 3 24, Rdnr. 6.

248. Als een beding vernietigbaar blijkt, zal de vraag moeten worden onderzocht of het beding kan worden omgezet in een geldig beding (conversie, art. 3:42). Deze conversie treedt van rechtswege op en zal zo nodig door de rechter ambtshalve worden geconstateerd.¹³⁸ Als de door partijen gemaakte keuze niet 'vertaald' kan worden in een wel geldige rechtshandeling,¹³⁹ ontstaat er een overeenkomst met een nietig beding. Vervolgens zal moet worden bekeken wat het gevolg is van de nietigheid van dit beding voor de overeenkomst als geheel. Volgens het leerstuk van de partiële nietigheid (art. 3:41) blijft de overeenkomst in stand, aangenomen dat het nietige beding niet in een onverbreekelijk verband staat met de wel geldige rest van de rechtshandeling.

Conversie

249. Over conversie merkt de regering in de memorie van antwoord aan de Eerste Kamer op:

"Wij concluderen dat de conversie, hoewel niet uitgesloten, in de onderhavige materie met voorzichtigheid moet worden toegepast, en dat voor toepasselijkheid in elk geval geen ruimte is in gevallen waarin aannemelijk is dat de gebruiker min of meer bewust onredelijke bedingen hanteert, c.q. de onredelijkheid (op grond van de lijst van art. 3) boven twijfel verheven is, respectievelijk op grond van de lijst van art. 4 mag worden voorondersteld. Er bestaat geen bezwaar tegen conversie indien gereede twijfel mogelijk was over de vraag of de rechter een beding onredelijk bezwarend zal oordelen, en conversie, indien de rechter inderdaad tot dit oordeel komt, een redelijke oplossing is gelet op de belangen van beide partijen. Een soortgelijk resultaat is door verschillende Duitse schrijvers bepleit; men zie Bunte a.w. blz. 41."¹⁴⁰

250. Hijma benadert de conversie vanuit het principe der zelfbeschikking.

"Zijn de feitelijke doeleinden waarop de handeling aanstuurt - liggend op het terrein van partijen - aanvaardbaar, doch is de daartoe aangedragen juridische weg - per saldo behorend tot het terrein van het recht - dit niet, dan zal het objectieve recht (dienen te) onderzoeken of er een vertaling van de gedane keuze denkbaar is die geen nietigheidsproblemen schept. Bestaat zulk een alternatief, dan kan dit - als 'verbeterde vertaling' - zonder bezwaar worden benut. Sterker: dit alternatief dient dan ook te worden benut, omdat het objectieve recht zich slechts aldus van het principe der zelfbeschikking voldoende rekenschap geeft."¹⁴¹

Nu is niet moeilijk in te zien dat juist wat de algemene voorwaarden betreft meestal niet gesproken kan worden van de doeleinden van

138. Parl. Gesch. Boek 3, p. 198.

139. Vgl. nr. 250.

140. MvA II Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1588. Het bedoelde werk is: Bunte, Erfahrungen. Art. 3 en 4 zijn thans art. 6:236 en 237.

141. Hijma, diss., p. 313-314; zie ook p. 316.

partijen, maar slechts van de doeleinden van één partij, de gebruiker, waarbij de wederpartij zich noodgedwongen neerlegt. Men kan dan dus ook bezwaarlijk spreken van 'zelfbeschikking'. De wederpartij aanvaardt de gelding van algemene voorwaarden en de wet verklaart hem daaraan gebonden, ook al kent hij de inhoud niet. Deze snelle gebondenheid vindt echter zijn tegenwicht in een vergaande inhoudelijke toetsing. Het 'principe van de zelfbeschikking' wordt bij algemene voorwaarden dus gecompenseerd door een inhoudelijke toetsing. Daarbij past een terughoudend gebruik van conversie, omdat anders de inhoudelijke toetsing sterk aan preventieve werking inboet. Gebruikers zouden bij een ruim gebruik van conversie bij het gebruik van onredelijke bedingen nauwelijks risico lopen: Komt het tot een procedure dan is het ergste wat kan gebeuren dat het beding wordt teruggebracht tot het toelaatbare; komt het niet tot een procedure dan kan men zich op een onredelijk beding beroepen. Conversie moet dus terughoudend worden toegepast, maar conversie zal bij algemene voorwaarden ook vaak niet mogelijk zijn. Een voorwaarde voor conversie is blijkens art. 3:42 dat de strekking van de 'oude' rechtshandeling en de 'nieuwe' overeenkomen. Volgens Hijma moet echter uitsluitend worden uitgegaan van de strekking van de rechtshandeling zoals deze is verricht. Deze handeling moet 'beter worden vertaald'.

"Indien partijen een handeling hebben verricht die slechts wat de daarin bewandelde weg betreft door nietigheid wordt getroffen, dan is het de gedane keuze als zodanig die tot de alternatieve invulling aanleiding geeft."

Bij onredelijke algemene voorwaarden zal het nogal eens voorkomen dat geen enkele weg tot het beoogde doel kan leiden, omdat het door de gebruiker beoogde doel onredelijk is.

251. De terughoudende toepassing van conversie bij algemene voorwaarden past ook binnen de door Nieuwenhuis beschreven drie beginselen. Nieuwenhuis stelt: *"De conversiefiguur is een rechtstreeks uitvloeisel van het autonomiebeginsel"*¹⁴² Elders merkt hij echter op dat bij algemene voorwaarden het autonomiebeginsel wordt uitgehold.¹⁴³ Daaruit vloeit m.i. een terughoudend gebruik van conversie voort.

*"Ook het vertrouwensbeginsel rechtvaardigt het intreden van conversie. Partijen rekenen er op, dat de door hen gesloten overeenkomst het beoogde effect sorteert."*¹⁴⁴ Bij algemene voorwaarden kan dit m.i. niet worden gezegd: de wederpartij kent immers heel vaak de inhoud van de voorwaarden niet eens; **hij** beoogt niet een bepaald effect, maar heeft zich noodgedwongen bij de voorwaarden neergelegd.

Het causa-beginsel is volgens Nieuwenhuis te herkennen in het feit dat bij conversie het doel van de overeenkomst geoorloofd is. Bij algemene voorwaarden gaat het echter om de tweede door Nieuwenhuis

142. Nieuwenhuis, diss., p. 107.

143. Nieuwenhuis, diss., p. 142-143.

144. Nieuwenhuis, diss., p. 108.

genoemde causavraag: de vraag naar het doel van de nietigheidsnorm. De nietigheidsnormen van de art. 6:233, 236 en 237 zijn bedoeld om het onredelijke doel of effect van bepaalde bedingen te verwijderen. Als bedingen duidelijk zo'n onredelijk doel beogen is redding niet mogelijk.¹⁴⁵

252. De Hoge Raad sluit in zijn arrest Van Hensbergen/Albers¹⁴⁶ over een proeftijdbeding in een arbeidsovereenkomst aan bij de bewoordingen van art. 3:42, maar voegt daar het volgende aan toe:

145. Vgl. Nieuwenhuis, diss., p. 109-110.

146. HR 8-7-87, NJ 88, 232 m.nt. PAS = AA 88, 177 m.nt. Nieuwenhuis.

*"Daarbij komt het evenwel (...) niet aan op veronderstelde, al of niet erkende, subjectieve partijbedoelingen, maar op objectieve factoren, waaronder hier in het bijzonder van belang zijn de aard van het nietigheidsvoorschrift van art. 1639n, lid 3, het stelsel van de wettelijke regeling van de arbeidsovereenkomst en de in dat kader in aanmerking komende eisen van redelijkheid en billijkheid."*¹⁴⁷

In de literatuur wordt betoogd dat de benadering van de Hoge Raad niet geheel helder is. Nieuwenhuis stelt in zijn noot onder het arrest:

*"Eerst moet echter de strekking van het nietigheidsvoorschrift worden vastgesteld om uit te maken welke ruimte er is voor conversie. Pas wanneer vast staat dat die ruimte er is, komt het criterium van artikel 3.2.8 aan bod (...)"*¹⁴⁸

Ook bij het toepassen van de regels betreffende de vernietigbaarheid¹⁴⁹ van algemene voorwaarden moet eerst worden nagegaan of er in het gegeven geval ruimte is voor conversie. In de in nr. 249 aangehaalde passage uit de memorie van toelichting wordt letterlijk opgemerkt dat bij het bewust gebruiken van onredelijke bedingen voor conversie geen ruimte is.

Voor de duidelijkheid is het m.i. gewenst de 'strekking van het nietigheidsvoorschrift' niet in de conversievraag zelf te verwerken, zoals de Hoge Raad doet, maar dit als een voorvraag te beschouwen, zoals Nieuwenhuis in zijn noot en ook de parlementaire geschiedenis doen.

147. De HR overweegt in het aangehaalde arrest dat aan de strekking van art. 1639n tekort zou worden gedaan *"...indien een werkgever die bijv., zoals hier, een proeftijd voor een duur van drie maanden in de arbeidsovereenkomst doet opnemen, daarvan geen andere gevolgen zou hebben te vrezen dan dat een proeftijd voor de hoogst toelaatbare duur van twee maanden geldt, terwijl de werknemer die binnen de bedongen proeftijd, doch na verstrijken van de hoogst toelaatbare duur met een beroep op het beding wordt ontslagen, zich tegen dit beroep slechts afdoende zal kunnen verweren bij voldoende kennis van de wettelijke regeling, welke kennis bij werknemers niet zonder meer mag worden verondersteld."*

148. AA 1987, p. 179. Art. 3.2.8 is thans art. 3:42. In soortgelijke zin: A.G. Castermans, A.F. Devilee en H.J. Korthof-Matze in hun bespreking van het arrest, KwNBW 88, p. 110-113: *"De strekking van het nietigheidsvoorschrift en de redelijkheid en billijkheid maken geen onderdeel uit van deze maatstaf (nl. de partijbedoelingen, rhc), maar vervullen een vooraf en achteraf corrigerende functie."*

149. Met nietigheid moet een ingeroepen vernietigbaarheid gelijk worden gesteld, zie nr. 212.

Partiële nietigheid

253. In de parlementaire geschiedenis is over partiële nietigheid opgemerkt dat art. 3:41 ook van toepassing is op algemene voorwaarden¹⁵⁰ en dat een exoneratieclausule die naast geoorloofde ook onredelijke uitsluitingen of beperkingen bevat, gedeeltelijk kan worden vernietigd.¹⁵¹

Hijma merkt op dat het 'onverbrekelijke verband' tussen een nietig beding en de geldige rest van de rechtshandeling zich bij algemene voorwaarden in de regel niet voordoet: de rest van de rechtshandeling is doorgaans dus geldig. Hij baseert dit op het ontbreken van 'contractuele waarde' van een beding in algemene voorwaarden. Deze 'contractuele waarde' is aanwezig als over een beding is onderhandeld en het op de omvang van de overige toezeggingen van invloed is geweest, terwijl contractuele waarde ontbreekt als een beding 'om niet' is toegevoegd.¹⁵²

150. MvT Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1459.

151. MvT Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1735.

152. Hijma, diss., p. 280.

*"De omstandigheid dat algemene voorwaarden in de praktijk niet ple-
gen te worden bediscussieerd doch in feite door de gebruiker aan de
wederpartij worden opgelegd, is m.i. een sterke aanwijzing om aan te
nemen dat zij in het algemeen - waar aanknopingspunten in de
andere richting ontbreken - geacht mogen worden buiten het synal-
lagma te vallen, zodat geldigheid van het restant op haar plaats is."*¹⁵³

Bepaalde soorten bedingen hebben vrijwel per definitie geen contrac-
tuele waarde. Hijma noemt o.a. bedingen m.b.t. bindend advies of
arbitrage, bewijsbedingen en vormvereisten.¹⁵⁴

In de wat oudere literatuur wordt soms aangenomen dat nietigheid
van een beding de nietigheid van de gehele overeenkomst met zich
meebrengt. In de (schaarse) rechtspraak wordt aangenomen dat de
overeenkomst in stand blijft.¹⁵⁵

254. Het leerstuk van de partiële nietigheid kan op verschillende ni-
veau's een rol spelen: op het niveau van een rechtshandeling, maar
ook op het niveau van een beding. Ook een beding kan gedeeltelijk
nietig zijn en gedeeltelijk in stand blijven.

Hijma heeft er terecht op gewezen dat de vraag of er **één** rechtshan-
deling aanwezig is niet behoort te worden gesteld en komt tot de
conclusie dat de aanhef van art. 3:41

*"...niet als toelatingsvoorwaarde, doch veeleer als probleemstelling
(een 'introductie') dient te worden beschouwd, die slechts eenvoudig-
heidshalve op één rechtshandeling is afgestemd."*¹⁵⁶

In de aanhef van art. 3:41 wil Hijma "een rechtshandeling" uitleggen
als "een rechtshandeling of een complex van rechtshandelingen".

Volgens Hijma doet art. 3:41 zich steeds gelden

*"... als een in principe isoleerbaar gedeelte van een rechtshandeling
(of van een complex van rechtshandelingen) door een nietigheidsregel
wordt getroffen".*¹⁵⁷

Met deze visie stem ik in.

255. Het verschil tussen partiële nietigheid en conversie is het
volgende: bij partiële nietigheid gaat het om een kwantitatieve
verandering en bij conversie om een kwalitatieve verandering.¹⁵⁸

*"...bij partiële nietigheid treedt een bepaald rechtsgevolg niet of
slechts gedeeltelijk in, bij conversie treedt voor het voorgestelde
rechtsgevolg een ander rechtsgevolg in de plaats".*¹⁵⁹

Duitsland

153. Hijma, diss., p. 281.

154. Hijma, diss., p. 282.

155. Contractenrecht VII (Hondius), nr. 161. De HR anticipeert overigens op art. 3:41 in het arrest HR 16-11-84,NJ 85, 624 = AA 85, 214 (Buena Vista).

156. Hijma, diss., p. 260.

157. Hijma, diss., p. 259-261.

158. Hijma, diss., p. 320.

159. Hijma, diss., p. 320.

256. Conversie van bedingen in algemene voorwaarden wordt in Duitsland in het algemeen niet toelaatbaar geacht; het BGH nam dit reeds spoedig na inwerkingtreding van het AGBG aan.¹⁶⁰ Zo merkt het BGH bij de beoordeling van een exoneratieclausule van een loodgieter op, dat het niet de taak van de rechter is bij de uitleg van algemene voorwaarden een formulering te vinden die enerzijds voor de ondernemer zo gunstig mogelijk en anderzijds nog net toelaatbaar is.¹⁶¹ Ook conversie in de zin van een verkorting van een termijn wijst het BGH af.¹⁶² Bij de collectieve actie wordt conversie eveneens afgewezen.¹⁶³ Ook in de literatuur is de heersende leer dat conversie niet is toegestaan.¹⁶⁴ Strijd is er nog slechts over de vraag of conversie moet worden toegestaan als aan de (on-)geldigheid van een beding getwijfeld kan worden. O.a. Schmidt meent dat conversie ook dan niet geoorloofd is.¹⁶⁵ Anderen, waaronder Heinrichs¹⁶⁶ en Bunte¹⁶⁷ achten conversie in dit geval wel mogelijk. Kötz benadert de conversie andersom: conversie acht hij toelaatbaar, tenzij de gebruiker wist of had moeten weten dat het beding nietig was.¹⁶⁸ Naast conversie zijn er twee andere methoden om nietige bedingen in stand te houden, welke eveneens ontoelaatbaar worden geacht,¹⁶⁹ te weten: de beperkende uitleg¹⁷⁰ en de ex-post-inhoudstoetsing.¹⁷¹

-
160. Schmidt in Ulmer/Brandner/Hensen \S 6, Rdnr. 14. Vaste rechtspraak sinds BGH, 17-5-82, AGBE III, \S 6, nr. 1 = NJW 1982, 2309 = BGHZ 84, 109. Voor de invoering van het AGBG werden bijvoorbeeld te ruim gestelde exoneratieclausules niet in hun geheel verworpen. Bij de uitoefeningstoetsing (tweede fase) werd echter aangenomen dat de gebruiker er geen beroep op kon doen voor zover het beding eigen grove schuld of die van een leidinggevende ondergeschikt trof. Heinrichs in RWS-Forum, p. 34.
161. BGH, 22-3-79, AGBE I, \S 5, nr. 3. Verder voor de individuele procedure o.a. BGH, BGHZ 84, 109 en BGH, 19-9-83, AGBE IV, \S 6, nr. 5 = NJW 1984, 48 en voor de collectieve actie: BGH, 7-6-82, WM 1982, 869.
162. Het betrof een vijfjarige looptijd van een aannemingsovereenkomst onder uitsluiting van de opzegmogelijkheid van \S 649 BGB. Terugvoering tot de toelaatbare inhoud (een looptijd van 2 jaar) zou in strijd zijn met de tekst van \S 9-11 AGBG en met de zin en het doel van het AGBG. Het beding is geheel nietig. BGH, 17-5-82, AGBE III, \S 11-12, nr. 52 = NJW 1982, 2309 = BGHZ 84, 109.
163. BGH, 7-6-82, AGBE III, \S 6, nr. 2 = NJW 1982, 2311 = WM 1982, 869; BGH, 26-1-83, NJW 1983, 1320 = WM 1983, 308 = AGBE IV, \S 10 Nr. 3, nr. 16 = BB 1983, 524.
164. Schmidt in Ulmer/Brandner/Hensen \S 6, Rdnr. 14. Anders bij concrete toetsing (individuele geschillen): Bunte, met een beroep op het in de toelichting genoemde doel: uitwassen in de AGB tot een redelijke omvang terug te brengen en wel bij instandhouding van de overeenkomst, zie Bunte, Zehn Jahre AGBG, p. 927. De door hem geciteerde toelichting is: 1. Teilbericht der Arbeitsgruppe beim BJM, 1974, 93; Begr. RegE, BT-Drs 7/3919, p. 20.
165. Schmidt in Ulmer/Brandner/Hensen \S 6, Rdnr. 15. In geval van twijfel over de geldigheid van een beding bepleiten zij in plaats van conversie het laten vervallen van het nietige beding en het vervolgens zo nodig toepassen van aanvullende uitleg. Zie over de verschillen tussen deze twee figuren nr. 261.
166. Palandt-Heinrichs, Vorbem. \S 8, Anm. 3c: conversie is geoorloofd bij bedingen waarvan de kern redelijk is, maar die geen rekening houden met uitzonderingsgevallen, waardoor ze in die gevallen onredelijk zijn. Dit geldt vooral voor een in het handelsverkeer gebruikelijk beding dat te ruim gesteld is.
167. Zie het in de MvA II Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1588 aangehaalde werk: Bunte, Erfahrungen, p. 41-42. In Bunte, Zehn Jahre AGBG p. 927 stelt Bunte zelfs dat alleen de maatstaven van \S 11 AGBG zo duidelijk zijn dat bij afwijking geen conversie toelaatbaar is (althans bij de concrete toetsing in het individuele geschil).
168. Kötz in Münch. Komm.-Köztz, \S 6, Rdnr. 8, 12. Kötz vindt conversie in beginsel toelaatbaar; het gevolg van het afwijzen van conversie is dat elk beding dat ook maar weinig van het toelaatbare afwijkt in volle omvang vernietigd wordt. Als de wetgever dit wilde, had hij dat duidelijker moeten zeggen.
169. Schmidt in Ulmer/Brandner/Hensen \S 6, Rdnr. 14.
170. Zie nr. 257.
171. Zie nr. 228.

257. In enkele gevallen kwam de vraag aan de orde of een **beperkende uitleg** van een beding ook als een conversie opgevat kon worden. In het volgende geval werd dit aangenomen:

Bij het verhuren van bedrijfsruimte ten behoeve van de vestiging van een Chinees restaurant wordt in algemene voorwaarden bedongen dat in geval van niet-verlening van vereiste vergunningen de geldigheid van de huur-overeenkomst niet wordt aangetast. Er wordt geen vergunning verleend wegens te verwachten geluidsoverlast voor omwonenden. Het BGH meent nu dat onder het beding ook het geval valt, dat een vergunning niet wordt verleend wegens de eigenschappen of de ligging van de verhuurde zaak. De uitleg die er van uit zou gaan dat het beding slechts betreft het niet-verkrijgen van een vergunning met het oog op de persoon van de aanvrager, is in strijd met het verbod van conversie; het beding is nietig.¹⁷²

Als de beperkte uitleg van een beding al sinds jaar en dag in de rechtspraak gebruikelijk is, wordt een beperkte uitleg echter niet als een conversie opgevat. Dit is het geval bij het beding waarin de gebruiker het voorbehoud maakt dat zijn leverancier hem tijdig en juist levert.¹⁷³ In het handelsverkeer acht het BGH dit beding gebruikelijk.¹⁷⁴

De rechtspraak heeft het beding een duidelijk begreemd toepassingsgebied aangewezen: het beding is alleen van toepassing wanneer de verkoper een met de verkoop overeenkomende koop bij zijn leverancier heeft gesloten en door deze leverancier in de steek wordt gelaten. Van een 'Kaufmann' kan worden verwacht dat hij deze betekenis kent.¹⁷⁵

Rabe heeft hierin een toepassing gezien van ' 24: de rechter houdt rekening met de in het handelsverkeer levende gebruiken. Door uitleg kan een een beding dat zeer algemeen is gesteld, terwijl het bepaalde beperkingen zou moeten bevatten, worden gered.¹⁷⁶

258. Volgens ' 6 Abs. 1 blijven alle door de gebondenheids- of inhoudstoetsing niet getroffen delen van de overeenkomst in stand.¹⁷⁷ Bedingen die met een nietig beding in verband staan worden daardoor nog niet nietig, al is het wel mogelijk dat ze hun zin verliezen. Zelfs als door de nietigheid van een bepaald beding een geheel andere overeenkomst ontstaat blijft de overeenkomst in stand en moet deze

172. BGH, 22-6-88, NJW 1988, 2664, voor dit verbod wordt verwezen naar BGH, 4-4-84, NJW 1984, 2687 (zie over deze uitspraak nr. 259). Een ander recent geval waarin een beperkende uitleg werd afgewezen was: BGH, 16-5-90, NJW 1990, 2388. Anders nog: OLG Celle, 8-4-1987, NJW 87, 2823.

173. *"Richtige und rechtzeitige Selbstbelieferung bleibt vorbehalten"*.

174. Verwezen wordt naar ' 24, tweede helft van de tweede zin: *"im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche"*.

175. BGH, 14-11-84, BGHZ 92, 369 = WM 1985, 91. Vgl. ook BGH, 29-2-84, NJW 1985, 53: Een 'Nachfolgerklausel' in een overeenkomst tot het opstellen van automaten wordt door het BGH beperkt uitgelegd: alleen als de wederpartij als gevolg van buitengewone, buiten zijn risicosfeer liggende, omstandigheden de 'Gaststätte' opgeeft en buiten zijn schuld geen opvolger kan vinden die ook de verplichtingen uit de overeenkomst tot het opstellen van automaten over wil nemen, is de wederpartij van zijn verplichtingen ontslagen. Met deze beperkte inhoud kan het beding in stand blijven. Het BGH beschouwt dit merkwaardig genoeg niet als een conversie. De bewoordingen van het beding ("einem Dritten überlassen **will**") laten deze uitleg toe. Een soortgelijke 'reddende uitleg' is te vinden in BGH, BB 1989, 1295.

176. Rabe, p. 1984, 1985.

177. ' 6 heeft een uitgangspunt dat tegenovergesteld is aan ' 139 BGB, dat uitgaat van de ongeldigheid van de gehele overeenkomst (tenzij deze ook zonder het nietige beding zou zijn gesloten).

worden aangevuld door toepassing van ' 6 Abs. 2 (aanvullend recht) of door aanvullende uitleg.¹⁷⁸

Inhoudelijk te scheiden regelingen die op dezelfde materie betrekking hebben worden vaak in één zin of één lid samengebracht. Voorbeelden zijn het samenbrengen van verschillende beëindigingsgronden in één zin of lid. Ook geldt dit voor bijvoorbeeld compensatieverboden of exoneratieclausules die aan verschillende feiten zijn gekoppeld. Vaak is er dan slechts bezwaar tegen een deel van de regeling. Volgens 'ganz herrschender Meinung' in rechtspraak en literatuur is de nietigheid beperkt tot die delen die onredelijk zijn, als de delen van een regeling in één zin of lid zijn samengebracht splitsbaar en elk afzonderlijk begrijpelijk zijn.¹⁷⁹

178. Schmidt in Ulmer/Brandner/Hensen § 6, Rdnr. 22.

179. BGH, 7-10-81, NJW 1982, 178 (198); BGH, 18-4-89, NJW 1989, 3215; Schmidt in Ulmer/Brandner/Hensen § 6, Rdnr. 12; Palandt-Heinrichs, Vorbem. § 8, Anm. 3c. Kötz wijst erop dat het niet toepassen van partiële nietigheid zou leiden tot een verbrokkeling van algemene voorwaarden teneinde het 'besmettingseffect' te voorkomen: H. Kötz, Zur Teilwirksamkeit von AGB-Klauseln, NJW 1979, p. 788.

De rechter is wel bereid onderdelen van bedingen te schrappen, maar hij is niet bereid toevoegingen in de tekst van een nietig beding aan te brengen waardoor het geldig wordt, want dat zou conversie betekenen.¹⁸⁰

259. Het beding *Als verdragingsrente wordt 1% per maand berekend*, kan bijvoorbeeld **niet** worden **gesplitst** en is dus in zijn geheel nietig.¹⁸¹ Een beding is evenmin splitsbaar in een geldig en een ongeldig deel als de eerste zin in onafscheidelijke samenhang staat met de tweede.¹⁸² Iets dergelijks doet zich voor in het volgende geval: In een leaseovereenkomst m.b.t. een vliegtuig is de aansprakelijkheid van de lessor voor gebreken geheel uitgesloten, terwijl aan de wederpartij slechts in één geval het recht tot ontbinding jegens de leverancier overgedragen kan worden, namelijk als hij alle nog uitstaande leasing-termijnen betaalt plus de restwaarde en overige kosten. Deze voorwaarde maakt de wederpartij praktisch rechteloos als het vliegtuig gebreken vertoont. Het beding is niet te splitsen, want dat zou betekenen dat de overdracht van het ontbindingsrecht wordt losgemaakt van de tegenprestatie die er volgens het beding tegenover moet staan. Dat zou een typisch geval van conversie zijn.¹⁸³ Ook als voor een deel van het denkbare toepassingsgebied geen bezwaar tegen een beding bestaat en een beperkte formulering dus geldig zou zijn, wordt volledige nietigheid aangenomen.¹⁸⁴ Dit is met name aan de orde geweest bij te ruim gestelde exoneratieclausules. Als een beding ziet op de aansprakelijkheid voor elk vorm van schuld, acht het BGH het in zijn geheel nietig.¹⁸⁵

260. Een tweetal voorbeelden van een splitsbaar beding: Om speculatie te voorkomen bepaalt een autofabrikant in zijn voorwaarden dat hij het recht heeft om de overeenkomst te ontbinden als de koper één van de twee volgende verplichtingen schendt: de verplichting het voertuig vóór ontvangst niet door te verkopen en de verplichting het voertuig op eigen naam te laten stellen. Het BGH acht de eerste verplichting niet onredelijk, maar de tweede wel; het ontbindingsrecht blijft gelden, maar betreft alleen overtreding van het doorverkoopverbod.¹⁸⁶

180. BGH, 7-6-82, AGBE III, § 6, nr. 2 = NJW 1982, 2311.

181. LG Berlin, 13-4-78, AGBE I, § 11 Nr. 5a, nr. 28; vgl. ook BGH, 20-6-84, NJW 1984, 2404: het beding is "... aus einem Guß".

182. LG Karlsruhe, 6-4-79, AGBE I, § 11 Nr. 5a, nr. 30.

183. BGH, 4-4-84, NJW 1984, 2687.

184. OLG Düsseldorf, 31-1-80, AGBE I, § 6, nr. 4.

185. BGH, 24-9-85, BGHZ 96, 18; OLG Braunschweig, 28-2-80, AGBE I, § 11 Nr. 7, nr. 57. Anders: LG Ulm, 19-12-80, AGBE I, § 6, nr. 12. Vgl. ook BGH, 30-10-85, NJW 1986, 424 = BGHZ 96, 182 = EBE 1985, 443 = EWIR 1986, 1, waarin het gaat om een regeling van onmiddellijke opeisbaarheid, die onbeperkt en wat de tekst betreft ondeelbaar ook gevallen betreft waarop het beding volgens het AGBG niet van toepassing mag zijn.

186. BGH, 7-10-81, AGBE II, § 9, nr. 118 = NJW 1982, 178. Het BGH merkte over deze uitspraak later op dat het ontbindingsrecht in dit geval berustte op verschillende onafhankelijke gronden. Dan is het toelaatbaar elke afzonderlijke grond aan een geldigheidstoetsing te onderwerpen, zie BGH, 4-4-84, NJW 1984, 2687.

In het kader van een aannemingsovereenkomst wordt een financieringsovereenkomst met een bank gesloten. In de voorwaarden staat dat de opdracht tot het verrichten van termijnbetalingen (telkens na voltooiing van een bepaalde bouwfase) onherroepelijk is. Het BGH acht de onherroepelijkheid in strijd met '9. Alleen de onherroepelijkheid vervalt. Voor het overige blijft het beding in stand. Dit is geen conversie, want het overgebleven beding is taalkundig en juridisch een zelfstandige regeling die het doel van de overeenkomst ondersteunt.¹⁸⁷

261. Na vernietiging van een beding schrijft ' 6 Abs. 2 voor dat het aanvullend recht de plaats van het nietige beding inneemt.¹⁸⁸ Ontbreekt aanvullend recht en zou het zonder vervanging schrappen van een beding tot een onredelijke oplossing leiden,¹⁸⁹ gezien de belangen van de gebruiker en de wederpartij, dan kan de Duitse rechter **aanvullende uitleg** van de overeenkomst toepassen.¹⁹⁰ Bij zo'n leemte in de wet moet de vormgeving worden gekozen die de partijen bij een doelmatige afweging van hun belangen naar 'Treu und Glauben' redelijkerwijs zouden zijn overeengekomen, wanneer hun de nietigheid van het beding bekend zou zijn geweest.¹⁹¹ Alleen in die gevallen is het in overeenstemming met het doel van het AGBG naar een redelijke belangenafweging te streven via aanvullende uitleg van de overeenkomst.¹⁹² Het gaat daarbij echter niet om een hypothetische partijwil, maar om een objectief generaliserende benadering: de rechter geeft een algemeen geldige regeling die is afgestemd op de belangen van normaal gesproken bij een bepaald soort overeenkomst betrokken partijen.¹⁹³ Hierin verschilt aanvullende uitleg van conversie: anders dan bij conversie wordt bij aanvullende uitleg rekening gehouden met de belangen van **beide** partijen.¹⁹⁴

De VIII. Senat van het Bundesgerichtshof past openlijk aanvullende uitleg toe, terwijl de overige kamers terughoudender zijn, hoewel zij er niet afwijzend tegenover staan.¹⁹⁵ Bij de collectieve actie vindt geen aanvullende uitleg plaats.¹⁹⁶

Soms wordt aangenomen dat ook als er aanvullend recht beschikbaar is, toch aanvullende uitleg toegepast kan worden. Bunte geeft als vuistregel: hoe meer de overeenkomst beantwoordt aan een in de wet geregeld type overeenkomst, hoe meer aanvullend recht moet worden

187. BGH, 28-5-84, NJW 1984, 2816.

188. Het aanvullend recht dat door een beding in algemene voorwaarden was verdrongen komt dan weer te voorschijn, aldus Schmidt in Ulmer/Brandner/Hensen, 3 6, Rdnr. 26.

189. Dit is bijvoorbeeld **niet** het geval bij verrassende bedingen in de zin van 3 AGBG: deze kunnen zonder vervanging worden weggelaten; Schmidt in Ulmer/Brandner/Hensen, 3 6, Rdnr. 25.

190. Kötz wijst erop dat een beding vaak kan wegvallen zonder dat er iets voor in de plaats komt. Als de verkoper van een koffieautomaat heeft bedongen dat de koper verplicht is bij hem ook koffie en filters te kopen, is dat een verrassend beding (3 3), dat 'ersatzlos' wegvalt; Kötz in Münch. Komm.-Kötz, 3 6, Rdnr. 7.

191. BGH, 1-2-84, NJW 1984, 1177.

192. BGH, 24-9-85, BGHZ 96, 18.

193. Schmidt in Ulmer/Brandner/Hensen, 3 6, Rdnr. 31-32, 37a-38.

194. Schmidt in Ulmer/Brandner/Hensen, 3 6, Rdnr. 37.

195. Bunte, Zehn Jahre AGBG, p.927-928; volgens Schmidt in Ulmer/Brandner/Hensen, 3 6, Rdnr. 33 heeft de VII. Zivilsenat (die veel uitspraken over algemene voorwaarden doet) de vraag ook in nieuwe uitspraken opengelaten.

196. Schmidt in Ulmer/Brandner/Hensen, 3 6, Rdnr. 36.

toegepast; hoe meer een overeenkomst daarvan afwijkt, hoe meer ruimte voor aanvullende uitleg.¹⁹⁷
Bij duidelijke schendingen van '9-11 vindt geen aanvullende uitleg plaats.¹⁹⁸

262. Enige gevallen waarin aanvullende uitleg werd toegepast:

197. Bunte, Zehn Jahre AGBG, p. 928. Ook volgens Schmidt in Ulmer/Brandner/Hensen, § 6, Rdnr. 35 is bij aanwezigheid van aanvullend recht toch aanvullende uitleg denkbaar, namelijk als een overeenkomst sterk van het wettelijke voorbeeld afwijkt of als de wettelijke regeling met de belangen van partijen onvoldoende rekening houdt.

198. Evenmin als conversie, zie nr. 256; Schmidt in Ulmer/Brandner/Hensen, § 6, Rdnr. 37.

- In een leaseovereenkomst is een regeling opgenomen m.b.t. tussentijdse beëindiging die door het cumuleren van rechten in strijd is met ' 10 Nr. 7a (onredelijk hoge vergoeding bij beëindiging van de overeenkomst, vgl. art. 6:237 onder i). Het BGH merkt op dat bij een duur van de overeenkomst van 24 maanden de aanschafkosten niet door de lessor kunnen worden terugverdiend. De lessee moet een redelijk deel dragen van de aanschafkosten en de winstverwachting van de lessor. Hoe de partijen daarvoor een regeling zouden zijn overeengekomen als zij de nietigheid van de regeling in de algemene voorwaarden gekend hadden moet de feitenrechter bepalen via aanvullende uitleg van de overeenkomst.¹⁹⁹
- Zeer omstreden is de 'Tagespreisklausel' in de autobranche geweest: bij auto's met lange levertijd werd bedongen dat de prijs zou gelden volgens de prijslijst op de dag van levering. Dit beding bleek nietig,²⁰⁰ maar vervolgens rees de vraag of de koper dan de prijs ten tijde van het aangaan van de overeenkomst moest betalen of een hogere prijs. Het BGH gaat ervan uit dat de overeenkomst in stand blijft. Een wettelijke regeling ontbreekt. Daarom is aanvullende uitleg van de overeenkomst geboden. Deze wordt gebaseerd op ' 157, 133 BGB.²⁰¹ Een redelijke belangenafweging leidt er toe dat de koper in beginsel de bij levering geldende prijs volgens de prijslijst moet betalen, in zoverre deze prijs overeenkomt met een naar billijkheid vastgestelde prijs (' 315 BGB), maar dat hij de overeenkomst kan ontbinden als de prijsverhoging de stijging van de kosten van het levensonderhoud niet onaanzienlijk overtreft.²⁰²

263. Aanvullende uitleg werd niet toegepast bij een beding volgens hetwelk een waterleidingbedrijf over het gehele jaar een extra vergoeding in rekening kan brengen als een afnemer gedurende één maand een extra hoog gebruik heeft. Het beding werd in strijd geoordeeld met het 'Äquivalenzprinzip'. In de literatuur waren echter (anders dan in het geval van de 'Tagespreisklausel') verschillende alternatieven aangedragen en het was niet duidelijk welke mogelijkheid partijen zouden hebben gekozen als ze van de nietigheid van het beding zouden hebben geweten.²⁰³

264. In ' 6 Abs. 3 bevat het AGBG een hardheidsclausule voor gevallen waarin het in stand houden van de overeenkomst ondanks het wegvallen van één of meer bedingen een 'unzumutbare Härte' voor één der partijen zou zijn. De regel blijkt in de praktijk welhaast een dode letter.²⁰⁴ Een geval waarin toepassing voor de hand zou hebben

199. BGH, 31-3-82, AGBE III, § 9, nr. 43 = NJW 1982, 1747.

200. BGH, 7-10-81, AGBE II, § 9, nr. 90 = NJW 1982, 331 = BGHZ 82, 21 (collectieve actie); BGH, 18-5-83, AGBE IV, § 9, nr. 91 = NJW 1983, 1603 (individueel geval). Zie nader nr. 381.

201. Dit zijn wettelijke bepalingen in de zin van § 6 AGBG. § 157 BGB: "*Verträge sind so aus zu legen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.*" § 133 BGB: "*Bei der Auslegung einer Willenserklärung ist der wirkliche Wille zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften.*"

202. BGH, 1-2-84, NJW 1984, 1177. Zie nader nr. 381.

203. BGH, 6-2-85, NJW 1985, 3013 = BGHZ 93, 358 = ZIP 1985, 478 = AGBE V, § 9, nr. 46.

204. In de rechtspraak van na de invoering van het AGBG zijn geen gevallen bekend waarin deze regel is toegepast, aldus Schmidt in Ulmer/Brandner/Hensen § 6, Rdnr. 42.

Een geval waarop het AGBG niet van toepassing was, is BGH, 6-10-82, AGBE III, § 9, nr. 96 = NJW 1983,

gelegen, maar waarin deze toch niet plaatsvond is het volgende: Voor een motorboot wordt per telex een voorlopige dekking aangevraagd. De verzekeringsvoorwaarden zijn niet van toepassing omdat niet is voldaan aan de vereisten van ' 2 AGBG. Het BGH acht de overeenkomst niet in zijn geheel nietig; er is **geen** sprake van een 'unzumutbare Härte', omdat een voorlopige dekking meestal kort duurt en omdat de verzekeraar hier ook op aan kan dringen.²⁰⁵

159. Het ging om een overeenkomst tot het opstellen van (speel-)automaten. Omdat talrijke bedingen in strijd waren met de goede zeden en de overeenkomst door uitleg of verval van bedingen een wezenlijk andere inhoud zou krijgen, was deze geheel nietig.

205. BGH, 21-12-81, AGBE II, § 2, nr. 2 = NJW 1982, 824. Volgens § 6 Abs. 2 AGBG is nu de wettelijke regeling (§ 129 e.v. VVG) van toepassing.

265. Bedingen die de gevolgen van de nietigheid van een beding regelen worden in de Duitse literatuur 'salvatorische Klauseln' genoemd.²⁰⁶ Dit kunnen bedingen zijn met bijvoorbeeld de volgende tekst:

*"Mochten bepaalde van de bovenstaande bedingen nietig of om een andere reden niet toepasselijk zijn, dan blijven de overige bepalingen geldig. Een nietig beding dient te worden vervangen door een beding dat het gewenste economische doel zo veel mogelijk verwezenlijkt."*²⁰⁷

Zowel literatuur als rechtspraak menen dat een dergelijk beding²⁰⁸ in algemene voorwaarden²⁰⁹ op wijziging van de regeling van '6 is gericht en dat het daarom op grond van ' 9 nietig is. Het risico dat een beding nietig is dient de gebruiker te treffen en niet de wederpartij.²¹⁰

Schade door het naleven van een nietig beding

266. Het is mogelijk dat de wederpartij **schade** heeft geleden omdat hij uitging van de geldigheid van een beding dat later nietig bleek te zijn. Komt deze schade voor vergoeding in aanmerking? In de rechtspraak en de literatuur²¹¹ zijn hiervoor aanwijzingen te vinden.

In 1984 oordeelt het BGH over een onherroepelijke opdracht tot overschrijving in de voorwaarden van een kredietovereenkomst die in nauw verband staat met een aannemingsovereenkomst. Het opschortingsrecht van de opdrachtgever/geldlener wordt hierdoor gefrustreerd. Het BGH acht de onherroepelijkheid nietig. Een schadevergoeding kan worden gevorderd als de bank contractuele of pre-contractuele plichten heeft geschonden. Het gebruiken van een nietig beding is het schenden van een pre-contractuele plicht en de bank is aansprakelijk voor de schade die is ontstaan doordat de wederpartij zich volgens het nietige beding heeft gedragen.²¹² Dat de wederpartij de overschrijvingsopdracht niet herroepen heeft doet niet ter zake, want daartoe was zij immers contractueel niet gerechtigd.²¹³

206. Het betreft hier de tweede van de in nr. 202 onderscheiden soorten.

207. LG Hamburg, 7-1-83, AGBE IV, § 6, nr. 24.

208. Dit geldt ook voor een kant en klaar beding ter vervanging van een nietig beding: Palandt-Heinrichs, § 6, Anm. 3; Schmidt in Ulmer/Brandner/Hensen § 6, Rdnr. 40. In nog sterkere mate geldt dit voor bedingen die voor de vervulling van een leemte (die ontstaat na vernietiging van een beding) verwijzen naar geheel andere algemene voorwaarden.

209. Een individueel beding van deze strekking kan geldig zijn: Schmidt in Ulmer/Brandner/Hensen § 6, Rdnr. 41.

210. LG Hamburg, 7-1-83, AGBE IV, § 6, nr. 24. Volgens Schmidt is dit "Im Ergebnis ganz herrschenden Meinung", Schmidt in Ulmer/Brandner/Hensen § 6, Rdnr. 49 (noot 134), met verdere verwijzingen. Anders: H. Baumann, Salvatorische Klauseln in Allgemeine Geschäftsbedingungen, NJW 1978, p. 1953-1955.

LG Dortmund, 28-4-83, AGBE IV, § 11 Nr. 4, nr. 13 = AGBE IV, § 11 Nr. 2, nr. 8 merkt op dat de gebruiker, als een salvatorische Klausel toelaatbaar zou zijn, consequent geredeneerd nog maar één beding nodig zou hebben, namelijk dat die regelingen gelden die de volgens § 9-11 nietige bedingen economisch het meest benaderen.

211. Palandt-Heinrichs, Vorbem. § 8, Anm. 3e; Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen § 9, Rdnr. 57; Brandner in: RWS-Forum, p. 50; met verwijzing naar Brandner, Schadensersatzpflichten als Folge der Verwendung von AGB, Festschrift Walter Oppenhoff (1985), p. 11.

212. Volgens Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen § 9, Rdnr. 54 kunnen voor vergoeding niet alleen in aanmerking komen de op grond van een nietige bepaling verrichte prestaties (zoals de i.c. door de bank overgeschreven betaling), maar ook de kosten die zijn gemaakt ter bestrijding van een nietig beding.

213. BGH, 28-5-84, NJW 1984, 2816.

Brandner spreekt van een ontwikkeling waarvan noch slechts de eerste aanzetten te zien zijn en wijst op het gevaar ervan, aangezien formuleringsfouten in algemene voorwaarden moeilijk zijn te voorzien.²¹⁴

Lessen voor Nederland

267. Na dit overzicht van het Duitse recht keer ik terug tot het Nederlandse. Conversie moet bij algemene voorwaarden met terughoudendheid worden toegepast. Dit uitgangspunt in de parlementaire geschiedenis²¹⁵ is in overeenstemming met de beginselen waarop de conversie berust.²¹⁶ Alleen in geval van twijfel over de geldigheid van een beding komt een deel van de Duitse literatuur tot een andere oplossing: geen conversie, maar zo nodig aanvullende uitleg. Het verschil tussen deze rechtsfiguren is dat bij aanvullende uitleg rekening wordt gehouden met de belangen van beide partijen, terwijl conversie alleen in het belang is van de gebruiker. In de Nederlandse oplossing is dit reeds ingecalculeerd: de parlementaire geschiedenis bij afd. 6.5.3 merkt op dat conversie alleen kan plaatsvinden als dit een redelijke oplossing is, gelet op de belangen van beide partijen.²¹⁷ Het Duitse inzicht dat een beperkende uitleg in feite neer kan komen op een conversie²¹⁸ is ook voor Nederland nuttig.

268. De Nederlandse parallel van '6 is art. 3:41. Hoewel daarin niet expliciet wordt geregeld wat er in de plaats komt van een vervallen beding, mag men ook naar Nederlands recht aannemen dat dit in de eerste plaats aanvullend recht is (art. 6:248, lid 1), met een mogelijke correctie op grond van de redelijkheid en billijkheid (lid 2), terwijl in de tweede plaats die rechtsgevolgen gelden die uit de gewoonte of de eisen van de redelijkheid en billijkheid voortvloeien (art. 6:248, lid 1). Deze aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid is te vergelijken met de Duitse 'aanvullende uitleg' van de overeenkomst.

269. Zowel in Nederland als Duitsland wordt aangenomen dat een partiële nietigheid niet alleen een bepaald beding in algemene voorwaarden kan betreffen, maar ook een zelfstandig deel daarvan.²¹⁹ De Duitse gedachten over de splitsbaarheid van bedingen²²⁰ zijn m.i. ook in Nederland toepasbaar.²²¹

214. Brandner in: RWS-Forum, p.51.

215. Zie nr. 249.

216. Zie nr. 250 en nr. 251.

217. Zie nr. 249.

218. Zie nr. 257.

219. Zie de nrs. 254 en 258.

220. Zie nr. 258 e.v.

221. Anders, m.b.t. te ruim gestelde exoneratieclausules: Asser-Hartkamp I, nr. 344. Hartkamp acht deze splitsbaar.

270. De 'salvatorische Klauseln' (bedingen die de gevolgen van vernietiging van bepaalde bedingen regelen²²²) zijn aan de orde geweest in de Eerste Kamer. Hartkamp (die de minister bijstond) zei hierover het volgende:

*"Afdeling 6.5.2A regelt deze kwestie niet expliciet. Van belang is het artikel 2a: is het beding onredelijk? en artikel 12: men mag van afdeling 6.5.2A niet afwijken. Indien partijen beogen met de regeling van de gevolgen van de vernietiging de strekking van het wetsontwerp te verijdelen, dan is dat volgens artikel 12 verboden. Of daarvan sprake is hangt echter van de omstandigheden af. Er zijn, aldus de heer Hartkamp, omstandigheden denkbaar dat partijen wél de gevolgen van een vernietiging zelf kunnen regelen. Het oordeel daaromtrent is aan de rechter overgelaten."*²²³

Hijma behandelt in zijn proefschrift de 'bedongen conversie', die hij mogelijk acht, maar waarbij hij niet ingaat op de algemene-voorwaarden-problematiek.²²⁴

271. De ruimte die overblijft voor bedingen die de gevolgen van vernietiging regelen is, gemeten naar de woorden van Hartkamp in nr. 270, gering. Op grond van de open norm komt het me voor dat bedingen die beogen een nietig beding te vervangen door een beding "... dat het gewenste economische doel zo veel mogelijk verwezenlijkt."²²⁵ in de regel onredelijk zijn. Zoals reeds eerder opgemerkt is bij algemene voorwaarden veelal niet de bewandelde weg onjuist, maar het beoogde doel onredelijk.²²⁶ Een beding dat voor de gebruiker enig nut heeft, maar tegelijk de gevolgen van vernietiging regelt op zo'n manier dat de strekking van de verbodsnorm waarop het beding is stukgelopen niet wordt ontkracht, is moeilijk te bedenken. Naar mijn mening zal de rechter op grond van de strekking van de norm die tot nietigheid van een beding heeft geleid vrijwel alle 'reddende bedingen' eveneens als onredelijk bezwarend moeten beschouwen. Een voorbeeld waarin dit niet zo is lijkt mij het beding dat inhoudt dat bij eventuele nietigheid van bedingen over de gevolgen daarvan onderhandeld moet worden, maar dat is nu juist een beding dat de gebruiker niet veel verder helpt.

222. Dit is dus het tweede van de nr. 202 onderscheiden twee soorten.

223. MO I Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1570. Afd. 6.5.2A is in de nieuwe nummering afd. 6.5.3, art. 6.5.2A.2a en 12 komen overeen met art. 6:233 resp. 246.

224. Hijma, diss., p. 325.

225. Vgl. het geciteerde beding in nr. 265.

226. Zie nr. 250.

6.10 De tweede fase

Twee-fasen-toetsing: literatuur en parlementaire geschiedenis

272. Zoals reeds opgemerkt moet de toetsing van een beding 'sec' (inhoudelijke toetsing; eerste fase) worden onderscheiden van de toetsing van het beroep dat op een beding wordt gedaan (uitoefening; tweede fase).

De termen 'eerste en tweede fase' stammen van Nieuwenhuis.²²⁷ Hoewel de termen eerste fase en tweede fase niet worden gebruikt is het onderscheid tussen de twee soorten toetsing reeds vanaf de memorie van toelichting aanwezig:

*"Het is immers zeer wel denkbaar dat een beroep op een beding dat de toetsing aan de onderhavige bepaling van artikel 2, lid 2 onder a doorstaat (derhalve niet vernietigbaar is), in een concreet geval naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, waarbij met name aan rechtsverwerking²²⁸ kan worden gedacht."*²²⁹

De Nota II wijst erop dat de nieuwe formulering van de redelijkheid en billijkheid niet - zoals art. 1374, lid 3 BW (oud) - vereist dat het beroep op een beding als een gedraging wordt geconstrueerd. Hierdoor kan volgens de Nota II echter verwarring ontstaan tussen vernietiging in de tweede fase en vernietiging in de eerste fase. Een uitspraak waarin een beroep op een beding getoetst wordt (tweede fase) kan nauwelijks van belang zijn voor de toetsing van de inhoud van een beding (eerste fase).²³⁰

227. Nieuwenhuis, diss., p. 144-153. Nieuwenhuis haalt Hondius aan, die er in zijn proefschrift op heeft gewezen dat er een onderscheid moet worden gemaakt tussen de omstandigheden voor en na contractssluiting. *"Op een gestandaardiseerd verschijnsel past geen geïndividualiseerd antwoord (...) eerst dient hij (d.w.z. de rechter) zich uit te spreken over het beding in het algemeen - wil de rechterlijke controle althans enig nut hebben voor het tegengaan van onereuze standaardklausules (...)"*, Hondius, diss., nr. 263. Nieuwenhuis wijst erop dat reeds Bloembergen, BR 1969, p.359 een toetsing in twee stappen (goede zeden en goede trouw) voorstond, Nieuwenhuis, diss., p. 146.

Een toetsing in twee fasen wordt ook aanbevolen door Hondius, NJV, nr. 30 e.v. Hij bedoelt echter de (abstracte) toetsing door bijvoorbeeld een consumentenorganisatie en de (concrete) toetsing door bijvoorbeeld de rechter.

228. Zie Asser-Hartkamp II, nr. 320, waar onder rechtsverwerking wordt verstaan: de gevallen waarin het beroep van een partij op een haar toekomend recht, gelet op haar eigen voorafgaande houding of gedraging, als in strijd met de redelijkheid en billijkheid moet worden beschouwd. Een duidelijk voorbeeld van rechtsverwerking: Rb Roermond, 10-9-81, Prg 82, 1746: Op het beding dat inhoudt dat reclames schriftelijk dienen te worden ingediend binnen een bepaalde termijn kan geen beroep worden gedaan bij een mondelinge klacht, nu de installateur al eerder onderzoek heeft gedaan bij deze klant naar aanleiding van mondelinge klachten, zonder zich op de schriftelijke vorm en termijnen te beroepen. Ander gevallen: Rb Arnhem, 27-9-84, S&S 85, 54 en Hof 's-Gravenhage, 29-9-88, NJ 89, 466: Nu de gebruiker tien jaar lang geen beroep op het rentebeding heeft gedaan, is het recht voor het verleden verwerkt; wel kan rente worden gevorderd vanaf het moment waarop de rente voor het eerst in een nota wordt vermeld.

229. MvT Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1581. In dezelfde zin ook de MvA I Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1621 en 1684, waarover nr. 189. Art. 2 lid 2 onder a is thans art. 6:233 onder a.

230. Nota II Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1595.

273. De toetsnorm in de eerste fase is art. 6:233 onder a, eventueel met de normen die daarvan een uitvloeisel zijn, zoals de zwarte en grijze lijst (art. 6:236 en 237), art. 6:243 en 244. Toetsnorm in de tweede fase is de redelijkheid en billijkheid (art. 6:2 en 248). In bepaalde gevallen kunnen toetsnormen die de redelijkheid en billijkheid nader specificeren ook als toetsnorm in de tweede fase optreden. De parlementaire geschiedenis noemt in dit verband art. 6:258 (onvoorziene omstandigheden).²³¹

De MvA I benadrukt dat bij de toetsing aan de open norm (art. 6:233 onder a) moet worden uitgegaan van de omstandigheden zoals deze zich voor en tijdens het sluiten van de overeenkomst voordoen. Omstandigheden die betrekking hebben op het uitvoeren van de overeenkomst vallen onder de tweede fase.²³² Het zwaartepunt zal doorgaans liggen in de eerste fase. Bij een exoneratieclausule zijn bijvoorbeeld omstandigheden die in de eerste fase beoordeeld moeten worden: de zwaarte van de schuld waarvoor aansprakelijkheid wordt beperkt of uitgesloten, de aard van de aansprakelijkheid die wordt beperkt of uitgesloten en de verzekerbaarheid van die aansprakelijkheid. Deze omstandigheden behoren niet thuis in de tweede fase. Het zijn, om met de Hoge Raad te spreken, eventuele onredelijk bezwarende gevolgen waaraan het beding de wederpartij van de aanvang af bloot stelde.²³³ Zou men bijvoorbeeld 'de zwaarte van de schuld' zien als een omstandigheid die in de tweede fase pas een rol speelt, dan zou bijvoorbeeld een exoneratie voor grove schuld van de gebruiker slechts aantastbaar zijn als zich daadwerkelijk grove schuld heeft voorgedaan. Gezien de uitspraak van de Hoge Raad moeten ook die omstandigheden worden getoetst die gevolgen met zich meebrengen waarvan de verwezenlijking bij handhaving van het beding slechts 'mogelijk' was.

Trapsgewijze toetsing in Duitsland

274. Ook in Duitsland wordt de geldigheidstoetsing van de uitoefeningstoetsing onderscheiden.

Er is een 'trapsgewijze' toetsing: eerst een algemene inhoudelijke toetsing van het beding, gezien de normale omstandigheden voor dit soort overeenkomsten etc., ten tweede een toetsing van de individuele omstandigheden, die een in het algemeen toelaatbaar beding toch in concreto ontoelaatbaar kan maken.²³⁴ Bunte beargumenteert dit als volgt: alleen op deze wijze kunnen algemene beginselen ontwikkeld worden voor de toelaatbaarheid of ontoelaatbaarheid van algemene voorwaarden en alleen zo kan een doorzichtige vormgeving van de overeenkomst bereikt worden.²³⁵

231. MvA I Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1622.

232. MvA I Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1621.

233. HR 23-3-90, RvdW 90, 71 (Botman/Van Haaster), geannoteerd door W.J.G. Oosterveen in Bb 1990, p. 113-115 en door E.H. Hondius, KwNBW 1990, p. 130-132.

234. Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen 9, Rdnr. 34-37; Bunte, Zehn Jahre AGBG, p. 925.

235. Bunte, Zehn Jahre AGBG, p. 925.

In beginsel is er in die 'trapsgewijze' toetsing niets veranderd door de invoering van het AGBG.²³⁶ De ervaring is echter dat de tweede trap wat in de vergetelheid is geraakt. Bunte ziet een grotere rol weggelegd voor de uitoefeningstoetsing in het handelsverkeer. Het AGBG schrijft in '24 immers uitdrukkelijk voor dat met de in het handelsverkeer geldende gewoonten en gebruiken rekening moet worden gehouden.²³⁷

236. Reeds door het BGH geleerd in BGH, 29-9-1960, BGHZ 33, 216, 219 = NJW 1961, 212; in eerdere uitspraken (o.a. BGH, 6-3-56, BGHZ 20, 164, 167 = NJW 1956, 908) werden de twee fasen echter nog door elkaar gehaald.

237. Bunte, Zehn Jahre AGBG, p.926.

De inhoudelijke toetsing heeft logische voorrang boven de uitoefeningstoetsing.²³⁸

275. Enige sprekende voorbeelden van uitoefeningstoetsing:

In de voorwaarden voor de franchising van een McDonald's restaurant is een beding opgenomen met betrekking tot buitengewone opzegging van de overeenkomst:

"...wanneer de franchisenemer nalaat zijn restaurantbedrijf uit te oefenen op een goede schone en doelmatige wijze en in overeenstemming met de op grond van het McDonald's-systeem voorgeschreven principes en richtlijnen."

Voorafgaand moet twee maal worden aangemaand. Een uitgebreid handboek beschrijft de wijze waarop het voedsel moet worden bereid, tot en met de grilltemperaturen. Het bedrijf wordt vele malen gecontroleerd, waarbij telkens vele gebreken blijken, o.a. dat de juiste grilltemperatuur niet wordt aangehouden. Er wordt tweemaal aangemaand en tien maanden na de tweede aanmaning wordt de overeenkomst met onmiddellijke ingang opgezegd. De gebruiker kan zich in dit geval niet op het beding beroepen. Vastgesteld is slechts dat het restaurant bij twee controles niet de juiste grilltemperatuur heeft gehandhaafd. Door pas tien respectievelijk acht maanden na het vaststellen van dit feit op te zeggen is de opzegging niet redelijke tijd na het constateren van het feit dat tot de opzegging recht geeft geschied. Naar 'Treu und Glauben' ('242 BGB) kan de gebruiker zich niet op zijn (op zich niet onredelijke) opzeggingsbeding beroepen.²³⁹

Een tweede voorbeeld: Een cementfabriek koopt kolen van een handelaar die deze in de USA inkoopt. In de algemene voorwaarden van de handelaar staat dat juiste en tijdige levering aan de gebruiker door zijn leveranciers ('Selbstbelieferung') is voorbehouden. Het beding is in het algemeen niet onredelijk. De verkoper kan echter naar 'Treu und Glauben' geen beroep op het beding doen als hij bij het sluiten van de dekkingskoop niet te werk gaat met de zorgvuldigheid van een goed 'Kaufmann'. Dit had hij niet gedaan. De verkoper had nooit eerder zaken gedaan met zijn leverancier in de Verenigde Staten. Ook in de branche was dit bedrijf onbekend. Ieder goed 'Kaufmann' zou in zo'n geval in vakkringen inlichtingen inwinnen. De verkoper had slechts bij een bank inlichtingen ingewonnen; de inlichtingen die hij ontving waren bovendien irrelevant. Bij een dermate lichtvaardig afgesloten dekkingskoop kan de verkoper geen beroep doen op het beding.²⁴⁰

De tweede fase in de Nederlandse rechtspraak

238. Bunte, Zehn Jahre AGBG, p.925.

239. BGH, 3-10-84, NJW 1985, 1894.

240. BGH, 14-11-84, BGHZ 92, 369 = WM 1985, 91. Zie voor nog een ander geval m.b.t. leasing: BGH, 19-2-86, NJW 1986, 1744. Voorts nog: BGH, 28-4-87, NJW 1987, 2997: Compensatie door een bank beperkt zich tot de op voor een bank gebruikelijke wijze ("bankmäßig") verworven tegenvorderingen. Dit heeft zijn grond in een door bijzonder vertrouwen gekenmerkte rechtsverhouding tussen de bank en haar cliënt. Zie nader over "Selbstbelieferungs"-bedingen nr. 414, 423.

276. In het Nederlandse recht wordt het verschijnsel uitoefenings-toetsing treffend geïllustreerd in een serie uitspraken over de verplichting van banken om hun kredietverlening voort te zetten. In elk van deze gevallen beroept de bank zich (impliciet of expliciet) op haar bevoegdheid in de algemene voorwaarden om de relatie op elk gewenst moment te beëindigen. De uitoefening van die (op zichzelf niet onredelijke) bevoegdheid wordt getoetst aan de goede trouw. Als een bank plotseling, zonder enige voorafgaande waarschuwing en met onmiddellijke ingang alle financiële faciliteiten opzegt, wordt dat in strijd geacht met de goede trouw, ook al heeft de bank volgens de bankvoorwaarden daartoe het recht.²⁴¹ Dit is temeer het geval als een stopzetting van de kredietverlening het faillissement van de wederpartij betekent; in dat geval kan de bank ook niet stil blijven zitten, maar moet actief naar een oplossing worden gezocht.²⁴² Ook het feit dat een mogelijke fout in de risicosfeer van de bank (een mogelijk foutieve taxatie) de grondslag is van de vermindering van de kredietverlening kan de balans in het voordeel van de cliënt doen doorslaan.²⁴³

277. Niet alleen in de bankbranche komt de 'uitoefeningstoetsing' voor, een beroep op een beëindigingsbeding moet ook bij andere duur-overeenkomsten zoals de overeenkomst tussen een auto-importeur en een autodealer aan de goede trouw worden getoetst.²⁴⁴

Een ander voorbeeld: De algemene voorwaarden van een energiebedrijf bepalen dat in individuele gevallen een waarborgsom verlangd kan worden. De Geschillencommissie nutsbedrijven bepaalt dat het vragen van een waarborgsom uitzondering dient te zijn, en derhalve slechts kan plaatsvinden, als gereede twijfel bestaat omtrent de nakoming van betalingsverplichtingen. Het is niet toegestaan om van alle studenten een waarborgsom te eisen op grond van hun lage inkomen en algemene incasso-problemen.²⁴⁵ Anders gezegd: een willekeurig gebruik van een bevoegdheid die wordt ontleend aan de algemene voorwaarden is in strijd met de goede trouw.²⁴⁶

241. Rb 's-Gravenhage 7-12-83, KG 84, 27 (Valstar/Rabo-bank); de bank werd veroordeeld de kredietverlening voort te zetten. Dit was niet het geval in Pres. Rb Amsterdam 22-8-86, KG 86, 540: Bewilliging in het feitelijk verloop van de rekening-courant door bank (het krediet was fors hoger dan het kredietplafond, terwijl aflossing van het krediet was overeengekomen) vond onverplicht plaats. Rb Rotterdam 5-12-86, KG 87, 61 is zo ongeveer het spiegelbeeld van de eerstgenoemde uitspraak: er was in beide gevallen tijdig gewaarschuwd en de cliënt had in dit Rotterdamse geval niets gedaan om de gevraagde zekerheden te verschaffen. De opzegging was dan ook niet in strijd met de goede trouw; vgl. ook nog Rb Amsterdam 12-10-84, KG 84, 328; KG 89, 294; Rb Breda 3-2-86, KG 86, 129; Rb Groningen 19-4-89, KG 89, 294; Rb Middelburg 1-11-89, NJ90,460. In Rb Haarlem 20-1-87, KG 87, 505 was wel tijdig gewaarschuwd en kon de bank dan ook het krediet opzeggen.

242. Rb Rotterdam, 22-8-86, KG 86, 407. In diezelfde sfeer: Rb Zwolle, 19-6-87, KG 87, 333.

243. Pres. Rb Amsterdam, 20-4-84 (Leidsche Wol), TVVS 84, 256.

244. Hof Amsterdam, 26-1-89, KG 89, 118.

245. Geschillencommissie nutsbedrijven, 21-5-84, TvC 85, p. 44 m. nt. R. Overeem.

246. Vgl. ook HR 3-2-89, NJ 90, 476 (Ohra/Goilo): als een verzekeraar zich eerst op een bepaalde afwijzingsgrond beroept, die later onjuist blijkt te zijn, kan het in strijd zijn met de redelijkheid en billijkheid om later een beroep te doen op een andere afwijzingsgrond. Zie tevens Rb Zutphen, 28-11-85, KG 86, 9, waar de rechter let op het gebruik binnen het energiebedrijf in gevallen van betalingsonmacht. Het zonder nader overleg onderbreken van de energielevering is i.c. in strijd met de goede trouw. In hoger beroep komt het hof tot een andere conclusie: Hof Arnhem 23-6-86, KG 86, 316.

Ook in de verzekeringsbranche zijn voorbeelden van 'uitoefeningstoetsing' te vinden: Een verzekeraar kon zich beroepen op het volgende beding in voorwaarden voor kwijtschelding bij een hypothecaire geldlening:

"Geen kwijtschelding vindt plaats indien de debiteur onjuiste verklaringen heeft afgelegd met betrekking tot zijn gezondheid".

De verzekerde had een (lichte) suikerziekte niet opgegeven. Deze ziekte is niet zó onbeduidend gebleken dat een beroep op het beding in strijd met de goede trouw zou zijn.²⁴⁷ Op een beding in verzekeringsvoorwaarden inhoudende dat de verzekerde binnen een jaar na afwijzing van zijn claim moet dagvaarden kon geen beroep worden gedaan door de verzekeraar die niet had gereageerd op een protest van de verzekerde en de termijn als 'valkuil' had gebruikt.²⁴⁸

247. HR 14-10-88, NJ 89, 413 m.nt. JBMV (Wijnbergen en Joustra/WUH).

248. HR 20-4-90, NJ 90, 526 (OTOS/Jonkman).

HOOFDSTUK 7 DE OPEN NORM

7.1 Inleiding

278. In dit hoofdstuk komt de inhoud van de open norm aan de orde. Het gaat daarbij om het kernbegrip 'onredelijk bezwarend' en om de betekenis van de omstandigheden van het geval, te weten de aard en de overige inhoud van de overeenkomst, de wijze waarop de voorwaarden zijn tot stand gekomen, de wederzijds kenbare belangen en de overige omstandigheden van het geval. Hierbij komen ook drie beginselen van contractenrecht, zoals beschreven door Nieuwenhuis, ter sprake.

De open norm is zowel de basis voor de toetsing in het individuele geval als bij een collectieve actie. Wel is er verschil tussen de 'concrete toetsing' in het eerste geval en de 'abstracte toetsing' in het tweede geval.

7.2 Onredelijk bezwarend

279. Een beding in algemene voorwaarden is vernietigbaar als het (gelet op de omstandigheden) onredelijk bezwarend is voor de wederpartij, zo kan men de open norm samenvatten. Uit de formulering van de open norm is af te leiden dat gelet moet worden op 'de wederpartij', dat wil zeggen:

*"Het gaat om de bezwarendheid voor deze individuele contractuele wederpartij."*¹

Verder is uit deze formulering af te leiden dat het beding voor de wederpartij bezwarend, dat wil zeggen nadelig, moet zijn. Het nadeel behoeft echter niet van financiële aard te zijn.²

Ten derde blijkt uit de open norm dat een beding pas vernietigbaar is als het **onredelijk** bezwarend is. Op dit punt moet worden herinnerd aan hoofdstuk 6, waar bleek dat de inhoud van dit 'onredelijk bezwarend' in wezen hetzelfde is als de inhoud van de norm 'redelijkheid en billijkheid'.³ De term 'onredelijk bezwarend' biedt nog niet zo veel houvast. Om dit 'onredelijk bezwarend' meer inhoud te kunnen geven besteed ik nu eerst aandacht aan het Duitse recht. In de volgende paragraaf komen de in de open norm genoemde omstandigheden aan de orde.

De Duitse open norm

1. Wessels/Jongeneel, nr. 56.
2. MvT Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1580.
3. Zie nr. 243.

280. Vergelijking met de Duitse open norm leert dat deze iets meer houvast biedt. Maatstaf voor de inhoudelijke toetsing in ' 9 Abs. 1 is dat een beding de wederpartij "*entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligt*". Dit is volgens Heinrichs een maatstaf die het midden houdt tussen enerzijds 'een redelijke belangenafweging' en anderzijds slechts een misbruiktoetsing.⁴

Evenals in Nederland is de open norm dus een uitwerking van de goede trouw.⁵ In Abs. 2 is dit nader gespecificeerd. Bij twijfel⁶ moet namelijk een onredelijke benadeling worden aangenomen:

1. bij het afwijken van wezenlijke grondgedachten van de wettelijke regeling, waarvan wordt afgeweken;
2. als wezenlijke rechten en plichten die uit de aard van de overeenkomst volgen zo worden beperkt dat het bereiken van het doel van de overeenkomst in gevaar komt.

281. In ' 9 Abs. 2, Nr. 1 gaat het AGBG er van uit dat het aanvullend recht een voorbeeldfunctie heeft bij de beoordeling van bedingen in algemene voorwaarden. Onder aanvullend recht wordt in dit verband verstaan: de wet,⁷ maar ook de algemene bepalingen van het AGBG (' 2, 4, 5 en 6)⁸ en het ongeschreven recht.⁹ Als ongeschreven beginselen die *wezenlijke grondgedachten van de wettelijke regeling* uitdrukken heeft de rechtspraak o.a. erkend¹⁰:

- het 'Äquivalenzprinzip': dit betreft de gelijkwaardigheid van de door beide partijen te leveren prestatie;¹¹
- de 'Dispositionsfreiheit' van de koper: niet de verkoper maar de koper mag de aard en hoeveelheid van de te leveren zaken bepalen;¹²
- het beginsel dat bij 'vorvertragliche Beratung' geen kosten verschuldigd zijn;¹³
- het beginsel dat bij voortijdige beëindiging van een overeenkomst de wederzijdse hoofdverplichtingen moeten vervallen.¹⁴

4. RWS-Forum, p.27; beide uitersten, maar vooral veel formuleringen daar tussenin waren in vroegere rechtspraak te vinden.

5. Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen 9, Rdnr. 73.

6. Kötz merkt op dat 'twijfel' bij de rechter niet te verwachten is. Toch is Abs.2 nuttig, omdat het de mogelijkheid geeft om bij de reeds in de rechtspraak ontwikkelde maatstaven voor de daarin genoemde verschillende 'Fallgruppen' aan te sluiten; Kötz in Münch. Komm.-Kötz, 9, Rdnr. 12.

7. Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen 9, Rdnr. 125.

8. Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen 9, Rdnr. 126.

9. Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen 9, Rdnr. 127; Palandt-Heinrichs, 9, Anm. 3c. Vgl. BGH, 12-3-87, BGHZ 100, 157 = NJW 1987, 1931: 9 omvat ook elk beginsel dat door uitleg, analogie en "Rechtsfortbildung" (rechtsverfijning) uit de wettelijke voorschriften wordt afgeleid.

10. De voorbeelden zijn ontleend aan Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen 9, Rdnr. 127.

11. Een regeling die de gebruiker het recht geeft tot prijsverhoging zonder de wederpartij het recht te geven tot ontbinding (i.c. een 'Tagespreisklausel' in de autohandel) is hiermee in strijd: BGH, 7-10-81, AGBE II, 9, nr. 90 = NJW 1982, 331. Vgl. ook BGH, 20-5-85, NJW 1985, 2270, BGH, 6-2-85, NJW 1985, 3013 = BGHZ 93, 358 = ZIP 1985, 478 = AGBE V, 9, nr. 46 en BGH, 9-10-85, NJW 1986, 179 = BGHZ 96, 103.

12. BGH, 1-12-81, AGBE II, 9, nr. 120 = NJW 1982, 644, waarin het ging om het recht van een grossier van kranten en tijdschriften om het assortiment te bepalen. Zie ook: OLG Frankfurt, 22-4-83, AGBE IV, 9, nr. 123 = DB 1983, 1482 = BB 1983, 2146 = ZIP 1983, 702 over het beding *Naar keuze van M. worden nieuwe of gebruikte onderdelen gebruikt*. Vgl. ook BGH, 21-12-83, NJW 1984, 1182 = AGBE IV, 9, nr. 119 = BGHZ 89, 211.

13. BGH, 3-12-81, NJW 1982, 765 = ZIP 1982, 184. Het gaat in deze uitspraak om reparatievoorwaarden die inhouden dat een prijsopgaaf in rekening kan worden gebracht als de reparatie niet volgt. Men kan dit volgens het BGH alleen uitdrukkelijk overeenkomen en niet enkel door een beding in de algemene voorwaarden.

14. BGH, 5-4-78, AGBE I, 9, nr. 84, 125 = NJW 1978, 1432.

De rechtspraak heeft wat betreft de voorbeeldfunctie van het aanvullend recht wel het onderscheid gemaakt tussen doelmatigheidsregels en regels met een wezenlijke gerechtigheidssinhoud,¹⁵ maar dit onderscheid wordt in de literatuur bestreden.¹⁶ Brandner wil in plaats daarvan de vraag als uitgangspunt nemen of de regeling waarvan wordt afgeweken een wezenlijke beschermingsfunctie ten behoeve van de wederpartij heeft of wezenlijke ordeningsideeën van het geldende recht vertegenwoordigt. Dit verschilt per soort overeenkomst.¹⁷ Voor overeenkomsten die niet in de wet geregeld zijn (leasing, factoring etc.) en voor variaties op wel geregelde typen (koop van tweedehands auto etc.) bestaan geen wettelijke 'Leitgedanken'. De inhoudstoetsing moet zich dan oriënteren op de economische samenhangen en de reeds genoemde 'wezenlijke ordeningsideeën' van het geldende recht.¹⁸

Bij de vraag of een beding van wezenlijke grondgedachten van het aanvullend recht afwijkt is tenslotte van belang of aan de wederpartij al dan niet in belangrijke mate zijn rechten en zijn bescherming wordt ontnomen.¹⁹

282. ' 9, Abs. 2, Nr. 2 is geschreven voor de overeenkomsten die geen wettelijke regeling hebben.²⁰ Wezenlijke rechten en verplichtingen zijn niet alleen de hoofdverplichtingen in een wederkerige overeenkomst, maar ook nevenverplichtingen die voor de bescherming van de wederpartij van wezenlijk belang zijn. De wezenlijke betekenis van een plicht blijkt in het bijzonder uit het feit dat bij de schending van de plicht grote schade voor de wederpartij dreigt.²¹ Vereist wordt dat het economische doel van de overeenkomst geheel of gedeeltelijk niet bereikt dreigt te worden.²² De bepaling is vooral voor exoneratieclausules van belang gebleken.²³ Welke 'wezenlijke rechten en verplichtingen' uit de aard van de overeenkomst volgen wordt (bij niet wettelijk geregelde overeenkomsten) bepaald door de verkeersopvattingen. Ontbreken toepasselijke normen, dan moet de rechter uit-

-
15. O.a. BGH, 4-7-70, BGHZ 54, 106, 109; BGH, 21-12-83, NJW 1984, 1182 = AGBE IV, § 9, nr. 119=BGHZ89, 211. De kring van de regels met een 'gerechtigheidssinhoud' wordt ruim getrokken. Ook de regels m.b.t. verjaring vallen er onder: BGH, 17-1-90, NJW 1990, 2065.
 16. Palandt-Heinrichs, § 9, Anm. 3d; Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen § 9, Rdnr. 124; Wolf/Horn/Lindacher, § 9, Rdnr. 65.
 17. Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen § 9, Rdnr. 124.
 18. Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen § 9, Rdnr. 129.
 19. Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen § 9, Rdnr. 129. Zie BGH, 11-6-79, AGBE I, § 9, nr. 70=NJW 1979, 1886 = BGHZ 74, 383. De koper van een tweedehands auto is niet geheel rechteloos of zonder bescherming, want hij kan door middel van een proefrit de belangrijkste gebreken vaststellen en eventueel een garantie vragen m.b.t bepaalde eigenschappen. Zie nader noot 55.
 20. Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen § 9, Rdnr. 122. Voor de overeenkomsten die wel een wettelijke regeling hebben geldt het als *lex specialis* ten opzichte van Abs. 2, Nr. 1, aldus Palandt-Heinrichs, § 9, Anm. 4a; dit is omstreden.
 21. Palandt-Heinrichs, § 9, Anm. 4c. Vgl. ook BGH, 20-6-84, NJW 1985, 914: In een raamovereenkomst m.b.t. 'Tankschecks' is bedongen: *De klant of ontvanger is aansprakelijk voor misbruik of gebruik in strijd met de overeenkomst van UTS (=tankcheques)*. Het BGH acht het beding in strijd met § 9 Abs. 2 Nr. 2. Een wezenlijke verplichting in de zin van § 9 AGBG behoeft niet altijd een hoofdverplichting te zijn.
 22. Palandt-Heinrichs, § 9, Anm. 4d; Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen § 9, Rdnr. 133.
 23. Palandt-Heinrichs, § 9, Anm. 4e en Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen § 9, Rdnr. 134.

gaan van de normale gerechtvaardigde verwachtingen bij de betrokken kringen van contractanten.²⁴

283. Enige voorbeelden van bedingen waarbij ' 9 Abs. 2 werd toegepast:

- Het beding in een onderhoudscontract voor computers luidt: *Rijtijd geldt als werktijd*; dit is in strijd met het 'gesetzlichen Leitbild des Werkvertrages' (Abs. 2 **Nr. 1**). Voor in de risicosfeer van de gebruiker vallende nevenprestaties mogen alleen de werkelijke kosten in rekening worden gebracht.²⁵
- In de voorwaarden van de Bundesrepublik ter aanvulling van de VOB²⁶ staat:
In geval van te veel uitbetaalde bedragen moet de opdrachtnemer over het terug te betalen bedrag - zonder omzetbelasting - een rente betalen van 4% per jaar sinds de ontvangst van de betaling.

24. Palandt-Heinrichs, § 9, Anm. 4b; vgl. Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen § 9, Rdnr. 130.

25. BGH, 5-6-84, NJW 1984, 2160 = BB 1984, 3121. De uitspraak is omstreden, zie bijvoorbeeld Ulmer, RWS-forum, p. 12. Zie ook nr. 303.

26. Verdingungsordnung für Bauleistungen; te vergelijken met de Nederlandse UAV.

Het beding is in strijd met '9 Abs. 2 **Nr. 1** (zowel in het handelsverkeer als in het niet-handelsverkeer). Het wijkt af van de regels over ongerechtvaardigde verrijking ('818 e.v. BGB), volgens welke alleen het werkelijk genoten voordeel behoeft te worden afgegeven. Vaak zal de ontvanger wel voordeel hebben, maar het beding laat geen tegenbewijs toe.²⁷

- In de algemene voorwaarden van een veilinghuis staat dat de verkoop kan plaatsvinden tegen een prijs die 10% lager is dan de met de opdrachtgever overeengekomen limiet en dat limieten onder DM 1000,- niet vast worden toegezegd. Deze bedingen zijn in strijd met '9 Abs. 2 **Nr. 2**. Het doel van de overeenkomst komt door deze bedingen in gevaar. De bedingen zijn met de grondgedachten van '3 en 4 in strijd.²⁸
- De uitsluiting van de aansprakelijkheid van een koelhuis voor schade als gevolg van het niet handhaven van de juiste temperatuur is nietig o.g.v. '9 Abs. 2 **Nr. 2**.²⁹
- Op de overschrijfformulieren van de banken staat bij het rekeningnummer *of op een andere rekening van de ontvanger**; de asteriks verwijst naar een voetnoot waarin het beding staat dat als de overschrijving op een andere dan de aangegeven rekening uitgesloten moet zijn, de desbetreffende woorden doorgehaald moeten worden. De koper van een huis uit een failliete boedel betaalt per bank, waarbij de genoemde 'Fakultativklausel' niet wordt doorgehaald. De bank van de failliet schrijft het bedrag bij op een andere rekening dan de aangegeven rekening, en compenseert dit met een ongedekt debetsaldo. De verkoper erkent de overschrijving niet als het voldoen aan de verbintenis. Het BGH vindt dat de 'Fakultativklausel' nietig is op grond van '9, Abs. 2, Nr. 2. Het beding benadeelt degene die geld overschrijft onredelijk, omdat het beding wezenlijke rechten en plichten die uit de aard van de Giro-overeenkomst voortvloeien zo beperkt, dat het bereiken van het doel van de overeenkomst in gevaar komt.³⁰

284. Net als bij de uitleg van algemene voorwaarden³¹ wordt ook bij de inhoudelijke toetsing in beginsel niet uitgegaan van de individuele wederpartij en zijn concrete omstandigheden, maar van de kring van wederpartijen waarvan de wederpartij deel uitmaakt.³² Zijn bij de gebruiker echter bijzondere omstandigheden van de wederpartij bekend (met de daaruit voortvloeiende belangen), dan kan de gebruiker zich niet beroepen op een beding dat met die bijzondere

27. BGH, 8-10-87, BGHZ 102, 41 = NJW 1988, 258.

28. LG Stuttgart, 30-9-81, AGBE II, 9, nr. 101.

29. BGH, 19-1-84, NJW 1984, 1350 = JZ 1984, 473.

30. BGH, 5-5-86, NJW 1986, 2428 = BGHZ 98, 24. Vgl. ook OLG Frankfurt, 4-5-83, AGBE IV, 9, nr. 6 = BB 1983, 1632 = NJW 1983, 1681. Dit betreft een beding inhoudende dat bij overschrijvingsopdrachten het aangegeven rekeningnummer van de ontvanger van de betaling als maatgevend mag worden gezien. Het belang van de bank moet wijken voor het belang van de wederpartij dat niet (grote) bedragen op de verkeerde rekening komen van een wellicht insolvent persoon.

31. Zie voor de 'objectieve uitleg' nr. 235.

32. Men noemt dit een 'Genereller Prüfungsmaßstab': Palandt-Heinrichs, 9, Anm. 1d of een 'überindividuell-generalisierende Betrachtungsweise': Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen 9, Rdnr. 75; Wolf/Horn/Lindacher, 9, Rdnr. 50. Dit is de heersende mening (Brandner, t.a.p., noot 152).

belangen in strijd is. Ook kan dan sprake zijn van een (eventueel stilzwijgende) individuele afspraak in de zin van ' 4'.³³

33. Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen 9, Rdnr. 77.

285. In het **handelsverkeer** geldt '9 als enige inhoudelijke toetsnorm.³⁴ Maatstaf is ook daar niet de beschermingsbehoefte in het enkele geval, maar een boven-individuele generaliserende benadering.³⁵ De 'geschäftserfahren Kaufmann' heeft niet dezelfde bescherming nodig als een consument. Een 'Kaufmann' die overeenkomsten van een bepaalde soort vaker sluit, is met de risico's beter bekend en meer in staat voorzorgsmaatregelen te nemen.³⁶ Dit geldt niet altijd, zoals blijkt uit de volgende uitspraak:

In de algemene voorwaarden bij een transportverzekering is bedongen:

Schendt de verzekeringnemer een in de overeenkomst overeengekomen Obliegenheit, dan is de verzekeraar niet verplicht te presteren, tenzij de verzekeringnemer aan de schending geen schuld heeft. ' 6 van het Versicherungsvertragsgesetz is niet van toepassing.

Het BGH acht het beding nietig op grond van '9, omdat reeds de geringste nalatigheid - onverschillig of deze überhaupt geschikt is om de positie van de verzekeraar te verslechteren - tot gevolg heeft dat de verzekeringnemer elke aanspraak op een uitkering verliest. Het BGH weegt hierbij de mogelijkheid dat de belangen van de verzekeraar in gevaar komen af tegen de uitwerking van het beding op de verzekeringnemer. Hierbij wordt opgemerkt dat ook de verzekeringnemer als 'Kaufmann' behoefte heeft aan bescherming. Ook een 'Kaufmann' die actief is op het gebied van het internationaal transport zal regelmatig niet weten welke maatregelen hij moet nemen in een bepaald buitenland en tot welke instanties hij zich moet wenden voor een 'ordnungsgemäße' vaststelling van de schade. Deze typische moeilijkheden maken ook een 'Kaufmann' 'schutzbedürftig'.³⁷

286. Hoewel de wettelijke formulering van de open norm in Duitsland wat meer houvast geeft dan in Nederland oordeelt de literatuur ook in Duitsland nog dat een nadere invulling van de open norm gewenst is. Ter gelegenheid van het 10-jarig bestaan van het AGBG merkte Heinrichs bijvoorbeeld op dat de inhoud van de open norm zo onbepaald is, dat deze de rechterlijke praktijk en het handelsverkeer geen bruikbare beslissingshulp biedt. Voor de waardering van het voorschrift acht hij daarom uiteindelijk niet de tekst van de norm maar haar gebruik en verdere ontwikkeling in de praktijk beslissend.³⁸

De betekenis van aanvullend recht

34. Er is echter wel een reflexwerking van § 10 en (in minder mate) van § 11 AGBG; zie nr. 441 e.v.

35. Vgl. nr. 284.

36. Palandt-Heinrichs, § 9, Anm. 5b.

37. BGH, 9-5-84, NJW 1985, 559. Er wordt schade geleden in Bulgarije op weg naar Irak. De tweede zin van het beding is nietig en wordt vervangen door § 6 VVG.

38. Heinrichs in: RWS-Forum, p. 28; voor een 'rechtstheoretischen Präzisierung' van § 9 AGBG acht Heinrichs het nog te vroeg.

287. Wat betreft de betekenis van het aanvullend recht zat het oorspronkelijke Nederlandse wetsontwerp meer op de Duitse lijn dan het eindresultaat. Een beding dat **overeenstemt** met het aanvullend recht zou namelijk volgens de oorspronkelijke formulering van de open norm niet getoetst kunnen worden. Deze toetsmogelijkheid is bij amendement in de wet gekomen.³⁹ Misschien tekenend voor het verschil tussen de Nederlandse en Duitse visie op 'de wet'?

Een belangrijker vraag lijkt mij wat rechtens is als een beding van aanvullend recht **afwijkt**. Moet zo'n beding met bijzonder wantrouwen worden benaderd? Is dit afwijken van aanvullend recht een indicatie van onredelijkheid of heeft het niets te betekenen? Men kan die vragen alleen beantwoorden vanuit een visie op het wezen van aanvullend recht. Hartkamp zegt daarover:

*"Het wezen van aanvullend of regelend recht is immers dat de wetgever de regel heeft opgesteld voor het geval partijen niet zelf een regeling hebben opgesteld."*⁴⁰

Dieper peilt Paul Scholten in zijn nog altijd actuele Algemeen deel:

Bij dwingend recht is er

*"... een waardering en een op grond dier waardering steunende gezagsuitoefening. In het aanvullend recht zijn deze beide er ook, doch zij verschillen: de waardering is zwakker, de gezagsuitoefening van andere aard dan bij het dwingende. Ook de wetgever die gemeenschap van goederen als dispositief recht voorschrijft, acht de toestand die bij zulk een regeling ontstaat, in het algemeen te verkiezen. Hij is zich echter bewust, dat de omstandigheden van die aard kunnen zijn, dat zijn oordeel niet meer juist is, hij laat daarom afwijking toe."*⁴¹

Er zijn volgens Scholten echter ook regels van aanvullend recht die niet zozeer een waardering als wel een ordening inhouden.⁴²

288. Met Scholten meen ik dat in regels van aanvullend recht een waardering van de wetgever tot uiting komt, maar dat er ook regels van aanvullend recht zijn die (voornamelijk) een orderingsdoel hebben.

De Duitse literatuur plaatst kanttekeningen bij het onderscheid tussen 'orderegels' en 'regels met een wezenlijke gerechtigheidinhoud'.⁴³

39. Amendement van het Tweede-Kamer-lid Korthals; VC II d.d. 28-1-85, Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1598 resp. p. 1599. blijkt dat hetzelfde resultaat in de oorspronkelijke tekst reeds bereikt kon worden op basis van de goede trouw: soms kan men zich niet te goeder trouw op een regel van regelend recht beroepen, waarbij het niet uitmaakt of die regel al dan niet in de algemene voorwaarden is overgenomen. Volgens HR 13-11-87, NJ 88, 254 (Medehuurder) kan het zelfs gebeuren dat een beroep op een regel van dwingend recht in strijd is met de goede trouw.

In Duitsland kunnen bedingen die met aanvullend recht overeenstemmen (zogenaamde 'Deklaratorische Klauseln') niet getoetst worden op grond van § 8 AGBG.

40. Asser-Hartkamp II, nr. 246. In ditzelfde nummer wijst Hartkamp erop dat door de inhoudelijke toetsing van algemene voorwaarden het verschil tussen dwingend en aanvullend recht vervaagt.

41. P. Scholten, Asser-Scholten, Algemeen deel, derde druk, met feitelijke gegevens aangevuld door G.J. Scholten, Zwolle (1974), p. 20-21.

42. Scholten, t.a.p., p. 21; hij noemt als voorbeeld art. 1429 BW (oud): een schuld moet worden betaald ten huize van de schuldeiser. "... dan is dat niet omdat hij (de wetgever, rhc) het zoveel beter vindt, dat de schuldenaar dit loopje doet, maar omdat het nodig is uit te maken, wie het doen moet."

Inderdaad zijn er 'orderegels' waarin toch ook een gerechtigheidsaspect meespeelt; het onderscheid is niet messcherp te maken, het is een kwestie van meer of minder.

Brandners uitgangspunten, namelijk dat niet mag worden afgeweken van regels die een 'wezenlijke beschermingsfunctie ten behoeve van de wederpartij' hebben of 'wezenlijke ordeningsideeën van het geldende recht' bevatten,⁴⁴ wijken echter m.i. niet zo sterk af van het standpunt in de Duitse rechtspraak of het standpunt zoals ik dat hierboven heb ingenomen.

Mijn conclusie is dat men bij algemene voorwaarden die afwijken van aanvullend recht moet nagaan hoe sterk de waardering van de wetgever is. Hoe meer een regel een 'orderegel' is, hoe minder afwijking daarvan in algemene voorwaarden bezwaar ontmoet.

Het afwijken van aanvullend recht is dus niet zonder meer een indicatie voor onredelijke bezwarendheid, maar slechts als er in de regel een waardering van de wetgever besloten ligt.⁴⁵ Hondius heeft er verder nog op gewezen dat alleen een '**niet-verouderde**' regel van aanvullend recht "... een nuttige hulpmaatstaf bij de beoordeling van algemene voorwaarden" kan zijn.⁴⁶

Een Europese open norm

289. Op 3 september 1990 verscheen een voorstel voor een Europese Richtlijn betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten. Het hart van deze concept-richtlijn is - evenals dit bij de Nederlandse en Duitse wet het geval is - een open norm, die als volgt luidt:

"Art. 2

In deze richtlijn wordt:

1. *een beding in een overeenkomst als oneerlijk beschouwd indien het, op zichzelf of in combinatie met een ander beding of bedingen van dezelfde overeenkomst of van een andere overeenkomst waarvan deze met weten van de persoon of personen die de eerstgenoemde overeenkomst met de consument hebben gesloten, afhankelijk is:*
 - *het evenwicht tussen de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen van de partijen ten nadele van de consument aanzienlijk verstoort.*
 - *ertoe leidt dat de uitvoering van de overeenkomst overmatig in het nadeel van de consument uitvalt of*
 - *ertoe leidt dat de uitvoering van de overeenkomst aanzienlijk afwijkt van hetgeen de consument rechtmatig kon verwachten of*
 - *onverenigbaar is met de eisen van goede trouw. (...)"⁴⁷*

Dit wordt uitgewerkt in een lijst van typen oneerlijke bedingen. De inhoud van 'oneerlijk' komt m.i. grotendeels overeen met 'onredelijk

44. Zie nr. 281.

45. Drie voorbeelden ter verduidelijking: een regel met een tamelijk zuiver ordeningskarakter is art. 6:116 (betaling aan de woonplaats van de schuldeiser). Een regel met een gemengd karakter lijkt mij art. 6:111 (betaling geldsom naar nominaal bedrag). Een regel met een tamelijk sterk gerechtigheidsaspect is bijvoorbeeld art. 3:44 (wilsgebreken).

46. Hondius, NJV, p. 164.

47. Voorstel van 3 september 1990, Com (90) 322 def., p. 68.

bezwarend'. Dat geldt in ieder geval voor het eerste, tweede en vierde streepje. In het derde streepje is ons art. 6:237 onder b te herkennen. Ook de in de open norm genoemde omstandigheden zijn deels te herkennen: de overige inhoud in het geciteerde lid 1 en in lid 5 en de 'overige omstandigheden' eveneens in lid 5. Omdat het hier nog maar om een voorstel gaat, zie ik af van een verdere bespreking.

7.3 Omstandigheden

De Nederlandse parlementaire geschiedenis

290. De term 'onredelijk bezwarend' bleek erg 'open'. Art. 6:233 onder a noemt echter een aantal omstandigheden waarvan de beoordeling van een beding afhankelijk is. Een analyse van deze omstandigheden kan uitwijzen of zij een nadere invulling geven van de open norm, en zo ja, welke. Om te beginnen geef ik een overzicht van de parlementaire geschiedenis.

De eerste in art. 6:233 onder a genoemde omstandigheid is de **aard van de overeenkomst**. Over de invloed die de aard van de overeenkomst kan hebben is in de MvT niets te vinden. De aard wordt direct gekoppeld aan de overige inhoud van de overeenkomst, hoewel dit m.i. toch verschillende dingen zijn.

De **overige inhoud van de overeenkomst** wordt in de MvT genoemd als rechtstreeks voortvloeiend uit het concrete karakter van de toetsing aan de open norm.

"... zo zal onder omstandigheden de hoogte van de prijs of een voor de wederpartij uitgesproken en ongewoon gunstig beding, met name indien dit verband houdt met het bekritiseerde beding, het onredelijk bezwarende karakter van dit laatste kunnen wegnemen."⁴⁸

De **wijze waarop de voorwaarden zijn tot stand gekomen** is door de Vaste kamercommissie voor Justitie in het Eindverslag als omstandigheid naar voren geschoven,⁴⁹ aangezien deze in de rechtspraak met name als toetsingsfactor werd genoemd, terwijl ook in de MvT was opgemerkt dat hiermee rekening gehouden kan worden. De **wederzijds kenbare belangen** worden in de MvT gekoppeld aan het concrete karakter van de open-norm-toets. Als voorbeeld van wederzijds kenbare belangen wordt genoemd: de noodzaak voor de gebruiker om een rationele administratie te voeren. Als de gebruiker met erg veel wederpartijen te maken heeft, kan hij er belang bij hebben zijn administratie niet extra te moeten compliceren door rekening te houden met verrekening van eventuele tegenvorderingen.

48. MvT Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1580.

49. EV II Inv.; de regering nam de suggestie over in Nota II Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1591 resp. 1596.

Uitsluiting van compensatie kan dan gerechtvaardigd zijn.⁵⁰ Niet kenbaar zijn volgens de MvT:

"... de economische positie of de afhankelijkheid van voorschakels van een ondernemer,⁵¹ dan wel de draagkracht of gezinsomstandigheden van een particulier."⁵²

De **overige omstandigheden van het geval** worden reeds in de MvT als restcategorie aangeduid. Volstaan wordt met een voorbeeld van een exoneratieclausule. De redelijkheid daarvan kan mede afhankelijk zijn van 'overige omstandigheden' zoals:

50. Zie echter hierover Wessels/Jongeneel, nr. 156.

51. In de Nota II Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1731, wordt gedifferentieerd ten aanzien van de kenbaarheid van afhankelijkheid van de voorschakel. Kenbaar is bijvoorbeeld dat een autofabriek de constructie kan wijzigen. Niet kenbaar is de afhankelijkheid die voortvloeit uit de contractuele verhouding tussen gebruiker en voorschakel, bijvoorbeeld het voorbehouden van een grote speling in levertijd door de voorschakel.

52. MvT Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1580.

"... de vraag of het risico had kunnen worden verzekerd, op wiens weg dit had gelegen, of een redelijk aanbod daartoe van de hand is geweest, etc."⁵³

Omstandigheden: de Duitse rechtspraak

291. Bij de toetsing aan ' 9 wordt evenals bij de toetsing aan art. 6:233 onder a rekening gehouden met de omstandigheden van het geval.

In de volgende nummers volgt een overzicht van de omstandigheden waaraan in de Duitse literatuur en rechtspraak betekenis wordt gehecht. Eén en ander is zoveel mogelijk geordend volgens het lijstje van omstandigheden in art. 6:233 onder a.

aard van de overeenkomst

292. Volgens de literatuur en de rechtspraak moet bij de toepassing van ' 9 worden gelet op het onderwerp, het doel en de eigen aard van de overeenkomst.⁵⁴ Ook binnen een bepaalde soort overeenkomst kunnen er nog verschillen zijn. Bij koop maakt het bijvoorbeeld uit of het nieuwe of gebruikte zaken betreft.⁵⁵ Het feit dat een overeenkomst een duurovereenkomst is, kan meebrengen dat bepaalde belangen extra beschermenswaardig zijn.⁵⁶

Wat de invloed van de aard van de overeenkomst betreft een enkel voorbeeld uit de rechtspraak: boeteclausules zijn in een exclusief contract of bij verplichtingen om niet te doen wel aanvaardbaar, maar als zij bovenmatig in de handelingsvrijheid van de wederpartij ingrijpen niet.⁵⁷

overige inhoud van de overeenkomst

53. MvT Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1580.

54. Palandt-Heinrichs, § 9, Anm. 2d; BGH, 8-1-86, NJW 1986, 2102.

55. BGH, 11-6-79, AGBE I, § 9, nr. 70 = NJW 1979, 1886 = BGHZ 74, 383. Het betreft de verkoop van een tweedehands auto aan een particulier. Het bestreden beding luidt: Gebruikt, zoals bezichtigd en onder uitsluiting van elke garantie. Het BGH acht dit beding geldig; de onderzoeksmogelijkheden en de onderzoeksplicht van de verkoper zijn beperkt. De koper kan door middel van een proefrit de belangrijkste gebreken vaststellen en eventueel een garantie vragen m.b.t. bepaalde eigenschappen.

56. Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, § 9, Rdnr. 119.

57. Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen § 9, Rdnr. 79 met verwijzing naar BGH, 18-4-84, NJW 1985, 57 = WM 1984, 931. Het betrof in de genoemde uitspraak de verhuur van bedrijfsruimte. Bij voortijdige beëindiging met wederzijds goedvinden was een contractuele boete verschuldigd van twee maanden huur. De huur was i.c. voortijdig beëindigd i.v.m. een ernstige ziekte van de huurder.

293. Als een beding nog net toelaatbaar is, kan een **ander beding** dat ook bezwarend is de nietigheid van beide bedingen veroorzaken.⁵⁸ Een voorbeeld:

- Een beding in een overeenkomst tot het opstellen van automaten dat de opsteller een automaat weg mag halen bij een te geringe opbrengst is op zichzelf al twijfelachtig, maar hier komt nog een vrijwel onbeperkt exclusiviteitsbeding bij. De horeca-exploitant kan dus ook geen andere automaat neer laten zetten. Dit maakt beide bedingen nietig.⁵⁹

Ook het omgekeerde is mogelijk. Een op zichzelf beschouwd onredelijk beding kan door een ander beding worden gecompenseerd, maar dit kan in beginsel alleen als de bedingen met elkaar samenhangen.⁶⁰

Voorbeelden van een samenhang tussen bedingen die het mogelijk maakt dat een bezwarend beding wordt gecompenseerd:

- Naast een bevoegdheid tot prijsverhoging is in de algemene voorwaarden een ontbindingsrecht voor de wederpartij opgenomen.⁶¹
- Een eigendomsvoorbehoud wordt beperkt door een vrijgave-clausule voor het geval de zekerheid meer dan 20% hoger is dan de vordering.⁶²
- Een tienjarige contractduur bij een overeenkomst tot het opstellen van automaten is niet onredelijk, omdat de wederpartij zich hiervan bewust moet en gezien de andere voorwaarden: de eigenaar/pachter van een horeca-gelegenheid krijgt een deel van de opbrengst.⁶³
- Een prijsverhogingsclausule in een langdurig afnamecontract m.b.t. smeermiddelen wordt gecompenseerd door het feit dat de gebruiker een lening en apparatuur aan de wederpartij heeft verstrekt.⁶⁴

Een geval waarin een bezwarend beding niet werd gecompenseerd door een voordelig beding is het volgende geval:

- Een autofabrikant bedingt in zijn algemene voorwaarden jegens autodealers het recht om ten alle tijde de garantie te wijzigen. Dit is ook in het handelsverkeer onredelijk. De bevoegdheid van de dealer de overeenkomst ten alle tijde op te zeggen neemt de onredelijkheid van de wijzigingsbevoegdheid niet weg. Dit gezien de investeringen die de dealer heeft gedaan en de andere nadelen bij beëindiging van de overeenkomst.⁶⁵

58. Palandt-Heinrichs, § 9, Anm. 2e; Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen § 9, Rdnr. 81.

59. BGH, 6-10-82, AGBE III, § 9, nr. 96 = NJW 1983, 159, 160.

60. Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen § 9, Rdnr. 81; Palandt-Heinrichs, § 9, Anm. 2e.

61. BGH, 1-2-84, NJW 1984, 1180 = BGHZ 90, 69, 78. Vgl. art 6:236 onder i.

62. BGH, 20-3-85, NJW 1985, 1836.

63. BGH, 29-2-84, NJW 1985, 53.

64. BGH, 16-1-85, BGHZ 93, 252 = NJW 1985, 853. Zie in deze categorie ook nog BGH, 9-11-89, NJW 1990, 761: een aansprakelijkheidsbeperking voor meegebrachte zaken van een ziekenhuis wordt gezien

in verband met het beding dat het de patiënt niet is toegestaan waardevolle zaken naar het ziekenhuis mee te brengen.

65. BGH, 26-11-84, NJW 1985, 623 = ZIP 1985, 161. Een ander geval is BGH, 18-6-79, AGBE I, § 9, nr. 71.

294. Het '**prijsargument**', d.w.z. dat een onredelijk beding gerechtvaardigd wordt door een lagere prijs, wordt in Duitsland in beginsel niet erkend.⁶⁶ Zelfs als de omvang van een prijsverlaging die resulteert uit een risicoverschuiving kan worden vastgesteld, is de bewering dat een exoneratiebeding wordt gecompenseerd door een prijsverlaging oncontroleerbaar.⁶⁷

Een uitzondering geldt in geval de wederpartij kan kiezen tussen een lagere prijs met een bezwarend beding of een hogere prijs zonder dat beding⁶⁸ en in gevallen waarin het verband tussen het dragen of uitsluiten van een risico en de prijs voor de gehele klantenkring duidelijk is, zoals bij parkeerplaatsen en de levering van elektriciteit.⁶⁹

Het niet erkennen van het prijsargument blijkt te worden ondersteund door de ervaringen: het invoeren van gunstiger algemene voorwaarden heeft niet tot een prijsverhoging geleid.⁷⁰

wijze van totstandkoming

295. Het feit dat algemene voorwaarden **tweezijdig** zijn, dat wil zeggen dat overleg is gevoerd tussen (organisaties van) gebruikers en wederpartijen, heeft een meer terughoudende toetsing tot gevolg. Een nadelig beding wordt eerder gecompenseerd door een voordelig beding elders in de voorwaarden.⁷¹ Het BGH heeft bijvoorbeeld over de ADSp (Allgemeine Deutsche Spediteurbedingungen) gezegd dat bij de beoordeling van een bepaald beding het doel ervan moet worden gezien in het geheel van de regeling. Nodig is een totale waardering van de aan het in de ADSp gegeven aansprakelijkheids- en verzekeringssysteem ten grondslag liggende economische verhoudingen; er kan geen aparte beoordeling van een enkel beding plaatsvinden.⁷²

Bunte heeft voorgesteld nog een stap verder te gaan en alleen een 'Grobkontrolle' toe te passen bij tweezijdige algemene voorwaarden.⁷³ Ulmer heeft zich daartegen verzet, aangezien ook tweezijdige voorwaarden nog onredelijke bedingen blijken te bevatten.⁷⁴

66. Aldus reeds BGH, 29-10-56, BGHZ 22, 90, 98; zie Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen 9, Rdnr. 103 en Kötz in Münch. Komm.-Kötz, 9, Rdnr. 7.

67. Vgl. Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen 9, Rdnr. 102, met o.a. verwijzing naar Kliese, Rechtsprobleme der AGB in Wirtschaftswissenschaftlicher Analyse, 1966, p. 48ff.

68. Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen 9, Rdnr. 104, 119; Kötz in Münch. Komm.-Kötz, 9, Rdnr. 9. Palandt-Heinrichs, 9, Anm. 2g; BGH, 12-5-80, AGBE I, 9, nr. 42 = NJW 1980, 1953 = BGHZ 77, 126. Zie ook de in nr. 300 besproken uitspraak over het 'renovieren' van woningen: BGH, 1-7-87, NJW 1987, 2575 met een op dit punt kritische noot van Niebling, NJW 1987, 2564.

69. Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen 9, Rdnr. 104.

70. Ulmer in: RWS-Forum, p. 4, vgl. Ulmer-Brandner/Hensen, 9, Rdnr. 10 e.v. met verdere verwijzingen.

71. Palandt-Heinrichs, 9, Anm. 2e.

72. BGH, 9-10-81, AGBE II, 9, nr. 24a = NJW 1982, 1820.

73. Bunte, Zehn Jahre AGBG, p. 923.

74. Ulmer in: RWS-Forum, p. 17, met verwijzing naar o.a. de uitspraak over de 'Tagespreis': BGH, 7-10-81, AGBE II, 9, nr. 90 = NJW 1982, 331 = BGHZ 82, 21 = ZIP 1982, 71 (zie hierover nr. 381 e.v.). Over de desbetreffende voorwaarden was onderhandeld met de Duitse automobielclub, de ADAC.

296. Algemene voorwaarden die vooraf zijn goedgekeurd door een overheidsinstantie zijn in volle omvang aan de toetsing van het AGBG onderworpen.⁷⁵

Het feit dat een beroepsorganisatie (bijvoorbeeld van artsen, advocaten of belastingconsulenten) richtlijnen geeft m.b.t. algemene voorwaarden, heeft tot gevolg dat de gebruiker die zijn voorwaarden bezwarender maakt dan deze 'Standesrichtlinien' handelt in strijd met ' 9.⁷⁶

wederzijds kenbare belangen

75. Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen 9, Rdnr. 49, 120: voorwaarden die aan 'behördlichen Vorkontrolle' zijn onderworpen zijn 'nicht privilegiert'; zie voor de gevolgen m.b.t. verrassende bedingen nr. 339.

76. Palandt-Heinrichs, 9, Anm. 2f met verwijzing naar OLG Hamburg, 12-7-67, NJW 1968, 302, 303 (exoneratie van een 'Steuerberater'). Brandner wijst er in Ulmer/Brandner/Hensen 9, Rdnr. 114 op dat dergelijke 'Standesrichtlinien' slechts een minimum betekenen.

297. Voor de inwerkingtreding van het AGBG vond men in de rechtspraak van het BGH overwegingen met de strekking dat degene die algemene voorwaarden opstelt de contractsvrijheid - voor zover bestaand in het vormgeven van de overeenkomst - alleen voor zich op-eist en dat hij daarom naar 'Treu und Glauben' verplicht is reeds bij het formuleren van de algemene voorwaarden met de belangen van de wederpartij rekening te houden.⁷⁷

De belangen van gebruiker en wederpartij nemen ook in het AGBG een belangrijke plaats in. Als de belangen van partijen (afgezien van de hoofdverplichtingen) aanzienlijk uit balans zijn ten nadele van de wederpartij, is sprake van een 'unangemessene Benachteiligung' in de zin van ' 9'.⁷⁸

In het algemeen kan men zeggen dat de **wederpartij** er belang bij heeft dat de rechten die hij zonder het beding op grond van de wet zou hebben (mede gezien de aan de wet ten grondslag liggende beginselen) niet worden beperkt en dat het doel van de overeenkomst geen gevaar loopt; de formulering van ' 9 is hierop toegesneden. In de rechtspraak worden de belangen van de wederpartij daarom vaak niet expliciet genoemd. Een aantal gevallen waarin belangen van de wederpartij wel werden genoemd:

- De wederpartij heeft er belang bij niet gedwongen te zijn tot een overhaaste aansprakelijkstelling, zonder de feiten en het recht voorafgaand goed onderzocht te hebben⁷⁹ of tot het instellen van een procedure bij een gering belang.⁸⁰
- De wederpartij heeft belang bij duidelijkheid. Een fabrieksgarantie bij elektrische apparaten wekt de misleidende indruk dat de koper behalve de (beperkte) rechten die hij heeft jegens de fabrikant geen rechten (jegens de verkoper) heeft. Dit maakt het beding nietig o.g.v. ' 9'.⁸¹

Tegenover de belangen van de wederpartij staan de belangen van de **gebruiker**. Een greep uit de belangen die in de rechtspraak zijn erkend:

- De gebruiker heeft belang bij 'Rationalisering' (zie nr. 298).
- De gebruiker heeft er belang bij een investering terug te verdienen, zodat bijvoorbeeld een contractsduur van (minimaal) tien jaar bij de huur door een bedrijf van een telefooninstallatie geen onredelijke benadeling van de wederpartij is.⁸²

77. Een voorbeeld uit velen: BGH, 4-7-70, BGHZ 54, 106, 109.

78. Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen 9, Rdnr. 72.

79. Een verkorting van een verjaringstermijn van twee jaar tot drie maanden gaat daarom te ver: BGH, 19-5-88, NJW 1988, 2888; een zelfde argument is te vinden in de Nederlandse rechtspraak: Hof 's-Gravenhage, 23-10-81, NJ 82, 437.

80. BGH, 12-10-89, NJW 1990, 317. Het betrof de verhuur van vakantiehuisjes, waarbij de waarborgsom pas werd terugbetaald als binnen twee weken na vertrek geen verborgen beschadigingen waren ontdekt. Het risico dat niet is vast te stellen wie een bepaalde beschadiging heeft veroorzaakt en het procesrisico worden hier ten onrecht op de huurder afgewenteld.

81. BGH, 23-3-88, NJW 1988, 1726. Vgl. ook BGH, 14-7-88, BGHZ 105, 160 = NJW 1988, 2951 en vooral ook de reeds in nr. 200 besproken uitspraken waarin het Transparanzgebot is neergelegd; Zie ook nr. 309. In het algemeen kan men zeggen dat het tot de onredelijkheid van een beding kan bijdragen, wanneer het onduidelijk of onbepaald is, wanneer het de gebruiker een grote speelruimte geeft, of wanneer het bezwarende effect versluierd is. Anderzijds hoeft niet elke beperking die toch al uit de uitleg naar 'Treu und Glauben' volgt uitdrukkelijk in het beding te worden opgenomen. Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen 9, Rdnr. 92.

82. BGH, 13-2-85, NJW 1985, 2328 = WM 1985, 542. Tevens werd overwogen dat de termijn overeen komt met de termijn in een publiekrechtelijke regeling en dat het beding geen beschermenswaardige belangen van de huurder aantast.

- Een gebruiker heeft belang bij vrijheid in zijn 'strategie'; een autofabrikant heeft bijvoorbeeld een belang om zich wijzigen in of beëindiging van de productie van een bepaald type auto voor te behouden; dit weegt zwaarder dan het belang van de autodealer.⁸³
- De gebruiker heeft er belang bij dat schadevergoedingsvorderingen niet eerst na lange tijd worden ingesteld, wanneer de voor de vergoeding bepalende feiten moeilijk meer zijn te achterhalen.⁸⁴
- Een gebruiker heeft er belang bij een risico dat hij zelf niet kan beheersen, maar de wederpartij wel op die wederpartij af te wentelen (bijv. bij een bank: het risico van vervalsing bij verlies of diefstal van gegarandeerde cheques).⁸⁵

298. De gebruiker heeft belang bij **rationalisering** o.a. door vereenvoudiging van het arbeidsproces⁸⁶ of door het vereenvoudigen van de afwikkeling van contracten of door het voorkomen van processen.⁸⁷ Maar dit is natuurlijk geen belang waar elk belang van de wederpartij voor moet wijken, zoals ook blijkt uit de rechtspraak:

- In het zeevervoer moeten lange laad- en lostijden vermeden worden. De vervoerder kan de waarde, inhoud, afmetingen of het gewicht van de goederen niet zelf controleren en moet kunnen afgaan op de opgave van de verlader. Een beding dat inhoudt dat bij onjuiste opgave het dubbele is verschuldigd van de vrachtprijs die bij juiste opgave verschuldigd zou zijn, is onder deze omstandigheden geoorloofd.⁸⁸
- Bij een uitsluiting in inkoopvoorwaarden van elk eigendomsvoorbehoud van de verkoper wordt waarde gehecht aan de omstandigheid dat de inkoper meer dan 7000 leveranciers heeft en dat een eigendomsvoorbehoud zou nopen tot gescheiden opslag. Dit belang van de inkoper zijn voorraadbeheer te rationaliseren (en dus zaken van verschillende leveranciers niet gescheiden op te slaan) weegt zwaarder dan het belang van de verkoper bij hun eigendomsvoorbehoud, aangezien dit toch al een geringe waarde heeft, omdat het bij doorverkoop vervalt. Het feit dat er altijd een zekere tijd zal verlopen tussen levering en betaling is een kwestie van ondernemersrisico voor de leveranciers.⁸⁹

83. Het BGH spreekt over een recht van de fabrikant om zijn 'Modellpolitik' te bepalen: BGH, 26-11-84, NJW 1985, 623 = ZIP 1985, 161.

84. Het betreft de algemene voorwaarden voor het 'Güternahmeverkehr' waarin de verjaringstermijn wordt gesteld op drie maanden. Volgens de wet is de termijn twee jaar. Het BGH meent dat de ervaring leert dat de belangen van de gebruiker binnen een termijn van zes maanden voldoende kunnen worden behartigd: BGH, 19-5-88, NJW 1988, 2888. Vgl. voor het Nederlandse recht: HR 29-5-70, NJ 1970, 435 (Twaalhoven/Railway Passengers) en J.H. Wansink, Verval van een recht of een recht in verval, in: Om wille van de consument (Clausingbundel), Zwolle (1990), p.203-212.

85. OLG Frankfurt, 29-9-89, NJW 1990, 1184.

86. Palandt-Heinrichs, § 9, Anm. 2d; Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen § 9, Rdnr. 110.

87. Kötz in Münch. Komm.-Kötz, § 9, Rdnr. 20. Kötz noemt deze belangen in het kader van de behandeling van de toepassing van § 9 in het handelsverkeer. Als voorbeelden van bedingen die de afwikkeling van overeenkomsten vereenvoudigen en/of processen voorkomen noemt Kötz: bedingen m.b.t. een gefixeerde boete en compensatieverboden.

88. BGH, 28-9-78, NJW 1979, 105.

89. BGH, 29-10-80, AGBE I, § 9, nr. 16 = NJW 1981, 280 = BGHZ 78, 305.

299. **Belangen van derden** kunnen een rol spelen als de wederpartij voor de belangen van die derden verantwoordelijk is, of als hij door de benadeling van een derde zelf nadeel lijdt.⁹⁰

90. Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen 9, Rdnr. 117; Palandt-Heinrichs, 9, Anm. 2c. Een bank kan de haar gegeven zekerheden niet gebruiken om een derde te helpen (door vorderingen van die derde over te nemen) als de bank daarbij zelf geen economisch belang heeft, aldus BGH, 31-1-83, AGBE IV, 9, nr. 1 = NJW 1983, 1735. De toetsing betref hier echter niet een beding in algemene voorwaarden, maar de uitoefening daarvan. Maatstaf was dan ook 'Treu und Glauben', 9 242 BGB. Zie over uitoefeningstoetsing nr. 274 e.v.

Soms kan ook het belang van een collectiviteit van (andere) wederpartijen zwaarder wegen dan een individueel belang van een enkele wederpartij.⁹¹ Dit kan zich bijvoorbeeld voordoen bij verzekeringen of bij elektriciteitsleverantie.⁹²

300. In sommige gevallen kan een bepaalde last zowel op de gebruiker als op de wederpartij gelegd worden en bekijkt derechter wat **economisch het meest rationeel** is. Enige voorbeelden:

- De verplichting om een huurhuis te 'renoveren' (dat wil zeggen: behangen en schilderen) kan gelegd worden op de huurder of de verhuurder. Het BGH is van mening dat er in beginsel niets op tegen is dat de huurder volgens de algemene voorwaarden verplicht is tot 'renoveren'. Als de verhuurder deze kosten zou moeten dragen zou de huurder een overeenkomstig hogere huur moeten betalen.⁹³
- Bij reparatiewerkzaamheden aan een schip sluit een een scheepswerf in vergaande haar aansprakelijkheid uit. Het BGH accepteert dit o.a. omdat voor het schip een casco-verzekering geldt. Als de scheepswerf het risico zou moeten dragen zou dit tot dubbele verzekering leiden.⁹⁴
- Het beding

Bij de berekening van de af te leggen weg en de rijtijd wordt er in beginsel van uitgegaan dat de technicus van zijn zakenvestiging afkomstig is.

brengt een vereenvoudiging in de afrekening, die in het belang van alle klanten is: dit is geen onredelijke benadeling.⁹⁵

Kötz acht van groot belang wie van de partijen een risico kan beheersen. Als een patiënt bij de opname in een ziekenhuis de mogelijkheid heeft waardevolle zaken af te geven, is de patiënt degene die het risico van verlies of diefstal kan beheersen en is het dus een beding dat dat risico op de patiënt afwentelt niet snel onredelijk.⁹⁶ Ligt het risico geheel in de sfeer van de gebruiker (bijvoorbeeld bij de aansprakelijkheid voor schade als gevolg van het bijvullen van een olietank, aangenomen dat deze door werknemers van de gebruiker wordt bijgevuld) dan is het al snel onredelijk het risico op de wederpartij af te schuiven.

301. Soms hebben gebruiker en wederpartij **gelijke belangen**:

91. Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen 9, Rdnr. 79 en 117; Palandt-Heinrichs, 9, Anm. 2d; Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, 9, Rdnr. 103.

92. Door een afwijking in de netspanning valt een ventilator uit, hetgeen de dood betekent van 1933 kippen. De exoneratie van het energiebedrijf voor afwijkingen in de netspanning wordt door het BGH niet in strijd geacht met 242 BGB: BGH, 4-6-75 (dus voor i.w.tr. van het AGBG), BGHZ 64, 355.

Inmiddels mag een electriciteitsproducent (meestal tevens de leverancier) zich volgens het aan de EG-richtlijn aangepaste Nederlandse (en Duitse) recht niet meer exonereren voor letselschade en zaakschade in de privé sfeer, vgl. art. 12 van de Richtlijn (Pb L 210/29), art. 1407h BW (oud) = 6:192 NBW.

93. BGH, 1-7-87, NJW 1987, 2575, waarover kritisch: Niebling, NJW 1987, 2564-2565. In dit geval wordt dus het 'prijsargument' wel erkend, vgl. ook nr. 294 n.m. de laatste opmerking.

94. BGH, 3-3-88, NJW 1988, 1785 = BGHZ 103, 316. In diezelfde zin reeds BGH, BGHZ 33, 216. Zie over de verzekeraarbaarheid: Kötz in Münch. Komm.-Kötz, 9, Rdnr. 8-9; Palandt-Heinrichs, 9, Anm. 2h; Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen 9, Rdnr. 106-109.

95. OLG Frankfurt, 22-4-83, AGBE IV, 9, nr. 123 = DB 1983, 1482 = BB 1983, 2146 = ZIP 1983, 702.

96. Kötz in Münch. Komm.-Kötz, 9, Rdnr. 10, met verwijzing naar OLG Karlsruhe, NJW 1975, 597, 599. Rechtseconomen spreken hier wel van "the best cost-avoider". Vgl. BGH, 9-11-89, NJW 1990, 761, waarover nr. 305.

- Bij de beoordeling van een beding in een langdurig afnamecontract m.b.t. smeermiddelen dat de gebruiker de bevoegdheid gaf tot prijsverhoging wees het BGH wees erop, dat de belangen van gebruiker en wederpartij (detaillist) grotendeels gelijk gericht zijn, namelijk op de afzet van produkten aan consumenten. De gebruiker zal zijn prijs zo moeten vaststellen dat de wederpartij niet door een te hoge prijs gehinderd wordt bij zijn afzet. Deze situatie is anders dan wanneer de wederpartij consument is; dan bieden de concurrentieverhoudingen geen voldoende waarborg tegen bovenmatige prijsverhogingen.⁹⁷
- In het handelsverkeer kunnen zowel de gebruiker als de wederpartij belang hebben bij een snelle afwikkeling van overeenkomsten.⁹⁸

302. Ook bij **boetebedingen** vindt een belangenafweging plaats. Daarbij wordt vooral gekeken naar de evenredigheid tussen het met een boetebeding te beschermen belang en de boete. Dit blijkt uit het feit dat de volgende omstandigheden relevant werden geacht:

- de omstandigheid dat de boete geheel onafhankelijk is van de gevolgen van de vertraging⁹⁹ of het feit dat een redelijk verband tussen de boete en de mogelijke schade ontbreekt;¹⁰⁰
- de omstandigheid dat de boete zo hoog is vastgesteld dat de opdrachtnemer reeds bij een relatief korte duur van de overeenkomst zijn gehele 'Werklohn' verliest en zelfs bij moet betalen;¹⁰¹
- het feit dat het boetebeding niet tot een bepaalde periode beperkt is.¹⁰²

Bij de beoordeling van een boetebeding ter bestrijding van opzetcontracten in de bouw werd gelet op de volgende feiten:

- De kartel-instanties zijn bevoegd en kunnen ook een boete opleggen;
- Een 'dubbele dreiging', waarbij de gebruiker materieel voordeel heeft, is niet nodig.¹⁰³

303. Als een beding **gebruikelijk** is in een bepaalde branche is dat volgens de literatuur een indicatie dat het een redelijke regeling is, maar dit blijft bij de belangenafweging toch buiten beschouwing.¹⁰⁴ Bij de belangenafweging kunnen de opvattingen over een beding in een bepaalde branche wel een rol spelen.¹⁰⁵

Ook het BGH stelt gebruikelijkheid niet gelijk met redelijkheid, getuige de volgende uitspraak:

Bij onderhoudscontracten voor computers wordt als beding gehanteerd: *Rijtijd geldt als werktijd*. Dat dit een gebruikelijk beding is,

97. BGH, 16-1-85, BGHZ 93, 252 = NJW 1985, 853; zie hierover nader nr. 385.

98. Palandt-Heinrichs, § 9, Anm. 5b.

99. BGH, 12-3-81, NJW 1981, 1509 = AGBE II, § 9, nr. 4.

100. BGH, 18-11-82, NJW 1983, 385 = AGBE III, § 9, nr. 10 = BGHZ 85, 305.

101. BGH, 12-3-81, NJW 1981, 1509 = AGBE II, § 9, nr. 4.

102. BGH, 18-11-82, NJW 1983, 385 = AGBE III, § 9, nr. 10 = BGHZ 85, 305.

103. BGH, 23-6-88, NJW 1988, 2536 = BGHZ 105, 24.

104. Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen § 9, Rdnr. 111.

105. 'Die Anschauung der beteiligten Verkehrskreise'; Palandt-Heinrichs, § 9, Anm. 2d.

betekent volgens het BGH dat het niet verrassend is in de zin van ' 3, maar niet dat het niet in strijd zou kunnen zijn met ' 9.¹⁰⁶

304. In een enkel geval wordt een beding (mede) door zijn gebruikelijkheid redelijk geacht:

106. BGH, 5-6-84, NJW 1984, 2160 = BB 1984, 3121 = ZIP 1984, 966 = AGBE V, 9, nr. 147. Het beding werd ook inderdaad nietig geacht. Deze uitspraak is overigens omstreden, zie bijvoorbeeld Ulmer, RWS-forum, p. 12. Vgl. ook BGH, 12-3-87, BGHZ 100, 157 = NJW 1987, 1931: Het feit dat een beding in reisovereenkomsten over de omvang van de contractuele prestatie ('Landesüblichkeit') al jaren gebruikelijk is, betekent nog niet dat het niet onredelijk zou kunnen zijn.

- Gezien de in het handelsverkeer geldende gewoonten en gebruiken is een contractduur van meer dan twee jaar bij een bierleveringscontract zeker redelijk; 'Indizwirkung'¹⁰⁷ van ' 11 Nr. 12a kan buiten beschouwing blijven.¹⁰⁸
- Bij de huur van huizen wordt vaak in de algemene voorwaarden de verplichting om het huis te 'renovieren' (dat betekent: verven en behangen). Hier is volgens het BGH niets op tegen, o.a. omdat dit algemeen gebruikelijk is.¹⁰⁹

Handelsclausules die in het algemene rechtsverkeer een onredelijke betekenis zouden kunnen hebben, gelden volgens hun 'handelsüblichen' inhoud.¹¹⁰

overige omstandigheden

305. De **persoon van de wederpartij** blijft bij de toetsing van bedingen in het kader van ' 9 in beginsel buiten beschouwing.¹¹¹ Wel kent de wet verschillende soorten wederpartijen ('Kaufleute' en 'nicht-Kaufleute') en kan op grond van een verschil in zakelijke ervaring en belangenpositie een onderverdeling plaatsvinden in groepen zoals 'Vollkaufleute', 'Minderkaufleute', fabrikanten, groothandelaren, detailhandelaren, consumenten etc. Elk van deze groepen heeft zijn eigen belangen, zijn eigen beschermingsbehoefte, en zijn eigen opvattingen.¹¹²

De **positie** van de wederpartij kan een rol spelen, bijvoorbeeld bij een beding van een ziekenhuis dat de patiënt over verlies of de beschadiging van zijn zaken binnen drie maanden na ontdekking een klacht in moet dienen. Het BGH acht dit beding in strijd met ' 9 AGBG, omdat het ook geldt als de patiënt nog onder behandeling is. Deze zal dan echter in een positie zijn waarin hij het conflict zal schuwen, om de vertrouwensrelatie met de artsen en het verplegend personeel niet in gevaar te brengen.¹¹³

306. Als de gebruiker een **voordeel voor zichzelf** ook aan de **wederpartij** toekent, kan dit tot een milder oordeel leiden (en andersom). Zie de volgende gevallen:

- Een uitsluiting van aansprakelijkheid voor gevolgschade wegens het schenden van verplichtingen bij onderhandelingen ter zake van de overeenkomst en wegens onrechtmatige daden (met uitzondering van opzet/grove schuld) wordt geldig geacht omdat de aansprakelijkheidsuitsluiting ook op de aansprakelijkheid van de wederpartij van toepassing was verklaard.¹¹⁴

107. Reflexwerking, zie nr. 441.

108. BGH, 27-2-85, NJW 1985, 2693. De overeenkomst was gesloten voor i.w.tr. van het AGBG. I.c. was de contractduur 20 jaar. Dit was '... aan het uiterste grens van het bij uitzondering nog toelaatbare'; de zaak werd terugverwezen voor een nadere beslissing op dit punt.

109. Een ongebruikelijke of onredelijke omvang van de 'Renovierungspflicht' kan echter in strijd komen met ' 9 AGBG. BGH, 1-7-87, NJW 1987, 2575, waarover kritisch: Niebling, NJW 1987, 2564-2565.

110. BGH, 14-11-84, BGHZ 92, 369 = WM 1985, 91 = NJW 1985, 738; Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen '99, Rdnr. 111.

111. Dit wegens de 'überindividuell-generalisierende Betrachtungsweise', zie nr. 284. Zo werd aan het feit dat de wederpartij advocaat was geen betekenis gehecht door het AG Frankfurt, 6-2-78, AGBE I ' 2 nr. 20.

112. Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen '99, Rdnr. 115-116; over de opvattingen nr. 303.

113. BGH, 9-11-89, NJW 1990, 761.

114. BGH, 12-3-85, ZIP 1985, 687.

- Een lessee behoudt zich bij een verandering van de verhoudingen op de geld- en kapitaalmarkt tijdens de periode tussen het sluiten van de leaseovereenkomst en de aanschaf van de te leasen zaak het recht voor de prijs aan te passen. In beginsel bestaat hiertoe het recht. Het i.c. gebruikte beding is echter nietig, o.a. omdat alleen de lessor en niet de lessee een mogelijkheid heeft voor het aanpassen van de overeenkomst.¹¹⁵

Wolf brengt hierbij wel de beperking aan dat deze 'Waffengleichheit' alleen bij de beoordeling van de redelijkheid meegewogen kan worden als het beding voor beide partijen een ongeveer even grote kans heeft om praktische betekenis te krijgen.¹¹⁶

307. De (sterke) **marktpositie van de wederpartij** kan een bezwarend beding (mede) rechtvaardigen. Het feit bijvoorbeeld dat een wederpartij het effect van de in het handelsverkeer gebruikelijke bedingen betreffende prijsverhoging kan doorgeven aan de consument, kan volgens het BGH één van de redenen zijn om een bevoegdheid tot prijsverhoging te accepteren. Het BGH noemt in dezelfde procedure nog een andere reden, namelijk dat de wederpartij een verkooppunt heeft waarbij de consumenten niet bijzonder op de prijs letten.¹¹⁷

Anderzijds kan de (zwakke) marktpositie van de **gebruiker** een bezwarend beding (mede) rechtvaardigen.¹¹⁸ Dit was bijvoorbeeld het geval bij een bevoegdheid tot prijsverhoging in een langdurig afnamecontract m.b.t. reclame-luciferdoosjes. Volgens het BGH leert de ervaring dat het marktmechanisme er voor zorgt dat een enkele aanbieder niet zijn algemeen prijsniveau kan verhogen tot een niveau dat uitgaat boven het door de situatie op de markt gerechtvaardigde.¹¹⁹

308. Bijzondere **omstandigheden van de gebruiker** kunnen een anders redelijk beding onredelijk maken. Twee voorbeelden:

- Het beding *Mondelinge nevenafspraken zijn alleen geldig na schriftelijke bevestiging van de opdrachtnemer* is nietig nu de gebruiker een 'eenmansbedrijf' drijft. De gebruiker heeft dan geen belang bij de mogelijkheid om via het beding onbevoegd gedane toezeggingen tegen te gaan. Het beding heeft bij een eenmansbedrijf alleen het gevolg dat individuele afspraken ('4) worden uitgehold. Daarmee komt het in strijd met '9.¹²⁰
- Bij een uitspraak over een beding met betrekking tot prijsverhoging laat het BGH het feit dat de gebruiker (een verkoper van tijdschriften) een onderdeel van de Buitgeverij-groep is een rol spelen. De gebruiker is een juridisch verzelfstandigde afdeling (dit blijkt o.a. uit het feit dat de juridische afdeling van uitgeverij B heeft gereageerd

115. OLG Frankfurt, 14-5-85, NJW 1986, 1355.

116. Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, § 9, Rdnr. 134.

117. BGH, 16-1-85, BGHZ 93, 252 = NJW 1985, 853.

118. Bunte vraagt zich af of niet (ook) het omgekeerde geldt: kan het gebruik van macht bij de toetsing aan § 9 AGBG tot nietigheid voeren in gevallen waarin een beding zonder de aanwezigheid van een machtspositie nog geldig zou zijn? Bunte, Zehn Jahre AGBG, p. 923, met verwijzing naar Hart-Joerges, Sozialwissenschaften im ZivilR, S. 120.

119. BGH, 27-9-84, NJW 1985, 426 = BGHZ 90, 200; het AGBG was in casu niet van toepassing. Beckmann, p. 51, 156, 158 wijst erop dat dit argument alleen geldt in het handelsverkeer.

120. BGH, 28-4-83, AGBE IV, § 9, nr. 103 = NJW 1983, 1853.

op het 'Abmahnungsschreiben'). Een verwijzing naar de prijsverhoging van de uitgever biedt daarom onvoldoende de bij dit soort bedingen vereiste concretisering.¹²¹

121. BGH, 26-5-86, NJW 1986, 3134. Vgl. over de concretiseringseis nader nr. 378 e.v.

- Ook al zijn twee overeenkomsten zelfstandig (i.c. een koopovereenkomst en een kredietovereenkomst), dan nog kan de omstandigheid dat verkoper en kredietverschaffer kennelijk samenwerken tot een ander oordeel leiden. I.c. gaan de koper en de 'Geschäftsführer' van de verkoper gezamenlijk naar de bank, waar een kredietovereenkomst al klaarligt. Het BGH neemt aan dat de overeenkomsten een 'economische eenheid' vormen en dat de splitsing in twee overeenkomsten niet eenzijdig ten laste van de koper mag komen.¹²²

309. Het niet-naleven van het in hoofdstuk 5 behandelde 'Transparanzgebot'¹²³ kan leiden tot strijd met '9. Met andere woorden: het niet juist vormgeven aan bedingen (die op zichzelf niet onredelijk zijn) kan leiden tot inhoudelijke onredelijkheid.

310. Tenslotte nog wat 'overige omstandigheden' van **diverse aard**:

- Bij de bouw van een binnenvaartschip wordt een technisch nieuw soort verwarmingsinstallatie aangebracht. Dat maakt aansprakelijkheidsuitsluiting eerder mogelijk.¹²⁴
- Bij bewijsbedingen kan het feit dat een bepaalde omstandigheid tot de risicosfeer van de gebruiker behoort tot gevolg hebben dat de bewijslast niet aan de wederpartij mag worden opgelegd.¹²⁵
- In algemene huurvoorwaarden worden kleine reparaties ten laste van de huurder gebracht. Het OLG motiveert de toelaatbaarheid van dit beding met de overweging dat het de in een duurovereenkomst bijzonder belangrijke 'Rechtsfrieden' dient. Het BGH stemt daarmee in, zij het dat het beding in het berechte geval ten onrechte ook zaken omvat waarmee de huurder niet vaak in contact komt, zoals elektrische en gas-leidingen en dat het beding ten onrechte geen jaarlijks maximum bevat.¹²⁶
- De omstandigheid dat een beding (in dit geval ging het om disagio bij een geldlening) de oorspronkelijke functie in de praktijk verloren heeft, kan het onredelijk maken.¹²⁷

122. BGH, 25-3-82, AGBE III, § 9, nr. 95 = NJW 1982, 1694. Het beding in de kredietovereenkomst luidt: Let op! Ook bij niet-ontvangen van de zaak of bij de ontvangst van een gebrekkige zaak en bij een geldige aanvechting van de koopovereenkomst is de koper (geldlener) verplicht de geleende geldsom in zijn geheel terug te betalen. De verkoper gaat failliet en de koper ontvangt de gekochte zaak niet. Het BGH acht het beding in strijd met § 9 AGBG.

123. Zie nr. 200 e.v.

124. BGH, 18-6-79, AGBE I, § 9, nr. 71. I.c. kan de gebruiker op zijn exoneratie geen beroep doen, aangezien hij het goed functioneren van de verwarmingsinstallatie juist uitdrukkelijk heeft toegezegd.

125. BGH, 24-6-87, BGHZ 101, 172 = NJW 1988, 640. Vgl. ook BGH, 3-10-89, NJW 1990, 250: het beding dat de bank het opgegeven nummers als beslissend mag beschouwen is in strijd met § 9 AGBG, omdat dit beding het (door vergelijking van naam en nummer vermijdbare) risico van onjuiste overschrijvingen geheel op de bankliënt legt. Vgl. ook BGH, 12-10-89, NJW 1990, 317.

126. BGH, 7-6-89, NJW 89, 2247. Het OLG had er ook op gewezen dat het beding de huurder er toe zou stimuleren om zorgvuldig met het gehuurde om te gaan. Of zo'n 'pedagogisch' gezichtspunt voor de beoordeling van algemene voorwaarden bruikbaar is, laat het BGH in het midden.

127. BGH, 29-5-90, NJW 1990, 2250.

Terug naar Nederland

311. Na deze uitvoerige uiteenzetting van de betekenis van de omstandigheden van het geval voor de open-norm-toets in Duitsland, is het tijd terug te keren tot de betekenis die de omstandigheden van het geval hebben voor de Nederlandse open norm.

Bij de **aard van de overeenkomst** kan men zich o.a. afvragen of het gaat om een in de wet geregeld bijzondere overeenkomst of niet. Bij de in de wet geregelde overeenkomst kan het in algemene voorwaarden afwijken van (niet verouderd) aanvullend recht onredelijk bezwarend zijn, indien dit aanvullend recht een waardering van de wetgever bevat en niet slechts een orderegel geeft.¹²⁸ Maar er moet nog nader worden genuanceerd; er is verschil tussen bijvoorbeeld de koop van een nieuwe of een gebruikte zaak.¹²⁹ Verder kan men denken aan de vraag of een overeenkomst een duurovereenkomst is of niet.¹³⁰ In Wessels/Jongeneel wezen wij erop dat bij de aard van de overeenkomst ook rekening kan worden gehouden met het al dan niet obligatoire karakter.¹³¹ Wessels denkt bij de aard van de overeenkomst verder aan factoren zoals de structuur van de markt (bedrijfstak, branche e.d.) en de bestaande gedragsregels en codes van de spelers in die markt bij vragen inzake totstandkoming, uitleg en afwikkeling van overeenkomsten.¹³²

In de rechtspraak wordt bij sommige bedingen (in het bijzonder bij exoneratieclausules) aangenomen dat deze in strijd zijn met de aard van de overeenkomst.¹³³

312. Bij de **overige inhoud van de overeenkomst** kan worden gekeken naar de overige bedingen in de algemene voorwaarden, maar ook naar de kernbedingen. M.i. kunnen de overwegingen in de Duitse literatuur en rechtspraak ook voor Nederland gelden. Als een beding nog net toelaatbaar is, kan een ander bezwarend beding het ten val brengen.¹³⁴ Anderzijds kan een onredelijk beding door een ander beding worden gecompenseerd, maar dit kan in beginsel alleen als de bedingen met elkaar samenhangen.¹³⁵

128. Zie nr. 287.

129. Vgl. het Duitse recht: nr. 292.

130. Zo ook het Duitse recht, zie nr. 292.

131. Wessels/Jongeneel, nr. 60.

132. B. Wessels, bespreking van: P. Clausing, Verzekeren en vertrouwen Afscheidsrede UvA Amsterdam, Deventer (1990), in KwNBW 1990, p. 90.

133. Contractenrecht VII, nr. 142 en 143: bijvoorbeeld een exoneratieclausule bij een bewaargevingsovereenkomst. In RvA metaalnijverheid en -Handel 25-11-87, TvA 89, 55 wordt een vergaande exoneratieclausule in strijd geacht met de (koop-)overeenkomst, overigens zonder nadere toelichting. Zie verder over de aard van de travellers'-cheque-overeenkomst (en de daaruit voortvloeiende beperkingen m.b.t. exoneraties bij verlies of diefstal) H.C.F. Schoordijk, Welke zekerheden bieden travellers' cheques aan houders?, NJB 90, p. 925-928.

134. Vgl. Contractenrecht VII (Hondius), nr. 144 met verwijzing naar Bloembergen, BR 1969, p. 360.

135. Zie hierboven nr. 293. Deze samenhang is er bijvoorbeeld tussen art. 2 van de Algemene bankvoorwaarden - waar de zorgplicht van de bank en haar aansprakelijkheid voor verwijtbaar handelen (schuld) is neergelegd - en daaropvolgende bepalingen. Deze samenhang is buiten twijfel gesteld door het slot van art. 2: "Geen van de hierna volgende artikelen kan aan dit beginsel afbreuk doen."

Terecht heeft men in Duitsland aangenomen dat een onredelijk beding in beginsel niet kan worden gecompenseerd door een lage prijs, al zijn er uitzonderingen.¹³⁶

In Nederland is onlangs het prijsargument verdedigd door Leen.¹³⁷ Deze meent dat de regeling van het overboeken in de ANVR-reisvoorwaarden door een economische bril gezien zo gek nog niet is. De consument heeft nu eenmaal niet zo veel over voor een overboekingsregeling die alle schade dekt.

"Een goede overboekingsregeling zou niet uniform moeten zijn, maar even divers als de geldelijk geuite voorkeuren van de consumenten voor wat betreft de kwaliteit van de dienstverlening."

136. Zie nr. 294.

137. A.R. Leen, Een rechtseconomische kijk op de rechtsbescherming van de consument. / de overboekingsregeling in de nieuwe ANVR-reisvoorwaarden als voorbeeld., NJB 90, 106-107.

Dit laatste acht ik alleen juist als de overboekingsregeling uit de algemene voorwaarden wordt gelicht of althans als de aspirant-reiziger een keuze kan maken tussen verschillende alternatieve overboekingsregelingen met elk hun prijskaartje.¹³⁸ Zolang de overboekingsregeling nog in de algemene voorwaarden staat en zo'n keuzemogelijkheid er niet is, wordt een onredelijk bezwarende overboekingsregeling niet gerechtvaardigd door een (eventuele) lage prijs.

313. De **wijze waarop de voorwaarden zijn tot stand gekomen** is alleen van belang voorzover deze van invloed kan zijn op de redelijkheid van de inhoud van de voorwaarden. Het gaat hierbij vooral om de volgende vragen:

- zijn de algemene voorwaarden door de gebruiker éézijdig opgesteld of zijn ze na onderhandelingen met een (voldoende representatieve) organisatie van wederpartijen vastgesteld?¹³⁹
- zijn de voorwaarden door een overheidsinstantie of een onafhankelijke instantie goedgekeurd?
- stammen de algemene voorwaarden van een derde (advocaat, notaris, etc.), zo ja, is deze onafhankelijk of niet?¹⁴⁰

De oplossing die het Duitse recht geeft in geval van tweezijdige voorwaarden trekt mij aan.¹⁴¹ De terughoudendheid die wordt betracht schuilt vooral hierin dat de rechter niet één enkel beding uit het geheel wil lichten. De organisaties van gebruikers en wederpartijen zijn het immers over het geheel eens geworden. Anders gezegd: bij tweezijdige voorwaarden mag men eerder aannemen dat een nadeel in het ene beding wordt gecompenseerd door een ander beding.

Hoewel de toetsing dus terughoudender is, is het nog wel een toetsing. Terecht, want tweezijdige voorwaarden hebben dan wel een voorsprong, er kunnen allerlei redenen zijn waarom er toch nog onredelijke bedingen in kunnen voorkomen, variërend van ondeskundigheid van (één van de) partijen tot gewijzigde rechtsopvattingen m.b.t. de redelijkheid van een beding. Datzelfde geldt naar ik meen voor de overheidsgoedkeuring¹⁴² (of de goedkeuring van een andere instantie).

314. Wat de **wederzijds kenbare belangen** betreft acht ik de Duitse literatuur en rechtspraak zeer illustratief. Aan de nrs. 297 t/m 304 heb ik slechts één recente Nederlandse uitspraak toe te voegen. Prins c.s. huren woonruimte in een flatgebouw van woningstichting Sint Joseph. Het huurreglement verbiedt het plaatsen van TV-antennes op het gebouw. De rechtbank meent dat deze contractuele beperking van de informatievrijheid (art. 10, lid 1 EVRM) niet onredelijk bezwarend is. Hierbij gaat de rechtbank uit van een belangenafweging. Enerzijds levert het plaatsen van antennes op het gehuurde gezien de bouwkundige constructie van het dak en de aard van het gebouw (een

138. Vgl. nr. 294.

139. Zo ook de huidige rechtspraak, zie Contractenrecht VII (Hondius), nr. 147.

140. Zie hierover nr. 106.

141. Zie nr. 295.

142. Zie nr. 296.

hoogbouwflat) gevaren op. Anderzijds acht de rechtbank de beschikbaarheid van een centrale-antenne-inrichting een redelijk alternatief.

De Hoge Raad volstaat met op te merken dat de rechtbank zich terecht heeft bediend van afweging van de wederzijdse belangen.¹⁴³

315. De volgende **overige omstandigheden van het geval** zijn in de Nederlandse literatuur genoemd, grotendeels ontleend aan vroegere rechtspraak:

- de deskundigheid van partijen;¹⁴⁴
- de maatschappelijke positie van partijen;¹⁴⁵
- de zwakke of sterke sociaal-economische positie van partijen;¹⁴⁶
- de onderlinge verhouding van partijen;¹⁴⁷
- misbruik van machtspositie;¹⁴⁸
- de mate waarin de wederpartij zich van de strekking van het beding bewust is geweest;¹⁴⁹
- bij boetebedingen: de rechterlijke matigingsbevoegdheid van art. 6:94.¹⁵⁰

Gezien de parlementaire geschiedenis en rechtspraak kan worden verwacht dat ook betekenis kan worden toegekend aan o.a. de volgende omstandigheden:

- de rechtskennis van partijen;¹⁵¹
- de eventuele begeleiding van de wederpartij door een deskundige.¹⁵²
- het feit dat de gebruiker de wederpartij uitdrukkelijk op het beding en de consequenties daarvan heeft gewezen;¹⁵³

143. HR 3-11-89, RvdW 89, 242 Prins c.s./Sint Joseph.

144. Asser-Rutten-Hartkamp II, **zevende druk**, nr. 345 (in de achtste druk wordt naar deze passage in de zevende druk verwezen); zo ook Wessels/Jongeneel nr. 60. Vgl. recent: HR, 8-3-91, RvdW 91, 72 (Staalgrit), waarin de Hoge Raad beslist dat het feit dat de afnemer een professionele gebruiker van staalgrit is er niet aan afdoet dat de afnemer niet de deskundigheid bezit die vergelijkbaar is met die van de leverancier.

145. Wessels/Jongeneel, nr. 60; ontleend aan HR 19-5-67, NJ 67, 261 m.nt. GJS; AA 1967, p. 214, m.nt. PAS (Saladin/HBU) en HR 13-3-81, NJ 81, 635, m.nt. CJHB = AA 1981, p. 355, m.nt. PvS (Haviltex); men kan hier bijvoorbeeld denken aan het feit dat de overheid algemene voorwaarden gebruikt, zie nr. 108.

146. Asser-Rutten-Hartkamp II, **zevende druk**, nr. 345 (in de achtste druk wordt naar deze passage in de zevende druk verwezen); zo ook Wessels/Jongeneel nr. 60. Een voorbeeld van een geval waarin één van de partijen een zwakke sociaal-economische positie had: Ktg Zierikzee, 19-2-88, Prg 88, 2870. Het betrof een geschil tussen een boer en een leverancier van landbouwmachines. De kantonrechter acht een beroep op het arbitraal beding in strijd met de redelijkheid en billijkheid, gezien het verlangde voorschot van /5000,-, dat eisers financiële mogelijkheden te boven gaat.

147. Wessels/Jongeneel, nr. 60; ontleend aan HR 19-5-67, NJ 67, 261 m.nt. GJS; AA 1967, p. 214, m.nt. PAS (Saladin/HBU).

148. Asser-Rutten-Hartkamp II, **zevende druk**, nr. 345 (in de achtste druk wordt naar deze passage in de zevende druk verwezen).

149. Wessels/Jongeneel, nr. 60, ontleend aan HR 19-5-67, NJ 67, 261 m.nt. GJS; AA 1967, p. 214, m.nt. PAS (Saladin/HBU).

150. Asser-Hartkamp I, nr. 400; Hartkamp stelt slechts: "Bij de beoordeling van de vraag of een beding onredelijk bezwarend is (art. 6.5.2A.2a onder a), moet rekening gehouden worden met de rechterlijke matigingsbevoegdheid krachtens art. 6.1.8.18." Hieruit concludeer ik dat Hartkamp de rechterlijke matigingsbevoegdheid beschouwt als één van de "overige omstandigheden van het geval" in de zin van genoemd artikel. Art. 6.5.2A.2a is thans art. 6:233 en art. 6.1.8.18 is thans art. 6:94.

151. HR, 13-3-81, NJ 81, 635 m.nt. CJHB (Haviltex).

152. HR, 17-12-76, NJ 77, 241, m.nt. GJS = AA 1977, p. 654, m.nt. PvS (Misverstand = Gem. Bunde/Erckens) en HR 28-4-89, NJ 90, 583 (Liszky/Harman).

- bij exoneratieclausules:
 - het feit dat de gebruiker weet dat zijn prestatie gebrekkig is (zodat er een kans is dat de wederpartij schade wordt toegebracht);¹⁵⁴

153. Hof Amsterdam, 11-5-89, S&S 90, 35. In deze uitspraak wordt niet geanticipeerd op art. 6:236 onder g.

154. Zie HR 20-2-76, NJ 76, 486 m.nt. GJS = AA 1976, p. 467, m.nt. G. (Pseudo-vogelpest).

- het feit dat de aansprakelijkheid wordt beperkt tot een redelijk deel dan wel een fractie van de te verwachten schade;¹⁵⁵
- het feit dat een defect dat tot schade kan leiden in geen verhouding staat tot de waarde van het verkochte artikel;¹⁵⁶
- de verzekeraarbaarheid van het risico, de vraag op wiens weg het sluiten van een verzekering ligt en wat de kosten daarvan zijn.¹⁵⁷

De eerste vier omstandigheden zijn omstandigheden die de **persoon** betreffen. Op dit punt wordt in Duitsland een meer generaliserende benadering gekozen. Evenals bij de uitleg wordt niet gelet op de persoon in kwestie maar op de groep waartoe hij behoort met de daarbij behorende opvattingen, belangen en beschermingsbehoefte.¹⁵⁸ Gezien de 'individuele aanpak' in de Nederlandse rechtspraak wil ik niet pleiten voor een overstap naar de Duitse aanpak. Wel vind ik dat bepaalde omstandigheden alleen in de beoordeling van de redelijkheid betrokken mogen worden voor zover zij in de relatie tussen de gebruiker en de wederpartij (bij het sluiten van de overeenkomst of later) **tot uiting zijn gekomen**. Hierbij kan vooral worden gedacht aan de deskundigheid en de maatschappelijke en sociaal-economische positie van partijen. Deze maken het de wederpartij in theorie mogelijk om ongunstige voorwaarden te onderkennen en/of in geval een beding ongunstig is betere voorwaarden te bedingen. Maar dat is meer theorie en minder praktijk naarmate het belang van een transactie geringer is. Als het (financiële) belang van de overeenkomst niet al te groot is hebben partijen wel wat beters te doen dan het napluizen van de algemene voorwaarden; de voorwaarden worden zonder meer aanvaard.¹⁵⁹

Bij de beoordeling van een bezwarend beding moeten daarom naar mijn mening de praktische mogelijkheid van de wederpartij om dit uit de weg te ruimen lager worden ingeschat naarmate het belang van de overeenkomst geringer is en moet ook 'de deskundigheid en de maatschappelijke en sociaal-economische positie van partijen' een geringere betekenis hebben.

Om een voorbeeld te geven: een notaris die een nieuw bureau koopt en daarbij de verkoopvoorwaarden van de meubelhandelaar aanvaardt moet m.i. precies hetzelfde worden behandeld als een juridisch ongeschoold persoon die hetzelfde doet. Pas als de notaris over de algemene voorwaarden met de verkoper onderhandelt zou ik wat anders willen aannemen. Als diezelfde notaris een auto koopt op de verkoopvoorwaarden van de autodealer zou ik - gezien het belang van de transactie - twifelen. Koopt hij tenslotte een woonhuis annex

155. HR 18-12-81, NJ 82, 71 (Van Kleef/Monster) en recent: HR 8-3-91, RvdW 91, 72 (Staalgrit): er was in dat geval een wanverhouding tussen de exoneratie t.a.v. elke aansprakelijkheid en de mogelijk aanzienlijke omvang van de schade.

156. HR 18-12-81, NJ 82, 71 (Van Kleef/Monster).

157. MvT Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1734. Zie nader over de bij exoneratieclausules relevante omstandigheden: Rijken, diss. en Wessels/Jongeneel, nr. 149-153.

158. Zie nr. 305

159. Zie Hondius, diss., nr. 126. Vgl. nr. 206.

bedrijfspand, dan zijn zijn deskundigheid, zijn maatschappelijke en sociaal-economische positie natuurlijk zeer relevant.

316. Bij de 'onderlinge verhouding tussen partijen' moet m.i. in eerste instantie worden gedacht aan een vergelijking van de wederzijdse deskundigheid van partijen, hun maatschappelijke en sociaal-economische positie. Men kan verder denken aan vragen als: Kennen partijen elkaar? Behoren zij tot dezelfde branche? Hebben zij eerder zaken gedaan? Welke gewoonten hebben zich tussen hen ontwikkeld? De "onderlinge verhouding van partijen" zal m.i. ook van belang kunnen zijn bij de uitoefeningstoetsing,¹⁶⁰ de 'tweede fase'. Hoe partijen zich onderling verhouden heeft gevolgen voor de gedragingen die zij over en weer van elkaar mogen verwachten. Als een overeenkomst is gesloten in het kader van een lopende handelsrelatie zullen de gerechtvaardigde verwachtingen geheel anders zijn dan bij een eenmalig contract. Een tussen partijen gebruikelijke handelswijze zal soms niet kunnen worden doorbroken met een beroep op een beding in algemene voorwaarden, als de wederpartij op het voortzetten van die handelswijze mocht vertrouwen.¹⁶¹

317. Het zal duidelijk zijn dat de door Hartkamp genoemde omstandigheid "misbruik van machtspositie" een beding sneller onredelijk bezwarend maakt. De open norm biedt zoals reeds opgemerkt een beter houvast bij bedingen die worden opgelegd door een 'overmachtige' gebruiker dan misbruik van omstandigheden (art. 3:44).¹⁶²

318. De omstandigheid "de mate waarin de wederpartij zich de strekking van het beding bewust is geweest" kan op twee manieren worden opgevat. Enerzijds kan men zich van de strekking van een beding niet bewust worden doordat men er geen kennis van neemt, anderzijds doordat men er wel kennis van neemt, maar het beding niet begrijpt.

Wat de eerste variant betreft hoort deze omstandigheid naar mijn mening niet langer thuis in de sfeer van de inhoudelijke toetsing. Afdeling 6.5.3 stapt af van de gedachtengang dat redelijke algemene voorwaarden ontstaan door onderhandelingen tussen een gebruiker en een individuele wederpartij. Niet langer geldt dat wie zich de strekking van bepaalde voorwaarden bewust was bij het sluiten van de overeenkomst, maar had moeten protesteren. Afd. 6.5.3 legt het accent anders. De nieuwe regeling vertrouwt niet op wat partijen zelf er van maken. De praktijk is immers dat zij aan de algemene voorwaar-

160. Zie nr. 271 e.v.

161. Vgl. Hof 's-Gravenhage, 29-9-88, NJ 89, 466: het gaat in deze uitspraak om een beding dat inhoudt dat alle kosten ten gevolge van de te late betaling voor rekening zijn van de cliënt, terwijl deze bovendien over het verschuldigde bedrag een rente verschuldigd is van 1% per maand. Rechtbank en hof menen dat de gebruiker, nadat hij gedurende tien jaar geen beroep op het rentebeding heeft gedaan, niet te goeder trouw rente kan vorderen over het verleden, wel voor de toekomst.

162. Zie nr. 215.

den weinig of geen aandacht besteden. In plaats daarvan komt de inhoudelijke toetsing op grond van de norm: 'gij zult geen onredelijk bezwarende bedingen gebruiken'.

Wel relevant vind ik "de mate waarin de wederpartij zich van de strekking van het beding bewust is geweest" als daarbij wordt gedacht aan onbegrijpelijke voorwaarden.¹⁶³

319. Bij boeteclausules in algemene voorwaarden zijn twee 'concurrerende' beoordelingscriteria van toepassing: de open norm, art. 6:233 onder a en art. 6:94, dat een rechterlijke matigingsbevoegdheid bevat, welke van dwingend recht is. Beide normen zijn een nadere specificering van de redelijkheid en billijkheid.

163. Zie hiervoor nr. 204.

Wat men er mee kan bereiken verschilt. Een boete die verschuldigd is krachtens een boetebeding (al dan niet in algemene voorwaarden) kan worden gematigd op grond van art. 6:94. Bij de open norm is de sanctie vernietigbaarheid: in beginsel is het dus alles of niets.¹⁶⁴ Bovendien betreft de matigingsbevoegdheid ook het gedrag van partijen nadat de overeenkomst is gesloten,¹⁶⁵ terwijl de open norm alleen is toegesneden op de inhoud van het boetebeding zoals dat is overeengekomen. Een boetebeding kan onredelijk bezwarend zijn als het de gebruiker recht geeft op een boete in een geval waarin een boete in het geheel niet op zijn plaats is.¹⁶⁶ Is de boete terecht, maar de omvang buiten verhouding, dan is het matigingsrecht de aangewezen remedie.¹⁶⁷

Bij de beoordeling van de onredelijke bezwarendheid van een boetebeding mag rekening worden gehouden met de rechterlijke matigingsbevoegdheid.¹⁶⁸ Dat betekent dat een beding, waarvan de vernietiging op grond van onredelijke bezwarendheid is gevorderd, niet zal worden vernietigd als de gematigde instandhouding redelijk zou zijn.

320. Men zou ook de gebruikelijkheid van een beding tot de "overige omstandigheden van het geval" kunnen rekenen. Op (on)gebruikelijke bedingen kom ik in paragraaf 7.5 (verrassende bedingen) terug.

7.4 Drie beginselen van contractenrecht

-
164. De mogelijkheden voor een partiële vernietiging (zie nr. 253 e.v.) zullen doorgaans gering zijn.
165. Bijvoorbeeld het uitlokken van de overtredingen door de partij die bij overtreding recht heeft op de boete, vgl. HR 4-11-88, NJ 89, 244 m.nt. MMM (Shell/van Dooren).
166. Een voorbeeld lijkt me het geval Helder/Jonker, HR 26-10-1990, RvdW 1990, 187. In art. 21 van de koopovereenkomst m.b.t. een huis werd een aanzienlijke boete bedongen "*Indien en/of zodra de verkoper niet of niet alleen bevoegd blijkt tot overdracht c.q. levering van het middels deze overeenkomst verkochte object aan de koper*". Ik meen dat dit boetebeding (naast de gewone boetebepaling, die in art. 8 van het contract stond) onredelijk bezwarend is vanwege het verrassende karakter ervan en omdat hier een extra boete wordt bedongen voor een geval dat voor de koper geen andere nadelige gevolgen heeft dan niet-nakoming in het algemeen. Daarvoor moet de gewone boete (art. 8) dan ook voldoende zijn.
167. Het is wel altijd verstandig subsidiair matiging van de boete te vorderen, deze kan namelijk niet ambtshalve geschieden (art. 6:94: "*Op verlangen van de schuldenaar...*"). Overigens is een "*niet voor matiging vatbare boete*" (zoals men die in veel boetebedingen tegenkomt) volgens art. 6:94 toch voor matiging vatbaar (lid 3 j^o lid 1).
168. Op dit punt stem ik in met Hartkamp, zie nr. 315.

321. In hoofdstuk 6 bleek dat de open norm een uitwerking is van de redelijkheid en billijkheid. Uit de formulering in art. 6:233 onder a blijkt dat het begrip "onredelijk bezwarend" niet kan worden losgemaakt van de in dat artikel genoemde omstandigheden. Teneinde het begrip onredelijk bezwarend nog wat nader in te vullen is het naar mijn mening verhelderend verschillende groepen onredelijk bezwarende bedingen te onderscheiden. Hiervoor grijp ik terug op "Drie beginselen van contractenrecht" van Nieuwenhuis.¹⁶⁹ De door hem genoemde beginselen zijn: het autonomiebeginsel, het vertrouwensbeginsel en het causabeginsel.

De toepassing van deze beginselen in het kader van de inhoudelijke toetsing van algemene voorwaarden betekent m.i. dat de onredelijke bezwarendheid van een beding gelegen kan zijn in het feit:

- dat het beding de autonomie van de wederpartij aantast, en/of
- dat het beding het door de gebruiker opgewekt vertrouwen ondermijnt, en/of
- dat het beding tot gevolg heeft dat het evenwicht tussen de wederzijds te verrichten prestaties wordt verstoord.

Vaak zullen verschillende van deze redenen samen een beding onredelijk bezwarend maken. De meeste bedingen kunnen in deze indeling worden ingepast.¹⁷⁰

322. Om te beginnen wil ik Nieuwenhuis zelf aan het woord laten over de inhoud van deze drie beginselen. Over de inhoud van het **autonomiebeginsel** zegt hij:

*"De overeenkomst is het instrument om **desverkiezend** rechtsbetrekkingen aan te knopen. Partijen zijn niet aan hun overeenkomst gebonden, omdat en voor zover dit redelijk is, maar hun gebondenheid is redelijk, omdat en voor zover het **hun** overeenkomst is. Het autonomiebeginsel verzet zich tegen het aannemen van contractuele gebondenheid daar, waar die gebondenheid niet berust op de vrije keuze van de betrokkenen."*¹⁷¹

De autonomie wordt - op grond van de eisen van het rechtsverkeer - begreemd door het **vertrouwensbeginsel**. De vraag of gerechtvaardigd vertrouwen van de wederpartij moet leiden tot geldigheid van de overeenkomst of tot een aanspraak op schadevergoeding is niet in het algemeen te beantwoorden; hierbij moet worden gelet op wat

"... in casu op grond van het vertrouwen is geschied (in hoeverre is het al dan niet bezwaarlijk de overeenkomst ongedaan te maken?). Het vertrouwensbeginsel heeft immers ook een macro-aspect; de zekerheid van het verkeer."¹⁷² "Het vertrouwensbeginsel wordt gevoed door twee 'polariserende' waarden: rechtszekerheid en rechtvaardigheid."¹⁷³

Dit leidt tot

169. Hierna aan te duiden als: Nieuwenhuis, diss.

170. Zie voor uitzonderingen nr. 326.

171. Nieuwenhuis, diss. p. 63.

172. Nieuwenhuis, diss. p. 65.

173. Nieuwenhuis, diss. p. 67.

*"... Twee alternatieven ten aanzien van het soort vertrouwen dat bescherming verdient; vertrouwen zonder meer of vertrouwen waarop is voortgebouwd. Twee alternatieven ook ten aanzien van het soort bescherming dat moet worden verleend: de geldigheid van de rechtshandeling tegenover vergoeding van de schade als gevolg van het vertrouwen geleden."*¹⁷⁴

*"De vraag of het gerechtvaardigde vertrouwen bescherming verdient wordt mede beheerst door de quid pro quo-gedachte."*¹⁷⁵

Het **causabeginsel** houdt in dat vermogensverschuivingen gegrond dienen te zijn.

*"Het causale karakter van deze rechtshandelingen¹⁷⁶ vloeit voort uit het beginsel dat ongerechtvaardigde verrijking ongedaan moet worden gemaakt. En dit beginsel van ongerechtvaardigde verrijking wortelt op zijn beurt in de eisen van de ruilrechtvaardigheid."*¹⁷⁷

Het causabeginsel wordt met name begrensd door het vertrouwensbeginsel. Verder vormt het een tegenwicht tegen het autonomiebeginsel. Enerzijds:

*"De vrije en volwaardige toestemming van partijen is niet voldoende ter rechtvaardiging van hun gebondenheid. Ook de doelloorzakelijke structuur van de overeenkomst is van belang. De verbindende kracht van de overeenkomst is mede afhankelijk van de lotsverbondenheid van de over en weer bedongen prestaties."*¹⁷⁸

Anderzijds:

*"De enkele onvolwaardigheid van de toestemming van partijen is daarentegen ook niet voldoende ter rechtvaardiging van het **ontbreken** van gebondenheid. Het gebrek in de autonomie moet van voldoende gewicht zijn, dat wil zeggen moet in causaal (sine qua non) verband staan met het totstandkomen van de overeenkomst."*¹⁷⁹

323. Nieuwenhuis gaat ervan uit dat het autonomiebeginsel de rechtsgrond van de inhoudstoetsing is; bij gebruik van algemene voorwaarden is het evenwicht in autonomie structureel verstoord. Dit rechtvaardigt een toetsing die niet ophoudt bij het oordeel dat dwingend recht en goede zeden niet zijn geschonden¹⁸⁰ Als toetsnorm gaat hij echter uit van het causabeginsel.

"Zoals gezien (...) wordt de overeenkomst gekenmerkt door haar 'doelloorzakelijke' structuur. De verbintenissen staan over en weer in een middel/doel-relatie, en zijn van elkaar afhankelijk."

Een beding als

"De afnemer heeft NIMMER het recht op ontbinding van de overeenkomst"

174. Nieuwenhuis, diss. p. 67.

175. Nieuwenhuis, diss. p. 69.

176. Namelijk rechtshandelingen zoals de obligatoire overeenkomst, betaling en overdracht.

177. Nieuwenhuis, diss. p. 72.

178. Nieuwenhuis, diss. p. 78.

179. Nieuwenhuis, diss. p. 78; cursivering in het origineel.

180. Nieuwenhuis, diss., p. 149.

vormt een ernstige bedreiging voor de realisering van het doel van een koopovereenkomst, namelijk de uitwisseling van zaak en prijs. Dit beding komt in strijd met het causabeginsel, aangezien het het recht van de koper frustreert om bij niet-levering de overeenkomst te ontbinden.¹⁸¹

Ook in de tweede fase (Nieuwenhuis gebruikt als voorbeeld de exoneratieclausule in de procedure 'Pseudo-vogelpest') is de rechtsgrond voor toetsing het autonomiebeginsel en de toetsnorm het causa-beginsel.¹⁸²

324. Wat de rechtsgrond voor toetsing betreft kan ik met Nieuwenhuis instemmen. Voor de door hem gegeven voorbeelden kan ik me ook vinden in het gebruik van het causabeginsel als toetsnorm. Er zijn m.i. echter ook bedingen waarbij niet het causa-beginsel, maar veeleer het autonomie- of het vertrouwensbeginsel als toetsnorm moeten fungeren. In het nummer geef ik een aantal soorten onredelijke bedingen, gekoppeld aan drie beginselen van contractenrecht zoals die door Nieuwenhuis zijn beschreven. Ter illustratie is bij elk soort in een voetnoot vermeld welke onderdelen van de zwarte en grijze lijst er onder gerekend kunnen worden. De indeling is echter vooral bedoeld om de open norm nader in te vullen.

325. Er is een aantal bedingen waarbij de kern van de (vermoedelijke) onredelijke bezwarendheid m.i. vooral ligt in het aantasten van de **autonomie** (de vrijheid van contracteren van de wederpartij). Dit zijn:

- Bedingen die de wederpartij aan een ongewenste gebruiker binden.¹⁸³
- Bedingen die de mogelijkheden van de wederpartij beperken om de contractuele relatie te beëindigen.¹⁸⁴
- Bedingen die op andere wijze de (contracteer-)vrijheid van de wederpartij beperken.¹⁸⁵

Bij andere bedingen is de kern van de (vermoedelijke) onredelijke bezwarendheid m.i. vooral gelegen in het aantasten van het door de gebruiker gewekte **vertrouwen**. Te denken is aan:

- Bedingen met een verrassingseffect.¹⁸⁶

181. Nieuwenhuis, diss., p. 149. Onjuist acht ik de bestrijding van Rutten dat Nieuwenhuis het causa-beginsel niet meer opvat als de quid-pro-quo-gedachte, maar als het beginsel of de regel dat een overeenkomst een oorzaak moet hebben (L.E.H. Rutten, boekbespreking RM Themis 1980, p. 190-196). Het lijkt me dat de wederzijdse betrokkenheid van de verbintenissen impliceert dat er een overeenkomst is gesloten die een oorzaak heeft.

182. Nieuwenhuis, diss., p. 151-152. De 'Pseudo-vogelpest'-zaak is: HR 20-2-76, NJ 76, 486, m.nt. GJS; AA 76, p. 467, m.nt. G.

183. Art. 6:237 onder j, contractsdwang.

184. Art. 6:236 onder b, beperking ontbinding; art. 6:236 onder j, stilzwijgende verlenging; art. 6:237 onder k, contractsduur langer dan een jaar; art. 6:237 onder l, opzegtermijn langer dan drie maanden.

185. Art. 6:237 onder n, onherroepelijke volmacht.

186. Art. 6:236 onder e, schuld- en contractsoverneming; art. 6:236 onder f, verweermiddelen bij schuld- of contractsoverneming; art. 6:236 onder l, vorm van de verklaring; art. 6:237 onder a, reageren op aanbod of verklaring van de wederpartij; art. 6:237 onder m, vorm van de verklaring; art. 6:238 onder a, andere contractspartij dan verwacht; art. 6:238 onder b, onverwachte beperkingen van een volmacht.

- Bedingen die een onafhankelijke beoordeling van de omvang van de verplichtingen van de gebruiker of van een geschil in de weg kunnen staan.¹⁸⁷

187. Art. 6:236 onder d, eerste geval: beoordeling van de vraag of een tekortkoming in de nakoming heeft plaatsgevonden door de gebruiker zelf; 3 onder g, wettelijke verjarings- of vervaltermijn; art. 6:236 onder k, bevoegdheid bewijs te leveren; bewijslastverdeling; art. 6:237 onder h, voor zover het betreft contractuele vervaltermijnen (zie overigens hieronder); art. 6:236 onder m, woonplaatskeuze; art. 6:236 onder n, geschilbeslechting door een ander dan de volgens de wet bevoegde rechter of een arbiter.

- Bedingen die een inbreuk maken op het vertrouwen dat de overeenkomst normaal zal worden nagekomen.¹⁸⁸

Bij de volgende bedingen ligt de kern van de (vermoedelijke) onredelijke bezwarendheid m.i. vooral in het aantasten van het **causa-beginsel** (het beginsel dat vermogensverschuivingen gegrond moeten zijn):

- Bedingen die de omvang van de rechten van de wederpartij beperken.¹⁸⁹
- Bedingen die risico verplaatsen.¹⁹⁰
- Bedingen die de gebruiker een ongemotiveerd voordeel opleveren.¹⁹¹
- Bedingen met een boetekarakter.¹⁹²

326. De gegeven indeling is niet 'waterdicht', wat bijvoorbeeld al blijkt uit het feit dat art. 6:236 onder b zowel bij 'autonomie' als 'causa' is ingedeeld.

Een aantal bedingen is moeilijk inpasbaar, bijvoorbeeld bedingen die er toe strekken te voorkomen dat de gebruiker in een moeilijke bewijspositie komt (art. 6:236 onder k). Een beding dat de privacy aantast bijvoorbeeld, zal vaak het opgewekt vertrouwen aantasten, maar als zo'n beding algemeen bekend en algemeen gebruikelijk is, moet men het begrip vertrouwen wel erg ver oprekken om het beding er onder te kunnen brengen. Zo'n beding zal evenmin in strijd komen met het autonomiebeginsel of met het causa-beginsel. Toch kan een beding dat de privacy (meer dan nodig is) aantast onredelijk bezwarend zijn.¹⁹³

Bedingen die de autonomie van de wederpartij aantasten

188. Art. 6:236 onder a, algehele uitsluiting nakomingsvordering; 6:237 onder d, beëindiging van de overeenkomst; art. 6:237 onder e, termijn voor de nakoming; art. 6:237 onder h, verval van recht.

189. Art. 6:236 onder b, beperking ontbindingsrecht; art. 6:236 onder c, beperking opschortingsrecht; art. 6:237 onder b, beperking omvang prestatie; art. 6:237 onder c, wijzigingsbevoegdheid.

190. Art. 6:236 onder d - tweede geval, verplichting eerst een derde aan te spreken; art. 6:236 onder i prijsverhoging; art. 6:236 onder h vrijwaring; art. 6:237 onder e levertijd; art. 6:237 onder f aansprakelijkheidsuitsluiting; art. 6:237 onder g, beperking verrekening.

191. Art. 6:237 onder i, onredelijke schadevergoeding bij annulering.

192. Oorspronkelijk kwamen deze voor in art. 6.5.2A.4 onder k, later zijn deze uit de grijze lijst geschrapt en aan de open norm overgelaten.

193. In het kader van art. 6:233 onder a behoort het nadeel niet van financiële aard te zijn (zie MvT Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1580). Zie enige Duitse uitspraken in nr. 331.

327. In nr. 325 werd een drietal soorten bedingen genoemd die de autonomie van de wederpartij aantasten. Het gaat om bedingen die de wederpartij tegen zijn wil aan de gebruiker binden of op andere wijze zijn (contracteer-)vrijheid beperken. Ook werd reeds vermeld dat de autonomie bij eenzijdige algemene voorwaarden bijna altijd in het gedrang komt. Bij genoemde bedingen wordt de autonomie dus dubbel aangetast: allereerst doordat sprake is van algemene voorwaarden en vervolgens doordat de inhoud van het beding die autonomie beperkt. Deze dubbele aantasting van de autonomie van de wederpartij wijst in de richting van onredelijke bezwarendheid, maar dat kan veranderen als sprake is van wat ik zou willen noemen 'compenserende of rechtvaardigende omstandigheden'.¹⁹⁴ Deze moeten worden gezocht in de sfeer van het vertrouwen en de causa¹⁹⁵:

- Wat de aard van de overeenkomst betreft kan een rechtvaardigende omstandigheid schuilen in de omstandigheid dat een autonomiebeperking zozeer past bij de aard van de overeenkomst dat de wederpartij de beperking kon verwachten (vertrouwenssfeer).
- De overige inhoud van de overeenkomst (causa-sfeer) kan in de meeste gevallen niet dienen ter compensatie van een beding dat de autonomie aantast, omdat het verband tussen de autonomie-aantasting en een ander (voordelig) element van de overeenkomst meestal zal ontbreken.¹⁹⁶
- De wijze van totstandkoming van de overeenkomst kan in bijzondere gevallen de onredelijke bezwarendheid van het beding wegnemen, namelijk als er omstandigheden zijn geweest waardoor de autonomiebeperking door de wederpartij moest worden verwacht, bijvoorbeeld als het van algemene bekendheid is dat consumentenorganisaties in onderhandelingen een beding dat de autonomie van de wederpartij beperkt hebben aanvaard.
- De wederzijds kenbare belangen en de overige omstandigheden van het geval kunnen een autonomiebeperking rechtvaardigen. Als bijvoorbeeld in een overeenkomst tot het geregeld afleveren van zaken of doen van verrichtingen in de algemene voorwaarden is bedongen dat de contractsduur langer is dan een jaar wordt dit vermoed onredelijk bezwend te zijn (art. 6:237 onder k). Het voor de wederpartij kenbare belang dat de gebruiker heeft bij een contractsduur van meer dan een jaar, kan bijvoorbeeld zijn het feit dat de gebruiker grote investeringen heeft moeten doen teneinde tot de productie van de verkochte zaken te komen.

In ieder geval meen ik dat de kenbare belangen en overige omstandigheden alleen ter compensatie of rechtvaardiging kunnen dienen als er een verband bestaat tussen het belang of de omstandigheid en de autonomie-aantasting.

194. Vgl. nr. 78

195. Rechtvaardiging in de autonomiesfeer kan ik me niet anders voorstellen dan als een individueel beding, maar daarmee wordt ('per definitie') het terrein van de algemene voorwaarden verlaten. Overigens is een rechtvaardiging/compensatie niet mogelijk indien een 'zwart' beding wordt gebruikt tegenover een consument, zie daarover MvA I Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1565, geciteerd in nr. 85.

196. Zie voor de eis van het verband tussen beding en voordeel hiervoor nr. 312.

Bedingen die het vertrouwen van de wederpartij aantasten

328. Bij de in nr. 325 genoemde bedingen die het vertrouwen aantasten gaat het om het vertrouwen m.b.t. de inhoud van de overeenkomst en de daaruit voortvloeiende omvang van de verplichtingen van de gebruiker. Het feit dat een beding in algemene voorwaarden voorkomt betekent op zichzelf reeds een aantasting van de autonomie van de wederpartij. Is bovendien het vertrouwen aangetast dan wijst dit in de richting van onredelijke bezwarendheid. Er zijn omstandigheden die vervolgens weer de andere kant op kunnen wijzen: compenserende en rechtvaardigende omstandigheden op het vlak van het vertrouwen of de causa.¹⁹⁷ Bij bedingen met een verrassingseffect acht ik compensatie nauwelijks denkbaar; in ieder geval kan de compensatie alleen in de causa-sfeer liggen.

Bij de overige twee soorten bedingen die het vertrouwen aantasten (zie nr. 325) kunnen 'compenserende omstandigheden' op het gebied van het vertrouwen of de causa iets gemakkelijker de onredelijke bezwarendheid wegnemen:

- De aard van de overeenkomst kan zodanig zijn dat een bepaald beding - waarvan bij andere soorten van overeenkomsten gezegd zou worden dat het het vertrouwen aantast - kan worden verwacht.
- De overige inhoud van de overeenkomst (causa-sfeer) kan in de meeste gevallen niet dienen ter compensatie van een beding dat het vertrouwen aantast, omdat het verband tussen de vertrouwens-aantasting en een ander (voordelig) element van de overeenkomst meestal zal ontbreken.
- De wijze van totstandkoming van de overeenkomst kan in bijzondere gevallen de onredelijkheid bezwarendheid van het beding wegnemen, namelijk als er omstandigheden zijn geweest waardoor de vertrouwensbeperking door de wederpartij moest worden verwacht.
- De wederzijds kenbare belangen en de overige omstandigheden van het geval kunnen alleen ter rechtvaardiging dienen als er een verband bestaat tussen het belang en de vertrouwens-aantasting.

Bedingen die het causabeginsel aantasten ten nadele van de wederpartij

329. De in nr. 325 genoemde bedingen die het causabeginsel aantasten ten nadele van de wederpartij hebben te maken met een beperking van de rechten van de wederpartij of het risico dat hij loopt of met het voordeel of de boete die de gebruiker toevalt.

197. Dit is echter niet mogelijk als een beding op de zwarte lijst wordt gebruikt jegens een consument, zie noot 195.

Compenserende en rechtvaardigende omstandigheden zullen hier vooral moeten worden gezocht in de causa-sfeer, maar ook de vertrouwenssfeer is mogelijk.¹⁹⁸

- Uit de aard van de overeenkomst kan volgen dat een bepaalde causa-aantasting kan worden verwacht. Dit is vooral denkbaar bij bedingen die risico verplaatsen en bij boetebedingen. Bij andere causa-aantastingen is het moeilijk een voorbeeld te geven.
- De overige inhoud van de overeenkomst kan juist bij causa-aantastingen compensatie bieden. Natuurlijk moet ook hier een verband aanwezig zijn tussen de causa-aantasting en het compense-rende voordelige onderdeel van de overeenkomst.
- De wijze van totstandkoming van de overeenkomst kan in bijzondere gevallen de onredelijkheid bezwarendheid van het beding wegnemen, namelijk als er omstandigheden zijn geweest waardoor de vermogensverschuiving die het gevolg is van het beding door de wederpartij moest worden verwacht.
- De wederzijds kenbare belangen en de overige omstandigheden van het geval kunnen een beding dat leidt tot een vermogensverschuiving alleen rechtvaardigen als er een verband bestaat tussen een belang of omstandigheid en het beding.

330. Een fraai Duits voorbeeld van compenserende en rechtvaardigende omstandigheden is de volgende uitspraak. Een exoneratie in de ADSp (Allgemeine Deutsche Spediteurbedingungen) - een aantasting van het causa-beginsel dat wijst in de richting van onredelijke bezwarendheid - wordt niet onredelijk bezwend bevonden gezien de omstandigheden: (tussen haakjes telkens mijn commentaar).

- In de meeste gevallen treft de beperking niet de eigenaar van de opgeslagen goederen maar de regresnemende verzekeraar (belang in de causa-sfeer).
- De ADSp wijken af van de aanvullendrechtelijke aansprakelijkheids-regeling, maar een hogere aansprakelijkheid kan tegen vergoeding bedongen worden (causa-sfeer; verband tussen voordeel en aansprakelijkheid).
- De ADSp zijn wel algemene voorwaarden, maar ze zijn tweezijdig en bestaan al 50 jaar (wijze van totstandkomen, aard overeenkomst, gebruikelijkheid van bedingen: vertrouwenssfeer).

198. Dit is echter niet mogelijk als een beding op de zwarte lijst wordt gebruikt jegens een consument, zie hoofdstuk 7, noot 195.

- De ADSp vallen wel onder het AGBG, maar bij de beoordeling van een bepaald beding moet het doel van dat beding worden gezien in het geheel van de regeling. Nodig is dus een totale waardering van de aan het in de ADSp gegeven aansprakelijkheids- en verzekeringssysteem ten grondslag liggende economische verhoudingen. Er vindt geen beoordeling plaats van elk afzonderlijk beding apart¹⁹⁹ (causa-sfeer).

Niet in te delen: bedingen die de privacy van de wederpartij aantasten

331. In de Duitse rechtspraak zijn enige bedingen die de privacy aantasten aan de orde geweest.

Het BGH acht de zogenaamde 'Schufa-Klausel' nietig, waarin een bank het recht bedingt o.a. aan de Schutzgemeinschaft für allgemeine Kreditsicherung' (Schufa) gegevens te verstrekken over de kredietnemer en eventuele medeschuldenaren en over de opname (kredietbedrag, looptijd, hoogte van de termijnen) en de afwikkeling van het krediet.

Weliswaar bevat het 'Bundesdatenschutzgesetz' enige eisen en kan daarvan worden afgeweken als de betrokkene zijn toestemming verleent, maar het is te betwijfelen of zo'n toestemming kan worden gegeven in algemene voorwaarden.

In ieder geval is het een onredelijke benadeling van de kredietnemer als de toestemming in algemene voorwaarden zich niet tot bepaalde kredietgegevens beperkt en ook gegevens kan omvatten over eenzijdige maatregelen van de kredietverstrekker tot verwezenlijking van vermeende rechten tegen de kredietnemer (aanmaningen, opzeggingen etc.) en de kredietgever het onbeperkte recht heeft ook dergelijke negatieve feiten zonder belangenafweging en zelfs als zo'n belangenafweging negatief zou uitvallen, aan het kredietinformatiesysteem te verstrekken.²⁰⁰

Het LG Berlin sprak zijn veto uit over het volgende beding:

"De koper dient de verkoper de vrije toegang te garanderen tot de ruimten waarin zich de gekochte nog niet betaalde voorwerpen bevinden."

Volgens de tekst van het beding heeft de verkoper altijd vrije toegang, bijvoorbeeld ook 's nachts of tegen de wil van de koper. Het beding is in strijd met ' 9 Abs. 1. Niet is in te zien waarom de verkoper voor het uitoefenen van haar rechten dergelijke vergaande bevoegdheden

199. BGH, 9-10-81, AGBE II, § 9, nr. 24a = NJW 1982, 1820.

200. BGH, 19-9-85, BGHZ 95, 362 = NJW 1986, 46 = BB 1985, 1198 = CuR 1985, 83. Een toestemming tot sectie in algemene voorwaarden van een ziekenhuis werd in BGH, 31-5-90 NJW 1990, 2313 (m.Anm. Deutsch) toelaatbaar geacht, zij het dat het beding waarschijnlijk in een concreet geval verrassend zal zijn, zodat het op grond van § 3 AGBG geen deel van de overeenkomst wordt. In de uitspraak betrof het een collectieve actie, waarbij niet getoetst kan worden aan § 3. Deutsch meent in zijn noot dat een afweging van de persoonlijkheidsrechten van de patiënt tegen het wetenschappelijk belang niet aangaat. Vgl. voor Nederland: D.W.F. Verkade, Afwijken van de Wet persoonsregistraties bij (standaard-) contract? Computerrecht 88, p. 17-20. Verkade stelt dat afwijking van de WPR in beginsel niet mogelijk is. Wel kan contractuele toestemming eventueel een rol spelen bij de toetsing van handelingen aan de wet. De marges zullen echter smal zijn.

nodig heeft, die ingrijpen in de grondwettelijk en strafrechtelijk beschermde sfeer van haar klanten.²⁰¹

332. Vergelijkbaar voor het Nederlandse recht is de uitspraak over het binnentreden van personeel van een energiebedrijf. Volgens het beding betrof het alleen "personen die van een door het bedrijf uitgegeven legitimatiebewijs of machtiging zijn voorzien" en behoefde de toegang alleen te worden verleend

"... op werkdagen van 8.00 tot 18.00 uur, alsmede in geval van een dringende reden ook op andere dagen en buiten deze uren."

201. LG Berlin, 12-7-79, AGBE I, § 9, nr. 21. Vgl. ook LG Hamburg, 30-1-81, AGBE II, § 9, nr. 114. en OLG Karlsruhe, RDV 1988, 146; te kennen uit: P. Gola Zur Entwicklung des Datenschutzrechts im Jahre 1988, NJW 1989, 2604: Het OLG achtte in strijd met § 9 een beding in de deelnamevoorwaarden van een 'sweepstake' dat de gebruiker het recht gaf de naam van de deelnemers openbaar te maken.

De president in kort geding vond dat een beroep op dit beding niet in strijd met de goede trouw of het grondwettelijk vastgelegde huisrecht. Tak stelt in zijn noot dat de wederpartij door de algemene voorwaarden te aanvaarden toestemming geeft tot binnentreden, maar dat de president te weinig motiveert waarom het beding niet in strijd met de goede trouw zou zijn.²⁰²

Een ander voorbeeld van een beding dat de privacy aantast is een beding in een huurovereenkomst inhoudende dat het de huurder verboden is affiches van politieke partijen voor het raam te hangen.²⁰³

7.5 Verrassende bedingen

333. Verrassende bedingen werden in de vorige paragraaf geplaatst in de categorie bedingen die het vertrouwen aantasten. Er zouden nauwelijks 'compenserende omstandigheden' zijn om deze bedingen hun onredelijk bezwarend karakter te ontnemen. Alle reden deze bedingen aan een nader onderzoek te onderwerpen.

Reeds in de toelichting bij art. 6.5.1.3 (de voorloper van afd. 6.5.3) werden ongebruikelijke en onereuze bedingen in één adem genoemd.²⁰⁴ De MvT bij afd. 6.5.3 stelt dat de art. 3:33 en 35 wel beslissen over de vraag of algemene voorwaarden als geheel contractsinhoud zijn geworden, maar

*"... dat op die regels geen beroep kan worden gedaan ten betoge dat een of meer van die bedingen niet tussen partijen zijn komen te gelden in verband met bijv. het onredelijke of **ongebruikelijke** karakter van hun inhoud of met de onmogelijkheid om daarvan voor of bij de contractssluiting kennis te nemen."*²⁰⁵

202. Pres Rb Utrecht, 29-1-87, KG 87, 28 = TvC 87, p. 282, m.nt. A.Q.C. Tak. K. Rozemond stelt dat het beding onredelijk bezwarend is en dus in strijd met de goede trouw; zie K. Rozemond, *Het betreden van woningen door ambtenaren van openbare nutsbedrijven*, AA 1987, p. 3-11, i.c. p. 7. Rozemond komt m.i. in zijn onderbouwing van dit oordeel niet voldoende toe aan een afweging van de wederzijdse belangen. Overigens is het geval van de energiebedrijven bijzonder omdat dit (in Nederland althans) altijd overheidsbedrijven zijn en er in feite dus een relatie overheid-burger is waarin grondrechten onverkort gelden. Zie over deze staatsrechtelijke complicaties het artikel van Rozemond.

203. Volgens een onderzoek van Konsumenten Kontakt heeft 73% van de onderzochte gemeenten een regeling over binnentreden en 40% een afficheverbod (De gemeente als huisbaas, Den Haag (1989), p. 30-31, 38).

204. Parl. Gesch, Boek 6, p. 865.

205. MvT Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1573 ("ongebruikelijke" is door mij vet gezet).

De MvT wijst vervolgens op het huidige art. 6:233 onder a, "dat voor deze gevallen een vernietigingsgrond in het leven roept".²⁰⁶ Ook bij de toelichting van de zwarte en grijze lijst wordt soms de plaatsing op een van de lijsten gemotiveerd met als argument dat een beding verrassend is.²⁰⁷ In het systeem van afd. 6.5.3 moet de ongebruikelijkheid of verrassendheid van een beding dus als een factor worden gezien, die kan leiden tot het oordeel dat het beding onredelijk bezwarend is. In de rechtspraak wordt het verrassende karakter van bedingen soms als relevante factor in de beoordeling betrokken.²⁰⁸

Duitsland: een wettelijke regel voor alle wederpartijen

334. In Duitsland geldt de regel van '3 dat verrassende bedingen geen inhoud van de overeenkomst worden,²⁰⁹ welke ook geldt in het handelsverkeer. Het doel van deze regel is de 'argeloze of niet geïnformeerde wederpartij' te beschermen.²¹⁰

Verrassende bedingen zijn in het AGBG een aparte categorie naast onredelijke bedingen in de zin van ' 9-11, al zullen verrassendheid en onredelijkheid ook vaak samenvallen.²¹¹ Kötz waarschuwt in zijn commentaar voor het te gemakkelijk grijpen naar ' 3, in plaats van de wat moeilijker weg te bewandelen van een openlijke inhoudstoetsing op grond van ' 9.²¹²

Een beding is verrassend in de zin van ' 3 als het **ongebruikelijk** is (een objectief element) en er in het beding een **verrassingselement** schuilt (een subjectief element).²¹³ Dit laatste is vooral afhankelijk van de omstandigheden van het geval, in het bijzonder van de **presentatie** van het beding.

335. Voor de **(on)gebruikelijkheid** van een beding gaat men in het Duitse recht uit van de normale verwachtingen bij de desbetreffende kring van wederpartijen²¹⁴ of de bijzondere verwachtingen die zijn

206. MvT Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1573.

207. MvT Inv. ad art. 6:236 onder i en art. 6:237 onder j, Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1701 resp. 1743. Het verrassingselement klinkt verder door in de MvT Inv. bij art. 6:236 onder g, art. 6:237 onder en onder n, Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1698 resp. 1729-1730 resp. 1747. Ook art. 237 onder b moet worden gezien als bepaling die het gebruik van verrassende bedingen wil tegengaan (zie nader paragraaf 8.6).

208. Zie in de eerste plaats het derde onderdeel van de beslissing in de zaak Holleman/De Klerk, HR 20-11-81, NJ 82, 517 (waarover nr. 122), maar verder ook RvT Schadeverzekeringsbedrijf VI-83/13 en VI-87/10, te kennen uit: J.H. Wansink, De verzekeringsovereenkomst en gebondenheid aan algemene voorwaarden naar huidige en toekomstig recht, VA 88, p. 96. De door de Hoge Raad gebruikte constructie past niet in het nieuwe recht; met het gezichtspunt dat een beding verrassend is, kan echter rekening worden gehouden in het kader van de open norm, vgl. nr. 217.

209. § 3 AGBG, Überraschende Klauseln: "Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die nach den Umständen, insbesondere nach dem äußeren Erscheinungsbild des Vertrags, so ungewöhnlich sind, daß der Vertragspartner des Verwenders mit ihnen nicht zu rechnen braucht, werden nicht Vertragsbestandteil."

210. Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen, § 3, Rdnr. 2.

211. Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen, § 3, Rdnr. 5; dit is van belang bij de abstracte toetsing in collectieve acties. Er kan dan niet worden getoetst aan § 3, maar wel aan § 9-11, aldus BGH, 18-2-82, AGBE III, § 9, nr. 93.

212. Kötz in Münch. Komm.-Kötz, § 3, Rdnr. 2, 10; § 3 zou slechts moeten worden toegepast in de zeer zeldzame gevallen dat de verrassendheid van een beding doorslaggevend is. In Nederland is een dergelijke waarschuwing niet nodig omdat er geen aparte regel voor verrassende bedingen is; toetsnorm is altijd de open norm (art. 6:233 onder a).

213. Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen, § 3, Rdnr. 11.

214. Ook al wordt een beding in een bepaalde branche algemeen gebruikt, dan nog kan het zo zijn dat bepaalde

gewekt door het gedrag van de gebruiker bij het sluiten van de overeenkomst (reclame, vormgeving van de overeenkomst, etc.).²¹⁵ Indicaties voor ongebruikelijkheid zijn:

- het feit dat een beding onverwachte hoofdverplichtingen voor de wederpartij in het leven roept, dan wel bestaande hoofdverplichtingen wezenlijk wijzigt, dan wel de gebruiker het recht geeft zijn prestatie te wijzigen;²¹⁶
- het feit dat een beding de aard van de overeenkomst wijzigt ten opzichte van de indruk die de gebruiker heeft gewekt;²¹⁷

kringen van wederpartijen er niet op rekenen: Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen, § 3, Rdnr. 14.

215. Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen, § 3, Rdnr. 12, 14, 18.

216. Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen, § 3, Rdnr. 14a, 18, 26, 29.

217. Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen, § 3, Rdnr. 15, met verwijzing naar de Begr., p. 19, die wijst op reisbureau's die de indruk vestigen zelf te presteren, maar die volgens hun voorwaarden alleen maar als vertegenwoordiger voor anderen optreden.

- het feit dat een beding betreffende een nevenverplichting duidelijk van het aanvullendrechtelijke 'Leitbild' van de overeenkomst afwijkt;²¹⁸
- het feit dat de wederkerigheid van een overeenkomst door een beding wordt aangetast;²¹⁹
- het feit dat een nieuw soort regeling wordt gegeven, zonder dat de gebruiker daar op wijst.²²⁰

336. Ongebruikelijkheid is echter niet voldoende: het beding moet zo ongewoon zijn **dat de wederpartij er geen rekening mee behoefde te houden**.²²¹ Daarbij moet worden uitgegaan van de kennis en het begrip van de bij de overeenkomst te verwachten kring van wederpartijen.²²² Uiteraard is het verrassingseffect verdwenen en heeft de wederpartij geen beroep op ' 3 als de wederpartij het beding kent.²²³ Maar dit wordt nog niet aangenomen als de wederpartij het beding een keer doorgelezen heeft.²²⁴ Heeft de notaris een beding voorgelezen, dan wordt wel aangenomen dat de wederpartij het kent.²²⁵

Als de wederpartij uitdrukkelijk op het beding wijst, komt de wederpartij evenmin een beroep op ' 3 toe.²²⁶

337. De **presentatie van het beding** is de belangrijkste van de "omstandigheden van het geval" die een rol spelen bij de beoordeling van de verrassendheid van een beding. Een beding wordt **sneller** verrassend gevonden als het op een onverwachte plaats staat,²²⁷ bijvoorbeeld op de achterkant van een contractformulier, terwijl op de voorkant hetzelfde onderwerp reeds aan de orde komt.²²⁸ Factoren die er toe leiden dat **minder snel** verrassendheid wordt aangenomen zijn: een geringe lengte van de algemene voorwaarden, een duidelijk leesbare letter²²⁹ en benadrukking van een beding in de lay out, bijvoorbeeld door het beding vet te zetten.²³⁰

218. BGH, 24-9-80, AGBE I, § 3, nr. 6 = NJW 1981, 117; Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen, § 3, Rdnr. 16, 31.

219. Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen, § 3, Rdnr. 28.

220. Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen, § 3, Rdnr. 20.

221. Palandt-Heinrichs, § 3, Anm. 2a; Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen, § 3, Rdnr. 13; vgl. de toelichting: BT Drs. 7/3919, p. 19 en de rechtspraak: BGH, 17-5-82, = AGBE III, § 11-12, nr. 52 = NJW 1982, 2309 = BGHZ 84, 109; BGH, 6-12-84, NJW 1985, 848.

222. Palandt-Heinrichs, § 3, Anm. 2b; Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen, § 3, Rdnr. 13.

223. Zie bijvoorbeeld BGH, 22-9-83, AGBE IV, § 2, nr. 4 = NJW 1984, 1112. Een beding dat 'branchenüblich' is en dat de wederpartij bekend is uit een jarenlange samenwerking, is niet verrassend in de zin van § 3 AGBG.

224. BGH, NJW 1978, 1519, 1520.

225. Palandt-Heinrichs, § 3, Anm. 2b; Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen, § 3, Rdnr. 25.

226. Palandt-Heinrichs, § 3, Anm. 2b; Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen, § 3, Rdnr. 23. Ook een opvallende presentatie (bijvoorbeeld vette letters of een beding in de buurt van de plaats waar getekend moet worden, kunnen een beding zijn verrassende karakter ontnemen.

227. BGH, 17-5-82, = AGBE III, § 11-12, nr. 52 = NJW 1982, 2309 = BGHZ 84, 109; BGH, 6-12-84, NJW 1985, 848.

228. LG Düsseldorf, 5-10-78, AGBE I, § 3, nr. 14 vgl. ook LG Köln, 10-4-79, AGBE I, § 3, nr. 15, AG Bad Homburg, 19-9-77, AGBE I, § 3, nr. 17 en ArbG Berlin, 1-9-80, AGBE I, § 3, nr. 20. Zie ook Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen, § 3, Rdnr. 16.

229. BGH, 30-1-79, AGBE I, § 3, nr. 4: de algemene voorwaarden beslaan een halve bladzijde A4 en zijn in gewone letters gedrukt: de wederpartij is hieraan gebonden ook als hij de draagwijdte niet overziet.

230. Zie bijvoorbeeld BGH, 6-12-84, NJW 1985, 848: het beding is ruim en in grotere letters gezet. De gebruikte lay out is echter maar één van de omstandigheden. Zie BGH, 12-12-86, BGHZ 99, 203 = NJW 1987, 1636: een

bepaald beding in hypotheekvoorwaarden is verrassend ondanks het feit dat het vet is gezet. De algemene voorwaarden beslaan vijf (deels omvangrijke) bedingen op anderhalve pagina. Vgl. Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen, 3, Rdnr. 24: typografische beklemtoning ('drucktechnische Hervorhebung') kan een ongewoon beding alleen het verrassende karakter ontnemen als het ook inhoudelijke goed begrijpelijk is.

Een verklaring aan het slot van de overeenkomst dat de algemene voorwaarden gelezen en begrepen zijn, verandert niets aan de verrassendheid van een beding, want de wederpartij is (juist bij verrassende bedingen) niet in staat ter plekke de algemene voorwaarden in alle details te begrijpen.²³¹

338. Naast de presentatie kunnen andere "**omstandigheden van het geval**" van betekenis zijn, zoals de prijs of het feit dat is onderhandeld.²³²

Zelfs 'de bijzondere psychische situatie' van de wederpartij²³³ of een ontstoken oogzenuw²³⁴ kunnen omstandigheden zijn waarmee rekening wordt gehouden.

339. Dat algemene voorwaarden aan goedkeuring door een overheidsinstantie zijn onderworpen betekent niet dat deze voorwaarden niet meer verrassend kunnen zijn.²³⁵ Dit zelfde geldt voor 'Konditionenempfehlungen', al kan hier wel de gebruikelijkheid eerder worden aangenomen.²³⁶

340. Soms wordt met '3 rekening gehouden bij de **uitleg** van bedingen. Een beding wordt beperkt uitgelegd omdat het bij een ruime uitleg een verrassend beding zou zijn.²³⁷ Drie voorbeelden:

- Mede-eigenaren van een stuk grond hebben tot zekerheid voor een gezamenlijk opgenomen lening hypotheek gegeven met hoofdelijke aansprakelijkheid. Volgens de voorwaarden kunnen zij elk namens de anderen wilsverklaringen afleggen en in ontvangst nemen. Dit beding moet beperkt worden uitgelegd. Het dekt in ieder geval geen verklaring die de zekerheids-afspraken uitbreidt want dit zou een verrassend beding zijn in de zin van '3'.²³⁸
- Een trampassagier valt in slaap en rijdt zijn bestemming voorbij. Hij krijgt een boete van 40 DM op grond van de vervoersvoorwaarden (rijden zonder geldig kaartje). Doel van het voorschrift kan slechts zijn dat pogingen tot zwart rijden worden bestreden. Een verdergaande interpretatie in het nadeel van passagiers die niet het doel hebben zwart te rijden zou het desbetreffende beding in de vervoersvoorwaarden het karakter van een verrassend beding in de zin van '3 geven.²³⁹

231. BGH, 2-3-78, AGBE I, § 3, nr. 3; i.c. was het AGBG nog niet toepasselijk.

232. Palandt-Heinrichs, § 3, Anm. 2a; Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen, § 3, Rdnr. 19.

233. LG Düsseldorf, 5-10-78, AGBE I, § 3, nr. 14: het betreft de algemene voorwaarden van een ziekenhuis. Gezien de bijzondere psychische situatie van de patiënt resp. zijn bloedverwanten op het moment van de opname kan zorgvuldig doorlezen van de voorwaarden niet worden verwacht.

234. AG Bad Homburg, 19-9-77, AGBE I, § 3, nr. 17; er was niet mondeling op het omstrede beding betreffende prijsverhoging gewezen.

235. Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen, § 3, Rdnr. 8. Anders: Begr. Reg.E. p. 20. Ulmer is het met de Begr. niet eens: de wettekst (§ 3 AGBG) sluit bij goedgekeurde voorwaarden § 3 AGBG niet uit.

236. Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen, § 3, Rdnr. 8.

237. Men kan zich wel afvragen of de rechter door deze beperkende uitleg niet feitelijk conversie toepast; vgl. nr. 257.

238. BGH, 15-1-88, NJW 1988, 1375.

239. AG Düsseldorf, 11-4-88, NJW 1988, 1988. In dit geval zou een uitoefeningsstoetsing (vgl. paragraaf 6.10.) m.i. meer voor de hand liggend zijn geweest dan deze beperkende uitleg met het oog op § 3, zie noot 237.

- In een voorovereenkomst met een architect over de voorbereiding van de bouw van een woonhuis annex dansschool komt een beding voor dat luidt:

Ik neem de verplichting op me om aan de architect de opdracht te geven voor de architecten-werkzaamheden met betrekking tot het bovengenoemde bouwwerk volgens de nog te sluiten overeenkomst.

Heeft de opdrachtgever het recht de opdracht niet aan de architect te geven (zoals i.c. was gebeurd: de bouw ging niet door wegens financieringsmoeilijkheden)? Het BGH neemt aan dat een definitieve opdracht niet behoeft te worden gegeven. Zou men het beding zo ruim uitleggen, dan zou het een verrassend beding zijn.²⁴⁰

341. De regel van '3 geldt ook in het handelsverkeer. Wel wordt aangenomen dat 'Kaufleute' een hogere mate van 'Geschäftserfahrung' hebben zodat bedingen tegenover hen minder snel verrassend zijn.²⁴¹ Het BGH oordeelt bijvoorbeeld dat tegenover een 'met kredietovereenkomsten vertrouwde onderneming' een in de bankbranche gebruikelijke uitbreiding van de hypothecaire zekerheid niet verrassend is.²⁴²

342. Enige voorbeelden van verrassende bedingen²⁴³:

- Verrassend is een beding in een detective-overeenkomst dat boven het overeengekomen bedrag per uur een 'Eilzuschag' van 25% en een 'Umlage' van 10% verschuldigd zal zijn.²⁴⁴
- Bij de koop van meubels is een beding, dat inhoudt dat de koper de verkoper onherroepelijk het gedeelte van zijn loon/salaris waarop beslag kan worden gelegd in onderpand geeft, een verrassend beding.²⁴⁵
- In een aanvraagformulier voor een krediet wordt bedongen dat, indien de bank een aanbod heeft gedaan en geen overeenkomst tot stand komt, een bedrag verschuldigd zal zijn van 1% van het gevraagde krediet. Dit beding doorstaat evenmin de toets van de open norm.²⁴⁶
- Verrassend kan zijn een beding inhoudende dat de wederpartij garandeert dat hij 'Vollkaufmann' is.²⁴⁷
- Bij de koop van een nog te bouwen woonhuis wordt een prijs overeengekomen van 227.500 DM. In de algemene voorwaarden staat dat in die koopprijs een bedrag van 5.500 DM voor 'ontsluitingskosten' is opgenomen en dat de kosten die boven dit bedrag uitkomen apart verschuldigd zijn. Het begrip 'ontsluitingskosten' wordt uitgebreid omschreven en omvat o.a. de kosten van grondwerken en

240. BGH, 17-12-87, BGHZ 102, 384 = NJW 1988, 1261. Een zelfde soort uitleg ook nog in OLG Karlsruhe, 20-2-87, NJW 1987, 1489 en LG Fulda, 11-6-87, NJW 1988, 1519.

241. Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen, § 3, Rdnr. 8, 54 e.v.

242. BGH, 20-2-87, BGHZ 100, 82. Vgl ook BGH, 20-9-89, NJW 1990, 247: een leaseovereenkomst werd onvoordelig als niet werd opgezegd tegen de 72e maand. Het was echter gebruikelijk. Volgens het BGH kan van een 'kaufmännisches Unternehmen' worden gevergd dat deze in de gaten houdt wanneer opzegging moet plaatsvinden.

243. Meer voorbeelden bij Palandt-Heinrichs, § 3, Anm. 2c en Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen, § 3, Rdnr. 33ev, vooral Rdnr. 52.

244. BGH, 2-3-78, AGBE I, § 3, nr. 3; i.c. was het AGBG nog niet toepasselijk.

245. OLG Celle, 12-12-79, AGBE I, § 3, nr. 9, idem voor koop op afbetaling LG Hamm, 18-2-83, AGBE IV, § 3, nr. 6.

246. OLG Köln, 29-1-80, AGBE I, § 3, nr. 10. I.c. was de aanvrager volgens het beding DM 28.370,- verschuldigd.

247. BGH, 17-5-82, AGBE III, § 11-12, nr. 52 = NJW 1982, 2309 = BGHZ 84, 109.

van leidingen. De werkelijke ontsluitingskosten zijn 17.183,73 DM hoger dan 5.500 DM. Het gebruikte beding is zowel onduidelijk als verrassend als onredelijk. Het is verrassend omdat het een deel van de overeengekomen bouwprestaties brengt onder een catalogus van 'ontsluitingskosten', die met het eigenlijke bouwen van het huis niets te maken hebben.²⁴⁸

- De fabrikant van een (ondergrondse) olietank geeft 30 jaar garantie op de absolute dichtheid van de tank.

Wij herstellen gratis gebreken die in deze periode optreden en die ons onverwijld en schriftelijk worden gemeld,

248. BGH, 29-9-83, AGBE IV, § 3, nr. 3 = NJW 1984, 171.

zo staat op de voorkant van het garantiebewijs. Op de achterkant staat het - verrassende - beding dat bij gebreken de fabrikant het recht heeft om in plaats van de gebreken te herstellen de koopprijs terug te betalen onder aftrek van een vergoeding voor het gebruik.²⁴⁹

- In de algemene voorwaarden van een drukkerij is verrassend het beding dat de drukkerij bij betalingsachterstand gerechtigd is zelf de gedrukte zaken te verkopen en zich uit de opbrengst te bevredigen, waarvoor de daarvoor vereiste auteursrechten aan de drukkerij worden overgedragen.²⁵⁰
- Verrassend is een beding dat als bevoegde rechter aanwijst een rechter die noch de rechter is van de gebruiker, noch van de wederpartij, noch van de plaats waar de prestatie verricht moet worden.²⁵¹
- In het handelsverkeer is een beding dat de overeengekomen levertijden en levertermijnen gelden als fatale termijn ('fix') verrassend wanneer het in algemene voorwaarden voorkomt terwijl in de individuele bedingen niet is bepaald dat de overeenkomst een 'Fixgeschäft' is (d.w.z. dat de overeenkomst staat of valt met het nakomen van de overeengekomen termijn).²⁵²
- Als twee echtgenoten zich gezamenlijk borg stellen voor een bedrag van 25.000 DM en later in de bij de borgtochtsverklaring behorende voorwaarden lezen dat zij elk afzonderlijk voor het genoemde bedrag borg staan, is dat een verrassend beding.²⁵³

343. Een aantal voorbeelden van bedingen die **niet** verrassend werden geacht²⁵⁴:

- In een huurovereenkomst is een beding dat inhoudt dat de verhuurder bij een huurachterstand van meer dan een maand gerechtigd is de verhuurde zaak terug te vorderen en van de verhuurder de doorbetaling van de huur te vorderen niet verrassend, omdat het overeenkomt met de gewone regels.²⁵⁵
- Een regeling die het de koper van een nieuwe auto verbiedt deze aan een handelaar door te verkopen, (dit om speculatie in nieuwe auto's met een lange levertijd te voorkomen) is niet verrassend. Het beding is algemeen gebruikelijk.²⁵⁶
- Bij een ongevallenverzekering is een in de algemene voorwaarden opgenomen beperking van de duur van de uitkering tot 60 dagen niet verrassend. Weliswaar wordt een ongevallenverzekering vaak ook gesloten om het risico te dekken van een langdurige arbeidsongeschiktheid, maar een verzekering met een beperkte uitkeringsduur is niet zinloos. De beperkte uitkering is niet buiten verhouding gezien de premie.²⁵⁷

249. OLG Hamm, 2-5-83, AGBE IV, § 3, nr. 8.

250. OLG Frankfurt, 8-12-83, AGBE IV, § 3, nr. 13.

251. LG Konstanz, 23-6-83, AGBE IV, § 3, nr. 15 = BB 1983, 1372

252. BGH, 17-1-90, NJW 1990, 2065.

253. OLG Celle, 7-2-90, NJW-RR, 1006.

254. Meer voorbeelden bij Palandt-Heinrichs, § 3, Anm. 2c en Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen, § 3, Rdnr.33ev, vooral Rdnr. 53.

255. LG Konstanz, 23-6-83, AGBE IV, § 3, nr. 15 = BB 1983, 1372.

256. BGH, 24-9-80, AGBE I, § 3, nr. 6.

257. OLG Hamburg, 6-4-78, AGBE I, § 3, nr. 7. Vgl. voor het Nederlandse recht RvT Schadeverzekering 9-4-90TvC 1990, p. 403-404 m.nt. Clausing. Het ging daar om een beperking tot 365 dagen 'voor elke ziekte afzonderlijk' zie over deze dubbelzinnige woorden hoofdstuk 6, noot 61.

- Bij de verhuur van een auto wordt bedongen dat anderen dan de huurder alleen in de auto mogen rijden als de verhuurder daartoe uitdrukkelijke toestemming geeft. Dit beding is niet verrassend en evenmin onbillijk.²⁵⁸
- In een verzekering is een beperking van de dekking, waardoor schade aan een TV door te hoge netspanning niet onder de dekking valt, niet verrassend.²⁵⁹
- In de algemene voorwaarden van een reisbagageverzekering staat dat de dekking 's nachts alleen geldt als een personenauto op een bewaakte parkeerplaats of in een afgesloten ruimte is geparkeerd. Dit is geen verrassend beding; het is in dergelijke verzekeringen algemeen gebruikelijk.²⁶⁰
- In de algemene voorwaarden van de banken wordt bepaald dat de bank het recht heeft op elk moment de relatie te verbreken. Dit is geen verrassend beding.²⁶¹
- In de algemene voorwaarden van een parkeergarage onder een hotel is de aansprakelijkheid wegens beschadiging, diefstal of andere schade uitgesloten. Naar 'Verkehrssitte' moet de wederpartij hiermee rekening houden; het beding is niet verrassend.²⁶²
- Het pandrecht dat de banken in hun voorwaarden bedingen is niet verrassend, omdat de regeling berust op een voor de cliënt voorzienbaar belang van de bank om zekerheid te hebben voor verstrekte kredieten. Het beding is evenmin onredelijk.²⁶³
- De huurder van een woning is volgens het huurcontract verplicht samen met enige anderen bij toerbeurt de toegangsweg tot het gebouw vrij te houden van sneeuw en ijs en bij gladheid te strooien. Dit beding is niet ongebruikelijk en ook niet onredelijk.²⁶⁴

Nederland: verrassend is (doorgaans) onredelijk bezwarend

Gezien de parlementaire geschiedenis (zie nr. 333) is m.i. maar één (weinig verrassende) conclusie mogelijk: verrassende bedingen zijn doorgaans onredelijk bezwarend.²⁶⁵ Deze onredelijke bezwarendheid berust (afgezien van bedingen die jegens consumenten worden gebruikt en onder de zwarte of grijze lijst vallen) op de open norm. Het verrassende karakter van een beding is bij de beoordeling één van de relevante 'overige omstandigheden' (vandaar 'doorgaans' onredelijk bezwarend). Het Duitse recht geeft een nuttige invulling van het criterium 'verrassend'; vooral het feit dat aan de presentatie veel waarde wordt gehecht is daarbij voor het Nederlandse recht van betekenis.

Dat het Nederlandse recht geen regel kent die vergelijkbaar is met ' 3, is m.i. geen gemis, omdat de open norm ook verrassende bedingen

258. OLG Karlsruhe, 9-11-79, AGBE I, § 3, nr. 8.

259. AG Recklinghausen, 10-4-79, AGBE I, § 3, nr. 19. Vgl. noot 92.

260. OLG Stuttgart, 12-10-82, AGBE III, § 3, nr. 6 = NJW 1983, 53.

261. OLG München, 25-2-83, AGBE IV, § 3, nr. 7.

262. LG Köln, 17-3-82, AGBE III, § 3, nr. 11.

263. BGH, 9-6-83, NJW 1983, 2701 = AGBE IV, § 9, nr. 3.

264. OLG Frankfurt, 22-9-88, NJW 1989, 41.

265. Zie voor de mogelijkheid om verrassende bedingen aan te pakken met de 'Holleman/De Klerk'-regel nr. 217.

dekt. Verrassendheid en onredelijkheid blijken in Duitsland vaak samen te vallen. Wel verdient het de aandacht dat verrassende bedingen ook in het handelsverkeer volgens het Duitse recht geen contractsinhoud worden.²⁶⁶

7.6 Concrete en abstracte toetsing

344. Als een wederpartij een beding in algemene voorwaarden aan de rechter ter toetsing voorlegt spreekt men van 'concrete' toetsing. Alle omstandigheden van het individuele geval kunnen een rol spelen. Als een consumenten- of beroepsorganisatie een collectieve actie instelt wordt anders - 'abstract' - getoetst. De MvT zegt hierover:

266. Vgl. nr. 328.

*"... bezien wordt hier immers of het aangevochten beding onredelijk is met het oog op zijn gebruik in overeenkomsten **in het algemeen**, ongeacht de persoon van de wederpartij en ongeacht de omstandigheden van het geval, bijv. de gedragingen van twee partijen bij en na het sluiten van de overeenkomst."*²⁶⁷

Het verschil is gradueel, aangezien de rechtsvordering vaak beperkt zal zijn tot een bepaalde soort overeenkomsten en/of een bepaalde soort wederpartijen.

De open norm is slechts van overeenkomstige toepassing.

*"Uitgaande van de formulering van de eis, zal gelet moeten worden op o.m. de aard en inhoud van de overeenkomsten waarvoor de algemene voorwaarden zijn bestemd en de 'typische' eigenschappen en belangen. (...) De bijzondere rechter dient derhalve, uitgaande van de norm van artikel 2 lid 2, onder a, de daarin genoemde maatstaven zo te generaliseren als met het oog op de van hem krachtens artikel 6 gevraagde beslissing nodig is."*²⁶⁸

345. Interessant is de vraag welke omstandigheden bij de concrete toetsing wel en bij de abstracte toetsing geen rol kunnen spelen. Het laatste citaat geeft reeds een aanzet. Ten onrechte naar ik meen worden de aard van de overeenkomst en de inhoud ervan onder één noemer gebracht. Volkomen terecht wordt echter gesproken over 'typische' eigenschappen en belangen.

De aard van de overeenkomst is bij uitstek een element waarbij concrete en abstracte toetsing parallel lopen. Dat bepaalde algemene voorwaarden worden gebruikt bijvoorbeeld in een koopovereenkomst met betrekking tot tweedehands auto's is bij concrete en abstracte toetsing van gelijk belang.

In mindere mate is dat het geval bij de **overige inhoud van de overeenkomst**, want die kan van geval tot geval verschillen. In de abstracte toetsing kan wel (evenals bij de concrete toetsing) rekening worden gehouden met de overige inhoud van de algemene voorwaarden, maar er zal meestal geen rekening kunnen worden gehouden met de kernbedingen. Het is nog denkbaar dat de verkoper van nieuwe auto's kan aantonen dat tegenover een exoneratie een in verhouding tot andere verkopers lagere prijs staat, en dat dit voor een bepaalde kring van afnemers steeds dezelfde prijs is. Het is echter onwaarschijnlijk dat een verkoper van tweedehands auto's zoiets aannemelijk zal kunnen maken.

267. MvT Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1763; de MvA I Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1778 verwijst hiernaar terug.

268. MvT Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1763-1764. Art. 2 lid 2 onder a is thans art. 6:233 onder a en art. 6 is thans art. 6:240.

De **wijze waarop de voorwaarden zijn tot stand gekomen** is voor abstracte en concrete toetsing van gelijk belang als daarmee bedoeld wordt op het al dan niet eenzijdige karakter van de voorwaarden of op de betrokkenheid van de overheid of een andere instantie.²⁶⁹

De **wederzijds kenbare belangen** worden in de MvT gekoppeld aan het concrete karakter van de open-norm-toets;²⁷⁰ elders in de MvT is sprake van "'typische' eigenschappen en belangen".²⁷¹ Uit de Duitse rechtspraak blijkt dat de wederzijdse belangen in hoge mate gegeneraliseerd kunnen worden.²⁷²

De **overige omstandigheden van het geval** zijn bij uitstek 'concreet' als het gaat om de omstandigheden die de persoon betreffen, al kunnen zij gegeneraliseerd worden als er een homogene groep van wederpartijen is met een (ongeveer) gelijke deskundigheid, maatschappelijke en sociaal-economische positie.

De omstandigheid 'misbruik van machtspositie' kan alleen abstract getoetst worden als de gebruiker niet slechts tegenover bepaalde wederpartijen maar in het algemeen tegenover alle wederpartijen of tegenover een bepaalde groep (bijvoorbeeld alle consumenten) een machtspositie (bijvoorbeeld een monopoliepositie) heeft.

346. Voor het **Duitse** recht geeft Basedow de aard van de abstracte toetsing als volgt weer²⁷³:

"De rechter in de collectieve actie moet zich - ver van elke concrete stand van zaken - ex ante²⁷⁴ afvragen voor welke gevallen het desbetreffende beding überhaupt betekenis kan krijgen. Daarbij komt het niet alleen op de exegese van de bepalingen in algemene voorwaarden aan (...); vaak moet de rechter met veel fantasie proberen zich een zo volledig mogelijke voorstelling te vormen van denkbare feitenconstellaties, dus van de mogelijke risico's."

Basedow wijst erop dat het BGH ook zo te werk gaat, bijvoorbeeld in de uitspraak over de prijsverhoging bij tijdschriftabonnementen.²⁷⁵

347. Wat de omstandigheden betreft het volgende: In de collectieve actie zijn de inhoud van de overeenkomst en de soort overeenkomst van belang. De soort overeenkomst moet in de eis ('Klageantrag', ' 15 Abs. 2) zo precies mogelijk worden aangegeven, aangezien anders het gevaar bestaat hetzij van een gedeeltelijke afwijzing, hetzij van een te ruim geformuleerd verbod.²⁷⁶

Worden voorwaarden tegenover verschillende kringen van wederpartijen gebruikt, dan is het denkbaar (vooral bij de toetsing aan ' 10) dat een beding geldig is tegenover de ene kring en nietig tegenover de andere kring.²⁷⁷

269. Vgl. nr. 296.

270. MvT Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1580.

271. MvT Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1763.

272. Zie nr. 347.

273. Basedow AcP 1982, p. 356.

274. Hiertegenover stelt Basedow de ex-post benadering bij de concrete toetsing, volgens de heersende leer echter ten onrechte, zie nr. 228.

275. BGH, 11-6-80, AGBE I, 9, nr. 103 = NJW 1980, 2518. Zie over deze uitspraak nader nr. 378.

276. Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen 9, Rdnr. 76.

277. Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen 9, Rdnr. 77.

De belangen van de gebruiker(s) en de wederpartijen kunnen in de collectieve actie worden gewogen. Een voorbeeld: Bij een collectieve actie tegen het beding *De garantie vervalt onmiddellijk na een ingreep of een beschadiging door de koper...* merkt het BGH op dat de koper er belang bij kan hebben het apparaat te (laten) openen om de aard van het gebrek te (laten) vaststellen. Hij kan vervolgens bepalen of hij het gebrek zelf wil (laten) verhelpen of een beroep wil doen op de garantie. Een onderzoek voorafgaand aan het aanbieden van de zaak aan de verkoper geeft de koper een sterkere (bewijs-)positie. Hij kan bovendien van het transport en het langdurig moeten missen van de zaak afzien en de zaak zelf (laten) repareren als dit hem beter uitkomt.²⁷⁸

278. BGH, 28-11-79, AGBE I, § 11-10-a, nr. 78 = NJW 1980, 831. Zie verder o.a. BGH, 29-10-80, AGBE I, § 9, nr. 16 = NJW 1981, 280 = BGHZ 78, 305; BGH, 16-1-85, BGHZ 93, 252 = NJW 1985, 853 (waarover nr. 293, 301, 307).

HOOFDSTUK 8 DE ZWARTE EN GRIJZE LIJST

8.1 Overzicht

348. De zwarte en grijze lijst vormen een uitwerking van de open norm. Zij gelden alleen voor consumententransacties.¹ Samen met de twee gevallen van art. 6:238 bevatten deze lijsten 30 bedingen, te veel om uitgebreid te behandelen.² Bij wijze van voorbeeld behandel ik daarom een viertal onderdelen van de zwarte en grijze lijst, te weten: art. 6:236 onder b (uitsluiting of beperking van het ontbindingsrecht), art. 6:236 onder i (bevoegdheid tot prijsverhoging), art. 6:237 onder b (beperking van de inhoud van de verplichtingen van de gebruiker) en art. 6:237 onder d (beëindiging van de overeenkomst door de gebruiker).³ Hierbij ga ik waar nodig in op de relatie tussen de regeling in afd. 6.5.3 en die in titel 7.1 met betrekking tot de consumentenkoop. Bij elk van deze vier bedingen behandel ik een aantal praktijkvoorbeelden.

Ook het heetste hangijzer van afd. 6.5.3 komt in dit hoofdstuk aan de orde: de reflexwerking. In gevallen waarin de wederpartij geen consument is gelden de lijsten niet rechtstreeks, maar kunnen zij via de open norm een zekere normerende werking hebben. In dit hoofdstuk probeer ik voor deze 'reflexwerking' vuistregels te geven.

8.2 De open norm en de lijsten

Rechtszekerheid en voorbeeldfunctie

349. De twee lijsten van jegens consumenten (vermoedelijk) onredelijk bezwarende bedingen in de art. 6:236 en 237 worden in het juridisch spraakgebruik sinds Hondius' preadvies voor de NJV aangeduid als de zwarte en grijze lijst.⁴

Zij vormen naar in de memorie van toelichting wordt uiteengezet

-
1. Zie voor het begrip 'consument' nr. 113.
 2. In Wessels/Jongeneel nr. 82-169 geven wij een overzicht. Oorspronkelijk kwamen de twee onderdelen van art. 6:238 ook op de grijze lijst voor. Later zijn ze in een afzonderlijk artikel ondergebracht, zie Nota II Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1754-1755. In het onderstaande wordt met "de zwarte en grijze lijst" ook art. 6:238 bedoeld.
 3. De keuze van deze bedingen is ingegeven door het belang dat volgens de parlementaire geschiedenis aan de verschillende onderdelen van de lijsten kan worden toegekend en de frekwentie waarmee soortgelijke bedingen in de Duitse rechtspraak aan de orde zijn gekomen.
 4. Hondius, NJV, p. 171-172; Hondius bepleitte daar alleen een grijze lijst, aangezien een doorgaans onbillijk beding in bepaalde casusposities niet zo onredelijk is. Ook het CCA-advies, p. 25, ging uit van alleen een grijze lijst.

*"... uitwerkingen van artikel 2 lid 2, onder a die zowel de rechtszekerheid dienen als een voorbeeldfunctie vervullen voor de toepassing van art. 2, lid 2, onder a, in verhoudingen waarop de artikelen 3 en 4 niet van toepassing zijn, hetgeen, kort gezegd, het geval is wanneer algemene voorwaarden jegens anderen dan consumenten worden gebruikt."*⁵

De **zwarte** lijst doet de onredelijke bezwarendheid van de daarop opgenomen bedingen rechtstreeks vaststaan. De opgenomen bedingen worden hoogst onbillijk geacht

"... doorgaans omdat zij het evenwicht tussen de uit een wederkerige overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen op fundamentele wijze ten nadele van de wederpartij verstoren".⁶

De **grijze** lijst bevat bedingen

*"... waarvan niet op voorhand gezegd kan worden dat zij steeds onredelijk bezwarend voor de wederpartij zijn, maar die a priori - wederom mede gelet op de wijze waarop de wederpartij eraan wordt gebonden - zo bezwarend schijnen dat het gerechtvaardigd is de bewijslast van het tegendeel te leggen op degene die de algemene voorwaarden gebruikt."*⁷

Eenzijds zijn dit bedingen die een rekbaar begrip bevatten, anderzijds bedingen die wel exact geformuleerd kunnen worden, maar die niet per definitie als onereus te beschouwen zijn.

De lijsten zijn beperkt tot consumententransacties omdat het niet mogelijk zou zijn

*"... het gehele gebied van de overeenkomsten die aan beide zijden in de commerciële sfeer liggen zodanig te overzien dat het gerechtvaardigd zou zijn ook al die overeenkomsten aan de bepalingen van de artikelen 3 en 4, of een deel daarvan, te onderwerpen."*⁸

350. Soms valt een beding niet onder de letter van een onderdeel van de lijsten, maar is het effect ongeveer hetzelfde. Hoe te handelen? De lijsten zijn een uitwerking van de open norm. De memorie van toelichting stelt dat de lijsten als zodanig uiteraard limitatief moeten worden opgevat: slechts de bedingen bedoeld in art. 6:236 en 237 worden steeds als onredelijk bezwarend aangemerkt, respectievelijk vermoed onredelijk bezwarend te zijn.⁹

Dat een beding niet onder het toepassingsgebied van de lijsten valt, betekent echter niet dat het niet onredelijk bezwarend zou kunnen zijn op grond van de open norm.

5. MvT Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1581; vgl. ook p. 1651. Art. 2 lid 2 onder a is thans art. 6:233 onder a; art. 3 en 4 zijn thans art. 6:236 en 237.

6. MvT Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1650.

7. MvT Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1650.

8. MvT Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1651. De artikelen 3 en 4 zijn de zwarte en grijze lijst, art. 6:236 en 237. Het gebied van de overeenkomsten tussen ondernemers wordt in de MvA II Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1656 zo "buitengewoon heteroog en onoverzichtelijk" genoemd dat het ook ongewenst zou zijn de zwarte lijst voor die overeenkomsten als grijze lijst te laten gelden. Wel wordt gewezen op de mogelijke reflexwerking via de open norm. Zie nader paragraaf 8.8.

9. MvT Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1652.

*"Elk argument a contrario, elke reflexwerking dient hier te worden vermeden. Bij het opstellen van de lijsten is grote voorzichtigheid betracht, teneinde het te regelen gebied steeds tot het - naar wij thans menen - voorzienbare te beperken. Bij twijfel is het toepassingsgebied van een bepaling beperkt gehouden. Derhalve blijve de vraag in hoeverre niet onder de artikelen 3 en 4 vallende bedingen onredelijk bezwarend zijn, c.q. in hoeverre het redelijk is de bewijslast om te keren, steeds in volle vrijheid aan de rechter ter beoordeling overgelaten."*¹⁰

Hier is uit af te leiden dat bedingen die niet rechtstreeks onder één van de onderdelen van de zwarte en grijze lijst vallen, moeten worden beoordeeld volgens de open norm.¹¹ Het feit dat een beding ongeveer hetzelfde effect heeft als een volgens de lijsten verboden of verdacht beding is daarbij natuurlijk een argument dat wijst in de richting van onredelijke bezwarendheid. Men kan dit reflexwerking noemen.¹² Het kan zelfs voor de rechter aanleiding zijn de bewijslast met betrekking tot de (on)redelijkheid van het beding niet op de wederpartij maar op de gebruiker te leggen, iets waartoe art. 177 Rv hem de bevoegdheid geeft. De rechterlijke vrijheid staat echter voorop.¹³ Overigens zijn de meeste onderdelen van de lijsten zo geformuleerd dat het niet gemakkelijk zal zijn ze door een slim gevonden formulering te ontgaan.¹⁴

-
10. MvT Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1652; de art. 3 en 4 zijn thans art. 6:236 en 237. De term reflexwerking wordt hier op een wel heel andere (en m.i. verwarrende) manier gebruikt dan elders in de kamerstukken (vgl. nr. 434). De term "redenering a contrario" is wel juist gekozen. Het gaat hier niet om het verschijnsel dat een specifieke norm die niet rechtstreeks van toepassing is via een meer algemeen geformuleerde norm toch werking heeft. Eerder is men beducht voor het **omgekeerde**, namelijk dat een specifieke norm die rechtstreeks toepasselijk is een meer algemeen geformuleerde norm haar werking zou ontnemen, hoewel die norm een aanvullende werking dient te behouden.
 11. Zie bijvoorbeeld ook MvT Inv. en MvA II Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1690 resp. 1691; beiden ad art. 6:236 onder b, waarover nr. 360 e.v..
 12. Met de term reflexwerking wordt echter meestal aangeduid een doorwerking van de zwarte en grijze lijst via de open norm op bij overeenkomsten met niet-consumenten, zie over deze betekenis van reflexwerking paragraaf 8.8.
 13. Anders Rijken/Mölenberg/Verstappen; zie daarover mijn bespreking in TvC, 1990, p. 358-371. De door Rijken c.s. gevolgde methode is onwenselijk omdat deze de rechtszekerheid ondergraaft. Zo kan in hun benadering een grijs beding een zwart effect hebben en dus onder alle omstandigheden onredelijk bezwarend zijn. Dit resultaat zou ik (in navolging van de MvA II Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1688) "*uitwets-systematisch oogpunt ongerijmd*" willen noemen. Vgl. voor de twee verschillende Duitse visies nr. 356.
 14. Het lijkt me bijvoorbeeld zo ongeveer onmogelijk een exoneratieclausule te ontwerpen die niet onder art. 6:237 onder f en/of b valt. In één geval is uitdrukkelijk in de formulering van de wet tot uitdrukking gebracht dat alle bedingen die een bepaalde **strekking** hebben onder de bepaling vallen, namelijk bij art. 6:236 onder f vgl. over dit punt MvT Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1697. Dit is een argument te meer om aan te nemen dat in de andere gevallen een beding dat niet rechtstreeks onder een onderdeel van de lijsten valt alleen op basis van de open norm beoordeeld dient te worden.

351. Een zwart beding wordt als vernietigbaar aangemerkt, los van de omstandigheden. Bij zo'n rigide bepaling rijzen natuurlijk onmiddellijk vragen. Die zijn in de parlementaire geschiedenis dan ook gesteld, maar de regering heeft aan het absolute karakter van de zwarte lijst vastgehouden: omstandigheden van het geval (o.a. 'compenserend voordeel') spelen geen rol.¹⁵ Wel werden in de memorie van antwoord aan de Eerste Kamer de mogelijkheden die de kamercommissie had genoemd om het absolute karakter van de zwarte lijst te verzachten aanvaard.¹⁶ De commissie had gewezen op mitigering door de in de wet en jurisprudentie neergelegde mogelijkheden en bevoegdheden bij (ver)nietig(baar)heden en had daarbij de art. 3:41, 3:42,¹⁷ 3:53,¹⁸ 6:235,¹⁹ 6:258²⁰ en 6:278,²¹ de goede trouw²² en de onrechtmatige daad²³ genoemd. Bij de toepassing van deze regels kan de strekking van afd. 6.5.3 van belang zijn.²⁴

De memorie van toelichting vestigt de aandacht op art. 6:258 lid 2, dat de vordering tot ontbinding of wijziging van de overeenkomst bij onvoorziene omstandigheden uitsluit indien de omstandigheden waarop de eiser zich beroept voor zijn rekening komen.²⁵ Hierbij is gedacht aan de vernietiging van een beding als 'onvoorziene omstandigheid'; dit zal met name dan voor rekening van de gebruiker komen als het de gebruiker duidelijk had kunnen zijn dat het vernietigde beding 'zwart' was. De 'mitigerende' werking die van art. 6:258 uit zal gaan zal m.i. niet vaak een zwart beding zelf betreffen. Het effect zou dan neerkomen op conversie: na vernietiging van beding x wordt de overeenkomst zo gewijzigd dat beding x in afgezwakte of gewijzigde vorm weer terugkeert. Hiervoor is evenals voor conversie in

-
15. Zie voor de opmerkingen uit de Eerste Kamer o.a. VV I Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1562 en voor het standpunt van de regering o.a. MvA II Inv.; Nota II Inv., en MvA I Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1528-1529 resp. 1541 resp. 1564-1565; de MvA I werd reeds geciteerd in nr. 85.
 16. *"Overigens geven wij de commissie gaarne toe dat art. 3 zich niet verzet tegen mitigering van rechtsgevolgen van de vernietiging als waarop de commissie doelde (...)"*, MvA I Inv.; vgl. voor het standpunt van de commissie VV I Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1622 resp. 1618. Art. 3 is thans art. 6:236.
 17. Art. 3:41: partiële nietigheid en art. 3:42: conversie, zie over deze beide rechtsfiguren paragraaf 6.9.
 18. Volgens dit artikel kan de rechter de vernietiging geheel of gedeeltelijk haar werking ontzeggen *"...indiende reeds ingetreden gevolgen van een rechtshandeling bezwaarlijk ongedaan gemaakt kunnen worden"*.
 19. Kennelijk is gedacht aan lid 1, 'grote wederpartijen', zie daarover nr. 115 e.v.
 20. Onvoorziene omstandigheden.
 21. Deze bepaling voorziet in een correctie bij wijziging van de waardeverhouding na ontbinding (lid 1) of -en daar gaat het i.c. om- ongedaanmaking op een andere grond (lid 2), zoals het invoeren van de vernietigbaarheid van een onredelijk bezwarend beding.
 22. De Hoge Raad heeft iets dergelijks aangenomen op het gebied van het huurrecht: HR 13-11-87, NJ 88, 254: *"Niet uitgesloten is immers dat de eisen van de goede trouw in de gegeven omstandigheden eraan in de weg staan dat de huurder wiens huisgenote zonder zijn medewerking een erkenning als medehuurster heeft verkregen, zich jegens die huisgenote op het ontbreken van die medewerking kan beroepen. (...) Opmerking verdient dat aan aanvaarding van een zodanige strijd met de goede trouw zware eisen moeten worden gesteld, nu art. 1623h een bepaling van dwingend recht is (...)"*. Deze zaak werd terugverwezen naar het hof.
 23. VV I Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1618. Bij de onrechtmatige daad werd verwezen naar de 'Ziekenfondsarresten' (HR 5-11-82, NJ 84, 125 en HR 13-5-77, NJ 78, 154).
 24. MvA I Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1622; deze strekking leidt bijvoorbeeld tot een terughoudende toepassing van conversie, zie paragraaf 6.9.
 25. MvT Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1460.

ieder geval geen ruimte als de vernietigbaarheid op grond van de zwarte lijst voorzienbaar was.²⁶

352. De grijze lijst bevat bedingen waarbij het vermoeden van onredelijke bezwarendheid leidt tot een omkering van de bewijslast: de gebruiker moet aantonen dat zijn beding in het gegeven geval niet onredelijk bezwarend is. Daarbij zal de gebruiker vooral moeten aansluiten bij de in de open norm genoemde omstandigheden.²⁷

j353. In art. 6:239 krijgt de minister de bevoegdheid de onderdelen van de grijze lijst te wijzigen of hun toepassingsgebied te beperken.²⁸ Los daarvan zullen de lijsten na enige jaren geëvalueerd moeten worden.²⁹

Duitsland: lijsten met of zonder waarderingsmogelijkheid

26. Zie over conversie paragraaf 6.9.

27. Zie voor een bespreking paragraaf 7.3.

28. Zie nader Wessels/Jongeneel, nr. 173-174.

29. MvA I Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1684.

354. Het AGB-Gesetz bevat twee lijsten met toepassingen van de open norm, zoals ook blijkt uit de aanhef van ' 10: "*In Allgemeine Geschäftsbedingungen ist insbesondere unwirksam ...*". Veel bedingen zijn bewust niet op de lijsten opgenomen maar alleen aan de open-norm-toetsing overgelaten.³⁰

Het verschil tussen de beide lijsten is dat bij ' 10 een belangenafweging moet plaatsvinden, hetgeen blijkt uit termen als 'unangemessen lang' en 'gerechtfertigter Grund'. Bij deze 'Wertungsmöglichkeit' moet de open norm worden betrokken.³¹ De bedingen in ' 11 zijn altijd nietig; er is geen 'Wertungsmöglichkeit'. Derhalve is ' 10 vergelijkbaar met onze grijze lijst en ' 11 met onze zwarte lijst.³²

Het is mogelijk dat een beding niet strijdt met de normen van de lijsten maar toch onredelijk is op grond van de open norm.³³

355. De lijsten in ' 10 en 11 AGBG bouwen wat veel onderdelen betreft voort op de ten tijde van invoering reeds bestaande rechtspraak. De lijsten gaan echter verder dan die rechtspraak.³⁴ Von Hippel acht het een stap vooruit dat de rechter nu een duidelijke wettelijke machtiging heeft voor de toetsing van algemene voorwaarden. De lijsten vergemakkelijken de toetsing in veel gevallen aanzienlijk.³⁵ Tegenstanders van de lijsten zijn er in de Duitse literatuur niet of nauwelijks. Wel is er kritiek op de toepassing van de lijsten door de rechtspraak in het handelsverkeer.³⁶

356. Met betrekking tot bedingen die niet onder de lijsten vallen, maar wel hetzelfde effect hebben zijn in het Duitse recht twee benaderingen aan te wijzen. In de rechtspraak wordt zo'n beding soms als een 'Umgehung' beschouwd, die dan vervolgens op grond van ' 7³⁷ en de bepaling die men ontduikt nietig is.³⁸

Een andere benadering is de volgende: een beding dat niet onder de lijsten valt, valt onder de open norm. Als een beding een even onredelijke inhoud heeft als een beding dat door de lijsten getroffen wordt, zal het desbetreffende onderdeel van de lijsten via ' 9 een reflexwerking uitoefenen.³⁹

30. Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen 9, Rdnr. 9.

31. Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen 9, Rdnr. 11, 66.

32. De termen zwarte en grijze lijst worden in Duitsland niet gebruikt.

33. Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen 9, Rdnr. 67. Dit is o.a. gebleken bij bedingen die de bevoegdheid geven tot prijsverhoging zie nr. 377.

34. Heinrichs in RWS-Forum, p.25-26.

35. Von Hippel, p. 125.

36. Zie nr. 118.

37. 7: "*Dieses Gesetz findet auch Anwendung, wenn seine Vorschriften durch anderweitige Gestaltungen umgangen werden*".

38. Zie bijvoorbeeld: BGH, 11-10-84, NJW 1985, 852: een beding in een overeenkomst m.b.t. de verkoop van een nog te bouwen huis houdt in dat de koper de slotbetaling bij een notaris moet deponeren of op een geblokkeerde spaarrekening moet storten. Dit beding wordt door het BGH beschouwd als een 'Umgehung' van 11 Nr. 2-a (beperking of uitsluiting van het opschortingsrecht, vgl. art. 6:236 onder c). Dit ondanks het feit dat de te verrichten prestatie niet in handen komt van de gebruiker, maar slechts tot zekerheid strekt. De economische druk zal niet geheel wegvallen, maar wel veel minder zijn. Een andere uitspraak waarin een 'Umgehung' werd geconstateerd (ditmaal van 11 Nr. 8) is LG Freiburg 10-12-81, AGBE II, 7, nr. 2.

39. Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen, Einl. Rdnr. 50 noemt dit een 'Ausstrahlungswirkung'; 7 acht hij voor de inhoudelijke toetsing (9-11) niet relevant omdat 9 een vangnetfunctie heeft (Ulmer in Ulmer/Brandner/Hen-

Overeenstemmende systemen

357. De Duitse en Nederlandse visie op de lijsten en de verhouding van de lijsten tot de open norm komen grotendeels overeen, waaruit weer blijkt hoezeer het Nederlandse systeem lijkt op het Duitse. Een verschil in benadering is er slechts waar het betreft bedingen die niet onder de lijsten vallen maar wel een zelfde effect hebben als de op de lijsten bedoelde. In Duitsland wordt voor dergelijke bedingen soms het Umgehungsverbot van '7 van stal gehaald. Deze bepaling blijkt in Duitsland van weinig betekenis te zijn.⁴⁰ Voor Nederland verdedig ik de andere (ook in Duitsland voorkomende) benadering, namelijk dat zulke bedingen naar de open norm moeten worden beoordeeld.

8.3 De lijsten en de regeling van de consumentenkoop

358. De memorie van toelichting bij de kooptitel wijst erop dat de regeling van de algemene voorwaarden zeer algemeen van aard is, omdat deze op alle overeenkomsten van toepassing is.

*"In het kader van de bijzondere overeenkomsten zal dikwijls preciezer kunnen worden beoordeeld wat toelaatbaar is en wat niet"*⁴¹

Dit geldt zeker ook voor de toelaatbaarheid van bedingen die voorkomen op de zwarte en grijze lijst. De kooptitel heeft twee raakvlakken met de lijsten: ten eerste zijn er bepalingen in de kooptitel die op dezelfde materie betrekking hebben als bepaalde onderdelen van de lijsten,⁴² ten tweede maakt de kooptitel bepaalde onderdelen van de zwarte en grijze lijst tot dwingend recht.

Wat dit laatste betreft: art. 7:6 verklaart bij de consumentenkoop naast de afdelingen 7.1.1 t/m 7.1.7 tot dwingend recht:

"... de rechten en vorderingen die de wet aan de koper ter zake van een tekortkoming in de nakoming van de verplichtingen van de verkoper toekent".

Deze wettelijke rechten en vorderingen mogen door de verkoper niet worden "beperkt of uitgesloten" (behoudens bij een standaardregeling in de zin van art. 6:214). Dit 'beperken' wordt in de memorie van toelichting ruim uitgelegd. Het verbod de rechten en vorderingen te beperken verzet zich niet slechts

40. Zie nr. 40.

41. MvT, Ks. 16 979, nr. 3, p. 15.

42. Zie over de prijsverhoging art. 6:236 onder i en 7:35; zie over de verhouding tussen deze bepalingen nr. 373. De omvang van de prestatie wordt bij koop met name bepaald door het conformiteitsbeginsel. Zie voor de vraag hoe zich dit tot art. 6:237 onder b verhoudt nr. 398. De in de wet gegeven bepaling over de klachttermijn (art. 7:23) kan in een contractueel vervalbeding nader worden ingevuld, mits binnen de grenzen van art. 6:237 onder h.

*"... tegen (1) bedingen waarin bijvoorbeeld het recht op schadevergoeding in kwantitatieve zin wordt beperkt, maar ook tegen bedingen waarin andere voor de koper ongunstige uitzonderingen op de wettelijke regelingen van de genoemde rechten en vorderingen worden aangebracht. Men denke bij voorbeeld aan: (2) het vereisen van een bepaalde vorm voor verklaringen, (3) omkering van bewijslast, (4) het beding dat de kosten van herstel als bedoeld in art. 7.1.3.2 voor rekening van de koper zullen zijn, (5) de bepaling dat de aansprakelijkheid van de verkoper afhankelijk zal zijn van constatering van gebreken door hemzelf of een door hem aangewezen derde, (6) het vaststellen van een termijn voor reclames die korter is dan redelijk genoemd kan worden, of (7) het beding dat de koper zijn rechten tegen de verkoper pas kan uitoefenen nadat hij tevergeefs een derde heeft aangesproken."*⁴³

359. Uit de **tekst** van art. 7:6, lid 1 zou men de indruk kunnen krijgen dat alleen bedoeld zijn afwijkingen van afd. 6.1.9 en 10 (voornamelijk het terrein van onderdeel f van de grijze lijst) en art. 6:265 e.v. (het terrein van onderdeel b van de zwarte lijst). Het belangrijkste gevolg hiervan is dat een exoneratie bij consumentenkoop altijd verboden is; de verkoper zou geen omstandigheden aan kunnen voeren waarin een exoneratie nog toelaatbaar zou kunnen zijn. Het is merkwaardig dat dit bij de consumentenkoop 'zwart maken'⁴⁴ van het exoneratiebeding - dat volgens art. 237 onder f grijs is - nauwelijks de aandacht heeft getrokken.⁴⁵

Veel verder dan de tekst van de wet gaat de **toelichting**. Deze geeft aan de tekst een zo ruime uitleg dat ook bedingen waar men op grond van de wettekst helemaal niet aan zou denken in strijd zouden komen met dwingend recht. Ik acht het effect van de geciteerde passage uit de memorie van toelichting zeer bedenkelijk. Op deze manier gaat het grote voordeel van de zwarte en grijze lijst, namelijk de rechtszekerheid, voor de consumentenkoop verloren. Die rechtszekerheid berust op een weloverwogen en zo nauwkeurig mogelijke omschrijving van de verboden c.q. verdachte bedingen. De geciteerde passage uit de toelichting is erg vaag. Gezien de voorbeelden is een aantal bedingen die op de lijsten voorkomen bij de consumentenkoop dwingendrechtelijk verboden.⁴⁶ Van de meerderheid is dit onbeslist. De

43. MvT Inv., Ks. 16 979, nr. 3, p.44; de nummers tussen haakjes zijn door mij aangebracht; art. 7.1.3.2 is thans art. 7:21.

44. Tussen aanhalingstekens, want er is verschil tussen een beding op de zwarte lijst en een beding dat in strijd is met dwingend recht. Beiden zijn vernietigbaar, de eerste op grond van art. 6:233, aanhef, de tweede echter op grond van art. 3:40, lid 2.

45. In Jongeneel, Knelpunten vestigde ik de aandacht op de exoneratie bij koop. De kwestie werd op de uitgebreide commissievergadering over de kooptitel naar voren gebracht door de SGP-fractie (UCV 6-6-88, Handelingen TK UCV 61, p. 14), maar de minister ging hier niet op in.

46. Achtereenvolgens (de nummers verwijzen naar de geciteerde passage uit de MvT): 1: art. 6:237 onder f; 2: art. 6:236 onder l en 6:237 onder m; 3: art. 6:236 onder k; 4: art. 6:237 onder b; 5: art. 6:236 onder d; 6: art. 6:237 onder h en 7: art. 6:236 onder d. De bevoegdheden tot opschorting en verrekening zijn volgens de MvT i.a.p. aan het dwingendrechtelijk karakter van de regeling onttrokken. De uitsluiting of beperking van deze bevoegdheden valt onder art. 6:236 onder c en 237 onder g.

vraag of ze bij de consumentenkoop van dwingend recht zijn, is alleen van belang voor de onderdelen van grijze lijst, omdat daar de mogelijkheid om het vermoeden van onredelijke bezwarendheid te ontkrachten vervalt als een op die lijst omschreven beding onder dwingend recht valt. De grijze lijst beschouwend meen ik dat op grond van de wettekst alleen is aan te nemen dat onderdeel f bij de consumentenkoop van dwingend recht zou zijn. Op grond van de toelichting zou men in ieder geval ook de onderdelen b en h van art. 6:237 er bij moeten nemen en misschien ook de onderdelen a, b, c en e. Kortom: onzekerheid troef. Bij de algemene-voorwaarden-regeling werd opgemerkt dat bij het opstellen van de lijsten grote voorzichtigheid was betracht, teneinde het te regelen gebied steeds tot het voorzienbare te beperken.⁴⁷ De toelichting op de kooptitel lijkt een naar ik meen moeilijk overzienbaar geheel van regels tot dwingend recht te maken.⁴⁸ Ik ben geneigd de wettekst als uitgangspunt te nemen en de ruime uitleg die de memorie van toelichting geeft als een ongelukkige misstap buiten beschouwing te laten.

8.4 Art. 6:236 onder b: ontbinding van de overeenkomst

360. In overeenkomsten met een 'consument' wordt volgens art. 6:236 onder b als onredelijk bezwarend aangemerkt: een beding in algemene voorwaarden

"... dat de aan de wederpartij toekomende bevoegdheid tot ontbinding, zoals deze in afdeling 5 van titel 5 is geregeld, uitsluit of beperkt"

Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat dit beding op de zwarte lijst is opgenomen omdat men vond dat het het contractueel evenwicht in de kern aantast.

*"Het leidt er immers toe dat terwijl de ene partij niet of niet behoorlijk presteert, de andere partij zich niet van haar corresponderende verbintenis, eventueel ten dele, kan bevrijden."*⁴⁹

Onderdeel b is gekoppeld aan de ontbinding wegens het niet nakomen van een verbintenis, zoals geregeld in art. 6:265 e.v.⁵⁰ Deze ontbindingsbevoegdheid kan bestaan bij toerekenbaar tekortkomen in de nakoming (wanprestatie) maar ook bij niet-toerekenbaar tekortkomen (overmacht). Het kan hierbij gaan om bedingen die ontbinding volledig uitsluiten, maar ook om bepalingen die het ontstaan van de ontbindingsbevoegdheid beperken zoals bedingen die een bepaalde niet-nakoming aanmerken als een niet-nakoming die wegens haar

47. Zie nr. 350.

48. Daar waar Boek 7 dwingend recht bevat komt volgens de MvA II de toetsing aan afd. 6.5.3 niet meer aan de orde, MvA II Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1462.

49. MvT Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1688.

50. Art. 6:236 onder b betreft dus niet een ontbinding op een andere grond, zoals art.6:258 (onvoorziene omstandigheden), zie MvT Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1690.

bijzondere aard of geringe betekenis de ontbinding niet rechtvaardigt.⁵¹

Verder zijn ook bedingen bedoeld die de uitoefening van het ontbindingsrecht beperken, zoals het uitsluiten van gedeeltelijke ontbinding, het uitsluiten van de bevoegdheid om ontbinding door een buitengerechtelijke verklaring in te roepen of het recht om (nadat een ontbinding heeft plaatsgevonden) restitutie te ontvangen van reeds verrichte prestaties.⁵²

367. Niet onder de bepaling vallen bedingen die niet 'rechtstreeks' het ontbindingsrecht uitsluiten, maar wel het effect hebben dat ontbinding niet mogelijk is, zoals bedingen die bepalen wat een tekortkoming in de nakoming is, bedingen die de bewijslast wijzigen of bedingen die het ontbindingsrecht doen vervallen als sanctie op het niet tijdig reclameren.⁵³

Zoals hierboven al vermeld: reeds uit de tekst van art. 7:6, lid 1 is af te leiden dat afwijkingen van art. 6:265 bij de consumentenkoop in strijd zijn met dwingend recht. De consument-koper zal zowel op art. 7:6 jo 6:265 als op art. 6:236 onder b een beroep kunnen doen; beide wegen zijn even begaanbaar en leiden rechtstreeks tot vernietigbaarheid van het beding.

Duitsland

-
51. MvT Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1690; bedingen die bepalend zijn voor de vraag of er een tekortkoming in de nakoming is, vallen echter niet onder art. 6:236 onder b; hierop kunnen wel van toepassing zijn: art. 6:236 onder d en k en 6:237 onder b, c en d.
 52. Dat telkens in afwijking van de wettelijke regeling, art. 6:265, lid 1, respectievelijk 267, lid 1, respectievelijk 271; zie MvT Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1690. Het recht tot schadevergoeding bij ontbinding valt weer buiten de werkingssfeer van art. 6:236 onder b, aldus MvT Inv. t.a.p., omdat dit recht geen onderdeel van het recht op ontbinding is; een afwijking van art. 6:277 valt onder art. 6:237 onder f.
 53. MvT Inv.; MvA II Inv.; Nota II Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1690 resp. 1691-1692 resp. 1692. De genoemde bedingen vallen onder andere onderdelen van de lijsten, te weten art. 6:236 onder k, respectievelijk 6:237 onder h.

362. Bedingen die ontbinding beperken of uitsluiten komen op de Duitse lijsten op verschillende plaatsen voor. De bepaling die het meest met art. 6:236 onder b overeenkomt is ' 11 Nr. 8a: nietig is een bepaling waardoor in het geval van verzuim of een de gebruiker toerekenbare onmogelijkheid van de prestatie het ontbindingsrecht van de wederpartij is uitgesloten of beperkt.⁵⁴ In de rechtspraak blijkt de toepassing tamelijk onproblematisch. Bedingen zoals:

De aan ommezijde aangetekende levertijden worden door de verkoper zo veel mogelijk nagekomen, maar gelden niet als bindend en geven de koper noch een recht tot ontbinding van de overeenkomst noch tot het eisen van een schadevergoeding.

zijn duidelijk herkenbaar als bedingen die in strijd zijn met ' 11 Nr. 8a.⁵⁵

363. Een tweede bepaling die van betekenis kan zijn is ' 11, Nr. 9, dat bedingen verbiedt die bij een gedeeltelijke niet nakoming die de gebruiker kan worden toegerekend het recht op schadevergoeding uitsluiten of die het recht de overeenkomst te ontbinden uitsluiten als de gedeeltelijke nakoming van de overeenkomst voor de wederpartij geen waarde heeft.⁵⁶ Uitspraken over dit onderdeel van '11 zijn schaars.⁵⁷

364. Ten slotte kan ' 11 Nr. 10b relevant zijn. Deze bepaling staat het beperken van het ontbindingsrecht toe bij de koop; de vorderingen van de koper kunnen in de algemene voorwaarden worden beperkt tot herstel of vervanging. Nietig is echter een beding dat in die gevallen de koper niet het recht geeft om bij het falen van het herstel of van de vervangende zaak ontbinding te vorderen.⁵⁸

-
54. § 11 "In Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist unwirksam (...)
8. (Verzug, Unmöglichkeit)
eine Bestimmung, durch die für den Fall des Leistungsverzugs des Verwenders oder der von ihm zu vertretenden Unmöglichkeit der Leistung
a) das Recht des anderen Vertragsteils, sich vom Vertrag zu lösen, ausgeschlossen oder eingeschränkt oder
b) das Recht des anderen Vertragsteils, Schadensersatz zu verlangen, ausgeschlossen oder entgegen Nummer 7 eingeschränkt wird"
55. Het gegeven voorbeeld: LG Karlsruhe, 6-4-79, AGBE I, § 10 Nr. 1, nr. 11; het geciteerde beding is volgens dit Landgericht tevens in strijd met § 10 Abs. 1. Een soortgelijke uitspraak is LG Ravensburg 22-2-79, AGBE I, § 11 Nr. 8, nr. 71.
56. § 11 "In Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist unwirksam (...)
Nr. 9: *eine Bestimmung, die für den Fall des teilweisen Leistungsverzugs des Verwenders oder bei von ihm zu vertretender teilweiser Unmöglichkeit der Leistung das Recht der anderen Vertragspartei ausschließt, Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit zu verlangen oder von dem ganzen Vertrag zurückzutreten, wenn die teilweise Erfüllung des Vertrages für ihn kein Interesse hat."*
57. De enige uitspraak die ik heb kunnen vinden is: BGH, 26-1-83, NJW 1983, 1320 = WM 1983, 308 = AGBE IV, § 10 Nr. 3, nr. 16 = BB 1983, 524. Het betreft het beding: *Bij niet levering aan de verkoper door zijn leveranciers komt beiden partijen het recht toe de overeenkomst, voor zover deze op niet geleverde zaken betrekking heeft, te ontbinden.* Het BGH acht dit in strijd met § 10 Nr. 3 en met § 11 Nr. 9: dat laatste omdat het de wederpartij toekomende ontbindingsrecht wordt beperkt.
58. § 10 "In Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist unwirksam (Gewährleistung)
eine Bestimmung, durch die bei Verträgen über Lieferungen neu hergestellter Sachen und Leistungen (...)
b) (Beschränkung auf Nachbesserung)
die Gewährleistungsansprüche gegen den Verwender insgesamt oder bezüglich einzelner Teile auf ein Recht auf Nachbesserung oder Ersatzlieferung beschränkt werden, sofern dem anderen Vertragsteil nicht ausdrücklich das Recht vorbehalten wird, bei Fehlschlagen der Nachbesserung oder Ersatzlieferung Herabsetzung der Vergütung oder, wenn nicht eine Bauleistung Gegenstand der Gewährleistung ist, nach seiner Wahl Rückgängigmachung des Vertrags zu verlangen"

Ook hier is de toepassing relatief eenvoudig.⁵⁹ De wet eist dat het beding de koper uitdrukkelijk het recht op verlaging van de koopprijs of ontbinding verschafft,⁶⁰ de rechtspraak eist dat dit gebeurt zonder gebruik van juridische begrippen die de 'nicht-Kaufmännische' koper niet kent.⁶¹

Zou de koper een recht tot ontbinding moeten hebben, dan wordt dit door het verder gebruiken van de zaak niet verwerkt.⁶²

Een beding dat de koper pas recht geeft op ontbinding, prijsverlaging of vervanging na de derde vergeefse herstellpoging, is nietig op grond van ' 9.⁶³

Het zal vaak aankomen op de vraag of herstel of vervanging in concreto al dan niet is mislukt. Volgens het OLG Frankfurt is het herstel in ieder geval mislukt nadat een auto driemaal tevergeefs is gerepareerd wegens oververhitting van de motor; volgens ' 11 Nr. 10b AGBG heeft de koper het recht de overeenkomst te ontbinden.⁶⁴ Met een mislukken van het herstel wordt in de literatuur gelijk gesteld het geval dat herstel niet van de wederpartij geleverd kan worden, bijvoorbeeld omdat de vertrouwensbasis aan de overeenkomst is ontvallen. Dit kan bijvoorbeeld voorkomen bij een nieuwe auto met een serie van gebreken (een 'Zitronenauto', bij ons een 'maandagauto').⁶⁵

365. Ook in Duitsland komen bedingen voor die in geval van **overmacht** ontbinding uitsluiten. Bijvoorbeeld het volgende beding:

Een onderbreking, ook als deze langer dan drie maanden duurt, geeft geen recht tot opzegging van de overeenkomst of tot navorderingen respectievelijk schadevergoeding.

Dit beding wordt nietig geacht, jegens 'nicht-Kaufleute' op grond van ' 11 Nr. 7 en 8 en in het 'kaufmännischen Geschäftsverkehr' op grond

59. Zie bijvoorbeeld OLG Hamm, 21-12-79, AGBE I, 11 Nr. 10-b, nr. 92; OLG Nürnberg, 17-4-80, AGBE I, 11-10-b, nr. 95.

60. Onvoldoende is te zeggen: *De door firma ... gegeven garantie omvat de aanspraak op herstel. De firma... is gerechtigd, in plaats daarvan een vervangende zaak te leveren. Alle andere garantieaanspraken zijn uitgesloten. Zij herleven weer voor het geval herstel of vervanging mislukt.* OLG Stuttgart, 11-1-80, AGBE I, 11 Nr. 10-b, nr. 93. Evenzo: BGH, 10-12-80, AGBE I, 11 Nr. 10-a, nr. 80 en OLG Köln, 2-4-85, NJW-RR 86, 151. Hensen merkt op dat het AGBG nergens zo strenge eisen stelt aan de formulering van een beding, Hensen in Ulmer/Brandner/Hensen, 11 Nr. 10b, Rdnr. 33, 34.

61. BGH, 30-6-82, AGBE III, 11 Nr. 10-b, nr. 41 = NJW 1982, 2380: Een beding dat de garantielijkt van de verkoper beperkt tot herstel, waarbij in het geval het herstel niet slaagt de koper een recht wordt toegekend op ontbinding of vermindering van de koopprijs ('Wandelung oder Minderung'), zonder dat deze juridische termen inhoudelijk worden uitgelegd, is nietig op grond van 11 Nr. 10-b. Vgl. ook BGH 16-5-90, NJW-RR 90, 1141.

62. OLG Nürnberg, 17-4-80, AGBE I, 11 Nr. 10-b, nr. 95.

63. LG Berlin, 21-1-82, AGBE III, 9, nr. 33. Wel toelaatbaar zou zijn: pas na de tweede vergeefse reparatie, dit gezien de aard van de apparatuur (elektrische kantoorapparatuur) en rekening houdend met de overlast als een apparaat bij een ingewikkelde reparatie niet ter plekke kan worden gerepareerd maar naar de werkplaats moet worden gestuurd.

64. OLG Frankfurt, 17-12-80, AGBE I, 11 Nr. 10-b, nr. 97. De tendens in de literatuur is dat bij aanneming van werk slechts één poging te gunnen, bij koop echter verschillende. Hensen verdedigt dat er geen algemene regel gegeven kan worden. Bij de koop van technisch ingewikkelde apparaten moeten doorgaans meer dan één poging worden toegestaan, bij eenvoudige apparaten zoals mixers, haardrogers en stofzuigers zou één poging voldoende moeten zijn. De aard van het gebrek is (zowel bij koop als bij aanneming van werk) echter bepalend (Hensen in Ulmer/Brandner/Hensen, 11 Nr. 10b, Rdnr. 37-40).

65. Hensen in Ulmer/Brandner/Hensen, 11 Nr. 10b, Rdnr. 45.

van ' 9.⁶⁶ Ook als ' 11 Nr. 8 niet van toepassing is, neemt het BGH op grond van 'Treu und Glauben' een recht op opzegging aan.⁶⁷

Toepassing relatief eenvoudig

366. De balans opmakend kan worden gezegd dat de toepassing van de lijsten op bedingen die ontbinding uitsluiten of beperken in Duitsland geen problemen van betekenis heeft opgeleverd. Ook in Nederland zijn deze niet te verwachten. Bedingen zoals:

66. LG Frankfurt, 21-9-82, AGBE III, § 9, nr. 17a.

67. Zie het volgende beding in een overeenkomst m.b.t. een abonnement op een tijdschrift: *Störungen in de levering wegens overmacht of dergelijke gebeurtenissen hebben geen invloed op de looptijd van de overeenkomst*. Een duurovereenkomst kan (volgens 'ständige Rechtsprechung') opgezegd worden als (in de regel door buiten de verantwoordelijkheid van de gebruiker liggende omstandigheden - hierdoor is ook § 11 Nr. 8 niet van toepassing -) het uitvoeren van de overeenkomst aanzienlijk gevaar loopt en van de wederpartij daarom naar 'Treu und Glauben' een verdere gebondenheid niet kan worden gevergd. Wordt het ontbindingsrecht uitgesloten, dan is dit dus noodzakelijkerwijze in strijd met 'Treu und Glauben': BGH, 26-5-86, NJW 1986, 3134.

*"Ontbinding van de verkoopovereenkomst is uitgesloten."*⁶⁸
zijn gemakkelijk herkenbaar. Soms worden andere woorden dan 'ontbinding' gebruikt, maar blijkt uit de context dat (ook) ontbinding bedoeld is. Ook dan valt zo'n beding onder art. 6:236 onder b. Twee voorbeelden uit algemene voorwaarden van aannemers:

"Alle goederen worden speciaal aangemaakt, en kunnen derhalve niet geruild of teruggenomen worden".

en:

*"De opdrachtnemer zegt vrijblijvend toe, zich te houden aan het aan ommezijde vermelde tijdstip voor de montage. (...) Een vertraging geeft de besteller niet het recht de overeenkomst te annuleren of schadevergoeding te eisen. De besteller blijft integendeel verplicht tot afname."*⁶⁹

Het is in beide gevallen een kwestie van uitleg. Betekent het eerste beding alleen dat men een eenmaal gegeven opdracht niet mag annuleren (dan is er niets op het beding aan te merken) of wordt hier ook het ontbindingsrecht bij wanprestatie uitgesloten? Dit laatste is naar ik meen het geval. Bij individuele toetsing zou men via de contra-proferentem-regel tot het resultaat kunnen komen dat het ontbindingsrecht niet beperkt wordt; men komt dan aan een vernietiging op grond van de zwarte lijst niet toe. Bij een abstracte toetsing in het kader van de collectieve actie zal de contra-proferentem-regel echter omgekeerd moeten worden gebruikt: de voor de wederpartij onvoordeligste uitleg is bepalend bij de toetsing;⁷⁰ het beding is vernietigbaar.

In het tweede beding lijkt het me tamelijk duidelijk dat het woord 'annulering' ook 'ontbinding' omvat, gezien de laatste zin. Ook dit beding lijkt me dus in strijd met art. 6:236 onder b.

68. Het beding is afkomstig uit verkoopvoorwaarden van een autodealer; dit beding en andere voorbeelden in dit hoofdstuk komen uit mijn verzameling bedingen die ik heb opgebouwd tijdens mijn onderzoeksstage bij de Consumentenbond (1987) dan wel uit de grote voorraad van het Expertisecentrum Modelcontracten en Algemene Voorwaarden (E.C.M.A.). Omdat het slechts voorbeelden zijn ter illustratie vermeld ik niet welk bedrijf de gebruiker is.

69. Beide bedingen komen uit algemene voorwaarden van een bedrijf dat kunststof kozijnen etc. fabriceert en plaatst.

70. Zie nr. 229 en 237.

367. Bij de verkoop van onroerende zaken wordt onder het 'oude' recht vrijwel altijd in afwijking van art. 1302 BW (oud) de ontbinding uitgesloten. Naar nieuw recht is dit niet meer nodig omdat de ontbinding van art. 6:265 geen terugwerkende kracht heeft (zie art. 6:269). Zou ontbinding worden uitgesloten bij de verkoop van een onroerende zaak aan een consument, dan valt dit dus gewoon onder art. 6:236 onder b en is dit beding vernietigbaar.⁷¹

368. Bedingen die inhouden dat de gebruiker een bepaald aantal kansen krijgt om zijn prestatie te verrichten (bijvoorbeeld om de geleverde zaak te repareren) ben ik in Nederlandse algemene voorwaarden niet tegengekomen. In Duitse algemene voorwaarden komen ze wel voor.⁷²

Bij een consumentenkoop is de verkoper verplicht tot herstel (art. 7:21, lid 1 onder b). De koper kan echter ook kiezen voor vervanging of ontbinding als hij dit wenst (art. 7:21 lid 1 onder c resp. art. 7:22 jo 7:6 jo 6:265 e.v.).⁷³ De verkoper die zichzelf bij een consumentenkoop in zijn algemene voorwaarden een aantal kansen gunt om zijn prestatie te verrichten handelt in strijd met dwingend recht m.b.t. de consumentenkoop door het recht op ontbinding op deze manier te beperken.

Bij andere overeenkomsten dan de consumentenkoop is een beding dat inhoudt dat het ontbindingsrecht pas kan worden uitgeoefend nadat de gebruiker een aantal kansen heeft gehad zijn prestatie te verrichten, in strijd met art. 6:236 onder b, omdat zo'n beding het wettelijke ontbindingsrecht beperkt.

8.5 Art. 6:236 onder i: prijsverhoging

369. In overeenkomsten met een 'consument' wordt volgens art. 6:236 onder i als onredelijk bezwarend aangemerkt een beding in algemene voorwaarden

"... dat de gebruiker de bevoegdheid geeft de door hem bedongen prijs binnen drie maanden na het sluiten van de overeenkomst te verhogen, tenzij de wederpartij bevoegd is in dat geval de overeenkomst te ontbinden"

Volgens de memorie van toelichting kan een onderneming een goede reden hebben om een bevoegdheid tot prijsverhoging te bedingen

*"... met name indien hijzelf de gevolgen ondervindt van prijs- en kostenstijgingen die zich in zijn verhouding tot zijn voorschakel voordoen."*⁷⁴

71. Op het ontbreken van terugwerkende kracht en de zakelijke werking bij ontbinding volgens art. 6:265 wordt ook gewezen in de MvT Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1690-1691. Uit deze passage kan men afleiden dat voor de uitsluiting van ontbinding deze rechtvaardiging is vervallen.

72. Zie voor het Duitse recht nr. 364.

73. Men bedenke wel dat deze rechten slechts kunnen worden uitgeoefend als de niet-nakoming c.q. het gebrek voldoende ernstig is om ontbinding of vervanging te rechtvaardigen.

74. MvT Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1701.

Voor de wederpartij komt een bevoegdheid tot prijswijziging in algemene voorwaarden veelal geheel onverwacht en deze zal des te hinderlijker zijn als de consument voor het sluiten van de overeenkomst de prijzen van verschillende concurrenten heeft vergeleken.⁷⁵ De uitweg die het voorzichtig gestelde onderdeel i van de zwarte lijst biedt is dat de bevoegdheid tot prijsverhoging bedongen mag worden, mits dit gecombineerd is met een ontbindingsrecht voor de wederpartij. Dit wordt gerechtvaardigd door de gedachte dat een ondernemer geacht moet worden over een termijn van drie maanden zijn commerciële risico te kunnen overzien.⁷⁶

370. De memorie van toelichting wijst erop dat als prijswijzigingen in de overeenkomst niet zijn voorzien, een beroep op art. 6:258 (onvoorziene omstandigheden) denkbaar is, al is dat hoge uitzondering.

*"In het algemeen zal men immers mogen aannemen dat prijsfluctuaties - die in de huidige tijd gewoon zijn - in de overeenkomst zijn verdisconteerd."*⁷⁷

371. Art. 6:236 heeft volgens de memorie van toelichting slechts betrekking op het geval dat de prijs bij het sluiten van de overeenkomst is vastgesteld. Maar partijen kunnen de prijs ook openlaten, 'vrijblijvend' overeenkomen of afspreken dat de prijs pas ten tijde van de prestatie wordt bepaald. Volgens de memorie van toelichting vallen dergelijke bedingen als kernbedingen in de zin van artikel 6:231 buiten het bereik van afd. 6.5.3.⁷⁸ Men kan zich afvragen of het ongewenste effect van art. 6:236 onder i niet zal zijn dat de prijs vaak wordt opengelaten of deels afhankelijk gesteld van een aantal (onzekere) factoren.⁷⁹ Dan zou art. 6:236 onder i in zijn tegendeel verkeren, want de onzekerheid voor de consument zou daardoor alleen maar toenemen!

De memorie van toelichting heeft het naar ik meen bij het juiste eind als deze zegt dat art. 6:236 onder i geen betrekking heeft op het beding "de prijs is vrijblijvend". Dit beding beschouw ik echter niet altijd als kernbeding. Als de gebruiker op een voor de wederpartij duidelijk kenbare wijze zijn prijs als vrijblijvend opgeeft is dit een kernbeding. De situatie is anders als de gebruiker een prijs opgeeft en de vrijblijvendheid niet in het aanbod zelf, maar in de daarbij gevoegde algemene voorwaarden is te vinden. In feite is het effect dan immers volkomen gelijk aan een beding dat onder art. 6:236 onder i valt: de gebruiker heeft de mogelijkheid de prijs te verhogen. Een beding dat

75. MvT Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1701.

76. MvT Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1701.

77. MvT Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1701. Deze opmerking is naar ik meen niet voor alle soorten overeenkomsten juist. In geval van de aannemingsovereenkomst geeft de ontwerpregeling van Boek 7 in art. 7.12.4 een mogelijkheid om de aannemingsom te verhogen bij onvoorziene omstandigheden. Deze regeling wordt gezien als "een precisering van de algemene regel van art. 6.5.3.11" (thans art. 6:258; Thunissen in Asser-Coehorst-De Leede-Thunissen (Asser Bijzondere overeenkomsten III, Zwolle (1988), nr. 604).

78. Zie nr. 63.

79. In die zin: Verhoeven, Algemene voorwaarden getoetst, Deventer (1989), p. 90; Verhoeven spreekt in dit verband over 'rechtsonzekerheid', maar van **rechts**onzekerheid lijkt me geen sprake.

op de zwarte of grijze lijst staat is geen kernbeding;⁸⁰ een beding dat zeer sterk lijkt op een 'zwart' beding naar ik meen ook niet.⁸¹ Het beding moet dus m.i. worden getoetst aan de open norm.⁸²

80. Zie nr. 63.

81. Bovendien valt het beding "*de prijs is vrijblijvend*" niet onder de formule 'kernbeding = essentialia + prijs', zie nr. 72. Ook in Duitsland wordt het beding *de prijs is vrijblijvend* getoetst aan § 11 Nr. 1; zie nr. 376. Vgl. ook nr. 373: bij een consumentenkoop mag een voorlopig vastgestelde prijs niet verhoogd worden.

82. Het feit dat het beding een soortgelijk effect heeft als de bedingen die vallen onder art. 6:236 onder 1a zijnde toetsing aan de open norm wijzen in de richting van onredelijke bezwarendheid. vgl. nr. 350.

Onderdeel i van de zwarte lijst is ook van toepassing op duurovereenkomsten, zo zegt de memorie van toelichting nadrukkelijk. Dit vindt zijn rechtvaardiging in de beperkingen die in de bepaling zijn ingebouwd.⁸³ Op prijsverhogingen waartoe de ondernemer krachtens wetsbepaling bevoegd of verplicht is, heeft de bepaling geen betrekking.⁸⁴

372. Het ontbindingsrecht dat in art. 6:236 onder i is neergelegd kwam ter discussie naar aanleiding van een amendement dat strekte tot schrapping van dit ontbindingsrecht bij prijsverhoging.⁸⁵ De minister vraagt zich tijdens de uitgebreide commissievergadering, waarop dit amendement aan de orde komt, af of de bepaling van art. 6:236 onder i eigenlijk wel zo goed en redelijk is. Bij de prijsstijging van een auto van een courant merk is het geen probleem; als de consument zijn ontbindingsrecht uitoefent kan de auto aan een ander worden verkocht.

"Er zijn echter ook auto's van buitennissige merken, die erg kostbaar zijn en waarin men allerlei eigen voorzieningen kan laten aanbrengen"

Het gebruik van het ontbindingsrecht bij prijsverhoging zou dan onredelijk zijn. Daarop vraagt mevrouw Salomons (PvdA):

"Betekent dat ontbindingsrecht dat de wederpartij niet gehouden is tot enige schadevergoeding, om maar bij dat extreme voorbeeld te blijven?"

De minister zegt dat dit er niet bij staat, waarop mevrouw Salomons antwoordt:

*"Dan vraag ik mij af of men met de huidige bepaling de mensen niet blij maakt met een zeer aanzienlijke dode mus."*⁸⁶

De heer Hartkamp wijst er vervolgens op dat de zwarte lijst voorzichtig geformuleerd is. Het is denkbaar dat het nadeel van ontbinding voor de wederpartij zo groot is dat hij daar toch niet toe zal overgaan. Dan kan een bevoegdheid tot prijsverhoging, getoetst aan de open norm, het soms toch niet halen. Dat komt aldus Hartkamp echter niet tegemoet aan het bezwaar van de minister. De opmerking over schadevergoeding bij de uitoefening van het ontbindingsrecht wordt in de uitgebreide commissievergadering niet opgehelderd.

De minister suggereert dat de ontbindende wederpartij een schadevergoeding verschuldigd zou kunnen zijn. Maar waarop zou die schadevergoedingsplicht kunnen berusten? De wederpartij heeft immers een contractueel ontbindingsrecht gekregen. Dat mag hij gewoon uitoefenen, behalve wanneer deze contractuele regel tussen partijen niet van toepassing is op grond van de redelijkheid en billijkheid. Het geval dat de minister noemt geeft m.i. geen reden tot schadevergoeding op grond van de redelijkheid en billijkheid. De verkoper van zo'n bijzondere en op maat gemaakte auto zal goede en

83. Zie nader nr. 391.

84. MvT Inv. en MvA II Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1701 resp. 1702. Ook een beding dat een bevoegdheid tot prijsverhoging bevat in gevallen waarin de wet reeds een bevoegdheid tot prijsverhoging bevat is niet in strijd met art. 6:236 onder i, aldus Nota II Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1703. Anders is dit in Duitsland: BGH, 23-4-80, AGBE I, § 11 Nr. 1, nr. 1.

85. Amendement van het Tweede-Kamer-lid Salomons, Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1703.

86. VC II Inv. d.d. 28-1-85, Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1704.

kwade kansen tegen elkaar af moeten wegen: tegenover het 'binnenhalen' van een prijsverhoging staat het risico dat de wederpartij de overeenkomst ontbindt, met aanzienlijke schade als gevolg. Als de gebruiker dit risico hoog inschat zal hij (zeker als de prijsverhoging gering is) de prijsverhoging achterwege laten. Let wel, het gaat hier over de eerste drie maanden na de koop; na die periode kan de prijs verhoogd worden zonder dat daar een ontbindingsrecht tegenover staat. De mus van mevrouw Salomons is dus niet dood.

373. Art. 6:236 onder i geeft een regel voor de algemene voorwaarden bij alle soorten overeenkomsten. Voor de consumentenkoop geeft art. 7:35 een toegespitste regel. De regelingen verhouden zich als volgt tot elkaar: In art. 7:35 wordt de bevoegdheid tot ontbinden bij een prijsverhoging van rechtswege verleend, in art. 6:236 onder i wordt niet rechtstreeks een bevoegdheid tot ontbinden gegeven, maar indirect. Bedingen die wel een bevoegdheid tot prijsverhoging geven aan de verkoper (binnen drie maanden na het sluiten van de overeenkomst), maar geen ontbindingsbevoegdheid als de prijsverhoging plaatsvindt, zijn vernietigbaar.

Art. 7:35 geldt ook voor de voorlopig opgegeven prijs. Bij algemene voorwaarden is dat volgens de parlementaire geschiedenis een kernbeding.⁸⁷

374. De Hoge Raad heeft zich over een bevoegdheid tot prijsverhoging uitgesproken in een zaak waarin een huurprijsindexeringsclausule aan de orde was. Deze werd niet in strijd geacht met de Huurprijzenwet woonruimte. Wel merkte de Hoge Raad op:

*"Overigens is de huurder niet onder alle omstandigheden aan een onredelijk bezwarende indexeringsclausule gebonden: die onredelijkheid kan immers, in verband met de overige omstandigheden van het geval, ertoe leiden dat de goede trouw eraan in de weg staat dat de verhuurder zich daarop tegenover de huurder beroept."*⁸⁸

Ook hier blijkt weer dat de norm 'onredelijk bezwarend' als een vangnet fungeert nadat een beding aan toegespitste normen (zoals de lijsten en i.c. het dwingend recht in de Huurprijzenwet woonruimte) is getoetst.

Bedingen over prijsverhoging in Duitsland

375. Het AGBG verklaart in ' 11 Nr. 1 bedingen nietig die voorzien in een prijsverhoging van de te leveren zaak of te verrichten prestatie binnen vier maanden na het sluiten van de overeenkomst. Dit geldt niet voor duurovereenkomsten.⁸⁹

87. Zie nr. 63; ik denk daar anders over, zie nr. 371.

88. HR 10-7-89 NJ 89, 840 (huurprijsindexering); vgl. een soortgelijk geval (waarin de HR ook naar het eerstgenoemde arrest terugverwijst): HR 20-4-90, NJ 90, 676.

89. ' 11 "In Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist unwirksam
1. (Kurzfristige Preiserhöhungen)
eine Bestimmung, welche die Erhöhung des Entgelts für Waren oder Leistungen vorsieht, die innerhalb von vier Monaten nach Vertragsabschluss geliefert oder erbracht werden sollen; dies gilt nicht bei Waren oder

Leistungen, die im Rahmen von Dauerschuldverhältnissen geliefert oder erbracht werden, sowie bei Leistungen, auf deren Preise ' 499 Abs. 1 oder 2 Nr. 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen Anwendung findet".

De toepassing van deze bepaling is niet problematisch. Onder de werkingssfeer van ' 11 Nr. 1 vallen bijvoorbeeld de volgende bepalingen:

*Tot aan de levering intredende prijsverhogingen gelden als overeengekomen.*⁹⁰

of:

*Worden de prijzen van de fabrikant gewijzigd vóór de dag van aflevering, dan is de verkoper gerechtigd het verschil alsnog als deel van de overeengekomen koopprijs in rekening te brengen.*⁹¹

De termijn begint (evenals in Nederland) bij het sluiten van de overeenkomst en dus niet bij het ondertekenen door de wederpartij van enig document als de gebruiker zich nog een acceptatie van het aanbod van de wederpartij heeft voorbehouden. Het moment waarop de prestatie wordt verricht is niet van belang; het moment waarop gepresteerd had moeten worden is beslissend.⁹²

376. Onder ' 11 Nr. 1 vallen ook bedingen waarin de prijzen als vrijblijvend worden aangemerkt, bijvoorbeeld:

De prijzen zijn vrijblijvend. Bij een stijging van materiaal- en grondstofprijzen, lonen en salarissen, fabricage- en transportkosten is de leverancier gerechtigd de op de dag van levering geldende prijs te berekenen.

Het BGH acht dit beding in strijd met ' 11 Nr. 1, omdat er ook verhogingen van de (vrijblijvend) overeengekomen prijs onder vallen die plaatsvinden binnen drie maanden na het sluiten van de overeenkomst; het is tevens in strijd met '9 omdat het elke willekeurige prijsstijging mogelijk maakt.⁹³

Ook bedingen waarin de prijs geheel wordt opengelaten zijn volgens de literatuur in strijd met ' 11 Nr. 1.⁹⁴

377. Niet onder ' 11 Nr. 1 vallen: bedingen in duurovereenkomsten die het recht geven tot prijsverhoging en bedingen betreffende prijsverhoging die weliswaar voldoen aan de minimumvereisten van ' 11 Nr. 1, maar toch onredelijk zijn. Dat laatste verklaart waarom de meeste uitspraken over bedingen die het recht geven tot prijsverhoging niet gebaseerd zijn op '11 Nr. 1 (ook al betrof het 'nicht-Kaufleute') maar op de open norm van '9. Verder zijn de bedingen betreffende prijsverhoging in het handelsverkeer natuurlijk alleen aan '9 onderworpen. Uitgangspunt van de toetsing aan '9 is dat de aanleiding en omvang van de prijsverhoging beheerst worden door het 'gebod van een redelijke belangenafweging'.⁹⁵ In het onderstaande geef ik een relatief kort overzicht, want er is over bedingen die het recht geven tot prijsverhoging is in Duitsland erg veel geprocedeerd en gepubliceerd.

90. Dit beding is tevens in strijd met ' 11 Nr. 15-b: OLG Celle, 11-4-79, AGBE I, ' 11 Nr. 15, nr. 127.

91. LG München, 20-12-79, AGBE I, ' 11 Nr. 1, nr. 9.

92. Hensen in Ulmer/Brandner/Hensen, ' 11 Nr. 1, Rdnr. 7.

93. BGH, 6-12-84, NJW 1985, 855, zo ook OLG Dortmund, 25-6-81, AGBE II, ' 9, nr. 12.

94. Aldus de meeste auteurs: Hensen in Ulmer/Brandner/Hensen, ' 11 Nr. 1, Rdnr. 4, met verdere verwijzingen, anders: Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, ' 11 Nr. 1, Rdnr. 4. Dit is door het BGH opengelaten in BGH, 18-5-83, AGBE IV, ' 9, nr. 91 = NJW 1983, 1603.

95. Hensen in Ulmer/Brandner/Hensen, ' 11 Nr. 1, Rdnr. 10.

378. Bedingen betreffende prijsverhoging bij abonnementen op tijdschriften hebben geleid tot twee toonaangevende uitspraken van het BGH over prijsverhoging in duurovereenkomsten. In de eerste uitspraak ging het om het volgende beding:

Prijsverhogingen of veranderingen van de ter plaatse gebruikelijke bezorgvergoeding ontbinden deze overeenkomst niet, ook niet wanneer deze veranderingen liggen tussen het sluiten van de overeenkomst en het begin van de leveringen.

Het BGH vindt dat dit beding in strijd is met '9, omdat de prijs ook verhoogd kan worden als de kosten niet zijn gestegen, enkel en alleen om de winst te verhogen, terwijl de prijs zelfs verhoogd zou kunnen worden tot het niveau van de losse exemplaren, hoewel met de lage prijs van abonnementen wordt geadverteerd. Verder zouden verschillende prijsverhogingen per jaar mogelijk zijn en kan de abonnee bij prijsverhoging de overeenkomst niet beëindigen. Het verweer dat de gebruiker vanwege de concurrentieverhoudingen toch niet zal overgaan tot een bovenmatige prijsverhoging acht het BGH niet steekhoudend. Vervolgens geeft het BGH, onder verwijzing naar de wetsgeschiedenis, criteria waaraan een bevoegdheid tot prijsverhoging zou moeten voldoen. Deze komen op het volgende neer: de prijsverhoging moet beperkt zijn tot het geval dat de bij het sluiten van de overeenkomst bestaande verhoudingen zich wijzigen; de maatgevende omstandigheden moeten vooraf zo veel mogelijk worden bepaald en de mate van prijsverhoging moet in een redelijke verhouding staan tot de ingetreden veranderingen.⁹⁶

Vergeleken met het beding in de eerste uitspraak lijkt het beding uit de tweede uitspraak al veel meer kans te maken, want dit bevat twee concretisering van de bevoegdheid tot prijsverhoging. Het beding luidt:

Redelijke verhogingen van de abonnementsprijs, die overeenstemmen met een verhoging van de gebonden losse-verkoopprijs, alsmede wijzigingen in het plaatselijk gebruikelijke bezorgingstarief geven geen recht op ontbinding van deze overeenkomst, ook dan niet wanneer deze wijzigingen tussen het sluiten van de overeenkomst en het begin van de levering liggen.

Toch wordt ook dit beding te licht bevonden. Het beding geeft de aanleiding voor de prijsverhoging aan, maar geeft niet vooraf een inzicht in de mogelijke omvang van de prijsverhoging. Door het gebruik van het woord 'redelijk' is zelfs niet duidelijk of de verhoging van de abonnementsprijzen in dezelfde mate geschiedt als de verhoging van de losse-verkoopprijzen. De verwijzing naar de losse-verkoopprijs (die door de uitgever wordt vastgesteld) is in dit geval geen voldoende concretisering, omdat de gebruiker van het beding ook tot het concern van de uitgever behoort. Het begrip redelijk is ook geen voldoende concretisering. Al met al concretiseert het beding de prijsverhogende -factoren onvoldoende; het geeft de wederpartij evenmin een ontbindingsrecht en is daarom nietig.⁹⁷

96. BGH, 11-6-80, AGBE I, 99, nr. 103 = NJW 1980, 2518. Soortgelijke uitspraken: LG Bamberg, 22-5-79, AGBE I, 99, nr. 107; LG Stuttgart, 30-4-80, AGBE I, 99, nr. 109 en OLG Frankfurt, 14-5-85, NJW 1986, 1355.

97. BGH, 26-5-86, NJW 1986, 3134. Vgl. ook BGH, (VIII. Senat), 12-7-89, NJW 1990, 115. In deze uitspraak werd een prijsverhogingsbeding in een duurovereenkomst in strijd geacht met 99 AGBG omdat een

loonkostenwijziging volgens het beding de aanleiding tot de prijswijziging was, maar de omvang van de prijswijziging niet van de omvang van de loonstijging afhankelijk was.

Uit de lagere rechtspraak geef ik nog twee voorbeelden van bedingen in duurovereenkomsten die bij de rechter sneuvelden. Onvoldoende concretisering biedt: een verwijzing naar de stijging van de loon- en benzinekosten bij een onderhoudscontract;⁹⁸ eveneens te weinig concretiserend is een beding in een aansprakelijkheidsverzekering met een looptijd van 10 jaar, dat de premieverhoging relateert aan de premie van het voorafgaande jaar.⁹⁹

379. Een geval waarin een bevoegdheid tot prijsverhoging toelaatbaar werd geacht betrof een beding in een overeenkomst tot opname in een ziekenhuis. Dit beding gaf de bevoegdheid tot verhoging van een bepaalde toeslag met terugwerkende kracht. Het OLG Koblenz achtte het beding met het 'Leitbild' van dit soort overeenkomsten te verenigen en dus niet in strijd met '9. Alleen als het ziekenhuis in zijn overeenkomsten de bevoegdheid opneemt de prijzen te verhogen overeenkomstig de wettelijk voorschriften, kan het zijn taak - in het publieke belang - kostendekkend verrichten. De bevoegdheid de prijs te verhogen is voor de patiënt voldoende kenbaar. Omdat de verhoging gekoppeld is aan de algemene verhoging van het verpleegtariaf is de patiënt in vergaande mate beschermd tegen een willekeurige prijsverhoging. Door de wettelijke regeling die een zo laag mogelijke prijs beoogt is het mogelijk dat later blijkt dat de werkelijke kosten hoger zijn geweest. Dan is een verhoging met terugwerkende kracht nodig. Dit systeem is in het belang van de patiënten.¹⁰⁰

380. Een duurovereenkomst die een bijzondere plaats inneemt is de kredietovereenkomst. Bij bankkredieten kan het volgende beding voorkomen:

De bank is gerechtigd de rentevoet te wijzigen, wanneer zij dit (bijvoorbeeld wegens de ontwikkeling op de geld- of kapitaalmarkt) noodzakelijk acht. Zij zal de wijzigingen aan de kredietnemer mededelen.

Het BGH acht dergelijke bedingen in het handelsverkeer toelaatbaar, in zoverre voor de prijsverhoging een zakelijke grond bestaat. Banken hebben een gerechtvaardigd belang bij de mogelijkheid hun kredietvoorwaarden en in het bijzonder de rentevoet aan te passen aan de (wisselende en bij het sluiten van de overeenkomst meestal niet overzienbare) mogelijkheden om zelf geld aan te trekken. Zulke bedingen zijn in de bankpraktijk onontbeerlijk; zij mogen de bank echter niet eenzijdig bevoordelen. De bank moet ook verplicht zijn de rente lager vast te stellen als de mogelijkheden om zelf geld aan te trekken gunstiger worden. Uit het geciteerde beding blijkt niet dat de bank zich alleen een bevoegdheid tot **verhoging** van de rente heeft willen voorbehouden. Wel zal de bank bij het vaststellen van de rente

98. LG Kiel, 26-5-82, AGBE III, 9, nr. 65: de wederpartij kan uit het beding niet opmaken welk kostenniveau ten tijde van het sluiten van de overeenkomst wordt aangenomen en bij welke procentuele verhoging van de kosten de gebruiker een verhoging van het tarief voor gerechtvaardigd houdt.

99. AG Osnabrück, 4-7-83, AGBE IV, 9, nr. 138 = ZIP 1983, 1221: Het beding geeft de gebruiker de mogelijkheid de premie in de loop van 10 jaar met 100% of meer te verhogen, zonder dat de wederpartij de overeenkomst kan ontbinden.

100. OLG Koblenz, 10-1-80, AGBE I, 9, nr. 104.

redelijk te werk moeten gaan.¹⁰¹ De aard van de overeenkomst heeft tot gevolg dat andere uitspraken over onvoldoende geconcretiseerde bedingen betreffende prijsverhoging hier niet van betekenis zijn.¹⁰²

381. Bedingen in koopovereenkomsten of andere (niet duur-)overeenkomsten kunnen voldoen aan de eisen die ' 11 Nr. 1 stelt, maar toch onredelijk zijn. In de Duitse rechtspraak is de strijd rond deze bedingen vooral gestreden in de autobranche. Aan het eind van de zeventiger en het begin van de tachtiger jaren was er vaak een jarenlange levertijd op auto's, vooral op de auto's van Daimler Benz AG. Verkopers hanteerden een 'dagprijsbeding' dat voldeed aan ' 11 Nr. 1, maar werd aangevallen op grond van ' 9. De eerste uitspraak van het BGH betrof een collectieve actie tegen zo'n 'Tagespreisklausel' met de volgende tekst:

Prijsverhogingen zijn alleen toelaatbaar, wanneer tussen het sluiten van de overeenkomst en de overeengekomen levertermijn meer dan vier maanden liggen. Dan geldt de op de dag van levering geldende prijs van de verkoper.

Volgens het BGH heeft de gebruiker weliswaar een redelijk belang bij de bevoegdheid om de prijs te verhogen en is de wederpartij zich van de mogelijkheid van prijsverhogingen bewust, maar de bevoegdheid om de prijs eenzijdig te verhogen (eventueel onafhankelijk van de kostprijsstijging) is onredelijk.

101. Het vaststellen van de rente is een 'Leistungsbestimmungsrecht' in de zin van § 315 BGB. Abs. 1 van deze bepaling luidt: "Soll die Leistung durch einen der Vertragschließenden bestimmt werden, so ist im Zweifel anzunehmen, daß die Bestimmung nach billigem Ermessen zu treffen ist."

102. BGH, 6-3-86, NJW 1986, 1803; kritisch daarover: Brandner en Kummer, VuR 1987/3 p. 125: Het BGH vereist hier geen concretisering van de renteaanpassingsclausule, omdat de bank de prijs moet kunnen verhogen gezien de mogelijkheden om zelf geld aan te trekken: juist dat had als concretisering gekozen kunnen worden.

Het BGH geeft aan op welke wijze een redelijke bevoegdheid tot prijsverhoging kan worden bedongen. Dit kan niet door een beding dat slechts in het algemeen bepaalt dat prijsverhogingen zijn toegestaan in de mate waarin zich tussentijdse kostenstijgingen hebben voorgedaan. Evenmin kan het door een beding dat een nauwkeurige omschrijving geeft van de factoren die tot prijsverhoging kunnen leiden, daar een dergelijk beding vaak zeer ingewikkeld zal zijn, terwijl de gegevens waarvan de prijsverhoging afhankelijk is voor de wederpartij nauwelijks zijn te controleren. De verkoper kan echter wel de koper een recht geven om de overeenkomst te ontbinden indien een prijsverhoging plaatsvindt. Tegen misbruik kan de verkoper zich dan beschermen door te bepalen dat bij een prijsverhoging tot een bepaald percentage zo'n ontbindingsbevoegdheid niet bestaat.¹⁰³ De uitspraak werd later in een vrijwel identiek geval bevestigd in een individuele procedure.¹⁰⁴

382. Hensen stelt dat het BGH te snel afstand heeft gedaan van de oorspronkelijke eis dat de bevoegdheid tot prijsverhoging in verhouding staat tot de kostenstijging.¹⁰⁵ In het 'Tagespreisurteil' heeft men deze eis laten varen, als er maar een ontbindingsrecht is. Dat biedt een goede oplossing bij de koop van nieuwe auto's. Het is geen goede oplossing bij bijvoorbeeld overeenkomsten tussen bejaardenhuizen en de bewoners daarvan, want die willen niet ontbinden, ze willen kunnen overzien of ze hun verblijf over enige tijd ook nog kunnen betalen.¹⁰⁶

Ook Beckmann meent dat als de gebruiker zich verbindt tot een eenmalige prestatie zwaardere eisen gesteld moeten worden aan de concretisering van de mate van prijsverhoging dan bij duurovereenkomsten.¹⁰⁷

103. BGH, 7-10-81, AGBE II, § 9, Nr. 90 = NJW 1982, 331 = BGHZ 82, 21 = ZIP 1982, 71.

104. BGH, 18-5-83, AGBE IV, § 9, nr. 91 = NJW 1983, 1603.

105. Zo de uitspraken over tijdschriftenabonnementen, zie nr. 378.

106. Hensen in Ulmer/Brandner/Hensen, § 11 Nr. 1, Rdnr. 14. In de 5e druk stond nog dat de bejaarden geen ontbindingsrecht willen, maar ... *zij willen niet worden opgelicht*.

107. Beckmann, p. 115 e.v., 157.

383. Na de uitspraken van het BGH over de 'Tagespreisklausel' ontbrandde de strijd over de afwikkeling van reeds gesloten overeenkomsten waarin zo'n nietige bepaling was opgenomen. Er lag reeds een uitspraak van het BGH die inhield dat wie veroordeeld is een beding in zijn algemene voorwaarden niet meer te gebruiken, zich daarop ook niet meer mag beroepen bij de afwikkeling van reeds gesloten overeenkomsten.¹⁰⁸ De lagere rechtspraak kende de autofabrikanten en handelaren dan ook geen beroep op de 'Tagespreisklausel' meer toe, hetgeen de autobranche (en vooral Daimler Benz AG) vele miljoenen dreigde te gaan kosten.¹⁰⁹ Dat viel echter mee, omdat in veel uitspraken het 'gat' dat viel door het wegvallen van het getroffen beding, werd gevuld door middel van 'aanvullende uitleg van de overeenkomst'.¹¹⁰ Deze 'aanvullende uitleg' werd door het BGH overgenomen in een reeds in hoofdstuk 6 besproken uitspraak.¹¹¹ De aanvullende uitleg leidt ertoe dat de koper in beginsel de bij levering geldende prijs volgens de prijslijst moet betalen, in zoverre deze prijs overeenkomt met een naar billijkheid vastgestelde prijs (' 315 BGB¹¹²), maar dat hij de overeenkomst kan ontbinden als de prijsverhoging de stijging van de kosten van het levensonderhoud niet onaanzienlijk overtreft.¹¹³ Deze uitspraak werd na verdeelde reacties in de literatuur door het BGH bevestigd en aangevuld.¹¹⁴

Het ging in deze uitspraken over bedingen betreffende prijsverhoging die voldeden aan de eisen van ' 11 Nr. 1, maar die in strijd bleken met ' 9. Aanvullende uitleg is niet geoorloofd als een beding is vernietigd op grond van ' 11 Nr. 1.¹¹⁵

384. Uiteraard is ' 11 Nr. 1 niet van toepassing op het handelsverkeer. Uit de rechtspraak blijkt dat in het handelsverkeer een bevoegdheid tot prijsverhoging eerder gerechtvaardigd kan zijn. Een belangrijke uitspraak over bedingen in het handelsverkeer die de bevoegdheid geven tot prijsverhoging betrof een langlopende overeenkomst tot levering van 250.000 luciferdoosjes met reclame-opdruk, op afroep te leveren. Het beding luidde:

Verhoogt de verkoper gedurende die tijd zijn prijzen algemeen, dan is de verkoper gerechtigd ook de hier overeengekomen prijs dienovereenkomstig te verhogen.

108. BGH, 11-2-81, NJW 1981, 1511.

109. Zie o.a. LG Neurenberg/Fürth, 27-1-82, BB 1982, 456; verdere details bij E.H. Hondius, *Ars Acqui Katern Consumentenrecht* 1983 (nr. 6), p. 200-201.

110. Zie o.a. OLG Düsseldorf, 16-9-83, AGBE IV, 36, nr. 16 = BB 1983, 2012 (Anm. T.), dat aansluit bij het indexcijfer voor de prijzen van nieuwe auto's en OLG Stuttgart, 20-10-83, AGBE IV, 36, nr. 18, dat een bevoegdheid tot prijsverhoging toekent binnen de grenzen van 315, 316 BGB en een ontbindingsrecht als de prijsverhoging van de wederpartij niet gevergd kan worden.

111. Zie nr. 262.

112. Zie voor de tekst hoofdstuk 8, noot 102.

113. BGH, 1-2-84, NJW 1984, 1177, zie nr. 261. Zie ook BGH, 1-2-84, NJW 1984, 1180.

114. BGH, 31-10-84, NJW 1985, 621: In aanvulling van de eerdere uitspraken stelt het BGH vast dat de aanvullende uitleg moet worden afgestemd op wat partijen bij een redelijke afweging van hun belangen naar 'Treu und Glauben' als redelijke contractspartijen overeengekomen zouden zijn als ze voor het niet geregelde geval wel een regeling getroffen zouden hebben. Deze aanvullende uitleg kan daarom niet leiden tot een onredelijke regeling in de zin van 9 en behoeft daaraan ook niet getoetst te worden.

115. Hensen in Ulmer/Brandner/Hensen, 311 Nr. 1, Rdnr. 15.

De prijs was verhoogd van 53 DM per 1000 stuks in 1968 naar 104 DM per 1000 stuks in 1979, welke prijsverhogingen zonder tegenspraak waren gebleven. Het BGH meent dat het beding in het handelsverkeer door de beugel kan. De prijsverhoging moet volgens ' 315 Abs. 1 en 3 BGB 'nach billigem Ermessen' plaatsvinden.¹¹⁶ Verder zal het marktmechanisme er voor zorgen dat één enkele aanbieder niet zijn algemeen prijsniveau kan verhogen tot een niveau dat uitgaat boven het door de situatie op de markt gerechtvaardigde. Voorts kunnen 'Kaufleute' (anders dan consumenten) verhoogde kosten op hun afnemers afwentelen.

116. Zie hoofdstuk 8 noot 102.

Het AGBG is in casu niet van toepassing, maar het BGH besteedt wel aandacht aan het AGBG in de overwegingen ten overvloede ('Hilfsbetrachtungen'). ' 11 Nr. 1 is op Kaufleute niet rechtstreeks van toepassing; gezien ' 24 Abs. 2 (gebruiken en gewoonten in het handelsverkeer) wordt in de literatuur de behoefte aan prijslijstbedingen bij langlopende bestellingen (die in het niet-handelsverkeer nietig zouden zijn) in vergaande mate erkend. Hier sluit het BGH zich bij aan.¹¹⁷

385. In het verlengde van deze uitspraak ligt een uitspraak over een bevoegdheid tot prijsverhoging van een fabrikant van smeermiddelen. Deze sluit met autobedrijven een overeenkomst, waarbij de fabrikant zorgt voor apparaten en de inrichting van een servicestation en waarbij het autobedrijf zich verplicht om gedurende vijftien jaar een bepaald percentage van zijn behoefte aan smeermiddelen bij de gebruiker te dekken, met een bepaalde minimum-afname. In het contractformulier is o.a. het volgende beding opgenomen:

De koper zal ...% van zijn totale behoefte aan auto-smeermiddelen (...) dekken door de aankoop van V-produkten tegen de op dat moment geldende V-prijslijst; hij zal jaarlijks ... lt/kg. V-produkten afnemen. (...)

Aan de niet volgens dergelijke contracten gebonden afnemers geeft V een korting tot 50% op de prijzen volgens de prijslijst. Toch meent het BGH dat het beding in stand kan blijven. De toetsmaatstaf in het handelsverkeer is '9. In andere uitspraken was gesteld dat een beding dat niet de prijsverhoging baseert op de verhoging van kostprijsfactoren slechts in stand kan blijven als het de wederpartij een ontbindingsrecht toekent.¹¹⁸ Het onderhavige beding wordt niet geconcretiseerd door het noemen van prijsverhogende factoren en bevat ook geen ontbindingsrecht. Het BGH meent dat in dit geval de gehele overeenkomst en de wederzijdse belangen in ogenschouw moeten worden genomen:

- a. Het gaat om een duurovereenkomst, maar dit alleen is onvoldoende rechtvaardiging.
- b. De belangen van de gebruiker en de wederpartij zijn grotendeels gelijk gericht, namelijk op de afzet van produkten aan consumenten. De gebruiker zal zijn prijs zo moeten vaststellen dat de wederpartij niet door een te hoge prijs gehinderd wordt bij zijn afzet van de produkten aan consumenten. De situatie is anders dan indien de wederpartij consument is; dan bieden de concurrentieverhoudingen geen voldoende waarborg tegen bovenmatige prijsverhogingen.
- c. De gebruiker heeft aanzienlijke 'Vorleistungen' verricht in de vorm van een lening en het verstrekken van apparaten.
- d. In het handelsverkeer komen bedingen betreffende prijsverhoging vaak voor. De wederpartij kan de prijsverhoging aan de consument doorgeven. De consument zal vaak bij de serviceverlening niet op de prijs van smeermiddelen letten, anders dan wanneer hij die middelen bij een tankstation koopt. Dat de wederpartijen niet meer konden concurreren met autobedrijven die door de gebruiker met korting van

117. BGH, 27-9-84, NJW 1985, 426 = BGHZ 90, 200 (Zündholzschachteln).

118. BGH, 11-6-80, AGBE I, 9, nr. 103 = NJW 1980, 2518 = WM 1980, 1120 (Zeitschriftenabonnement I) en BGH, 7-10-81 AGBE II, 9, nr. 90 = NJW 1982, 331 = BGHZ 82, 21. Dit is de overwegende mening geworden.

smeermiddelen worden voorzien is niet bewezen; zou dit zo zijn, dan is dat een reden voor voortijdige beëindiging van de overeenkomst (außerordentliche Kündigung).

De gebruiker is niet in staat in zijn algemene voorwaarden reeds bij het sluiten van de overeenkomst alle relevante factoren die op de prijs van invloed zijn te overzien. Omdat het beding hier niet onredelijk is, kan niet worden gezegd dat de gebruiker de wederpartij een ontbindingsrecht had moeten toekennen.¹¹⁹

386. Hensen is van mening dat het BGH tot de smeermiddelen-uitspraak is gekomen op grond van een aantal bijzondere omstandigheden, maar dat in het algemeen zou moeten gelden dat in het handelsverkeer bij langlopende afnamecontracten prijslijstbedingen geoorloofd zijn, omdat de 'dagprijs' in de regel zal zijn afgestemd op de situatie op de markt.¹²⁰

Overigens is het niet zo dat de rechtspraak alle bedingen in het handelsverkeer die de bevoegdheid geven tot prijsverhoging toelaatbaar acht. Een beding dat een aannemer de bevoegdheid geeft een verhoging van de kosten *die aan onze calculatie ten grondslag liggen* door te berekenen is volgens het OLG Düsseldorf in strijd met de grondgedachte van de wettelijke regeling van het 'Werkvertrag' dat de vergoeding wordt vastgesteld bij het sluiten van de overeenkomst (' 631, Abs. 1 BGB).¹²¹

Een 'Tagespreisklausel' bij de koop van een auto is volgens het OLG Düsseldorf ook in het handelsverkeer nietig. Aanvullende uitleg leidt ertoe dat de koper de dagprijs moet betalen of de overeenkomst kan ontbinden.¹²²

Het verschil is het ontbindingsrecht

387. De Duitse bepalingen over de in algemene voorwaarden bedongen bevoegdheid tot prijsverhoging wijken op drie punten af van de Nederlandse. Ten eerste is er een termijn van vier in plaats van drie maanden; Ten tweede kan de Nederlandse gebruiker zijn prijzen toch verhogen, als hij de wederpartij maar een ontbindingsrecht geeft. De Duitse gebruiker kan de prijzen de eerste vier maanden helemaal niet verhogen. Ten derde bevat de Duitse regeling een uitzondering voor duurovereenkomsten, die in de Nederlandse regeling ontbreekt.

De toepassing van ' 11 Nr. 1 levert geen problemen op. Een bevoegdheid tot prijsverhoging die voldoet aan de criteria van ' 11 Nr. 1 is echter noch niet altijd redelijk; er kan nog een toetsing aan ' 9 plaatsvinden. De Duitse rechtspraak heeft pas na enige jaren duidelijkheid kunnen scheppen omtrent de maatstaven die daarbij gelden. Het kernbegrip is hier: concretisering van de bevoegdheid tot prijsverhoging. Blijft deze concretisering achterwege of is deze niet mogelijk,

119. BGH, 16-1-85, BGHZ 93, 252 = NJW 1985, 853 (Veedol).

120. Hensen in Ulmer/Brandner/Hensen, § 11 Nr. 1, Rdnr. 16.

121. OLG Düsseldorf 24-11-81, AGBE II, § 9, nr. 94.

122. OLG Düsseldorf, 23-11-83, AGBE IV, § 6, nr. 21. Zie over de 'Tagespreisklausel' nader nr. 381.

dan kan een ontbindingsrecht van de wederpartij een ruime bevoegdheid tot prijsverhoging aanvaardbaar maken.

388. Ook in Nederland geldt dat de meeste bedingen betreffende prijsverhoging gemakkelijk herkenbaar zijn en dat de vraag of ze in strijd zijn met art. 6:236 onder i meestal ook gemakkelijk is te beantwoorden. In strijd met dit onderdeel van de zwarte lijst is bijvoorbeeld:

*"Overeengekomen prijzen zijn bindend, met dien verstande, dat wij gerechtigd zijn alle na het sluiten van de overeenkomst opgetreden prijsstijgingen (...) aan de cliënt door te berekenen."*¹²³

Een beding dat op het eerste gezicht aan de eisen van art. 6:236 onder i lijkt te voldoen is het volgende:

*"Indien en voorzover de termijn tussen de datum van offerte en de oplevering een tijdvak van 6 maanden overschrijdt en de lonen, de prijzen van bouwstoffen, materialen e.d. in die periode wijzigingen hebben ondergaan, worden deze wijzigingen met de aannemingsom verrekend volgens de op het werk van toepassing zijnde en op de datum van offerte geldende risicoregeling. De desbetreffende risicoregeling wordt desgewenst aan de opdrachtgever ter beschikking gesteld."*¹²⁴

Toch is er wat met dit beding aan de hand. De bevoegdheid een prijsverhoging toe te passen voldoet in de meeste gevallen aan de eisen van art. 6:236 onder i. Dit is echter niet het geval wanneer de overeenkomst bijvoorbeeld vier maanden na het uitbrengen van de offerte tot stand komt. De termijn van art. 6:236 onder i (drie maanden) begint immers niet te lopen bij het uitbrengen van de offerte maar bij het tot stand komen van de overeenkomst. Nu het beding in sommige gevallen ook een prijsverhoging binnen drie maanden na het sluiten van de overeenkomst toestaat, is het onredelijk bezwarend.¹²⁵

De rechter kan het beding ook niet redden. Daarvoor zou "de datum van offerte" vervangen moeten worden door "de datum van het sluiten van de overeenkomst". Dat betekent echter een conversie, die hier niet te verdedigen is omdat "boven twijfel verheven is" dat het beding in strijd is met de zwarte lijst.¹²⁶ Partiële nietigheid komt hier niet in aanmerking omdat het beding niet gesplitst kan worden in een nietig en een geldig deel.

389. Het volgende beding is niet in strijd met onderdeel i van de zwarte lijst:

123. Verkoopvoorwaarden autodealer.

124. Algemene voorwaarden uitvoering kleine aannemingen in het bouwbedrijf (AVKA'79), art. 4.

125. Daarbij is niet van belang welke termijn er in concreto is verstreken tussen offerte, het sluiten van de overeenkomst en de prijsverhoging; vgl. het in nr. 236 opgemerkte over de 'ex-post-benadering' en het daar genoemde arrest Botman/Van Haaster.

In het geval van het besproken beding kan de risicoregeling bovendien nog vernietigbaar zijn als de gebruiker zijn informatieplicht schendt door slechts met dit beding te volstaan en de risicoregeling niet vóór of bij het sluiten van de overeenkomst aan de wederpartij terhand te stellen (art. 6:233 onder b en 6:234). Als de risicoregeling vernietigbaar is komt het geciteerde beding ook op losse schroeven te staan.

126. Zie MvA II Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1588, waarover nr. 249 e.v.

*"Prijsopgaven worden slechts gedaan op basis van de op het tijdstip van de koop/opdracht geldende prijzen. Indien zich een prijsverhoging mocht voordoen, b.v. ten gevolge van verhoging van rechten en/of accijnzen, fabrieksprijzen, wijzigingen in de valuta, etc. dan houden wij ons het recht voor om het prijsverschil aan de cliënt door te berekenen. Zijnerzijds zal de cliënt het recht hebben, mits terstond na kennisneming van de prijsverhoging, om de verstrekte opdracht terug te nemen en te volstaan met het vergoeden van het reeds gepresteerde op basis van de voor de verhoging geldende prijzen."*¹²⁷

127. Art. 1 lid 4 Bovag standaardbepalingen.

Nadat een beding de toets van de zwarte lijst heeft doorstaan moet men zich nog afvragen of het beding niet onredelijk bezwarend is op grond van de open norm (art. 6:233 onder a). Bij de verkoop van auto's en dergelijke meen ik dat de wederpartij voldoende tegen een eventuele onredelijke prijsverhoging is gewapend als hij (zoals hier) een ontbindingsrecht in handen heeft. Dat kan anders zijn als er geen alternatief is voor de gesloten overeenkomst. Denk bijvoorbeeld aan de reisovereenkomst: de reiziger die vlak voor vertrek te horen krijgt dat de prijs is verhoogd kan in theorie wel ontbinden, maar heeft aan zijn ontbindingsrecht niet zoveel, want hij zal er vaak niet in slagen kort voor het geplande vertrek elders een gelijksoortige reis te boeken.¹²⁸ Van de gebruiker mag bij dergelijke overeenkomsten verwacht worden dat hij nadere beperkingen aan zijn bevoegdheid tot prijsverhoging stelt, hetzij door er voor te zorgen dat er een werkelijk alternatief bestaat (bij reizen bijvoorbeeld: geen prijsverhoging binnen twee weken voor vertrek), hetzij door de mate van prijsverhoging in zijn beding te beperken.

390. Soms wordt een prijsstijging in de algemene voorwaarden als overmacht aangemerkt:

"Alle omstandigheden, waarvoor de leverende firma niet verantwoordelijk kan worden gesteld, in het bijzonder staking, uitsluiting, bedrijfsstoringen van onverschillig welke aard, gebrek aan materiaal, stijging van de grondstofprijzen, alsmede daarmee gelijk te stellen omstandigheden, ontheffen hem van de verplichting de levertijd in acht te nemen en geven de opdrachtnemer het recht, de overeenkomst geheel of gedeeltelijk te annuleren. (...)"¹²⁹

Zo'n beding geeft geen bevoegdheid tot prijsverhoging en valt dus ook niet onder art. 6:236 onder i. Aan het aanwijzen van overmachtssituaties kunnen in het beding verschillende gevolgen worden gekoppeld zoals het niet aansprakelijk zijn voor schade door niet nakoming of (zoals in het geciteerde beding) een beëindigingsrecht voor de gebruiker. Een "stijging van de grondstofprijzen" vormt in het algemeen geen overmacht en is dus geen reden voor verlenging van de overeengekomen levertermijn noch een grond die de beëindiging van de overeenkomst rechtvaardigt. De memorie van toelichting stelt dat deze omstandigheid volgens de verkeersopvattingen voor het risico van de ondernemer komt;¹³⁰ ik stem daarmee in. Het beding valt m.i. onder art. 6:237 onder d¹³¹ en e.

128. Vgl. de in nr. 372 geciteerde opmerking van Hartkamp alsmede het in nr. 382 opgemerkte over het Duitse recht.

129. Algemene voorwaarden van een aannemer, die zichzelf kennelijk ook wel aanduidt als 'leverende firma' of 'opdrachtnemer'.

130. MvT Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1701.

131. Zie over het geciteerde beding ook nr. 426.

391. Duurovereenkomsten hebben in de Nederlandse regeling - anders dan in de Duitse - geen bijzondere positie. De rechtvaardiging die daarvoor wordt gegeven is dat onderdeel i deels uit de aard der zaak, deels door haar formulering aan belangrijke beperkingen onderhevig is.¹³² Art. 6:236 onder i verbiedt prijsverhogingen niet totaal, maar brengt twee beperkingen aan: prijsverhoging binnen drie maanden is verboden en dan nog alleen als niet een ontbindingsrecht wordt geboden.

Inderdaad is het naar ik meen gerechtvaardigd dat ook duurovereenkomsten onder art. 6:236 onder i vallen omdat prijsverhoging mogelijk is, mits men gedurende de eerste drie maanden maar een ontbindingsrecht biedt. Bij de toetsing aan de open norm van bedingen die voldoen aan de criteria van art. 6:236 onder i, kan bij "de aard van de overeenkomst" het feit dat een overeenkomst een duurovereenkomst is meespelen.

392. Art. 6:236 onder i betreft alleen de bedongen prijs voor de overeengekomen (primaire) prestatie. Maar ook de secundaire prestatie (schadevergoeding bij niet nakoming) kan in de algemene voorwaarden zijn bepaald en aan een bevoegdheid tot prijsverhoging zijn onderworpen, bijvoorbeeld:

*"Over het openstaande saldo zal maandelijks 1,83% rente worden berekend (effectief: 24,3% per jaar). X (de gebruiker) kan het rentepercentage aanpassen, indien de marktomstandigheden dit rechtvaardigen."*¹³³

Naar mijn mening valt zo'n beding niet onder onderdeel i van de zwarte lijst, omdat in die bepaling alleen is gedacht aan "de bedongen prijs", dus de vergoeding voor de primaire prestatie en niet aan een schadevergoeding. Wel moet zo'n beding worden beschouwd als boetebeding (art. 6:91), dat zo nodig door de rechter gematigd kan worden (art. 6:94).¹³⁴

8.6 Art. 6:237 onder b: beperking van de inhoud van de prestatieplicht

393. In overeenkomsten met een 'consument' wordt volgens art. 6:237 onder b vermoed onredelijk bezwarend te zijn een beding in algemene voorwaarden

"... dat de inhoud van de verplichtingen van de gebruiker wezenlijk beperkt ten opzichte van hetgeen de wederpartij, mede gelet op de

132. MvT Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1702.

133. Algemene voorwaarden postorderbedrijf.

134. Het beding zal m.i. de toetsing aan de open norm doorstaan: het geeft de gebruiker geen recht op een boete in een geval waarin een boete in het geheel niet op zijn plaats is. (vgl. over de verhouding tussen art. 6:94 en 6:233 onder a: nr. 319).

Eén en ander geldt niet als het postorderbedrijf op krediet verkoopt en het openstaande saldo dus een krediet is. Dan zal het beding wel vallen onder art. 6:236 onder i en niet onder art. 6:94.

wettelijke regels die op de overeenkomst betrekking hebben, zonder dat beding redelijkerwijs mocht verwachten"

De memorie van toelichting licht deze bepaling als volgt toe:

*"Deze bepaling heeft in de eerste plaats betrekking op de hoofdverplichtingen die uit de overeenkomst voortvloeien; zo zal een arts zich niet mogen bevrijden van zijn verplichting naar een goed resultaat te streven, een verhuurder niet van zijn verplichting om een zaak te verschaffen die vrij is van essentiële gebreken, etc. Maar zij is daartoe niet beperkt; zo zal wie een zaak moet afleveren, bijv. de voormelde verhuurder met betrekking daartoe in beginsel ook steeds de verplichting hebben tot de aflevering de nodige zorg aan te wenden (art. 6.1.6.2) en de zaak voor de aflevering op gebreken te controleren."*¹³⁵

Wat de wederpartij mag verwachten hangt volgens de memorie van toelichting niet alleen af van de wettelijke regels, maar ook van de gewoonte en de eisen van redelijkheid en billijkheid.¹³⁶

394. Een "ander voor de wederpartij (ongewoon) gunstig aspect van hun rechtsverhouding" kan volgens de memorie van toelichting het onredelijk bezwarend karakter van het beding wegnemen.¹³⁷ Veelal zal dit voordeel de lagere prijs zijn, soms zullen andere voorwaarden gunstiger zijn.

In Wessels/Jongeneel gaven wij als onze mening dat deze uitzondering met voorzichtigheid moeten worden gehanteerd, gezien hetgeen later in de parlementaire geschiedenis is opgemerkt omtrent bedingen die door een ander voordeel worden gecompenseerd en daardoor dus niet onredelijk bezwarend zouden zijn.¹³⁸ Wij stelden:

"... dat het beding alleen dan niet onredelijk bezwarend is, indien de wederpartij bij het aangaan van de overeenkomst beseftte dat het beding werd gemaakt en dat hier de lagere prijs of andere gunstige voorwaarde tegenover stond. Er moet sprake zijn van een daadwerkelijke afweging bij de consument."

395. Art. 6:237 onder b lijkt wel wat op het daaronder opgenomen onderdeel c.¹³⁹ In beide gevallen gaat het om een beding dat het recht geeft 'iets anders' te presteren. In art. 6:237 onder b gaat het daarbij om bedingen die de inhoud en omvang van de verplichtingen van de

135. MvT Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1727. Art. 6.1.6.2. is thans art. 6:28; waarschijnlijk is echter art. 6:27/6.1.6.1 bedoeld.

136. MvT Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1727.

137. MvT Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1727.

138. De Nota II Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1541 noemt een aantal bezwaren tegen het rekening houden met een compenserend voordeel: Het is onwaarschijnlijk dat de consument in ongewijzigde opnemings van een onredelijk bezwarend beding toestemt, indien hij ten volle beseft hoe bezwarend het beding is. Dat de consument omwille van een prijsverlaging in een onredelijk bezwarend beding toestemt zal moeilijk bewezen kunnen worden. De prijsverlaging wordt misschien ook aan andere afnemers toegekend. Het is niet duidelijk hoe groot de prijsverlaging moet zijn om te kunnen zeggen dat het beding niet meer onredelijk bezwarend is.

139. In overeenkomsten met een 'consument' wordt volgens art. 6:237 onder c vermoed onredelijk bezwarend te zijn een beding in algemene voorwaarden "...dat de gebruiker de bevoegdheid verleent een prestatie te verschaffen die wezenlijk van de toegezegde prestatie afwijkt, tenzij de wederpartij bevoegd is in dat geval de overeenkomst te ontbinden"

gebruiker van de aanvang af bepalen. Bedingen die latere wijzigingen toestaan vallen onder art 6:237 onder c.¹⁴⁰

Het 'iets anders' wordt in art. 6:237 onder b gerelateerd aan de gerechtvaardigde verwachtingen van de wederpartij, in art. 6:237 onder c echter aan de daadwerkelijk overeengekomen ('toegezegde') prestatie. De uitoefening van de wijzigingsbevoegdheid van art. 6:237 onder c kan worden gecompenseerd door het toekennen van een ontbindingsbevoegdheid, een mogelijkheid die in art. 6:237 onder b ontbreekt.

De toepassing van art. 6:237 onder c is eenvoudiger dan de toepassing van art. 6:237 onder b. Het is immers gemakkelijker na te gaan wat partijen zijn overeengekomen dan wat de wederpartij zonder het beding had mogen verwachten.

In beide gevallen mag niet een "wezenlijk andere prestatie" worden verschaft. In de memorie van toelichting bij art. 6:237 **onder c** wordt een aantal voorbeelden gegeven van dit 'wezenlijk anders' zijn van een prestatie: levering van een andere zaak dan was overeengekomen, levering van een zaak van een duidelijk mindere kwaliteit, wijziging van het reisdoel bij een reisovereenkomst, een beduidende wijziging van de dekking krachtens een verzekeringsovereenkomst. Als een beding de verplichtingen van de gebruiker reeds van de aanvang af beperkt door levering toe te staan van een zaak van een duidelijk mindere kwaliteit dan de wederpartij mocht verwachten (etc.), zal dit onder art. 6:237 **onder b** vallen.

140. MvT Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1727.

Bij wat de wederpartij zonder het beding mocht verwachten speelt de aard van de overeenkomst een rol (is bijvoorbeeld sprake van een inboedelverzekering of van de koop van antiek), maar ook de prijs en de overige omstandigheden.¹⁴¹

396. Bedingen die vallen onder art. 6:237 onder b zijn ook te formuleren als een exoneratieclausule.¹⁴² Onder art. 6:237 onder b zou bijvoorbeeld vallen een beding van een bewaarnemer:

"Indien goederen volgens het opslagbewijs op open terrein zijn opgeslagen is het opslagbedrijf niet verplicht de betreffende goederen te beschermen tegen storm, vorst, regen of andere weersomstandigheden of tegen brand, plundering of enig ander van buiten komend onheil".

Gesteld nu dat dit beding anders geformuleerd zou zijn, namelijk als volgt:

"Indien goederen volgens het opslagbewijs op open terrein zijn opgeslagen is het opslagbedrijf niet aansprakelijk voor schade als gevolg van storm, vorst, regen of andere weersomstandigheden of tegen brand, plundering of enig ander van buiten komend onheil".

Het zou dan een exoneratieclausule zijn die valt onder art. 6:237 onder f. De eerste formulering is bezwarender, want doordat de verplichting zelf is uitgesloten kan daarvan ook geen nakoming (art. 3:296 e.v.) worden gevorderd. Deze weg zal daarom vooral worden gekozen als men 'primaire verplichtingen' wil beperken, de verplichtingen die reeds ontstaan bij het sluiten van de overeenkomst. Een exoneratieclausule beperkt de secundaire verplichtingen: de verplichtingen die ontstaan na schending van de primaire verplichtingen.

Het gegeven voorbeeld toont aan dat de bedingen die vallen onder art. 6:237 onder b ingrijpender zijn dan de daarmee vergelijkbare exoneratieclausules, die vallen onder art. 6:237 onder f.

397. Over de verhouding tussen kernbedingen en bedingen die vallen onder art. 6:237 onder b vraagt de Eerste Kamer:

141. Vergelijk voor wat de koper op grond van art. 7:17 mag verwachten NvW, Ks. 16 979, nr. 5, p. 13, waarover Jongeneel, *Koop en consumentenkoop*, p. 39-40.

142. Art. 6:237 onder b wordt dan ook in de MvA II de complement van art. 6:237 onder f genoemd: *"Deze bepaling moet als complement worden beschouwd van de bepalingen als die onder f, die zich richt tegen onredelijk bezwarende clausules ter beperking van aansprakelijkheid voor door een tekortkoming veroorzaakte schade en die van artikel 3 onder b, die het recht op ontbinding wegens tekortkomingen waarborgt. Bij gebreke van de onderhavige regel onder b zou het mogelijk zijn de werking van deze bepalingen te ontgaan, door de omvang van de verplichtingen van de gebruiker zodanig te beperken dat een gebrekkige nakoming geen tekortkoming oplevert, zodat de wederpartij langs deze weg toch het recht op schadevergoeding of ontbinding uit handen zou worden geslagen."* MvA II Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv.3, 5 en 6), p. 1728. De bepaling onder f is art. 6:237 onder f; artikel 3 onder b is thans art. 6:236 onder b.

*"In hoeverre verschillen de in art. 4 sub b bedoelde beperkingen van kernbedingen? De in de memorie van toelichting genoemde voorbeelden van de arts en de huurder laten een nauwe samenhang vermoeden."*¹⁴³

De regering merkt in de memorie van antwoord aan de Eerste Kamer op:

*"De door de commissie gereleveerde voorbeelden van bedingen, bedoeld in art. 4 onder b, betreffen wezenlijke beperkingen van de inhoud van de verplichtingen van de gebruiker. Die voorbeelden onderstrepen dat het begrip kernbeding beperkt moet worden opgevat, nu immers bedingen als bedoeld in de artt. 3 en 4 geen kernbedingen zijn."*¹⁴⁴

Om het voorbeeld van de huurder aan te houden: de omschrijving van het te verschaffen huurgenot en de huurprijs zijn kernbedingen. Een bepaling die inhoudt dat de verhuurder in bepaalde gevallen geen huurgenot hoeft te verschaffen is geen kernbeding: het is een beding dat de modaliteiten van de prestaties nader bepaalt. Zo'n beding valt vervolgens onder art. 6:237 onder b als het inhoudt dat geen huurgenot hoeft te worden verschaft in een geval waarin de wederpartij/huurder dit huurgenot zonder het beding wel zou mogen verwachten.

Bij de bespreking van het kernbeding bleek reeds dat de omvang van de verzekeringsdekking in de parlementaire geschiedenis altijd als kernbeding werd aangemerkt, maar dat dit m.i. ten onrechte is. Als een onderdeel van de dekkingsomschrijving geen kernbeding is zal het meestal onder art. 6:237 onder b vallen, namelijk wanneer het een niet te verwachten beperking van de dekking is.¹⁴⁵ Daarbij zal het m.i. alleen gaan om de gerechtvaardigde verwachtingen van de wederpartij. De verwachtingen van een eventuele tussenpersoon zijn slechts van belang in zoverre deze de wederpartij bekend zijn geworden.¹⁴⁶

398. Bij de consumentenkoop doet zich de vraag voor hoe art. 6:237 onder b en art. 7:17 zich tot elkaar verhouden.

Het komt me voor dat deze bepalingen per definitie tot hetzelfde resultaat leiden, omdat art. 6:237 onder b mede verwijst naar de wettelijke regels die op de overeenkomst betrekking hebben, waartoe ook art. 7:17 behoort. Stel dat een verkoper van tweedehands auto's een koper een verkeersonveilige auto verkoopt en hij in zijn algemene voorwaarden een beding heeft opgenomen inhoudende dat hij niet verplicht is auto's te leveren die voldoende verkeersveilig zijn. Op grond van art. 6:237 onder b kan men zeggen dat het beding vermoed wordt onredelijk bezwarend en dus vernietigbaar te zijn. Immers: de

143. VVI Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1729. Art. 4 is thans art. 6:237.

144. MvA I Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1729. Art. 3 en 4 zijn thans art. 6:236 en 237. In de passage die volgt op het citaat wordt via via terugverwezen naar een passage in MvA II Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1566. Daar wordt opgemerkt dat de zwarte en grijze lijst "... nadere oriëntatie bieden bij het trekken van de grens tussen de (niet toetsbare) kernbedingen en de (wel toetsbare) bedingen die de modaliteiten - ook de belangrijkste - van de prestaties nader bepalen."

145. Zie de bespreking van het kernbeding in verzekeringsovereenkomsten in nr. 73.

146. Hier geldt dezelfde redenering als bij de contra-proferentem-regel, zie nr. 220 en 221.

wederpartij mag verkeersveiligheid verwachten mede gezien art. 7:17. Verkeersveiligheid is namelijk een eigenschap die voor het normaal gebruik van een (tweedehands) auto nodig is.

Op grond van art. 7:17 alleen kan men tot hetzelfde resultaat (vernietigbaarheid) komen. Art. 7:17 is bij de consumentenkoop van dwingend recht. Het beding wijkt daarvan af en is dus ook grond van art. 7:17 (jo 7:6 jo 3:40, lid 2) vernietigbaar.

Een beroep op art. 7:17 is eenvoudiger dan een beroep op art. 6:237 onder b. Art. 7:17 biedt de gebruiker immers geen enkele mogelijkheid de redelijkheid van het beding aan te tonen, terwijl ook de vraag of het beding een beding is in algemene voorwaarden buiten beschouwing kan blijven. Voor de vraag of de zaak aan de overeenkomst beantwoordt zal men dus beter een beroep kunnen doen op art. 7:17. Art. 6:237 onder b is wel van belang als in algemene voorwaarden bepaalde nevenverplichtingen zijn beperkt. Zo zou een beding inhoudende dat de verkoper een jaar nadat een produkt uit de productie is genomen, dit niet meer behoeft te repareren of daarvan geen reserve-onderdelen meer in voorraad behoeft te hebben, wel eens onredelijk bezwarend kunnen zijn op grond van art. 6:237 onder b, terwijl het niet in strijd zou zijn met art. 7:17.¹⁴⁷

Duitsland: wezenlijke rechten of verplichtingen

399. In Duitsland is er geen onderdeel van de lijsten van ' 10 en 11 dat lijkt op art. 6:237 onder b. De 'Generalklausel' van ' 9 is echter meer uitgewerkt. Nadat ' 9 Abs. 1 de regel geeft dat een 'unangemessen benachteiligend' beding nietig is, geeft Abs. 2 aan dat in twijfelgevallen een onredelijke benadeling moet worden aangenomen als een beding met wezenlijke principes van de wettelijke regeling in strijd is, dan wel als een beding wezenlijke rechten of verplichtingen die uit de aard van de overeenkomst voortvloeien zo beperkt, dat het bereiken van het doel van de overeenkomst in gevaar komt.¹⁴⁸ Het is met deze bepaling dat art. 6:237 onder b een parallel vertoont.

400. Een belangrijke uitspraak betreffende een beding dat in Nederland onder art. 6:237 sub b zou kunnen vallen, betreft de omvang van de prestatie van een reisorganisator. Het beding luidt als volgt:

De omvang van de contractuele prestaties volgt uit de reisbeschrijving van de organisator met inachtneming van het in het desbetreffende land gebruikelijke ('landesübliche') en uit de daarnaar verwijzende informatie in de reisbevestiging.

147. Dergelijke 'after-sales'-service is in de kooptitel bewust niet geregeld, zie over dit onderwerp Jongeneel, *Koop en Consumentenkoop*, p. 45-46. De MvT bij art. 6:237 onder b zegt nadrukkelijk dat wat de wederpartij mag verwachten ook afhangt "... van wat op wezenlijke punten aan verplichtingen voor de gebruiker voortvloeit uit de gewoonte of uit de eisen van redelijkheid en billijkheid". MvT Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 2727.

148. §9. *Generalklausel.* (...)

(2) *Eine unangemessene Benachteiligung ist im Zweifel anzunehmen, wenn eine Bestimmung*

1. *mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist, oder*

2. *wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrages ergeben, so einschränkt, daß die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist.*

Dit beding is volgens het BGH op grond van ' 9 nietig, want het neemt deels terug wat eerst wordt beloofd. De normale maatstaf voor de prestaties uit een reisovereenkomst (Gattungsschuld, ' 243 BGB) zou zijn: gemiddelde soort en kwaliteit volgens binnenlandse maatstaven. De reisorganisator moet - voor zover zij niet als bekend kunnen worden verondersteld - in zijn reisbeschrijving zo concreet mogelijk aangeven welke omstandigheden afwijken van de binnenlandse maatstaf. Een beding in algemene voorwaarden is onvoldoende om deze 'Aufklärungspflicht' na te komen.¹⁴⁹

Een ander geval dat in Nederland onder art. 6:237 onder b zou kunnen vallen¹⁵⁰ betreft een onderhoudscontract voor computers. Het gewraakte beding heeft de volgende inhoud:

Naar keuze van M. worden nieuwe of gebruikte onderdelen gebruikt. Het OLG Frankfurt ziet in dit beding een onredelijke benadeling in de zin van ' 9. Het beding is in ieder geval dan nietig, wanneer het (zoals hier) niet een billijkheidstoets bevat, want het gevaar is aanwezig dat de gebruiker bij een recht om zelf de inhoud van zijn prestatie te bepalen alleen zijn eigen belangen nastreeft. Het beding is bovendien met wezenlijke grondgedachten van de wettelijke regeling in strijd, namelijk dat bij wederkerige overeenkomsten de wederzijdse prestaties van elkaar afhankelijk zijn en dat daarom de wederzijdse prestaties vastgelegd moeten worden.¹⁵¹

401. Bedingen die ook onder art. 6:237 onder b zouden kunnen vallen, maar door de Duitse rechtspraak toelaatbaar werden geacht zijn o.a. de volgende:

De koper kan bij de bestelde zaken slechts die kwaliteit verwachten die naar billijkheid en volgens het handelsgebruik bij zaken in de desbetreffende prijsklasse verwacht mag worden

en:

(1) Afwijkingen in de structuur en kleur ten opzichte van het tentoongestelde exemplaar blijven voorbehouden, in zoverre deze in de aard van de gebruikte materialen (massief hout, fineer, natuursteenplaten, leer, textielproducten) liggen en in de handel gebruikelijk ('handelsüblich') zijn (...)

(2) Bij kasten heeft de opgave van de houtsoort betrekking op de zichtbare delen. Het mede toepassen van andere geschikte materialen is in de handel gebruikelijk en toelaatbaar.

Over het eerste beding merkt het BGH op dat de inhoud van 'billijkheid en handelsgebruik' op de wettelijke regels over de kwaliteit moet worden afgestemd. In bepaalde gevallen mag de koper bij een lage prijs (opruiming etc.) toch een goede kwaliteit verwachten. Het beding is echter niet nietig; het wil slechts overdreven verwachtingen afweren.¹⁵²

Ook lid 1 van het tweede beding kan volgens het BGH door de beugel. De grens ligt waar door de afwijking de 'Äquivalenzverhaltung' van de wederzijdse prestaties ten nadele van de wederpartij meer dan

149. BGH, 12-3-87, BGHZ 100, 157 = NJW 1987, 1931. Vgl. nr. 406 voor de vergelijkbare bepaling in de Nederlandse ANVR-reisvoorwaarden.

150. Men mag m.i. in de meeste branches verwachten dat bij reparaties nieuwe onderdelen worden gebruikt, tenzij iets anders uitdrukkelijk is overeengekomen.

151. OLG Frankfurt 22-4-83, AGBE IV, 9, nr. 123 = DB 1983, 1482 = BB 1983, 2146 = ZIP 1983, 702.

152. BGH, 31-10-84, NJW 1985, 320 (Möbelhandel II).

onbetekenend ('nicht nur ganz unerheblich') verstoord wordt. De term 'handelsüblich' betekent hier overigens: gebruikelijk in het verkeer tussen de gebruiker en zijn wederpartijen, niet tussen de gebruiker en zijn leveranciers.

Het tweede lid van het tweede beding is niet in strijd met ' 10 Nr. 4 (het bevat geen wijzigingsvoorbehoud) en evenmin met ' 9.¹⁵³ Brandner en Kummer hebben kritiek geleverd op het feit dat het BGH een beding, waarin de onduidelijke term 'handelsüblich' voorkomt, toelaatbaar acht. Dit achten zij in strijd met het 'Transparanzgebot'.¹⁵⁴

402. Een beding dat in het handelsverkeer wordt gebruikt en dat de verplichtingen van de gebruiker beperkt ten opzichte van wat hij redelijkerwijs mocht verwachten heeft de volgende inhoud:

Voor de lichtbestendigheid van kleurbehandelingen wordt geen garantie gegeven. Slechts de lichtechtheidswaarden van verwerkte kleurstoffen kunnen worden aangegeven, welke onder naleving van alle noodzakelijke voorwaarden bereikt kunnen worden.

Het beding betekent niet dat de aansprakelijkheid is beperkt tot de lichtechtheidswaarden die de fabrikant aangeeft; alle aansprakelijkheid voor kleurechtheid is uitgesloten. Een dergelijke uitsluiting treft de kern van de verplichtingen uit de overeenkomst van de gebruiker en zou de wederpartij op dit punt rechteloos maken. In algemene voorwaarden is een dergelijke vergaande uitsluiting nietig. Hiervoor in de plaats gelden de wettelijke bepalingen.¹⁵⁵

Wat de wederpartij redelijkerwijs mocht verwachten

403. Bij 'wat de wederpartij redelijkerwijs mocht verwachten' moet zowel in Nederland als in Duitsland worden gelet op de aard van de overeenkomst. Mijn voorbeelden heb ik daarom geordend naar de aard van de overeenkomst. Om te beginnen de koopovereenkomst.

Schrage vermeldt een glossarium dat in veilingvoorwaarden kan voorkomen en dat er als volgt uit kan zien:

<i>"Voor- en achternamen</i>	<i>Naar onze mening een werk van de</i>
<i>van de kunstenaar voluit:</i>	<i>kunstenaar;</i>
<i>Voornamen in initiaal,</i>	<i>naar onze mening een werk uit de</i>
	<i>periode van</i>
<i>achternaam voluit:</i>	<i>de kunstenaar en mogelijk geheel of</i>
	<i>gedeeltelijk door hem gemaakt;</i>
<i>Achternaam alleen van de</i>	<i>naar onze mening een werk uit de</i>
	<i>school of</i>
<i>kunstenaar:</i>	<i>door een van de navolgers van de</i>
	<i>kunstenaar, dan wel in de stijl van de</i>
	<i>kunstenaar, ontstaanstijdtip onzeker;</i>
<i>Toegeschreven aan:</i>	<i>volgens traditionele toeschrijving</i>
	<i>afkomstig van de kunstenaar;</i>

153. BGH, 11-3-87, NJW 1987, 1886 = ZIP 1987, 640. De verrassendheid van het beding (3), die door het OLG was ontkend, kan buiten beschouwing blijven, aangezien deze geen grond kan zijn voor een verbod in een collectieve actie.

154. Brandner en Kummer, p. 125. Zie over het 'Transparanzgebot' nr. 200.

155. BGH, 12-10-78, AGBE I, 9, nr. 68, vgl ook BGH 23-2-84, ZIP 1984, 0971, NJW 1985, 3016 'Textilveredlung', waarover Schlosser, RWS-Forum, p. 124-125.

Italiaanse school (enz): naar onze mening een werk dat later is vervaardigd dan men uit de stijl zou afleiden."¹⁵⁶

Schrage meent dat zo'n glossarium een zekere verbetering van de positie van de koper betekent. Wel wijst hij er op

"... dat een werk dat wordt aangeduid als 'Rubens' naar beste weten van de veilinghouder niet van Rubens afkomstig is. Zou iedere koper zich dat onmiddellijk realiseren?"

Nee, natuurlijk meent iedereen dat een "Rubens" een schilderij van Rubens is. Met andere woorden: in de algemene voorwaarden wordt een van het spraakgebruik sterk afwijkende betekenis gehecht aan bepaalde woorden, waardoor de prestatie van de gebruiker sterk afwijkt van de prestatie die de wederpartij verwacht en ook mag verwachten. Een dergelijk beding valt onder art. 6:237 onder b, zij het dat dit weinig praktische betekenis heeft bij een consumentenkoop.¹⁵⁷

404. De volgende drie voorbeelden van bedingen die kunnen vallen onder art. 6:237 onder b zijn afkomstig uit garantiebewijzen van autofabrikanten. Zouden de bedingen voorkomen in een verkopersgarantie, dan zouden zij zeker in strijd zijn met het dwingende kooprecht (art. 7:17, jo 7:6); een auto die bijvoorbeeld 'schoonheidsfoutjes in de lak' vertoont of 'geluiden' maakt, beantwoordt nu eenmaal niet aan de overeenkomst; de verkoper mag het herstel van dergelijke gebreken niet uitsluiten (art. 7:21) of het recht erop beperken (bijvoorbeeld door 'richttijden' toe te passen). In de relatie fabrikant-consument is de omschrijving van de garantie bij een garantieovereenkomst in beginsel een kernbeding. Dat geldt echter niet als het een beding betreft dat een beperking van de verplichtingen van de gebruiker bevat die de wederpartij niet behoefde te verwachten.¹⁵⁸ Men kan er over twisten of dit het geval is bij de volgende bepalingen:

"Arbeidsloon voor het vervangen van defecte onderdelen valt onder de garantie volgens de richttijden van de fabriek."

en

"Niet onder de garantie vallen (...) schoonheidsfoutjes in de lak, die geen invloed hebben op de kwaliteit van de laklaag (...)."

en

"Over het algemeen wordt het verhelpen van geluiden, waarbij geen nieuwe onderdelen moeten worden gebruikt, als een gewone onderhoudsbewerking beschouwd."

156. E.H.J. Schrage, Dwaling bij kunstaankopen, in: De regelen der kunst / Drie opstellen over de verhouding tussen kunst en recht onder redactie van W.M.J. Russell, Amsterdam (1989), par. 14.

157. Zie nr. 398. Ik geef het voorbeeld niettemin omdat bedingen waarbij sterk van het spraakgebruik wordt afgeweken ook in andere overeenkomsten kunnen voorkomen. Zie over de conformiteit bij veilingkoop: Jongeneel, Koop en consumentenkoop p. 40.

158. Dit is vergelijkbaar met de omschrijving van de verzekeringsdekking in algemene voorwaarden, zie nr. 397. Zie in dezelfde zin voor het Duitse recht: Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen, 3 8, Rdnr. 8 n.a.v. BGH, 23-3-88, NJW 1988, 1726 = BGHZ 104, 82. Het BGH ging er - volgens Ulmer ten onrechte - vanuit dat de garantievoorwaarden als "leistungsbeschreibungen" niet getoetst konden worden.

Naar mijn mening is goed verdedigbaar dat een koper van een nieuwe auto mag verwachten dat de garantie arbeidsloon volledig dekt en dat de in het tweede en derde beding genoemde gebreken onder de garantie vallen.¹⁵⁹ Een wettelijke regeling ontbreekt (het gaat immers niet over de relatie consument-autodealer, waarin het kooprecht geldt, maar over de relatie wederpartij autofabrikant). Naar mijn mening mag de wederpartij bij een fabrieksgarantie hetzelfde verwachten als bij een verkopersgarantie.

Bijzonder bij de garantie van de fabrikant is dat de fabrikant de overeenkomst sluit om niet. Hier kan men echter zijn vragen bij stellen. Men mag immers aannemen dat het feit dat de fabrikant garantie geeft zijn weerslag heeft op de prijs. De fabrieksgarantie wordt dus weldegelijk betaald!

Ik acht het daarom goed te verdedigen dat bedingen zoals geciteerd ook in fabrieksgaranties vernietigbaar zijn op grond van art. 6:237 onder b. Dit is echter een gedurfd standpunt. Het alternatief is dat de consument nadat hij merkt dat de fabrikant hem geen afdoende herstel biedt, de verkoper moet aanspreken.¹⁶⁰ Deze oplossing leidt uiteindelijk tot hetzelfde resultaat, maar voor de consument via een omweg, terwijl deze benadering ook in strijd is met de huidige praktijk.

405. Een beding van een aannemer dat de wederpartij minder biedt dan hij zou mogen verwachten luidt:

"Afbeeldingen, catalogi, tekeningen en overig informatiemateriaal welke door X bouwproducten aan koper en/of opdrachtgever worden verstrekt geven slechts een algemene voorstelling van zaken en maken geen deel uit van de overeenkomst."

Wie een overeenkomst met deze aannemer sluit, zal dit doen op basis van de presentatie die de aannemer geeft van de te leveren zaken en te verrichten diensten. De te leveren zaken en te verrichten diensten kunnen zijn omschreven in allerlei informatiemateriaal, hetzij algemeen (folders catalogi) hetzij op maat gemaakt (bepaalde tekeningen). Het beding ontnemt de wederpartij de mogelijkheid zich hierop te beroepen. De aannemer hoeft alleen maar 'ongeveer' te leveren of te doen wat is overeengekomen. Dit beding is daarom in strijd met art. 6:237 onder b.¹⁶¹

406. In de ANVR-reisvoorwaarden staat het volgende beding:

*"De korrektheid van de uitvoering van de in de reisovereenkomst voorziene diensten van derden is mede te beoordelen naar de gebruiken en gewoonten van het land en de plaats waar deze diensten worden verleend en af te wegen naar het bedrag van de reissom."*¹⁶²

159. Zouden deze bedingen voorkomen in een leveranciersgarantie, dan bieden art. 7:17 en 7:21 reeds voldoende bescherming en komt men aan art. 6:237 onder b niet toe, zie nr. 398.

160. Zie nader over garantiebewijzen mijn bijdrage "Garantiebewijzen" in: "Vorm & wezen" (Heems kerkbundel), Utrecht (1991). In deze bijdrage nam ik nog dit terughoudende standpunt in.

161. Opmerkelijk is nog dat bij de consumentenkoop de verkoper zelfs moet instaan voor informatiemateriaal, reclame-uitingen etc. van voorschakels, tenzij hij de inhoud daarvan niet kent of behoeft te kennen of hij die inhoud weerspreekt, zie art. 7:18.

162. Art. 12 lid 2 ANVR-reisvoorwaarden.

Dat betekent niet alleen dat een reisorganisator bij klachten over het eten kan zeggen dat het Spaanse eten nu eenmaal **verschilt** van het Nederlandse,¹⁶³ iets wat elke zonzoekeer op zijn vingers na kan tellen. Het beding gaat verder. Het kan ook meebrengen dat de gebruiker z ich beroept op een in het land van bestemming 'gebruikelijke' en 'gewone' **mindere kwaliteit** van het gebodene dan verwacht zou kunnen worden.

Voor een reiziger is de reisbeschrijving het meest bepalend voor hetgeen hij op grond van de reisovereenkomst mag verwachten. In de reeds besproken uitspraak van het Bundesgerichtshof¹⁶⁴ wordt daarop ook de nadruk gelegd. Een 'Landesüblichkeit'-beding is volgens het BGH onredelijk omdat het een voor de reiziger onoverzienbare afwijking is van het in de reisbeschrijving gebodene. Ik stem daarmee in: onredelijk bezwarend is het als men het in de reisbeschrijving gebodene relativeert in de algemene voorwaarden.

8.7 Art. 6:237 onder d: beëindiging van de overeenkomst

407. In overeenkomsten met een 'consument' wordt volgens art. 6:237 onder b vermoed onredelijk bezwarend te zijn een beding in algemene voorwaarden

"... dat de gebruiker van zijn gebondenheid aan de overeenkomst bevrijdt of hem de bevoegdheid daartoe geeft anders dan op in de overeenkomst vermelde gronden welke van dien aard zijn dat deze gebondenheid niet meer van hem kan worden geveerd"

408. Dit beding wordt vermoed onredelijk bezwarend te zijn omdat het bewerkstelligt dat de wederpartij in het geheel geen recht heeft op de overeengekomen prestatie. Dit is echter alleen onredelijk bezwarend indien niet voldoende met de belangen van de wederpartij wordt rekening gehouden.

De memorie van toelichting onderscheidt twee vormen van dit beding. Enerzijds zijn er bedingen die omstandigheden aan de zijde van de gebruiker betreffen, zoals bedingen die de gebruiker het recht geven zich sneller op overmacht te beroepen dan uit de wet (art. 6:75 e.v.) voortvloeit. Anderzijds zijn er bedingen die omstandigheden aan de zijde van de wederpartij betreffen, zoals bedingen die voor de wederpartij nadelige consequenties verbinden aan omstandigheden (aan de zijde van de wederpartij) die volgens de wet (art. 6:265 e.v.) (nog) geen tekortkoming in de nakoming opleveren, bijvoorbeeld een geringe overschrijding van een betalingstermijn. Er zijn ook clausules denkbaar die niet of moeilijk in deze indeling kunnen worden ingepast; de memorie van toelichting noemt bijvoorbeeld het beding in een reisovereenkomst dat de reis niet doorgaat als een bepaald aantal deelnemers niet wordt gehaald.¹⁶⁵

163. Geschillencommissie reizen, 15-1-85, TvC 87, p. 126 m.nt. Dupont. In de uitspraak wordt niet ingegaan op art. 12 ANVR-voorwaarden.

164. Zie nr. 400.

165. MvT Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1731.

409. "Tegen clauses in deze trant bestaat geen bezwaar, mits op redelijke wijze ook met de belangen van de wederpartij rekening gehouden wordt."¹⁶⁶

166. MvT Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1731. Hoewel er volgens de MvT tegen dergelijke bedingen geen bezwaar bestaan (mits ...), spreekt de Nota II Inv., Ks. 16 983, nr. 8, op p. 19 over "... *het euvel van de onverhoedse en willekeurige beëindiging*"; de bedingen die thans door art. 6:237 onder d worden bestreken zou men het liefst op de zwarte lijst hebben gezet, maar daarvan is afgezien omdat de bepaling zich niet met de voor art. 6:236 vereiste precisie liet formuleren.

Daartoe is in de eerste plaats vereist dat de grond in het beding wordt genoemd opdat de wederpartij kan weten waar zij aan toe is. De grond zal volgens de memorie van toelichting soms "uiteraard slechts op vrij globale wijze kunnen worden gegeven". Een globale aanduiding zoals "een gevreesde verslechtering van de solvabiliteit" is mogelijk.¹⁶⁷ Te vaag is blijkens de memorie van antwoord bijvoorbeeld: "onder voorbehoud van levering bij enige stoornis of anderszins".¹⁶⁸ Ten tweede dient de grond van zodanig gewicht te zijn dat verdere gebondenheid niet van de gebruiker kan worden gevergd. Dat de opgegeven grond van dien aard is, dat verdere gebondenheid niet te vergen is, zal door de gebruiker op verlangen van de wederpartij moeten worden aangetoond.¹⁶⁹

410. Chao-Duyvis heeft op art. 6:237 onder d de kritiek geleverd dat dit onderdeel de aard van persoonlijke dienstverlening zou miskennen, aangezien een beding, dat de bevoegdheid geeft zich zonder opgaaf van redenen terug te trekken, vermoed wordt onredelijk bezwarend te zijn.¹⁷⁰ In Wessels/Jongeneel hebben wij daartegenover gesteld dat art. 6:237 onder d wel degelijk de mogelijkheid geeft rekening te houden met de aard van de overeenkomst. Onredelijk bezwarend is een beding dat de gebruiker het recht geeft zonder opgaaf van reden terug te treden. De bepaling geeft echter ruimte om met de aard van de overeenkomst rekening te houden doordat een tamelijk 'open' beëindigingsgrond mogelijk is - mits van voldoende gewicht - bijvoorbeeld:

*"De overeenkomst wordt beëindigd indien de relatie met de opdrachtgever zodanig is verstoord, dat voortzetting niet van (gebruiker) kan worden gevergd."*¹⁷¹

Duitsland: gerechtvaardigde grond

411. In ' 10 Nr. 3 wordt nietig verklaard een beding dat de gebruiker het recht geeft zich zonder zakelijk gerechtvaardigde en in de overeenkomst aangegeven grond van zijn prestatieplicht te bevrijden.¹⁷² Dit geldt niet voor duurovereenkomsten.¹⁷³

167. Zie echter nr. 429.

168. MvA II Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1732, met verwijzing naar Hof Amsterdam 14-12-20, NJ24, 934. "Wij wijzen erop, dat een zodanig beding niet onredelijk bezwarend behoeft te zijn, doch dit moet dan door de gebruiker worden bewezen."

169. Nota II Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1732.

170. M.A.B. Chao-Duyvis, Enkele standaardvoorwaarden in de bouw vergeleken met het wetsontwerp algemene voorwaarden, BR 1984, p. 798.

171. Zie Wessels/Jongeneel nr. 146.

172. Volgens Brandner geldt ' 10 Nr. 3 echter ook voor bedingen die in bepaalde omstandigheden de gebruiker automatisch van zijn prestatieplicht bevrijden, Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen ' 10 Nr. 3, Rdnr. 1.

173. ' 10: "In Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist insbesondere unwirksam (...) 3. (Rücktrittsvorbehalt) die Vereinbarung eines Rechts des Verwenders, sich ohne sachlich gerechtfertigten und im Vertrag angegebenen Grund von seiner Leistungspflicht zu lösen; dies gilt nicht für Dauerschuldverhältnisse."

Voorzover een beding omstandigheden in de sfeer van de gebruiker betreft, wordt ' 10 Nr. 3 gezien als een aanvulling van de bepalingen betreffende exoneraties,¹⁷⁴ omdat een beëindigingsvoorbehoud het de gebruiker mogelijk maakt zich bij dreigende niet-nakoming of gebrekkige nakoming aan de overeenkomst - en dus aan de gevolgen van zijn wanprestatie - te onttrekken. De gebruiker kan er echter een gerechtvaardigd belang bij hebben zijn risico te beperken.

Bedingen betreffende beëindiging in de zin van ' 10 Nr. 3 kunnen ook omstandigheden in de sfeer van de wederpartij betreffen of zelfs omstandigheden die buiten de sfeer van zowel de gebruiker als de wederpartij vallen.

412. Als 'welke grond dan ook' voldoende is om de overeenkomst te beëindigen is er in feite geen grond in de overeenkomst aangegeven. Duidelijk in strijd met ' 10 Nr. 3 is dus een beding in de bouw dat luidt:

*Als de opdrachtgever op welke grond ook het bouwplan of de opdracht verkleint of voor een bepaalde tijd stillegt, waartoe hij gerechtigd is, wordt in het eerste geval de vaste prijs naar evenredigheid teruggebracht en heeft de opdrachtnemer in beide gevallen geen aanspraak op vergoeding van gederfde winst.*¹⁷⁵

Te onbepaald is een voorbehoud bij 'bedrijfsstoringen' of een beëindigingsvoorbehoud voor het geval na het sluiten van de overeenkomst 'ongunstige omstandigheden' bekend worden over de kredietwaardigheid van de wederpartij.¹⁷⁶

413. Veel bedingen die in de Duitse rechtspraak zijn beoordeeld geven de gebruiker het recht bij bepaalde **omstandigheden in zijn eigen sfeer** de overeenkomst te beëindigen. Brandner stelt als uitgangspunt voorop dat de gebruiker zijn prestatie moet verrichten en dat hij het risico draagt bij vertraging of een hem toerekenbaar onmogelijk worden van de prestatie. Er zijn echter uitzonderingen. Ten eerste is een beëindigingsvoorbehoud toelaatbaar als voor de nakoming bepaalde omstandigheden zich - zonder dat de gebruiker daarop invloed uit kan oefenen - zo kunnen ontwikkelen dat de nakoming onmogelijk wordt of zozeer wordt verzwaard dat nakoming niet van de gebruiker kan worden geleverd. Ten tweede geldt een uitzondering voor in de sfeer van de wederpartij liggende omstandigheden waarin van de gebruiker niet kan worden geleverd dat hij de overeenkomst nakomt.¹⁷⁷

414. Uit algemene voorwaarden krijgt men vaak de indruk dat niet-levering door een leverancier van de gebruiker van de algemene voorwaarden voor deze gebruiker een soort natuurramp is, die overmacht

174. § 11 Nr. 8 en 9.

175. OLG Karlsruhe, 22-7-82, AGBE III, § 9, nr. 15. Evenzo: De verkoper is gerechtigd tot het overhandigen van de zaken de overeenkomst te ontbinden, zonder dat hiervoor een reden behoeft te worden opgegeven.: LG Stuttgart 29-10-82, AGBE III, § 10 Nr. 3, nr. 17a en het recht van Lufthansa om vluchten te annuleren *als de omstandigheden dit vereisen*, zie Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen § 10 Nr. 3, Rdnr. 10, noot 24. Bedingen waarin de beëindigingsgrond niet voldoende wordt bepaald zijn ook in het handelsverkeer nietig: Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen, § 10 Nr. 3, Rdnr. 18.

176. Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen § 10 Nr. 3, Rdnr. 10.

177. Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen § 10 Nr. 3, Rdnr. 11.

oplevert. Het BGH denkt daar (als de wederpartij geen 'Kaufmann' is) anders over. Het beding

Bij niet levering aan de verkoper door zijn leveranciers komt beide partijen het recht toe de overeenkomst, voor zover deze op niet geleverde zaken betrekking heeft, te ontbinden.

werd door het BGH in strijd geacht met ' 10 Nr. 3; de niet-levering door een leverancier van de verkoper rechtvaardigt alleen een ontbinding als de gebruiker een met de verkoop waarop zijn voorwaarden betrekking hebben overeenkomende inkoop heeft verricht. Een beding dat bij niet-levering door een voorschakel altijd een ontbindingsrecht geeft ('Selbstbelieferungsklausel') is dus te ruim geformuleerd en daarom nietig.¹⁷⁸

415. Of een beding betreffende beëindiging dat omstandigheden aan de kant van de gebruiker betreft aanvaardbaar is, hangt af van de mate waarin risico wordt verschoven van gebruiker naar wederpartij en van de vraag in hoeverre dit risico voor de wederpartij was te overzien. Als (in het niet-handelsverkeer) geen lever- of productieproblemen kenbaar zijn gemaakt bij het sluiten van de overeenkomst, zijn bedingen die bepaalde storende factoren in het eigen bedrijf tot beëindigingsgrond maken niet gerechtvaardigd.¹⁷⁹ Zulke storende factoren kunnen bijvoorbeeld zijn: 'ziekte' of 'bedrijfsstoringen'. Een beding in de meubelhandel dat de verkoper het recht gaf in die gevallen de overeenkomst te ontbinden werd door het OLG Hamm niet toelaatbaar geacht: De gebruiker moet zijn bedrijf zo organiseren dat hij normale ziektegevallen kan opvangen. 'Bedrijfsstoringen' is te onbepaald, hieronder vallen ook veel omstandigheden die voor rekening van de gebruiker dienen te komen, bijvoorbeeld fouten in de planning in zijn bedrijf.¹⁸⁰ Het OLG Koblenz achtte onvoldoende: *een wezenlijke verandering van de bij het sluiten van de overeenkomst bestaande verhoudingen.*¹⁸¹ Het BGH acht een beëindigingsvoorbehoud bij staking en of uitsluiting ('Arbeitskampf') in de regel niet juist omdat de verhindering om te presteren van tijdelijke aard is.¹⁸²

Het BGH achtte beëindiging ook niet gerechtvaardigd in de volgende omstandigheden:

Bedrijfsstoringen van elke aard, in het bijzonder in de ons leverende fabrieken en andere omstandigheden van welke aard ook die de levering buiten de schuld van de verkoper vertragen, onmogelijk maken of aanzienlijk duurder maken bevrijden de verkoper van zijn

178. BGH, 26-1-83, NJW 1983, 1320 = WM 1983, 308 = AGBE IV, § 10 Nr. 3, nr. 16 = BB 1983, 524 en BGH 6-12-84, NJW 1985, 855. Zo ook Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen, § 10 Nr. 3, Rdnr. 12. Zie over de 'Selbstbelieferungsklausel' in het handelsverkeer nr. 423.

179. Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen § 10 Nr. 3, Rdnr. 12.

180. OLG Hamm 18-2-83, AGBE IV, § 10 Nr. 3, nr. 17 = BB 1983, 1304 = Vers.R 1984, 195. Idem: LG Heidelberg 24-9-81, AGBE II, § 10 Nr. 1, nr. 16, te onbepaald is: bedrijfsstoringen en vertraagde levering van voorleveranciers. Anders: OLG Celle, dit achtte een beding in reparatievoorwaarden toelaatbaar dat als de reparatie niet uitgevoerd kan worden o.a. wegens moeilijkheden betreffende de verkrijgbaarheid van onderdelen (...) kosten in rekening gebracht kunnen worden (OLG Celle 7-5-80, AGBE I, § 10 Nr. 2, nr. 33).

181. OLG Koblenz WM 1983, 1272, geciteerd bij Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen, § 10 Nr. 3, Rdnr. 12. Men zou in de Nederlandse situatie denken aan onvoorziene omstandigheden in de zin van art. 6:258: deze rechtvaardigen wel een ingrijpen van de rechter, maar geen éézijdig beëindigingsrecht van één van de partijen.

182. BGH, 6-12-84, NJW 1985, 885.

*leververplichting onder uitsluiting van schadevergoedingsaanspraken.*¹⁸³

Ten eerste betreft het beding ten onrechte ook storingen die kort duren. Ten tweede zou een bevoegdheid tot beëindiging bij prijsverhoging ook betrekking hebben op gevallen waarin volgens ' 11 Nr. 1 geen prijsverhoging mogelijk is. Ten derde is het beding te ruim geformuleerd: de wederpartij kan nauwelijks inschatten wanneer en in welke gevallen hij met beëindiging rekening dient te houden.

183. BGH, 26-1-83, NJW 1983, 1320 = WM 1983, 308 = AGBE IV, § 10 Nr. 3, nr. 16 = BB 1983, 524. Zo ook LG Heidelberg 24-9-81, AGBE II, § 10 Nr. 1, nr. 16.

416. Een tweede categorie bedingen betreft omstandigheden in de **sfeer van de wederpartij** die recht geven tot ontbinding. In Duitsland is vooral geprocedeerd over bedingen die het niet kredietwaardig zijn als grond voor ontbinding aanwijzen. Dit wordt pas aanvaardbaar geacht als het niet kredietwaardig zijn vast staat, bijvoorbeeld bij faillissement. Of één enkele executiemaatregel al voldoende grond is voor ontbinding is omstreden.¹⁸⁴

Onvoldoende grond is bijvoorbeeld: *het ontbreken of wegvallen van de kredietwaardigheid van de koper*,¹⁸⁵ het achteraf bekend worden van *ongunstige omstandigheden over de vermogenstoestand of kredietwaardigheid van de opdrachtgever*¹⁸⁶ of het feit dat de vermogenspositie van de wederpartij *aanzienlijk verslechterd* is.¹⁸⁷

In dergelijke gevallen is het beëindigingsrecht van de gebruiker een te vergaand middel; voldoende zou moeten zijn dat de gebruiker 'gelijk oversteken' of zekerheidsstelling eist.¹⁸⁸

417. Een omstandigheid die eveneens in de sfeer van de wederpartij ligt is het feit dat de wederpartij de gebruiker onjuiste inlichtingen verstrekt. Gebruikers trachten zich soms in te dekken door bedingen zoals het volgende:

De verkoper is tot ontbinding van de overeenkomst gerechtigd, wanneer de koper valse opgaven doet over zijn persoon of vermogenstoestand (...)

Volgens het BGH mogen alleen valse opgaven die relevant zijn voor de afwikkeling van de overeenkomst grond zijn voor ontbinding. De geciteerde clause is te ruim geformuleerd want deze betreft bijvoorbeeld ook een verkeerde opgave van de geboortedatum of het beroep, terwijl deze doorgaans niet van belang zijn. Valse opgaven over de vermogenstoestand kunnen soms geen goede grond zijn, namelijk als deze een geringe betekenis hebben (bijvoorbeeld het opgeven van een maandsalaris van 3000 i.p.v. 2900 DM bij de aankoop van een zaak van 1000 DM) of met het oog op de bijzondere omstandigheden van het geval. Als een beding de gebruiker een ontbindingsrecht geeft bij onjuiste opgaven *die op de kredietwaardigheid van invloed zijn* is dat wel een voldoende grond, want onbelangrijke opgaven hebben op de kredietwaardigheid geen invloed.¹⁸⁹

418. Tot de tweede categorie (bedingen die omstandigheden in de sfeer van de wederpartij betreffen) behoren ook de bedingen die het schenden van een bepaalde verplichting als grond voor de beëindiging van de overeenkomst aanmerken. Een geringe niet-nakoming is onvoldoende grond voor ontbinding.¹⁹⁰ Zo is het enkel in verzuim zijn

184. OLG Karlsruhe 8-4-81, AGBE II, § 10 Nr. 1, nr. 5: een enkele executiemaatregel is geen voldoende grond. In ieder geval kan dit in het handelsverkeer anders zijn, zie nr. 424.

185. OLG Hamm 18-2-83, AGBE IV, § 10 Nr. 3, nr. 17 = BB 1983, 1304 = Vers.R 1984, 195. Vgl. ook LG Stuttgart 30-4-79, AGBE I, § 10 Nr. 2, nr. 36.

186. OLG Karlsruhe 8-4-81, AGBE II, § 10 Nr. 1, nr. 5.

187. Door het OLG Düsseldorf nietig geacht, naar blijkt uit: BGH, 3-6-85, NJW 1985, 2271.

188. Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen, § 10 Nr. 3, Rdnr. 15.

189. BGH, 3-6-85, NJW 1985, 2271; zo ook reeds BGH, 31-10-84, NJW 1985, 320; vgl. ook OLG Hamm 18-2-83, AGBE IV, § 10 Nr. 3, nr. 17 = BB 1983, 1304 = Vers.R 1984, 195.

190. Kötz in Münch. Komm.-Kötz, § 10, Nr. 3, Rdnr. 19.

van de wederpartij ontoereikend,¹⁹¹ temeer als dat verzuim een andere overeenkomst betreft dan de overeenkomst die de gebruiker wil beëindigen.¹⁹²

Bij een eigendomsvoorbehoud kan het voorkomen dat de verkoper bedingt dat de koper de zaken zorgvuldig moet behandelen, dat hij mededeling moet doen van beslag, vernietiging of beschadiging van de zaak of van zijn verhuizing. Aan zulke verplichtingen kan het volgende beding worden gekoppeld:

De verkoper kan bij schriftelijke verklaring de overeenkomst ontbinden wanneer de koper in strijd handelt met de onder nummer (...) genoemde verplichtingen, in het bijzonder de mededelingsverplichting.

191. OLG Hamm BB 1983, 1304, geciteerd door Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen, § 10 Nr. 3, Rdnr. 14.

192. BGH, 26-11-84 NJW 1985, 1220, 1221.

Het BGH vindt dit aanvaardbaar. Het doen van de mededelingen legt geen zware last op de wederpartij. Dat het ontbindingsrecht niet kan worden uitgeoefend bij geringe niet-nakomingen van de verplichtingen van de wederpartij is volgens het BGH vanzelfsprekend en behoeft geen uitdrukkelijke vermelding in het beding.¹⁹³

Ook bij de franchising-overeenkomst kan een grond voor beëindiging worden gekoppeld aan het niet nakomen van bepaalde verplichtingen. Er is een uitspraak van het BGH over de franchising van een McDonald's restaurant. Het beding in kwestie hield in dat onmiddellijke opzegging van de overeenkomst mogelijk was

... wanneer de franchisenemer nalaat zijn restaurantbedrijf uit te oefenen op een goede, schone en doelmatige wijze en in overeenstemming met de op grond van het McDonald's-systeem voorgeschreven principes en richtlijnen.

Die richtlijnen waren zeer gedetailleerd en schreven bijvoorbeeld de grilltemperatuur voor. Het BGH achtte het beding niet onredelijk. Het is een 'Generalklausel'. De niet-nakoming van één enkele richtlijn is niet van voldoende gewicht voor de onmiddellijke opzegging. Dit is slechts het geval als het niet-nakomen van verplichtingen voldoende ernstig is om het ondernemingsdoel (het wereldwijd aanbieden van bepaald voedsel van steeds gelijke kwaliteit) in gevaar te brengen. De juistheid van de gronden moet in een toetsing naar objectieve maatstaven worden beoordeeld. Ook de franchisegever is er van uitgegaan dat alleen een duurzaam niet nakomen van de principes en richtlijnen recht geeft tot onmiddellijke opzegging. I.c. werd echter van het redelijke beding geen redelijk gebruik gemaakt, met andere woorden: het BGH paste een uitoefeningstoetsing toe en in die toetsing werd het beroep dat in dit geval werd gedaan op het beding niet redelijk geacht.¹⁹⁴

419. In de **derde categorie** gaat het om bedingen waarbij omstandigheden in het spel zijn die noch in de sfeer van de gebruiker noch in de sfeer van de wederpartij liggen. Een voorbeeld: een stad verhuurt zaalruimte aan een politieke partij. Het is de bedoeling dat een Brits historicus een lezing zal houden over "Das Geheimnis um Rudolf Hess". Er wordt informatie ingewonnen bij de politie. Deze informatie blijkt onjuist. De huurder blijkt een extreem rechtse partij te zijn. Een van de fracties in de gemeenteraad protesteert en dreigt met acties. De dag voor de lezing wordt daarom een beroep gedaan op het volgende beding:

De verhuurder is gerechtigd de overeenkomst te ontbinden, wanneer a) door de geplande bijeenkomst een verstoring van de openbare veiligheid en orde of een benadeling van het aanzien van de stad O. of van het Stadhallen-betrieb-GmbH O. is te vrezen. (...) Maakt de verhuurder van haar ontbindingsrecht gebruik, dan heeft de huurder geen recht op schadevergoeding.

193. BGH, 31-10-84, NJW 1985, 320. Ook de schending van een doorverkoopverbod bij eigendoms voorbehoud kan een gerechtvaardigde grond zijn voor beëindiging: BGH, ZIP 1981, 1338 (geciteerd door Brandner/Ulmer/Brandner/Hensen, § 10 Nr. 3, Rdnr. 14. Brandner meent dat deze beslissingen ten onrechte geen rekening houden met de bepaling van § 11 Nr. 4, die inhoudt dat de gebruiker niet van zijn wettelijke verplichting om aan te manen mag worden vrijgesteld.

194. BGH, 3-10-84, NJW 1985, 1894. Nader over uitoefeningstoetsing paragraaf 6.10.

De huurder vordert een schadevergoeding van 32.763,13 DM. Het OLG legt het beding uit en komt tot de conclusie (die door het BGH maar beperkt kan worden getoetst) dat er een concrete vrees voor verstoring van de openbare orde en veiligheid moet zijn; deze ontbreekt in dit geval. Het BGH gaat hiermee akkoord en past bovendien de contra-proferentem-regel ('5) toe: in het beding staat 'door de bijeenkomst'; een tegendemonstratie is geen onmiddellijk door de bijeenkomst dreigend gevaar. De stad had naar voren gebracht dat het aanzien van de stad of van de persoon waarnaar de verhuurde zaal genoemd was gevaar liep. Het BGH meent dat hierop geen beroep kan worden gedaan, omdat dit mogelijke gevaar al bij het sluiten van de overeenkomst bekend kon zijn. Het BGH legt '10 Nr. 3 dus zo uit dat een ontbindingsgrond niet zakelijk gerechtvaardigd is in die gevallen waarin het voorbehoud zich ook uitstrekt over omstandigheden, waarvan het aanwezig zijn bij de vereiste zorgvuldigheid voor de gebruiker kenbaar was, zodat deze van het sluiten van de overeenkomst had kunnen afzien.¹⁹⁵

420. In de Nederlandse Parlementaire geschiedenis werd als voorbeeld van een beding betreffende beëindiging dat noch in de invloedssfeer van de gebruiker noch in die van de wederpartij ligt, het beding in een reisovereenkomst genoemd dat bij het niet behalen van een minimum aantal deelnemers de reis niet doorgaat. Dergelijke bedingen komen ook in Duitsland voor. Er is een 'Konditionenempfehlung' die wordt aangeduid als 'Allgemeine Reisebedingungen' en die o.a. een grond voor beëindiging inhoudt bij het niet bereiken van een minimum aantal dat vooraf is aangegeven of door de overheid is vastgesteld. Hiertegen bestaat volgens Brandner geen bezwaar. Wel heeft hij bezwaar tegen een beding dat inhoudt dat (ook zonder dat een minimum aantal is aangegeven) de reisorganisator de reis niet door hoeft te laten gaan als de kosten een "*Überschreitung der wirtschaftlichen Opfergrenze*" zouden betekenen. Dit beding is reeds nietig omdat de grond voor beëindiging niet voldoende is bepaald. Ook is het beding onredelijk omdat het ondernemersrisico op de reiziger wordt afgewenteld.¹⁹⁶

Kötz meent dat het niet doorgaan van een reis bij het bereiken van een (van te voren aangegeven) minimum-aantal geen gerechtvaardigde grond oplevert als de reiziger geen reden heeft te twijfelen aan het doorgaan vinden van de reis.¹⁹⁷

421. Bedingen die de gebruiker van de algemene voorwaarden de mogelijkheid geven de omvang van de overeenkomst te verkleinen hebben hetzelfde effect als een (gedeeltelijke) beëindiging. Een voorbeeld van een beding dat aan '10 Nr. 3 werd getoetst is:

Door wijziging van het plan ontstaan of vastgesteld minderwerk moet telkens in het bijzonder worden vastgesteld en wordt op basis van de

195. BGH, 10-12-86, BGHZ 99, 182 = NJW 1987, 831. In de Nederlandse verhoudingen lijkt dit op het geval dat een dwaling voor rekening van de dwalende behoort te blijven op grond van de verkeersopvattingen en/of de omstandigheden van het geval, art. 6:228 lid 2.

196. Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen \Rightarrow 9 bis 11, Rdnr. 588.

197. Kötz in Münch. Komm.-Kötz, \Rightarrow 10, Nr. 3, Rdnr. 19.

*door de opdrachtnemer vrij te geven calculatieprijs van de vaste prijs afgetrokken.*¹⁹⁸

198. LG Frankfurt, 21-9-82, AGBE III, § 10 Nr. 3, nr. 16a. Zo ook OLG Nürnberg 29-1-80, AGBE I, § 10 Nr. 2, nr. 31. Dat wijst op de strekking van § 649 BGB. Die bepaling houdt in dat de opdrachtgever ten alle tijde kan opzeggen, maar dat hij tot betaling van de overeengekomen vergoeding onder aftrek van wat uitgespaard is, verplicht blijft. Op grond van § 9 werd een soortgelijke clause nietig bevonden in: OLG München 3-11-83, AGBE IV, § 9, nr. 23 = BB 1984, 1386.

422. Voor duurovereenkomsten geldt ' 10 Nr. 3 niet. In de algemene voorwaarden kan dus bepaald worden dat zonder grond kan worden opgezegd of dat er bijzondere gronden zijn voor onmiddellijke opzegging. Dergelijke bedingen worden getoetst aan ' 9, waarbij het vooral gaat om de termijn bij gewone opzegging en om de grond voor onmiddellijke opzegging.¹⁹⁹

Een voorbeeld vormt de volgende uitspraak: Een ondergoedfabriek heeft al jaren een relatie met een bank. De fabriek heeft de laatste jaren steeds met verlies afgesloten en heeft een debetsaldo van 350.000 DM. De bank zegt met onmiddellijke ingang het krediet op, op grond van een beding dat inhoudt dat de bank het recht heeft naar eigen vrije beoordeling de zakenrelatie geheel of gedeeltelijk te verbreken. Daarnaast kan de relatie worden verbroken op grond van een gewichtige reden.

Tegen deze regeling bestaat volgens het BGH geen bezwaar. De bank zal rekening moeten houden met de belangen van haar cliënt. Kan voortzetting niet meer geveerd worden, dan is ook het nogmaals waarschuwen of aanmanen niet vereist. Vervolgens geeft het BGH overwegingen in de sfeer van de uitoefeningstoetsing: Een redelijke grond voor beëindiging ontbreekt wanneer de bank kan verwachten dat de klant na een aanmaning het gedrag in strijd met de overeenkomst zal beëindigen en de bank de nadelige gevolgen zal vergoeden. Ook mag de bank zich niet inconsequent gedragen. Wanneer haar houding tot nu toe bij de klant de indruk heeft kunnen wekken dat de bank het gedrag van de klant billijkt, mag de bank niet een gedraging in strijd met de overeenkomst aangrijpen als aanleiding tot het beëindigen van de relatie.²⁰⁰

Bedingen betreffende beëindiging in het handelsverkeer

423. Bedingen betreffende beëindiging in overeenkomsten met 'niet-Kaufleute' worden getoetst aan ' 9; ' 10 Nr. 3 is hierbij echter wel een richtlijn.²⁰¹

De 'Selbstbelieferungsklausel' wordt in het handelsverkeer milder beoordeeld dan in het niet-handelsverkeer.²⁰² Een ruim geformuleerd beding (waarin niet de in het niet-handelsverkeer vereiste beperking voorkomt dat de gebruiker zelf een met de verkoop overeenkomende inkoop heeft verricht) acht het BGH gebruikelijk (met een verwijzing naar ' 24, zin 2, 2e helft van de zin: de in het handelsverkeer geldende gewoonten en gebruiken). De 'Selbstbelieferungsklausel' is door de rechtspraak wel van die beperking voorzien. Van een 'Kaufmann' kan worden verwacht dat hij deze inhoud van de regel kent.²⁰³

199. Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen, § 10 Nr. 3, Rdnr. 17.

200. BGH, 10-11-77, AGBE I, § 9, nr. 82. Vergelijkbare uitspraken zijn: BGH 19-9-79, AGBE I, § 9, nr. 85; BGH 27-2-80, AGBE I, § 9, nr. 86; BGH 18-12-80, AGBE I, § 9, nr. 88. Nader over uitoefeningstoetsing paragraaf 6.10.

201. Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen, § 10 Nr. 3, Rdnr. 18.

202. Zie nr. 414.

203. BGH, 14-11-84, BGHZ 92, 369 = WM 1985, 91 = NJW 1985, 738, zie over de vervolgens in deze uitspraak volgende uitoefeningstoetsing nr. 271. Ook de in nr. 415 besproken 'storingsclausules' worden in het handelsverkeer milder beoordeeld omdat hun betekenis krachtens 'Handelsbrauch' (§ 346 HGB) vaststaat; Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen, § 10 Nr. 3, Rdnr. 18.

424. In het handelsverkeer worden ook bedingen van de tweede categorie gebruikt: bedingen die het beëindigingsrecht van de gebruiker koppelen aan omstandigheden bij de wederpartij. Als die omstandigheid de krediet(on)waardigheid van de wederpartij is, oordeelt de rechtspraak in het handelsverkeer iets milder dan daarbuiten. Zie bijvoorbeeld het volgende beding in een leaseovereenkomst m.b.t. vier auto's:

De verhuurder heeft ook het recht tot onmiddellijke opzegging, (...) wanneer (een deel van) het vermogen van de huurder wordt geëxecuteerd.

In het niet-handelsverkeer was omstreden of één enkele executiemaatregel al voldoende grond is voor ontbinding.²⁰⁴ In het handelsverkeer bij de leasing van investeringsgoederen is het beding volgens het BGH niet in strijd met ' 9. De gerechtvaardigde belangen van de lessor kunnen bij executie-maatregelen nadelig beïnvloed worden (bijvoorbeeld als beslag wordt gelegd op de geleaste zaak en de lessor zich daartegen moet verweren door middel van derden-verzet).²⁰⁵

Ook in het handelsverkeer is geen grond voor beëindiging toelaatbaar in de trant van

*Worden ons betalingsmoeilijkheden bekend, dan kunnen wij*²⁰⁶

Toelaatbaar is daarentegen een beding in een huurovereenkomst, volgens hetwelk de verhuurder bevoegd is in geval van verzuim van de huurder met meer dan twee maandtermijnen het geheel van de resterende huurtermijnen opeisbaar te stellen. Het beding is niet in strijd met ' 9, aangezien geen afbreuk wordt gedaan aan het recht van de huurder tot voortgezet ongestoord gebruik van de gehuurde zaak.²⁰⁷

Beëindiging alleen op goede gronden

425. Een bevoegdheid tot beëindiging van de overeenkomst moet volgens art. 6:237 onder d berusten op een in de overeenkomst genoemde grond die van voldoende gewicht is. De Duitse regeling komt op hetzelfde neer.

De omschrijving van de beëindigingsgrond kan soms niet anders dan globaal zijn. De Duitse rechtspraak accepteert bijvoorbeeld een beëindigingsgrond met vage termen zoals *goed, schoon, doelmatig*.²⁰⁸ Maar aan de uitoefening van dergelijke ruim geformuleerde bevoegdheden worden wel eisen gesteld. Het enkel aanwezig zijn van een grond die volgens het beding recht geeft op beëindiging is onvoldoende: de feiten in concreto moeten voldoende ernstig zijn om de beëindiging te rechtvaardigen.

204. Zie nr. 416.

205. BGH, 7-12-83, AGBE IV, § 9, nr. 74 = NJW 1984, 871 = DB 1984, 608 = MDR 1984, 573 = WM 1984, 163 = ZIP 1984, 185.

206. LG Hannover 10-3-81, AGBE II, § 9, nr. 115.

207. OLG Hamburg 11-3-83, AGBE IV, § 9, nr. 76 = MDR 1983, 579.

208. Zie nr. 418. In dit geval ging het om een beëindiging wegens het niet-naleven van de zeer gedetailleerde richtlijnen voor het McDonald's-systeem.

Zulke vage gronden zijn echter niet altijd aanvaardbaar. Een voorbehoud bij 'bedrijfsstoringen' bijvoorbeeld is te ruim geformuleerd: lang niet elke bedrijfsstoring is ernstig genoeg om beëindiging te rechtvaardigen.²⁰⁹

Een grond kan ook van onvoldoende gewicht zijn als beëindiging een te vergaande sanctie is op de gedraging van de wederpartij.²¹⁰

209. Zie nr. 415.

210. Zie nr. 416.

De voorzienbaarheid van bepaalde omstandigheden kan met zich meebrengen dat deze geen grond kunnen zijn voor beëindiging, ook al geven de voorwaarden een beëindigingsrecht.²¹¹

In het navolgende pas ik deze Duitse inzichten toe op enkele Nederlandse bedingen.

426. Een voorbeeld van een beding waarin de **omstandigheden in de sfeer van de gebruiker** grond zijn voor beëindiging is het volgende:

"Alle omstandigheden, waarvoor de leverende firma niet verantwoordelijk kan worden gesteld, in het bijzonder staking, uitsluiting, bedrijfsstoringen van onverschillig welke aard, gebrek aan materiaal, stijging van de grondstofprijzen, alsmede daarmee gelijk te stellen omstandigheden, ontheffen hem van de verplichting de levertijd in acht te nemen en geven de opdrachtnemer het recht, de overeenkomst geheel of gedeeltelijk te annuleren. (...)"²¹²

Het beding heeft veel weg van de hierboven gegeven voorbeelden van Duitse 'storingsbedingen',²¹³ die in de Duitse rechtspraak werden vernietigd vanwege hun onbepaaldheid en het feit dat ze aan een storing een te ingrijpend gevolg verbinden. In Nederland moeten dergelijke bedingen m.i. net zo beoordeeld worden.

427. In hypotheekvoorwaarden is vrijwel altijd een bevoegdheid tot beëindiging opgenomen waarin de **omstandigheden in de sfeer van de wederpartij** worden aangewezen als gronden voor de beëindiging van de kredietverlening (dus als gronden voor de onmiddellijke opeisbaarheid van de verleende geldlening). De opsomming van die gronden wordt voorafgegaan door een inleidende zin die als volgt kan luiden:

"Het fonds kan dadelijk en te allen tijde algehele aflossing der lening, met de interest tot en met de betaaldag vorderen zonder voorafgaande waarschuwing: (...)"

Zo'n inleidende zin kan echter ook als volgt zijn geformuleerd:

"Indien naar het oordeel van de bank het belang van de bank zulks vereist, is het verschuldigde terstond opeisbaar, ongeacht de overigens gestelde termijnen en zonder dat enige nadere ingebrekestelling door bevel of soortgelijke akte nodig zal zijn: (...)"

211. Zie nr. 419.

212. Algemene voorwaarden van een aannemer, die zichzelf kennelijk ook wel aanduidt als 'leverende firma' of 'opdrachtnemer'.

213. Zie nr. 415.

Het lijkt alsof de tweede formulering veel wederpartij-onvriendelijker is dan de eerste. Een 'subjectief criterium' is immers altijd verdacht.²¹⁴ Dat is echter maar schijn als de mogelijkheden om de geldlening vervroegd op te eisen zijn omschreven in 'objectief' geformuleerde gronden voor beëindiging. De formulering betekent dan uitsluitend dat de beslissing om de bevoegdheid tot beëindigen al dan niet te gebruiken door de bank naar eigen inzicht wordt genomen. Dit spreekt vanzelf: een contractueel recht behoeft men niet te gebruiken. Het wordt anders als niet het gebruik van een bevoegdheid maar de bevoegdheid zelf afhankelijk is gesteld van een 'subjectief criterium'. Zo kunnen de algemene voorwaarden inhouden dat beëindiging van de kredietverschaffing mogelijk is

"... indien het onderpand (...) een naar het oordeel van de bank ernstig gebrek vertoont."

Men zou hier tegenin kunnen brengen dat een bevoegdheid als deze naar redelijkheid en billijkheid moet worden uitgeoefend.²¹⁵ Dat verzacht het onredelijk bezwarende karakter. De onredelijke bezwarendheid is hier echter m.i. vooral gelegen in de onduidelijkheid²¹⁶ van het beding. De meeste consumenten, maar ook veel niet-consumenten kennen immers de rechtspraak rond zulke bedingen niet en zullen zich gemakkelijk laten 'intimideren' door de stellige bewoordingen. Die bewoordingen vestigen de indruk dat de bank bepaalt of een gebrek 'ernstig' is of niet en dat tegenbewijs onmogelijk is. Wegens dit 'subjectieve criterium' meen ik dat niet sprake is van een grond die beëindiging rechtvaardigt. Dit deel van het beding is vernietigbaar op grond van art. 6:237 onder d.

428. Na de inleidende zin zal de hypotheekgever een aantal gronden voor de beëindiging van de kredietverlening noemen. In het onderstaande geef ik een overzicht van in verschillende hypotheekvoorwaarden aangetroffen beëindigingsgronden. De nummering heb ik zelf aangebracht. Het hierover opgemerkte zal zich zonder veel problemen laten toepassen op bedingen betreffende beëindiging in andere (duur-)overeenkomsten.²¹⁷

214. Zie art. 6:236 onder d, eerste geval. Het geval waarin de gebruiker niet bepaalt of hij zijn verplichtingen al dan niet nakomt, maar waarin hij bepaalt wat de omvang van zijn verplichtingen is, valt niet onder art. 6:236 onder d, maar onder de open norm, waarbij deze bepaling natuurlijk wel reflexwerking zal hebben; zie nr. 350.

215. Zo reeds HR 9-2-23, NJ 1923, p.676 (Artiste de Laboureur) over de bevoegdheid van de Raad van Commissarissen van een verzekeringsmaatschappij om een geschil tussen de verzekeraar en een verzekerde te beslechten. Vgl. ook HR 21-6-57, NJ 59, 91 (Thurkow) en Asser-Hartkamp II, nr. 324. Vgl. voor het Duitse recht BGH, 10-11-77, AGBE I, 9, nr. 82, besproken in nr. 422.

216. Vgl. paragraaf 5.9, m.n. ook nr. 200 over het 'Transparanzgebot'; een beding dat niet beantwoordt aan het 'Transparanzgebot' is volgens de Duitse rechtspraak onredelijk bezwarend (39); het gaat hier dus om een inhoudelijke toetsing.

217. Voor hypothecaire kredieten geldt de (waarschijnlijk in de loop van 1991 in te voeren) Wet op het consumentenkrediet niet (art. 4 lid 1 onder f). Voor andere kredieten is volgens art. 33 onder c het vervroegd opeisbaar verklaren van het door de kredietnemer verschuldigde nietig, behoudens indien dit gebeurt op één van de zes in de wet genoemde gronden.

De hypotheeknemer/kredietverschaffer kan de hypothecaire lening volgens diverse hypotheekvoorwaarden onmiddellijk opeisen bijvoorbeeld:

1. *"bij ontbinding of afstand van enige gemeenschap waarin de geldnemer mocht zijn gehuwd of mocht huwen"*
2. *"indien de schuldenaar zijn woonplaats heeft verlaten zonder een aan de schuldeiseres bekendgemaakte voldoende volmacht tot het waarnemen van zijn zaken te hebben gegeven..."*
3. *"indien het onderpand wordt begrepen in een ruilverkaveling, op een monumentenlijst wordt geplaatst, aangewezen wordt tot onteigening..."*
4. *"ingeval het onderpand bestaat uit een beperkt zakelijk recht (...) indien (...) in de daaromtrent overeengekomen voorwaarden enige wijziging wordt gebracht"*
5. *"indien wordt besloten (...) tot een verbod van bouw of verbouw, tot onteigening, tot ruilverkaveling, tot plaatsing op een monumentenlijst of tot aanwijzing wegens stadsvernieuwing of verbetering"*
6. *"bij waardevermindering van het verbonden goed of een gedeelte daarvan door welke oorzaak ook"*
7. *"bij niet-tijdige, niet prompte of niet behoorlijke nakoming (...) van enigerlei verplichting welke hij (geldnemer casu quo hypotheekgever) terzake van de overeenkomst van geldlening met hypotheekstelling op zich heeft genomen"*
8. *"bij gebreke van stipte betaling van de verschuldigde rente en/of aflossing op de gestelde vervaldagen"*

429. De beëindigingsgronden 1 tot en met 6 zijn m.i. alle te ruim geformuleerd.

De gevallen 1 en 2 kunnen van invloed zijn op de kredietwaardigheid, maar dit behoeft in het geheel niet het geval te zijn. Geval 2 is waarschijnlijk geschreven met in het achterhoofd een wereldreis, maar het beding geeft reeds een recht tot onmiddellijk opeisen van het krediet als de geldnemer de gemeentegrenzen oversteekt!²¹⁸

Bij de gevallen 3 tot en met 5 kan het gebeuren dat de genoemde omstandigheden invloed hebben op de waarde van het onderpand. Maar dan (en ook bij geval 6) betekent dat nog niet dat een onmiddellijke opeisbaarheid gerechtvaardigd is. In elk van deze gevallen (1 t/m 6) kunnen er veel minder vergaande middelen gebruikt worden, zoals een verplichting om aanvullende zekerheid te stellen of extra aflossingen te doen als het onderpand niet voldoende dekking meer biedt.

430. Eén van de verplichtingen van de hypotheeknemer is volgens de hypotheekvoorwaarden waaruit beding 7 afkomstig is:

"... zo dikwijls de bank hem een op de geldlening betrekking hebbende saldoverklaring doet toekomen bij akkoordbevinding die verklaring

218. Vgl. art. 33 onder c Wet op het consumentenkrediet: *vervroegde opeisbaarheid leidt niet tot nietigheid als "2Ede kredietnemer Nederland metterwoon heeft verlaten, dan wel redelijkerwijs kan worden aangenomen dat de kredietnemer binnen enkele maanden Nederland metterwoon zal verlaten."*

ondertekend terug te zenden binnen tien dagen aan het door de bank op te geven adres."

Komt de schuldenaar deze verplichting niet na dan kan de hypotheeknemer/geldgever het krediet onmiddellijk opeisen. Dat toont wel aan dat ook dit beding veel te ruim is geformuleerd. Beëindiging is in zo'n geval niet gerechtvaardigd.

Ook bij beëindigingsgrond 8 is het denkbaar dat dit beding onredelijk bezwarend is, namelijk indien de betalingsachterstand dermate gering is (mede gezien de omstandigheden van het geval, bijv. het feit dat altijd stipt betaald is) dat deze de beëindiging van de overeenkomst niet rechtvaardigt.²¹⁹

De geciteerde gronden voor beëindiging zouden gemakkelijk 'gered' kunnen worden als in het desbetreffende beding betreffende beëindiging tot uitdrukking zou worden gebracht dat de genoemde omstandigheden alleen een grond zijn voor beëindiging van de overeenkomst als er goede grond is te vrezen dat de kredietnemer zijn verplichtingen niet meer zal nakomen en een minder vergaand middel om nakoming zeker te stellen niet aanwezig is.

219. Vgl. bij de beëindigingsgronden 8 en 9 art. 33 onder c Wet op het consumentenkrediet: vervroegde opeisbaarheid leidt niet tot nietigheid als "*I* *E* *d*e kredietnemer, die gedurende tenminste twee maanden achterstallig is in de betaling van een vervallen termijnbedrag, na in gebreke te zijn gesteld nalatig blijft in de nakoming van zijn verplichtingen"

431. De aard van de overeenkomst is van groot belang bij het toetsen van bedingen aan art. 6:237 onder d. De hypothecaire geldlening is bijvoorbeeld van geheel andere aard dan de rekening-courant-overeenkomst. Bij de eerste wordt er een nauwkeurig bepaald krediet voor een nauwkeurig bepaalde tijd verschaft, waarbij er een doorgaans zeer solide zakelijke zekerheid is in de vorm van een hypotheekrecht. Als in het kader van een rekening-courant-relatie krediet wordt verschaft is de omvang van het krediet niet constant, terwijl de zekerheden (bij bedrijven bijvoorbeeld cessie van vorderingen op debiteuren of overdracht tot zekerheid c.q. een stil pandrecht op voorraden; bij particulieren zal zekerheid doorgaans geheel ontbreken) minder solide zijn en in omvang fluctueren. In zo'n situatie is een veel ruimere bevoegdheid te rechtvaardigen om de overeenkomst te beëindigen. Ik meen zelfs dat de rekening-courant-verhouding zozeer gebaseerd is op vertrouwen dat een bevoegdheid tot onmiddellijke beëindiging niet onredelijke bezwarend is, zij het dat bij de uitoefening van die bevoegdheid de redelijkheid en billijkheid een zeer grote rol speelt. Niet voor niets is juist rond de beëindiging van rekening-courant-relaties en kortlopende kredieten veel jurisprudentie ontstaan over 'uitoefeningstoetsing'.²²⁰

De algemene bankvoorwaarden bevatten in art. 30 een tamelijk ruim beding betreffende beëindiging:

"De relatie tussen de cliënt en de bank kan zowel door de cliënt als door de bank worden opgezegd. Indien de bank de relatie opzegt, zal zij de cliënt desgevraagd de reden van die opzegging meedelen. Na opzegging van de relatie zullen tussen de cliënt en de bank bestaande individuele overeenkomsten zo spoedig mogelijk worden afgewikkeld met inachtneming van de daarvoor geldende termijnen."

Bij eerste toetsing aan art. 6:236 onder d moet dit beding te licht worden bevonden. Er wordt immers geen grond voor beëindiging genoemd. Toch is m.i. te verdedigen dat dit bij rekening-courant-verhoudingen ook niet nodig is omdat de rekening-courant-verhouding in het bijzonder op vertrouwen is gebaseerd. De bank zou dan het vermoeden van onredelijke bezwarendheid (art. 6:237 aanhef en onder d) kunnen ontkrachten. Anderzijds moet het toch niet zo moeilijk zijn een (globaal geformuleerde) beëindigingsgrond in het beding op te nemen.²²¹ Naar ik meen is het genoemde bijzondere karakter van de rekening-courant-overeenkomst geen reden om helemaal geen grond voor beëindiging in de overeenkomst op te nemen, wel een reden om slechts een zeer globale grond te noemen.

220. Zie paragraaf 6.10.

221. Vgl. nr. 410.

432. In de parlementaire geschiedenis was sprake van bedingen die een grond voor beëindiging aanwijzen die **noch in de sfeer van de gebruiker noch in de sfeer van de wederpartij** ligt. Als voorbeeld werd gegeven: het beding in een reisovereenkomst dat de reisorganisator van zijn verplichting bevrijdt indien een bepaald aantal deelnemers niet wordt gehaald.²²²

De ANVR-reisvoorwaarden, art. 9, leden 1 en 2 bepalen het volgende:

"1. Alleen gewichtige omstandigheden geven de reisorganisator het recht de reis te annuleren of daarin wijzigingen aan te brengen.

2. Onder gewichtige omstandigheden worden verstaan omstandigheden die van invloed kunnen zijn op de kwaliteit of uitvoering van de reis. Onvoldoende deelname is daaronder slechts begrepen indien zulks in het reisprogramma is vermeld. Voor overboeking is een aparte regeling opgenomen in artikel 11."

In het beding wordt wel een grond voor beëindiging genoemd, maar is deze ook van voldoende gewicht? Dat hangt er vanaf. Een staking van het personeel van het hotel waarin men zou worden ondergebracht "**kan** van invloed zijn op de kwaliteit of uitvoering van de reis", maar is nog geen goede reden om de reis te annuleren: de reisorganisator zal alternatieven moeten zoeken. Als het hotelpersoneel in het land van bestemming een algemene staking voor onbepaalde tijd uitroept, is annulering wel gerechtvaardigd.

Het mogelijke misbruik zit in het woordje "kan". Er zou iets moeten staan als: "... omstandigheden waarvan redelijkerwijs te verwachten is dat deze van zo grote invloed zullen zijn op de kwaliteit of de uitvoering van de reis dat het uitvoeren of ongewijzigd uitvoeren van de reis niet van de reisorganisator gevegd kan worden ...". In de huidige vorm acht ik het beding vernietigbaar.

De regeling betreffende onvoldoende deelname is m.i. bevredigend. Als een speciaal voorbehoud wordt opgenomen in het reisprogramma is dit een algemene voorwaarde in het aanbod van de reisorganisator, maar de genoemde grond voor beëindiging lijkt me dan van voldoende gewicht, mede gezien "de mate waarin de wederpartij zich van de strekking van het beding is bewust geweest".²²³

De overboekingsregeling in art. 11 van de ANVR-voorwaarden valt m.i. onder art. 6:237 onder c en blijft hier daarom buiten beschouwing.²²⁴

8.8 Reflexwerking

222. MvT Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1731.

223. Zie nr. 315.

224. Zie hierover: B.J. Broekema-Engelen, Annulering door de reisorganisator, BW -krant Jaarboek 1989), *Amhem* (1989), p.151-171, Rijken/Mölenberg/Verstappen, p.104-105. Laatstgenoemde auteurs brengen de overboekingsregeling m.i. ten onrechte primair onder art. 6:236 onder a. Zie mijn bespreking: *Algemene voorwaarden in het toeristisch recreatieve verkeer: de toetsing getoetst*, TvC, 1990, p. 358-371.

433. In mijn inleiding op dit hoofdstuk noemde ik de reflexwerking één van de heetste hangijzers van afd. 6.5.3. Aan de reflexwerking is veel aandacht besteed tijdens het totstandkomen van afd. 6.5.3. Ook heeft de literatuur zich met de reflexwerking bezig gehouden, vaak in kritische zin. Daarbij ging het om de vraag of de lijsten wel of niet reflexwerking zouden moeten hebben. Over de vraag hoe de omvang van de reflexwerking zou moeten worden bepaald is weinig geschreven. In het onderstaande geef ik eerst een overzicht van de wetsgeschiedenis en de literatuur. Daarna bespreek ik de Duitse situatie, om tenslotte enige vuistregels voor reflexwerking te geven.

434. Boukema omschrijft reflexwerking als het verschijnsel

*"... dat een wetsnorm, die volgens de formulering van het abstracte rechtsfeit niet op een bepaalde casuspositie van toepassing is, toch invloed heeft op de toepasselijkheid of de werking van andere rechtsnormen, die wel op de casuspositie van toepassing schijnen".*²²⁵

De term reflexwerking heeft echter geen vastomlijnde betekenis. Bij art. 31 Wegenverkeerswet spreekt men bijvoorbeeld ook over 'reflexwerking', maar dan is de betekenis anders.²²⁶

In het navolgende ga ik uit van de betekenis die wordt gehecht aan het begrip 'reflexwerking' in de parlementaire geschiedenis.²²⁷ De niet van toepassing zijnde normen zijn de zwarte en grijze lijst; de wel toepasselijke norm waarin deze niet toepasselijke normen reflecteren is de open norm.²²⁸

Reeds in de memorie van toelichting wordt opgemerkt dat de beperking van de zwarte en grijze lijst tot consumententransacties niet de suggestie mag wekken

"... dat wij van mening zouden zijn dat aan een bescherming als door dit wetsontwerp geboden in het bedrijfsleven geen behoefte zou bestaan (...)".²²⁹

Even verderop:

*"Wij wijzen er in dit verband op dat de artikelen 3 en 4 juist door de werking van de open norm van artikel 2 lid 2 onder a waar nodig ook bij de toetsing van overeenkomsten tussen ondernemers onderling een zekere normerende werking zullen kunnen uitoefenen."*²³⁰

225. Vgl. C.A. Boukema, *Civielrechtelijke samenloop / in het bijzonder tussen artikel 1401 B.W. en andere wetsbepalingen*, diss. Leiden, Zwolle (1966), p. 52 e.v.; nader over de herkomst van de term: Wessels/Jongeneel nr. 170.

226. Zie de conclusie van AG Bloembergen bij HR 6-2-1987, NJ 1988, 57 m.nt. CJHB, VR 1987, 35 m.nt. vWvC (Saskia Mulder). Bloembergen omschrijft het begrip 'reflexwerking' niet, maar bedoelt kennelijk dat een regeling (i.c. de t.o.v. art. 1401 BW (oud) verzwaarde aansprakelijkheid van art. 31 WvW) wordt toegepast op een geval dat niet onder de regeling valt (i.c. de 'spiegelbeeldige situatie' dat niet een voetganger of fietser maar de bestuurder van een motorrijtuig schade lijdt). Ook Boukema vermeldt dat de term in uiteenlopende betekenissen wordt gebruikt. De reflexwerking in de door hem bedoelde zin (zie het citaat) betreft niet zozeer de uitleg van wetsnormen als wel het geldingsgebied van wetsnormen (a.w., p. 53).

227. Deze betekenis komt m.i. overeen met de door Boukema gegeven betekenis. Zie echter naast de hieronder te geven citaten ook de afwijkende betekenis zoals reeds besproken in nr. 350.

228. Anders is dit in het MO I Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1570: het gaat daar over reflexwerking van de gehele afdeling bij de toetsing van beschikkingen van de overheid.

229. MvT Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1651.

230. MvT Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1651. Over de lijsten wordt verder opgemerkt dat zij "een

Dit verschijnsel wordt verderop in de parlementaire geschiedenis als reflexwerking aangeduid.
De memorie van antwoord zegt dat de lijsten reflexwerking kunnen uitoefenen,

voorbeeldfunctie vervullen..." voor de toepassing van de open norm bij transacties met niet-consumenten: MvT Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1581. De art. 3 en 4 zijn thans art. 6:236 en 237 en art.2lid2 onder a is thans art. 6:233 onder a.

*"... waarbij acht kan worden geslagen op de aard van de overeenkomst, de onderlinge verhouding van partijen en de andere omstandigheden van het geval."*²³¹

Oorspronkelijk was de werkingssfeer van de lijsten ruimer dan thans. Naar aanleiding van de beperking van die werkingssfeer werd in de Nota II opgemerkt

*"... dat indien een kleine vereniging of stichting die zich materieel niet van een consument (natuurlijk persoon) onderscheidt, met een beding als bedoeld in de artt. 3 en 4 wordt geconfronteerd, een reflexwerking van deze bepaling via de open norm van art. 2a onder a voor de hand ligt."*²³²

De minister zegt ter toelichting tijdens de uitgebreide commissievergadering dat reflexwerking inhoudt

*"... dat de rechter geroepen tot toetsing van bepaalde condities in het zakelijk verkeer, bij de beoordeling daarvan ook zal kijken naar de lijsten van art. 3 en art. 4. Hij zal dat echter doen telkens met oog voor de omstandigheden van het geval. Het reflecteren doet zich dus niet voor als een soort onafwendbaar natuurkundig verschijnsel, maar het zal zich alleen voordoen wanneer de rechter meent dat het moet"*²³³

435. De Eerste-Kamer-commissie vraagt in haar voorlopig verslag naar de aard van de reflexwerking van de art. 6:236 en 237 op transacties met 'grote' ondernemingen.²³⁴ De minister antwoordt:

*"Wij willen ermee volstaan op te merken dat - gelijk uit het reeds meermalen geciteerde arrest van de Hoge Raad van 25 april 1986, RvdW 1986, 87, blijkt - het niet uitgesloten is om een beroep op een beding als bedoeld in de artt. 3 en 4 af te snijden wegens strijd met redelijkheid en billijkheid, noch om de bewijslast ter zake van de vraag of het beding onredelijk bezwarend is op de gebruiker te leggen. Deze mogelijkheden blijven uiteraard onder de vigeur van het nieuwe wetboek bestaan."*²³⁵

De commissie verzoekt de minister in het mondeling overleg nogmaals om een toelichting. Hierbij merkt de minister nog op

231. MvA II Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1657. Anders geformuleerd (Nota II Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1662): de lijsten zijn voor contracten met niet-consumenten van belang, doch dan via de 'sluis' van art. 6:233 onder a, de open norm.

232. Nota II Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1662. De art. 3 en 4 zijn thans art. 6:236 en 237 en art. 2 lid 2 onder a is thans art. 6:233 onder a.

233. VC II Inv. d.d 28-1-85, Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1677. De minister zou er bezwaar tegen hebben als de zwarte lijst zou gaan gelden als een grijze lijst voor kleine ondernemers, zoals werd voorgesteld in een amendement van het Tweede-Kamer-lid Salomons, Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1671. Zijn bezwaar was dat de rechter dan zou zijn gebonden aan de onkering van de bewijslast.

234. VVI Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1642.

235. MvA I Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1644. Het geciteerde arrest is het arrest Van der Meer/Smilde, zie daarover nr. 3.

*"... dat het niet uitgesloten is dat de artikelen 6.5.2A.3 en 4 ook een zekere reflexwerking uitoefenen via de artikelen 6.1.1.2, lid 2, en 6.5.3.1, lid 2, (artikel 2c, lid 1, verzet zich daartegen niet), doch dat het uiteraard niet zeker is in hoeverre de rechtspraak hiertoe zal overgaan; bij dit laatste is mede van belang dat de wetgever door opnemng van artikel 2c, lid 1, te kennen heeft gegeven dat de 'grote wederpartijen' niet de speciale bescherming behoeven die dit wetsontwerp biedt."*²³⁶

436. Het verschijnsel 'reflexwerking' heeft in de literatuur de nodige aandacht getrokken. Een kritische geluid kwam van bedrijfsjurist Vollebrecht.²³⁷ Deze gaf een aantal voorbeelden van "ondoordachte reflexwerking". Bij een langlopend afnamecontract in het handelsverkeer telkens met een verlenging van twee jaar zou de wederpartij na bijvoorbeeld dertien maanden een beroep kunnen doen op de reflexwerking²³⁸ van art. 6:236 onder j.²³⁹

Ook het Nederlandse Genootschap van Bedrijfsjuristen richtte zich in een adres tot de regering. Spier geeft daarvan de hoofdlijnen weer in een artikel in KwNBW.

"Het Genootschap is zeer beducht voor deze 'reflex-werking' omdat ten aanzien van de bedingen op de zwarte en grijze lijst aan de rechter in meerdere of mindere mate een vermoeden van onredelijk bezwarend te zijn wordt gesuggereerd."

en verderop

*"Waar het betreft ondernemingen bestaat er geen grond deze tegen zichzelf te beschermen. Zij moeten hetzij zelfstandig, hetzij met behulp van hun branche-organisaties in staat worden geacht om de gevolgen van algemene voorwaarden te overzien, gelijk zij, gelet op de wettelijke bepalingen ter zake, het in eigen hand hebben of deze al dan niet van toepassing worden."*²⁴⁰

De Vries stelt in 1985 dat het niet beperken tot consumentenovereenkomsten van afd. 6.5.3 aanzienlijke problemen met zich meebrengt. Naar aanleiding van de passage in de memorie van toelichting over reflexwerking ("een zekere normerende werking") merkt hij op:

"Juist die typering en zullen de rechter er te snel toe kunnen verleiden, dat de daar genoemde omstandigheden buiten consumenten"

236. MO I Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1645-1646. De art. 6.5.2A.3 en 4 zijn thans art. 6:236 en 237, art. 6.1.1.2 en 6.5.3.1 zijn thans art. 6:2 en 248 en art. 2c is thans art. 6:235. In nr. 120 heb ik verdedigd dat er situaties zijn waarin ook grote wederpartijen bescherming behoeven.

237. J.E. Vollebrecht, Wetsontwerp algemene voorwaarden, NJB 1984, p. 809-815.

238. De kamercommissie had op het moment dat Vollebrecht zijn artikel schreef zelfs unaniem besloten dat het onderscheid consument/niet-consument zou moeten vervallen (waardoor de lijsten niet slechts reflexwerking zouden hebben, maar rechtstreeks zouden gelden), maar de regering had daar afwijzend op gereageerd: VV II Inv. resp. MvA II Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1653 resp. 1654.

239. Dit onderdeel bevat een verbod van stilzwijgende verlenging van meer dan een jaar. Vollebrecht (a.w., p.812) gaat er hier kennelijk vanuit dat deze bepaling reflexwerking heeft, hoewel dat juist de vraag is, zie ook nr. 454.

240. J. Spier, Het wetsontwerp algemene voorwaarden: voor de praktijk funest, KwNBW 1984, p. 130 resp. 131. Spier stelt in een ander artikel: "Of en zo ja in hoeverre deze 'reflexwerking' in de praktijk tot zijn recht zal komen valt nog niet te voorzien. Te hopen valt dat daarvan niet of nauwelijks sprake zal zijn." (J. Spier, Het wetsontwerp algemene voorwaarden, Prg. 1985, p.520).

*tentransacties eveneens een vermoeden van het onredelijk bezwarend zijn geven, zonder dat de ratio van de wet, een ongelijke onderhandelingspositie, voor die situatie geldt. De West-Duitse rechtspraak over de in art. 24 lid 2 AGB-Gesetz neergelegde reflexwerking van de in de artt. 10 en 11 opgenomen lijsten geeft alleen maar meer voedsel aan deze vrees.*²⁴¹

241. F.J. de Vries, Reflecties over het wetsontwerp algemene voorwaarden, BW-krant jaarboek Leiden 1985, p.99.

437. Anderzijds zijn er ook auteurs die de reflexwerking als een gegeven aanvaarden. In deze zin bijvoorbeeld Rijken,²⁴² Wessels/Jongeneel²⁴³ en Verhoeven. De laatste merkt over de mate van reflexwerking op:

*"De mate waarin van reflexwerking sprake zal zijn is, gelet op het bovenstaande, gerelateerd aan de mate van gelijkenis tussen enerzijds de kleine en grote wederpartij en anderzijds de consument."*²⁴⁴

438. De argumenten tegen reflexwerking lijken me niet overtuigend. Wat Vollebrecht doet is het eenvoudig toepassen van een onderdeel van de lijsten op overeenkomsten met niet-consumenten. Uiteraard zijn er dan wel voorbeelden te geven waarin het resultaat onbevredigend is. 'Reflexwerking' is ook nooit bedoeld als het zonder meer toepassen van de lijsten in het handelsverkeer, maar juist als een 'zekere normerende werking', via de 'sluis' van de open norm (c.q. de redelijkheid en billijkheid).

De argumenten van Spier acht ik evenmin steekhoudend. Er bestaat wel degelijk grond ondernemingen te beschermen, niet zozeer tegen zichzelf, maar tegen elkaar.²⁴⁵ Zo zijn er omstandigheden waarin ondernemers niet in staat zijn om de gevolgen van algemene voorwaarden te overzien. Zoals ik reeds in hoofdstuk 4 betoogd heb is de mate waarin een wederpartij beschermenswaardig is niet uitsluitend van de grootte afhankelijk.²⁴⁶ Er kunnen omstandigheden zijn waarin ook een grote wederpartij zich niet of nauwelijks kan verzetten tegen onredelijke voorwaarden. Daarbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan gevallen waarin het belang van de transactie gering is of het geval dat de gebruiker een sterke marktpositie heeft. Een groot concern dat onderdelen koopt bij een bedrijf dat zijn produktie grotendeels of geheel verkoopt aan dit concern, zal moeiteloos zijn inkoopvoorwaarden kunnen opleggen.

Daarom ben ik het ook oneens met De Vries. Deze gaat er van uit dat bedrijven onderling een gelijkwaardige onderhandelingspositie hebben. Dit is naar ik meen niet altijd het geval (denk aan het geval dat één van hen een sterke marktpositie inneemt). Hebben bedrijven wel een gelijkwaardige onderhandelingspositie, dan nog zijn er situaties waarin deze wat algemene voorwaarden betreft niet tot uiting kan komen, bijvoorbeeld als het belang van de transactie te gering is om onderhandelingen te rechtvaardigen.

439. De minister heeft opgemerkt dat reflexwerking zich niet voordoet

242. G.J. Rijken, De stand van zaken met betrekking tot het wetsontwerp algemene voorwaarden, KwNBW 1984, p. 126.

243. Zie nr. 439.

244. Verhoeven, p. 110.

245. Ook de Raad voor het Midden- en Kleinbedrijf heeft er in zijn adviezen van 1974 en 1975, (aangehaald in de MvT Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1435) op gewezen dat ook jegens niet-consumenten onredelijke algemene voorwaarden kunnen worden gebruikt. Genoemd worden o.a.: mestcontacten voor slachtkuikens, overeenkomsten ter exploitatie van benzinepompen, inkoopvoorwaarden opgelegd aan een toeleverancier en franchisingcontracten.

246. Zie nr. 120.

*"... als een soort onafwendbaar natuurkundig verschijnsel, maar het zal zich alleen voordoen wanneer de rechter meent dat het moet"*²⁴⁷

247. VCII Inv. d.d. 28-1-85, Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1677.

De vraag is dus: wanneer doet reflexwerking zich voor. In Wessels/Jongeneel gaven wij een reflexwerkingstabel, op grond van de parlementaire geschiedenis. Wij combineerden deze met een glijdende schaal die uitsluitend afhankelijk was van de grootte van de wederpartij.²⁴⁸

Inderdaad bevat de parlementaire geschiedenis soms een aanwijzing omtrent de mogelijke reflexwerking. Over het geheel uitsluiten van het recht op nakoming, waarbij het recht op schadevergoeding onverlet wordt gelaten (art. 6:236 onder a), wordt opgemerkt dat dit beding bij bedrijfsmatige transacties niet ongebruikelijk is, maar dat het jegens consumenten ongeoorloofd is.²⁴⁹ In zo'n geval kan op grond van de parlementaire geschiedenis veilig gesteld worden dat reflexwerking in beginsel zal ontbreken. In andere gevallen wordt bijvoorbeeld opgemerkt dat een bepaald beding het contractueel evenwicht aantast: een duidelijke indicatie voor een sterke reflexwerking.²⁵⁰

Intussen kunnen dergelijke uitlatingen in de parlementaire stukken slechts het begin vormen van het oordeel over de reflexwerking in een bepaald geval. Reflexwerking is immers een verschijnsel dat zich voordoet bij de beoordeling van de onredelijke bezwarendheid van een beding aan de hand van de open norm inclusief de daarin genoemde omstandigheden. Bovendien biedt de parlementaire geschiedenis in de meeste gevallen geen aanknopingspunt.

440. Hoewel Wessels en ik onze reflexwerkingstabel nadrukkelijk presenteerden als een serie vuistregels bleef kritiek ons niet bespaard.²⁵¹ Bij nadere beschouwing meen ik dat de 'schaal Wessels/Jongeneel' aanvulling behoeft. De uitlatingen in de Parlementaire Geschiedenis en de grootte van de wederpartij zijn indicaties voor de omvang van de reflexwerking. Er zijn echter meer factoren waarvan de reflexwerking afhankelijk is; de reflexwerking vindt immers plaats via de open norm (of de redelijkheid en billijkheid), en is afhankelijk van alle in art. 6:233 onder a genoemde omstandigheden. In nr. 450 e.v. geef ik een aantal meer uitgewerkte vuistregels. Deze berusten deels op het Duitse recht, al is de reflexwerking ook daar een heet hangijzer.

248. Wessels/Jongeneel, nr. 77 en 170.

249. MvT bij art. 6:236 onder a, Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1686.

250. Zie MvT Inv. ad art. 6:236 onder b en c, Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1689-1690 resp. 1693.

251. Rijken vergelijkt onze reflexwerkingsvoorspellingen met het weerbericht: te vaak komt de voorspelling niet uit (KwNBW 1988, p.59). Dommering-van Rongen stelt in haar bespreking dat dit soort nuances in de praktijk niet werkbaar zijn (RM-Themis 1989, p.39).

'Indizwirkung': omstreden in Duitsland

441. Op het handelsverkeer²⁵² zijn volgens ' 24 de lijsten van ' 10 en 11 niet van toepassing. De enige maatstaf voor inhoudelijke toetsing is ' 9. In ' 24 wordt de basis gelegd voor reflexwerking; de wet zegt namelijk expliciet dat ook bedingen die volgens de lijsten nietig zijn onder '9 vallen, maar dat bij de toetsing rekening moet worden gehouden met de gewoonten en gebruiken in het handelsverkeer.²⁵³ In de literatuur en rechtspraak bestaat geen eensgezindheid over de 'Indizwirkung' (reflexwerking) van ' 10 en 11.

252. Hieronder is voor Duitsland te verstaan het rechtsverkeer met de in § 24 bedoelde personen waaronder de 'Kaufmann'; zie nr. 112 en noot 253.

253. ' 24. *Persönlicher Anwendungsbereich.*
Die Vorschriften der '' 2, 10, 11 und 12 finden keine Anwendung auf Allgemeine Geschäftsbedingungen,
1. die gegenüber einem Kaufmann verwendet werden, wenn der Vertrag zum Betriebe seines
Handelsgewerbes gehört;
2. die gegenüber einer juristischen Person des öffentlichen Rechts oder einem öffentlich-rechtlichen
Sondervermögen verwendet werden.
' 9 ist in den Fällen des Satzes 1 auch insoweit anzuwenden, als dies zur Unwirksamkeit von in den '' 10
und 11 genannten Vertragsbestimmungen führt; auf die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und
Gebräuche ist angemessen Rücksicht zu nehmen.

Bedenk hierbij dat § 3 (verrassende bedingen) ook voor het handelsverkeer geldt.

Men lette erop dat wat in Duitsland onder 'Indizwirkung' wordt verstaan verder gaat dan wat in de Nederlandse parlementaire geschiedenis onder reflexwerking wordt verstaan. In de Nederlandse betekenis is er sprake van "een zekere normerende werking", die zwak of sterk kan zijn, terwijl de Duitse betekenis blijkens literatuur en rechtspraak meer in de richting gaat van een tamelijk directe toepasselijkheid van ' 10 en 11 in het handelsverkeer.²⁵⁴ In het onderstaande geef ik een overzicht van de Duitse literatuur en rechtspraak.

442. De meeste auteurs aanvaardden dat de lijsten van ' 10 en 11 reflexwerking kunnen hebben. Brandner meent dat de beide lijsten een 'Indizfunktion' hebben,²⁵⁵ zij het dat die per onderdeel uiteen kan lopen. De onderdelen van ' 10 acht hij in de regel op het handelsverkeer toepasselijk, gezien de 'Wertungsspielraum', die in die bepalingen is opgenomen, en die het mogelijk maakt met de bijzonderheden van het handelsverkeer rekening te houden.²⁵⁶ De onderdelen van ' 11 'passen' niet in alle gevallen in het handelsverkeer.²⁵⁷

Ook Heinrichs meent dat ' 10 in de regel op het handelsverkeer toepasselijk is, omdat via de 'Wertungsmöglichkeiten' rekening kan worden gehouden met de bijzondere behoeften van het handelsverkeer. Bij ' 11 ligt dit anders; met deze lijst dient rekening te worden gehouden in zoverre het gaat om concretisering van ' 9 Abs. 2 Nr. 1 en 2.²⁵⁸

Bunte ziet de problemen ook vooral bij ' 11. Een aantal bedingen is ook in het handelsverkeer onredelijk, bijvoorbeeld de bedingen die het uitvoeren van de centrale verplichtingen van de overeenkomst aantasten. Maar vooral op het gebied van de exoneratieclausules zijn de behoeften te gedifferentieerd om handelstransacties en consumententransacties op één lijn te stellen.²⁵⁹

Wolf is terughoudend; hij verdedigt dat de reflexwerking van zowel ' 10 als ' 11 telkens per onderdeel moet worden bekeken, uitgaande van het beschermingsdoel ('Schutzzweck').²⁶⁰

254. Dit is zeker het geval in de omstreden uitspraak van de VII. Zivilsenat over 'Indizwirkung' (zie nr. 27,447). Er wordt in deze uitspraak van uitgegaan dat § 10 en 11 ook van toepassing zijn in het handelsverkeer, behoudens uitzonderingen.

255. Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen § 24, Rdnr. 19, met verwijzing naar het in nr. 27, 447 te bespreken 'Indizurteil': BGH, 8-3-84, NJW 1984, 1750 = BGHZ 90, 273 = ZIP 1984, 968.

256. Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen § 10, Rdnr. 22.

257. Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen § 24, Rdnr. 23.

258. Wat dit laatste betreft verwijst Heinrichs evenals Brandner naar het in nr. 27, 447 te bespreken 'Indizurteil': BGH 8-3-84, NJW 1984, 1750 = BGHZ 90, 273 = ZIP 1984, 968.

259. Bunte, Zehn Jahre AGBG, p. 925.

260. Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, § 9, Rdnr. 121 en Vor § 10, 11, Rdnr. 14.

Er zijn echter ook auteurs die reflexwerking geheel afwijzen; in deze zin reeds vóór de inwerkingtreding van het AGBG: Pauly²⁶¹ en recent nog Rabe (1987)²⁶² en Ohlendorf-von Hertel (1988).²⁶³ Ook deze auteurs bedoelen hiermee niet dat bedingen die onder '10 en 11 vallen in het handelsverkeer altijd toelaatbaar zijn. Begrijp ik hengoed dan keren zij zich slechts tegen het automatisme dat zij aan 'Indizwirkung' toeschrijven.²⁶⁴

443. Ook de vraag hoe de mate van reflexwerking moet worden bepaald wordt verschillend benaderd.²⁶⁵

Brandner gaat er vanuit dat de onderdelen van '10 en 11 een reflexwerking hebben,²⁶⁶ die afhankelijk van hun betekenis sterker of zwakker is. Regels die een wezenlijke bescherming van de wederpartij inhouden gelden ook in het handelsverkeer. Zij kunnen alleen gerechtvaardigd worden door de bijzondere behoeften van het handelsverkeer; om deze vast te stellen moeten de in het handelsverkeer geldende gewoonten en gebruiken worden vastgesteld. Overmatige eenzijdigheden leiden echter altijd tot nietigheid van de desbetreffende bepaling.²⁶⁷

Brandner sluit aan bij een standpunt uit de toelichting op het AGBG: bepaalde risicoverschuivingen kunnen voor consumenten onredelijk zijn, terwijl ze dat niet zijn jegens 'Kaufleute', omdat die veel zaken doen en het risico voor hen wordt gecompenseerd door voordelen elders.²⁶⁸

Heinrichs stelt dat rechten of beginselen die voor een consument wezenlijk zijn, dat voor een 'Kaufmann' soms niet zijn.²⁶⁹

Wolf noemt als behoeften van het handelsverkeer: bescherming van vertrouwen, eenvoud en snelheid, maar ook flexibiliteit. Maar ook niet-consumenten hebben deze behoeften. De 'Kaufmann' heeft echter een geringere behoefte aan bescherming door zijn grotere zakelijke ervaring en behendigheid. Het komt er nu op aan of de behoeften van de gebruiker gezien de geringere beschermingsbehoefte van de

261. BB 1976, p.534, aangehaald bij Rabe, p.1982.

262. Rabe, p.1982.

263. Zie nader nr. 449.

264. Dit automatisme wordt afgeleid uit de uitspraak van de VII. Zivilsenat over 'Indizwirkung' (zie daarover nr. 27, 447). Toch wordt deze uitspraak niet altijd zo opgevat. Hensen noemt de formulering in die uitspraak te scherp, maar meent dat in het woord 'Indiz' geen gevaar schuilt. Het komt er toch op neer dat wordt nagegaan of een beding dat in strijd is met \S 10 of 11 ook in het handelsverkeer nietig is. Zo is ook \S 24 bedoeld. Met andere woorden Hensen meent dat van genoemd automatisme geen sprake is (Hensen, p. 1987). De in nr. 27, 447 geciteerde (latere) uitspraak van de X. Senat lijkt hem daarin gelijk te geven.

Bij de reflexwerking in afd. 6.5.3 is in ieder geval geen sprake van automatisme, het is immers "*een zekere normerende werking*"; vgl. ook de uitlatingen van de minister in nr. 434.

265. Zie ook het overzicht van Ohlendorf-von Hertel, p. 110-111.

266. Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen, \S 24, Rdnr. 19, met verwijzing naar de in nr. 27, 447 besproken uitspraken.

267. Voorbeelden: een bovenmatige boete bij termijnoverschrijding in de bouw (BGH, 12-3-81, NJW 1981, 1509=AGBE II, \S 9, nr. 4); verval van uitkering bij het niet nakomen van bepaalde verplichtingen bij een transportverzekering: BGH 9-5-84, NJW 1985, 559.

268. Begr. RegE. ad \S 12, geciteerd bij Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen, \S 24, Rdnr. 23, in deze zin ook Kötz in Münch. Komm.-Kötz, \S 9, Rdnr. 20.

269. Palandt-Heinrichs, \S 9 Rdnr. 5c; Heinrichs, RWS-Forum, p. 30-31. Heinrichs vindt overigens na tien jaar AGBG dat het reflexwerkingsprobleem minder moeilijk is gebleken dan verwacht werd (Heinrichs, RWS-Forum, p. 30-31.).

wederpartij zwaarder kunnen wegen. Dit moet telkens per onderdeel van de lijsten worden bepaald.²⁷⁰ In twijfelgevallen moet reflexwerking worden afgewezen en moet de toetsing uitsluitend aan de hand van '9 plaatsvinden.²⁷¹

270. Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, 9, Rdnr. 121.

271. Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, Vor 9 10, 11, Rdnr. 14.

Wolf geeft verder de vuistregel dat een bepaling die een eng omschreven verbod bevat eerder reflexwerking zal hebben dan een bepaling die een ruim omschreven verbod bevat.²⁷² De behoeften van het handelsverkeer kunnen in een enkel geval juist tot een strengere beoordeling van zekere bedingen leiden. Dat kan bijvoorbeeld het geval zijn als er voor de wederpartij grote economische belangen op het spel staan en de wederpartij daarom een bijzondere bescherming verdient tegen bedingen die een onredelijk lange of onvoldoende bepaalde levertijd inhouden.²⁷³

444. Uit onderstaande tabel blijkt hoe de verschillende inschattingen van de reflexwerking van '10 en 11 in de Duitse literatuur uiteenlopen.²⁷⁴ Ter vergelijking heb ik de onderdelen van de Nederlandse lijsten waarmee de Duitse 'Klauselverbote' te vergelijken zijn toegevoegd.

AGBG ²⁷⁵	6.5.3 ²⁷⁶	W/H/L ²⁷⁷	L/W/T ²⁷⁸	P/H ²⁷⁹	B/D/H ²⁸⁰	U/B/H ²⁸¹
10-1	237-a/ 237-e	+	-	-	-	-
10-2	---	+	+	-	-	+
10-3	237-d	-	-	-	-	+
10-4	237-c	+	+	-	+	+
10-5	---	-	-	-	-	-
10-6	---	-	+	+	+	+
10-7	237-i	-	+	+	+	+
11-1	236-i	-	-	-	-	-
11-2	236-c	-	+	-	-	-

272. Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, § 9, Rdnr. 121 en Vor § 10, 11, Rdnr. 14. Een eng omschreven verbod is neergelegd in bijvoorbeeld § 11 Nr. 3 (verbod te compenseren met niet bestreden vorderingen); een ruim verbod is te vinden in bijvoorbeeld § 11 Nr. 2 (uitsluiting of beperking van opschortingsrechten). In nr. 454 kom ik tot een tegengestelde visie.

273. Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, § 9, Rdnr. 124. Vgl. onderdeel e van art. 6:237.

274. De tabel is deels gebaseerd op Ohlendorf-von Hertel p. 114 noot 157.

275. De nummers duiden onderdelen aan van § 10 en 11 AGBG; § 10 Nr. 1 AGBG wordt weergegeven als "10-I", etc.

276. De met het AGBG vergelijkbare onderdelen op de Nederlandse zwarte of grijze lijst (art. 6:236 en 237) worden aangeduid als "236-a" etc. Heeft een Duits beding slechts gedeeltelijk een parallel in een Nederlands beding, dan staat het Nederlandse tussen haakjes.

277. Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, § 10 en 11.

278. Löwe/Graf v. Westphalen/Trinkner § 10 en 11.

279. Palandt/Heinrichs § 10 en 11.

280. Baumbach/Duden/Hopt, Handelsgesetzbuch, München 1985, § 10 en 11.

281. Brandner, Schmidt en Hensen in Ulmer/Brandner/Hensen, § 10 en 11.

11-3	(237-g)	+	+	+	+	+
11-4	---	-	+	+	-	beperkt
11-5	---	-	+	+	+	+
11-6	---	-	-	-	-	-
11-7	(237-f)	-	-	-	-	-
11-8	236-b/ 237-f	+	+	-	-	+
11-9	---	+	+	+	+	+
11-10a	(236-d)	-	-	-	-	+
11-10b	236-b, (237-b)	-	+	+	-	gedeeltelijk
11-10c	(237-f)	+	-	-	-	soms
11-10d	(236-c)	+	+	+	-	soms
AGBG	6.5.3	W/H/L	L/W/T	P/H	B/D/H	U/B/H
11-10e	(236-g)	-	-	-	-	-
11-10f	236-g	+	+	+	-	soms
11-11	237-f	+	+	+	-	+
11-12	236-j, 237-k, 237-l	-	-	-	-	-
11-13	236-e	-	-	-	-	-
11-14	---	alleen 11-14b	+	+	+	+
11-15	236-k	-	-	+	+	+
11-16	236-l 237-m	-	-	-	-	-

+ = reflexwerking; - = geen reflexwerking

445. Analyseert men deze tabel dan blijkt dat er over de meeste onderdelen een redelijke eenstemmigheid bestaat.

Overwegend wordt reflexwerking toegekend aan acht onderdelen van de lijsten, te weten ' 10 Nr. 4, 6, 7, en ' 11 Nr. 3, 5, 9, 11 en 14.

Overwegend wordt geen reflexwerking toegekend aan dertien andere onderdelen van de lijsten, namelijk: ' 10 Nr. 1, 3 en 5 en ' 11 Nr. 1, 2, 6, 7, 10-a, 10-c, 10e, 12, 13 en 16.

Verdeeld is men over zeven onderdelen: ' 10 Nr. 2 en ' 11 Nr. 4, 8, 10b, 10d, 10f en 15.

446. Een eenduidige lijn is in de Duitse rechtspraak over de reflexwerking evenmin te trekken als in de Duitse literatuur.²⁸² Men vindt naast elkaar verschillende benaderingen. Soms wordt gesteld dat ' 10 en 11 niet van onmiddellijke toepassing zijn in het handelsverkeer. Vervolgens wordt ' 9 toegepast.²⁸³

In een enkel geval wordt een onderdeel van ' 11 eenvoudig van toepassing verklaard op het handelsverkeer.²⁸⁴

Soms ook worden handelsverkeer en niet-handelsverkeer op één lijn gesteld, doordat bij de toetsing van een beding wordt opgemerkt dat het in strijd is met bepaalde onderdelen van de zwarte of grijze lijst *zowel jegens 'Kaufleute' als 'nicht-Kaufleute'*.²⁸⁵

Brandner constateert na tien jaar toepassing van het AGBG (dus in 1987) dat er in de rechtspraak geen lijn is te ontdekken, behalve dat de mate van toetsing in bepaalde branches minder ver gaat dan in andere. Daarbij wordt vooral gelet op de uiteenlopende gevoeligheid van de belangen van de gebruikers. Terughoudend is de rechtspraak bijvoorbeeld bij de toetsing van borgtochtsvoorwaarden van kredietverleners en bij de toetsing van de dekkingsomschrijving in verzekeringsvoorwaarden. Dat heeft te maken met de enorme gevolgen die een ingreep kan hebben.²⁸⁶ Op dit laatste is inmiddels wel wat af te dingen, gezien de uitspraken over het 'Transparanzgebot' bij o.a. hypotheekvoorwaarden, die vergaande consequenties hebben.²⁸⁷

282. Een uitgebreid overzicht vindt men bij Ohlendorf-von Hertel, p. 24-65.

283. Voorbeelden: $\text{\textcircled{1}}$ 11 Nr. 10-c en f vinden geen onmiddellijke toepassing, maar de nietigheid berust op $\text{\textcircled{9}}$ BGH 9-4-81, NJW 1981, 1510 = AGBE II, $\text{\textcircled{9}}$ 9, nr. 47. Dat $\text{\textcircled{1}}$ 11 Nr. 5 niet van toepassing is tegenover een 'Kaufmann' sluit niet uit dat de wettelijke veroordeling van dergelijke bedingen bij de toetsing in het kader van $\text{\textcircled{9}}$ AGBG in acht genomen moet worden: BGH, 28-5-84, NJW 1984, 2941 = ZIP 1984, 1324 = BB 1984, 1829. $\text{\textcircled{1}}$ 11 Nr. 3 AGBG geldt niet onmiddellijk, maar zou ter invulling van de inhoudstoetsing volgens $\text{\textcircled{9}}$ 24S.2,9 toegepast moeten worden: BGH, 20-6-84, NJW 1984, 2404. De nietigheid van een beding volgt niet uit $\text{\textcircled{1}}$ 11 Nr. 7, maar uit $\text{\textcircled{9}}$ 24 S. 2, $\text{\textcircled{9}}$ 9 AGBG: BGH, 20-6-84, NJW 1985, 914.

284. Eén uitspraak betreft $\text{\textcircled{1}}$ 11 Nr. 3 (compensatieverbod): LG Frankfurt a. M. 3-1-79, AGBE I, $\text{\textcircled{1}}$ 11 Nr. 3, nr. 16, een andere $\text{\textcircled{1}}$ 11 Nr. 4 (vereiste van ingebrekestelling): OLG Stuttgart 9-2-82, AGBE III, $\text{\textcircled{9}}$ 9, nr. 13.

285. Voorbeelden: Een beding is in strijd met $\text{\textcircled{1}}$ 10 Nr. 3 AGBG; het is ook in het 'kaufmännischen Verkehr' ontoelaatbaar (BGH 16-10-84, NJW 1985, 319 = ZIP 1985, 38). Een ander beding is in strijd met $\text{\textcircled{1}}$ 10 Nr. 1 in het niet-handelsverkeer. Maar het is ook in het handelsverkeer nietig. $\text{\textcircled{1}}$ 10 Nr. 1 betreft ook bijzonder beschermenswaardige belangen van onderaannemers, waarbij hun al dan niet 'Kaufmann' zijn er niet toe doet: OLG Düsseldorf 22-7-82, AGBE III, $\text{\textcircled{9}}$ 9, nr. 16. Soortgelijke uitspraken: (m.b.t. $\text{\textcircled{1}}$ 10 Nr. 1 en 11 Nr. 15-a AGBG) LG München 10-11-81, AGBE II, $\text{\textcircled{9}}$ 9, nr. 17 en (m.b.t. $\text{\textcircled{1}}$ 11 Nr. 7, 11 Nr. 8 en 11 Nr. 15-a) LG Frankfurt 21-9-82, AGBE III, $\text{\textcircled{9}}$ 9, nr. 17a.

286. Brandner, RWS-Forum, p. 50.

287. Zie nr. 200.

447. Een uitspraak die veel aandacht heeft getrokken is het zogenaamde 'Indizurteil' van de VII. Zivilsenat van het BGH uit 1984.²⁸⁸ Het betreft een aannemingsovereenkomst in het handelsverkeer: het isoleren van opslagtanks met polyurethaanschuim. In de algemene voorwaarden is de wettelijke verjaringstermijn van vijf jaar verkort tot twee jaar. De VII. Senat van het BGH stelt in deze uitspraak dat het feit dat een beding bij gebruik tegenover 'nicht-Kaufleute' onder één van de verbodsnormen van ' 11 (i.c. ' 11 Nr. 10-f) valt, een aanwijzing ('Indiz') is dat het beding ook bij gebruik onder 'Kaufleute' tot een onredelijke benadeling van de wederpartij leidt, tenzij het, gezien de bijzondere belangen en eisen van het handelsverkeer bij uitzondering als redelijk aangemerkt kan worden.²⁸⁹

De VII. en VIII. Senat doen het leeuwendeel van de uitspraken over algemene voorwaarden. De VIII. Senat lijkt terughoudender dan de VII. Senat en heeft het 'Indizurteil' tot op heden niet overgenomen.²⁹⁰

De X. Senat van het BGH heeft zich in 1988 wel bij het 'Indizurteil' van de VII. Senat aangesloten.²⁹¹

Volgens de VII. Senat kan het gebeuren dat een beding dat op de lijsten van ' 10 en 11 voorkomt *gezien de bijzondere belangen en eisen van het handelsverkeer bij uitzondering als redelijk aangemerkt kan worden*. In het door de X. Senat berechte geval worden zulke bijzondere belangen en eisen van het handelsverkeer aangenomen. Het gaat om een aansprakelijkheidsuitsluiting van een scheepswerf: de werf is alleen aansprakelijk voor eigen opzet of grove schuld of die van leidinggevende ondergeschikten. Dit beding wordt geldig geacht, waarbij wordt rekening gehouden met de omstandigheid dat de bemanning bij een scheepsreparatie aan boord blijft, waardoor de wederpartij invloed heeft op de risico's. Ook houdt de X. Senat rekening met het feit dat schepen een cascoverzekering plegen te hebben, terwijl verzekering voor de scheepswerf op bezwaren stuit.

448. In een enkel geval wordt ook aangenomen dat er **geen** reflexwerking is. Bij de verkoop van een zeefdrukmachine heeft de verkoper schadevergoeding bij ontbinding van de overeenkomst uitgesloten. Dit beding wordt in het handelsverkeer ook dan geldig geacht, wanneer niet uitdrukkelijk de formulering van ' 11 Nr. 10-b ('Rückgängigmachung des Vertrages') wordt gevolgd.²⁹²

288. BGH, 8-3-84, NJW 1984, 1750 = BGHZ 90, 273.

289. Daarover het volgende: De in het handelsverkeer geldende gewoonten en gebruiken (¶ 24) laten i.c. geen andere beoordeling toe. 'Kaufleute' worden in de uitoefening van hun bedrijf niet minder door gebreken in bouwwerken getroffen dan 'nicht-Kaufleute'. 'Kaufleute' zijn evenmin in staat gebreken eerder op te merken dan 'nicht-Kaufleute'.

Kritisch over het slechts bij uitzondering afwezig zijn van reflexwerking is Ulmer, RWS-Forum, p. 12. Ook Rabe is kritisch over deze uitspraak. Hij meent dat er geen aanleiding was deze te doen (Rabe, p. 1982). Het BGH baseert zich overigens op Kötz, Münch. Komm. -Kötz, ¶ 9, Rdnr. 18.

290. In de uitspraken BGH, 13-2-85, NJW 1985, 2328 = WM 1985, 542 en BGH, 27-2-85, NJW 1985, 2693 werd dit punt nadrukkelijk open gelaten. Latere uitspraken van de VIII. Zivilsenat waarin de mogelijke 'Indizwirkung' aan de orde is geweest zijn mij niet bekend.

291. BGH, 3-3-88, NJW 1988, 1785.

292. OLG Stuttgart 17-11-83, AGBE IV, ¶ 24, nr. 10 = BB 1984, 495 = ZIP 1983, 1468.

In een borgtocht-overeenkomst is verrekening uitgesloten. Het BGH toetst aan ' 242 BGB ('Treu und Glauben'). In een 'Hilfserwägung' wordt getoetst aan het AGBG: het beding zou vallen onder ' 11 Nr. 3, maar omdat de wederpartij een 'Kaufmann' is, is het beding o.g.v. ' 24 geldig.²⁹³

449. De rechtspraak over de toepassing van de lijsten in het handelsverkeer is o.a. bekritiseerd door Ohlendorf-von Hertel. Hij meent dat de rechtspraak en met name het BGH te weinig rekening houdt met de bijzonderheden van het handelsverkeer en dat ' 24 te weinig serieus wordt genomen: ' 24 *ligt op sterven*.

293. BGH, 16-2-84, ZIP 1984, 418.

Ohlendorf-von Hertel meent dat de inhoudstoetsing in het handelsverkeer milder moet zijn dan daarbuiten. Reflexwerking wijst hij af. Daardoor wordt bewegingsruimte gewonnen die vervolgens moet worden ingevuld, rekening houdend met de wederzijdse belangen. In het handelsverkeer is de beschermingsbehoefte minder dan in het verkeer met consumenten. Daarom moet een beding alleen op grond van '9 worden vernietigd als het een 'aanzienlijke', 'wezenlijke' of 'klaarblijkelijke' onredelijke benadeling inhoudt.²⁹⁴

Ohlendorf-von Hertel is hiermee echter een uitzondering. De meeste auteurs baseren hun visie op reflexwerking mede op de rechtspraak. Overwegend neemt de literatuur reflexwerking aan,²⁹⁵ al verschilt men soms van mening over bepaalde concrete onderdelen van de lijsten.

Vuistregels voor reflexwerking

450. Aan de hand van de Nederlandse parlementaire geschiedenis en literatuur en de Duitse ervaringen probeer ik nu een aantal vuistregels voor reflexwerking te geven.

Onder reflexwerking versta ik: "een zekere normatieve werking" van de zwarte en grijze lijst, via de sluis van de open norm of - als de open norm niet van toepassing is, zoals bij grote bedrijven - via de redelijkheid en billijkheid. Reflexwerking doet zich alleen voor wanneer en voor zover de rechter dit wil.²⁹⁶

Omdat reflexwerking plaatsvindt bij toetsing aan de open norm is reflexwerking afhankelijk van alle in de open norm genoemde omstandigheden. Als reflexwerking plaatsvindt via de redelijkheid en billijkheid meen ik dat deze omstandigheden, die speciaal zijn toegespitst op algemene voorwaarden, evenzeer van belang zijn.

294. Ohlendorf-von Hertel, p. 5, 79, 108, 122-123; vgl. ook nr. 118. Hij heeft het hier overigens over een zeer verregaande vorm van reflexwerking, die inhoudt dat de §§ 10 en 11 in het handelsverkeer toepasselijk zijn, zie het opgemerkte in nr. 441.

295. Zie nr. 442.

296. Zie nr. 434. Dit is tevens een belangrijk verschil met het bekritiseerde Duitse 'Indizurteil' (zie nr. 27, 447), omdat reflexwerking daar de regel werd, hoewel er uitzonderingen mogelijk werden geacht.

In het onderstaande leg ik de nadruk op drie omstandigheden: de hoedanigheid en de omstandigheden van de wederpartij,²⁹⁷ de inhoud van de regeling²⁹⁸ en de wederzijdse belangen.²⁹⁹ De andere in de open norm genoemde omstandigheden kunnen van invloed zijn op het eindoordeel over een beding, aangezien reflexwerking altijd plaatsvindt via de open norm, maar er zijn m.i. geen 'vuistregels' betreffende de mate van reflexwerking aan te ontlenen.³⁰⁰

451. De **hoedanigheid en de omstandigheden van de wederpartij** zijn van invloed op de mate van reflexwerking. Met de "hoedanigheid" van de wederpartij bedoel ik dat de wederpartij bijvoorbeeld een consument, een kleine vereniging, de uitoefenaar van een vrij beroep of een multinational (dus 'grote wederpartij') is. Ik bedoel dus niet de 'persoon' van de wederpartij en zijn 'persoonlijke' omstandigheden.³⁰¹ Enerzijds zal reflexwerking bij kleine wederpartijen die sterk lijken op consumenten regel zijn, anderzijds zal reflexwerking bij grote wederpartijen uitzondering zijn.

In de wet (art. 6:235, lid 1), maar ook in de besproken literatuur wordt er vanuit gegaan dat de wederpartij minder beschermenswaardig is naarmate zij groter is. Deze tendens doet zich zeker voor, al heb ik reeds in hoofdstuk 4 (nr. 120) aangegeven dat er uitzonderingen mogelijk zijn. Grote wederpartijen kunnen zich in het algemeen beter tegen algemene voorwaarden verweren dan kleine wederpartijen, vooral omdat zij een sterkere onderhandelingspositie hebben. Er zijn echter situaties waarin ook grote wederpartijen niet over algemene voorwaarden kunnen onderhandelen, situaties waarin onderhandelingen niet praktisch zijn of waarin ze hoe dan ook niet plaatsvinden, hoewel er mogelijkheden waren. Dit brengt nadeel voor de wederpartij met zich mee, maar betekent niet dat niet getoetst zou kunnen worden aan de redelijkheid en billijkheid (art. 6:2 en 248). De zwarte en grijze lijst kunnen daarbij reflexwerking hebben. Bij grote wederpartijen zal deze doorgaans gering zijn: de rechter heeft dan niet veel houvast aan het feit dat een jegens een grote wederpartij gebruikt beding op de zwarte of grijze lijst voorkomt.

452. Bij kleine verenigingen of stichtingen "... die zich materieel niet van een consument (natuurlijk persoon) onderscheiden" ligt reflexwerking volgens de parlementaire geschiedenis voor de hand.³⁰² Ik zou

297. In nr. 315 werd dit beschouwd als een onderdeel van de 'overige omstandigheden van het geval' in de zin van art. 6:233 onder a. Zie nader nr. 451. Vgl. ook MvA II Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1657, geciteerd in nr. 434. Vgl. ook het standpunt van Verhoeven, geciteerd in nr. 437.

298. Zie het reeds opgemerkte in nr. 439, nader uitgewerkt in nr. 454.

299. Vgl. art. 6:233 onder a: 'de wederzijds kenbare belangen van partijen', maar ook 'de aard en overige inhoud van de overeenkomst'. Zie nader nr. 455 e. v.

300. Deze omstandigheden zijn: 'de aard van de overeenkomst', 'de overige inhoud van de overeenkomst' en 'de wijze van totstandkoming'. Bij de laatste omstandigheid (die kan meebrengen dat terughoudender wordt getoetst, zie nr. 313) kan worden opgemerkt dat tweezijdige algemene voorwaarden vooral voor in het verkeer met consumenten voorkomen en veel minder in het handelsverkeer.

301. Vgl. nr. 315.

302. Nota II Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1662; zie nr. 434.

zelfs verder willen gaan: bij kleine verenigingen en stichtingen is reflexwerking de regel. Hierbij denk ik dan aan de niet professioneel geleide en niet van professionele ondersteuning (bureau, stafmedewerkers, etc.) voorziene rechtspersonen. Het zijn de talloze kleine sportverenigingen, plaatselijke kerkgemeenschappen, schoolverenigingen, studentenverenigingen, etc.

Er is immers geen verschil tussen bijvoorbeeld een universitair docent die een PC koopt om thuis te kunnen werken enerzijds en anderzijds de penningmeester van een voetbalclub of de kerkvoogd die hetzelfde doet met het oog op de administratie van de club respectievelijk de kerk.

Reflexwerking moet bij deze kleine rechtspersonen regel zijn. Een uitzondering zou ik slechts willen aannemen als verondersteld mag worden dat de rechtspersoon bij het aangaan van bepaalde overeenkomsten een positie heeft die gelijkwaardig is aan die van de gebruiker, wat zich met name zal voordoen als de rechtspersoon met het sluiten van bepaalde overeenkomsten bijzonder veel ervaring heeft.

Er zijn ook natuurlijke personen die een bedrijf of beroep uitoefenen en kleine commerciële rechtspersonen die zich in een gelijkwaardige positie kunnen bevinden als een consument, denk bijvoorbeeld aan de bakker die een bedrijfsauto koopt. Deze zal met dezelfde algemene voorwaarden worden geconfronteerd als de particulier die een auto koopt. Hij zal doorgaans ook even weinig ervaring hebben met de koop van auto's als een particulier en een vergelijkbare positie innemen ten opzichte van de verkoopvoorwaarden van de autodealer. Reflexwerking lijkt me ook hier de regel. De aard van de overeenkomst is hierbij echter van groot belang. De bakker die meel inkoopt, sluit een transactie waarmee hij veel ervaring heeft. In zo'n geval zal de reflexwerking minder zijn en is de onredelijke bezwarendheid meer afhankelijk van alle in de open norm genoemde omstandigheden, zoals hieronder nader wordt uiteengezet.

453. Er kunnen nu twee vuistregels worden geformuleerd:

1. Bij kleine 'consument-achtige' wederpartijen is de reflexwerking doorgaans sterk.

2. Bij grote wederpartijen is de reflexwerking doorgaans zwak.

Wat overblijft is een nog altijd brede tussengroep die ik gemakshalve zal aanduiden als het midden- en kleinbedrijf. Hierbij moet m.i. een nadere beoordeling plaatsvinden, vooral aan de hand van de inhoud van het betreffende onderdeel van de zwarte of grijze lijst en de wederzijdse belangen.

454. Wat de **inhoud van het betreffende onderdeel van de zwarte of grijze lijst** aangaat zou ik de onderdelen van de zwarte en grijze lijst willen onderverdelen in onderdelen die een typisch consumentenbelang beschermen en onderdelen die een belang van alle wederpartijen

beschermen.³⁰³ Het zal duidelijk zijn dat de eerstgenoemde bepalingen niet of nauwelijks reflexwerking zullen hebben (behalve ten aanzien van de wederpartijen die materieel met consumenten gelijkstaan). De tweede groep kan wel reflexwerking hebben. Zoals reeds opgemerkt blijkt uit de parlementaire geschiedenis dat art. 6:236 onder a een typisch consumentenbelang beschermt.³⁰⁴ Tot deze categorie reken ik ook art. 6:236 onder e, f, l, m en n en art. 6:237 onder j, m en n.³⁰⁵

303. Vgl. Brandner nr. 443.

304. Zie MvT Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1686 en nr. 439.

305. Het betreft dus al met al de volgende bedingen: art. 6:236 onder a (uitsluiting van recht op prestatie); art. 6:236 onder e (schuld- of contractoverneming); art. 6:236 onder f (beperking of uitsluiting van verweermiddelen); art. 6:236 onder l (vormvereisten); art. 6:236 onder m (woonplaatskeuze); art. 6:236 onder n (geschillenbeslechting); art. 6:237 onder j (contractsdwang); art. 6:237 onder m (vormvereisten) en art. 6:237 onder n (onherroepelijke volmacht).

Anderzijds zijn er algemene wederpartij-belangen. Op grond van de parlementaire geschiedenis kunnen art. 236 onder b, c en d in deze categorie worden ingedeeld.³⁰⁶ Ik zou ook art. 6:236 onder h en k en art. 6:237 onder a t/m i³⁰⁷ tot deze categorie willen rekenen.

Een aantal onderdelen van de lijsten heb ik tot op heden buiten beschouwing gelaten. Er zijn bepalingen die weliswaar niet een typisch consumentenbelang beschermen, maar die ter bescherming van een algemeen wederpartij-belang een min of meer willekeurige grens trekken. Dit betreft art. 6:236 onder g, i en j en art. 6:237 onder k en l.³⁰⁸ Dergelijke bepalingen komen door hun willekeurige grens m.i. uitsluitend voor reflexwerking in aanmerking als de wederpartij materieel met een consument gelijkstaat. Dit neemt niet weg dat bijvoorbeeld een beding betreffende prijsverhoging aan de open norm getoetst kan worden en dat zo'n beding ook in het handelsverkeer onredelijk bezwarend kan zijn. Maar het feit dat een beding prijsverhoging **binnen drie maanden** toelaat, is in het handelsverkeer geen indicatie voor onredelijke bezwarendheid.

455. Er kunnen nu nog twee vuistregel worden geformuleerd:

3. **Als de wederpartij niet sterk op een consument lijkt maar evenmin een 'grote wederpartij' is, is de reflexwerking afhankelijk van de inhoud van het betreffende onderdeel van de zwarte of grijze lijst en van de wederzijdse belangen.**
4. **Bij de in vuistregel 3 bedoelde tussengroep hebben - gezien de inhoud van het betreffende onderdeel van de zwarte en grijze lijst - geen reflexwerking:**
 - onderdelen van de zwarte of grijze lijst die een typisch consumentenbelang beschermen;
 - onderdelen van de zwarte of grijze lijst die een willekeurige grens trekken.**Wel reflexwerking kunnen hebben: art. 236 onder b, c, d, h, k en art. 6:237 onder a t/m i.**

Bij deze 'overgebleven' onderdelen van de lijsten, die bij de 'middengroep' (het midden- en kleinbedrijf) reflexwerking kunnen hebben, valt naar ik meen het onderscheid tussen 'zwarte' en 'grijze' bedingen weg. Al in deze onderdelen van de lijsten bedoelde bedingen kunnen onredelijk bezwarend zijn, maar zijn dit niet in alle gevallen. De mate van reflexwerking moet naar ik meen afhangen van alle in de

306. Zie MvT Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1689 resp. 1693 resp. 1694.

307. Het betreft dus al met al de volgende bedingen: art. 6:236 onder b en c (beperking of uitsluiting van het recht tot ontbinden respectievelijk opschorten); art. 6:236 onder d (de gebruiker bepaalt of sprake is van niet-nakoming of de wederpartij moet eerst een derde aanspreken); art. 6:236 onder h (vrijwaring); art. 6:236 onder k (bewijslevering en bewijslast); art. 6:237 onder a (reageren op een verklaring); art. 6:237 onder b en c (beperking respectievelijk latere wijziging van de inhoud van de prestatie); art. 6:237 onder d (beëindiging door de gebruiker); art. 6:237 onder e (levertijden); art. 6:237 onder f (exoneraties); art. 6:237 onder g (verrekening); art. 6:237 onder h (contractuele vervalbedingen).

308. Art. 6:236 onder g: verkorting van de verjaringstermijn tot minder dan een jaar; art. 6:236 onder i: prijsverhoging niet toegestaan binnen drie maanden, tenzij met ontbindingsrecht; art. 6:236 onder j: stilzwijgende verlenging met meer dan een jaar; art. 6:237 onder k: contractsduur van meer dan een jaar en art. 6:237 onder l: opzegtermijn langer dan drie maanden.

open norm genoemde omstandigheden. Daarbij kan wel een aantal algemene opmerkingen worden gemaakt over de afweging van de **wederzijdse belangen**.

456. In paragraaf 7.4. werd de open norm reeds ingevuld aan de hand van drie beginselen van contractenrecht. Ik bouw daar nu op voort. In het voorafgaande bleek dat onderdelen van de zwarte of grijze lijst die beschermen tegen bedingen die de **autonomie** van de wederpartij aantasten alle een typisch consumentenbelang beschermen. Dat is geen toeval. Het handelsverkeer kan niet zonder langdurige samenwerkingsverbanden die gepaard gaan met een zekere beperking van de autonomie van contractspartijen. Dit is in het handelsverkeer veel eerder acceptabel dan in het verkeer met consumenten. Het verkeer met consumenten kan immers uitstekend bestaan ook als de consument een grote vrijheid heeft om te contracteren of niet te contracteren, om een contractsband aan te gaan en (snel) ook weer te verbreken. Dat is vooral het geval doordat veel consumenten staan tegenover één aanbieder. Het is dan niet zo problematisch als er één afnemer minder is. Bij de transacties in het handelsverkeer is dat vaak anders.

457. Het door de gebruiker gewekte **vertrouwen**³⁰⁹ verdient in het handelsverkeer naar ik meen evenzeer bescherming als in het verkeer met consumenten. Ook in het handelsverkeer zijn bijvoorbeeld bedingen met een verrassingseffect onredelijk bezwarend,³¹⁰ al kan een bepaald beding dat in het verkeer met consumenten verrassend is in het handelsverkeer gebruikelijk zijn. Bedingen die een onafhankelijke beoordeling van de omvang van de verplichtingen van de gebruiker of van een geschil in de weg kunnen staan zijn in het handelsverkeer precies even nadelig en precies even weinig te rechtvaardigen als in transacties met consumenten.

Iets anders ligt het bij bedingen die een inbreuk maken op het vertrouwen dat de overeenkomst normaal zal worden nagekomen. Daarbij zijn in het handelsverkeer vooral van belang de bedingen betreffende de beëindiging van de contractuele gebondenheid door de gebruiker, de bedingen betreffende de termijn voor de nakoming en de contractuele vervalbedingen. Bedingen die de gebruiker het recht geven tot beëindiging worden (zoals reeds bleek in nr. 423) in Duitsland volgens de maatstaf van '10 Nr. 3 (vgl. art. 6:237 onder d) beoordeeld, waarbij echter de gebruikelijke bedingen in het handelsverkeer eerder toelaatbaar zijn dan in het niet-handelsverkeer. M.i. moet hetzelfde gelden voor Nederland. Ook in het handelsverkeer mag gevergd worden dat een beding betreffende beëindiging een grond aangeeft en dat beëindiging op deze grond gerechtvaardigd is. In het licht van de omstandigheden van het handelsverkeer en de gebruike-

309. Ook door Wolf is bescherming van vertrouwen genoemd als een belang dit in het handelsverkeer (evenals in het verkeer met consumenten) bescherming verdient; zie nr. 443.

310. Men bedenke dat deze bedingen in de Duitse regeling geen inhoud van de overeenkomst worden op grond van § 3, zie paragraaf 7.5.

lijkheid van bepaalde bedingen kan een bepaald beding in het handelsverkeer echter aanvaardbaar zijn terwijl dat beding jegens consumenten ontoelaatbaar zou zijn.

Een belang dat in het handelsverkeer zwaarder kan wegen dan in het verkeer met consumenten is het belang om precies op de afgesproken tijd van de bestelde zaken of afgesproken diensten voorzien te worden.³¹¹ In dit licht komt aan art. 6:237 onder e (onredelijke lange of onvoldoende bepaalde levertijden) een sterke reflexwerking toe. Wel kan de betekenis van "onredelijk lang" bepaald worden door wat gebruikelijk is in een bepaalde branche. Onvoldoende bepaalde levertijden zullen echter ook in het handelsverkeer doorgaans onredelijk bezwarend zijn, gezien de wederzijdse belangen.

458. Minder reflexwerking komt m.i. toe aan de onderdelen van de grijze lijst die betrekking hebben op bedingen die het **causa-beginsel** (het beginsel dat vermogensverschuivingen gegrond moeten zijn) aantasten. Dit geldt in het bijzonder voor bedingen die risico verplaatsen. Een uitoefenaar van een bedrijf of beroep heeft een zekere 'risk spreading capacity', die bij consumenten ontbreekt.³¹² Hij is daarom beter bestand tegen bedingen die een zeker risico - verplaatsen. Bepalingen betreffende andere bedingen, zoals bedingen die de omvang van de rechten van de wederpartij beperken en bedingen die de gebruiker een ongemotiveerd voordeel opleveren kunnen echter ook in het handelsverkeer een aanzienlijke reflexwerking hebben, met name als het gaat om bedingen die niet erg gebruikelijk zijn.

459. Uit het voorafgaande vloeit de laatste vuistregel voort:

5. Bij de in vuistregel 3 bedoelde tussengroep hebben de in vuistregel 4 genoemde bepalingen die een algemeen wederpartijbelang betreffen en geen 'willekeurige grens' trekken (art. 236 onder b, c, d, h, k en art. 6:237 onder a t/m i) een reflexwerking die in het bijzonder afhangt van de wederzijdse belangen:

Bepalingen die het vertrouwen beschermen hebben doorgaans een sterke reflexwerking. Voor het gerechtvaardigd vertrouwen gelden echter in het handelsverkeer andere maatstaven dan in het verkeer met consumenten. Bepalingen die het causa-beginsel beschermen hebben doorgaans geen grote reflexwerking; dit geldt vooral voor bedingen die risico verplaatsen.

311. Zie nr. 443.

312. Zoals ook in de Duitse parlementaire geschiedenis en literatuur naar voren komt. Zie nr. 443: bepaalde risicoverschuivingen kunnen voor consumenten onredelijk zijn, terwijl ze dat niet zijn jegens 'Kaufleute', omdat die veel zaken doen en het risico voor hen wordt gecompenseerd door voordelen elders.

Enige voorbeelden

460. Deze vuistregels pas ik toe op een aantal voorbeelden. Men bedenke daarbij dat de gegeven inschatting van de van reflexwerking niet slechts afhangt van de toegepaste vuistregels, maar ook van de waardering van de feiten en omstandigheden.

1. *Een boer sluit een overeenkomst tot levering van een boekenserie over veehouderij. Elke maand verschijnt een boek. Het abonnement heeft een minimum looptijd van twee jaar en wordt telkens stilzwijgend voor een jaar verlengd als het niet met inachtneming van een opzegtermijn van een half jaar is opgezegd. De boeken vallen tegen en de boer wil zo snel mogelijk van zijn verplichtingen af.*

In dit geval is er weinig verschil tussen de boer die hier handelt in de uitoefening van zijn bedrijf en diezelfde boer die als consument een encyclopedie in 29 delen zou kopen. Reflexwerking is hier op haar plaats: de boer kan zich beroepen op art. 6:236 onder j en art. 6:237 onder k en l. De minimumlooptijd, de stilzwijgende verlenging en de opzegtermijn vervallen hier (tenzij de gebruiker zich wat de minimumlooptijd en de opzegtermijn - grijze bedingen - op bijzondere omstandigheden zou kunnen beroepen die deze bedingen in zijn geval aanvaardbaar maken). Conversie lijkt mij hier overigens niet op haar plaats (er was hier geen 'gerede twijfel' over de houdbaarheid van de bedingen,³¹³ evenmin als aanvulling van de overeenkomst op grond van de redelijkheid en billijkheid na het wegvallen van de vernietigde bedingen.³¹⁴

2. *Een eigenaar van een café sluit een exclusief bierleveringscontract met brouwerij H met een looptijd van tien jaar. Tevens verstrekt H een lening aan de café-eigenaar. Na drie jaar blijkt dat H-bier steeds minder populair is. Het café verliest dan ook klanten.*

Deze overeenkomst is van andere aard dan consumenten plegen te sluiten. Een autonomiebeperking is in dergelijke overeenkomsten eerder aanvaardbaar dan in consumententransacties.³¹⁵ Art. 6:237 onder k zal hier geen reflexwerking hebben. De aanvaardbaarheid in een concreet geval kan wel afhangen van de kenbaarheid. Een beding met zo vergaande consequenties als een tienjarige contractsduur mag niet ergens diep in de algemene voorwaarden worden weggestopt, maar moet zodanig worden benadrukt dat het de wederpartij niet kan ontgaan. Weet de café-eigenaar dat hij zich voor tien jaar bindt, dan is daar geen bezwaar tegen.³¹⁶

3. *Een aannemersbedrijf (10 personeelsleden) koopt een bedrijfsauto. In de algemene voorwaarden is een beding opgenomen dat inhoudt*

313. Zie nr. 249.

314. Zie nr. 261 en 267.

315. Zie nr. 456.

316. Vgl ook BGH, 27-2-85, NJW 1985, 2693: Een contractsduur van 20 jaar is aan het uiterste grens van het bij uitzondering nog toelaatbare. § 11 Nr. 12a kan echter buiten beschouwing blijven, omdat gezien de in het handelsverkeer geldende gewoonten en gebruiken een contractsduur van meer dan twee jaar bij een bierleveringscontract zeker redelijk is. De aard van de overeenkomst is hier nog een extra argument: er is een nauwe verwevenheid tussen de langdurige afnameverplichting en de geboden financiering.

dat de prijs verschuldigd is volgens de prijslijst op het moment van aflevering. Er is een half jaar levertijd op de wagen. In deze periode wordt de prijs met 9% verhoogd.

Een beding dat de bevoegdheid geeft tot prijsverhoging ligt in de causa-sfeer. Bovendien trekt art. 6:236 onder i een willekeurige grens bij drie maanden. Zeker bij langlopende contracten is een bevoegdheid tot prijsverhoging in het handelsverkeer onmisbaar. Een onbeperkte bevoegdheid tot prijsverhoging bij een eenmalige transactie zoals hier bedongen kan echter ook in het handelsverkeer onredelijk zijn. Die onredelijkheid zou al wegvallen als er tegenover een prijsverhoging een ontbindingsrecht zou staan of als de prijsverhoging aan zekere grenzen gebonden zou zijn.³¹⁷

4. *Een kleine koekjesfabriek (15 personeelsleden) koopt een oven. Deze functioneert zeer slecht en de leverancier is na een jaar nog steeds niet in staat gebleken de klachten naar tevredenheid op te lossen. De verkoopvoorwaarden sluiten ontbinding van de koop uit.*

317. Zie over het Duitse recht m.b.t. prijsverhogingsbedingen in het handelsverkeer nr. 384 e.v., het geval in deze casus lijkt op het geval OLG Düsseldorf, 23-11-83, AGBE IV, § 6, Nr. 21, zie daarover nr. 386.

Bedingen die ontbinding uitsluiten zijn in het handelsverkeer in het algemeen even onacceptabel als in het verkeer met consumenten: ze tasten het contractuele evenwicht aan³¹⁸; een koper van een slecht produkt kan geen kant op, als hij de overeenkomst niet kan ontbinden. Art. 6:236 onder b heeft een sterke reflexwerking, die zich naar ik meen ook heel goed zou kunnen voordoen bij 'grote wederpartijen' in de zin van art. 6:235, lid 1.

5. *Een snelgroeiend softwarebedrijf (45 werknemers) breidt het bedrijfsrestaurant uit en plaatst in december een bestelling voor meubilair van het type dat men in januari ook heeft gekocht. Men bestelt in beide gevallen door verwijzing naar een bestelnummer in de catalogus. In de verkoopvoorwaarden van de leverancier staat:*

"Catalogi, tekeningen en modellen geven slechts een algemene aanduiding van de te leveren zaken".

De 'nieuwe' tafels blijken 2 cm hoger dan de oude tafels en wijken af van de in de catalogus aangegeven maten. De leverancier weigert de tafels terug te nemen en stelt (met een beroep op de verkoopvoorwaarden) aan zijn verplichtingen voldaan te hebben.

De verkoper beperkt hier zijn verplichtingen ten opzichte van wat de wederpartij zonder het beding redelijkerwijs mocht verwachten. De beperking lijkt mij ook 'wezenlijk': de voorbehouden mogelijkheden om produkten te leveren die niet overeenkomen met de over die produkten verstrekte informatie kan er toe leiden dat de koper wordt opgescheept met zaken die voor hem aanzienlijk minder waarde hebben. Men mag verwachten dat zaken die gekocht worden door te verwijzen naar bestelnummers in een bepaalde catalogus aan elkaar gelijk zijn. Een beding dat die verwachting doorkruist is ook in het handelsverkeer niet toelaatbaar; art. 6:237 onder b zal hier een sterke reflexwerking hebben.

6. *Een middelgrote machinefabriek (45 personeelsleden), die niet valt onder art. 6:235 lid 1 onder a, wordt geconfronteerd met verkoopvoorwaarden van een toeleverancier van onderdelen. Deze behoudt zich het recht voor de bestelde zaken niet te leveren als hij van zijn leverancier niet (tijdig) geleverd krijgt.*

Een dergelijk beëindigingsvoorbehoud is m.i. in verschillende branches anders te beoordelen. Het beding zou bijvoorbeeld aanvaardbaar kunnen zijn in branches waar schaarste heerst en waar het nogal eens voorkomt dat men tijdig bestelde zaken niet of niet tijdig ontvangt (bijvoorbeeld doordat de produktie sterk fluctueert, doordat er transportproblemen zijn). Het zal echter niet aanvaardbaar zijn in branches waar men uit een ruim aanbod van leveranciers kan kiezen en waar het niet tijdig ontvangen van zaken die men moet doorleveren doorgaans is toe te schrijven aan factoren als het aanhouden van een te kleine voorraad of een gebrekkige organisatie in het eigen bedrijf. De reflexwerking van art. 6:237 onder d acht ik sterk, maar het criterium 'gerechtvaardigde grond' biedt veel ruimte om rekening te houden met

318. In nr. 325 stelde ik dat dergelijke bedingen de autonomie van de wederpartij aantasten maar tevens een inbreuk maken op het causabeginsel.

de aard van de overeenkomst en de andere omstandigheden van het geval.

Reflexwerking: via de open norm

461. De betekenis van reflexwerking moet niet worden overschat. Dat de parlementaire geschiedenis uitgebreid aandacht besteedt aan reflexwerking komt omdat men beducht was voor een redenering a contrario: 'beding X staat op de zwarte of grijze lijst, maar die zijn in het onderhavige geval niet van toepassing, dus is beding X ook niet onredelijk bezwarend'.³¹⁹ Zo'n redenering zou in strijd zijn met het systeem van de wet, dat immers als basis voor de inhoudelijke toetsing de open norm kent, terwijl een aantal veel voorkomende (jegens consumenten) onredelijk bezwarende bedingen op de lijsten staat. Dat een beding onredelijk bezwarend is jegens consumenten, betekent niet dat het redelijk is tegenover niet-consumenten, het betekent evenmin dat het persé onredelijk is jegens niet-consumenten. Vandaar: 'reflexwerking'; de plaatsing op de lijsten is een argument bij de beoordeling op grond van de open norm. Dit argument is sterker naarmate de wederpartij meer op een consument lijkt en naarmate het onderdeel van de zwarte of grijze lijst waar het om gaat qua formulering en inhoud meer een algemeen wederpartij-belang beschermt en minder een typisch consumentenbelang. Het blijft echter een open-norm toets. De opmerking dat een bepaald onderdeel van de zwarte of grijze lijst een sterke reflexwerking heeft, betekent niet meer dan dat de normerende werking van die regel ook in het handelsverkeer sterk is. De opmerking dat de reflexwerking gering is betekent niet meer en niet minder dan dat de rechter aan het betreffende onderdeel van de zwarte of grijze lijst weinig of geen houvast heeft bij het beoordelen van de onredelijke bezwarend van het hem voorgelegde beding.³²⁰ Het uiteindelijke oordeel over de onredelijke bezwarendheid van een beding blijft afhankelijk van alle in de open norm genoemde omstandigheden!

319. Vgl. MvT Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1652, geciteerd in nr. 350.

320. C.q. bij grote wederpartijen: bij het beoordelen van het beding aan de hand van de maatstaf 'naar redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar'.

Conclusie en vooruitzicht

462. Het Duitse en het Nederlandse recht met betrekking tot algemene voorwaarden zijn goed met elkaar vergelijkbaar omdat afd. 6.5.3 uitgaat van hetzelfde systeem als het AGB-Gesetz. Het nut van het Duitse recht ligt in het feit dat in Duitsland veel vragen die in Nederland nog niet aan de orde zijn gekomen, omdat afd. 6.5.3 nog niet is ingevoerd, reeds zijn doordacht. Het Duitse recht kan de Nederlandse rechtspraktijk voorzien van een uitgekristalliseerde dogmatiek en veel voorbeelden ter overweging. Dit kan vooral nuttig zijn op de volgende punten: de contra-proferentem-regel; de voorrang van het individuele beding; de beperkte uitleg van het begrip kernbeding; maar vooral: de invulling van de open norm aan de hand van de omstandigheden.

Op een aantal punten kunnen vanuit het Duitse recht kritische vragen gesteld worden bij de nieuwe Nederlandse regeling: de regeling van de 'grote wederpartij' en de 'beknelde detaillist' (art. 6:235, lid 1 en 6:244) zijn naar mijn mening ondingen. In Duitsland is gebleken dat dergelijke regelingen helemaal niet nodig zijn. Dat komt omdat de open norm zowel in Duitsland als Nederland een grote spankracht heeft: de regel kan toegepast worden van multinational tot consument. Helaas wordt deze spankracht in Nederland onderschat.

Op één punt prefereer ik de Nederlandse regeling boven de Duitse. Zo meen ik dat een aparte bepaling over verrassende bedingen niet nodig is. Verrassendheid en onredelijkheid vallen vaak samen. Het verrassingselement kan (zeker in de Nederlandse situatie) verwerkt worden in de open-norm-toetsing.

Het AGB-Gesetz heeft in Duitsland diepe sporen getrokken. De aandacht voor algemene voorwaarden heeft in Duitsland een impuls gekregen bij de invoering van het AGB-Gesetz en is sindsdien onafgebroken erg groot geweest. Ook in Nederland verwacht ik dat de invoering van afd. 6.5.3 voor veel gebruikers aanleiding zal zijn hun algemene voorwaarden te herzien. Ook voorzie ik dat in de rechtspraak en de literatuur de belangstelling voor algemene voorwaarden zal groeien. Maar de Nederlandse rechtscultuur verschilt aanzienlijk van de Duitse. mijn indruk is dat algemene voorwaarden in grofweg dezelfde situaties worden gebruikt, maar dat er in Nederland minder vaak een beroep op wordt gedaan. Ook het feit dat de Nederlandse overlegcultuur de nodige tweezijdige algemene voorwaarden oplevert (vooral in de consumentensfeer) maakt de rol van afd. 6.5.3 naar verwachting wat kleiner dan die van het AGB-Gesetz.

Het startschot voor een directe inhoudstoetsing van algemene voorwaarden werd in 1986 gegeven door de Hoge Raad. De invoering van afd. 6.5.3 zal het gebruik van onredelijke algemene voorwaarden onaantrekkelijker maken; verdwijnen zullen ze echter niet; dat leren ook de Duitse ervaringen.

De grens tussen 'redelijk' en 'onredelijk bezwarend' zal in het begin moeilijker zijn aan te geven dan na verloop van een aantal jaren. Deze

grens is echter nooit scherp te trekken. Dat maakt dit onderwerp blijvend belangrijk en interessant.

Nawoord

463. Dit proefschrift werd geschreven aan de Vrije Universiteit, die als doelstelling heeft:

"... al haar arbeid in gehoorzaamheid aan het Evangelie van Jezus Christus te richten op het dienen van God en Zijn wereld."

Het is vaak moeilijk om een verband te leggen tussen deze doelstelling en het privaatrecht. Toch is dit verband er bij algemene voorwaarden naar mijn mening heel duidelijk. Op verschillende plaatsen in de Bijbel komen teksten voor over een eerlijke gang van zaken in het ruilverkeer. Verkopers die minder geven dan de koper mocht verwachten zijn kennelijk een verschijnsel van alle tijden. In de bijbelse tijd was het voornaamste euvel het te weinig afwegen of afmeten door het gebruik van onzuivere weegschalen, weegstenen of inhoudsmaten. Dit 'meten met twee maten' wordt fel veroordeeld:

"Gij zult geen onrecht doen bij het rechtspreken, bij lengtemaat, gewicht of inhoudsmaat. Een zuivere weegschaal, zuivere gewichten een zuivere efa en een zuivere hin zult gij gebruiken: Ik ben de HERE uw God, die u uit het land Egypte geleid heb."³²¹

Lees voor onzuivere gewichten onredelijke voorwaarden en de tekst is weer helemaal bij de tijd.

Te strijden tegen die altijd aanwezige onrechtvaardigheden is niet iets waar christenen het patent op hebben. Maar het is wel iets dat kan gebeuren met een christelijke inspiratie. Want ook de dagelijkse gang van zaken en het dagelijkse recht en onrecht vallen onder Gods geboden.³²²

Ik hoop dat dit boek iets zal bijdragen tot een evenwichtig oordeel over algemene voorwaarden.

321. Leviticus 19:35, 36 (vertaling NBG 1951); zo ook Deuteronomium 25:13-15 en Spreuken 11:1; 16:11 en 20:10, 23.

322. Vgl. ook Abraham Kuypers, in zijn rede ter inwijding van de Vrije Universiteit: *"... en geen duimbreed is er op heel 't erf van ons menselijk leven, waarvan de Christus, die aller Souverein is, niet roept: 'Mijn!'"*, A. Kuypers, Souvereiniteit in eigen kring, Amsterdam (1880). (Met dank aan het Historisch documentatiecentrum voor het Protestantisme dat mij hielp de vindplaats te vinden).

