



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

De algemene voorwaarden-regeling in het voorstel voor een Gemeenschappelijk Europees kooprecht: een vergelijking met het Nederlandse recht

Loos, M.B.M.

Published in:
Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Loos, M. B. M. (2012). De algemene voorwaarden-regeling in het voorstel voor een Gemeenschappelijk Europees kooprecht: een vergelijking met het Nederlandse recht. *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht*, 29(5), 166-175. [24].

General rights

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht, De algemene voorwaarden-regeling in het voorstel voor een Gemeenschappelijk Europees kooprecht: een vergelijking met het Nederlandse recht

[Klik hier om het document te openen in een browser venster](#)

Vindplaats:	NTBR 2012/24	Bijgewerkt tot:	05-04-2012
Auteur:	M.B.M. Loos ^[1]		

De algemene voorwaarden-regeling in het voorstel voor een Gemeenschappelijk Europees kooprecht: een vergelijking met het Nederlandse recht

Samenvatting

Het recente voorstel voor een Gemeenschappelijk Europees Kooprecht bevat een regeling ter bestrijding van oneerlijke bedingen in algemene voorwaarden. In dit artikel wordt deze regeling vergeleken met de overeenkomstige regeling in het Nederlandse BW. Welke regeling biedt consumenten en professionele wederpartijen betere bescherming tegen het vóórkomen van oneerlijke bedingen in algemene voorwaarden?

1. Inleiding

De inkt van de Richtlijn consumentenrechten^[2] was nog niet eens droog, of het volgende grote Europese project op het gebied van het consumentenrecht was al weer opgestart: op 11 oktober 2011 diende de Europese Commissie een voorstel in voor een verordening betreffende een gemeenschappelijk Europees kooprecht (COM(2011) 635 definitief). Dit Gemeenschappelijk Europees Kooprecht (hierna ook: GEKR) zou als 'tweede nationale stelsel' in de lidstaten van de Europese Unie moeten worden ingevoerd.^[3] Hoofdstuk 8 GEKR bevat een regeling betreffende oneerlijke bedingen in algemene voorwaarden. In deze bijdrage vergelijk ik deze regeling met de bestaande regeling voor algemene voorwaarden in afdeling 6.5.3 BW. Beide regelingen zullen immers met elkaar concurreren wanneer het Gemeenschappelijk Europees Kooprecht beschikbaar is als tweede systeem binnen het nationale recht, mogelijk zelfs voor binnenlandse overeenkomsten.^[4] Doel van deze bijdrage is dan ook te bezien wat de belangrijkste overeenkomsten en verschillen tussen beide regelingen zijn, zodat ondernemingen (en consumenten) een weloverwogen keuze tussen beide regelingen kunnen maken. Biedt het Gemeenschappelijk Europees Kooprecht een regeling voor algemene voorwaarden die zich voor wat betreft het niveau van bescherming tegen onredelijke bedingen in algemene voorwaarden kan meten met de 'gewone' Nederlandse regeling?

Deze bijdrage is als volgt opgebouwd. In paragraaf 2 schets ik kort de opbouw van de algemene voorwaarden-regeling in het voorstel voor een Gemeenschappelijk Europees Kooprecht. In paragraaf 3 zie ik de grenzen die aan het toepassingsgebied van de regeling worden gesteld. In paragraaf 4 zoek ik naar equivalenten voor de Nederlandse regeling van de informatieplicht. Het transparantiebeginsel vormt het onderwerp van paragraaf 5, waarna ik in paragraaf 6 op de inhoudstoetsing inga. In deze paragraaf besteed ik ook aandacht aan de zwarte en grijze lijsten met bedingen die geacht respectievelijk vermoed worden oneerlijk te zijn in consumentenovereenkomsten. Paragraaf 7 ten slotte bevat een korte samenvatting van de belangrijkste overeenkomsten en verschillen tussen de Nederlandse en Europese regeling en geeft antwoord op de hierboven genoemde vraagstelling.

2. Systeem van de algemene voorwaarden-regeling in het Gemeenschappelijk Europees Kooprecht

De algemene voorwaarden-regeling is opgenomen in hoofdstuk 8 GEKR en sluit nauw aan bij de regeling in de Richtlijn oneerlijke bedingen.^[5] De regeling bestaat uit 8 artikelen: afdeling 1 (art. 79-81) is van toepassing op alle

overeenkomsten waarop het Gemeenschappelijk Europees Kooprecht van toepassing is verklaard, afdeling 2 (art. 82-85) alleen op overeenkomsten tussen een handelaar en een consument (hierna: consumentenovereenkomsten) en de uit slechts 1 artikel (art. 86) bestaande afdeling 3 alleen op overeenkomsten tussen handelaren onderling (hierna: handelsovereenkomsten). De centrale (open) normen zijn te vinden in art. 83 en 86 GEKR, welke aangeven wanneer een beding in een consumentenovereenkomst respectievelijk een handelsovereenkomst oneerlijk is. Voor consumentenovereenkomsten wordt de open norm aangevuld met een zwarte en grijze lijst van bedingen die geacht respectievelijk vermoed worden oneerlijk te zijn indien ze in een overeenkomst met een consument worden gehanteerd (art. 84 en 85 GEKR). Daarbij moet worden opgemerkt dat door de restrictieve opvatting van het begrip 'consument' in art. 2 onder f Verordening, de koper van een computer of koffer die zowel voor zakelijk als privégebruik bestemd is, als handelaar moet worden gekwalificeerd, en daarmee slechts gebruik kan maken van de veel beperktere toetsing aan art. 86 GEKR.

De consequentie van het oordeel dat een beding oneerlijk is, is weer te vinden in de inleidende afdeling: art. 79 lid 1 GEKR geeft aan dat een dergelijk beding niet bindend is voor de wederpartij. Het tweede lid voegt daaraan toe dat voor zover de overeenkomst zonder de oneerlijke voorwaarde in stand kan blijven, de andere voorwaarden bindend blijven. Daarmee sluit het artikel aan bij de regeling van art. 6 lid 1 Richtlijn oneerlijke bedingen. Naar Nederlands recht wordt hetzelfde resultaat bereikt met toepassing van art. 3:41 BW.^[6]

3. Grenzen aan het toepassingsgebied van de oneerlijkheidstoets

3.1 Soorten overeenkomsten en wederpartijen

Het toepassingsgebied van de algemene voorwaarden-regeling in het Gemeenschappelijk Europees Kooprecht wordt op verschillende manieren beperkt. De meest vergaande beperkingen vloeien voort uit het toepassingsgebied van het Gemeenschappelijk Europees Kooprecht: partijen dienen in de eerste plaats te kiezen voor toepasselijkheid van het Gemeenschappelijk Europees Kooprecht. Art. 4 lid 1 Verordening beperkt de territoriale werkingssfeer vervolgens tot grensoverschrijdende consumentenovereenkomsten en tot grensoverschrijdende handelsovereenkomsten waarbij ten minste één 'kmo' betrokken is. Daarmee wordt gedoeld op een kleine of middelgrote onderneming, dat wil zeggen een onderneming die minder dan 250 personeelsleden heeft en een omzet en balanstotaal van minder dan € 50 miljoen respectievelijk € 43 miljoen heeft.^[7] Het materiële toepassingsgebied is beperkt tot koopovereenkomsten, overeenkomsten tot levering van digitale inhoud, en met dergelijke hoofdovereenkomsten verbonden diensten. Deze algemene beperkingen worden elders in dit nummer uitgebreid besproken en blijven hier daarom grotendeels buiten beschouwing.^[8] Voor zover de overeenkomst binnen het bereik van de verordening valt en partijen kiezen voor toepasselijkheid van het Gemeenschappelijk Europees Kooprecht, geldt volgens art. 81 GEKR dat de gehele algemene voorwaarden-regeling van dwingend recht is, ook in het geval van een handelsovereenkomst.^[9] Nu de verordening op dit punt geen beperking bevat, geldt dit ook indien de nationale wetgever het toepassingsgebied van de verordening, overeenkomstig de optie die in art. 13 Verordening geboden wordt, heeft uitgebreid tot zuiver binnenlandse overeenkomsten en overeenkomsten waarbij alleen 'grote handelaren' zijn betrokken.^[10]

Het toepassingsgebied van de Nederlandse algemene voorwaarden-regeling lijkt op het eerste gezicht een stuk eenvoudiger te bepalen. Uitgangspunt is dat wanneer het 'interne' Nederlandse recht van toepassing is, afdeling 6.5.3 BW dwingendrechtelijk van toepassing is. Voor wat betreft het materiële bereik zijn slechts uitgesloten arbeidsovereenkomsten en collectieve arbeidsovereenkomsten.^[11] Het territoriale bereik van de regeling wordt bepaald door art. 6:247 BW. Zij is steeds van toepassing en van dwingend recht wanneer beide partijen in de uitoefening van beroep of bedrijf handelen en zij beide in Nederland gevestigd zijn, en wanneer de wederpartij van de handelaar een in Nederland woonachtige consument is.^[12] De wettelijke regeling is echter op grond van art. 6:247 lid 2 BW *niet* van toepassing wanneer beide partijen in de uitoefening van beroep of bedrijf handelen en zij beide niet in Nederland gevestigd zijn, ook niet indien op de overeenkomst Nederlands recht van toepassing is. Deze bepaling is mijns inziens onnodig betuttelend en bovendien ineffectief: waarom zouden commerciële partijen die er zelf voor kiezen om Nederlands recht op hun

overeenkomst van toepassing te verklaren of te laten, tegen die keuze 'beschermd' moeten worden door de algemene voorwaarden-regeling uit te schakelen? Bovendien kan de wederpartij zo nodig wél een beroep doen op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid van art. 6:248 lid 2 BW, zodat hier sprake lijkt van schijnzekerheid.^[13]

Een van de meest complexe onderdelen van de Nederlandse regeling betreft het personele bereik van de vernietigingsgronden van art. 6:233 BW. De 'snelle toepasselijkheid' van algemene voorwaarden, bedoeld in art. 6:232 BW, geldt voor alle gevallen waarop de afdeling volgens art. 6:247 BW van toepassing is. Art. 6:235 lid 1 BW sluit een beroep op de vernietigingsgronden van art. 6:233 BW echter uit voor zogenaamde grote wederpartijen. Daaronder vallen rechtspersonen die, kort samengevat, ten tijde van het sluiten van de overeenkomst laatstelijk hun jaarrekening openbaar hebben gemaakt of waarvan de jaarrekening is opgenomen in de geconsolideerde jaarrekening van een andere rechtspersoon, evenals andere rechtspersonen indien bij hen op het moment van de contractsluiting vijftig of meer personen werkzaam zijn dan wel uit een opgave krachtens de Handelsregisterwet blijkt dat dit op dat moment het geval is. Ook wederpartijen die dezelfde of nagenoeg dezelfde algemene voorwaarden hanteren, komt volgens art. 6:235 lid 3 BW geen beroep op de vernietigingsgronden toe.

Opmerkelijk is dat het toepassingsgebied van het Gemeenschappelijk Europees Kooprecht weliswaar beperkt is, maar dat *als* de overeenkomst binnen het toepassingsgebied valt en partijen voor de toepassing ervan hebben gekozen, de oneerlijkheidstoets steeds van toepassing is, ook indien beide partijen in de uitoefening van hun bedrijf handelen en zelfs indien de wederpartij een 'grote wederpartij' is of dezelfde algemene voorwaarden hanteert – een met art. 6:235 lid 1 en 3 BW overeenkomende bepaling ontbreekt in het Gemeenschappelijk Europees Kooprecht. Dat betekent bijvoorbeeld dat wanneer in een overeenkomst tussen een grote energieleverancier en een kleine sportvereniging onverhoopt de algemene voorwaarden van de sportvereniging van toepassing zouden zijn en partijen gekozen hebben (en konden kiezen) voor toepasselijkheid van het Gemeenschappelijk Europees Kooprecht, de energieleverancier als wederpartij een beroep toekomt op de inhoudstoets van, in dit geval, art. 86 GEKR.

3.2 Kernbedingen

Art. 80 lid 2 en 3 GEKR bepalen, in navolging van art. 4 lid 2 Richtlijn oneerlijke bedingen, dat de oneerlijkheidstoets evenmin van toepassing is ten aanzien van kernbedingen – omschreven als bedingen die het eigenlijke voorwerp van de overeenkomst omschrijven – en ten aanzien van de vraag of de te betalen prijs 'juist' (in het Engels: 'appropriate') is. Naar Nederlands recht wordt hetzelfde aangenomen.^[14] De reden voor deze beperking van de inhoudstoets is dat juist voor de primaire prestaties geldt dat alleen de contractspartijen kunnen bepalen of deze met elkaar in evenwicht zijn en dat de wederpartij juist *omdat* het om de fundamentele balans tussen de wederzijdse prestaties gaat, heel goed in staat is om zelf die afweging te maken, ook al is zij niet in de gelegenheid geweest om over de prijs of de precieze prestatie van de gebruiker te onderhandelen. Een inhoudscontrole die ook betrekking heeft op de kernprestaties van partijen – voor zover deze althans in duidelijke en begrijpelijke taal geformuleerd zijn – vormt daarmee een te vergaande inbreuk op de contracteervrijheid en de vrijheid van partijen om de inhoud van hun overeenkomst zelf vorm te geven.^[15]

Voor zover een kernbeding niet duidelijk en begrijpelijk geformuleerd is, is in art. 80 lid 2 GEKR bepaald dat een dergelijk beding in een consumentenovereenkomst wel getoetst kan worden. In lid 3 ontbreekt een soortgelijke bepaling voor handelsovereenkomsten, zodat onduidelijke kernbedingen in handelsovereenkomsten niet onder de toetsing van art. 86 GEKR vallen. Naar Nederlands recht zijn onduidelijke kernbedingen ook in handelsovereenkomsten onderworpen aan de inhoudstoets (en aan de informatieplicht van art. 6:233 onder b BW), zolang de wederpartij althans geen grote wederpartij in de zin van art. 6:235 BW is. Op dit punt is het toepassingsgebied van de inhoudscontrole in het Gemeenschappelijk Europees Kooprecht dus wat beperkter geformuleerd.

3.3 Niet-individueel onderhandelde bedingen

Een verdere algemene begrenzing van het toepassingsgebied van de algemene voorwaarden-regeling is

verstopt in de formulering van het transparantiebeginsel van art. 82 en in die van de open normen van art. 83 en 86 GEKR: al deze bepalingen zijn alleen van toepassing indien over het beding 'niet afzonderlijk onderhandeld is'.^[16] Art. 7 lid 1 GEKR maakt duidelijk dat over een voorwaarde niet afzonderlijk is onderhandeld wanneer deze door een partij is 'bedongen' en de wederpartij de inhoud ervan niet heeft kunnen beïnvloeden. Het woord 'bedongen' zegt weinig over de vraag wanneer de voorwaarde opgesteld moet zijn. In de Engelse, Duitse en Franse tekst van deze bepaling wordt voor 'bedongen' respectievelijk de woorden 'supplied', 'gesteld' en 'proposée' gebruikt, welke alle duiden op *vooraf* opgestelde bedingen. Ook art. 2 onder d Verordening wijst daarop. Zo opgevat sluit de bepaling aan bij die van art. 3 lid 2 eerste zin Richtlijn oneerlijke bedingen. In aansluiting bij de richtlijn bepaalt art. 7 lid 3 en 4 GEKR dat een partij die stelt dat over een beding afzonderlijk is onderhandeld en dat het beding om die reden niet onder de oneerlijkheidstoets valt,^[17] daarvan de bewijslast draagt. Lid 5 voegt hieraan toe dat wanneer bij een consumentenovereenkomst door een derde opgestelde algemene voorwaarden worden gebruikt, deze door de handelaar worden bedongen. Dat brengt mee dat de handelaar de bewijslast draagt dat het initiatief tot opname van de algemene voorwaarden afkomstig is van de consument, dan wel dat het gaat om bedingen waarover door partijen afzonderlijk is onderhandeld. Voor handelsovereenkomsten lijkt overigens een beperkter kader te gelden: een beding in een handelsovereenkomst kan volgens art. 86 lid 1 GEKR slechts oneerlijk zijn indien het 'deel uitmaakt van voorwaarden waarover niet afzonderlijk is onderhandeld'. Deze formulering duidt erop dat het bij de toepassing van art. 86 lid 1 GEKR moet gaan om een beding uit een complex van algemene voorwaarden.^[18]

Wanneer over een beding afzonderlijk is onderhandeld, is de hele algemene voorwaarden-regeling van hoofdstuk 8 GEKR niet van toepassing. Weliswaar draagt de handelaar de bewijslast *dat* individueel onderhandeld is, maar niet wordt vereist dat de onderhandelingen ook tot succes voor de wederpartij hebben geleid: zodra de wederpartij de mogelijkheid heeft gehad om de inhoud van het beding te beïnvloeden, lijkt de regeling niet meer van toepassing te zijn. Art. 7 lid 2 GEKR brengt daar enige nuancering in aan: wanneer de wederpartij moet kiezen tussen 2 of meer vooraf opgestelde bedingen brengt het enkele feit dat de wederpartij een keuze uit deze bedingen maakt, niet mee dat het beding dan 'individueel onderhandeld' is. Wanneer partijen echter hebben onderhandeld over het beding, maar het ongewijzigd hebben gelaten, is van een oneerlijk beding geen sprake.

Dat is naar Nederlands recht anders: wanneer partijen onderhandeld hebben over een beding, maar dat beding niet gewijzigd hebben, blijft sprake van een algemene voorwaarde die derhalve ook onredelijk bezwarend kan worden verklaard.^[19] Het feit dat over het beding is onderhandeld, zal wel worden meegewogen bij de beoordeling van de inhoud van het beding, terwijl als gevolg van de onderhandelingen zonder meer voldaan is aan de informatieplicht van art. 6:233 onder b BW.^[20] Desalniettemin is duidelijk dat op dit punt het Nederlandse recht een ruimer toepassingsgebied kent dan het Gemeenschappelijk Europees Kooprecht. Mijns inziens is op dit punt het Nederlandse recht te prefereren: de regeling in het Gemeenschappelijk Europees Kooprecht opent de weg naar chicanes, zoals Hijma het uitdrukt: wanneer de handelaar zogenaamd aangeeft te willen onderhandelen over een beding, maar in werkelijkheid geen duimbreed toegeeft, kan onder het Nederlandse recht de mogelijke oneerlijkheid van het beding nog worden beoordeeld, terwijl dat onder het Gemeenschappelijk Europees Kooprecht niet het geval zou zijn.

4. Informatieplicht

Naar Nederlands recht vormt de informatieplicht een wezenlijk onderdeel van de bescherming van wederpartijen tegen onredelijk bezwarende bedingen in algemene voorwaarden. Uitgangspunt van art. 6:233 onder b en art. 234 BW is daarbij dat de algemene voorwaarden, al dan niet in elektronische vorm, in beginsel voor of bij contractsluiting terhandgesteld of toegezonden dienen te worden. Het simpelweg plaatsen van de algemene voorwaarden op de eigen website volstaat daarbij niet, ook niet bij een handels(koop)overeenkomst.^{[21],[22]} Wanneer de gebruiker niet aan deze informatieplicht heeft voldaan, kan de wederpartij zich – naar haar keuze – beroepen op de vernietigbaarheid van een of meer specifieke bedingen of op de vernietigbaarheid van de algemene voorwaarden in hun geheel.^[23] Het is bovendien aan de gebruiker van de algemene voorwaarden om te bewijzen dat hij de wederpartij de redelijke mogelijkheid tot kennisneming heeft geboden.^[24] Een niet door de

wederpartij ondertekende, voorgedrukte verklaring dat de wederpartij de algemene voorwaarden heeft ontvangen, volstaat niet voor het leveren van het bewijs.^[25] Wanneer de wederpartij echter een dergelijke verklaring, al dan niet voorgedrukt, heeft getekend, levert dat overeenkomstig het bepaalde in art. 157 lid 2 Rv een dwingende bewijskracht tussen partijen op, zodat de gebruiker daarmee het bewijs van de naleving van de informatieplicht heeft geleverd. De wederpartij mag evenwel tegenbewijs leveren.^[26]

Onder het GEKR geldt een ander regime. Voor de toepasselijkheid van algemene voorwaarden gelden de gewone regels van aanbod en aanvaarding.^[27] Van een vernietigingsgrond als art. 6:233 onder b BW is geen sprake. Op grond van art. 70 lid 1 GEKR kunnen algemene voorwaarden echter alleen worden ingeroepen tegenover de wederpartij indien deze daarvan op de hoogte was of wanneer de partij die de voorwaarden heeft bedongen, redelijke maatregelen heeft getroffen om deze vóór of bij het sluiten van de overeenkomst onder de aandacht van de wederpartij te brengen. Deze bepaling geldt zowel voor handels- als voor consumentenovereenkomsten en is van dwingend recht indien partijen voor toepasselijkheid van het Gemeenschappelijk Europees Kooprecht hebben gekozen.^[28] Aan dit vereiste is blijkens lid 2 in een consumentenovereenkomst niet voldaan door middel van een enkele verwijzing in het schriftelijke contract, ook niet wanneer die consument de overeenkomst ondertekent.^[29] Een algemene verplichting om de algemene voorwaarden ter hand te stellen bestaat echter niet,^[30] tenzij de bepaling van art. 70 lid 1 GEKR op dit punt extensief uitgelegd zou worden.^[31] In veel gevallen zal overigens wel een deel van de in de algemene voorwaarden vervatte informatie op grond van de precontractuele informatieverplichtingen van hoofdstuk 2 GEKR moeten worden verstrekt,^[32] maar bepalingen betreffende, bijvoorbeeld, de beperking van de aansprakelijkheid van de handelaar behoren niet tot de voor contractsluiting mede te delen informatie. Het meest in de richting van de Nederlandse informatieplicht gaat de regeling voor op afstand, niet door middel van e-mail, gesloten elektronische overeenkomsten, omdat in dat geval art. 24 lid 4 GEKR meebrengt dat de algemene voorwaarden op een duurzame drager beschikbaar dienen te worden gesteld op zodanige wijze dat deze kan worden gelezen, opgenomen en uitgeprint. De handelaar dient zo nodig te bewijzen dat hij aan deze verplichting heeft voldaan.^[33] Deze bepalingen gelden voor zowel consumenten- als handelsovereenkomsten en zijn in het geval van een consumentenovereenkomst van dwingend recht.^[34] Schending van dit artikellid leidt echter niet tot nietigheid of vernietigbaarheid van de algemene voorwaarden, maar slechts tot schadevergoeding.^[35]

In het geval van een consumentenovereenkomst zullen de regels onder het Gemeenschappelijk Europees Kooprecht in de praktijk niet veel anders uitpakken dan onder het Nederlandse recht: in beide gevallen zal de handelaar de algemene voorwaarden voor of bij contractsluiting ter hand moeten hebben gesteld om zeker te kunnen zijn dat hij de algemene voorwaarden (voor zover zij niet oneerlijk zijn) kan invoeren. Het Nederlandse recht legt daarbij de bewijslast van het hebben voldaan aan de informatieplicht uitdrukkelijk op de gebruiker van de algemene voorwaarden; een overeenkomstige bepaling ontbreekt in het Gemeenschappelijk Europees Kooprecht. Voor handelsovereenkomsten biedt de Nederlandse regeling de wederpartij een veel betere bescherming aangezien bij een dergelijke overeenkomst onder het Gemeenschappelijk Europees Kooprecht de enkele verwijzing naar algemene voorwaarden voldoende zou kunnen zijn om de handelaar een beroep op de algemene voorwaarden te kunnen laten.

5. Transparantiebeginsel

Art. 82 lid 1 GEKR bepaalt dat tegenover een consument gehanteerde algemene voorwaarden in duidelijke en begrijpelijke taal moeten worden gesteld en meegedeeld. Deze bepaling is ontleend aan art. 5 eerste zin Richtlijn oneerlijke bedingen en in het Nederlandse recht opgenomen in art. 6:238 lid 2 BW. De reikwijdte van deze bepaling is beperkt tot consumentenovereenkomsten, maar in de literatuur wordt verdedigd dat het bij deze bepaling om een algemeen geldend vereiste gaat dat derhalve ook voor handelsovereenkomsten zou gelden.^[36] Dat is in lijn met de regeling in de Draft Common Frame of Reference (DCFR), waar het transparantiebeginsel verdedigd wordt met de opmerking dat het beoogt de wederpartij in staat te stellen om zonder (rechts)bijstand te kunnen beoordelen welke verplichtingen en rechten voortvloeien uit de overeenkomst.^[37] Wel wordt erkend dat

de vraag of een beding in duidelijke en begrijpelijke taal gesteld is, anders kan worden beantwoord in een handelsovereenkomst dan in een consumentenovereenkomst.^[38] Zo zullen twee handelaren die in dezelfde branche actief zijn, veelal geen problemen hebben om in de desbetreffende branche gehanteerd jargon te begrijpen, terwijl handelaren die in verschillende branches actief zijn – een fabrikant van wasmachines koopt een nieuwe computer – het door de andere partij gebruikte jargon niet steeds zal begrijpen, terwijl een consument dergelijk jargon veelal niet zal begrijpen.

Noch de richtlijn, noch het Nederlandse recht geeft een duidelijke sanctie op de schending van het transparantiebeginsel. In het Duitse recht – waar het transparantiebeginsel aan is ontleend – heeft de schending van het transparantiebeginsel zich ontwikkeld tot een vrijwel zelfstandige vernietigingsgrond: het Bundesgerichtshof stelt in vaste rechtspraak dat als een beding het transparantiebeginsel schendt, het daarmee de wederpartij onredelijk benadeelt, zelfs indien het beding op zichzelf tot redelijke resultaten zou leiden.^[39] Ook de toelichting op art. 6:302 ACQP (Transparency of terms)^[40] wijst nadrukkelijk in deze richting: 'Contract terms have to be transparent, *in order to pass the fairness test*' (curs. toegevoegd, MBML).^[41] In de DCFR bepaalt art. II.–9:402 lid 2 DCFR (Duty of transparency in terms not individually negotiated) zelfs expliciet dat een beding dat niet duidelijk of begrijpelijk is geformuleerd, in consumentenovereenkomsten op die enkele grond alleen al als oneerlijk kan worden beschouwd. Voor alle overeenkomsten, dus ook voor handelsovereenkomsten, is de schending van het transparantiebeginsel bovendien een factor waar bij de beoordeling van de oneerlijkheid van het beding rekening mee moet worden gehouden.^[42]

Het is duidelijk dat de Europese Commissie in het voorstel voor een Gemeenschappelijk Europees Kooprecht een beperktere rol voor het transparantiebeginsel heeft beoogd: het transparantiebeginsel is uitdrukkelijk (alleen) in de afdeling opgenomen die betrekking heeft op consumentenovereenkomsten. De keuze om het transparantiebeginsel niet ook op handelsovereenkomsten van toepassing te verklaren, wordt niet toegelicht. Opmerkelijk is bovendien dat de sanctie van art. II.–9:402 lid 2 DCFR (Duty of transparency in terms not individually negotiated) niet is overgenomen: art. 83 lid 1 GEKR bepaalt slechts dat bij de beoordeling van de oneerlijkheid van een beding rekening moet worden gehouden met de vraag of de handelaar de transparantieplichting van art. 82 GEKR is nagekomen. Dat is op zich in overeenstemming met het Nederlandse recht,^[43] maar geeft weinig duidelijkheid over het precieze effect van een schending van het transparantiebeginsel: is dit een zwaarwegende factor, zodat een onduidelijk of onbegrijpelijk beding al snel als oneerlijk zal worden aangemerkt, of is dit slechts 'een omstandigheid' waar rekening mee wordt gehouden of die de doorslag geeft in twijfelgevallen? Mede gelet op functie die het transparantiebeginsel dient te vervullen ben ik geneigd om de schending van het transparantiebeginsel als een belangrijke omstandigheid te zien bij de inhoudstoets, zowel bij de toetsing aan art. 6:233 onder a BW als bij de toetsing aan art. 83 lid 1 GEKR voor consumentenovereenkomsten, maar ook bij de toetsing aan art. 86 lid 1 GEKR voor handelsovereenkomsten, ook al wordt de omstandigheid niet met zoveel woorden genoemd in de opsomming van in aanmerking te nemen factoren in art. 86 lid 2 GEKR.

Het transparantiebeginsel was ook opgenomen in art. 31 lid 1 van het oorspronkelijke voorstel voor de Richtlijn consumentenrechten.^[44] Aan die bepaling was echter toegevoegd dat de algemene voorwaarden ook goed leesbaar dienen te zijn. Mijns inziens bracht dat de verplichting voor de handelaar mee om de algemene voorwaarden in een zodanig lettertype en een zodanige lettergrootte te plaatsen dat de consument ze ook daadwerkelijk zou kunnen lezen.^[45] In de definitieve versie van de Richtlijn consumentenrechten ontbreken bepalingen over algemene voorwaarden, zodat ook deze aanpassing van het transparantiebeginsel niet gecodificeerd is. Mijns inziens is het niet opnemen van deze toevoeging in art. 82 lid 1 GEKR een gemiste kans.

Een andere, bijzondere invulling van het transparantiebeginsel^[46] is opgenomen in art. 71 GEKR. Krachtens deze bepaling dient de handelaar bij een consumentenovereenkomst de consument uitdrukkelijk te vragen of deze instemt met eventuele aanvullende betalingen naast de overeengekomen betaling voor de hoofdverbintenis van de handelaar. Ontbreekt een dergelijke expliciete instemming dan bindt de verplichting tot betaling van de aanvullende vergoeding de consument niet en kan deze een eventuele betaling terugvorderen, kennelijk op basis van onverschuldigde betaling. De bepaling is met name van belang bij de toepassing van standaardopties die de consument moet verwerpen indien hij aanvullende betalingen wil voorkomen, zo geeft het artikel aan. De bepaling is

rechtstreeks ontleend aan art. 22 Richtlijn consumentenrechten en zal derhalve na omzetting van die richtlijn ook gelden voor consumentenovereenkomsten die niet door het Gemeenschappelijk Europees Kooprecht worden beheerst. In de preambule bij het oorspronkelijke richtlijnvoorstel werd duidelijk gemaakt dat de bepaling beoogt opt-outsysteem te bestrijden zoals die thans veelal voorkomen in de vorm van al aangevinkte vakjes bij online verkoop.^[47] Te denken valt bijvoorbeeld aan het geval waarin de consument online een computer koopt en hij er automatisch (en tegen betaling) een bijkomend product, zoals een verzekering of extra garantie, bijbestelt, tenzij hij uitdrukkelijk aangeeft het bijkomende product niet te willen bestellen. Voor zover een consument als gevolg van een dergelijke verboden koppelverkoop teveel heeft betaald, dient de extra betaling derhalve aan hem te worden terugbetaald.

6. De oneerlijkheidstoets en de lijsten met bedingen

6.1 De oneerlijkheidstoets voor consumenten- en handelsovereenkomsten

In het Nederlandse recht geldt de open norm van art. 6:233 onder a BW zowel voor algemene voorwaarden die voorkomen in overeenkomsten met consumenten als voor algemene voorwaarden in overeenkomsten met kleine professionele wederpartijen.^[48] Dat is bij een keuze voor het Gemeenschappelijk Europees Kooprecht anders: terwijl de open norm voor consumentenovereenkomsten is overgenomen uit de Richtlijn oneerlijke bedingen en dus geacht kan worden overeen te komen met de bepaling van art. 6:233 onder a BW,^[49] is de open norm voor in handelsovereenkomsten voorkomende oneerlijke bedingen nadrukkelijk anders geformuleerd. Volgens art. 83 lid 1 GEKR is een beding waarover niet afzonderlijk is onderhandeld in een consumentenovereenkomst oneerlijk indien het 'in strijd met de goede trouw en de redelijkheid en billijkheid, het evenwicht tussen de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verbintenissen van partijen aanzienlijk verstoort ten nadele van de consument'. Bij een handelsovereenkomst is blijkens art. 86 lid 1 onder b GEKR een voorwaarde 'alleen oneerlijk wanneer (...) de voorwaarde van dien aard is dat het gebruik ervan grovelijk afwijkt van de gangbare handelspraktijken en indruist tegen de goede trouw en de redelijkheid en billijkheid.' De Engelse tekst van de bepaling komt op dit punt letterlijk overeen met de tekst van art. II.-9:405 DCFR (Meaning of 'unfair' in contracts between businesses)^[50] en sluit aan bij de tekst van art. 7 lid 1 Richtlijn bestrijding van betalingsachterstand bij handelstransacties 2011.^[51] Uit de toelichting op art. II.-9:405 DCFR blijkt dat met de formulering nadrukkelijk een meer terughoudende beoordeling is beoogd dan die welke geldt voor consumentenovereenkomsten.^[52] Ter rechtvaardiging van de minder vergaande toetsing wordt slechts opgemerkt dat het bestaan van een inhoudstoets voor handelstransacties (op zich al) een controversiële politieke aangelegenheid is^[53] en dat zij niet wordt gerechtvaardigd door de algemene veronderstelling van een ongelijke onderhandelingspositie,^[54] maar slechts door de aanname dat het gebruik van vooraf door één partij opgestelde algemene voorwaarden het die partij mogelijk maakt om door middel van de algemene voorwaarden de contractuele vrijheid van de wederpartij te beperken.^[55] Het is juist dit argument dat – ook in Nederland – heeft geleid tot het ontstaan van de eerste vormen van bescherming tegen algemene voorwaarden: de bekende arresten *Saladin/HBU*^[56] en *Pseudovogelpes*^[57] betroffen beide handelstransacties.^[58] Het argument verklaart dan ook niet waarom de inhoudstoets voor handelstransacties anders vormgegeven zou moeten zijn dan voor consumentenovereenkomsten.^[59] In beide gevallen is de wederpartij immers feitelijk gedwongen geweest om in te stemmen met de toepasselijkheid van de algemene voorwaarden. Het zou dan ook logischer geweest zijn indien de inhoudstoets voor consumentenovereenkomsten op dit punt dezelfde zou zijn als voor handelsovereenkomsten.^[60] Het gaat dan ook veel meer om het herstellen van de wilsautonomie van de partij die geconfronteerd wordt met een in de overeenkomst opgenomen oneerlijk beding dan om de bescherming tegen een ongelijke onderhandelingspositie.^[61] Het feit dat we in het ene geval met een consument als wederpartij te maken hebben en in het andere geval met een professionele partij – en mogelijk zelfs een naar Nederlandse begrippen 'grote wederpartij' – zou vervolgens wel een factor kunnen zijn bij de uiteindelijke beoordeling of een beding *in*

deze overeenkomst oneerlijk is, net zoals de feitelijke onderhandelingspositie van partijen en de wijze waarop het beding in de overeenkomst is opgenomen relevante factoren zijn.^[62]

Wat hiervan zij, in het Gemeenschappelijk Europees Kooprecht zijn vooralsnog verschillende normen voor de inhoudstoetsing opgenomen. Opmerkelijk genoeg zijn de bij de beoordeling mee te wegen factoren bij de beide open normen nagenoeg dezelfde: de aard van de op grond van de overeenkomst te leveren prestatie, de omstandigheden waarin de overeenkomst werd gesloten, de andere voorwaarden van de overeenkomst en de voorwaarden van eventuele met deze overeenkomst samenhangende andere overeenkomsten worden in beide gevallen meegewogen. Bij consumentenovereenkomsten dient daarnaast nog rekening te worden gehouden met een eventuele schending van het transparantiebeginsel, maar zoals in paragraaf 5 is betoogd, is dit mijns inziens bij de toetsing aan art. 86 lid 1 GEKR niet anders. Uit de verschillende formulering van de beide open normen en de duidelijk beperktere bedoeling van de opstellers van het Gemeenschappelijk Europees Kooprecht (en de DCFR) moet mijns inziens wel worden aangenomen dat eventuele reflexwerking van de zwarte en grijze lijst van (mogelijke) oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten nadrukkelijk *niet* wordt beoogd, ook niet als de 'kmo' overigens op een consument gelijk. Dat is des te ongelukkiger nu het begrip 'consument' in navolging van de omschrijving van dat begrip in art. 2 onder 1 Richtlijn consumentenrechten beperkt is opgevat: onder die term valt alleen de natuurlijke persoon die handelt voor doeleinden die geen verband houden met zijn handels-, bedrijfs-, ambachts- of beroepsactiviteit. De koper van een koffer die zowel voor vakanties als voor zakelijke reizen bestemd is, en de koper van de computer die zakelijk wordt gebruikt als tekstverwerker en privé om mee te gamen, zijn daarmee niet aan te merken als een consument, maar als een kmo, zodat niet art. 82-85 GEKR, maar slechts de beperkte toetsing aan art. 86 GEKR openstaat. Voor dergelijke wederpartijen geldt bovendien, zoals in paragraaf 4 is opgemerkt, dat ook de informatieplicht minder bescherming biedt dan voor consumentenovereenkomsten.

6.2 De zwarte en grijze lijst voor consumentenovereenkomsten

Wanneer de koper wel als een consument kan worden aangemerkt, bevatten art. 84 en 85 GEKR in aanvulling op de open norm bedingen die worden geacht respectievelijk vermoed oneerlijk te zijn in een consumentenovereenkomst. Daarmee gaat het voorstel voor een Gemeenschappelijk Europees Kooprecht aanzienlijk verder dan de Richtlijn oneerlijke bedingen,^[63] waar de bijgevoegde lijst met bedingen slechts een indicatief en niet uitputtend karakter heeft, zoals art. 3 lid 3 Richtlijn bepaalt, en ook verder dan de DCFR dat alleen het forumkeuzebeding onder alle omstandigheden als oneerlijk beschouwt,^[64] en waarin de bijlage bij de richtlijn als grijze lijst is opgenomen in art. II.-9:410 DCFR.^[65] De invoering van een zwarte en grijze lijst sluit aan bij het oorspronkelijke voorstel voor een Richtlijn consumentenrechten,^[66] maar beide lijsten kennen aanzienlijk meer bedingen dan in het richtlijnvoorstel het geval was: 11 in plaats van 5 zwarte bedingen, en 23 in plaats van 12 grijze bedingen. Grosso modo stemmen de bepalingen van de beide Europese lijsten gezamenlijk overeen met die van art. 6:236 en art. 237 BW, zij het dat sommige bepalingen van de Nederlandse grijze lijst verplaatst zijn naar de Europese zwarte lijst en sommige bedingen van de Nederlandse zwarte lijst juist zijn opgenomen op de Europese grijze lijst.^[67]

Een interessante vraag is of het Hof van Justitie zich, anders dan met de overeenkomstige open norm van art. 3 lid 2 Richtlijn oneerlijke bedingen, wel met de invulling van de open normen van art. 83 en 86 GEKR zal gaan bemoeien. In het *Freiburger Kommunalbauten*-arrest^[68] had het Hof deze invulling nadrukkelijk aan de nationale rechter overgelaten met het argument dat de vraag of het beding oneerlijk is mede afhangt van de overige op de overeenkomst van toepassing zijnde regels van nationaal privaatrecht. Dat argument verliest in belangrijke mate zijn waarde indien die regels voor een belangrijk deel ook 'vereuropeaaniseerd' zijn, zoals het geval is bij het Gemeenschappelijk Europees Kooprecht, dat juist in alle Europese lidstaten identiek zou moeten zijn.^[69] Uniforme uitleg van die regels – in hoogste instantie door het Hof van Justitie – is daar een noodzakelijke voorwaarde voor. Gebeurt dat niet, dan zal ook in de toekomst een beding in de ene lidstaat wel als oneerlijk worden gezien, maar in de andere lidstaat zijn toegestaan. Dat betekent dan weer dat handelaren hun algemene voorwaarden zullen moeten aanpassen om te kunnen voldoen aan de vereisten

van de verschillende lidstaten, wat volgens de Europese Commissie nu juist een van de redenen zou zijn waarom er tot dusver onvoldoende gebruik wordt gemaakt van de interne markt.^[70] Vanuit het perspectief van de interne markt zijn uniforme lijsten met zwarte en grijze bedingen dus wenselijk, maar vanuit nationaal perspectief kan daar ook anders naar worden gekeken. Zo worden boetebedingen naar Nederlands recht in beginsel geldig geacht, maar het beding komt wel op de nieuwe Europese grijze lijst voor.^[71] Terwijl de rechter de plaatsing van het beding op de bijlage bij de richtlijn wellicht nog negeert omdat die geen verbindende kracht heeft, zal het al veel lastiger worden om dit signaal van de Europese wetgever te negeren. Weliswaar geldt de Europese grijze lijst formeel alleen indien gekozen wordt voor toepasselijkheid van het Gemeenschappelijk Europees Kooprecht, maar omdat de norm van art. 83 GEKR en die van art. 6:233 onder a BW dezelfde zijn, lijkt een sterke mate van reflexwerking van de Europese zwarte en grijze lijst op de nationale open norm voor de hand te liggen.^[72]

7. Conclusie

7.1 De belangrijkste overeenkomsten en verschillen

Bij bestudering van de regeling voor algemene voorwaarden in het Gemeenschappelijk Europees Kooprecht blijkt dat deze in veel opzichten op de huidige Nederlandse regeling in het Burgerlijk Wetboek lijkt. Beide regelingen gaan uit van een open norm, waarbij voor consumentenovereenkomsten een zwarte en grijze lijst is opgenomen met bedingen die geacht respectievelijk vermoed worden oneerlijk (onredelijk bezwarend) te zijn. Wanneer een beding oneerlijk wordt geoordeeld, zal het beding buiten toepassing worden gelaten, maar dit leidt in beginsel niet tot nietigheid van de rest van de overeenkomst. Ook in het Gemeenschappelijk Europees Kooprecht is de toepassing van het transparantiebeginsel formeel beperkt tot consumentenovereenkomsten, maar lijkt het aannemelijk dat het beginsel ook een rol zal spelen bij de toetsing van bedingen in handelsovereenkomsten.

Versillen tussen beide regelingen zijn er natuurlijk ook. In de eerste plaats is de informatieplicht op een andere wijze vormgegeven: wanneer de gebruiker van de algemene voorwaarden deze niet heeft meegestuurd of terhandgesteld voor of bij contractsluiting, zijn de algemene voorwaarden niet, zoals naar intern Nederlands recht geldt, vernietigbaar. Wanneer de wederpartij echter niet van de algemene voorwaarden op de hoogte was of de gebruiker geen redelijke maatregelen heeft getroffen om deze vóór of bij het sluiten van de overeenkomst onder de aandacht van de wederpartij te brengen, kan de gebruiker geen beroep doen op de inhoud van de algemene voorwaarden. In ieder geval voor consumentenovereenkomsten is daarbij een enkele verwijzing naar de algemene voorwaarden niet voldoende, zodat voor dergelijke overeenkomsten de informatieplicht in de praktijk op dezelfde wijze zal uitwerken als naar intern Nederlands recht. Wanneer een onderneming de wederpartij is, zou een dergelijke verwijzing – mits voldoende duidelijk naar voren gebracht – wel voldoende kunnen zijn. Daarmee lijkt het Gemeenschappelijk Europees Kooprecht iets meer in overeenstemming te zijn met de gebruikelijke gang van zaken in het handelsverkeer – maar de wederpartij ook minder bescherming te bieden tegen oneerlijke bedingen in die algemene voorwaarden. Indien de overeenkomst echter op afstand is gesloten en niet door middel van e-mail, dienen de algemene voorwaarden zowel bij een consumentenovereenkomst als bij een handelsovereenkomst op een duurzame drager beschikbaar dienen te worden gesteld op zodanige wijze dat deze kan worden gelezen, opgenomen en uitgeprint.

Een ander belangrijk verschil betreft het feit dat voor handelsovereenkomsten in het Gemeenschappelijk Europees Kooprecht een andere open norm geldt dan voor consumentenovereenkomsten en, in het verlengde daarvan, dat weinig ruimte lijkt te bestaan voor reflexwerking van de zwarte en grijze lijst op de open norm voor handelsovereenkomsten.^[73] Dat is te betreuren, zeker omdat het begrip 'consument' in het Gemeenschappelijk Europees Kooprecht, evenals in de Richtlijn consumentenrechten, beperkt is gebleven tot natuurlijke personen die niet handelen in de uitoefening van beroep of bedrijf, waardoor personen die een gemengde bestemming hebben voor de door hen aangeschafte goederen – de bekende voorbeelden van de computer en de koffer – veelal buiten het toepassingsgebied van de consumentenbeschermende bepalingen zullen vallen.

Een ander verschil is dat de toetsing aan art. 86 lid 1 GEKR ook mogelijk is voor wederpartijen die volgens het

GEKR als een kleine of middelgrote onderneming moet worden aangemerkt omdat zij minder dan 250 personeelsleden heeft en een omzet en balanstotaal van minder dan € 50 miljoen respectievelijk € 43 miljoen heeft. Naar Nederlands recht zullen dergelijke ondernemingen in veel gevallen als een 'grote wederpartij' in de zin van art. 6:235 lid 1 BW worden aangemerkt, al was het maar omdat de onderneming 50 werknemers of meer in dienst heeft. Wanneer een lidstaat de mogelijkheid om te kiezen voor toepasselijkheid van het Gemeenschappelijk Europees Kooprecht ook openstelt voor overeenkomsten tussen twee grote ondernemingen, geldt art. 86 lid 1 GEKR onverminderd, zodat dan zelfs een (naar Europese begrippen) grote onderneming een beroep kan doen op de onredelijkheid van een beding. De toets van het artikel is echter dermate terughoudend dat niet goed voorstelbaar is dat de uitkomst naar Nederlands recht bij een toetsing aan de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid een andere zou zijn.

In vergelijking tot de bestaande Europese Richtlijn oneerlijke bedingen valt vooral de invoering van een Europese zwarte en grijze lijst op. Dat kan als een groot pluspunt worden gezien. Bij een eerste blik op die lijsten lijkt ook sprake te zijn van een tamelijk hoog niveau van consumentenbescherming – de lijsten zijn niet identiek aan de Nederlandse lijsten, maar stemmen daar *grosso modo* wel mee overeen.

7.2 Een goed alternatief voor de algemene voorwaarden-regeling in het BW

Biedt het Gemeenschappelijk Europees Kooprecht nu een regeling voor algemene voorwaarden die zich voor wat betreft het niveau van bescherming tegen onredelijke bedingen in algemene voorwaarden kan meten met de 'gewone' Nederlandse regeling? Mijns inziens dient deze vraag bevestigend te worden beantwoord. Een belangrijk pluspunt voor het Europese voorstel is het veel ruimere toepassingsgebied van de open norm ten aanzien van professionele wederpartijen: waar art. 6:235 lid 1 BW een aanmerkelijke beperking van het toepassingsgebied van beide vernietigingsgronden met zich brengt, kent het Gemeenschappelijk Europees Kooprecht niet een vergelijkbare beperking. De verschillende normen ter invulling van de oneerlijkenorm voor consumenten en handelaren en, daarmee samenhangend, de beperkte ruimte voor reflexwerking van de zwarte en grijze lijst op de inhoudscontrole bij een handelsovereenkomst zijn mijns inziens ongelukkig, met name voor gevallen waarin een wederpartij sterk op een consument lijkt maar formeel niet aan de (enge) omschrijving van dat begrip voldoet. Door de verschillende normen voor de inhoudstoets zal de inhoudstoetsing voor grote ondernemingen overigens niet heel anders uitwerken dan in Nederland geldt met toepassing van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid in art. 6:248 lid 2 BW. Voor handelsovereenkomsten is de informatieplicht bovendien naar mijn mening op zinnigere wijze vormgegeven dan in het op dit punt onnodig formalistische Nederlandse recht. Voor consumentenovereenkomsten zal de informatieplicht op vergelijkbare wijze als het Nederlandse recht uitpakken. De inhoud van de zwarte en grijze lijst voor consumentenovereenkomsten kan een vergelijking met het geldende Nederlandse recht ogenschijnlijk zonder problemen doorstaan.

Kortom: voor de bestrijding van oneerlijke bedingen in handelsovereenkomsten biedt het voorstel voor het Gemeenschappelijk Europees Kooprecht mijns inziens duidelijke voordelen boven het bestaande interne Nederlandse recht, terwijl de situatie er voor consumenten onder het Gemeenschappelijk Europees Kooprecht niet minder op wordt. Alleen voor 'consumenten' die naast een particuliere ook een zakelijke bestemming voor het gekochte hebben, zal het Gemeenschappelijk Europees Kooprecht ongunstige effecten hebben, omdat het afwijkende toetsingskader ter beoordeling van de oneerlijkheid van een beding – mede vanwege de beperkte ruimte voor reflexwerking – en de voor hem ten onrechte beperktere werking van de informatieplicht ongelukkige consequenties kunnen hebben.

Voetnoten

Voetnoten

- [1] Prof. mr. M.B.M. Loos is hoogleraar privaatrecht, in het bijzonder het Europees consumentenrecht, aan de Universiteit van Amsterdam.
- [2] Richtlijn 2011/83/EU van het Europees Parlement en de Raad van 25 oktober 2011 betreffende consumentenrechten, tot wijziging van Richtlijn 93/13/EEG van de Raad en van Richtlijn 1999/44/EG van het

- Europees Parlement en de Raad en tot intrekking van Richtlijn 85/577/EEG en van Richtlijn 97/7/EG van het Europees Parlement en de Raad, *PbEU* 2011, L 304/64. Zie over deze Richtlijn onder meer M.B.M. Loos, J.A. Luzak, 'De nieuwe Richtlijn consumentenrechten', *Tijdschrift voor Consumentenrecht en handelspraktijken* 2011/5, p. 184-191.
- [3] Op vergelijkbare wijze als nu al het Weens Koopverdrag als alternatief nationaal stelsel beschikbaar is voor internationale handelskoopovereenkomsten, zij het dat dit verdrag van toepassing is, tenzij partijen toepasselijkheid van het verdrag uitdrukkelijk uitsluiten.
- [4] Zie art. 13 onder a Verordening, dat lidstaten de mogelijkheid biedt om het toepassingsgebied van het GEKRR uit te breiden tot binnenlandse overeenkomsten.
- [5] Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, *PbEG* 1993, L 95/29.
- [6] Zie M.B.M. Loos, *Algemene voorwaarden*, Boom: Den Haag 2001, nr. 218-219.
- [7] Zie art. 7 Verordening.
- [8] Zie C. Cauffman, 'Het Voorstel voor een Verordening over een Gemeenschappelijk Europees Kooprecht, zo gek nog niet?', *NTBR* 2012/23.
- [9] Zie ook M. Ebers, 'El control de las cláusulas abusivas en un futuro instrumento opcional', *InDret* 2012/1, p. 31 en 36, online beschikbaar op <http://ssrn.abstract.com/abstract=1998703> (laatstelijk gecontroleerd op 24 februari 2012), p. 31 en 36, die opmerkt dat dit een reden kan vormen voor grote ondernemingen om niet te kiezen voor toepasselijkheid van het Gemeenschappelijk Europees Kooprecht op hun overeenkomsten met kmo's. In vergelijkbare zin ook N. Jansen, 'Revision des Verbraucher-acquis? Zwölf Thesen zum Kommissionsvorschlag eines Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts und zur Zukunft des europäischen Vertragsrechts' 2012, p. 27-28, online beschikbaar via http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1997191 (laatstelijk gecontroleerd op 24 februari 2012).
- [10] H. Eidenmüller, N. Jansen, E.-M. Kieninger, G. Wagner, R. Zimmermann, 'Der Vorschlag für eine Verordnung über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht. Defizite der neuesten Textstufe des europäischen Vertragsrecht', 2012, p. 9-10, online beschikbaar op http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1991705 (laatstelijk gecontroleerd op 24 februari 2012), p. 20, stellen dat de toepasselijkheid van de inhoudscontrole geen pas geeft wanneer beide partijen grote wederpartijen in de zin van de verordening zijn – partijen dus met 250 personen of meer in dienst, een jaaromzet van meer dan € 50 miljoen of een jaarlijks balanstotaal van meer dan € 43 miljoen. De dwingendrechtelijke toepasselijkheid van de inhoudscontrole onder het Gemeenschappelijk Europees Kooprecht zal dergelijke partijen ertoe dwingen uit te wijken naar het Engelse of Zwitserse recht, waar een inhoudscontrole in dergelijke gevallen uitgesloten is, zo stellen zij.
- [11] Zie art. 6:245 BW.
- [12] Zie art. 6:247 lid 1 en 4 BW.
- [13] Zie kritisch H.N. Schelhaas, *Algemene voorwaarden in handelstransacties*, Kluwer: Deventer 2011, p. 8-9.
- [14] Zie Loos 2001, nr. 8.
- [15] Vgl. K. Riesenhuber, 'Die Inhaltskontrolle von Vereinbarungen über Hauptleistung und Preis im Europäischen Vertragsrecht', in: J. Dammann, W. Grunsky, Th. Pfeiffer, *Gedächtnisschrift für Manfred Wolf*, München: Verlag C.H. Beck 2011, p. 124-125, 132-133.
- [16] Th. Pfeiffer, 'Unfaire Vertragsbestimmungen', *European Review of Private Law* 2011, p. 844 (hierna: Pfeiffer 2011a) merkt terecht op dat deze bepaling niet verstopt had moeten worden in de formulering van de inhoudscontrole, maar in de inleidende afdeling had moeten worden opgenomen omdat zij het toepassingsgebied van de inhoudscontrole betreft.
- [17] Normaal gesproken zal dat de gebruiker van de algemene voorwaarden zijn.
- [18] Vgl. ook Pfeiffer 2011a, p. 843. Anders F. Zoll, 'Das Konzept des Verbraucherschutzes in der Machbarkeitsstudie für das Optionale Instrument. Rechtfertigung der Differenzierung des persönlichen Anwendungsbereiches einzelner Normen', *Zeitschrift für Europäisches Unternehmens- und Verbraucherrecht* 2012/1, p. 19.
- [19] Zie Jac. Hijma, *Algemene voorwaarden* (3^e druk), Monografie BW B-55, Kluwer: Deventer 2010, nr. 15.

- [20] Zie ook Loos 2001, nr. 5.
- [21] Zie HR 11 februari 2011, *RvdW* 2011/252, *LJN* BO7108 (*First Data B.V./KPN Hotspots Schiphol B.V.*).
- [22] Voor diensten geldt sinds de omzetting van de dienstenrichtlijn een sterk afwijkende regeling, zie art. 6:230a-230e BW. Deze regeling is echter voor wat betreft overeenkomsten die onder het toepassingsgebied van het Gemeenschappelijk Europees Kooprecht vallen, nauwelijks van belang, omdat deze gericht is op koopovereenkomsten, overeenkomsten tot levering van digitale inhoud en met deze beide type overeenkomsten verbonden diensten, zie hierboven, par. 3.1.
- [23] Zie HR 17 december 1999, *NJ* 2000/140 (*Breg/Makelaardij Asper*).
- [24] Zie HR 11 juli 2008, *NJ* 2008/416 (*BV Lommerse-Uitendaal/Atria Watermanagement*).
- [25] Hof Leeuwarden 19 december 2001, *NJ-kort* 2002/9 (*De Jong/Nautisch Kwartier*); vgl. ook Hof Arnhem 3 februari 1998, *NJ* 2002/246 (*Poppeliers/Veenstra*), waarin een dergelijke verklaring wordt gezien als een onredelijk bezwarend beding.
- [26] HR 21 september 2007, *NJ* 2009/50 (*Kwekerij de Engel/Enthoven Electra*); HR 11 juli 2008, *NJ* 2008/416 (*BV Lommerse-Uitendaal/Atria Watermanagement*).
- [27] Anders dan naar Nederlands recht geldt voor de 'battle of the forms' niet de eerste verwijzing naar algemene voorwaarden, maar gelden beide sets algemene voorwaarden slechts voor zover zij 'in wezen overeenstemmen' ('are common in substance'), zie art. 39 lid 1 GEKRR.
- [28] Zie art. 70 lid 3 GEKRR. Het artikel gaat daarmee – ook voor consumentenovereenkomsten – verder dan het bestaande consumentenacquis, zie Ebers 2012, p. 15. De bepaling stemt wel overeen met de regeling in Art. 6:201 ACQP (Acquaintance with terms not individually negotiated) en Art. II.-9:103 DCFR (Terms not individually negotiated).
- [29] De overeenkomstige bepaling van Art. II.-9:103 lid 3 onder b DCFR (Terms not individually negotiated) gold overigens ook voor handelsovereenkomsten, zie Ebers 2012, p. 32.
- [30] Dit is in overeenstemming met de regeling in de DCFR, maar wijkt af van de regeling in Art. 6:201 lid 4 ACQP (Acquaintance with terms not individually negotiated), waar uitdrukkelijk was bepaald dat consumenten niet gebonden zijn aan bedingen waarvan zij geen redelijke mogelijkheid hadden om kennis te nemen voor de sluiting van de overeenkomst. Zie hierover Ebers 2012, p. 15.
- [31] In deze zin Ebers 2012, p. 16.
- [32] Voor in winkels gesloten overeenkomsten geldt – tenzij dit reeds uit de context blijkt – dat de gebruiker van algemene voorwaarden informatie dient te verschaffen over de wijze van betaling en levering van de goederen, digitale inhoud of verbonden diensten en de termijn waarbinnen de gebruiker van de algemene voorwaarden zijn verplichtingen zal nakomen, en bij duurovereenkomsten de minimumduur van de verbintenissen van de consument of, wanneer de overeenkomst van onbepaalde duur of automatisch verlengbaar is, de voorwaarden voor het ontbinden van de overeenkomst. Voor op afstand of buiten verkooppunten tot stand gekomen overeenkomsten geldt dat deze informatie steeds moet worden verstrekt. Bovendien moet, voor zover relevant, worden vermeld dat en welke voorwaarden gelden voor aanbetalingen of andere financiële waarborgen, en of relevante gedragscodes van toepassing zijn en hoe kopieën daarvan kunnen worden verkregen. Schending van deze informatieplichten leidt echter niet tot vernietiging of nietigheid van de algemene voorwaarden, maar tot een vordering tot schadevergoeding. Zie art. 13, 16, 20 en 29 GEKR.
- [33] Zie art. 26 GEKR.
- [34] Zie art. 27 GEKR.
- [35] Zie art. 29 lid 1 GEKR, waarover Ebers 2012, p. 16.
- [36] In deze zin Loos 2001, nr. 146; *Asser-Hartkamp-Sieburgh 6-III**, nr. 483; zie ook Pfeiffer 2011a, p. 848.
- [37] Zie Chr. von Bar, E. Clive, H. Schulte-Nölke e.a. (red.), *Principles, definitions and model rules of European Private Law – Draft Common Frame of reference (Full edition), Volume 1*, Munich: Sellier European law publishers 2009, Comment A bij art. II.-9:402 DCFR, p. 629. Dit werk wordt hierna aangehaald als: Von Bar e.a. 2009a.
- [38] Von Bar e.a. 2009a, Comment B bij art. II.-9:402 DCFR, p. 630.
- [39] BGH 22 november 1995, *NJW* 1996, 455; BGH 9 februari 1997, *NJW* 1997, 1068.

- [40] De Acquis Principles(ACQP) zijn opgesteld door de Research Group on the Existing EC Private Law ('Acquis Group') en zijn gebaseerd op het (destijds) geldende *acquis communautaire*. Tezamen met de ontwerpen van de Study Group on a European Civil Code en de Principles of European Contract Law vormen zij de basis van de Draft Common Frame of Reference. Zie ook Chr. von Bar, E. Clive, H. Schulte-Nölke e.a., *Principles, definitions and model rules of European Private Law – Draft Common Frame of reference (Outline edition)*, Munich: Sellier European law publishers 2009, nr. 49, 54-57, p. 30, 33-35.
- [41] Research Group on the Existing EC Private Law, *Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles), Contract I, Pre-contractual obligations, conclusion of contract, unfair terms*, Munich: Sellier European law publishers 2007, Comment B.3 (randnummer 6) bij art. 6:302 ACQP (Transparency of terms), p. 240.
- [42] Zie de formulering van art. II.–9:407 lid 1 DCFR (Factors to be taken into account in assessing unfairness); zie ook Von Bar e.a. 2009a, Comment C bij art. II.–9:402 DCFR, p. 630.
- [43] Vgl. Loos 2001, nr. 147; *Asser-Hartkamp-Sieburgh 6-III**, nr. 483.
- [44] Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende consumentenrechten van 8 oktob 2008, COM(2008) 614/4, online beschikbaar op http://ec.europa.eu/consumers/rights/docs/COMM_PDF_COM_2008_0614_F_NL_PROPOSITION_DE_DIRECTIV (laatstelijk gecontroleerd op 24 februari 2012).
- [45] Zie M.B.M. Loos, 'Algemene voorwaarden onder de voorgestelde richtlijn consumentenrechten', in: M.W. Hesselink, M.B.M. Loos (red.), *Het voorstel voor een Europese richtlijn consumentenrechten. Een Nederlands perspectief*, Boom: Den Haag 2009, p. 188.
- [46] Zo ook Zoll 2012, p. 20.
- [47] Overweging 47 van de preambule bij het richtlijnvoorstel. De overweging uit de preambule is overigens niet opgenomen in de uiteindelijke Richtlijn.
- [48] Zie over de uitsluiting van de toetsing indien de wederpartij een 'grote wederpartij' is, hierboven in par. 3.1.
- [49] Zie Loos 2001, nr. 96. Zie echter Ebers 2012, p. 21-22, die stelt dat het niet uitdrukkelijk in het nationale recht opnemen van het vereiste dat het beding in strijd met de goede trouw moet zijn om als oneerlijk (onredelijk bezwarend) te kunnen worden aangemerkt, betekent dat de consument in (onder meer) het Nederlandse recht een lichtere bewijslast heeft dan onder de richtlijn en onder het Gemeenschappelijk Europees Kooprecht.
- [50] Volgens Von Bar e.a. 2009a, Comment C bij art. II.–9:405 DCFR, p. 643, is de formulering van het artikel ontleend aan de Engelse versie van art. 3 lid 3 Richtlijn betalingsachterstanden bij handelstransacties uit 2000 (*PbEG* 2000, L 200/35); in de Nederlandse versie van dit artikellid wordt op dit punt gesproken over 'kennelijke onbillijkheid'.
- [51] Richtlijn 2011/7/EU van het Europees Parlement en de Raad van 16 februari 2011 betreffende bestrijding van betalingsachterstand bij handelstransacties, *PbEU* 2011, L 48/1. Ook bij deze Richtlijn spreekt de Nederlandse versie van 'kennelijke onbillijkheid'. De inhoud van deze bepalingen is opgenomen in art. 170 lid 1 GEKR, waarbij gebruik wordt gemaakt van dezelfde terminologie als in art. 86 lid 1 GEKRR. Vgl. ook Pfeiffer 2011a, p. 841.
- [52] Zie Von Bar e.a. 2009a, Comment C bij art. II.–9:405 DCFR, p. 643. Zie in deze zin ook uitdrukkelijk Th. Pfeiffer, 'Hintergrund und Entstehung der Regeln über nicht ausgehandelte Klauseln in den Acquis Principles und im Entwurf eines gemeinsamen Referenzrahmens', in: J. Dammann, W. Grunsky, Th. Pfeiffer, *Gedächtnisschrift für Manfred Wolf*, München: Verlag C.H. Beck 2011, p. 116 (hierna: Pfeiffer 2011b).
- [53] Zie hierover Pfeiffer 2011b, p. 114. Tegen invoering van een inhoudscontrole voor oneerlijke bedingen in tegenover ondernemingen gehanteerde algemene voorwaarden is onder meer aangevoerd dat zij leidt tot rechtsonzekerheid en daarmee kostenverhogend werkt. Daartegen Pfeiffer 2011b, p. 117.
- [54] Het Hof van Justitie heeft stelselmatig aangegeven dat het door de Richtlijn uitgewerkte beschermingsstelsel berust 'op de gedachte dat de consument zich tegenover de verkoper in een zwakke onderhandelingspositie bevindt en over minder informatie dan deze beschikt, wat ertoe leidt dat hij met de tevoren door de verkoper opgestelde voorwaarden instemt zonder op de inhoud daarvan invloed te kunnen uitoefenen' (zoals het Hof het uitdrukt in *Pannon*). Vgl. HvJ 27 juni 2000, gevoegde nr. C-240/98 t/m C-244/98, *Jur.* 2000, p. I-4941 (*Océano Grupo Editorial e.a./Murciano Quintero e.a.*), r.o. 25; HvJ 26 oktober 2006, nr. C-168/05, *Jur.* 2006,

- p. I-10421 (*Mostaza Claro/Centro Móvil Milenium*), r.o. 25; HvJ 4 juni 2009, nr. C 243/08, *Jur.* 2009, p. I-4713 (*Pannon GSM Zrt./Erzsébet Sustikné Győrfi*), r.o. 22. Vgl. ook overweging 9 in de preambule van de Richtlijn, waar de inhoudscontrole noodzakelijk wordt geacht ter bescherming van consumenten tegen de mogelijkheid van misbruik van de machtspositie van de verkoper of dienstverrichter.
- [55] Zie Von Bar e.a. 2009a, Comment A bij art. II.–9:405 DCFR, p. 641. Vgl. ook Pfeiffer 2011b, p. 113 en 120.
- [56] HR 19 mei 1967, *NJ* 1967/261, m.nt. G.J. Scholten (*Saladin/HBU*).
- [57] HR 20 februari 1976, *NJ* 1976/486, m.nt. G.J. Scholten (*Top/Van der Laan, Pseudovogelpest*)
- [58] Daarbij zij opgemerkt dat het in handelstransacties niet ongebruikelijk is dat de partij met de objectief gezien zwakkere onderhandelingspositie erin slaagt haar algemene voorwaarden op de overeenkomst van toepassing te verklaren, in veel gevallen door ondoorzichtige verwijzingen naar de algemene voorwaarden en al dan niet door het winnen van de Battle of the Forms.
- [59] Het argument van Pfeiffer 2011a, p. 843, dat algemene voorwaarden in het handelsverkeer een belangrijke functie hebben omdat gedetailleerde onderhandelingen veelal praktisch niet mogelijk zijn en alleen door het gebruik van algemene voorwaarden gewaarborgd kan worden dat voor een partij essentiële, maar verder zakelijk acceptabele bedingen in de overeenkomst opgenomen kunnen worden, overtuigt niet: dat argument geldt immers ook voor (veelal massaal gesloten) consumentenovereenkomsten.
- [60] Vgl. ook Eidenmüller e.a. 2012, p. 20; D. Mazeaud, 'Unfairness and non-negotiated terms', in: R. Schulze, J. Stuyck, *Towards a European Contract Law*, Munich: Sellier European law publishers 2011, p. 126; M.W. Hesselink, 'Unfair terms in contracts between businesses', in: R. Schulze, J. Stuyck, *Towards a European Contract Law*, Munich: Sellier European law publishers 2011, p. 133-134.
- [61] Hesselink 2011, p. 133-134. Ook Pfeiffer 2011a, p. 838-839 en 842, en Pfeiffer 2011b, p. 113, ziet het ontbreken van de mogelijkheid om te onderhandelen over de inhoud van een beding als de rechtvaardiging voor de inhoudscontrole.
- [62] Daarbij verdient opmerking dat de inhoudstoets van art. 86 GEKR ook van toepassing is indien de wederpartij een 'grote wederpartij' is en de gebruiker een kmo, zie Pfeiffer 2011a, p. 843.
- [63] Zie kritisch Eidenmüller e.a. 2012, p. 13-14, 17, 18.
- [64] Zie art. II.–9:409 DCFR (Exclusive jurisdiction clauses); in de toelichting op dit artikel wordt verwezen naar het *Océano*-arrest van het Hof van Justitie, zie Von Bar e.a. 2009a, Comment A bij art. II.–9:409 DCFR, p. 660.
- [65] In de toelichting op deze laatste bepaling wordt opgemerkt dat de vraag of sommige bepalingen uit de lijst niet beter op een zwarte lijst kunnen worden geplaatst, nadrukkelijk als een politieke zaak aangemerkt, zie Von Bar e.a. 2009a, Comment B bij art. II.–9:410 DCFR, p. 664.
- [66] Zie daarover *Loos 2009*, p. 194-195.
- [67] In dezelfde zin voor het Duitse en Spaanse recht ook Ebers 2012, p. 23.
- [68] HvJ 1 april 2004, nr. C-237/02, *Jur.* 2004, p. I-3403 (*Freiburger Kommunalbauten Baugesellschaft/Hofstetter*).
- [69] Zo ook Pfeiffer 2011a, p. 848; Ebers 2012, p. 39-40.
- [70] Zie Europese Commissie, Een Gemeenschappelijk Europees Kooprecht om grensoverschrijdende transacties in de eengemaakte markt te vergemakkelijken, Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's, Com(2011) 636 Definitief, p. 5, online beschikbaar op <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0636:FIN:NL:PDF> (laatstelijk gecontroleerd op 24 februari 2012).
- [71] Zie art. 85 onder e GEKR.
- [72] Opgemerkt zij dat het boetebeding zelf, evenals veel andere bepalingen op de zwarte en grijze lijst, niet geregeld wordt in het Gemeenschappelijk Europees Kooprecht. Vgl. hierover kritisch Eidenmüller e.a. 2012, p. 18-19; zie ook Ebers 2012, p. 13-14.
- [73] Anders Ebers 2012, p. 36, die meent dat reflexwerking van de zwarte en grijze lijst op de open norm voor handelsovereenkomsten hiermee niet voorkomen zal kunnen worden.