



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Preventieve toetsing van algemene voorwaarden

Loos, M.B.M.

Publication date

2023

Document Version

Final published version

Published in

Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie

License

Article 25fa Dutch Copyright Act (<https://www.openaccess.nl/en/in-the-netherlands/you-share-we-take-care>)

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Loos, M. B. M. (2023). Preventieve toetsing van algemene voorwaarden. *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie*, 154(7415), 469-471. https://www.ndfr.nl/content/g-SDU_WPNR74152023_683255

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.

Preventieve toetsing van algemene voorwaarden

Het voorkómen van het vóórkomen van oneerlijke bedingen

Op 5 april 2023 was het dertig jaar geleden dat de richtlijn oneerlijke bedingen is vastgesteld. Vorig jaar vierde de wettelijke regeling inzake algemene voorwaarden dat jubileum. Beide regelingen hebben onder meer als doel om te voorkomen dat algemene voorwaarden oneerlijke bedingen bevatten.

De Nederlandse regeling gaat vooral uit van individuele en collectieve actie tegen oneerlijke bedingen: het is in beginsel aan de wederpartij van de gebruiker van algemene voorwaarden om een onredelijk bezwarend beding te vernietigen,¹ of aan een belangenorganisatie om een collectieve actieprocedure in te stellen tegen de gebruiker of een brancheorganisatie die het gebruik van het beding aanbeveelt.² In de loop van de tijd zijn daar nog twee instrumenten bijgekomen: de Autoriteit Consument en Markt (ACM) kan als toezichthouder ook bestuursrechtelijk optreden tegen handelaren die onredelijk bezwarende bedingen in hun algemene voorwaarden hebben opgenomen,³ en daarnaast is de civiele rechter op grond van de rechtspraak van het Hof van Justitie en de Hoge Raad verplicht tot ambtshalve toetsing, en zo nodig tot ambtshalve vernietiging, van bedingen in algemene voorwaarden.⁴ Omdat die verplichting ook geldt in verstekprocedures,⁵ en in gevallen waarin de consument als eiser optreedt en/of voorzien is van rechtskundige bijstand door een advocaat⁶ is een actieve vernietiging door de wederpartij zelf in consumentenzaken niet langer vereist.

Deze instrumenten hebben echter niet kunnen bewerkstelligen dat algemene voorwaarden geen onredelijk bezwarende bedingen meer bevatten. Daarmee kan worden afgevraagd of Nederland wel voldoet aan de eisen van art. 7 lid 1 richtlijn oneerlijke bedingen. Die bepaling verplicht de lidstaten immers erin te voorzien dat er 'doeltreffende en geschikte middelen bestaan om een eind te maken aan het gebruik van oneerlijke bedingen in overeenkomsten tussen consumenten en verkopers'. De bestaande instrumenten zijn op zich wel geschikt gebleken om op te treden tegen oneerlijke bedingen, maar van een eind aan het gebruik daarvan is geen sprake. De vraag rijst of niet zou moeten worden gezocht naar een ander type instrument, dat is gericht op *preventieve* toetsing van algemene voorwaarden. Hierbij kan in ieder geval aan drie benaderingen worden gedacht.

Toetsing door een nieuwe toezichthouder

Het meest verregaand is een systeem waarbij een gebruiker van algemene voorwaarden verplicht is om voorafgaande aan het willen gebruiken van een set algemene voorwaarden, deze in een abstracte procedure te laten toetsen door een daartoe ingestelde toezichthouder. Denkbaar is dat een dergelijk instrument ingezet wordt bij overeenkomsten met consumenten in een specifieke sector met complexe producten, zoals in de financiële sector. Een dergelijk systeem bestaat in de Amerikaanse staat Delaware voor verzekeringsovereenkomsten.⁷ In 2021 hebben Adar en Becher echter verdedigd dat een dergelijk systeem zou moeten worden ingevoerd voor alle consumentenovereenkomsten, waarbij het aan de toezichthouder is om prioriteiten te stellen aanzien van de soorten contracten en markten waar het toezicht zich op concentreert.⁸ Iets minder verregaand, maar vermoedelijk ook minder

1. Zie art. 6:233 onder a BW.
2. Zie art. 6:240-241 BW. Ook een collectieve actieprocedure op grond van art. 3:305a-3:305c BW behoort tot de mogelijkheden, zie Hoge Raad 29 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:769, *NJ* 2018/41 m.nt. H.B. Krans (Stichting Erfpachtersbelang Amsterdam e.a./ Gemeente Amsterdam).
3. Vgl. art. 8.3 Wet handhaving consumentenbescherming.
4. Zie onder meer Hof van Justitie 4 juni 2009, zaak C-243/08, ECLI:EU:C:2009:350, *NJ* 2009/395 m.nt. M.R. Mok (*Pannon*); Hof van Justitie 30 mei 2013, zaak C-488/11, ECLI:EU:C:2013:341, *NJ* 2013/487 m.nt. M.R. Mok (*Asbeek Brusse*).
5. Hof van Justitie 17 mei 2018, zaak C-147/16, ECLI:EU:C:2018:320 (*Karel de Grote Hogeschool/Kuipers*); Hoge Raad 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:691, *NJ* 2014/274 m.nt. H.B. Krans (*Heesakkers/Voets*).
6. Zie Hof van Justitie 4 oktober 2007, zaak C-429/05, ECLI:EU:C:2007:575, *NJ* 2008/37 (*Rampion*); Hof van Justitie 11 maart 2020, zaak C-511/17, ECLI:EU:C:2020:188, *NJ* 2020/374 m.nt. M.B.M. Loos (*Lintner*), punt 40.
7. Zie D.B. van Ark, 'Preventief toezicht op de duidelijkheid en begrijpelijkheid van polisvoorwaarden', *AV&S* 2021/9, p. 41-45.
8. Vgl. Y. Adar en S.I. Becher, 'Ending the license to exploit: administrative oversight of consumer contracts', *Boston College Law Review* 62 (2021), p. 2449-2452.

effectief,⁹ is de situatie waarin de gebruiker van algemene voorwaarden zelf, al dan niet vóórdat de set algemene voorwaarden door hem in gebruik wordt genomen, op vrijwillige basis de set ter toetsing voorlegt aan een daartoe ingestelde toezichthouder.

In beide hier genoemde benaderingen ligt het voor de hand om in een dergelijk geval de (beoogde) gebruiker van de set algemene voorwaarden en belangenorganisaties het recht te geven te reageren op een conceptoordeel. Wanneer de toezichthouder een beding als onredelijk bezwarend aanmerkt (ten aanzien van alle of specifieke wederpartijen) zou het beding daarmee in individuele overeenkomsten als onredelijk bezwarend moeten worden aangemerkt. Een dergelijk oordeel leidt dan feitelijk tot een uitbreiding van de zwarte lijst. Voor bedingen die niet onredelijk bezwarend worden geoordeeld, blijft het huidige systeem van toetsing achteraf bestaan, waarbij ook ruimte bestaat voor een toetsing aan de omstandigheden van het geval. Het feit dat de bedingen de abstracte toetsing hebben doorstaan, zal mee kunnen brengen dat het beding vermoed wordt niet onredelijk bezwarend te zijn. Indien dat wettelijk zo geregeld zou worden, zou zelfs het vermoeden van onredelijk bezwarendheid op grond van art. 6:237 BW door de abstracte toetsing kunnen zijn weggenomen ten aanzien van een specifiek beding in een bepaald type contract.

Bij een voorstel om weer een nieuwe toezichthouder in te voeren, is de vraag gerechtigd of de bestaande toezichthouder, de ACM, deze taak niet kan uitvoeren. Hoewel dat in theorie mogelijk is – de ACM handhaaft immers ook nu al op grond van de Wet handhaving consumentenbescherming – heeft de praktijk uitgewezen dat de ACM te weinig tijd en capaciteit heeft om proactief op te treden. Het aantal zaken waarin de ACM een bestuurlijke boete of een last onder dwangsom heeft opgelegd ten aanzien van het gebruik van oneerlijke bedingen is zeer beperkt. Het lijkt dan ook onwaarschijnlijk dat de ACM op voldoende niveau invulling zou kunnen geven, gelet op haar andere taken.

Aanbeveling in plaats van toezicht?

Een veel minder vergaande variant is dat een onafhankelijke partij slechts een *aanbeveling* doet ten aanzien van de onredelijk bezwarendheid van bedingen. Deze variant sluit aan op de situatie in Frankrijk, waar de *Commission des clauses abusives* aanbevelingen formuleert – soms in reactie op een adviesaanvraag van een rechter – over de eerlijkheid van bedingen in algemene voorwaarden. Het oordeel van de toetsende partij zou dan op basis van overtuigingskracht door de rechter kunnen worden overge-

nomen,¹⁰ maar biedt vooral houvast aan de praktijk bij (preventief) het opstellen van algemene voorwaarden en (correctief) het inschatten van proceskansen. De zwakte van een dergelijke benadering is natuurlijk dat van een bindend oordeel geen sprake is, maar anderzijds is dit instrument ook minder ingrijpend en daarmee mogelijk ook minder controversieel dan de instelling van een nieuwe toezichthouder. Voor het succes van deze aanpak is wel vereist dat de aanbevelingen de gebruiker en/of de brancheorganisatie ook bereiken. Publicatie en communicatie lijken daarmee essentieel.

Geen revolutie, maar evolutie

De invoering van preventieve toetsing van algemene voorwaarden lijkt voor het Nederlandse recht revolutionair, maar is dat in werkelijkheid niet: ook naar geldend recht bestaan vormen van preventieve toetsing. In de eerste plaats is het ook nu al mogelijk dat algemene voorwaarden worden getoetst in een collectieve actieprocedure zonder dat deze algemene voorwaarden (al) worden gebruikt.¹¹ Daarnaast kan worden gewezen op het tweezijdig overleg over algemene voorwaarden, waarbij brancheorganisaties (of soms grote individuele handelaren) met belangenorganisaties als de consumentenbond onderhandelen over de inhoud van door de leden van de brancheorganisatie of de afzonderlijke handelaar gehanteerde algemene voorwaarden.¹² Wanneer een belangenorganisatie akkoord gaat met de resultaten van het tweezijdig overleg – en daarmee haar collectieve actierecht, in ieder geval voor een bepaalde periode, prijsgeeft¹³ – zal dat betekenen dat de belangenorganisatie van oordeel is dat het geheel van de set algemene

9. Adar/Becher 2021, p. 2447-2448.

10. Vgl. C.M.D.S. Pavillon, Open normen in het Europees consumentenrecht. De oneerlijkheidsnorm in vergelijkend perspectief, diss. Groningen, Deventer: Kluwer, 2011, nr. 198.

11. Zie hierboven, nr. 454.

12. Vgl. uitgebreid nrs. 215-219.

13. Zie art. 6:240 lid 5 BW.

voorwaarden redelijk gebalanceerd is. Ongetwijfeld zullen tijdens de gesprekken over de algemene voorwaarden van veel bepalingen in de algemene voorwaarden de scherpste randjes zijn afgehaald. Daarmee worden algemene voorwaarden feitelijk op basis van zelfregulering getoetst. Het feit dat ook in algemene voorwaarden die na tweezijdig overleg zijn vastgesteld, nog regelmatig bedingen blijken te zijn opgenomen die door een rechter worden vernietigd wegens onredelijk bezwarendheid,¹⁴ toont echter aan dat tweezijdig overleg geen garantie biedt op het voorkómen van het gebruik van algemene voorwaarden.

Conclusie

Preventieve toetsing van algemene voorwaarden sluit aan bij al in het huidige recht bestaande mogelijkheden om het vóórkomen van oneerlijke

bedingen te voorkómen. Voor welk van de drie benaderingen wordt gekozen, zal mede afhangen van de vraag in hoeverre de politiek openstaat voor de instelling van een nieuwe toezichthouder. Voor de minst vergaande benadering, de instelling van een instantie die slechts aanbevelingen doet over de onredelijk bezwarendheid van bedingen, is wetswijziging niet strikt noodzakelijk. Wel zal duidelijkheid moeten bestaan over de financiering van een dergelijke instantie: het zal wel enige tijd duren voordat de aanbevelingen van de instantie zodanig gezag hebben verkregen dat partijen of een rechter genegen zullen zijn om niet alleen bedingen aan de instantie voor te leggen, maar zich ook willen committeren aan de aanbevelingen die zullen worden gedaan.

Prof. dr. M.B.M. Loos*

14. Zie recent nog het wijzigingsbeding in de algemene voorwaarden van energieleveranciers: Rechtbank Amsterdam 24 februari 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:940 (Wijzigingsbeding Vattenfall).

* Hoogleraar Privaatrecht, in het bijzonder Europees consumentenrecht, aan de Universiteit van Amsterdam. Onder meer lid van de Raden van Toezicht van de Consumentenbond en de Stichting toetsing verzeke-
raars en van de Commissie voor Consumentenaange-
lenheden van de Sociaal-Economische Raad.