

6 De Richtlijn oneerlijke bedingen en haar plaats in het Nederlandse recht

Prof. mr. W.H. van Boom en mr. R.J.P. Kottenhagen¹

1 Inleiding

Deze bijdrage gaat over EU-richtlijn 93/13 met betrekking tot oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten.² De richtlijn is simpel van opzet. Na de begrippen ‘consument’ en ‘verkoper’ (in onze terminologie ‘gebruiker’) in artikel 2 volgt een omschrijving van oneerlijke bedingen.³ Oneerlijk zijn niet afzonderlijk uitonderhandelde bedingen die in strijd met de goede trouw het evenwicht tussen de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen van de partijen ten nadele van de consument aanzienlijk verstoren (artikel 3). Bij de beoordeling van het oneerlijke karakter worden alle omstandigheden rond de sluiting van de overeenkomst, alsmede alle andere bedingen van de overeenkomst of van een andere overeenkomst waarvan deze afhankelijk is, op het moment waarop de overeenkomst is gesloten in aanmerking genomen (artikel 4). Uitgesloten van beoordeling zijn ‘*het eigenlijke voorwerp van de overeenkomst*’ en de redelijkheid van prijs (artikel 4). In een bijlage bij de richtlijn is een ‘*indicatieve en niet uitputtende lijst van bedingen die als oneerlijk kunnen worden aangemerkt*’ opgenomen (artikel 3 lid 3).

Artikel 5 eist dat schriftelijke bedingen steeds duidelijk en begrijpelijk zijn opgesteld. In geval van twijfel over de betekenis van een beding, prevaleert de voor de consument gunstigste interpretatie.

De lidstaten moeten het onverbindende karakter van oneerlijke bedingen verder uitwerken (artikel 6) en daarbij regelen dat de overeenkomst voor de partijen bindend blijft wanneer de overeenkomst zonder de oneerlijke bedingen kan voortbestaan. Dit laatste zou de lidstaat dus verplichten tot de mogelijkheid van partiële onverbindendheid of iets dergelijks.

¹ Hoogleraar resp. universitair hoofddocent privaatrecht, Rotterdam Institute of Private Law, Erasmus Universiteit Rotterdam. De auteurs zijn prof. mr. M.H. Wissink (RUG) dankbaar voor commentaar op een eerdere versie.

² Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, *PbEG* L 95, p. 29-34.

³ Het begrip overeenkomst wordt wel gebruikt maar niet gedefinieerd in de richtlijn. Volgens de preambule zijn uitgesloten ‘*arbeidsovereenkomsten, overeenkomsten betreffende erfrechten, overeenkomsten met betrekking tot de gezinssituatie en overeenkomsten met betrekking tot de oprichting en de statuten van vennootschappen*’.

Artikel 7 bepaalt bovendien dat de lidstaten er op toezien ‘*dat er in het belang van de consumenten alsmede van de concurrerende verkopers, doeltreffende en geschikte middelen bestaan om een eind te maken aan het gebruik van oneerlijke bedingen in overeenkomsten tussen consumenten en verkopers*’. Dat betekent concreet dat lidstaten een gerechtelijke procedure moeten openstellen voor personen en organisaties ‘*om te oordelen of contractuele bedingen die zijn opgesteld met het oog op een algemeen gebruik, oneerlijk zijn, en de passende en doeltreffende middelen aan te wenden om een eind te maken aan het gebruik van deze bedingen*’. Het gaat hier in essentie om het toestaan van een collectieve actie door belangenorganisaties van consumenten, maar ook concurrerende ondernemers die de betreffende clausules liever niet gebruikt zien op de markt. Ten slotte bepaalt artikel 8 dat lidstaten het beschermingsniveau van de consument hoger mogen afstellen.

2 Doelstellingen van de richtlijn

De discussie over de zin en onzin van eenmaking van Europees privaatrecht is bekend. Dat daarbij bepaalde vooronderstellingen steeds een grote rol spelen, is ook genoegzaam bekend. Veelal komt het discussiepunt er op neer dat verscheidenheid van rechtsregels tot onzekerheid aanleiding geeft en die zou vervolgens tot een handelsbarrière leiden. De presumptie bij eenmaking is dat deze onzekerheid over het recht wegneemt en dat economische groei binnen de Europese Unie hierdoor gestimuleerd zou worden. Tegenstanders menen dat competitie tussen lidstaten beter zou zijn en dat lidstaten vooral toegestaan zou moeten worden hun eigen preferenties na te streven.⁴

Het is moeilijk om de wederzijdse presumpties empirisch te toetsen.⁵ Aannemelijk is natuurlijk wel dat alle Europese harmonisatiemaatregelen die zijn getroffen sinds het oprichten van de EGKS in 1951 bij elkaar genomen hebben bijgedragen aan economische groei, maar om het allocatieve nut of onnut van een enkele harmonisatiemaatregel zoals Richtlijn 93/13 empirisch te bewijzen is waar-

⁴ Van de literatuur hierover noemen wij Jan Smits (red.), *The Need for a European Contract Law*, Groningen: Europa Law Publishing 2005, p. 155 e.v.; vgl. Michael Faure en Ton Hartlief, ‘Naar een harmonisatie van aansprakelijkheidsrecht in Europa? Een kritisch rechtseconomisch perspectief’, *NJB* 2003, p. 170 e.v. Zie ook de bijdrage van Van den Bergh en Visscher aan deze bundel.

⁵ Wat in elk geval wel vast staat is dat bedrijven en consumenten de diversiteit van contractenrecht binnen Europa zelf noemen als obstakel voor intracommunautaire handel. Zie Stefan Vogenauer en Stephen Weatherill, ‘The European Community’s Competence to Pursue the Harmonisation of Contract Law – an Empirical Contribution to the Debate’, in: Stefan Vogenauer en Stephen Weatherill (red.), *The Harmonization of European Contract Law – Implications for European Private Laws, Business and Legal Practice*, Oxford: Hart Publishing 2006, p. 105 e.v.

schijnlijk ondoenlijk.⁶ Wat misschien wel kan is het evalueren van de *doelmatigheid* van de richtlijn in concreto. Bij Richtlijn 93/13 zou dat in theorie moeten gebeuren aan de hand van de preambule, die de doelstellingen vermeldt. Praktisch gesproken is dat veel moeilijker. Preambules bevatten veelal mooie woorden over doelstellingen van de betreffende regeling, vaak gebaseerd op veronderstellingen die niet of nauwelijks onderbouwd zijn (of kunnen worden). Het is hier niet anders. Kort gezegd noemt de preambule het volgende:

- Het verschil in nationale wetgeving betreffende algemene voorwaarden maakt dat de nationale markten onderling afwijken; daardoor kunnen verstoringen van de concurrentieverhoudingen ontstaan. Het gebrek aan kennis bij consumenten van de rechtsregels kan hen van intracommunautaire consumptie afhouden.
- Het is de taak van de lidstaten om erop toe te zien dat geen oneerlijke bedingen in overeenkomsten met consumenten worden opgenomen.
- Teneinde de totstandkoming van de interne markt te vergemakkelijken en de burger in zijn rol als consument bescherming te bieden, is van essentieel belang oneerlijke bedingen te weren. Die maatregelen stimuleren de mededinging, waardoor de burgers van de Gemeenschap als consument betere keuzemogelijkheden worden geboden.
- Consumentenbescherming vergt geharmoniseerd recht of uniforme communautaire regels.
- Consumenten moeten worden beschermd tegen misbruik van de machtspositie van de professionele wederpartij.
- Het gekozen middel van deze richtlijn is doeltreffend, aangezien eenvormige voorschriften een doeltreffender bescherming van de consument kunnen bewerkstelligen.

Tot zover de doelstellingen die de Commissie in de preambule noemt. Hieruit wordt overigens nog steeds niet bijzonder duidelijk wat precies *het probleem* is dat de Commissie probeert aan te pakken. Kennelijk is er voorafgaande aan het invoeren van de richtlijn een tekort aan bescherming tegen oneerlijke bedingen

⁶ In een advies van het Europees Economisch en Sociaal Comité over het 'Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende diensten op de interne markt' van 11 februari van 2005 wordt onder meer opgemerkt: '*Verbetering van empirisch onderzoek: De instrumenten ter analyse van de dienstenstromen op de interne markt moeten tegen het licht wordt gehouden en verbeterd worden om oorzaak en effect van maatregelen beter te kunnen situeren en inschatten.*' (PbEU 2005, C 221/113). Een bevredigende methode van empirisch onderzoek dient kennelijk nog ontwikkeld te worden.

in de Europese Unie gesignaleerd, althans een tekort aan gelijkwaardige bescherming.⁷

Dat algemene voorwaarden in consumententransacties aanleiding kunnen geven tot misbruik, is van oudsher bekend. Een belangrijke oorzaak daarvan was misschien niet eens zozeer de economische machtspositie van ondernemers tegenover consumenten, maar het informatietekort aan de zijde van consumenten.⁸ Deze lezen in de regel geen algemene voorwaarden, laten deze niet meewegen bij hun contracteerbeslissingen en als zij de voorwaarden zouden lezen, zouden zij door gebrek aan (juridische) kennis mogelijk ook niet volledig kunnen doorgronden waartoe de voorwaarden strekken.⁹ Dit informatietekort zou inderdaad kunnen worden gecompenseerd met dwingend recht ten aanzien van de inhoud van het contract, zoals Richtlijn 93/13 doet.¹⁰

3 Worden de doelstellingen gehaald?

Zoals gezegd is het moeilijk om de effectiviteit van een enkele privaatrechtelijke richtlijn te meten. Dat heeft onder meer te maken met de decentrale uitvoering van de richtlijn: de regels worden vooral toegepast door civiele rechters en die zijn niet gewoon – anders dan bijvoorbeeld publiekrechtelijke toezichthouders – om hun uitvoeringsactiviteiten (goed) te registreren. Een toezichthouder zou in

⁷ O.O. Cherednychenko en F.W. Grosheide, 'Naar een betere afstemming van de controle van standaardvoorwaarden in een Europees contractenrecht', *Contracteren* 2005, p. 74 merken hierover op dat het onderwerp op de Europese agenda geplaatst was om te voorkomen dat de consument zich door verschillen in wetgeving tussen de diverse staten van grensoverschrijdende transacties zou laten weerhouden. In die analyse ligt kennelijk besloten dat de destijds bestaande situatie er een was waarbij de consument zich daadwerkelijk liet weerhouden van grensoverschrijdend aankopen door verschillen in wetgeving. Wij merken op dat het gebrek aan vertrouwen door afstand en taalbarrière vaker een rol lijkt te spelen. Zie bijv. het rapport 'European Union Public Opinion on Issues relating to Business to Consumer E-Commerce', te downloaden van <http://europa.eu.int/-comm/consumers/topics/btoc_ecomm.pdf>.

⁸ In deze zin Hugh Beale, 'Legislative Control of Fairness: The Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts', in: Jack Beatson en Daniel Friedman (red.), *Good Faith and Fault in Contract Law*, Oxford: Clarendon Press 1995, p. 232.

⁹ Het gevolg daarvan kan zijn dat ten aanzien van het betreffende product vooral op prijs wordt geconcentreerd en niet op de inhoud van de prestatie – die mede door de algemene voorwaarden bepaald wordt.

¹⁰ Over de rechtvaardiging van inhoudscontrole J.H. Duyvensz, *De redelijkheid van de exoneratieclausule* (diss. Tilburg), Den Haag: BJu 2003, p. 40 e.v. Vgl. over informatieasymmetrie in dit verband R.H.J. van Bijnen, *Aanvullend contractenrecht* (diss. Tilburg), Den Haag: BJu 2005, p. 123-127. Vgl. ook Michael J. Trebilcock, 'An Economic Approach to the Doctrine of Unconscionability', in: Barry J. Reiter en John Swan (red.), *Studies in Contract Law*, Toronto: Butterworths 1980, p. 412 e.v. en R.R.R. Hardy, 'Precontractuele informatieplichten in het EG-contractenrecht', *Vermogensrechtelijke Annotaties* 2004, p. 19 e.v.

zijn jaarverslag kunnen zeggen: we hebben dit jaar een x-aantal overtredingen van de richtlijn oneerlijke bedingen geconstateerd en we hebben daarbij de overtreder in een y-aantal gevallen tot wijziging van zijn beding kunnen bewegen, terwijl in een z-aantal gevallen met succes tot vervolging is overgegaan. Met die data valt er iets te meten en kunnen we bij benadering uitspraken doen over de effectiviteit van de richtlijn. Maar civiele rechters meten hun handhavingsinspanningen niet en doen er zelden verslag van.

Dat is natuurlijk een algemener punt dat niet alleen deze richtlijn aangaat. Opvallend is dan ook dat bij evaluaties van privaatrechtelijke richtlijnen vaak afgegaan wordt op enquêtes onder belanghebbenden, maar vaker nog gewoon op het anekdotisch bewijs dat aan de commissie wordt aangeleverd. Dan ontstaat een schets van de werking van de betreffende richtlijn waar de evaluatie op gebaseerd wordt.¹¹

Een ander punt dat evaluatie bemoeilijkt is dat de richtlijn niet op zichzelf staat maar onderdeel uitmaakt van het communautaire consumentenbeleid,¹² dat uit een flink aantal regelgevende maatregelen bestaat en dat bovendien door subsidies en dergelijke wordt geflankeerd.¹³ Om een voorbeeld te noemen: Richtlijn 93/13 heeft mede als doel het stimuleren van collectieve actie door belangenorganisaties. Toch bepaalt de richtlijn daar zelf weinig anders over dan dat de lidstaten er voor moeten zorgen dat er doeltreffende en geschikte middelen bestaan om een eind te maken aan het gebruik van oneerlijke bedingen. Om die reden zou men de effectiviteit van de richtlijn op dat punt in twijfel kunnen trekken, maar inmiddels zijn er veel concretere maatregelen getroffen door Richtlijn 98/27/EG betreffende het doen staken van inbreuken in het raam van de bescherming van de consumentenbelangen.¹⁴

Daarnaast moet worden bedacht, dat er tussen de lidstaten verschil bestaat in overheidsbeleid wat betreft de toetsing van algemene voorwaarden in consu-

¹¹ Zie bijv. de evaluatie van de Richtlijn productaansprakelijkheid 85/374, COM (2000) 893.

¹² Zie over consumentenbescherming vanuit Europees perspectief bijv. Luisa Antonioli Deflorian, 'Consumer Protection, Fair Dealing in Marketing Contracts and European Contract Law – A Uniform Law?', *Global Jurist Frontiers* 2002, p. 1 e.v.

¹³ Een recente richtlijn die zich kenmerkt door een wel zeer ruim toepassingsgebied is de Richtlijn 2005/29/EG van 11 mei 2005 betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt, *PbEG* 2005, L 149/22. Een wetsvoorstel met betrekking tot de implementatie van deze Richtlijn is in voorbereiding; zie *Kamerstukken II* 2005/06, 21 109, nr. 158, p. 14 (kwartaaloverzicht implementatie EG-richtlijnen 26 januari 2006). De implementatie dient voltooid te zijn op 11 juni 2007. Zie hierover bijv. R.W. de Vrey, 'Vermogensrechtelijke gevolgen van oneerlijke handelspraktijken', *Vermogensrechtelijke Annotaties* 2006, p. 51 e.v.

¹⁴ Daarover bijvoorbeeld Peter Rott, 'The Protection of Consumers' Interests After the Implementation of the EC Injunctions Directive Into German and English Law', *Journal of Consumer Policy* 2001, p. 401 e.v.; Geraint G. Howells en Stephen Weatherill, *Consumer Protection Law*, Aldershot: Ashgate 2005, p. 592 e.v.

mententransacties. Sommige lidstaten hanteren een min of meer centralistische toetsing door de overheid, met bijvoorbeeld de mogelijkheid van ingrijpen door een overheidsorgaan. In Engeland kan bijvoorbeeld de Office of Fair Trading een verbodsactie aanhangig maken ten behoeve van ‘de’ consument.¹⁵ Praktisch gesproken komt de werkwijze van de OFT er op neer dat op concrete klachten actie wordt ondernomen en de betreffende gebruiker van het beding vaak naar aanleiding van dat overleg tot verandering of intrekking van de voorwaarde overgaat.¹⁶

Een ander model dat gangbaar is, is dat waarbij de overheid zelfregulering aanmoedigt en waarbij met name door gecoördineerd overleg tussen consumentenorganisaties enerzijds en ondernemersverenigingen anderzijds van tevoren de scherpste kantjes van algemene voorwaarden afgehaald worden.¹⁷ Dit model kent ons land in de vorm van het SER-overleg Coördinatiegroep Zelfreguleringsoverleg (CZ), veelal gecombineerd met de instelling van een geschillencommissie.¹⁸ Bovendien zal ons land een mengvorm van publiek-private handhaving ontwikkelen met de instelling van de Consumenten Autoriteit.¹⁹ Deze verschillen in model lijken ook samen te hangen met de ruimte die gegeven is in de betreffende rechtsstelsels aan collectieve handhaving.²⁰ Inmiddels is hier enige harmonisatie opgetreden als gevolg van Richtlijn 98/27/EG betreffende het

¹⁵ Regulation 8 Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1994; Regulation 12 of the Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999; Part 8 of the Enterprise Act 2002. Cf. J. Basedow e.a. (red.), *Die Bündelung gleichgerichteter Interessen im Prozeß*, Tübingen: Mohr Siebeck 1999, p. 15, p. 126; OFT, *Enforcement of consumer protection legislation – Guidance on Part 8 of the Enterprise Act*, Office of Fair Trading 2003, p. 18 ff., p. 76 e.v.

¹⁶ Zie daarover bijv. J. Vickers, ‘Contracts and European Consumer Law: an OFT Perspective’, in: Stefan Vogenauer en Stephen Weatherill (red.), *The Harmonization of European Contract Law - Implications for European Private Laws, Business and Legal Practice*, Oxford: Hart Publishing 2006, p. 175 e.v.

¹⁷ Uitvoerig over dit model Cafiggi, SECOLA 2005 Conference Paper.

¹⁸ Over de CZ zie www.ser.nl. Over de geschillencommissies nader E.H. Hondius, in: E.H. Hondius en G.J. Rijken (red.), *Handboek Consumentenrecht*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2006, p. 471 e.v.

¹⁹ *Kamerstukken II* 2005/06, 30 411, nr. 1 e.v. Het wetsvoorstel voert o.a. Vo. 2006/2004 uit (betreffende de samenwerking tussen nationale autoriteiten die verantwoordelijk zijn voor de handhaving van wetgeving ter bescherming van consumentenbelangen). Over het wetsvoorstel kort W.H. van Boom, ‘Wet Handhaving Consumentenbescherming: de ConsumentenAutoriteit staat voor de deur’, *Tijdschrift voor Consumentenrecht en Handelspraktijken* 2006, p. 37.

²⁰ Iain Ramsay, ‘Consumer redress and access to justice’, in: Charles E.F. Rickett en Thomas G.W. Telfer (red.), *International Perspectives on Consumers’ Access to Justice*, Cambridge: Cambridge University Press 2003, p. 43.

doen staken van inbreuken in het raam van de bescherming van de consumentenbelangen.²¹

De relevantie van al deze handhavingvormen is groot, maar ze worden niet genoemd in de richtlijn en bepalen wel voor een deel de effectiviteit van de richtlijn. Daarom is het geïsoleerd beoordelen van de effectiviteit moeilijk voorstelbaar. Algemener gesteld: over Europese regelgeving op het vlak van het privaatrecht is wel gezegd dat het ‘legal irritants’ kunnen zijn en dat het succes van dergelijke regelgeving in de verschillende lidstaten sterk afhangt van institutionele kenmerken.²² Het zijn die institutionele kenmerken die moeten worden meegewogen bij het meten van de effectiviteit van de richtlijn. En dat is niet eenvoudig.

Dat is kennelijk ook de conclusie die de Commissie heeft getrokken, want de evaluatie van 1999-2000 was veeleer van kwalitatieve dan van kwantitatieve aard. Het algemene beeld dat men in Brussel van de richtlijn heeft is dat deze redelijk werkt, maar dat bijvoorbeeld de bekendheid onder consumenten nog wel verbeterd kan worden. Voor ons land zou bekendheid onder juristen ook nog wel een punt van zorg kunnen zijn, omdat de richtlijn niet zichtbaar is geïmplementeerd. Als men er niet op gewezen wordt, weet men niet dat het transparantiegebod van artikel 6:238 lid 2 BW van Europese origine is. Terwijl dat gegeven toch relevant is voor de toepassing ervan.

Wat betreft de effectiviteit van de richtlijn kan hier nog worden vermeld dat de Commissie een bijzonder initiatief heeft ontplooid, namelijk het opzetten van een openbare database, de *European Database on Case Law about Unfair Contractual Terms* (CLAB, afkorting voor *clauses abusives*). Deze database maakt het mogelijk om beslissingen van nationale rechters te raadplegen, zodat – in theorie althans – de rechter in Amsterdam inspiratie kan putten uit de manier waarop de rechter in Barcelona geoordeeld heeft over – laten we zeggen – een boetebeding. In de praktijk bleek dat de database weinig gebruiksvriendelijk is en dat vrijwel niemand van het bestaan af weet. Na de evaluatie van de richtlijn

²¹ Zie over deze verschillende benaderingen van uit een rechtseconomisch perspectief bijv. Peter Cserne, ‘Freedom of choice and paternalism in contract law: a law and economics perspective’, *German Working Papers in Law and Economics* 2006, paper 6, p. 1 e.v.

²² Günther Teubner, ‘Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences’, *Modern L. Rev.* 1998, p. 11 e.v. Vgl. Iain Ramsay, ‘Consumer redress and access to justice’, in: Charles E.F. Rickett en Thomas G.W. Telfer (red.), *International Perspectives on Consumers’ Access to Justice*, Cambridge: Cambridge University Press 2003, p. 42-43; Mark van Hoecke, ‘Le Code civil et la base commune du droit privé en Europe’, in: Alain Wijffels (red.), *Le Code civil entre ius commune et droit privé européen*, Brussel: Bruylant 2005, p. 38.

in 1999/2000²³ heeft de Commissie besloten om CLAB extern te laten evalueren. Het resultaat is teleurstellend: CLAB wordt sinds 2001 niet meer bijgehouden. Er zijn wel plannen om de database weer op te poetsen.²⁴ Een goed toegankelijke en breed gedragen database kan zeker meerwaarde hebben voor eenmaking, mits nationale rechters de moeite nemen de database te raadplegen en deze goed toegankelijk is. Aan beide voorwaarden is vooralsnog niet voldaan.²⁵

De CLAB kan beschouwd worden als een – zij het vooralsnog mislukte – poging om op praktische wijze te komen tot een betere afstemming en uniformering van oneerlijke bedingen in standaardvoorwaarden. Vanuit een meer theoretische invalshoek is deze problematiek aan de orde gekomen tijdens de jaarvergadering van SECOLA (Society of the European Contract Law) in 2005. De vergadering was namelijk gewijd aan het onderwerp ‘Standard Contract Terms in Europe: a basis for and a Challenge to European Contract Law’. Onder meer werd ingegaan op de problematiek van een betere afstemming van de controle van oneerlijke bedingen in standaardvoorwaarden. Hierbij kwamen verschillende benaderingen aan de orde die kort gezegd op het volgende neerkomen. Vanuit economische invalshoek wordt gepleit om standaardvoorwaarden niet te analyseren in termen van redelijk of onredelijk, maar vanuit de vraag of een bepaald beding wel of niet efficiënt is. Een beding wordt als efficiënt beschouwd, wanneer partijen deze in hun overeenkomst zouden hebben opgenomen wanneer zij kort gezegd met elkaar zouden hebben onderhandeld.²⁶ Volgens een andere benadering dienen partijen die de autonomie van andere partijen beperken door oneerlijke bedingen in een overeenkomst op te nemen aan te tonen waarom dit redelijk is.²⁷ Ten slotte wordt verdedigd dat vooral gekeken dient te worden naar de vraag hoe bepaalde bedingen in de overeenkomst terecht zijn gekomen. Zo kan het gaan om door producenten eenzijdig opgelegde bedingen, maar het komt ook voor dat standaardvoorwaarden totstandkomen na onderhandelingen waarbij producenten en consumenten of wellicht nog meer partijen zoals de overheid, betrokken zijn.²⁸

Wat hier echter van zij, op dit moment kan niet anders geconstateerd worden dan dat er ten aanzien van de omvang van de bescherming tegen oneerlijke be-

²³ EC, *Report from the Commission on the implementation of Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on Unfair Terms in Consumer Contracts*, Commission of the European Communities 2000, p. 28-29.

²⁴ EC, *Consumer Strategy Policy 2002-2006*, Commission of the European Communities 2002, p. 22.

²⁵ Vgl. over e.e.a. ook Hans-W. Micklitz en Malek Radeideh, 'CLAB Europe - The European Database on Unfair Terms in Consumer Contracts', *Journal of Consumer Policy* 2005, p. 325 e.v.

²⁶ Hatzis, SECOLA 2005 Conference Paper.

²⁷ Hans-W. Micklitz, SECOLA 2005 Conference Paper.

²⁸ Cafaggi, SECOLA 2005 Conference Paper.

dingen in standaardvoorwaarden nog steeds wezenlijke verschillen tussen de lidstaten bestaan.²⁹

4 Verhouding tot Nederlands privaatrecht

4.1 Hoe wordt vorm gegeven aan de incorporatie?

Europese richtlijnen op het vlak van privaatrecht zijn voor veel jurisdicties in technisch-juridische zin ‘Fremdkörper’.³⁰ Dat geeft elke keer weer aanleiding tot ‘jonglerend wetgeven’ bij implementatie.³¹ In Engeland en Wales bestond bijvoorbeeld al een wet die toetsing van algemene voorwaarden mogelijk maakte. Om de implementatie niet te vertragen is toen besloten om de richtlijn in zogenaamde Regulations (een vorm van lagere wetgeving) om te zetten, met als gevolg dat twee regimes naast elkaar ontstonden.³² Dat bracht uiteraard veel overlapping en lapidare rechtsbescherming met zich.

Geheel anders was het probleem dat Nederland met implementatie ondervond. Nederland had zich oorspronkelijk op het standpunt gesteld dat Richtlijn 93/13 helemaal geen concrete implementatiemaatregelen nodig had. De gedachte was dat onze nieuwe wetgeving inhoudelijk al helemaal voldeed aan de eisen van de richtlijn en het Ministerie van Justitie voelde er weinig voor om de sinds 1992

²⁹ Zo ook O.O. Cherednychenko en F.W. Grosheide, ‘Naar een betere afstemming van de controle van standaardvoorwaarden in een Europees contractenrecht’, *Contracteren* 2005, p. 74.

³⁰ Friedrich Blase, *Die Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts als Recht grenzüberschreitender Verträge*, Münster: Quadis 2001, p. 60.

³¹ Van de privaatrechtelijke literatuur over dat jongleren noemen wij hier W.H. van Boom, ‘Algemene en bijzondere regelingen in het vermogensrecht’, *RM Themis* 2003, p. 297 e.v. en recentelijk M.W. Hesselink, ‘The Ideal of Codification and the Dynamics of Europeanisation: The Dutch Experience’, *European Law Journal* 2006, p. 279 e.v. en M.B.M. Loos, *Spontane harmonisatie in het contracten- en consumentenrecht – Over de verstoring en herstel van de coherentie van het nationale contracten – en consumentenrecht onder invloed van het Europese recht* (oratie Amsterdam UvA), Den Haag: BJu 2006, steeds met verdere verwijzingen.

³² Law Commission, *Unfair Terms in Contracts (Law Com No 292)*, The Law Commission 2005, p. 1. Over de Engelse implementatieperikelen kritisch o.a. Robert Bradgate, ‘Experience in the United Kingdom’, in: *The integration of Directive 93/13 into the national legal systems (Proceedings of the Conference ‘The Unfair Terms Directive: 5 years on - 1-3 July 1999’)*, Brussel: Directorate General Health & Consumer Protection of the European Commission 1999, p. 29 e.v.; Hugh Beale, ‘Europeanisation of Private Law and English Law’, in: Universitat de Girona Àrea de Dret civil (red.), *El Dret civil català en el context europeu. Materials de les Dotzenes Jornades de Dret Català a Tossa. 26 i 27 de setembre de 2002*, Girona: Documenta Universitaria 2003, p. 151 e.v.; Tony Weir, ‘Difficulty in Transposing Directives’, *ZEUP* 2004, p. 599-600, en Hugh Beale, ‘Unfair Terms in Contracts: Proposals for Reform in the UK’, *Journal of Consumer Policy* 2004, p. 316 e.v.

geldende tekst van het Burgerlijk Wetboek te wijzigen naar aanleiding van Richtlijn 93/13. De rechter zou bovendien aan de hand van artikel 6:233 e.v. en artikel 6:248 BW in concreto het transparantiegebod (artikel 4 lid 2 Richtlijn) en de contra proferentem-regel (artikel 5 Richtlijn)³³ zelf kunnen invlechten in de Nederlandse rechtsorde, ook zonder duidelijke wettekst.³⁴

Zoals bekend bleef dit standpunt niet overeind in de inbreukprocedure die eindigde met HvJ EG 10 mei 2001, C144/99 *Jur.* 2001, I-3541. Kern van de beslissing van het Hof was dat Nederland ten aanzien van artikel 4 lid 2 en artikel 5 van de Richtlijn niet had mogen volstaan met verwijzing naar het al bestaande stelsel van open normen van het Burgerlijk Wetboek. Het Hof oordeelde:

*‘17. Volgens vaste rechtspraak vereist de uitvoering van een richtlijn weliswaar niet noodzakelijkerwijs een optreden van de wetgever van elke lidstaat, doch dient het betrokken nationale recht daadwerkelijk de volledige toepassing van de richtlijn te verzekeren, moet de uit dit recht voortvloeiende rechtssituatie voldoende bepaald en duidelijk zijn en moeten de begunstigen in staat zijn, kennis te nemen van al hun rechten en deze zo nodig geldend te maken voor de nationale rechterlijke instanties (arrest van 23 maart 1995, Commissie/Griekenland, C-365/93, Jurispr. blz. I-499, punt 9).
18. Zoals reeds door het Hof is onderstreept, is deze laatste voorwaarde van bijzonder groot belang wanneer de betrokken richtlijn rechten toekent aan onderdanen van andere lidstaten (arrest Commissie/Griekenland, reeds aangehaald, punt 9). Dit is in casu het geval, omdat de richtlijn volgens de zesde overweging van de considerans ervan vooral beoogt de burger in zijn rol als consument bescherming te bieden bij het kopen van goederen en bij dienstverrichtingen op basis van overeenkomsten waarop de wetgeving van een andere lidstaat dan de zijne van toepassing is.’*

Het hof achtte de indirecte manier waarop Nederland meende dat dezelfde resultaten binnen het stelsel van het Burgerlijk Wetboek bereikt zouden kunnen worden, te mager als implementatie. Het Hof steunt daarbij sterk op de analyse van A-G Tizzano. Deze had bijvoorbeeld opgemerkt dat waar de richtlijn aan de consument de mogelijkheid geeft om de verbindendheid van onduidelijke of vage bedingen aan te vallen, het Nederlandse recht niet dezelfde zekerheid en duidelijkheid biedt. Kernbedingen kunnen immers niet worden aangetast, terwijl

³³ Zie over deze artikelen in de zin van ‘information rules’ Armbrüster, SECOLA 2005 Conference Paper.

³⁴ Vgl. *Kamerstukken II* 1998/99, 26 470, nr. 3, p. 1. Dat standpunt werd in de literatuur overigens niet algemeen gedeeld. Zie Jac. Hijma, *Algemene voorwaarden (Mon. Nieuw BW B55)*, Deventer: Kluwer 1997, p. 7-8.

dat onder de richtlijn wél mogelijk moet zijn. De A-G voegde er bovendien aan toe:

‘29. Op dit punt merk ik op, dat de uitsluiting van bedingen die de kern van de prestaties aangeven, van de regeling inzake algemene voorwaarden een wezenlijke beperking van de werkingssfeer van de richtlijn oplevert. Men denke slechts aan de consequenties daarvan voor allerlei overeenkomsten, bijvoorbeeld verzekeringsovereenkomsten, die zich bij uitstek lenen voor redactionele vaagheid, juist waar het gaat om hun wezenlijke voorwerp, in dit voorbeeld dus de omschrijving van het verzekerd risico.

31. Ten slotte betwijfel ik ook of het Nederlandse recht kan waarborgen, dat de verkoper bij de redactie van standaardvoorwaarden de ingevolge artikel 5, eerste volzin, van de richtlijn op rustende transparantieplicht in acht neemt. Om een ogenschijnlijk soortgelijk resultaat te bereiken, steunt het stelsel van bepalingen waarop de Nederlandse regering zich beroept, veeleer op criteria als redelijkheid en billijkheid. Aldus wordt echter, zoals de Commissie opmerkt, dit resultaat enkel indirect nagestreefd, en niet met de doeltreffendheid en directheid van een bepaling die expliciet het in de richtlijn vervatte beginsel weergeeft. Dit geldt te meer wanneer men bedenkt, aldus nogmaals de Commissie, dat volgens de door de gemeenschapswetgever gekozen oplossing de verkoper verplicht is om tevoren zorg te dragen voor duidelijke en begrijpelijke bedingen en aldus te waarborgen dat de consument zich nog voor het sluiten van de overeenkomst voldoende kan informeren om met kennis van zaken te beslissen.’

Nederland verweerde zich nog met de stelling dat de richtlijnconforme rechtspraak van de Hoge Raad aan de mogelijke wettelijke onduidelijkheden wel een mouw zou weten te passen. Het Hof oordeelde evenwel (ov. 21):

‘dat (...) een nationale rechtspraak, gesteld al dat zij constant is, waarin bepalingen van intern recht worden uitgelegd op een wijze die wordt geacht aan de eisen van een richtlijn te voldoen, niet de helderheid en nauwkeurigheid kan hebben die met het oog op de rechtszekerheid noodzakelijk zijn. Dit geldt in het bijzonder op het gebied van de consumentenbescherming.’

Naar aanleiding van de veroordeling heeft Nederland alsnog implementatiewerkzaamheden aangevat, zij het evident *contre coeur*.³⁵ Dit resulteerde onder andere in het opnemen van een tweede lid in artikel 6:238 BW, luidend:

³⁵ Wet van 28 oktober 1999, *Stb.* 1999, 468 (i.w.tr. 17 november 1999) (*Kamerstukken* 26 470).

‘Bij een overeenkomst als bedoeld in de artikelen 236 en 237 moeten de bedingen duidelijk en begrijpelijk zijn opgesteld. Bij twijfel over de betekenis van een beding, prevaleert de voor de wederpartij gunstigste uitleg.’

4.2 Enkele voorbeelden van inbedding

4.2.1 Kernbedingen

De richtlijn kent niet het begrip ‘kernbeding’, maar onze regeling van algemene voorwaarden wel (artikel 6:231 BW). Toch stemmen nationale regeling en richtlijn waarschijnlijk goeddeels overeen. Immers, artikel 4 lid 2 van de richtlijn stelt:

‘De beoordeling van het oneerlijke karakter van bedingen heeft geen betrekking op de bepaling van het eigenlijke voorwerp van de overeenkomst, noch op de gelijkwaardigheid van enerzijds de prijs of vergoeding en anderzijds de als tegenprestatie te leveren goederen of te verrichten diensten, voor zover die bedingen duidelijk en begrijpelijk zijn geformuleerd.’

De preambule bij de richtlijn vermeldt bovendien:

‘dat in het geval van verzekeringsovereenkomsten de bedingen die het verzekerde risico en de verbintenis van de verzekeraar duidelijk omschrijven of afbakenen, niet het voorwerp van een dergelijke toetsing zijn wanneer deze beperkingen in aanmerking worden genomen bij de berekening van de door de consument betaalde premie.’

Ongetwijfeld is deze mededeling te danken aan een alerte verzekeraar,³⁶ maar ze roept natuurlijk een veel breder probleem op: wanneer bestaat er een verband tussen de hoogte van de prijs en de betreffende clausule?³⁷ Hier kan een nationale rechter veel hebben aan informatie over hoe andere nationale rechters een dergelijke vraag aangevat hebben. De CLAB kan daar in theorie een goed informatiepunt voor zijn.

³⁶ Vgl. Hugh Beale, ‘Legislative Control of Fairness: The Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts’, in: Jack Beatson en Daniel Friedman (red.), *Good Faith and Fault in Contract Law*, Oxford: Clarendon Press 1995, p. 240-241.

³⁷ Vgl. Jean-Marie Gardette, *Die Behandlung der ‘unangemessenen’ Klauseln nach dem französischen ‘AGB’-Gesetz*, Karlsruhe: Verlag Versicherungswirtschaft 2005, p. 285. Zie voor de tamelijk ruime uitleg van het begrip ‘kernbeding’ in de praktijk van de Nederlandse Raad van Toezicht Verzekeringswezen R.M. Vriesendorp-Van Seumeren, *Algemene voorwaarden en verzekeringsrecht*, Deventer: Kluwer 2002, p. 200 e.v. alsmede de recente beslissing d.d. 9 januari 2006, Nr. 2006/005 Mo.

Hoe dit ook zij, het begrip ‘kernbeding’ is een fraai voorbeeld van een begrip dat door richtlijnconforme interpretatie als het ware ‘geëuropeaniseerd’ is.³⁸ In *Assoud/Nationale Sporttotalisator* greep de Hoge Raad de kans om uitleg van en toepassing aan de richtlijn te geven:³⁹

‘Naar uit de ontstaansgeschiedenis van de bepaling [artikel 6:231 BW, auteurs] blijkt, is met deze uitzondering beoogd te voorkomen dat de regeling betreffende algemene voorwaarden zou neerkomen op de – gedeeltelijke – introductie van een iustum pretium-regel, die de rechter zou nopen tot een beoordeling – in de bewoordingen van art. 4 lid 2 van Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten – van de gelijkwaardigheid van enerzijds de krachtens de overeenkomst verschuldigde prijs of vergoeding en anderzijds de als tegenprestatie te leveren goederen of te verrichten diensten. In samenhang daarmee zijn – wederom in de bewoordingen van de richtlijn – ook bedingen die “de bepaling van het eigenlijke voorwerp van de overeenkomst” ten doel hebben, aan de regeling onttrokken. De voormelde richtlijn laat blijkens art. 4 lid 2 een zodanige uitsluiting van de versterkte toetsing toe. Daarbij verdient aandacht dat de Nederlandse regels betreffende algemene voorwaarden, waarvan de wetgever heeft geoordeeld dat zij de richtlijn incorporeren, aldus moeten worden uitgelegd dat zij aan – kort gezegd – consumenten tenminste dezelfde bescherming bieden als de richtlijn, terwijl de richtlijn aan een verder gaande bescherming in het Nederlandse recht niet in de weg staat. De door de richtlijn en derhalve door dat recht geëiste duidelijke en begrijpelijke formulering van de versterkte toetsing uitgesloten bedingen is in deze zaak niet aan de orde.’

Mocht er dus al een verschil bestaan tussen het kernbeding en de uitgesloten bedingen van artikel 4 lid 2 van de richtlijn, dan heeft de Hoge Raad het hier willen gladstrijken.⁴⁰

³⁸ Van de uitbundige literatuur over richtlijnconforme interpretatie in het privaatrecht noemen we slechts M.H. Wissink, *Richtlijnconforme interpretatie van burgerlijk recht*, Deventer: Kluwer 2001, p. 13 e.v. en Bettina Heiderhoff, *Grundstrukturen des nationalen und europäischen Verbrauchervertragsrechts*, München: Sellier 2004, p. 87 e.v.

³⁹ HR 19 september 1997, NJ 1998, 6.

⁴⁰ Vgl. over uitleg van het begrip ‘kernbeding’ ook HR 21 februari 2003, NJ 2004, 567 (*Weevers Stous / Parkwoningen*).

4.2.2 De wezenlijke verstoring van het contractevenwicht

Het concept van de wezenlijke verstoring van het contractevenwicht is⁴¹ samen met het begrip ‘goede trouw’ te beschouwen als de scharnierpunten voor aantastbaarheid van het oneerlijke beding.⁴² Het lijkt geïnspireerd op het concept van § 9 Abs. 1 van de Duitse AGBG 1976⁴³ (oud), en kan nog het beste worden vergeleken met ons concept van ‘onredelijk bezwarend’. In abstracto is het moeilijk om aan te geven wanneer een wezenlijke verstoring optreedt, zo gaf ook het Hof van Justitie toe.⁴⁴ Ook hier kan gebruik van de CLAB uitkomst bieden. De lijn van het Hof van Justitie is dat de nationale rechter met weging van de concrete omstandigheden moet beslissen of het beding oneerlijk is.⁴⁵ Maar in sommige gevallen is het Hof geneigd om zelf aan de rem te trekken. Zo werd bijvoorbeeld in *Océano Grupo Editorial en Salvat Editores*⁴⁶ een kennelijk evident oneerlijk beding gekapitteld. In de latere *Hofstetter* zaak werd *Océano* als volgt samengevat:

‘dat een van tevoren door een verkoper opgesteld beding, dat de rechter van de plaats van vestiging van de verkoper bevoegd verklaart voor de beslechting van alle uit de overeenkomst voortvloeiende geschillen, voldoet aan alle criteria om op grond van de richtlijn als oneerlijk te worden aangemerkt. Deze beoordeling is echter gegeven met betrekking tot een beding dat uitsluitend tot voordeel van de verkoper strekte en geen tegenprestatie voor de consument inhield, waardoor ongeacht de aard van de overeenkomst afbreuk werd gedaan aan de doeltreffendheid van de rechterlijke bescherming van de door de richtlijn aan de consument toegekende rechten. Het was dus mogelijk om het oneerlijke karakter van dit beding vast te stellen zonder dat alle omstandigheden rond de sluiting van de overeenkomst hoefden te worden onderzocht en zonder dat de voor- en nadelen die in het op de overeen-

⁴¹ Zie hierover Maugeri, SECOLA 2005 Conference Paper.

⁴² Zie bijvoorbeeld voor het Engelse recht in deze Elizabeth Macdonald, ‘Scope and Fairness of the Unfair Terms in Consumer Contract Regulations: Director General of Fair Trading v. First National Bank’, *Modern L. Rev.* 2002, p. 763 e.v.

⁴³ Vgl. Hugh Beale, ‘Legislative Control of Fairness: The Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts’, in: Jack Beatson en Daniel Friedman (red.), *Good Faith and Fault in Contract Law*, Oxford: Clarendon Press 1995, p. 243. Zie inmiddels § 307 BGB.

⁴⁴ HvJ EG 1 april 2004, C-237/02, NJ 2005, 75, nr. 19: ‘dat artikel 3 met een verwijzing naar de begrippen goede trouw en aanzienlijke verstoring van het evenwicht tussen de rechten en verplichtingen van partijen slechts in abstracto de elementen omschrijft die een oneerlijk karakter geven aan een contractueel beding waarover niet afzonderlijk is onderhandeld’ (zie in die zin arrest van 7 mei 2002, Commissie/Zweden, C-478/99, Jur. p. I-4147, punt 17).

⁴⁵ Zie vorige noot.

⁴⁶ HvJ EG 27 juni 2000, C-240/98-C-244/98, Jur. p. I-4941, NJ 2000, 730, TvC 2000/5, p. 234 (*Océano Grupo Editorial en Salvat Editores*), nrs. 21-24.

*komst toepasselijke nationale recht aan dit beding verbonden waren, hoefden te worden beoordeeld.*⁴⁷

Over *Océano* komen wij later nog te spreken. De *Hofstetter* zaak is hier ook om een andere reden van belang. Het Hof van Justitie heeft de eenvormige uitleg niet eenduidiger gemaakt door het nationale rechters toe te staan om ook andere elementen van hun recht – en dan met name de bescherming van consumenten – te betrekken in hun oordeel of het betreffende beding oneerlijk is. Dit werd met zoveel woorden beslist in antwoord op de prejudiciële vraag in *Hofstetter*:

‘Het antwoord op de vraag of een beding in een overeenkomst al dan niet een oneerlijk karakter heeft, moet volgens artikel 4 van de richtlijn worden gegeven met inaanmerkingneming van alle omstandigheden rond de sluiting van de overeenkomst, op het moment waarop de overeenkomst is gesloten, rekening houdend met de aard van de goederen of diensten waarop de overeenkomst betrekking heeft. Opgemerkt moet worden dat in deze context ook de gevolgen moeten worden beoordeeld die dat beding kan hebben in het kader van het op de overeenkomst toepasselijke recht, hetgeen een onderzoek van het nationale rechtsstelsel impliceert.’ (HvJ nr. 21)

Het Hof oordeelde dus kort gezegd dat een specifiek beding moet worden onderzocht in het licht van de omstandigheden van het betrokken geval en dat dus het laatste woord aan de nationale rechter is. Dit is natuurlijk een begrijpelijke wijze van het tegenhouden van een cascade aan vragen aan het Hof over de toepassing van de richtlijn, maar anderzijds kan hiervan worden gezegd dat het een uniforme toepassing wellicht in gevaar brengt. Ook hier zou gebruik van de CLAB uitkomst kunnen bieden.

⁴⁷ HvJ EG 1 april 2004, C-237/02, NJ 2005, 75, nr. 23 (*Freiburger Kommunalbauten GmbH Baugesellschaft & Co. KG vs Ludger en Ulrike Hofstetter*).

4.2.3 De indicatieve lijst

De indicatieve lijst heeft nationale wetgevers voor de vraag gesteld of deze opgenomen moest worden in de implementatiewetgeving. Finland, Zweden en Denemarken hadden de lijst niet opgenomen. Daarop heeft de Commissie een inbreukprocedure ingesteld, maar zij haalde bakzeil bij het Hof.⁴⁸ Liever zou de Commissie waarschijnlijk een strenger regime invoeren met een zwarte lijst,⁴⁹ maar het indicatieve karakter van de lijst bij Richtlijn 93/13 is al een compromis tussen de lidstaten zodat het onwaarschijnlijk is dat hier op korte termijn verandering in komt. Voorlopig blijft de lijst dus ‘eine reine Auslegungshilfe’.⁵⁰

In een recent arrest van de Hoge Raad kwam de verhouding tussen de regeling van artikel 6:233 e.v. BW en de indicatieve lijst (kort) aan de orde.⁵¹ Het betrof een geschil tussen de eigenaar van een flatgebouw en de appartementseigenaren (het gebouw was in erfpacht uitgegeven en vervolgens gesplitst in appartementsrechten). In de erfpachtakte was een boetebeding opgenomen, dat op enig moment werd ingeroepen. Tegen het boetebeding en haar concrete uitwerking werd natuurlijk artikel 6:94 BW in stelling gebracht, maar ook artikel 6:233 BW. In dat verband komt de vraag aan de orde of de feitenrechter ambtshalve tot toetsing van algemene voorwaarden aan de indicatieve lijst van de richtlijn had moeten overgaan. De Hoge Raad oordeelt van niet, met verwijzing naar de conclusie van A-G Wesseling-Van Gent:

‘3.5.4 Onderdeel 4.4 wijst erop dat in de bij de Richtlijn 93/13/EEG (PbEG 21 april 1993, L 95/29) betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten behorende indicatieve en niet uitputtende lijst van bedingen die op grond van art. 3 lid 3 van de richtlijn als “oneerlijk” kunnen worden beschouwd, onder e) is vermeld een beding dat tot doel of tot gevolg heeft “de consument die zijn verbintenissen niet nakomt, een onevenredig hoge schadevergoeding op te leggen”. Nu een dergelijk beding ingevolge de richtlijn de consument niet bindt, had het hof, dat gehouden is tot richtlijnconforme interpretatie van het Nederlandse recht, reeds daarom en zo nodig ambtshalve moeten toetsen of het boetebeding oneerlijk is en (mede) gezien de – door de rechtbank geconstateerde en in appel onbestreden – exorbitantie van het boetebeding c.q. boetebedrag, het beroep van [eiser] c.s. op de

⁴⁸ HvJ EG 7 mei 2002, C-478/99, *Jur.* 2002, p. I-4147, NJ 2003, 74 (Commissie/Zweden).

⁴⁹ Vgl. EC, *Report from the Commission on the implementation of Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on Unfair Terms in Consumer Contracts*, Commission of the European Communities 2000, p. 17.

⁵⁰ Aldus Martin Gebauer e.a. (red.), *Zivilrecht unter europäischem Einfluss*, Stuttgart: Richard Boorberg Verlag 2005, p. 167.

⁵¹ HR 24 maart 2006, C05/011HR (*Appartementseigenaren / Nederlandsche Woning-financiering Maatschappij*).

vernietigbaarheid van het beding moeten honoreren, aldus het onderdeel. Het onderdeel faalt, omdat het berust op een onjuiste rechtsopvatting. Tegen de achtergrond van de in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 2.50-2.53 vermelde gegevens moet worden aangenomen dat het hof niet ambtshalve behoefde te beoordelen of het boetebeding oneerlijk is in de daaraan door de richtlijn toegekende betekenis, en dat het hof ermee mocht volstaan het beding te toetsen aan art. 6:233, onder a, BW, zoals dat door [eiser] c.s. mede met een beroep op de richtlijn werd bepleit.'

Wat zijn dan die gegevens in de conclusie van de Advocaat-Generaal? Allereerst een bespreking van de Nederlandse literatuur en de standpunten van auteurs als Hijma, Jongeneel, Schelhaas en Wissink.⁵² Zij menen kort gezegd dat de lijst niet meer dan indicatief is (hetgeen uiteraard strookt met de bewoordingen van de richtlijn) en als gezichtspunt moet worden meegewogen bij de toetsing op grond van art. 6:233 BW.

In de tweede plaats wordt een verwijzing gegeven naar *Commissie/Zweden* (HvJ EG 7 mei 2002, C-478/99, *Jur.* 2002, p. I-4147, NJ 2003, 74). In die uitspraak gaf het Hof van Justitie aan dat de bijlage indicatief is en dat 'een erin voorkomend beding niet noodzakelijkerwijs als oneerlijk hoeft te worden aangemerkt en dat omgekeerd een beding dat er niet in voorkomt nochtans oneerlijk kan worden bevonden'. Het was Zweden toegestaan om de lijst in de memorie van toelichting bij de implementatiewet op te nemen; het standpunt van de commissie dat Zweden de lijst in de wet zelf had moeten opnemen werd door het Hof verworpen.

Wat wij niet helemaal begrijpen is hoe de Hoge Raad op grond van deze gegevens tot de conclusie kan komen dat het Hof niet tot *ambtshalve toetsing* had behoeven over te gaan. Dat is, zo denken wij, toch niet zozeer een vraagpunt van de status van de indicatieve lijst maar veeleer een vraag naar het werkingsbereik van de *Océano* beslissing.⁵³ De vraag is dan of de rechter *verplicht is* om de indicatieve lijst te leggen naast de voorwaarden waar de gebruiker een beroep op doet, ook als de consument daar niets over heeft gesteld. Dat de rechter *bevoegd*

⁵² Verwezen wordt namelijk naar: Mon. NBW B55 (Hijma), 2003, nr. 8; R.H.C. Jongeneel, 'Een richtlijn die weinig schade aanricht', *TvC* 1993, p. 117-130, m.n. p. 124-126; H.N. Schelhaas, *Het boetebeding in het Europese contractenrecht* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 2004, p. 315; M.B.M. Loos, *Algemene voorwaarden*, Kluwer: Deventer 2001, nrs. 195, slot en nr. 197.

⁵³ HvJ EG 27 juni 2000, C-240/98-C-244/98, *Jur.* p. I-4941, NJ 2000, 730, *TvC* 2000-5, p. 234 (*Océano Grupo Editorial en Salvat Editores*).

is om zulks te doen, volgt inderdaad uit de *Océano* beslissing,⁵⁴ maar of hij er ook onder alle omstandigheden toe verplicht is lijkt in het licht van *Hofstetter* minder zeker (zeker wanneer de consument in rechte is verschenen en door een raadsman vertegenwoordigd wordt).⁵⁵

5 Hoe ondergeschikt is het nationale recht?

Toepassing van Europese richtlijnen binnen het nationale burgerlijk recht is om meerdere redenen problematisch.⁵⁶ De richtlijn voorziet niet in alle problemen en de toepassing en dus uitleg ervan in het nationale recht moet richtlijnconform en europeesrecht-conform geschieden; strijdige regels moeten buiten toepassing worden gelaten en zelfs worden ingetrokken. Maar hoe ver reikt die plicht in concrete gevallen? Een voorbeeld van een probleem dat in dat verband in de *Cofidis* zaak speelde, is dat van verjarings- en vervaltermijnen. Elk rechtsstelsel kent dergelijke termijnen, bijvoorbeeld om de benadeelde consument te dwingen binnen een bepaalde tijd zijn klacht kenbaar te maken. De richtlijn vermeldt niets over termijnen en dus rijst de vraag of nationale regels te dien aanzien toegepast mogen worden als dat ertoe leiden kan dat de rechter niet toekomt aan toetsing aan de richtlijn. In de *Cofidis* zaak moest het Hof van Justitie oordelen over de verenigbaarheid van een vervaltermijn in het Franse recht met de Richtlijn oneerlijke bedingen.⁵⁷ Het Hof oordeelde kort gezegd dat nationale regelgeving die het de nationale rechter verbiedt om na het verstrijken van een verval-

⁵⁴ Vgl. Hof Arnhem 12 december 2000 en 5 juni 2001, *NJ* 2001, 622 (*Meurs/Van Esch Poppeliers*).

⁵⁵ Zo ook S. Prechal, 'Ambtshalve toetsen van oneerlijke bedingen door middel van conforme uitleg', *NTER* 2001, p. 104 e.v. Zie voorts M.B.M. Loos, in: E.H. Hondius en G.J. Rijken (red.), *Handboek Consumentenrecht*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2006, p. 73 (noot 78). Loos is enerzijds van mening dat de rechter verplicht is tot ambtshalve toetsing, maar geeft anderzijds aan (p. 74) dat het beding 'zo nodig' ambtshalve buiten toepassing moet worden gelaten. Vgl. ook M.B.M. Loos, 'Oneerlijke bedingen en wettelijke vervaltermijnen: ruime uitleg van *Océano* bevestigd', *NTER* 2003, p. 73. Wij denken dat praktisch gesproken vooral naar vergelijkbaarheid van de desbetreffende casus met de *Océano*-casus gekeken moet worden om van een plicht tot ambtshalve toetsing te kunnen spreken. Vgl. over e.e.a. ook J.G.J. Rinkes, in: E.H. Hondius en G.J. Rijken (red.), *Handboek Consumentenrecht*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2006, p. 57-58, met verdere verwijzingen. Zie ook J.G.J. Rinkes, 'Kroniek Europees Consumentenrecht 2000-2002', *Tijdschrift voor Consumentenrecht en Handelspraktijken* 2003, p. 107 e.v. Zie over de verhouding tussen *Océano* en *Hofstetter* bijv. ook nog Anne Röthel, 'Missbräuchlichkeitskontrolle nach der Klauselrichtlinie: Aufgabenteilung im supranationalen Konkretisierungsdialog', *ZEuP* 2005, p. 418 e.v.

⁵⁶ Uitvoerig hierover Wissink, a.w.

⁵⁷ Het ging om art. L311-37 Code de la Consommation dat destijds luidde '*Les actions engagées devant lui doivent être formées dans les deux ans de l'événement qui leur a donné naissance à peine de forclusion*'.

termijn ambtshalve of naar aanleiding van een door de consument opgeworpen exceptie vast te stellen dat een in een overeenkomst opgenomen beding oneerlijk is, in strijd komt met Richtlijn 93/13.⁵⁸ Het Franse ‘inheemse’ recht moest dus buiten toepassing gelaten worden.

Welke gevolgen heeft deze uitspraak nu voor ons recht? Loos meent dat de specifieke situatie die zich in die procedure voordeed in Nederland niet snel aan de orde zal komen.⁵⁹ De vernietigingsgrond van art. 6:233 BW is namelijk onderworpen aan een verjaringstermijn die pas aanvangt zodra de gebruiker van de algemene voorwaarden een beroep op het onereuze beding doet (art. 6:235 lid 4 BW), aldus terecht Loos.⁶⁰ Wij denken dat *Cofidis* als zodanig inderdaad weinig gevolgen heeft op dit punt. Voor andere termijn-gebonden bepalingen in ons BW kan het wel betekenis hebben. Mocht ons nationale recht in een concreet geval er aan in de weg staan dat de rechter ambtshalve tot toetsing aan de richtlijn overgaat of ingaat op een door de consument ingeroepen verweer, dan moet toetsing aan de richtlijn tóch voorrang krijgen, zo lijkt uit *Cofidis* te volgen. In die gevallen is het nationale recht dus ondergeschikt aan de richtlijn.

6 Wat niet werd opgelost: vergelijken blijft moeilijk

De richtlijn heeft in zekere zin een bescheiden doel. Een algemener probleem bij algemene voorwaarden, dat van *vergelijkbaarheid* van onstoffelijke producten, wordt niet aangevat. Het gaat daarbij om het volgende. Bij ‘onstoffelijke massa-producten’ zoals financiële diensten die aan consumenten worden aangeboden, bestaat het ‘product’ voor een groot deel uit algemene voorwaarden. Denk bijvoorbeeld aan de polisvoorwaarden bij een verzekeringsovereenkomst.⁶¹ Waar deze richtlijn in het geheel geen aandacht aan besteed – en het Europese consumentenrecht doet dat eigenlijk nergens – is het vergemakkelijken van de vergelijking van producten.

⁵⁸ HvJ EG 21 november 2002, zaak C-473/00, *Jur.* 2002 p. I-10875 (*Cofidis SA vs. Jean-Louis Fredout*).

⁵⁹ M.B.M. Loos, ‘Oneerlijke bedingen en wettelijke vervaltermijnen: ruime uitleg van Océano bevestigd’, *NTER* 2003, p. 73. Zie ook J.G.J. Rinkes, ‘Kroniek Europees Consumentenrecht’, *Tijdschrift voor Consumentenrecht en Handelspraktijken* 2006, p. 48 e.v., i.h.b. p. 58-59.

⁶⁰ M.B.M. Loos, ‘Oneerlijke bedingen en wettelijke vervaltermijnen: ruime uitleg van Océano bevestigd’, *NTER* 2003, p. 73; vgl. M.B.M. Loos, *Algemene voorwaarden – Beschouwingen over het huidige recht en mogelijke toekomstige ontwikkelingen*, Den Haag: BJu 2001, p. 31.

⁶¹ Vgl. Jean-Marie Gardette, *Die Behandlung der ‘unangemessenen’ Klauseln nach dem französischen ‘AGB’-Gesetz*, Karlsruhe: Verlag Versicherungswirtschaft 2005, p. 107. Zie algemener over dit probleem van onvergelijkbaarheid Ewald Engelen, in: Menno Hurenkamp en Monique Kremer (red.), *Vrijheid verplicht - over tevredenheid en de grenzen van keuzevrijheid*, Amsterdam: Van Gennep 2005, p. 50.

Er is in dit verband wel gewezen op het transparantiegebod als middellijk instrument tot het eigenlijke doel van betere marktwerking. De gedachte is kort gezegd dat als algemene voorwaarden kraakhelder opgeschreven zijn en consumenten de strekking er van dus kunnen doorzien, zij beter geïnformeerde keuzes kunnen maken en aldus op belangrijker criteria gaan letten bij hun contracteerbeslissing dan alleen de prijs.⁶² Of dit nu strookt met de realiteit is nog maar de vraag. Algemene voorwaarden kunnen geheel transparant – of beter: in begrijpelijke bewoordingen opgeschreven – zijn en toch zozeer afwijken van algemene voorwaarden die de concurrent hanteert dat vergelijking moeilijk is. Dat is met name bij onstoffelijke producten zoals financiële dienstverlening van belang. Als men een koelkast koopt is informatie over de kern van de prestatie – zoals kwaliteit en capaciteit, stroomverbruik, etc. – niet primair in de algemene voorwaarden besloten gelegen. Bij onstoffelijke producten is dat vaak wel het geval. En het transparantiegebod helpt dan wel, maar is onvoldoende om transparantie van de markt te verkrijgen. Dat is uiteraard begrijpelijk omdat het niet alleen zou betekenen dat algemene voorwaarden op dezelfde manier worden ingedeeld, maar dat de inhoud ook dezelfde zou zijn of met een beperkt (uniform) keuzemenu zou werken. En dat zou nu juist haaks staan op het uitgangspunt van concurrentie tussen de verschillende aanbieders.⁶³ Intussen heeft het wel als praktisch gevolg dat consumenten in de onjuiste veronderstelling kunnen verkeren dat bijvoorbeeld een rechtsbijstandverzekering altijd dezelfde inhoud heeft en dat dus alleen prijsoverwegingen doorslaggevend moeten zijn.⁶⁴ Transparantie

⁶² Vergelijk in die richting ongeveer Hugh Beale, 'Legislative Control of Fairness: The Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts', in: Jack Beatson en Daniel Friedman (red.), *Good Faith and Fault in Contract Law*, Oxford: Clarendon Press 1995, p. 250. M.B.M. Loos, *Spontane harmonisatie in het contracten- en consumentenrecht – Over de verstoring en herstel van de coherentie van het nationale contracten- en consumentenrecht onder invloed van het Europese recht* (oratie Amsterdam UvA), Den Haag: BJu 2006, p. 49, noot 171, merkt op dat het belang van heldere voorwaarden niet bij contractsluiting maar juist ten tijde van het conflict speelt. Dit lijkt ons te beperkt: transparantie kan ook bevorderen dat derden (bijvoorbeeld vergelijkende internetsites) de producten vergelijkbaar kunnen maken voor consumenten en daarmee het informatie-tekort bij sluiting kan verminderen.

⁶³ Vgl. Hans-W. Micklitz, 'The Concept of Comparative Contract Law', *Penn State Int. L. Rev.* 2005, p. 570.

⁶⁴ Hans-W. Micklitz, 'The Concept of Comparative Contract Law', *Penn State Int. L. Rev.* 2005, p. 570 wijst terecht op Verordening (EG) nr. 358/2003 d.d. 27 februari 2003, *PbEU* L 53/8, die in dit opzicht juist beperkingen stelt aan het hanteren van gemeenschappelijke standaardpolisvoorwaarden in de verzekeringsbranche. Anderzijds kan worden toegegeven dat als men consumenten zou voorlichten over de noodzaak op algemene voorwaarden te bestuderen om de exacte verschillen te ontdekken, zij dit onderzoek waarschijnlijk vanwege de tijd en moeite achterwege zouden laten. Vgl. daarover Hugh Beale, 'Legislative Control of Fairness: The Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts', in: Jack Beatson en Daniel Friedman (red.), *Good Faith and Fault in Contract Law*, Oxford: Clarendon Press 1995, p. 232.

en de inhoudsbescherming die de richtlijn nastreeft, is dus wellicht wel zinvol maar niet voldoende.

7 Conclusie

Zoals eerder vermeld is de ‘nesteling’ van Richtlijn 93/13 per lidstaat verschillend. Dat hangt samen met de rechtscultuur in het desbetreffende land. Sommige landen hebben een langere traditie van ‘pro-consument’ wetgeving en rechtspraak, of hebben al een reeks van algemene voorwaarden onverbindend verklaard. In die landen veranderde de richtlijn misschien in detail wel, maar op hoofdlijnen natuurlijk niet essentieel het beschermingsniveau voor consumenten. In landen waarin geen bijzondere regelgeving en geen sociaal-economische voedingsbodem voor sectoraal voorwaardenoverleg bestond, zal de richtlijn ongetwijfeld ingrijpender en gedwongen ‘nesteling’ tengevolge gehad hebben. De gevolgen voor ons land zijn verwaarloosbaar gebleken. Wel zijn – zo bleek hiervoor – op detailniveau aanpassingen nodig geweest. Is dit nu een geruststellende mededeling? Wij denken dat er toch wel enige zorg is. Juist omdat de richtlijn tot weinig wetgevingswerk heeft geleid en juristen niet algemeen vertrouwd zijn met de (deels) Europeesrechtelijke achtergrond van onze regeling van de algemene voorwaarden in artikel 6:231 BW e.v., bestaat de kans dat er divergentie ontstaat.

En hier mee raken we een veel meer omvattend probleem. Immers, dit geldt niet alleen ten aanzien van deze richtlijn, maar ook in meer algemene zin kan vastgesteld worden dat binnen de Nederlandse rechtscultuur het Europese recht en meer in het bijzonder de achtergrond van richtlijnen nog niet echt ‘leeft’. Smits merkt hieromtrent in zijn opstel ‘Europa en het Nederlands privaatrecht’ op:

‘Het lijkt daarom nuttig om eerst het kader te schetsen waarbinnen de privaatrechtelijke activiteiten van de Europese Unie zich afspelen. Mijn ervaring is namelijk dat de Nederlandse jurist vaak slechts het eindproduct van de EU-bemoeienis (meestal in de vorm van een richtlijn of verordening) aanschouwt, maar niet veel weet van de reden waarom de EG zich bemoeit met het privaatrecht en waarom dat geschiedt op een bepaalde wijze. Kennis daaromtrent is echter essentieel voor een juist begrip van EG-wetgeving en van de in Nederland vereiste wijze van interpretatie daarvan.’⁶⁵

Kort en goed: waar het gaat om de ‘nesteling’ van Europees recht binnen ons eigen rechtsstelsel kan geconstateerd worden dat er sprake is van zowel een in-

⁶⁵ J.M. Smits, ‘Europa en het Nederlands privaatrecht’, *NTBR* 2004, p. 490. Vgl. ook J.M. Smits, *Europese integratie in het vermogensrecht: een pleidooi voor keuzevrijheid* (NJV preadvies), Deventer: Kluwer 2006, p. 65 e.v.

formatieprobleem – maar zeker net zo belangrijk – als van een gewaarwordingsprobleem. Een initiatief als CLAB geniet weinig bekendheid onder Nederlandse juristen. Dat is dan toch tekenend?