

ONTWIKKELINGSFASEN IN DE BETEUGELING VAN ALGEMENE VOORWAARDEN NAAR NEDERLANDS RECHT

door

Prof. mr. Jac. HJMA

I. Inleiding

1. Gestandaardiseerde contractsbedingen (algemene voorwaarden) vervullen een nuttige functie in het handelsverkeer. De ondernemer die zich ervan bedient, bespaart zowel zichzelf als zijn wederpartij tijd, geld en moeite. Partijen kunnen zich bij het contracteren tot de hoofdzaken beperken, de kleinere kwesties aan de ingeschakelde standaardbedingen overlatend. Tegenover deze voordelen staat evenwel een niet gering nadeel. De algemene voorwaarden worden gewoonlijk door één van beide partijen of haar brancheorganisatie opgesteld, en zullen als gevolg daarvan niet zelden de belangen van die ene partij (veel) sterker dienen dan de belangen van de ander. Zeker nu wederpartijen in de gestipuleerde toepasselijkheid van standaardvoorwaarden plagen toe te stemmen zonder deze te bestuderen of zelfs maar door te nemen, ligt misbruik op de loer.

Het is de taak van het recht en zijn beoefenaren om, zoveel mogelijk met behoud van de voordelen, de gevaren van het verschijnsel der algemene voorwaarden effectief te bestrijden. In de loop van de tijd zijn hiertoe verschillende mechanismen ontwikkeld. Dit opstel neemt de ontwikkelingen in Nederland gedurende de laatste decennia van het voorbije millennium onder de loupe. Er blijken drie ontwikkelingsfasen aanwijsbaar, gekenmerkt door de overwegend gehanteerde sanctie: fase I tot circa 1967, waarin de nietigheid centraal staat (par. 2); fase II van circa 1967 tot 1992, waarin de beperkende werking van de goede trouw regeert (par. 3-4); fase III vanaf 1 januari 1992, waarin als sanctie de in het nieuwe wetboek neergelegde vernietigbaarheid geldt (par. 5-9).

Bij de bespreking wordt uitgegaan van de situatie dat de toepasselijkheid van de algemene voorwaarden tussen partijen is overeengekomen, zodat deze inderdaad tot deel van de contractsinhoud zijn geworden. De wetsartikelen waarnaar wordt verwezen, zijn steeds die van het Nederlandse Burgerlijk Wetboek.

II. Fase I: nietigheid (strijd goede zeden)

2. Tot in de zestiger jaren van de twintigste eeuw was de beteugeling van toepasselijke algemene voorwaarden voornamelijk overgelaten aan het leerstuk van de ongeoorloofde oorzaak: een clausule kon in strijd blijken te zijn met de *goede zeden*, hetgeen van rechtswege haar nietigheid tot gevolg had (art. 1373 jo. 1371 oud BW). Voorbeelden van deze benadering zijn te vinden in HR 3 juni 1938, *NJ* 1938, 920 m.nt. EMM (Bovag I), waarin een door een garagehouder gehanteerde exoneration voor — mede — opzet van zijn personeelsleden de toetsing aan de goede zeden doorstond, en HR 12 maart 1954, *NJ* 1955, 386 m.nt. HB (Kunst/Damco), waarin de Hoge Raad de exoneration door een kapitein-reder voor de gevolgen van eigen grove schuld onzedelijk en daarmee nietig bevond.

III. Fase II: beperkende werking goede trouw

3. In zijn preadvies voor de Nederlandse Juristen Vereniging van 1957 pleitte H. Drion⁽¹⁾ ervoor de *goede trouw* — in haar beperkende gedaante — als toetssteen te gaan hanteren (art. 1374 lid 3 oud BW). In de rechtspraak van die dagen werd weliswaar reeds een beperkende werking aan de goede trouw toegekend, maar dit geschiedde slechts op enkele specifieke terreinen, zoals dat van het bindend advies⁽²⁾. De doorbraak naar een meer algemene derogerende werking wordt, zij het in ietwat versluiserde vorm, gemarkeerd door het arrest HR 19 mei 1967, *NJ* 1967, 261 m.nt. GJS (Saladin/HBU).

Particuliere belegger Saladin krijgt van zijn bank, de HBU, het advies aandelen Waterman Pen Company te kopen bij Savard; desgewenst zal de „onmetelijke rijke” Savard deze aandelen na een jaar terugkopen tegen een ruim 15% hogere prijs. De HBU noemt de transactie een buitenkansje voor haar goede cliënten en 100% safe; wel tekent zij in de bevestigingsbrief aan dat zij „echter generlei aansprakelijkheid voor deze transactie” op zich kan nemen. Saladin koopt 6.000 aandelen Waterman. Als deze op de beurs in waarde dalen en hij ze krachtens de terugkoopgarantie aan Savard aanbiedt, blijkt deze inmiddels insolvent. Saladin eist schadevergoeding van de HBU, die de vrijtekening in het geweer brengt. Slaagt dit verweer van de bank? De Hoge Raad overweegt als volgt:

(1) H. DRION, preadvies, *Handelingen NJV* 1957-I, 236-237.

(2) Zie b.v. HR 29 januari 1931, *NJ* 1931, p. 1317 (Huize Lydia).

„O. dat het antwoord op de vraag in welke gevallen aan degenen die — gelijk te dezen de Bank — bij contractueel beding zijn aansprakelijkheid voor zekere gedragingen ook indien deze jegens zijn wederpartij onrechtmatig zijn heeft uitgesloten, een beroep op dit beding niet vrijstaat, afhankelijk kan zijn van de waardering van tal van omstandigheden, zoals: de zwaarte van de schuld, mede i.v.m. de aard en de ernst van de bij enige gedraging betrokken belangen, de aard en de verdere inhoud van de overeenkomst waarin het beding voorkomt, de maatschappelijke positie en de onderlinge verhouding van pp., de wijze waarop het beding is tot stand gekomen, de mate waarin de wederpartij zich de strekking van het beding bewust is geweest;(...)” Hoewel de Raad de woorden „goede trouw” vermijdt, is de toonzetting van deze overweging geheel die van een toetsing aan de goede trouw, beoordeeld naar het moment waarop het beding uiteindelijk wordt ingeroepen(3). De traditionele benadering via de goede zeden, die op de inhoud van het beding is afgestemd, is immers niet goed te rijmen met de casuïstische koers die de Hoge Raad in de geciteerde passage uitzet, en evenmin met de formule „een beroep op dit beding niet vrijstaat”. Dat de kogel inderdaad door de kerk is, blijkt bij de kennisname van latere rechtspraak. In HR 20 februari 1976, *NJ* 1976, 486 m.nt. GJS (Van der Laan/Top; levering van kippen met pseudovogelpest) wordt, wederom naar aanleiding van een ingeroepen exoneratie, de beperkende werking van de goede trouw met zoveel woorden erkend:

„dat (...) het feit dat de verkoper of een persoon in zijn dienst een ernstig verwijt treft dat hij van het bestaan van de gebreken in de te leveren zaken onkundig was gebleven, in verband met de eisen van de goede trouw onder omstandigheden (...) kan meebrengen dat de verkoper zich niet op de contractuele uitsluiting of beperking van zijn aansprakelijkheid voor de voorzienbare schadelijke gevolgen van deze gebreken kan beroepen; dat het antwoord op de vraag of zulks het geval is, afhankelijk is van de waardering van tal van omstandigheden zoals: de zwaarte van de schuld aan de zijde van de verkoper, de aard en de ernst van de voorzienbare schade, de wijze waarop het beding is tot stand gekomen, de strekking van het beding (...), het gedrag van de koper met betrekking tot de gebreken of de daardoor veroorzaakte schade; (...)”.

Ook talloze latere arresten getuigen van deze benadering. Opgemerkt zij, dat de aldus gekozen aanpak niet tot *algemene* voorwaarden is

(3) Evenzo onder meer G.J. SCHOLTEN in zijn NJ-noot onder het arrest.

beperkt; incidenteel gemaakte afspraken vallen onder hetzelfde regime. Dit neemt niet weg dat het eventuele gegeven dat het om een gestandaardiseerde voorwaarde gaat, een rol van betekenis speelt. In de geciteerde arresten noemt de Hoge Raad onder de in aanmerking te nemen omstandigheden „de wijze waarop het beding is tot stand gekomen” en „de mate waarin de wederpartij zich de strekking van het beding bewust is geweest”; deze en dergelijke indicatoren nodigen de rechter als het ware uit vooral standaardbedingen kritisch te bejegenen.

IV. Overig instrumentarium onder het oude wetboek

4. De toetsing aan de goede trouw is intussen niet de enige weg waarlangs de rechter in de bedoelde periode toezicht uitoefent op het gebruik van algemene voorwaarden.

Allereerst zij gewezen op de mogelijkheid dat reeds bij de *totstand-komingstoetsing* — in een voorfase derhalve — de conclusie wordt bereikt dat een bepaald in een pakket standaardvoorwaarden vervat beding per saldo niet in de contractsinhoud is opgenomen (art. 1356 sub 1 oud BW), hoewel de toepasselijkheid van de voorwaarden tussen de partijen overeenkomen is. Men zie voor deze mogelijkheid het arrest HR 20 november 1981, *NJ* 1982, 517 m.nt. CJHB (Holleman/De Klerk):

„(Het Hof is) afgeweken van de (...) regel dat aan het in het handelsverkeer tussen ondernemingen bedingen van de toepasselijkheid van algemene voorwaarden geen andere eisen behoren te worden gesteld dan in het algemeen gelden voor het tot stand komen van een overeenkomst, welke regel in beginsel óók geldt voor algemene voorwaarden welke exoneratiebedingen bevatten. Dat toepasselijkheid van algemene voorwaarden aldus overeengekomen is, sluit niet uit dat er zich onder die voorwaarden bepalingen bevinden van een zodanige inhoud dat de toestemming van de wederpartij niet kan worden geacht op toepasselijkverklaring ook dáárvan gericht te zijn geweest. Of dit het geval is, is een kwestie van uitleg van de overeenkomst”.

Het zijn met name ongebruikelijk — ja verrassend — te noemen (bezwarende) bedingen, die voor een ecartering langs deze route in aanmerking komen. Zo is onder meer buiten de contractsinhoud geplaatst een beding krachtens hetwelk een postorderbedrijf recht had op een tot maar liefst 69,8% per jaar oplopende verdragingsrente(4).

(4) Ktg. Nijmegen 3 januari 1986 en 4 april 1986, *De Praktijkids* 1986, nr. 2524.

Vervolgens is er de vraag naar de *uitlegging* van het overeengekomene. De mogelijkheid om via het uitlegleerstuk standaardcondities te betuigen, is nijver benut: in rechtspraak en doctrine zijn verschillende uitlegmethoden en -regels ontwikkeld om wederpartijen tegen voorwaardengebruikers in bescherming te nemen. Men denke in dit kader met name aan de — in algemene zin reeds naar het Romeinse recht bekende — interpretatie *contra proferentem*, inhoudende dat in geval van redelijke twijfel een contractueel beding zal worden uitgelegd in het nadeel van de partij die het heeft (opgesteld en) ingebracht⁽⁵⁾.

Tenslotte bevindt zich in de rechterlijke gereedschapskist nog een aantal instrumenten van diverse aard, die in incidentele gevallen van nut kunnen zijn. Te noemen zijn onder meer de ongeoorloofde oorzaak (art. 1373 jo. 1371 oud BW; vgl. par. 2), de wilsgebreken (art. 1357-1364 oud BW) en de onrechtmatige daad (art. 1401 oud BW).

V. Fase III: vernietigbaarheid

5. Met de invoering van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek op 1 januari 1992 is het geschetste „ongeschreven” — in de jurisprudentie tot ontwikkeling gekomen — toetsingssysteem vervangen door dat van een uitvoerige wettelijke regeling: afdeling 6.5.3 (Algemene voorwaarden), art. 6:231 t/m 6:247 BW. Wat de sanctionering betreft, valt direct op dat de toetsing aan de goede trouw — die in de nieuwe wet als redelijkheid en billijkheid door het leven gaat (art. 6:2, 6:248 BW) — is verdrongen door een stelstel waarin *vernietigbaarheid* als sanctie fungeert. Daarbij gaat de aandacht niet langer uit naar het beroep zoals dat uiteindelijk op het beding wordt gedaan, maar staat de *inhoud* van het beding centraal, beoordeeld naar het moment waarop de overeenkomst is gesloten:⁽⁶⁾

Art. 6:233 BW

Een beding in algemene voorwaarden is vernietigbaar

a. indien het, gelet op de aard en de overige inhoud van de overeenkomst, de wijze waarop de voorwaarden zijn tot stand gekomen, de wederzijds kenbare belangen van partijen en de overige omstandigheden van het geval, onredelijk bezwarend is voor de wederpartij; (...).

(5) Zie het bronnenoverzicht in het Contractenrecht VII (HONDIUS), nrs. 204-207.

(6) Aldus uitdrukkelijk de toelichtende stukken, Parlementaire Geschiedenis Nieuw BW, Boek 6 Inv., Deventer, 1990, 1526, 1579-1580, 1587, 1595, 1620-1622.

Ten gerieve van consumenten (natuurlijke personen die niet handelen in de uitoefening van een beroep of bedrijf) bevatten art. 6:236 en art. 6:237 BW een „zwarte lijst” en een „grijze lijst” met bedingen die onweerlegbaar respectievelijk weerlegbaar worden vermoed een — hun vernietigbaarheid meebrengend — onredelijk bezwarend karakter te dragen in de zin van art. 6:233 sub a BW.

Volgens het algemene model van art. 3:49-51 BW kan de vernietiging van een standaardbeding niet alleen in, maar ook buiten rechte haar beslag krijgen: een buitengerechtelijke verklaring door de wederpartij, gericht tot de voorwaardengebruiker, is voor de effectuering van de vernietigbaarheid voldoende. Hoewel de wet daaraan geen speciale aandacht besteedt(7), ligt het voor de hand dat de vernietiging van het onredelijk bezwarende beding in beginsel niet zal doorwerken naar de rest van de overeenkomst. Ware dit anders, dan zou voor een wederpartij die het gesloten contract niet wil verliezen, de vernietigingsmogelijkheid in feite een lege huls zijn.

De keuze voor vernietigbaarheid sluit aan bij de algemene regeling van in strijd met de wet verrichte rechtshandelingen, zoals vervat in art. 3:40 lid 2 BW:

Art. 3:40 BW

2. Strijd met een dwingende wetsbepaling leidt tot nietigheid van de rechtshandeling, doch, indien de bepaling uitsluitend strekt ter bescherming van één der partijen bij een meezijdige rechtshandeling, slechts tot vernietigbaarheid, een en ander voor zover niet uit de strekking van de bepaling anders voortvloeit.

Nu de wettelijke regeling der algemene voorwaarden uitsluitend strekt ter bescherming van één partij (de wederpartij van de voorwaardengebruiker), is vernietigbaarheid de aangewezen sanctie. Dat neemt niet weg dat aan deze keuze enige haken en ogen zijn verbonden, zeker in vergelijking met de voorheen de scepter zwaaiende derogende redelijkheid en billijkheid (goede trouw). Een probleemveld vormt onder meer de vernietiging van bedingen — bijvoorbeeld een exoneration — in een duurovereenkomst. Wordt een getroffen beding steeds voor de gehele verdere looptijd van het contract buiten werking gesteld? Een ontkennende beantwoording van die vraag, zoals in de

(7) Toepasselijk is het algemene art. 3:41 BW (partiële nietigheid); vergelijk art. 6 lid 1 (in fine) van richtlijn 93/13/EEG en par. 6 (1) van de Duitse AGB-Gesetz.

literatuur bepleit, vergt nogal wat hersengymnastiek⁽⁸⁾. Een ander punt van aandacht, dat hieronder nader aan de orde komt (par. 9), is, dat op de vernietigbaarheid een beroep moet worden gedaan door de vernietigingsbevoegde, terwijl redelijkheid en billijkheid in essentie — ook al zal de rechter veelal over de nodige feitelijke informatie dienen te beschikken en is hij in zoverre van de houding van partijen (en met name van de wederpartij) afhankelijk — van rechtswege ingrijpen.

VI. Restfunctie redelijkheid en billijkheid

6. Is met de invoering van de nieuwe wettelijke regeling het doek voor de tot dusverre gehanteerde derogerende redelijkheid en billijkheid (goede trouw) gevallen? Aldus geformuleerd verdient de vraag een ontkennend antwoord, en wel in tweeërlei zin.

In de eerste plaats kan worden geconstateerd dat het vernietigbaarheidsregime van art. 6:233 sub a BW zich niet uitstrekt tot *alle* situaties waarin een contractspartij gestandaardiseerde condities hanteert. Bepaalde „grote” wederpartijen zijn aan de bescherming van het artikel onttrokken (art. 6:235 lid 1 BW), en hetzelfde geldt voor wederpartijen die zelf meermalen dezelfde of nagenoeg dezelfde voorwaarden hanteren (art. 6:235 lid 3 BW). In dit soort gevallen blijft men derhalve, zoals onder het oude recht, op de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid aangewezen (art. 6:248 lid 2 BW).

Interessant is de vraag of redelijkheid en billijkheid nog een functie hebben in situaties die op zichzelf *wel* door art. 6:233 sub a BW worden bestreken. Derogeert de vernietigbaarheidsregel van art. 6:233 sub a BW als *lex specialis* aan de algemene bepaling van art. 6:248 lid 2 BW (redelijkheid en billijkheid)? Meestal wordt aangenomen dat dit inderdaad het geval is, zij het met dien verstande, dat art. 6:248 lid 2 BW slechts buiten spel staat met betrekking tot de toetsing van de *inhoud* van het beding, beoordeeld naar het moment van contracteren (par. 5). Is het beding die inhoudelijke sluis eenmaal gepasseerd, dan blijft denkbaar dat zich *naderhand* bepaalde feiten voordoen die het — naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid — alsnog onaanvaardbaar maken dat de voorwaardengebruiker dit beding voor zich

(8) Zie A. HAMMERSTEIN en J.B.M. VRANKEN, *Beëindigen en wijzigen van overeenkomsten*, Monografie Nieuw BW A-10, Deventer, 1998, nr. 49; Jac. HJMA, *Algemene voorwaarden*, Monografie Nieuw BW B-55, Deventer, 1997, nr. 45.

inroept (art. 6:248 lid 2 BW); hierbij is met name te denken aan gevallen van rechtsverwerking⁽⁹⁾.

Uit één en ander blijkt, dat men niet kan zeggen dat met de komst van het nieuwe wetboek de rol van de (algemene) redelijkheid en billijkheid op het terrein der algemene voorwaarden is uitgespeeld; wél is duidelijk, dat die rol aanzienlijk is gereduceerd.

VII. Overig instrumentarium onder het nieuwe wetboek

7. Welke instrumenten hanteert de Nederlandse rechter verder ter bescherming van de wederpartij van een voorwaardengebruiker? Vergelijken wij, in grote lijnen, de huidige situatie met die welke onder het oude wetboek bestond (par. 4).

Op het terrein van de totstandkoming is een verandering ingetreden in die zin, dat uitspraken in de trant van het geciteerde arrest HR 20 november 1981, *NJ* 1982, 517 m.nt. CJHB (Holleman/De Klerk), niet langer voor de hand liggen⁽¹⁰⁾. De wetgever is dermate overtuigd van de effectiviteit van het nieuwe vernietigbaarheidsstelsel, dat hij totstandkomingsdiscussies eenvoudig in het nadeel van de wederpartij heeft afgekapt: de wederpartij is *ook dan* aan de algemene voorwaarden gebonden, als bij het sluiten van de overeenkomst de gebruiker begreep of moest begrijpen dat zij de inhoud daarvan niet kende (art. 6:232 BW).

Wederpartijvriendelijke uitlegmethode blijven actueel; met betrekking tot consumenten is het *contra-proferentem*-principe thans vastgelegd in art. 6:238 lid 2 BW. Paradoxaal genoeg kan het voor de wederpartij per saldo gunstiger zijn dat de tekst van het beding in haar nadeel wordt opgevat, namelijk dat, indien het beding daardoor onder het mes van art. 6:233 sub a wordt gebracht. Dat de regel van art. 6:238 lid 2 BW dus ook tot een consumentonvriendelijke tekstlezing zou kunnen nopen, zou ik echter niet willen aannemen⁽¹¹⁾.

Ook naar het huidige recht blijft uiteraard, gelijk onder het oude, een groep van diverse instrumenten aanwijsbaar waarvan in incidentele gevallen gebruik kan worden gemaakt, zoals strijd met openbare orde of goede zeden (art. 3:40 lid 1 BW), wilsgebreken (art. 3:44 en 6:228 BW), onrechtmatige daad (art. 6:162 e.v. BW).

(9) Parl. Gesch. Nieuw BW, Boek 6 Inv., Deventer, 1990, 1581, 1586, 1595, 1597, 1621-1622.

(10) HR 1 juli 1993, *NJ* 1993, 688 (Bouma/Cavo-Latuco) doet hieraan m.i. niet af.

(11) Nader Jac. HJMA, *WPNR* 1999, 6345.

Ter completering van het beeld past nog de volgende observatie. Hierboven werd van art. 6:233 BW slechts de bepaling sub a geciteerd. Het artikel kent een tweede vernietigingsgrond in de bepaling sub b, welke in het aansluitende art. 6:234 nader reliëf krijgt⁽¹²⁾. De wetgever heeft in feite de zich aandienende mogelijkheid benut om, tegelijk met het probleem van de inhoudelijke verstoring, dat van de slechte kenbaarheid van ingeschakelde voorwaarden aan te vatten. De regeling legt, kort gezegd, een *informatieplicht* op degene die zich van algemene voorwaarden bedient:

Artikel 6:233

- Een beding in algemene voorwaarden is vernietigbaar (...)
- b. indien de gebruiker aan de wederpartij niet een redelijke mogelijkheid heeft geboden om van de algemene voorwaarden kennis te nemen.

Artikel 6:234

1. De gebruiker heeft aan de wederpartij de in artikel 6:233 onder *b* bedoelde mogelijkheid geboden, indien hij
- a. hetzij de algemene voorwaarden voor of bij het sluiten van de overeenkomst aan de wederpartij ter hand heeft gesteld,
- b. hetzij, indien dit redelijkerwijs niet mogelijk is, voor de totstandkoming van de overeenkomst aan de wederpartij heeft bekend gemaakt dat de voorwaarden bij hem ter inzage liggen of bij een door hem opgegeven Kamer van Koophandel en Fabrieken of een griffie van een gerecht zijn gedeponerd, alsmede dat zij op verzoek zullen worden toegezonden.
- (...)

VIII. Richtlijn 93/13/EEG

8. Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, gepubliceerd in PbEG 21 april 1993, L 95/29, heeft op de toen kersverse Nederlandse wetgeving nauwelijks invloed gehad. Aanvankelijk nam de wetgever zelfs het standpunt in dat het nieuwe wetboek volledig aan de eisen van de richtlijn voldeed. Later heeft hij — in reactie op door de Europese Commissie geuite kritiek

(12) Over de verhouding tussen art. 6:233 sub b en art. 6:234 zie men HR 1 oktober 1999, *NJ* 2000, 207 m.nt. JH (Geurtzen/Kampstaal).

— alsnog enkele kleine aanpassingen verricht, zoals de toevoeging van het hierboven al ter sprake gekomen art. 6:238 lid 2 BW (uitleg *contra proferentem*(13)).

IX. Fase IV?

9. Inmiddels is juist op het punt van de sanctionering onrust ontstaan. Richtlijn 93/13/EEG eist van de Lid-Staten, dat deze bepalen dat „oneerlijke bedingen in overeenkomsten tussen een verkoper en een consument onder de in het nationale recht geldende voorwaarden de consument niet binden (...)” (art. 6 lid 1 richtlijn). Mede gezien de expliciete referte aan onder de in het nationale recht geldende voorwaarden, lijkt de Nederlandse sanctie van vernietigbaarheid aan deze eis te voldoen. In het licht van het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen d.d. 27 juni 2000, C 240/98 t/m C 244/98, *NJ* 2000, 730 (Océano Grupo Editorial/Murciano Quintero c.a.), is deze conclusie echter dubieus te noemen. De (vijf gevoegde) procedures betreffen de koop op afbetaling, door Spaanse consumenten, van encyclopedieën. De contracten bevatten een forumkeuzebeding waarin de rechter te Barcelona bevoegd wordt verklaard; de verkopers hebben in die stad hun zetel, de kopers wonen allen elders. Wanneer de kopers niet aan hun betalingsverplichtingen voldoen, spannen de verkopers een geding aan voor het *Juzgado de Primera Instancia n. 35 de Barcelona*. De geadieerde rechter vraagt zich af of hij de forumkeuzeclausule ambtshalve op haar „eerlijkheid” mag toetsen, en legt ter zake een prejudiciële vraag voor aan het Europese Hof van Justitie. De uitspraak van het Hof mondt uit in een tweeledige verklaring voor recht:

- „1) De bescherming die richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten de consumenten biedt, vereist, dat de nationale rechter bij de beoordeling van de ontvankelijkheid van een bij de nationale gerechten ingediende vordering ambtshalve kan toetsen, of een beding in de hem voorgelegde overeenkomst oneerlijk is.
- 2) De nationale rechter moet bij de toepassing van bepalingen van nationaal recht van eerdere of latere datum dan de richtlijn, deze zoveel mogelijk uitleggen in het licht van de bewoordingen en het doel van de richtlijn. Het vereiste van conforme uitlegging brengt

(13) Zie *Kamerstukken* 26.470 en *Staatsblad* 1999, 468.

in het bijzonder mee, dat de nationale rechter die uitlegging volgt die hem de mogelijkheid biedt, zich ambtshalve onbevoegd te verklaren ingeval hij als bevoegde rechter is aangewezen in een oneerlijk beding.”

Het is lastig in te schatten wat precies de implicaties van deze uitspraak (zullen blijken te) zijn⁽¹⁴⁾. De sub 1 door het Hof gebezigde bewoordingen zijn algemeen gekozen; zij suggereren dat de rechter standaardvoorwaarden in consumentenovereenkomsten steeds ambtshalve moet kunnen toetsen. Aldus bezien zou de Nederlandse sanctie van vernietigbaarheid — die de introeping aan de beschermde partij overlaat — ontoereikend zijn, althans voor met consumenten gesloten contracten. Daar staat tegenover dat het in casu gaat om een forumkeuzebeding, waarbij de principiële laagdrempelige toegang van de consument tot de rechter op het spel staat, en waarbij de rechter de (on)eerlijkheid in abstracto kan beoordelen zonder dat de consument verschijnt, een standpunt inneemt, of nader inzicht in feiten en omstandigheden verschaft. De constatering dat één en ander de beoordeelde casus nogal specifiek maakt, biedt, in elk geval in materieel opzicht, een tegenwicht aan de suggestie dat de vernietigbaarheids-sanctie over de gehele (consumenten)linie tekortschiet.

Het is hier niet de plaats om dit punt verder uit te werken. Ik moge volstaan met het neerschrijven van mijn gevoelens dat met betrekking tot het overgrote deel van de rond standaardvoorwaarden denkbare conflictsituaties de sanctie der vernietigbaarheid, ook vanuit consumentenperspectief, niet werkelijk onderdoet voor die van nietigheid. Tegen deze achtergrond ben ik geneigd het bijzondere van het litigieuze forumkeuzebeding — hetwelk de gekozen rechter met huid en haar zou moeten slikken om zich als bevoegd te beschouwen — toch bij de oordeelsvorming te blijven betrekken.

X. Besluit

10. Het juridische leerstuk van de gestandaardiseerde contractuele bedingen was, het moge uit deze beschouwingen zijn gebleken, de afgelopen decennia welhaast voortdurend in beweging. Goede zeden, totstandkoming, uitleg, goede trouw, vernietigingsgronden: zij trokken samen op dan wel droegen elkaar de fakkel over. Aanvankelijk heerste de nietigheid, toen de beperkende werking van de goede trouw, ver-

(14) Zie hierover E.H. HONDIUS, *WPNR* 2000, 6417.

volgens de vernietigbaarheid. Met de invoering van het nieuwe wetboek leek de materie in betrekkelijk rustig vaarwater te zijn terechtgekomen, maar de recente uitspraak van het Europese Hof heeft voor een flinke golfslag gezorgd. Moeten wij de vernietigbaarheid weer opgeven? Terug — of juist verder — naar nietigheid? Het zou wel prachtig cyclisch zijn ...