

# Clean hands en algemene voorwaarden

*Frits de Vries\**

## INLEIDING

De Nederlandse taal is rijk aan gezegden die tot uitdrukking brengen, dat iemand niet gedragingen mag veroordelen die hij zelf ook verricht, noch moet spotten met eigenschappen die hij zelf eveneens bezit. Voorbeelden van dergelijke gezegden zijn „de pot verwijt de ketel dat hij zwart ziet” en „de spreker heeft boter op zijn hoofd”, terwijl een uitdrukking als „hij werd met gelijke munt terugbetaald” en in zekere zin ook „wie kaatst kan de bal verwachten” aangeven, dat onaangenaam gedrag als minder verwerpelijk wordt beschouwd als het een reactie vormt op eerdere onaangenaamheden. In de juridische context zijn, weliswaar in andere talen, vergelijkbare gezegden te vinden. Ten eerste is er het Latijnse adagium „in pari delicto vel causa potior est conditio possidentis” (bij gelijke overtreding of titel is de positie van de bezitter sterker).<sup>1</sup> Het is een op het zakenrecht toegespitste uitwerking van de gedachte, dat bij wederzijdse normschending door eiser en gedaagde de norm niet toegepast behoort te worden, zodat de positie van de gedaagde sterker is.

Verder is er de Engelse slagzin „the plaintiff must come to equity with clean hands”. Deze maxime heeft een zeer ruime strekking: in beginsel behoort de eiser zonder zonden te zijn, wil hij gehoor vinden bij de rechter. Indien hij zich schuldig heeft gemaakt aan bedriegelijke handelingen, misbruik van omstandigheden of iets dergelijks, zal de rechter niet in zijn zaak recht spreken.<sup>2</sup> Soms wordt de regel ook toegepast in situaties, waarin de

\* Mr F. J. de Vries is als universitair docent verbonden aan de afdeling burgerlijk recht van de Rijksuniversiteit te Leiden.

1. Liber Sextus 5, 12, 65 (De regulis iuris, Bonifacius VIII).
2. Zie Hanbury and Maudsley, *Modern Equity*, London 1989, blz. 28.

handen van de eiser op dezelfde manier vuil zijn geworden als die van de gedaagde: als de eiser zelf de door de gedaagde overtreden norm niet heeft nageleefd. Als meest sprekende voorbeeld wordt in de Engelse handboeken over equity vaak de *exceptio non adimpleti contractus* genoemd: de eiser kan geen nakoming verdienen, als hij zelf nog niet heeft gepresteerd.<sup>3</sup> Maar ook op andere gebieden, zoals het mededingingsrecht, wordt dit aforisme toegepast.

In het nieuwe BW komt een interessante bepaling voor, die ogenschijnlijk door de bovengenoemde adagia is ingegeven. In art. 235 lid 3 Boek 6 wordt aan een contractspartij het recht om algemene voorwaarden te vernietigen ontnomen, indien hij meermaalen dezelfde of nagenoeg dezelfde algemene voorwaarden hanteert. In het nu volgende betoog staat deze bepaling centraal. Aangezien het gebruik van algemene voorwaarden een grote vlucht heeft genomen, zal in een procedure over de geldigheid van een algemene voorwaarde in de toekomst misschien vaak door de gebruiker een beroep op de bepaling worden gedaan. Nagenoeg ieder bedrijf, een toenemend aantal beroepsbeoefenaren en soms ook particulieren maken immers gebruik van algemene voorwaarden en ondanks de creativiteit van ontwerpers van algemene voorwaarden zullen vele voorwaarden in de kern op hetzelfde neerkomen. In deze bijdrage probeer ik in het bijzonder aan te geven onder welke omstandigheden de rechter art. 235 lid 3 zou moeten toepassen.

#### DE ARGUMENTEN VOOR ART. 235 LID 3 BOEK 6 NBW

Onder het nieuwe BW zal de inhoudelijke controle op onereuze algemene voorwaarden groter worden. In afdeling 3 van titel 5 van boek 6 („Algemene voorwaarden”) worden twee nieuwe mogelijkheden gecreëerd om dergelijke algemene voorwaarden te vernietigen. Met algemene voorwaarden worden bedoeld: „een of meer schriftelijke bedingen die zijn opgesteld teneinde in een aantal overeenkomsten te worden opgenomen, met uitzondering van bedingen die de kern van de prestaties aangeven” (art. 231 sub a); degene die algemene voorwaarden hanteert, wordt de

3. *Idem*, blz. 676-677; Robert Megarry & P. V. Baker, *Snell's Principles of Equity*, London 1973, blz. 632.

„gebruiker” genoemd (art. 231 sub b). De wederpartij van de gebruiker kan op twee gronden een beding in algemene voorwaarden vernietigen: als het beding onredelijk bezwarend is (zie art. 233 sub a) of als de gebruiker aan de wederpartij niet een redelijke mogelijkheid heeft gegeven om van de algemene voorwaarden kennis te nemen (zie art. 233 sub b j° art. 234).

Van het begin af aan heeft de afdeling „Algemene voorwaarden” de in de inleiding al genoemde „clean hands-bepaling” gekend. Aanvankelijk was de tekst te vinden in art. 6.5.2A.2 lid 4. Later werd zij echter vernummerd tot art. 6.5.2A.2c (eerst lid 2 en vervolgens) lid 3 en uiteindelijk tot art. 235 lid 3 Boek 6. De tekst is behoudens enkele ondergeschikte aanpassingen gelijk gebleven en luidt als volgt:

„Op de vernietigingsgronden bedoeld in de artikelen 233 en 234 kan geen beroep worden gedaan door een partij die meermalen dezelfde of nagenoeg dezelfde algemene voorwaarden in haar overeenkomsten gebruikt.”

Een soortgelijke regel als de bovenstaande, waarin twee gebruikers van (nagenoeg) identieke algemene voorwaarden tegenover elkaar staan, is te vinden in art. 240 lid 5 Boek 6. De verantwoording van de wetgever voor beide bepalingen in de memorie van toelichting laat ik hieronder volgen:

„Deze bepalingen vormen voor de onderhavige materie toepassingen van het algemene beginsel dat men niet terug mag komen op eigen gedragingen en zich evenmin tegenover een ander kan beklagen over gedragingen die men ook zelf verricht; men denke in dit verband bijvoorbeeld aan rechtsverwerking, aan het door gedragingen opgewekte vertrouwen dat een bepaalde rechtshandeling is verricht c.q. een rechtsbetrekking bestaat of niet bestaat (artikelen 3.2.3 en 3.2.3a) en aan de beperking van het beroep op onrechtmatige daad op grond van het eigen gedrag van de gelaedeerde (H.R. 16 februari 1973, N.J. 1973, 463).

De bepaling is niet slechts van belang in het in lid 3 bedoelde geval, maar ook bij voorbeeld wanneer verschillende organisaties van bedrijfsuitoefenaren te zamen algemene voorwaarden hebben opgesteld die door hun leden in hun onderlinge contractuele relaties plegen te worden gebruikt.”<sup>4</sup>

4. Bijl. 16 983 (Invoeringswet NBW, tweede gedeelte (IW 2)) nr. 3 (MvT II) blz. 28; de verwijzing naar lid 3 (inmiddels art. 235 lid 2) betreft de positie van degene die zich bij een overeenkomst laat vertegenwoordigen door een gevolmachtigde, voor het geval deze tussenpersoon algemene voorwaarden gebruikt die voor de volmachtgever nadelig zijn.

Vooral uit het in de tekst enigszins verborgen en in de toelichting niet besproken vereiste, dat niet zozeer het in het geding zijnde beding als wel het gehele complex van algemene voorwaarden (nagenoeg) hetzelfde moet zijn, blijkt dat de wetgever een beperkte toepassing van het artikellid voor ogen stond.<sup>5</sup> Aan dit artikellid werd gedurende de parlementaire behandeling verder geen aandacht meer besteed. Toch is het interessant de bepaling aan een nadere analyse te onderwerpen, al is het alleen al omdat een dergelijke bepaling ontbreekt in de vergelijkbare Engelse Unfair Contract Terms Act 1977 en het Westduitse Gesetz zur Regelung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen van 1976.<sup>6</sup> In de wetstekst valt bijvoorbeeld al op, dat de wederpartij het recht uit handen wordt geslagen om een beding in algemene voorwaarden, waarvan hij redelijkerwijs niet kennis heeft kunnen nemen, te vernietigen, omdat hij algemene voorwaarden van dezelfde inhoud hanteert. De vernietigingsgrond van art. 233 sub b j<sup>o</sup> 234 is in het leven geroepen om de gebruiker aan te sporen de inhoud van de door hem gehanteerde algemene voorwaarden ter kennis te stellen van de wederpartij. Indien hij zich niet aan deze verplichting houdt, staat het de wederpartij vrij een of meerdere bedingen uit die algemene voorwaarden te vernietigen. Voor mij is geenszins duidelijk, waarom de wederpartij dit recht ontnomen zou moeten worden, in het geval dat hij zelf (nagenoeg) dezelfde voorwaarden hanteert. Inhoudelijk kunnen die algemene voorwaarden toch in orde zijn, zodat er op het gedrag van de wederpartij niets is aan te merken.

Ook naar aanleiding van de toelichting rijst er een aantal vragen. Ter rechtvaardiging van art. 235 lid 3 wordt een beroep op drie argumenten gedaan: rechtsverwerking, gerechtvaardigd vertrouwen en wederzijdse schending van een door art. 1401 gesanctioneerde norm. In deze bijdrage zal ik deze argumenten bespreken. Als uitgangspunt neem ik de situatie, dat een zeker beding in algemene voorwaarden onredelijk bezwarend is en dat de wederpartij die het beding wil vernietigen tegengeworpen krijgt, dat hij

5. Vgl. Asser-Hartkamp II, Zwolle 1989, nr. 360; zie ook hieronder.

6. Al eerder heb ik bezwaren tegen het artikellid aangevoerd, zie: Reflecties over het wetsontwerp algemene voorwaarden, BW-krant jaarboek 1985, blz. 89, 94-95; eveneens kritisch over het artikellid is J. E. Vollebregt, Wetsontwerp Algemene Voorwaarden, NJB 1984, blz. 809, 812-813.

soortgelijke algemene voorwaarden hanteert. De problematiek van het niet ter kennis stellen van de algemene voorwaarden laat ik verder buiten beschouwing. In het vervolg zal ik, in overeenstemming met de terminologie in het artikellid, met de wederpartij degene aanduiden die een beding in algemene voorwaarden wenst te vernietigen, en met de gebruiker degene die het aan vernietiging bloot gestelde beding heeft ingeroepen.

#### RECHTSVERWERKING EN GERECHTVAARDIGD VERTROUWEN

De wetgever ziet in art. 235 lid 3 mede een toepassing van het algemene beginsel, dat men niet terug mag komen op eigen gedragingen: *venire contra factum proprium nemini conceditur* (het staat niemand vrij een standpunt in te nemen dat in strijd is met een vroeger ingenomen standpunt). Zo algemeen geformuleerd gaat het beginsel echter niet op.<sup>7</sup> De wederpartij kan zijn eigen gebruik van de algemene voorwaarden staken en vervolgens het beding van de gebruiker op grond van art. 233 vernietigen, zonder dat deze hem het tot de verleden tijd behorende gebruik kan tegenwerpen. Zo zal het echter in de toelichting niet bedoeld zijn, mede gezien het in de tegenwoordige tijd gestelde woord „gebruikt” in de wetstekst. Het „terugkomen op” ziet vermoedelijk op het inconsequente gedrag van de wederpartij: hij vordert vernietiging van een beding, dat hij in andere rechtsverhoudingen te zijnen gunste inroept.

In de toelichting wordt het leerstuk rechtsverwerking eveneens beschouwd als een toepassing van dit algemene beginsel. Hoezeer dit ook waar moge zijn, ter oplossing van het probleem van de wederzijds gebruikte algemene voorwaarden hebben de dogmatiek en jurisprudentie over rechtsverwerking weinig te bieden. Rechtsverwerking wordt aangenomen, als de gerechtigde tot een zeker recht door eigen gedragingen het gerechtvaardigd vertrouwen jegens zijn wederpartij heeft gewekt, dat hij het recht niet zal uitoefenen, of als de gerechtigde door zijn recht plotseling in te roepen de positie van de wederpartij onredelijk verzwaart. Vaak is er bij rechtsverwerking sprake van beide factoren.<sup>8</sup>

7. Vgl. Ph. A. N. Houwing, *Rechtsverwerking*, Preadvies voor de Broederschap der Candidaat-Notarissen 1968, blz. 66.

8. Zie *Contractenrecht IV-C (Valk)* nr. 353.

Van gerechtvaardigd vertrouwen van de gebruiker van algemene voorwaarden jegens zijn wederpartij die ook algemene voorwaarden hanteert, dat deze zijn vernietigingsbevoegdheid niet inroept, zal echter meestal geen sprake zijn. Hij zal meestal niet op de hoogte zijn, of en zo ja welke algemene voorwaarden zijn wederpartij gebruikt. Dit is alleen anders in het in de toelichting genoemde voorbeeld, waarin twee branchegenoten de door hun branche-organisatie opgestelde algemene voorwaarden ook in hun onderlinge rechtsverhouding gebruiken. Maar ook dan vind ik het geforceerd om het verlies van de bevoegdheid een beding in algemene voorwaarden te vernietigen, te verklaren met een beroep op gerechtvaardigd vertrouwen bij de gebruiker van de ingeroepen clause, dat de wederpartij door zelf zo'n beding te hanteren niet tot vernietiging zou overgaan. Met evenveel recht kan in dergelijke situaties verdedigd worden, dat de branchegenoten er stilzwijgend van uitgaan, dat de algemene voorwaarden in onderlinge overeenkomsten niet worden gehanteerd. Dan zou een mogelijkheid tot vernietiging juist weer wel voor de hand liggen.<sup>9</sup> Op grond van deze argumenten lijkt ook de associatie met het op de artikelen 35 en 36 Boek 3 gebaseerde gerechtvaardigde vertrouwen niet zo sterk.

Een in juridisch opzicht relevant verzwaren van de positie van de gebruiker doet zich in ons geval niet voor, omdat de verzwaring bestaat in het niet kunnen gebruiken van een met de wet strijdig beding. Kortom, het beroep op rechtsverwerking en gerechtvaardigd vertrouwen komt op mij niet overtuigend over.

#### HET ARREST MAAS/WILLEMS

Verder wordt ter verdediging van art. 235 lid 3 in de toelichting steun gezocht bij het beginsel, dat men zich niet bij een ander kan

9. Een enkele keer is beslist, dat een contractspartij, die een bepaalde clause uit de overeenkomst niet naleeft, zijn recht heeft verwerkt zijn wederpartij aan deze clause te houden (zie de jurisprudentie aangehaald in Contractenrecht IV-C (Valk) nr. 362); voor het geval een gebruiker er inderdaad gerechtvaardigd op mocht vertrouwen, dat zijn wederpartij door identieke algemene voorwaarden te hanteren zijn bevoegdheid tot vernietiging niet zou gebruiken, is het m.i. wenselijker de met de wet strijdende bedingen desnoods over en weer te vernietigen in plaats van handhaving van de status quo; zie ook onder „in pari delicto en algemene voorwaarden” verder in dit artikel.

beklagen over gedragingen die men zelf ook verricht. Dit beginsel heeft mede gestalte gekregen in het arrest Maas/Willems (HR 16 februari 1973, NJ 1973, 463), waarin „het beroep op onrechtmatige daad op grond van het eigen gedrag van de gelaedeerde” werd beperkt. In deze zaak werd aan eiser in eerste instantie Willems een beroep op bescherming van art. 1401 onthouden, omdat hij de norm, die gedaagde Maas had overtreden, zelf ook had geschonden. De feiten waren als volgt:

Van 1965 tot 1967 verzorgde vervoersbedrijf Willems voor Gocon melktransporten naar West-Duitsland. In 1967 stapte Gocon echter over naar vervoersbedrijf Maas, omdat Maas een lagere vrachtprijs in rekening bracht. De wijze van berekening door Maas was echter in strijd met de destijds geldende Tariefbeschikking grensoverschrijding goederenvervoer vrachtauto's van 5 februari 1954, krachtens welke minimum-tarieven voor het grensoverschrijdende goederenvervoer waren vastgelegd ter bescherming van vervoerders tegen te sterke onderlinge concurrentie. De meeste internationale vervoerders hielden zich in die tijd niet meer aan de tariefbeschikking. Ook Willems overtrad de beschikking meer dan eens, hoewel hij tegenover Gocon wel de correcte vrachtprijs in rekening had gebracht. De tariefbeschikking zou overigens per 1 oktober 1974 worden ingetrokken.<sup>10</sup>

Willems vorderde van Maas vergoeding van de schade die hij door het verlies van Gocon als klant had geleden. Zowel Rechtbank als Hof stelde hem in het gelijk. De Hoge Raad echter casseerde het arrest van het Hof:

„dat, indien waar is dat, zoals Maas heeft gesteld, ten tijde van het ten processe bedoelde vervoer de door Maas gevolgde wijze van berekening van de vrachtprijs in geval van samenlading onder de internationale goederenvervoerders, waaronder Willems, algemeen gangbaar was, niet kan worden gezegd dat Maas zich door de overtreding van dat voorschrift tegenover Willems onbehoorlijk zou hebben gedragen;

dat immers in dat geval die vervoerders, waaronder Willems, door zich niet aan het wettelijk tariefvoorschrift te houden, zich op grond van hun eigen gedrag zouden hebben onttrokken aan de privaatrechtelijke bescherming welke zij, voor zover zij zich daar wèl aan plachten te houden, aan dat voorschrift op grond van art. 1401 B.W. tegenover de overtreder hadden kunnen ontleen;

dat dit niet anders zou zijn, indien Willems tegenover Gocon een vrachtprijs zou hebben berekend, die niet met genoemd voorschrift in strijd was”.

10. Zie Tariefbeschikking grensoverschrijdend vrachtautovervoer van 17 juli 1974, te vinden in Schuurmans & Jordens nr. 146, Zwolle 1988, blz. 212-213.

Hoewel dit arrest in verschillende opzichten interessant is, is het verband met de relativiteitsleer duidelijk. De regel, dat men zich op grond van zijn eigen gedrag kan onttrekken aan de privaatrechtelijke bescherming van art. 1401 heeft veel verwantschap met art. 163 Boek 6, waarin het relativiteitsvereiste is gecodificeerd: „Geen verplichting tot schadevergoeding bestaat, wanneer de geschonden norm niet strekt tot bescherming tegen de schade, zoals de benadeelde die heeft geleden.” Maas handelt wel onrechtmatig tegenover de vervoerders die zich aan de tariefbeschikking plegen te houden, maar niet tegenover degene die deze beschikking eveneens plegen te overtreden.

#### IN PARI DELICTO

Het arrest Maas/Willems wordt beschouwd als een uitzondering op de regel, dat het feit dat de eiser ook wel eens een loopje met het recht neemt niet aan het welslagen van zijn vordering in de weg staat. Dit is zelfs niet anders als de eiser dezelfde door art. 1401 gesanctioneerde rechtsnorm overtreed als gedaagde, een situatie door Van Nispen in zijn dissertatie „Het rechterlijk verbod en bevel” omschreven als het in *in pari delicto* verkeren van eiser en gedaagde.<sup>11</sup> De rechtbank Amsterdam paste in deze procedure deze regel toe en stelde Willems in het gelijk: „het feit dat Willems zelf wel eens de bepaling uit de Tariefbeschikking (...) zou hebben overtreden kan de onrechtmatigheid van Maas' handelen niet opheffen of Willems haar actie uit dien hoofde doen verliezen”.

Er zijn talloze voorbeelden te noemen, waarin de eiser, die zelf een rechtsnorm niet naleeft, toch naleving ervan door de gedaagde mag afdwingen. Een landeigenaar kan zich verzetten tegen het onbevoegd over het land lopen van een ander, ook als hij zelf wel eens onbevoegd over diens land loopt.<sup>12</sup> Verder kan een octrooihouder zich tegen inbreuken op zijn octrooirecht verzetten, ook als hij zelf wel eens octrooi-inbreuken pleegt.<sup>13</sup> Eveneens wordt een

11. Diss. Leiden, blz. 246 e.v.; hoewel de terminologie hier natuurlijk volstrekt vrij is, zou het aldus omschreven in *in pari delicto* verkeren kunnen worden beschouwd als een bijzonder geval van het ontbreken van *clean hands*.

12. Zie Meijers onder HR 24 januari 1936, NJ 1936, 427 (Blitz en Co)

13. Zie dezelfde noot van Meijers.

beledigende opmerking niet gelegitimeerd door een eerdere belediging.<sup>14</sup> Tenslotte zal de voetballer de schade van de door hem ingegooide ruit moeten vergoeden, ook al heeft de buurman wel eens zijn ruit gebroken, ja zelfs als deze uit nijd de bal door de ruit van de voetballer heeft teruggegooid. Onrechtmatige daden laten zich nu eenmaal niet tegen elkaar wegstrepen, maar zij cumuleren: de voetballer moet in het laatste voorbeeld de kapotte ruit van de buurman betalen en de buurman moet de schade van de voetballer vergoeden.

Volgens mij moet de precedentwaarde van het arrest Maas/Willems dan ook niet overschat worden. Willems werd een beroep op bescherming van de tariefbeschikking onthouden, omdat overtreding van de beschikking door internationale goederenvervoerders, waaronder Willems, *algemeen gangbaar* was. Weliswaar besliste de Hoge Raad in hetzelfde arrest, dat de tariefbeschikking haar rechtskracht niet had verloren. Toch heeft de Hoge Raad er kennelijk geen heil in gezien een wettelijk voorschrift, dat kort nadien zou worden ingetrokken<sup>15</sup> en dat door eiser zelf, en met hem vele anderen, meer dan eens werd overtreden, ten behoeve van de eiser te handhaven. Ook de advocaat-generaal Berger betoogt in zijn conclusie, dat de tot een gewoonte geworden normschending niet onzorgvuldig is jegens de concurrent, die gewoonlijk ook de norm schendt: degene die de beschikking overtreedt neemt een verboden voorsprong op zijn concurrent, maar als deze concurrent gewoonlijk eveneens de norm overtreden, is er van een voorsprong geen sprake meer.<sup>16</sup>

14. Hoewel de achtergrond, waartegen de opmerkingen werden gemaakt, een belangrijke invloed heeft op de vraag of er überhaupt wel onrechtmatig is gehandeld: zie Rb. Breda 23 maart 1976, NJ 1976, 325 en vgl. HR 10 februari 1984, NJ 1984, 436 (De Kort/Eman).
15. Zie voor een geval, waarin de Hoge Raad aannam dat op grond van de veranderde rechtsovertuiging en vooruitlopend op nieuwe wetgeving het vervaardigen van gebidsprothesen door tandprothetici ondanks strijd met art. 7 van de Wet op de uitoefening van de tandheelkunst niet onrechtmatig was jegens tandartsen: HR 16 september 1988, NJ 1989, 505 m.nt. CJHB en de kritische kanttekeningen in de annotatie van Brunner.
16. Anders t.a.v. de invloed van de gewoonte, overigens ook met een beroep op de A.-G.: Van Nispen, blz. 252.

Juist de tot gewoonte geworden overtreding van de tariefbeschikking moet het tegenwicht vormen tegen de stekeligheid in het arrest, dat Willems in het geval dat hij een keer wel de beschikking naleeft, toch geen recht op schadevergoeding heeft. Door de beslissing van de Hoge Raad werd de tariefbeschikking anderhalf jaar voor intrekking in feite al een dode letter: voor Willems was het, nu hij geen bescherming meer kon ontleen aan de tariefbeschikking, nauwelijks lonend zijn leven te beteren en het arrest zal ook voor Maas geen stimulans zijn geweest zich voortaan aan het voorschrift te houden.

De conclusie dat de overtreding van een norm algemeen gangbaar is geworden, dient mijns inziens om meer dan één reden met de uiterste terughoudendheid te worden getrokken. Er zijn bijvoorbeeld veel automobilisten die de maximumsnelheden overschrijden. Toch zou het ongerijmd zijn als een verkeerslachtoffer geen recht op vergoeding van zijn letselschade heeft die een ander door te hard rijden heeft veroorzaakt, als hij zelf ook regelmatig de maximumsnelheid overschrijdt. Slechts in het geval van volstrekt in onbruik geraakte rechtsnormen is een beslissing als in het Maas/Willems-arrest genomen gerechtvaardigd.

#### IN PARI DELICTO EN ALGEMENE VOORWAARDEN

Deze overwegingen leiden tot de conclusie, dat het beroep op het arrest Maas/Willems het bestaan van art. 235 lid 3 slechts op bescheiden schaal lijkt te rechtvaardigen. Het arrest zegt alleen iets over de situatie, dat de eiser zelf een norm overtreedt, terwijl bovendien die normovertreding algemeen gangbaar is.

Voor art. 235 lid 3 betekent dit, dat de clause die de wederpartij hanteert eveneens *onredelijk bezwarend* moet zijn en gebruik van de algemene voorwaarden bovendien binnen de kring waartoe zowel de gebruiker als zijn wederpartij behoort algemeen gangbaar zijn. Zelfs als de clauses min of meer woordelijk overeenstemmen, is daarmee echter nog niet gezegd, dat zij beide onredelijk bezwarend zijn. Een dergelijk oordeel is niet in abstracto te geven.<sup>17</sup> Het is goed mogelijk, dat de wederpartij zijn algemene

17. Behalve voor zover het bedingen betreft die op de zwarte lijst van art. 236 voorkomen, indien zij gebruikt worden in overeenkomsten met consumenten.

voorwaarden in geheel andere omstandigheden hanteert, waar de in het geding zijnde clause niet onredelijk bezwarend is.<sup>18</sup> In zo'n geval zou hem zijn vernietigingsbevoegdheid niet onthouden mogen worden, althans niet met een beroep op het arrest Maas/Willems. Verder is het moeilijk naar waarde te schatten, of een beding in algemene voorwaarden onredelijk bezwarend is, als de wederpartij het weliswaar in zijn algemene voorwaarden heeft opgenomen, maar nog nooit heeft ingeroepen.

Het feit, dat de normschending algemeen gangbaar moet zijn in de kring waartoe zowel de gebruiker als de wederpartij behoort, is met enige goede wil te lezen in de door art. 235 lid 3 gestelde voorwaarde, dat niet zozeer het in het geding zijnde beding als wel het complex van algemene voorwaarden (nagenoeg) hetzelfde moet zijn.<sup>19</sup> Als zij dezelfde algemene voorwaarden hanteren, zullen zij wel tot dezelfde kring van bedrijfs- of beroepsgenoten behoren en tevens zal het gebruik van die algemene voorwaarden algemeen gangbaar zijn. Deze eis vormt een aanzienlijke beperking van de toepassing van art. 235 lid 3. Het betekent in feite, dat de bepaling alleen ingeroepen kan worden in het in de toelichting genoemde geval dat twee branche- (of beroeps-)genoten ook in hun onderlinge rechtsverhouding hun algemene voorwaarden gebruiken.

Zelfs van een dergelijke bescheiden toepassing van art. 235 lid 3 zou ik geen voorstander zijn. Voor behoud van de vernietigingsbevoegdheid van de wederpartij pleit mijns inziens, dat de vernietiging niet alleen gevolgen heeft voor de rechtsverhouding tussen de gebruiker en de wederpartij, maar dat de vernietiging precedentwerking heeft voor de gevallen, waarin de gebruiker de clause eveneens gebruikt. Bovendien zal de vernietiging door de wederpartij voor hem een Pyrrhus-overwinning zijn. Omdat hij zelf (nagenoeg) dezelfde algemene voorwaarden hanteert, zal door de vernietiging van het beding ook zijn gebruik van dit beding eerder aan vernietiging bloot staan.

Volgens mij is het daarom verstandig van art. 235 lid 3 zo min mogelijk gebruik te maken. Voor het geval de partijen hun conflict

18. Vgl. J. E. Vollebregt, Wetsontwerp Algemene Voorwaarden, NJB 1984, blz. 809, 813.

19. Zo ook uitdrukkelijk Asser-Hartkamp II, nr. 360; vgl. B. Wessels en J. H. Jongeneel, Algemene voorwaarden, Zwolle 1987, nr. 81.

aan hem voorleggen, levert de rechter mijns inziens een beter aandeel in het terugdringen van het gebruik van onereuze algemene voorwaarden door de clause op grond van art. 51 lid 3 Boek 3 (art. 3.2.15 lid 1) te vernietigen en desnoods te verklaren, dat de door de wederpartij gebruikte clause hetzelfde lot zou moeten ondergaan.<sup>20</sup>

Nu echter art. 235 lid 3 in de wet staat, zal de rechter er niet in alle omstandigheden aan voorbij kunnen gaan. Maar het artikellid biedt voldoende vrijheid om er slechts gebruik van te maken als het gaat om identieke, vrijwel altijd onredelijk bezwarende bedingen in gelijkkluidende algemene voorwaarden, wier gebruik binnen de kring, waartoe de gebruiker en zijn wederpartij behoren, algemeen gangbaar zijn.

#### BESLUIT

Bij een oppervlakkige lezing van art. 235 lid 3 kan de gedachte ontstaan, dat dit artikel aan het slagen van vele vernietigingsacties met betrekking tot algemene voorwaarden in de weg zal staan. Bij nadere beschouwing blijkt echter, dat de wetgever een spaarzaam gebruik van het artikellid voor ogen staat. Alleen als het *geheel* van algemene voorwaarden (nagenoeg) identiek is, zoals dat het geval is bij brancheleden die door de branche-organisatie voorgeschreven algemene voorwaarden ook in onderlinge overeenkomsten gebruiken, is toepassing van het artikellid beoogd. Ook het beroep op rechtsverwerking, gerechtvaardigd vertrouwen en de in *pari delicto*-regel noopt tot een terughoudend gebruik van het artikel. Mijn voorkeur zou ernaar uitgaan, dat toepassing van deze bepaling zelfs in de door de wetgever bedoelde situaties zoveel mogelijk wordt beperkt: dit leidt misschien niet tot schone handen, maar wel tot een schone lei.

20. Vgl. Wessels en Jongeneel, a.w. nr. 81.