



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Toepasselijkheid van algemene voorwaarden

Wechem, T.H.M. van

Citation

Wechem, T. H. M. van. (2007, May 10). *Toepasselijkheid van algemene voorwaarden*. Faculty of Law, Leiden University. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/11955>

Version: Corrected Publisher's Version

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/11955>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

3 | Toepasselijkheid en inhoud: verborgen toepasselijkheidsvragen bij inhoudtoetsing?

3.1 Inleiding

3.1.1 Overzicht

107. De wetgever heeft bij de invoering van het vernieuwde vermogensrecht in het Burgerlijk Wetboek een keuze gemaakt ten aanzien van de wijze waarop een wederpartij kan ageren tegen (vermeend) onereuze algemene voorwaarden. Hij heeft onder het huidige recht vragen over al dan niet toepasselijkheid zoveel mogelijk geëcarteerd en het wegvallen van rechterlijk ingrijpen op dit punt getracht te compenseren door een aantal extra mogelijkheden te bieden teneinde algemene voorwaarden via de inhoud aan te pakken. De vraag is of de verruimde inhoudstoetsing¹ de beperking in toetsingsmogelijkheden ten aanzien van de acceptatie van algemene voorwaarden, legitimeert. Uit artikel 6:232 BW volgt immers dat de wederpartij ook gebonden is aan algemene voorwaarden waarvan de gebruiker wist dat de wederpartij ze niet kende.

108. In de nummers 111–113 zal de parlementaire behandeling centraal staan en zullen gemaakte keuzes inzake de inhoudstoetsing en snelle gebondenheid aan algemene voorwaarden worden toegelicht. In de daarop volgende nummers zal de rechtsliteratuur worden besproken. In de nummers 120–123 zal aan de hand van de rechtspraak over exonerationclausules worden onderzocht *waaraan* getoetst wordt. Vervolgens wordt de verhouding tussen de artikelen 3:40, 6:233 onder a en 6:248 lid 2 BW toegelicht, waarbij dan in het licht van toetsing van algemene consumentenvoorwaarden ook aandacht wordt besteed aan de toetsingssystematiek van de richtlijn oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten.

109. In de nummers 151 en 152 zal aan de hand van een onderzoek naar rechtspraak inzake onredelijk bezwarende algemene voorwaarden worden aangetoond dat uit deze rechtspraak geen *hard and fast-rules* zijn af te leiden. Tevens wordt daar ingegaan op de toetsingsmethodiek bij collectieve acties als bedoeld in artikel 6:240 BW. Verdedigd zal worden dat aan inhoudstoetsing van algemene voorwaarden geen zelfstandige inhoud kan worden gegeven

¹ M.J. Tolman, Oneerlijke bedingen in contractsvoorwaarden, AV&S 2001, p. 167 e.v., i.h.b. p. 172. Zie ook uitgebreid conclusie A-G Langemeijer voor HR 14 juni 2002, NJ 2003, 112 (m.nt. JH).

wanneer dit niet door een afzonderlijk, in de wet nauwkeurig gedefinieerd, normenkader wordt ondersteund. Dit heeft tot gevolg dat inhoudstoetsing van algemene voorwaarden alleen bij consumenten-algemene voorwaarden geconcretiseerd kan worden, omdat de artikelen 6:236 BW en 6:237 BW (de zwarte en de grijze lijst) en de indicatieve lijst van de richtlijn oneerlijke bedingen in consumentovereenkomsten, wél een toetsingskader aangeven. Ook wordt aandacht besteed aan een recent² arrest van de Hoge Raad dat betrekking heeft op de betekenis die aan de indicatieve lijst van de richtlijn oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten wordt toegekend.³

Er wordt in de rechtsliteratuur verdedigd⁴ dat er geen materieel verschil bestaat tussen een beroep op artikel 6:233 onder a BW en artikel 6:248 lid 2 BW. Hierbij wordt echter voorbij gegaan aan het waarom van de inhoudstoets. Wanneer geen materieel verschil tussen beide regelingen bestaat, wordt er klaarblijkelijk van uitgegaan dat met de toetsing van artikel 6:233 onder a BW en artikel 6:248 lid 2 BW hetzelfde doel wordt nagestreefd, hetgeen niet het geval is. In deze context wordt ook aandacht besteed aan een arrest van de Hoge Raad van 17 februari 2006, waaruit valt af te leiden dat proportionele toetsing mogelijk is bij een toetsing krachtens artikel 6:248 lid 2 BW.⁵

3.1.2 Kernvraag

110. Tot slot komt in dit hoofdstuk in de nummers 153 e.v. de kernvraag aan de orde, te weten de vraag hoe inhoudstoetsing van een beding zich verhoudt tot de acceptatie van het desbetreffende beding. Uit de rechtspraak komt namelijk naar voren dat nauwelijks nog belang schijnt te worden toegekend aan de Holleman/De Klerk-regel, die er op neer komt dat de wederpartij zich tegen (vermeende) wilsbinding aan algemene voorwaarden kan verweren met de stelling dat haar wil niet geacht kan worden gericht te zijn geweest op acceptatie van bezwarende algemene voorwaarden met een voor haar verrassende inhoud. Het standpunt zal worden ingenomen dat de regel van artikel 6:232 BW – waarvan wordt aangenomen dat deze aan een beroep op de Holleman/De Klerk-regel in de weg staat – niet wordt gecompenseerd door ruimere mogelijkheden tot inhoudstoetsing.

2 HR 24 maart 2006, C05/011HR, RvdW 2006, 311.

3 Indien en voor zover deze consumentenvoorwaarden niet door andere dwingendrechtelijke bepalingen worden bestreken. Zie artikel 7:6 BW, artikel 7:208 BW en artikel 7:413 BW.

4 Vgl. B.T.M. van der Wiel, Samenhang bij samenloop in: Coherente instrumenten in het contractenrecht, Kluwer 2003, p. 31. Zo ook: T.J. de Graaf, Exoneraties in (ICT-)contracten tussen professionele partijen (diss. Leiden 2006), p. 10.

5 HR 17 februari 2006, C04/322 HR, NJ 2006, 378.

3.2 Parlementaire behandeling

3.2.1 Toetsing

111. Waaraan dient bij algemene voorwaarden, in het licht van artikel 6:233 onder a BW, te worden getoetst? In de parlementaire behandeling werd hierover het volgende opgemerkt:

‘Het spreekt vanzelf dat niet elke afwijking van het regelend recht of van hetgeen krachtens redelijkheid en billijkheid zou hebben gegolden, tot vernietigbaarheid mag leiden. Een zodanige opvatting, die zou neerkomen op een verbod van algemene voorwaarden als middel om aan contractuele verhoudingen vorm te geven, is niet in overeenstemming met de nuttige functie van algemene voorwaarden (...). Echter kan ook niet elke afwijking toegelaten worden geoordeeld, gelet op enerzijds het gemak waarmee deze voorwaarden worden opgedrongen, en anderzijds op de functie van het regelend recht (...). Deze afweging heeft geleid tot de maatstaf dat de bestreden bedingen niet onredelijk bezwarend mogen zijn voor die wederpartij, waarbij moet worden gelet op de aard en de overige inhoud van de overeenkomst, de wederzijds kenbare belangen van partijen en de overige omstandigheden van het geval.’⁶

Tijdens de parlementaire behandeling kwam ten aanzien van het verschil tussen inhoudstoetsing en de controle van de wijze waarop algemene voorwaarden deel gaan uitmaken van de overeenkomst, het volgende naar voren.

‘Juist uit het oogpunt van rechtszekerheid verdient het stelsel van het ontwerp de voorkeur. Het combineert een speciale norm voor de inhoudstoetsing met een stelsel waarin geringe eisen worden gesteld voor de toepasselijkheid van algemene voorwaarden, dat – naar uit het aangehaalde arrest van 1981 (*het arrest Holleman/De Klerk, TvW*) blijkt – verder gaat dan het huidige recht. De rechtszekerheid wordt mede gediend door de lijsten van de artikelen 3 en 4 (*artikel 6:236 en artikel 6:237 BW, TvW*); men zie de memorie van toelichting bij die artikelen, onder 3. Deze kunnen niet zonder meer als uitwerking van de redelijkheid en billijkheid worden beschouwd. Zonder de grondslag van een bepaling als lid 2 onder a (*artikel 6:233 onder a BW, TvW*) zouden deze lijsten het niet kunnen stellen. Ook hieruit blijkt de centrale betekenis die lid 2 onder a (*artikel 6:233 onder a BW, TvW*) in het wetsontwerp inneemt.’⁷

In deze passage wordt goed duidelijk dat de regeling van snelle gebondenheid aan algemene voorwaarden wordt gelegitimeerd door een (beoogde) hogere mate van rechtszekerheid. Wat opvalt is dat specifiek aan de zwarte en grijze lijst (artikel 6:236 en 6:237 BW) wordt gerefereerd, terwijl de regels van snelle gebondenheid aan algemene voorwaarden (artikel 6:232 BW) een ruimere *impact* hebben dan slechts toepassing bij consumentenovereenkomsten.

6 Parl. Gesch. Boek 6 Inv., p. 1580.

7 Parl. Gesch. Boek 6 Inv., p. 1587.

3.2.2 Verhouding toetsing en toepasselijkheid

112. Ook op andere plaatsen in de parlementaire behandeling is de verhouding tussen inhoudstoetsing en toepasselijkheid aan de orde geweest.

‘Wat de wetgever die een dam wil opwerpen tegen het gebruik van onereuze algemene voorwaarden, behoort te doen is de rechter het instrumentarium te bieden om de inhoud van bedingen te toetsen en zo nodig als onredelijk bezwarend voor de wederpartij af te keuren. Het dient de duidelijkheid niet om deze inhoudstoetsing te vermommen als een toepasselijkheidsvraag (is het beding als onderdeel van algemene voorwaarden tussen partijen van toepassing?) of als een vraag van uitleg van het beding. Hetzelfde bezwaar kleeft in wezen aan een “aanscherping van het leerstuk van economisch overwicht.” (...) Ook een wederpartij die niet in een dwangpositie verkeert dient zich op het onereuze karakter van algemene voorwaarden te kunnen beroepen, zoals onlangs is bevestigd door HR 25 april 1986, RvdW 1986, 87⁸ (r.o. 3.4 onder b). Ook dit pleit er voor om in de wet rechtstreeks de mogelijkheid van inhoudscontrole vast te leggen; bij de beoordeling van de vraag of een beding onredelijk bezwarend is kunnen dan omstandigheden als de druk waaronder de wederpartij bij het sluiten van de overeenkomst verkeerde en de mate waarin zij het beding kende of begreep, een rol spelen. Hiertoe strekt artikel. 2a onder a (artikel 6:233 onder a BW). Opmerking verdient dat het daarin gebezigde criterium (is het beding onredelijk bezwarend?) door de Hoge Raad in het genoemde arrest ook voor het geldende recht is aanvaard. Weliswaar moest daarvoor nog de weg van artikel 1374 lid 3 worden gevolgd, doch uit het arrest blijkt dat het bij de toetsing van algemene voorwaarden niettemin om een beoordeling van de inhoud van de overeenkomst gaat.’⁹

Voornamelijk intrigeert de volgende passage:

‘De vraag van de commissie stelt voorts aan de orde hoe de toetsing aan artikel 2, onder a, (*artikel 6:233 onder a BW, TvW*) zich verhoudt tot de toetsing aan de artikelen 6.1.1.2 lid 2, en 6.6.3.1 lid 2, (*artikel 6:2 lid 2 en artikel 6:248 lid 2 BW, TvW*) die mogelijk geweest zou zijn bij gebreke van een bepaling als artikel 2 lid 2, onder a. Aangenomen mag immers worden dat alsdan de rechtspraak zich zou voortzetten die zich thans onder de vigeur van artikel 1374 lid 3, aan het ontwikkelen is; men zie met name HR 19 mei 1967, NJ 1967, 261 en 20 februari 1976, NJ 1976, 486. Deze vraag laat zich moeilijk beantwoorden. Het is mogelijk dat de rechtspraak op basis van deze arresten in staat is tot een soortgelijk resultaat te komen als met behulp van lid 2 onder a mogelijk is. De door de Hoge Raad relevant geachte factoren, onder meer de wijze waarop het beding tot stand is gekomen, de maatschappelijke positie en de onderlinge verhouding van partijen, de strekking van het beding en de mate waarin de wederpartij zich de strekking bewust is geweest (vergelijk ook de door HR 20 november 1981, NJ 1982, 517 gereleveerde omstandigheid dat zich onder algemene voorwaarden bepalingen bevinden van een zodanige inhoud dat de toestemming van de wederpartij niet kan worden geacht op de toepasselijkverklaring ook daarvan gericht te zijn geweest), verschillen niet wezenlijk van de in lid 2 onder a neergelegde norm.’¹⁰

8 NJ 1986, 714.

9 Parl. Gesch. Boek 6 Inv., p. 1514–1516.

10 Parl. Gesch. Boek 6 Inv., p. 1586.

Uit deze laatste passage volgt in het bijzonder dat de precieze invulling van de inhoudstoetsing niet centraal heeft gestaan tijdens de parlementaire behandeling. De Minister merkt namelijk op dat de normering van artikel 6:233 onder a BW niet wezenlijk verschilt van de normering van de arresten Saladin/HBU en Pseudo-vogelpest¹¹ en Holleman/De Klerk.¹² Dat bevreemdt, omdat de twee eerst genoemde arresten betrekking hadden op het antwoord op de vraag of een *beroep* op de betreffende exoneratieclausule in strijd was met de goede trouw. Het arrest Holleman/De Klerk richtte zich op de omvang van de aanvaarding van de algemene voorwaarden. Dit is vanuit wetsystematisch oogpunt gezien een andere route dan de route van een inhoudstoetsing. Het betreft immers verschillende rechtsvragen.

113. De opmerking dat er geen wezenlijk verschil bestaat is alleen te begrijpen wanneer de inhoudstoetsing van artikel 6:233 onder a BW *dezelfde* toets is als die van artikel 6:248 lid 2 BW (een uitoefeningstoets). Wanneer dat zo mocht zijn, dan lijkt artikel 6:233 onder a BW zelfstandig bestaansrecht te ontberen. Op welke wijze kan dan nog inhoud worden gegeven aan de Holleman/De Klerk-regel?¹³

Het volgende citaat is in deze context tevens relevant:

‘Artikel 6.6.2A.2a (artikel 6:233 onder a BW, TvW) heeft betrekking op toetsing van de inhoud van algemene voorwaarden, en zulks in het licht van de omstandigheden zoals deze zich voor en ten tijde van het sluiten van de overeenkomst voordoen (...) die toetsing betreft immers de vraag of een beding vernietigbaar is, dus of het van meet af aan lijdt aan een intrinsiek gebrek. Hierbij merken wij ter vermijding van misverstand op dat de inhoudstoetsing van artikel 2a heel wel betrekking kan hebben op rechtsgevolgen die in de overeenkomst worden verbonden aan gebeurtenissen die zich na het sluiten van de overeenkomst voordoen. Dit zal zelfs vaak het geval zijn; men denke aan een exoneratie voor fouten bij het uitvoeren van de verbintenis, aan het beding dat bepaalde gebeurtenissen tot overmacht bestempelt, of aan een beding dat aan een bepaalde gedraging van de wederpartij verval van rechten verbindt (zie artikel 6.6.2A.4 onder d, f en h). Dat deze gedraging of andere gebeurtenis na het sluiten van de overeenkomst plaats grijpt, neemt immers niet weg dat de overeenkomst daaromtrent bedingen bevat die op hun redelijkheid kunnen worden getoetst.’¹⁴

Uit dit citaat kan worden afgeleid dat het tijdstip waarop de toetsing krachtens artikel 6:233 onder a BW dient plaats te vinden, ligt op het moment van het aangaan van de rechtshandeling. Het citaat is echter onduidelijk voor zover het

11 HR 19 mei 1967, NJ 1967, 261 en HR 20 februari 1976, NJ 1976, 486.

12 HR 20 november 1981, NJ 1982, 517.

13 Verdedigd kan worden dat deze toets ligt omsloten in de zinsnede ‘de wijze waarop de voorwaarden zijn tot stand gekomen.’ Deze norm is als één van de toetsfactoren in artikel 6:233 onder a BW opgenomen. Echter, dan zou wat met de ene hand is gegeven (artikel 6:232 BW) met de andere weer worden weggenomen. Dit ligt niet voor de hand.

14 Parl. Gesch. Boek 6 Inv., p. 1622. Let wel, de opmerkingen in dit citaat werden vooral in de context van onvoorziene omstandigheden en rechtsverwerking gemaakt.

de wijze betreft waarop de bedingen kunnen worden getoetst wanneer het gedragingen of andere gebeurtenissen betreft die ná het sluiten van de overeenkomst hebben plaats gegrepen.¹⁵

3.2.3 Abstracte toetsing

114. In het kader van een abstracte¹⁶ wijze van toetsen van algemene voorwaarden en een concrete toetsing werd tijdens de parlementaire behandeling op het volgende gewezen:

‘(...) bezien wordt hier immers of het aangevochten beding onredelijk bezwarend is met het oog op zijn gebruik in overeenkomsten in het algemeen, ongeacht de persoon van de wederpartij en ongeacht de omstandigheden van het geval, bijv. de gedragingen van twee partijen bij en na het sluiten van de overeenkomst.’¹⁷

Jongeneel¹⁸ merkt op dat het verschil tussen de abstracte toets en de concrete toets gradueel is en wijst in die context op de volgende passage in de MvT:

‘Uitgaande van de formulering van de eis, zal gelet moeten worden op o.m. de aard en inhoud van de overeenkomsten waarvoor de algemene voorwaarden zijn bestemd, en op de personen met wie deze overeenkomsten plegen te worden gesloten en hun “typische” eigenschappen en belangen. (...) uitgaande van de norm van artikel 2 lid 2 onder a, (artikel 6:233 onder a BW, TvW) de daarin genoemde maatstaven zo te generaliseren als met het

15 In het arrest van 23 maart 1990, NJ 1991, 214 oordeelde de Hoge Raad: ‘Die verbindendheid dient niet te worden beoordeeld aan de hand van de nadelen die zich bij de op grond van het beding aangespannen arbitrage daadwerkelijk hebben verwezenlijkt, maar aan de hand van de eventuele onredelijk bezwarende gevolgen waaraan het beding, bij gebondenheid daaraan, Van Haaster van de aanvang af bloot stelde, waaronder ook de nadelen waarvan de verwezenlijking bij handhaving van het beding slechts “mogelijk” was. (...)’, waarbij dus lijkt te worden ingezet op het intrinsieke gebrek van de betreffende algemene voorwaarde. Annotator Snijders lijkt hierover echter anders te denken. Hij koppelt deze toets aan de (destijds toekomstige) artikelen 6:2 en 6:248 lid 2 BW, een oordeel dat volgens mij juist is.

16 In het kader van een collectieve actie, ter zake de algemene voorwaarden van Dell, waarbij abstract door het Hof dient te worden getoetst, omschreef het Haagse Hof (Gerechtshof ’s-Gravenhage 22 maart 2005, LJN AT1762) de toetsingsnorm als volgt: ‘Gelet op hetgeen dienaangaande door de Hoge Raad is overwogen in het arrest van 16 mei 1997, NJ 2000, 1 (Consumentenbond/EnergieNed e.a.) wordt hieronder verstaan dat: 1) de uitkomst van zodanige toetsing moet afhangen van een beoordeling van de gevallen waarin het beding verandering brengt in de rechtstoestand die bij gebreke van het beding zou hebben bestaan, en 2) beslissend is of in die gevallen moet worden geoordeeld of het beding, rekening houdende met de in de wetsgeschiedenis besproken gezichtspunten – zoals de specifieke aard en inhoud van de overeenkomsten waarvoor de algemene voorwaarden zijn bestemd, en de ‘typische’ eigenschappen en belangen van de personen met wie deze overeenkomsten plegen te worden gesloten – doorgaans tot onredelijke resultaten zal leiden.’ Zie ook: Gerechtshof ’s-Gravenhage in de zaak KNVB/SOVS van 9 augustus 2006, LJN AY6000.

17 Parl. Gesch. Boek 6 Inv., p. 1763.

18 R.H.C. Jongeneel, *De wet algemene voorwaarden en het AGB-Gezets* (diss. Amsterdam 1991), p. 223.

oog op de van hem krachtens artikel 6 (*artikel 6:240 BW, TvW*) gevraagde beslissing nodig is.¹⁹

115. Samenvattend komt uit de parlementaire behandeling naar voren dat veel werd verwacht van de inhoudstoetsing van artikel 6:233 onder a BW. De wetgever wenste een helder systeem waarbij algemene voorwaarden voornamelijk op hun inhoud kunnen worden getoetst. In het kader van rechtszekerheid wilde de wetgever voorkomen dat de inhoud van algemene voorwaarden door middel van vragen die met de toepasselijkheid van algemene voorwaarden te maken hebben, kon worden beoordeeld. Om die reden heeft de wetgever voor een snelle gebondenheid aan algemene voorwaarden gekozen.

3.3 Rechtsliteratuur

3.3.1 *Verschillende visies*

116. In de rechtsliteratuur wordt verschillend gedacht over de inhoudstoetsing van algemene voorwaarden.

Nieuwenhuis heeft het begrip ‘tweefasentoetsing’ geïntroduceerd.²⁰ De eerste fase heeft in zijn visie betrekking op een abstracte toetsing van het beding en de tweede op een concrete toetsing daarvan (de uitoefeningstoets).²¹ De uitoefeningstoetsing omvat ook gevallen waarin het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat een partij een beroep op het beding doet, zelfs wanneer de *inhoud* van het beding een toetsing aan de maatstaven van redelijkheid en billijkheid kan doorstaan.²² De tweefasentoetsing komt duidelijk naar voren in een arrest van het Hof ’s-Hertogenbosch van 10 mei 2005:

19 Parl. Gesch. Boek 6 Inv., p. 1763–1764.

20 J.H. Nieuwenhuis, *Drie beginselen van contractenrecht* (diss. Leiden 1979), p. 144–153. Zie ook R.H.C. Jongeneel, *De wet algemene voorwaarden en het AGB-Gezets* (diss. Amsterdam 1991), p. 180 e.v. en meer in het bijzonder p. 222 e.v.

21 Vgl. tevens Parl. Gesch. Boek 6 Inv., p. 1595: ‘Het is immers zeer wel denkbaar dat een beroep op een beding dat de toetsing aan de onderhavige bepaling van artikel 2, lid 2 onder a doorstaat (derhalve niet vernietigbaar is), in een concreet geval naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, waarbij met name aan rechtsverwerking kan worden gedacht.’ Zie ook Wessels/Jongeneel, a.w., p. 91 e.v., Hijma, *algemene voorwaarden*, p. 36 e.v. en de aldaar geciteerde bronnen.

22 O.m. Asser-Hartkamp III, nr. 358, A.R. Bloembergen e.a., *Rechtshandeling en overeenkomst* (2001), nr. 242, B. Wessels/R.H.C. Jongeneel, *Algemene voorwaarden* (1997), nrs. 172–176, M.B.M. Loos, *Algemene voorwaarden*, 2001, nrs. 102–108, Mon. Nieuw BW, B55 (Hijma), *Algemene voorwaarden*, p. 36, F.J. Sandee, *Algemene voorwaarden en fabriekatenkoop* (diss. Rotterdam 1995), p. 95–97, L.J.H. Mölenberg, *Het collectief actierecht voor consumentenorganisaties op het terrein van de algemene voorwaarden* (diss. Maastricht 1995), p. 196 e.v. R.H.C. Jongeneel, *Algemene vernietigingsgronden in: Algemene voorwaarden*, (Wessels/Jongeneel/Hendrikse (red.)), Kluwer 2006, p. 137 e.v.

‘Rekening houdend met de omstandigheden van het onderhavige geval is het Hof, evenals de rechtbank, van oordeel dat artikel 3 niet onredelijk bezwarend is.(...) Indien Visa AMT hier niet op heeft gewezen behoefde AMT er geen rekening mee te houden dat een door Visa geautoriseerde transactie betrekking zou kunnen hebben op een bestelling door een persoon die niet degene was op wiens naam de door hem genoemde kaart was gesteld. Een beroep van Visa op artikel 3 ten aanzien van een dergelijke transactie acht het Hof in het onderhavige geval naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar.’²³

Heisterkamp²⁴ merkt op dat artikel 6:233 BW een andere functie heeft dan artikel 6:248 BW. Bij artikel 6:233 BW gaat het volgens hem in essentie om toetsing van de inhoud van de overeenkomst, terwijl bij artikel 6:248 lid 2 BW de nadruk anders ligt, namelijk op toetsing van de gedragingen van de betrokken partijen jegens elkaar. Hij bepleit de vernietiging van onredelijk bezwarende bedingen in algemene voorwaarden te beschouwen als een eigen leerstuk in de totstandkomingsfase en merkt op dat per definitie de factoren die na de totstandkomingsfase opkomen, geen rol spelen. Naar zijn mening dienen beide artikelen alternatief te kunnen worden toegepast, waarbij hij het definitieve karakter van een vernietiging aantrekkelijker acht dan de eenmalige buiten toepassing verklaring van het beding in overeenstemming met artikel 6:248 BW.

Van Dunné is zeer kritisch over de tweefasentoetsing²⁵ en vindt dat de auteurs die die benadering aanhangen, deze benadering niet kunnen onderbouwen. Hij meent daarvoor met name een argument te kunnen ontleen aan de wettekst van artikel 6:233 onder a BW.²⁶ Dit noemt namelijk ‘de overige omstandigheden van het geval’, als één van de toetsfactoren aan de hand waarvan moet worden vastgesteld of een algemene voorwaarde onredelijk bezwarend is. Van Dunné leest daarin een omstandigheid die betrekking heeft op de uitvoering van de overeenkomst.

In zijn proefschrift over de redelijkheid van de exoneratieclausule merkt Duyvensz op dat inhoudscontrole van een exoneratieclausule die onderdeel is van algemene voorwaarden, gewenst is en dat de reden daarvoor allereerst is dat de afnemer veelal niet op de hoogte is van de aanwezigheid en inhoud van de in de algemene voorwaarden neergelegde exoneratieclausule.²⁷ Een tweede reden is volgens Duyvensz dat de prestant op de relevante markt veelal een machtspositie inneemt wanneer partijen op basis van algemene voorwaarden contracteren. In verband hiermee verdedigt hij de stelling dat de omstandigheden die de inhoudstoetsing legitimeren, bij de inhoudscontrole zelf geen rol meer mogen spelen. Deze kunnen immers geen argument ten gunste van de redelijkheid van een exoneratieclausule vormen. Vanuit die gedachte zou vol-

23 Hof 's-Hertogenbosch 10 mei 2005, LJN AT6107.

24 A.H.T. Heisterkamp, Vernietigbaarheid en billijkheid van algemene voorwaarden, CJHB Brunner-bundel, Kluwer 1994, p. 169 e.v.

25 Alsmede over de visie van Heisterkamp.

26 J.M. van Dunné, Verbintenissenrecht, deel I, Contractenrecht, Kluwer 2001, p. 372 e.v.

27 J.H. Duyvensz, De redelijkheid van de exoneratieclausule (diss. Tilburg 2003), p. 55 e.v.

gens hem aansluiting gezocht kunnen worden bij het Duitse systeem van *Einzelklauselgerechtigkeit* waarbij van een soort abstracte toetsing van de exoneratieclausule wordt uitgegaan.²⁸ De redelijkheid van de in de algemene voor- waarden opgenomen exoneratieclausule zelf staat – volgens Duyvensz – in het Duitse recht bij de toetsing centraal en niet de *Einzelfallgerechtigkeit* (uitoefeningstoets) zoals – volgens hem – onder Nederlands recht.²⁹

De Graaf spreekt in zijn dissertatie over een tweesporenstelsel. Hij stelt zich op het standpunt dat er geen materieel verschil bestaat tussen een toetsing aan artikel 6:233 onder a of die in het licht van artikel 6:248 lid 2 BW, maar merkt op dat deze laatste toetsing wel uitgebreider is.³⁰

Snijders structureert de remedies voor toetsing van algemene voorwaarden als volgt.³¹ De wederpartij kan primair een beroep doen op nietigheid, met name wegens strijd met de openbare orde of de goede zeden (artikel 3:40 lid 1 BW).³² Subsidiar komt – aldus Snijders – artikel 6:233 BW (onredelijk bezwarendheid van algemene voorwaarden) in beeld en meer subsidiar artikel 6:248 lid 2 BW (beperkende werking van redelijkheid en billijkheid).³³ Hij bepleit dat toepassing van het Océano-arrest³⁴ meebrengt dat de *vernietigbaarheid* als instrument voor toetsing wegvalt en dat dus alleen toetsing aan artikel 3:40 BW en buiten toepassing verklaring van de betreffende algemene voorwaarde via artikel 6:248 lid 2 BW, tot de mogelijkheden behoort.

3.3.2 Analyse rechtsliteratuur

117. Ik deel de kritiek van Van Dunné op de tweefasentoetsing en voeg daaraan toe dat artikel 6:233 onder a BW op het eerste gezicht wel fijnmaziger is dan artikel 6:248 lid 2 BW, doordat in artikel 6:233 onder a BW een meer gedetailleerde indicatie van toetsingsfactoren is gegeven. Echter, dit verschil kan in de praktijk niet concreet gemaakt worden als blijkt dat beide toetsen materieel hetzelfde zijn. De theorie van Heisterkamp die een strikte scheiding van artikel 6:233 onder a BW en artikel 6:248 lid 2 BW bepleit en het laatste artikel wil reserveren voor een uitoefeningstoets omdat die toetsing een andere

28 J.H. Duyvensz, De redelijkheid van de exoneratieclausule (diss. Tilburg 2003), p. 51.

29 Zie voor een kort overzicht van de wijzigingen in het Duitse recht per 1 januari 2002, en dan in het bijzonder ten aanzien van de algemene voorwaardenregelingen, E.W. Mehring, Het (nieuwe) Duitse verbintenissenrecht, Contracteren 2003, p. 110.

30 T.J. de Graaf, Exoneraties in (ICT-)contracten tussen professionele partijen (diss. Leiden, 2006), p. 10.

31 H.J. Snijders, Remedies tegen algemene voorwaarden in: Coherente instrumenten in het contractenrecht, Kluwer 2003, p. 32.

32 Zie ook B.T.M. van der Wiel, Samenhang bij samenloop in: Coherente instrumenten in het contractenrecht, Kluwer 2003, p. 2.

33 Zie voor exoneratie-clausules: C.R. Christiaans, Exoneratie- en Overmachtsclausules in: Praktijkhandleiding algemene voorwaarden, Kluwer 2002, p. 79–105, en G.J. Rijken, De bestrijding van exoneratieclausules in algemene voorwaarden in handelszaken, NTBR 1998/10, p. 361–369. Zie ook: M.J. Tolman, Oneerlijke bedingen in contractsvoorwaarden, AV&S 2001, p. 169 e.v.

34 Hof van Justitie EG 27 juni 2000, C-240/98-244, NJ 2000, 730.

is, komt mij juist voor. Echter, de opmerking van Van Dunné omtrent de overige omstandigheden van het geval en de signalering in de parlementaire behandeling dat het bij een toetsing van artikel 6:233 onder a BW ook kan gaan om bedingen die van meet af aan lijden aan een intrinsiek gebrek,³⁵ maken het door Heisterkamp bepleite onderscheid tussen inhouds- en uitoefeningstoets praktisch gezien illusoir. Naar mijn mening ontbeert artikel 6:233 onder a BW naast artikel 6:248 lid 2 BW zelfstandig bestaansrecht voor zover het de concrete toetsing van algemene voorwaarden betreft. Dit is slechts anders wanneer de opmerking in de parlementaire behandeling – die tot uitdrukking brengt dat de zwarte en grijze lijst (artikel 6:236 en artikel 6:237 BW) niet zonder meer als uitwerking van de redelijkheid en billijkheid worden beschouwd en deze het niet kunnen stellen zonder de grondslag van een bepaling als artikel 6:233 onder a BW³⁶ – mee zou brengen dat de legitimatie van artikel 6:233 onder a BW gelegen is in de beoogde consumentenbescherming die afdeling 6.5.3 BW (ook) biedt.

3.4 Rechtspraak

118. In nummer 108 is aangekondigd dat de vraag naar inhoudstoetsing wordt onderzocht aan de hand van de rechtspraak die is gevormd inzake exoneratieclausules. De reden hiervoor is tweeledig. Allereerst zijn exoneratieclausules de belangrijkste clausules uit algemene voorwaarden en ten tweede zijn er vele uitspraken over exoneratieclausules geweest. Welke factoren zijn van belang ter beantwoording van de vraag of een exoneratieclausule kan worden geëffectueerd? Ter beantwoording dient te worden vastgesteld aan welke wettelijke normen moet worden getoetst. Deze normen hoeven zich niet louter uit te strekken tot artikel 6:233 onder a BW.

119. Teneinde een en ander inzichtelijk te maken, zal de ontwikkeling van de rechterlijke toetsing van exoneratieclausules in historisch perspectief worden geplaatst. De ontwikkelingen in de rechtspraak volgen elkaar in zo een rap tempo op, dat deze eveneens dienen te worden geanalyseerd.

3.4.1 Rechtspraak exoneraties

120. Tot 1967, het jaar waarin de Hoge Raad het arrest Saladin/HBU wees, werden exoneratieclausules via het vereiste van een ongeoorloofde oorzaak, getoetst aan de goede zeden.³⁷ Eerst in 1967 stelde de Hoge Raad niet de vraag

35 Parl. Gesch., Boek 6 Inv., p. 1622.

36 Parl. Gesch., Boek 6 Inv., p. 1587.

37 HR 19 mei 1967, NJ 1967, 261. Zie (met uitgebreide verwijzingen) V. van den Brink, Onredelijke of onzedelijke exoneratiebedingen in: RMThemis 1998, p. 67–74 en G.J. Rijken, Saladin/HBU: het startpunt van een ‘juridisch brede’ toetsing van exoneratieclausules in NTBR 2001, p. 7 e.v. Zie eveneens T.J. de Graaf, Exoneraties in (ICT-)contracten tussen professionele partijen (diss. Leiden, 2006), p. 10.

of het beding op zichzelf onzedelijk was centraal maar werd de vraag of een beroep op het beding in strijd was met de goede trouw van doorslaggevend belang geacht.³⁸ De Hoge Raad overwoog in het arrest dat het antwoord op de vraag in welke gevallen een beroep op een beding vrijstaat aan degene die bij contractueel beding zijn aansprakelijkheid voor zekere gedragingen – ook indien deze jegens zijn wederpartij onrechtmatig zijn – heeft uitgesloten, afhankelijk kan zijn van de waardering van tal van omstandigheden. Dit kunnen zijn de zwaarte van de schuld, 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 partijen, de wijze waarop het beding tot stand is gekomen en de mate waarin de wederpartij zich de strekking van het beding bewust is geweest. De Hoge Raad overwoog eveneens dat deze waardering in belangrijke mate van feitelijke aard is en dat, diensengevolge, een oordeel berustend op de waardering dat in een gegeven geval op een bepaling als in het arrest bedoeld niet of wel een beroep kan worden gedaan, slechts in beperkte mate voor toetsing in cassatie vatbaar is.

121. In de jaren daarna is door feitenrechters een scala aan vonnissen en arresten gewezen waarbij deze zogenaamde omstandighedencatalogus³⁹ verder is uitgewerkt.⁴⁰ Vragen die bij de toetsing van exoneratieclausules een rol kunnen spelen zijn (enuntiatief): Is de fout die aan de schade ten grondslag ligt gemaakt door de eigen werknemers of door personeel van onderaannemers?⁴¹ Hoe verhoudt zich de schade tot de omvang van de te leveren prestatie?⁴² Hoe branchegebruikelijk is de desbetreffende exoneratie?⁴³ Hoe verzekeraar is het risico?⁴⁴ Hoe ver is afgeweken van de wettelijke regeling die bij afwezigheid van het beding zou gelden?⁴⁵ Is het beding duidelijk opgesteld of kan de beperking via uitleg worden omzeild?⁴⁶ Doordat aan feitenrechter een grote

38 Zie ook noot CJS onder het arrest onder punt 2.

39 J.H. Duyvensz, *De redelijkheid van de exoneratieclausule*, (diss. Tilburg 2003), p. 19 e.v.

40 Vgl. HR 12 mei 2000, NJ 2000, 412 en Hof Arnhem 27 mei 1997, NJ 1997, 592. Zie Christiaans, a.w., p. 92–96. Vgl. B. Wessels en R.H.C. Jongeneel, *Algemene Voorwaarden*, Tjeenk Willink 1997, p. 189 e.v. en R.H.C. Jongeneel, *Aansprakelijkheidsbeperking in: Algemene voorwaarden* (Wessels/Jongeneel/Hendrikse (red.)), Kluwer 2006, p. 281 e.v.

41 HR 15 januari 1999, NJ 1999, 242.

42 HR 20 april 2001, JOL 2001, 272. Zie ook HR 30 september 2005, C04/236 HR.

43 HR 31 december 1993, NJ 1995, 389.

44 Hof Arnhem 10 november 1998, NJ 2002, 264.

45 HR 23 februari 2001, JOL 2001, 152. Vergelijk Hof 's-Hertogenbosch 12 juli 2005, LJN AU4062.

46 HR 25 november 2005, C04/216 HR, RvdW 2005, 132: 'Het onderdeel klaagt dat het Hof aldus een onjuiste of onbegrijpelijke uitleg heeft gegeven aan het exoneratiebeding. Genoemde overweging moet zo worden begrepen dat de onduidelijkheid slechts daarin is gelegen, dat de woorden 'Deelname is voor eigen rekening en risico', de ondertekenaar van het door Eurosportief opgestelde inschrijfformulier voor de beginnerscursus onvoldoende inscherpen dat die tekst er ook toe strekt aansprakelijkheid uit te sluiten voor de meer ernstige tot zeer ernstige vormen van →

vrijheid toekomt, kunnen van de arresten waarbij de effectueerbaarheid van een exoneratione centraal staat – ook wanneer deze door de Hoge Raad worden gecasseerd – weinig rechtsregels worden afgeleid.⁴⁷ Cassatie vindt veelal plaats op grond van motiveringsgebreken.⁴⁸

122. Een duidelijke rechtsregel is wel af te leiden uit het Hoge Raad-arrest van 12 december 1997.⁴⁹ Hierin bepaalde de Hoge Raad dat een exonerationeclausule buiten toepassing dient te blijven voor zover die toepassing in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn en dat zulks in het algemeen het geval is indien de schade te wijten is aan *opzet of bewuste roekeloosheid* (door het Hof aangeduid als grove schuld) van de schuldenaar. In de casus die aan dit arrest ten grondslag ligt – waarbij met leiding belaste personen bij de gemeente over concrete aanwijzingen beschikten dat veiligheidsvoorzieningen bij bepaalde hijskranen waren uitgeschakeld en zij geen maatregelen hadden getroffen deze voorzieningen te herstellen – werd door het Hof volgens de Hoge Raad terecht aangenomen dat een beroep op de exonerationeclausules niet was toegestaan.⁵⁰ De exacte invulling van het begrip bewuste roekeloosheid is in een aantal latere arresten nog aan de orde gekomen.⁵¹ Het is vooralsnog niet geheel duidelijk of deze arresten die in het kader van vervoersrechtelijke geschillen zijn gewezen, een dermate brede strekking hebben dat de daar toegepaste normering ook geldt bij geschillen buiten het vervoersrecht.⁵²

schade die zich bij het skeeleren kunnen voordoen.’ Zie ook: HR 23 december 2005, C04/201 HR, RvdW 2006, 25, waarin een exoneratione in een (paardrij-)lesovereenkomst op grond van artikel 6:237 onder f BW werd vernietigd in een geval van opgelopen letsel bij een leerling.

47 In de rechtsliteratuur is gesignaleerd dat dit voor de praktijk onwenselijk is, zie Van den Brink, a.w. (1998), p. 69.

48 Vgl. Hof Arnhem 27 mei 1997, NJ 1999, 592, HR 15 januari 1999, NJ 1999, 242, HR 11 februari 2000, NJ 2000, 294 en HR 12 mei 2000, NJ 2001, 152.

49 HR 12 december 1997, NJ 1998, 208. Zie ook HR 31 december 1993, NJ 1995, 389, waarbij in het geval van branchegebruikelijke voorwaarden (de cebosine voorwaarden) een beroep op een exoneratione bij een ernstige mate van schuld wél werd toegestaan.

50 In het arrest van 12 juli 2002 (JOL 2002, 415), NJ 2002, 542, overwoog de Hoge Raad dat er behoudens bijzondere omstandigheden geen reden is een uitsluiting van aansprakelijkheid niet toepasselijk of geldig te achten met betrekking tot de aansprakelijkheid voor schade ten gevolge van niet (behoorlijke) nakoming van een herstelverplichting als in het onderhavige geval.

51 Overigens lijkt de Hoge Raad in zijn arrest van 4 februari 2000 (NJ 2000, 429), en zijn arresten van 5 januari 2001 (NJ 2001, 391 en 392) te neigen naar een meer subjectieve benadering van het begrip bewuste roekeloosheid, waarmee de drempel tot aanname van bewuste roekeloosheid enigszins lijkt te worden verhoogd. Zie voor een ruimhartige toepassing van het begrip ‘grote schuld’, Hof Amsterdam 12 augustus 2004 (m.nt. T.H.M. van Wechem en M. Wallart, JA 2004, p. 64–78).

52 Zie uitgebreid over bewuste roekeloosheid: T.J. de Graaf, Exoneraties in (ICT-)contracten tussen professionele partijen (diss. Leiden, 2006), p. 15 e.v.

123. Een rechtsregel kan ook worden gelezen in het arrest van de Hoge Raad van 18 juni 2004.⁵³ In een geval waarbij een boer ruim NLG 300.000 schade had geleden en de installateur die voor die schade aansprakelijk was, zich op een exoneratione beriep terwijl zijn aansprakelijkheid door verzekering was gedekt, oordeelde de Hoge Raad wel zeer nadrukkelijk dat het Hof aan die omstandigheid in het bijzonder aandacht had moeten besteden. Toch lijkt de Hoge Raad met zijn arrest van 15 oktober 2004⁵⁴ in algemene zin een rem te willen zetten op een te ruime toepassing van 6:248 lid 2 BW door (impliciet) te oordelen dat bij overeenkomsten tussen professioneel, dan wel commercieel handelende grote partijen in de regel extra terughoudendheid gepast is waar het gaat om het op grond van artikel 6:248 lid 2 BW buiten toepassing laten van exonerationebedingen.⁵⁵

3.5 Verhouding tussen diverse wetsartikelen

3.5.1 Artikelen 3:40, 6:233 onder a en 6:248 lid 2 BW

124. Wanneer de toetsing van exonerationeclausules – zoals thans vaak het geval is – zich binnen de context van artikel 6:248 lid 2 BW afspeelt, zullen ook die omstandigheden mogen worden betrokken die zich ná het moment van het sluiten van de overeenkomst hebben voorgedaan. Dit kan anders zijn wanneer de toetsing van exonerationebedingen niet overeenkomstig voornoemd wetsartikel plaatsvindt, maar aan de hand van artikel 3:40 BW of aan de hand van artikel 6:233 onder a BW.⁵⁶

125. Bij ambtshalve toetsing van een exonerationeclausule aan artikel 3:40 BW lid 1 (strijd met de goede zeden of de openbare orde), spelen de omstandigheden van het geval geen rol. Voor een goed begrip van artikel 3:40 BW dient in ogenschouw te worden genomen dat het bepaalde in artikel 3:40 lid 2 BW (strijd met een dwingende wetsbepaling) uitsluitend bedoeld is voor gevallen waarin de wet (expliciet) het verrichten van de rechtshandeling verbiedt. Indien het aangaan van de rechtshandeling op zichzelf niet verboden is, maar de rechtshandeling (één van) de partijen verplicht tot een bij de wet verboden

53 HR 18 juni 2004, C03/064 HR, NJ 2004, 585. Zie hierover M.H. Wissink en T.H.M. van Wechem, *Contracteren* 2004, p. 76 e.v., C.E. Drion en T.H.M. van Wechem, *Kroniek van het vermogensrecht*, NJB 2005, p. 438 en T. Hartlief, *Contractuele risicoverdeling, de rechter en het verzekeringsaspect*, WPNR, 2004/6601, p. 947 e.v.

54 HR 15 oktober 2004, C03/105 HR, NJ 2005, 141. Zie hierover C.E. Drion en T.H.M. van Wechem, *Kroniek van het vermogensrecht*, NJB 2005, p. 439. Vgl. HR 9 januari 1998, NJ 1998, 363 en HR 25 februari 2000, NJ 2000, 471. Zie ook HR 14 december 2001, NJ 2002, 59 en HR 8 februari 2002, NJ 2002, 284.

55 Zie hierover T.J. de Graaf, *Exoneraties in (ICT-)contracten tussen professionele partijen* (diss. Leiden, 2006), p. 169.

56 Tenzij sprake is van een intrinsiek gebrek, zie hiervoor nummer 113 en HR 23 maart 1990, NJ 1991, 214.

prestatie, dan is de rechtshandeling nietig op grond van het bepaalde in artikel 3:40 lid 1 BW.⁵⁷ Aangenomen wordt dat het uitsluiten van schade die een gevolg is van opzet of bewuste roekeloosheid in beginsel tot nietigheid of tot partiële nietigheid van de clause leidt op grond van artikel 3:40 lid 1 BW.⁵⁸ Zoals reeds hierboven opgemerkt: toetsing vindt dan plaats geabstraheerd van de omstandigheden van het geval en bovendien kan een volledige toetsing in cassatie plaatsvinden.⁵⁹

126. De rechtspraak lijkt een andere koers te willen varen.⁶⁰ De Hoge Raad oordeelde in het arrest *Stein/Driessen*⁶¹ dat een (algemeen geformuleerde) exoneration in beginsel *buiten toepassing* blijft bij opzet of bewuste roekeloosheid van de schuldenaar en niet dat een dergelijke clause nietig is op grond van artikel 3:40 BW. In zijn arrest van 7 december 2001 *sauveert* de Hoge Raad Hof's oordeel dat het feit dat een exonerationclause zo is geformuleerd dat iedere aansprakelijkheid wordt uitgesloten, op zichzelf nog niet meebrengt dat aan verweerster een beroep op het beding moet worden ontzegd en dat zulks slechts anders zou kunnen zijn indien het beding met zoveel woorden de aansprakelijkheid voor schade in geval van opzet of grove schuld mede zou uitsluiten.⁶² In de bijbehorende casus was iedere aansprakelijkheid voor schade uitgesloten. Het middel klaagde er in cassatie over dat Hof's oordeel dat de bepaling weliswaar algemeen is, maar dat daaruit nog niet volgt dat daarmee ook aansprakelijkheid voor opzet of grove schuld was uitgesloten, niet in stand kon blijven. Kennelijk werd gerefereerd aan het bepaalde in artikel 3:40 BW. In dit geval werd geen nietigheid op grond van artikel 3:40 BW aangenomen,

57 Vgl. HR 3 april 1998, NJ 1998, 588, HR 22 januari 1999, NJ 2000, 305 en HR 7 april 2000, NJ 2000, 652. Uitgebreid besproken door V. van den Brink, *De rechtshandeling in strijd met de openbare orde*, NbBW 2000, p. 62 e.v. Zie ook HR 24 september 1999, NJ 1999, 737. Zie ook V. van den Brink, *De rechtshandeling in strijd met de openbare orde*, NbBW 2000, p. 49 e.v.

58 C.R. Christiaans a.w., p. 96, Asser-Hartkamp 4-I, nr. 342, V. van den Brink, *Onredelijke of onzedelijke exonerationbedingen*, RMThemis 1998, p. 70. Zie ook Losbladige Vermogensrecht, artikel 3:41 BW aant. 10 (S.A.M. Loos-Wijker). Voor opzet en grove schuld bij telecommunicatiedienstverlening zie S.C. Huisjes, *Over dode lijnen en een heuvel recht* (diss. Leiden 2002), p. 118 e.v.

59 Zie de conclusie voor HR 23 december 2005, C04/326HR, RvdW 2006, 29. Zie ook HR 6 januari 2006, LJN AT9056, C04/191HR, RvdW 2006, 74 en HR 27 januari 2006, C04/309 HR, RvdW 2006, 133. Vgl. C.E. Drion en T.H.M. van Wechem, *Kroniek van het Vermogensrecht*, NJB 2006, p. 467 e.v.

60 Vgl. echter de arresten HR 14 april 1950, NJ 1951, 17 (röntgenbehandeling) en HR 12 maart 1954 (Kunst/Damco) waarbij een beroep op de exonerationen aan de goede zeden werd getoetst.

61 HR 12 december 1997, NJ 1998, 208.

62 HR 7 december 2001, JOL 2001, 737. Zie hierover H.B. Krans en T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Algemeen geformuleerd exonerationbeding, nietigheid en redelijkheid en billijkheid*, NbBW 2002, p. 30 e.v. Zie ook M.H. Wissink en T.H.M. van Wechem, *Contracteren* 2002, p. 16 en T.J. de Graaf, *Exonerationen in (ICT-)contracten tussen professionele partijen* (diss. Leiden 2006), p. 21.

een oordeel dat door de Hoge Raad in stand werd gelaten. Hieruit zou kunnen worden afgeleid dat Hof's feitelijke uitleg niet in strijd kwam met de wet.⁶³

127. Uit het bovenstaande kan worden afgeleid dat, hoewel toetsing aan artikel 3:40 BW technisch zonder meer tot de mogelijkheid behoort,⁶⁴ bij de beantwoording van de vraag of een exonerationclausule kan worden geëffectueerd in de rechtspraak, de methode van de omstandighedentoets van artikel 6:248 lid 2 BW in beginsel wordt geprefereerd boven een toets aan het bepaalde in artikel 3:40 BW: een keuze die door de Hoge Raad ondersteund lijkt te worden. In de Hoge Raad-rechtspraak over exonerationen is de concrete invulling van artikel 6:233 onder a BW nog niet aan bod gekomen, deze lijkt voorbehouden aan de feitenrechters.⁶⁵ De aangegeven rechtsregels zijn geformuleerd in de context van artikel 6:248 lid 2 BW.

3.5.2 *De verhouding tussen artikel 6:233 onder a BW en artikel 6:248 lid 2 BW*

128. Artikel 6:233 onder a BW brengt mee dat een door een in Nederland gevestigde gebruiker gehanteerde exoneration in algemene voorwaarden, vernietigd kan worden wanneer deze – gelet op de aard en de overige inhoud van de overeenkomst, de wijze waarop de voorwaarden tot stand zijn gekomen, de wederzijds kenbare belangen van partijen en de overige omstandigheden van het geval – onredelijk bezwarend is voor de wederpartij.⁶⁶ Hoewel dit artikel de neerslag vormt van de zogenaamde Saladin/HBU-formule, bestond er geruime tijd onduidelijkheid over de vraag of er verschil bestaat tussen de materiële toets van artikel 6:233 onder a BW en die van artikel 6:248 lid 2 BW.⁶⁷ Van belang hierbij is te onderkennen dat het tijdstip waarop getoetst moet worden – bij artikel 6:233 onder a BW ten tijde van het sluiten van de over-

63 Vgl. HR 30 november 2001 (JOL 2001, 710) waarin de Hoge Raad in algemene bewoordingen (r.o. 3.9.2) het volgende stelt: '(...) dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet onaanvaardbaar is aansprakelijkheid uit te sluiten voor het geval van opzet en grove schuld van niet tot de directie of de bedrijfsleiding behorende leidinggevende ondergeschikten.'

64 Vlg. Rechtbank Zwolle 18 april 2006, LJN AW2083, waarin een verlengingsclausule niet nietig was, maar wel als onredelijk bezwarend werd beoordeeld.

65 HR 15 december 1995, NJ 1996, 319 (Heeren/Mertens), HR 12 mei 2000, NJ 2000, 412 (Interpolis/Peeten).

66 Hierbij is van belang te onderkennen dat dit recht op vernietiging slechts kan worden ingeroepen door in Nederland gevestigde kleine wederpartijen (zie artikel 6:235 lid 1 en artikel 6:247 BW) en consumenten.

67 Rijken stelt dat er geen verschil bestaat in materiële toetsing tussen de artikelen 3:40 BW, 6:233 onder a BW en 6:248 lid 2 BW, zie: De bestrijding van exonerationclausules in algemene voorwaarden in handelszaken, NTBR 1998, p. 361 e.v. Zie ook B.T.M. van der Wiel, Samenhang bij samenloop, in: Coherente instrumenten in het contractenrecht, Kluwer 2003, p. 31 en T.J. de Graaf, Exonerationen in: (ICT-)contracten tussen professionele partijen (diss. Leiden, 2006), p. 10.

eenkomst en bij artikel 6:248 lid 2 BW achteraf⁶⁸ – mee kan brengen dat bij artikel 6:248 lid 2 BW aan ruimere factoren kan worden getoetst en dat hierdoor een wederpartij in een nadeliger positie zou kunnen komen te verkeren dan bij een toetsing aan de hand van artikel 6:233 onder BW. Dit zal door de wetgever destijds niet beoogd zijn.⁶⁹ De mate van schuld van de gebruiker van de algemene voorwaarden die betrekking heeft op een handeling ná het sluiten van de overeenkomst, valt strikt geredeneerd niet onder de reikwijdte van de vernietigingstoets krachtens artikel 6:233 onder a BW. Zoals hierboven al is aangegeven, volgt uit analyse van de wetsgeschiedenis dat – bij een zogenaamde tweefasentoetsing waarbij in de eerste fase aan artikel 6:233 onder a BW wordt getoetst én het desbetreffende beding niet als onredelijk bezwarend is aangemerkt – nog slechts in een tweede fase (de zogenaamde uitoefenings-toets) belang mag worden gehecht aan nadien opgetreden omstandigheden wanneer deze onvoorzien waren (artikel 6:258 BW) of wanneer een beroep op de clause door de gebruiker zou worden gefrustreerd op grond van rechtsverwerking.⁷⁰

129. De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 14 juni 2002 aan de hierboven gesignaleerde onduidelijkheid (deels) een einde gemaakt.⁷¹ In één van de cassatiemiddelen werd geklaagd dat het Hof – dat een tweetal beroepen op de inhoud van algemene voorwaarden had afgewezen – ten onrechte getoetst had aan de maatstaf van artikel 6:248 lid 2 BW, waar het aan de maatstaf van artikel 6:233 onder a BW had moeten toetsen.

De Hoge Raad overwoog hier het volgende:

‘Naar luid van artikel 6:233, aanhef en onder a, BW is een beding in algemene voorwaarden vernietigbaar, 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. Aldus wordt aan consumenten en “kleine ondernemers” een bijzondere be-

68 De toets vindt plaats in volle omvang waarbij ook later opgekomen omstandigheden kunnen worden meegewogen.

69 Zie met uitgebreide verwijzingen: M.B.M. Loos, *Algemene Voorwaarden*, Boom Juridische uitgevers 2001, p. 51 e.v. Zie ook R.M. Vriesendorp-Van Seumeren, *Algemene voorwaarden en verzekeringsrecht*, Tjeenk Willink 2002, p. 215 e.v.

70 Zie nog nader M.B.M. Loos, *Algemene Voorwaarden*, Boom Juridische uitgevers 2001, p. 53 en 54.

71 HR 14 juni 2002, NJ 2003, 112 (m.nt. JH). Interessant is te melden dat ook op een ander punt inmiddels duidelijkheid bestaat. Een in verband met de totstandkoming van een huurovereenkomst betreffende woonruimte gemaakt beding, niet de huurprijs betreffende, voorzover daarbij ten behoeve van een der partijen een niet redelijk voordeel wordt overeengekomen, is nietig; hetzelfde geldt indien daarbij derden zijn betrokken, zie EK 2000-2001, 26 089, nr. 267, artikel 264. Toetsing wordt opgedragen aan de rechter, de huurcommissies zijn daartoe – aldus de wetgever – minder toegerust. Zie Van Wechem, bijdrage *Praktijkhandleiding Algemene Voorwaarden*, Tjeenk Willink 2002, p. 167–171. Anders op dat laatste punt A.W. Jongbloed, *Algemene voorwaarden en huur*, in: *Algemene voorwaarden* (Wessels/Jongeneel/ Hendrikse (red.)), Kluwer 2006, p. 445.

scherming geboden tegen het gebruik van onredelijk bezwarende bedingen in algemene voorwaarden. Daarnaast geldt de algemene regel van artikel 6:248 lid 2 BW dat een tussen partijen als gevolg van een overeenkomst geldende regel niet van toepassing is, voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.

De rechtsgevolgen van deze bepalingen zullen met betrekking tot één feitencomplex niet naast elkaar kunnen worden ingeroepen (geen cumulatie). Niet valt evenwel in te zien op welke grond hier afgeweken zou moeten worden van het algemeen geldende uitgangspunt dat, indien verschillende bepalingen voor toepassing op één feitencomplex in aanmerking komen en cumulatie niet mogelijk is, aan de gerechtigde de keuze is welke rechtsgevolgen hij wenst in te roepen of op welke rechtsgrond hij zich wenst te baseren. Nu de regeling van Titel 5, Afdeling 3, Algemene voorwaarden, ertoe strekt de positie van de wederpartij van een gebruiker van algemene voorwaarden te versterken, zou aan die strekking worden tekort gedaan indien de wederpartij zou zijn verstoken van een beroep op artikel 6:248 lid 2. Ook het verschil in rechtsgevolgen – enerzijds nietigheid en anderzijds het niet van toepassing zijn van het beding – staat aan de hiervoor bedoelde keuzemogelijkheid niet in de weg, nu dit verschil voor de gebruiker van de algemene voorwaarden niet tot een onaanvaardbaar resultaat leidt.⁷²

130. De Hoge Raad laat in het midden of er materieel verschil bestaat tussen de toetsing aan artikel 6:233 onder a BW en artikel 6:248 lid 2 BW. In zijn conclusie voor het arrest onderscheidt A-G Langemeijer slechts twee verschillen tussen beide wijzen van toetsing (conclusie onder 2.15). Het eerste verschil is dat een wederpartij zich dient te beroepen op de vernietigingsgrond van artikel 6:233 onder a BW, terwijl een toetsing aan artikel 6:248 lid 2 BW deel uitmaakt van de (zonodig door de rechter) aan te vullen rechtsgronden. Ten tweede verjaart een vordering tot vernietiging na drie jaar (vgl. artikel 6:235 lid 4 BW jo. artikel 3:52 lid 1 onder d BW), terwijl op artikel 6:248 lid 2 BW langer een beroep kan worden gedaan, hetgeen voor een verwerende partij echter niet uitmaakt (vgl. artikel 3:51 lid 3 BW).

A-G Timmerman⁷³ geeft in zijn conclusie voor Hoge Raad 15 oktober 2004 aan dat een verschil in toetsing tussen artikel 6:233 BW en 6:248 lid 2 BW er in gelegen is dat de eerste toetsing meer direct is.⁷⁴ Hoewel het (mij) niet geheel duidelijk is wat hij hiermee precies bedoelt, vermoed ik dat zijn visie gerelateerd is aan een vergelijking van de – ogenschijnlijk – concreet geformuleerde tekst van artikel 6:233 onder a BW met de vage normstelling in artikel 248 BW.⁷⁴ Timmerman merkt op dat:

‘Het verschil tussen de toetsing van artikel 6:248, lid 2 BW en die van artikel 6:233 BW bestaat in die benadering hierin dat de toetsing aan artikel 6:248 BW lid 2 terughoudender,

72 Zie conclusie voor HR 15 oktober 2004, NJ 2005, 141.

73 Zie tevens M.J. Tolman, *Oneerlijke bedingen in contractsvoorwaarden*, AV&S 2001, p. 167–174.

74 Ook Hartkamp, in zijn conclusie voor HR 21 februari 2003, NJ 2004, 567 (m.nt. JH), merkt onder punt 14 en 15 het volgende op: ‘Uit de parlementaire geschiedenis van afdeling 6.5.3 kan worden afgeleid dat de (redelijkheids)maatstaf van artikel 6:248 lid 2 materieel dezelfde is als die van artikel 6:233 onder a (a.w., p. 1595/1596 en 1621).’

minder direct dient te zijn en die terughouding zich in toepassing van het criterium ‘onaanvaardbaar’ uit. Het gaat hier m.i. om vaste jurisprudentie van de Hoge Raad.’

131. Een belangrijk verschil tussen een toetsing krachtens artikel 6:233 onder a BW en artikel 6:248 lid 2 BW, dient zich aan in het Hoge Raad-arrest van 17 februari 2006.⁷⁵ In dit arrest stond ondermeer centraal de vraag of een verzekeraar zich op een vervalbeding in zijn verzekeringspolis mocht beroepen.⁷⁶ Het Hof vond van niet. Het Hof oordeelde het beroep op het vervalbeding in het licht van artikel 6:248 lid 2 BW onaanvaardbaar, maar stelde het nadeel van de verzekeringsmaatschappij op 10% van het geclaimde bedrag vast. De verzekeraar hoefde slechts 90% uit te keren. Het cassatiemiddel keerde zich tegen dit oordeel. De Hoge Raad overwoog als volgt:

‘Voor zover het onderdeel zich met rechts- en motiveringsklachten keert tegen het oordeel van het Hof dat het beroep van Royal c.s. op het onderhavige beding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, heeft het volgende te gelden. Het bestreden oordeel is in de kern gebaseerd op de omstandigheid dat Royal c.s. slechts in zeer geringe mate zijn benadeeld door de “late notification” van de vordering van [betrokkene 1], welk nadeel volledig wordt gecompenseerd door een aftrek toe te passen van 10% van het verzekerde schadebedrag. Door op grond hiervan het beroep van Royal c.s. op artikel 1.1 van de polis naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar te achten, heeft het Hof niet blij gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Artikel 6:248 lid 2 BW heeft immers ook betrekking op verzekeringsovereenkomsten. Wat betreft de motiveringsklacht van het onderdeel is van belang dat het Hof kennelijk van oordeel was dat een beroep op het onderhavige polisbeding, gelet op het ingrijpende karakter van de daarin opgenomen sanctie, onvoldoende daardoor wordt gerechtvaardigd dat Royal c.s. als gevolg van de niet-tijdige nakoming door Polygram van haar meldingsplicht de mogelijkheid is onthouden om tijdig zelfstandig onderzoek te doen, feiten en omstandigheden te verzamelen die van belang zijn voor de dekkingsvraag en zelf in een vroeg stadium van het geschil een schikkingspoging te ondernemen. Het Hof heeft zich immers in staat geacht de mate waarin de verzekeraar is benadeeld door de te late melding van de onderhavige schade, zelfstandig vast te stellen en heeft dit nadeel in mindering gebracht op het door de verzekeraar uit te keren bedrag. Mede in aanmerking genomen het aan het Burgerlijk Wetboek ten grondslag liggende uitgangspunt dat nietigheden in beginsel niet verder reiken dan de strekking daarvan meebrengt, welk uitgangspunt mede van belang is bij de beoordeling van een beroep op het onderhavige vervalbeding, is het Hof ook niet in zijn motiveringsplicht tekortgeschoten.’

Uit de bovenstaande rechtsoverweging valt af te leiden dat de Hoge Raad artikel 6:248 lid 2 BW niet in de context van een alles of niets-benadering

⁷⁵ HR 17 februari 2006, C04/322 HR, NJ 2006, 378 (m.nt. MMM).

⁷⁶ Zie over dit arrest C.E. Drion en T.H.M. van Wechem, *Proportionele redelijkheid en billijkheid*, NJB 2006, p. 567 e.v. Zie ook P. Abas, *Nogmaals: ‘Vervalbedingen in de verzekeringspolis en goede trouw’*, NTHR juli 2006, p. 125 e.v.

plaatst.⁷⁷ Het rechtsgevolg van alles – de verzekeraar mag zich volledig op de clause beroepen – of niets – de verzekeraar mag zich in het geheel niet op de clause beroepen, kent ook een tussenvariant. De verzekeraar mag zich slechts op de clause beroepen voor zover dat in het licht van de redelijkheid en billijkheid niet onaanvaardbaar is, in dit geval voor 10%. De *tekst* van artikel 6:248 lid 2 BW laat dat toe.⁷⁸ Toepassing van artikel 6:233 onder a BW biedt mijns inziens niet de mogelijkheid van een proportionele toetsing. De aard van de sanctie, vernietiging, brengt mee dat er niet bij de toetsing van de *clause* partieel vernietigd kan worden. De toets bij artikel 6:233 onder a BW is immers of de algemene voorwaarde onredelijk bezwarend is en niet of deze een beetje onredelijk bezwarend is.⁷⁹ Een proportionele benadering zou het onredelijk bezwarend-karakter wegnemen en daarmee de legitimiteit van de toetsing.⁸⁰ Het komt mij voor dat het in het licht van het hierboven besproken arrest van 14 juni 2002, in procedures van belang is primair te stellen dat de algemene voorwaarde onredelijk bezwarend is en subsidiair dat een beroep op de clause in het licht van de redelijkheid onaanvaardbaar is en meer subsidiair dat een *volledig* beroep daarop in het licht van de redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is (en slechts een *gedeeltelijk* beroep daarop is toegestaan). Het *gevolg* van de vernietiging van de clause op grond van artikel 6:233 onder a BW, kan overigens, voor het overige deel van overeenkomst (de rechtshandeling), wel via artikel 3:41 BW door de rechter gestuurd worden.

132. In de rechtspraak lijkt in een aantal gevallen verschil te worden gemaakt tussen een toetsing aan artikel 6:233 onder a BW en artikel 6:248 lid 2 BW. Hiervoor is al op het arrest van Hof 's-Hertogenbosch van 10 mei 2005 gewezen, waarbij het Hof een beroep op een clause die het niet onredelijk bezwarend achtte, laat stranden op artikel 6:248 lid 2 BW wanneer aan een bewijs-

77 Zie tevens HR 9 juni 2006, C05/075 HR, RvdW 2006, 592. Zie ook Sector Kanton Rechtbank Haarlem 20 december 2006, LJN AZ5333.

78 Zie ook de conclusie van A-G Spier voor dit arrest: 'Om nog even te blijven bij de heersende rechtsovertuigingen: daarin is het alles of niets-denken trouwens meer in het algemeen in onbruik geraakt. De proportionele benadering heeft een niet meer te stuiten opmars ingezet. Dat geldt ook in het kader van de derogerende werking van redelijkheid en billijkheid. Artikel 6:248 lid 2 BW brengt dat tot uitdrukking door te spreken van "voor zover".'

79 Anders R.H.C. Jongeneel, in: *Algemene voorwaarden* (Wessels/Jongeneel/Hendrikse (red.)), Kluwer 2006, p. 138, die – naar mijn mening te – algemeen stelt: 'Nu de Hoge Raad in het arrest Royal/Universal een toepassing van de redelijkheid en billijkheid goedkeurt waarin een contractuele regeling niet verder buiten toepassing wordt gelaten dan nodig is, kan een zelfde benadering ook bij de toepassing van de open norm worden toegepast.'

80 Dit is slechts anders wanneer de proportionaliteit dient te worden toegepast ná het moment van toetsing en slechts betrekking heeft op de gevolgen. Zie C.E. Drion en T.H.M. van Wechem, *Kroniek van het vermogensrecht*, NJB 2005, p. 440. Zie ook M.H. Wissink en T.H.M. van Wechem, *Contracteren* 2006, nr. 2.

opdracht is voldaan. Illustratief⁸¹ is eveneens een vonnis van Rechtbank Rotterdam⁸² waarin zij het volgende overwoog:

‘Partijen stonden ten opzichte van elkaar in een door de redelijkheid en billijkheid beheerste rechtsverhouding naar Nederlands recht. De bedingen in de artikelen 2 en 4 van de standaard-deelnemersovereenkomst over de toepasselijkheid van de statuten en het doorwerken van statutenwijzigingen vallen onder de regels betreffende algemene voorwaarden. Het beding dat een rechtsgeldig totstandgekomen wijziging in de statuten deel gaat uitmaken van de deelnemersovereenkomst kan als zodanig niet worden aangemerkt als onredelijk bezwarend. Evenmin kan worden aangenomen dat Euro-Sporting niet behoefde te verwachten dat het beding van artikel 4 meebracht dat elke statutenwijziging zou doorwerken. Wel kan een beroep van SGR jegens Euro-Sporting op het doorwerken van het vervallen van artikel 2 lid 3 van de statuten onder bijzondere omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar worden geacht.’

3.5.3 *De verhouding tussen artikel 6:233 onder a BW en de artikelen 6:236 en 6:237 BW*

133. Voor algemene voorwaarden in consumentenovereenkomsten heeft de wetgever in de artikelen 6:236 en 6:237 BW specifieke beschermende regels vastgelegd. Deze regels zijn geen uitwerkingen van de redelijkheid en billijkheid.⁸³ Artikel 6:233 onder a BW blijft noodzakelijk omdat de zwarte en grijze lijst het niet zonder de grondslag van artikel 6:233 onder a BW kunnen stellen. Artikel 6:236 BW (de zwarte lijst) doet de onredelijk bezwarendheid van de daarin opgenomen bedingen rechtstreeks vaststaan, omdat de in dat artikel opgenomen bedingen het evenwicht tussen de voortvloeiende rechten en verplichtingen uit een wederkerige overeenkomst, doorgaans ten nadele van de wederpartij op fundamentele wijze verstoren. Van type bedingen opgenomen in artikel 6:237 BW (de grijze lijst), kan niet op voorhand gezegd worden dat zij steeds onredelijk bezwarend voor de wederpartij zijn. Maar deze schijnen op voorhand – wederom mede gelet op de wijze waarop de wederpartij er aan wordt gebonden – dermate bezwarend dat het gerechtvaardigd is de bewijslast van het tegendeel te leggen op degene die de algemene voorwaarden gebruikt.⁸⁴ Hijma typeert deze lijsten als een vergroving van het systeem waarin ieder beding in concreto aan de open norm van artikel 6:233 onder a BW wordt getoetst, maar acht dit systeem gerechtvaardigd voor consumentencontracten gezien de structurele, bijzondere behoefte aan bescherming tegen one-

81 Zie ook Hof 's-Hertogenbosch 25 april 2006, LJN AX0997 en Rechtbank Rotterdam 8 november 2006, LJN AZ2985.

82 Rechtbank Rotterdam 10 oktober 2005, LJN AU5890.

83 Parl. Gesch. Boek 6 Inv., p.1587.

84 Zie uitgebreid R.H.C. Jongeneel, *De Wet algemene voorwaarden en het AGB-Gesetz* (diss. Amsterdam 1991), p. 226 e.v.

reuze clausules waarbij het terrein voldoende homogeen is om algemene uitspraken te rechtvaardigen.⁸⁵

3.5.4 Enkele zienswijzen in de literatuur⁸⁶

134. Van Schaick stelt zich op het standpunt dat te algemeen geformuleerde exonerationen nietig zijn omdat deze – volgens hem ten onrechte – toch een afschrikkend effect kunnen hebben. Hij meent dat de in Nederland gebruikelijke rechtsconforme uitleg niet kan worden toegepast wanneer de exoneration niet het resultaat is van onderhandelingen. Dit standpunt lijkt mij gezien het hierboven genoemde arrest van 7 december 2001, inmiddels achterhaald.⁸⁷

135. Van den Brink stelt de vraag⁸⁸ of de – sinds Saladin/HBU gangbare – toetsing van een beroep op een exonerationbeding aan de redelijkheid en billijkheid tot bezwaren leidt, en of er iets verloren is nu de toetsing van een exonerationbeding aan de goede zeden in de praktijk nauwelijks meer voorkomt. Hij somt enkele bezwaren op waaronder rechtsonzekerheid en het mogelijk ontbreken van rechtseenheid. Een bijkomend bezwaar is naar zijn mening het verschijnsel dat enkele toetsing aan de eerstgenoemde maatstaf contractspartijen kennelijk stimuleert tot het formuleren van te zware exonerationen, aangezien weinig vrees lijkt te bestaan voor nietigheid van het beding op grond van artikel 3:40 BW. Van den Brink is voorstander van het gebruik bij toetsing van hetgeen hij het ‘volledig arsenaal’⁸⁹ noemt dat de wet daartoe beschikbaar stelt. Specifiek inzake de exoneration voor overlijdens- of letselschade⁹⁰ bepleit Van den Brink⁹¹ de categorische nietigheid van dergelijke bedingen, alhoewel hij dit vervolgens clauseleert door te stellen dat ‘niet dwingend [volgt] dat een exoneration voor overlijdens- of letselschade in alle gevallen nietig zou moeten zijn op grond van strijd met de goede zeden.’⁹² Hij maakt echter een duidelijk onderscheid tussen de toetsing van *de inhoud* van het beding, welke toetsing

85 Zie Hijma, a.w., p. 40–41.

86 Zie voor een rechtsvergelijkend overzicht: M.W. Hesselink, *De redelijkheid en billijkheid in het Europese privaatrecht*, Kluwer 1999, p. 103 e.v.

87 A.C. van Schaick, *Contractsvrijheid en nietigheid*, Tjeenk Willink 1994, p. 309.

88 V. van den Brink, *De rechtshandeling in strijd met de goede zede* (diss., Amsterdam 2002), p. 61.

89 V. van den Brink (diss.), p. 66.

90 Vgl. HR 25 november 2005, C04/216HR, RvdW 2005, 132.

91 V. van den Brink (diss.), p. 70–72.

92 Van den Brink voert daartoe enkele argumenten aan. Allereerst verwijst hij naar de aard van dergelijke schade, op grond waarvan ook elders in het aansprakelijkheidsrecht een strikter regime geldt voor overlijdens- of letselschade dan voor andere schade. Dit is zichtbaar bij het antwoord op de vraag naar het causale verband tussen het handelen van de aangesproken partij en de schade; de aard van de schade wordt in artikel 6:98 BW uitdrukkelijk genoemd als een daarvoor relevante omstandigheid. Tevens wijst hij op vele bijzondere regels ter zake. Kennelijk, zo stelt hij vast, wordt bij de beoordeling van exonerationbedingen in algemene voorwaarden de ‘eigen aard’ van overlijdens- of letselschade dan ook wel erkend, al heeft dat niet tot de conclusie geleid dat exoneration voor dergelijke schade in het geheel niet mogelijk is.

volgens hem slechts *aan* de goede zeden moet plaatsvinden en de toetsing van het beding *aan* de redelijkheid en billijkheid.⁹³ Hij stelt als volgorde voor dat het beding eerst aan de goede zeden getoetst wordt voordat toetsing aan de redelijkheid en billijkheid plaatsvindt. Dit zou de rechtszekerheid ten goede komen. Bedingen waarin de aansprakelijkheid voor opzet of grove schuld wordt uitgesloten of de aansprakelijkheid voor letselschade, zouden wegens strijd met de goede zeden nietig zijn en hier zou dus niet meer aan de tweede toets worden toegekomen.⁹⁴ Ik ben het op dit punt met Van den Brink eens.⁹⁵

136. Duyvenz wijdt in zijn proefschrift dat handelt over de redelijkheid van de exoneratieclausule, geen bespreking aan de toetsing van een clausule aan artikel 3:40 BW aangezien volgens hem een toetsing van exoneratieclausules aan de goede zeden tegenwoordig nauwelijks meer plaatsvindt.⁹⁶ Voor zover het de toetsing van de *inhoud* aan artikel 6:233 onder a BW betreft, merkt hij op dat hoe de inhoudstoetsing concreet moet worden ingevuld, afhangt van alle omstandigheden van het geval maar moeilijk is aan te geven hoe de omstandigheden concreet moeten worden ingevuld.

3.5.5 *Eigen visie*

137. Uit het bovenstaande valt af te leiden dat toetsing van de inhoud van algemene voorwaarden bijna niet te concretiseren is. De verhouding tussen de wetsartikelen die bij een toetsing een rol kunnen spelen, laat zich niet gemakkelijk vaststellen.⁹⁷ Vooral de normen van redelijkheid en billijkheid bieden een scala aan subjectieve en objectieve maatstaven waaraan getoetst zou moeten worden.⁹⁸ De toetsingsmaatstaf van artikel 3:40 BW heeft traditioneel een strenger karakter, hoewel het antwoord op de vraag wat precies een contract *contra bonos mores* is, ook aan verandering onderhevig kan zijn.⁹⁹ De verschillen die bestaan tussen een toetsing aan artikel 6:233 onder a BW en aan artikel 6:248 lid 2 BW lijken slechts van cosmetische aard. Langemeijer¹⁰⁰

93 V. van den Brink (diss.), p. 75.

94 Zie ook uitgebreid R.H.C. Jongeneel, *De Wet algemene voorwaarden en het AGB-Gesetz* (diss. Amsterdam 1991), p. 147.

95 Zie ook T.H.M. van Wechem en J.G.J. Rinkes, *Toepasselijke normering bij het toetsen van exoneraties voor letselschade*, AV&S december 2002, p. 178–186. Anders: T.J. de Graaf, *Exoneraties in (ICT-)contracten tussen professionele partijen* (diss. Leiden 2006), p. 7.

96 Duyvenz (diss.), p.11.

97 In het bestek van dit hoofdstuk wordt geen aandacht besteed aan toetsing van exoneraties door middel van uitleg, of toetsing in het licht van dwaling, wilsgebreken of gewijzigde omstandigheden.

98 Zie bijvoorbeeld artikel 1:201 van de Principles of European Contract Law. Zie tekst en commentaar op de PECL, aantekeningen bij artikel 1:201 (C. Mak), in: D. Busch (e.a.), eds., *The Principles of European Contract Law and Dutch Law*, Nijmegen 2002, p. 47 e.v.

99 R. Zimmermann, *The Law of Obligations, Roman Foundation of the Civilian Tradition*, Clarendon Press Oxford 1990, p. 706–716.

100 Conclusie (2.15 aanhef) voor het arrest van de Hoge Raad van 14 juni 2002, NJ 2003, 112.

wijst er terecht op dat ook het belang van het verschil in sanctie tussen toetsing aan artikel 6:233 onder a BW en artikel 6:248 lid 2 BW niet moet worden overschat, mede doordat een eventuele vernietiging op grond van artikel 6:233 onder a BW sterk gemitigeerd wordt door de artikelen 3:41 en 3:42 BW (gedeeltelijke nietigheid en conversie).¹⁰¹ Ook Hartkamp stelt zich op het standpunt dat er geen materieel verschil bestaat tussen een toetsing aan artikel 6:233 onder a BW en aan artikel 6:248 lid 2 BW.¹⁰²

138. Maakt het uit, in de vergelijking tussen artikel 6:233 onder a BW en artikel 6:248 lid 2 BW, zoals Heisterkamp stelt, dat toetsing van de algemene voorwaarden in het licht van artikel 6:233 onder a BW meebrengt dat slechts aan feiten en omstandigheden zou kunnen worden getoetst die het sluiten van de overeenkomst betreffen? In zijn visie heeft dit artikel slechts betrekking op de totstandkoming van de overeenkomst en niet op het vorderen van de nakoming daarvan. Dat verschil is slechts cosmetisch. Er bestaat immers geen rechtsregel die zich er tegen verzet om omstandigheden die bij de totstandkoming van de overeenkomst spelen ook in de uitoefeningstoets van artikel 6:248 lid 2 BW mee te nemen.¹⁰³ Ook uit het spiegelbeeld-argument van Van Dunné, waar hij betoogt dat de tekst van artikel 6:233 onder a BW niet verhindert dat dit artikel ook kan worden toegepast op de uitoefening van de overeenkomst, volgt dat het materieel niet uitmaakt of de toets van de algemene voorwaarden via artikel 6:233 onder a BW of krachtens artikel 6:248 lid 2 BW plaatsvindt. De rechtsoverweging in het arrest van de Hoge Raad van 17 februari 2006,¹⁰⁴ waaruit kan worden afgeleid dat artikel 6:248 lid 2 BW proportioneel kan worden toegepast, kan op een concreet verschil tussen de toetsing aan artikel 6:233 onder a BW en artikel 6:248 lid 2 BW wijzen. Naar mijn mening kan artikel 6:233 onder a BW – bij toetsing van de betreffende algemene voorwaarde – niet proportioneel worden toegepast, terwijl verdedigbaar is dat artikel 6:248 lid 2 BW wél proportioneel kan worden toegepast.

139. Concrete toetsing van een beding in een consumentenovereenkomst leidt ertoe dat het Nederlandse recht een specialis-regeling kent in de artikelen

101 Ten aanzien van artikel 3:40 lid 1 BW kan nog wel worden opgemerkt dat toetsing ambtshalve dient plaats te vinden.

102 Hartkamp merkt onder punt 14 en 15 van zijn conclusie voor het arrest, HR 21 februari 2003, NJ 2004, 567 (m.nt. JH), het volgende op: 'Uit de parlementaire geschiedenis van afdeling 6.5.3 kan worden afgeleid dat de (redelijkheids)maatstaf van artikel 6:248 lid 2 materieel dezelfde is als die van artikel 6:233 onder a (a.w., p. 1595/1596 en 1621).'

103 Zie Asser-Hartkamp 4-II, nrs. 239, 318 en 319. De recente rechtspraak van de Hoge Raad inzake de samenloop tussen de algemene artikel 6:2 en 248 BW en bijzondere bepalingen als de artikel 6:258 en 6:233 BW is hiermee in overeenstemming. Zie HR 25 juni 1999, NJ 1999, 602, 14 juni 2002, NJ 2003, 112. Vgl. ook HR 15 november 2002, NJ 2003, 48 (m.nt. JBMV). Zie over het eerstgenoemde arrest Asser-Hartkamp 4-II, nr. 341a, Valk, WPNR 6472 (2002), p. 4 e.v. en Mon. Nieuw BW, A10 (Vranken/Hammerstein 2003), nr. 46.

104 HR 17 februari 2006, C04/322 HR, NJ 2006, 378 (m.nt. MMM).

6:236 en 6:237 BW voor consumenten-algemene voorwaarden. Deze artikelen dienen als aanvulling (of als nadere invulling voor consumentenovereenkomsten) op de toets van artikel 6:233 onder a BW te worden beschouwd.

3.6 Communautair recht

3.6.1 Algemeen

140. Bij toetsing van algemene voorwaarden die gebruikt worden in consumentenovereenkomsten dient ook aandacht te worden besteed aan de richtlijn oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten. Artikel 3 van de richtlijn bepaalt dat een beding in een overeenkomst waarover niet afzonderlijk is onderhandeld, als oneerlijk wordt beschouwd indien het – in strijd met de goede trouw – het evenwicht tussen de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen van de partijen aanzienlijk verstoort ten nadele van de consument. Artikel 4 van die richtlijn bepaalt dat voor de beoordeling van het oneerlijke karakter van een beding uit een overeenkomst 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 moeten worden genomen, rekening houdend met de aard van de goederen of diensten waarop de overeenkomst betrekking heeft.

3.6.2 Indicatieve lijst van bedingen

141. De waarde die moet worden toegekend aan de zogenaamde ‘blauwe’ Europese lijst van bedingen die – vooralsnog – indicatief is bijgesloten bij de richtlijn, is thans onduidelijk.¹⁰⁵ Arresten van het Hof van Justitie van 27 juni 2000, 24 januari 2002 en 26 oktober 2006, lijken er op te duiden dat deze lijst een zwaardere status heeft dan het zich in eerste instantie liet aanzien.¹⁰⁶ In zijn arrest van 7 mei 2002¹⁰⁷ merkt het Hof van Justitie op dat de bijlage bedoeld in artikel 3 lid 3 van de richtlijn (waarvan in de procedure de omzetting in geding was) volgens de bewoordingen van die bepaling zelf, een indicatieve en niet-uitputtende lijst van bedingen bevat die als oneerlijk kunnen worden aangemerkt. Het staat vast dat een beding uit de lijst niet noodzakelijkerwijs als oneerlijk hoeft te worden aangemerkt en dat omgekeerd een beding dat niet voorkomt oneerlijk kan worden bevonden. Het Hof vervolgt met op te merken dat nu de lijst in de bijlage bij de richtlijn geen beperking aanbrengt in de vrijheid van de nationale autoriteiten bij de beoordeling of een beding oneerlijk is, daarmee niet wordt beoogd de consumenten verdergaande rechten toe te ken-

¹⁰⁵ Richtlijn 93/13 /EEG, PbEG L 95/29.

¹⁰⁶ Hof van Justitie 27 juni 2002, C-240/98 en Hof van Justitie 24 januari 2002, C-372/99 en Hof van Justitie 26 oktober 2006, C-168/05. Zie over de twee eerstgenoemde arresten: M.B.M. Loos en H.W. Wiersma, WPNR 6486 (2002), p. 329 e.v.

¹⁰⁷ Hof van Justitie EG 7 mei 2002, C-478/99, NJ 2003, 74.

nen dan uit de artikelen 3 tot en met 7 van de richtlijn voortvloeien. De lijst brengt geen enkele wijziging in het door de richtlijn nagestreefde resultaat, dat als zodanig van de lidstaten wordt verlangd. Daaruit volgt volgens het Hof van Justitie, dat de volle werking van de richtlijn, anders dan de Commissie beweert, kan worden verzekerd in een voldoende nauwkeurig en duidelijk wettelijk kader zonder dat de lijst in de bijlage bij de richtlijn wordt opgenomen in de bepalingen ter omzetting van de richtlijn.

142. Het door de richtlijn nagestreefde *resultaat* is de doorslaggevende toetsfactor voor toetsing van (algemene) consumentenbedingen en niet het door de richtlijn verwoorde – enuntiatieve – toetsingskader. Wat in de hierboven aangehaalde procedure opvalt is dat het Hof van Justitie opmerkt dat de richtlijn volgens de Commissie een tweeledig doel heeft, namelijk – blijkens artikel 1 en de tweede overweging van de considerans – de onderlinge aanpassing van de in de lidstaten geldende bepalingen inzake oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, en – blijkens de vijfde en de achtste overweging van de considerans – een betere voorlichting van de consument omtrent de toepasselijke rechtsregels. Dit doel is niet zuiver geformuleerd. Het zou voor de hand hebben gelegen dat bij de eerste hierboven genoemde doelstelling zou zijn toegevoegd de zinsnede: ‘op een wijze die in overeenstemming is met de bepalingen van de richtlijn.’

3.6.3 *Ambtshalve toetsing*¹⁰⁸

143. Ook uit een arrest van het Hof van Justitie van 9 september 2004¹⁰⁹ blijkt dat volgens vaste rechtspraak de implementatie van een richtlijn weliswaar niet noodzakelijkerwijs een optreden van de wetgever van elke lidstaat vereist, doch dat het betrokken nationale recht daadwerkelijk de volledige toepassing van de richtlijn dient te verzekeren. De uit dit recht voortvloeiende rechtssituatie dient voor de consument voldoende bepaald en duidelijk te zijn en de begunstigden moeten in staat zijn kennis te nemen van al hun rechten en deze zo nodig geldend kunnen maken voor de nationale rechterlijke instanties.¹¹⁰ In zijn arrest van 24 maart 2006, waarbij er in het middel over werd geklaagd dat het Hof ten onrechte niet ambtshalve (en direct) aan een bepaling van de indicatieve lijst van de richtlijn oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten had getoetst, oordeelde de Hoge Raad als volgt:¹¹¹

108 Zie uitgebreid over ambtshalve toetsing: C.M.D.S. Pavillon, De wisselende betekenis van de richtlijn oneerlijke bedingen in de Nederlandse rechtspraak: een drieluik, VtA 2006,2, p. 25–71.

109 Hof van Justitie EG, zaak C-70/03 (Commissie/Spanje), PbEG 23 oktober 2004, C-262/17.

110 Zie in het bijzonder de arresten van 10 mei 2001, Commissie/Nederland, C144/99, Jurispr. p. I-3541, punt 17, en 7 mei 2002, en Commissie/Zweden, C478/99, Jurispr. p. I-4147, punt 18.

111 Zie de overweging in Hoge Raad-arrest van 24 maart 2006, C05/011 HR, NJ 2006, 311. Zie over dit arrest H.N. Schelhaas, Matiging versus vernietigbaarheid van een contractuele boete, NTBR 2006, p. 249 e.v.

‘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 artikel 3 lid 3 van de richtlijn als “oneerlijk” kunnen worden beschouwd, (...) 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 (...) exorbitantie van het boetebeding c.q. boetebedrag, het beroep van [eiser] c.s. op de 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 artikel 6:233, onder a, BW, zoals dat door [eiser] c.s. mede met een beroep op de richtlijn werd bepleit.’

In zijn arrest van 1 april 2004 (waarin de toetsing van een specifiek beding centraal stond) oordeelde het Hof van Justitie dat moet worden vastgesteld dat artikel 3 met een verwijzing naar de begrippen ‘te 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.¹¹² De vraag of het om een aanzienlijke verstoring van het evenwicht in de zin van artikel 3 lid 1 van de richtlijn gaat, betreft volgens het Hof van Justitie een beoordeling die door de nationale rechter moet worden gemaakt en 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 in achtneming van alle omstandigheden op het moment waarop de overeenkomst is gesloten, rekening houdend met de aard van de goederen of diensten waarop de overeenkomst betrekking heeft, aldus het Hof. Hierbij moet worden opgemerkt dat in die context ook de gevolgen moeten worden beoordeeld die dat beding kan hebben in het kader van het op de overeenkomst toepasselijke recht. Dit impliceert ook een onderzoek van het nationale recht.

3.6.4 Oneerlijk karakter

144. Uit het laatstgenoemde arrest kan worden afgeleid dat het mogelijk is om het oneerlijke karakter van een beding vast te stellen zonder dat alle omstandigheden rond de sluiting van de overeenkomst worden onderzocht en zonder dat de voor- en nadelen die op grond van het nationale recht aan dit beding verbonden zijn, beoordeeld worden. Bedingen die uitsluitend tot voordeel van de verkoper strekken en geen tegenprestatie voor de consument inhouden (zoals een voor de consument ongunstige forumkeuze) waarbij ongeacht de aard van de overeenkomst afbreuk wordt gedaan aan de doeltreffendheid van de rechterlijke bescherming van door de richtlijn aan de consument toegekende rechten, worden als oneerlijk aangemerkt. Hoewel het Hof van Justitie in zijn

¹¹² Hof van Justitie 1 april 2004, Zaak C-237/02 (NJ 2005, 75).

oordeel refereerde aan de forumkeuzeclausule in het Océano-arrest, ben ik van mening dat de formuleringen van het Hof op dat punt een bredere strekking hebben. In de literatuur wordt bepleit dat het Hof van Justitie hiermee de mogelijkheid open houdt om een nationale rechter te kunnen corrigeren in gevallen waarbij de oneerlijkheid van het beding duidelijk is, of in gevallen waarbij het Hof de clausule kan toetsen aan een *frame of reference*.¹¹³

145. Vanuit het communautair recht bezien doet zich de onduidelijkheid voor dat de norm van een oneerlijk beding – in de betekenis van de richtlijn – in de artikelen 3 en 4 wordt geformuleerd, maar dat de toepassing van de norm – klaarblijkelijk niet richtlijnautonoom – volgens het toepasselijke nationale recht wordt ingekleurd. Dit betreft niet de bedingen die uitsluitend tot voordeel van de verkoper strekken en geen tegenprestatie voor de consument inhouden waarbij dan ongeacht de aard van de overeenkomst afbreuk wordt gedaan aan de doeltreffendheid van de rechterlijke bescherming van door de richtlijn aan de consument toegekende rechten. Deze bedingen kunnen wél rechtstreeks aan de bepalingen van de richtlijn worden getoetst.

3.7 Concretisering van de toetsing in de rechtspraak

3.7.1 Algemeen

146. Hierboven zijn algemene richtlijnen aangegeven in verband met toetsing van algemene voorwaarden. In het onderstaande wordt onderzocht of i) uit de lagere (feitelijke) rechtspraak normen zijn te herleiden waaraan de rechter in concrete gevallen toetst en ii) of er concrete omstandigheden zijn aan te wijzen waar rechters in het bijzonder waarde aan toekennen of rekening mee houden bij hun oordeel.

147. In de rechtspraak komt niet duidelijk naar voren wat wordt getoetst, bijvoorbeeld de betreffende clausule of het *verschil* tussen de positie waarin de wederpartij (juridisch) zou hebben verkeerd wanneer de clausule niet zou zijn overeengekomen en de situatie waarbij dat wel het geval is,¹¹⁴ noch waaraan wordt getoetst. Ik zal dit hieronder toelichten.

3.7.2 Abstracte toetsing

148. Bij de abstracte inhoudstoetsing – zoals te kennen uit de collectieve actie ex artikel 6:240 BW – wordt het beding (in abstracto) getoetst.¹¹⁵ In de proce-

113 Peter Rott, What is the Role of the ECJ in EC Private law? A comment on the ECJ judgements in Océano Grupo, Freiburger Kommunalbauten, Leitner and Veedfald, in: Hanse Law Review, Vol 1 No 1, April 2005, p. 6 – 17.

114 Vgl. Parl. Gesch. Boek 6 Inv., p. 1580.

115 Vgl. Gerechtshof 's-Gravenhage in de zaak KNVB/SOVS van 9 augustus 2006, LJN AY6000: 'Voor de vraag of de hierna te beoordelen bedingen van de Standaardvoorwaarden onredelijk →

dure in het kader van een collectieve actie (zoals bedoeld in artikel 6:240 BW) ingesteld door de vereniging HCC tegen (de algemene voorwaarden van) Dell computers B.V., oordeelde het Hof¹¹⁶ – onder meer – dat zes clausules van de algemene voorwaarden van Dell onredelijk bezwarend waren voor consumenten vanwege het feit dat deze in strijd waren met artikel 7:6 BW. Eén clausule was in strijd met artikel 6:190 BW, één was op grond van artikel 6:233 onder a BW onredelijk bezwarend omdat in die clausule werd doorverwezen naar andere algemene voorwaarden, en één clausule was wegens strijd met artikel 6:236 onder BW onredelijk bezwarend.¹¹⁷ Wat opvalt is dat het merendeel van de clausules aan een regel van dwingend recht (artikel 7:6 lid 1 BW), één clausule aan een bepaling van de zwarte lijst, en slechts één clausule aan artikel 6:233 onder a BW werden getoetst. Uiteindelijk werden derhalve de bedingen niet getoetst, maar de houdbaarheid van deze bedingen en wel in het licht van de regels van dwingend (consumenten)recht.¹¹⁸

149. In een procedure van 25 augustus 1998¹¹⁹ oordeelde het Hof 's-Gravenhage, wederom in het kader van een collectieve actie inzake artikel 6:240 BW, dat bij een afweging tussen de belangen van de hypotheekverstrekker en de consument de belangen van de consument zwaarder wogen met betrekking tot de clausule waarin de consument werd verplicht bij het sluiten van de hypotheek bij een bepaalde verzekeraar tevens een brandverzekering af te sluiten.¹²⁰ Deze belangenafweging vond plaats in de context van het bepaalde in artikel 6:237 onder j BW, een wetsbepaling die (onder meer) aangeeft dat een algemene voorwaarde wordt vermoed onredelijk bezwarend te zijn wanneer de wederpartij wordt verplicht tot het sluiten van een overeenkomst met een der-

bezwarend zijn in de zin van artikel 6:240 BW, dient het hof deze bedingen abstract te toetsen en zich daarbij te richten op de overgrote meerderheid van de gevallen. Gelet op hetgeen daaromtrent door de Hoge Raad is overwogen in het arrest van 16 mei 1997, NJ 2000, 1 (Consumentenbond/EnergieNed e.a.) wordt hieronder verstaan dat: 1) de uitkomst van zodanige toetsing moet afhangen van een beoordeling van de gevallen waarin het beding verandering brengt in de rechtstoestand die bij gebreke van het beding zou hebben bestaan, en 2) beslissend is of in die gevallen moet worden geoordeeld of het beding, rekening houdend met de in de wetsgeschiedenis besproken gezichtspunten – zoals de specifieke aard en inhoud van de overeenkomsten waarvoor de algemene voorwaarden zijn bestemd, en de ‘typische’ eigenschappen en belangen van de personen met wie deze overeenkomsten plegen te worden gesloten – doorgaans tot onredelijke resultaten zal leiden.”

116 Hof 's-Gravenhage 22 maart 2005, LJN AT1762.

117 Mijns inziens had het Hof – nu het een beperking van het ontbindingsrecht van de koper betreft – ook daar moeten aannemen dat er strijd was met artikel 7:6 BW.

118 Fascinerend is hierbij dat artikel 6:240 BW dergelijke bedingen als onredelijk bezwarend definieert (met derhalve als sanctie vernietigbaarheid overeenkomstig artikel 6:233 onder a BW), terwijl deze bedingen in een procedure in het licht van artikel 7:6 BW, vernietigbaar overeenkomstig artikel 3:40 lid 2 BW zouden zijn.

119 Hof 's-Gravenhage 25 augustus 1998, NJ 1999, 298.

120 Zie hierover uitgebreid M.B.M. Loos, *Algemene Voorwaarden*, Boom Juridische uitgevers 2001, p. 182 e.v.

de, tenzij dit (mede gelet op het verband van die overeenkomst met de in dit artikel bedoelde overeenkomst), redelijkerwijze van de wederpartij kan worden gevergd. Ook hier werd de algemene voorwaarde *niet* op zijn inhoud getoetst, maar vond de belangenafweging binnen het artikel zelf plaats in verband met de houdbaarheid van het beding in het licht van haar contractuele omgeving. Met andere woorden de verhouding van het beding ten opzichte van de rest van de afspraken was object van de toetsing.

150. De bovenstaande voorbeelden betroffen toetsen in het kader van collectieve acties in het licht van artikel 6:240 BW, welke acties per definitie een abstracte – en dus afwijkende – toets met zich brengen vergeleken met de concrete toets aan artikel 6:233 onder a BW. Bij gelding van artikel 6:233 onder a BW dient te worden getoetst of de algemene voorwaarden (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 zijn voor de wederpartij.

3.7.3 Conclusies rechtspraak

151. De rechtspraak laat zien dat rechters bij hun toetsing op zoek zijn naar concrete toetskaders. Wat opvalt is dat wanneer rechters een beding aan een concrete norm kunnen toetsen, zij eerder tot het oordeel onredelijk bezwarend komen dan wanneer het beding aan de open norm van artikel 6:233 onder a BW wordt getoetst. In de diversiteit van uitspraken met betrekking tot de vraag of een algemene voorwaarden niet¹²¹ ofwel¹²² onredelijk bezwarend is valt

121 Zie voor rechtspraak t/m 2003, Hondius Losbladige Kluwer Verbintenissenrecht artikel 6:233 BW. *Niet onredelijk bezwarend*: hoofdelijkheidsbeding (Rechtbank Arnhem 19 mei 2004, LJN AQ5066), exoneration voor gevolgschade (Rechtbank Alkmaar 2 juni 2004, LJN AP3625), en-bloc bepaling (Rechtbank Arnhem 9 juni 2004, LJN AP3874), uitsluiting van verrekening of opschortingsbevoegdheid (Rechtbank Rotterdam 18 mei 2005, LJN AU0340), vervallbeding (Rechtbank Arnhem 26 oktober 2005, LJN AU9179), bouwverplichting in gronduitgiftevoorwaarden (Rechtbank Zwolle 1 juni 2005, LJN AU4287), een beding dat in overeenstemming is met de wet (Hof 's-Hertogenbosch 12 juli 2005, LJN AU4062), uitsluiting van ontbinding (overeenkomst met notariskantoor) (Rechtbank Zwolle 13 juli 2005, LJN AU9949), beroep op exoneration in energieleveringsvoorwaarden (Hof 's-Hertogenbosch 1 november 2005, LJN AU6737), exoneration in veilingvoorwaarden (Sector Kanton Rechtbank Leeuwarden 13 januari 2006, LJN AU9689), exoneration bij financiële dienstverlening (Rechtbank Rotterdam 5 oktober 2005, LJN AU3874), brandklastclause (Rechtbank Rotterdam 31 augustus 2005, LJN AU1838), peilverschil voor olieclause, (Hof Den Haag 15 december 2005, LJN AN8216), beroep op exoneration nu geen voorzorgmaatregelen waren getroffen (uitoefeningstoets) (Rechtbank Maastricht 12 januari 2005, LJN AS3923), wijzigingsbeding (Rechtbank Utrecht 13 januari 2005, LJN AS2456), verbod schotelantenne (Sector Kanton Rechtbank Dordrecht 24 maart 2005, LJN AT3052), omschrijving van afgifte (aan buren) van pakketje (Rechtbank Haarlem 22 juni 2005, LJN AT7929), betalen van overnameprijs in een overeenkomst tussen professionals (Rechtbank Arnhem 5 oktober 2005, LJN AU7640), opzeggingsbeding omdat er geen strijd was met artikel 6:236 onder j noch 6:237 onder l BW (Rechtbank Arnhem 15 juni 2005, LJN AT8535), niet opeisbaarheid geldlening (Rechtbank Dordrecht 20 oktober 2004, LJN AR4395), exoneration (Rechtbank Arnhem 21 juli 2004, LJN AQ6817), →

anti speculatiebeding (Hof 's-Hertogenbosch 8 april 2003, KG 2003, 159), beding tot uitsluiting beroep op verrekening en opschorting (Rechtbank Zutphen 28 juli 2004, NJF 2005, 25), exoneration in bewaarnemingsovereenkomst (Hof 's-Hertogenbosch 14 juni 2005, NJF 2005, 453), exclusiviteitsbeding (Rechtbank Arnhem 21 december 2005, LJN AV1992), exoneration in electriciteitsaansluitingsvoorwaarden (Nuon) (Hof 's-Hertogenbosch 10 januari 2006, LJN AV2177), geen onredelijk bezwarend boetebeding, (Hoge Raad 24 maart 2006, C05/011 HR, NJ 2006, 311), saneringsbeding ter beoordeling van de gebruiker (Rechtbank Rotterdam 8 maart 2006, LJN AV6538), stadionverbod (Vzngr. Rechtbank Utrecht 13 april 2006, LJN AW1742), exoneration in huurvoorwaarden van hoogwerkers en steigers (Sector Kanton Rechtbank Leeuwarden, 18 mei 2006, LJN AX3651), vervalbding (Rechtbank Arnhem 4 januari 2006, LJN AV2044), geldterug-garantie (Rechtbank Zutphen 14 december 2005, LJN AU9059), wijzigingsbeding in duurovereenkomst (Rechtbank Utrecht 7 juni 2006, LJN AX8702), kostenvaststelling bij tussentijdse beëindiging (Sector Kanton Rechtbank Haarlem 5 juli 2006, LJN AY3527), vervalbding in reisvoorwaarden (Rechtbank Almelo 6 september 2006, NJF 2006, 536) clause waarin percentage van geïncasseerd bedrag is verschuldigd bij tussentijdse beëindiging (Rechtbank Amsterdam 15 november 2006, LJN AZ2440).

- 122 Zie voor rechtspraak t/m 2003, Hondius Losbladige Kluwer Verbintenissenrecht artikel 6:233 BW. *Wel onredelijk bezwarend*: vervalbding bij niet premiebetaling (Sector Kanton Rechtbank Leeuwarden 7 mei 2004, LJN AO9738), exoneration garage Schiphol (Sector Kanton Rechtbank Haarlem 23 november 2005, LJN AU6822), exoneration in hotelvoorwaarden (Rechtbank Arnhem 8 december 2004, LJN AS3383), te lange binding aan aanbod wegens strijd met 6:237 onder e BW (Sector Kanton Rechtbank Haarlem 29 september 2005, LJN AU2542), fouten met betrekking tot geleverde vloer (vernietiging via artikel 7:6 BW) (Rechtbank Almelo 14 september 2005, LJN AU3061), voorbehoud bij vertegenwoordiging i.v.m. inruil auto (Rechtbank Zwolle 19 oktober 2005, LJN AU5011), herzieningsclause in strijd met artikel 6:237 onder c BW (Hof Arnhem 8 november 2005), arbitragebeding (Rechtbank Arnhem 23 november 2005, LJN AV1969), verlengingsbeding met periode van 3 jaar (Rechtbank 's-Hertogenbosch 1 december 2005, LJN AV7343), opzeggingsbeding wegens strijd met artikel 6:237 onder l BW (Rechtbank Alkmaar 20 juli 2005, LJN:AU0617), herzieningsclause in verzekeringsvoorwaarden (Hof Arnhem 8 november 2005, NJF 2006, 28), niet gehoudenheid tot afgifte door bank (Vzngr. Rechtbank. Maastricht 8 december 2004, NJF 2004 en Rechtbank Maastricht 12 november 2003, NJF 2004, 131), exoneration in manegeovereenkomst (Rechtbank Rotterdam 17 maart 2004, NJF 2004, 339), minimumafname beding (Rechtbank 's-Hertogenbosch 9 februari 2001, TvC 2001, p 112), vervalbding in algemene voorwaarden ter zake picknickbanken (Hof Arnhem 27 september 2005, NJF 2006, 246), exoneration in Nuon-voorwaarden (Hof Arnhem 24 januari 2006, LJN AV1335), exoneration in een paardrijlesovereenkomst (Hoge Raad 23 december 2005, C04/201 HR, RvdW 2006, 25), ontbindingsbevoegdheid in telefoonvoorwaarden inzake beltegoed, (Sector Kanton Rechtbank Zwolle 1 maart 2006, LJN AV3063), verlengingsbeding (Rechtbank Zwolle 18 april 2006, LJN AW2083), geen beroep toegestaan op exoneration (bij waterschade) (Hof 's-Hertogenbosch 31 januari 2006, LJN AW2554), bij afwezigheid klacht accordering van declaratie (Hof 's-Hertogenbosch 25 april 2006, LJN AX0997), omzetting proefabonnement in een duurabonnement (Sector Kanton Rechtbank Alkmaar 29 maart 2006, LJN AX4043), verlenging proefabonnement (Sector Kanton Rechtbank Alkmaar 10 april 2006, LJN AZ1613), verlenging overeenkomst met een periode van 3 jaar (Sector Kanton Rechtbank Zwolle 18 april 2006, LJN AW2083), beding inzake vervreemdingsvergoeding (Hof 's-Hertogenbosch 16 mei 2006, LJN AX8721), ontbreken van mogelijkheid tot beëindiging (Sector Kanton Rechtbank Utrecht 5 juli 2006, LJN AY3643), vervalbding/aansprakelijkheidsbeperking beleggingsvoorwaarden (Hof 's-Hertogenbosch 12 juli 2006, LJN AY5409), beroep onaanvaardbaar in het licht van de redelijkheid en billijkheid op clause aansprakelijkheid voor verlies (Esso) tankpas (Rechtbank Rotterdam 8 november 2006, LJN AZ2985), garantie prevaleert boven exoneration (Rechtbank Zutphen 20 september 2006, →

echter geen systeem te ontwaren. In algemene zin valt op dat in het merendeel van de gevallen het beding in relatie tot haar omgeving wordt beoordeeld. In de door mij onderzochte uitspraken wordt de inhoud sec niet getoetst, tenzij een vergelijk met de consumentenlijsten wordt gemaakt. Vragen die betrekking hebben op de *acceptatie* (wilsbinding) van het betreffende – ter discussie staande – beding in de algemene voorwaarden, komen in de procedures niet meer aan de orde.

152. In het kader van de analyse van de rechtspraak wijs ik nog op het volgende. Slechts als afdeling 6.5.3. BW en artikel 6:248 lid 2 BW dezelfde doelstelling hebben (hetzelfde beogen) is de toetsing aan die afdeling, respectievelijk dat artikel materieel hetzelfde. De parlementaire geschiedenis doet vermoeden dat aan die voorwaarde niet is voldaan en dat daarvan dus geen sprake is. Afdeling 6.5.3 BW heeft volgens de parlementaire behandeling de volgende oogmerken: i) het creëren van versterkte mogelijkheid voor rechterlijke controle ter bescherming van de wederpartij, ii) het creëren van rechtszekerheid en iii) het (via de methodiek van de collectieve actie) stimuleren van overleg tussen organisaties van belanghebbenden.¹²³ Artikel 6:248 lid 2 BW is primair bedoeld om een onevenwichtige uitkomst in een bepaalde situatie te voorkomen.¹²⁴ De invulling van artikel 6:248 lid 2 BW wordt vooral bepaald door artikel 3:12 BW. Dit onderscheid tussen doelstellingen wordt in het licht van het hierboven aangehaalde Hoge Raad arrest van 14 juni 2002 niet door de Hoge Raad gemaakt en komt evenmin in de onderzochte lagere rechtspraak naar voren.

Binnen deze context merk ik op dat voor toetsing van algemene voorwaarden in overeenkomsten met consumenten, de doelstelling van de richtlijn oneerlijke bedingen in consumentenorganisaties van doorslaggevend belang is. De doelstelling is het tegengaan van oneerlijke bedingen. Zoals eerder aangegeven, de wijze van toetsen lijkt aan de nationale rechtstelsels te worden overgelaten, als het resultaat maar wordt bereikt. Dit is anders voor bedingen die

LJN AZ1580), exoneration in energieleverantievoorwaarden (Sector Kanton Rechtbank Rotterdam 9 januari 2007, LJN AZ2985), beding waarin is opgenomen dat het risico van diefstal bij de huurder ligt (Hof 's-Hertogenbosch 9 januari 2007, LJN AZ5893).

123 Zie Hijma, a.w., p. 2 en 3, zie Parl. Gesch. Boek 6, Inv., p. 1455: 'Tegen die achtergrond heeft het ontwerp de volgende oogmerken. In de eerste plaats strekt het ertoe de rechterlijke controle op de inhoud van algemene voorwaarden te versterken, zulks ter bescherming van personen jegens wie de voorwaarden worden gebruikt, daar dezen op de inhoud daarvan in de regel geen invloed hebben, deze vaak niet eens kennen of begrijpen dan wel het risico onderschatten dat het tot een beroep op de voorwaarden zal komen. Tegelijkertijd beoogt het ontwerp zoveel mogelijk rechtszekerheid te bieden, zowel ten aanzien van de toepasselijkheid van algemene voorwaarden als ten aanzien van de (on)geoorlooftheid van hun inhoud. In de derde plaats bevat het regels die verplichten tot overleg tussen belanghebbenden over de inhoud van algemene voorwaarden of die zodanig overleg stimuleren. Met dit laatste wordt voortgebouwd op in een aantal branches ondernomen initiatieven (...).'

124 Zie Mon. Nieuw BW A5 (Rijken), p. 4 en Parl. Geschiedenis, Algemene Bepalingen, p. 67.

slechts een voordeel voor de gebruiker van algemene voorwaarden inhouden waartegenover geen voordeel van de wederpartij staat. Het Hof van Justitie kan uitspraken van nationale rechters omtrent die bedingen direct aan de richtlijn toetsen.

3.8 Toetsing versus toepasselijkheid

3.8.1 Algemeen

153. Zoals in de inleiding van dit hoofdstuk is aangegeven, is het de vraag of de verruimde inhoudstoetsing de beperking in toetsingsmogelijkheden ten aanzien van de acceptatie van algemene voorwaarden legitimeert. De bovengenoemde rechtspraak maakt inzichtelijk dat vragen die betrekking hebben op de *acceptatie* (wilsbinding) van het – ter discussie staande – beding in de algemene voorwaarden, in procedures niet meer aan de orde komen. De vraag dient zich aan of de (afwezigheid van) wilsbinding ten aanzien van het desbetreffende beding, bij de inhoudstoetsing (nog) een rol kan spelen.

3.8.2 Overige omstandigheden

154. Als component van een toetsing van artikel 6:233 onder a BW wordt genoemd de overige omstandigheden van het geval. Het gegeven dat een beding een verrassende inhoud heeft, kan dus bij de inhoudstoetsing onder deze noemer worden meegewogen. In de rechtsliteratuur bestaat over de vraag of de *tournure Holleman/De Klerk* (waarbij werd beslist dat de wilsuiting tot binding van de wederpartij niet geacht kon worden gericht te zijn geweest op een beding met een voor haar dermate verrassende inhoud) volledig heeft afgedaan, nog geen volledige overeenstemming.¹²⁵ De opmerking van Duyvenz bijvoorbeeld (zie hierboven nummer 116), waaruit kan worden afgeleid dat de inhoudstoetsing is *gelegitimeerd* door de snelle gebondenheid en dat omstandigheden die aan de keuze voor snelle gebondenheid ten grondslag liggen, derhalve niet deel uit kunnen maken van de inhoudstoetsing, komt logisch voor. Deze stelling gaat uit van de premisse dat de inhoudstoetsing is *gelegitimeerd* door snelle gebondenheid. Die premisse lijkt niet juist omdat de inhoudstoetsing onder het oude recht ook al bestond. Het standpunt van Mölenberg dat meebrengt dat de *Holleman/De Klerk*-regel zijn belang heeft verloren omdat deze regel niet méér heeft te bieden dan toetsing aan artikel 6:233 onder a BW, is teveel toegespitst op de gevallen waarbij artikel 6:233 onder a BW van toepassing is, terwijl artikel 6:232 BW ook toepasselijk is bij algemene voorwaarden tussen partijen die zich niet op artikel 6:233 onder a BW kunnen beroepen.

¹²⁵ Vgl. Wessels/Jongeneel, p. 84, Mölenberg (diss. Maastricht 1995), p. 451, Hijma, a.w., p. 26.

155. In de onderzochte recente rechtspraak¹²⁶ waren er maar twee uitspraken waarbij de wijze waarop het beding was geaccepteerd, werd meegewogen bij de inhoudstoetsing. Dit betrof een vonnis van de sector Kanton van de Rechtbank Utrecht.¹²⁷ De rechter oordeelde in het geval van een verlenging van een gratis proefabonnement (op een erotische internetsite):

‘Bij een aanbod voor een gratis proefabonnement hoeft een geïnteresseerde in het algemeen niet bedacht te zijn op een automatische verlenging van dit abonnement met een bijbehorende betalingsverplichting, tenzij hij of zij tijdig schriftelijk aangeeft niet met die verlenging (en de betalingsverplichting) in te stemmen. Van Lis had in redelijkheid verwacht mogen worden dat de inhoud van dit beding reeds bij het aanbod tot het aangaan van de overeenkomst op heldere wijze aan [gedaagde] zou worden duidelijk gemaakt.’

Hieruit valt af te leiden dat de rechtbank het verrassende karakter van het beding zwaar heeft laten meewegen in zijn oordeel dat het beding onredelijk bezwarend is.

Hof Amsterdam oordeelde in een geval waar een huurauto all-risk was verzekerd en de verhuurder de huurder voor schade aansprakelijk hield als volgt:

‘Toen El Maryaoui de huurovereenkomst sloot en daarbij overeenkwam dat het eigen risico f 400 bedroeg voor casco en/of WA schade per gebeurtenis, mocht hij erop vertrouwen dat de auto all-risk was verzekerd en/of dat hij – met uitzondering van de gevallen die in de huurovereenkomst zelf onder “belangrijk” staan vermeld – niet jegens de verhuurder aansprakelijk zou zijn in geval van schade aan de auto die in het algemeen door een all-risk verzekering pleegt te worden gedekt. Hij heeft er geen rekening mee behoeven te houden dat in de algemene voorwaarden bedingen voorkwamen die tot verdergaande aansprakelijkheid zouden leiden.’¹²⁸

156. Toch wordt het verrassende karakter van een beding slechts zelden door procespartijen in stelling gebracht in procedures inzake de legitimiteit van algemene voorwaarden. Dit bevreemdt niet omdat uit de rechtspraak noch uit de rechtsliteratuur duidelijk valt af te leiden wat, waaraan en waarom er in het licht van de diverse wettelijke regelingen wordt getoetst en of daarbij – meer in het bijzonder – nog zelfstandige betekenis kan toekomen aan aspecten die eigenlijk betrekking hebben op de acceptatie van het beding.

126 Zie voor bespreking van enkele uitspraken R.H.C. Jongeneel, in: *Algemene voorwaarden* (Wessels/Jongeneel/Hendrikse (red.)), Kluwer 2006, p. 125.

127 Sector Kanton Rechtbank Utrecht 30 november 2005, LJN AU7198. Zie eveneens inzake een proefabonnement op een (porno)website, Rechtbank 's-Hertogenbosch 10 november 2005, Prg. 2006, 9.

128 Hof Amsterdam 26 januari 2006, NJF 2006, 269.

3.8.3 Artikel 4 richtlijn

157. Voor algemene voorwaarden in consumententransacties bepaalt artikel 4 van de richtlijn oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten dat voor de beoordeling van het oneerlijke karakter van een beding in een overeenkomst *alle omstandigheden rond de sluiting* van de overeenkomst in aanmerking moeten worden genomen, alsmede alle andere bedingen van de overeenkomst of van een andere overeenkomst waarvan deze afhankelijk is (op het moment waarop de overeenkomst is gesloten) en dat daarbij tevens rekening moet worden gehouden met de aard van de goederen of diensten waarop de overeenkomst betrekking heeft. Het wegfilteren door de wetgever van één van de omstandigheden rond de sluiting van de overeenkomst als gevolg van het bepaalde in artikel 6:232 BW, is hiermee in strijd. In artikel 6:232 BW wordt de acceptatie van ook voor de wederpartij onbekende bedingen, als uitgangspunt genomen. De strijd met artikel 4 van de richtlijn is slechts dan niet aanwezig indien de inhoudstoetsing van artikel 6:233 onder a BW de snelle gebondenheid voldoende compenseert. Dit is gezien de aard van de toetsing niet het geval.¹²⁹

3.8.4 Methodiek van de toetsing

158. In het geval een wederpartij in een procedure zou stellen dat zij – wegens het verrassende karakter van een beding – niet geacht kan worden dat beding te hebben aanvaard, dient de rechter over die stelling een oordeel te geven. In dat geval zal het betreffende beding worden afgezonderd van de overige algemene voorwaarden. Het geschil richt zich precies op de vraag waarover het geschil dient te gaan, te weten: maakt het beding deel uit van de overeenkomst.

159. Wanneer een rechter een verrassend beding op inhoud beoordeelt komt het aan op de wijze waarop deze inhoudstoetsing plaatsvindt. Nu de binding aan de clause krachtens de wet een gegeven is, kan de inhoud van de procedure onmogelijk hetzelfde zijn als de procedure waarbij de gelding van de betreffende clause centraal staat. Het resultaat van de procedure kan wel hetzelfde zijn, maar de weg er naar toe verschilt.

160. Uit het bovenstaande volgt dat slechts de toetsmethodiek waarbij direct aan de regels van dwingend consumentenrecht (artikel 7:6 BW), bedingen van de zwarte lijst (artikel 6:236 BW) of aan de goede zeden van artikel 3:40 BW wordt getoetst, concreet resultaat oplevert voor zover het de toetsing van een contractueel beding betreft. Wanneer de toets plaatsvindt in verband met het onredelijke bezwarende karakter van een algemene voorwaarde (artikel 6:233 onder a BW) of in het kader van artikel 6:248 lid 2 BW, dan wordt *aan een complex van factoren* getoetst. Niet het beding maar het beding in samenhang

¹²⁹ Zie ook nummers 78 e.v.

met zijn omgeving, wordt getoetst. Voor artikel 6:233 onder a BW is dit een direct gevolg van het gegeven dat dit artikel geen instructie bevat met betrekking tot *hoe en waaraan* moet worden getoetst. Het artikel betreft immers een neerslag van de omstandighedencatalogus van de – onder het oude recht ontwikkelde – Saladin/HBU-normering. Artikel 6:248 lid 2 BW is in zijn aard een omstandighedentoets. Recente rechtspraak – mede op het gebied van exonerationen – laat zien dat de Holleman/De Klerk-regel onder het huidige recht niet (meer) door procespartijen in stelling wordt gebracht.

161. Het risico bestaat dat de onredelijk bezwarendheid van het beding met de verrassende inhoud, in het geval van een toetsing aan artikel 6:233 onder a BW, kan worden weggecompenseerd vanwege het open karakter van de open norm-toets. Hierbij valt te denken aan een casus waarbij de overige inhoud van een overeenkomst voor de wederpartij gunstig is. Dit kan meebrengen dat het beding in de totale context van de overeenkomst, alsnog als niet onredelijk bezwarend wordt beschouwd bij een toets overeenkomstig artikel 6:233 onder a BW. Bij het beantwoorden van de vraag of de wederpartij geacht kan worden het beding te hebben geaccepteerd, zal de overige inhoud van de overeenkomst niet dezelfde rol kunnen spelen. Bij de eerste toets – van artikel 6:233 onder a BW – gaat het namelijk om de vraag of het beding onredelijk bezwarend is *voor de wederpartij*. Bij de tweede toets zou het – bij afwezigheid van artikel 6:232 BW – moeten gaan om de vraag of *de gebruiker er gerechtvaardigd op mocht vertrouwen* dat de wederpartij de gelding van de verrassende clausule heeft aanvaard. Dat is niet hetzelfde.

162. De vraag die dan ter beantwoording overblijft is of een en ander wordt opgeheven door de regeling van artikel 6:233 onder b BW. Wanneer er *informed consent* is doordat de mogelijkheid voor de wederpartij bestaat om van de inhoud van de algemene voorwaarden kennis te nemen, heft dat het hierboven aangegeven nadeel van de wederpartij dan op? Mijns inziens niet in alle gevallen. Bij *consumentenovereenkomsten* bijvoorbeeld niet omdat artikel 6:232 BW uitgaat van een wettelijke fictie. Bezien in de context van artikel 4 van de richtlijn – dat aangeeft dat *alle* rond de sluiting van de overeenkomst relevante factoren moeten worden meegewogen – is de *informed consent* inderdaad een fictie.

De gebruiker die zijn algemene voorwaarden op zodanige wijze presenteert dat hij ervan uit kan gaan dat de wederpartij daarvan géén kennis neemt, kan – om de hierboven aangegeven redenen – beter af zijn met de regeling van artikel 6:233 onder a BW dan met de regeling onder het oude recht. Ook hier geldt dat er aan *andere* factoren en aan *andere* omstandigheden wordt getoetst.

3.9 Conclusies hoofdstuk 3

163. In dit hoofdstuk heb ik onderzocht of de snelle gebondenheid aan algemene voorwaarden van artikel 6:232 BW wordt gecompenseerd door de mogelijkheid van een uitgebreidere bescherming via inhoudstoetsing van algemene voorwaarden. Het antwoord op die vraag is ontkennend.

Ik kom tot de volgende conclusies:

1. Abstracte inhoudstoetsing van algemene voorwaarden is slechts mogelijk aan artikel 3:40 BW, aan regels van dwingend recht en aan de normeringen opgenomen in artikel 6:236 BW, dit laatste artikel voor zover de algemene voorwaarden zijn opgenomen in met consumenten gesloten overeenkomsten. Bij consumentenovereenkomsten dient tevens rekening te worden gehouden met de rechtspraak van het Hof van Justitie op het gebied van de toepassing van de richtlijn oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten.
2. Uit de rechtspraak en rechtsliteratuur is geen algemene lijn te destilleren ten aanzien van de wijze waarop algemene voorwaarden concreet worden getoetst bij een toetsing aan artikel 6:233 onder a BW. De wijze waarop toetsing plaatsvindt, is afhankelijk van de precieze omstandigheden. Daardoor wordt het eventuele verschil tussen een materiële toetsing van algemene voorwaarden aan artikel 6:233 onder a BW of aan artikel 6:248 lid 2 BW niet inzichtelijk.
3. Bij exoneratieclausules is – voorzichtig – een aantal regels uit de Hoge Raad-arresten af te leiden. Wat in algemene zin hierbij opvalt is dat rechtspraak waarbij het verrassende karakter van de desbetreffende algemene voorwaarden (mede) inzet is van de toetsing in het kader van artikel 6:233 onder a BW of artikel 6:248 lid 2 BW, schaars is.
4. Uit rechtspraak van het Hof van Justitie in het kader van de richtlijn oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten valt af te leiden dat de norm voor een oneerlijk beding in de betekenis van de richtlijn in de artikelen 3 en 4 wordt geformuleerd maar dat de toepassing van de norm – klaarblijkelijk niet richtlijn autonoom – volgens het toepasselijke nationale recht wordt ingekleurd. Dit betreft echter niet bedingen die uitsluitend tot voordeel van de verkoper strekken en geen tegenprestatie voor de consument inhouden. Bij deze bedingen wordt aangenomen dat zij ongeacht de aard van de overeenkomst afbreuk doen aan de doeltreffendheid van de rechterlijke bescherming van door de richtlijn aan de consument toegekende rechten. Die bedingen worden al binnen het normenkader van de richtlijn zelf – rechtstreeks – als oneerlijk bestempeld.
5. In de rechtsliteratuur wordt het standpunt ingenomen dat er – al dan niet in het licht van het Hoge Raad arrest van 14 juni 2002¹³⁰ – geen

130 HR 14 juni 2002, NJ 2003, 112 (m.nt. JH).

materieel verschil bestaat tussen de toetsnormen van artikel 6:233 onder a BW en die van artikel 6:248 lid 2 BW. Er zijn vonnissen en arresten waaruit afgeleid kan worden dat artikel 6:233 onder a BW wordt gehanteerd in het kader van een zogenaamde abstracte toetsing en artikel 6:248 lid 2 BW voor een uitoefeningstoets, maar nergens wordt geconcretiseerd waarin het verschil tussen beide bepalingen ligt. Ik ben van mening dat er geen verschil tussen beide wijzen van toetsing bestaat en vind de tweefasenbenadering gekunsteld in het licht van de mogelijkheden die artikel 6:248 lid 2 BW biedt. Als al een verschil tussen beide toetsingsmethodieken zou bestaan, zou dat zijn oorsprong dienen te vinden in de ratio van beide wettelijke regelingen die verschilt. Echter, op het bestaan van het verschil in ratio is niet eerder gewezen, noch ben ik toepassing van een verschil in toetsing om die reden in de rechtspraak tegengekomen. Uit een arrest van de Hoge Raad van 17 februari 2006,¹³¹ kan worden afgeleid dat artikel 6:248 lid 2 BW proportioneel kan worden toegepast bij toetsing van algemene voorwaarden. Toetsing van algemene voorwaarden via artikel 6:233 onder a BW kan niet proportioneel plaatsvinden. Door een proportionele benadering zou de clause haar onredelijk bezwarendheid verliezen, waarmee de vernietiging op grond van het onredelijk bezwarende karakter haar legitimiteit verliest.

6. De Holleman/De Klerk-regel wordt, zo blijkt uit de rechtspraak, niet meer door procespartijen verdedigd in die gevallen waarin afdeling 6.5.3 BW van toepassing is teneinde de toepasselijkheid van een beding uit algemene voorwaarden te betwisten.
7. Artikel 6:232 BW staat op gespannen voet met artikel 4 van de richtlijn oneerlijke bedingen in consumententransacties.
8. Inhoudelijk is de wijze van toetsen overeenkomstig de Holleman/De Klerk-regel niet gelijk te stellen met een toetsing overeenkomstig artikel 6:233 onder a BW. De snelle gebondenheid van artikel 6:232 BW wordt niet gecompenseerd door het bepaalde in artikel 6:233 onder a BW. Het eventuele nadeel van de snelle gebondenheid wordt evenmin opgeheven door de regel van artikel 6:233 onder b BW. Uitgangspunt blijft immers dat het toetsing aan verschillende maatstaven betreft. In het ene geval (toetsing via artikel 6:233 onder a BW) staat toetsing van de algemene voorwaarde centraal, in het andere geval (Holleman/De Klerk) staat toetsing van de acceptatie van de clause centraal. Ik bestrijd de mening dat dit dezelfde toetsing zou betreffen.

131 HR 17 februari 2006, C04/322HR, NJ 2006, 378.