



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Beter consumentenrecht: naar een scherpere consumentvriendelijke onredelijk bezwarend-norm

Pavillon, C.M.D.S.

Citation

Pavillon, C. M. D. S. (2011). Beter consumentenrecht: naar een scherpere consumentvriendelijke onredelijk bezwarend-norm. *Nederlands Tijdschrift Voor Burgerlijk Recht*, (8), 439-442. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/33519>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License:

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/33519>

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

Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht, Beter consumentenrecht: naar een scherpere consumentvriendelijke onredelijk bezwarend-norm

[Klik hier om het document te openen in een browser venster](#)

Vindplaats:	NTBR 2011/63	Bijgewerkt tot:	20-10-2011
Auteur:	C.M.D.S. Pavillon ^[3]		

Beter consumentenrecht: naar een scherpere consumentvriendelijke onredelijk bezwarend-norm^[2]

Samenvatting

Het consumentenrecht zou de consument van eenzelfde — hoog — niveau van bescherming moeten verzekeren. De open norm uit art. 6:233 aanhef en onder a BW maakt onderdeel uit van het consumentenrecht maar voldoet niet aan dit vereiste. Bij de toetsing van dezelfde type bedingen aan de onredelijk bezwarend-norm worden in vergelijkbare omstandigheden uiteenlopende uitkomsten bereikt. Deze bijdrage bepleit een (nadere) stroomlijning van de inhoudstoetsing waarbij de bescherming van de consument *vooropstaat*. Ook geeft zij antwoord op de mogelijke bezwaren tegen een geobjectiveerde onredelijk bezwarend-norm.^[1]

1. Inleiding

1. Het consumentenrecht bevat gesloten normen zoals herroepingstermijnen, zwarte lijsten en nauw afgebakende informatieplichten. Die regels geven de rechter enig houvast. Hoe anders is dat bij de verschillende open normen die het (Europees) consumentenrecht rijk is: de onredelijk bezwarendheid van algemene voorwaarden (art. 6:233 aanhef en onder a BW), de conformiteit bij koop (art. 7:17 BW) en de oneerlijkheid van handelspraktijken (art. 6:193b BW). Het voordeel van open normen is dat zij maatwerk toestaan en 'nieuwe situaties' het hoofd kunnen bieden. Hun onbepaaldheid leidt echter tot toepassingsverschillen die de rechtszekerheid en rechtsgelijkheid kunnen aantasten. Ook legt de openheid van de normen een zware stelplicht en bewijslast op de consument. De vraag rijst of binnen het consumentenrecht de voordelen van *open* normen opwegen tegen deze nadelen. Naar mijn idee is dit niet zonder meer het geval. Ik zal dit verduidelijken aan de hand van een bespreking van de onredelijk bezwarend-norm.

2. Voor- en nadelen van de openheid: de balans

2. De openheid van de onredelijk bezwarend-norm uit art. 6:233 aanhef en onder a BW schept onzekerheid. Dit blijkt uit de uiteenlopende toetsingsuitkomsten bij de beoordeling van dezelfde soort bedingen in vergelijkbare omstandigheden. Ten eerste is er verschil in de manier waarop de civiele rechter de hem beschikbare feiten en omstandigheden waardeert en tegen elkaar afweegt.^[4] Ten tweede worden aan de stelplicht van de consument in vergelijkbare zaken meer of minder strikte eisen gesteld.^[5] Op de toetsing van arbitragebedingen valt bijvoorbeeld geen peil te trekken. Het is maar net hoe hoog de rechter de lat legt voor wat betreft de door de consument te stellen feiten en welke omstandigheid hij het zwaarst laat meewegen: de belemmerde toegang tot de rechter, de hoge kosten van arbitrage of de redenen waarom de Nederlandse wetgever het bewuste beding niet op de zwarte lijst heeft geplaatst.^[6] De consument is bij bepaalde veel gehanteerde bedingen (wijzigings-, boete- of arbitragebedingen), die niet op de Nederlandse lijsten staan, niet verzekerd van een bepaald beschermingsniveau. Het probleem van de onvoorspelbaarheid van de uitkomst speelt ook een rol bij de toetsing aan de grijze lijst (annuleringsbeding). Gelijksoortige bedingen worden in vergelijkbare situaties soms verschillend beoordeeld: bij de beantwoording van de vraag of het vermoeden is weerlegd, worden verschillende afwegingen gemaakt. De rechtspraak is bijvoorbeeld verdeeld over de vraag wanneer een annuleringsvergoeding redelijk is of niet.

In grote lijnen zou kunnen worden gezegd dat een beding ten hoogste van 30 tot 35% veelal onredelijk is en een bedrag van 10 tot 15% de toets vaak doorstaat.^[7] Hierop zijn echter genoeg uitzonderingen te vinden.^[8]

3. Wegen de voordelen van de openheid van de norm op tegen bovenstaande nadelen? Dat open normen nieuwe typen bedingen kunnen aanpakken, is van groot belang in een markt die snel verandert en veel nieuwe diensten en producten ziet ontstaan. Alleen al daarom kan niet worden volstaan met de lijsten en is er behoefte aan een open norm. Toch trekt de consument door de openheid van de onredelijk bezwarend-norm, gelet op de beschermingsdoelstelling van de Richtlijn oneerlijke bedingen, te vaak aan het kortste eind. Van de consument wordt voorts verwacht dat hij zijn beroep op art. 6:233 aanhef en onder a BW voldoende motiveert. Die verwachtingen zijn doorgaans hooggespannen. Dat een consument stelt dat een beding voor hem nadelig is, is meestal niet toereikend. Zonder aanvullende feiten acht de rechter zich niet in staat de *omstandighedentoets* uit te oefenen en wijst hij het beroep af. Ook het feit dat deze toets geen bewijsvermoeden behelst, speelt de consument parten. Een beroep op de lijsten leidt, dankzij het bewijsvoordeel voor de consument, vaker tot de vernietiging van het beding dan de toetsing aan de open norm.^[9]

3. Bestaande oplossingen

4. De noodzaak van een consistente aanpak van exonerationclausules staat al langer in de belangstelling.^[10] Een gestroomlijnde toepassing van de onredelijk bezwarend-norm bij andere typen bedingen kan de laatste jaren ook op de nodige aandacht rekenen. Recent is in de literatuur gepleit voor een eenduidige beoordeling van arbitragebedingen.^[11] Die aandacht blijkt ook duidelijk uit recent getroffen maatregelen. Een eerste voorbeeld is de aanvulling van de lijsten door de initiatiefwet Van Dam.^[12] De veelvoorkomende stilzwijgende verlenging van duurovereenkomsten is daarmee aan banden gelegd. De betere bescherming van de consument vraagt om een vaste aanpak van opzegtermijnen. Een tweede voorbeeld is het rapport 'Ambtshalve toetsing van *Europees consumentenrecht*' van een werkgroep van het Landelijk Overleg Sectorvoorzitters Kantonssectoren (LOK) en het Landelijk Overleg Voorzitters Civiele Sectoren (LOVC).^[13] De LOVCK-werkgroep heeft getracht tot een gestroomlijnde (ambtshalve) aanpak van de veelgebruikte, niet in de lijsten opgenomen, boetebedingen te komen. Onredelijk bezwarend zijn, in creditcardzaken, boetebedingen die tot een boete van meer dan € 1.000 kunnen leiden en in telefoonzaken, bedingen die leiden tot onmiddellijke opeisbaarheid van de resterende abonnementstermijnen zonder dat de abonnee nog kan bellen. Het betreft een vorm van zachte sturing (geen recht in de zin van art. 79 RO) waarop de nodige kritiek is geuit.^[14] Dat de rechter soms op zoek is naar houvast bij niet op de Nederlandse lijsten prijkende bedingen, blijkt tot slot uit zijn actieve gebruik van de indicatieve Europese lijst, veelal in het voordeel van de consument.

4. Een scherpere onredelijk bezwarend-norm die de consument beter beschermt

5. Ik juich de geschetste ontwikkelingen toe. Het LOVCK-rapport is een voorbeeld van een nadere structurering van de toets die voor een grotere mate van rechtszekerheid en rechtsgelijkheid kan zorgen en de rechter houvast kan bieden. Het pleidooi voor vaste geobjectiveerde gezichtspunten bij de toetsing aan de onredelijk bezwarend-norm is niet nieuw maar blijft actueel.^[15] Het sluit naadloos aan bij de Europeesrechtelijke verplichting van de rechter om de open norm uit art. 6:233 aanhef en onder a BW ambtshalve toe te passen. Het open en feitelijke karakter van de onredelijk bezwarend-toets bemoeilijkt de naleving van deze verplichting. Het hanteren van vaste geobjectiveerde gezichtspunten bij de ambtshalve toetsing verdient daarom de voorkeur. De nadere objectivering van de onredelijk bezwarend-norm past ook bij de huidige door het Europees recht ingegeven tendens waarin het consumentenrecht '*publiciseert*'. De toezichthouders en, in het verlengde hiervan, de bestuursrechter abstraheren bij de toepassing van open normen van de omstandigheden rond de individuele consument (vgl. afd. 6.3.3A BW met betrekking tot de oneerlijke handelspraktijken).^[16] Per saldo zal de consument er door die objectivering, naar analogie met de toetsing aan de lijsten van art. 6:236 en art. 6:237 BW, vaker op vooruit dan op achteruit gaan.
6. Ten eerste zou de feitenrechter in individuele zaken bij de toetsing van soortgelijke bedingen in vergelijkbare overeenkomsten aan de open norm zoveel mogelijk gebruik kunnen maken van vastomlijnde en objectieve

gezichtspunten.^[17] Ook in het kader van de toetsing aan de grijze lijst zou hij zich bij de beantwoording van de vraag of het vermoeden is weerlegd, van duidelijke richtlijnen kunnen bedienen. Van belang is, dat de hiërarchie tussen deze gezichtspunten helder is en dat de afweging tussen de gezichtspunten van een zekere structuur wordt voorzien. Duidelijk zou moeten zijn wat de gevolgen zijn van het gegeven dat aan een bepaald gezichtspunt wel of niet is voldaan. Naar ik meen zou het feit dat een beding *niet* voorkomt op de lijsten niet beslissend mogen zijn.^[18] Gestelde en gebleken omstandigheden van het geval zouden voorts slechts van betekenis zijn voor de uitkomst van de toets wanneer zij de in acht te nemen gezichtspunten nader concretiseren. Zijn zij niet relevant voor de onredelijk bezwarend-toets, dan kunnen zij nog wel een rol spelen bij de uitoefeningstoets (nr. 8).

De consistente toepassing van de onredelijk bezwarend-norm zou al toenemen door de striktere inachtneming van het peilmoment (het tijdstip van de contractssluiting)^[19] en door minder gewicht toe te kennen aan omstandigheden rond de sluiting van de overeenkomst en persoonlijke omstandigheden rond de individuele partijen (zoals hun gedrag of de maatschappelijke positie, draagkracht en kennis van de consument).^[20] Ook de consumentenbescherming is hierbij gebaat. Subjectieve aspecten rechtvaardigen sneller een *in abstracto* nadelig beding dan dat zij een *in abstracto* evenwichtig beding alsnog de das omdoen.^[21] Ook zorgt het belang dat wordt gehecht aan subjectieve omstandigheden tot een zware stelplicht voor de consument.^[22]

7. Dit leidt mij tot een tweede, door voorbeelden uit de ambtshalve toetsingspraktijk geïnspireerd ‘verbeterpunt’. In die praktijk lukt het de rechter om een beding op grond van de open norm uit te schakelen zonder dat de consument hiertoe feiten heeft aangedragen.^[23] De rechter zou ongeacht of de norm wel of niet is ingeroepen, omwille van de consumentenbescherming, met de stelplicht van de consument kunnen ‘spelen’ door hier lagere eisen aan te verbinden. Dit vergt dat de rechter zich zo nodig inspant om invulling te geven aan de objectieve gezichtspunten bij de toetsing van een beding aan de open norm. Hoewel de rechter voor de invulling van die gezichtspunten afhankelijk is van de feitelijke grondslag, kan hij overwegen om — op grond van art. 22, 88 of 89 Rv — nader onderzoek in te stellen wanneer hij over onvoldoende feiten beschikt om een beding als onredelijk bezwarend aan te merken. Als de rechter meent dat omtrent de onredelijkheid van een beding voldoende is gesteld of gebleken, zou hij daar voorts een bewijsvermoeden aan kunnen koppelen. Zo zou sprake kunnen zijn van een vermoeden van onredelijk bezwarendheid wanneer aan een aantal objectief in te vullen criteria en ideaaltypische gezichtspunten is voldaan, die per type beding, maar ook in het algemeen (afwijking van het aanvullend recht of de schending van het transparantiebeginsel) zijn ontwikkeld.^[24] Deze koppeling vindt al plaats in het kader van de ambtshalve toepassing van de open norm^[25] en zou net zo goed kunnen geschieden wanneer wel een beroep op de open norm wordt gedaan.
8. De consumentenrechtelijke norm zou minder ruimte voor maatwerk moeten bieden, maar wel een grotere mate van zekerheid ten aanzien van het te verwachten beschermingsniveau. Op deze manier onderscheidt de inhoudstoets zich duidelijker van de uitoefeningstoets. Thans is dit verschil slecht zichtbaar. De beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid zou als vangnettoets kunnen fungeren in geval van een, gelet op de bijzondere omstandigheden van het geval, onaanvaardbare uitkomst van de toetsing aan de onredelijk bezwarend-norm. Deze vangnetrol vervult art. 6:248 lid 2 BW nu al wanneer de consument gezien de door hem gestelde omstandigheden *na* de contractssluiting ‘ten onrechte’ niet wordt beschermd door de inhoudstoets.^[26] Andersom zou ook de gebruiker omstandigheden kunnen stellen op grond waarvan art. 6:233 aanhef en onder a BW naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid buiten toepassing moet worden gelaten.^[27] Doet hij dat niet, dan wordt het beding vernietigd.

5. Wenselijkheid en haalbaarheid

9. Er is kritiek mogelijk op een vergaande objectivering van de onredelijk bezwarend-norm. Het meest voor de hand liggende kritiekpunt betreft de blijvende behoefte aan een flexibele concrete toets in nieuwe situaties. Om een zekere mate van flexibiliteit te behouden, dient de objectivering slechts tot op zekere hoogte plaats te vinden. De vaste gezichtspunten dienen zoveel mogelijk bij de werkelijkheid aan te sluiten.^[28] Daarnaast

moet er ruimte bestaan om nieuwe gezichtspunten te formuleren. Drion stelde een aantal jaren geleden voor dat de Hoge Raad, ten behoeve van een meer duidelijke en consistente omgang met omstandighedencatalogi, het doorslaggevend karakter van een bepaald gezichtspunt in een zaak aangeeft. Hij pleitte ervoor dat de hoogste rechter meer consequent vasthoudt aan de elementen in de betreffende catalogus en deze nader uitwerkt wanneer de zaak zich hiervoor leent.^[29] De benadering van Drion is op de concrete omstandigheden toegesneden. Eerder heeft ook Barendrecht een methodiek bedacht die de flexibiliteit van open normen waarborgt.^[30]

10. De Hoge Raad heeft het laatste woord over de selectie van relevante omstandigheden, het oordeel over hun houdbaarheid en de noodzaak van uitzonderingen. Een tweede kritiekpunt zou daarom kunnen zijn, dat hem te weinig zaken bereiken waarin hij een uitspraak kan doen om ideaaltypische gezichtspunten te ontwikkelen. De cassatierechter krijgt nauwelijks de mogelijkheid om zich over de onredelijk bezwarend-norm uit te spreken. Het rechterlijk oordeel in lagere instantie is door zijn verwevenheid met de feiten doorgaans slechts beperkt toetsbaar in cassatie.^[31] Afstemming tussen lagere rechters en '*horizontal cross-referencing*' tussen de rechters^[32] kunnen dit gemis compenseren (vgl. het LOVCK-rapport). Bewerkstelligd moet worden dat lagere rechters een begin maken met de selectie van relevante omstandigheden. Precedentwerking kan in dit opzicht een belangrijke rol spelen, al heeft het aanhaken bij precedentes weinig nut in situaties waarin een eerder geformuleerde regel niet voorhanden is. In dit opzicht zou een toename van de toegankelijkheid (meer publiceren) en inzichtelijkheid (summiere of ontbrekende motiveringen) van de lagere rechtspraak de onderlinge afstemming vergemakkelijken. Een nationale (of Europese) databank biedt mogelijk uitkomst, mits deze zorgvuldig wordt opgezet en regelmatig wordt bijgehouden. Om de formulering van vaste gezichtspunten te faciliteren zou de rechter zorgvuldig moeten motiveren wat de meegewogen omstandigheden en belangen zijn en welke hiervan, om welke objectieve reden(en), de doorslag geven. Een laatste manier om een grotere mate van objectivering te realiseren is om de collectieve en preventieve^[33] toetsing een grotere en vooral zichtbaardere rol te laten spelen en een zekere mate van reflex- en precedentwerking op de individuele toetsing te geven.^[34]
11. Een derde kritiekpunt betreft de onmogelijkheid om op grond van de huidige wet tot een vergaande objectivering van de norm te komen. Een van de kritiekpunten op het LOVCK-rapport luidt dat, omdat bij de toetsing aan de open norm uit art. 6:233 aanhef en onder a BW acht moet worden geslagen op *alle* omstandigheden van het geval,^[35] de Hoge Raad weleens korte metten zou kunnen maken met de aanbevelingen.^[36] De rechter mag niet zomaar voorbij gaan aan gestelde feiten die niet aan de vaste gezichtspunten kunnen worden gelieerd. De rechter hoeft echter niet alle omstandigheden evenveel gewicht toe te kennen, zolang hij zijn beslissing voldoende motiveert. Zouden de niet onder de gezichtspunten te scharen feiten volgens de rechter in een bijzonder geval de doorslag moeten geven, dan kan hij art. 6:248 lid 2 BW ambtshalve toepassen aan de hand van die feiten. Een verder kritiekpunt zou in dit opzicht kunnen zijn dat de voorgestelde oplossing om de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid als concrete omstandighedentoets te hanteren, het probleem van de inconsistente toetsingspraktijk niet oplost, maar verplaatst. Naar ik meen worden de rechtsonzekerheid en rechtsongelijkheid wel degelijk teruggedbracht door een 'preliminaire' geobjectiveerde toets. Een voorwaarde is wel dat art. 6:248 lid 2 BW met enige terughoudendheid wordt toegepast.

6. Conclusie: Europese dimensie

12. Een meer consistente aanpak van bedingen die niet op de nationale lijsten staan en de eenduidige beantwoording van de vraag of het vermoeden van onredelijk bezwarendheid is weerlegd, kunnen tot slot bijdragen aan de europeanisering. De ontwikkeling van ideaaltypische gezichtspunten vergemakkelijkt immers de rechtsvergelijking en de vaststelling van *best practices* op Europees niveau. Ook faciliteert zij de door het HvJ EU opgelegde ambtshalve toepassing van de norm (LOVCK-rapport). Toepassingsverschillen die de harmonisatie in gevaar brengen zullen vooral ontstaan bij de toepassing van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. Anders dan art. 6:233 aanhef en onder a BW, dient deze norm echter niet ter omzetting van de richtlijn. Behalve de rechtszekerheid en rechtsgelijkheid wordt dus ook de harmonisatiedoelstelling van de Richtlijn oneerlijke bedingen gediend door een meer abstracte invulling van de toets uit art. 6:233 aanhef en onder a BW.

Voetnoten

Voetnoten

- [1] Deze bijdrage betreffende beter burgerlijk recht is ter viering van het vijftiende jarig jubileum van de Vereniging voor Burgerlijk recht geschreven op uitnodiging van de redactiecommissie beter burgerlijk recht bestaande uit Anne Keirse, Siewert Lindenbergh, Marco Loos en Albert Verheij. Zie voor meer informatie *NTBR* 2011/4, p. 24, alsook www.verenigingvoorburgerlijkrecht.nl.
- [2] Deze bijdrage bouwt voort op het proefschrift *Open normen in het Europees consumentenrecht. De oneerlijkheidsnorm in vergelijkend perspectief* van dezelfde auteur, dat deze maand in de Kluwer Serie Recht en Praktijk verschijnt (hierna Pavillon 2011).
- [3] Charlotte Pavillon was ten tijde van het schrijven van dit artikel universitair docent privaatrecht aan de Rijksuniversiteit Groningen en is thans als postdoc researcher verbonden aan het Groningen Centre for Law and Governance.
- [4] Hof Leeuwarden 12 mei 2004, *NJF* 2004/518v. Hof Leeuwarden 21 maart 2007, *LJN* BA1381. In beide gevallen ging het om een antispeculatiebeding inhoudende een aanbiedingsplicht van de koper aan de verkoper en een prijsbepaling. Verschil is dat de gebruiker in de laatste zaak een overheidsorgaan is.
- [5] Vgl. Ktr. Hoorn 8 mei 2006, *LJN* AZ1607 v. Ktr. Tiel 15 juni 2005, *Prg.* 2005/143, r.o. 4.4 (twee zgn. LIS-zaken, waarin een proefabonnement op een erotische website zonder aankondiging in een vast abonnement werd omgezet).
- [6] Vgl. Rb. Amsterdam 17 december 2008, *LJN* BH1368 en Rb. Leeuwarden 15 juli 2009, *LJN* BJ2957 v. Hof 's-Hertogenbosch 17 maart 2009, *LJN* BH6958 en Rb. 's-Hertogenbosch 18 november 2009, *LJN* BK3971.
- [7] M.B.M. Loos, *Algemene voorwaarden*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001, nr. 171.
- [8] Zie Hof 's-Gravenhage 21 december 2000, *NJ* 2001/341; Hof 's-Hertogenbosch 16 juli 2002, *NJ* 2003/445 en 5 augustus 2003, *LJN* AJ3552; *NJF* 2003/39.
- [9] Vgl. T.H.M. van Wechem, *Toepasselijkheid van algemene voorwaarden* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2007, nr. 151.
- [10] J.H. Duyvensz, *De redelijkheid van de exonerationclausule* (diss. Tilburg), Den Haag: BJu 2003.
- [11] P. Vermeij, 'Het arbitraal beding in algemene voorwaarden in de bouw bij overeenkomsten met consumenten. Tijd voor een update', *TBR* 2011/77, nr. 7.
- [12] Wet van 26 november 2010, houdende wijziging van Boek 2 en Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek (stilzwijgende verlenging en opzegtermijn bij lidmaatschappen, abonnementen en overige overeenkomsten), *Stb.* 2010/789.
- [13] M.B.M. Loos, commentaar op Rb. Groningen 31 maart 2010, *LJN* BM1402, *TvC* 2010/5, p. 218-220.
- [14] Vgl. M. Koek en M. van de Laarschot, 'Kanttekeningen bij een vermeende uitglijer', *NJB* 2010, 1464, p. 1831-1832 en P.E.M. Messer-Dinnissen en J. Tromp, 'Bestuurders van en Raad voor de rechtspraak: houdt het bij raad aan de rechtspraak', *NJB* 2010/20, p. 1294.
- [15] L.J.H. Mölenberg, *Het collectief actierecht voor consumentenorganisaties op het terrein van de algemene voorwaarden* (diss. Maastricht), Arnhem: Gouda Quint 1995, p. 206-207 en 453-455.
- [16] Zie hierover: M.B.M. Loos en W.H. van Boom, *Handhaving van het consumentenrecht* (preadviezen Vereniging voor Burgerlijk Recht 2009), Deventer: Kluwer 2010, p. 138.
- [17] Gedacht kan worden aan kwantificeerbare gezichtspunten betreffende de kosten of de afstand (vgl. Vermeij 2011, nr. 7 t.a.v. arbitragebedingen en het LOVCK-rapport) maar ook aan de vergelijking met het wettelijk kader of de gewoonte, het bestaan van een (contractuele) compensatie en procedurele omstandigheden als de leesbaarheid en formulering van het beding.
- [18] Bedingen die niet op de lijsten staan worden niet vermoed redelijk te zijn: MvT Inv., Parl. gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1652. *A contrario*-redeneringen komen niettemin regelmatig voor: Ktr. Tiel 15 juni 2005, *Prg.* 2005/143, r.o. 4.4; Rb. Arnhem 4 maart 2009, *LJN* BH5981, r.o. 4.6.
- [19] Vgl. Pavillon 2011, nr. 146.

- [20] Vgl. Duyvensz 2003, p. 55. Deze zienswijze stoelt op de aan de richtlijn voorafgaande Duitse regeling waarin omstandigheden t.t.v. de contractssluiting bij de inhoudstoets buiten beschouwing werden gelaten (par. 310 lid 3, nr. 3 BGB).
- [21] Een uitzondering vormt: Hof 's-Hertogenbosch 26 mei 2009, *LJN* BI7715, r.o. 4.5.7- 4.5.8. Vgl. ook de voordelen die de consument heeft bij de objectieve instapvoorwaarden voor de ambtshalve toets: HvJ 27 juni 2000, nr. C-240/98 t/m 244/98, *Océano, Jur.* 2000, p. I-4941, r.o. 34.
- [22] Hof 's-Hertogenbosch 17 maart 2009, *LJN* BH6958 en Rb. 's-Hertogenbosch 18 november 2009, *LJN* BK3971: niet de potentiële hoge kosten van arbitrage, maar de vraag of de consument die kosten kan dragen zou ertoe doen. I.c. was een financieel nadeel gesteld noch gebleken.
- [23] Pavillon 2011, nr. 162.
- [24] Vgl. Loos 2001, nr. 153. Een afwijking van (de aan) het aanvullend recht (ten grondslag liggende gedachten en belangenafwegingen) levert in Duitsland een vermoeden van onredelijk bezwarendheid op.
- [25] Pavillon 2011, nr. 165. De Europese indicatieve lijst wordt in het kader van de ambtshalve toetsing vaak toegepast als een grijze lijst.
- [26] Hof 's-Hertogenbosch 9 januari 2007, *LJN* AZ5890; Ktr. Rotterdam 28 maart 2008, *LJN* BC8047. Pavillon 2011, nr. 177.
- [27] Vgl. Ktr. Eindhoven 10 november 2005, *Prg.* 2006/9 m.nt. Abas (Lis-zaak) waarin het beding *in abstracto* als onredelijk bezwarend werd aangemerkt en bijzondere omstandigheden ervoor zorgden dat de vernietiging op grond van art. 6:248 lid 2 BW 'opzij werd gezet'.
- [28] Dit om 'phantom control' te vermijden. Zie H.-W. Micklitz, 'Some Reflections on Cassis de Dijon and the Control of Unfair Contract Terms in Consumer Contracts', in: H. Collins (red.), *Standard Contract Terms in Europe. A Basis for and a Challenge to European Contract Law*, Alphen a/d Rijn: Kluwer Law International 2008, p. 35-37.
- [29] C.E. Drion, 'Vooraf', *NJB* 2008/27. De HR zou meer oog voor de praktijk moeten krijgen en niet-realistische gezichtspunten moeten schrappen. In zijn visie zijn ook de feitenrechter, die zijn uitspraken beter dient te motiveren, en de wetgever aan zet.
- [30] J.M. Barendrecht, *Recht als model van rechtvaardigheid. Beschouwingen over vage en scherpe normen, over binding aan het recht en over rechtsvorming* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 1992. Open normen kunnen stapsgewijs scherpere regels worden door de opstelling van een catalogus van relevante omstandigheden, de categorisering en reductie van het aantal relevante omstandigheden, de formulering van voorlopige aannames en de falsificatie hiervan door deze hypothesen toe te passen (denkbeeldig of in de praktijk). Deze exercitie resulteert in de ontwikkeling van scherpe doch aanpasbare regels waarop uitzonderingen bestaan (subregels).
- [31] Dit is in zeker opzicht ook een keuze van de HR. De HR zou bij uitstek gezichtspunten kunnen ontwikkelen en prioriteren, die de feitenrechters in concrete zaken zouden kunnen toepassen.
- [32] S. Weatherill, 'Can there be common interpretation of European private law', *Georgia Journal of International and Comparative Law* 2002, p. 162.
- [33] Vgl. het actieve en zichtbare optreden van de Office of Fair Trading (VK) en van de Commission des clauses abusives (FR).
- [34] Vooralsnog is hiervan geen sprake: Ktr. Amsterdam 29 september 2007, *LJN* BB8670, r.o. 6.
- [35] Ook de Europese rechter schrijft voor dat een beding wordt beoordeeld gelet op de specifieke omstandigheden van het geval: HvJ 9 november 2010, nr. C-137/08, *Jur.* 2010, *NJ* 2011/41 m.nt. Mok (*Pénzügy*). Zolang sprake is van minimum harmonisatie, is vanuit het Europese perspectief een nadere objectivering van de richtlijntoets in het voordeel van de consument zonder meer toegestaan.
- [36] T.H.M. van Wechem en J.H.M. Spanjaard, 'Oneerlijkheid aan banden: Luxemburg spreekt zich uit vóór consumenten', *Contracteren* 2010/2, p. 63. Bij een ambtshalve toetsing zullen meestal echter niet veel omstandigheden zijn gebleken of gesteld waar de rechter bij de toepassing van de aanbevelingen aan voorbij zou kunnen zijn gegaan.