



Universiteit  
Leiden  
The Netherlands

## **De bindende kracht van tweezijdige algemene voorwaarden**

Pavillon, C.M.D.S.

### **Citation**

Pavillon, C. M. D. S. (2015). De bindende kracht van tweezijdige algemene voorwaarden, 30(10), 367-375. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/33467>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License:

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/33467>

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

# Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht, De bindende kracht van tweezijdige algemene voorwaarden

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

Vindplaats:	NTBR 2013/43	Bijgewerkt tot:	31-10-2013
Auteur:	C.M.D.S. Pavillon <sup>[1]</sup>		

## De bindende kracht van tweezijdige algemene voorwaarden

### Samenvatting

Deze bijdrage zoomt in op de door beroeps- en brancheorganisaties in overleg met consumentenorganisaties opgestelde algemene voorwaarden. De auteur zet uiteen hoe de toepassing door rechter en toezichthouder van enerzijds de onredelijk bezwarend-norm en anderzijds de oneerlijkheidsnorm (artikel 6:233 onder a resp. 6:193 BW) consument en ondernemer aan tweezijdige algemene voorwaarden bindt. Ook beantwoordt de auteur de vraag of een verdere versterking van de bindende kracht van tweezijdige algemene voorwaarden aan de hand van deze normen wenselijk en mogelijk is.

#### 1. Van ABV tot ZKN

1. Het zelfregulerend arsenaal ten behoeve van de *business to consumer* (B2C)-verhouding bevat contractuele, gedragsgerichte, geschilbeslechtende en informerende instrumenten.<sup>[2]</sup> Een voorbeeld van een contractueel instrument zijn de door beroeps- en brancheorganisaties in overleg met consumentenorganisaties (veelal de Consumentenbond) opgestelde algemene voorwaarden (AV). Dergelijke voorwaarden krijgen het predicaat tweezijdig. Er zijn binnen de SER-Coördinatiegroep Zelfreguleringsoverleg (SER-CZ) vele tientallen overleggroepen actief waarin tweezijdige AV worden opgesteld. Bekende tweezijdige AV zijn die van het bankwezen (ABV), de reis- (ANVR), auto- (BOVAG) en woonbranche (CBW). Maar ook minder bekende branches zoals die van de gezelschapsdieren (Dibevo), luxeartikelen (Gebra) en zelfstandige klinieken (ZKN) beschikken over tweezijdige AV. Tweezijdige AV worden gemodelleerd naar de wet. Het bilaterale overleg wordt aangewend om vage wettelijke standaarden nader in te vullen en af te stemmen op de branche. Te denken valt aan annuleringsvergoedingen (vgl. artikel 7:503 lid 2 BW) of aanbetalingsbedragen (vgl. artikel 7:26 lid 2 slot BW). Tweezijdige AV worden veel gebruikt. Door het hanteren van de aan geschillencommissies gekoppelde tweezijdige AV kunnen (dure) rechterlijke procedures worden vermeden,<sup>[3]</sup> maar buiten kijf staat dat deelnemende bedrijven ook voordelen zien in termen van imago en marketing.
2. In voorliggend artikel ga ik na of, en zo ja, hoe rechter en toezichthouder bindende kracht verlenen aan tweezijdige AV. Laat ik, ter illustratie, het volgende voorbeeld nemen. Een consument die een onder de ANVR-consumentenvoorwaarden 2013 geboekte pakketreis vier weken voor de geplande vertrekdatum annuleert, is de reisorganisatie 40% van de reissom verschuldigd.<sup>[4]</sup> Hij komt slechts onder deze verplichting uit wanneer het beding wordt vernietigd of buiten toepassing wordt gelaten. De bindende kracht van het annuleringsbeding hangt af van hoe snel en hoe vaak het door deze sancties wordt getroffen. De bindende kracht van tweezijdige AV houdt ook verband met de mogelijkheid om die reisorganisaties aan te pakken die deze consument meer dan 40% van de reissom in rekening brengen. Kan de naleving van de tweezijdige AV worden afgedwongen door rechter en toezichthouder? En kunnen dan alleen die reisorganisaties die lid zijn van de ANVR op de vingers worden getikt of kunnen ook niet-aangesloten reisorganisaties op enigerlei wijze aan de branchevoorwaarden worden gebonden? Deze bedrijven trachten immers vaak een competitief voordeel te behalen ten koste van ondernemers die het op zich nemen om een hoog niveau van consumentenbescherming te garanderen.

#### 2. De wisselwerking tussen tweezijdige voorwaarden en open normen

3. De gestelde vragen raken rechtstreeks aan de wisselwerking tussen tweezijdige bedingen en het consumentenprivaatrecht. In 2007 preadviseerde Giesen de Nederlandse Juristen-Vereniging<sup>[5]</sup> over de verschillende facetten van de interactie tussen het privaatrecht en, breed gedefinieerd, 'alle regelgeving (...)  
*die niet als "gewone" regelgeving is te kwalificeren*'.<sup>[6]</sup> Aan bod kwamen de binding aan alternatieve regulering, haar bijdrage aan de privaatrechtelijke rechtsvorming en de daarmee samenhangende vraag naar haar handhaving. In deze bijdrage maak ik dankbaar gebruik van het raamwerk van Giesen om de wisselwerking tussen AV als 'oertype van zelfregulering' en het consumentenrecht voor het voetlicht te brengen.<sup>[7]</sup> Ik zoom hierbij in op de rijke schakering aan (veelal<sup>[8]</sup>) in SER-verband opgestelde tweezijdige AV. Binnen het privaatrecht richt ik het vizier op de voor AV meest relevante normen: de onredelijk bezwarend-norm van artikel 6:233 onder a BW enerzijds, en de oneerlijkheidsnorm van artikel 6:193b BW anderzijds. Het preadvies besteedt ruim aandacht aan de betekenis van open normen voor het drieluik 'binding, rechtsvorming en handhaving'.<sup>[9]</sup>
4. De focus op deze normen vergt aandacht voor hun Europese achtergrond. De richtlijnen waar deze normen uit voortkomen beogen minimum- resp. maximumharmonisatie.<sup>[10]</sup> Met het oog op deze harmonisatiedoelstelling is een consistente omgang met zelfregulering in het kader van de toetsing aan de normen van essentieel belang. De richtlijnen zelf en de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU) bieden helaas weinig houvast bij het bepalen van het vereiste beschermingsniveau. De vraag rijst ook wat de opkomst van het 'toezichtprivaatrecht' betekent in deze context.<sup>[11]</sup> De onderlinge verhouding tussen privaatrechtelijke open normen en zelfregulering wordt behalve door de civiele rechter, in toenemende mate ook door de Autoriteit Consument en Markt (ACM) en de bestuursrechter te Rotterdam bepaald. De oneerlijkheidsnorm is van meet af aan (voornamelijk<sup>[12]</sup>) bestuursrechtelijk gehandhaafd en door de geplande afschaffing van het duale stelsel is de toetsing aan de onredelijk bezwarend-norm straks niet langer voorbehouden aan de civiele rechter.<sup>[13]</sup> Ten behoeve van een consistente rechtstoepassing zijn afstemmingsmechanismen in het leven geroepen zoals het benoemen van een externe privaatrechtsdeskundige tot plaatsvervangend bestuursrechter.<sup>[14]</sup>
5. De wisselwerking tussen open normen en tweezijdige AV is tweeledig. De voorwaarden kunnen rechtstreeks aan een open norm worden getoetst maar kunnen ook als gezichtspunt of misschien zelfs als maatstaf dienen bij de toetsing van een eenzijdig beding aan die norm. Hierna bespreek ik beide typen interacties. In het eerste geval vervult de open norm de rol van correctiemechanisme, waarbij de zelfregulering *op zich* wordt beoordeeld.<sup>[15]</sup> De toetsing aan de normen bepaalt de binding aan tweezijdige voorwaarden van de indirect bij hun totstandkoming betrokken consument. Hierover handelt paragraaf 3. In het tweede geval kan zelfregulering de normschending (helpen) vaststellen. In paragraaf 4 wordt nagegaan of, en zo ja, hoe tweezijdige voorwaarden de open normen concretiseren. Bijkomende vraag is of deze concretisering ertoe leidt dat 'schuinsmarcheerders' worden aangepakt. In paragraaf 5 wordt nader ingegaan op het hanteren van tweezijdige AV als standaard bij de toetsing aan de normen: is dit wenselijk en zo ja, onder welke voorwaarden is dit toegestaan?<sup>[16]</sup>

### 3. De toetsing van de tweezijdige voorwaarden aan de open normen

#### 3.1 De onredelijk bezwarend-norm

6. Over de meeste sets tweezijdige AV is geen rechtspraak te vinden en wordt, naar ik inschat, vooral bij geschillencommissies geprocedeerd. Toch worden sommige tweezijdige bedingen, met name in individuele procedures<sup>[17]</sup>, regelmatig onderworpen aan de onredelijk bezwarend-toets. Het in verschillende sets voorkomende en op de grijze lijst prijkkende annuleringsbeding (artikel 6:237 onder i BW) wordt naar verhouding vaak getoetst.<sup>[18]</sup> Ook het (eveneens grijze) vervalbeding uit de ANVR-voorwaarden<sup>[19]</sup> en het arbitragebeding uit de GIW-voorwaarden<sup>[20]</sup> zijn meer dan eens op hun redelijkheid beoordeeld.

Bij de toetsing aan de onredelijk bezwarend-norm speelt de 'wijze van totstandkoming van de algemene voorwaarden' een rol van betekenis.<sup>[21]</sup> Wanneer de tweezijdigheid expliciet wordt opgemerkt, vormt zij in de praktijk een belangrijke omstandigheid ten behoeve van de redelijkheid van een beding. Een zoektocht in jurisprudentiedatabanken leert dat (vrijwel) alle AV waarvan de tweezijdigheid is aangestipt, als *niet* onredelijk bezwarend zijn aangemerkt.<sup>[22]</sup> De tweezijdigheid is in een enkele zaak zelfs het enige meegewogen en dus beslissende gezichtspunt.<sup>[23]</sup>

Daar staat tegenover dat in veel gevallen het tweezijdige karakter van de litigieuze voorwaarde niet wordt gesignaleerd. In de geraadpleegde rechtspraak wordt het beding dan bij benadering even vaak wel<sup>[24]</sup> als niet<sup>[25]</sup> onredelijk bezwarend geacht. Per saldo doorstaan tweezijdige AV – waaronder genoemd annuleringsbeding – de rechterlijke toetsing dus vaker wel dan niet, wat de conclusie rechtvaardigt dat de procederende consument in de meeste gevallen aan deze voorwaarden gebonden blijft. Deze conclusie verwondert niet, aangezien de Consumentenbond met de voorwaarden heeft ingestemd. Toch vormt die instemming geen beletsel om een tweezijdig beding op zijn merites te beoordelen.<sup>[26]</sup>

7. Ten eerste kan een in abstracto evenwichtig beding in een specifiek geval onredelijk bezwarend zijn. Dit is inherent aan het concrete karakter van de individuele inhoudstoets. Bij deze individuele toetsing zou ik niettemin enkele kanttekeningen willen plaatsen. De annuleringsregeling uit de CBW-voorwaarden is meermalen vernietigd omdat *niet* was gesteld of gebleken dat zij een redelijke vergoeding vormde voor door de annulering geleden verlies of gederfde winst. In deze zaken acht de rechter het vermoeden van artikel 6:237 onder i BW niet weerlegd (onder meer) omdat de *daadwerkelijk* door de verkoper tussen koop en annulering gemaakte kosten (eventuele uitvoeringshandelingen) onvoldoende zijn komen vast te staan.<sup>[27]</sup> De meeste rechters laten het annuleringsbeding evenwel in stand. Vaak nemen zij dan genoegen met het overleggen van (de aan het tweezijdige overleg ten grondslag liggende) branchegegevens ter weerlegging van het vermoeden, waardoor de toetsing een meer geobjectiveerd karakter krijgt.<sup>[28]</sup>

In dit tijdschrift bepleitte ik eerder al een dergelijke objectivering van de onredelijk bezwarend-toets in de individuele context omwille van de rechtszekerheid en rechtsgelijkheid.<sup>[29]</sup> Mij komt voor dat de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid de ongewenste uitkomst van een meer abstracte individuele inhoudstoets kan corrigeren. Deze vangnetfunctie heeft zij bij de toetsing van tweezijdige AV reeds vervuld, nadat de rechter de betreffende bedingen als evenwichtig had aangemerkt op grond van een geobjectiveerde inhoudstoets.<sup>[30]</sup>

Aan de objectivering van de inhoudstoets worden in het recente *Van Marrum/Wolff*-arrest evenwel grenzen gesteld.<sup>[31]</sup> De Hoge Raad benadrukt in dit arrest dat een toetsing van een arbitragebeding niet voldoende concreet is als zij:

“niet steunt op de bijzondere omstandigheden van het onderhavige geval, maar op een algemene argumentatie die gelijkelijk geldt voor ieder gebruik van in algemene voorwaarden opgenomen arbitragebedingen als de onderhavige die deel uitmaken van een overeenkomst tussen een gebruiker en een natuurlijk persoon die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf (consument)” (r.o. 3.4).

Vraag is dus of de toetsing aan de norm voldoende 'concreet' is indien tweezijdigheid en branchegegevens de enige meegewogen omstandigheden vormen. Het antwoord op deze vraag luidt volgens mij bevestigend, omdat deze omstandigheden slechts het concrete annuleringsbeding betreffen en niet *alle* in algemene voorwaarden opgenomen annuleringsbedingen in B2C-overeenkomsten. Deze omstandigheden zijn naar hun aard dus bijzonder.<sup>[32]</sup> Ook houden zij beter rekening met het peilmoment van de toets – dat van de contractsluiting – dan het gezichtspunt van de daadwerkelijk door de verkoper tussen koop en annulering verrichte uitvoeringshandelingen. Het laten meewegen van deze handelingen doet naar ik meen afbreuk aan

het ex ante-karakter van de onredelijk bezwarend-toets.<sup>[33]</sup>

8. Ten tweede – en dit verdient meer aandacht – kan een tweezijdig beding ook los van de concrete omstandigheden van het geval onredelijk bezwarend zijn. Het is met name deze potentiële onredelijkheid die de toetsing van individuele tweezijdige bedingen rechtvaardigt.

Een beding is in abstracto onredelijk wanneer de betrokken consumentenorganisatie de door haar vertegenwoordigde belangen onvoldoende heeft behartigd.<sup>[34]</sup> Dit kan worden vastgesteld door een toetsing van het beding aan het wettelijke kader, want soms is een beding regelrecht in strijd met de wet. Zo niet, dan moet de toetsing plaatsvinden door het opmaken van de balans tussen de rechten en plichten van beide partijen op grond van de overige inhoud van de overeenkomst en aan de hand van een geobjectiveerde belangenafweging.

Ook kan een tweezijdig beding na verloop van tijd soms zijn achterhaald door nieuwe juridische en/of maatschappelijke ontwikkelingen.<sup>[35]</sup> Artikel 17 van de AV Elektronische Detailhandel (UNETO-VNI) 1996 is bijvoorbeeld, door artikel 7:21 BW uit te sluiten, zonder meer vernietigbaar. Er zijn veel voorbeelden van in abstracto onredelijke bedingen.<sup>[36]</sup> Een in abstracto onredelijk beding mag de consument niet binden en mag ook nimmer worden gerechtvaardigd door een procedureel gezichtspunt als de 'wijze van totstandkoming van het beding' (oftewel de tweezijdigheid ervan).

9. De civiele rechter kan wel enige versterking gebruiken bij de abstracte beoordeling van tweezijdige AV. Hij mag in een individuele procedure de (on)redelijkheid van het beding niet los zien van de (door partijen gestelde) concrete omstandigheden van het geval.<sup>[37]</sup> In de praktijk heeft hij ook veel aandacht voor die omstandigheden, wat soms ten koste gaat van het ex ante-karakter van de inhoudstoets (vgl. nr. 7 slot).<sup>[38]</sup> Voorts doen collectieve acties zich bij tweezijdige AV gelet op artikel 6:240 lid 4 BW nauwelijks voor. Bovenstaande abstracte inhoudstoets lijkt mij daarom bij uitstek een taak voor de toezichthouder.<sup>[39]</sup> De ACM zou (nieuwe) sets tweezijdige AV op systematische wijze kunnen toetsen aan het (consumenten)recht en eventueel zelfs (op verzoek) officieel kunnen goedkeuren.<sup>[40]</sup> De vraag is evenwel hoe de ACM met tweezijdige AV zal omgaan wanneer zij artikel 6:233 onder a en 237 BW zelfstandig zal mogen handhaven (nr. 4). Voorlopig is de toezichthouder via de civiele rechter op grond van deze artikelen, of zelfstandig op grond van de zwarte lijst, nog niet opgetreden tegen tweezijdige AV. Op deze bewuste<sup>[41]</sup> keuze is kritisch gereageerd.<sup>[42]</sup> Ik betwijfel echter dat de ACM over voldoende middelen en mankracht beschikt om genoemde controle uit te oefenen. De mogelijke uitglijders in tweezijdige AV hebben begrijpelijkerwijs niet de meeste prioriteit. Naar een goedkeuringsmechanisme heeft de toezichthouder ook om andere redenen weinig oren. Hij wil zich kennelijk alle ruimte voorbehouden om ex post te kunnen optreden tegen de niet-naleving van (open geformuleerde) zelfregulerende instrumenten.<sup>[43]</sup>

### 3.2 De oneerlijkheidsnorm

10. De geldigheid en bindendheid van tweezijdige AV wordt hoofdzakelijk vastgesteld aan de hand van de onredelijk bezwarend-norm. Daarnaast kan ook de op het collectieve consumentenbelang gerichte oneerlijkheidsnorm, een species van de onrechtmatige daad, deze taak op zich nemen. De contractuele en delictuele normen lopen (grotendeels<sup>[44]</sup>) samen bij de aanpak van onredelijke bedingen.<sup>[45]</sup> Het gebruik van een beding dat de gemiddeld geïnformeerde en oplettende consument misleidt over zijn wettelijke rechten (vgl. artikel 6:193c lid 1 onder g BW) of een jegens hem agressieve of onwettige praktijk inhoudt (vgl. artikel 6:193h lid 2 onder e BW) vormt mogelijk een oneerlijke handelspraktijk. Meer in het algemeen kan worden gesteld dat het gebruik van een onredelijk bezwarend beding in strijd is met de vereisten van professionele toewijding (artikel 6:193a lid 1 onder f BW) en mogelijk een oneerlijke handelspraktijk vormt in de zin van artikel 6:193b lid 2 BW. In alle gevallen is vereist dat de gemiddelde consument als gevolg van de algemene voorwaarden een besluit over een overeenkomst neemt of kan nemen, dat hij anders niet had genomen.<sup>[46]</sup> Daarbij kan het ook

gaan om een besluit om wel of niet een beroep te doen op een beding (artikel 6:193a lid 1 onder e BW). Bij deze toetsing gaat het anders dan bij artikel 6:233 onder a BW niet om de daadwerkelijke verstoring van het contractuele evenwicht ten tijde van de contractsluiting maar om de potentiële verstoring van het economische gedrag van de gemiddelde consument voor, gedurende of na de contractsluiting (artikel 3 lid 1 Richtlijn oneerlijke bedingen). De oneerlijkheidsnorm is mijns inziens vooral geschikt om onduidelijke en onbegrijpelijke bedingen (collectief) aan te pakken.<sup>[47]</sup>

11. De toetsing aan de oneerlijkheidsnorm is sterk geobjectiveerd en een individueel beroep op deze op de collectieve handhaving toegesneden norm ligt daarom niet voor de hand. Daar komt bij dat de oneerlijk bejegende consument doorgaans niet uit is op de aan artikel 6:193b e.v. BW gekoppelde schadevergoeding maar van de overeenkomst af wil.<sup>[48]</sup> Dit is de wetgever ook niet ontgaan. Op grond van het binnenkort in te voeren artikel 6:193j lid 3 BW zal de consument een *overeenkomst* kunnen vernietigen die is gesloten als gevolg van een oneerlijke handelspraktijk.<sup>[49]</sup> De met een misleidende of agressieve voorwaarde geconfronteerde consument die een dergelijke verstrekkende remedie wenst, zal dan wel moeten aantonen dat het bepaalde in AV *zijn* beslissing om het contract te sluiten *daadwerkelijk* heeft beïnvloed of beperkt. Afdeling 6.3.3A BW leent zich al met al veel beter voor een (collectieve) aanpak van oneerlijke AV door belangenorganisaties<sup>[50]</sup>, concurrenten<sup>[51]</sup> en toezichthouders (zie ook nr. 9). Onder de Wet handhaving consumentenbescherming (Whc) beschikken de ACM en de Autoriteit Financiële Markten over een dwangsom- en boetebevoegdheid wanneer zij de overtreding vaststellen van de oneerlijkheidsnorm.<sup>[52]</sup> De opgelegde boete kan oplopen tot € 450.000. Overigens zal deze boete na de afschaffing van het duale stelsel ook op de schending van artikel 6:233 onder a en 237 BW worden gesteld.
12. De rechtstreekse toepassing van de oneerlijkheidsnorm raakt evenwel slechts de individuele handelaar en niet de brancheorganisatie die de AV hanteert. Komt het gebruik van een tweezijdig beding onverhoopt neer op een oneerlijke handelspraktijk, dan ligt het dus voor de hand om de brancheorganisatie tot een aanpassing van haar voorwaarden te bewegen. In de praktijk zal eerst worden getracht om tweezijdige AV langs de informele weg aan te passen. Mocht dit niet lukken, dan kan artikel 3:305d lid 2 BW worden aangewend.<sup>[53]</sup> Dit artikel bepaalt dat het Hof Den Haag op verzoek van onder andere de toezichthouder of een belangenorganisatie kan bevelen dat een gedragscode die een handelen in strijd met de artikelen 6:193a tot en met 193i BW bevordert, door de houder van die gedragscode wordt aangepast. Tweezijdige AV worden in de bestuurlijke kolom als gedragscode in de zin van artikel 6:193a lid 1 onder i BW aangemerkt. De door de brancheorganisatie aan haar leden opgelegde voorwaarden bevatten 'regels die vaststellen hoe handelaren die zich aan de code binden, zich gedragen met betrekking tot een of meer bepaalde handelspraktijken of bedrijfssectoren en die niet bij of krachtens wettelijke voorschriften zijn vastgesteld'.<sup>[54]</sup> Artikel 3:305d lid 2 BW is in de literatuur met recht bestempeld tot een '*extra inhoudelijke toetsingsgrond*' voor de (collectieve) aanpak van AV<sup>[55]</sup>

#### 4. De concretisering van de open normen aan de hand van tweezijdige voorwaarden

##### 4.1 De onredelijk bezwarend-norm

13. Van geheel andere orde is de vraag of de civiele rechter bij de toetsing van eenzijdige bedingen aan de open normen naar bedingen in tweezijdige AV verwijst. Een dergelijke verwijzing zou kunnen duiden op een rechtsvormende functie van tweezijdige voorwaarden. De gelijkenis met een tweezijdig overeengekomen voorwaarde zou kunnen wijzen op de redelijkheid van het getoetste eenzijdige beding. Andersom zou de afwijking van een dergelijke voorwaarde een aanwijzing kunnen vormen dat het eenzijdige beding onredelijk bezwarend is. Zelfregulering ligt in het verlengde van de gewoonte<sup>[56]</sup> en de inhoud van de breed gedragen tweezijdige AV kan de (on)gebruikelijkheid van een beding en de redelijke verwachtingen van de consument helpen vaststellen.<sup>[57]</sup>
14. In het arrest *Dix q.q./ING* stond onder meer de toetsing van het door ING in haar Algemene Bepalingen van Pandrecht (ABP) opgenomen volmachtbeding aan artikel 6:233 onder a BW centraal.<sup>[58]</sup> Hoewel

het hierin niet om een consumentengeschil gaat, is deze uitspraak bijzonder vanwege de uitgebreide aandacht die de Hoge Raad besteedt aan de concretisering van de onredelijk bezwarend-norm.<sup>[59]</sup> De rechtbank achtte het beding niet onredelijk bezwarend<sup>[60]</sup> en volgens de Raad is dit oordeel juist (r.o. 4.4.6). Waarom dit zo is, wordt uitvoerig gemotiveerd aan de hand van gezichtspunten waar de rechtbank zelf geen aandacht aan had besteed, zoals de gelijkenis van het beding met het in de tweezijdige ABV opgenomen volmachtbeding.

“4.4.5 Ten slotte is, in het licht van het grote belang dat in afdeling 6.5.3 van het Burgerlijk Wetboek wordt gehecht aan overleg tussen degenen die zich bij het sluiten van overeenkomsten van algemene voorwaarden bedienen, en representatieve organisaties van hen die bij de desbetreffende overeenkomsten als hun wederpartijen plegen op te treden, van betekenis dat het volmachtbeding zakelijk gelijklopend is aan het volmachtbeding dat onderdeel uitmaakt van de Algemene Bankvoorwaarden die zijn opgesteld door de Nederlandse Vereniging van Banken in overleg met de Consumentenbond.”

De ‘zakelijke gelijkenis’ van een eenzijdig beding met een gelijksoortig beding in de ABV vormt een gezichtspunt dat wijst op de redelijkheid van het beding.<sup>[61]</sup> Uit het arrest blijkt evenwel dat de gelijkenis met de ABV *slechts* één van de meegewogen omstandigheden vormt en op zich dus niet voldoende is om het beding de toets te laten doorstaan.

15. Bij mijn weten is de *gelijkenis* met een tweezijdige voorwaarde nog niet eerder als gezichtspunt aangewend bij de toetsing van een eenzijdig beding aan de onredelijk bezwarend-toets (of de weerlegging van het vermoeden van artikel 6:237 BW).<sup>[62]</sup> Andersom is bij mijn weten ook het afwijken van een tweezijdige voorwaarde ten nadele van de consument, nog niet als gezichtspunt gehanteerd ten behoeve van de onredelijkheid van een eenzijdig beding.<sup>[63]</sup> Een voor de hand liggende verklaring hiervoor is dat die gelijkenis of afwijking er in die zaken die de rechter bereiken, niet toe doet. Ook niet ondenkbaar is dat zij er wel toe doet, maar niet wordt opgepikt en gesteld.<sup>[64]</sup> Verder is er niet altijd een generieke tweezijdige voorwaarde voorhanden, waar het litigieuze beding aan kan worden gespiegeld.

## 4.2 De oneerlijkheidsnorm

16. De onredelijk bezwarend-norm wordt nauwelijks aangewend om tweezijdige voorwaarden te ‘handhaven’. Op dit punt heeft afdeling 6.3.3A BW duidelijk toegevoegde waarde, zij het slechts op het collectieve niveau (nr. 11). Artikel 6:193c lid 2 onder b BW ziet als subnorm van de oneerlijkheidsnorm specifiek toe op de naleving van een verplichting uit een gedragscode. Hieronder worden als gezegd (nr. 12) ook tweezijdige AV verstaan. Wanneer een handelaar bedingen hanteert die afwijken van de tweezijdige AV, is er mogelijk sprake van een misleidende handelspraktijk. Hiervoor is nodig dat de betreffende voorwaarde ‘concreet en kenbaar’ is. Ook moet de handelaar hebben aangegeven aan de tweezijdige AV te zijn gebonden (door middel van een logo<sup>[65]</sup> of een standaardclausule). Voorts moet de misleiding van dien aard zijn dat zij het economische gedrag van de gemiddelde consument kan verstoren. Dat een handelaar bij de branche is aangesloten en bijbehorende AV hanteert, is voor de gemiddelde consument een belangrijke reden om met deze handelaar in zee te gaan. Aangenomen mag worden dat hij geen contract zou sluiten met een handelaar die de branchevoorwaarden waarmee hij adverteert, in werkelijkheid niet naleeft.
17. Het is vanuit het oogpunt van de handhaving zonder meer bevredigend dat het (op grote schaal) schenden van tweezijdige AV door hieraan gebonden bedrijven kan worden aangepakt. De Consumentenautoriteit (de voorloper van de ACM, hierna CA) heeft artikel 6:193c lid 2 onder b BW aangewend om een tweetal keukenzaken te beboeten dat zich niet aan de door hen gehanteerde<sup>[66]</sup> CBW-voorwaarden hield.<sup>[67]</sup> De keukenzaken hadden volgens de CA de voorwaarde geschonden dat ‘*elke overeenkomst geschiedt onder de algemene conditie van betaling netto bij aflevering (...)*’, door consumenten 12, 10 of 5 dagen voor de aflevering van de keuken het volledige aankoopbedrag te laten betalen (wat overigens ook in strijd is met artikel 7:26 lid 2 BW). De keukenzaken betwijfelen dat de

interpretatie van de voorwaarde, die inhoudt dat de consument pas op het moment van de levering hoeft te betalen, als een 'concrete en kenbare verplichting' kan worden aangemerkt. Zij stellen dat de voorwaarde zo moet worden uitgelegd, dat zij hen toestaat om de consument voorafgaand aan, doch *uiterlijk* bij de levering, te laten betalen. De bepaling bevat volgens hen geen concrete verplichting maar een glijdende schaal en van een schending zou dus ook geen sprake zijn. De bestuursrechter wees het door de beboete bedrijven ingestelde beroep echter af.<sup>[68]</sup>

18. De rechtsvormende invloed van zelfregulering via artikel 6:193c lid 2 BW is beperkt omdat slechts die bedrijven die hebben aangegeven hieraan gebonden te zijn zich bij een schending hiervan schuldig maken aan misleidende handelspraktijken.<sup>[69]</sup> Dit ligt anders bij de hoofdnorm van artikel 6:193b BW en het daarin opgenomen beginsel van de professionele toewijding. Dit in artikel 6:193a lid 1 onder f BW gedefinieerde beginsel verwijst naar 'het normale niveau van bijzondere vakkundigheid en van zorgvuldigheid dat redelijkerwijs van een handelaar ten aanzien van consumenten mag worden verwacht, in overeenstemming met de op hem rustende verantwoordelijkheid, voortvloeiend uit de voor die handelaar geldende professionele standaard en eerlijke marktpraktijken'. Volgens de considerans bij de richtlijn kunnen gedragscodes deze normatieve gezichtspunten helpen invullen (overweging 20). Hoewel artikel 6:193b BW hetzelfde handhavingsdoel dient als artikel 6:193c lid 2 onder b BW, neemt de bindende en rechtsvormende invloed van zelfregulering bij dit artikel toe omdat een gedragscode de van een handelaar verwachte professionele toewijding kan inkleuren, ongeacht of hij zich aan die code heeft gecommitteerd.
19. In een tweetal zaken heeft de CA, daarin later gesteund door de (bestuurs)rechter, de strijd met het vereiste van professionele toewijding aangenomen vanwege de schending van zelfregulerende, zowel gedragsgerichte (gedragscodes) als contractuele instrumenten (de Minimumbepalingen Incasso-overeenkomst van Currence).<sup>[70]</sup> Het ging in die zaken om misleidingen, die kennelijk niet via artikel 6:193c lid 2 onder b BW konden worden aangepakt, omdat de verplichting niet voldoende 'concreet en kenbaar' was<sup>[71]</sup> resp. omdat de handelaar niet had *aangegeven* aan de zelfregulering te zijn gebonden (hij was dat echter wel)<sup>[72]</sup>. Artikel 6:193b BW zou aldus in potentie kunnen worden aangewend om het handelen in strijd met meer abstract geformuleerde tweezijdige AV aan te pakken.<sup>[73]</sup> Ook zou het artikel mogelijkerwijze niet-deelnemende bedrijven kunnen binden aan tweezijdige AV waarvan zij afwijken ten nadele van de consument. Hiervan is echter nog geen sprake geweest en de rechtsvormende invloed van B2C-zelfregulering blijft vooralsnog beperkt. Een verdere begrenzing van haar rechtsvormende invloed is dat het opereren in overeenstemming met een gedragscode (inbegrepen de tweezijdige AV) niet per definitie een eerlijke handelspraktijk oplevert en de handelaar dus niet automatisch vrijwaart.<sup>[74]</sup>

### 5. De wenselijkheid en toelaatbaarheid van een 'rechterlijke standaardregeling'

20. Hoewel tweezijdige AV niet het oogmerk hebben om derden te binden, rijst de vraag of zij in de handhavingspraktijk tot *minimum*standaard in de betreffende branche zouden kunnen worden verheven.<sup>[75]</sup> Verdient het aanbeveling om bij de toetsing aan de onredelijk bezwarend- en oneerlijkhedenorm, de status van tweezijdige AV – ook al gaan zij verder dan de wet vereist – te verhogen? Zou aan (het gebruik van) een van tweezijdige AV ten nadele van de consument afwijkend beding een vermoeden van (oneerlijkheid of) onredelijk bezwarendheid kunnen worden gekoppeld?<sup>[76]</sup> Dit zou impliceren dat (het gebruik van) een tweezijdig beding de toetsing aan de normen in beginsel moet doorstaan. Een voordeel van een dergelijke aanpak is dat omwille van de consumentenbescherming, *derden* aan de tweezijdige AV kunnen worden 'gebonden'. Het spreekt voor zich dat (het gebruik van) van tweezijdige AV afwijkende bedingen ook zonder referentie aan die voorwaarden als (oneerlijk of) onredelijk bezwarend (kan) kunnen worden aangemerkt maar in de voorgestelde aanpak vormt de referentie aan de tweezijdige AV een beslissend gezichtspunt. Dit brengt mij op het tweede voordeel van het verheffen van tweezijdige AV tot 'standaard' in de branche: de toegenomen rechtszekerheid en rechtsgelijkheid voor bedrijven en consumenten. De statusverhoging van tweezijdige AV zal bedrijven aansporen om aan te schuiven bij het overleg (door aansluiting bij de branche) of om een overleggroep te starten. Zolang zij de tweezijdige AV hanteren en naleven, worden zij in een individuele en

(eventuele) collectieve procedure 'vrijgepleit'. Bij het hanteren van een met een tweezijdig beding (zakelijk) gelijkkludend beding gaat een dergelijke vrijwaring te ver omdat zo een beding, anders dan het hieraan 'gelijkkludende' tweezijdige beding, niet noodzakelijkerwijs onderdeel uitmaakt van een op voorhand gebalanceerd pakket voorwaarden.<sup>[77]</sup>

21. Tijdens consultatief overleg van de Staatssecretaris van EZ met wat thans de SER-CZ is, is in het verleden de mogelijkheid besproken om tweezijdige AV, via de standaardregeling van artikel 6:214 BW ook van toepassing te laten zijn op overeenkomsten gesloten door niet bij de brancheorganisatie aangesloten ondernemers.<sup>[78]</sup> Dat deze organisaties, met uitzondering van die van kinderopvang<sup>[79]</sup>, uiteindelijk nooit het initiatief hebben genomen tot het treffen van een standaardregeling, valt te verklaren door de nadelen die aan zo een regeling kleven. Problematisch zijn met name de ingewikkeldheid van de procedure en het gebrek aan flexibiliteit van de regeling, onder meer wat betreft het type overeenkomst waarvoor zij geldt. Het hanteren van tweezijdige AV als *benchmark* bij de toepassing van genoemde normen gaat deze nadelen uit de weg. De rechter kan bovendien rekening houden met branche- en productvervaging door de toekenning van reflexwerking aan voor een aanverwante branche of product geldende AV.<sup>[80]</sup> De voorgestelde aanpak biedt ook meer waarborgen voor de consument dan een standaardregeling. Waar in zijn nadeel van een dergelijke regeling mag worden afgeweken (artikel 6:214 lid 3 BW),<sup>[81]</sup> is dit bij tweezijdige AV dan in beginsel niet toegestaan. En terwijl een standaardregeling in sommige gevallen van (semi)dwingend recht mag afwijken (artikel 6:214 lid 4 BW), geldt dit niet voor tweezijdige AV. Ook blijft afdeling 6.5.3 BW op deze voorwaarden onverminderd van toepassing. Aan de ratio achter artikel 6:214 BW – de verbetering van de kwaliteit van contractuele regelingen – wordt op deze wijze recht gedaan. De geschetste benadering biedt voorts dezelfde voordelen als die aan de standaardregeling worden toegedicht: de regeling van een bepaalde overeenkomst wordt aan de betrokkenen overgelaten en de overeengekomen regels gelden voor alle ondernemers in de branche, ook als er geen toepasselijkheid is overeengekomen. Het artikel dat als '*dode letter*'<sup>[82]</sup> of meer liefkozend als '*muurbloempje*' is aangeduid<sup>[83]</sup>, zou ruim twintig jaar na zijn invoering toch een equivalent kunnen krijgen in de rechtspraak.
22. Het *Van Marrum/Wolff*-arrest doet twijfelen aan de toelaatbaarheid van een dergelijke invulling van de onredelijk bezwarend-norm in een individueel geval. De tweezijdigheid van een beding vormt echter een bijzondere omstandigheid (nr. 7) en de afwijking hiervan evenzeer. In het kader van de aan de hand van de omstandigheden van het geval in te vullen onredelijk bezwarend- en oneerlijkheidstoetsen mag deze tweezijdigheid (of de afwijking van een tweezijdige voorwaarde) de doorslag geven, mits deze keuze door toezichthouder en rechter goed wordt gemotiveerd (vgl. nr. 19). Vanuit het oogpunt van de door de oneerlijkheidsnorm beoogde maximumharmonisatie, is ook van belang dat toezichthouder en rechter het gebruik van tweezijdige AV in overeenstemming achten met het van *alle* ondernemers in de branche verwachte niveau van professionele toewijding. De maximale harmonisatie staat immers niet toe dat handelaren aan hogere standaarden worden gebonden dan die in de richtlijn besloten liggen.<sup>[84]</sup> De Europese wetgever rept met geen woord over het verschijnsel van de tweezijdige AV en de manier waarop zij dienen te worden benaderd.<sup>[85]</sup> Omwille van de harmonisatie die beide normen nastreven, verdient het aanbeveling om tweezijdige AV op consistente en objectieve wijze te beoordelen (nr. 4).<sup>[86]</sup>
23. Hoe kan het hanteren van tweezijdige AV als standaard bij de toetsing aan de normen worden gemotiveerd? In de literatuur zijn criteria ontwikkeld ten behoeve van een consequente toepassing van private regelgeving.<sup>[87]</sup> Private regulering is geen 'recht' in de zin van artikel 79 RO maar kan partijen via wettelijke normen niettemin 'binden' wanneer zij aan een viertal van de beginselen voor de rechtstaat afgeleide criteria voldoet. De private regulering moet ten eerste de *vrijheid* van de normadressant waarborgen, in de zin dat hij zich die regulering autonoom moet hebben opgelegd, bij de totstandkoming ervan (indirect) betrokken moet zijn geweest en ermee moet hebben ingestemd. De private regulering moet ten tweede recht doen aan het beginsel van de *dienende overheid*, wat zo veel inhoudt dat de overheid de totstandkoming ervan accepteert of zelfs faciliteert en dat het belang van de normopsteller niet vooropstaat. Private regulering moet in de derde plaats op *democratische* wijze zijn ontstaan en zijn opgesteld door organisaties die de belanghebbenden en hun belangen vertegenwoordigen. Het democratische gehalte van private regulering hangt tevens af van het draagvlak dat

hiervoor bestaat. De *rechtvaardigheid* van private regulering vormt het vierde en laatste criterium. De *procedurele rechtvaardigheid* van zelfregulering wordt afgeleid uit onder meer de algemeenheid, duidelijkheid en consistentie van de regels. De *inhoudelijke rechtvaardigheid* betreft de verenigbaarheid van private regelgeving met andere rechtsregels en rechtsbeginselen.<sup>[88]</sup>

24. Laten we de toepassing van deze criteria op de tweezijdige AV kritisch beschouwen. Het eerste criterium – de vrijheid – verzet zich tegen het binden van bedrijven aan AV waar zij zich niet aan hebben gecommitteerd. Aan dit eerste criterium zou mijns inziens ten behoeve van de rechtszekerheid en -gelijkheid en omwille van de consumentenbescherming voorbij kunnen worden gegaan. Vereist is dan wel dat de tweezijdige voorwaarden ruimschoots aan de overige drie criteria voldoen. Op het eerste gezicht lijken deze criteria zonder meer vervuld. Doordat de SER een faciliterende rol speelt en de normopstellers het belang van alle normadressanten (leden en consumenten) vooropstellen, is bij de opstelling van de voorwaarden het beginsel van de dienende overheid gewaarborgd (tweede criterium). De Consumentenbond en brancheverenigingen zijn voorts representatieve organisaties en tweezijdige AV worden breed gedragen (derde criterium).<sup>[89]</sup> De open wijze waarop het overleg plaatsvindt, alsmede de aanwezigheid van spelregels en expertise zorgen tot slot voor een grote mate van rechtvaardigheid (vierde criterium). Tweezijdige AV zijn eenvoudig toegankelijk en veelal evenwichtig opgesteld.
25. Bij nader inzien levert de toetsing van tweezijdige AV aan de overgebleven criteria echter een genuanceerder beeld op. Wat bijvoorbeeld te denken van een referentiemodel dat is opgesteld door een aantal niet-georganiseerde initiatiefnemers?<sup>[90]</sup> Het binden van een derde aan een uit dit model afkomstig beding is (ook) gelet op het 'beperkte democratische gehalte' ervan problematisch. Daarnaast roept de rechtvaardigheid van sommige tweezijdige AV vragen op. De procedurele rechtvaardigheid vergt dat de private normen niet te vaak veranderen en bepaalde sets, zoals de ANVR-voorwaarden, worden regelmatig herzien. Een beding dat vaak en vooral recent is gewijzigd, kan niet als maatstaf dienen. Tot de lijst elementen die de procedurele rechtvaardigheid helpen vaststellen, behoort ook de duidelijkheid van de private norm.<sup>[91]</sup> Veel tweezijdige voorwaarden bevatten open normen en begrippen. Tot standaard zouden dus slechts die voorwaarden kunnen worden verheven die een heldere invulling geven aan open wettelijke normen (denk aan een annuleringsvergoeding of aanbetalingspercentage).<sup>[92]</sup> Tevens moeten deze voorwaarden in abstracto evenwichtig zijn. Bij de inhoudelijke rechtvaardigheid van tweezijdige AV kunnen soms echter vraagtekens worden gezet (nr. 8). De inhoudelijke rechtvaardigheid is met het oog op de inhoudstoets het belangrijkste criterium.

## 6. Tot besluit

26. In het kader van de toetsing aan de onredelijk bezwarend- en oneerlijkheidsnormen moet *per tweezijdige voorwaarde* worden bekeken of vrijwaring van de gebruikers ervan dan wel binding van een derde gerechtvaardigd is. Een op het specifieke beding (of specifieke praktijk) toegesneden aanpak wordt ook vereist door de normen zelf. De toetsing van (het gebruik van) een tweezijdig beding aan de normen krijgt dankzij de uiteengezette criteria echter een geobjectiveerd en meer voorspelbaar karakter. De voorgestelde aanpak komt niet slechts de rechtszekerheid ten goede. De criteria vergemakkelijken ook de voor de harmonisatie van de normen essentiële interne en externe rechtsvergelijking. De consumentenbescherming vergt tot slot dat tweezijdige voorwaarden vaker preventief door de ACM worden gescreend en dat de voor de binding van derden vereiste preliminaire (abstracte) toetsing van het tweezijdige beding in het kader van de collectieve handhaving van de normen plaatsvindt. Zij vraagt immers erg veel van de individuele consument in termen van stelplicht en mogelijke bewijslast.<sup>[93]</sup>

---

## Voetnoten

### Voetnoten

- [1] Mw. mr. dr. drs. C.M.D.S. Pavillon is als universitair docent verbonden aan het Instituut voor Privaatrecht, Universiteit Leiden.

- [2] Vgl. I. Giesen, *Alternatieve regelgeving en privaatrecht*, Mon. Privaatrecht 8, Kluwer: Deventer 2007, p. 16.
- [3] Th. van Mierlo, 'Self-regulation in the consumer field: the Dutch approach', in: J. Rutgers (red.), *European Contract Law and the Welfare State*, Groningen: Europa Law Publishing 2011. Zie ook < [www.ser.nl/nl/taken/zelfregulering/consumentenvoorwaarden/meer%20weten.aspx](http://www.ser.nl/nl/taken/zelfregulering/consumentenvoorwaarden/meer%20weten.aspx) >
- [4] Art. 12 lid 1 gaat uit van een getrapte boete. Overigens mogen aangesloten organisaties bij niet-standaardpakketreizen van deze voorwaarde afwijken (art. 12 lid 2). Over de bij deze producten te hanteren annuleringskosten zijn door de branche soms wel (eigen vervoer reis naar wooneenheden) maar helaas niet altijd afspraken gemaakt (cruise, lijndienstreis, rondreis).
- [5] I. Giesen, *Alternatieve regelgeving in privaatrechtelijke verhoudingen*, in: W.J. Witteveen, I. Giesen en J.L. de Wijkerslooth, *Alternatieve regelgeving. Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 137e jaargang/2007-I*, Kluwer: Deventer 2007; in Mon. Privaatrecht 8 werkt hij zijn gedachten over het onderwerp verder uit.
- [6] Mon. Privaatrecht 8 (Giesen), p. 7.
- [7] Mon. Privaatrecht 8 (Giesen), p. 22. Zie ook Asser/Vranken 2005/88-89. Graag wil ik hiermee de relevantie van het zes jaar oude preadvies benadrukken. Eerder dit jaar verscheen in dit tijdschrift reeds M.W. de Hoon en C.J.M van Doorn, 'Inkoopmacht in de supermarktbranche: het civielrechtelijke perspectief', *NTBR* 2013/25, afl. 6, waarin de wisselwerking tussen gedragscodes en privaatrecht centraal staat.
- [8] De model koop-/aannemingsovereenkomst van het Garantie-Instituut Woningbouw (GIW) is bijv. niet in dit verband tot stand gekomen.
- [9] Mon. Privaatrecht 8 (Giesen), o.m. p. 68-70, 98-99 en 129.
- [10] Richtlijn 93/13/EEG inzake oneerlijke bedingen (*PbEG* 1993, L 95/29) resp. 2005/29/EG inzake oneerlijke handelspraktijken (*PbEU* 2005, L 149/22).
- [11] Vgl. O.O. Cherednychenko, 'Het private in het publiek recht: over de opmars van het financiële "toezichtprivaatrecht" en zijn betekenis voor het verbintenissenrecht', *RMThemis* 2012-5.
- [12] Vgl. W.H. van Boom, 'Oneerlijke handelspraktijk is onrechtmatige daad. Maar wat schieten we daar mee op?', *NTBR* 2008-3, p. 125.
- [13] Wetsvoorstel wijziging van de Instellingswet Autoriteit Consument en Markt en enige andere wetten in verband met de stroomlijning van het door de Autoriteit Consument en Markt te houden markttoezicht ('Stroomlijningswet'). Zie ook C.M.D.S. Pavillon, 'Legaliteit en evenredigheid van de sancties op de schending van de open normen uit de Wet oneerlijke handelspraktijken', *TVC* 2013-2, p. 63-72.
- [14] M.J. Schol, J. Nagtegaal & H.B. Winter, *Evaluatie Wet handhaving consumentenbescherming. Ervaringen met het duale handhavingstelsel en de handhavingbevoegdheid inzake massaschade*, Pro Facto: Groningen, maart 2010, p. 44 en 51.
- [15] Mon. Privaatrecht 8 (Giesen), p. 129-130.
- [16] Mon. Privaatrecht 8 (Giesen), p. 70 en 97 e.v.
- [17] Uitzondering vormt Rb. Amsterdam 24 maart 2010, *LJN* BM5984 (m.b.t. de GIW-voorwaarden). Volgens art. 6:240 lid 5 BW komt de met de voorwaarden instemmende organisaties geen beroep op art. 6:240 lid 1 BW toe.
- [18] Ktr. Maastricht 1 november 1995, *Prg.* 1996/4602 en Hof 's-Hertogenbosch 9 augustus 2011, *LJN* BR6638 (BOVAG); Hof Arnhem 12 december 2000 en 5 juni 2001, *NJ* 2001/622; Hof 's-Hertogenbosch 16 juli 2002, *Prg.* 2003/5993; *NJ* 2003/445; Hof 's-Hertogenbosch 5 augustus 2003, *LJN* AJ3552; *NJF* 2003/39; Hof 's-Gravenhage 12 december 2008, *LJN* BC4522; *NJF* 2008/158; Rb. Rotterdam (kanton) 10 juli 2009, *LJN* BJ3735; Rb. Alkmaar (kanton) 20 oktober 2010, *LJN* BP7266, *Prg.* 2011/109; Rb. Leeuwarden (kanton) 6 april 2011, *LJN* BQ0976; Hof 's-Gravenhage 19 juli 2011, *LJN* BR2400 en Rb. Alkmaar (kanton) 31 oktober 2011, *LJN* BU6764 (allen CBW); Rb. Assen (kanton) 4 juli 2008, *LJN* BD6324 en Rb. Arnhem 30 december 2009, *LJN* BL0530 (ANVR).
- [19] Rb. Almelo 6 september 2006, *LJN* AY8060, *NJF* 2006/536 en 7 september 2007, *LJN* BB3310; Hof 's-Gravenhage 7 september 2010, *LJN* BN6688, *NJF* 2010/401.
- [20] Rb. Amsterdam 24 maart 2010, *LJN* BM5984 en Hof Amsterdam 17 april 2012, *LJN* BX3835, *NJF* 2012/358.
- [21] Zie over de totstandkoming van dit gezichtspunt: L.J.H. Mölenberg, *Het collectief actierecht voor consumentenorganisaties op het terrein van de algemene voorwaarden* (diss. Maastricht), Gouda Quint:

- Arnhem 1995, p. 203.
- [22] Ktr. Maastricht 1 november 1995, *Prg.* 1996/4602; Hof 's-Hertogenbosch 16 juli 2002, *Prg.* 2003/5993, *NJ* 2003/445; Rb. Almelo 6 september 2006, *LJN* AY8060, *NJF* 2006/536 en 7 september 2007, *LJN* BB3310; Rb. Assen (kanton) 4 juli 2008, *LJN* BD6324; Rb. Arnhem 30 december 2009, *LJN* BL0530; Hof 's-Hertogenbosch 9 augustus 2011, *LJN* BR6638. Uitzonderingen betreffen arbitragebedingen: Rb. Amsterdam 24 maart 2010, *LJN* BM5984 en Hof Amsterdam 17 april 2012, *LJN* BX3835. In eerstgenoemde zaak werd een beroep op het arbitragebeding alsnog onaanvaardbaar geacht naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid.
- [23] Hof 's-Hertogenbosch 9 augustus 2011, *LJN* BR6638.
- [24] Hof Arnhem 12 december 2000 en 5 juni 2001, *NJ* 2001/622; Hof 's-Gravenhage 12 december 2008, *LJN* BC4522, *NJF* 2008/158; Rb. Rotterdam (kanton) 10 juli 2009, *LJN* BJ3735; Hof 's-Gravenhage 19 juli 2011, *LJN* BR2400. In Rb. Alkmaar (kanton) 31 oktober 2011, *LJN* BU6764 werd het beroep op het beding onaanvaardbaar geacht naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid.
- [25] Hof 's-Hertogenbosch 5 augustus 2003, *LJN* AJ3552, *NJF* 2003/39; Hof 's-Gravenhage 7 september 2010, *LJN* BN6688, *NJF* 2010/401; Rb. Alkmaar (kanton) 20 oktober 2010, *LJN* BP7266, *Prg.* 2011/109; Rb. Leeuwarden (kanton) 6 april 2011, *LJN* BQ0976.
- [26] In gelijke zin: Mölenberg 1995, p. 204-205 en M.B.M. Loos, *Algemene voorwaarden*, Den Haag: BJu 2001, nr. Loos 2001, nr. 124-126
- [27] Hof Arnhem 12 december 2000 en 5 juni 2001, *NJ* 2001, 622; Hof 's-Gravenhage 12 december 2008, *LJN* BC4522, *NJF* 2008/158; Rb. Rotterdam (kanton) 10 juli 2009, *LJN* BJ3735; Hof 's-Gravenhage 19 juli 2011, *LJN* BR2400.
- [28] Vgl. Rb. Alkmaar (kanton) 20 oktober 2010, *LJN* BP7266, *Prg.* 2011/109; Rb. Leeuwarden (kanton) 6 april 2011, *LJN* BQ0976.
- [29] C.M.D.S. Pavillon, 'Beter consumentenrecht: naar een scherpere consumentvriendelijke onredelijk bezwarend-norm', *NTBR* 2011/63, afl. 8, p. 439-442.
- [30] Rb. Assen (kanton) 4 juli 2008, *LJN* BD6324; Rb. Amsterdam 24 maart 2010, *LJN* BM5984 en Rb. Alkmaar (kanton) 31 oktober 2011, *LJN* BU6764. Zie ook: C.M.D.S. Pavillon, *Open normen in het Europees consumentenrecht. De oneerlijkheidsnorm in vergelijkend perspectief* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2011, nr. 177 e.v. (hierna Pavillon 2011).
- [31] HR 21 september 2012, *LJN* BW6135, *NJ* 2013/431, m.nt. H.J. Snijders, r.o. 3.4 en 3.5.
- [32] Noot C.M.D.S. Pavillon onder HR 21 september 2012, *LJN* BW6135, *TBR* 2012/206, nr. 17.
- [33] Vgl. het LOVCK-rapport m.b.t. de ambtshalve toetsing van boetebedingen (te raadplegen op < [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl) >, p. 14-15.
- [34] Loos 2001, nr. 124.
- [35] Asser/Hartkamp en Sieburgh 6-III\* 2010/484. In Rb. Amsterdam 24 maart 2010, *LJN* BM5984, r.o. 6.5 werd het beroep op een arbitragebeding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid (in algemene zin) onaanvaardbaar geacht omdat ten aanzien van dit beding sprake zou zijn van 'gewijzigde inzichten'. Zie ook Hof Amsterdam 17 april 2012, *LJN* BX3835, *NJF* 2012/358. Het arbitragebeding wordt in het kader van de herziening van het arbitragerecht opgenomen in de zwarte lijst.
- [36] M.B.M. Loos wijst in zijn reactie op Consultatiedocument 2007 van de Consumentenautoriteit op het exoneratiebeding in art. 17 van de Algemene Voorwaarden 2006 voor de levering van elektriciteit aan kleinverbruikers (EnergieNed). Omdat de Consumentenbond niet akkoord is gegaan met dit beding, is hier *stricto sensu* geen sprake van een tweezijdig beding. Over verdachte bedingen in de ANVR-voorwaarden van dezelfde auteur: 'De reisovereenkomst' in: A.S. Hartkamp e.a. (red.), *De invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht. Serie Onderneming en Recht deel 42-II* (Deventer: Kluwer, binnenkort te verschijnen). Zie voorts de kritiek van W.J. Slagter op de ABV in *TVC* 2010-4, p. 171-175.
- [37] HR 21 september 2012, *LJN* BW6135, *NJ* 2013/431, m.nt. H.J. Snijders, r.o. 3.4 en 3.5.
- [38] Pavillon 2011, nr. 146. Recent: Rb. Midden-Nederland 26 juni 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:3393 waarin het feit dat geen contact was opgenomen met de consument over de financiering als omstandigheid bij de toetsing van een vervalbeding werd meegewogen (r.o. 3.9).

- [39] Vgl. Mon. Privaatrecht 8 (Giesen), p. 127. Essentieel is dat civielrechtelijke en bestuursrechtelijke toets eenzelfde, consistente lijn volgen.
- [40] In gelijke zin: H.A. Luth, *Behavioural Economics in Consumer Policy: the Economic Analysis of Standard Terms in Consumer Contracts Revisited* (diss. Rotterdam), Antwerpen/Oxford: Intersentia 2010.
- [41] Tweezijdige AV worden ontzien daar '(zij) veelal evenwichtig van aard (zijn) en stroken met de consumentenregels, terwijl eenzijdige voorwaarden dikwijls bepalingen bevatten die ingaan tegen dwingende consumentenwetgeving ("zwarte bedingen)": Consultatiedocument 2007.
- [42] M.B.M. Loos, Reactie op het Consultatiedocument 2007 van de Consumentenautoriteit.
- [43] In Engeland staat de officiële goedkeuring van B2C-zelfregulering door de toezichthouder echter niet in de weg aan een eventueel handhavend optreden van zijn kant: Office of Fair Trading, 'Policy Statement on the role of self-regulation in the OFT's consumer protection work' (september 2009) par. 2.8 < [www.of.gov.uk /shared\\_of/reports /consumer-policy /oft1115.pdf](http://www.of.gov.uk/shared_of/reports/consumer-policy/oft1115.pdf) >. De goedkeuringsprocedure is om budgetoverwegingen inmiddels in handen van de lokale toezichthouder (het *Trading Standards Institute*).
- [44] Als gevolg van de verschillen in de aard en systematiek van de norm uit de Richtlijn oneerlijke bedingen zullen niet-transparante, naar hun inhoud evenwichtige, bedingen doorgaans oneerlijk zijn op grond van de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken maar niet op grond van de Richtlijn OB. Andersom kan het gebruik van een onredelijk beding mogelijk niet als een misleidende handelspraktijk worden aangemerkt wanneer de gebruiker kan aantonen dat hij aan zijn informatie- en transparantieplicht heeft voldaan (vgl. art. 6:193e onder d BW). Pavillon 2011, nr. 720.
- [45] Zie over deze samenloop: S. Orlando, 'The Use of Unfair Contractual Terms as an Unfair Commercial Practice', *ERCL* 2011/1, p. 25-56; B. Keirsbilck, 'Het gebruik van oneerlijke of intransparante bedingen als oneerlijke, misleidende of agressieve handelspraktijk', *TVC* 2011-4, p. 138-145 en Pavillon 2011, nr. 718 e.v.
- [46] Dit is slechts niet het geval als het gebruik van het beding een praktijk vormt die prijkt op de zwarte lijst (vgl. art. 6:193i onder d BW).
- [47] Pavillon 2011, nr. 739.
- [48] Ook valt het hem zwaar om het causale verband tussen de geleden schade en de oneerlijke handelspraktijk te bewijzen: Rb. Amsterdam 5 december 2012, *LJN* BY5353, *TVC* 2013-4, m.nt. C.M.D.S. Pavillon, r.o. 4.39. Zie ook W.H. Van Boom, 'Oneerlijke handelspraktijk is onrechtmatige daad. Maar wat schieten we daar mee op?', *NTBR* 2008-3 nr. 15, p. 125.
- [49] *Kamerstukken II* 2012/13, 33 520, nr. 2.
- [50] Anders dan in art. 6:240 BW staat hun totstandkomingswijze aan geen enkele actie op grond van art. 3:305a BW in de weg. Een bij deze totstandkoming betrokken organisatie zal echter niet snel de gang naar de civiele rechter inzetten.
- [51] D.W.F. Verkade, Mon. Nieuw BW B49a. *Oneerlijke handelspraktijken jegens consumenten*, Deventer: Kluwer 2009, nr. 74.
- [52] Deze norm is in bijlage b resp. d van de Whc opgenomen. Art. 2.7 jo. 2.9 Whc koppelt de dwangsom- en boetebevoegdheid van de CA aan overtredingen van onderdeel b. Art. 3.4 lid 3 Whc koppelt die van de AFM aan overtredingen van onderdeel d.
- [53] Bij het afschaffen van het duale stelsel is er onzekerheid ontstaan over de bevoegdheid van de ACM om op te treden tegen gedragscodes die de niet-naleving van de richtlijnnormen bevorderen – de ACM zou zich hiervoor niet tot het hof kunnen wenden: Verkade 2009, nr. 65. De Stroomlijningswet zet e.e.a. recht door de aanpassing van art. 3:305d lid 2 BW en de invoering van art. 8.11 Whc.
- [54] Rb. Rotterdam (vzr.) 19 januari 2010, *LJN* BK9796 en BK9798.
- [55] E.R. Vollebregt, 'De Wet oneerlijke handelspraktijken en gedragscodes', *TVC* 2010-6, p. 267.
- [56] Mon. Privaatrecht 8 (Giesen), p. 70-71.
- [57] Vgl. Rb. Arnhem 19 mei 2004, *LJN* AQ5066 en Hof Amsterdam 26 januari 2006, *NJF* 2006/269.
- [58] HR 3 februari 2012, *LJN* BT6947, *NJ* 2012/261, m.nt. F.M.J. Verstijlen, r.o. 4.4.5.
- [59] Hij staat lang niet altijd uitgebreid stil bij de toetsing aan deze open norm: vgl. HR 21 september 2012, *LJN* BW6135, *NJ* 2013/431, m.nt. H.J. Snijders.
- [60] Rb. Amsterdam 15 september 2010, *LJN* BP1006, *JOR* 2011/161, m.nt. N.E.D. Faber.

- [61] Opvallend is dat, hoewel de Raad de twee volmachtbedingen als 'zakelijk gelijkkluidend' aanmerkt, het in de kredietvoorwaarden uit artikel 7 ABP overgenomen beding ruimer is geformuleerd dan het beding in de ABV. Het strekt zich immers mede uit tot vorderingen van de kredietnemer *op derden* en beperkt zich niet slechts tot vorderingen *op de bank* zoals in artikel 24 lid 1 sub a onder (i) ABV het geval is.
- [62] Vgl. echter concl. A-G Wuisman voor HR 21 september 2007, *LJN* BA7627, *RvdW* 2007/793, r.o. 2.5 en noot 12 aldaar, waarin de vraag wordt gesteld of het niet (handhavend) optreden van de Dte tegen een met op eerdergenoemd exoneratiebeding van EnergieNed *lijkend* beding op de redelijkheid van het beding wijst.
- [63] Zie echter Hof Arnhem 27 november 2007, *LJN* BB8630, *NJF* 2008/25 waarin de gestelde afwijking van een modelovereenkomst zonder aanvullende feiten en omstandigheden niet tot de conclusie kon leiden dat daarom sprake is van een onredelijk bezwarend beding: r.o. 4.17-18. De afwijking van tweezijdige AV door een aangesloten bedrijf in een *individueel* geval wordt geregeld in de Handleiding bij het opstellen van tweezijdige Algemene Voorwaarden: < [www.ser.nl/nl/taken/zelfregulering/consumentenvoorwaarden/~media/Files/Internet/Consumentenvoorwaarden/AV/handleiding.ashx](http://www.ser.nl/nl/taken/zelfregulering/consumentenvoorwaarden/~media/Files/Internet/Consumentenvoorwaarden/AV/handleiding.ashx) >, p. 40-41. Naar ik meen kan een beroep op een afwijkend beding niet snel aanvaardbaar worden geacht naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid.
- [64] De rechter zou die vergelijking ook ambtshalve kunnen maken: zou het te ver gaan om tweezijdige AV als gewoonterecht te zien dan kan hun bestaan als een feit van algemene bekendheid in de zin van art. 149 lid 2 Rv worden gezien.
- [65] De Consumentenbond heeft recent aangekondigd een dergelijk logo in te willen voeren.
- [66] Het hanteren van de CBW-voorwaarden blijkt o.m. uit de overlegging hiervan bij de standaardkoopovereenkomst, de website van de bedrijven en < [www.CBW-erkend.nl](http://www.CBW-erkend.nl) > en is mondeling bevestigd tijdens een bezoek van de toezichthouder.
- [67] Sanctiebesluit inzake Keukenkampioen B.V. en Keukenconcurrent B.V., CA/NCB/426/32, 19 november 2009. Zie overigens ook de toezegging van Grando Retail, een keukenzaak dat om een hogere aanbetaling vroeg dan in de door hem onderschreven CBW-voorwaarden bepaald (15% van de koopprijs): < [www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/7317/Integrale-tekst-toezegging-Grando-Retail-BV/](http://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/7317/Integrale-tekst-toezegging-Grando-Retail-BV/) >.
- [68] Rb. Rotterdam (vzr.) 19 januari 2010, *LJN* BK9796 en BK9798.
- [69] Overigens is het ten onrechte gebruikmaken van de SER-standaardclausule ook een misleidende handelspraktijk: art. 6:193g onder a-c BW: zie de Spelregels bij het overleg over tweezijdige Algemene Voorwaarden: < [www.ser.nl/nl/taken/zelfregulering/consumentenvoorwaarden/~media/Files/Internet/Consumentenvoorwaarden/AV/spelregels.ashx](http://www.ser.nl/nl/taken/zelfregulering/consumentenvoorwaarden/~media/Files/Internet/Consumentenvoorwaarden/AV/spelregels.ashx) >.
- [70] Rb. Rotterdam 19 april 2012, *LJN* BW3358 en 13 december 2012, *LJN* BY6184.
- [71] In Rb. Rotterdam 19 april 2012, *LJN* BW3358 was sprake van een algemene informatieplicht.
- [72] Rb. Rotterdam 13 december 2012, *LJN* BY6184.
- [73] In het eerste geval dient de toezichthouder ervoor te waken dat hij een te ruime uitleg geeft aan de zelfregulering, zeker gelet op de sancties die op de overtreding van private normen staan. De bestuursrechter achtte in Rb. Rotterdam 13 december 2012, *LJN* BY6184 de uitleg die de toezichthouder had gegeven aan de Gedragscode Consument en Energieleverancier 2006 te ruim.
- [74] Rb. Rotterdam 19 april 2012, *LJN* BW3358, r.o. 23.3. Vgl. Mon. Privaatrecht 8 (Giesen), p. 116-117.
- [75] Het zou immers altijd mogelijk moeten blijven om de consument (nog) meer bescherming te bieden.
- [76] Vgl. Asser/Hartkamp en Sieburgh 6-III\* 2010/513. Onduidelijke bedingen in sectoren waar nog helemaal geen AV zijn opgesteld, zouden volgens Vranken *contra proferentem* moeten worden uitgelegd: Asser/Vranken 2005/89. Een gelet op de tweezijdige standaard onredelijk bezwarend beding kan overigens niet worden geconverteerd naar die standaard, daar het HvJ EU conversie van oneerlijke bedingen verbiedt: HvJ EU 30 mei 2013, nr. C-488/11 (*Asbeek Brusse/Jahani*), n.n.g., r.o. 60.
- [77] Vgl. eerdergenoemd *Dix q.q./ING*-arrest: HR 3 februari 2012, *LJN* BT6947, *NJ* 2012/261, m.nt. F.M.J. Verstijlen.
- [78] Hondius, *Groene Serie Verbintenissenrecht*, 1 Inleiding bij: Burgerlijk Wetboek Boek 6, Artikel 214 (onder 5).
- [79] Dit voornemen werd uiteindelijk ingehaald door latere wetgeving. De UAV zijn evenmin tot een standaardregeling omgevormd, al is dit ooit serieus overwogen: E.H. Hondius en A.G.J. van Wassenaer, Van

- standaardvoorwaarden naar standaardregeling? *Preadviezen voor de Vereniging voor Bouwrecht*, nr. 21, 1993.
- [80] Vgl. Mon. Privaatrecht 8 (Giesen), p. 70.
- [81] Juist op dat punt is kritiek geuit: vgl. Mon. Privaatrecht 8 (Giesen), p. 21 (noot 105 aldaar).
- [82] Hondius, *Groene Serie Verbintenissenrecht*, 1 Inleiding bij: Burgerlijk Wetboek Boek 6, Artikel 214 (onder 1); Jac. Hijma, 'Algemene voorwaarden', in Jac. Hijma e.a. (red.), *Rechtshandeling en overeenkomst*, Deventer: Kluwer 2013, nr. 259.
- [83] *Handelingen I* 2005/06, 31-1446, p. 1454.
- [84] C.M.D.S. Pavillon, 'The Interplay between the Unfair Commercial Practices Directive and Codes of Conduct', *Erasmus Law Review* 2012-4, p. 287.
- [85] Het bevreemdt overigens niet dat de vraag of, en zo ja, welke betekenis aan de tweezijdigheid van AV mag worden gehecht, op Europees niveau (nog) niet is geadresseerd. AV aan de totstandkoming waarvan consumentenorganisaties actief bijdragen, zijn dun gezaaid binnen de EU.
- [86] C.M.D.S. Pavillon, 'Beter consumentenrecht: naar een scherpere consumentvriendelijke onredelijk bezwarend-norm', *NTBR* 2011/63, afl. 8, p. 442.
- [87] A. Kristic, F.A. van Tilburg & P.W.J. Verbruggen, 'Private normstelling: criteria voor toepassing van private regelgeving in de rechtszaal', *Regelmaat* 2009 24 (4), p. 203-209.
- [88] Kristic e.a. 2009 gaan hier niet nader op in.
- [89] Vgl. Rb. 's-Gravenhage 2 februari 2010, *LJN* BL1615, r.o. 3.2.
- [90] Vgl. de Overleggroep Elektronische Communicatiediensten of die van Dating services.
- [91] Kristic e.a. 2009, p. 209. Vgl. het criterium 'concreet en kenbaar' van art. 6:193c lid 2 BW.
- [92] Vgl. Asser/Vranken 2005/90.
- [93] Een te zware stelplicht en bewijslast voor de consument staan op gespannen voet met de rechtspraak van het HvJ EU inzake de ambtshalve toetsingsplicht waarin de effectieve bescherming van de consument op grond van de Richtlijn oneerlijke bedingen voorop staat: Noot C.M.D.S. Pavillon onder HR 21 september 2012, *LJN* BW6135, *TBR* 2012/206, nr.14.