

HOOFDSTUK 1 BEGRIPPEN EN TOEPASSINGSGEBIED

1.1 INLEIDING

1. In de wettelijke regeling van de algemene voorwaarden in afdeling 6.5.3 BW staan de begrippen ‘algemene voorwaarden’, ‘gebruiker’, ‘wederpartij’ en het – niet door de wetgever gehanteerde – begrip ‘consument’ centraal. In artikel 6:231 onder a BW wordt een omschrijving gegeven van het begrip ‘algemene voorwaarden’.¹ Uit de wetstekst vloeit voort dat ‘kernbedingen’ in beginsel buiten de definitie vallen, en dat een beding alleen dan als een algemene voorwaarde kan worden gezien indien het bestemd is om in een aantal overeenkomsten te worden opgenomen. Artikel 6:231 onder b BW bevat de omschrijving van het begrip ‘gebruiker’, terwijl uit artikel 6:231 onder c BW de betekenis van het begrip ‘wederpartij’ kan worden gedestilleerd. Het in de literatuur gehanteerde begrip ‘consument’, met name van belang voor de lijsten van artikel 6:236 en 6:237, wordt eveneens in dit hoofdstuk besproken. Tot slot worden twee bijzondere bepalingen omtrent het toepassingsgebied van de wettelijke regeling kort besproken.

2. Algemene voorwaarden worden gebruikt om het proces van contractsluiting te vereenvoudigen en te versnellen. In dat opzicht biedt het gebruik van algemene voorwaarden voordelen voor zowel de gebruiker als de wederpartij: voor beide partijen leidt het gebruik tot kostenbesparingen omdat niet over alle details van de overeenkomst uitdrukkelijke afspraken behoeven te worden gemaakt. De gebruiker kan bovendien al zijn contracten op dezelfde wijze vormgeven en daarmee standaardiseren. Wanneer de gehele branche gebruikmaakt van dezelfde algemene voorwaarden hoeft bovendien niet te worden geconcentreerd op het terrein van de bijkomende contractsbedingen en hoeft ook de wederpartij zich niet steeds opnieuw op de hoogte te stellen van de inhoud van de algemene voorwaarden.² Dat betekent dat in een dergelijk geval de onderhandelingen zich kunnen concentreren op de essentialia van de overeenkomst en eventueel enkele specifieke onderdelen van de overeenkomst waar de wederpartij niet zonder meer akkoord is. Voor onderhandelingen op dergelijke onderdelen van algemene voorwaarden bestaat ook wel aanleiding: in veel gevallen zal de gebruiker van de algemene voorwaarden gebruik of zelfs misbruik hebben gemaakt van de mogelijkheid om de contractsvoorwaarden grotendeels

1 Dezelfde formulering is opgenomen in art. 8.1 onder c Wet handhaving consumentenbescherming; tot handhaving van die wet is bevoegd de Autoriteit Consument en Markt. Zie hiervoor nrs. 484 e.v.

2 Vgl. Wolters 2017, p. 116.

eenzijdig vast te stellen door deze in zijn voordeel op te stellen. De wetgever heeft met afdeling 6.5.3 BW op verschillende wijzen getracht om de wederpartij te beschermen tegen dergelijk misbruik. In dat opzicht is het niet verrassend dat vrijwel de gehele afdeling is van dwingend recht. Voor het merendeel van de bepalingen vloeit dit rechtstreeks voort uit de wet, nu artikel 6:246 BW dit met zoveel woorden bepaald. Afwijking van artikel 6:245³ en vermoedelijk ook van artikel 6:247 lid 1 en lid 4 BW is evenmin mogelijk.⁴ Voor zover de overeenkomst gesloten is met een consument, dient tevens rekening te worden gehouden met de Richtlijn oneerlijke bedingen,⁵ die van toepassing is op vrijwel alle overeenkomsten tussen consumenten en verkopers of dienstverleners, inclusief huurovereenkomsten,⁶ overeenkomsten met een advocaat,⁷ energieleveringsovereenkomsten,⁸ koopovereenkomsten betreffende onroerende⁹ of roerende zaken,¹⁰ erfpachtovereenkomsten,¹¹ overeenkomsten in de toeristische sector,¹² luchtvervoerovereenkomsten,¹³ verzekeringsovereenkomsten,¹⁴ beleggingsproducten,¹⁵ overeenkomsten met betrekking tot

3 Zie Hijma 2016, nr. 4; T&C/Valk, aant. 1 bij art. 6:245 BW.

4 Zie T&C/Valk, aant. 1 bij art. 6:247 BW.

5 Richtlijn 93/13/EEG van 5 april 1993, *PbEG* 1993, L 95/29.

6 Hof van Justitie 30 mei 2013, zaak C-488/11, ECLI:EU:C:2013:341, *NJ* 2013/487 (Asbeek Brusse); Hoge Raad 26 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:340, *NJ* 2017/214 (Ebecsek/Stichting Trudo); Hoge Raad 8 september 2017, ECLI:NL:HR:2017:2275, *NJ* 2017/347 (Lewis/Stam c.s.).

7 Hof van Justitie 15 januari 2015, zaak C-537/13, ECLI:EU:C:2015:14, *NJ* 2015/331 (Šiba).

8 Hof van Justitie 21 maart 2013, zaak C-92/11, ECLI:C:EU:2013:180, *NJ* 2013, 375 (RWE Vertrieb).

9 Hof van Justitie 16 januari 2014, zaak C-226/12, ECLI:EU:C:2014:10, *NJ* 2014/247 (Constructora Principado).

10 Hof van Justitie 28 juli 2016, zaak C-191/15, ECLI:EU:C:2016:612 (Verein für Konsumenteninformation/Amazon EU).

11 Zie bijv. Hoge Raad 29 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:769, *NJ* 2018/41 (Stichting Erfpachtersbelang Amsterdam e.a./Gemeente Amsterdam); Wissink 2018, p. 72.

12 Hof van Justitie 21 december 2016, zaak C-119/15, ECLI:EU:C:2016:987, *NJ* 2017/405 (Biuro Partner).

13 Hof van Justitie 6 juli 2017, zaak C-290/16, ECLI:EU:C:2017:523 (Air Berlin).

14 Hof van Justitie 23 april 2015, zaak C-96/14, ECLI:EU:C:2015:262 (Van Hove).

15 Hoge Raad 10 juli 2015, ECLI:NL:HR:2015:1866, *NJ* 2016/439 (Beerman/Dexia Nederland B.V.); Hoge Raad 21 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:773, *NJ* 2017/394 (Tijhuis/Dexia).

consumptief¹⁶ of hypothecair krediet¹⁷ en aannemingsovereenkomsten.¹⁸ Van het toepassingsgebied van de richtlijn uitgezonderd zijn echter arbeidsovereenkomsten, overeenkomsten die betrekking hebben op de gezinssituatie of het erfrecht en overeenkomsten die betrekking hebben op de oprichting en de statuten van vennootschappen.¹⁹ Ook bedingen waarin regels van aanvullend of dwingend recht zijn overgenomen, vallen buiten het toepassingsgebied van de richtlijn.²⁰

1.2 HET BEGRIP ‘ALGEMENE VOORWAARDEN’

1.2.1 *Schriftelijke, mondelinge en elektronische bedingen*

3. Volgens artikel 6:231 BW is een algemene voorwaarde een beding dat bestemd is in een aantal overeenkomsten te worden opgenomen. Een kernbeding, een beding dat de kern van de prestatie van een van beide partijen aangeeft, is daarentegen geen algemene voorwaarde, tenzij dit beding onduidelijk of onbegrijpelijk is geformuleerd. Voor de toepasbaarheid van de wettelijke regeling is niet relevant in welke vorm de algemene voorwaarden zijn gesteld.

16 Zie bijv. Hof van Justitie 15 maart 2012, zaak C-453/10, ECLI:EU:C:2012:144, NJ 2012/330 (Pereničová en Perenič/SOS financ spol. s r. o.); Hof van Justitie 14 juni 2012, zaak C-618/10, ECLI:EU:C:2012:349, NJ 2012/512 (Banco Español de Crédito); Hof van Justitie 21 februari 2013, zaak C-472/11, ECLI:EU:C:2013:88, NJ 2013/326 (Banif Plus Bank); Hof van Justitie 10 september 2014, zaak C-34/13, ECLI:EU:C:2014:2189 (Kušionová); Hof van Justitie 26 februari 2015, zaak C-143/13, ECLI:EU:C:2015:127 (Matei); Hof van Justitie 3 september 2015, zaak C-110/14, ECLI:EU:C:2015:538, NJ 2016/339 (Costea); Hof van Justitie 20 september 2017, zaak C-186/16, ECLI:EU:C:2017:703 (Andriiciuc).

17 Zie bijvoorbeeld Hof van Justitie 14 maart 2013, zaak C-415/11, ECLI:EU:C:2013:164, NJ 2013/374 Mok (Aziz); Hof van Justitie 14 november 2013, gevoegde zaken C-537/12 en C-116/13, ECLI:EU:C:2013:759 (Banco Popular Español); Hof van Justitie 30 april 2014, zaak C-26/13, ECLI:EU:C:2014:282, NJ 2014/355 (Kásler); Hof van Justitie 30 april 2014, zaak C-280/13, ECLI:EU:C:2014:279 (Barclays Bank/Sánchez García); Hof van Justitie 17 juli 2014, zaak C-169/14, ECLI:EU:C:2014:2099, NJ 2015/53 (Sánchez Morcillo); Hof van Justitie 21 januari 2015, gevoegde zaken C-482/13, 484/13, 485/13 en 487/13, ECLI:EU:C:2015:21 (Unicaja Banco e.a./Rueda e.a.); Hof van Justitie 11 juni 2015, zaak C-602/13, ECLI:EU:C:2015:397 (Banco Bilbao Vizcaya Argentaria); Hof van Justitie 1 oktober 2015, zaak C-32/14, ECLI:EU:C:2015:637 (ERSTE Bank); Hof van Justitie 21 december 2016, gevoegde zaken C-154/15, C-307/15 en C-308/15, ECLI:EU:C:2016:980, NJ 2017/213 m.nt. V.P.G. de Serière, *Ars Aequi* 2017, p. 218 m.nt. A.S. Hartkamp, *European Human Rights Cases* 2017/78 m.nt. J.M.L. van Duin (Gutiérrez Naranjo); Hof van Justitie 26 januari 2017, zaak C-421/14, ECLI:EU:C:2017:60 (Banco Primus).

18 Hoge Raad 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:691, NJ 2014/274 (Heesakkers/Voets).

19 Zie overweging 10 bij de Richtlijn oneerlijke bedingen; zie ook Wissink 2018, p. 72.

20 Zie art. 1 lid 2 Richtlijn oneerlijke bedingen; Hof van Justitie 21 maart 2013, zaak C-92/11, ECLI:EU:C:2013:180, NJ 2013/375 (RWE Vertrieb), punt 28; Hof van Justitie 30 april 2014, zaak C-280/13, ECLI:EU:C:2014:279 (Barclays Bank/Sánchez García), punten 41-43; zie ook Wissink 2018, p. 72-73.

4. Van ‘algemene voorwaarden’ in de zin van de wet kan sprake zijn wanneer het slechts gaat om een enkel beding.²¹ Ook de vorm waarin het beding is neergelegd – schriftelijk, mondeling of elektronisch – is sinds de inwerkingtreding van de Aanpassingswet richtlijn inzake elektronische handel²² niet langer relevant.²³

5. Het moet gaan om een *beding*, dat wil zeggen om een voorwaarde van contractuele aard die niet van rechtswege op de overeenkomst van toepassing is. Of een bepaling een dergelijke voorwaarde inhoudt dan wel slechts een technische omschrijving betreft, is een kwestie van uitleg van de bepaling waarbij de *Haviltex*-formule²⁴ dient te worden toegepast.²⁵ Geen beding is een bepaling uit een preambule of considerans of een toelichting, voor zover een dergelijke bepaling niet de bedoeling heeft om de wederpartij aan die bepaling te binden.²⁶ Ook stukken die van algemene en objectieve aard zijn, zijn niet te zien als algemene voorwaarden indien zij slechts objectieve criteria bieden voor de uitleg van tussen partijen geldende bedingen.²⁷ Een bepaling bij de ingang van een winkel met het ‘vriendelijke verzoek’ om desgevraagd in te stemmen met een tassencontrole bij de uitgang, heeft wel degelijk de bedoeling om de wederpartij te binden en is mijns inziens dus te zien als een beding in de zin van de wet.²⁸ Dat geldt ook voor een exoneratiebeding dat is opgenomen in een brochure²⁹ of een gebruikershandleiding.³⁰ Een bepaling uit de wet of een algemene maatregel van bestuur is als zodanig geen algemene voorwaarde omdat de bepaling niet door aanvaarding door de wederpartij, maar van rechtswege deel uitmaakt van de overeenkomst.³¹ Dat is echter anders wanneer de wetsbepaling is overgenomen in de contracts-

21 In deze zin Jongeneel, in: Wessels/Jongeneel 2017, p. 102.

22 Wet van 13 mei 2004 tot aanpassing van het Burgerlijk Wetboek, het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, het Wetboek van Strafrecht en de Wet op de economische delicten ter uitvoering van richtlijn nr. 2000/31/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 8 juni 2000 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel, in de interne markt (Pb. EG L 178), *Stb.* 2004, 210 (inwerkingtreding 19 juni 2004, *Stb.* 2004, 285).

23 Jongeneel, in: Wessels/Jongeneel 2017, p. 102.

24 Hoge Raad 13 maart 1981, *NJ* 1981/635 (Ermes/Haviltex).

25 Hoge Raad 13 juni 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF5538, *NJ* 2003/506 (Vos Logistics Veendam/Heipro Zetterij c.s.). Zie ook mijn annotatie in *TBR* bij Hof Amsterdam 15 december 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:5258.

26 Jongeneel, in: Wessels/Jongeneel 2017, p. 100.

27 Rechtbank Utrecht 3 september 2003, *NJF* 2004/11 (K/Axa Zorg N.V.).

28 Ook naar Duits recht wordt een dergelijk ‘verzoek’ als algemene voorwaarde beoordeeld indien daaruit de bedoeling voortvloeit om de klant te verplichten tot medewerking aan een tassencontrole, zie BGH 3 juli 1996, VIII ZR 221/95, *BGHZ* 133, 184, *NJW* 1996, 2574. Vgl. voorts Ulmer/Habersack, in: Ulmer/Brandner/Hensen 2011, nr. 11a bij § 305 BGB; Basedow, in: Münchener Kommentar, nr. 12 bij § 305 BGB.

29 Vgl. Hoge Raad 22 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA3032, *NJ* 2007/344 (Maclaine Pont/Mensportcentrum Udo de Haan).

30 Vgl. Rechtbank Limburg, sector kanton, locatie Roermond, ECLI:NL:RBLIM:2018:1203 International Car Cleaning Pitlo B.V./Toolmania B.V.).

31 Jongeneel, in: Wessels/Jongeneel 2017, p. 100.

voorwaarden, zij het dat dergelijke bepalingen in de regel niet als onredelijk bezwarend zullen worden aangemerkt, juist omdat zij overeenstemmen met een wetsbepaling.³² Ook de statuten van een (coöperatieve) vereniging zijn van rechtswege van toepassing op de relatie tussen de vereniging en haar leden, zodat eventuele beperkingen van de aansprakelijkheid van de (coöperatieve) vereniging in haar statuten geen algemene voorwaarden in de zin van artikel 6:231 onder a BW zijn.³³ Niet vereist is dat de overeenkomst een wederkerige of een eenzijdige overeenkomst is, aangezien afdeling 6.5.3 BW op beide typen overeenkomst van toepassing is.³⁴ Evenmin is relevant of het beding in een door de wederpartij ondertekend contractsdocument is opgenomen, is opgenomen in een document dat als bijlage bij een ondertekend contractsdocument is gevoegd of is afgedrukt op de achterzijde daarvan, of (als onderdeel van een set algemene voorwaarden) afzonderlijk aan de wederpartij is toegezonden.³⁵

1.2.2 *Bestemmingscriterium*

6. Om als algemene voorwaarde te worden aangemerkt, dient het beding te zijn opgesteld om in een aantal overeenkomsten te worden opgenomen. Uit de parlementaire geschiedenis kan worden afgeleid dat in ieder geval aan het bestemmingscriterium is voldaan indien de wederpartij bewijst dat het beding vijf maal of vaker is gebruikt.³⁶ In de literatuur wordt verdedigd dat zelfs bij voorwaarden die slechts eenmaal eerder zijn gebruikt, van algemene voorwaarden kan worden gesproken indien de wederpartij geen invloed kan hebben op de, vooraf door de gebruiker, opgestelde bedingen.³⁷ Hijma voegt daar, mijns inziens terecht, aan toe dat ook van algemene voorwaarden in de zin van de wet sprake is indien de gebruiker de algemene voorwaarden voor eenmalig gebruik heeft bestemd, maar desalniettemin bij de wederpartij de indruk heeft gewekt dat zij de algemene voorwaarden vaker

32 Zie Hoge Raad 23 februari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB0220, NJ 2001, 277 (Cloudstorm/ABN Amro); vgl. ook Jongeneel, in: Wessels/Jongeneel 2017, p. 101.

33 Hof Den Haag 29 juni 2010, ECLI:NL:GHSGR:2005:BM9599 (X/Coöperatie voor Agrarische Arbeidsvoorziening Zuid Hollandse Eilanden B.A.).

34 Zie art. 6:213 BW. In deze zin Rechtbank Arnhem 15 juni 2000, ECLI:NL:RBARN:2000:AA6238 (Exacta Benelux/Scheepmaker en Adriaans).

35 Vgl. ook Rechtbank Rotterdam, sector kanton, 25 november 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:9097 (X/UHV). Becker, in: Bamberger/Roth 2007, nr. 30 bij § 305 BGB.

36 Vgl. Parl. Gesch. Inv. Boek 6, p. 1546-1547.

37 Vgl. Hijma 2016, nr. 13; Jongeneel, in: Wessels/Jongeneel/Hendrikse 2017, p. 104. Naar Duits recht wordt aangenomen dat aan het bestemmingscriterium is voldaan indien de wederpartij bewijst dat het beding driemaal of vaker is gebruikt, terwijl ook dan de gebruiker tegenbewijs kan bieden. Zie Becker, in: Bamberger/Roth 2007, nrs. 23 en 39 bij § 305 BGB; Basedow, in: Münchener Kommentar, nr. 18 bij § 305 BGB. Het Bundesgerichtshof heeft in ieder geval geoordeeld dat als vast komt te staan dat de voorwaarden slechts bij één eerdere overeenkomst zijn gehanteerd (en geen andere aanwijzingen tot voorgenomen gebruik bestaan), geen sprake is van algemene voorwaarden, zie BGH 26 september 1996, VII ZR 318/95, NJW 1997, 135.

gebruikt of zal gebruiken: beslissend is immers niet de subjectieve intentie van de gebruiker, maar hetgeen de wederpartij op dit punt mocht aannemen.³⁸ Aan het bestemmingscriterium is in ieder geval voldaan wanneer een partij aankondigt dat zij bepaalde bedingen in haar overeenkomsten zal gaan gebruiken. Uit de parlementaire geschiedenis wordt duidelijk dat al snel aan het bestemmingscriterium zal zijn voldaan: van een ‘aankondiging’ is niet alleen sprake indien het briefpapier van een partij vermeldt dat ‘op al onze overeenkomsten (...) onze algemene voorwaarden van toepassing (zijn)’; een advertentie in de krant, een opmerking in een prospectus of deponering van de algemene voorwaarden bij de griffie van een rechtbank of bij een Kamer van Koophandel heeft hetzelfde effect.³⁹ Van algemene voorwaarden die door een brancheorganisatie ten behoeve van haar leden worden opgesteld, staat per definitie vast dat aan het bestemmingscriterium is voldaan.⁴⁰ Ook indien de bedingen uitsluitend bestemd zijn om te worden opgenomen in meerdere overeenkomsten tussen dezelfde partijen, is sprake van algemene voorwaarden.⁴¹ Daarvan is echter geen sprake indien het beding is bestemd om te worden opgenomen in één overeenkomst, ook al wordt die overeenkomst gesloten met een groot aantal wederpartijen; wel is in een dergelijk geval sprake van een vooraf opgesteld beding waar de Richtlijn oneerlijke bedingen op van toepassing kan zijn indien het beding binnen het toepassingsgebied van de richtlijn valt.⁴²

7. Dit alles kan anders worden indien tussen partijen over de contractsvoorwaarden wordt onderhandeld. In de praktijk zal dat uiteraard slechts geschieden indien tussen partijen een zekere gelijkwaardigheid bestaat die verhindert dat de ene partij min of meer automatisch gedwongen wordt akkoord te gaan met de voorwaarden die de ander stelt voor contractsluiting. Onderhandelingen zullen soms tot wijziging van een beding leiden; in dat geval is het beding een ‘individueel beding’ geworden, zodat het aan de werking van afdeling 6.5.3 BW ontsnapt.⁴³ Als de onderhandelingen *niet* leiden tot een wijziging van het beding,

38 Hijma 2016, nr. 13.

39 Parl. Gesch. Inv. Boek 6, p. 1538; in deze zin ook Asser-Hartkamp/Sieburgh 6-III*, nr. 464.

40 Asser-Hartkamp/Sieburgh 6-III*, nr. 464; Hijma 2016, nr. 13. Vgl. ook Asser-Vranken***, nr. 89, die bepleit dat op terreinen waar nog geen algemene voorwaarden bestaan, de beroeps- en brancheorganisaties verplicht zouden moeten worden ze tot stand te brengen.

41 Vgl. Ulmer/Habersack, in: Ulmer/Brandner/Hensen 2011, nr. 23 bij § 305 BGB.

42 Hof Arnhem-Leeuwarden, locatie Leeuwarden, 11 juli 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:5961 (X/Pharma Slovakia c.s.). Zie ook hieronder, nr. 10.

43 Zie Jongeneel, in: Wessels/Jongeneel 2017, p. 116. Daarbij moet overigens een kanttekening worden gemaakt: als de wijziging marginaal is en het beding in de kern dus ongewijzigd is gebleven en slechts afgezwakt is en nadelig blijft voor de wederpartij, dient het mijns inziens nog steeds als algemene voorwaarde te worden aangemerkt. In deze zin het Bundesgerichtshof, de hoogste Duitse rechter; vgl. BGH 7 maart 2013, VII ZR 162/12, n.n.g. (Einbau Küche). Vgl. ook Becker, in: Bamberger/Roth 2007, nr. 35 bij § 305 BGB, die wijst op het risico dat aanvankelijk een extreem vergaande bepaling wordt voorgesteld, om deze ‘bij wege van tegemoetkoming’ na commentaar van de wederpartij te vervangen door een minder vergaand, maar nog steeds onbehoorlijk beding: een dergelijke praktijk zou er bij een restrictieve uitleg van het begrip ‘algemene

blijft sprake van een algemene voorwaarde in de zin van artikel 6:231 onder a BW.⁴⁴ Dat wil overigens niet zeggen dat de onderhandelingen in het geheel geen rol meer spelen: het feit dat over het beding is onderhandeld, kan bij de toepassing van de open norm van artikel 6:233 onder a BW (de beoordeling of een beding ‘onredelijk bezwarend’ is) als ‘omstandigheid van het geval’ worden meegewogen.⁴⁵

7a. Van uitonderhandelde, individuele bedingen is geen sprake indien de wederpartij de mogelijkheid heeft te kiezen tussen twee verschillende (sets van) bedingen, waarbij de keuze voor de ene bepaling leidt tot een hogere of lagere prijs: bij een dergelijk ‘Tarifwahlsystem’ is steeds sprake van algemene voorwaarden, maar ook hier kan het feit dat een keuze kon worden gemaakt, van invloed zijn bij de beoordeling van de bedingen.⁴⁶ Van een individueel beding is daarentegen wel sprake indien bij de keuze voor de duur van een overeenkomst de wederpartij zelf de gewenste duur aangeeft zonder daarbij te kiezen uit door de gebruiker aangegeven standaardopties.⁴⁷

8. Het onderscheid tussen voor eenmalig gebruik bestemde of individueel (uit-)onderhandelde bedingen en algemene voorwaarden is door het voortschrijden van de digitalisering tegenwoordig in de praktijk moeilijker te maken: gebruikers van algemene voorwaarden kunnen in hun computer uitgebreide contractsmodellen hebben opgeslagen en kunnen deze ogenschijnlijk individualiseren door op geëigende plaatsen persoonlijke gegevens van de wederpartij, zoals naam en adres, toe te voegen. In dergelijke gevallen zal de wederpartij de op haar rustende bewijslast⁴⁸ dat het in werkelijkheid om algemene voorwaarden gaat, veelal slechts kunnen leveren door contractsdocumenten, behorende bij andere overeenkomsten, in geding te brengen of door middel van getuigenbewijs. Mede om discussie over het al dan niet uitonderhandeld hebben te voor-

voorwaarden’ ten onrechte toe kunnen leiden dat het nieuwe beding (dat veelal ook al vooraf opgesteld was) niet aan de inhoudscontrole onderworpen is.

44 Asser-Hartkamp/Sieburgh 6-III*, nr. 465; Hijma 2016, nr. 15; Jongeneel, in: Wessels/Jongeneel 2017, p. 116; Loos 1998, p. 138; Mölenberg 1995, p. 163. Hijma 2016, nr. 15, merkt terecht op dat een andere opvatting de weg naar chicanes zou openen en tot teveel onzekerheid over de toepasselijkheid van afdeling 6.5.3 BW zou leiden.

45 In deze zin ook Groene Serie Verbintenissenrecht/Hondius, aant. 9 bij art. 6:231 BW; Hijma 2016, nr. 15; Loos 1998, p. 138-139.

46 Vgl. Jongeneel, in: Wessels/Jongeneel 2017, p. 116. Zie in deze zin voor het Duitse recht ook BGH 15 februari 2017, IV ZR 91/16, NJW 2017, 2346; Basedow, in: Münchener Kommentar, nr. 40 bij § 305 BGB; Becker, in: Bamberger/Roth 2007, nrs. 18-19 bij § 305 BGB. Zie over de beoordeling van een beding bij het ‘Tarifwahlsystem’ hierna, nr. 213.

47 BGH 15 februari 2017, IV ZR 91/16, NJW 2017, 2346.

48 Zie hieronder, nr. 16.

komen, is in België ervoor gekozen in beginsel alle bedingen te onderwerpen aan de inhoudstoets, met uitzondering van duidelijk en begrijpelijk geformuleerde kernbedingen.⁴⁹ Een dergelijke benadering lijkt ook zuiverder dan de benadering van de hoogste Duitse rechter in civiele zaken, het Bundesgerichtshof, dat (in ieder geval bij niet zeer duidelijk geformuleerde bedingen) pas dan sprake is van een individueel uitonderhandeld beding indien de gebruiker de wederpartij heeft geïnformeerd over de inhoud en de reikwijdte van het beding, opdat de wederpartij *informed consent* kan geven ten aanzien van de opname van het beding.⁵⁰

9. Algemene voorwaarden worden soms door een ‘derde’ opgesteld. Dat kan een derde zijn die zich duidelijk aan de kant van een van de partijen bevindt (de brancheorganisatie van de ondernemer, de door een van de partijen ingeschakelde advocaat of adviseur), maar ook een door partijen gezamenlijk ingeschakelde ‘neutrale’ derde, zoals een notaris. Ook is het mogelijk dat partijen een modelcontract overnemen, zoals bijvoorbeeld NVM-koopcontract voor de verkoop van onroerend goed. In de beide laatste gevallen wordt wel gesproken van nulzijdige algemene voorwaarden.⁵¹ Voor zover die voorwaarden niet speciaal voor *deze* overeenkomst zijn opgesteld, zijn zij te beschouwen als algemene voorwaarden.⁵² Dat is niet anders indien de partijen alleen in deze overeenkomst algemene voorwaarden (laten) opnemen. Anders gezegd: of een partij een ‘repeat player’ is, doet niet af aan de kwalificatie van de bedingen als ‘algemene voorwaarden’.⁵³ Daarmee is de discussie of afdeling 6.5.3 BW van toepassing is op dergelijke algemene voorwaarden echter nog niet beslecht. Beslissend daarvoor is of een van de partijen als ‘gebruiker’ van de algemene voorwaarden kan worden aangemerkt.⁵⁴

10. Het ‘bestemmingscriterium’ staat op gespannen voet met de (uitsluitend voor overeenkomsten waarbij de wederpartij een consument is geldende) Richtlijn oneerlijke bedingen. De richtlijn spreekt namelijk niet over bedingen

49 Vgl. art. VI.82 Wetboek van Economisch Recht. Vgl. ook Cambie 2009, nr. 86; Swaenepoel/Stijns/Wéry 2009, p. 149-150.

50 Zie BGH 19 mei 2005, III ZR 437/04, NJW 2005, 2543; hierover terecht kritisch Gottschalk 2006, p. 566-567.

51 Heyman/Bartels 2012, nr. 72.

52 Anders, voor zover het gaat om bedingen die niet als algemene voorwaarden herkenbaar zijn, Jongeneel, in: Wessels/Jongeneel 2017, p. 105, met een beroep op de parlementaire geschiedenis.

53 Jongeneel 1991, nr. 101 e.v.; Jongeneel 1991b, p. 813. In deze zin ook Hof Den Bosch 22 juli 2003, ECLI:NL:GHSHE:2003:AL1831 (Van den Bergh Technische Installaties B.V./Reinaerts). Anders Asser-Hartkamp/Sieburgh 6-III*, nr. 465; Hijma 2016, nr. 18. Ik kom evenwel tot dezelfde eindconclusie als Hijma, te weten dat de algemene voorwaarden-regeling in veel van deze situaties niet van toepassing zal zijn. Zie hieronder, nrs. 18-19.

54 Zie hieronder, nrs. 18-19.

die bestemd zijn om in een aantal overeenkomsten te worden opgenomen, maar om een beding dat vooraf is opgesteld en waarover niet afzonderlijk is onderhandeld (art. 2 onder a en art. 3 lid 1 richtlijn). De consument dient wel te stellen en zo nodig te bewijzen dat het beding vooraf is opgesteld. Het is vervolgens aan de gebruiker om te bewijzen dat over een beding individueel onderhandeld is en daarom niet onder de richtlijn valt.⁵⁵ Het zou beter zijn geweest indien bij de aanpassing van artikel 6:231 BW aan de richtlijn, de wet ook op dit punt was aangepast, bijvoorbeeld door opname van een tweede lid.⁵⁶ Omdat de rechter gehouden is het Nederlandse recht op dit punt richtlijnconform te interpreteren, zal hij het bestemmingscriterium zo mogelijk moeten negeren en het beding, indien het oneerlijk wordt geoordeeld, moeten vernietigen,⁵⁷ dan wel – indien hij zou oordelen dat artikel 6:231 BW niet richtlijnconform kan worden geïnterpreteerd – met toepassing van artikel 6:248 lid 2 BW het beding buiten toepassing moeten laten op grond van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid.⁵⁸

1.2.3 Kernbedingen

11. Het tweede vereiste dat voortvloeit uit de omschrijving van het begrip algemene voorwaarden in artikel 6:231 onder a BW, betreft de slotwoorden van de bepaling: de regeling van afdeling 6.5.3 BW is niet van toepassing op ‘bedingen die de kern van de prestaties aangeven’. De richtlijn perkt dan ook niet de vrijheid van prijszetting van een ondernemer in.⁵⁹ Achtergrond van deze uitzondering is dat de wetgever heeft willen voorkomen dat een beperkte vorm van de *iustum pretium*-leer zou worden aanvaard.⁶⁰ Achterliggende gedachte is dat juist voor de primaire prestaties geldt dat alleen de desbetreffende partijen kunnen bepalen of deze met elkaar in evenwicht zijn en dat de wederpartij – juist omdat het om de fundamentele balans tussen de wederzijdse prestaties gaat – heel goed in staat is om zelf die afweging te maken, ook al is zij niet in de gelegenheid geweest om over de

55 Zie art. 3 lid 2 derde zin Richtlijn oneerlijke bedingen. Anders BGH 15 april 2008, X ZR 126/06, BGHZ 176, 140, NJW 2008, 2250, volgens welke de consument ook dient te bewijzen dat hij geen invloed kon hebben op het beding als gevolg van het feit dat het beding vooraf opgesteld was.

56 In Duitsland bepaalt (thans) § 310 lid 3 nr. 2 BGB uitdrukkelijk dat voor consumentenovereenkomsten de wettelijke regeling ook van toepassing is op bedingen die weliswaar bestemd zijn voor eenmalig gebruik, maar wel voor contractsluiting door de gebruiker zijn opgesteld.

57 In deze zin Hof Arnhem-Leeuwarden, locatie Leeuwarden, 11 juli 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:5961 (X/Pharma Slovakia c.s.).

58 In deze zin ook Asser-Hartkamp/Sieburgh 6-III*, nr. 465; Pavillon 2013, nr. 15.

59 Vgl. Hof van Justitie 6 juli 2017, zaak C-290/16, ECLI:EU:C:2017:523 (Air Berlin), punt 47.

60 Vgl. Asser-Hartkamp/Sieburgh 6-III*, nr. 467; Jongeneel, in: Wessels/Jongeneel 2017, p. 105-106. In deze zin voor het Duitse recht ook Fuchs, in: Ulmer/Brandner/Hensen 2011, nr. 14 bij § 307 BGB; in deze zin voor het Belgische recht Cambie 2009, nr. 89; Swaenepoel/Stijns/Wéry 2009, p. 164.

prijs of de precieze prestatie van de gebruiker te onderhandelen.⁶¹ Een inhoudscontrole van de kernprestaties van partijen zou in die opvatting een te vergaande inbreuk vormen op de vrijheid van partijen om de inhoud van hun overeenkomst zelf vorm te geven.⁶² Bovendien zou het voor de rechter juist problematisch zijn om te beoordelen in hoeverre de kern van de prestaties met elkaar in evenwicht zijn, daar in de meeste gevallen een deugdelijke maatstaf voor de beoordeling ontbreekt.⁶³ Onjuist is echter de gedachte dat kernbedingen niet in (een set met) algemene voorwaarden mogen zijn opgenomen omdat niet aanvaardbaar zou zijn dat dergelijke bedingen door de werking van artikel 6:232 BW dan op te eenvoudige wijze deel uit zouden kunnen maken van de overeenkomst:⁶⁴ zelfs indien de wijze waarop de prijs wordt vastgesteld uitsluitend geregeld is in een beding in de algemene voorwaarden, kan de aanvaarding door de wederpartij van de algemene voorwaarden betekenen dat de verbintenissen van partijen voldoende bepaalbaar zijn en daarmee dat de overeenkomst gesloten is, mits op basis van de artikelen 3:33 en 3:35 BW bij de gebruiker van de algemene voorwaarden het gerechtvaardigd vertrouwen bestaat dat de wederpartij heeft willen instemmen met de contractsluiting tegen de op basis van het beding te bepalen prijs. Omgekeerd betekent het enkele feit dat een (prijswijzigings)beding niet in de bijgevoegde algemene voorwaarden, maar in de door de wederpartij ondertekende offerte is opgenomen niet dat het beding als kernbeding moet worden gezien,⁶⁵ al kan dat feit in twijfelgevallen wel een rol spelen bij de beoordeling van het beding.⁶⁶

12. Uit zowel de parlementaire geschiedenis⁶⁷ als de rechtspraak van de Hoge Raad⁶⁸ en die van het Hof van Justitie⁶⁹ blijkt dat het begrip ‘kernbeding’ zo beperkt mogelijk moet

61 Zie Riesenhuber 2011, p. 124-125.

62 Riesenhuber 2011, p. 132-133. In deze zin ook Parl. Gesch. Inv. Boek 6, p. 1521. De uitzondering komt in de meeste Europese landen en ook in de Richtlijn oneerlijke bedingen voor. Belangrijke uitzonderingen vormen de Scandinavische landen, zie Hesselink 2001, p. 60, met nadere verwijzingen, en Spanje. Een dergelijke uitbreiding van het toepassingsgebied van de inhoudscontrole wordt niet door de richtlijn verboden, zie Hof van Justitie 3 juni 2010, zaak C-484/08, ECLI:EU:C:2010:309, NJ 2010/555 (Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid).

63 Hof van Justitie 30 april 2014, zaak C-26/13, ECLI:EU:C:2014:282, NJ 2014/355 (Kásler), punten 54-55; Hof van Justitie 26 februari 2015, zaak C-143/13, ECLI:EU:C:2015:127 (Matei), punt 55. Vgl. ook Fuchs, in: Ulmer/Brandner/Hensen 2011, nrs. 18 en 19 bij § 307 BGB.

64 In deze zin echter Rechtbank Amsterdam 17 juni 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:3649 (Quades/Response Concepts).

65 Vgl. Hof Den Haag 8 maart 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:486 (Tio Teach B.V./X).

66 Geschillencommissie Financiële Dienstverlening 14 juni 2017, nr. 2017-364.

67 Parl. Gesch. Inv. Boek 6, p. 1521, p. 1527.

68 Hoge Raad 19 september 1997, NJ 1998/6 (Assoud/Nationale Sporttotalisator); Hoge Raad 21 februari 2003, NJ 2004/567 (Stous/Stichting Parkwoningen Hoge Weide).

69 Hof van Justitie 30 april 2014, zaak C-26/13, ECLI:EU:C:2014:282, NJ 2014/355 (Kásler), punten 42, 49-50; Hof van Justitie 26 februari 2015, zaak C-143/13, ECLI:EU:C:2015:127 (Matei), punten 49 en 54; Hof van

worden opgevat.⁷⁰ Niet bepalend is of het beding een voor de gebruiker (of voor beide partijen) belangrijk punt regelt, maar of, objectief gezien, de overeenkomst zonder het beding niet tot stand zou kunnen komen omdat de verbintenissen van partijen dan onvoldoende bepaalbaar zouden zijn.⁷¹ Als vuistregel kan daarbij worden gesteld dat kernbedingen veelal zullen samenvallen met de essentialia van de overeenkomst,⁷² alsmede de prijs en de wijze waarop deze wordt vastgesteld, voor zover de wet de prijs niet reeds als ‘essentiale’ voor de totstandkoming van de overeenkomst moet worden beschouwd.⁷³ Daarbij is de benaming van een beding niet beslissend: ook ‘investeringskosten’ behoren volgens het (inmiddels in de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening opgegaane) Klachtencommissie Dutch Security Institute tot de prijs voor de diensten van een beleggingsfonds,⁷⁴ terwijl dat volgens het Hof Den Bosch niet het geval is voor bovenop de maandelijksse beleggingspremie te betalen beheerskosten en aanvullende administratiekosten.⁷⁵ Een beding dat voorkomt op de lijsten van de artikelen 6:236 en 6:237 BW (de ‘zwarte’ en ‘grijze’ lijst)⁷⁶ of een vertegenwoordigingsbeding als bedoeld in artikel 6:238 lid 1 BW is,⁷⁷ is in ieder geval geen kernbeding: uit de enkele plaatsing van het beding op een van de lijsten blijkt immers dat de wetgever van mening is *dat* het beding onder de toetsing van afdeling 6.5.3 BW valt en *dus* geen kernbeding kan zijn.⁷⁸ Hetzelfde geldt voor bedingen

Justitie 23 april 2015, zaak C-96/14, ECLI:EU:C:2015:262 (Van Hove), punt 31; Hof van Justitie 20 september 2017, zaak C-186/16, ECLI:EU:C:2017:703 (Andrić), punt 34.

- 70 In deze zin ook Asser-Hartkamp/Sieburgh 6-III*, nr. 467; Hijma 2016, nr. 14; Mölenberg 1995, p. 162; Sandee 1995, p. 68; T&C/Valk, aant. 2c bij art. 6:231 BW. Zie voor het Duitse recht ook Fuchs, in: Ulmer/Brandner/Hensen 2011, nrs. 40 en 41 bij § 307 BGB, met talrijke verwijzingen naar literatuur en rechtspraak.
- 71 Parl. Gesch. Inv. Boek 6, p. 1527; Hoge Raad 21 februari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF1563, NJ 2004/567 (Erven Stous/Stichting Parkwoningen Hoge Weide I); zie ook Sandee 1995, p. 68.
- 72 Hoge Raad 19 september 1997, NJ 1998/6 (Assoud/Nationale Sporttotalisator). In deze zin ook Hof Den Haag 25 augustus 1998, NJ 1999/298, (Consumentenbond/Stad Rotterdam). Zie ook Hof van Justitie 3 juni 2010, zaak C-484/08, ECLI:EU:C:2010:309, NJ 2010/555 (Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid), punt 34; Hof van Justitie 30 april 2014, zaak C-26/13, ECLI:EU:C:2014:282, NJ 2014/355 (Kásler), punten 46 en 49; Hof van Justitie 26 februari 2015, zaak C-143/13, ECLI:EU:C:2015:127 (Matei), punt 54; Hof van Justitie 23 april 2015, zaak C-96/14, ECLI:EU:C:2015:262 (Van Hove), punt 33.
- 73 Zo ook A-G Wissink, in zijn conclusie van 4 januari 2013, ECLI:NL:PHR:2013:BY8275; de Hoge Raad heeft deze zaak afgedaan met toepassing van art. 81 RO, zie Hoge Raad 22 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY8275 (Premtech Car Complete B.V./Netlijn Utrecht B.V.). In deze zin ook Parl. Gesch. Inv. Boek 6, p. 1521, 1527-1528; Hijma 2016, nr. 14; Jongeneel, in: Wessels/Jongeneel 2017, p. 106; Rechtbank Amsterdam 17 juni 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:3649 (Quades/Response Concepts). Anders echter Hof Arnhem 16 februari 2010, ECLI:NL:GHARN:2010:BL7461 (P.M.F. Otten deurwaarder Heerlen B.V./Dijks Leijssen Advocaten B.V.), dat oordeelde dat een beding tot betaling van ‘afwikkelingskosten’ geen kernbeding was omdat het bij vernietiging zou worden vervangen door de bepaling van art. 7:405 lid 2 BW.
- 74 Vgl. Klachtencommissie DSI 4 maart 2004, TvC 2004/6, p. 213.
- 75 Hof Den Bosch 2 mei 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:1875 (X/ASR Levensverzekering N.V.).
- 76 Zie daarover verder hoofdstuk 6.
- 77 Vgl. Voorzieningenrechter Rechtbank Zwolle-Lelystad, locatie Lelystad, 19 oktober 2005, ECLI:NL:RBZLY:2005:AU5011 (X/Rijkmans Emmeloord B.V.).
- 78 Hof Den Bosch 2 mei 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:1875 (X/ASR Levensverzekering N.V.); Geschillencommissie Financiële Dienstverlening 14 juni 2017, nr. 2017-364. Zie ook Asser-Hartkamp/Sieburgh 6-III*, nr.

die op de ‘blauwe lijst’ – de bijlage bij de Richtlijn oneerlijke bedingen⁷⁹ – voorkomen.⁸⁰ Dat geldt ook indien deze kosten wél afzonderlijk vermeld zijn bij de prijs, zoals annuleringskosten bij een pakketreis.⁸¹

13. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat bedingen die de prestaties van partijen nader beschrijven, niet onder het begrip ‘kernbeding’ vallen.⁸² Uitdrukkelijk geen kernbeding – en dus onderworpen aan de toetsing van afdeling 6.5.3 BW – zijn bedingen betreffende prijsverhogingen,⁸³ de bepaling van de prijs door een derde, de levertijd, de plaats en het tijdstip van prestatie, het recht tot vervroegde aflossing, de beperking of uitsluiting van aansprakelijkheid (exoneratieclausule) of de uitbreiding van overmacht, en annulering.⁸⁴ Evenmin een kernbeding is het beding dat de duur (looptijd) van een overeenkomst weergeeft,⁸⁵ het beding dat aangeeft op welke wijze een kansspelovereenkomst tot stand komt,⁸⁶ het beding op grond waarvan de verkoper tegen een bepaalde geïndexeerde prijs het verkochte kan terugkopen,⁸⁷ het beding volgens hetwelk voor de totstandkoming van een hypothecaire leningsovereenkomst vereist is dat de hypotheekgever de verplichting op zich heeft genomen om de door hem met betrekking tot het hypothecaire onderpand af te sluiten en in stand te houden brand- of opstalverzekering onder te brengen bij de verstrekker van

468; Hijma 2016, nr. 14; Loos 1998, p. 140; Mölenberg 1995, p. 163; T&C/Valk, aant. 2c bij art. 6:231 BW; Jongeneel, in: Wessels/Jongeneel 2017, p. 109. Naar Belgisch recht wordt hetzelfde resultaat bereikt: voor zover dergelijke bedingen kernbedingen zijn, kunnen ze niet aan de open norm van art. VI.82 Wetboek van Economisch Recht worden getoetst, maar wel aan de zwarte lijst van art. VI.83 van die wet; vgl. Schraeyen 2012, nr. 25. De Belgische zwarte lijst bevat 33 bepalingen, die volgens art. VI.84 Wetboek van Economisch Recht ‘verboden en nietig’ worden geacht, zie Schraeyen 2012, nr. 21.

79 Zie hieronder, par. 6.4 (nrs. 338 e.v.).

80 Zie Hof van Justitie 26 februari 2015, zaak C-143/13, ECLI:EU:C:2015:127 (Matei), punt 60; in deze zin ook Jongeneel, in: Wessels/Jongeneel 2017, p. 109.

81 Rechtbank Midden-Nederland, sector kanton, locatie Utrecht, 1 juni 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:2935.

82 Parl. Gesch. Inv. Boek 6, p. 1521, 1527. In deze zin ook Hof van Justitie 30 april 2014, zaak C-26/13, ECLI:EU:C:2014:282, NJ 2014/355 (Kásler), punt 50; Hof van Justitie 26 februari 2015, zaak C-143/13, ECLI:EU:C:2015:127 (Matei), punt 54; Hof van Justitie 23 april 2015, zaak C-96/14, ECLI:EU:C:2015:262 (Van Hove), punt 33; Hof van Justitie 20 september 2017, zaak C-186/16, ECLI:EU:C:2017:703 (Andriuc), punt 36. Zo ook Asser-Hartkamp/Sieburgh 6-III*, nr. 468; Hijma 2016, nr. 14; Loos 1998, p. 139-140; Mölenberg 1995, p. 163; Sandee 1995, p. 69.

83 Zie bijv. Rechtbank Limburg, locatie Roermond, 8 februari 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:959 (Stichting Renteclaim/Rabobank Roermond-Echt U.A.) betreffende een beding op grond waarvan de bank de bevoegdheid had om de variabele rente bij een hypothecaire lening te wijzigen.

84 Parl. Gesch. Inv. Boek 6, p. 1521 en 1527. Zie voor de exoneratieclausule ook uitdrukkelijk Hof Den Haag 27 juni 1996, TvC 1996/4, p. 282 (Consumentenbond/EnergieNed en Vewin) en Hoge Raad 16 mei 1997, NJ 2000/ 1 (Consumentenbond/EnergieNed en Vewin).

85 Hoge Raad 10 juli 2015, ECLI:NL:HR:2015:1866, NJ 2016/439 (Beerman/Dexia Nederland B.V.).

86 Hoge Raad 19 september 1997, NJ 1998/6 (Assoud/Nationale Sporttotalisator).

87 Hoge Raad 21 februari 2003, NJ 2004/567 (Stous/Stichting Parkwoningen Hoge Weide).

de lening of een door deze aan te wijzen verzekeringmaatschappij,⁸⁸ het beding in een hypotheekakte dat de hypotheekgever bij vervroegde aflossing een boeterente verschuldigd is⁸⁹ of het beding bij een erfpachtovereenkomst op grond waarvan de erfverpachter bij verkoop van het erfpachtrecht het recht heeft de canon te verhogen.⁹⁰ Ook het beding dat bij tussentijdse beëindiging van een franchiseovereenkomst wegens wanprestatie van de franchisenemer deze de franchisegever een op een bepaalde wijze vastgestelde schadevergoeding verschuldigd is, betreft niet de kern van de prestatie van de franchisenemer maar slechts de gevolgen van niet-nakoming daarvan en is dus geen kernbeding.⁹¹ Terecht zijn bedingen in een vaststellingsovereenkomst op grond waarvan de wederpartij afstand doet van de mogelijkheid om vorderingen, waaronder rechten op schadevergoeding en vernietiging, in rechte te gelde te maken, wel aangemerkt als kernbedingen,⁹² nu de essentie van een schikking nu juist is dat beide partijen hun geschillen in der minne schikken en van dergelijke procedures afzien. Ook het beding waarmee de vergoeding wordt bepaald die een partij betaalt voor de aansluiting van een woning op een warmtenet, moet als kernbeding worden gezien.⁹³ In een collectieve actie-procedure ten slotte is geoordeeld dat een beding waarbij een auteur naast de toestemming voor de oorspronkelijke publicatie, ook toestemming verleent voor (exclusief) hergebruik van deze publicatie door de uitgever, geen kernbeding is omdat het goed denkbaar is dat zich in de praktijk gevallen zullen voordoen waarbij een uitgever met een freelancer een overeenkomst sluit zonder dat daarin afspraken voor hergebruik zijn opgenomen. Hetzelfde gold ten aanzien van de bedongen exclusiviteit, de duur van het hergebruik en de vergoedingen voor het hergebruik voor zover daartegen bezwaar wordt gemaakt.⁹⁴

14. De meeste discussie betreft de vraag hoe het begrip ‘kernbeding’ moet worden toegepast ten aanzien van algemene verzekeringsvoorwaarden die betrekking hebben op de dekking van de verzekering. Ook hiervoor geldt dat het begrip ‘kernbeding’ beperkt moet worden opgevat, al was het maar omdat

88 Hof Den Haag 25 augustus 1998, NJ 1999/298 (Consumentenbond/Stad Rotterdam).

89 Rechtbank Den Bosch 12 oktober 2011, ECLI:NL:RBSHE:2011:BT7310.

90 Hof Arnhem-Leeuwarden, locatie Leeuwarden, 19 september 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:8437 (Erfpachtvoorwaarden Staatsbosbeheer II).

91 Rechtbank Arnhem 18 april 2007, ECLI:NL:RBARN:2007:BA5581 (Franchise For All/X).

92 Zie Hof Amsterdam 14 oktober 2008, ECLI:NL:GHAMS:2008:BF8807, NJ 2009/101 (A en B/Dexia Bank Nederland B.V.).

93 Zie Hof Den Bosch 4 april 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:1424 (X/Ennatuurlijk B.V.), welk arrest mede door mij is gewezen.

94 Hof Den Haag 28 september 2006, ECLI:NL:GHSGR:2005:AY9089 (Vereniging van Schrijvers en Vertalers c.s./Sanoma Uitgevers).

de Richtlijn oneerlijke contractsbedingen geen bijzondere regeling voor verzekeringsvoorwaarden bevat, en het Hof van Justitie nadrukkelijk een restrictieve interpretatie van het begrip voorstaat.⁹⁵ Het is evenwel aan de nationale rechter om te beoordelen of een beding wel of niet de kern van de prestaties van partijen beschrijft.⁹⁶ In de parlementaire geschiedenis wordt ervan uitgegaan dat alle polisbedingen die samen de omvang van de dekking bepalen, als kernbedingen moeten worden aangemerkt.⁹⁷ Wansink en Van Tiggele-van der Velde stellen zich op het standpunt dat het om een kernbeding gaat wanneer de inhoud van het beding de premiestelling rechtstreeks beïnvloedt.⁹⁸ Van Ardenne-Dick en Van Tiggele-van der Velde merken op dat hiervan sprake is bij polisbepalingen die de primaire dekkingsomschrijving geven, zoals voor gedekte risico's en de uitsluitingen.⁹⁹ Daarvan is sprake in het geval van een rechtsbijstandsverzekering waarbij de polisvoorwaarden bepalen dat voor één gebeurtenis de dekking voor rechtskundige bijstand beperkt is tot € 30.000.¹⁰⁰ Hetzelfde geldt voor een beding op grond waarvan een verzekeraar bij annulering van een reisovereenkomst niet tot uitkering behoeft over te gaan indien de annulering het gevolg is van (het verergeren van) kwalen die al bestonden ten tijde van het sluiten van de verzekeringsovereenkomst.¹⁰¹

14a. Volgens Van Ardenne-Dick en Van Tiggele-van der Velde is ook sprake van een kernbeding bij een in de algemene voorwaarden opgenomen bepaling dat de verzekeringnemer gehouden is om een tegen diefstal verzekerde brommer met een goedgekeurd slot aan een aard- en nagelvast voorwerp vast te zetten. Dat is volgens hen ook het geval bij een beding dat de hoogte van de uitkering

95 Hof van Justitie 30 april 2014, zaak C-26/13, ECLI:EU:C:2014:282, NJ 2014/355 (Kásler), punten 49 en 50; Hof van Justitie 26 februari 2015, zaak C-143/13, ECLI:EU:C:2015:127 (Matei), punt 54; Hof van Justitie 23 april 2015, zaak C-96/14, ECLI:EU:C:2015:262 (Van Hove), punt 33.

96 Hof van Justitie 30 april 2014, zaak C-26/13, ECLI:EU:C:2014:282, NJ 2014/355 (Kásler), punt 51; Hof van Justitie 26 februari 2015, zaak C-143/13, ECLI:EU:C:2015:127 (Matei), punt 54.

97 Parl. Gesch. Inv. Boek 6, p. 1571.

98 Asser-Wansink/Van Tiggele-van der Velde/Salomons 7-IX*, nr. 179. In deze zin ook Hof van Justitie 23 april 2015, zaak C-96/14, ECLI:EU:C:2015:262 (Van Hove), punten 34-35; Hoge Raad 9 juni 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV9435, NJ 2006/326 (Winterthur/Jansen); Hof Arnhem 28 augustus 2007, ECLI:GHARN:2007:BB4389 (X/Achmea Schadeverzekeringen N.V.); Hof Den Bosch 22 maart 2011, ECLI:NL:GHSHE:2011:BP9625 (X/Achmea Schadeverzekeringen N.V.); Hof Arnhem-Leeuwarden, locatie Leeuwarden, 9 april 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ6718, NJ 2013/312 (X/ Onderlinge Univé Dichtbij U.A.); Van Ardenne-Dick/Van Tiggele-van der Velde 2011, p. 299-300.

99 Zie Van Ardenne-Dick/Van Tiggele-van der Velde 2011, p. 300; in deze zin ook Rechtbank Amsterdam 3 februari 2010, ECLI:NL:RBAMS:2010:BM6992 (A/Chubb Insurance Company of Europe S.E.); Gerecht in Eerste Aanleg van Aruba 20 mei 2015, ECLI:NL:OGEEA:2015:38 (X/Elvira Verzekeringen).

100 Vgl. Geschillencommissie Financiële Dienstverlening 28 oktober 2014, nr. 2014-390.

101 Rechtbank Midden-Nederland, sector kanton, locatie Utrecht, 20 december 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:6254 (X/ASR Schadeverzekeringen N.V.).

bij diefstal van een fiets (nieuwwaarde gedurende een bepaalde periode of dagwaarde) bepaalt. Deze opvatting onderbouwen zij met de stelling dat de (omvang van de) dekking in deze gevallen rechtstreeks van invloed is op de premie, omdat die lager zal zijn bij grotere (zorgvuldigheids-)verplichtingen voor de verzekeringnemer, respectievelijk lager zijn wanneer de verzekering niet de nieuwwaarde, maar een ander genormeerd bedrag dekt.¹⁰² Deze opvatting kan niet worden gevolgd, omdat hiermee in feite *elk* beding in algemene voorwaarden tot kernbeding kan worden gepromoveerd.¹⁰³ Hendrikse geeft in dit verband het voorbeeld van een in de algemene voorwaarden van een brandverzekering opgenomen verplichting om – op straffe van het verval van de dekking – brandblussers of een sprinkler-installatie te hebben – een zogenoemde preventieve garantie-clausule. Wanneer een dergelijk beding als dekkingssuitsluiting zou worden geformuleerd, zou het een kernbeding zijn, terwijl het een algemene voorwaarde is als de bepaling als verval-van-recht-beding is geformuleerd.¹⁰⁴ Aangezien het beding in beide formuleringen *materieel* dezelfde betekenis heeft, zou het aan dezelfde toetsing onderworpen moeten zijn. Aangezien verval-van-recht-bedingen zonder meer als algemene voorwaarden moeten worden aangemerkt,¹⁰⁵ dient mijns inziens een als dekkingssuitsluiting vermomd verval-van-recht-beding ook als algemene voorwaarde te worden gekwalificeerd.¹⁰⁶ Dat betekent dat in ieder geval het eerste van de door Van Ardenne-Dick en Van Tiggele-van der Velde genoemde beding als een algemene voorwaarde moet worden opgevat.¹⁰⁷ Mijns inziens geldt hetzelfde ten aanzien van een beding in een verzekeringsovereenkomst betreffende letselschade als gevolg van medische experimenten, volgens welke letsel voor wat betreft de dekking van de verzekeringsovereenkomst zich pas heeft geopenbaard vanaf het moment dat deze aan de verzekeraars is gemeld.¹⁰⁸

14b. De door Van Ardenne-Dick en Van Tiggele-van der Velde verdedigde ruimere uitleg van het begrip kernbeding lijkt moeilijk te verenigen met het feit dat ook polisbedingen onder de Richtlijn oneerlijke bedingen vallen en,

102 Van Ardenne-Dick/Van Tiggele-van der Velde 2011, p. 300.

103 In deze zin ook Jongeneel, in: Wessels/Jongeneel 2017, p. 111.

104 Hendrikse, in: Wessels/Jongeneel 2017, p. 755; Hendrikse 2015, p. 201, in zijn bespreking van het arrest Hof van Justitie 23 april 2015, zaak C-96/14, ECLI:EU:C:2015:262 (Van Hove).

105 Zie ook Hendrikse, in: Wessels/Jongeneel 2017, p. 755; Hendrikse 2015, p. 201.

106 In deze zin ook Jongeneel, in: Wessels/Jongeneel 2017, p. 111.

107 In deze zin ook Hof Den Bosch 22 maart 2011, ECLI:NL:GHSHE:2011:BP9625 (X/Achmea Schadeverzekeringen N.V.).

108 Anders Hof Arnhem-Leeuwarden, locatie Arnhem, 27 december 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:10459 (X/HDI-Gerling Verzekeringen, MediRisk en Stichting Rijnstate Ziekenhuis).

zoals hierboven aangegeven, het begrip ‘kernbeding’ op dit punt richtlijnconform en dus restrictief dient te worden uitgelegd.¹⁰⁹ Dat veel bedingen in verzekeringsovereenkomsten dus moeten worden aangemerkt als algemene voorwaarden, betekent overigens niet dat deze bedingen (dus) niet aanvaardbaar zijn: voor de beoordeling van dergelijke bedingen gelden dezelfde criteria als voor andere algemene voorwaarden. Zo zal een beding in een WA-verzekering voor een auto dat de bestuurder een geldig rijbewijs dient te hebben, niet onredelijk bezwarend zijn. Dat het beding relevant is voor het antwoord op de vraag of de verzekering dekking dient te bieden tegen aansprakelijkheid van de bestuurder en daarmee voor de hoogte van de door de verzekeringnemer te betalen verzekeringspremie, is evident, maar dat maakt het beding nog niet tot een kernbeding.¹¹⁰ Vriesendorp-van Seumeren wijst er in dit verband ook terecht op dat naar Duits recht dekkingsbeperkingen in het algemeen niet als kernbedingen worden beschouwd, nu zonder die bedingen de bepaalbaarheid van de overeenkomst niet in gevaar komt.¹¹¹ Zoals de Rechtbank Amsterdam stelde: het enkele feit dat een verzekeraar stelt dat bij het wegvallen van een bepaald beding in algemene zin de verzekeringspremies omhoog zouden moeten gaan, betekent nog niet dat in *dit* geval een andere premie zou zijn bedongen.¹¹² Mijns inziens zal de verzekeraar het causale verband tussen de hoogte van de premie en het specifieke beding moeten onderbouwen. Dat betekent dat het standpunt van de heersende leer in de verzekeringsrechtelijke wereld heel goed in strijd met de Richtlijn oneerlijke bedingen kan zijn.¹¹³

15. Kernbedingen zijn aan de toepassing van afdeling 6.5.3 BW onttrokken.¹¹⁴ Dit lijdt echter uitzondering indien het kernbeding onduidelijk of onbegrijpelijk is geformuleerd en wel aan de overige vereisten van artikel 6:231 onder a BW

109 In deze zin ook Van Wechem/Schreuder 2010, p. 80-82; Vriesendorp-van Seumeren 2002, p. 198.

110 In deze zin ook Jongeneel, in: Wessels/Jongeneel 2017, p. 111. Anders Hof Arnhem 28 augustus 2007, ECLI:GHARN:2007:BB4389 (X/Achmea Schadeverzekeringen N.V.).

111 R.M. Vriesendorp-van Seumeren in haar annotatie bij Rechtbank Amsterdam 3 februari 2010, ECLI:NL:RBAMS:2010:BM6992 (A/Chubb Insurance Company of Europe S.E.) in TvC 2010/6, p. 273. Zie in dit verband uitdrukkelijk BGH 24 maart 1999, IV ZR 90/98, BGHZ 141, 137, NJW 1999, 2279 (vaste rechtspraak); Fuchs, in: Ulmer/Brandner/Hensen 2011, nrs. 55 en 56 bij § 307 BGB.

112 Rechtbank Amsterdam 23 juli 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:5421 (X/AON).

113 Zie in dit verband ook Fuchs, in: Ulmer/Brandner/Hensen 2011, nr. 57 bij § 307 BGB, die stelt dat de – met de in de Nederlandse verzekeringsrechtelijke literatuur verdedigde overeenkomende – vroeger in Duitsland wel verdedigde beperktere opvatting van het begrip kernbeding in strijd is met de richtlijn.

114 Zie voor de vraag of dit betekent dat ook de snelle gebondenheid op grond van art. 6:232 BW niet aan de orde is, hieronder, nrs. 76 en 78.

is voldaan.¹¹⁵ Van een ‘duidelijk en begrijpelijk’ geformuleerd kernbeding is slechts sprake indien de wederpartij op basis van duidelijke en begrijpelijke criteria kan voorzien welke economische gevolgen voor haar uit het beding voortvloeien. Daartoe is niet voldoende dat het beding taalkundig en grammaticaal begrijpelijk is.¹¹⁶ Beslissend is of een normaal geïnformeerde en redelijk omzichtige en oplettende gemiddelde wederpartij¹¹⁷ na kennisneming van alle relevante feitelijke gegevens, waaronder de reclame en informatie die door de gebruiker van de algemene voorwaarden is verstrekt, had moeten begrijpen welke economische gevolgen zouden voortvloeien uit het beding.¹¹⁸ Het gaat daarbij om een objectief en normatief begrip. Objectief, omdat uitgegaan wordt van de *gemiddelde* wederpartij (lees: de gemiddelde handelaar of de gemiddelde consument) tegen wie het beding wordt ingeroepen.¹¹⁹ Normatief, omdat de wederpartij *geacht* wordt kennis te hebben genomen van de relevante feitelijke gegevens, zoals de door de gebruiker verstrekte informatie, ook als het voor de gebruiker op het moment van de contractsluiting duidelijk was dat de wederpartij de informatie in werkelijkheid niet heeft gelezen. Vanwege het objectieve karakter van de toets lijkt mij dat eventuele feitelijke kennis van *deze* wederpartij (uit eigen wetenschap dan wel op basis van bijstand door een dienstverlener) voor de beoordeling of het beding duidelijk en begrijpelijk is geformuleerd, niet van belang is, juist omdat het beding vooraf is opgesteld en de wederpartij geen invloed heeft kunnen hebben op de formulering.¹²⁰ Voor de beoordeling of het beding onredelijk bezwarend is, is die omstandigheid uiteraard wél relevant als ‘omstandigheid van het geval’.

115 Deze ‘uitzondering op de uitzondering’ vloeit voort uit art. 4 lid 2 van de Richtlijn oneerlijke bedingen en is bij wet van 28-10-1999, *Stb.* 468, onder druk van de Europese Commissie, aan art. 6:231 onder a BW toegevoegd, *Kamerstukken II* 1998/99, 26 470, nr. 3, p. 1-2.

116 Hof van Justitie 30 april 2014, zaak C-26/13, ECLI:EU:C:2014:282, *NJ* 2014/355 (Kásler), punten 69-72; Hof van Justitie 26 februari 2015, zaak C-143/13, ECLI:EU:C:2015:127 (Matei), punten 73-74; Hof van Justitie 23 april 2015, zaak C-96/14, ECLI:EU:C:2015:262 (Van Hove), punt 33; Hof van Justitie 20 september 2017, zaak C-186/16, ECLI:EU:C:2017:703 (Andriuc), punt 44.

117 Het criterium ‘gemiddelde consument’, dat in dit kader door het Hof van Justitie wordt gebruikt, is afkomstig uit Hof van Justitie 16 juli 1998, zaak 210/96, ECLI:EU:C:1998:369 (Gut Springenheide). Zie hierover nader in nr. 176a.

118 Hof van Justitie 30 april 2014, zaak C-26/13, ECLI:EU:C:2014:282, *NJ* 2014/355 (Kásler), punt 74; Hof van Justitie 26 februari 2015, zaak C-143/13, ECLI:EU:C:2015:127 (Matei), punten 73-74; Hof van Justitie 23 april 2015, zaak C-96/14, ECLI:EU:C:2015:262 (Van Hove), punt 41.

119 Zie Hof van Justitie 20 september 2017, zaak C-186/16, ECLI:EU:C:2017:703 (Andriuc), punt 47.

120 Anders Rechtbank Amsterdam 24 augustus 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:5258 (X/Europese Verzekering). Vgl. in dit verband ook Hof van Justitie 3 september 2015, zaak C-110/14, ECLI:EU:C:2015:538, *NJ* 2016/339 (Costea), punten 26-27, waar het ging om de vraag of een advocaat die voor privédoeleinden handelde, als consument kon worden gezien.

15a. Onduidelijke of onbegrijpelijk kernbedingen – en kernbedingen blijken in de praktijk nogal eens onduidelijk of onbegrijpelijk te zijn¹²¹ – kunnen derhalve in voorkomende gevallen wel aan artikel 6:233 onder a of b BW worden getoetst en zo nodig worden vernietigd. De vernietiging van een kernbeding levert echter wel een probleem op. Hierboven, in nr. 12, is een kernbeding omschreven als een beding zonder hetwelk de verbintenissen van partijen ‘onvoldoende bepaalbaar’ zouden zijn. Vernietiging van een kernbeding lijkt dan logischerwijs te moeten leiden tot nietigheid van de gehele overeenkomst. Een dergelijke conclusie zou ertoe leiden dat de wederpartij veelal weinig belang bij de vernietiging van het kernbeding heeft, omdat een dergelijke vernietiging haar ook zou beroven van de *voordelen* die de overeenkomst voor haar heeft. Slechts wanneer het kernbeding kan worden vervangen door een bepaling van aanvullend recht (bijvoorbeeld door de bepaling dat de wederpartij een ‘redelijke prijs’ verschuldigd is), is dan een dergelijk (ongelukkig) gevolg te voorkomen.¹²² Jongeneel wijst er overigens terecht op dat, nu voor verzekeringsovereenkomsten in zekere zin een ruimer begrip ‘kernbeding’ geldt, bij dergelijke overeenkomsten veelal kan worden volstaan met het schrappen van een onduidelijke passage in de dekkingsoomschrijving.¹²³

1.2.4 *Bewijslastverdeling*

16. De bewijslast dat een beding een ‘algemene voorwaarde’ in de zin van artikel 6:231 onder a BW is, rust op de degene die zich daarop beroept – in de regel de wederpartij.¹²⁴ De stelling dat een beding een kernbeding is, en daarom niet onderworpen is aan de toetsing aan artikel 6:233 BW, moet daarentegen worden bewezen door de gebruiker van het beding.¹²⁵ Hetzelfde geldt voor de stelling dat een beding geen algemene voorwaarde meer is omdat het tijdens individuele onderhandelingen is gewijzigd.¹²⁶ Voor het bewijs dat het om een individueel onderhandeld beding gaat, volstaat niet dat in de algemene voorwaarden

121 Zie reeds Jongeneel 1991, nr. 64.

122 Hof Arnhem 16 februari 2010, ECLI:NL:GHARN:2010:BL7461, (Ossen deurwaarder Heerlen B.V./Dijks Leijssen Advocaten B.V.).

123 Jongeneel, in: Wessels/Jongeneel 2017, p. 447.

124 Mölenberg 1995, p. 164; Sandee 1995, p. 55; T&C/Valk, aant. 2d bij art. 6:231 BW Groene Serie Verbintenissenrecht/Hondius, aant. 12 bij art. 6:231 BW; Vriesendorp-van Seumeren 2002, nr. 185. Zie voor het Duitse recht ook Basedow, in: Münchener Kommentar, nr. 45 bij § 305 BGB; Becker, in: Bamberger/Roth 2007, nr. 38 bij § 305 BGB. Swaenepoel/Stijns/Wéry 2009, p. 149, stellen overigens dat de bewijslast dat bij een consumentenovereenkomst een beding niet vooraf is opgesteld en daarom niet onder het bereik van de Richtlijn oneerlijke bedingen valt, op de gebruiker rust.

125 Groene Serie Verbintenissenrecht/Hondius, aant. 12 bij art. 6:231 BW.

126 Vgl. ook BGH 15 april 2008, X ZR 126/06, BGHZ 176, 140, NJW 2008, 2250; Basedow, in: Münchener Kommentar, nr. 45 bij § 305 BGB; Becker, in: Bamberger/Roth 2007, nr. 40 bij § 305 BGB.

een beding is opgenomen waarmee de wederpartij bevestigt dat de bedingen individueel uitonderhandeld zijn,¹²⁷ maar een door partijen ondertekende verklaring dat bedingen uitonderhandeld zijn, volstaat in beginsel wel voor het leveren van het bewijs, nu een dergelijke verklaring overeenkomstig artikel 157 lid 2 Rv in beginsel dwingende bewijskracht heeft.¹²⁸ Dat geldt temeer wanneer de desbetreffende passage afzonderlijk is geparafeerd. De wederpartij mag evenwel tegenbewijs leveren.

1.3 DE GEBRUIKER VAN ALGEMENE VOORWAARDEN

17. Als gebruiker wordt aangemerkt degene die algemene voorwaarden in de overeenkomst ‘gebruikt’ (art. 6:231 onder b BW). In de regel wordt het begrip opgevat als: degene van wie het initiatief uitgaat tot het opnemen van de algemene voorwaarden in de overeenkomst.¹²⁹ Daarbij is niet relevant of de algemene voorwaarden zijn opgesteld door de gebruiker of diens brancheorganisatie (eenzijdige algemene voorwaarden) of dat deze zijn opgesteld in overleg met een organisatie die is opgetreden als belangenbehartiger van potentiële wederpartijen (tweezijdige algemene voorwaarden): in beide gevallen worden de algemene voorwaarden door een van de partijen ‘gebruikt’ in de zin van artikel 6:231 onder b BW.¹³⁰ Niet relevant is voorts of de gebruiker in de uitoefening van een beroep of bedrijf handelt¹³¹ en met de overeenkomst een zakelijk doel dient, een openbare dienst levert of non-commerciële doelen nastreeft: ook niet-professionele verkopers of dienstverleners die algemene voorwaarden in de zin van artikel 6:231 onder a BW hanteren, zijn als gebruiker in de zin van artikel 6:231 onder b BW aan te merken. Evenmin is relevant of de gebruiker de voor de overeenkomst kenmerkende prestatie (de te leveren zaak verkoopt of de te leveren dienst verricht) dan wel de tegenprestatie levert (gewoonlijk: de prijs betaalt): zowel algemene inkoopvoorwaarden als algemene verkoopvoorwaarden vallen derhalve onder de wettelijke regeling.

18. Minder duidelijk is of het enkele, eenmalig overnemen van door een derde opgestelde algemene voorwaarden, volstaat om een partij als ‘gebruiker’ in de zin van artikel 6:231 onder b BW aan te merken. In nr. 9 is gesteld dat ook de

127 In deze zin ook Basedow, in: Münchener Kommentar, nr. 46 bij § 305 BGB.

128 Vgl. voor de vergelijkbare situatie dat de wederpartij verklaart de algemene voorwaarden te hebben ontvangen Hoge Raad 21 september 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA9610, NJ 2009/50 (Ammerlaan/Enthoven Electra); Hoge Raad 11 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD1394, NJ 2008/416 (Lommerse-Uitendaal/Atria Watermanagement); zie hierna, nr. 117.

129 In deze zin ook Hijma 2016, nr. 16; Vriesendorp-van Seumeren 2002, p. 172; Jongeneel 1991, nr. 101; Jongeneel, in: Wessels/Jongeneel 2017, p. 118-119.

130 Zie ook Parl. Gesch. Inv. Boek 6, p. 1526.

131 Zie in deze zin ook Hof van Justitie 15 januari 2015, zaak C-537/13, ECLI:EU:C:2015:14, NJ 2015/331 (Šiba), punt 24.

aldus overgenomen bedingen onder de definitie van artikel 6:231 onder a BW vallen. Die constatering is echter pas relevant als een van de partijen kan worden aangemerkt als ‘gebruiker’ in de zin van artikel 6:231 onder b BW. Door Jongeneel wordt verdedigd dat in een dergelijke situatie *beide* partijen over en weer als gebruiker en wederpartij kunnen worden aangemerkt, al naar gelang een beding in het voordeel van de een of de ander is.¹³² Het voordeel van deze pragmatische benadering is dat in dergelijke algemene voorwaarden voorkomende onredelijk bezwarende bedingen kunnen worden vernietigd. Daarbij valt in het bijzonder te denken aan het boetebeding in de modelcontracten van de NVM en de KNB op grond waarvan de koper van een woning jegens de verkoper een boete ter hoogte van 10% van de koopprijs verschuldigd is indien hij de woning niet afneemt zonder dat hij zich met succes op een ontbindende voorwaarde kan beroepen. Met name in het geval waarin de woningmarkt overspannen is en de verkoper redelijkerwijs mag verwachten dat hij de woning binnen korte tijd, en mogelijk zelfs tegen een hogere prijs, aan een andere koper kan verkopen, komt een dergelijke boete onredelijk voor. In de door Jongeneel verdedigde opvatting kan de rechter ingrijpen indien het beding op initiatief van de door de verkoper ingeschakelde makelaar of notaris in de koopovereenkomst is opgenomen, door de verkoper in een dergelijk geval als de ‘gebruiker’ aan te wijzen.

19. De opvatting van Jongeneel heeft in de literatuur nauwelijks ondersteuning gekregen.¹³³ Erkend wordt dat de definities in artikel 6:231 BW naar de letter ruimte bieden voor de extensieve interpretatie die Jongeneel propageert.¹³⁴ Tegen die opvatting wordt echter ingebracht dat de strekking van afdeling 6.5.3 BW de bescherming van zwakke partijen tegen professionele gebruikers van algemene voorwaarden is. De situatie dat twee partijen gebruik maken van een modelcontract of van door een neutrale derde opgestelde algemene voorwaarden, wordt vanuit dat perspectief als ‘volstrekt atypisch’ gezien, terwijl in voorkomende gevallen de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid voldoende ruimte zou bieden om een beroep op onacceptabele bedingen tegen te gaan.¹³⁵ Het kan niet worden ontkend dat toepassing van afdeling 6.5.3 BW tot onvermoede vragen zou leiden. Daarbij denk ik niet zozeer aan de toetsing of een beding ‘onredelijk bezwarend’ is (de open norm van artikel 6:233 onder a BW), maar vooral ook aan de vraag wie aan de informatieplicht van artikel

132 Jongeneel 1991b, p. 814; Jongeneel, in: Wessels/Jongeneel 2017, p. 120.

133 Een uitzondering is Vriesendorp-van Seumeren 2002, p. 173.

134 Zie bijvoorbeeld Van Erp 1992, p. 128; Hijma 2016, nr. 18.

135 Hijma 2016, nr. 18. In dezelfde zin ook Heyman/Van Rossum 1992, p. 331-332.

6:233 onder b BW moet voldoen: wie moet ervoor zorgen dat de *wederpartij* voor of bij de contractsluiting de beschikking heeft over de algemene voorwaarden? Soortgelijke problemen ontstaan indien een *consument* als de (eenmalige) gebruiker van algemene voorwaarden wordt aangemerkt doordat deze toevalligerwijs gebruik maakt van een document waarin verwezen wordt naar algemene voorwaarden die niet door zijn wederpartij worden gehanteerd.¹³⁶ Mijns inziens dient in dergelijke gevallen te worden geconcludeerd dat er geen partij kan worden aangemerkt als de ‘gebruiker’ in de zin van artikel 6:231 onder b BW, zodat afdeling 6.5.3 BW op deze situatie niet van toepassing is.¹³⁷ In voorkomende gevallen – zoals het in het vorige nummer genoemde voorbeeld van het boetebeding in de overeenkomst betreffende de koop van een woning – kan de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid worden ingeroepen. Ook de ‘gebruiker’ kan zo nodig van die mogelijkheid gebruikmaken – zoals het geval zou zijn indien niet de verkoper, maar de koper het initiatief had genomen de notaris in te schakelen, in het geval waarin alleen de koper een makelaar in de arm had genomen en deze de koopovereenkomst heeft opgesteld, of in het geval waarin de woningmarkt zodanig is dat niet de koper, maar de verkoper aangemerkt moet worden als de zwakke partij bij de overeenkomst, en de verkoper buiten zijn schuld niet in staat blijkt de woning aan de koper te leveren. Wanneer een verwijzing naar de algemene voorwaarden echter is opgenomen in een (in opdracht van consumenten) door een derde voorbereide, maar door een professionele partij opgestelde offerte, welke door de wederpartij wordt aanvaard, kan die professionele partij als gebruiker in de zin van de wet worden aangemerkt.¹³⁸

136 Een voorbeeld daarvan biedt Hof Den Bosch 22 juli 2003, ECLI:NL:GHSHE:2003:AL1831 (Van den Bergh Technische Installaties B.V./Reinaerts). In deze merkwaardige zaak tussen een consument en een aannemer was in het door een architect in opdracht van de consument gemaakt bestek een verwijzing opgenomen naar de algemene voorwaarden van de architect. Met deze ‘verwijzing’ naar algemene voorwaarden was de consument volgens het hof de winnaar van de Battle of the forms; de latere verwijzing van de aannemer naar zijn algemene voorwaarden was zonder effect. De door de consument ‘gebruikte’ algemene voorwaarden werden vervolgens vernietigd omdat de consument deze niet voor contractsluiting aan de aannemer had overhandigd.

137 Zo ook Rechtbank Roermond 12 januari 1995, NJ 1996/137 (Stribos/Greijmans). In deze zin ook Hijma 2016, nr. 18; Heyman/Bartels 2012, nr. 72; vgl. ook A-G Bakels in zijn conclusie voor Hoge Raad 13 april 2001, NJ 2001/ 326 (Braat/Ros), punt 2.20. Zie voorts voor het Duitse recht ook Tamm, in: Tamm/Tonner 2012, p. 421, nr. 30.

138 Raad van Arbitrage voor de Bouw 7 juni 2017, zaak nr. 72.054 (hoger beroep).