

**INFORMATIE PAKKET
VOORWAARDENOVERLEG**

februari 2006

Voorwoord

Dit informatiepakket is bedoeld als een inleiding voor al degenen die – als voorzitter, secretaris of overlegpartij – aan het voorwaardenoverleg deelnemen. Het bevat, zonder naar volledigheid te streven, enkele kernpunten uit de praktijk van het overleg. Die kernpunten betreffen de relatie van het overleg met geschillencommissies (hoofdstuk 1) en de wettelijke randvoorwaarden uit het Burgerlijk Wetboek (hoofdstuk 2 en 3), de Mededingingswet (hoofdstuk 4) en het internationale privaatrecht (hoofdstuk 5).

Hoofdstuk

1.	Algemene Voorwaarden – Consumenten Geschillencommissies: een zelfregulerend systeem	3
2.	Algemene Voorwaarden: de wettelijke informatieplicht	4
3.	Algemene Voorwaarden: vorderingsrecht consumentenorganisaties en de zwarte en grijze lijst	6
4.	Algemene Voorwaarden en de NMa	10
5.	Nederlandse Geschillencommissies: óók voor grensoverschrijdende geschillen	13

Het informatiepakket is opgesteld door het secretariaat van de Coördinatiegroep Zelfreguleringsoverleg van de SER. Suggesties ter verbetering van het pakket zijn welkom. Voorbeelden voor in het voorwaardenoverleg op te stellen bedingen staan in de handleiding van het CZ-secretariaat. Zie voor een inleiding over de inhoud van algemene voorwaarden meer algemeen (o.a.) het boek *Praktijkhandeling algemene voorwaarden* onder redactie van prof. mr. B. Wessels met bijdragen van verschillende auteurs. De vijfde druk verschijnt in juni 2006 (uitgave Kluwer, 160 pagina's).

1. Algemene Voorwaarden – Consumenten Geschillencommissies: een zelfregulerend systeem

Open kader

Het stimuleren van wenselijke ontwikkelingen in het bedrijfsleven is een van de wettelijke taken van de SER. Onderdeel daarvan is het open kader dat de Coördinatiegroep Zelfreguleringsoverleg (CZ) van de SER aan ondernemers- en consumentenorganisaties biedt voor overleg over evenwichtige Algemene Voorwaarden ('kleine lettertjes'), die bij koop van goederen en diensten door consumenten van toepassing zijn. Het overleg zelf heeft een zuiver privaatrechtelijk karakter. Sluitstuk van succesvol overleg is het instellen van een onafhankelijke geschillencommissie, doorgaans bij de Stichting Geschillencommissies voor Consumentenzaken (SGC).

Door wisselwerking tussen de uitspraken van de geschillencommissies en de algemene voorwaarden ontstaat idealiter een systeem dat de relatie tussen ondernemer en consument stelselmatig optimaliseert en dat zich voortdurend aanpast aan veranderingen in de samenleving. Een uitspraak van de geschillencommissie kan bovendien een impuls zijn voor bedrijven om de kwaliteit van hun dienstverlening en hun interne klachtenbehandeling te verbeteren (zie onderstaande figuur). Op deze manier is het systeem onderdeel van een behoorlijke en efficiënte bedrijfsvoering. Daar hebben niet alleen consumenten en ondernemingen baat bij, maar ook de overheid. De overheid beperkt zich tot het scheppen van randvoorwaarden waarbinnen het systeem zelf de goede weg zoekt. Randvoorwaarden zijn de wettelijke minimumeisen voor algemene voorwaarden en de ministeriële Erkennings- en subsidiëringsregeling voor geschillencommissies. Soms is er ook een wettelijke verplichting voor de ondernemers in een branche om zich bij een erkende geschillencommissie aan te sluiten, zoals bij netwerksectoren en financiële dienstverlening. In een aantal branches moet bovendien rekening worden gehouden met inhoudelijke specifieke wet- en regelgeving.



Het zelfregulerende systeem van algemene voorwaarden en geschillencommissies kan men vergelijken met de regeling van het verkeer op een druk kruispunt. 'Stoplichten plaatsen en controle via agenten' is een starre oplossing. Beter is het een rotonde te maken, waarop de verkeersdeelnemers zelf een actieve rol hebben bij de afwikkeling volgens bepaalde regels.

Digitalisering vergemakkelijkt een vlotte roulatie op de rotonde. Alle in CZ-kader tot stand gekomen sets algemene voorwaarden zijn beschikbaar op www.consumentenvoorwaarden.ser.nl en veel uitspraken van de geschillencommissies op www.sgc.nl.

Klachtbehandeling

De consument moet een klacht over de uitvoering van de overeenkomst bij de ondernemer indienen. Pas als blijkt dat de klacht niet naar tevredenheid van beide partijen is opgelost, ontstaat een geschil dat vatbaar is voor de geschillenregeling. Een adequate klachtbehandeling voorkomt geschillen, waar ondernemer en consument bij gebaat zijn. Bovendien doet de ondernemer zo aan klantenbinding. Daarom is speciaal voor ondernemers in het midden- en kleinbedrijf een brochure opgesteld over hoe met klachten om te gaan (Klachten = Kennis: Doe er meer mee!). Zie voor de digitale versie www.consumentenvoorwaarden.ser.nl.

Een veelbelovende aanpak is het méér betrekken van voor de consument belangrijke aspecten van klachtbehandeling bij het overleg over algemene voorwaarden. Als partijen reeds bij elkaar zitten, kunnen zij ook proberen een stapje te zetten met klachtbehandeling. Dit overleg kan leiden tot afspraken waarin overlegpartijen zich tot elkaar verbinden, waarbij die afspraken eventueel ook doorwerken naar individuele contractpartijen. Onderwerp van overleg zijn bijvoorbeeld: hoe communiceren ondernemers over de klachtbehandeling en hoe gaan de consumentenorganisaties om met bij hen ingediende klachten over de ondernemers met wie zij aan de overlegtafel zitten.

2. Algemene Voorwaarden: de wettelijke informatieplicht

Lid 7 van artikel 3. *Het aanbod / de offerte* uit de CZ-handleiding luidt: “Het aanbod gaat schriftelijk dan wel elektronisch vergezeld van een exemplaar van deze Algemene Voorwaarden. Er zijn situaties waarin het redelijkerwijs niet mogelijk is om een exemplaar van de Algemene Voorwaarden te overhandigen of mee te sturen. Pagina 18 van de CZ-handleiding geeft daarvan voorbeelden.

De Hoge Raad (en in navolging daarvan o.a. de geschillencommissies) is *streng* wanneer een ondernemer zijn plicht om zijn Algemene Voorwaarden vóór of bij contractsluiting aan de consument te overhandigen verzaakt. Zo’n tekortschieten leidt ertoe dat de consument de vernietigbaarheid van de Algemene Voorwaarden bij de rechter kan inroepen. De Hoge Raad is daartoe snel genegen:

Met de regeling van art. 6:233 aanhef en onder b BW en art. 6:234 lid I BW is een stelsel gecreëerd dat aan de (ondernemer) slechts *beperkte mogelijkheden* geeft *tot afweer* van door de (klant) gedaan beroep op vernietiging op grond van art. 6:233 aanhef en onder b (niet bieden redelijke mogelijkheid van algemene voorwaarden kennis te nemen). Tot uitgangspunt nemend dat de (ondernemer) de voorwaarden niet aan de (klant) ter hand had gesteld, kon Hof niet ermee volstaan te beoordelen of „redelijke mogelijkheid" is geboden; Hof had tevens moeten vaststellen of ter hand stellen *in casu niet mogelijk* was¹.

¹ Hoge Raad 6 april 2001 (C99/189HR, NJ 2002/385).

In wettekst en wetsgeschiedenis is steun te vinden voor bevestigende beantwoording van de vraag of in art. 6:234 lid 1 BW *limitatief* is geregeld hoe de (ondernemer) – op straffe van vernietigbaarheid – aan de (consument) de mogelijkheid kan bieden om kennis te nemen van die voorwaarden.²

Maar de Hoge Raad zegt ook: Een redelijke en op de praktijk afgestemde uitleg brengt evenwel mee dat de (consument) zich niet op vernietigbaarheid van een beding in algemene voorwaarden kan beroepen wanneer hij ten tijde van het sluiten van de overeenkomst met dat beding *bekend was of geacht kon worden daarmee bekend te zijn*: ook kunnen zich omstandigheden voordoen waarin een beroep op vernietigbaarheid naar maatstaven van *redelijkheid en billijkheid* onaanvaardbaar is.³

In verband met het *elektronisch* voldoen aan de wettelijke informatieplicht zij gewezen op de navolgende passage uit het ‘voorbehoud’ op de SER-site bij het overzicht van de CZ-AV: “Een individuele ondernemer (moet) de consument een redelijke mogelijkheid hebben geboden om van de AV kennis te nemen. Uitgangspunt daarbij is ter hand stelling aan de consument. Indien dit redelijkerwijs niet mogelijk is moet de ondernemer bekend maken dat de AV “bij hem ter inzage liggen” (BW). Het is aan de rechter om in een individueel geval uit te maken of verwijzing naar een website (zoals de SER-site) voldoende is. Er is nog geen jurisprudentie op dit punt, zodat de ondernemer – wanneer hij zich hiertoe beperkt – een *zeker risico* loopt dat de rechter de bekendmaking betwist. Bij elektronisch gesloten transacties is dit risico in het algemeen *kleiner* dan bij ‘traditionele’ transacties.”

De toegang tot internet via de mobiele telefoon biedt ondernemers nieuwe mogelijkheden om aan hun wettelijke informatieplicht te voldoen. Zo kan via een sms-bericht worden verwezen naar een website waar de Algemene Voorwaarden staan opgenomen.

Artikel 6:233 BW

Een beding in algemene voorwaarden is vernietigbaar

- a. indien het, gelet op de aard en de overige inhoud van de overeenkomst, de wijze waarop de voorwaarden zijn tot stand gekomen, de wederzijds kenbare belangen van partijen en de overige omstandigheden van het geval, onredelijk bezwarend is voor de wederpartij; of
- b. indien de gebruiker aan de wederpartij niet een redelijke mogelijkheid heeft geboden om van de algemene voorwaarden kennis te nemen.

Artikel 6:234 BW

1. De gebruiker heeft aan de wederpartij de in artikel 233 onder b bedoelde mogelijkheid geboden, indien hij
 - a. hetzij de algemene voorwaarden voor of bij het sluiten van de overeenkomst aan de wederpartij ter hand heeft gesteld,
 - b. hetzij, indien dit redelijkerwijs niet mogelijk is, voor de totstandkoming van de overeenkomst aan de wederpartij heeft bekend gemaakt dat de voorwaarden bij

² Hoge Raad 1 oktober 1999 (C98/070HR, NJ 2000/207).

³ Zie noot 2.

- hem ter inzage liggen of bij een door hem opgegeven Kamer van Koophandel en Fabrieken of een griffie van een gerecht zijn gedeponerd, alsmede dat zij op verzoek zullen worden toegezonden,
- c. hetzij, indien de overeenkomst langs elektronische weg tot stand komt, de algemene voorwaarden voor of bij het sluiten van de overeenkomst aan de wederpartij langs elektronische weg ter beschikking heeft gesteld op een zodanige wijze dat deze door hem kunnen worden opgeslagen en voor hem toegankelijk zijn ten behoeve van latere kennisneming of, indien dit redelijkerwijs niet mogelijk is, voor de totstandkoming van de overeenkomst aan de wederpartij heeft bekend gemaakt waar van de voorwaarden langs elektronische weg kan worden kennisgenomen, alsmede dat zij op verzoek langs elektronische weg of op andere wijze zullen worden toegezonden.
2. Indien de voorwaarden niet voor of bij het sluiten van de overeenkomst aan de wederpartij zijn ter hand gesteld, zijn de bedingen tevens vernietigbaar indien de gebruiker de voorwaarden niet op verzoek van de wederpartij onverwijld op zijn kosten aan haar toezendt.
 3. Het in de leden 1 onder b en 2 omtrent de verplichting tot toezending bepaalde is niet van toepassing, voor zover deze toezending redelijkerwijze niet van de gebruiker kan worden gevergd.
-

3. Algemene Voorwaarden: vorderingsrecht consumentenorganisaties en de zwarte en grijze lijst

3.1. Vorderingsrecht consumentenorganisaties

De wetgever stimuleert ondernemers via lid 5 van BW-artikel 6:240 tot het voeren van voorwaardenoverleg. Succesvol afgesloten overleg met consumentenorganisaties biedt ondernemers (en consumenten) rechtszekerheid in het handelsverkeer. De wetgever stimuleert het voeren van (voorwaarden)overleg bovendien via lid 4 van dat artikel. Voor consumentenorganisaties geldt namelijk dat ze eerst overleg moeten aanbieden alvorens naar de rechter te mogen om een beding aan te vechten.

Artikel 6:240

1. Op vordering van een rechtspersoon als bedoeld in lid 3 kunnen bepaalde bedingen in bepaalde algemene voorwaarden onredelijk bezwarend worden verklaard; de artikelen 233 onder a, 236 en 237 zijn van overeenkomstige toepassing. (...) 2. (...)
3. De vordering komt toe aan rechtspersonen met volledige rechtsbevoegdheid die ten doel hebben de behartiging van belangen van personen die een beroep of bedrijf uitoefenen of van eindgebruikers van niet voor een beroep of bedrijf bestemde goederen of diensten. (...)
4. *De eiser is niet ontvankelijk indien niet blijkt dat hij, alvorens de vordering in te stellen, de gebruiker (...) de gelegenheid heeft geboden om in onderling overleg de algemene*

voorwaarden zodanig te wijzigen dat de bezwaren die grond voor de vordering zouden opleveren, zijn weggenomen. Een termijn van twee weken na de ontvangst van een verzoek tot overleg onder vermelding van de bezwaren, is daartoe in elk geval voldoende.

5. *Voor zover een rechtspersoon met het gebruik van bedingen in algemene voorwaarden heeft ingestemd, komt hem geen vordering als bedoeld in lid 1 toe.*

3.2. De zwarte lijst

De 14 bedingen die op de zgn. zwarte lijst staan zijn te allen tijde verboden. De bedingen genoemd onder a t/m g *beperken* de verplichtingen van de ondernemer respectievelijk de rechten van de consument ten opzichte van hetgeen uit de wet voortvloeit. Daarvan betreffen die bij b t/m d en f alle een tekortkoming (wanprestatie) door de ondernemer (zie ook BW-afdeling 6.1.9). De bedingen genoemd bij h t/m j van de zwarte lijst *breiden* de rechten van de ondernemer respectievelijk de verplichtingen van de consument juist *uit* ten opzichte van hetgeen uit de wet voortvloeit. De bedingen genoemd bij k t/m n zijn van weer andere aard.

Artikel 6:236

Bij een overeenkomst tussen een gebruiker en een wederpartij, natuurlijk persoon, die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf, *wordt als onredelijk bezwarend aangemerkt* een in de algemene voorwaarden voorkomend beding

- a. dat de wederpartij geheel en onvoorwaardelijk het recht ontnemt de door de gebruiker toegezegde prestatie op te eisen;
- b. dat de aan de wederpartij toekomende bevoegdheid tot ontbinding, zoals deze in afdeling 5 van titel 5 is geregeld, uitsluit of beperkt;
- c. dat een de wederpartij volgens de wet toekomende bevoegdheid tot opschorting van de nakoming uitsluit of beperkt of de gebruiker een verdergaande bevoegdheid tot opschorting verleent dan hem volgens de wet toekomt;
- d. dat de beoordeling van de vraag of de gebruiker in de nakoming van een of meer van zijn verbintenissen is te kort geschoten aan hem zelf overlaat, of dat de uitoefening van de rechten die de wederpartij ter zake van een zodanige tekortkoming volgens de wet toekomen, afhankelijk stelt van de voorwaarde dat deze eerst een derde in rechte heeft aangesproken;
- e. krachtens hetwelk de wederpartij aan de gebruiker bij voorbaat toestemming verleent zijn uit de overeenkomst voortvloeiende verplichtingen op een der in afdeling 3 van titel 2 bedoelde wijzen op een derde te doen overgaan, tenzij de wederpartij te allen tijde de bevoegdheid heeft de overeenkomst te ontbinden, of de gebruiker jegens de wederpartij aansprakelijk is voor de nakoming door de derde, of de overgang plaatsvindt in verband met de overdracht van een onderneming waartoe zowel die verplichtingen als de daartegenover bedongen rechten behoren;
- f. dat voor het geval uit de overeenkomst voor de gebruiker voortvloeiende rechten op een derde overgaan, ertoe strekt bevoegdheden of verweermiddelen die de wederpartij volgens de wet jegens die derde zou kunnen doen gelden, uit te sluiten of te beperken;
- g. dat een wettelijke verjarings- of vervaltermijn waarbinnen de wederpartij enig recht moet geldend maken, tot een verjarings- onderscheidenlijk vervaltermijn van minder dan een jaar verkort;

- h. dat voor het geval bij de uitvoering van de overeenkomst schade aan een derde wordt toegebracht door de gebruiker of door een persoon of zaak waarvoor deze aansprakelijk is, de wederpartij verplicht deze schade hetzij aan de derde te vergoeden, hetzij in haar verhouding tot de gebruiker voor een groter deel te dragen dan waartoe zij volgens de wet verplicht zou zijn;
- i. dat de gebruiker de bevoegdheid geeft de door hem bedongen prijs binnen drie maanden na het sluiten van de overeenkomst te verhogen, tenzij de wederpartij bevoegd is in dat geval de overeenkomst te ontbinden;
- j. dat in geval van een overeenkomst tot het geregeld afleveren van zaken, elektriciteit daaronder begrepen, of tot het geregeld doen van verrichtingen, leidt tot stilzwijgende verlenging of vernieuwing van meer dan een jaar;
- k. dat de bevoegdheid van de wederpartij om bewijs te leveren uitsluit of beperkt, of dat de uit de wet voortvloeiende verdeling van de bewijslast ten nadele van de wederpartij wijzigt, hetzij doordat het een verklaring van haar bevat omtrent de deugdelijkheid van de haar verschuldigde prestatie, hetzij doordat het haar belast met het bewijs dat een tekortkoming van de gebruiker aan hem kan worden toegerekend;
- l. dat ten nadele van de wederpartij afwijkt van artikel 37 van Boek 3, tenzij het betrekking heeft op de vorm van door de wederpartij af te leggen verklaringen of bepaalt dat de gebruiker het hem door de wederpartij opgegeven adres als zodanig mag blijven beschouwen totdat hem een nieuw adres is meegedeeld;
- m. waarbij een wederpartij die bij het aangaan van de overeenkomst werkelijke woonplaats in een gemeente in Nederland heeft, woonplaats kiest anders dan voor het geval zij te eniger tijd geen bekende werkelijke woonplaats in die gemeente zal hebben, tenzij de overeenkomst betrekking heeft op een registergoed en woonplaats ten kantore van een notaris wordt gekozen;
- n. dat voorziet in de beslechting van een geschil door een ander dan hetzij de rechter die volgens de wet bevoegd zou zijn, hetzij een of meer arbiters, tenzij het de wederpartij een termijn gunt van tenminste een maand nadat de gebruiker zich schriftelijk jegens haar op het beding heeft beroepen, om voor beslechting van het geschil door de volgens de wet bevoegde rechter te kiezen.

3.3 De grijze lijst

De 14 bedingen die op de zgn. grijze lijst staan hebben de schijn tegen: ze zijn alleen toegestaan als de ondernemer het tegenbewijs levert. De bedingen genoemd bij a t/m h *beperken* de verplichtingen van de ondernemer respectievelijk de rechten van de consument ten opzichte van hetgeen uit de wet voortvloeit. Daarvan betreffen die bij b t/m d en f alle een tekortkoming (wanprestatie) door de ondernemer (zie ook BW-afdeling 6.1.9). De bedingen genoemd bij i en j van de grijze lijst *breiden* de rechten van de ondernemer respectievelijk de verplichtingen van de consument juist *uit* ten opzichte van hetgeen uit de wet voortvloeit. De bedingen genoemd bij k t/m n zijn van weer andere aard.

De bedingen bij f zijn de zgn. exoneratiebedingen: aansprakelijkheiduitsluitingen of -beperkingen (zie ook BW-afdeling 6.19 en 10, titel 6.3). De MvT zegt over exoneratiebedingen: (Steeds is het aan de ondernemer om aan te tonen dat het beding gerechtvaardigd is): “Hij zal daarin bijvoorbeeld kunnen slagen door aan te tonen dat het uitgesloten risico niet verzekeraar is. Ook de aard van de uitgesloten

schadeoorzaak (eigen schuld of schuld van een hulppersoon) en schadesoort (letsel-, zaaks- of gevolgschade) kan een rol spelen”.

In de praktijk van het voorwaardenoverleg is de uitsluiting of beperking van de aansprakelijkheid van de ondernemer vaak een heikel punt. Dit leidt er soms toe dat de Consumentenbond zich onthoudt van instemming met dat artikel, zoals bij de algemene bankvoorwaarden en recent bij de algemene voorwaarden voor de levering van gas en elektra.

Artikel 6:237 BW

Bij een overeenkomst tussen een gebruiker en een wederpartij, natuurlijk persoon, die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf, *wordt vermoed onredelijk bezwarend te zijn* een in de algemene voorwaarden voorkomend beding

- a. dat de gebruiker een, gelet op de omstandigheden van het geval, ongebruikelijk lange of onvoldoende bepaalde termijn geeft om op een aanbod of een andere verklaring van de wederpartij te reageren;
- b. dat de inhoud van de verplichtingen van de gebruiker wezenlijk beperkt ten opzichte van hetgeen de wederpartij, mede gelet op de wettelijke regels die op de overeenkomst betrekking hebben, zonder dat beding redelijkerwijs mocht verwachten;
- c. dat de gebruiker de bevoegdheid verleent een prestatie te verschaffen die wezenlijk van de toegezegde prestatie afwijkt, tenzij de wederpartij bevoegd is in dat geval de overeenkomst te ontbinden;
- d. dat de gebruiker van zijn gebondenheid aan de overeenkomst bevrijdt of hem de bevoegdheid daartoe geeft anders dan op in de overeenkomst vermelde gronden welke van dien aard zijn dat deze gebondenheid niet meer van hem kan worden gevergd;
- e. dat de gebruiker een ongebruikelijk lange of onvoldoende bepaalde termijn voor de nakoming geeft;
- f. dat de gebruiker of een derde geheel of ten dele bevrijdt van een wettelijke verplichting tot schadevergoeding;
- g. dat een de wederpartij volgens de wet toekomstige bevoegdheid tot verrekening uitsluit of beperkt of de gebruiker een verdergaande bevoegdheid tot verrekening verleent dan hem volgens de wet toekomt;
- h. dat als sanctie op bepaalde gedragingen van de wederpartij, nalaten daaronder begrepen, verval stelt van haar toekomstige rechten of van de bevoegdheid bepaalde verweren te voeren, behoudens voor zover deze gedragingen het verval van die rechten of verweren rechtvaardigen;
- i. dat voor het geval de overeenkomst wordt beëindigd anders dan op grond van het feit dat de wederpartij in de nakoming van haar verbintenis is tekort geschoten, de wederpartij verplicht een geldsom te betalen, behoudens voor zover het betreft een redelijke vergoeding voor door de gebruiker geleden verlies of gederfde winst;
- j. dat de wederpartij verplicht tot het sluiten van een overeenkomst met de gebruiker of met een derde, tenzij dit, mede gelet op het verband van die overeenkomst met de in dit artikel bedoelde overeenkomst, redelijkerwijze van de wederpartij kan worden gevergd;
- k. dat voor een overeenkomst als bedoeld in artikel 236 onder j een duur bepaalt van meer dan een jaar, tenzij de wederpartij de bevoegdheid heeft de overeenkomst telkens na een jaar op te zeggen;
- l. dat de wederpartij aan een opzegtermijn bindt die langer is dan drie maanden of langer dan de termijn waarop de gebruiker de overeenkomst kan opzeggen;

- m. dat voor de geldigheid van een door de wederpartij te verrichten verklaring een strengere vorm dan het vereiste van een onderhandse akte stelt;
- n. dat bepaalt dat een door de wederpartij verleende volmacht onherroepelijk is of niet eindigt door haar dood of ondercuratelestelling, tenzij de volmacht strekt tot levering van een registergoed.

4. Algemene Voorwaarden en de NMa

In 2005 heeft de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) haar Richtsnoeren Samenwerking Bedrijven vernieuwd. Met als opvallende wijziging in de paragraaf over algemene voorwaarden de introductie van het begrip *belangrijke concurrentieparameters, zoals prijzen en tarieven, met inbegrip van kortingen, toeslagen en betalingstermijnen*. De vorige Richtsnoeren spraken alleen over prijzen.

De nieuwe Richtsnoeren geven duidelijker aan wat mogelijk wel en wat niet strijdig is met de Mededingingswet (Mw). Dat is winst. Maar tegelijkertijd lijkt de NMa door de toevoeging van *bedrijfstakspecifieke concurrentieparameters* wat strenger te zijn geworden; immers, in de oude Richtsnoeren werd alleen maar gesproken van de prijs als algemene concurrentieparameter en nu daarnaast ook bedrijfstakspecifieke. Het betekent dat in het voorwaardenoverleg partijen alert zullen moeten zijn op de vraag wat in het specifieke geval belangrijke concurrentieparameters zijn. Daarbij gaat het niet alleen om de in de Richtsnoeren genoemde voorbeelden, maar wellicht ook om andere parameters die in een specifieke bedrijfstak of markt relevant zijn.

Verschillende overleggroepen hebben inmiddels ervaringen met de NMa en haar Richtsnoeren. Prijzen, tarieven, kortingen en toeslagen worden dan ook zorgvuldig vermeden in CZ-AV. De Richtsnoeren noemen als voorbeeld van ‘andere, bedrijfstakspecifieke concurrentieparameters’ de garantieperiode of periode van gratis onderhoudsbeurten. Bij verplichte toepassing van de AV kunnen dergelijke bepalingen in beginsel mededingingsbeperkend en in strijd met het kartelverbod zijn aldus de NMa. In CZ-AV op het terrein van ambachtelijke dienstverlening komen garantieregelingen regelmatig voor, zoals bij BOVAG, UNETO-VNI, HISWA, bouwmaterialen en klusbedrijven. Gratis onderhoudsbeurten komen in CZ-AV niet voor.

Verderop in dit hoofdstuk staan de belangrijkste ‘lessen’ die uit de ervaringen van overleggroepen met de NMa zijn te trekken. Maar nu eerst integraal de tekst met voorbeelden over algemene voorwaarden uit de Richtsnoeren:

Algemene voorwaarden die zijn opgesteld door ondernemingen gezamenlijk of door een ondernemersvereniging, kunnen het tot stand komen van transacties vergemakkelijken doordat vooraf duidelijkheid wordt gecreëerd bij contractpartijen. Bij transacties met consumenten kunnen algemene voorwaarden bovendien bijdragen aan de bescherming van de consument, bijvoorbeeld door het opnemen van bepalingen over geschillenregelingen en garantiefondsen.

De Mededingingswet staat dan ook geenszins in de weg aan het hanteren van algemene voorwaarden (curs. secr.).

Slechts indien door het opstellen en de verplichte toepassing van algemene voorwaarden mededingingsbeperkende afspraken of onderling afgestemde feitelijke gedragingen tot stand komen, is mogelijk sprake van een inbreuk op het kartelverbod. Dit is met name het geval als algemene voorwaarden betrekking hebben op belangrijke concurrentieparameters zoals prijzen en tarieven, met inbegrip van kortingen, toeslagen en betalingstermijnen.

Naast de voornoemde concurrentieparameters kunnen, afhankelijk van de specifieke kenmerken van een markt, andere belangrijke concurrentieparameters worden onderscheiden. Ondernemingen en ondernemersverenigingen weten welke concurrentiemiddelen een belangrijke rol spelen bij het concurrentieproces in de markt waarop zij actief zijn. In een bepaalde markt kan bijvoorbeeld de garantieperiode of de periode waarin de afnemer recht heeft op gratis onderhoudsbeurten een belangrijke concurrentieparameter zijn. Indien de algemene voorwaarden die verplicht door ondernemingen worden gehanteerd zijn opgesteld door ondernemingen gezamenlijk of door een ondernemersvereniging en betrekking hebben op dergelijke parameters, zijn zij in beginsel mededingingsbeperkend en in strijd met het kartelverbod.

Voorbeeld 1

Een brancheorganisatie verplicht haar leden gebruik te maken van de geschillenregeling die in de branche is overeengekomen. De geschillenregeling voorziet in een procedure waarvan afnemers gebruik kunnen maken indien zij ontevreden zijn over de geleverde goederen of diensten. Het staat afnemers vrij om eventueel naar de rechter te gaan indien de geschillencommissie die verantwoordelijk is voor de uitvoering van de regeling hen in het ongelijk zou stellen. Het staat niet-leden van de brancheorganisatie vrij zich ook aan te sluiten bij de geschillenregeling.

De koppeling van het lidmaatschap van de brancheorganisatie aan het gebruik van de geschillenregeling heeft geen invloed op de wijze waarop in de sector wordt geconcurrereerd en leidt tegelijkertijd tot een betere bescherming van de afnemers. De verplichte deelname aan de geschillenregeling is toegestaan.

Voorbeeld 2

In de door een brancheorganisatie opgestelde algemene voorwaarden, die het bestuur van de brancheorganisatie verplicht heeft gesteld, staat dat op de prijzen voor de levering van diensten het jaarlijks door de brancheorganisatie vastgestelde prijsverhogingspercentage wordt toegepast. Dit betekent dat alle leden van de brancheorganisatie jaarlijks de voorgeschreven prijsverhoging aan hun afnemers in rekening brengen.

In deze algemene voorwaarden ligt een horizontale prijsafsprakenbesluit. De leden van de brancheorganisatie die alle de algemene voorwaarden toepassen, zullen immers ieder jaar dezelfde prijsverhoging doorberekenen. Aangezien het gebruik van de algemene voorwaarden door de vereniging verplicht wordt voorgeschreven, is deze aanbeveling te zien als een mededingingsbeperkend besluit van een ondernemersvereniging. Deze bepaling uit de algemene voorwaarden, in combinatie met het besluit, is dus niet toegestaan.

Aldus de NMa in haar richtsnoeren.

Ervaringslessen

De belangrijkste ‘lessen’ die uit de ervaringen van overleggroepen met de NMa zijn te trekken:

1. Niet mengen in prijsbeleid leden

De NMa is er niet voor dat een branchevereniging zich in het prijsbeleid van haar leden mengt, want dan ontstaat al gauw strijd met artikel 6 Mw ('onderling afgestemde feitelijke gedragingen'). In een van de sets CZ-AV stond dat de ondernemer eenmaal per jaar het overeengekomen jaargeld kan verhogen met een percentage gelijk aan het prijsindexcijfer. Een dergelijke bepaling komt volgens de NMa neer op het geven van een advies aan de leden over hun prijsbeleid, met bovendien een grote kans dat de leden het opvolgen. Daarom staat nu in deze AV alleen dat de ondernemer zijn prijsverhoging drie maanden van tevoren moet aankondigen, dat in geval van een aanmerkelijke verhoging een aankondigingstermijn van 24 maanden geldt en dat de ondernemer de verhoging globaal dient te motiveren.

2. Specificatie kostprijs voldoende ruimte voor concurrentie

De voorganger van de Organisatie Erkende Verhuizers (SAVAM) heeft in 1999 de NMa gevraagd om een informele zienswijze op haar AV met name op het punt van de specificatie van de kostprijs. Ook hier oordeelde de NMa dat deze voorwaarden niet vallen onder artikel 6 Mw. De AV beperken, aldus de NMa, de onderlinge concurrentieruimte tussen aangesloten verhuisbedrijven niet in die mate dat deze een beperking van de mededinging ten gevolge hebben. En als er al sprake is van mededingingsbeperking, dan dient deze volgens de NMa als niet merkbaar te worden aangemerkt.

In zijn informele zienswijze ging de NMa nader in op het beding dat betrekking heeft op enkele specificatiemethoden van de uiteindelijke kostprijs. Dit artikel laat voldoende ruimte voor een vrije prijsvorming over, waardoor de deelnemende verhuisbedrijven niet met aannemelijkheid kunnen voorzien welke prijzen hun concurrenten hanteren. Als ratio voor het opnemen van de kostprijs-specificatiemethoden zag de NMa het beschermen van de consument.

3. Verzekeringselement in AV niet bezwaarlijk

De nieuwe verhuisvoorwaarden per 2006 bevatten een verzekeringselement: schade wordt vergoed ongeacht of deze de schuld is van klant of verhuizer. De klant is als onderdeel van de overeenkomst gehouden een garantiecertificaat en -regeling te aanvaarden. Ook tegen deze versie van de verhuisvoorwaarden inclusief dit verzekeringselement had de NMa in een informele zienswijze geen bezwaar.

4. Annuleringsregeling eenmaal getoetst

De NMa heeft in 1998 geoordeeld dat de BOVAG-voorwaarden, inclusief de vaste percentages in de annuleringsbepaling, niet met artikel 6 van de Mw in strijd zijn. Ook de RECRON-voorwaarden en de ANVR-reisvoorwaarden kennen vaste percentages in de annuleringsbepaling. Deze zijn niet door de NMa getoetst, maar aangenomen mag worden dat na de BOVAG-zaak deze bepaling Mw-bestendig is.

5. Vaste bedragen niet getoetst

In de ANVR-reisvoorwaarden wordt een vast bedrag aan administratiekosten genoemd bij wijziging door de reiziger van de overeengekomen reis en aan organisatiekosten bij het voldoen aan zgn. essenties voor de reiziger. Dergelijke vaste bedragen in AV zijn niet door de NMa getoetst.

6. Garantierегeling mag niet uniformerend werken

In 1998 legt de VNI, begin 2002 samengegaan met UNETO tot UNETO-VNI, een hoeveelheid regelingen voor aan de NMa met het verzoek om daarvoor zo nodig ontheffing te verlenen op grond van artikel 17 Mw (dit is: ontheffing op grond van – kort gezegd – nuttige maatschappelijke effecten). Een van de discussiepunten betrof de inhoud van de algemene voorwaarden consumentenwerk van VNI. De NMa had vooral bezwaar tegen het uniformerend effect in de markt van de 18 maanden garantie op gebreken in het werk en op het drie jaar lang halen van capaciteit- en temperatuurspecificaties in de AV. VNI wist duidelijk te maken dat in de markt desondanks een grote variëteit aan garantierегelingen bestaat. De NMa concludeerde uiteindelijk dat er op dit punt geen sprake is van een inbreuk op de Mw.

7. Markten in transitie: keuzevrijheid niet beperken

Een bijzonder geval, ten slotte, zijn de markten in transitie, zoals de energiemarkt. De NMa ziet geen reden om aan te nemen dat de AV in de energiesector relevante concurrentieparameters bevatten die op dit moment de concurrentieverhoudingen of de toetreding van nieuwe marktpartijen negatief beïnvloeden. Het gaat hierbij echter wel om markten (gas en electriciteit) die volop in ontwikkeling zijn en steeds meer dynamiek vertonen. Marktontwikkelingen, en in het bijzonder signalen van marktpartijen dat hun keuzevrijheid wordt beperkt, kunnen er in de toekomst toe leiden dat zij alsnog onderzoek verricht naar eventuele concurrentiebeperking als gevolg van (verplicht gestelde) AV, aldus de NMa in 2005 (na de introductie van de nieuwe richtsnoeren).

5. Nederlandse geschillencommissies: óók voor grensoverschrijdende geschillen

Van de ruim 4200 uitspraken van de geschillencommissies onder de vlag van de SGC in 2004 zijn er een 53 verzonden aan in het buitenland woonachtige consumenten (dat kunnen ook Nederlanders zijn). Een voorbeeld van een grensoverschrijdend geschil is gepubliceerd in het Tijdschrift voor Consumentenrecht en Handelspraktijken⁴. Het betrof de klachten van een in België wonende consument geuit tegen een in Nederland gevestigde ondernemer, terzake van

⁴ Uitspraak van de Geschillencommissie Installerende Bedrijven (VNI) van 8 oktober 1998, geannoteerd door Th.J.M. van Mierlo (TvC 2005 p. 223 e.v.).

een door die ondernemer in de woning van de consument in België aangelegde installatie. De installateur had daarop de tweezijdige voorwaarden van oud-brancheorganisatie VNI (nu UNETO-VNI) van toepassing verklaard.

De uitspraak vergt een korte leeswijzer. Het hierna genoemde EVO-Verdrag heet voluit het Europees Verdrag inzake het recht op verbintenissen uit overeenkomst en is een apart verdrag uit 1980 tussen de lidstaten. De reden hiervoor is dat de Unie pas na het Verdrag van Maastricht uit 1992 bevoegdheden kreeg op het terrein van justitiële samenwerking op burgerlijk gebied. Begin 2003 heeft de Europese Commissie een groenboek uitgebracht over de omzetting van het EVO in een Europese verordening ('Rome I'). Deze dient wat de niet-contractuele verbintenissen betreft haar complement te krijgen in de verordening 'Rome II'. Hierover heeft de Europese Commissie niet eerst een groenboek uitgebracht maar meteen in 2003 een voorstel. Het ook hierna genoemde EEX-Verdrag betreft niet de inhoud van het recht maar de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen. Het is in 2001 opgevolgd door de EG-executieverordening ('Brussel I'), met als belangrijkste verandering dat het exequatur (verlof tot ten uitvoerlegging van een buitenlands vonnis) nu bijna automatisch wordt verleend. De afzonderlijke, hierna geciteerde (dwingende) consumentenbepalingen zijn inhoudelijk niet gewijzigd.

Een grensoverschrijdend karakter van een geschil staat aan de bevoegdheid van een geschillencommissie niet in de weg, zo blijkt uit de uitspraak van 1998. Haar bevoegdheid ontleent een geschillencommissie louter en alleen aan de omstandigheid dat partijen, door met elkaar te contracteren en daarbij de toepasselijkheid van de branche-AV te bedingen, bij voorbaat de geschillencommissie bevoegd hebben verklaard op hun eventuele geschillen. Onjuist is bijvoorbeeld dat de prestatie in Nederland moet zijn verricht of dat beslissingen van de geschillencommissie enkel voor de Nederlandse rechter kunnen worden aangevochten. Immers, uiteindelijk berust de bindende kracht van de door de geschillencommissie gegeven beslissingen op de omstandigheid dat partijen zich daarbij, bij het sluiten van de overeenkomst, bij voorbaat hebben neergelegd. Het staat elke rechter – Nederlands of buitenlands – vrij om de totstandkoming en de uitvoering van welke overeenkomst dan ook, inbegrepen de wijze waarop eventuele bindende adviezen tot stand zijn gekomen, te toetsen aan het recht dat volgens die rechter op die overeenkomst van toepassing is, welk recht dat ook moge zijn.

In dit geval is het de Nederlandse burgerlijke rechter die zo nodig over de geldigheid van de door haar gedane uitspraak zou oordelen, vervolgt de geschillencommissie. Krachtens artikel 2 EEX is, nu de vordering wordt ingesteld tegen de ondernemer, in beginsel de rechter van de woonplaats van de ondernemer, dus de Nederlandse rechter bevoegd. De consument verwijst in een van zijn brieven naar artikel 5 lid 1 EEX, doch miskent daarmee dat dit artikel een aanvullende bevoegdheid geeft, in dier voege dat hij als consument desgewenst de ondernemer ook voor de Belgische rechter had kunnen dagen; hij is daartoe echter geenszins verplicht of beperkt. Wel is denkbaar, dat indien de ondernemer de geldigheid van het bindend advies zou willen aanvechten, dat inderdaad voor de Belgische rechter zou dienen te geschieden, aangezien in dat geval zowel artikel 2 als artikel 5 lid 1 EEX naar de Belgische rechter wijzen. Dat betekent echter niet dat de geschillencommissie zich niet over de zaak zou kunnen buigen aangezien haar beslissing ook door de Belgische rechter kan worden getoetst.

De geschillencommissie liet zich verder uit over het recht dat op de overeenkomst van toepassing is. In de eerste plaats is krachtens de branche-AV, waarvan de werking geenszins tot Nederland beperkt is, Nederlands recht van toepassing. Mitsdien is sprake van een rechtskeuze als bedoeld in artikel 3 van het EVO-Verdrag. Ook artikel 4 lid 2 EVO wijst op de toepasselijkheid van Nederlands recht. Krachtens dit artikel immers is het toepasselijke recht dat van het land waar de partij die de kenmerkende prestatie moet verrichten, zijn woon- of vestigingsplaats heeft. De kenmerkende prestatie, het aanleggen van de installatie, moest worden verricht door de ondernemer en deze is gevestigd in Nederland. Van de in het verdrag genoemde uitzonderingen is verder geen sprake. De ondernemer heeft de bestelling van de consument niet in België ontvangen en hij heeft daar ook niet "een bijzonder voorstel of publiciteit" gedaan. Nederlands recht is dus van toepassing, aldus de Geschillencommissie Installerende Bedrijven.

Een enkele opmerking over dat punt van de rechtskeuze. Het was jarenlang ook in tweezijdige Algemene Voorwaarden, zoals de onderhavige installatievoorwaarden, gebruik een keuze te maken voor de Nederlandse rechter en het Nederlandse recht. Recentelijk is echter vanuit wetenschappelijke hoek kritiek gekomen op deze bepalingen die in strijd zouden zijn met internationaal privaatrecht. Uit bijvoorbeeld de eerder genoemde EG-executieverordening volgt dat als een consument zijn woonplaats in het buitenland heeft (zoals in deze zaak) de ondernemer wellicht in dat land voor de rechter een procedure aanhangig moet maken. Wat niet anders is dan de situatie indertijd onder het EEX-Verdrag, dat de Nederlandse installateur de in België wonende consument voor de Belgische rechter moest dagen als hij de geldigheid van het bindend advies van de Geschillencommissie Installerende Bedrijven wilde aanvechten. En er zou ook strijd zijn met lid 4 van artikel 6:247 betreffende internationale overeenkomsten uit de BW-afdeling algemene voorwaarden. Op overeenkomsten tussen een ondernemer en een consument die in Nederland woont, is die BW-afdeling van toepassing, ongeacht het recht dat de overeenkomst beheerst. In de nieuwe installatievoorwaarden van UNETO-VNI per 2006 zijn de beperkingen tot de Nederlandse rechter en het Nederlandse recht dan ook geschrapt.

Ten slotte nog een opmerking over de ontvankelijkheid. Door de geschillencommissie wordt geoordeeld dat de consument in 1998 niet met succes kan klagen over klachten die betrekking hebben op gebreken die in 1995 dan wel 1997 zijn gekend door de consument. Ze past daarmee art. 19 van de installatievoorwaarden van UNETO-VNI toe, welke een termijn van drie maanden kennen om het geschil na ontstaan ervan aan de commissie voor te leggen. Het geschil ontstaat indien de klacht niet in der minne kan worden opgelost. Stel dat de consument zich wel op tijd bij de geschillencommissie had gemeld, dan zou deze waarschijnlijk toch tot afwijzing van de vordering zijn gekomen. Het heeft er namelijk alle schijn van dat de consument hier heeft nagelaten tijdig bij de ondernemer te protesteren tegen de gebreken, waardoor er sprake is van rechtsverwerking overeenkomstig art. 6:89 BW. Volgens die bepaling komt aan een consument geen recht op herstel, schadevergoeding of ontbinding toe indien hij niet binnen bekwame tijd nadat hij het gebrek heeft geconstateerd of dit gebrek had moeten ontdekken, ter zake bij de ondernemer protesteert. Het is in beginsel aan de ondernemer om te bewijzen dat de consument niet tijdig heeft geklaagd, maar een blote ontkenning van de consument ('ik was wel op tijd') volstaat niet: hij zal in een geval als het

onderhavige eerdere brieven moeten produceren. Kennelijk zijn die in de onderhavige procedure niet geschreven. Ook de gang naar de burgerlijke rechter zou in dat geval weinig kansrijk zijn geweest.