

VU Research Portal

Rechterlijke toetsing van algemene voorwaarden van de overheid

van Ommeren, Frank

published in

Nederlands Juristenblad
1990

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

van Ommeren, F. (1990). Rechterlijke toetsing van algemene voorwaarden van de overheid. *Nederlands Juristenblad*, 1990(4), 132-137.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

Rechterlijke toetsing van algemene voorwaarden van de overheid

Algemene voorwaarden vormen voor de overheid een belangrijk regelinstrument. Afdeling 6.5.2A van het Nieuw Burgerlijk Wetboek bevat een regeling die voorschriften geeft over de toepasselijkheid en de inhoud van algemene voorwaarden. In onderhavig artikel gaat de aandacht met name uit naar de consequenties die afdeling 6.5.2A NBW voor de rechterlijke beoordeling van het overheidshandelen kan hebben. Opmerkelijk genoeg kan vergaande inhoudelijke controle van de burgerlijke rechter zich uitstrekken over algemene voorwaarden die zijn opgenomen in een algemeen verbindend voorschrift, zoals de verordening, de ministeriële regeling en zelfs de formele wet.*

Ter inleiding

Begin vorig jaar gleden door veel brievenbussen de nieuwe algemene voorwaarden van PTT Telecom. Het ligt in de lijn der verwachtingen dat de overheidsregels waaraan studenten moeten voldoen, willen zij straks recht hebben op een OV Jaarkaart, in de rechtsvorm van algemene voorwaarden gegoten zullen worden.¹ Bij de uitvoering van haar taak maakt de overheid in haar verschillende verschijningsvormen op ruime schaal gebruik van algemene voorwaarden. In het onderhavige artikel komen alleen algemene voorwaarden die de overheid zelf (direct) gebruikt aan de orde. De zogenaamde indirect voorgeschreven algemene voorwaarden komen niet ter sprake.² Bovendien beperk ik mij tot de consument als wederpartij van de overheid. Bedrijven als wederpartij, zowel grote als

kleine, blijven, één uitzondering daargelaten, buiten beschouwing.

De overheid manifesteert zich in verschillende gedaanten: onder meer als (zelfstandig) openbaar bestuursorgaan en als overheidsbedrijf. Hoewel overheidsbedrijven soms een privaatrechtelijke beheersvorm hebben, wil dat nog niet zeggen dat zij volledig zelfstandig en onafhankelijk van de overheid kunnen opereren. De privaatrechtelijke vorm doet aan de invloed van normen van publiekrechtelijke herkomst (met name a.m.v.b.'s, provinciale en gemeentelijke verordeningen, beleidsregels, algemene beginselen van behoorlijk bestuur) niet af. Zo dienen OV-Studentenkaart BV en PTT Nederland NV aan eenzijdig opgelegde, publiekrechtelijk vastgestelde richtlijnen te gehoorzamen. De BV- of NV-vorm is dan ook geen goede reden om dit soort overheidsbedrijven buiten beschouwing te laten bij de beantwoording van de vraag of 'de overheid' algemene voorwaarden gebruikt.³

Op vele plaatsen in het maatschappelijk leven worden algemene voorwaarden die de overheid gebruikt aangetroffen. Zonder volledigheid te pretenderen, zou ik enige terreinen willen vermelden en voor de overzichtelijkheid daarbij een driedeling willen hanteren. In de eerste plaats gebruikt de overheid algemene voorwaarden als leverancier van goederen en diensten. Bijna alle energiebedrijven hanteren het Model Algemene Leveringsvoorwaarden voor elektriciteit, water en gas (uit 1979) bij de levering aan (particuliere) consumenten. Onlangs zijn gereed gekomen de algemene voorwaarden van PTT Telecom BV (o.m. inzake de telefoon- en telegraafdiensten) en van PTT Post BV (inzake het vervoer van postzendingen).

In de tweede plaats hanteert de overheid algemene voorwaarden bij de uitgifte van grond. Gemeenten hanteren ieder hun eigen algemene voorwaarden bij de verkoop of het in erfpacht uitgeven van grond. De vaststelling van deze algemene voorwaarden geschiedt door de gemeenteraad.⁴

In de derde plaats gebruikt de overheid algemene voorwaarden als opdrachtgever. Hier is niet de consument maar het bedrijfsleven de wederpartij. In de bouw is de overheid zelfs verreweg de grootste opdrachtgever. Zeer veel toegepast worden hier de Uniforme Administratieve Voorwaarden voor de uitvoering van werken (UAV, herzien in 1989). Het Rijksinkoopbureau hanteert voor de aanschaf van roerende goederen de Algemene Rijksinkoopvoorwaarden (ARIV).⁵

Er zijn een drietal redenen te noemen waarom algemene voorwaarden voor de overheid een bijzonder belangrijk en nuttig bestuursinstrument zijn. De overheid is als ondernemer gebonden aan velerlei speciaal voor haar optreden

* Met dank aan Prof. mr B. Wessels voor zijn commentaar op een eerdere versie van dit artikel.

geschreven wetten en beleidsregels, die maken dat zij minder dan een particuliere ondernemer kan variëren naar de mate van en in de contracten die zij sluit. Een andere reden is gelegen in het gelijkheidsbeginsel dat in het bijzonder voor de overheid een sterke werking heeft: de overheid dient de burgers in gelijke gevallen gelijk te behandelen en mag de een niet bevoordelen boven de ander. Een derde reden is gelegen in de hang naar *consistentie* die de overheid uit oogpunt van behoorlijk bestuur heeft: het overheidsbeleid moet stelselmatig, regelmatig en volgens vaste lijn worden uitgevoerd.⁶ Deze reden strekt verder dan de twee voorafgaande redenen: ook zonder dat wetten of beleidsregels dat voorschrijven dient het overheidsbeleid consistent te zijn. Algemene voorwaarden zijn hiervoor een buitengewoon geschikt hulpmiddel.

Hoewel de overheid met behulp van algemene voorwaarden beleid voert in het kader van de uitvoering van haar publieke taak, beschouwt de Afdeling rechtspraak van de Raad van State een overeenkomst waarvan de inhoud door deze algemene voorwaarden bepaald wordt, als een rechtshandeling naar burgerlijk recht.⁷ Dit brengt met zich mee dat de burgerlijke rechter bevoegd is algemene voorwaarden afkomstig van de overheid te beoordelen.

Consumentenbescherming

Hoewel algemene voorwaarden, formeel-juridisch beschouwd, contractuele bedingen zijn, worden zij in de praktijk eenzijdig opgelegd. In de praktijk kan de individuele consument geen invloed uitoefenen op de inhoud van de algemene voorwaarden en weet hij zelfs vaak niet wat hij allemaal accepteert. Hij aanvaardt de algemene voorwaarden veelal zonder dat hij hun inhoud goed begrijpt, of er zelfs maar van op de hoogte is. Dit brengt het voor de hand liggende risico met zich dat hij iets aanvaardt dat zeer nadelig voor hem kan zijn.

Om met name de consument te beschermen tegen onereuze algemene voorwaarden is er na een uitvoerige parlementaire behandeling een wettelijke regeling tot stand gekomen: de, in de wandeling zo genoemde, Wet algemene voorwaarden (wet van 18 juni 1987, Stb. 327). Deze wet voegt in het NBW de afdeling 6.5.2A in, doch zal één jaar na de boeken 3, 5 en 6 NBW in werking treden. Dit wil niet zeggen dat tot die tijd afdeling 6.5.2A niet van betekenis is: afdeling 6.5.2A normeert ten dele geldend recht. Ook vervult zij thans reeds een voorbeeldfunctie bij de beoordeling van een beroep op bepaalde bedingen in contracten.⁸ (Waar ik artikelen zonder nadere aanduiding



F.J. van Ommeren is als onderzoeker in opleiding verbonden aan NWO en werkzaam bij de vakgroep staats- en bestuursrecht van de juridische faculteit van de VU te Amsterdam.

noem, zijn dat artikelen uit afdeling 6.5.2A NBW). Vermeld zij dat de regeling van afdeling 6.5.2A een regeling van dwingend recht is (art. 12).

De Memorie van Toelichting vermeldt dat afdeling 6.5.2A ook van toepassing is op algemene voorwaarden die de overheid gebruikt.⁹ De Memorie van Toelichting vermeldt echter niet wáárom afdeling 6.5.2A ook voor de overheid geldt. Toch is het zinvol daarbij stil te staan, want het consumenten- sovermingsmotief geldt des te sterker voor het geval dat de overheid algemene voorwaarden hanteert. De eerste, meest voor de hand liggende reden hiervoor is dat de overheid een van de grootste gebruikers van algemene voorwaarden in Nederland is. Indien afdeling 6.5.2A niet op overheidshandelen van toepassing zou zijn, zou het effect dat de wet voor de consument te weeg moet brengen, veel geringer zijn.

Een tweede, meer interessante reden is gelegen in het feit dat de overheid, evenals particuliere ondernemingen, algemene voorwaarden in haar *eigen belang* opstelt. Zo mogen ook overheidsbedrijven winst maken, met name bij de gas- en elektriciteitsbedrijven zijn de inkomsten niet gering. Aangezien de overheid geacht wordt te handelen in het belang van haar burgers, is dit niet vanzelfsprekend. De belangen van de burgers kunnen daarmee op de achtergrond raken. De praktijk is dat de overheid de legiti-

1. N.a.v. de val van het kabinet is de behandeling van het wetsvoorstel door de Eerste Kamer aangehouden, zie EK 1988-1989, 20 708 nr 225a.

2. Indirect voorgeschreven algemene voorwaarden zijn algemene voorwaarden die de overheid aan een ander opdraagt te gebruiken. Bijvoorbeeld in subsidievoorwaarden: de voorwaarden voor de subsidie aan een onderneming bepalen op hun beurt welke algemene voorwaarden die onderneming jegens zijn afnemers moet gebruiken.

3. Zie o.m. H.J. de Ru, De nieuwe wetgeving inzake de PTT: regulering sui generis voor een nv, *RegelMaat* 1988, nr 3, p. 120.

4. J. de Jong, Gemeentelijke gronduitgifte,

diss. Utrecht 1984; Harmonisatie van gronduitgifte, diss. Utrecht 1984; Harmonisatie van gronduitgifte voorwaarden, *Bouwrecht monografieën* nr 7, 1988; W.J. Slagter en J.J.M. Brood-Grappehaus, *Onroerend goed en algemene voorwaarden (I en II)*, WPNR (1989) 5908 en 5909, p. 153 e.v. en 169 e.v.

5. Het ligt in het voornemen van de regering het Rijksinkoopbureau te zelfstandigen, TK 1988 - 1989, 20 893 nrs 1-11.

6. A.M. Donner, *Nederlands bestuursrecht*, Algemeen deel, 5e druk, Alphen aan de Rijn 1987, p. 20, 125; J.H. van Kreveld, *Beleidsregels in het recht*, diss. Groningen 1983, p. 5, 43, 188, 219. Vgl. het principe of integrity, R. Dworkin, *Law's Empire*,

Londen 1986, p. 176 e.v.

7. Zie J.B.J.M. ten Berge, A.Q.C. Tak, *Nederlands administratief procesrecht*, Zwolle 1983, dl. 1 p. 236, 237; zie ook o.m. Vz. AR 28 april 1982, AB 1984, 449 m.nt. H.J. de Ru; Vz. AR 21 augustus 1986, AB 1988, 193 m.nt. H.J. Simon en de jurisprudentieoverzichten genoemd in noot 29.

8. Zie NvW, TK 1988-1989, 18 998, nr 6 (Aanvulling Overgangsrecht Nieuw BW; elfde gedeelte OINBW). Zie over het huidige belang van afd. 6.5.2A ook het slot van: W.J. Slagter en J.J.M. Brood-Grappehaus, a.w., p. 171.

9. MvT, TK 1981, 16 983, nr 3, p. 19, 20; zie ook EK 1986-1987, 16 983, nr 76, p. 12.

Dit betekent dat de overheid in monopoliesituaties in de praktijk verzekerd is van een wederpartij die niet anders kan dan zelfs de meest ongunstige voorwaarden accepteren.

matie voor haar optreden wel vindt in het algemeen belang, maar de directe belangen van haar burgers niet optimaal behartigt. Hondius spreekt in dit verband zelfs van een revolutie in het denken over de overheid als gebruiker van algemene voorwaarden. Ging men er voor de Tweede Wereldoorlog nog van uit dat de algemene voorwaarden van de overheid geen controle behoeften, thans is de veel gehoorde stelling dat deze algemene voorwaarden geen haar beter zijn dan die van particuliere ondernemingen, ja zelfs nog veel ongunstiger voorwaarden bevatten.¹⁰

Een derde reden houdt verband met de monopoliepositie die de overheid vaak heeft. De consument heeft in dit soort gevallen niet de mogelijkheid zich tot een ander te wenden om de verlangde goederen te verkrijgen. De keuzevrijheid van de consument is hier tot vrijwel nul gereduceerd. Dit betekent dat de overheid in monopoliesituaties in de praktijk verzekerd is van een wederpartij die niet anders kan dan zelfs de meest ongunstige voorwaarden accepteren.¹¹

Een goede controle op de inhoud van de algemene voorwaarden die de overheid oplegt, is om deze redenen meer dan noodzakelijk. De praktijk heeft niet geleid tot verbetering van de interne toezichtprocedures van het openbaar bestuur in deze. Afdeling 6.5.2A maakt echter (externe) controle door de rechter mogelijk.

Inhoudelijke toetsing

De wetgever heeft de bescherming van de consument met name gerealiseerd door een speciale vernietigingsgrond in het leven te roepen: algemene voorwaarden die *onredelijk bezwarend* zijn voor de wederpartij zijn vernietigbaar (art. 2a sub a). Naast deze algemene vernietigingsgrond geeft de wet aan de hand van twee lijsten aan welke algemene voorwaarden in het bijzonder ongeoorloofd kunnen zijn. Artikel 3 bevat veertien gevallen die door de wetgever op voorhand als onredelijk bezwarend worden aangemerkt, de zogenaamde zwarte lijst. Artikel 4 bevat veertien gevallen waarvan de onredelijke bezwarendheid wordt *vermoed*, de zogenaamde grijze lijst. Beide lijsten zijn alleen van toepassing indien de wederpartij een consument is. Op deze wijze biedt afdeling 6.5.2A aan consumenten een verdergaande bescherming dan aan bedrijven.¹² (Ik abstraheer nu even van de reflexwerking naar bedrijven die deze lijsten kunnen hebben).

Om te bepalen of een bepaalde algemene voorwaarde onredelijk bezwarend is, dient ingevolge art. 2a sub a gelet te worden op de volgende omstandigheden: (1) de aard van de overeenkomst, (2) de overige inhoud van de over-

eenkomst, (3) de wijze waarop de voorwaarden zijn tot stand gekomen, (4) de wederzijds kenbare belangen van partijen, (5) de overige omstandigheden van het geval. De omstandigheden-catalogus die de wet hier geeft, is - zij het in hier en daar iets andere bewoordingen - bekend van de standaardarresten Saladin-HBU¹³ en Pseudovogelpest¹⁴, het arrest Van der Meer-gemeente Smilde¹⁵ en het arrest Hooijen-De Tilburgse Hypotheekbank¹⁶. In het Saladin-HBU arrest brengt de Hoge Raad de omstandigheden-catalogus niet expliciet in verband met de goede trouw. In de arresten Pseudovogelpest, Van der Meer-gemeente Smilde en Hooijen-De Tilburgse Hypotheekbank doet de Hoge Raad dit wel. Aan de vraag hoe de open norm 'onredelijk bezwarend' uit art. 2a sub a zich verhoudt tot de 'redelijkheid en billijkheid' van art. 6.1.1.2 lid 2 en 6.5.3.1 lid 2 NBW (de beperkende werking van de goede trouw) is in de parlementaire geschiedenis en de literatuur de nodige aandacht besteed. Uit de parlementaire behandeling blijkt dat art. 2a sub a de algemene maatstaf van de art. 6.1.1.2 en 6.5.3.1 voor de onredelijk bezwarende algemene voorwaarden concreetiseert. De art. 6.1.1.2 en 6.5.3.1 moeten een 'vangnetfunctie' vervullen: wat niet onder art. 2a sub a valt, wordt gevangen in het net van art. 6.1.1.2 en 6.5.3.1. De parlementaire behandeling vermeldt voorts dat bij art. 2a sub a de nadruk op de toetsing van de *inhoud* van de overeenkomst ligt. Bij art. 6.1.1.2 en 6.5.3.1 ligt de nadruk meer op de toetsing van *gedragingen* van partijen.¹⁷

Beschouwing van de omstandigheden van art. 2a sub a leert dat de open norm 'onredelijke bezwarendheid' voornamelijk betrekking heeft op de fase van de totstandkoming van de overeenkomst en de inhoud van de overeenkomst zelf. De aard en de overige inhoud van de overeenkomst, de wijze van totstandkomen, de wederzijds kenbare belangen, het zijn alle omstandigheden die bij het sluiten van de overeenkomst reeds bekend kunnen zijn. Nieuwe omstandigheden die zich voordoen bij de uitvoering van de overeenkomst vallen buiten de omstandigheden-catalogus, tenzij zij reeds in de overeenkomst geregeld of verdisconteerd waren. Voor de nieuwe omstandigheden vervullen de art. 6.1.1.2 en 6.5.3.1 en art. 6.5.3.11 (*imprévision*) hun functie.¹⁸

In de arresten Van der Meer-gemeente Smilde en Hooijen-De Tilburgse Hypotheekbank loopt de Hoge Raad reeds vooruit op de open norm van afdeling 6.5.2A.¹⁹ Hij interpreteert art. 2a sub a in het licht van de beperkende werking van de goede trouw. Met name uit het arrest Hooijen-De Tilburgse Hypotheekbank blijkt hoezeer de toets van art. 2a sub a een toets is die op de inhoud van het contract betrekking heeft: "Tevens kan het zich, in het bijzonder bij een beding in algemene voorwaarden, voordoen dat het gaat om *omstandigheden die zozeer de inhoud van het beding zelf raken* dat dit beding geheel of ten dele als onredelijk bezwarend beschouwd moet worden en een beroep op dat beding om die reden in strijd met de goede trouw komt", aldus de Hoge Raad (cursivering FvO).²⁰

De overheid gecontroleerd

Bij de beoordeling van algemene voorwaarden speelt niet alleen de maatschappelijke positie van de wederpartij (is het een consument of een bedrijf?) een rol. Ook de *maatschappelijke positie van de gebruiker* is van belang. De

Hoge Raad drukte dit (in onder meer de arresten Saladin-HBU, Van der Meer-gemeente Smilde en Hooijen-De Tilburgse Hypotheekbank) uit door de 'maatschappelijke positie en de onderlinge verhouding van partijen' als een aparte omstandigheid te noemen. In art. 2a sub a valt deze omstandigheid onder de 'overige omstandigheden van het geval'.

Voor Bloembergen vormde de - toen nog slechts uit het Saladin-HBU arrest bekende - omstandigheid van 'de maatschappelijke positie en de onderlinge verhouding van partijen' aanleiding tot uitvoerige bespiegelingen over de bijzondere (maatschappelijke) positie van de overheid en de doorwerking van algemene beginselen van behoorlijk bestuur in het privaatrecht. Bij privaatrechtelijk overheids-handelen geven de privaatrechtelijke normen zijns inziens te weinig waarborgen en dient het overheidshandelen tevens met normen van publiekrechtelijke herkomst beoordeeld te worden. Bij de invulling van de open norm van de goede trouw, moet wegens de bijzondere positie van de overheid rekening worden gehouden met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.²¹ Bloembergens opvattingen zijn met de arresten Tolkentarieven en Ikon-Amsterdam, waar de Hoge Raad rechtstreeks aan deze beginselen toetste, geldend recht geworden.²²

Bij de beoordeling of bepaalde algemene voorwaarden onredelijk bezwarend zijn, vormt dan ook de omstandigheid dat juist de overheid de algemene voorwaarden gebruikt, een gewichtige factor. In het arrest Van der Meer-gemeente Smilde drukte de Hoge Raad (Bloembergen is inmiddels raadsheer en had zitting in deze zaak) dit als volgt uit. 'De gebruiker van algemene voorwaarden - en zeker een gemeente die ook bij het gebruik van algemene voorwaarden in overeenkomsten naar het privaatrecht in het bijzonder rekening heeft te houden met de belangen van burgers - handelt in strijd met de goede trouw wanneer hij zich op een dergelijk beding beroept, (...)' (curs. FvO). Art. 2a sub a geeft de rechter een inhoudelijk criterium

bij de beoordeling van (overheids)contracten. De vernietiging van overheidscontracten vanwege hun ongeoorloofdheid op zichzelf (dus niet wegens hun wijze van totstandkomen, hun uitvoering e.d.) is voor de rechter geen eenvoudige zaak. Standaardvoorbeeld van de meest ver-gaande toetsing van een privaatrechtelijk overheidscontract aan administratiefrechtelijke wetgeving vormt nog altijd het Krusemanarrest. De Hoge Raad voert hier echter een zeer beperkte toetsing uit: de overheid mag geen beroep doen op een voorwaarde uit de overeenkomst, indien wettelijke beletselen dat verhinderen, dan wel de overheid daardoor misbruik van haar bevoegdheden of van een feitelijke machtspositie maakt.²³ Wat het *ongeschreven* administratieve recht betreft, vindt de meest vergaande toetsing van een privaatrechtelijk overheidscontract plaats in het Amsterdam-Ikon arrest²⁴, waarin de Hoge Raad de toepassing van een beding uit de algemene voorwaarden rechtstreeks aan het gelijkheidsbeginsel toetst. Doch ook deze toetsing ging niet zo ver als de inhoudelijke toetsing van art. 2a sub a kan gaan.²⁵

Afdeling 6.5.2A brengt dan ook, althans wat de beoordeling van algemene voorwaarden betreft, verandering in de huidige situatie: ook de inhoud van het overheidscontract kan aan het rechterlijke oordeel onderhevig zijn. Hiermee heeft de rechter de mogelijkheid gekregen het overheids-handelen te beoordelen op een veel ingrijpender wijze dan thans plaatsvindt, namelijk rechtstreeks op grond van zijn inhoud. Van de rechter die het overheidshandelen slechts marginaal mag toetsen, omdat hij anders op de stoel van het openbaar bestuur gaat zitten, is de rechtsontwikkeling wel heel ver verwijderd geraakt.

Op welke overheidsregels is afdeling 6.5.2A van toepassing?

Algemene voorwaarden worden wel eens 'particuliere wetgeving' genoemd. In het bijzonder wanneer overheidsbe-

10. E.H. Hondius in zijn noot onder het Van der Meer - gemeente Smilde arrest (HR 25 april 1986, NJ 1986, 714) in KwNBW 1986 nr 3, p. 96.

11. De consument zou in een dergelijk geval een beroep kunnen doen op art. 3.2.10 lid 4 NBW om de overeenkomst (partieel) te vernietigen wegens misbruik van omstandigheden. Voorwaarde is dan echter dat de leveringsplicht van de overheid niet eveneens aangetast mag worden, anders heeft zo'n beroep geen zin. Bij een geslaagd beroep op 3.2.10 lid 4 komt men aan afdeling 6.5.2A niet meer toe. Zie over de verhouding tussen art. 3.2.10 lid 4 en afdeling 6.5.2A NBW: Asser-Hartkamp II, Zwolle 1989, p. 189 en D.P. Ruitinga, Misbruik van economisch overwicht als grond voor het aantasten van overeenkomsten, diss. Amsterdam 1982, p. 15 e.v.

12. Afd. 6.5.2A maakt ook nog onderscheid tussen grote en kleine bedrijven (art. 2c), voor onderhavige problematiek is dit onderscheid minder van belang.

13. HR 19 mei 1967, NJ 1967, 261 m.nt. GJS; AA 1967, p. 214 m.nt. PAS.

14. HR 20 febr. 1976, NJ 1976, 486 m.nt. GJS; AA 1976, p. 467 m.nt. G.

15. HR 25 april 1986, NJ 1986, 714 m.nt.

G; AA 1986, p. 618 m.nt. PvS.

16. HR 16 januari 1987, NJ 1987, 553 m.nt. G.

17. Nota naar aanleiding van het verslag, kamerstuk 16 983 nr 8 p. 12. Zie B. Wessels, R.H.C. Jongeneel, Algemene voorwaarden, Zwolle 1987, p. 37 e.v. aldaar ook meer literatuur.

18. Zie ook A.S. Hartkamp, Wet algemene voorwaarden, AA 1987, p. 713.

19. Naar aanleiding van het arrest Van der Meer-gemeente Smilde veronderstellen verschillende commentatoren dat de Hoge Raad niet alleen op de open norm maar ook op de beide lijsten anticipeert, na het arrest Hooijen-De Tilburgse Hypotheekbank kwamen zij daarop terug. (Vgl. o.m. E.H. Hondius KwNBW 1986 nr 3 p. 95 en KwNBW 1987 nr 2 p. 63).

20. J.B.M. Vranken noemt de voortschrijdende inhoudscontrole een van de recente ontwikkelingen in het privaatrechtelijk overeenkomstenrecht, zie: Wisselwerking tussen privaatrecht en bestuursrecht, in: Bestuursrecht en Nieuw BW, Zwolle 1988, p. 27.

21. A.R. Bloembergen, Exoneratieclausules, Bouwrecht 1969, p. 355 e.v.; ibidem, Contracten met de overheid in het bijzonder in

de bouw, Bouwrechtmonografieën nr 3, 1976, p. 33 e.v.

22. HR 27 juni 1986, NJ 1987, 726; AA 1988, p. 116, m.nt. H.B. (Tolkentarieven); HR 27 maart 1987, NJ 1987, 727; AB 1987, 273 m.nt. FHvdB; AA 1988, p. 111, m.nt. A (Amsterdam-Ikon); zie ook recentelijk: HR 2 juni 1989, AB 1989, 375 m.nt. FHvdB en HR 16 juni 1989, AB 1989, 437.

23. HR 13 april 1962, NJ 1964, 366 m.nt. HvdB; AB 1962, 487 m.nt. St. Deze in dit arrest gegeven hoofdregel is nog steeds terug te vinden in de huidige jurisprudentie, zie voor een overzicht hiervan Contractenrecht VIII, nr 62 e.v. (J. Spier).

24. HR 27 maart 1987, NJ 1987, 727; AB 1987, 273 m.nt. FHvdB. De andere in noot 20 als voorbeeld van rechtstreekse toetsing genoemde arresten, vormen geen voorbeeld van onderhavige problematiek, aangezien deze arresten betrekking hebben op onrechtmatig handelen in de zin van 1401 BW en ik hier over de geoorloofdheid van reeds totstandgekomen contracten spreek.

25. Vgl. P. de Haan in zijn noot onder het Amsterdam-Ikon arrest, Bouwrecht 1987, p. 544.

drijven algemene voorwaarden gebruiken is dit een rake typering. Voor de individuele consument maakt het immers op het eerste gezicht weinig of niets uit of de regels, die bijvoorbeeld gelden voor de leverantie van zogenaamde openbare nutsvoorzieningen, in een wet in materiële zin (dat wil zeggen een algemeen verbindend voorschrift)²⁶ of in algemene voorwaarden zijn vastgelegd. In beide gevallen kan hij geen directe invloed op hun inhoud uitoefenen.

Toch is het zeer belangrijk een onderscheid te maken tussen algemene voorwaarden en algemeen verbindende voorschriften. Ten eerste: algemene voorwaarden moeten door de gebruiker van toepassing worden verklaard op het contract. De wederpartij - hoewel deze in de praktijk dikwijls weinig of geen keus heeft - moet ze aanvaarden. Ook al worden zij eenzijdig opgelegd, het zijn contractuele bedingen. Dit is niet zo bij algemeen verbindende voorschriften. Zij kunnen *van rechtswege* op een overeenkomst van toepassing zijn.

Ten tweede: algemene voorwaarden kunnen volledig op hun inhoud door de rechter gecontroleerd worden, vergelijk afdeling 6.5.2A. Voor algemeen verbindende voorschriften geldt dit niet. Tegen hen is in beginsel²⁷ geen rechtstreeks beroep mogelijk. (De rechter beoordeelt hen uiteraard wel, zij het terughoudend, in het kader van de exceptie van onwettigheid). Algemeen verbindende voorschriften behoren tot het recht in de zin van art. 99 RO en vormen als zodanig voor de rechter een gegeven. Afdeling 6.5.2A is dan ook niet op hen van toepassing.

Standaardregelingen zijn geen algemene voorwaarden in de zin van afdeling 6.5.2A. De standaardregeling staat geregeld in art. 6.5.1.2 NBW. Deze regelingen zijn bestemd te gelden voor bijzondere soorten van overeenkomsten die worden gesloten in bepaalde bedrijfstakken of beroepsgroepen. Standaardregelingen zijn wetten in materiële zin. Zij zijn van rechtswege op bepaalde overeenkomsten van toepassing en behoren tot het recht in de zin van art. 99 RO. Hun werkingssfeer wordt bij a.m.v.b. bepaald.

Ook het Uniform Aanbestedingsreglement (UAR, herzien in 1986) behoort niet tot de algemene voorwaarden. Dit reglement geeft regels aan de overheidsinstanties zelf (zoals aan de hand van welke criteria aannemers moeten worden gekozen), maar legt niet rechtstreeks voorwaarden op aan de wederpartij. Het UAR behoort tot het recht in de zin van art. 99 RO.²⁸

Iets gecompliceerder ligt het als algemene voorwaarden zijn vastgesteld bij of zijn opgenomen in een algemeen verbindend voorschrift. Algemene voorwaarden die de overheid gebruikt zijn nogal eens bij verordening (bijvoorbeeld gemeentelijke leverings- of erfpachtvoorwaarden) of bij ministeriële regeling (bijvoorbeeld de ARIV en de UAV) vastgesteld. Het is vaste jurisprudentie dat ook algemene voorwaarden die in een algemeen verbindend voorschrift zijn opgenomen aan privaatrechtelijke normen onderworpen zijn. Reeds in het Vaalse Elektriciteitsverordeningarrest uit 1960 heeft de Hoge Raad zich over deze problematiek uitgelaten en bepaald dat: 'de verordening tot het vaststellen van de *voorwaarden* voor het maken van aansluitingen en de levering van elektriciteit door het elektriciteitsbedrijf der gemeente tot inhoud heeft aanwijzingen van de gemeente voor haar elektriciteitsbedrijf, voorschrijvende op welke voorwaarden met gegadigden overeenkomsten tot stroomlevering kunnen worden gesloten; deze bepalingen zijn dus slechts bestemd om deel uit

te maken van stroomleveringscontracten, en zijn dus niet aan te merken als wet in de zin van art. 99 RO' (cursive-ring FvO).²⁹ Ook op algemene voorwaarden die in een algemeen verbindend voorschrift zijn opgenomen, is afdeling 6.5.2A NBW derhalve van toepassing.

Het is de moeite waard er bij stil te staan dat dit bijzondere consequenties heeft: de burgerlijke rechter mag bepalingen uit algemeen verbindende voorschriften op hun inhoud beoordelen. Dit is zeer opmerkelijk, aangezien de burgerlijke rechter maar zelden een dergelijke bevoegdheid bezit. En mocht zich al het geval voordoen dat hij de bevoegdheid heeft algemeen verbindende voorschriften te beoordelen, dan geschiedt deze beoordeling meestal marginaal.³⁰ Bij de beoordeling van algemene voorwaarden - ook die in een algemeen verbindend voorschrift zijn opgenomen - kan de toetsing echter aan de hand van de open norm en de lijsten van afdeling 6.5.2A NBW geschieden en kan er derhalve een inhoudelijke toetsing plaatsvinden.

Is afdeling 6.5.2A NBW ook van toepassing als de algemene voorwaarden zijn opgenomen in een formele wet?

Mijns inziens wel. Als de rechter algemene voorwaarden uit algemeen verbindende voorschriften mag beoordelen, dan geldt dat ook voor de algemene voorwaarden die zijn vastgesteld bij een algemeen verbindend voorschrift van de formele wetgever. Een actueel voorbeeld biedt de voorgestelde wijziging op de Wet op de studiefinanciering (Stb. 1988, 336), waarin het nieuwe artikel 32a een regeling geeft voor de verstrekking van een kosteloze Openbaar Vervoer Jaarkaart aan studenten die recht op studiefinanciering hebben.³¹ Tussen de verstrekker en de houder van de kaart bestaat een privaatrechtelijke overeenkomst. De algemene voorwaarden waaronder deze kaart verstrekt zal worden, staan in art. 32a en een ministeriële regeling die op grond van deze wet genomen wordt, geregeld. Zo bepaalt art. 32a lid 4: 'In de overeenkomst naar burgerlijk recht die de studerende bij het ontvangen van de (...) kaart, sluit met de verstrekker van die kaart, wordt in ieder geval opgenomen dat ...'. De algemene voorwaarden die de formele wetgever hier vaststelt, zijn naar mijn mening dan ook onderworpen aan de inhoudelijke toets van afdeling 6.5.2A NBW. Ook hier hoeft van marginale toetsing geen sprake te zijn.

Indien de rechter algemene voorwaarden onredelijk bezwarend acht, wordt hiermee niet het algemeen verbindend voorschrift waarin de algemene voorwaarden zijn opgenomen, buiten werking gesteld. De vernietiging heeft tot gevolg dat de daarin opgenomen algemene voorwaarden niet meer op het contract van toepassing zijn. Met andere woorden, de algemene voorwaarden behouden in principe wel hun algemene werking, maar zijn, vanwege hun onredelijke bezwarendheid in een concreet voorliggend geval, in dát bijzondere geval niet van toepassing.

Ook beschikkingen?

Nogal wat algemene voorwaarden die de overheid in haar overeenkomsten gebruikt, komen voor op de zwarte of de grijze lijst, of zouden enkel op grond van art. 2a sub a onredelijk bezwarend voor de wederpartij kunnen worden verklaard. Zo zal het bij gemeentelijke erfpachtvoorwaarden veel voorkomende bindend advies beding niet ongewijzigd kunnen blijven bestaan. Het recht dat gemeenten vaak eisen om de erfpachtvoorwaarden eenzijdig te mogen

wijzigen, zou wel eens onredelijk bezwarend kunnen worden verklaard. Een ander voorbeeld vormt het energiebedrijf: in het geval dat de meterstand niet opgenomen kan worden, kan eenzijdig de omvang van het gebruik vastgesteld worden. De leveringsvoorwaarden voor elektriciteit, gas en water kennen een vergaande exoneratie. Dit geldt ook voor de algemene voorwaarden van PTT Telecom BV. Erfpachtvoorwaarden bevatten dikwijls een vergaande boeteregeling.³²

Bij de beoordeling of een algemene voorwaarde onredelijk bezwarend is, dient ook gelet te worden op de aard van de overeenkomst (zie boven). Op grond van art. 1 sub a is afdeling 6.5.2A alleen van toepassing op obligatoire overeenkomsten. Behalve zuiver obligatoire overeenkomsten sluit de overheid ook fiscale overeenkomsten en diverse andere te onderscheiden bestuursovereenkomsten. Ingevolge schakelbepaling art. 6.5.1.6 NBW is afdeling 6.5.2A in beginsel ook op deze overeenkomsten van toepassing.³³ Een andere vraag is of afdeling 6.5.2A ook niet van toepassing op overheidsbeschikkingen zou moeten zijn. Deze vraag wordt geopperd - en vervolgens instemmend beantwoord - door Vranken.³⁴ De reden hiervoor is dat anders de overheid wel eens naar de beschikking zou kunnen grijpen, om de vergaande inhoudelijke toets van afdeling 6.5.2A te ontlopen. De vraag is ook aan de orde gekomen tijdens de parlementaire behandeling van afdeling 6.5.2A, alwaar Minister van Justitie, Korthals Altes, antwoordt dat een dergelijke toepassing hem niet geheel uitgesloten lijkt.³⁵

Met de figuur van de beschikking komt de administratieve rechter in beeld (vergelijk o.m. art. 2 Wet Arob). Aan de ingrijpende toets van art. 2a heeft deze rechter naar mijn idee minder behoefte dan de burgerlijke rechter. Anders dan overeenkomsten, kunnen beschikkingen veel sneller vanwege hun inhoud vernietigd worden. Beschikkingen worden immers eenzijdig vastgesteld en dus spelen punten als wilsovereenstemming en wederzijds vertrouwen een minder grote rol. Dit maakt het voor de rechter gemakke-

lijker in te breken in de rechtsbetrekking. De administratieve rechter vernietigt dan ook regelmatig beschikkingen omdat hun inhoud in strijd is met een algemeen verbindend voorschrift of met (materiële) beginselen van behoorlijk bestuur.³⁶ Een aparte omstandighedencatalogus is daarvoor niet speciaal nodig. Toch is het niet ondenkbaar dat de administratieve rechter behoefte zal hebben aan afdeling 6.5.2A. Met name de zwarte en de grijze lijst vergroten de rechtszekerheid ten aanzien van de goorlooftheid van de inhoud van de algemene voorwaarden. De toepasbaarheid van afdeling 6.5.2A op beschikkingen kan niet geconstrueerd worden met behulp van art. 6.5.1.6 NBW, aangezien dit artikel alleen op meerzijdige rechtshandelingen betrekking heeft. Wel kan gedacht worden aan reflexwerking van de twee lijsten.

Overigens kan men zich met Scheltema afvragen 'of bestuursrechtelijke juristen (en administratieve rechters) voldoende toegang tot het privaatrecht hebben om van de rechtsontwikkeling op dat terrein te kunnen profiteren'.³⁷

Samenvatting en conclusies

De overheid stelt haar algemene voorwaarden op in haar eigen belang. Afdeling 6.5.2A NBW verschaft de burgerlijke rechter een ingrijpend controle instrument: hij mag de inhoud van de algemene voorwaarden beoordelen. Aangezien deze afdeling ook van toepassing is op algemene voorwaarden van de overheid, maakt dit een veel verdergaande controle van privaatrechtelijk overheidshandelen mogelijk dan de rechter tot op heden verricht. Daar algemeen verbindende voorschriften in principe niet aan de rechter ter beoordeling staan, is het opmerkelijk dat deze controle zich ook kan uitstrekken over algemene voorwaarden die zijn opgenomen in een algemeen verbindend voorschrift. Marginale toetsing speelt in deze geen rol. Ook de administratieve rechter zal behoefte kunnen hebben aan de lijsten van afdeling 6.5.2A NBW.

26. Algemeen verbindend voorschrift is een synoniem voor wet in materiële zin. Bepaalde algemeen verbindende voorschriften worden vastgesteld door de wetgever in formele zin: de zogenaamde formele wetgeving.

Vrijwel alle formele wetgeving is tevens wet in materiële zin. Veel algemeen verbindende voorschriften worden echter niet vastgesteld door de formele wetgever maar door daartoe bevoegde bestuursorganen. De algemeen verbindende voorschriften die deze organen vaststellen zijn geen formele wetten, maar hebben wel de materiële werking van een wet. Van Male stelt voor deze algemeen verbindende voorschriften met de term bestuurswetgeving aan te duiden. Zie R.M. van Male, Rechter en bestuurswetgeving, diss. Tilburg 1988, p. 3, 4.

27. In beginsel, want met een actie uit 1401 BW is het onder omstandigheden mogelijk een materiële wet buiten werking te stellen. Zie het Landbouwvliegersarrest HR 16 mei 1986, NJ 1987, 251 m.nt. MS; AA 1988, p. 44 m.nt. HB. Iets anders is dat er nogal wat auteurs zijn die bepleiten dat tegen bestuurswetgeving rechtstreeks beroep bij de administratieve rechter mogelijk wordt.

O.m. P.J.J. van Buuren en J.E.M. Polak, Onrechtmatige wetgeving, preadviezen NJV 1987 p. 95 en p. 187; R.M. van Male, a.w., p. 307; F.C.M.A. Michiels, De Arob-beschikking, diss. Nijmegen 1987 p. 266.

28. HR 31 mei 1985, AB 1985, 480 m.nt. FHvdB.

29. HR 11 november 1960, NJ 1960, 599 (het gaat hier nog over art. 99 RO-oud: wet in plaats van recht) als weergegeven bij H.J. de Ru, Staatsbedrijven en staatsdeelnemingen, diss. Utrecht 1981, p. 239 e.v. Zie voor een uitvoerig jurisprudentieoverzicht behalve De Ru ook: J. de Jong, a.w., p. 211 e.v.. Laatstgenoemde auteur wijst zelfs op een arrest uit 1918 dat in deze richting wijst (HR 1 maart 1918, NJ 1918, p. 440).

30. Vgl. het in noot 27 genoemde Landbouwvliegersarrest.

31. TK 1988-1989, 20 708 nr 17, p. 3, 4.

32. Zie o.m. J. Spier, Nogmaals het wetsontwerp algemene voorwaarden, KwNBW 1985 nr 1, p. 8.

33. Een schakelbepaling is een bepaling die een bepaalde regeling van overeenkomstige toepassing verklaart op verhoudingen waarvoor die regeling niet direct is geschreven.

Zie over de schakeling van publiekrechtelijke overeenkomsten door art. 6.5.1.6 NBW: Parl. Gesch. MvT Boek 6 NBW, p. 733; B. Wessels, Fiscale overeenkomst, Arnhem 1982, p. 45 e.v.

34. J.B.M. Vranken, Wisselwerking tussen privaatrecht en bestuursrecht, in: Bestuursrecht en Nieuw BW, (Themadag JUVAT) Zwolle 1988, p. 29. De discussie hierover werd vertroebeld, doordat sommige opposanten van Vranken er ten onrechte vanuit gingen dat afdeling 6.5.2A niet van toepassing is op algemene voorwaarden die zijn opgenomen in een algemeen verbindend voorschrift (p. 103).

35. Mondeling overleg van de bijzondere commissie voor de herziening van het Burgerlijk Wetboek. EK 1986 - 1987, 16 983, nr 76a, p. 7.

36. P. de Haan, Th.G. Drupsteen, R. Fernhout, Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat, 3e druk, Deventer 1986, dl. II, p. 73, 74 aldaar veel jurisprudentie.

37. M. Scheltema, De verhouding van de Algemene wet bestuursrecht tot het burgerlijk recht, in: Bestuursrecht en Nieuw BW, Zwolle 1988, p. 51.