

University of Groningen

Overgang van wilsrechten bij contractsoverneming (II, slot)

Verheul, E. F.

Published in:
Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:
2017

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):
Verheul, E. F. (2017). Overgang van wilsrechten bij contractsoverneming (II, slot). *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie*, 2017(7157), 507-512.

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

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.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

Overgang van wilsrechten bij contractsovername (II, slot)



Mr. E.F. Verheul*

4.3. Vernietiging wegens wilsgebreken

Zoals in deel I in WPNR 2017/7156 aan de orde kwam, heeft een vernietigingsbevoegdheid ten aanzien van een overeenkomst uit de aard van de bevoegdheid en het rechtsgevolg betrekking op omstandigheden die plaatsvinden voor of bij de totstandkoming van de overeenkomst. Indien op grond van die omstandigheden een vernietigingsbevoegdheid bestaat, kleeft dit gebrek aan de overeenkomst als zodanig.⁵⁶ De gebrekkigheid wordt aldus onderdeel van (de inhoud van) de overeenkomst zelf, waarop de vernietigingsbevoegdheid betrekking heeft. De overgang van de vernietigingsbevoegdheid bij de contractsovername volgt daarmee uit de omstandigheid dat de overnemer de rechtsverhouding in deze gebrekkige toestand overneemt. Dit behoud van de vernietigingsbevoegdheid als gevolg van de gebrekkigheid van de rechtsverhouding zelf, waarvan de identiteit blijft behouden wordt ook in Duitsland, Frankrijk en België erkend. Zo oordeelde het BGH dat de *schwebende Unwirksamkeit* van een overeenkomst niet zozeer verbonden is aan de persoon van de contractspartij, maar ‘vielmehr dem Vertrag “anhaf-tet”’.⁵⁷ In de Franse literatuur wordt opgemerkt dat veel totstandkomingsgebreken weliswaar samenhangen met de persoon van de contractspartij, maar desalniettemin overgaan op de overnemer, omdat zij de overeenkomst zelf aantasten.⁵⁸ In de Belgische literatuur wordt op vergelijkbare wijze aangenomen dat de gebrekkigheid een inherent kenmerk van de overeenkomst vormt. Daardoor ‘slorpt het gebrek in de totstandkoming de invloed van de persoon van de contractspartij als het ware op’.⁵⁹ Onverschillig is derhalve of de overnemer bevangen is door hetzelfde wilsgebrek als de overdrager.

Huizingh komt, ondanks haar andere uitgangspunt, op dit punt tot eenzelfde conclusie.⁶⁰ Dit is een gevolg van het feit dat Huizingh bij ieder wilsrecht afzonderlijk toetst aan de wettekst, waarin het desbetreffende wilsrecht wordt toegekend, of de overnemer voldoet aan de voorwaarden voor toekenning van het wilsrecht. Aangezien de wet in art. 3:44 BW en art. 6:228 BW de vernietigingsbevoegdheid niet specifiek toekent aan degene bij wie de wil gebrekkig is gevormd, maar simpelweg de overeenkomst die onder invloed van een wilsgebrek is tot stand gekomen als vernietigbaar aanmerkt, zou de vernietigingsbevoegdheid derhalve ook weer ontstaan in de persoon van de overnemer. Hoewel dit resultaat overeenstemt met de hier verdedigde

benadering, acht ik deze benadering problematisch, omdat teveel gewicht wordt toegekend aan de tekst van de wettelijke bepaling waarin het wilsrecht wordt verleend. In het algemeen geldt reeds dat voor begripsvorming niet uitsluitend kan worden afgegaan op de letter van de wet, maar dat geldt in het onderhavige geval des te meer, waarin de bepaling is geschreven met het oog op een tweepartijensituatie – dat wil zeggen: de situatie waarin de oorspronkelijke contractspartijen tegenover elkaar staan – zodat er niet (zonder meer) van uit kan worden gegaan dat de wetgever bij de redactie van de tekst ook rekening heeft gehouden met de mogelijkheid van uitwisseling van een van de contractspartijen. Door desalniettemin wel af te gaan op de letterlijke tekst van de bepaling, ontstaan willekeurige uitkomsten, afhankelijk van de formulering van de

* Promovendus aan de Rijksuniversiteit Groningen. (e.f.verheul@rug.nl)

56. Ogenschijnlijk kritisch over een dergelijke uitdrukkingwijze is Jac. Hijma, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1988, p. 165-166 die juist de nadruk lijkt te willen leggen op de omstandigheid dat de vernietigbare rechtshandeling ‘juist volstrekt geldig [is] totdat (eventueel) een vernietiging volgt’. Dat lijkt met name een kwestie van perspectief. Hoewel de rechtshandeling tot de vernietiging geldig is, is immers tegelijkertijd duidelijk dat er iets aan de rechtshandeling mankeert, als gevolg waarvan haar voortbestaan is bedreigd. Zie bijv. zoals in de hoofdtekst Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014, nr. 606-608 gesproken wordt van een onvolmaakte rechtshandeling, een rechtshandeling met een onzeker bestaan en een rechtshandeling, waaraan een gebrek kleeft.

57. BGH 10 mei 1995, NJW 1995, 2290. Zie uit de literatuur MünchKomm-BGB/Roth & Kieninger 2016, § 398 BGB, Rn. 186, Staudinger/Busche 2017, Einleitung zu §§ 398 ff BGB, Rn. 202-203 en Staudinger/Rieble 2017, § 414 BGB, Rn. 165. Kritisch: P. Bülow, ‘Verbraucherschutz mittels Vertragsübernahme?’, WM 1995, p. 2091. Zie voor de parallelproblematiek bij § 566 BGB Schmidt-Futterer/Streyll 2015, § 566 BGB, Rn. 126 en BeckOGK/Harke 2017, § 566 BGB, Rn. 58.

58. Lachière 2001, p. 213 en p. 17 met verdere verwijzingen. Vgl. echter ook m.b.t. schuldenaarsvervanging L. Andreu, *Du changement de débiteur*, Parijs: Dalloz 2010, p. 252-254.

59. Withofs 2015, p. 499. Zie ook Dirix 1984, p. 65-66.

60. Huizingh 2016, p. 246-251.

desbetreffende wetsbepaling.⁶¹ Zo had de wetgever evengoed de vernietigingsbevoegdheid bij wilsgebreken aldus kunnen redigeren dat de overeenkomst niet zozeer vernietigbaar is, maar dat aan degene bij wie de wil gebrekkig is gevormd, de bevoegdheid heeft om de overeenkomst te vernietigen. Materieel zou dat evenwel geen verschil moeten maken.

Dat de overnemer op grond van het voorgaande de bevoegdheid kan verkrijgen om de overeenkomst te vernietigen op grond van een wilsgebrek dat hem zelf niet heeft getroffen, is niet bezwaarlijk.⁶² Niet zelden zal het gebrek in de wilsvorming hebben geleid tot een onevenwichtigheid in de inhoud van de overeenkomst,⁶³ zodat de overnemer ook geconfronteerd wordt met dezelfde onevenwichtigheid. De vernietiging strekt ertoe deze nadelige rechtsverhouding uit de weg te kunnen ruimen, zodat het gerechtvaardigd is dat degene die met deze nadelige rechtsverhouding wordt geconfronteerd de bevoegdheid heeft om de overeenkomst te vernietigen.⁶⁴ Met het behoud van identiteit van de overgedragen rechtsverhouding strookt dat de overnemer zich dan ook op het wilsgebrek kan beroepen, terwijl aldus bovendien wordt voorkomen dat de wederpartij wordt bevoordeeld door de contractsoverneming. Niet gezegd kan worden dat de overnemer door de overeenkomst over te nemen de inhoud van de overeenkomst ook als volledig geldig accepteert, zodat hij zich maar beter had moeten verdiepen in de overeenkomst.⁶⁵ Niet altijd zal de overnemer zich even intensief verdiepen in alle specifieke aspecten van de over te nemen overeenkomst, met name niet omdat hij niet in staat is om de overeenkomst geheel opnieuw uit te onderhandelen. Bijvoorbeeld bij een activa-passivatransactie waarbij een hele trits overeenkomsten wordt overgenomen, kan bezwaarlijk van de overnemer worden verlangd dat hij de hele inhoud van elke overeenkomst nauwkeurig uitpluist. Treffend is dit in Duitsland verwoord door Klimke:

‘Bei einer Übernahme wird der Inhalt des übernommenen Vertrages typischerweise nicht erneut ausgehandelt. Die Einzelheiten dieses Vertrages sind daher schon deshalb in der Regel nicht Gegenstand der Willensbildung des Übernehmers. Zudem wird sich der Übernehmer oftmals auf das Urteil und das Verhandlungsgeschick seines Vorgängers verlassen und aus diesem Grund nicht selbst in eine Willensbildung über den Vertragsinhalt eintreten. An einer solchen Delegation der Willensbildung hat der Übernehmer auch ein schutzwürdiges Interesse: Dass der Vertrag übernommen – und nicht neu abgeschlossen – wird, soll typischerweise gerade den mit einem Neuabschluss verbundenen Aufwand vermeiden. Kehrseite dieser Funktion ist aber, dass bei der Übernahme nicht immer eine detaillierte und abschließende Willensbildung über den übernommenen Vertrag stattfindet.

(...) Im Interesse einer reibungslosen Übernahme kann es (...) sachgerecht sein, die Prüfung, welche Bedeutung ein Willensmangel für den Vertrag haben kann, auf die Zeit nach der Übernahme zu verschieben. So mag es etwa sein, dass er [de overnemer; toevoeging EFV] die Folgen des Irrtums noch nicht sofort einschätzen kann und deshalb nach der Übernahme die Anfechtungsfrist zur Überlegung nutzen will.⁶⁶

Waar het aankomt op een afweging van de belangen van de overnemer tegen die van de achterblijvende partij, komt het mij dan ook bevredigende voor in het beginsel voorrang te geven aan de belangen van de overnemer, mede vanwege het feit dat de positie van de achterblijvende partij hierdoor niet verslechtert.

Dit alles neemt niet weg dat in voorkomende gevallen kan worden aangenomen dat in de contractsoverneming een bevestiging (art. 3:55 lid 1 BW) van het gebrek besloten ligt door ofwel de overdrager of de overnemer. Anders dan wel wordt aangenomen,⁶⁷ kan echter niet in algemene zin worden gezegd dat uit de contractsoverneming blijkt dat de overdrager of overnemer de rechtsverhouding als volledig geldig aanmerkt.⁶⁸ Of sprake is van een bevestiging is afhankelijk van alle omstandigheden van het geval

61. Als men deze benadering consequent doorvoert, komt men dan ook tot ongerijmdheden. Wanneer bijvoorbeeld de dwaling te wijten is aan een inlichting van de wederpartij en vervolgens die partij wordt uitgewisseld door een andere partij, kan men strikt genomen niet meer zeggen dat de dwaling is te wijten aan de wederpartij, omdat de (huidige) wederpartij niet betrokken was bij de totstandkoming van de overeenkomst. Dat degene die gedwaald heeft om die reden de vernietigingsbevoegdheid zou verliezen, laat zich evenwel niet goed volhouden. Vgl. Beversluis 2013, p. 818.

62. Zie ook Huizingh 2016, p. 248.

63. Vgl. Schaub 2015, nr. 2.

64. Klimke 2010, p. 276 en Schaffland 2012, p. 242-243. Vgl. I. Schwenzer, ‘Zession und sekundäre Gläubigerrechte’, *AcP* 1982, p. 249. Zie ook Withofs 2015, p. 186 die spreekt van een ‘bescherming tegen de nadelige gevolgen van een op gebrekkige wilsverklaring gesteunde contractuele verhouding’. Vgl. ook Lapp 1951, p. 121 en Y.-M. Serinet in diens noot onder Cass. civ. 3^e, 18 oktober 2005, zaaknr. 04-16.832, *RDC* 2006, p. 476. Zie genuanceerd Dörner 1985, p. 319-321.

65. In die richting Van Loggerenberg 1981, p. 264.

66. Klimke 2010, p. 278. Vgl. ook Klang/Thöni 2011, § 1406 ABGB, Rn. 68.

67. Zie bijv. Coester 1974, p. 805, Van Loggerenberg 1981, p. 262, Dirix 1984, p. 66, Dörner 1985, p. 320 en J.R. Beversluis, *Enige aspecten van de kwalitatieve verbintenis* (diss. Nijmegen), Den Haag: BJu 2009, p. 280-281 en p. 285. Door sommigen wordt een tenietgaan van de vernietigingsbevoegdheid aangenomen in het geval dat ‘der Mangel auf die Person des Ausscheidenden bezogen ist und sich mit dessen Ausscheiden erledigt’. Zo bijv. Nörr, Scheyhing & Pöggeler 1999, p. 208 en MünchKomm-BGB/Roth & Kieninger 2016, § 398 BGB, Rn. 186.

68. Klimke 2010, p. 285-287, Schaffland 2012, p. 76-77 en p. 238, Huizingh 2016, p. 248 en Staudinger/Rieble 2017, § 414 BGB, Rn. 161.

en met name een stilzwijgende bevestiging kan niet te snel worden aangenomen.⁶⁹ In het bijzonder kan niet van een dergelijke bevestiging worden uitgegaan alvorens het wilsgebrek zich heeft geopenbaard. Niet alleen laat bevestiging van een gebrek waarvan men nog niet op de hoogte is zich niet goed denken, ook blijkt uit de koppeling van de mogelijkheid tot bevestiging aan de aanvang van de verjaringstermijn (art. 3:55 lid 1 BW) dat de bevestiging (in beginsel) pas mogelijk is op het moment dat de tot vernietiging bevoegde bekend is geworden met de vernietigingsmogelijkheid.⁷⁰

Uit het voorgaande blijkt dat het gevaar dat de overnemer overgaat tot vernietiging van de overgenomen overeenkomst, terwijl de ratio van de vernietigingsbevoegdheid de vernietiging in het concrete geval niet dekt, betrekkelijk gering is. Indien een zodanig geval zich bij wijze van hoge uitzondering dreigt voor te doen, kan het leerstuk misbruik van bevoegdheid (art. 3:13 BW) uitkomst bieden,⁷¹ terwijl een vordering tot vernietiging in rechte bij gebrek aan belang kan worden afgewezen (art. 3:303 BW).⁷²

4.4. Vernietiging algemene voorwaarden

Het voorgaande geldt evenzeer voor de mogelijkheid van vernietiging van algemene voorwaarden na de contractsoverneming. Aangezien de overnemer de rechtsverhouding tussen de overdrager en de achterblijvende partij overneemt met behoud van identiteit van de overgedragen rechtsverhouding, treedt door de contractsoverneming geen wijziging op waar het aankomt op de vernietigbaarheid van de algemene voorwaarden. Dat denkbaar is dat de overnemer een andere hoedanigheid heeft dan de overdrager, zodat een ander regime zou gelden als de overdrager de overeenkomst zelf had afgesloten, is daarbij niet van belang. Twee situaties moeten daarbij worden onderscheiden. In de eerste plaats is denkbaar dat aan de overnemer minder bescherming zou toekomen als hij de overeenkomst zelf zou hebben gesloten dan aan de overdrager (bijv.: de overdrager is consument en de overnemer is een ondernemer). In de tweede plaats is denkbaar dat de overnemer meer bescherming zou toekomen als hij de overeenkomst zelf zou hebben gesloten dan de overdrager (de overdrager is een ondernemer, terwijl de overnemer consument is). Aangezien de overnemer de overdrager opvolgt in diens hoedanigheid van contractspartij, volgt hij hem ook op waar het aankomt op het persoonlijke toepassingsbereik van de regeling van de algemene voorwaarden. Ook in de Duitse literatuur wordt algemeen aangenomen dat de hoedanigheid van de overdrager beslissend blijft, zodat de contractsoverneming geen verandering brengt in het toetsingsregime van de algemene voorwaarden.⁷³ Dat strookt met een uitspraak van het BGH, waarin hij oordeelde dat een overnemer die ondernemer is, na contractsoverneming een slechts aan consumenten toekomend herroepingsrecht kan uitoefenen, indien de overdrager een

consument was aan wie een dergelijk herroepingsrecht toekwam.⁷⁴ Ook in de Oostenrijkse literatuur wordt opgemerkt dat de contractsoverneming geen verandering van de overeenkomst bewerkstelligt, zodat de consumentenbeschermende bepalingen ook van toepassing blijven op de overeenkomst, indien de overeenkomst wordt overgenomen door een ondernemer.⁷⁵

Voor het Nederlandse recht dringt zich de parallel op met de in de parlementaire geschiedenis besproken situatie waarin een derde door aanvaarding van een derdenbeding partij wordt bij een overeenkomst. Ten aanzien van dat geval is door de wetgever opgemerkt dat uit de strekking van de regeling van de algemene voorwaarden voortvloeit dat als de derde consument is, maar de overeenkomst is gesloten met een wederpartij die handelde in de uitoefening van haar bedrijf of beroep, het voor de vernietigbaarheid van de algemene voorwaarden aankomt op de hoedanigheid van de wederpartij:

‘De redelijkheid gebiedt dat de gebruiker van algemene voorwaarden op het tijdstip van de contractsluiting weet of kan weten waar hij aan toe is; zijn rechtspositie dient niet te kunnen worden beïnvloed al naar gelang de derden, die het derdenbeding aanvaarden, al dan niet handelen in de uitoefening van een beroep of bedrijf.’⁷⁶

69. Wibier 2009, nr. 66.

70. P.M. Verbeek, *GS Vermogensrecht*, art. 3:55 BW (online bijgewerkt tot 1 februari 2010), aant. 10.

71. Zie over de problematiek van misbruik van bevoegdheid ten aanzien van wilsrechten T.M., *Parl. Gesch. Boek 3 BW (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 1040 en A.P. Timmermans, ‘Wilsrechten’, *AA 1963-1964*, p. 26-29. Zie voor Duitsland MünchKommBGB/Armbrüster 2015, § 119 BGB, Rn. 141-143.

72. Zie bijv. Hof Amsterdam 1 november 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BU6774, rov. 4.10, dat allereerst overweegt dat de vernietigingsbevoegdheid van art. 1:89 BW overgaat op de erfgenamen van de echtgenoot, maar vervolgens concludeert dat de erfgenamen in dat geval geen belang bij de vernietiging hebben. Anders: Van Mourik & Nuytinck 2015, nr. 111, die opmerken dat de vernietigingsbevoegdheid in een zodanig geval tenietgaat.

73. Staudinger/Schlosser 2013, § 310 BGB, Rn. 7, MünchKommBGB/Basedow 2016, § 310 BGB, Rn. 56 en BeckOGK/Richters 2017, § 310 BGB, Rn. 157. Zie ook Schaffland 2012, p. 167-169. Ogenschijnlijk anders: Erman/Röthel 2011, Vorbem. zu § 414 BGB, Rn. 8.

74. BGH 10 mei 1995, NJW 1995, 2290. Instemmend: Schaffland 2012, p. 277-279, BeckOGK/Knops 2015, § 495 BGB, Rn. 26, MünchKomm-BGB/Roth & Kieninger 2016, § 398 BGB, Rn. 186, BeckOGK/Herresthal 2017, § 311 BGB, Rn. 150, Staudinger/Rieble 2017, § 414 BGB, Rn. 165, BeckOGK/Heinig 2017, § 414 BGB, Rn. 84 en Staudinger/Busche 2017, Einleitung zu §§ 398 ff BGB, Rn. 203. Anders: MünchKommBGB/Fritsche 2016, § 355 BGB, Rn. 28, (ogenschijnlijk) MünchKomm-BGB/Bydlinski 2016, Vorbem. zu § 414-§419 BGB, Rn. 9 en MünchKomm-BGB/Schürmbrand 2017, § 491 BGB, Rn. 33.

75. H. Krejci, *Handbuch zum Konsumentenschutzgesetz*, Wien: Anton Orac 1981, p. 224-225, Rummel/Krejci 2002, § 1 KSchG, Rn. 36, Welsch & Zöchling-Jud 2015, p. 156. Zie over het omgekeerde geval nog het slot van deze paragraaf.

76. M.v.T. Inv., *Parl. Gesch. Boek 6 BW (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 1651.

Nadien heeft de wetgever dit standpunt enigszins genuanceerd voor het geval dat ten tijde van het sluiten van de overeenkomst reeds voorzienbaar is dat degene die door aanvaarding van het derdenbeding zonder meer consument is. In een zodanig geval meent de wetgever dat de strekking van de regeling zich niet verzet tegen toepasselijkheid van de stringenter regels voor consumenten.⁷⁷

Deze door de wetgever gekozen benadering, waarbij beslissend is in hoeverre bij de contractsluiting de hoedanigheid voorzienbaar is van degene die partij zullen worden bij de overeenkomst, bevredigt.⁷⁸ Dit strookt met de opzet en de systematiek van de regeling betreffende algemene voorwaarden, waarin de toetsing van de algemene voorwaarden gericht is op het moment dat de voorwaarden in de overeenkomst worden opgenomen.⁷⁹ Uit de parlementaire geschiedenis komt duidelijk naar voren dat de wetgever dit systeem heeft voorgestaan, hetgeen onder meer valt af te leiden uit de keuze van de remedie van de vernietigbaarheid.⁸⁰ Met deze systematiek strookt dat omstandigheden van na de contractsluiting – zoals een uitwisseling van de contractspartij door de contractsoverneming – niet van belang zijn voor de beoordeling van de vernietigbaarheid van algemene voorwaarden. Dit blijkt ook uit de hiervoor aangehaalde passage over het derdenbeding, waarbij slechts gewicht wordt toegekend aan omstandigheden die ten tijde van het opnemen van de algemene voorwaarden voor de gebruiker voorzienbaar zijn. Niet alleen maakt dit de regeling gemakkelijk hanteerbaar, ook wordt recht gedaan aan de gerechtvaardigde belangen van de achterblijvende contractspartij, die door de contractsoverneming niet verrast kan worden door een verandering van regime. Tegen de achtergrond van deze systematiek moet eveneens worden aangenomen dat een verandering van hoedanigheid in de persoon van de contractspartij – een ondernemer ontslaat een aantal werknemers waardoor hij niet meer voldoet aan art. 6:235 BW – meer in het algemeen geen gevolgen heeft voor de vernietigbaarheid van algemene voorwaarden. Voor het persoonlijke toepassingsbereik van de regeling komt het derhalve aan op het moment van sluiting van de overeenkomst.

Dit voorzienbaarheids criterium is ook een hanteerbaar instrument om eventuele omzeilingsconstructies te bestrijden. In het geval dat beoogd is een overeenkomst te laten gelden tussen twee partijen, maar een andere partij met een andere hoedanigheid als contractsluitende partij wordt ingezet teneinde een minder streng of juist strenger regime van algemene voorwaarden van toepassing te laten zijn op de overeenkomst, kan een dergelijke schijnconstructie op basis van dit criterium terzijde worden geschoven. Het criterium biedt ook een oplossing voor de situatie dat grond in eerste instantie in erfpacht wordt uitgegeven aan een professionele

projectontwikkelaar, maar van meet af aan duidelijk is dat de erfpachtrechten uiteindelijk aan consumenten worden overgedragen. In een zodanig geval moet worden aangenomen dat de erfpachtvoorwaarden onderworpen zijn aan de (strengere) toetsing voor consumenten. Voor het overige brengt een overdracht van het erfpachtrecht echter geen verandering in het toepasselijke regime.⁸¹

Huizingh bestrijdt de verwantschap tussen de contractsoverneming en de aanvaarding van een derdenbeding op basis van het argument dat de gebruiker geen invloed zal hebben op de toetreding van derden op basis van een derdenbeding, terwijl de contractsoverneming niet zonder zijn toestemming kan plaatsvinden.⁸² Een derdenbeding moet echter ook worden overeengekomen door de partijen bij de overeenkomst (art. 6:253 BW), zodat de gebruiker evenzeer invloed kan uitoefenen op de mogelijkheid van toetreding van derden. Met name als de medewerking bij de contractsoverneming bij voorbaat geschiedt (art. 6:159 lid 3 BW jo art. 6:156 BW), verschilt de contractsoverneming qua totstandkoming nauwelijks van een derdenbeding.⁸³ Meer in het algemeen valt bovendien niet goed in te zien waarom de wijze van totstandkoming van de contractsover-

77. Nota II Inv., *Parl. Gesch. Boek 6 BW (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 1663. Enigszins soepeler Wissink in: Wessels & Jongeneel 2017, p. 29 die – in navolging van F.J. Sandee, *Algemene voorwaarden en Fabrikatenkoop* (diss. Rotterdam), Arnhem: Gouda Quint 1995, p. 81-82 – voldoende acht dat te verwachten valt dat zich onder de derden die door aanvaarding partij worden een aanzienlijke groep consumenten bevindt.

78. Zo ook Hijma 2016, nr. 30.

79. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II 2014, nr. 487 en Hijma 2016, nr. 25.

80. Zie bijv. M.v.A. II Inv., *Parl. Gesch. Boek 6 BW (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 1526, M.v.T. Inv., *Parl. Gesch. Boek 6 BW (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 1580-1581 en Nota II Inv., *Parl. Gesch. Boek 6 BW (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 1595. Vgl. ook F.J. Vonck, *De flexibiliteit van het recht van erfpacht* (diss. Groningen), Den Haag: BJu 2013, p. 176-177.

81. Vonck 2013, p. 175-178, (vermoedelijk) K. Everaars, 'Europees recht en erfpachtvoorwaarden', *WPNR* 2015/7061, p. 418 (die eerst lijkt aan te nemen dat een beding onredelijk bezwarend kan worden door overdracht aan een consument, maar dit resultaat vervolgens toch lijkt te verwerpen omdat een toetsing via art. 6:248 lid 2 BW afdoende is) en Asser/Bartels & Van Velten 5 2017, nr. 216a. Anders: W.G. Huijgen, 'Erfpacht en publiekrecht', in: A.A. van Velten, G.M.F. Sniijders & W. Huijgen, *Erfpacht*, Lelystad: Koninklijke Vermande 1995, p. 126. Vgl. ook Wessels & Wissink in: B. Wessels, R.H.C. Jongeneel & M.L. Hendrikse, *Algemene voorwaarden*, Deventer: Kluwer 2010, p. 25, die het denkbaar achten om de werking aan de vernietiging te ontzeggen jegens rechtsopvolgers die zelf niet zouden kunnen vernietigen.

82. Huizingh 2016, p. 256.

83. Vgl. H.J. Sniijders, *Modellen voor de rechtspraak*, I.6.2.16 Contractsoverneming (online bijgewerkt tot 1 oktober 2016), voetnoot 15.

neming beslissend zou moeten zijn voor de vraag wat de identiteit van de overgenomen rechtsverhouding is. Gelet op het behoud van identiteit als kenmerk van de contractsoverneming is goed denkbaar dat de achterblijvende partij haar medewerking aan de overneming juist verleent omdat haar rechtspositie daardoor niet verandert.

Als gevolg van het voorgaande is het derhalve mogelijk dat een ondernemende overnemer zich in het kader van de vernietiging van de algemene voorwaarden kan beroepen op de ter bescherming van consumenten strekkende grijze en zwarte lijsten. Dat komt niet in strijd met de strekking van de regeling, maar wordt integendeel juist ondersteund door de ratio van de bescherming tegen onredelijk bezwarende algemene voorwaarden.⁸⁴ De verdergaande bescherming van consumenten berust namelijk onder meer op de gedachte dat zij een slechtere onderhandelingspositie hebben en aldus niets anders kunnen dan de algemene voorwaarden aanvaarden.⁸⁵ De mogelijkheid van vernietiging van de algemene voorwaarden vormt aldus een compensatie voor de zwakke onderhandelingspositie. De minder vergaande bescherming van niet-consumenten berust dus niet zozeer op de gedachte dat dergelijke wederpartijen onredelijke bezwarende bedingen zich zonder meer moeten laten welgevalen, maar mede op de gedachte dat zij vanwege de betere onderhandelingspositie veeleer in staat zijn om invloed uit te oefenen op de inhoud van de bedingen.⁸⁶ Bij de contractsoverneming hebben zij een dergelijke mogelijkheid niet, omdat zij slechts de gehele contractuele verhouding als zodanig kunnen overnemen. Zoals hiervoor al aan de orde kwam, volgt uit de aard van de contractsoverneming dat een dergelijke onderhandelingsruimte niet bestaat bij de contractsoverneming. Niet gezegd kan derhalve worden dat de bescherming van de regeling van de algemene voorwaarden niet strekt ter bescherming van de belangen van een professionele contractsovernemer.⁸⁷ Wanneer in voorkomende gevallen bij de contractsoverneming uitdrukkelijk de wisseling van hoedanigheid in verband met de vernietigbaarheid van algemene voorwaarden ter tafel komt, laat zich echter voorstellen dat in aanvaarding van de voorwaarden een bevestiging van het gebrek ligt, waartoe de overnemer als niet-consument in staat is.⁸⁸ En als de vernietiging door een ondernemende overnemer in een specifiek geval niet wordt gedekt door de ratio voor de vernietigbaarheid van de specifieke algemene voorwaarden, is denkbaar dat een beroep op de vernietigbaarheid in het concrete geval naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.⁸⁹ Het voordeel van deze benadering is dat de vernietigingsbevoegdheid niet zonder meer wordt ontzegd aan de overnemer, maar aan de hand van de omstandigheden van het geval rekening kan worden gehouden met de concrete strekking van de vernietigingsbevoegdheid.

Nadere aandacht verdient nog de omgekeerde situatie, waarin een consument de contractuele verhouding overneemt van een overnemer, die geen consument is. Toepassing van het voorgaande leidt tot de slotsom dat de overnemer zich niet kan beroepen op de verdergaande bescherming van consumenten. Inderdaad ontstaan door de contractsoverneming door een consument geen nieuwe of verdergaande vernietigingsbevoegdheden met betrekking tot de algemene voorwaarden.⁹⁰ Dat neemt echter niet weg dat alsnog aan de belangen van de overnemer als consument kan worden tegemoetgekomen door de werking van art. 6:248 lid 2 BW. Dat sluit in systematisch opzicht ook beter aan bij de opzet van de regeling van de algemene voorwaarden, waarbij aan omstandigheden van na het sluiten van de overeenkomst geen betekenis toekomt voor de vernietigbaarheid, maar dergelijke omstandigheden wel van belang kunnen zijn bij de onaanvaardbaarheidstoets van art. 6:248 lid 2 BW.⁹¹ Het strookt bovendien met de omstandigheid dat na een contractsoverneming de persoon van de overnemer maatgevend is, waar het aankomt op de weging van belangen in het kader van de redelijkheid en billijkheid in het kader van gedragingen binnen de contractuele verhouding die zich voordoen na de contractsoverneming.⁹² Aldus kan een beroep op een beding in een algemene voorwaarden door de achterblijvende partij na de contractsoverneming afstuiten op art. 6:248 lid 2 BW.

84. Anders: Hof Arnhem-Leeuwarden 16 februari 2016, ECLI: NL:GHARL:2016:2625, rov. 5.4.7-5.4.13.

85. Zie bijv. M.v.T. Inv., *Parl. Gesch. Boek 6 BW (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 1450 en 1452-1453, V.C. II Inv., *Parl. Gesch. Boek 6 BW (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 1493 en p. 1496. Vgl. echter ook Wissink in: Wessels & Jongeneel 2017, p. 7-8.

86. Zie – toegesneden op de exceptie van art. 6:235 lid 1 BW – V.C. II Inv., *Parl. Gesch. Boek 6 BW (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 1631. Vgl. R.P.J.L. Tjittes, *De hoedanigheid van contractspartijen* (diss. Groningen), Den Haag: [s.n.] 1994, p. 199, Hijma 2016, nr. 49 en Jongeneel in: Wessels & Jongeneel 2017, p. 233. Daarnaast speelt ook een rol dat het bij transacties in de bedrijfsmatige sfeer minder eenvoudig is om regels in abstracto op te stellen, omdat zij naar aard en inhoud zeer kunnen verschillen. Zie – toegesneden op het lijstenstelsel – M.v.T. Inv., *Parl. Gesch. Boek 6 BW (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 1650-1651 en Hijma 2016, nr. 28.

87. Vgl. Klimke 2010, p. 321. Vgl. ook R.H.C. Jongeneel, *De Wet algemene voorwaarden en het AGB-Gesetz* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 1991, p. 84-85.

88. Anders: Beversluis 2013, p. 820 die dit als generiek vermoeden zou willen aannemen.

89. Vgl. P.M. Verbeek, *GS Vermogensrecht*, art. 3:49 BW (online bijgewerkt tot 1 februari 2010, aant. 10. Vgl. voor andere mechanismen tot begrenzing Hijma 2016, nr. 45. Zie ook V.C. II Inv., *Parl. Gesch. Boek 6 BW (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 1635.

90. In die richting echter Beversluis 2013, p. 822.

91. Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II 2014, nr. 485 en nr. 487, Hijma 2016, nr. 27 en Jongeneel & Pavillon in Wessels & Jongeneel 2017, p. 172 en p. 174 e.v. Vgl. ook M.v.A. II Inv., *Parl. Gesch. Boek 6 BW (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 1526 en M.v.T. Inv., *Parl. Gesch. Boek 6 BW (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 1580-1581.

92. Vgl. Dörner 1985, p. 231 en Aynès 2016, p. 67.

Deze verdergaande bescherming van de overnemer de consument via art. 6:248 lid 2 BW is ook geboden waar het gaat om bepalingen die (mede) strekken tot implementatie van de Richtlijn 93/13/EEG betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, zodat de rechter daartoe zo nodig ambtshalve dient over te gaan.⁹³ Bij gebreke van de toets aan art. 6:248 lid 2 BW na contractsovername zou namelijk de beschermingsdoelstelling van de Richtlijn in gevaar komen. Waar het aankomt op de bescherming van consumenten tegen binding aan oneerlijke bedingen doet het namelijk niet ter zake of de consument geconfronteerd wordt met dergelijke bedingen bij de contractsluiting of door overname van een overeenkomst waarvan zodanige bedingen onderdeel uitmaken. Omgekeerd schrijft de Richtlijn, vanwege de resultaatgerichtheid, niet voor op welke wijze het nationale recht de bescherming van consumenten tegen oneerlijke bedingen vormgeeft. Afdoende is derhalve dat de consument uiteindelijk via de onaanvaardbaarheids-toets van art. 6:248 lid 2 BW niet gebonden is (zie art. 6 lid 1 van de Richtlijn) aan dergelijke bedingen.⁹⁴ Per saldo kan derhalve worden ingestemd met de uitkomsten van de rechtspraak van het OGH, dat – vanwege de resultaatgerichtheid van de consumentenbeschermende regels – aanneemt dat de overname van een overeenkomst door een consument kan bewerkstelligen dat een overeenkomst vanaf dat moment is onderworpen aan de regels van het *Konsumentenschutzgesetz*.⁹⁵

5. Conclusie

Contractsovername heeft tot gevolg dat de bij de rechtsverhouding behorende wilsrechten overgaan op de overnemer. Daarin is de meerwaarde van de contractsovername gelegen ten opzichte van een samenstel van cessies en schuldovernames. Met het behoud van identiteit van de overgedragen rechtsverhouding als kenmerk van de contractsovername strookt niet dat de wilsrechten opnieuw zouden ontstaan in de persoon van de overnemer en aldus een verschil in wilsrechten tussen de overdrager en de overnemer zou kunnen ontstaan. Betoogd is dat deze benadering bovendien niet tot bevredigende resultaten komt. Enerzijds moet voorkomen worden dat de achterblijvende partij wordt bevoordeeld door de contractsovername, terwijl ook een benadeling van de achterblijvende partij niet strookt met het opvolgingskarakter van de contractsovername, waarbij de overnemer dezelfde rechtspositie inneemt als de overdrager.

Dat de overnemer aldus wilsrechten kan verkrijgen die hij niet zou hebben verkregen als hij de overeenkomst zelf zou hebben gesloten, is niet problematisch. Vanwege de overname van een reeds bestaande rechtsverhouding is het voor de overnemer niet mogelijk de overeenkomst opnieuw uit te onderhandelen, zodat hij in beginsel is aangewezen op de uitonderhandeling van de overeenkomst door

de overdrager. Daarmee strookt ook dat de overnemer wilsrechten kan uitoefenen die aan de overdrager toekwamen. In het bijzonder geldt dat bij de vernietiging van algemene voorwaarden. Omdat een professionele overnemer bij een contractsovername in de regel niet de algemene voorwaarden opnieuw kan uitonderhandelen, kan hij niet profiteren van zijn eventuele sterkere onderhandelingspositie die hij zou innemen bij een contractsluiting. Dit alles strookt ook met de opzet van de regeling van de algemene voorwaarden, die aanknoopt bij de voorzienbare hoedanigheden ten tijde van de totstandkoming van de overeenkomst. Indien daarentegen een consument een overeenkomst overneemt van een professionele overdrager, gebiedt de beschermingsdoelstelling van de regeling van de algemene voorwaarden dat de consument via art. 6:248 lid 2 BW nader wordt beschermd.

93. Zie over de ambtshalve toetsing over de boeg van art. 6:248 lid 2 BW Jac. Hijma in punt 5 van diens noot onder HR 14 juni 2002, *NJ* 2003, 112 (*Bramer/Hofman*), Van den Brink in: Wessels, Jongeneel & Hendrikse 2010, p. 88 en Asser/Hartkamp 3-I 2015, nr. 188 i.f.

94. Vgl. punt 4.4 van de noot van H.B. Krans onder HR 13 september 2013, *NJ* 2014, 274 (*Heesakkers/Voets*) en Hijma 2016, nr. 44b. Sceptisch over het benutten van art. 6:248 lid 2 BW 'als grondslag voor een zo algemene regel als de verplichting tot ambtshalve toepassing' is A.S. Hartkamp, 'Ambtshalve toepassing van art. 6:233 BW (onredelijk bezwarende bedingen) volgens HR 13 september 2013, *RvdW* 2013/1060 (*Heesakkers/Voets*)', *WPNR* 2013/6996, p. 1058.

95. OGH 6 september 2001, zaaknr. 2Ob198/01h en OGH 23 september 2003, zaaknr. 4Ob119/03h (waarbij het OGH echter ten onrechte overweegt dat hij zich daarbij aansluit bij BGH 26 mei 1999, *NJW* 1999, 2664, omdat het in het daar berechte geval niet ging om de toepasselijkheid van consumentenbeschermende regels na de contractsovername op de overgedragen rechtsverhouding, maar om de (analoge) toepassing van de consumentenbeschermende regels op de contractsovername als zodanig). Zie uit de literatuur Krejci 1981, p. 225, Rummel/Ertl 2002, § 1406 ABGB, Rn. 2, Rummel/Krejci 2002, § 1 KschG, Rn. 38 en Welsch & Zöchling-Jud 2015, p. 156. Zie voor een analoge toepassing van het *Verbraucherkreditgesetz* in Duitsland BGH 10 mei 1995, *NJW* 1995, 2290 en BGH 26 mei 1999, *NJW* 1999, 2664, waarin echter geen scherp onderscheid wordt gemaakt tussen de overgenomen rechtsverhouding, de contractsovername en de tot contractsovername verplichtende rechtsverhouding. Zie daarover P. Ulmer, & A. Masuch, 'Verbraucherkreditgesetz und Vertragsübernahme', *JZ* 1997, p. 654-662 en – met verdere verwijzingen – A. Röthel & B. Heßeler, 'Vertragsübernahme und Verbraucherschutz – Bewährungsprobe für ein junges Rechtsinstitut', *WM* 2008, p. 1001-1008. Het voert te ver om daarop in dit artikel nader in te gaan. Ik volsta met de opmerking dat voorkomen moet worden dat de bescherming van de overnemende consument uiteindelijk ten laste van de uittrekkende contractspartij komt.