

REFLECTIES OVER HET WETSONTWERP ALGEMENE VOORWAARDEN

Mr F.J. de Vries

De behandeling van het wetsontwerp algemene voorwaarden¹⁾ in de Tweede Kamer nadert haar einde. Dit weloverwogen wetsvoorstel is een belangrijke stap op de weg van het realiseren van de consumentenbescherming, een wens die leeft bij een groot deel van de volksvertegenwoordiging. Toch heeft de vaste kamercommissie voor Justitie het de minister van justitie en met hem de staatssecretaris van economische zaken²⁾ beslist niet gemakkelijk gemaakt. De discussie in de commissie over dit op de redelijkheid en billijkheid gebaseerde wetsvoorstel was meer dan eens fel van aard. De minister verdient alle lof voor de welsprekende en gedegen wijze, waarop hij het wetsvoorstel verdedigde. De titel defensor bonae fidei zou hem zeker niet misstaan.

In het nu volgende opstel zal ik proberen aan te tonen, dat het niet tot consumentenovereenkomsten beperken van afd. 6.5.2A aanzienlijke problemen met zich meebrengt. Daarom moet afd. 6.5.2A, evenals dat is gebeurd met de dwingend-rechtelijke bepalingen in boek 7 en 8, beperkt blijven tot consumententransacties. Analogische toepassing buiten dat gebied door een schakelbepaling lijkt meer problemen te scheppen dan op te lossen. Het verdient aanbeveling om de rechtsvorming van het bestrijden van onereuze standaardvoorwaarden buiten consumententransacties over te laten aan de reeds in het nieuwe BW bestaande begrippen.

De latente lijst

1. De "grondige verandering"³⁾ in het gebruik van algemene voorwaarden jegens consumenten na de invoering van het nieuwe BW zal waarschijnlijk niet uitsluitend voor rekening van afd. 6.5.2A komen. Het is waar, dat deze overigens niet tot het consumentenrecht beperkte afdeling er nou niet bepaald "gebruikersvriendelijk" uitziet, maar titel 7.1 legt de creativiteit van de verkoper in een consumentenkoop sterker aan banden. Art.

7.1.1.4a lid 1 verklaart een aanzienlijk deel van het regelend recht tot dwingend recht:

"Bij een consumentenkoop kan van de afdelingen 1-7 van deze titel niet ten nadele van de koper worden afgeweken en kunnen de rechten en vorderingen die de wet aan de koper terzake van een tekortkoming in de nakoming van de verplichtingen van de verkoper toekent, niet worden beperkt of uitgesloten, behoudens bij een standaardregeling als bedoeld in artikel 6.5.1.2."

Wat de aan de koper toegekende rechten en vorderingen betreft moet gedacht worden aan de bepalingen in de afdelingen 6.1.8 en 6.5.4. Op grond van de "authentieke" interpretatie door de minister van het begrip "tekortkoming" (zie hierover P.C. Knol, op blz. 105 e.v. van deze bundel) vallen opschorting en verrekening overigens niet onder die rechten en vorderingen.⁴⁾

Voor een verkoper betekent dit bijvoorbeeld, dat hij tegenover een consument zijn aansprakelijkheid voor een tekortkoming in de nakoming niet mag uitsluiten of beperken, omdat een dergelijk beding ten nadele van de consument afwijkt van art. 6.1.8.1 of van de artt. 6.1.8.2 - 3a. Maar tegelijkertijd komt de wet aan de wensen van de verkoper aanzienlijk tegemoet: art. 7.1.2.7 zegt, dat voor de vaststelling van een tekortkoming gelet moet worden op alle omstandigheden van het geval, bijv. of de zaak tweedehands of een zogenaamde "winkeldochter" is.⁵⁾ Ten tweede wordt in art. 7.1.3.7 de aansprakelijkheid van de verkoper beperkt tot de kosten op de koop en de overdracht gevallen en expertisekosten, behalve als hij het gebrek behoorde te kennen, als hij een eigenschap gegarandeerd heeft, als hij de zaak zelf gemaakt heeft, of als het een gebruikte zaak of een dier betreft.

Ondanks deze compensatie lijkt deze regeling in titel 7.1 verder dan art. 6.5.2A.4 sub f te gaan. Een exoneratieclausule in algemene voorwaarden is volgens dit laatste artikel niet verboden, maar wordt jegens een consument vermoed onredelijk bezwarend te zijn. Maar de bovengeschetste risicoverdeling tussen verkoper en consument toont tevens aan, dat een exoneratieclausule niet maar zo op de zwarte lijst geplaatst kan worden. Daarvoor is de problematiek te rijk geschakeerd en teveel een kwestie van geven en nemen. Naast de andere in de literatuur genoemde redenen moge dit een argument zijn om amendement nr. 24 niet aan te nemen.⁶⁾

2. Als voorbeelden van artikelen in titel 7.1 waarvan niet ten nadele van de consumenten mag worden afgeweken kunnen genoemd worden: de risicoverdeling voor en na aflevering (art. 7.1.2.2), kosten van aflevering (art. 7.1.2.3), verkoop vrij van alle niet uitdrukkelijke aanvaarde bijzondere lasten en beperkingen (art. 7.1.2.5) en de regeling over ondeugdelijke nakoming (artt. 7.1.3.1 en 2).

Het op laatstgenoemde artikelen volgende art. 7.1.3.3 bepaalt, dat de rechten genoemd in de artt. 1 en 2 aan de koper toekomen, onverminderd alle andere rechten of vorderingen uit het gemene recht. Deze bepaling is in de wet opgenomen om alle twist rondom het adagium "lex specialis derogat legi generali" speciaal in verband met de verborgen gebreken regeling in de artt. 1540-1548 BW in de kiem te smoren.⁷⁾ Dit artikel is op grond van art. 7.1.1.4a dwingend recht, zodat waarschijnlijk bij ondeugdelijke nakoming de koper wel een opschortingsrecht en onder omstandigheden verrekeningsbevoegdheid heeft, die hem niet kunnen worden ontnomen. Of dit de bedoeling is van de ontwerpers, is de vraag.

Overigens komt een bepaling als art. 7.1.4.a lid 1 ook voor in twee andere titels van boek 7: zie voor de borgtocht art. 7.14.2.6 en voor lastgeving de artt. 7.7.4 lid 3, 7.7.4d lid 3, 7.7.5 lid 2, en 7.7.5a lid 3.

De werking van afd. 6.5.2A buiten consumententransacties even buiten beschouwing gelaten, is de verhouding van afd. 6.5.2A tot de verschillende titels in boek 7 die van een algemene regeling tot specifieke bepalingen.⁸⁾ Met de consumentenkoop is de overlapping niet groot: vele bedingen in de artt. 6.5.2A.3 en 4 treffen afwijkingen van regelend recht, dat elders in de wet opgenomen is (bijv. art. 6.5.2A.3 sub 1 betreffende verklaringen en art. 3.2.4) of niet in de wet opgenomen is (bijv. de verschillende bedingen betreffende duurovereenkomsten). Wel zou men kunnen stellen, dat titel 7.1 door een groot aantal bedingen te verbieden zijn eigen zwarte lijst heeft.

Minder dan meermalen

3. Afd. 6.5.2A trekt eveneens ten strijde tegen bedingen die afwijken van het regelend recht, maar art. 6.5.2A.2a sub a bouwt een marge in: alleen die bedingen zijn vernietigbaar die op

onredelijk bezwarende wijze van regelend recht afwijken. Het artikeldeel luidt:

"Artikel 6.5.2A.2a. Een beding in algemene voorwaarden is vernietigbaar
a. indien daardoor wordt afgeweken van de rechtsgevolgen die de overeenkomst zonder dat beding zou hebben gehad, op een wijze die, 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;"

Een beperking van de toetsing aan dit criterium komt uit een onverwachte hoek: eerst moet een kwantitatieve barrière overwonnen worden. Art. 6.5.2A.2a sub a ziet slechts op bedingen in *algemene voorwaarden*. De definitie van algemene voorwaarden staat in art. 6.5.2A.1 lid 1 sub a:

"Artikel 6.5.2A.1. 1. In deze afdeling wordt verstaan onder
a. algemene voorwaarden: een of meer schriftelijke bedingen die door een persoon meermalen in overeenkomsten zijn gebruikt of waarvan door hem is aangekondigd dat hij die in overeenkomsten zal gaan gebruiken, alsmede bedingen waarvan een rechtspersoon als bedoeld in artikel 6 lid 2 het gebruik bevordert, een en ander met uitzondering van bedingen die de kern van de prestaties aangeven;"

De bedingen moeten meermalen zijn gebruikt, of het gebruik moet op de een of andere manier zijn aangekondigd. Tegen dit getalscriterium is frequent geprotesteerd⁹⁾, maar er is moeilijk aan te ontkomen, vooral in verband met de verbodsactie van de artt. 6.5.2A.6-9. In de huidige redactie is de frequentie tot het uiterste teruggebracht. Verwacht mag worden, dat dit kwantitatief vereiste in de praktijk geen problemen oplevert, evenmin als dat in West-Duitsland het geval is. Art. 1 van het "Gesetz zur Regelung des Rechts der allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB-Gesetz)"¹⁰⁾ beperkt zijn werking ook tot bedingen bestemd "für eine Vielzahl von Verträgen". Ofschoon er geen enkele rechtvaardiging bestaat voor het aanleggen van een spaarbekken voordat men aan het toetsen van een rechtsnorm toekomt en hoewel het willekeurig lijkt om te stellen, dat driemaal voldoende is¹¹⁾, is het ongewenst gezien het geringe praktische belang, er een strijdpunt van te maken.

4. Bovendien is er nog een uitgebreid instrumentarium in het wetboek aanwezig om een verstoord evenwicht in een rechtsverhouding weer te herstellen. De minister¹²⁾ noemt dwang, bedrog, misbruik van omstandigheden, dwaling, strijd met de openbare orde en goede zeden, en strijd met de redelijkheid en billijkheid.

Met name het nieuwe wilsgebrek misbruik van omstandigheden biedt een aantrekkelijk onderdak voor dergelijke problematiek. De strekking van afd. 6.5.2A is het tegengaan van "de eenzijdige inhoud van (door een professionele gebruiker voor veelvuldig gebruik opgestelde) algemene voorwaarden, in verband met het gemak waarmee zij de wederpartij die op de inhoud geen invloed heeft, ja zelfs daarmee meestentijds onbekend is, worden opgedrongen". Deze ratio ligt niet ver verwijderd van die van art. 3.2.10 lid 4 (misbruik van omstandigheden):

"Misbruik van omstandigheden is aanwezig, wanneer iemand die weet of moet begrijpen dat een ander door bijzondere omstandigheden zoals noodtoestand, afhankelijkheid, lichtzinnigheid, abnormale geestestoestand of onervarenheid bewegen wordt tot het verrichten van een rechtshandeling, het tot stand komen van die rechtshandeling bevordert, ofschoon hetgeen hij weet of moet begrijpen hem daarvan zou behoren te weerhouden".

In de parlementaire discussie rond vraagpunt 19 "Moet naast bedreiging, bedrog en dwaling ook misbruik van omstandigheden als grond voor vernietiging van rechtshandelingen worden erkend" gaf Meijers in antwoord op een vraag van het kamerlid Lemaire een bespiegeling over de rechtsgrond van het wilsgebrek:

"De geachte afgevaardigde de heer Lemaire heeft gezegd: bij deze grond voor vernietiging komt het aan op immoreel gedrag en onredelijke invloed, die moet zijn uitgeoefend. Ik geloof, dat het reeds in de woorden "misbruik van omstandigheden" besloten ligt. Men zal niet, als de handeling moreel gerechtvaardigd is, of wanneer redelijke invloed is uitgeoefend, spreken van: er wordt misbruik gemaakt.

Men spreekt inderdaad in andere landen dikwijls van onredelijke invloed. Het zijn twee uitdrukkingen, die in de grond van de zaak hetzelfde willen zeggen.

De geachte afgevaardigde de heer Lemaire heeft verder gezegd, dat er in de stukken op is gezinspeeld, dat ook bij de standaardcontracten deze grond voor vernietiging een toepassing kan vinden. Dat staat inderdaad in de stukken, maar daaruit mag men niet afleiden, dat, steeds omdat er een economisch overwicht is, alles, wat men uit dien hoofde weet te bereiken, misbruik van omstandigheden zal opleveren. Per slot van rekening zal men, als men een economisch overwicht

heeft, dat inderdaad in het contract altijd min of meer tot uitdrukking zien komen, maar het moet een onredelijke invloed, een misbruik zijn, dat men van dat economische overwicht maakt, wil er grond voor vernietiging zijn: dat is moeilijk nader precies te bepalen. De rechter vindt, wanneer hij aantreft een onredelijke bepaling die onder dat economische overwicht is tot stand gekomen, gereede aanleiding om het beginsel toe te passen, maar hieruit zal volstrekt niet mogen worden afgeleid, dat men zal kunnen zeggen: Ja, ik heb een contract getekend en die tegenpartij was economisch zo veel sterker, daarom behoef ik mij niet veel van het contract aan te trekken.

De onredelijke invloed kan inderdaad herhaaldelijk worden afgeleid uit de benadeling en dat is in vele gevallen een van de sterkste aanwijzingen, dat er een onredelijke invloed moet zijn geweest. Het is echter niet de enige aanwijzing".(13)

Meijers heeft bij de toepassing van misbruik van omstandigheden ook gedacht aan algemene voorwaarden. Er moet dan sprake zijn van een onredelijke invloed op de totstandkoming van rechtsbehandeling als gevolg van een positie van economisch overwicht. Nu er een speciale regeling is voor algemene voorwaarden, heeft deze passage aan belang ingeboet. Maar dat geldt niet voor de eenmalige gebruikte bedingen, die buiten de bescherming van afd. 6.5.2A vallen. Voor deze gevallen kan aansluiting gezocht worden bij misbruik van omstandigheden. Vooral de gezichtspunten onervarenheid en afhankelijkheid zullen hier een rol spelen.¹⁴⁾

In pari delicto¹⁵⁾

5. Lid 2 van art. 6.5.2A.2c bepaalt:

"op de vernietigingsgronden bedoeld in de artikelen 2a en 2b, kan geen beroep worden gedaan door een partij die meermalen dezelfde of nagenoeg dezelfde algemene voorwaarden in haar overeenkomsten gebruikt".

Aan deze bepaling is in de parlementaire geschiedenis geen aandacht besteed. De MvT verwees voor deze regel naar het algemene beginsel, dat men niet terug mag komen op eigen gedragingen en zich evenmin tegenover een ander kan beklagen over gedragingen die men zelf ook verricht.¹⁶⁾ De minister noemde als voorbeeld o.a. de toepassing van dit beginsel bij de onrechtmatige daad in het arrest Maas/Willems, HR 16 februari 1973, NJ 1974, 463 m.n. HB.

Klaarblijkelijk was de kamer het van harte eens met deze bepaling en onthield hij zich van commentaar. Dit neemt echter niet weg, dat er problemen kunnen ontstaan in het bijzonder wat betreft de mate van overeenkomst, die vereist is: wat zijn dezelfde of nagenoeg dezelfde algemene voorwaarden? Te verdedigen valt, dat onder omstandigheden een beding tot beperking van de aansprakelijkheid nagenoeg hetzelfde is als één tot uitsluiting van aansprakelijkheid. Maar even goed is in andere omstandigheden het tegenovergestelde vol te houden. Een andere vraag is of het beding, dat de eiser hanteert, onredelijk bezwarend moet zijn. Een bevestigende beantwoording lijkt voor de hand te liggen, maar m.i. hoeft dat niet altijd zo te zijn.

6. De toepassing van het artikellid zal op meer moeilijkheden stuiten, indien de amendementen nr. 27 van mevrouw Salomons aanvaard worden. Zij stelt voor de werking van zwarte en de grijze lijst uit te breiden ten gunste van "kleine ondernemers", bedrijven met minder dan vijftig werknemers. "In pari delicto"-situaties zullen zich ook bij de kleine ondernemers voordoen, omdat een groot aantal van hen contracteert op algemene voorwaarden. Het amendement-Salomons brengt één waarschijnlijk niet gewild gevolg met zich mee: het geval dat een kleine ondernemer een tegen hem ingeroepen beding uit de zwarte lijst vernietigt, terwijl hij ook hetzelfde of nagenoeg hetzelfde beding gebruikt. Gezien de aanhef van art. 6.5.2A.3 wordt er bij de toetsing van de overige inhoud van de overeenkomst geabstraheerd. Blijkens de MvT (blz. 29) geldt die abstractie a fortiori voor de overige omstandigheden van het geval. Klaarblijkelijk valt daar tevens onder het gebruik van hetzelfde of nagenoeg hetzelfde beding door de kleine ondernemer, die zich op dat artikel beroept. In dat geval heeft de aangevallen wederpartij geen beroep op art. 6.5.2A.2c lid 2, maar dat is een conclusie die om weerlegging vraagt.

In het algemeen is het moeilijk te aanvaarden dat een onderneming die zelf algemene voorwaarden hanteert, beschermd zou kunnen worden door de artt. 6.5.2A.3 en 4. Om die reden zou ik geen voorstander zijn van de amendementen.

Het ligt juist meer voor de hand art. 6.5.2A.2c lid 2 een wijdere strekking te geven, in die zin, dat degene die algemene

voorwaarden hanteert geen beroep kan doen op de beschermende werking van afd. 6.5.2A. Op deze manier voorkomt men vragen die zullen rijzen over de mate van overeenkomst, die vereist is. Bovendien wordt ten aanzien van exoneratieclausules aldus duidelijk waar het op staat, gezien het door Rijken geconstateerde massale gebruik van die clausules in algemene voorwaarden.¹⁷⁾ Overigens blijven er ook dan problemen over. Een café-houder die boven zijn kapstok een exoneratieclausule gespijkerd heeft, zou gesteld dat het gespijkerde een algemene voorwaarde is, onredelijk bezwarende bedingen in een bierleveringscontract niet meer kunnen vernietigen.

Toch lijkt mij een ruime werking van de in pari delictoregel te prefereren boven een plaats op een lager plan. Dat het moeilijk is sluitende regels voor deze problematiek te formuleren, mag overigens geen reden zijn de invloed van dit rechtsbeginsel terug te dringen.

7. Zoals door mevrouw Salomons in de toelichting is betoogd is het criterium meer dan vijftig werknemers duidelijk en kenbaar voor de wederpartij. Dat zal in de meeste gevallen volstrekt waar zijn, maar toch zijn er aanzienlijke bezwaren tegen dit criterium als scheidslijn tussen hulpbehoevende en grote ondernemingen. Veel bedrijven en handelsondernemingen met aanzienlijk minder werknemers dan vijftig hebben geenszins te klagen over hun onderhandelingspositie.¹⁸⁾ De enige niet-consument die voortdurend in de discussie naar voren komt als iemand die ook bescherming behoefde, was de *detailist*.¹⁹⁾ Een definitie van de detailhandel is te vinden in art. 1 lid 2 sub a van de Vestigingswet Detailhandel. Het daargenoemde criterium, bedrijfsmatig eenvoudige ambachtelijke of dienstverlenende handelingen verrichten verschilt behoorlijk van het eerstgenoemde criterium. Een detailhandel zal misschien hooguit tien mensen in dienst hebben. De gedachte is aantrekkelijk om een criterium te vinden, dat bij deze wet aansluit. De definitie uit wet moet wel "geprivatiseerd" worden, want er vallen ook filialen van supermarktketens onder; zo'n wijde strekking moet worden voorkomen.

De reflex gereflecteerd

8. Gezien de hoeveelheid wetgeving, ook buiten het nieuwe BW, die de consument beoogt te beschermen, kan deze met een gerust hart, als "equity's darling" van de jaren tachtig, de toekomst tegemoet zien. Het is te hopen dat deze toekomst snel naderbij komt, zodat zijn huidige underdog-positie tot het verleden zal gaan behoren. Dat maatschappelijk gewenste wetgeving als gevolg van een gedegen parlementaire behandeling later dan men zou willen in werking treedt is te begrijpen, maar dit uitstel mag niet uitlopen tot vele jaren.

Afd. 6.5.2A heeft een wijdere strekking gekregen op grond van het feit, dat een verstoring van de gelijkwaardigheid van partijen niet alleen beperkt blijft tot gebruik van algemene voorwaarden jegens consumenten.²⁰⁾ Ook bijvoorbeeld een kruidenier of een benzinepomphouder kan het overkomen, dat zij geen invloed kunnen uitoefenen op de inhoud van de overeenkomst. De norm van art. 6.5.2A.2a sub a is om die reden algemeen geformuleerd.

De uitwerking van het criterium "onredelijk bezwarend" in de lijsten van de artt. 6.5.2A.3 en 4 is wel beperkt tot consumenten-transacties, juist omdat ze zo op consumentenmaat gesneden zijn. De minister heeft zich met een beroep op de jurisprudentie tegen verdergaande directe werking van de lijsten uitgesproken, omdat deze onvoldoende met de gebruiken en de partijverhoudingen in het handelsverkeer rekening houden.²¹⁾

9. De open norm, die onredelijk bezwarende afwijkingen van aanvullend recht bij algemene voorwaarden verbiedt, is zoals boven gezegd niet beperkt tot overeenkomsten met consumenten. Op haar beschermende werking kan in beginsel iedereen aanspraak maken. Toch is zij geformuleerd in de loop van het wetgevingsproces, dat ten doel had de consument te beschermen.²²⁾ Dat de in economisch opzicht zwakke consument recht had op doorbreking van het zwaarwegende wettelijke gelijkheidsbeginsel toonde de minister op overtuigende wijze aan.²³⁾ Met het oog op zijn positie werd het wetsvoorstel algemene voorwaarden, naast bepalingen van gelijke strekking in boek 7 en 8, ontworpen.

Deze gemotiveerde voorkeursbehandeling wordt echter weer te niet gedaan, als de open norm, die het criterium voor vernietiging aanreikt, "het hart van het wetsvoorstel", algemeen geformuleerd wordt. Dit betekent, dat zij toegepast zou kunnen worden op situaties waarvoor zij niet is geschreven: de ruime toepassingsmogelijkheid zal om die reden moeten leiden tot *rechtsverfijning* om die situaties buiten de werking van de wet te houden, waarvoor de ratio legis niet geldt.²⁴⁾ Deze ratio is het tegengaan in overeenkomsten van een "eenzijdige inhoud van (door een professionele gebruiker voor veelvuldig gebruik opgestelde) algemene voorwaarden, in verband met het gemak waarmee zij de wederpartij die op de inhoud geen invloed heeft, ja zelfs daarmee meestentijds onbekend is, worden opgedrongen."²⁵⁾

De ondernemer, die door een in sterke positie verkerende wederpartij voorwaarden krijgt aangereikt die hem niet bijster gunstig voorkomen, zal vanwege deze strekking geen beroep kunnen doen op art. 6.5.2A.2a sub a. Dit accepteren van nadelige gevolgen is onlosmakelijk verbonden aan de contractsvrijheid. Net zo min heeft iemand, die de antieke klok van zijn buurman zo graag wil kopen, dat hij er een te hoge prijs voor over heeft, een rechtsgrond om de overeenkomst aan te tasten.

Nu is er geen bezwaar om een open norm algemeen te formuleren en aan de rechtspraak over te laten hoe zij verder verfijnd moet worden. Zo is het gebeurd en het gebeurt nog steeds met de onrechtmatige daad.²⁶⁾ Het is echter wel tegen de strategie van de opstellers van het nieuwe BW. Zij prefereren in de regel een omgekeerde benaderingswijze. Een wettelijke regeling wordt voor een beperkt en overzichtelijk gebied geformuleerd en via een algemeen luidende "schakelbepaling" ook buiten dat gebied van toepassing verklaard, maar alleen "voor zover de strekking van de betrokken bepalingen in verband met de aard van de rechtshandeling zich daartegen niet verzet". Deze tournure vindt men bijv. in art. 6.5.1.6. Andere schakelbepalingen bevatten soortgelijke of enigszins afwijkende formuleringen. Als voorbeelden kunnen genoemd worden de volmacht (titel 3.3) met overeenkomstige toepassing ten aanzien van andere vertegenwoordigingsfiguren (art. 3.3.16b) ook buiten het vermogensrecht (art. 3.3.16c) en de dwaling (art.

6.5.2.11) in principe geldend voor obligatoire overeenkomsten, maar op grond van art. 6.5.1.6 daartoe niet beperkt.²⁷⁾

10. Zou nu ook afd. 6.5.2A uitgebreid moeten worden met een schakelbepaling? Mijns inziens moet het antwoord daarop ontkennend luiden. Ten eerste zou het een schakelbepaling van een geheel nieuw type worden. Bij de meeste schakelbepalingen wordt verklaard, dat de wetsbepaling niet alleen geldt voor de *rechtshandeling* met het oog waarop zij ontworpen is, maar ook in andere situaties of rechtsbetrekkingen analoog moet worden toegepast, voor zo ver dat gerechtvaardigd is (vgl. volmacht of dwaling). In het geval van afd. 6.5.2A zou de ten gunste van een bepaalde groep *rechtssubjecten* geldende regeling analoog toegepast moeten worden op andere groepen. Ten tweede zal zo'n schakelbepaling veel problemen met zich meebrengen, wegens de daaraan verbonden vaagheden. Verwezen zou dan moeten worden naar de aard van de rechtsbetrekking of de rechtsverhouding, maar zo'n verwijzing zal tot veel onzekerheden aanleiding geven.

Ten derde moet men met afd. 6.5.2A juist als gevolg van de zwarte en de grijze lijst voorzichtig zijn met een schakelbepaling of met reflexwerking in het algemeen. De werking van de artt. 6.5.2A.3 en 4 is beperkt tot consumententransacties, maar de minister acht een zekere normerende werking buiten dat gebied niet uitgesloten.²⁸⁾ Juist die typering en zullen de rechter er te snel toe kunnen verleiden, dat de daar genoemde omstandigheden buiten consumententransacties eveneens een vermoeden van het onredelijk bezwarend zijn geven, zonder dat de ratio van de wet, een ongelijkwaardige onderhandelingspositie, voor die situatie geldt. De West-Duitse rechtspraak over de in art. 24 lid 2 AGB-Gesetz neergelegde reflexwerking van de in de artt. 10 en 11 opgenomen lijsten geeft alleen maar meer voedsel aan deze vrees.²⁹⁾ Door de formulering als voorbeeld dreigt de volgorde te worden omgedraaid bij niet-consumententransacties: eerste het gewraakte beding subsumeren onder een omschrijving in de lijsten, om vervolgens de gebruiker op te dragen het daardoor ontstane vermoeden van een onredelijk bezwarend karakter te weerleggen. Voor zo'n (tendens naar) verzwaring van de bewijslast is echter geen rechtvaardiging en het is zelfs tegen de bedoeling van de

ontwerpers. Op grond van deze argumenten lijkt het niet verstandig een schakelbepaling in afd. 6.5.2A op te nemen.

11. De vraag kan gesteld of naast de openbare orde en de goede zeden en de beperkende werking van de redelijkheid en de billijkheid voor ondernemerstransacties, net zoals bij overeenkomsten tussen particulieren, het nieuwe wilsgebrek misbruik van omstandigheden (art. 3.2.10 lid 4) niet voldoende bescherming biedt. Meijers gaf de mogelijkheid aan om met misbruik van omstandigheden het onredelijk gebruik van economisch overwicht tegen te gaan (zie nr. 5) en ook het Bovag II-arrest³⁰⁾ toont aan die mogelijkheid er is. Nagelkerke en vooral Ruitinga werken deze gedachte verder uit. Alleen Bloembergen en Hondius zijn van mening, dat art. 3.2.10 lid 4 voornamelijk oude labiele dames beschermt. Toch is het mijns inziens zo, dat in niet-consumenten-transacties het wilsgebrek misbruik van omstandigheden perspectieven biedt.

Wellicht kan ten aanzien van de beperking van de werking van afd. 6.5.2A een uitzondering gemaakt worden voor de detailist. Voor een definitie zou men aansluiting moeten zoeken bij een "privaatrechtelijke vertaling" van art. 1 lid 2 sub a van de Vestigingwet Detailhandel (zie nr. 8). Maar ook hier geldt, dat niet alle detaillisten over een kam te scheren zijn en dat de artt. 6.5.2A.3 en 4 niet met het oog op hun positie ontworpen zijn.

Een nadeel van het voorstel zou kunnen zijn het wegvallen van de mogelijkheid, dat een ondernemers- of brancheorganisatie een verbodsactie op grond van de artt. 6.5.2A. 6-9 tegen een ondernemer of ondernemersorganisatie kan instellen. In West-Duitsland blijkt echter dat deze organisaties nauwelijks of niet gebruik van deze in art. 13 AGB-Gesetz neergelegde mogelijkheid maken.³²⁾

Besluit

12. Het wordt tijd, de verschillende stukken aaneen te passen. De werking van afd. 6.5.2A dient beperkt te blijven tot consumenten-transacties, net zoals in het geval van bijvoorbeeld de consumentenkoop in titel 7.1. Daardoor wordt voorkomen dat er in procedures debatten ontstaan over de soortgelijkheid van het beding dat de eiser gebruikt in vergelijking met dat van de gedaagde. Bovendien wordt op deze manier een ongewenste reflexwerking van in

beginsel ten behoeve van consumenten geschreven bepalingen voorkomen.

De overige in het nieuwe BW geformuleerde remedies tegen gebreken in rechtshandelingen bieden buiten het consumentenrecht een voldoende bescherming tegen onereuze algemene voorwaarden. Met name het wilsgebrek misbruik van omstandigheden heeft een aantal aanknopingspunten om de rechtsvorming op dit gebied tot ontwikkeling te laten komen. Men zal voor de bestrijding van eenmalige onredelijk bezwarende bedingen overigens ook al snel op dit artikel aangewezen zijn. Een voordeel is dat het rechtsgevolg in beginsel hetzelfde is als dat van art. 6.5.2A.2a: vernietigbaarheid, eventueel beperkt tot het onredelijke beding (art. 3.2.7a).

De zo gekozen oplossing vertoont bovendien grote trekken met de meest recente wet op dit gebied: het Oostenrijkse Konsumentenschutzgesetz.³³⁾ Zij is in haar geheel beperkt tot bescherming van consumenten. In art. 6 KSchG vindt men de nietigheid van een aantal in dat artikel omschreven bedingen, wegens strijd met art. 879 ABGB, strijd met de openbare orde en de goede zeden, een open norm uit het algemene deel van het verbintenissenrecht. Ook in het Oostenrijkse stelsel blijft waar nodig reflexwerking mogelijk: bij arrest 8 juli 1980, 5 Ob 570/80 (Oesterreichische Juristen-Zeitung 1981, blz. 17) paste het Oberste Gerichtshof art. 6 lid 1 sub 8 KSchG analoog toe, door een beding in een huurovereenkomst met een arts voor praktijkruimte wegens strijd met art. 879 ABGB nietig te verklaren.

Noten

- 1) Invoeringswet boeken 3, 5 en 6 van het nieuwe Burgerlijk Wetboek (tweede gedeelte) (algemene voorwaarden), 16.983.
- 2) Om de tekst niet te veel met lange formuleringen te belasten zal ik in het vervolg dit tweetal aanduiden met "de minister".
- 3) Zie G.J. Rijken, De stand van zaken met betrekking tot het wetsontwerp algemene voorwaarden, Kwartaalbericht Nieuw BW 1984/4/blz. 120.
- 4) Vaststelling en invoering van titel 7.1 (koop en ruil) van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, 16.979 nr. 3, MvT, blz. 24.
- 5) Wetsvoorstel 16.9797 (titel 7.1) nr. 5, Toelichting bij de nota van wijziging blz. 3.

- 6) Zie G.J. Rijken De exoneratieclausule toch op de zwarte lijst? NJB '84, blz. 1413 e.v.
- 7) Wetsvoorstel 16.979 (titel 7.1), nr. 3, blz. 40.
- 8) Wetsvoorstel 16.979 (titel 7.1) nr. 3, blz. 14-17; Wetsontwerp 16.983 (algemene voorwaarden) nr. 4, Voorlopig verslag (V.V.), blz. 3; nr. 5, MvA, blz. 1-2.
- 9) Zie V.V., blz. 3 en 4 en Eindverslag (E.V.), blz. 2.
- 10) 9 december 1983 (BGBl I S 3317); vgl. Palandt (Heinrichs), BGB 43e druk, Art. 1 AGBG, Anm 2.
- 11) Palandt (Heinrichs) a.w., Art. 1 Anm. 2c; Ulmer-Brandner-Hensen, AGB-Kommentar, Keulen 1982, Art. 1 Randnummer 25; vgl. BGH 29 juni 1981, NJW 1981, blz. 2344.
- 12) MvT, blz. 12.
- 13) Van Zeven/Du Pon, Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, Boek 3, Deventer 1981, blz. 207.
- 14) Vgl. J.J. Nagelkerke, De betekenis van het leerstuk misbruik van omstandigheden tegen de achtergrond van het gewijzigd ontwerp en het H.B.U.-arrest, WPNR 5288, blz. 858 e.v., en D.P. Ruitinga, Misbruik van economisch overwicht als grond voor het aantasten van overeenkomsten, diss. UvA, Deventer 1982, met name blz. 211 e.v.
- 15) "In pari delicto vel causa potior est conditio possidentis", Liber Sextus 5, 13, 65 (Bonifatius VIII). Bij gelijk "delict" of gelijke titel is de positie van de bezitter sterker. Zie voor de toepassing bij onrechtmatige daad: C.J.J.C. van Nispen, Rechterlijk bevel en verbod, diss. Leiden, Deventer 1978, blz. 246 e.v.
- 16) MvT, blz. 27-28.
- 17) G.J. Rijken, Exoneratieclausules, Deventer 1983, blz. 31 e.v. en het in noot 3 aangehaalde artikel blz. 1414.
- 18) Vgl. Minister Korthals Altes in de UCV 5, 1 oktober 1984, blz. 5/14-15.
- 19) MvT, blz. 14; Advies inzake het vraagstuk van de toepassing van standaardvoorwaarden bij transacties met de consument, Commissie Consumentenaangelegenheden (CCA) van de SER, uitgave SER 1978, nr. 7, blz. 39 e.v. en Advies van de Raad voor het Midden- en Kleinbedrijf, 's-Gravenhage 1975, blz. 14-15; vgl. tevens Staatssecretaris Van Zeil in de UCV 5, 1 oktober 1984, blz. 5/13.
- 20) MvT, blz. 14.
- 21) MvA blz. 13 e.v.
- 22) Het in noot 19 aangehaalde advies van de CCA, blz. 21.

- 23) Zie bijv. de toelichting voorontwerp consumentenkoop, opgenomen in wetsvoorstel 16.979 (titel 7.1), nr. 3 blz. 6 e.v.; vgl. A.S. Hartkamp, Aard en opzet van het nieuwe vermogensrecht, Monografieën Nieuw BW, Deventer 1982, blz. 47 e.v.
- 24) Vgl. Asser-Scholten, Algemeen Deel, Zwolle 1974, blz. 60 e.v.
- 25) MvT, blz. 12.
- 26) Asser-Scholten, a.w. blz. 61 e.v.
- 27) Zie Hartkamp a.w., blz. 24 e.v.
- 28) MvT, blz. 31.
- 29) H. Alisch, Zur Kontrolle von allgemeinen Geschäftsbedingungen bei Verwendung im rein kaufmännischen Geschäftsverkehr, Juristenzeitung 1982, blz. 706 e.v.; H.J. Bunte, Erfahrungen mit dem AGB-Gesetz-Eine Zwischenbilanz nach 4 Jahren - Archiv für die civilistische Praxis 181 (1981), blz. 47 e.v. en van dezelfde schrijver Handbuch der AGB, München 1982, blz. 31 e.v. en Ullmer-Brandner-Hensen, AGB-Kommentar, Keulen 1982, 24 Randnummer 15 e.v., vgl. J. Spier, Het wetsontwerp algemene voorwaarden: voor de praktijk funest, Kwartaalbericht Nieuw BW 1984/4, blz. 130.
- 30) HR 11 januari 1957, NJ 1959, 37 m.n. HB.
- 31) A.R. Bloembergen, Exoneratieclausules, Bouwrecht 1969, blz. 356/7; E.H. Hondius, Consumentenvoorwaarden, NJB 1974, blz. 163 e.v.; Nagelkerke en Ruitinga t.a.p. (noot 14).
- 32) Bunte in AcP 181 (1981), blz. 55.
- 33) 8 maart 1979, BGB/1979, 140; vgl. over de tegelijkertijd in lid 3 van art. 879 ABGB opgenomen algemeen geldende norm, dat "gröblich benachteiligende" algemene voorwaarden nietig zijn, kritisch H. Krejci, Ueber "gröblich benachteiligende" Nebenbestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Vertragsformblättern (8790 Abs 3 ABGB), Juristische Blätter 1981, blz. 169 e.v. en 245 e.v., tevens opgenomen in zijn artikel "Konsumentenschutzgesetz und ABGB" uit Handbuch zum Konsumentenschutzgesetz, herausgegeben von H. Krejci, Wenen 1981, blz. 134 e.v.