

Vergaderjaar 1986–1987 Nr. 76\*

16983

## **Invoeringswet Boeken 3, 5 en 6 van het nieuwe Burgerlijk Wetboek (tweede gedeelte) (algemene voorwaarden)**

### **MEMORIE VAN ANTWOORD**

Ontvangen 24 november 1986

#### **ALGEMEEN**

##### **1.1. Noodzaak of wenselijkheid van een speciale regeling omtrent algemene voorwaarden**

De commissie ving haar algemene beschouwing aan met de vraag of een speciale regeling omtrent algemene voorwaarden, zoals in het onderhavige wetsontwerp voorgesteld, nodig is. In overeenstemming met het in de Tweede Kamer verdedigde standpunt, menen wij deze vraag bevestigend te moeten beantwoorden. Weliswaar merkt de commissie terecht op dat cijfers over omvang, frequentie en aard van het misbruik van algemene voorwaarden ontbreken. Zeker is echter dat het gebruik van algemene voorwaarden zeer verbreid is en dat gebruik met hoge frequentie plaatsvindt; men zie de gegevens vermeld in de nota naar aanleiding van het (eind)-verslag (Tweede Kamer, 1983–1984, nr. 8), blz. 27. Voorts blijkt uit het daar vermelde onderzoek van Gras (1979, blz. 84 e.v.) dat algemene voorwaarden in grote meerderheid eenzijdig opgesteld zijn, d.w.z. opgesteld door de gebruiker of zijn brancheorganisatie, zonder overleg met een organisatie van de wederpartijen jegens wie zij plegen te worden gebruikt. Het spreekt vanzelf (en het is in de literatuur dan ook allerwegen geconstateerd: zie bijv. het advies van de Commissie Consumentenaangelegenheden (CCA) van de SER over Standaardvoorwaarden van 1978, blz. 5 e.v., ten dele geciteerd in de memorie van toelichting, blz. 10 e.v.) dat eenzijdig opgestelde algemene voorwaarden ook naar de inhoud vaak eenzijdig zijn, d.w.z. bepalingen inhouden die de rechtspositie van de gebruiker verbeteren – en die van de wederpartij in dezelfde mate verzwakken – ten opzichte van de regels die de wet met betrekking tot de overeenkomst in kwestie bevat. Evenzeer vanzelf spreekt dat gebruikers van algemene voorwaarden zich ook op hun voorwaarden plegen te beroepen, indien dat in hun belang is; men zie hieromtrent het uitvoerige overzicht van Hondius, Losbladig Contractenrecht VII (Standaardvoorwaarden), nos 11–123. Dat het misbruik van algemene voorwaarden, bestaande in het gebruiken en zich beroepen op onereuze bedingen, frequent is, blijkt ook uit de ervaringen opgedaan door organisaties van al dan niet in de uitoefening

\* De vorige stukken zijn verschenen onder de nrs. 139 en 139a van vergaderjaar 1985–1986.

van een bedrijf optredende personen jegens wie die voorwaarden worden gebezigd. Zo heeft de Raad van het Midden- en Kleinbedrijf reeds in adviezen van 1974 en 1975 (publikaties RMK 1974, no. 1 resp. korte adviezen en notities, no. 2, 's-Gravenhage 1975) op het euvel van de onereuze standaardvoorwaarden gewezen, terwijl uit informatie van de Consumentenbond blijkt dat omstreeks 20% van de klachten van de leden op onereuze bedingen in algemene voorwaarden betrekking heeft.

Het kan dan ook naar onze mening niet betwijfeld worden dat het voormelde misbruik – in de woorden van het verslag – «meer dan incidenteel» voorkomt, zodat nu de commissie erkende dat zodanig misbruik moet worden voorkomen en tegengegaan, de vraag aan de orde komt op welke wijze dat het beste kan geschieden.

De commissie vroeg in dit verband of de wettelijke en jurisprudentiële mogelijkheden van het nieuwe recht niet toereikend gemaakt kunnen worden; hierbij dacht de commissie aan een aanscherping van art. 6.5.1.3 en van het leerstuk van economisch overwicht alsmede aan het toevoegen van een of meer specifieke uitlegeregels en van een regeling soortgelijk aan art. 6.5.2A.2b.

De bezwaren tegen een bepaling in de trant van art. 6.5.1.3 zijn uiteengezet in de memorie van antwoord aan de Tweede Kamer, blz. 9; men zie ook de nota naar aanleiding van het (eind)verslag, blz. 10 onder 2. Zeer kort samengevat wordt aldaar uiteengezet dat aan een oplossing in de trant van art. 6.5.1.3 enerzijds belangrijke bezwaren kleven op het gebied van het bewijs, terwijl zij anderzijds geen rechtstreekse bescherming biedt.

Wat de wetgever die een dam wil opwerpen tegen het gebruik van onereuze algemene voorwaarden, behoort te doen is de rechter het instrumentarium te bieden om de *inhoud* van bedingen te toetsen en zo nodig als onredelijk bezwarend voor de wederpartij af te keuren. Het dient de duidelijkheid niet om deze inhoudstoetsing te vermommen als een toepasselijkheidsvraag (is het beding als onderdeel van algemene voorwaarden tussen partijen van toepassing?) of als een vraag van uitleg van het beding. Hetzelfde bezwaar kleeft in wezen aan een «aanscherping van het leerstuk van economisch overwicht». Daargelaten op welke wijze dit precies zou moeten geschieden, het zou (gelet op art. 3.2.10 leden 1 en 4) tot het resultaat leiden dat een beding vernietigbaar zou zijn op grond van een wilsgebrek bij de wederpartij. Hiervoor is vereist dat de wederpartij, zo zij niet onder de druk der omstandigheden had verkeerd, niet gecontracteerd zou hebben, of op andere wijze dan zij heeft gedaan. In de onderhavige materie is echter aan een aldus geformuleerd vereiste van causaal verband veelal niet voldaan: algemene voorwaarden plegen ook aanvaard te worden door partijen die niet onder de druk der omstandigheden handelen. Vergelijk de memorie van antwoord II op de zojuist aangehaalde plaats en Asser-Rutten-Hartkamp II nr. 213. Ook een wederpartij die niet in een dwangpositie verkeert dient zich op het onereuze karakter van algemene voorwaarden te kunnen beroepen, zoals onlangs is bevestigd door HR 25 april 1986, RvdW 1986, 87 (r.o. 3.4 onder b). Ook dit pleit er voor om in de wet rechtstreeks de mogelijkheid van inhoudscontrole vast te leggen; bij de beoordeling van de vraag of een beding onredelijk bezwarend is kunnen dan omstandigheden als de druk waaronder de wederpartij bij het sluiten van de overeenkomst verkeerde en de mate waarin zij het beding kende of begreep, een rol spelen. Hiertoe strekt art. 2a onder a. Opmerking verdient dat het daarin gebezigde criterium (is het beding onredelijk bezwarend?) door de Hoge Raad in het genoemde arrest ook voor het geldende recht is aanvaard. Weliswaar moest daarvoor nog de weg van art. 1374 lid 3 worden gevolgd, doch uit het arrest blijkt dat het bij de toetsing van algemene voorwaarden niettemin om een beoordeling van de *inhoud* van de overeenkomst gaat.

Uit het voorgaande vloeit reeds voort dat art. 2a onder a als de kern van het wetsontwerp moet worden beschouwd. Dit is ook daarom het geval, omdat die bepaling mede tot grondslag dient van de «lijsten» van de artt. 3–4 en van de «verbodsactie» van de art. 6 e.v. – bepalingen die de rechtszekerheid beogen te dienen en overleg over algemene voorwaarden tussen de belanghebbenden beogen te stimuleren. Ook de regel van art. 2 moet tegen die achtergrond worden gezien: indien de inhoudscontrole behoorlijk geregeld is, bestaat tegen een snelle toepasselijkheid van algemene voorwaarden geen bezwaar.

De commissie merkte in dit verband nog op dat haar voorhands niet duidelijk was waarom geen andere vormen van (preventieve) controle zijn gekozen, bijvoorbeeld een standaardregeling. Hierover merken wij het volgende op. Standaardregelingen kunnen de onderhavige regeling niet vervangen of overbodig maken. Zij berusten op overleg tussen belanghebbenden en zij kunnen slechts aanvullend recht bevatten; derhalve ligt hun functie niet in de eerste plaats op het gebied van de bescherming van consumenten of (kleine) ondernemers tegen onredelijke algemene voorwaarden. Vergelijk Parl. gesch. Boek 6, blz. 196 en de memorie van toelichting, blz. 16 (onder 11). Een preventieve controle op algemene voorwaarden door een overheidsorgaan is hier te lande nimmer overwogen, gelet op de daartegen onder meer in het CCA-advies (p. 14 e.v.) aangevoerde bezwaren dat een zodanige controle een belangrijke inbreuk op de contactsvrijheid zou impliceren en een grote administratieve rompslomp zou meebrengen.

## **1.2 Bevorderen van overleg tussen belangenorganisaties**

De commissie merkte terecht op dat een van de doelstellingen van het onderhavige ontwerp is het bevorderen van overleg tussen belangenorganisaties over algemene voorwaarden. Wij onderschrijven niet de mening van de commissie dat de aanmoedigungen om tot overleg te geraken minimaal zijn. Wanneer algemene voorwaarden in goed overleg met een organisatie van wederpartijen tot stand komen, heeft de gebruiker van die zijde niet alleen geen verbodsactie te vrezen (art. 6 lid 5), maar zal hij in de praktijk ook wel steeds beschermd zijn tegen het verwijt, gemaakt door een wederpartij wier belang door die organisatie vertegenwoordigd kan worden geacht, dat de voorwaarden onereus zouden zijn. In art. 2a onder a is dit geaccentueerd doordat daarin als criterium is opgenomen «de wijze waarop de voorwaarden tot stand zijn gekomen». Ook de bepalingen van art. 6 lid 4 beschouwen wij als effectief: een organisatie die een actie als bedoeld in dat artikel wil instellen moet eerst trachten in der minne met de gebruiker of diens organisatie tot overeenstemming te geraken. Anderzijds zal, zoals de ervaring in de Bondsrepubliek Duitsland aantoonde, de mogelijkheid van zo'n actie voor de gebruiker of diens organisatie vaak een prikkel opleveren om op een uitnodiging tot onderhandelen in te gaan, een prikkel die in het huidige recht geheel ontbreekt. Wij menen dat in deze bepalingen voldoende stimuli tot overleg tussen belangenorganisaties gelegen zijn. Wij zien ook niet goed wat er op dit gebied in dit wetsontwerp nog meer te verwezenlijken zou zijn, waarbij wij ervan uitgaan dat overleg tussen organisaties er niet toe kan leiden dat bedingen in algemene voorwaarden niet meer aan de art. 2 e.v. zouden kunnen worden getoetst. Men zie de memorie van toelichting, blz. 19 (naar aanleiding van – thans – art., 2a onder a) en blz. 55 e.v. naar aanleiding van art. 5 lid 4; in laatstbedoelde bepaling was een verdergaande oplossing (buiten toepassing verklaring van de art. 3 en 4) neergelegd, welke echter na daarop uitgeoefende kritiek is geschrapt.

Ook buiten het kader van dit wetsontwerp zijn er mogelijkheden om het tot stand komen van tweezijdige algemene voorwaarden te bevorderen. Reeds thans vindt onder de auspiciën van de CCA overleg in bepaalde branches plaats. De regering acht evenwel een verdere intensivering van

het overleg over leveringsvoorwaarden tussen organisaties van ondernemers en consumenten van groot belang. Een van de kernthema's voor het Meerjarenprogramma Consumentenbeleid 1986-1989 vormt dan ook het bevorderen van het zelfregulerend vermogen van marktpartijen. Hierbinnen neemt het voorwaardenoverleg een centrale plaats in. Nieuwe initiatieven op dit terrein kunnen rekenen op de steun van de regering. Op dit moment vindt overleg plaats tussen het Ministerie van Economische Zaken en de consumentenorganisaties om te bezien op welke terreinen van het voorwaardenoverleg concrete activiteiten ontwikkeld kunnen worden. De regering zal voor zover dat binnen haar mogelijkheden ligt meewerken aan het oplossen van knelpunten. Ook financieel gezien kan de regering deze activiteiten steunen. Het onderhavige wetsontwerp zal uiteraard een belangrijk raamwerk voor het voorwaardenoverleg kunnen vormen.

Herinnerd zij voorts aan de reeds genoemde figuur van de standaardregeling, geregeld in artikel 6.5.1.2. Een standaardregeling is een wet in materiële zin, krachtens delegatie tot stand gebracht door een commissie van belanghebbenden. Haar bepalingen zijn van rechtswege op overeenkomsten van toepassing; het onderhavige wetsontwerp geldt daarvoor niet. Men zie over de verhouding tussen algemene voorwaarden en standaardregelingen verder Asser-Rutten-Hartkamp II nrs. 376 e.v.

### **1.3. Snelle toepasselijkheid en kennisneming van de algemene voorwaarden**

a. De commissie vroeg waarom in artikel 2b lid 1 onder a de woorden «voor» of «bij» het sluiten van de overeenkomst als geheel gelijkwaardig naast elkaar zijn opgenomen, en waarom niet is voorgesteld dat algemene voorwaarden in beginsel *vooraf* worden uitgereikt en pas wanneer dat niet mogelijk is bij het sluiten van de overeenkomst. Hiervoor bestaan twee redenen. In de eerste plaats zou de door de commissie genoemde regel een verdere complicering hebben opgeleverd van het toch reeds vrij ingewikkelde artikel, en zulks terwijl het zeer de vraag is of het gerechtvaardigd zou zijn om aan het pas «bij» de contractssluiting overhandigen van algemene voorwaarden die eerder hadden kunnen worden overhandigd, de sanctie van vernietigbaarheid te verbinden. In de tweede plaats zou een regel die onderscheid maakt tussen «voor» en «bij» het sluiten van de overeenkomst vaak tot bewijsmoeilijkheden leiden; men zie de nota naar aanleiding van het (eind)verslag, blz. 10 en het verslag van de UCV van 28 januari 1985, blz. 40-12.

b. Of algemene voorwaarden wanneer pas bij een orderbevestiging wordt verwezen, toepasselijk zijn, hangt af van de omstandigheden van het geval. Vooropgesteld zij dat het begrip «orderbevestiging» in de rechtspraak in verschillende betekenissen wordt gebruikt. Men komt de term, behalve in de naar onze mening juiste betekenis van bevestiging van een gesloten overeenkomst, ook wel tegen in de zin van een schriftelijke bevestiging van een mondeling aanbod of van een schriftelijke aanvaarding van een aanbod. Op elk dezer situaties gaan wij kort in.

Indien A aan B een schriftelijke bevestiging stuurt van zijn mondelinge order (aanbod) aan B, maakt de verwijzing naar algemene voorwaarden deel uit van het aanbod, zodat de voorwaarden op de te sluiten overeenkomst toepasselijk zullen zijn, tenzij B die toepasselijkheid afwijst (artikel 6.5.3.8 lid 3). Indien echter B een aanbod van A schriftelijk «bevestigt», dat wil zeggen aanvaardt, dan wijkt die aanvaarding door de verwijzing naar B's algemene voorwaarden af van het aanbod. De gevolgen hiervan zijn geregeld in artikel 6.5.2.8 leden 1 en 2; werd ook reeds in A's aanbod naar algemene voorwaarden verwezen, dan komt aan B's verwijzing in beginsel geen werking toe (artikel 6.5.2.8 lid 3). Een orderbevestiging in de eigenlijke hierboven vermelde zin, dat wil zeggen de bevestiging van een reeds gesloten overeenkomst, kan soms wel, soms geen wijziging

meer brengen in hetgeen tussen partijen is overeengekomen. Zouden A en B een mondelinge afspraak hebben gemaakt in die zin dat A niet bedacht behoeft te zijn of de toepasselijkheid van algemene voorwaarden, dan brengt een orderbevestiging door B met een verwijzing naar algemene voorwaarden hierin geen verandering. Waren partijen het echter, zoals in de praktijk vaak het geval is, nog «slechts» eens over de essentiële onderdelen van de overeenkomst (bijvoorbeeld levering van een zaak tegen een bepaalde prijs) waarbij de «details» nog opengelaten zijn, dan dient de orderbevestiging er mede toe om de overeenkomst te completeren; alsdan geldt weer het principe van artikel 6.5.2.8 lid 3, volgens hetwelk aan de eerste schriftelijke verwijzing naar algemene voorwaarden werking toekomt.

c. De commissie vroeg vervolgens in hoeverre er naast de regeling van de artikelen 2, 2a onder b en 2b nog plaats is voor een toetsing aan dwang, dwaling, bedrog en misbruik van omstandigheden ten aanzien van de toepasselijkheid en inhoud (met uitzondering van de kernbedingen) van algemene voorwaarden.

Op zich zelf sluiten de artikelen 2a en 2b en de daarin geregelde vernietigingsgronden niet uit dat de wederpartij die de toepasselijkheid van algemene voorwaarden heeft aanvaard, een beroep kan doen op andere vernietigingsgronden, zoals de wilsgebreken geregeld in de artikelen 3.2.10 en 6.5.2.11. Mede gelet op de in het verslag aangehaalde passage uit de nota naar aanleiding van het (eind)verslag, blz. 10 (waar artikel 2b van toepassing wordt geacht op het geval dat de wederpartij op straffe van verval van het aanbod wordt genoopt om de algemene voorwaarden terstond te aanvaarden), kan echter worden gesteld dat hiervan niet gemakkelijk praktische relevante voorbeelden kunnen worden bedacht. Men denke bijvoorbeeld aan het geval dat een wederpartij de toepasselijkheid van algemene voorwaarden aanvaardt in de zin van artikel 2 (waarbij ook is voldaan aan de vereisten van artikel 2b), nadat hij in de waan is gebracht dat het om voorwaarden met een geheel andere inhoud gaat. Indien er tussen deze dwaling en het sluiten van de overeenkomst causaal verband bestaat, kan de wederpartij zich op dwaling of bedrog beroepen (uiteraard mits ook aan de overige daarvoor geldende vereisten is voldaan), waardoor hetzij de overeenkomst als geheel, hetzij het beding waarop de gelding van de voorwaarden berust, vernietigd wordt; men zie in dit verband ook artikel 3.2.7a. In het door de commissie genoemde geval dat algemene voorwaarden welbewust pas bij het sluiten van de overeenkomst zijn ter hand gesteld en niet tevoren, hoewel dat had gekund, is – gelijk ook uit het onder a opgemerkte blijkt – voldaan aan artikel 2b, terwijl zich naar onze mening niet een van de genoemde wilsgebreken voordoet.

#### **1.4. Toetsingsnormen van artikelen 2a-4 van afdeling 6.5.2A en hun verhouding tot het algemene recht**

##### *a. Artikel 2 onder a – artikelen 6.1.1.2 lid 2 en 6.5.3.1 lid 2.*

De commissie stelde de verhouding tussen artikel 6.5.2A.2a onder a en de artikelen 6.1.1.2 lid 2 en 6.5.3.1 lid 2 aan de orde. Zij onderscheidde hierin twee aspecten: de mogelijkheid dat een beding dat de toetsing aan artikel 2a heeft doorstaan toch in een concrete situatie naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar moet worden geacht; en de vraag of toetsing aan artikel 2a verder gaat dan die op basis van de «tweede leden» van de artikelen 6.1.1.2 en 6.5.3.1. Voorts vroeg zij welke omstandigheden de rechter in het ene en in het andere geval in zijn oordeelsvorming mag betrekken; zij meende dat omstandigheden na het sluiten van de overeenkomst in het algemeen slechts in het kader van de toetsing aan redelijkheid en billijkheid aan de orde komen.

Aan de verhouding tussen art. 6.5.2A.2a onder a en de artt. 6.1.1.2 lid 2 en 6.5.3.1 lid 2 zijn beschouwingen gewijd in de memorie van antwoord

aan de Tweede Kamer, blz. 9–10 en in de nota naar aanleiding van het (eind)verslag blz. 10–12. In de eerste plaats is daar opgemerkt dat art. 2a onder a niet repressiever is dan de artt. 6.1.1.2 lid 2 en 6.5.3.1 lid 2, en dat het mogelijk is op basis van laatstbedoelde artikelen een soortgelijk resultaat te bereiken als met behulp van art. 2a onder a mogelijk is. Deze mening – die ook door de eerste ondergetekende is uitgesproken in de UCV van 28 jan. 1985 (blz. 40–10) – is inmiddels bevestigd door het arrest van de Hoge Raad van 25 april 1986, RvdW 1986, 87, waarin is uitgemaakt dat het in strijd met de goede trouw is zich te beroepen op een onredelijk bezwarend beding in algemene voorwaarden; hierbij merkt de Hoge Raad op dat het bij de vraag of het beroep op een beding strijdig is met de goede trouw niet slechts aankomt op omstandigheden die betrekking hebben op de uitvoering van de overeenkomst, doch dat ook andere omstandigheden (zoals de aard en inhoud van de overeenkomst, de omstandigheid dat het om een beding in algemene voorwaarden gaat, de wederzijdse kenbare belangen van partijen en hun maatschappelijke positie en onderlinge verhouding) in aanmerking moeten worden genomen. Dit arrest, waarin de tekst van art. 2a onder a doorklinkt, is gewezen onder vigeur van art. 1374 lid 3, maar het is duidelijk dat de beslissing onder de werking van art. 6.5.3.1 lid 2 geen andere geweest zou zijn. Wat betreft de toetsing van de inhoud van algemene voorwaarden is er dus geen verschil tussen art. 2a onder a en art. 6.5.3.1 lid 2, wat niet wegneemt dat het in het kader van het nieuwe wetboek de voorkeur verdient om de meer toegespitste formulering van art. 2a onder a in de wet neer te leggen. Deze formulering is immers – zoals t.a.p. is uiteengezet – enerzijds beter afgestemd op de hier voorgeschreven inhoudstoetsing dan de algemene norm van art. 6.5.3.1 lid 2, en dient anderzijds als voldoende scherpe grondslag voor de hier voorgeschreven vorm van vernietigbaarheid en voor de regels van de artt. 3 en 4. Bovendien bevat zij de maatstaf voor de «verbodsactie» van art. 6.5.2A.6, welke actie de Hoge Raad (in het op dezelfde dag gewezen arrest, RvdW 1986, 86) niet reeds voor het geldende recht heeft willen erkennen, omdat de rechter moeilijk vooruit kan lopen op de processuele uitwerking die het wetsontwerp bevat.

In de vermelde passages is voorts uiteengezet dat art. 2a onder a in zoverre een *lex specialis* ten opzichte van art. 6.5.3.1 lid 2 vormt, dat eerstgenoemde bepaling voor het door haar bestreken terrein aan laatstgenoemde derogeert, doch dat dit niet uitsluit dat buiten dat terrein toetsing van de inhoud van algemene voorwaarden aan art. 6.5.3.1 lid 2 kan plaatsvinden. Te denken is hier enerzijds aan gevallen waarin bepaalde bedingen niet aan art. 2a onder a kunnen worden getoetst, en anderzijds aan gevallen waarin een contractspartij zich niet op die bepaling kan beroepen. Tot de eerste groep van gevallen horen bedingen die niet onder het begrip algemene voorwaarden van art. 6.5.2A.1 vallen: bedingen die niet zijn opgesteld teneinde in een aantal overeenkomsten te worden opgenomen, alsmede mondelinge bedingen en kernbedingen. Contractspartijen die zich niet op art 2a kunnen beroepen, zijn de gebruiker van algemene voorwaarden (behalve in het geval van art. 2c lid 2), alsmede – belangrijker – de wederpartij die voldoet aan de omschrijving van art. 2c lid 1 (kort gezegd: een «grote ondernemer»). In deze gevallen kan inhoudstoetsing van contractsbedingen waar nodig op art. 6.5.3.1 lid 2 worden gebaseerd; vergelijk ook Asser–Rutten–Hartkamp II nrs. 318–e.v. en 358.

Art. 6.5.2A.2a heeft betrekking op toetsing van de inhoud van algemene voorwaarden, en zulks in het licht van de omstandigheden zoals deze zich vóór en ten tijde van het sluiten van de overeenkomst voordoen. Omstandigheden die betrekking hebben op de uitvoering van de overeenkomst kunnen, zoals de commissie terecht opmerkte, in het algemeen slechts in het kader van de toetsing aan redelijkheid en billijkheid aan de orde komen. Men denke aan een beroep op rechtsverwerking (bijv. toekomstend aan de gebruiker indien de wederpartij een klacht ter zake van een gebrek

in het geleverde te laat na de ontdekking ervan te zijner kennis brengt) of op onvoorziene omstandigheden als bedoeld in art. 6.5.3.11. Deze omstandigheden die zich voordoen na het sluiten van de overeenkomst, kunnen naar hun aard geen rol spelen bij de toetsing aan art. 2a onder a; die toetsing betreft immers de vraag of een beding vernietigbaar is, dus of het van meet af aan lijdt aan een intrinsiek gebrek. Hierbij merken wij ter vermijding van misverstand op dat de inhoudstoetsing van art. 2a heel wel betrekking kan hebben op rechtsgevolgen die in de overeenkomst worden verbonden aan gebeurtenissen die zich na het sluiten van de overeenkomst voordoen. Dit zal zelfs vaak het geval zijn; men denke aan een exoneratie voor fouten bij het uitvoeren van de verbintenis, aan het beding dat bepaalde gebeurtenissen tot overmacht bestempelt, of aan een beding dat aan een bepaalde gedraging van de wederpartij verval van rechten verbindt (zie art. 6.5.2A.4 onder d, f en h). Dat deze gedraging of andere gebeurtenis na het sluiten van de overeenkomst plaats grijpt, neemt immers niet weg dat *de overeenkomst* daaromtrent bedingen bevat die op hun redelijkheid kunnen worden getoetst. De artt. 6.5.3.1 lid 2 en 6.5.3.11 komen dus pas in het spel wanneer het gaat om de vraag welke invloed het tussen partijen overeengekomene ondervindt van nadien plaatsvindende gebeurtenissen die niet in de overeenkomst zijn geregeld of verdisconteerd.

#### *b. Aanvullend en dwingend recht*

Uit het onder a opgemerkte vloeit voort, zoals de commissie signaleerde, dat de aanneming van het amendement-Korthals op stuk nr. 30 uit praktisch oogpunt niet bezwaarlijk is.

Aangenomen moet worden dat het amendement ook betrekking heeft op bedingen die in overeenstemming zijn met een bepaling van dwingend recht. Noch de oorspronkelijke tekst van art. 2a onder a, noch de tekst zoals deze na aanvaarding van het amendement is komen te luiden, bevat te dien aanzien een bijzondere regel. Derhalve is denkbaar – het zal uiteraard een hoge uitzondering zijn – dat een beding waarin een wettelijke regel van dwingend recht is overgenomen op grond van art. 2a wordt vernietigd. Hiertegen bestaat geen bezwaar, nu een beroep op een regel van dwingend recht ook aan art. 6.5.3.1 lid 2 kan worden getoetst; men zie voor voorbeelden Asser-Rutten-Hartkamp II nr. 316. De conclusie is dat hier hetzelfde stelsel bestaat als ten aanzien van het in de toelichting op het amendement en in de discussie in de voormelde UCV (biz. 40-10) genoemde geval dat een regel van aanvullend recht in de algemene voorwaarden is overgenomen.

#### *c. Nulliteiten*

Inderdaad zijn de vernietigingsgronden, bedoeld in artt. 6.5.2A.2a–4 en 9, onderworpen aan de algemene regels over vernietigbaarheid (m.n. art. 3.2.13 e.v.), voor zover daarvan in art. 6.5.2A.2c niet wordt afgeweken. Hierbij kan de strekking van het onderhavige wetsontwerp van belang zijn voor de hantering van de algemene regels; men vergelijk de memorie van antwoord aan de Tweede Kamer, blz. 12–13 in verband met art. 3.2.8 en Asser-Rutten-Hartkamp II nrs. 491 en 499. Dit geldt ook voor de toepassing van andere algemene bepalingen, zoals het door de commissie genoemde art. 6.5.3.11 (zie de memorie van toelichting, blz. 19).

### **1.5. «Uitonderhandelen» en compenserend voordeel**

De commissie was er voorshands nog niet van overtuigd dat bedingen waarvoor door partijen (uitvoerig en) in vrijheid is onderhandeld dan wel waarvoor compenserend voordeel is verkregen of afgedwongen, op dezelfde wijze als andere bedingen aan toetsing aan de artt. 2a–4 moeten

zijn onderworpen. Zij vroegen zich af of het niet de voorkeur zou verdienen een algemene regel achterwege te laten een billijke oplossing te vinden aan de hand der concrete omstandigheden, waarbij zij – onder verwijzing naar haar opmerking onder 1.4 – dacht aan mitigering van de gevolgen van vernietiging.

Bij de beantwoording van deze vraag moet worden vooropgesteld dat het wetsontwerp in de regel precies tot het door de commissie gewenste resultaat leidt. Het wetsontwerp bevat immers geen algemene regel te dezer zake, hetgeen betekent dat in het kader van de toetsing aan art. 6.5.2A.2a onder a rekening gehouden kan worden met alle omstandigheden van het geval, waaronder de door de commissie genoemde. Men zie in deze zin de memorie van toelichting, blz. 28 (onder 19). Dit geldt mede voor de bedingen van art. 4, die immers ook aan art. 2a onder a worden getoetst, zij het dat de bewijslast ten aanzien van hun onredelijk bezwarend karakter op de gebruiker rust.

Een uitzondering hierop geldt slechts voor zover art. 6.5.2A.3 van toepassing is, d.w.z. indien het gaat om een overeenkomst tussen een gebruiker van algemene voorwaarden en een consument, waarin een of meer bedingen als in dat artikel omschreven zijn opgenomen. Deze bedingen worden immers als onredelijk bezwarend aangemerkt, zodat geen (verdere) toetsing aan art. 2a onder a plaats vindt en er dus geen mogelijkheid is om rekening te houden met de omstandigheden van het geval. In de schriftelijke behandeling van het wetsontwerp in de Tweede Kamer is deze uitzondering besproken en van regeringszijde verdedigd; men zie behalve de geciteerde passage in de memorie van toelichting, de memorie van antwoord blz. 7 e.v. en de nota n.a.v. het (eind)verslag blz. 8. Kort gezegd is in die passage het volgende betoogd. Het gaat hier om een beperkt gebied van evident onereuze bedingen; mede omdat deze bedingen jegens consumenten worden gebezigd, is de kans op vrije onderhandelingen hier klein, en is a fortiori de kans heel klein dat de wederpartij/consument na vrije onderhandelingen zal toenemen in ongewijzigde opnemings van het gestandaardiseerde beding in de overeenkomst, terwijl hij zich van het bezwarende karakter ervan werkelijk bewust is; zou men op dit punt het dwingende karakter van de «zwarte lijst» doorbreken, dan zou dat leiden tot lastige bewijskwesaties omtrent vragen als welk compenserend voordeel aan de wederpartij is toegekend en of dat voordeel inderdaad alleen is toegekend omdat de wederpartij in het onereuze beding heeft toegestemd. Wij zouden ook na de hernieuwde overweging waartoe de vraag van de commissie heeft geleid, bij het stelsel van het wetsontwerp willen blijven. Overigens geven wij de commissie gaarne toe dat art. 3 zich niet verzet tegen mitigering van de rechtsgevolgen van vernietiging als waarop de commissie doelde; men zie het onder 1.4 (sub c) opgemerkte. Op de vraag of bedingen waarover speciaal is onderhandeld, als kernbedingen kunnen worden beschouwd, zal hierna onder 1.10 worden ingegaan.

### **1.6. Abstracte toetsing van art. 6**

a. Inderdaad zal het oordeel of een beding aan de omschrijving van een der bepalingen van de artt. 3 of 4 voldoet, geen specifieke uit het karakter van de abstracte toetsing voortvloeiende problemen opleveren, en zal dit wel het geval zijn bij de toetsing aan art. 2a (waaronder begrepen de toetsing van bedingen als bedoeld in art. 4). Mede om deze reden is art. 2a onder a in art. 6 lid 1 van overeenkomstige toepassing verklaard. De bijzondere rechter zal, uitgaande van de inhoud van de rechtsvordering, hebben te beoordelen of het aangevallen beding onredelijk bezwarend is voor de groep van wederpartijen wier belangen door de eisende organisatie worden behartigd en in de soort overeenkomsten waarop de vordering betrekking heeft. Hij moet daarbij (zoals wordt opgemerkt in de memorie van toelichting, blz. 57–58) letten op de karakteristieke inhoud



van deze overeenkomsten, en op de karakteristieke eigenschappen en belangen van de gebruiker(s) van het beding en van de wederpartijen en daarbij de maatstaven van art. 2a zo generaliseren als met het oog op de van hem krachtens art. 6 gevraagde beslissing nodig is. Beide partijen hebben tot taak de rechter omtrent de feitelijke grondslagen van hun rechtsstrijd voor te lichten. Op wie de stelplicht en de (eventuele) bewijslast rust, wordt ook voor de onderhavige procedure bepaald door art. 177 van het ontwerp-bewijsrecht. Dat de rechter zich doorgaans zal richten op de grote meerderheid van de gevallen waarin de desbetreffende voorwaarden worden gebruikt ligt o.i. voor de hand, nu de actie van art. 6 berust op de gedachte dat het gebruik van algemene voorwaarden een collectief verschijnsel is dat derhalve in vele vergelijkbare situaties plaatsvindt. Maar te bedenken is dat de actie ook «preventief» kan worden ingesteld ter zake van nog niet of niet frequent gebruikte bedingen; men denke aan het geval dat een ondernemer, een ondernemersvereniging of een overheidslichaam aankondigt (nieuwe) algemene voorwaarden in gebruik te zullen nemen. In een zodanig geval zal de rechter moeten afgaan op zijn verwachting omtrent de aard der overeenkomsten waarvoor de voorwaarden zijn bestemd. Art. 6 is voldoende soepel geformuleerd om de bijzondere rechter in staat te stellen zijn weg op dit nog onontgonnen gebied te vinden.

b. De commissie vroeg hoe de abstracte toetsing van art. 6 zich verhoudt tot de taak van de rechter te beslissen in concrete gevallen, zoals – negatief – is geformuleerd in art. 13 (bedoeld zal zijn art. 12) Wet Algemene Bepalingen.

Over de betekenis van art. 12 Wet A.B. – waaraan de wetgever overigens op zichzelf niet gebonden is – bestaat geen communis opinio. Men zie voor een overzicht der meningen Jessurun d'Oliveira. De meerwaarde van rechterlijke uitspraken, preadvies Ver. v. Rechtsvergelijking (1973) blz. 8 e.v.. Van de voor het onderhavige onderwerp relevante meningen vermelden wij die van J. Drion dat «de bepaling niet anders is dan een toepassing van de machtenscheiding» en die van Jessurun d'Oliveira (a.w. blz. 10), die Drions mening in beginsel onderschrijft en voorts o.m. opmerkt dat de bepaling te algemene verboden afkapt en ervoor waakt dat buiten de grenzen van het voorgelegde geschil wordt getreden. In dezelfde zin Kottenhagen, Van precedent tot precedent (1986), blz. 113 e.v.. Hondius, Standaardvoorwaarden (1979) blz. 753, bespreekt de vraag in verband met het onderwerp algemene voorwaarden zelf en vat art. 12 zo op, dat het zich richt tegen een uitspraak die *erga omnes* werkt, d.w.z. tegen anderen dan tegen wie zij is geweest. Het wil ons voorkomen dat, gelet op deze interpretaties, niet gezegd kan worden dat de regeling van de artt. 6 e.v. (in verbinding met de voorgestelde bepalingen van Rechtsvordering) zich niet met art. 12 A.B. verdraagt. Wat betreft de door de commissie gesignaleerde behoefte aan een zo concreet mogelijke uitspraak herinneren wij, behalve aan het hierboven (onder a) over de inhoud van de vordering opgemerkte, nog aan het in art. 6 lid 1 gestelde vereiste dat de vordering zich moet richten tegen *bepaalde* bedingen in *bepaalde* algemene voorwaarden, men zie de memorie van toelichting, opm. 1 bij art. 6 (blz. 57).

c. Het effect van de uitspraken van de bijzondere rechter in latere concrete geschillen is geregeld in art. 6.5.2A.9. Indien het Hof te Den Haag in de gelegenheid wordt gesteld voldoende jurisprudentie te vormen omtrent onredelijk bezwarende bedingen in algemene voorwaarden, bestaat inderdaad de mogelijkheid dat zich, zoals de commissie het uitdrukt, een soort derde lijst naast de artt. 3 en 4 gaat vormen. Uit een oogpunt van rechtszekerheid valt dit positief te waarderen.

d. Voor een antwoord op het hier opgemerkte verwijzen wij naar 1.1, laatste alinea.

### 1.7. Delegatie van wetgevende bevoegdheid: art. 6.5.2A.5

In verband met de bezorgdheid die de commissie uitsprak voor toeneming van delegatiebepalingen van deze aard, merkt de eerste ondergetekende het volgende op. Naar aanleiding van de delegatiebepaling, die bij amendement is opgenomen in art. 15 van het voorstel van een Wet bodembescherming, is onlangs bij de memorie van antwoord aan de Eerste Kamer terzake van dat wetsvoorstel (Eerste Kamer vergaderjaar 1985-1986, 16 529, nr. 61 a, blz. 8 e.v.) een overzicht gegeven van de in het nieuwe Burgerlijk Wetboek voorkomende delegatiebepalingen. Aldaar is uiteengezet dat delegatie in het burgerlijk recht, gelet op art. 107 Grondwet, terughoudend wordt toegepast: zij pleegt eerst dan plaats te vinden indien de desbetreffende materie zich niet tot regeling door de formele wetgever leent, bijv. omdat te voorzien valt dat de formele wetgever niet met voldoende slagvaardigheid op gewijzigde situaties kan reageren. Dit laatste vormt de ratio voor de onderhavige bepaling; men zie de memorie van toelichting en de memorie van antwoord, blz. 55 resp. 28v.

### 1.8. Consumenten- en handelstransacties

a. Wij zijn van mening dat de aanneming van het amendement-Korthals op stuk nr. 33, waarbij het huidige art. 2c is ingevoegd, niet noopt tot wijziging van het stelsel van de artt. 2a-4a van het wetsvoorstel.

Op het ogenblik wordt niet verwacht dat nieuwe EG-richtlijnen het aantal publicatieplichtige ondernemingen in Nederland zullen doen toenemen. Daarom wordt ook niet verwacht dat steeds meer kleine ondernemingen van de bescherming van de artt. 2a en 2b zullen worden uitgesloten. Wel is mogelijk dat de bedragen genoemd in art. 396 lid 1 onder a en b Boek 2, aan de opwaardering van de gulden ten opzichte van de ECU zullen worden aangepast, doch de gevolgen daarvan zijn in dit verband te verwaarlozen.

Anderzijds blijft naar onze mening de uitsluiting van de artt. 3-4c in handelstransacties terecht. De argumenten, gebezigd in de memorie van toelichting, blz. 30v en de memorie van antwoord, blz. 13 e.v. behouden hun betekenis ook voor kleine ondernemingen; zij waren daarop ook mede afgestemd. «Kleine» bedrijven kunnen immers ook grote zaken doen, grote risico's nemen, afhankelijk van de marktsituatie zwakke of sterke onderhandelingsposities innemen; een strak kader als de artt. 3 en 4 past daarvoor niet. Ook in art. 6.5.2A.13 dient het onderscheid zeker niet te vervallen. Voor zover er met betrekking tot een concrete contractuele situatie geen verschil bestaat tussen een consument en een bedrijfsmatig handelende wederpartij (en hetzelfde geldt voor een wederpartij die een niet bedrijfsmatig handelende kleine vereniging of stichting is), kan hiermee via de open norm van art. 2a voldoende rekening worden gehouden: wij herinneren aan hetgeen in de memorie van toelichting blz. 31, de memorie van antwoord blz. 15v., en de nota n.a.v. het (eind)verslag blz. 15 over de reflexwerking van de artt. 3 en 4 is opgemerkt.

b. Inderdaad is de praktische consequentie van het feit dat het amendement nr. 33 tot een aanvulling van art. 2c heeft geleid, en niet de in art. 1 onder c opgenomen omschrijving van «wederpartij» heeft gewijzigd, dat art. 2 ook op de «grote onderneming» van toepassing is. De indiener van het amendement zal naar wij aannemen hebben gemeend dat een wederpartij, die z.i. mans genoeg is om het zonder de bescherming van art. 2a te kunnen stellen, zich niet over de toepasselijkheid van art. 2 mag beklagen. Hoe dit zij, wij stemmen in met het resultaat dat art. 2 ook voor «grote» wederpartijen geldt, daar dit artikel ertoe strekt de rechtszekerheid te bevorderen. Dit laat onverlet de bescherming die deze wederpartijen indien nodig aan art. 6.5.3.1 kunnen ontlennen; zie hiervoor onder 1.4 sub a.

c. Het amendement moet naar het ons voorkomt aldus worden begrepen, dat alleen rechtspersonen van wie een jaarrekening is openbaar gemaakt, onder de uitzondering, bedoeld in art. 2c lid 1 onder a vallen; is geen jaarrekening openbaar gemaakt, dan biedt lid 1 onder b het criterium, en zulks ongeacht of het gaat om rechtspersonen die publikatieplichtig zijn of niet. Dit strookt niet alleen met de tekst van het amendement (de bepaling onder a spreekt immers van een «rechtspersoon... die ... haar jaarrekening openbaar heeft gemaakt», terwijl de bepaling onder b aanvangt met de woorden «een partij op wie het onder a bepaalde niet van toepassing is...»), doch ook met de toelichting, alwaar naar aanleiding van de bepaling onder a wordt opgemerkt: «Ten einde bewijsproblemen te voorkomen wordt overigens niet de *verplichting* tot het openbaar maken van een jaarrekening, doch het *daadwerkelijk* publiceren ervan, als criterium voorgesteld; dat is gemakkelijk in het Handelsregister na te gaan»; alsook: «met het woord «laatstelijk» wordt bedoeld op de laatste openbaar gemaakte jaarstukken». Vervolgens wordt over de bepaling onder b gezegd dat zij mede ziet op «rechtspersonen, bedoeld in artikel 360 Boek 2, die niet aan het onder a geformuleerde criterium voldoen», waarvan als voorbeeld wordt gegeven een «grote» rechtspersoon die ten tijde van het sluiten van de overeenkomst zo kort bestaat dat hij nog geen jaarrekening heeft kunnen publiceren. Het ligt voor de hand dat de bepaling onder b mede geldt voor «grote» rechtspersonen die om een andere reden niet tot publikatie van een jaarrekening zijn overgegaan. De discussie tijdens de UCV van 28 januari 1985 (blz. 40–16/17) voert tot dezelfde conclusie.

d. Op de opmerking van de commissie dat art. 2c uiterst moeilijk leesbaar en systematisch niet fraai is, merken wij op dat het artikel moet worden begrepen als een opsomming van bepalingen die voor de onderhavige vernietigingsgronden (geregeld in de artt. 2a e.v.) afwijkingen bevatten van (of aanvullingen op) de op alle vernietigbaarheden toepasselijke artt. 3.2.13 e.v.. Immers de leden 1–3 hebben betrekking op de vraag wie zich op de vernietigingsgronden kan beroepen (vgl. artt. 3.2.14 en 15, telkens lid 1), en lid 4 op de verjaringstermijn, bedoeld in art. 3.2.17 lid 1 onder d.

e. De commissie stelde vervolgens een vraag over de reflexwerking van de artt. 3 en 4 in verband met contracten van ondernemingen voor welke de uitzondering van art. 2c lid 1 geldt. In de parlementaire stukken, hierboven geciteerd onder 1.8. sub a, in fine, is de reflexwerking van de artt. 3 en 4 steeds betrokken op de «open norm» van art. 2a onder a. Dit lag ook voor de hand, omdat de bepalingen van de artt. 3 en 4 uitwerkingen zijn van art. 2a onder a, doch slechts voor een bepaalde categorie van overeenkomsten, te weten overeenkomsten met, kort gezegd, consumenten. Nu (rechts)personen als bedoeld in art. 2c lid 1 geen beroep kunnen doen op art. 2a, zodat zij aangewezen zijn op de algemene bepaling van art. 6.5.3.1 lid 2, is de vraag van de reflexwerking enigszins anders komen te liggen. Wij willen ermee volstaan op te merken dat – gelijk uit het reeds meermalen geciteerde arrest van de Hoge Raad van 25 april 1986, RvdW 1986, 87, blijkt – het niet uitgesloten is om een beroep op een beding als bedoeld in de artt. 3 en 4 af te snijden wegens strijd met redelijkheid en billijkheid, noch om de bewijslast ter zake van de vraag of het beding onredelijk bezwarend is op de gebruiker te leggen. Deze mogelijkheden blijven uiteraard onder de vigeur van het nieuwe wetboek bestaan.

## 1.9. Positie van de overheid

a. Zoals reeds onder 1.8 (sub c) ter sprake kwam, heeft art. 2c lid 1 onder b betrekking op alle wederpartijen op welke het onder a bepaalde niet van toepassing is. Derhalve kan ook een overheidslichaam bij hetwelk vijftig of meer personen werkzaam zijn, zich niet op de artt. 2a en 2b beroepen.

b. Zoals de commissie terecht vooropstelt zijn door de overheid gebruikte algemene voorwaarden op dezelfde wijze als andere algemene voorwaarden aan toetsing krachtens deze afdeling onderworpen; hierbij maakt het geen verschil of de gebruiker als een «overheidsbedrijf» moet worden gekarakteriseerd, noch of de algemene voorwaarden door een overheidslichaam zijn goedgekeurd of wellicht zelfs voorgeschreven. Anderzijds zijn wettelijke regels die van rechtswege deel uitmaken van de contractsinhoud geen algemene voorwaarden in de zin van deze afdeling. Zodanige regels mag een ander overheidsorgaan dan de formele wetgever slechts maken indien dit op de wet in formele zin berust (art. 107 Grondwet). Hiertoe behoren de door de commissie genoemde, aan Spier ontleende voorbeelden niet. In de beide door de commissie genoemde arresten is uitgemaakt dat de desbetreffende verordeningen niet als recht in de zin van art. 99 R.O. waren aan te merken omdat daarbij slechts aanwijzingen werden gegeven op grondslag waarvan contracten met afnemers moesten worden gesloten. De bepalingen van de verordening worden als bedingen in zodanige overeenkomsten opgenomen; afdeling 6.5.2A is daarop van toepassing.

### **1.10. Kernbedingen, schriftelijke bedingen en bestemmingscriterium**

#### *Kernbedingen*

Tot onze voldoening kon de commissie zich geheel verenigen met de uitsluiting van kernbedingen in afdeling 6.5.2A. Zij stelde vervolgens over dit begrip enige vragen. Alvorens deze te beantwoorden, stellen wij het volgende voorop.

Zoals uit de behandeling van het wetsvoorstel in de Tweede Kamer naar voren komt, is het begrip «kernbedingen» ruimer dan het in de doctrine bekende begrip «essentialia van de overeenkomst», zijnde bedingen zonder welke een overeenkomst bij gebreke van voldoende bepaalbaarheid van de verbintenissen (artikel 6.5.2.10), niet tot stand komt. Als voorbeeld van een kernbeding, niet zijnde een essentiale, is in de memorie van toelichting, opm. 8 bij art. 1 (blz. 21) een gestandaardiseerd beding betreffende de koopprijs genoemd, zulks tegen de achtergrond van art. 7.1.1.1 waaruit blijkt dat een koop ook tot stand komt indien geen prijs is bepaald. In de memorie van antwoord, opm. 2 bij artikel 1 (blz. 6) is het begrip kernbeding vervolgens als volgt omschreven: «voor de vaststelling van wat daaronder moet worden verstaan is niet bepalend of het beding in kwestie een voor de gebruiker of voor beide partijen belangrijk punt regelt, maar of het van zo wezenlijke betekenis is dat de overeenkomst zonder dat beding niet tot stand zou zijn gekomen of zonder dit beding niet van wilsovereenstemming omtrent het wezen van de overeenkomst sprake zou zijn». Daarbij werd nog opgemerkt enerzijds dat het begrip kernbeding zo beperkt mogelijk moet worden opgevat en anderzijds dat de lijsten van de artikelen 3 en 4 nadere oriëntatie bieden bij het trekken van de grens tussen de (niet toetsbare) kernbedingen en de (wel toetsbare) bedingen die de modaliteiten – ook de belangrijkste – van de prestaties nader bepalen.

Uit deze passages kan worden afgeleid dat bij het begrip kernbedingen in de eerste plaats is gedacht aan bedingen waarvan de wezenlijke betekenis voor de overeenkomst uit het objectieve recht voortvloeit (hierop wijst met name de verwijzing naar het begrip essentialia), maar dat het daartoe niet geheel is beperkt. Immers, dat een beding «van zo wezenlijke betekenis is dat de overeenkomst zonder dat beding niet tot stand zou zijn gekomen» kan ook uit de aard van de overeenkomst voortvloeien; men denke weer aan het voorbeeld van de gestandaardiseerde prijs.

Tegen deze achtergrond dienen de vragen van de commissie als volgt te worden beantwoord.

a. Zoals reeds in sub 1.5 is opgemerkt, zijn bedingen die «uitonderhandeld» zijn of waartegenover compenserend voordeel staat, niet van afd. 6.5.2A uitgesloten. Het begrip «kernbeding» is bedoeld noch geschikt om dit langs indirecte wijze toch te bereiken.

b. Gelet op de beperkte inhoud van het begrip «kernbeding», zoals deze uit de hierboven gereleveerde passages naar voren komt, kan niet gezegd worden dat het om een «erg ruime en, vooral, subjectieve maatstaf» gaat. Integendeel dient de inhoud van het begrip aan de hand van objectieve gegevens (de essentialia van de overeenkomst, de aard van de overeenkomst) te worden vastgesteld.

c. Uit het voorgaande vloeit voort dat ook de vraag of partijen zelf bedingen tot kernbedingen kunnen bestempelen, in beginsel ontkennend moet worden beantwoord. Wij wijzen in dat verband nog op de memorie van antwoord, opm. 4 bij art. 6.5.2A.12 (blz. 33), waar wordt uiteengezet dat het in art. 12 vastgelegde dwingende karakter van de afdeling zich verzet tegen alle bedingen die ertoe strekken de door de wet geboden bescherming te verijdelen, ook indien dat op een der daar (bij wijze van voorbeeld) opgesomde indirecte wijzen geschiedt. Ook de door de commissie onder c bedoelde bedingen stuiten in beginsel op dat artikel af.

d. Bedingen als bedoeld in de artt. 3 en 4 kunnen geen kernbedingen zijn. Dit volgt uit het stelsel van de artikelen 1, 3 en 4; men zie de hierboven geciteerde passage uit de memorie van antwoord, blz. 6.

#### *Bestemmingscriterium*

e. Wij begrijpen de toelichting op het amendement op stuk nr. 28 (herdruk) aldus, dat in de daar bedoelde drie gevallen – die ontleend zijn aan art. 1 van het wetsvoorstel, zoals dat toen luidde – steeds van algemene voorwaarden in de zin van het wetsvoorstel sprake is, doch dat deze opsomming niet limitatief is bedoeld. Voor dit laatste levert de tekst van het amendement een argument, terwijl het ook blijkt uit de ontstaansgeschiedenis van het amendement. Het amendement 28 (herdruk), ingediend door het V.V.D.-kamerlid Korthals, is gesteund door o.m. P.v.d.A. en G.P.V., nadat een door de leden van deze partijen Salomons en Schutte ingediend amendement nr. 43 was ingetrokken. De toelichting sub 1 op amendement 28 (herdruk) stemt overeen met een bij amendement 43 voorgestelde formulering, die blijkens de toelichting op laatstbedoeld amendement niet limitatief was bedoeld. Zo valt onder de huidige formulering het geval dat een ondernemer algemene voorwaarden heeft opgesteld en deze voor de eerste maal in een overeenkomst opneemt; in de oude formulering was dit slechts het geval indien de gebruiker de daar bedoelde aankondiging had gedaan.

f. en g. Wij zijn van mening dat de aanneming van amendement 28 (herdruk) niet tot consequentie heeft dat door een advocaat of notaris gebezigde modelbedingen zonder meer onder de werking van de onderhavige afdeling vallen; begrijpelijkerwijze zou de commissie daarmee ook grote moeite hebben. In dit verband wijzen wij op het volgende. Tijdens de UCV van 28 januari 1985 (UCV 40, blz. 4) heeft de eerste ondergetekende zich (ten verfolge op een opmerking in de nota naar aanleiding van het (eind)verslag, onder 7 bij art. 1) tegen het door de commissie gewraakte resultaat verzet, en zulks naar aanleiding van een amendement Salomons-Schutte op stuk nr. 12 (herdruk), dat blijkens de daarop gegeven toelichting inderdaad tot die consequentie had kunnen leiden. Dit amendement is vervolgens ingetrokken. In de toelichting op de bovengenoemde amendementen 43 en 28 (herdruk) wordt over het voormelde geval niet meer gesproken; gesteld wordt slechts dat de amendementen beoogen het begrip «meermalen» nader te omlijnen c.q. de omschrijving van het begrip algemene voorwaarden te verduidelijken.

Wel is er in de discussie die in de UCV over de aanvaardbaarheid van amendement 28 is gevoerd, door een van de aanwezige ambtenaren op gewezen dat dit amendement tot dezelfde ruime uitleg als amendement 12 zou kunnen leiden. Ook de eerste ondergetekende heeft opgemerkt dat dit risico zich bij amendement 28 voordeed, en hij heeft gemeend daartegen te moeten waarschuwen. Het kan immers moeilijk worden volgehouden dat een zodanige uitbreiding van de definitie van het begrip algemene voorwaarden in overeenstemming is met de strekking van het onderhavige wetsontwerp. Het wetsontwerp is, zoals in de memorie van toelichting op verschillende plaatsen is betoogd, gericht op bescherming van een contractant tegen algemene voorwaarden die door *belanghebbers* – veelal de andere contractant of diens brancheorganisatie – zijn opgesteld en die door deze herkomst het gevaar in zich bergen van een onredelijk bezwarende eenzijdigheid. In de voormelde discussie – die niet geheel vrij van verwarring was omdat zij over verschillende amendementen ging en waarin bovendien de vraag meespeelde welke consequenties de voorgestelde formulering had voor de «verbodsactie» van artikel 6.5.2A.6 – is naar het ons voorkomt de problematiek niet in haar volle scherppte onderkend. Wij constateren dat art. 1 onder a tegen deze achtergrond geenszins noopt tot het aanvaarden van een resultaat dat door ons in gelijke mate wordt afgekeurd als door de commissie. Van algemene voorwaarden is naar onze mening in elk geval geen sprake indien een advocaat of notaris bij het opstellen van een overeenkomst gebruik maakt van door hem zelf vervaardigde of aan modellenboeken ontleende modellen, ook al is duidelijk dat hij die, indien het uitkomt, ook voor andere cliënten zal gebruiken. Daartegen is de afdeling wel toepasselijk indien de advocaat of notaris duidelijk als zodanig kenbare standaardbedingen gebruikt, bijv. afkomstig van de cliënt of opgesteld door een brancheorganisatie; ook indien de client zelf de overeenkomst zou sluiten, zou afd. 6.5.2A hier immers steeds van toepassing zijn. De rechter zal hier zo nodig de juiste begrenzing kunnen aangeven.

Het komt ons voor dat, gelet op het voorgaande, de vragen van de commissie onder g, die gebaseerd waren op het bestreden uitgangspunt, geen beantwoording meer behoeven.

### **1.11. Internationale overeenkomsten**

a. Als gevolg van de aanvaarding van amendement nr. 33 (art. 2c lid 1) kan in een internationaal geval, waarin volgens art. 6.5.2A.13 lid 1 deze afdeling van toepassing is, de wederpartij zich desondanks niet op de art. 2a en 2b beroepen indien zij voldoet aan het in art. 2c lid 1 onder a of b bepaalde. Dit geldt ook voor een buitenlandse ondernemer met een vestiging (in de zin van art. 13 lid 3) in Nederland; nu art. 360 Boek 2 daarop niet van toepassing is, zal voor hem het criterium onder b bepalend zijn.

b. Met de opmerkingen van de commissie wordt gaarne ingestemd. Inderdaad geldt het opgemerkte ook voor meerpartijenovereenkomsten (men zie art. 6.5.2A.2a j<sup>o</sup> art. 6.5.1.1. lid 2).

c. Op de gestelde vragen antwoorden wij als volgt:

aa. Indien het hier gesignaleerde verschijnsel zich zou voordoen, kan daartegen met behulp van algemene regels van burgerlijk recht worden opgetreden; men denke bijv. aan de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid. Voorts is het mogelijk art. 13 in die zin uit te leggen dat een postbus-onderneming die door een Nederlandse ondernemer vanuit Nederland wordt gedreven, geacht moet worden in de zin van het artikel in Nederland gevestigd te zijn. Wij menen daarom dit aspect aan de rechter te kunnen overlaten, die steeds minder schroomt om bij misbruik van rechtspersonen door constructies, gebezigd om de wet te ontgaan, heen te zien.

bb. De commissie stelde terecht vast dat de artt. 1–10 van afd. 6.5.2A dwingend recht bevatten (art. 12) en dat ook de leden 1 en 4 van art. 13 niet opzij gezet kunnen worden. Zij vroeg of dit ook voor de artt. 11 en 13 lid 2 geldt.

Partijen kunnen afdeling 6.5.2A niet bij overeenkomst van toepassing verklaren op de in art. 11 uitgezonderde arbeidsovereenkomsten. Wettelijke regels over de totstandkoming van overeenkomsten (art. 2) of over vernietigingsgronden (art. 2a e.v.) staan immers niet ter vrije dispositie van partijen. Art. 11 laat – mede gelet op de toelichting in de nota n.a.v. het (eind)verslag blz. 24 e.v. – geen ruimte voor de opvatting dat de wetgever hier aan partijen enige speelruimte heeft willen laten. Hetzelfde geldt voor de collectieve actie van de artikelen 6 e.v.

Ten aanzien van artikel 13 lid 2 ligt de mogelijkheid tot afwijking enigszins anders. De bepaling wil voorkomen dat de internationale handel – meer in het bijzonder: de handel tussen twee partijen die niet beiden in Nederland gevestigd zijn – door de onderhavige regeling wordt belemmerd. Van een in het buitenland gevestigde ondernemer mag – aldus de memorie van toelichting blz. 66 – niet worden gevergd dat hij zijn algemene voorwaarden, die hij wellicht voor transacties in vele landen gebruikt, op de onderhavige wettelijke regeling afstemt; omgekeerd dienen Nederlandse ondernemers in hun transacties met buitenlandse afnemers niet door de onderhavige regeling gebonden te zijn. In de memorie van antwoord, blz. 35, wordt er nog op gewezen dat de betrokken ondernemers op toepasselijkheid van afd. 6.5.2A veelal niet bedacht zouden zijn. Om deze redenen is het wenselijk geacht een duidelijke regel op te nemen, bepalende dat op de voormelde overeenkomsten afdeling 6.5.2A niet van toepassing is, ongeacht het recht dat de overeenkomst beheerst. Naar in de memorie van toelichting wordt opgemerkt, geldt de regel ook indien Nederlands recht toepasselijk is krachtens rechtskeuze. Dit is ook verklaarbaar, omdat het enkele feit dat een rechtskeuze is getroffen niet garandeert dat de bedachtheid, waarvan hierboven sprake was, bij beide partijen aanwezig is; voorts dient afd. 6.5.2A het voor een Nederlandse ondernemer, die zoals opgemerkt in beginsel jegens zijn buitenlandse contractspartner niet door de onderhavige afdeling gebonden moet zijn, niet onaantrekkelijk te maken om voor de toepasselijkheid van het Nederlandse recht te kiezen. Gelet op deze strekking van de regeling, verzet art. 13 lid 2 zich echter, nar het ons voorkomt, niet tegen toepasselijkheid van afd. 6.5.2A indien deze toepasselijkheid in het kader van een rechtskeuzeclausule uitdrukkelijk wordt overeengekomen. Men zie in dezelfde zin Asser-Putten-Hartkamp II nr. 375.

cc. Blijkens de memorie van toelichting blz. 46, vormt de bepaling van art. 6.5.2A.3 onder n (oorspronkelijk onder p) inzake jurisdictie-clausules voor consumententransacties een aanvulling op art. 98a Rv., dat afwijking van de relatieve bevoegdheid van de kantonrechter nietig verklaart. Het ligt daarom voor de hand aan beide bepalingen in internationale gevallen een zelfde werking toe te kennen. Dit betekent dat art. 3 onder n in beginsel mede van toepassing is op internationale jurisdictieclausules (vgl. HR 16 jan. 1981, NJ 1981, 663), doch dat de bepaling in gevallen die worden bestreken door het EG-Executieverdrag moet wijken voorzover zij in strijd komt met de in art. 17 van dat Verdrag toegekende vrijheid om (met inachtneming van het daar geregelde vormvereiste) jurisdictiebedingen overeen te komen. Zie in deze zin Vlas, BW-krant jaarboek 1985, blz. 77; A.-G. Haak in zijn conclusie voor het voormelde arrest (blz. 2225 r.k.) en Heemskerk in zijn noot (onder 8) onder dat arrest, en de op die plaatsen genoemde literatuur. Overigens zal art. 14 van het Aanpassingsverdrag van 9 okt. 1978, Trb. 1978, 175 de positie van de consument op dit punt weer versterken.

dd. Wat betreft de verhouding tussen art. 13 en art. 1054 Rv. volgens het wetsvoorstel inzake arbitrage (thans de wet van 2 juli 1986, Stb. 372), zij opgemerkt dat er wat betreft de gebondenheid aan afd. 6.5.2A

geen verschil bestaat tussen een scheidsgerecht dat moet beslissen naar de regelen des rechts en de Nederlandse burgerlijke rechter.

## ARTIKELEN

### 2. Artikel I

Naar aanleiding van de opmerking van de commissie over art. 6.5.1.3, merken wij op dat in de memorie van antwoord aan de Tweede Kamer betreffende het onderhavige wetsontwerp (blz. 3) is uiteengezet waarom het niet nodig is geoordeeld art. 6.5.1.3 te handhaven voor andere clausules dan algemene voorwaarden, die ongezien en onbegrepen worden aanvaard.

### 3. Artikel II

#### 3.1. *Artikel 6.5.2A.1: gevolmachtigde*

De opmerking in de toelichting op amendement 28 (herdruk), dat in de bij dat amendement voorgestelde formulering van art. 1 het bij de tweede nota van wijziging voorgestelde lid 2 kan vervallen, is juist. Zoals in de nota n.a.v. het (eind)verslag, onder 7 bij art. 1 (blz. 6) is opgemerkt, strekte lid 2 ertoe dat bedingen die geregeld door een gevolgmachtigde worden gehanteerd, ook als algemene voorwaarden gelden, indien de gevolgmachtigde de bedingen in een bepaald geval hanteert voor een volmachtgever die deze bedingen zelf (nog) niet geregeld heeft gebruikt. Deze bepaling was nodig omdat lid 1 – voor zover hier relevant – onder algemene voorwaarden verstond bedingen die de *gebruiker* meermalen in overeenkomsten heeft gebruikt; omdat in geval van volmacht de volmachtgever als gebruiker geldt, zou in het voormelde geval bij gebreke van lid 2 niet van algemene voorwaarden sprake zijn geweest. Thans verstaat art. 1 onder algemene voorwaarden «bedingen die *zijn opgesteld* ten einde in een aantal overeenkomsten te worden opgenomen». Daarmee is duidelijk dat in het genoemde geval ook de volmachtgever als gebruiker van algemene voorwaarden moet worden aangemerkt, nu de bedingen met het voormelde doel zijn opgesteld door de gevolgmachtigde (bijv. een makelaar of assurantietussenpersoon) of diens brancheorganisatie. De kwestie is alleen van belang voor de artt. 2–4a. Immers, uit het stelsel van de artt. 6 e.v. – m.n. de daar geregelde mogelijkheid om een verbod te verkrijgen – vloeit met voldoende duidelijkheid voort dat een vordering uit art. 6 alleen kan worden ingesteld tegen een persoon die algemene voorwaarden regelmatig gebruikt of zal gebruiken dan wel het gebruik bevordert, als hoedanig in het voormelde geval niet de volmachtgever geldt, doch wel de gevolgmachtigde of diens organisatie; evenzo de nota n.a.v. het (eind)verslag, t.a.p. Ook met het oog hierop behoefde dus het oorspronkelijke lid 2 niet behouden te blijven.

#### 3.2. *Artikel 6.5.2A.2c: het getalscriterium*

Wettelijke regelingen waarin, voor de bepaling van het aantal werknemers, op zijn minst moeder- en dochtermaatschappijen als één geheel worden beschouwd, kunnen worden gevonden in de artt. 153/263 lid 2 onder c, 396 lid 2 en 397 lid 2 van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek.

#### 3.3. *De lijsten van artt. 3 en 4*

a. Wij geven de commissie gaarne toe dat het wenselijk is de werking van de artt. 3-4a in de praktijk te evalueren nadat enige jaren ervaring met de in werking getreden wet zal zijn opgedaan. Inderdaad zal dan niet



alleen de vraag aan de orde komen of aanvullingen nodig zijn, maar ook de vraag of verschuivingen van art. 3 naar art. 4 of omgekeerd dienen plaats te vinden alsmede of er geen bepalingen kunnen worden geschrapt. Het wil ons voorkomen dat een dergelijke evaluatie, die eventueel tot wijziging van de wet zou leiden, los staat van de wenselijkheid om art. 5 te handhaven, welk artikel de regering in staat stelt de ontwikkeling op het gebied van (onereuze) algemene voorwaarden sneller dan aan de formele wetgever mogelijk zou zijn te volgen en – zij alleen langs de weg van wijziging van de onderdelen van art. 4 – enigszins te reguleren.

b. De opvatting dat art. 3 onder n zou verhinderen dat geschillen aan het bindend advies van een geschillencommissie kunnen worden onderworpen – hetgeen het overleg over tweezijdig vastgestelde algemene voorwaarden, met name van de zijde van de consumentenorganisaties, zou bemoeilijken – is onjuist. De thans met ondersteuning van de consumentenorganisaties functionerende geschillencommissies zijn gebaseerd op hetzelfde uitgangspunt als art. 3 onder n; men zie de memorie van toelichting, bij art. 3 onder o (blz. 45). Opmerking verdient dat Prof. Slagter zijn kritische opmerking over art. 3 onder n (toen: onder o) maakte, toen die bepaling nog mede betrekking had op arbitrage; blijkens mededeling van prof. Slagter tijdens een bijeenkomst van Euroforum van 22 mei 1986, die eveneens gewijd was aan het onderhavige wetsontwerp, richt zijn bezwaar zich niet tegen de huidige formulering van het artikel. Wij citeren uit de syllabus blz. 7–8 de volgende passage: «Terecht uiten de consumentenorganisaties de wens in tweezijdige algemene voorwaarden ook een beding op te nemen, waarbij geschillen worden onderworpen aan het bindend advies van een geschillencommissie, die dan vaak komen te ressorteren onder de Stichting Consumentenklachten. In dit verband is ook voor de consumenten toe te juichen de nieuwe redactie van art. 3 sub n».

c. De interpretatie door de commissie van art. 3 onder j en art. 4 onder k en l is juist. Inderdaad kunnen de daar bedoelde overeenkomsten een langere duur dan één jaar hebben, mits de wederpartij maar de bevoegdheid heeft om telkens na een jaar op te zeggen; voorts blijft een verlenging van de overeenkomst zonder dat een van beide partijen iets hoeft te ondernemen, toegestaan, mits die verlenging niet langer dan een jaar duurt.

Vervolgens vroeg de commissie of een optietermijn begrepen is onder de opzegtermijn van art. 4 onder k. Deze vraag is ons niet zonder meer duidelijk. Indien bedoeld is dat de wederpartij om het jaar de bevoegdheid heeft om de overeenkomst (niet op te zeggen doch) met een jaar te verlengen, is het antwoord dat art. 4 onder k zich daartegen niet verzet, mits de overeenkomst maar eindigt, of door een verklaring van de wederpartij kan eindigen, indien de wederpartij van de optie geen gebruik maakt.

d. De commissie vroeg hoe een gebruiker van algemene voorwaarden kan bereiken dat daadwerkelijk op hun deugdelijkheid bekeken en aanvaarde produkten van de werking van art. 3 onder k zijn uitgesloten. De gebruiker kan dit niet bereiken via zijn algemene voorwaarden, waaronder mede zijn te verstaan gestandaardiseerde verklaringen die ten tijde van de contractsluiting worden getekend. In de memorie van toelichting (blz. 42) wordt hierover opgemerkt dat dergelijke verklaringen doorgaans als krachteloos kunnen worden geschouwd, hetzij omdat de wederpartij ze niet heeft gelezen, hetzij omdat zij eventuele gebreken in de prestatie nog niet heeft kunnen ontdekken. Overigens moet volgens de gewone regel van bewijslastverdeling de schuldeiser de tekortkoming bewijzen; het ligt voor de hand dat hij daarin moeilijker zal slagen naarmate het gebrek ten tijde van de contractsluiting makkelijker te ontdekken was. Hoe dit zij, in het door de commissie bedoelde geval zal de gebruiker (bijv. verkoper) het feit dat de koper het produkt *werkelijk* op zijn deugdelijkheid heeft bekeken en heeft aanvaard, kunnen bewijzen met behulp van getuigen, of van vermoedens die zijn gebaseerd op hetgeen

zich bij of na de contractsluiting in werkelijkheid heeft voorgedaan. Indien bijv. de verkoper van een geluidsinstallatie deze zelf bij de koper thuis heeft geïnstalleerd, is het zeer waarschijnlijk dat de koper bij die gelegenheid het uiterlijk van het apparaat en het voortgebrachte geluid heeft gecontroleerd en had hij dat in elk geval behoren te doen (tenzij hij toen zelf niet thuis was). Anders is de situatie indien hij het apparaat bij wijze van genuskooop in de winkel heeft aangeschaft en vervolgens een uit het magazijn afkomstig degelijk verpakt exemplaar mee naar huis heeft genomen; hier moet dan eventueel – afhankelijk van het later gepretereerde gebrek – weer worden onderscheiden of hij in de winkel een exemplaar van dezelfde soort heeft aangehoord of niet. Het komt derhalve aan op de omstandigheden van elk concreet geval; juist daarom zijn gestandaardiseerde deugdelijkheidsverklaringen niet overtuigend en dienen zij te worden bestreden.

e. Wij onderschrijven gaarne de indruk van de commissie dat het door haar gereleveerde beding vergaand in het nadeel is van de cliënt van de bank. Toetsing aan art. 2a is hier de aangewezen weg, nu immers de door de commissie geciteerde passage niet uitsluit dat een beding als het onderhavige dat niet onder art. 3 valt, wel door art. 2a getroffen wordt. Bij deze toetsing moet blijken of het beding geheel of gedeeltelijk onredelijk bezwarend en dus vernietigbaar is. Men zie omtrent deze materie ook W. Snijders, *Bundel Ronse* (1986).

f. De door de commissie gereleveerde voorbeelden van bedingen, bedoeld in art. 4 onder b, betreffen wezenlijke beperkingen van de inhoud van de verplichtingen van de gebruiker. Die voorbeelden onderstrepen dat het begrip kernbeding beperkt moet worden opgevat, nu immers bedingen als bedoeld in de artt. 3 en 4 geen kernbedingen zijn. Men zie verder het onder 1.10 opgemerkte.

g. Bedingen die de gebruiker de bevoegdheid verlenen de algemene voorwaarden eenzijdig te wijzigen, zijn in beginsel geldig, doch kunnen uiteraard aan art. 2a onder a worden getoetst. Bovendien zal evenals in het huidige recht gelden dat een aan een contractant toekomende bevoegdheid om eenzijdig de inhoud van de overeenkomst vast te stellen (daaronder begrepen te wijzigen), in overeenstemming met redelijkheid en billijkheid moet worden uitgeoefend. Bij de beoordeling hiervan zal mede van belang zijn of de wijziging ter kennis is gebracht van de wederpartij, alsmede bijvoorbeeld op welke wijze en wanneer dit is geschied.

#### 3.4. *Artikel 6.5.2A.5*

Welke de in artikel 5 bedoelde representatieve organisaties zijn, zal worden bepaald door de Minister van Justitie en afhankelijk zijn van de materie waarop de voorgenomen algemene maatregel van bestuur betrekking heeft; zulks met dien verstande dat gezien de toepasselijkheid van artikel 4 op transacties met consumenten, dat algemene consumentenorganisaties steeds zullen worden gehoord. Zou een verzoek van een organisatie om te worden gehoord door de Minister van Justitie worden afgewezen (naar onze mening een moeilijk denkbaar geval), dan staat daartegen beroep open ingevolge de Wet-Arob. Een meer uitgewerkte regeling als vervat in artikel 1 van het voorstel van wet commissies standaardregelingen (18966) is hier niet nodig geoordeeld.

#### 3.5. *Artt. 6.5.2A. 6-9: de collectieve vordering*

a. Verwezen zij naar het onder 3.1 opgemerkte. Het vervallen van art. 1 lid 2 heeft, zoals daar uiteengezet, op het onderhavige punt geen wijziging gebracht.

b. Met de opmerking van de commissie wordt gaarne ingestemd.

c. Wij achten het niet nodig om de kwaliteit van rechtspersonen als bedoeld in art. 6 lid 3 aan voorwaarden te binden. Het zou trouwens zeer

moelijk zijn deugdelijke criteria te ontwerpen ter zake van door de commissie genoemde aspecten als representativiteit en het ontwikkelen van materiële activiteiten. Wel zullen wellicht criteria moeten worden ontwikkeld voor subsidiëring, maar daarbij kan de problematiek – anders dan bij in de wet neer te leggen criteria – zo nodig van geval tot geval in het licht van de dan bestaande praktijk en van de financiële mogelijkheden worden bezien.

d. Van de opmerking, dat de commissie bijzonder hechtte aan de toezegging dat ruim vóór de inwerkingtreding van afd. 6.5.2A de subsidiëring van de consumentenorganisaties geregeld zal zijn, wordt goede nota genomen.

e. De commissie merkte op dat het feit dat wijziging van een uitspraak als bedoeld in art. 6 op grond van gewijzigde omstandigheden slechts kan plaatsvinden in een procedure tegen de rechtspersoon op wiens vordering die uitspraak was gedaan, zeer bezwaarlijk kan zijn voor een gebruiker die in een procedure is gewikkeld met bijvoorbeeld een consument. Anderzijds erkent de commissie dat een andere oplossing het nadeel heeft dat de concentratie van dit soort beslissingen bij het Hof in Den Haag verloren gaat; daarom kon de commissie geen sluitende oplossing aanbieden. Inderdaad komt om de door de commissie genoemde reden een oplossing, waarbij de beslissing omtrent de gegrondheid van het door de gebruiker gedane beroep op gewijzigde omstandigheden aan een andere rechter dan het Hof toekomt, niet in aanmerking. Hieruit vloeit voort dat de gebruiker een door een uitspraak als bedoeld in art. 6 – eventueel versterkt door een verbod krachtens art. 7 – getroffen beding in beginsel niet meer mag gebruiken totdat hij een uitspraak als bedoeld in art. 8 heeft uitgelokt; indien hij het beding voordien hanteert handelt hij geheel op eigen risico. Deze situatie verschilt overigens in wezen niet van die, waarin een partij die bij in kracht van gewijsde gegane uitspraak is veroordeeld om zich van een bepaalde gedraging te onthouden, in het algemeen verkeert: een zodanige partij dient zich aan de uitspraak te houden, en kan zich hoogstens in een executiegeschil in kort geding binnen bepaalde grenzen op gewijzigde omstandigheden beroepen. Nu is weliswaar in het onderhavige wetsontwerp een beroep op de rechter in kort geding afgesneden; men zie art. 6.5.2A.7 lid 1 j° art. 6.5.2A.8 lid 3, en de memorie van toelichting bij eerstvermeld artikel (onder 2). Maar dit laat onverlet dat de gebruiker in de geschetste situatie een voorlopige voorziening kan vragen, en wel aan het Hof te Den Haag, waarvoor slechts de voorwaarde geldt dat hij de in art. 8 bedoelde vordering heeft ingesteld; men zie art. 51 Rv. Naar de moderne schrijvers leren (men zie de schrijvers genoemd in Losbladige Rechtsvordering, ad art. 51, noot 3 bij aant. 2, alsmede Hugenholtz-Heemskerk nr. 82 en A-G Ten Kate in zijn conclusie voor HR 28 sept. 1984, NJ 1985, 83 m.o. W.H.H.), kan de eiser in dit incident bij wege van voorlopige voorziening ook geheel of gedeeltelijk hetzelfde vorderen als in de zaak ten principale. Het komt ons voor dat art. 51 Rv. een afdoende mogelijkheid aan de gebruiker biedt om zich, zo daartoe grond bestaat, op korte termijn uit een knelsituatie te bevrijden.

f. Met art. 6 lid 4 is bedoeld dat de eisende organisatie ontvankelijk is indien in het op haar schriftelijke kennisgeving volgende overleg na zes maanden geen overeenstemming is bereikt. De commissie achtte die termijn kort, maar het alternatief voor het stellen van een vaste termijn is ofwel dat de gebruiker (of diens organisatie) de eisende organisatie eindeloos aan het lijntje kan houden, ofwel dat de beslissing of «het overleg reëel is en voortduurt» aan de bijzondere rechter is, hetgeen tot veel onzekerheid en tot allerlei onverhoedse onderhandelingsmanoeuvres nog tijdens de procedure kan leiden. In dit verband zij er ook aan herinnerd dat het in de onderhavige procedure niet mogelijk is een voorziening in kort geding te vragen (zie memorie van toelichting, opm. 2 bij art. 7). Er moet dus na een redelijke en vaste termijn een procedure geopend

kunnen worden. De termijn van zes maanden lijkt ons hiertoe ook bij nadere overweging aanvaardbaar. De door de commissie gesignaleerde moeizaamheid van onderhandelingen in CCA-verband, moet naar onze mening juist mede verklaard worden uit het ontbreken van een drukmiddel voor partijen om tot resultaten te geraken. Art. 6 beoogt zo'n drukmiddel te zijn.

g. Uit het voorgaande volgt dat de vraag of de bijzondere rechter een taak heeft bij het beoordelen of reëel overleg is gevoerd, ontkennend moet worden beantwoord voor zover het de periode na afloop van de termijn van zes maanden betreft. Maar ook voor een toetsing van het tijdens die termijn gevoerde overleg, met consequenties voor de ontvankelijkheid van de eiseres, zien wij geen goede reden. Dit spreekt vanzelf indien dit overleg wordt gefrustreerd door de gebruiker of diens organisatie. Dat anderzijds de eisende organisatie niet het haar mogelijke overleg zal willen voeren om de procedure van art. 6 te vermijden, lijkt ons een weinig reële casuspositie. Slaagt het overleg niet, dan is het niet de taak van de bijzondere rechter om de gang van zaken tijdens dat overleg te beoordelen, maar om over het al dan niet onredelijk bezwarende karakter van het aangevallen beding te beslissen.

h. De veronderstelling van de commissie dat de instemming van art. 6 lid 5 behalve op algemene voorwaarden als geheel, ook betrekking kan hebben op afzonderlijke bedingen daaruit, is juist.

#### **Artikel IV**

De vereniging (of haar verschenen leden) die in de proceskosten is veroordeeld, zal slechts regres hebben op de niet verschenen leden indien dat uit de onderlinge verhouding voortvloeit. Zo kan een regresverplichting voor de leden voortvloeien uit de statuten (vgl. art. 34a Boek 2 volgens de invoeringswet, zesde gedeelte), terwijl ook mogelijk is dat de vereniging en haar leden met het oog op de te voeren procedure een overeenkomst hebben gesloten.

De Minister van Justitie,  
F. Korthals Altes

De Staatssecretaris van Economische Zaken,  
A. J. Evenhuis