

Vergaderjaar 1986–1987 Nr. 76a

16 983

Invoeringswet boeken 3, 5 en 6 van het nieuwe burgerlijk wetboek (tweede gedeelte) (algemene voorwaarden)

VERSLAG VAN EEN MONDELING OVERLEG, TEVENS EINDVERSLAG VAN DE BIJZONDERE COMMISSIE VOOR DE HERZIENING VAN HET BURGERLIJK WETBOEK¹

Vastgesteld 9 juni 1987

De Bijzondere Commissie voor de herziening van het Burgerlijk Wetboek heeft in de memorie van antwoord aanleiding gezien tot een mondeling overleg met de Minister van Justitie. De minister heeft zich hiertoe gaarne bereid verklaard. Het overleg is gehouden op 1 mei 1987. De Minister werd bijgestaan door mr. A. S. Hartkamp, wnd. Advocaat-Generaal bij de Hoge Raad. Van de zijde van de commissie waren aanwezig mevrouw mr. J. H. B. van der Meer (P.v.d.A.), mr. De Gaay Fortman (P.P.R.), mr. Heijne Makkreel (V.V.D.), mr. Holdijk (S.G.P.) en mr. drs. Wagemakers (C.D.A.).

De commissie brengt omtrent dit mondeling overleg als volgt verslag uit. Aangehouden wordt de nummering van het voorlopig verslag en de memorie van antwoord.

1.5. «Uitonderhandelen» en compenserend voordeel

a. De commissie vraagt naar de gevolgen van het standpunt van de minister voor bij voorbeeld winkeliers, die produkten verkopen aan consumenten tegen aanzienlijk lagere prijzen dan elders, maar daarbij voorwaarden hanteren die op de zwarte of grijze lijst staan. De commissie oordeelt een dergelijke handelwijze niet altijd onrechtvaardig. Handige «doe het zelve» zullen wellicht gedupeerd worden wanneer de hier bedoelde winkeliers hun prijzen zullen moeten verhogen, dan wel zelfs zich gedwongen zullen voelen hun zaken te sluiten, omdat bepaalde voorwaarden aan vernietiging bloot staan.

De minister antwoordt dat desondanks deze winkeliers aan artikel 3 gebonden zullen zijn. Goedkopere prijzen kunnen wel gevolgen hebben voor bij voorbeeld serviceverlening, maar de consument moet de waar krijgen waarop hij recht heeft. Wanneer een produkt binnen korte tijd niet meer functioneert, heeft hij niet gekregen waarvoor hij betaald heeft. Gaat het daarentegen om toetsing van voorwaarden aan artikel 2a en 4, dan kan de hoogte van de prijs een rol spelen bij het oordeel over het al dan niet onredelijk bezwarend zijn van de voorwaarden. De minister voegt hier aan toe dat de uitgewerkte regeling van de algemene voorwaarden in afdeling 6.5.2A – de lijsten van artikel 3 en 4 inbegrepen – meer zekerheid

¹ Samenstelling: leden: mw. Leyten-de Wijkerslooth de Weerdesteyn (C.D.A.), mw. J. H. B. van der Meer (P.v.d.A.), Heijne Makkreel (V.V.D.), (Voorzitter), Glastra van Loon (D66), mw. Van Leeuwen (P.S.P.), IJmker (C.P.N.), De Gaay Fortman (P.P.R.), Holdijk (S.G.P.), Schuurman (R.P.F.), Van der Jagt (G.P.V.).

biedt dan de globale regeling van het huidige recht. Met name de consument weet welk minimum aan rechten hem wordt gegarandeerd, ook wanneer hij tegen sterk verlaagde prijzen koopt. De winkelier weet daardoor eveneens waar hij zich aan te houden heeft.

Desgevraagd deelt de minister mede dat hij in overeenstemming met het advies van de Commissie van Wijzen afdeling (6.5.2A niet wil loskoppelen van de invoering van de (overige delen van de) boeken 3, 5 en 6.

b. Bij de commissie rijst vervolgens de vraag of wanneer bedingen uitonderhandeld zijn of wanneer compenserend voordeel is verkregen, dit kan leiden tot een (herhaalde) omkering van bewijslast als bedoeld in artikel 4. De minister antwoordt bevestigend. Bij de toepassing van de artikelen 2a en 4 wordt rekening gehouden met alle omstandigheden van het geval. Dit geldt ook voor de bewijslastverdeling. Hij verwijst naar artikel 177 ontwerp bewijsrecht: van de wettelijke bewijslastregels kan immers op gronden ontleend aan de redelijkheid en de billijkheid worden afgeweken.

c. Een volgende vraag van de commissie is of de gevolgen van een vernietiging door partijen zelf geregeld kunnen worden met betrekking tot bedingen waarover onderhandeld is of waartegenover compenserend voordeel is verkregen, bij voorbeeld in deze zin dat de overeenkomst ontbonden is, de prijs wordt bijgesteld of partijen opnieuw moeten onderhandelen. De vraag is eerder al gesteld in verband met de vraag of partijen zelf bedingen tot kernbedingen kunnen bestempelen (voorlopig verslag blz. 7). Het antwoord daarop luidde ontkennend omdat het in artikel 12 vastgelegde dwingendrechtelijk karakter van de regeling daardoor omzeild zou worden. (m.v.a. blz. 13).

Of factoren als onderhandelingen en compenserend voordeel in dit verband een rol kunnen spelen, hangt volgens de minister uitsluitend af van de vraag aan welke bepaling moet worden getoetst of een beding onredelijk bezwarend is (zie hiervóór onder a).

De commissie vindt dit antwoord niet bevredigend. Opgemerkt wordt dat het niet onder alle omstandigheden onredelijk is dat partijen zelf op voorhand de gevolgen regelen van een vernietiging van bedingen waarover zij onderhandeld hebben of waarover de ene partij jegens de andere partij compenserend voordeel heeft verkregen. De heer Hartkamp onderscheidt daarop twee kwesties. De eerste is deze: indien een beding in algemene voorwaarden ter toetsing aan de rechter wordt voorgelegd, waarover partijen hebben onderhandeld of compenserend voordeel is toegezegd, kan de rechter daar dan rekening mee houden bij zijn beslissing of het beding moet worden vernietigd? Het antwoord luidt, als eerder gezegd, dat dit bij alle bedingen kan, behalve bij de bedingen van artikel 3.

Vervolgens rijst de tweede kwestie: gesteld dat het beding wordt vernietigd en partijen zijn – in de algemene voorwaarden of anderszins – overeengekomen dat in zo'n geval bij voorbeeld de overeenkomst wordt ontbonden of de prijs wordt verhoogd, wat dan? Is zo'n beding, zo'n afspraak geldig?

Afdeling 6.5.2A regelt deze kwestie niet expliciet. Van belang is het artikel 2a: is het beding onredelijk? en artikel 12: men mag van afdeling 6.5.2A niet afwijken. Indien partijen beogen met de regeling van de gevolgen van de vernietiging de strekking van het wetsontwerp te verijdelen, dan is dat ingevolge artikel 12 verboden. Of daarvan sprake is, hangt echter van de omstandigheden af. Er zijn, aldus de heer Hartkamp, omstandigheden denkbaar dat partijen wél de gevolgen van een vernietiging zelf kunnen regelen. Het oordeel daaromtrent is aan de rechter over gelaten.

1.10 Kernbedingen, schriftelijke bedingen en bestemmingscriterium.

De commissie vreest een groot aantal procedures over de vraag wat onder kernbeding is te verstaan. Met het oog daarop lijkt een nauwkeuriger maatstaf dan thans gegeven is, gewenst. Voor de commissie is bij voorbeeld nog steeds onduidelijk de verhouding van kernbeding en essentiële van een overeenkomst. Bovendien zal ten aanzien van vele bedingen gelden dat het voor partij(en) van «zo wezenlijke betekenis is dat de overeenkomst zonder dat beding niet zou zijn tot stand gekomen». Een dergelijke stellingname hoeft niet ingegeven te zijn door de wens tot chicanes of door het uitbuiten van een machtspositie.

De minister vindt het moeilijk om na alles wat in de parlementaire stukken reeds is vermeld, nog iets nieuws te zeggen over het begrip kernbeding. Een term die voor elk denkbeeldig contract elke denkbeeldige twijfel uitsluit, is niet te vinden. Aan elke «open norm» is enige onzekerheid eigen. Heel in het kort gezegd: hij zou iets in de trant van de traditionele term «essentialia» (essentiële verplichtingen) gekozen hebben, indien daardoor de koopprijs (aanneemsom, tegenprestatie bij opdracht etc.) mede zou zijn omvat, doch dit is door bepalingen als de artikelen 7.1.1.2, 7.7.1^e lid 2 en 7.12.3 niet het geval. Dus: onder kernbeding vallen in beginsel slechts 1 bepalingen zonder welke de overeenkomst bij gebreke van voldoende bepaaldheid nietig zou zijn, en 2 gestandariseerde bepalingen omtrent de hoogte van de tegenprestatie. Maar ook dit laat zich niet zomaar in de wet uitschrijven, omdat de minister denkt dat niet alle polisbepalingen die te zamen de omvang van de dekking regelen onder 1 vallen, terwijl zij wel als kernbedingen onttrokken moeten zijn aan toetsing krachtens dit wetsontwerp (zie memorie van antwoord II, blz. 6). Zijns inziens moet er met behulp van de in de wetsgeschiedenis gegeven toelichting en voorbeelden uit te komen zijn.

Van de zijde van de commissie wordt vervolgens opgemerkt dat de memorie van antwoord (blz. 13) stelt dat de omstandigheid dat over bepaalde bedingen is onderhandeld of dat compenserend voordeel is verkregen, niet betekent dat deze bedingen daardoor tot kernbedingen worden. De vraag rijst of deze omstandigheid wel *meegewogen* mag worden door de rechter bij zijn oordeel of sprake is van een kernbeding. Bij voorbeeld in het geval van iemand die zegt: zonder dat beding had ik de overeenkomst nooit gesloten.

De minister sluit niet uit dat bij voorbeeld bij het verdelen van de bewijslast, de rechter met deze omstandigheid rekening houdt. Zeker als iemand zo'n overeenkomst vaker sluit of een dergelijke overeenkomst *usance* is in een bepaalde branche, zal het bewijs niet moeilijk te leveren zijn. In ieder geval zijn subjectieve inzichten van een partij *niet* doorslaggevend.

1.6. Abstracte toetsing van artikel 6

Van de zijde van de commissie wordt dit punt als volgt toegelicht: bij de abstracte toetsing van artikel 6 is niet aan de orde een situatie waarin een rechter moet toetsen of een beding in gegeven omstandigheden onredelijk is. Dat zou een concrete toetsing – van artikel 2a bij voorbeeld – zijn. Het andere uiterste is, dat een beding door de rechter onder alle omstandigheden als onredelijk bezwarend wordt aangemerkt.

Onder alle omstandigheden, los als het ware van welke feiten ook. Dat zou een echte abstracte toetsing zijn. Maar een beding dat onder alle omstandigheden als onredelijk bezwarend moet worden aangemerkt, zal zich niet gauw voordoen. Het zal in de praktijk wat betreft de mate van abstracte toetsing over het algemeen gaan om een gradatie binnen voormelde uitersten. Dat is ook in parlementaire stukken reeds opgemerkt. De rechter zal zich moeten richten op de overgrote meerderheid van de gevallen en op de specifieke aard van de overeenkomst. De consequentie

hiervan is dat het Hof 's-Gravenhage dan per definitie een geclausuleerde uitspraak moet doen. De vraag van de commissie is hoe zo'n procedure verloopt. Blijkens de memorie van toelichting, blz. 57 moet het proces op bepaalde gevallen worden toegespitst. Bij voorbeeld zal de vordering beperkt worden tot het gebruik van een beding in een bepaalde soort overeenkomst, c.q. een overeenkomst met een bepaald soort object en tot overeenkomsten met een bepaald soort wederpartijen. Op basis hiervan moet het Hof beslissen. Betekent dit dat partijen zélf de omstandigheden moeten aanvoeren, die relevant zijn voor de geclausuleerde uitspraak van het Hof of moet het Hof deze omstandigheden zélf bedenken? Dit laatste komt de commissie onwenselijk voor.

De minister is blij met deze nadere toelichting, omdat zij precies beschrijft wat de bedoeling is. Het is zijns inziens zo dat de rechter zich bij zijn oordeel krachtens artikel 6 – wanneer het gaat om onredelijk bezwarend-verklaring, of bij artikel 7 als het gaat om een verbod – zal richten op de grote meerderheid van de gevallen, maar daarbij ook zal kijken voor welke soort overeenkomsten de algemene voorwaarden bestemd zijn en welke groep van personen daarbij als partij optreedt. Op basis daarvan komt hij tot een verbod. Als dat zo is, dan geldt het verbod dus voor elk gebruik van die voorwaarden binnen de door de uitspraak getrokken grenzen. En die grenzen zullen uiteraard worden afgebakend in de procedure, enerzijds door de stellingen van partijen en uiteindelijk in de uitspraak door de grenzen die de rechter trekt. Het Hof kan alleen toewijzen wat geëist is. Indien een algemeen verbod wordt geëist bij voorbeeld ten aanzien van een bepaald beding in de koopvoorwaarden van een warenhuis, dan kan het Hof niet eigener beweging zeggen dat het beding wél onredelijk bezwarend is in koopovereenkomsten betreffende huishoudelijke artikelen, maar niet in koopovereenkomsten betreffende speelgoed. De interpretatie die de commissie geeft aan de memorie van toelichting, blz. 57/8 is volgens de minister heel juist.

1.8. *Consumenten- en handelstransacties*

De commissie verzoekt de minister om een toelichting op de passage omtrent de reflexwerking (sub e, blz. 11, memorie van antwoord).

De minister antwoordt als volgt. De vraag van de commissie in het voorlopig verslag was of de reflexwerking van de artikelen 3 en 4 voor grote ondernemingen – uitgesloten in artikel 2c – een andere is dan voor kleine ondernemingen. In de parlementaire geschiedenis is het begrip «reflexwerking» steeds gebruikt om de mogelijkheid aan te duiden dat de bepalingen van de «lijsten» (artikelen 3 en 4), hoewel alleen geschreven voor consumententransacties, toch ook hun invloed kunnen doen gelden op transacties tussen ondernemers, en wel via de open norm van artikel 2a onder a. Deze bepaling gold immers aanvankelijk voor *alle* overeenkomsten. Dit is echter veranderd door het amendement waarbij artikel 2c, lid 1, is toegevoegd: een «grote ondernemer» jegens wie algemene voorwaarden worden gebruikt kan geen beroep doen op de vernietigingsgronden van artikel 2a. Dit betekent dat deze wederpartij haar eventuele bescherming tegen onredelijke algemene voorwaarden, evenals in het huidige recht, alleen kan ontlenen aan een beroep op de beperkende werking van de goede trouw (artikelen 1374, lid 3, 6.1.1.2, lid 2 en 6.5.3.1, lid 2); zie het in de memorie van antwoord geciteerde arrest van HR 25 april 1986, NJ 1986, 714 m.o. G (Van der Meer – Smilde), nadien gepreciseerd door HR 16 januari 1987, RvdW 1987, 27 (Hooyen – De Tilburgsche Hypotheekbank).

Zie over het eerste arrest de memorie van antwoord onder 1.4, sub a (blz. 5–6), alwaar onder meer wordt opgemerkt dat het mogelijk is op basis van de beperkende werking van de goede orde (redelijkheid en billijkheid) een soortgelijk resultaat te bereiken als met behulp van artikel 2a, onder a, mogelijk is (hetgeen niet wegneemt dat het om de aldaar aangegeven redenen de voorkeur verdient de norm van artikel 2a, onder

a, in de wet neer te leggen). Uit het bovenstaande vloeit voort dat het niet uitgesloten is dat de artikelen 6.5.2A.3 en 4 ook een zekere reflexwerking uitoefenen via de artikelen 6.1.1.2, lid 2, en 6.5.3.1, lid 2, (artikel 2c, lid 1, verzet zich daartegen niet), doch dat het uiteraard niet zeker is in hoeverre de rechtspraak hiertoe zal overgaan; bij dit laatste is mede van belang dat de wetgever door opnemng van artikel 2c, lid 1, te kennen heeft gegeven dat de «grote wederpartijen» niet de speciale bescherming behoeven die dit wetsontwerp biedt.

Nader daarnaar gevraagd, antwoordt de minister dat het arrest Van der Meer – Smilde – waarin een consumententransactie aan de orde was – in de memorie van antwoord mede is vermeld vanwege de daarin gebezigde verwijzing naar de redelijkheid en billijkheid als techniek om in overeenkomsten waarop de artikelen 6.5.2A.2a e.v. niet van toepassing zijn, toch indien gewenst vergelijkbare resultaten te kunnen bereiken.

Artikel I: Artikel 6.5.1.3

De Tweede Kamer heeft er de voorkeur aan gegeven in het kader van de Invoeringswet boek 6 te bezien of artikel 6.5.1.3 gehandhaafd dient te worden voor andere clausules dan algemene voorwaarden die ongezien en onbegrepen worden aanvaard (eindverslag). De minister heeft met deze aanpak gaarne ingestemd (Nota naar aanleiding van het eindverslag). De commissie kan hieruit niet de conclusie van de minister afleiden dat artikel 6.5.1.3 niet meer gehandhaafd hoeft te worden.

De minister antwoordt dat de Tweede Kamer bij de behandeling van de Invoeringswet boek 6 niet meer op de kwestie is teruggekomen. De minister legt dit zo uit dat de Tweede Kamer achteraf – dus ondanks de opmerking in het eindverslag – heeft ingestemd met zijn zienswijze, opgenomen in de memorie van antwoord (Tweede Kamer), dat artikel 6.5.1.3 niet gehandhaafd hoeft te worden. In ieder geval acht de minister het niet op zijn weg liggen zelf op deze kwestie terug te komen.

Artikel II: artikel 6.5.2A.11

De commissie stelt aan de orde het artikel van de mrs. E. Lutjens en B. Wessels in het NJB 1987, blz. 133 en volgende waarin deze een leemte constateren in artikel 11, dat bepaalt dat afdeling 6.5.2A niet van toepassing is op (collectieve) arbeidsovereenkomsten. De schrijvers vragen zich af hoe het staat met pensioenovereenkomsten.

In navolging van de schrijvers onderscheidt de minister een drietal rechtsbetrekkingen:

a. pensioentoezegging werkgever-werknemer.

Deze maakt veelal deel uit van de arbeidsovereenkomst zodat afdeling 6.5.2A niet van toepassing is. Zo niet, dan is er veelal sprake van een individuele (dat wil zeggen niet op basis van algemene voorwaarden gesloten) overeenkomst, zodat afdeling 6.5.2A ook niet van toepassing is. De schrijvers constateren dit – zonder kritiek – in nrs. 11–12.

b. overeenkomst werkgever-verzekeraar (c.q. pensioenfonds).

Op deze overeenkomst – die de werkgever verplicht is te sluiten op grond van de Pensioen- en Spaarfondsenwet – is afdeling 6.5.2A van toepassing (uiteraard met uitzondering van de lijsten van de artikelen 3–4a). De schrijvers constateren dit – zonder kritiek – in nr. 13.

c. rechtsverhouding verzekeraar (c.q. pensioenfonds) – werknemer. Dit is *ofwel* een overeenkomst tussen beiden, in welk geval afdeling 6.5.2A (inclusief de artikelen 3–4a) van toepassing is, *ofwel* de werknemer heeft een derdenbeding aanvaard (dat was opgenomen in de overeenkomst tussen werkgever en verzekeraar c.q. pensioenfonds), in welk geval afdeling 6.5.2A (inclusief de artikelen 3–4a) van overeenkomstige toepassing is (zie artikel 6.5.1.1, lid 2). Zie nr. 14 (en nrs. 4–6). Op dit punt lijken de schrijvers in de conclusie (nr. 15) een moeilijkheid te

vrezen: het zou voor de verzekeraar c.q. het pensioenfonds problematisch kunnen zijn dat in de verhouding tot de werknemer de artikelen 3-4a wél van toepassing zijn, en in de overeenkomst met de werkgever niet. De schrijvers geven echter geen voorbeelden om deze bezorgdheid toe te lichten.

Tenslotte spreken de schrijvers een voorkeur uit om afdeling 6.5.2A (althans de open norm van artikel 2a) toch op arbeidsovereenkomsten toepasselijk te verklaren. Maar dat stuit af op alle daartegen in de nota eindverslag blz. 24-26 geopperde bezwaren, die in nr. 8 van het artikel worden weergegeven.

Naar aanleiding van dit antwoord, stelt de commissie de problematiek van drie-partijenovereenkomsten aan de orde en de complicaties die kunnen voortvloeien uit de omstandigheid dat afdeling 6.5.2A tussen twee van de drie partijen wel toepasselijk is en ten aanzien van de derde niet. Zo kan bij pensioenverzekeringen de verzekeraar jegens de uitkeringsgerechtigde in verdergaande mate gebonden zijn dan in zijn overeenkomst met de werkgever. Geantwoord wordt dat problemen zich alleen dan kunnen voordoen wanneer de werkgever een sterkere positie inneemt dan de verzekeraar en hij de verzekeraar bedingen wil opdringen, waar de verzekeraar in zijn relatie met werknemers-uitkeringsgerechtigden problemen mee zal krijgen.

Op die – op zich reeds onwaarschijnlijke – situatie is echter artikel 10 van toepassing. De formulering van artikel 10 lijkt buitengewoon gecompliceerd, omdat in dat artikel rekening is gehouden met een heel aantal verschillende mogelijkheden. Het simpelste geval is natuurlijk in de stukken genoemd, namelijk een detailhandelaar die zich tegenover zijn afnemers in de situatie bevindt dat hij met dit wetsontwerp in sterkere mate rekening moet houden dan zijn voorschakel. Het artikel is echter ook bedoeld voor kwesties als deze. In alle gevallen waarin, kort gezegd, zo'n persoon in een dwangpositie kan geraken, of het nu een verzekeraar is of een verkoper, is het artikel toepasselijk. Dus met verstandige uitleg van artikel 10 kan aan het hier aan de orde zijnde probleem tegemoet gekomen worden (gesteld al de onwaarschijnlijke situatie dat de verzekeraar niet in zijn relatie tot de werkgever de sterkste positie inneemt).

Artikel II: artikel 6.5.2A. 13, lid 4

Mrs. B. Wessels en R. Jongeneel constateren in hun boek *Algemene Voorwaarden*, 1987, nr. 239, dat buitenlandse toeristen als wederpartij van een Nederlandse gebruiker van algemene voorwaarden niet de bescherming kunnen invoeren van afdeling 6.5.2A. Zij constateren strijd met artikel 1 van de Grondwet. De commissie vraagt zich af of deze constatering niet op een misverstand berust. Volgens de minister is inderdaad van een misverstand sprake. Op een overeenkomst tussen een buitenlandse toerist en een Nederlandse gebruiker van algemene voorwaarden is krachtens algemene regels van internationaal privaatrecht het Nederlandse recht in beginsel van toepassing omdat de Nederlandse contractspartij, dus de verkoper, de verhuurder etc., de karakteristieke prestatie verricht. Dan is dus ook afdeling 6.5.2A van toepassing.

Een andere vraag met betrekking tot artikel 13, lid 4, is voor de commissie deze: gesteld dat een Nederlander in Spanje een koelkast koopt, is dan ook afdeling 6.5.2A van toepassing, ongeacht of de overeenkomst door Spaans recht wordt beheerst?

De minister antwoordt dat het de commissie wellicht zal verbazen, maar dat afdeling 6.5.2A op die overeenkomst van toepassing is. Alleen speelt het in de praktijk geen rol van betekenis, omdat processen over dergelijke aankopen, zo al gevoerd, zich niet in Nederland zullen afspelen. Voorzover het wel in de praktijk van belang is, sluit de oplossing van artikel 13, lid 4, aan bij de tendens – onder meer verankerd in het Verdrag van Rome 1980 – om de consument die contracteert in een buurland de bescherming

te geven van zijn eigen recht. De minister vreest geen misbruik van deze bepaling, daarin gelegen dat opzettelijk niet in Nederland, maar in het buitenland wordt gecontracteerd, bij voorbeeld omdat het daar goedkoper is, zij het met toepasselijkheid van algemene voorwaarden, die niet door de beugel van de artikelen 2a, 3 en 4 kunnen. De casuspositie lijkt hem nogal theoretisch.

Opgemerkt wordt nog dat wanneer de buitenlandse rechter afdeling 6.5.2A niet toepast, dat aan het verlenen van een exequatur in Nederland niet in de weg hoeft te staan.

1.9. *Positie van de overheid*

De commissie stelt de navolgende vraag aan de orde.

De overheid hanteert veelvuldig privaatrechtelijke middelen (met name overeenkomsten waarop algemene voorwaarden van toepassing zijn) ter behartiging van publiekrechtelijke doeleinden. De reden is vaak dat de overheid op deze wijze een ruimere vrijheid van handelen heeft.

Ter bescherming van de burger is de Afdeling Rechtspraak er in het verleden soms toe overgegaan overeenkomsten mede als een beschikking aan te merken, waarvan AROB-beroep openstaat. Het arrest Van der Meer – Smilde, waarin is geanticipeerd op afdeling 6.5.2A, houdt belangrijke beperkingen in ten aanzien van de inhoud van een overeenkomst met een burger, waarop algemene voorwaarden van toepassing zijn. De commissie signaleert dat deze beperkingen wellicht zodanig kunnen zijn dat het voor de overheid weer aantrekkelijk kan worden terug te grijpen op de vorm van beschikkingen. Kan/dient afdeling 6.5.2A ook (bij wege van reflexwerking) door de administratieve rechter (te) worden toegepast?

De minister antwoordt dat afdeling 6.5.2A zonder meer ook van toepassing is op overeenkomsten waarbij de overheid als gebruiker van algemene voorwaarden optreedt.

In dezelfde lijn heeft de HR in het arrest Van der Meer/Smilde overwogen dat «de gebruiker van algemene voorwaarden – en zeker een gemeente die ook bij het gebruik van algemene voorwaarden in overeenkomsten naar het privaatrecht in het bijzonder rekening heeft te houden met de belangen van de burgers – handelt in strijd met de goede trouw wanneer hij zich op een dergelijk beding beroept». Het is nog maar de vraag of het feit dat ook de overheid fatsoenlijke algemene voorwaarden moet hanteren, zal leiden tot een vlucht in de beschikking, waarvoor uiteraard nodig is dat er een publiekrechtelijke regeling is die het desbetreffende terrein bestrijkt. Overigens: als dit laatste het geval is, kan het gebruik van de beschikking allerm minst worden betreurd. Er plegen immers juist allerlei bezwaren te worden aangevoerd tegen de zogenaamde twee wegen-leer, inhoudende dat het aan het bestuur ook dan vrijstaat om van het privaatrecht gebruik te maken indien het publiekrecht een voldoende instrumentarium biedt om het gewenste beleid uit te voeren. Deze bezwaren vinden hun grond bij voorbeeld in het feit dat de hantering van privaatrechtelijke rechtsfiguren de burger berooft van de publiekrechtelijke rechtsbescherming (bij voorbeeld de wet AROB), of leidt tot doorkruising van een in het publiekrecht geregelde bevoegdheidsverdeling tussen overheden, dan wel de overheid in staat stelt bij voorbeeld een tegenprestatie te bedingen waar zij anders geen recht op zou hebben. De administratieve rechter die over de rechtmatigheid van een beschikking moet oordelen zal uiteraard aan de wettelijke beroepsgronden gebonden zijn (bij voorbeeld artikel 8 AROB). Het lijkt de minister echter niet uitgesloten dat, indien bij voorbeeld een beding als bedoeld in artikel 6.5.2A.3 als voorwaarde aan een beschikking (bij voorbeeld de verlening van een subsidie voor de aankoop van een gebouw) wordt verbonden, de privaatrechtelijke afkeuring daarvan het publiekrechtelijke oordeel (met name in het kader van de willekeurtoetsing) kan beïnvloeden.

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

Afsluitend en mede op basis van de memorie van antwoord en het in het mondeling overleg besprokene, bepalen de vertegenwoordigers van de verschillende fracties hun standpunt ten aanzien van afdeling 6.5.2A.

De heer Wagemakers (C.D.A.) refereert aan de aarzeling in zijn fractie, vermeld in het voorlopig verslag. De aarzeling was vooral ingegeven door de twijfel of het onderhavige wetsontwerp wel nodig was in plaats van te volstaan met algemene leerstukken. De memorie van antwoord is een goed stuk dat hem en zijn fractie ervan overtuigd heeft dat het tegengaan van misbruik van algemene voorwaarden het beste kan geschieden met een uitgewerkte regeling als afdeling 6.5.2A. De praktijk leert dat met behulp van de algemene leerstukken realiter toch minder bereikt wordt (waarbij hij in het midden laat of het ook anders zou kunnen).

De volgende afweging is of de uitwerking in afdeling 6.5.2A zodanig is dat het wetsvoorstel in zijn geheel acceptabel wordt. Op onderdelen heeft zijn fractie kritiek, maar het gaat om een oordeel per saldo en bij dat oordeel weegt mee dat degene die kritiek heeft op de wijze waarop het nu gebeurd is, ook zelf een gedachte moet vormen over hoe het wel en anders zou moeten. Zeker als men de inhoud van dit voorstel afzet tegen wat dan misschien het alternatief zou moeten zijn, dan springt dat alternatief zijn fractie niet onmiddellijk voor ogen. De wijze die gekozen is, getoetst aan wat misschien mogelijke alternatieven zouden zijn, maakt voor zijn fractie de uitwerking aanvaardbaar. Per saldo staat zijn fractie derhalve positief tegen het wetsvoorstel algemene voorwaarden.

Mevrouw Van der Meer (P.v.d.A.) stelt dat haar fractie van het begin af aan niet zo veel moeite gehad heeft met het wetsvoorstel. Eerder het tegendeel. Het wetsvoorstel zorgt voor een belangrijk deel voor bescherming van de burger bij het voorkomen van onereuze bedingen in de algemene voorwaarden. Kortom: haar fractie staat positief tegenover het wetsvoorstel.

De heer Holdijk (S.G.P.) stelt dat zijn fractie in een rijdende trein is gestapt en geen behoefte heeft om voor het eindstation bereikt is, uit te stappen. Hij heeft zich wel, toen hij de voorafgaande dagen de zaak op zich in liet werken, de vraag gesteld of ondanks de duidelijke rechtsbescherming voor de burger die het wetsvoorstel biedt, de kenbaarheid en de hanteerbaarheid van afdeling 6.5.2A voor diezelfde burger geen grote problemen zal oproepen.

De heer De Gaay Fortman (P.P.R.) stelt dat zijn fractie zich goed kan vinden in de afweging door de heer Wagemakers, zoëven gemaakt. Enerzijds is er een heel duidelijk publiek belang bij deze regeling, de rechtsbescherming van de consument; anderzijds gaat het recht wel erg ver in het construeren en fingeren in deze regeling. Maar hij is er van overtuigd, dat het onontkoombaar is.

De heer Heijne Makkreei (V.V.D.) stelt dat hij zijn functie zeker zal adviseren om dit wetsvoorstel positief te beoordelen. Ook zijn fractie had aanvankelijk aarzelingen en die berustten destijds in hoge mate op de mening dat – althans naar het toenmalig inzicht – de regelingen die deze voorgestelde afdeling trof, verder gingen dan noodzakelijk was voor het bereiken van het doel. In de loop van deze discussie en ook al in de memorie van antwoord heeft hij echter de overtuiging opgedaan, dat de scherpste kantjes daarvan weer zijn afgeslepen. Om die reden verwacht hij dat zijn fractie met het wetsvoorstel kan instemmen.

De Minister onderstreepte nog eens het grote belang van een regeling van algemene voorwaarden. Naar zijn mening is het enerzijds, voor het bedrijfsleven, voor diegenen die zich van algemene voorwaarden plegen te bedienen, van eminent belang, dat deze voorwaarden op gemakkelijke

wijze toepasbaar zijn. Wanneer in het verleden niet het systeem zou hebben bestaan dat de adhesie bij de algemene voorwaarden wordt verondersteld – wanneer men zich daar niet uitdrukkelijk, en bewijsbaar, tegen heeft verzet –, dan zou dat een enorme belemmering hebben betekend in het economisch verkeer. Het bespaart de ondernemer zeer veel tijd en kosten, hij kan regelingen op maat maken voor specifieke soorten van transacties en het geeft hem zowel intern in zijn eigen bedrijf als extern een grote mate an uniformiteit en daardoor duidelijkheid. Men moet er niet aan denken, dat een deel van alles wat in die uitvoerige algemene voorwaarden geformuleerd pleegt te zijn, telkenmale van geval tot geval zou moeten zijn overeengekomen in die zin, dat beide partijen zowel de man achter het loket van de Nederlandse Spoorwegen als de passagier aan de andere kant, zouden moeten uitonderhandelen welke vervoersvoorwaarden van de Nederlandse Spoorwegen voor de enkele reis van Den Haag naar Rotterdam zouden worden aanvaard.

Daarmee is het belang van algemene voorwaarden aangegeven. Maar er zit natuurlijk een groot risico in. Het risico namelijk, dat de ondernemer, wetende dat de toepasselijkheid berust op veelal ongeziene adhesie bij die bepalingen, zich zal te buiten gaan aan een zekere overkill. Dat de werkelijke contractsinhoud wordt versluierd omdat daarop allerlei bedingen van toepassing zijn die de wederpartij niet kent. Een zekere neiging tot eenzijdigheid bestaat vaak, ook wanneer deskundigen deze voorwaarden opstellen, omdat de redenering dan veelal voor de hand ligt: laten wij nu maar die bepalingen flink eenzijdig maken, natuurlijk zijn wij zo fatsoenlijk om ons daar niet op te beroepen tegenover de fatsoenlijke wederpartij, maar tegenover de querulant is het altijd praktisch. Dat is natuurlijk een redenering waar wel iets voor te zeggen valt, maar in feite wordt daarmee de beoordeling of iemand een querulant is of niet, in handen gelegd van de ondernemer in plaats van een objectieve instantie, bij voorbeeld de rechter.

Dat betekent dat het recht tot een bescherming moet komen. Dat kan een bescherming zijn, ontleend aan de goede trouw, maar dat geeft in concreto bij het opstellen van algemene voorwaarden niet zo duidelijk houvast als wanneer men, zoals nu in dit geval getracht is, een duidelijke lijst van voorbeelden opsomt en zegt: kijk, dit zijn nu grenzen die wij niet moeten overschrijden bij het opstellen van algemene voorwaarden. De wet roept, mede door deze lijsten met voorbeelden van (vermoedelijk) onereuze bedingen, een zekere weerstand op, zeker bij diegenen die de deregulering een goed hart toedragen zoals de Minister zelf en bij voorbeeld Professor Van der Grinten. Op de keper beschouwd echter, is het juist goed om zoveel duidelijkheid te geven in een wettelijke regeling zodat voorkomen wordt dat er een oerwoud van algemene voorwaarden gaat ontstaan, waar dan toch weer allerlei onkruid in gaat groeien in de vorm van voorwaarden die de toets van de kritiek van redelijkheid en billijkheid niet kunnen doorstaan. Duidelijke richtlijnen belasten ook de rechterlijke macht niet meer dan strikt noodzakelijk is en ook dat is een voordeel.

Die weg is gekozen en de Minister is van mening dat daarmee een juist evenwicht is bereikt tussen enerzijds het grote belang voor diegene die zich van algemene voorwaarden wenst te bedienen, onder meer in die zin dat de gemakkelijke toepasbaarheid daarvan een wettelijke erkenning vindt, en anderzijds het belang van degene die zich wellicht wat overvallen voelt door de toepasselijkheid van die algemene voorwaarden. De laatste heeft de garantie dat de algemene voorwaarden niet onredelijk bezwarend, niet onereus zijn en dat er een fatsoenlijke grondslag in de wet is verankerd.

De minister meent dat dit evenwicht in deze regeling besloten ligt en het verheugt hem dan ook, dat hij in algemene zin instemming heeft mogen proeven in de slotverklaringen van de hier aanwezige commissieleden.

De commissie acht na dit mondeling overleg de behandeling van dit wetsvoorstel voldoende voorbereid.

De voorzitter van de commissie,
Heijne Makkreel

De bijzondere griffier van de commissie,
J. B. M. Vranken