

*Handelingen 1979
der Nederlandse
Juristen-Vereniging
deel 1, eerste stuk*

W. E. J. Tjeenk Willink, Zwolle

ISBN 90 271 1572 9

Lay-out en omslag Evelien de Vries Robbé

ALGEMENE INHOUD

PREADVIES MR. J.H. DALHUISEN

Algemene voorwaarden, 5

PREADVIES PROF. MR. E.H. HONDIUS

Naar een wettelijke regeling van algemene voorwaarden, 91

INHOUD

PREADVIES MR. J.H. DALHUISEN

Algemene voorwaarden

1. INLEIDING, 7
2. HET VERBINTENISASPECT VAN ALGEMENE VOORWAARDEN, 14
3. HET CONSUMENTENCONTRACT, 58
4. ALGEMENE VOORWAARDEN IN DE RECHTSPRAAK, 66
5. BESLUIT, 80

Algemene voorwaarden

I. INLEIDING

1.1. In 1948 behandelde de N.J.V. voor het laatst — en voor zover ik heb kunnen nagaan tevens voor het eerst — het onderwerp der algemene voorwaarden (1). Twee preadviezen, met commentaar ook na 30 jaren nog steeds zeer lezenswaard, werden toen door respectievelijk Zeylemaker en Jansma gepresenteerd, preadviseurs die zich daarvoor gedurende vele jaren met het contractenrecht als zodanig hadden bezig gehouden. Talrijke facetten van het fenomeen der algemene voorwaarden werden bij die gelegenheid van verschillende kanten belicht zonder dat het daarbij echter bleek te komen tot een benadering met voldoende omlijnde eenheid om vervolgens vat te kunnen krijgen op rechtspraak en dogmatiek. De indruk is blijven bestaan dat men niet goed raad weet met deze figuur en het onderwerp is hier als elders, althans tot voor kort, hoofdzakelijk verwaarloosd gebleven. Al wordt het belang ervan nu wel steeds duidelijker ingezien, het handboek van Asser-Rutten besteedt ook in zijn laatste indruk nog nauwelijks twee pagina's aan algemene voorwaarden en in andere moderne handboeken op het gebied van het verbintenissenrecht is dat niet veel meer, meestens minder (2).

(1) Het onderwerp kwam echter wel incidenteel ter sprake. Zo behandelde Scheeman in 1919, in zijn preadvies over arbitrage, arbitrageclausules in algemene voorwaarden. In 1921 was het Van Regteren Altena die in zijn preadvies over de rekening-courantverhouding enige notities maakte bij de algemene voorwaarden op dit gebied. Drion besteedde verder aandacht aan adhesiecontracten binnen het kader van zijn preadvies over exoneratieclausules in 1957.

(2) Zie evenwel de recente meer uitgebreide behandeling bij Schut, Rechtshandeling, Overeenkomst en Verbintenis, 76 v. (1977).

Een en ander neemt niet weg dat het formuleren van algemene voorwaarden, standaardcondities, contractmodellen, etc. juist sedert 1948 een bij uitstek hoge vlucht heeft genomen, zozeer dat soms wel wordt beweerd dat gebondenheid die zo ontstaat de belangrijkste vorm van gebondenheid buiten onrechtmatige daad is geworden, met name belangrijker dan de contractuele. Vooropgesteld al dat men onderscheiden mag tussen contractuele gebondenheid en die uit algemene voorwaarden (en ik meen, om vooruit te lopen op het vervolg, dat dit veelal niet wenselijk is), dan is deze voorstelling van zaken toch enigszins misleidend. Het hangt er allereerst vanaf of men naar het financiële belang kijkt of naar het aantal der rechtsverhoudingen dat men op deze wijze tracht te beïnvloeden. Gaat men er daarbij vervolgens vanuit dat uiteindelijk de totale waarde van alle transacties grotendeels aan de consument wordt doorgespeeld en dat de transacties met de consument (hoe ook gedefinieerd) steeds de meest frekwente zijn, terwijl juist deze (wat men ook probeert en hier ligt in het huidige tijdsgewricht ongetwijfeld een groot stuk van de problematiek) veelal toch nog geheel of in de meeste aspecten aan algemene voorwaarden, standaardcondities e.d. ontsnappen (zoals trouwens ook buiten de consumentensfeer het individuele contract van het allergrootste belang is gebleven) (3), dan is er voorshands van een totale 'omsingeling' (nog) geen sprake. Dit alles neemt niet weg dat met name in het regelen van 'duur'-verhoudingen binnen en buiten de consumentensfeer, waarbij het in het eerste geval vooral gaat om regelingen betreffende impliciete en expliciete garanties voor hoogwaardige en duurzame consumentenartikelen (met de nauwverbonden uitsluitingen van aansprakelijkheid), en om bank- en verzekeringscondities, het gebruik van standaardcondities, algemene voorwaarden met alle onderscheidingen en gradaties die men daarbij nog kan aanbrengen, *normaal* is geworden (4). Wat steekt is dat deze normale

(3) Met name in grotere transacties en dan ook in het internationale handelsverkeer, waar het eerstens meestal om grotere bedragen gaat en waar voorts een beroep op standaardcondities indien niet direct aangchecht en in een begrijpelijke taal dikwijls op onbekendheid zal stranden.

(4) Een geheel andere vraag is in hoeverre bijv. het bedrijfsleven gezien het aantal problemen dat feitelijk opduikt nu werkelijk behoefte heeft aan standaardvoorwaarden. Hierop wordt in paragraaf 2.3. teruggekomen. Zeylemaker suggereert in *W.P.N.R.* 4744 dat het wel eens zou kunnen zijn dat er slechts in een zeer klein aantal gevallen behoefte aan een dergelijk soort regeling bestaat. Deze suggestie gaat stellig te ver en is vermoedelijk geïnspireerd door de ge-

manier van doen tot op heden geen vast anker heeft gevonden in het systeem van ons verbintenisrecht.

1.2. Het is logisch dat er in deze situatie behoefte aan wordt gevoeld om binnen het kader van het N.B.W. de materie meer in zijn algemeenheid te regelen, waartoe ook de Italiaanse *Codice Civile* (art. 1341) in 1942 bij zijn tot standkoming een (beperkte) poging heeft ondernomen. Belangrijker als oorzaak van de huidige belangstelling voor het onderwerp is ongetwijfeld wat men thans wel de 'invalshoek' van de *consument* wil noemen, het aspect der consumentenbescherming dus. Het gaat hier dan om een deelprobleem en niet om een volledige behandeling en in kaartbrenging van het geheel van vraagstukken betreffende algemene voorwaarden en gelijksoortige technieken. Dat wil zeggen dat het onderwerp dan veeleer benaderd wordt vanuit een oogpunt van het voorkomen van *misbruik*, waarbij dus in feite aan de voorvraag omtrent de verbindendheid van algemene voorwaarden, standaardcondities etc. in het algemeen grotendeels wordt voorbij gegaan en de nadruk wordt gelegd op de opheffing of wijziging van die gebondenheid in individuele gevallen (b.v., afgezien van de rechtstheoretische merites van zulk verweer, omdat ze onredelijk zou zijn). Het verlangen om met name de consument tegen algemene voorwaarden te beschermen heeft in ons omringende landen als Frankrijk, Engeland en Duitsland tot recente nieuwe wetgeving op dit gebied geleid. De Engelse en vooral de Duitse wet hebben daarbij een wat wijdere strekking maar het is duidelijk in de uitwerking dat men met name het consumentenaspect op het oog heeft gehad. Vooruitlopend op een regeling in het N.B.W. heeft ook onze regering thans een wetsontwerp ter bescherming van de consument tegen standaardcondities aangekondigd.

dachte dat algemene voorwaarden met name in de handel van belang zijn, dat het daarbij om een betrekkelijk kleine club van lieden gaat en dat de soort regelingen daar gebruikelijk een zekere intrinsieke redelijkheid hebben: 'men wil omdat men voelt zich te onderwerpen aan een veilige regeling' (biz. 86 Pre-advies 1948), vandaar ook Zeylemaker's nadruk op de wil in deze zin. In een situatie waarin iedere consument vrijwel dagelijks te doen heeft met banken, verzekeringsmaatschappijen e.d., en geregeld dure objecten koopt die veel nazorg kunnen behoeven, is deze benadering echter achterhaald. Niettemin kan men zich niet aan de indruk onttrekken dat veel algemene voorwaarden praktisch geen enkele betekenis hebben en produkt zijn van een systeem van 'belts and braces', d.w.z. slechts van werkelijk belang zijn om in een vrij onwaarschijnlijke situatie een algehele 'run' op een bepaald bedrijf te voorkomen.

Beschouwt men dit aspect van de bescherming van de consument wat nader, dan bestaat er bij mijn weten vooralsnog geen gezaghebbende studie over de *omvang* van een eventueel misbruik en de nijpendheid van de problemen in dit verband (5). Waar bescherming tegen algemene voorwaarden trouwens slechts gezien moet worden als één facet van het totaal der consumentenproblematiek demonstreert ook in ons land de jurisprudentie vooralsnog geen dringende behoefte aan een drastisch nieuwe benadering op dit gebied. Zie ik het goed dan is er, naast een begrijpelijk begaan zijn met een enkel pijnlijk individueel geval, bezorgdheid eerder omtrent mogelijke toekomstige ontwikkelingen in het gebruik van algemene voorwaarden in de consumentensfeer (de totale omsingeling!) dan omtrent de huidige situatie en aan een gevoel van urgentie op dit moment kan mijns inziens een emotieve ondertoon niet geheel worden ontzegd. Buiten dit nieuwe aspect van de consumentenbescherming, wijst de praktijk verder uit dat, hoe onbevredigd de stand van de doctrine op het gebied der algemene voorwaarden overal ongetwijfeld is gebleven, deze omstandigheid in geen enkel mij bekend land tot werkelijk grote problemen aanleiding heeft gegeven, hoewel incidentele problemen ook hier niet uitblijven en uiteraard toenemen naarmate er van algemene voorwaarden een groter gebruik wordt gemaakt (6). Deze laatste omstandigheid is niettemin, naast de onrust onder de consument en de nieuwe wetgeving elders, voldoende reden voor hernieuwde studie van het onderwerp. Daarbij heeft ten onzent het belangwekkende recente werk van Hondius op dit gebied (Dissertatie en Contractenrecht VII) voor het eerst talrijke aspecten van algemene voorwaarden systematisch aan de orde gesteld en een solide opening voor verdere beschouwing gegeven.

(5) Bij het geven van voorbeelden van misbruik van algemene voorwaarden kwam Jansma in 1948, trouwens buiten de consumentensfeer, in enige moeilijkheden. Het valt echter te bedenken dat er in abstracto op ieder voorbeeld wel wat valt af te dingen. Aan de andere kant kan men ook volhouden dat elk actueel geval slechts de top van een ijsberg toont. Kwantificeren van de problemen in dit verband zal wel altijd een kwestie van benaderen blijven. Niettemin moet er op dit gebied meer werk worden verzet.

(6) Bepaalde problematieken als b.v. die der exonerationclausules worden veelal nauw met het gebruik van algemene voorwaarden in verband gebracht maar zijn er duidelijk van te onderscheiden, zelfs al moet worden toegegeven dat exonerationclausules bijna altijd onderdeel van algemene voorwaarden zijn. Rechtspraak en wetgeving op het ene gebied hebben au fond echter niets van doen met rechtspraak en wetgeving op het andere.

1.3. Of het in dit alles ooit tot een bevredigende algemene benadering kan komen die boven de casuïstiek kan uitgroeien blijft onder tusschen de vraag en vormt uiteraard de kern van de hieronder volgende studie. De nieuwe buitenlandse wetgevingen waaraan hierboven werd gerefereerd doen op zichzelf een mogelijkheid van zo'n algemene benadering, althans in de consumentensfeer, vermoeden. In hoeverre dit inderdaad zo is, of aan deze wetten werkelijk een duidelijk begrip van het fenomeen der algemene voorwaarden ten grondslag ligt en of het getoonde inzicht werkelijk uitreikt boven het formuleren van een aantal regels waarvan gehoopt wordt dat deze aan een praktische behoefte met name van de consument althans op dit moment zullen voldoen, komt daarbij ook ter sprake. Wat hun praktische effect betreft zijn deze wetten voorsnog te jong om duidelijke conclusies omtrent hun doelmatigheid te kunnen trekken.

Wanneer men in dit alles de verdere vraag beschouwt welke weg wij in Nederland zouden moeten inslaan, dan is het duidelijk dat wij hier toch allereerst bij onze eigen tradities aansluiting moeten pogen te vinden en dus bij onze eigen beschouwingswijzen omtrent de aard van de verbintenis, haar ontstaan en teniet gaan en de mogelijkheid van rechterlijke toetsing, dus aanpassing en eventueel opheffing ervan. Het lijdt daarbij in het geheel geen twijfel dat gezien de moeilijke materie waar het dan om gaat en de vele conflicteren moderne opvattingen op dit gebied met voorts het N.B.W. op de achtergrond, analyse in deze zin een ambitieuze en mogelijk zelfs hachelijke onderneming is. Welke aarzeling ik ook gevoel, ik kan toch niet goed inzien hoe men zo'n analyse uit de weg kan gaan. Het gaat hier om de eenheid in ons begrippenstelsel zelf, een belangrijk gegeven, recentelijk door Bloembergen terecht weer onderstreept (7). Daarbij komt dat in een klein land als het onze waar het aantal praktische problemen dat men op een bepaald gebied verwachten mag nu eenmaal geringer is dan in een groot land en waar, gezien de geringere faciliteiten, de mogelijkheden om speciale wettelijke regelingen te ontwerpen ook beperkter zijn, men in grotere mate zal moeten terugvallen op het algemene begrippenapparaat met uitwerking daarvan door de rechtspraak en de wetenschap, ook al wordt dat wel anders gezien (8). Wat ook de heersende opvatting

(7) *W.P.N.R.* 5373 (1977).

(8) *Snijders, Konsumentenrecht, Debat Ned. Ver. v. Rechtsvgl., No. 24, 28 (1977).*

in deze moge wezen en welke ook de bezwaren tegen een vrijere rechtsvinding door de rechter zijn, deze situatie dringt zich in een land als het onze op. Waar wij dus meer aan casuïstiek moeten overlaten is juist de kracht van het algemene begrippen-apparaat en de flexibiliteit daarin gebouwd van eminente betekenis. Dat wij in deze flexibiliteit voor de rechter soms gevaar lopen te ver te gaan en dat met name ook het N.B.W. hierin in sommige opzichten sterk overdrijft (om dan elders weer dogmatisch eng te werk te gaan) is elders beweerd en wordt ook hieronder volgehouden. Dat neemt niet weg dat het ontwerpen van een specifiek wettelijke regeling op welk gebied van het civiele recht ook en speciaal op het gebied van het vermogensrecht (nog afgezien van de tijdsfactor en andere praktische problemen) ten onzent altijd een tweede optie is (9) en pas overwogen dient te worden wanneer wij er met onze bestaande middelen, inclusief de vrije rechtsvinding (10), niet komen

(9) In ieder geval is de zekerheid die een wettelijke regeling biedt toch slechts een betrekkelijke, alhoewel, om met Eggens te spreken (Verz.W. II, 251) 'de betrekkelijke waarde voor de rechtsvorming van alle gegeven of te geven wet in verhouding tot het durend variërende en zich ontwikkelende maatschappelijke leven' nog steeds te weinig wordt onderkend. Zie in dit verband ook het belangrijke artikel van Schoordijk in het Paul Scholten Nummer, *W.P.N.R.* 5314 (1975).

(10) De vraag of algemene voorwaarden voor *cassatie* in aanmerking komen is hierbij ongetwijfeld ook in aanmerking te nemen, zie verder Hondius, *Diss.* blz. 497v. Mijns inziens worden de problemen in dit verband te breed uitgemeten. Praktisch gezien zal deze vraag zeker in de consumentensfeer verre in de schaduw staan bij de vraag hoe men überhaupt bij de rechter komt. Wanneer het dan verder op *cassatie* aankomt, kan men het er over eens zijn dat controle op de verbindendheid en inhoud van algemene voorwaarden door de H.R. niet uit de weg wordt gegaan, ook al is er geen overvloed aan arresten, cf. par. 4. Dan blijft over het probleem van uitleg in strikte zin. Afgezien van het feit dat voor de H.R., indien hij wil, er ook hier dikwijls indirecte mogelijkheden tot ingrijpen zijn, ben ik het met Hondius eens dat dit uitlegprobleem secundair is. Dat gelijksoortige contracten in situaties die bovendien toch nooit geheel identiek zijn verschillend worden uitgelegd is geen typische algemene voorwaarden aangelegenheid en komt steeds voor. Het wordt pas werkelijk bezwaarlijk wanneer men algemene voorwaarden als een soort wetgeving gaat beschouwen met gelijksoortige status. Daarmee zou de controle op de verbindendheid zelf en op de inhoud echter grotendeels komen te vervallen. Zoals hieronder nog uitgebreid ter sprake zal komen geloof ik niet dat wij deze kant uit moeten. Ook zet ik een vraagteken bij Veegens' opvatting, *Cassatie in Burgerlijke Zaken*, 57 (1971), dat standaardvoorwaarden onderworpen aan goedkeuring door de

of indien deze rechtsvinding binnen ons bestaande systeem een politiek onaanvaardbaar resultaat zou opleveren, of, wat in het vermogensrecht en speciaal het verbintenissenrecht waarschijnlijker is, in feite neer zou komen op individuele bevoordeling van diegenen die zich de moeite en kosten van een proces kunnen veroorloven.

Hoe dit ook zij, studie van het fenomeen der algemene voorwaarden in de context van ons *bestaande* verbintenissenrechtelijke systeem, moet in ieder geval ook aan elke poging tot wetgeving voorafgaan, speciaal zolang (nog) geen duidelijke lijnen zijn getrokken in de jurisprudentie, en is tevens nodig ter begeleiding van de rechtspraak. Met een simpel redigeren van een aantal regels in de hoop op een wettelijk wonder of met het eenvoudig kopiëren van wat men elders aan wettelijke regeling al heeft is men er dan ook niet, loopt men gevaar slechts toe te voegen aan de fragmentatie van het recht, riskeert men de verhoudingen verder te compliceren en voor een ongewis resultaat een nieuwe last te leggen op onze maatschappij als geheel, waarbij, zoals met zoveel slagen in de lucht het geval is, men vermoedelijk ook nog kiest voor de economisch kostbaarste benadering zonder dat daar duidelijk aanwijsbaar voordeel tegenover staat. Met andere woorden, het verdient de voorkeur niet onverwijld te zoeken naar nieuwe wettelijke regels voordat wij de bezwaren en mogelijkheden van het huidige systeem werkelijk kennen, zodat wij niet meteen gedwongen worden weer verdere regels te zoeken om de bezwaren, die ongetwijfeld ook aan het nieuwe verbonden zullen zijn (en de uitwijksmogelijkheden die iedere

Kroon en afgekondigd in de Staatscourant onder de voorgestelde nieuwe faciliteit van Art. 6.5.1.2. N.B.W. *daardoor* de rang van wettelijk voorschrift verkrijgen over welker schending in Cassatie kan worden geklaagd. Wat ook de ingebouwde garanties zouden wezen onder Art. 6.5.1.2. N.B.W., ik meen niet dat men in ons staatsrechtelijk systeem de burger voetstoots aan dit soort 'wetgeving' zou kunnen binden of dat men een burgerlijke wetgever in 'informele' zin op deze wijze zou kunnen introduceren, zie ook Cohen Jehoram, Inaug. Rede 1967. De bewoordingen van Art. 6.5.1.2. zelf suggereren de status van wetgeving niet en het is met name de M.v.T. en M.v.A. die deze gedachte pousseren. Terecht is, blijkens het Voorlopig Verslag, in de Kamer de beperking van het toetsingsrecht, die uit deze benadering volgt, als een groot bezwaar onderkend. Daarbij sta ik kritisch tegenover de effectiviteit van toetsing die uit Art. 6.1.1.2(2) en Art. 6.5.3.1(2) zou volgen, zie ook hieronder paragraaf 2.3. Zie over dit particuliere wetgevingsaspect van algemene voorwaarden in het bijzonder ook Sluijter, Standaardcontracten (1972).

nieuwe regeling biedt) te ondervangen en om aan de daaruit voortvloeiende teleurgestelde verwachtingen tegemoet te komen. En wat het bestaan van buitenlandse wetgevingen op dit gebied betreft, men moet de verschillen met de situaties en benaderingswijzen elders toch nooit onderschatten. Er zijn slechts weinig juristen die hun eigen systeem kennen, laat staan dat van een ander, en voor de subtiele overwegingen die het ene land doen kiezen voor wetgeving, andere landen doen terugvallen op de rechtspraak en weer een ander land op administratief ingrijpen, daarvoor kunnen uit de aard der zaak slechts weinigen werkelijk oog hebben; het is niet alleen een kwestie van regel of systeem, maar uiteindelijk vooral een kwestie van verschil in atmosfeer (waarbij politieke en zuiver rechtstechnische argumenten eveneens een grote rol spelen) en men mag in dit opzicht dan ook niet generaliseren, of het gevoel hebben dat, zo men niet volgt wat elders in zwang is, men op de een of andere wijze achter zou lopen of minder doet.

2. HET VERBINTENISASPECT VAN ALGEMENE VOORWAARDEN

2.1. Zoals hierboven gezegd valt bij een bespreking van de verbindende kracht van algemene voorwaarden aan een excursie in het verbintenissenrecht in het algemeen nauwelijks te ontkomen. Daarbij kan het binnen het kader van dit preadvies niet om meer gaan dan om voor het vervolg de onderliggende denkwijze *schetsmatig* aan te geven.

Als uitgangspunt houd ik dan vast dat — niet als regel of principe, maar als *feit* — in het dagelijks leven een ieder zijn eigen lasten draagt tenzij het recht in de formulering van rechten en plichten tot een zekere herverdeling kan komen. In de vermogensrechtelijke sfeer is het daarbij dus m.n. het verbintenissenrecht met zijn voorde-
ringsrechten over en weer dat de feitelijke situatie doorkruist en een (bescheiden mate van) afwenteling van financieel risico beoogt. Deze verbintenisrechtelijke aanpassing is bijgevolg *uitzondering*, hoe belangrijk ze op zichzelf ook wezen moge en hoezeer wij soms anders (hebben leren) verwachten (en wat ook de sociale verzekeringswetgeving er verder van mag denken of er aan doet).

Ziet men naar de 'oorzaak' der verbintenissen, dan is het aanvat-
tingspunt ongetwijfeld de *handelende* persoon. Grondlegend is daarbij het instaan voor wat men heeft teweeggebracht. Slechts bij uitzondering is men aansprakelijk voor meer, meestal voor (veel)

minder, want het merendeel van veroorzaakt gevolg vloeit immers uit niets anders voort dan uit het onvermijdelijk deelnemen aan het maatschappelijk verkeer, waarvoor, om terug te keren tot het uitgangspunt, een ieder, en dus ook de geaffecteerde partij, (een grote mate van) risico draagt of, zo men wil, aan de gevolgen waarvan een ieder (een grote mate van) eigen schuld heeft.

Het is de zich ontwikkelende rechtsnorm die hier afweegt, de belangen ordent en richting geeft. Deze norm is niet abstract, statisch of willekeurig maar sluit in zijn ontwikkeling nauw bij de feitelijke situatie aan en is, zo mag men vermoedelijk wel zeggen, gebaseerd enerzijds op een sterke *ethische* notie omtrent het optreden van de handelende partij en anderzijds op een dringende *practische* overweging als schade of meer in het algemeen nood bij de ander, hoewel het ethische en praktische aspect tot op zekere hoogte met elkaar zijn verbonden. Het spreekt daarbij vanzelf dat in een ontwikkeld rechtssysteem naast het vergoeden van schade en de gehoudenheid tot het lenigen van nood, wanneer zulks moreel vereist is, er in bepaalde omstandigheden ook een corresponderende plicht gaat bestaan om deze schade en nood te voorkomen. Het komt dan naast aansprakelijkheid voor een bepaald *gevolg* tot de afdwingbaarheid van een bepaalde *gedragslijn* ter vermindering van dat gevolg.

De daden waarvoor men aldus in principe in moet staan mogen dus allereerst gezocht worden in de kring van de daden die men *wil*lend heeft gesteld en waarvan men het gevolg heeft *voorzien*. In het toerekenen van veroorzaakt gevolg en in het eventueel afdwingen van een bepaald gedrag om averechts gevolg te voorkomen staat dus de *wil* centraal. Een en ander heeft mijns inziens weinig van doen met een vermeend 19de eeuws individualiteitsbegrip, zoals wel wordt beweerd (11), maar alles met de omstandigheid dat de wil in feite het eenvoudigste aanvattingpunt is voor het recht. Bij wat willend en voorzienbaar is veroorzaakt denkt men dan uiteraard allereerst aan de destructieve wil en de schade daardoor aangericht. Schade voortvloeiend uit een expres niet willen komt daarbij vervolgens ook aan de orde. Ook in constructieve zin kan men zo gebonden zijn door wat men wil of zegt te willen of te zullen doen of door wat men in feite willend heeft ondernomen (11) Zoals bekend wel zeer in het bijzonder door Van Dunné, Normatieve Uitleg van Rechtshandelingen (1971).

men indien althans daardoor een bepaald voorzienbaar gedragspatroon tussen betrokkenen is ontstaan. Daarbij spelen over de gehele linie de gebruikelijke rechtvaardigingsgronden als ontoerekenbaarheid, wilsgebreken en overmacht (12) voor de handelende partij en noties als misbruik van recht en eventueel rechtsverwerking of eigen risico of schuld van de ander (13). Mijns inziens maakt het

(12) Het is niet mogelijk hier veel verder op dit punt in te gaan. Het B.W. behandelt overmacht binnen het kader van de behandeling van verbintenissen in het algemeen, alhoewel volgens Rutten, met beroep op Art. 40 Sr. en H.R. 3 mei 1934, de criteria bij overeenkomst en onrechtmatige daad niet geheel dezelfde zijn. In het laatste geval zou subjectieve onmogelijkheid voldoende zijn, zie Asser-Rutten III, 67, terwijl bij overeenkomst naast het geen schuld hebben aan niet-nakoming toch ook een zeker risico gedragen moet worden, zie Asser-Rutten I, 248 met verdere verwijzing naar Art. 6.1.8.2. N.B.W. Wilsgebreken zijn uitsluitend bij de overeenkomst geregeld, Art. 1356v B.W. Bij onrechtmatige daad spreekt men in dit verband van noodweer en het volgen van dwingend wettelijk voorschrift of ambtelijk bevel. Ontoerekenbaarheid is niet als zodanig in de wet genoemd maar volgt als rechtvaardigingsgrond bij overeenkomst uit Art. 1356 B.W. en kan ook bij onrechtmatige daad tot het ontbreken van schuld leiden, Asser-Rutten III, 77.

(13) Het gaat hier in feite steeds om situaties waarin het vragen van (algehele) nakoming van een ontstane verplichting onrechtmatig genoemd kan worden, gezien het feit dat zulks in de omstandigheden van het geval moreel niet acceptabel is en praktisch (additionele) schade of nood veroorzaakt. Men kan zelfs de rechtsfiguren in noot 12 genoemd laten vervallen en op de hier genoemde (met name misbruik van recht) terugvallen. Er is in ieder geval veel voor te zeggen om, zoals Schoordijk het noemt (*W.P.N.R.* 5314 (1975)) ze alle associatief te behandelen, in feite tezamen met de derogerende werking van de goede trouw, zie verder ook noot 37. Bewandelt men deze weg, dan is het de vraag of het voornamelijk om wilsaansprakelijkheid gaat of om risicoverdeling. Met verwijzing naar het hiervolgende, houd ik het erop dat (tenzij wet of gewoonte anders eisen of daarbij nauw aansluiting kan worden gevonden) er voor misbruik van recht een *hoge mate van verwijtbaarheid* nodig is en dat de schade die ontstaat het *direct voorzienbaar* gevolg moet zijn van het opeisen van recht. Bij rechtsverwerking kan men tot een zelfde soort resultaat komen door aan de verwerking zelf een uit de omstandigheden blijkende wil tot afstand ten grondslag te leggen. Bij eigen schuld ligt de zaak in zoverre anders dat men schade die men zelf heeft veroorzaakt, nu eenmaal niet afwentelen kan, maar in dit zelf veroorzaken ligt eveneens de aansluiting bij de wil, ook al heeft het weinig zin hier dan verder van verwijtbaarheid te spreken. Het is een overweging die in feite de verwijtbaarheid bij de ander moduleert waarbij bij de wilsaansprakelijkheid van beiden voorts een zekere risicoaansprakelijkheid zal aansluiten. Ik heb evenwel de indruk dat t.a.v. misbruik van recht, Art. 8 Inleidende Titel N.B.W. met een beroep op de billijkheid en zonder van verwijtbaarheid te spreken eerder op een risicoverdeling het oog heeft, zo Zonderland in

in dit verband geen essentieel verschil indien men hier in meer gangbaar jargon (maar ook in engere zin) van *onrechtmatige daad* of van *overeenkomst* spreekt (14).

Er bestaat evenwel geen twijfel over dat het aanknopen bij het gewilde alleen, onder omstandigheden een te grote beperking inhoudt. Dat wil allereerst zeggen dat in de uitwerking van het *causaliteits- en toerekeningsbegrip* door het vereisen van (weliswaar een hoge mate van) waarschijnlijkheid i.p.v. relatieve zekerheid t.a.v. het in te treden gevolg en door terug te vallen op de ervaringsnorm t.a.v. de voorzienbaarheid, of op overeenkomstige wijze (15), soms

W.P.N.R. 5295/6 waar hij zegt: 'misbruik is er wanneer inbreuk wordt gemaakt op private rechtsbelangen van anderen, dat is nl. al een onrechtmatige daad'. De H.R. in zijn arrest van 17 april 1970, *N.J.* 89 (1971), komt, anticiperend op de regeling in het N.B.W. echter niet tot die conclusie, zie ook noot Köster in *A.A.* XIX, 546, wijzend op het extreme in het standpunt van de rechtsgebruiker. Houwing in zijn noot in de *N.J.* zwakt deze conclusie m.i. enigszins af wanneer hij zegt dat onrechtmatigheid ex Art. 1401 B.W. niet gebaseerd is op ernstige onbehoorlijkheid maar slechts op 'een zekere mate van onzorgvuldigheid' en dat dus bij toetsing van gedrag aan Art. 1401 niet slechts marginaal wordt getoetst. Ten aanzien van rechtsverwerking heeft met name bij Van Dunné (blz. 83v.), die het schuldvereiste trouwens niet erkent (zie hieronder), het beroep op de goede trouw als oorzaak van rechtsverwerking evenzeer het effect van risicoverdeling. Bij eigen schuld is het tenslotte Art. 6.1.9.6. N.B.W. dat, weer met beroep op de billijkheid en zonder van veroorzaking te spreken, in deze richting gaat, zie over de vaagheid in dit Artikel ook Van Wassenaar, *Eigen Schuld*, 285 (Ac.Pr. 1971). Zie voor de gevaren van het zozeer steunen op billijkheid en het m.i. belangwekkende onderscheid met de goede trouw dat thans verloren dreigt te gaan, paragraaf 2.3. infra.

(14) Definieert men rechtshandeling als een handeling met beoogd rechtsgevolg, Asser-Rutten II, 3 en verder Art. 3.2.2. N.B.W., dan is er m.i. geen principiële reden om ook gewild onrechtmatig handelen niet als rechtshandelen te bestempelen en het traditionele onderscheid tussen rechtshandelen en ander handelen komt mij niet verhelderend voor. Dat wil niet zeggen dat er in de uitwerking van het vereiste gedrag ter voorkoming van een onrechtmatige daad of ter uitvoering van een contract ook geen verschil zou zijn, zie hieronder. Zoals bekend komt Van Dunné op grond van de geheel tegenovergestelde visie waarin aan de wil geen overwegende betekenis wordt toegekend eveneens tot de conclusie dat onrechtmatig handelen ook rechtshandelen is met dien verstande dat hij bij de interpretatie van het vereiste gedrag, zie ik het goed, dan over de gehele linie een zelfde lijn volgt.

(15) Het is hier zeker niet de plaats om uitgebreid op het causaliteits- en toerekeningsvraagstuk in te gaan. Traditioneel wordt dit vraagstuk met name in verband gebracht met de toerekening van schade maar het speelt in feite steeds een rol waar rechtsgevolg wordt toegerekend.

meer dan strikt gewild is wordt toegerekend. Aan de andere kant wordt naast de wil ook de *schijn van wil* als aanknopingspunt erkend waardoor dus eveneens aansprakelijkheid zonder dat duidelijk was gewild kan volgen. In het destructieve gaat het dan om nalatigheid, in het constructieve om de toerekenbare schijn of het opgewekte vertrouwen, waarbij men evenwel dient te bedenken dat ook opwekking van vertrouwen dikwijls een geheel voorzienbaar gevolg kan zijn.

In deze aansprakelijkheidsmogelijkheid buiten het strikt gewilde om ligt dus het begin van de risico- of *gevolgsaansprakelijkheid* (16). Daarbij komt het dan al gauw zover dat men soms veronder-

Sinds het bekende arrest van de H.R. van 1927 valt ook bij ons het accent, in termen van de leer der adequate veroorzaking, op de voorzienbaarheid naar ervarings- en objectieve maatstaf, hoewel thans wel wordt aangenomen dat deze zienswijze is verlaten (zo G.J. Scholten onder het arrest van de H.R. 1 juli 1977 en verder in *NJB* 272 (1978) met verwijzing verder naar de arresten van de H.R. 9 juni 1972 en 21 maart 1975) en vervangen door de leer der *redelijke toerekening* ontwikkeld met name door Bloembergen, Schadevergoedingen bij Onrechtmatige Daad (1965) in het voetspoor van Köster, Causaliteit en Voorzienbaarheid (1963). Het valt daarbij te bezien in hoeverre de rechtspraak de noties van causaliteit en met name van toerekenbare wil zal kunnen loslaten, c.q. de waarschijnlijkheid en voorzienbaarheid van het in te treden gevolg in zijn gehele of gedeeltelijke omvang. Komt het element der voorzienbaarheid al of niet geobjectiveerd daarbij volledig te vervallen, wat voorshands vrijwel ondenkbaar is en mijns inziens noch door Bloembergen noch Köster wordt voorgestaan, dan betekent dit dat de redelijke toerekening in feite voor risico aansprakelijkheid staat. Zie voor deze conclusie ook Van Schellen, Juridische Causaliteit, 128 (1972).

(16) Het scherpe onderscheid tussen schuld- en risicoaansprakelijkheid bij onrechtmatige daad is ten onzent steeds verdedigd door Van Eikema Hommes, zie o.a. Juridische Causaliteit, Redelijke Toerekening en enige nieuwe Rechtspraak van de H.R. in de Kisch bundel (1975). Mijns inziens sluit het scherpe onderscheid daar gemaakt overgangen geenszins uit. Spreekt men immers van schuldaansprakelijkheid in de zin van toerekening van de gevolgen aan de vrije wil van de dader 'omdat hij redelijkerwijs kon voorzien' dan is er, indien men al aanvaardt dat men normatief-juridisch meer kan willen dan men voorzag (i.v.m. algemene voorwaarden in het bijzonder ontkend door Hoetink, Handelsusances en Standaardcontracten, Ind. Tijdschr. v. Recht, 935 (1933) en Marx, Het Euvel der ongeweten en onbegrepen Bedingen, *NJB* 423 (1939)), sprake van een dusdanige objectivering dat de toerekening aan de *vrije* wil een gespannen constructie kan worden. Anderzijds kan er in de risico-aansprakelijkheid in de zin van aansprakelijkheid voor het verhogen van de objectieve mogelijkheid van het intreden van schade wel degelijk een zekere verwijtbaarheid, dus toerekening aan de wil van de dader naklinken en het kan zo bijv. redelijk gevonden worden (aangenomen dat dit op zichzelf voldoende grond is) dat een

steld wordt in te staan voor gevolgen waar men, al of niet voorzienbaar, niet meer deed dan het intreden ervan fysiek mogelijk te maken of de waarschijnlijkheid daarvan te verhogen. Trekt men deze lijn verder door dan kan het ook zijn dat men in bepaalde omstandigheden eenvoudigweg voor bepaalde gevolgen moet instaan wat ook de connectie met eigen wil of handelen was en zelfs soms wanneer er van zo'n connectie in het geheel geen sprake was zodat er in feite ingestaan moet worden voor de gevolgen van een objectief rechtsfeit.

Het is het gebied der gevolgsaansprakelijkheid dat steeds uitbreiding ondergaat zozeer dat sommigen van wilsaansprakelijkheid niet meer spreken willen (17). Waar wils- en gevolgsaansprakelijkheid in elkaar overlopen (18) blijft het onderscheid mijns inziens toch van

bepaald persoon het (indirecte) gevolg van zijn optreden draagt en niet de persoon die het in eerste instantie treft omdat een grotere voorzorg geboden scheen. Dit is ook constante jurisprudentie van de H.R. sedert 1915, zie hierover de verhelderende noot van Köster, *Ars Aequi*, 38 (1969). Het gaat daarbij dan dus om aansprakelijkheid voor dieren, kinderen, personeel, verzakking of oppersing door mijnbouw of andere werken en om gelijksoortige bijprodukten van overigens rechtmatig optreden, waarbij de vraag of hier uiteindelijk aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad is of niet, mijns inziens slechts een detail vraag, een kwestie van terminologie is. Zie ook Eggens, Ver.W. II, 181 die de redenering van Drion in *W.P.N.R.* 3992 dat de risico aansprakelijkheid stoelt op een natuurlijke verbintenis die bij niet-nakoming een onrechtmatige daad oplevert, terecht een omweg noemt.

(17) Van Dunné, blz. 273, bepleit ter bevordering van de duidelijkheid de schrapping van het schuldbegrip, geheel logisch in zijn visie waarin voor de wil geen plaats is.

(18) Schut, *W.P.N.R.* 5045 (1969), zegt: 'schuld en risico zijn begrippen die in elkaar overlopen als twee kleuren waterverf'. Veegens in zijn bekende noot onder H.R. 9 december 1960 spreekt in dit verband van communicerende vaten. Deze overgang acceptierend zou ik het onderscheid toch geenszins willen loslaten. In geval van een opzettelijk handelen met een duidelijke voorstelling van zaken is er aansprakelijkheid voor schade, dus toerekening als er in strijd met de zorgvuldigheid is gehandeld. Naarmate men zich verder van dit uitgangspunt, dus van de wilsaansprakelijkheid, verwijdt, worden de toerekeningsproblemen steeds groter, moeten ook steeds groter worden en het heeft mijns inziens geen theoretisch nut aan deze stand van zaken door introductie van een nieuwe formule, als bijv. rechtelijke verantwoordelijkheid of redelijke toerekening, of door ontkenning van het verschil voorbij te gaan. Praktisch is dit zelfs gevaarlijk omdat men door het gebruik van bijv. de term 'redelijke toerekening' zou kunnen suggereren dat er in het hele toerekeningsvraagstuk van rechtsregels geen sprake meer is en dat er op dit essentiële punt van ons hele rechtssysteem rechterlijke vrijheid zou bestaan. Dit zou de rechtszekerheid

aanzienlijk belang en ligt hierin dat de wilsaansprakelijkheid een voor de hand liggende, dus binnen het kader van het verbintenissenrecht (en in feite ook ver daarbuiten) een *normale* is terwijl de gevolgsaansprakelijkheid een *uitzonderlijke* is gebleven, één waarvan, door een andere configuratie van het morele en praktische element binnen de norm, de morele rechtvaardiging veel moeilijker valt aan te wijzen, één dus die, naarmate ze verder van aansprakelijkheid voor het gewilde verwijderd raakt, een specifieke *andere* basis behoeft, d.w.z., bij de afwezigheid van één duidelijk onderliggend moreel principe, een basis die gevonden moet worden in de wet of gewoonte of die daar nauw bij aansluit, een basis dus die geen algemene zijn kan (19) of die verondersteld mag worden, maar één die mijns inziens òf meteen bij de wilsaansprakelijkheid aansluit (20) òf uitgedrukt is of aansluit bij een specifieke gegeven (ter onderscheiding van door de rechter gevonden) norm.

en rechtsveiligheid, afgezien van de vraag hoe sterk men aan deze noties moet kleven, in ieder geval geheel kunnen ondergraven. Aanvaarding van het begrip 'redelijke toerekening' in deze zin van rechterlijke vrijheid (zie ook noot 15) zou mijns inziens betekenen dat Van Dunné's leer van de normatieve toerekening in zijn meest extreme vorm althans op het stuk der onrechtmatige daad zou zijn aanvaard.

(19) Scholten, Verz. W.IV, 94: 'nu schijnt het mij dat het risicobeginsel: hij die gevaar vermeerderd moet voor de gevolgen instaan, wel de grondslag kan vormen voor bijzondere regelingen maar niet zelf tot algemeen geldende rechtsregel kan worden verheven'. Het gaat hier ongetwijfeld om in het verkeer geldende opvattingen, Asser-Rutten II, 252, maar daarmee is dan ook het incidentele karakter aangegeven, zie verder hieronder par. 2.3.

(20) Wanneer wilsaansprakelijkheid vaststaat is het op deze wijze mogelijk dat t.a.v. de gevolgen een risico aansprakelijkheid wordt aangenomen, dus dat wanneer het proces willend en voorzienbaar in werking is gesteld ook onvoorzienbare gevolgen worden toegerekend voorzover ze althans het directe en natuurlijke gevolg van dat proces zijn, zie ook Parsons v. Littlely Ingham, 1 All E.R. 525 (1978) en Manchester, Remoteness of Damage, *New Law Journal* 1113 (november 1978). In zo'n geval sluit de risico-aansprakelijkheid dus bij de schuld aansprakelijkheid aan, maar staat ook hier op zichzelf. In deze zin zijn mijns inziens de arresten van de H.R. 9 juni 1972 en 21 maart 1975 te verstaan, zie ook noot 15. Köster, Preadvies N.J.V., 221 (1959) zegt het wat algemener: 'Globaal gesproken kan men ervan uitgaan dat de schadeplichtige moet opkomen voor alle fysiek-causale gevolgen van zijn daad, behalve voor zeer abnormale'.

2.2. Het bovenstaande brengt als een eerste — en in verband met algemene voorwaarden dikwijls over het hoofd geziene — conclusie met zich mee, dat de partij die zich van algemene voorwaarden bedient *voor deze benadering verantwoordelijkheid draagt* en zich in zijn aansprakelijkheid voor het door hem gewilde of voorziene geenszins dekken kan door het simpel halen van een handtekening van de tegenpartij op een of ander dokument dat algemene voorwaarden bevat of daarnaar op de een of andere manier verwijst, maar, in zijn pre-contractuele plichten en in de opeising van zijn rechten naderhand, rekening moet houden met de bijzondere aard van zijn eigen methodes. Het *soort* verbintenissen dat hierdoor voor de gebruiker ontstaat is evenwel een kwestie van verder onderzoek.

Daarbij ga ik er vanuit dat ons verbintenisrechtelijk systeem in principe een *open* systeem is. Gezien het feit dat Art. 6, 1.1.1. N.B.W. hier tegenin gaat behoeft deze stellingname toelichting. Onder ons huidige systeem ontstaan verbintenissen uit de wet of uit overeenkomst, althans zo leert Art. 1269 B.W. Waar algemeen wordt aangenomen dat deze bepaling van leerstellige aard niet noodzakelijkerwijs limitatief is (vgl. ook H.R. 19 december 1946, *N.J.* 139 (1947)) worden door sommigen niettemin alle verbintenissen op de wet teruggevoerd (21), terwijl anderen een open systeem voorstaan (22). Aanvaardt men met Eggens dat sedert 1919 de zorgvuldigheid die in het maatschappelijk verkeer betaamt t.a.v. eens anders persoon of goed 'de norm der normen ter bepaling van het maatschappelijk gedrag' is (23), dan sluit die norm (met mogelijke uitzondering van de normen die specifiek geformuleerd zijn in de wet of gebaseerd zijn op gewoonte) alle andere in, in het bijzonder ook de gebondenheid aan het gegeven woord en de verplichting tot schadevergoeding bij nietnakoming. Daarmee kiest men dan in principe voor een *open* maar niet noodzakelijkerwijs onbegrensd systeem want met deze formule is wel gezegd dat iedere rechtsnorm buiten wet en gewoonte gevonden allereerst een diep

(21) Zo Van Oven, *W.P.N.R.* 4709: 'de wering van ongeschreven recht als bron van afdwingbare verbintenissen (moet) in de wet duidelijk worden neergeschreven'.

(22) Met name Eggens, *Verz. W. II*, 236: 'verbintenissen ontstaan uit overeenkomst (rechtshandeling), onrechtmatige daad en andere (bijzondere rechts-) feiten naar gelang van de omstandigheden'.

(23) *Verz. W. II*, 243.

zedelijke ondergrond heeft maar niet dat iedere zedelijke norm daardoor ook rechtsnorm is en dus iedere zedelijke plicht een rechtsplicht in civielrechtelijke zin. De regel van 1919 is geen algemene betuttelingsformule.

Het vinden van de individuele norm als afgestemd op de feiten (24) door rechtspraak (en dogmatiek) is een zaak van vrije rechtsvinding in de zin van openheid van het systeem maar niet in de zin van rechterlijke discretie. Om rechtsplicht te worden is het allereerst nodig dat de morele plicht een *dringende* was en in dit opzicht liggen de arresten van 1919, 1926 en 1938 mijns inziens in elkaars verlengde. D.w.z. dat iedere rechtsverbintenis die niet door wet of gewoonte gevorderd wordt (en deze veelal trouwens ook) dus een natuurlijke verbintenis in zich sluit. Het gaat daarbij om het vinden van een zekere communis opinio t.a.v. de zedelijk vereiste handelwijze maar in de dringendheid tevens om de hierboven reeds genoemde praktische kant van de norm als *schade* bij onrechtmatige daad en een behoorlijke graad van voorzienbaarheid en waarschijnlijkheid van het intreden van schadelijk gevolg wanneer men een verplichting tot handelen of niet doen aanneemt *voordat* schade is ontstaan (25). Bij de overeenkomst is het dringende praktische element de *aanvaarding* van het gewilde door de andere partij (en dit kan impliciet zijn, dus blijken uit de reactie) waarbij mijns inziens tevens van een begin van uitvoering sprake moet zijn in die zin dat er fysieke schade (en niet slechts de deriving van mogelijke toekomstige winst) volgt door niet (verdere) nakoming of (wat hetzelfde is) gestanddoen van een aanbod, maar

(24) Zonder dat het nodig is of in dit verband zelfs mogelijk op de rechtsfilosofische vragen in deze in te gaan, is het duidelijk dat er een wisselwerking en nauwe band bestaat tussen feit en norm, met de connectie in de causaliteit en toerekening, waarbij men bij het vinden van de juridische oplossing, naar men wil, het accent kan leggen op het vinden van de juridisch relevante feiten, het vinden van de juridisch causale samenhang en toerekening of op het vinden van de juridische gedragsnorm zelf, het idee dus van de communicerende vaten, waarbij in feite al deze elementen ten nauwste verbonden zijn. Men kan, met andere woorden, bij onrechtmatige daad een wijd causaliteits- en toerekeningsbegrip hanteren, maar een eng onrechtmatigheidsbegrip. Bij de overeenkomst kan men een wijde causaliteit en toerekening aannemen t.a.v. de gevolgen van aanbod en aanvaarding, maar de bewoordingen van het contract zelf als toegepast op de feiten eng uitleggen, etc.

(25) D.w.z. dat in deze zienswijze de regel van Art. 1401 B.W. ook zonder wettelijke bepaling recht zou zijn en in deze zin is dit artikel dan dus overbodig en het belang ervan schuilt slechts in de aanloop tot de risicogedachte die uit Art. 1402 en vooral uit de Art. 1403/4 spreekt.

daarover kan men twisten, onze wet heeft in ieder geval anders bepaald (26). Stelt men naast het contract de natuurlijke verbintenis in engere zin, dus de dringende onderhoudsplicht, de betalingsverplichting na gerechtelijk akkoord etc., dan is *bekrachtiging* (ofwel betaling en nakoming) nodig om van de natuurlijke verbintenis een rechtsverbintenis te maken of mijns inziens evenzeer het bestaan van *nood* bij de crediteur in een situatie waarin de debiteur financieel ruim in staat is te voldoen, maar ook daarover kan men van mening verschillen (27). In ieder geval kan in andere situaties waarin partijen van elkaar afhangen nood van de ene partij een dringende morele plicht van de ander in een rechtsplicht doen omslaan bijv. in het burennrecht (28), of waar in een overmachtssituatie één van de partijen met een zwaar risico blijft zitten (29), of waar één van de partijen in een veel zwakkere positie is zoals zich kan voor-

(26) Zie van een verdediging van deze opvatting met name ook Atiyah, *Contracts, Promises and the Law of Obligations*, *The Law Quarterly Review*, 193 (1978). Scholten die steeds sterk de verbintenisscheppende kracht van de overeenkomst buiten de wet om heeft geaccentueerd, zie b.v. *Convenances Vainquent Loi*, *Verz. W. III*, 196, stelt dit vereiste niet. Mijns inziens is de betekenis van Art. 1374 (I) B.W. dat onze wet een geringer vereiste oplegt voor de verbindendheid van de overeenkomst dan anders buiten de wet om het geval had kunnen zijn.

(27) Eggens met name legt dit verband niet en meent zeer principieel dat slechts de natuurlijke schuldenaar de verbintenis binnen het recht kan brengen door bekrachtiging, *Verz. W. II*, 181v., maar lijkt elders toch het vinden van de maatstaf aan de rechtsvinding over te laten, *Verz. W. II*, 251.

(28) Zo Asser-Scholten, *Zakenrecht*, 254 (1945).

(29) Zoals bekend wordt in het A.K.U.-arrest het risico toegedeeld afhankelijk van de vraag of de verhindering aan een persoonlijk betreffende omstandigheid is te wijten, een formule die vele mogelijkheden laat. Herverdeling van overmachtsrisico, zo daarvoor dringende morele gronden kunnen worden gegeven, wordt in ons recht als zodanig echter niet erkend. De herhaaldelijk bepleite aanpassingen van de verplichting van partijen in de post-overmacht situatie o.g.v. de goede trouw gaat evenwel in die richting, zie ook Asser-Rutten II, 248. Meer in het algemeen erkende de H.R. in het arrest van 9 december 1955, *N.J.* 157 (1956) de invloed van de zorgvuldigheidsnorm in de post-contractuele verhouding, zie hierover ook Abas, *Post-contractuele Verplichtingen*, *W.F.N.R.* 5177/8 (1972) en (o.a.) Wiersma, *Preadvies N.J.V.* 1960, met uitvoerige bespreking van de vraag of hier dan vervolgens van aansprakelijkheid uit wanprestatie of uit onrechtmatige daad sprake is. Zolang er, in afwachting van Art. 6:1.9.9. N.B.W., wezenlijk verschil is, voel ik mij meer tot het laatste standpunt aangetrokken maar kan daarop hier niet verder ingaan. In anticipatie op een eventuele herverdelingsplicht van het financiële risico van overmacht kan men dan evenzeer een plicht tot heronderhandeling van het contract construeren, een belangrijk gegeven waarop hier ook niet verder kan worden ingegaan.

doen in het precontractuele stadium (30). Bij onverschuldigde betaling en meer in het algemeen bij ongegronde verrijking, zo men deze actie hierop gebaseerd inderdaad in haar algemeenheid mag aanvaarden, is het dan de *verrijking* van de één en/of de *verarming* van de ander (31), een punt dat eveneens speelt bij de onkostenvergoeding bij zaakwaarneming.

In het formuleren van de relevante norm zal de rechtspraak steeds nieuwe dringende plichten van moraal en fatsoen, van maatschappelijk behoren en uiteindelijk rechtsplichten (32) formuleren, waaruit doorgaans de aansluiting bij het handelen van de optredende persoon, diens wil en voorstelling, het *gedragselement* dus, zal blijken. In het communis opinio aspect zal zij daarbij de langzaam vlottende maatschappelijke overtuiging volgen. Waar het op het praktische element, dus op de utiliteitsgrond, aankomt, dus in feite op de kosten, de risicofactor zelf, daar mag men groter aarzeling van de rechtspraak verwachten. Naarmate er minder van verwijtbaar gedrag sprake is komt de utiliteitsgrond op zichzelf te staan, zoals bijv. bij onverschuldigde betaling en zaakwaarneming waar de debiteur niets kan hebben ondernomen en het verwerpelijke slechts zit in het behouden van een relatief voordeel. In het uitbouwen van de utiliteitsgronden als basis voor aansprakelijkheid dus in de risico of gevolgsaansprakelijkheid zal zoals hierboven reeds gezegd, de rechter of direct bij de wilsaansprakelijkheid aansluiten of op wet of gewoonte moeten terugvallen of daarbij nauw moeten aansluiten — het arrest van 31 januari 1959 is er een voorbeeld van — aangezien bij de verdeling van risico zonder sterke ethische motieven er van een te vinden consensus omtrent de rechtvaardiging van deze verdeling niet gauw sprake zal zijn.

Het vorenstaande wil dus zeggen dat de bronnen van de verbintenis geenszins tot contract en wet beperkt zijn, het is de essentie van de arresten van 1919 en 1926, maar ook dat de eisen van maatschappelijke zorgvuldigheid, moraal en fatsoen (33) niet direct tot juri-

(30) Zie het bekende Baris-Riezenkamp-arrest, H.R. 15 november 1957. Misbruik van omstandigheden, H.R. 11 januari 1957 (zie ook N.B.W. 3.2.10.4.) en misbruik van een monopoliepositie, H.R. 24 mei 1968 zijn hiermee associatief te behandelen.

(31) Zie ook Eggens, Verz. W. II, 250.

(32) Om te doen, niet te doen, te geven of te dulden. In deze zin valt rechtsplicht en verbintenis dus samen, zie hierover ook Schoordijk, Gastcollege Suri-naamse Rechtsschool, 19 (1968), anders evenwel Asser-Rutten I, 55.

(33) De oorspronkelijke tekst van Art. 6.1.1.3. gebruikte de term 'redelijk-

disch afdwingbare plichten leiden en dat daarnaast een utiliteitsgrond is vereist. Waar de wet de additionele elementen als schade, aanvaarding, bekrachtiging, behoefte, nood, verrijking en verarming slechts in bepaalde situaties aangeeft (dus m.n. bij verbintenissen uit onrechtmatige daad en uit overeenkomst en in specifieke gevallen daarbuiten) en niet zelf als bron van verbintenis aanvaardt, is de vrijheid van de rechter ook beperkt (34). In dit opzicht is de verruiming van 1919 dus slechts een betrekkelijke geweest en in deze zin moet m.i. de beperking, die Art. 6. 1.1.1. suggereert dan ook worden opgevat (35) en dus niet in de zin van geslotenheid van het systeem zelf.

maatschappelijk' bij natuurlijke verbintenissen, thans (gelukkig) vervangen door 'dringend moreel'. Bij onrechtmatige daad wordt de formule 'hetgeen in het maatschappelijk verkeer betaamt' behouden, Art. 6.3.1.1.(2). Ik meen dat het ook daarbij om een dringendheid moet gaan.

(34) Eggens in zijn bovengenoemd opstel gaat hier mijns inziens verder en geeft geen werkelijke criteria voor de rechtsvinding in deze (blz. 246), verwijst (gemaakshalve) naar Scholten's Algemeen Deel, spreekt nochtans van nakoming onder dwangsom (blz. 247). Van Dunné sluit hier geheel bij Eggens aan, ook onder verdere verwijzing naar Scholten's Algemeen Deel (Diss. blz. 222v. zie ook Van Dunné's zeer interessante artikel over de rechtsvinding in Schooten's Algemeen Deel, *NJB*, 813 (1971)).

(35) Art. 6.1.1.1. zegt thans heel eenvoudig: 'verbintenissen kunnen slechts ontstaan indien dit uit de wet voortvloeit'. In de oorspronkelijke tekst stond: 'naast overeenkomst en onrechtmatige daad zijn ook andere feiten bron van verbintenis, indien zulks uit de wet voortvloeit', een ruimere formule dus. Het woord 'voortvloeiën' laat echter enige ruimte toe aangezien het voortvloeiingsproces verder niet wordt gedefinieerd. De vraag is of de formule van het N.B.W. ruimte laat in het bijzonder voor de precontractuele en postcontractuele verplichtingen en voor de regel van Quint-Te Poel. De toelichting blijft hier vaag, spreekt over analogische wetstoepassing. De bedoeling van de wetgever is de redelijkheid en billijkheid als bron van de verbintenis uit te sluiten. Daarmee kan men zeer wel instemmen, zie ook paragraaf 2.3. hieronder. Deze begrippen hebben geen omlindigheid en grote onzekerheid zou het gevolg zijn. Afgezien van het feit dat het N.B.W. in zijn uitwerking hier echter geenszins consequent is, zoals hieronder ook nog aan de orde zal komen, kan de formule van Art. 6.1.1.1. echter nooit betekenen dat aan de ethische principes die zich in onze maatschappij ontwikkelen in het recht geen uitdrukking kan worden gegeven. Terecht zegt Schoordijk dat de rechter hier autonoom is, men kan het arrest van 1919 niet terug draaien (*W.P.N.R.* 5314 (1975)). Ziet men de goede trouw ter onderscheiding van de redelijkheid en billijkheid als niets anders dan een ander woord voor de dringende ethische gedragsnorm, dan is het duidelijk dat Baris-Riezenkamp, Quint-Te Poel (afgezien dat Art. 6.4.3.1. de actie uit ongerechtvaardigde verrijking in het algemeen erkent) en in feite de notie dat de

Zoals gezegd, uitgangspunt van het verbintenisrechtelijk systeem is de aansprakelijkheid voor gewild en voorzien gevolg indien daarbij het gedrag van de handelende persoon moreel verwijtbaar is en de ander praktisch benadeelt of anderszins in aanzienlijke verlegenheid brengt. Daarnaast staat dan, in een systeem van geleidelijke overgangen, een zekere mate van risico aansprakelijkheid, incidenteel aan te nemen. In een ontwikkelde rechtsorde kan het daar echter niet bij blijven en de afdwingbaarheid van een bepaald gedrag ter vermindering van averechts gevolg is eveneens een dringende eis. Bepaling van het *vereiste gedragspatroon* is in feite *de crux* van het hele moderne rechtssysteem (36). De vraag is hoe men in voorkomende gevallen tot een *definitie* van dat gedrag kan komen.

Waar aansprakelijkheid voor ongewenst gevolg wordt aangenomen, als bij onrechtmatige daad, daar wordt het vereiste gedrag bepaald door de *voorstelling* van de mogelijke gevolgen welke, zouden ze intreden, voor rekening van de desbetreffende partij zouden zijn. Het is duidelijk dat men hier in grotere problemen komt naarmate de aansprakelijkheid meer in de richting van risicoaansprakelijkheid gaat, dus waar de band met het voorzienbare en waarschijnlijke binnen het ethisch laakbare wordt verslapt of waar nalatigheid en zorgeloosheid eveneens tot aansprakelijkheid voor de gevolgen zou leiden. Bij pure gevolgsaansprakelijkheid, waar dus het gedrag van de debiteur niet in kwestie is, is het ook niet mogelijk tot een gedragslijn ter voorkoming van schade of nood te komen en de gelaedeerde partij zal moeten accepteren wat komt en zijn troost moeten vinden in een afwentelen van de lasten zo die al voor effectieve afwenteling in aanmerking komen. In wat traditioneel de contractuele situatie heet ligt de zaak in zoverre anders dat in het contract zelf een bepaald gedrag of een begin daarvan is gegeven. Ziet men scherper toe dan gaat het slechts om een graduëel verschil. Bij onrechtmatige daad wordt uit de voorzienbaarheid van *ongewenst* gevolg een bepaald gedrag afgeleid, het is het geval van de Zutphense waterleiding; bij contract is het uit de voorzienbaarheid van *goede trouw* ons hele recht doortrekt (zie ook Asser-Rutten II, 250) onder het beginsel van Art. 6.1.1.1, nauwelijks kunnen komen te vervallen. Met een enkel ongeluk zal dit artikel t.z.t. ongetwijfeld in de hier aangegeven trant worden uitgelegd.

(36) Legt men de nadruk op het te volgen gedragspatroon dan is het beter de term verbintenis uit onrechtmatige daad geheel te vermijden. Het is de moderne gedachte van de Zutphense waterleiding waarom het hierbij allereerst gaat.

wenst gevolg (37). De daad van het aanbod schept verplichtingen in termen van het gewilde en voorzienbare gevolg, waaronder ook opgewekt vertrouwen kan vallen; niet anders is het met de daad der aanvaarding. Hopelijk zullen beide in elkaar grijpen en vooral wanneer er een gezamenlijk dokument is mag men daar veelal van-

(37) Als men de zaak zo stelt, dan gaat het in beide gevallen om een zedelijke eis, welke, bij voorzienbaarheid van schade of nood, tevens juridische eis is. Aan de andere kant steunt het vereiste gedrag, juist vanwege de voorzienbaarheid, uiteindelijk weer op de individuele voorstelling. In beide gevallen is er dus een sociaal en een individueel element. De rechtsgevolgen van niet nakoming van de plicht zijn alleen op praktische gronden voor beide gevallen tot op zekere hoogte anders gerekend, zo Meijers, *Algemene Begrippen*, 304 (1948). Bij de onrechtmatige daad is de zedelijke eis *specifiek*, bij het contract *algemeen* na een keuze te hebben gelaten aan partijen om, behoudens dwingende wetsbepalingen, hun eigen rechtsverhouding vast te stellen. In dit verband sprak Van der Heyden van de individuele rechtsorde (contract) tegenover de sociale (onrechtmatige daad), *R.M.* 1928, waarmee echter ten aanzien van de laatste nog niets omtrent de individueel te volgen gedragslijn was gezegd, welke tenslotte, zoals in dit opstel steeds volgehouden, bij de individuele voorstelling van zaken aanknoopt. Nu wezen Eggens, *Verz. Werk II*, 237, Bregstein, *Verz. Werk I*, 201 en vele anderen (waaronder al Jansma in zijn dissertatie in 1913) er anderzijds juist op dat men zich in een contract aan veel bindt dat men niet kent in termen van de feiten, goede trouw en billijkheid en (dwingende) wetsbepalingen, en vooral Eggens wilde van een individuele rechtsorde daarbij niet weten. Beekhuis, *Hand. N.J.V.* 1948, sprak in de discussie over algemene voorwaarden in dit verband van het autonome en heteronome gedeelte van de overeenkomst, waarbij ik trouwens moeite heb met zijn gedachte dat het heteronome deel zonder meer unilaterale condities van de andere partij kan inhouden. Als bij bindend advies (zie Haardt, *Hand. N.J.V.* 1948) en (onherroepelijke) volmacht, moet ook hieraan m.i. een speciale akkoordverklaring of minstens opgewekt vertrouwen aan het geval ten grondslag liggen, waarbij de *normale* regels gelden. Hoe dan ook, m.i. gaan in dit alles het sociale en individuele hand in hand zonder nochtans in elkaar op te gaan. Bij de overeenkomst blijft derhalve de wil van partijen zonder bezwaar niet alleen de motor van het contract maar kan ook, behoudens dwingende wetsvoorschriften, verder alles regelen zo de contractanten dat wensen. Bij ons komt dit extra duidelijk uit omdat het B.W. de mogelijkheid van gerechtelijk uitstel van Art. 1244 Cc en de *laesio enormis* van Art. 1674 Cc niet heeft overgenomen en de H.R. de leer van het *iustum pretium* bij herhaling heeft verworpen. Daarbij komt het vervallen van het *causa* vereiste in het N.B.W. en de weerstand die de notie van de derogerende werking van de goede trouw nog steeds ondervindt en terecht althans voorzover er van duidelijke afspraken sprake is. Niettemin kan de onzedelijkheid van de afspraak zelf als verdere uitwerking van de ethische norm tot nietigheid van de overeenkomst leiden, door wetsduiding (Art. 1371/3 B.W.) zelfs zonder dat daardoor schade of nood is veroorzaakt. Is die schade of nood er, dan kan m.i. echter ook zonder die aperte onzedelijkheid sprake zijn van derogatie.

uitgaan (38). Men moet er evenwel oog voor hebben dat dit in elkaar grijpen dikwijls niet precies het geval is, ook niet wanneer er een dokument is geproduceerd, minder mogelijkerwijs naarmate dit laatste eenzijdig of voornamelijk eenzijdig is opgesteld. Vermijdt men met Van Dunné (Diss. blz. 181) liever de term tweezijdige rechtshandeling bij overeenkomst (39), dan is de uitleg van de contractuele rechtsplicht van partijen ook *niets anders* dan een causaliteits- en toerekeningsvraag waarbij dus bij de wil en voorstelling van iedere partij afzonderlijk wordt aangeknoopt en waarbinnen, zoals hierboven in paragraaf 2.1. gezegd, een zekere ontwikkeling in de richting van risico-aansprakelijkheid mogelijk is (40). Waar deze echter, zelfs indien verruimd in de zin van een zekere risico-aansprakelijkheid, niet in elkaar grijpen, daar is het een kwestie van rechterlijke beoordeling of de ene partij de ander nog gebonden mag houden. Daarbij moet men de praktische problemen m.i. niet overdrijven, zeker niet wanneer men de overeenkomst niet uitsluitend ziet als een vaststaande afspraak maar mede als een kader waarbinnen partijen, speciaal bij duurverhoudingen, constant nieuwe afspraken (moeten) maken (zonder er zichzelf als zodanig dikwijls van bewust te zijn). De verschillen in opvattingen worden daarbij doorgaans overbrugd in een geest van samenwerking. Niettemin zal in voorkomende gevallen de rechter moeten beslissen of de afstand niet zo groot is dat er tot een niet bestaan contract moet worden besloten (mogelijk met afrekening tussen partijen

aan het overeengekomene wanneer de ethische norm *zeer sterk* spreekt en de schade of nood *direct* voorzienbare gevolg is van het handelen van de optredende persoon. Het is mogelijk een kwestie van de *specifieke* ethische eis tegenover de *algemene* (nakoming), waarbij de eerste, bij te verwachten schade als rechtseis tegenover de tweede, de boventoon kan voeren.

(38) De gedachte dat woorden op zichzelf nimmer duidelijk zijn, zoals met name Bregstein heeft beweerd, Verz. W. I., 217, is daarbij m.i. niet anders dan produkt van elegant intellectualisme, zie hiertegen ook Kisch, *W.P.N.R.* 5314 (1975). Het probleem is doorgaans niet dat men niet meer weet wat men wilde of dat wat men zei niet duidelijk was maar veeleer dat men het gewilde niet meer wenst of de consequenties ervan niet vermag te aanvaarden.

(39) Dat de consensusgedachte op zichzelf onzuiver en gedrongen is bleek duidelijk in het geval van Lindeboom-gem. Amsterdam, H.R. 19 december 1969. Het N.B.W. in Art. 3.2.2., Art. 3.2.3. en Art. 6.5.2.1. gaat op deze problematiek van de niet consensuele overeenkomst niet werkelijk in, maar men moet toch aannemen dat ook dit soort verbintenis door Art. 6.1.1.1. niet terzijde wordt geschoven.

(40) Zie ook noot 18 voor de hier verworpen notie van 'redelijke toerekening'.

voorzover er gedeeltelijk is gepresteerd en daartoe dringende redenen aanwezig zijn waarbij in aanmerking valt te nemen dat beiden risico droegen voor de bestaande toestand). Wil men de overeenkomst in principe laten bestaan, dan moet het (additionele) gedrag gededuceerd worden uit een verder uitspinnen van de toerekenbare schijn of het opgewekte vertrouwen in de zin van risico aansprakelijkheid. Dit is evenwel geen eenvoudige bezigheid, een punt waaraan mijns inziens veelal voorbij gegaan wordt door hen die het opgewekte vertrouwen steeds centraal willen stellen. Zoals gezegd is bij pure risico-aansprakelijkheid het deduceren van het vereiste gedrag vrijwel onmogelijk (tenzij men volledig op de subjectieve voorstelling van de vertrouwende partij zou mogen afgaan) vooral wanneer het niet gaat om de verkoop van één bepaalde zaak, maar eerder om een duurverhouding met een heel samenstel van rechten en plichten. Vereist men voor de verbindendheid van een contract een begin van uitvoering en bijgevolg schade bij discontinuering, mijns inziens in ieder geval van belang naarmate er minder van een consensus sprake is geweest, dan wordt hier althans, als bij onrechtmatige daad, het vereiste gedrag mede bepaald door de eis dat schade wordt voorkomen, voorzover tenminste in zedelijke zin van een dringende plicht daartoe mag worden gesproken, waardoor wij terug zijn bij de verwijthbaarheid.

Er bestaat dus geen twijfel over dat waar de wil van partijen, al of niet in consensus gedachte, te kort schiet en er toch een overeenkomst wordt aangenomen, de aard der verplichtingen van partijen problematisch is. Er is hier een grotere ruimte voor de creativiteit van de rechter, een creativiteit die echter haar grens vindt (geheel afgezien van theoretische overwegingen) in de praktische omstandigheid dat geen rechter in staat is om met name in duurverhoudingen te zeggen wat tussen partijen werkelijk mogelijk is en om een atmosfeer te creëren die een getrouwe uitvoering mogelijk maakt. Voor zover men al een risico-aansprakelijkheid van partijen aanvaardt in dit verband, en deze is zelf uitzondering, is er eenvoudigweg een gebrek aan ethische principes waarop de rechter zich baseren kan (41). In ons systeem zou het resultaat van een wijd gebruik door de rechter van zijn creativiteit onder deze omstandighe-

(41) Men zou mogelijk kunnen denken aan het *iustum pretium* of bij de moeilijkheid te zeggen wat in dit verband een juiste balans is op zijn minst aan de *laesio enormis*, de buitengewone onevenwichtigheid, maar uit deze principes zelf is geen contract te deduceren.

den slechts leiden tot een verregaand compromiteren van de rechterlijke macht.

Het is thans de hoogste tijd terug te keren tot het eigenlijke onderwerp van dit preadvies met de algemene opmerking dat het vorenstaande ertoe leidt dat wanneer de verhouding tussen partijen niet herleid kan worden tot wat ieder uitgaf voor zich te willen en partijen daarbij als consequenties hebben voorzien, men juridische gebondenheid nog niet hoeft uit te sluiten maar dat het dan wel, in de zin van risico aansprakelijkheid, een kwestie wordt van werken in de marge, waarbij de inhoud van de verplichtingen zelf problematisch is indien men zich althans niet overgeeft aan een alles of niets redenering en dus binnen het geheel van de contractuele bedingen, inclusief algemene voorwaarden, wil zien wat werkelijk verbindt. Daarbij werd er hierboven reeds op gewezen dat de taak van de gebruiker van algemene voorwaarden er niet slechts in kan bestaan een handtekening van de adherent te verkrijgen op een stuk papier dat ergens algemene voorwaarden bevat of daarnaar op de een of andere manier verwijst. In een *open* systeem van verbintenissen, dus van rechtsplichten, moet de gebruiker daarbij in principe aansprakelijk geacht worden voor de door hem gehanteerde methode en hij kan zijn handen er niet vanaf trekken door op enige ondertekening te wijzen. In deze zin is het verschil met de situatie in 1948 toen dit onderwerp voor het laatst werd besproken (naast het veel veelvuldiger gebruik van algemene voorwaarden en het consumentenaspect) ongetwijfeld het bestaan van het Baris-Riezenkamp arrest en de hele revaluatie van het verbintenissenrecht in dat licht. Wij aanvaarden thans immers dat binnen het kader van het voorzienbare, de gebruiker bij het afsluiten van het contract gebonden is om schade en nood bij de adherent te voorkomen. De gebruiker staat derhalve in een verhouding van *precontractuele* goede trouw tot de adherent. Dit sluit allereerst een *inlichtingenplicht* in, waarvan de aard afhankelijk is van de situatie. De gebruiker kan zich daar mijns inziens niet van af maken met verwijzing naar deponering van zijn algemene voorwaarden bij deze of gene rechtbank of notaris. Dit deponeren heeft zelf immers geen enkele rechtsbetekenis, is tot op zekere hoogte zelfs misleidend omdat het de schijn wekt dat de inhoud der algemene voorwaarden door de betreffende instanties zou zijn goedgekeurd en legt in ieder geval op de adherent een naar het schijnt geheel onno-

dige last. Evenmin kan de gebruiker zich daarbij veelal verlaten op een rij van eindeloos dorre bepalingen. De *manier waarop* hierbij naar algemene voorwaarden wordt verwezen dient verder in aanmerking te worden genomen. Is één der partijen met het optekenen van de overeenkomst belast en gebruikt hij die gelegenheid om op het briefpapier of anderszins te verwijzen naar zijn algemene voorwaarden dan is dat zonder verdere explicaties een omstandigheid die tot culpa in contrahendo kan leiden, afhankelijk mede van de tijd en mogelijkheden aan de ander geboden om hierin de nodige rectificaties aan te brengen.

Tekent de adherent een stuk papier dat een verwijzing naar algemene voorwaarden insluit of er zelf enige bevat (op ommezijde of anderszins), dan moet die ondertekening mede in dit licht worden gezien. Dat neemt niet weg dat de adherent voor zijn *ondertekening* van zijn kant verantwoordelijkheid draagt en zelfs als van de inhoud der condities niet wordt geweten in principe bereid moet zijn voor zijn directe of indirecte akkoordverklaring in te staan. De rechtspraak moet hier terecht de hand aan houden, maar mijns inziens niet in de zin, zoals Rutten het wil (42), van een algehele wilsonderwerping sans plus. Het zou neerkomen op de erkenning ten volle van de verklaringstheorie. Essentieel in dit alles is mijns inziens dat men slechts gebonden is aan wat men wil of als gevolg van zijn willen kon voorzien. Aansprakelijkheid voor wat men zorgeloos of nalatig tekende kan, zoals uit het voorgaande volgt, slechts onder *bepaalde omstandigheden* worden aangenomen waarbij in casu de houding van de gebruiker (of zo men wil diens eigen schuld en risico) *mede bepalend* is.

Verlaat men zich hier op de vertrouwenstheorie dan ben ik het met Stein in zoverre eens (43) dat de adherent veelal geen andere schijn heeft opgewekt dan direct volgt uit het simpele feit van ondertekening van het desbetreffende document. Wil men zeggen dat dit toch de gebruiker het vertrouwen mocht geven daarop af te kunnen gaan dan moet dat in zijn algemeenheid stellig worden *ontkend*. Want dat zgn. vertrouwen waarop de gebruiker zich dan zou beroepen is in feite *door hem zelf* veroorzaakt. Zegt Hondius (Diss. blz. 400) dat aan Zeylemakers wilsleer (44) (die eigenlijk

(42) Asser-Rutten II, 77.

(43) Diss. blz. 152 (1957).

(44) Hierbij dient in aanmerking genomen te worden hetgeen over Zeylemakers benadering werd gezegd in noot 4. Hij heeft in feite geen oog voor de situatie

een verklaringsleer is) het vertrouwenselement moet worden toegevoegd, dan wil dat m.i. (met verwijzing naar wat hierboven over de achtergrond en mogelijkheden van de leer van het vertrouwen is gezegd) niets anders betekenen dan dat men, de verklaringstheorie verlatend, hier inderdaad een verregaande *beperking* van de gebondenheid moet verwachten. M.a.w. men gaat van een ruime risico-aansprakelijkheid naar een wilsaansprakelijkheid met eventueel een zekere risico-aansprakelijkheid voorzover deze meteen bij de wilsaansprakelijkheid aansluit. De onus ligt dan onder omstandigheden niet of in ieder geval niet alleen bij de adherent maar de vraag is eerder in hoeverre, gezien ook zijn precontractuele plichten en aansprakelijkheid voor de gebruikte methode, de gebruiker op de schijn van wil sprekend uit de handtekening *mag* afgaan, welke benadering in feite een aanzienlijke limitering kan inhouden. Daarbij acht ik het niet uitgesloten dat de gebruiker die geen beroep kan doen op eventuele verplichtingen van de adherent als voorzien in de algemene voorwaarden daaraan zelf wel (geheel of gedeeltelijk) gebonden kan zijn voorzover hij althans zelf vertrouwen t.a.v. eigen verplichtingen daarin begrepen heeft gewekt of ze uitdrukkelijk heeft aanvaard. Dit is echter niet alles, want overwogen dient voorts te worden, althans naarmate er minder van duidelijke instemming van de adherent sprake is, in hoeverre dat zgn. opgewekte vertrouwen dat uit de ondertekening zou blijken nu werkelijk enig verschil maakt voor de gebruiker. Met andere woorden in hoeverre is het *relevant* binnen het kader van de hele transactie. Staat en valt deze ermee of moet men de algemene voorwaarden zien als niet meer dan additionele franje waarbij de gebruiker t.z.t. nog wel zal zien in hoeverre hij er gebruik van zal maken. In deze zin ondergraaft mijns inziens het zgn. *coulance* argument, vaak gebruikt als steun en rechtvaardiging van het systeem (afgezien dat naar de ervaring leert deze coulance wanneer het er werkelijk op aan komt nauwelijks werkt), juist deze hele benadering van gebondenheid o.g.v. vertrouwen. Wat verder te denken van de gebruiker die zelf zijn algemene voorwaarden niet kent; ik maak mij sterk dat dit bijv. het geval was met de gedeponeerde voorwaarden van Van Opstalls (45) huisschilder, of van de gebruiker die weet of kon weten dat buiten de handel, dus buiten wat ik hier de professionele sfeer noem. Hondius, Diss. 240, meent zelfs dat Zeylemaker algemene voorwaarden waarnaar slechts wordt verwezen eigenlijk geheel niet in zijn beschouwing betreft. (45) W.P.N.R. 4735 (1962).

zijn algemene voorwaarden uit andere hoofde mogelijk nietig waren, bijv. als een conditiekartel, zoals mijns inziens de Nederlandse bankvoorwaarden (46), en ze desalniettemin toch blijft gebruiken, vermoedelijk met het gevoel van beter iets dan niets. Wanneer men voorts met mij wil aanvaarden dat naarmate er minder is geweld van de kant van de adherent er sprake moet zijn van een onvoorzien nadeel bij de gebruiker bij niet nakoming door de eerste, wil er van een overeenkomst nog sprake kunnen zijn, dan is er ook op dit punt voor de gebruiker een probleem naarmate de voorwaarden meer gestandaardiseerd worden, d.w.z. verder verwijderd raken van de essentie van de 'deal', dus meer gezien moet worden als een abstracte protectie, een soort ring om de citadel. Mag mag men dit

(46) De Nederlandse banken hebben het nooit nodig geacht in Brussel een negatieve verklaring te zoeken voor hun onderlinge afspraken. Inmiddels schijnt de kwestie van de Nederlandse interbankovereenkomsten in onderzoek te zijn bij de Commissie van de E.G., zie ook C.C.H. Common Market Reporter, A 9943 t.a.v. Question no. 795/76 en J.O. no. C. 94, 18 april 1977.

Inhoudelijk is op deze voorwaarden indertijd veel kritiek uitgeoefend, zie met name Van der Grinten in de N.V. 1965 waarna tot enige aanpassing werd besloten. Onereus blijven de condities met name in de wijde parate executierechten, bezwaarlijk vooral wanneer de bank zelf fouten heeft gemaakt. Niemand zal betwisten dat de banken een retentierecht hebben t.a.v. de goederen die zij van hun client onder zich hebben (zie ook Art. 1766 en 1849 B.W.) maar de normale rechterlijke controle bij geschillen en bij de executies die daaruit voortvloeien wordt node gemist waar informeel een pandrecht is bedongen en aanvulling van tegoeden kan worden gevraagd zelfs wanneer de vermindering van deze tegoeden aan het gedrag van de bank zelf is te wijten. Deze omstandigheden sluiten de mogelijkheid van ernstig misbruik in zich, nl. de mogelijkheid van eigenrichting.

Wat betreft de bescherming van effectenbezit hebben de Nederlandse banken, anders dan in sommige andere landen (waaronder Zwitserland), bij de invoering van het giraal effectenverkeer de algemene voorwaarden route niet willen kiezen en terecht op een wettelijke regeling aangedrongen. Daarbij blijven de algemene voorwaarden echter van groot belang. Men zal t.z.t. uit de aanpassing van bankvoorwaarden moeten zien hoe met name de rechten van de bank t.a.v. beheer en beschikking over het loro bestand in het verzameldepot worden geregeld. Voor zover ik kan zien biedt de wet een bij uitstek geringe protectie tegen beschikking door de bank over dit bestand en in feite ook over het aandeel in het girodepot ten eigen behoeve, een omstandigheid die in een deconfiture alle andere zakenrechtelijke protecties illusoir kan maken. Zoals te verwachten was, blijken banken in de praktijk onwillig om op verzoek het oude systeem van nummering van effecten voort te zetten. Gevolg is dat er hier een wettelijke regeling is ontworpen die, met beroep op de eisen van het verkeer, aanzienlijk ongunstiger voor de clientèle is uitgevallen dan algemene voorwaarden vermoedelijk wel hadden kunnen zijn.

alles zo zien — en het is een feitelijke kwestie in hoeverre de adherent wist of door professionele begeleiding, indien in zijn geval normaal, in de gelegenheid was te weten of moest weten en in welke mate de gebruiker inderdaad moeite heeft gedaan om de adherent met het oog op diens belang de portee van zijn voorwaarden te laten verstaan of dit juist bemoeilijkt heeft en in hoeverre hij inderdaad op de algemene voorwaarden steunde bij het aangaan van de transactie en in hoeverre deze inderdaad met de 'deal' zelf zijn verbonden en er een begin van uitvoering is geweest — dan kan men mijns inziens in vele gevallen en met name ook in de consumentensfeer rustig stellen dat het *enige* vertrouwen dat er in juridische zin in feite is opgewekt het vertrouwen is dat de gebruiker met zijn algemene voorwaarden strikt binnen *het normale* is gebleven omdat hij dikwijls die voorzienbare indruk zal hebben gewekt. Daarbij behoeft m.i. niemand onder normaal te verstaan (afgezien van de inhoud zelf) algemene voorwaarden in de trant van een juridisch handboek. Wat normaal is valt veelal (en zeker buiten de professionele sfeer) in simpele termen uit te leggen — het verbaast mij vaak hoe gemakkelijk dat een verkoper afgaat of in een verkoopsprospectus kan worden gezegd en onder de aandacht van de adherent kan worden gebracht. Wil men mij hierin volgen, dan wil dat ook zeggen dat een niet gering deel van de problemen van en onvrede met algemene voorwaarden, met name buiten de professionele sfeer, ligt in juridische verbositeit waarvan de noodzaak vaak moeilijk valt in te zien en waarvoor wij (juristen) allen zelf een zekere verantwoordelijkheid dragen.

Als in een gewoon contract, bindt derhalve ook diegene die algemene voorwaarden gebruikt zich daarbij aan een *ongewisse* toekomst, te meer naarmate eigen plichten niet in acht worden genomen en men verder van de professionele sfeer verwijderd raakt. Ik geloof dat men dit rustig zo moet stellen. Het zijn de algemene principes van ons verbintenissenrechtelijk systeem zelf die tot deze conclusie dwingen en er zit niets verbazingwekkends in, want er is tenslotte *absoluut geen reden* om bij standaardvoorwaarden een bezwarender regeling voor de adherent te volgen dan het geval geweest zou zijn indien hij een normaal contract had ondertekend en voorzover in ons land al de (m.n. lagere) rechtspraak soms de indruk zou wekken een ander regime voor algemene voorwaarden te practiseren afwijkend van het geldend recht bij contracten in het algemeen, valt dit te betreuren.

Stelt men dat bij algemene voorwaarden, zeker in de consumentensfeer maar ook elders waar van de inhoud van de condities niet gemakkelijk kennis kon worden verkregen, de gebruiker het *risico van het normale* heeft, indien hij de indruk van het normale heeft gewekt, en dat dit dan veelal wel *het meeste* zal zijn waaraan de adherent gebonden mag worden gehouden, dan is er bij afwezigheid van het in elkaar grijpen van de respectievelijke willen en in de mate daarvan, ruim baan voor gerechtelijke toetsing van de voorwaarden zo men in de zin van risico-aansprakelijkheid dus, gezien met name de handtekening, al gebondenheid van de adherent aanneemt (en dat kan zoals gezegd onder deze omstandigheden op zichzelf al een uitzonderlijke situatie zijn). De twee uiterst belangwekkende *practische* vragen die daarbij echter rijzen, zo men bij de afwezigheid van een duidelijke afspraak van aanvullende en deugterende toetsing in de zin van het normale uitgaat, zijn eerstens wat de rechter hier in feite kan doen behalve wat trekken in een andermans algemene voorwaarden en voorts of de bescherming die zo in principe kan worden verschaft er werkelijk één is die in de praktijk voldoende zal blijken te zijn. Aan de ene kant gaat het dan om de niet geringe vraag: wat is normaal in de afwezigheid van duidelijk te volgen ethische gedragsnormen binnen het kader van een veelal vrij technische regeling en aan de andere kant om de vraag of, in de afwezigheid van de mogelijkheid van een algemene onverbindende verklaring, niet de enkeling die de moeite nemen kan om te procederen daardoor onevenredig wordt bevoordeeld. Daarbij moet men ook in aanmerking nemen dat in een geciviliseerde maatschappij het merendeel van de bevolking immer een proces uit de weg zal willen gaan, nog afgezien van de kosten en andere bezwaren. Het is niet onwaarschijnlijk dat menig gebruiker hierop speculeert en met de dreiging van actie zijnerzijds nakoming van zijn voorwaarden indirect afdwingt. Geheel afgezien van de juridische positie, moet de 'nuisance value' van deze voorwaarden voorzover gebruikt in de niet professionele sfeer en in feite ook wel daarbinnen niet worden onderschat. Bij het afdwingen spelen dan, geheel afgezien van de vraag van verbindendheid en inhoud in ieder individueel geval, de bekende vragen van misbruik van omstandigheden en recht. Naast de voorvraag van de verbindendheid van algemene voorwaarden zelf, ligt mijns inziens in de bovengenoemde twee aspecten de essentie van het hele fenomeen der algemene voorwaarden zoals zich dit thans in ons soort maatschappij manifesteert.

2.3. Deze gedachten zullen in het vierde deel van dit preadvies nog nader worden uitgewerkt aan de hand van de rechtspraak, hier en elders. Voordat het zover is, is het nodig aandacht te schenken aan het argument dat, gezien het feit dat er in de praktijk een grote *behoefte* aan algemene voorwaarden zou bestaan, uit dezen hoofde zelf verbindendheid moet worden aangenomen. Dit is in feite de gedachte van Stein waarbij Sluijter zich heeft aangesloten (47). Zij gebruiken daarbij de formule dat gebondenheid moet worden aanvaard zolang de adherent de condities maar kon kennen, daarbij dus de last van het gebruik van algemene voorwaarden op de adherent leggend. Nauw sluit bij deze zienswijze aan dat het *maatschappelijk gezien redelijk en billijk* is dat de adherent aan voorwaarden die hij kon kennen is gebonden. Ruwer maar directer is Rutten wanneer hij zegt dat in ieder geval de mening dat men niet gebonden zou zijn tot ongerijmde gevolgen zou leiden, immers het gehele rechtsverkeer op losse schroeven zou zetten (48). Dat valt evenwel te bewijzen. In ons omringende landen wordt kennelijk zonder veel bezwaar sterker aan de normale contractuele bescherming in deze vastgehouden; ik denk dan met name aan de situatie in België, Luxemburg en Frankrijk.

Hierboven rees reeds de vraag in welke mate er een werkelijke behoefte is aan algemene voorwaarden, m.a.w. hoe essentieel zijn deze nu eigenlijk voor de gebruiker, hoe serieus verlaat hij zich er op en is het voor hem een essentiële factor bij het aangaan van de transactie. Het valt aan te nemen dat er hier aanzienlijke verschillen zullen bestaan. Een tweede punt is in welke mate het nodig is dat deze algemene voorwaarden zo dikwijls in een absoluut onbegrijpelijk jargon zijn gestoken, nog afgezien van de lengte en de manier waarop ze zijn gedrukt, en of in voorkomende gevallen depondering in plaats van een begrijpelijke dosering de enige mogelijkheid is. Derdens is er de vraag of gezien het aantal gevallen waarin de gebruiker inderdaad een beroep op zijn algemene voorwaarden moet doen en gezien ook zijn draagkracht zulke technische en vaak scherp geredigeerde condities werkelijk nodig zijn.

Zijn hier waarschijnlijk in veel gevallen een aantal vraagtekens op hun plaats, er staat tegenover dat uit de aard der zaak de meeste contractuele protecties bij de uitvoering van de overeenkomst nooit ter sprake komen, hetgeen op zichzelf nog niets wil zeggen

(47) Stein, Diss. blz. 154; Sluijter, Standaardvoorwaarden, 13.

(48) Asser-Rutten II, 77.

omtrent de noodzaak voorzieningen te treffen aangezien men zich juist in een contract tegen allerlei mogelijke eventualiteiten pleegt te beschermen waarvan de meeste zo niet alle zich hopelijk nooit zullen voordoen. Een 'dosis overkill' is derhalve geheel niet ongebruikelijk en men kan stellen dat een voorzichtig zakenman daarop zal willen insisteren. Waar er van een veelheid van gelijksoortige relaties sprake is, is het, om aan de veilige kant te blijven en gezien het grote aantal mogelijke complicaties waartegen men zich dan in moet dekken, daarbij ook onvermijdelijk dat de frasering zeer juridisch wordt, waarbij men, zeker indien men een groot publiek bereikt, met de grootste 'sharks' rekening dient te houden (49). Daarbij komt dat voor bepaalde transacties als die van huurkoop, hypotheek en verzekering nu eenmaal toch een acte is vereist waarbij het voor de hand ligt dat de dienstverlener zich met het opstellen van de acte belast en daarbij uiteraard zijn eigen ervaring inbrengt. Een ander belangrijk punt voor de gebruiker en daarbij indirect ook voor de adherent is bovendien de kostenfactor, niet alleen in het opstellen van het contract maar speciaal in het calculeren van de prijs van het product of de dienst waar het om gaat waarbij de contractuele risicoverdeling van groot belang kan zijn. Men ziet dit uiteraard het sterkst in verzekeringspolissen maar het speelt in feite over de gehele linie een rol. Hierop wordt in paragraaf 3 ook nog teruggekomen. Stelt men de zaak zo algemeen, dan kan het ook zijn dat in tijden van economische teruggang bescherming van bedrijven door algemene voorwaarden gewenster kan worden geacht dan in betere tijden, een ander verschil mogelijk met de situatie in 1948.

Afgezien nu van de vraag of de voorzichtige zakenman in bovengenoemde zin in ons tijdsgewricht werkelijk bestaat of met dit soort voorzichtigheid allang failliet is gegaan, dus afgezien van het feit dat naar de ervaring leert bij een evenwicht van partijen de 'dosis overkill' snel pleegt te verdwijnen en indien de belanghebbende de transactie maar voldoende wil (en dat geldt zelfs voor verzekeringen), kan men ongetwijfeld een aanzienlijke sympathie voor bovengenoemde gebruikersargumenten opbrengen. M.i. ligt de *rechtvaardiging* van vele standaardbedingen thans eigenlijk hierin dat — naast een eenvoudiger administratiemogelijkheid op lager niveau en afgezien van situaties waarin de wet een acte verlangt of deze gezien de gecompliceerdheid van de rechtsverhouding op

(49) In deze zin Scholtens' Hand. N.J.V. 1948.

zichzelf is geboden en verder afgezien van het element der kostenverdeling en gegeven voorts het feit dat de gebruiker over het algemeen heel goed in staat zal zijn een enkel ongeluk ook zonder algemene voorwaarden op te vangen — de gebruiker bij een onfortuinlijke samenloop, waar bijv. te goeder trouw op grote schaal een produkt of dienst is verkocht welke niet aan de specificaties voldoet, een totale 'run' op zijn bedrijf wil voorkomen, of dat de gebruiker, waar bij een veelheid van gelijksoortige transacties de kleine kans op een excessief grote schade in een individueel geval toeneemt, deze kans wil uitsluiten, of dat hij meer in het algemeen de verregaande belasting van eindeloos veel vaak miniem 'gezeur' wil voorkomen (ook al lukt dat veelal toch niet).

Het punt is evenwel dat op deze wijze de zon gelijkelijk schijnt op de goede en de slechte en dat waar de gebruiker niet kieskeurig wil of kan zijn in het kiezen van zijn clientèle de gevolgen hiervan geheel of gedeeltelijk worden afgewenteld op de adherent. Bovendien zullen de gewoonlijk scherp geredigeerde standaardvoorwaarden wanneer ze eenmaal op de tafel liggen in feite in alle voorkomende gevallen worden ingeroepen, dus ook wanneer er van een 'run' of bescherming tegen een excessief risico in het geheel geen sprake is, omdat zulks nu eenmaal in de aard van de ondernemer, in feite in de aard van de menselijke natuur ligt. Daarbij komt dat er in een bedrijf dikwijls moed voor nodig is om, op het niveau waarop menige klacht wordt behandeld, het besluit tot het niet inroepen van standaardvoorwaarden te nemen indien een suaviter in modo is geboden. Zelfs op hoger niveau speelt de kwestie van het zetten van een precedent. Is er door het bedrijf zelf een fout gemaakt dan zullen diegenen die daarvoor direct verantwoordelijk waren bovendien geneigd zijn zichzelf zoveel mogelijk te dekken door te insisteren op nakoming van de risicobeperkende clausules ten nadele van de adherent.

Bij dit alles valt verder te overwegen dat de kleine ondernemer of zelfstandige die de protectie van algemene voorwaarden mogelijk meer behoeft dan de grote er door gebrek aan faciliteiten vaak niet toe komt een regeling in deze zin te treffen. Gebruikt hij standaardvoorwaarden door zijn organisatie opgesteld dan is het de vraag of hij voldoende zorg in acht neemt en op ondertekening door de adherent (in welke vorm ook) toeziet, of hij daarbij de juiste verwijzingen gebruikt en of de bepalingen op zijn situatie voldoende zijn toegesneden. Niet onwaarschijnlijk is het dat hem veelal het

argument zal treffen dat hij zelf zijn voorwaarden niet kende, laat staan dat de adherent daarvan kennis had moeten nemen.

Hoe dit alles ook zij, indien wij thans terugkeren tot de vraag of redelijkheid en billijkheid of de eisen van het maatschappelijk verkeer de verbindendheid van algemene voorwaarden kunnen dicteren, dan brengt het gestelde in de vorige paragrafen, geheel in overeenstemming met Art. 6. 1.1.1. N.B.W., met zich mee dat deze gronden op zichzelf, dus zonder de hier geponeerde dringende ethische component tezamen met een utiliteitsgrond, geen bron van verbintenissen kunnen zijn en dat dus, voorzover deze overwegingen werkelijk van belang zijn, slechts een wettelijke regeling uitkomst kan brengen indien men dus de toepasselijkheid van algemene voorwaarden wil uitbreiden boven wat ons gemene recht zelf met zich meebrengt.

Dit behoeft enige nadere toelichting, m.n. gezien het gebruik van de redelijkheids- en billijkheidsformule in het N.B.W. Het is vooral Eggens geweest die de *aequitas* of evenredigheid, gelijkheid en redelijkheid of billijkheid als bron van verbintenissen heeft gepropageerd (50). Deze gedachte is ook aan het N.B.W. ondanks Art. 6. 1.1.1. lang niet vreemd. In Art 8 Inl. Titel is misbruik van recht, de plicht dus om zijn recht niet uit te oefenen, niet gedefinieerd in termen van verwijtbaarheid maar eerder in termen van redelijkheid en onevenredigheid van het belang van de eiser en de andere partij. Een zelfde benadering geldt bij het thema van de eigen schuld, Art. 6.1.9.6. (51). Bij misbruik van omstandigheden is deze gedachte niet zo speciaal uitgesproken maar ongetwijfeld impliciet, Art. 3.2.10.4. Stelt men dit alles tegen de achtergrond van het oorspronkelijke Vraagpunt 21 waarbij in het Antwoord het vervallen van het overeenkomene of door de wet bepaalde werd gekoppeld aan onbetamelijkheid in het opeisen van recht (volgehouden in het oorspronkelijke Art. 6.5.3.10 nu vervangen door Art. 6.5.3.1(2)) dan ziet men de progressie of zo men wil de vervlakking. In deze trant werd voor het geval van aanpassing van het contract in geval van gewijzigde omstandigheden, ondanks het feit dat het Antwoord op Vraagpunt 21A daarvoor 'uitermate bezwaarlijke' nakoming eiste, eveneens gekozen voor de redelijkheids- en billijkheidsformule, Art. 6.5.3.11. En het is vervolgens deze gedachte van re-

(50) Verz. Werk II, 249.

(51) Zie ook voornoot 13.

delijkheid en billijkheid die op het hele verbintenissenrecht van het N.B.W. vat krijgt door Art. 6.1.1.2 (1) waarin het beginsel van Art. 1374(3), maar dan in bewoordingen van redelijkheid en billijkheid, tot alle verbintenissen wordt uitgebreid en op verbluffende wijze door Art. 6.1.1.2(2) waaronder in de nieuwe redactie alle verplichtingen uit de wet, gewoonte of overeenkomst toetsbaar worden gemaakt, dit dus ook in derogerende zin (en prima facie op een veel verregaande wijze dan nog in de Inleidende Titel was gecomtempleerd), aan de redelijkheid en billijkheid, waarbij Art. 6.5.3.1(2) meteen aansluit. De term 'goede trouw' wordt in dit alles door het N.B.W. vermeden.

Wat moct men hierbij onder redelijkheid en billijkheid verstaan? Zijn met name Art. 6.1.1.2(2), Art. 6.5.3.1(2) en Art. 6.5.3.1 niet in directe tegenspraak met Art. 6.1.1.1.? Wanneer de Toelichting op het laatste artikel spreekt van de grote onzekerheid die zou ontstaan indien redelijkheid en billijkheid tot afdwingbare verbintenissen zouden leiden, geldt dit zelfde argument dan niet evenzeer voor de andere genoemde bepalingen waarbij verbintenissen worden opgeheven of gewijzigd? Ik meen van wel. Gaat men deze kant uit dan zal ons hele verbintenissenrecht in een systeem van risico-aansprakelijkheid kunnen opgaan waarvoor geen diepere grond valt aan te wijzen dan dat gebondenheid wel (of niet meer) nuttig of redelijk is waarmee in feite het verbintenissenrecht zijn zedelijke ondergrond zou verliezen.

Het probleem is ongetwijfeld dat wat objectief redelijk of billijk is, in feite geen mens weet en wat werkelijk wenselijk of nuttig is nog minder. Ten aanzien van de zedelijke grond van elke buiten de wet of gewoonte te vinden rechtsplicht mag men een communis opinio verwachten. Ten aanzien van wat redelijk is valt in feite geen criterium te vinden. Het punt is dat hetgeen redelijk en billijk is (en nog minder hetgeen nuttig zou zijn) geen aanspraak kan maken op exclusiviteit: het is heel goed mogelijk en komt in feite dagelijks voor dat twee tegenovergestelde posities beide volslagen redelijk zijn. Het is niet voor niets dat Rutten stelt dat er in grote lijnen een communis opinio bestaat omtrent wat behoorlijk en onbehoorlijk is en dat de rechter zijn leidende taak in deze op bevredigende wijze vervult, maar dat dit niet opgaat bij het hanteren van het redelijkheidsbegrip (52). In het laatste geval kan een communis opinio slechts ontstaan door het elkaar (en lagere instanties) de

(52) Asser-Rutten II, 190, 241.

'benefit of the doubt' te geven, een situatie die nooit zelf bevredigend bron van verbintenissen, dus van nieuwe plichten, of van wijziging of opheffing daarvan kan zijn. Wat ook de desiderata van een vlot verkeer mogen wezen, wat men ook wel mag zien als de eisen van de rechtsorde (53) of van het sociaal of in verhouding denken (54), redelijkheid, billijkheid en utiliteit dragen binnen het kader van ons verbintenissenrecht hoogstens een aanvullend karakter (55), ook al is de lijn tussen aanvulling en nieuwe verplichting soms vaag. Iedere andere benadering zou betekenen dat men de wet gesteld krijgt op basis van wat sommigen vinden; in zijn consequentie betekent dit de collectivisering van ons recht (56).

Het is hierbij mijns inziens van groot belang het onderscheid tussen redelijkheid en billijkheid enerzijds en goede trouw anderzijds te bewaren, goede trouw niet in de zin van een grabbelton maar appellerend aan de diepe zedelijke normen in onze maatschappij. Goede trouw in deze betekenis is dan niet anders dan een andere term voor dringende verplichtingen van moraal en fatsoen die met een utiliteitsgrond samen, zoals schade of nood, juridisch afdwingbare verplichtingen creëren en in anticipatie op die schade of nood op grond van de voorzienbaarheid daarvan een bepaald gedrag kunnen dicteren. Tegen deze achtergrond is de gelijkstelling van de redelijkheid en billijkheid met de goede trouw in het N.B.W. een vervlakking die mij persoonlijk onbegrijpelijk is (57). Het zou gehoudenheid kunnen betekenen aan wat men niet weet, voorvoelt of in

(53) Van Dunné, Diss. blz. 273.

(54) Eggens, Verz. W. II, 248.

(55) Zo Art. 1375 B.W. en Scholten, Algemeen Deel, 29 (tweede druk, terwijl ik dit schrijf ontbrekt mij de laatste). Zie ook Asser-Rutten II, 218. Als men eenmaal gewild heeft dan is het niet onbegrijpelijk dat men in de uitwerking ook aan het mindere, nl. aan de redelijkheid als anticipatie op de zedelijke norm, bij wijze van aanvulling is gebonden.

(56) Hierbij sta ik niet in het minst een overdreven individualisme voor. Zoals hierboven reeds bij herhaling gezegd kan de dringende zedelijke norm al het gewilde, vermeende of beoogde opzij zetten en direct een bepaald gedrag vorderen indien anders van schade of nood sprake zou zijn. Maar ik pleit ervoor dat men de limieten van deze benadering sterk in het oog houdt en niet door een vervaging van alle grenzen tot een systeem komt waarin in feite alles mogelijk is. Zie tegen de kwantiteitsgedachte zelf m.n. ook Kisch, *R.M. Themis*, 137 (1955).

(57) Zie in dit verband met name ook de bezwaren van Gerbrandy, *W.P.N.R.* 4789 (1963), van Van de Sande Bakhuyzen, *W.P.N.R.* 5387 (1977) en van Elders, *NJB* 1978.

zijn geweten kennen kan, waardoor iedere rechtsbescherming, ongetwijfeld op ingetogen wijze, zou worden ondergraven. Hoezeer zulks ten nadele van zwakkeren zou kunnen strekken blijkt wel uit de opvatting van hen die het redelijk vinden dat algemene voorwaarden normaliter verbindend zijn. In zijn extremiteit leidt dit dan uiteindelijk tot de bevoegdheid van de rechter zijn wil voor die van partijen in de plaats te stellen 'wanneer naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding (van de overeenkomst) niet mag worden verwacht', Art. 6.5.3.11 N.B.W., waarbij bovendien aan de praktische vraag wat de rechter dan wel zal moeten beslissen en opleggen in een partijverhouding waarvan hij de essentie en mogelijkheden niet kent geheel voorbij wordt gegaan (58). Ook onzekerheid die deze faciliteit met zich meebrengt zal in de praktijk zeer in het voordeel van de economisch sterkeren blijken te werken. Waar geen specifiek gedrag moreel is vereist, komt het rechterlijk ingrijpen aan een eind, en begint, wanneer de wet zelf de verhouding op losse schroeven heeft gezet, het 'free for all'. Waar de termen redelijkheid en billijkheid voor rechterlijke discretie staan meen ik niettemin te mogen aannemen dat de rechterlijke macht zijn eigen limieten in bovengenoemde bij de ethiek aansluitende zin zal (moeten) stellen. Onder het arrest van de H.R. van 16 april 1971 wees G.J. Scholten op de verbreding van het draagvlak door beide termen, dus redelijkheid en billijkheid, tezamen te gebruiken, in tegenstelling tot wat de Inleidende Titel van het N.B.W. doet. Bij de omschrijving van het begrip billijkheid wijst deze Titel (Art. 7) zelf (mede) naar de algemene rechtsbeginselen en de in ons volk levende rechtsovertuigingen. Dit is het richtsnoer en het zal er in voorkomende gevallen toe moeten bijdragen dat de redelijkheid zich niet tegen zichzelf keert.

In het kader van ons onderwerp wil een en ander zeggen dat wat maatschappelijk gewenst lijkt (afgezien van de vraag of men dit op zichzelf gelijk mag stellen met wat een bepaalde gebruiker of gebruikers in het algemeen nuttig voorkomt) of wat redelijk of billijk gevonden wordt niet zelf tot verbintenissen tussen partijen leidt en bestaande verbintenissen niet zonder meer opzij kan zetten. Dat neemt niet weg dat in de uitleg van de verbintenis noties van redelijkheid en billijkheid als een anticipatie op de zedelijke norm maar

(58) Zie ook mijn bijdrage in de Kisch-bundel (1975).

met een lagere graad van dringendheid aanvullend betekenis hebben. Dit alles werkt naar twee kanten. Zegt men dat degeen die op de een of andere wijze algemene voorwaarden of een verwijzing daarnaar heeft ondertekend op basis van de aanvullende redelijkheid dan ook werkelijk gebonden kan zijn dan is dat niet noodzakelijkerwijs onjuist temeer wanneer men aannemelijk kan maken dat de adherent de voorwaarden had kunnen kennen, maar men moet de eisen van de redelijkheid dan wel zien in het licht van de gehele situatie, dus met name ook in het licht van de plichten van de gebruiker en deze, indien ze op diepere gronden van moraal en fatsoen terug gaan, ook zwaarder laten wegen. Aan de andere kant brengen bovenstaande conclusies ook met zich mee dat waar geweten en gewild is en in de mate daarvan, de adherent ook gebonden is en de redelijkheid en billijkheid op zichzelf *niet* voldoende zijn daarin verandering te brengen. Dat wil dus ongetwijfeld zeggen dat indien de adherent een prospectus getekend terugzendt met de belangrijkste voorwaarden en condities daarin in duidelijke en begrijpelijke taal neergelegd hij daaraan gebonden is en op grond van de aanvullende billijkheid eveneens aan de uitgewerkte vorm van deze condities in een dokument waarnaar slechts wordt verwezen, of dat mogelijk pas later komt, bijv. een verzekeringspolis of bevestigingsbrief. Het wil niet zeggen dat ook nieuwe condities op deze wijze in de uitwerking kunnen worden geïntroduceerd, ook al zal de grens tussen wat nieuw en uitwerking is soms moeilijk zijn aan te geven. Zouden de geweten condities op zichzelf onredelijk zijn dan valt daaraan niet veel te doen tenzij de gebruiker misbruik van machtspositie of misbruik van andere omstandigheden maakte in het opleggen van de voorwaarden of naderhand in het eisen van nakoming misbruik maakte van zijn recht (59). Waar de gebruiker, zoals in de vorige paragraaf gezegd, het vertrouwen van het normale heeft opgewekt, is de toetsingsmogelijkheid ongetwijfeld verruimd (60). Dan zijn wij evenwel terug bij de vraag: wat is normaal.

(59) Zie ook voetnoot 13. Het is in abstracto niet zeer waarschijnlijk dat er dan een voldoende dringende morele grond aanwezig zal zijn die uitoefening van recht belet. Indien wel dan zal men mogelijk ook op de derogerende werking van de goede trouw kunnen terugvallen.

(60) M.i. ontkennen Art. 6.5.1.2. en 6.5.1.3. N.B.W. deze mogelijkheid, zie ook voetnoot 10 en de hieronder volgende tekst.

Er is dus binnen het kader van ons huidige verbinteniserightelijke systeem, binnen de wet of buiten de wet om, noch theoretisch noch ook practisch veel ruimte om de redelijkheid of billijkheid of het maatschappelijk nut zelf te introduceren als bron van verbintenissen of, wat bijkans hetzelfde is, als een derogerende toetsingsbasis. Toch meen ik deze paragraaf niet te kunnen beëindigen zonder de kwestie van het algemeen belang bij algemene voorwaarden nog meer op zichzelf staand te benaderen.

Of er een algemeen belang op het spel zou staan dat eist dat algemene voorwaarden doorgaans verbindend moeten zijn of in het licht waarvan althans de ongewisheid voor de gebruiker onder ons gemene recht in de hierboven aangegeven trant te groot kan zijn, daarover kan men van mening verschillen. Ik zelf neig naar de conclusie dat er hier geen algemeen antwoord mogelijk is en dat in ieder geval de gebruikers in hun argumenten pro en in hun activiteiten op dit gebied, overigens geheel begrijpelijk, te zeer naar zichzelf toerekenen en zichzelf daarbij op de lange duur in het geheel geen dienst bewijzen. Niettemin kan men zeggen dat naarmate de algemene voorwaarden mede kostenbepalend zijn voor het goed of de dienst waar het om gaat en besparingen die daaruit voortvloeien ook werkelijk aan de adherenten worden doorgespeeld waarop ook in paragraaf 3 nog wordt teruggekomen, er een wijder belang kan bestaan deze voorwaarden dan ook verbindend te laten zijn, gezien een aanwijsbaar voordeel voor allen. Verder kan het zijn dat er behoefte aan bestaat om vooral ook de kleinere ondernemers een soort bescherming van het type algemene voorwaarden te geven, voorzover deze in de branche normaal is geworden, dus ook voor het geval de ondernemer in kwestie zelf de faciliteit niet bezit deze te ontwerpen of in deze zaken geen wezenlijk inzicht heeft. Bovendien is de wens van het grootbedrijf zich tegen een soort 'run' te kunnen beschermen en zich in te kunnen dekken tegen een verhoogde kans (door de veelheid van transacties) om een overigens onwaarschijnlijk maar in voorkomende gevallen excessief groot risico te moeten dragen, dat vanwege zijn ongespecificeerde aard mogelijk moeilijk verzekeraar zal zijn of waartegen de verzekering zelf een bescherming via algemene voorwaarden eist, niet onredelijk. Vereenvoudigde administratie en het voorkomen van allerlei miniem 'gezeur' is verder ook een volkomen legitiem doel waarbij wij allen misschien wel meer belang hebben dan vaak wordt gerealiseerd. De vraag is echter hoe men hier dan te werk moet gaan, wanneer men

een en ander afweegt tegen de bezwaren van een verregaande verbindendheid van algemene voorwaarden, bezwaren die er in feite op neerkomen dat het uitgesponnen verbintenissenrecht met zijn protecties naar weerskanten, speciaal sedert Baris-Riezenkamp, niet zonder meer van toepassing zou zijn.

Vat men de stand van onze huidige rechtspraak in deze samen in de trant van Art. 6.5.1.3. N.B.W. (en ik ben er niet van overtuigd dat dit correct is) welk artikel voor algemene voorwaarden het verklaringsprincipe strak vasthoudt zelfs wanneer de gebruiker moest begrijpen dat de adherent de inhoud van de condities niet kende, tenzij er misbruik van omstandigheden was of de gebruiker had moeten zien dat de adherent de overeenkomst niet was aangegaan had hij de condities gekend, dan is deze regeling op zichzelf al zeer gebrekkig, eerstens omdat de gebruiker in de persoonlijke overwegingen van de adherent zou moeten treden met alle onzekerheid vanden en daarvan dan toch al gauw ontslagen zal moeten worden geacht wanneer zijn algemene voorwaarden op enige schaal zijn aanvaard en tweedens omdat misbruik van omstandigheden zelf een overweging is die veelal niet of niet in voldoende mate zal spelen (61). Genoemde regeling komt dan dus ook neer op een verscherpt speciaal regiem voor algemene voorwaarden waarbij de meeste precontractuele plichten van partijen jegens elkander zijn uitgesneden. Art. 6.5.1.3. N.B.W. bestendigt dus in feite de pre Baris-Riezenkamp situatie voor algemene voorwaarden. Erkent men met name de belangen van de consument binnen de context van de algemene voorwaarden problematiek en ziet men hier ook een publiek belang (zoals in de Inleiding gezegd valt daarbij echter nog te bezien in hoeverre hier een politiek motief speelt eerder dan een werkelijk probleem van enige omvang) dan gaat deze benadering duidelijk te ver, omdat, gezien het feit dat toetsing in derogende zin altijd marginaal zal blijven en ook binnen het kader van het gemene recht van het N.B.W. op grond van redelijkheid en billijkheid buiten een eventueel opgewekt vertrouwen om mijns inziens meestal een non-starter zal blijken te zijn, de voorvraag der toepasselijkheid tevens nauwelijks ter sprake kan komen. Zelfs al is men in dit alles niet zo pessimistisch ten aanzien van het lot van de consument als sommigen, dan kan men toch rustig zeggen dat zo'n verregaande bescherming voor de gebruiker afwijkend van het gemene contractenrecht, o.g.v. de enkele overwegingen van algemeen

(61) Zie voor misbruik van recht ook voetnoot 13.

belang die in zijn voordeel zouden pleiten en die hierboven zijn geïdentificeerd, niet nodig en stellig te grof is. Dat geldt mijns inziens zelfs voor de handel want in de uitwerking van de verplichtingen van partijen onder de banier van de goede trouw komen de speciale relatie en de speciale faciliteiten die hier bestaan vanzelf uit en er is geen noodzaak algemene voorwaarden een eenvoudiger werkingmogelijkheid te geven dan normale contractsbepalingen. De regeling van Art. 6.5.1.3. N.B.W. schiet mijns inziens dan ook geheel aan het doel voorbij.

Om tot een betere balans en regeling te komen denkt men in dit alles dan al gauw aan een speciale rol voor de overheid. Men behoeft daarbij niet zo allergisch te zijn tegen een overheidsrol op het gebied van de algemene voorwaarden als de Vergadering in 1948 tegenover Jansma's voorstellen in deze bleek te staan om toch de gedachte aan een overheid in de rol van *deus ex machina* hier als elders als te naïef te verwerpen. Er bestaan hier in essentie de mogelijkheden van wettelijk ingrijpen en van (een min of meer constante) administratieve controle. De effectiviteit van beide is m.i. gedoemd beperkt te zijn.

Ten aanzien van legislatief ingrijpen speelt op de achtergrond soms een gedachte dat alle privé-regelingen in de zin van algemene voorwaarden in de hand gewerkt zijn door een tekortschietende overheid die liefst per branche zelf soortgelijke regelingen zou hebben moeten opstellen, waarin dan (als per axioma) alle belangen wel op een redelijke wijze zouden zijn afgewogen. Nu het daar niet van komt zou deze situatie op een of andere wijze benaderd dienen te worden.

Deze gedachte steunt op de premisse dat alle recht van de staat behoort uit te gaan en dat er in feite een scherpe tegenstelling in status zou bestaan tussen wet en overeenkomst, met de laatste in de mindere rol. Zij miskent in andere woorden dat het contract eenzelfde status van wet heeft, dat dwingende statelijke regelingen op het gebied van het verbintenissenrecht in een democratisch gedecentraliseerd systeem altijd aan de periferie blijven en dat aanvullende regelingen er slechts zijn om het contract te supplementeren en niet andersom. De gedachte dat men het terrein der bijzondere overeenkomsten van overheidswege zover zou kunnen en moeten uitstrekken, en dan liefst nog in de zin van dwingend recht, dat er aan algemene voorwaarden althans op de schaal waarop wij deze

thans kennen geen behoefte meer zou bestaan is mijns inziens principieel en praktisch geheel te verwerpen. Het einde zou volledig zoek zijn en het zou een verstikkende invloed hebben, nog afgezien van het feit dat ons de faciliteiten, inzicht en verbeeldingskracht geheel ontbreken zoiets tot stand te brengen. Het contract is juist voor de individualisering van rechtsverhoudingen geschapen en slechts bij uitzondering, gezien de specifieke belangen, geeft de wet ook regels voor bijzondere contracten maar dan veelal alleen regelend. Dat de vrijheid tot contracteren in dit alles aan zekere banden is gelegd is een verworven inzicht dat hier verder geen bespreking behoeft; mogelijk is er ook derogerende toetsing (62). Het doet alles aan het belang, wezen en functie van het instituut der overeenkomst op zichzelf niets af. Nu ligt in feite vlak naast bovengenoemde notie de gedachte dat door een particuliere objectivering in algemene voorwaarden deze aan evenwichtigheid winnen en daardoor een *hogere* status zouden krijgen waarop de normale contractuele regels dan niet meer van toepassing zouden behoeven te zijn. Het onderscheid tussen eenzijdige en tweezijdige standaardvoorwaarden is hier mijns inziens nauw mee verbonden. Hondius houdt dit onderscheid in zijn dissertatie (mijns inziens veel te) krampachtig vast, hoewel hij in navolging van Scholtens, die hierop reeds in 1948 wees, moet toegeven dat het onderscheid lang niet scherp is. Met name kunnen zgn. tweezijdige voorwaarden geheel eenzijdig, ongekend en ongeweten worden opgelegd. Wie aan de gewone contractuele regels wil vasthouden ook op het gebied der algemene voorwaarden heeft aan alle onderscheidingen in deze weinig behoefte. Hoe dit ook zij, bij zgn. tweezijdige voorwaarden is er in ieder geval niet noodzakelijkerwijs sprake van een redelijke afweging, zeker niet noodzakelijkerwijs vanuit een oogpunt van algemeen belang, waardoor een speciale status theoretisch mischien zou zijn gerechtvaardigd. Daarbij komt dat wanneer de adherent zelf aan de formulering van de condities heeft meegeholpen en hiermee heeft ingestemd het moeilijk is in te zien wat het probleem dan eigenlijk nog is. Heeft hij er niet mee ingestemd of is het een of andere organisatie geweest, die al of niet voor het belang van de adherent meende te kunnen opkomen, dan is het toch wel de vraag wat voor soort troost de adherent hierin vinden moet wanneer daaruit zou moeten worden afgeleid dat zijn normale

(62) Zie ook voetnoot 37.

contractuele protectie hem is ontvallen, met andere woorden dat hij daardoor ineens moet buigen voor een speciaal regiem. Weer vraag ik mij af: met welk recht? Zolang de corporatieve staat nog niet is verschenen, zolang er van duidelijke vertegenwoordiging geen sprake is, zolang de organisatie die zich als spreekbuis opwerpt de gevolgen voor de adherent niet draagt, is er mijns inziens vanuit de 'countervailing power' *mogelijkheid* (en meer is het nooit) geen speciale status voor de geformuleerde regels te deduceren, wat niet wegneemt dat de gebruiker er verstandig aan kan doen de adherent of zijn mogelijke organisaties te polsen teneinde ontevredenheid later met alle gevolgen van dien te voorkomen. Werkt dus ook de gebruiker op het normale toe dan heeft hij hier een steun en het gebruik ervan zal hem helpen wanneer hij zich verdedigen moet en daarbij het normale inzet is, maar het geeft hem mijns inziens geen *beter* recht.

Wat nu indien, zoals Art. 6.5.1.2. N.B.W. voorstelt, de overheid zelf een preventief toezicht gaat instellen in die gevallen waarin algemeen verbindendverklaring wenselijk wordt geacht? Met name de M.v.T. en M.v.A. drijven in de richting van de conclusie dat het resultaat van deze overheidsbemoeienis gelijk staat met een wettelijke regeling, hoewel de tekst van Art. 6.5.1.2. tot deze conclusie zelf geenszins dwingt (63). Afgezien van het feit dat daardoor een merkwaardige dualiteit in standaardvoorwaarden zou ontstaan, afgezien ook van de vraag hoe het Ministerie van Justitie hier zal selecteren en wat het redres zal zijn tegen onwilligheid van de kant van het Ministerie of hoe het Ministerie tot vaststelling zal komen en wat voor rechten en bescherming partijen daarbij zullen genieten en wie daarbij als partij beschouwd en erkend kunnen worden, etc., meen ik dat opstelling en afkondiging van standaardvoorwaarden op deze door het N.B.W. voorziene wijze, wat er verder ook van zij, in ons staatsrechtelijk systeem *niet* tot een speciale status voor het produkt kan leiden in de zin dat de adherent hier met een hogere regeling wordt geconfronteerd en *daardoor* van zijn normale contractuele rechten is verstoken. Nu kan men wel zeggen met een beroep op Art. 6.1.1.2(2) en Art. 6.5.3.1(2) dat het nieuwe wetboek toch ook algehele toetsing aan de redelijkheid en billijkheid mogelijk maakt, maar, zoals hierboven gezegd, valt het nog zeer te bezien in hoeverre dat soort toetsing inderdaad van de grond zal kunnen komen (ze zal in ieder geval wel zeer marginaal (63) Zie ook voetnoot 10.

blijven) en wanneer aan de aanvraag van de toepasselijkheid op deze wijze reeds bij voorbaat voorbij is gegaan en men voorts in aanmerking neemt dat het door de Staat afgekondigde toch veelal zulk een aureool heeft dat, zeker wanneer de algemene voorwaarden in kwestie op wijde schaal worden toegepast, de meesten de moed zal ontbreken hiertegenin te gaan, dan zijn de mogelijkheden voor de adherent toch wel uiterst beperkt. Wat winnen wij daar nu eigenlijk mee? Wie is hier geholpen? Niet naar het schijnt de adherent. Diegenen die algemene voorwaarden als een protectie het meest behoeven kunnen ervan verstoken blijven. Aan de door het Ministerie 'begenadigde' gebruiker wordt in feite vrij spel gegeven, vermoedelijk wel veel meer dan zelfs voor hem strikt nodig is, zeker wanneer het idee van de 'hogere' status wordt aanvaard. Hoe dan wel enig vermeend algemeen belang in dit soort regelingen te beschermen waarbij dus aan de gebruiker onder omstandigheden een sterke positie wordt gegeven terwijl er dan ook een zekere controle als tegenwicht voor de adherent wordt geboden. In incidentele, zeer specifieke, gevallen als bij huurkoop (Art. 1576 (b) B.W.) en in het arbeidscontract (Art. 1637(x) B.W.) is de rechter gemachtigd geworden om een oogje in het zeil te houden voor de zwakkere partij en af te wijken van anders luidende bedingen vooropgesteld dat die op zichzelf verbindend zijn. Misschien is hier een zekere uitbreiding mogelijk. In het buitenland, met name in *Duitsland* waar op het gebied van algemene voorwaarden snel gebondenheid wordt aangenomen, wordt deze gebondenheid gebalanceerd door een in de jurisprudentie verder uitgewerkt toetsingsrecht op de basis van het *Treu und Glauben*, nu gecodificeerd in de zgn. Generalklausel van Art. 9v. van de A.G.B. Gesetz van 1976, steunend op de noties van strijd met de goede zeden (Art. 138 B.G.B.) en goede trouw (Art. 242 B.G.B.), een richting dus waarin bij exoneratie-bedingen de H.R. ook gaat. Zoals te verwachten is sluit de rechtspraak inzake *Treu und Glauben* gebaseerd op de Art. 119, 138, 157, 226, 242, 325, 812 en 826 B.G.B. nu weer bij de wil van partijen en het daarmee verbonden opgewekte vertrouwen dan weer bij de diepere zedelijke motieven in onze samenleving aan, waarbij in casu de vrijheid die met name de hogere gerechten zich veroorloven veel geringer is dan men doorgaans wel zou verwachten. Het blijft ook in *Duitsland* steeds een kwestie van marginale ingreep en er is zeker geen algehele controle op de redelijkheid van de bedingen. Bij algemene voorwaarden demonstreert

ook de negatieve redactie van Art. 9 A.G.B. Gesetz deze situatie nog eens (dit tegenover een eerder voorstel, het zgn. Referentenwurf). Deze benadering heeft niettemin geleid tot het opstellen in de jurisprudentie van een lijst van meer ongewenste bepalingen, welke lijst in de nieuwe wet verder is uitgewerkt als meerdere steun voor de rechtspraak, waarbij mogelijk ook analogisch kan worden gewerkt. Daarbij is verder een zekere procedure van preventieve controle met derdenwerking voorzien in Art. 13, op verzoek van betrokken organisaties maar niet van individuen voor de gewone rechter in te stellen. In de nieuwe *Franse* wet en decreet van resp. jan. en maart 1978, die, in tegenstelling tot de Duitse, alleen op de consumentenbescherming het oog hebben (althoewel de Duitse wet door uitsluiting van de contracten in de handel in feite hetzelfde bereikt), gaat het, gezien ook het feit dat de Franse jurisprudentie ten aanzien van de verbindendheid zelf aan het wilsver-eiste sterker vasthoudt, met name om het equilibrium in de condities hoewel een Generalklausel in deze zin in het oorspronkelijke ontwerp vervat in navolging van de Resolutie van de Raad van Europa, is vervallen. De wet concentreert zich nu meer in het bijzonder op de 'abus de la puissance economique' van de gebruiker t.a.v. clausules betreffende prijs, betaling, kwaliteit, aansprakelijkheid, tenuitvoerleggen en gerechtelijke acties. Een administratieve controle op dit soort clausules in algemene voorwaarden kan plaatsvinden door een daartoe op te richten Commissie die op verzoek van overheidsinstanties, professionele en consumenten organen of ook ex officio een onderzoek kan instellen en vervolgens aanbevelingen kan doen aan de minister van financiën en economische zaken om bepaalde clausules te verbieden. In het decreet van maart 1978 is een eerste korte lijst van verboden gepubliceerd waarin met name geëist wordt dat bij consumententransacties in desbetreffende documenten niet naar andere clausules wordt verwezen, de schadevergoedingsplicht niet wordt verkort, geen unilaterale wijzigingen in specificaties worden toegestaan en evenmin wijzigingen van het wettelijk regiem t.a.v. verborgen gebreken. In *Engeland* ligt de zaak in zoverre anders dat er t.a.v. verbindendheid zelf, die normaliter wordt aangenomen, indien ondertekend, een rijke casuïstiek is gegroeid waarbij door de overigens zeer omstreden leer van de fundamental breach althans bij exoneratieclausules er bovendien een zekere toetsing van de inhoud plaats heeft. Ook in *Engeland* zoekt men daarbij echter nauw aansluiting bij de wil

van partijen. De nieuwe Engelse wetgeving op het gebied van algemene voorwaarden (Unfair Contract Terms Act 1977) ziet vooral op deze exoneration bedingen en verbiedt bepaalde uitsluitingen van aansprakelijkheid terwijl andere aan een 'reasonableness' test worden onderworpen waarbij de 'reasonableness' zelf (Art. 9) weer sterk gebonden is aan wat partijen in de omstandigheden van het geval als redelijk hadden moeten voorzien. Zoals in Engeland ook overigens gebruikelijk sluit de 'reasonableness' dus ook hier nauw bij de partijwil en voorstelling aan en is geen uitdrukking van rechterlijke discretie. In de U.S.A. is het bij koopcontracten de 'unconscionability' gedachte, die ondanks alle wetgeving op consumentengebied, nog steeds het meeste werk doet (Sec. 2-302 U.C.C.). Het is de gedachte van eenzijdigheid, dus disequilibrium, gezien het residu van de consideration-leer in common law niet onbegrijpelijk maar evenmin een vrijbrief voor de rechter (zie voor een uitwerking van het begrip ook Sec. 4-403(c) van het ontwerp voor de nieuwe US Bankruptcy Act). Sec. 2-302 is met name geen consumer protection law of bezorgd over unfair bargaining, in tegenstelling tot sommige specifieke State laws, bijv. Cal. Civ. Code Ann. 1790v.

Ik meen dat men mag stellen dat dit soort Generalklausels niet veel zullen toevoegen aan wat (althans bij ons) onder het gemene recht toch al mogelijk is, speciaal waar toetsing aan het *normale* plaats heeft omdat daarvan het vertrouwen is opgewekt en dan ook steeds slechts van beperkt belang zullen blijken te zijn gezien het gebrek aan richtlijnen voor de rechter en dat de toetsingsgedachte, *zonder* tevens een *ruime* mogelijkheid van ontoepasselijkheidsverklaring o.g.v. ontbrekende aanvaarding het belang van de gebruiker tendeert te ondersteunen en dus de adherent wel moet teleurstellen. In de Israelische set up schijnt binnen de Generalklausel ook het belang en de noodzaak voor de gebruiker getest te kunnen worden, waardoor deze clause meer betekenis krijgt maar in zijn economische getintheid tevens boven de macht van de rechter uitgaat, men komt dan op het gebied van de administratieve controle, iets waaraan Zweden zich met ombudsman en al, m.n. uit politieke motieven, geheel heeft overgegeven. Zonder dat de omvang van de consumentenproblematiek voldoende is bestudeerd en de behoeftes in deze duidelijk zijn gedemonstreerd, meen ik dat wij vooralsnog die kant niet uit behoeven te gaan en ik houd het er vooralsnog dan ook op dat wij ons heil in een combinatie van toezicht door de rech-

ter onder het gemene recht op de totstandkoming en marginaal op de inhoud van algemene voorwaarden kunnen en moeten zoeken waarbij deze marginale toetsing die wij onder het H.B.U./Saladin-arrest ook kennen uitbreiding kan vinden in de zin van het normale zo daarvan het vertrouwen is gewekt en wat dat normale verder ook wezen zou. Daarbij acht ik het redigeren van een Generalklausel dus o.z.z. niet van overwegende betekenis. Het kan echter wel zijn dat het opstellen van een grijze lijst als indicatie voor de rechter van belang zal blijken te zijn en aan de Generalklausel of aan de toetsing onder het gemene recht richting zal kunnen geven, met name ter vaststelling van het 'normale', waarvan hierboven sprake was en waarop in paragraaf 4 nog uitgebreider wordt teruggekomen. Voor de consument is m.i. echter het terugkeren (zo er al ooit van afgeweken was) tot het gemene recht bij de *totstandkoming* van overeenkomsten ook indien gebaseerd op algemene voorwaarden de snelste, beste en eenvoudigste protectie tot de tijd dat de urgentie van het probleem zulke *aanwijsbare* proporties heeft aangenomen dat wij geheel in een administratieve controle zouden moeten vluchten. Daarbij blijft het dan nog altijd de vraag wat zulk een controle kan uitrichten en hoe deze niet van het ene in het andere probleem zal vervallen, waarbij de glans van dit soort laat twintigste eeuwse luxe artikelen snel verbleekt. Ik vrees dat veel rompslomp en teleurstelling met het uiteindelijke resultaat ook hier het gevolg zal blijken te zijn. Zo ver is het thans echter nog niet.

Toepassing van het gemene contractenrecht als hier gepropageerd zou in de ogen van sommigen niettemin wettelijke ondersteuning verdienen in die zin dat clauses door de rechter bezwaarlijk gevonden ook voor de toekomst onverbindend worden verklaard, m.n. om veelvuldig geprocedeerd te voorkomen en dus een zekere derdenwerking te bereiken. Het is een mogelijkheid die ik in de consumentensfeer niet a priori wil uitsluiten maar er zijn zeer ernstige bezwaren tegen in te brengen waarop in paragraaf 5 nog wordt teruggekomen. Niet hardheid maar de manier van totstandkoming is hier steeds centraal gesteld. Over de hardheid van een clause kan in abstracto nu eenmaal weinig worden gezegd; het komt veelal op de individuele omstandigheden en op de prijs aan. Het *suaviter in modo* zal daarbij in voorkomende gevallen mogelijk beter afgedwongen kunnen worden door de formule van misbruik van recht waarbij verwijtbaarheid bij de gebruiker met schade als direct gevolg bij de adherent door verruiming van het causaliteits-

criterium sneller vallen aan te nemen (64). Een wettelijke bepaling te dien einde is daarbij mogelijk ook niet geheel overbodig, per se nodig is ze m.i. niet. Ik meen dat bij verdere uitwerking van de rechtspraak op het gebied van totstandkoming van verbintenissen uit algemene voorwaarden en toetsing aan het normale, zo daarvan het vertrouwen is gewekt, de praktijk zich in de dan ontstane grotere duidelijkheid stellig zal matigen en toch voldoende bescherming naar weerskanten kan waarborgen, zonder dat speciale procedures nodig zijn. Essentieel blijft in dit alles dat de rechtspraak haar rol volledig vervult in de toepasselijkheids- en toetsingsvragen en dat de flexibiliteit t.a.v. verdere ontwikkeling en ook ten einde de speciale omstandigheden van het geval in aanmerking te nemen blijft bestaan. Wetgeving kan hier een aanzienlijk gevaar zijn. Regeling in deze zin laat ons mogelijk zitten met het probleem van de kleine ondernemer die misschien een grotere bescherming tegen zijn cliënteel en tegen hen van wie hij zelf goederen en diensten betreft (alhoewel ook hier het gemene recht in bovengenoemde zin uitkomst kan bieden) behoeft dan hij zelf kan ontwerpen en afdwingen. Als er al een algemeen belang is bij het afdwingen van standaard voorwaarden, dan mogelijk hier, waar juist de faciliteiten van de gebruikers veelal ontbreken. Het chapiter van de bescherming van het midden- en kleinbedrijf kan evenwel, hoe belangrijk op zichzelf ook, binnen het kader van dit preadvies geen verdere aandacht krijgen mede gezien de nauwe connectie met de doornige materie der productenaansprakelijkheid. Snel aannemen van een gebruikelijk beding is de thans gebruikte oplossing die hierna nog ter sprake komt.

Bovenstaande conclusies brengen ook met zich mee dat het moeilijke probleem van de consequenties van een ingrijpen ten aanzien van de verbindendheid zelf of in de inhoud van algemene voorwaarden (gehele of gedeeltelijke vernietiging of aanpassing) voorts nog in geregelde banen loopt. Het werkelijk gewilde worde in de plaats gesteld van het geschrevene. Is er niets gewild, dan volgt onverbindendheid. Is er gedeeltelijk gewild dan zal de rechter moeten beslissen in hoeverre nog van een voldoende in elkaar grijpen van

(64) Men moet hierbij m.i. bedenken dat het dan ook om de derogerende werking van de goede trouw kan gaan, zie ook voetnoot 13 en 37. Deze twee benaderingen vloeien dan ook in een Generalklausel samen waarvan de werking echter, zoals hier steeds gesteld, zonder verdere richtlijnen zelf wel altijd beperkt zal blijven.

de wederzijdse voorstelling en gerechtvaardigde verwachting sprake is om tot (voortzetting van) een contract te besluiten, zie ook paragraaf 2.2. Raken daarbij de gewraakte clause of clauses de essentie van de 'deal' niet of nauwelijks dan kan gedeeltelijke vernietiging op zijn plaats zijn. Het gaat hier om een bekende, hoewel mogelijk moeilijk bevredigend te regelen problematiek die niet specifiek is voor het terrein der algemene voorwaarden en hier dan ook verder buiten beschouwing moet blijven.

2.4. Binnen het kader van het verbintenissenaspect van algemene voorwaarden valt dan tenslotte nog te bezien in hoeverre het 'normale' waarvan hierboven sprake was (stel dat het gemakkelijk kenbaar was) uit zichzelf recht van spreken heeft, dus daardoor als een soort 'hogere' regeling ware te erkennen die boven de contractuele uitstijgt en uit zichzelf gelding heeft, dus ook wanneer partijen zich daartoe niet specifiek verbinden. Deze vraag kwam in feite hierboven reeds ter sprake bij de bespreking van het algemeen belang. Daarbuiten denkt men tot op zekere hoogte dan bijv. in de handel aan de vorming van een geschreven of ongeschreven *lex mercatoria* of elders meer i.h.b. in termen van *gewoonterecht*.

Wat het *lex mercatoria* argument betreft heeft met name Schmitthoff (65) m.b.t. internationale transacties door het gebruik van standaardvoorwaarden op het ontstaan van een heel nieuw recht gewezen dat aan het nationale recht ontruikt is en verregaand uniformiserend werkt. Hij ziet daarbij m.i. over het hoofd dat de zgn. internationale contracten, zelfs wanneer daarin naar een bepaald rechtssysteem wordt verwezen, altijd in een soort van luchtledig zweven en zich veel autonomer gedragen, moeten gedragen, dan de zuiver nationale. Daardoor zijn ze ook veelal langer en niet zelden gecompliceerder aangezien men het toepasselijke regiem zoveel mogelijk in de contractstekst zelf poogt vast te leggen. Dat er daarbij een neiging tot standaardisering optreedt is volslagen normaal. Maar men moet wel onderscheiden. Met name in de internationale handel waar het doorgaans om grotere bedragen gaat en soms om de allergrootste, zijn standaardvoorwaarden meestal niet meer dan *clausules de style* en de betrokken partijen zullen daarbij vrijelijk de gewenste veranderingen maken. Velen zullen de voorgedrukte

(65) Zie bijv. Schmitthoff, *Unification or Harmonization of Law by means of Standard Contracts and General Conditions*, 17 *Int. and Comp. Law Quarterly*, 551 (1968), en de verwijzingen naar andere artikelen van zijn hand daarin vervat.

charterparties hebben gezien waarin vervolgens uitgebreid geschreven en veranderd is. Grondstofcontracten worden doorgaans niet anders behandeld en zo gaat het steeds. Het spreekt alles vanzelf waar professionele begeleiding veelal normaal is, er vaak een gelijkgewicht tussen partijen bestaat en de waarde van de transactie individuele belangstelling doorgaans rechtvaardigt, waarbij er binnen de betrokken bedrijven meestal op hoger niveau wordt beslist. Dat er daarbij ook nog Incoterms zijn, Uniform Customs and Practices for Commercial Documentary Credit, York-Antwerp Rules, Hague Rules en wat al niet, het is alles 'for the convenience of the parties' en niet meer. De nadruk ligt derhalve geheel op de normale contractuele benadering en niet bij uitstek op commerciële gewoonte door verregaande standaardisering afgedwongen. Daarvoor is juist deze standaardisering zelf te zwak. De klassieke algemene voorwaarden problemen van gebondenheid, misbruik van machtspositie, overrompeling, versluiering, etc. spelen hier veelal dan ook in het geheel geen rol of het moest zijn dat een gebruiker in een voor de adherent onbekende taal wenst te verwijzen naar puur lokale condities waarvan internationaal niets geweten wordt (en het is inderdaad gebleken dat vooral Nederlandse kooplieden dat nog wel eens met meer of minder succes willen doen) (66), maar dat heeft met internationale standaardcondities zelf in ieder geval niets te maken. Dat er daarin wat uniformering voorkomt, spreekt zoals gezegd geheel vanzelf, daar staat tegenover dat er steeds weer nieuwsoortige transacties verschijnen. Van een internationale *lex mercatoria*, ontstaan door een vast gebruik van deze voorwaarden waarop men zich vervolgens buiten contract om zou kunnen beroepen, zie ik daarbij weinig, zelfs al zou men menen dat in de handel, dus in de professionele sfeer, een gebruikelijke benadering sneller zou zijn aan te nemen dan daarbuiten. Wijst men, ter adstructie van een nieuwe *lex mercatoria*, verder op het veel voorkomend gebruik van uniforme internationale arbitrage-clausules en mogelijkheden, waarin aan deze nieuwe *lex mercatoria cum stan-*

(66) Op ongetwijfeld hoogst interessante wijze kwam dit uit in de Engelse *Romalpa case*, 1 *Weekly Law Reports* 677 (1976), waarin een eigendomsvoorbehoud onder Nederlandse standaardvoorwaarden (overigens in het Engels vertaald) in Engeland van waarde werd gehouden zelfs, en dit als een *novum* (onder een storm van protest) in een Engelse liquidatieprocedure. Het verwijzen naar Nederlandse standaardvoorwaarden in een internationaal contract was verder aan de orde in het recente *Towel arrest*, zie ook paragraaf 4.

daardvoorwaarden ruim(er) baan wordt gegeven, dan kan men slechts zeggen dat de ervaring leert dat men daardoor de meest grote rampen over zichzelf kan brengen en ingewijden komen hier dan ook sterk van terug.

Is het derhalve op internationaal niveau al moeilijk om van een nieuwe *lex mercatoria* op het gebied van algemene voorwaarden te spreken, of van een *lex mercatoria* juist door algemene voorwaarden geschapen, op nationaal niveau is dat, vanwege het bestaan van het normale verbintenissenrechtelijke systeem, voor algemene voorwaarden nog minder het geval, zeker in landen als die van de codificatie waar men aan het hele fenomeen van een (ongeschreven) *lex mercatoria* onttrend is geraakt, zozeer dat ten onzent het verschil tussen burgerlijk en handelsrecht zelf in feite is verdwenen. Spreekt men ex Art. 1375 over aanvulling van de verbintenis door de wet en gewoonte, dan kan men m.i. ter introductie van algemene voorwaarden deze tussenstap van de *lex mercatoria* dan ook niet nemen.

Wat het *gebruik* en meer in het bijzonder het *gebruikelijk beding* in en buiten de handel zelf betreft, is er ongetwijfeld een grote geneigdheid zich hierop te verlaten wanneer de gebruiker bijv. vergeeten is de standaardvoorwaarden te laten ondertekenen, indien er additionele clausules zijn onder de handtekening of waar dan ook, wanneer de verwijzing niet precies klopt of wanneer eerst met de ene dan met de andere onderneming binnen eenzelfde groep wordt gehandeld en de laatste niet op ondertekening van de condities toezag. Een beroep op gebruik of gebruikelijk beding is dan aantrekkelijk of mogelijk even goed een beroep op wetenschap van de condities die de gebruiker veelal bedingt ook al is er in casu van ondertekening of verwijzing in de overeenkomst geen sprake. Daarbij komt dan ook de kwestie van de status van vooraf, of zelfs later, gestuurde documenten waarover hierboven ook reeds werd gesproken of van verwijzingen in documenten waarop in de contracttekst zelf niet wordt teruggekomen.

Om met het laatste geval te beginnen, zolang er door de adherent geen schijn van aanvaarding is gewekt zal er veelal geen probleem zijn, maar wetenschap van des gebruikers standaardvoorwaarden kan een rol spelen tussen partijen in de zin van een vermoeden indien zij geregeld contracteren waarbij bepaalde condities normaal in acht genomen worden, alhoewel ik zou zeggen dat daarbij de transacties gelijksoortig moeten zijn, waarbij te denken valt (bij

koop) aan kwantiteit, kwaliteit, prijs en looptijd. Wanneer voorts op het verleden wordt teruggevallen, dan mag er van een te groot tijdsverloop geen sprake zijn. Bovendien is het m.i. nodig dat de condities in het verleden aangegaan waren onder omstandigheden waaruit verbindendheid onder het gemene recht volgde en waarbij de inhoud van de condities dusdanig was dat deze de toetsing van het gemene recht zou hebben kunnen doorstaan, hetgeen zoals hierboven gezegd, soms ook toetsing aan het normale kan inhouden, wat dat verder ook moge wezen.

Een en ander geldt m.i. te meer waar een beroep op gebruik of meer in het bijzonder (zo er al verschil is) op een gebruikelijk beding wordt gedaan, waarbij ik overigens niet zou willen eisen dat het beding ook in casu gewild geacht moet worden, zoals sommigen voorstellen (67). Daarbij zou ik echter wel denken dat de boodschap van het Bovag II en Bovag III-arrest *tezamen* deze is dat de voorwaarden niet als gebruikelijk mogen worden gezien enkel omdat een hele industrie heeft besloten slechts op die voorwaarden zaken te doen. Niemand kan zelf of in vereniging beslissen dat zijn voorwaarden gebruikelijk zijn, alhoewel daarover op zichzelf gezien het derde Bovag-arrest zeer wel valt te twisten. Maar als er in feite geen uitwijkmogelijkheid is (als bijv. bij de bankvoorwaarden) en de dienst waar het om gaat maatschappelijk gezien, of ook in het specifieke geval van de adherent, onmisbaar is geworden zodat er geen keuze is, dan is het gebruik van een monopolie of collectieve machtspositie m.i. in ieder geval niet geëigend om een gebruik of gebruikelijk beding te creëren, zelfs als men er vrede mee heeft dat het geadverteerde lidmaatschap van een bepaalde vereniging de cliëntèle voor bepaalde bedingen zou moeten waarschuwen, welke bedingen dan ook als gebruikelijk zouden kunnen worden afgedwongen (68). Men moet er, maatschappelijk gezien, even-

(67) Zie hieromtrent ook Brens, A.A. XX, 203 (1971).

(68) Standaardcondities geadverteerd op borden of anderszins kunnen geldend gemaakt worden op basis van een stilzwijgende wilsovereenstemming, waarbij dan m.i. overigens de normale regels gelden, dus ook die betreffende een behoorlijke inlichtingsplicht, duidelijkheid e.d. Zij kunnen verder ondersteund worden door algemene bekendheid (bijv. uitsluiting van aansprakelijkheid in een garderobe), zodat men dan moeilijker kan volhouden dat men niet wist. Ze kunnen ook gezien worden als gebruikelijk beding, een situatie die zich in de Bovag-affaire in feite voordeed. Het neemt alles niet weg dat men bij borden en advertenties dikwijls geen gebondenheid zal kunnen aannemen, minder naarmate het geadverteerde ingewikkelder wordt en van verregaand belang beoogd te zijn voor de relaties tussen betrokkenen.

wel ongetwijfeld oog voor hebben dat de benadering van het Bovag III-arrest het mogelijk heeft gemaakt dat ook kleine zelfstandigen op deze wijze deel krijgen aan de voordelen van de algemene voorwaarden, waarvoor zoals hierboven gezegd soms veel te zeggen valt. Of het adverteren van lidmaatschap van een bepaalde organisatie echter de juiste manier is om deze bescherming te bereiken valt daarbij te bezien. De oplossing lijkt wel zeer ruw en biedt vele mogelijkheden van bescherming ook voor een geheel andere kring van gebruikers dan die welke de H.R. hier vermoedelijk op het oog heeft gehad.

Samenvattend mag men dus zeggen dat het 'normale' mogelijkerwijs wel uit zichzelf spreekt, maar het spreekt, afgezien van de moeilijkheid te bepalen wat bij algemene voorwaarden normaal is (hetgeen hieronder nog verder ter sprake zal komen), ten aanzien van de verbindendheid van standaardvoorwaarden niet sterk en volgens Art. 1375 en 1383 alleen als wet, gewoonte of gebruikelijk beding, hetgeen aanzienlijke beperkingen met zich mee brengt. Het normale spreekt in dit alles veel sterker als *verweer*, heeft overredingskracht bij een beweerd misbruik van recht, misbruik van omstandigheden en bij de toetsing aan de goede trouw en dient veel-*eer in deze zin* door de gebruiker hoog te worden aangeslagen.

3. HET CONSUMENTENCONTRACT

3.1. Het is dus met name wat men thans in de wandeling de 'invalshoek' van de consument noemt, die de problematiek van algemene voorwaarden heeft geheractiveerd. Ziet men de consument als de zwakkere partij, hetgeen noch qua technische kennis, noch qua draagkracht noodzakelijkerwijs het geval is, met name niet waar de kleine zelfstandige tegenover de consument staat, dan is bescherming van deze *zwakte* zelf *niets nieuws* voor het recht en binnen het kader van het bestaande recht kan hier in belangrijke mate aan worden tegemoetgekomen, ook al is een verdere uitbouw van de bestaande regels speciaal met betrekking tot algemene voorwaarden gezien de omvang van het fenomeen op zichzelf vanzelfsprekend omdat het recht zich (uiteindelijk) altijd bij nieuwe situaties en behoeftes aansluit. Probleem is hier slechts de juiste maat en het in de omstandigheden in zijn algemeenheid meest efficiënte middel te vinden. Daarover werd hierboven gesproken en daarop wordt in paragraaf 4 nog teruggekomen.

Het is derhalve niet het element van zwakte o.z.z. dat in het consumentencontract interessant is (hoe men consument ook wenst te definiëren en daarbij denkt men dan vooral aan diegenen die in persoonlijke capaciteit, voor hun familie of huisgezin de daarbij passende transacties aangaan), en m.i. ook niet zozeer de afwezigheid van onderhandelingsmogelijkheden want deze komt overal voor (69) waar in feite aan product en prijs niet te sleutelen valt, maar veeleer de natuur van de traditonele consumentenovereenkomst zelf die ons mogelijk verder ook een aanwijzing kan geven omtrent het waarom, de aard en uitleg van algemene voorwaarden, althans voorzover deze op de consumentensfeer betrekking hebben.

Het traditionele model van het contract als neergelegd in het B.W. en in feite ook in het N.B.W., wat men er verder ook van denkt, en de uitwerking van dit model in de bijzondere overeenkomsten, zag en ziet, met de mogelijke uitzondering van het (in de moderne tijd in ieder geval sterk herziene en aan veranderingen onderhevig geweest zijnde) arbeids-, huur- en huurkoopcontract, op situaties die de gewone burger niet of nauwelijks raken. Vaststelling van dit feit is op zichzelf van aanmerkelijke betekenis, want het verklaart de moeilijkheden om met name de consumentencontracten buiten de bovengenoemde uit te leggen in het kader van het bestaande wettelijke begrippenapparaat van de overeenkomst, als verder uitgewerkt in de doctrine. Het maakt dat wij pogingen daartoe al gauw gewrongen vinden en te zwaar. Wil men bijv. de busrit uitleggen in

(69) De 'taking or leaving' houding wordt vaak als essentie gezien van het adhesiecontract en van oudsher met name in Frankrijk (Saleilles) geïdentificeerd als een speciaal facet van dit soort contractuele verhoudingen. Daarbij wordt m.i. over het hoofd gezien dat de aard van de goederen of diensten zelf veelal geen onderhandeling van betekenis toelaat, vooral t.a.v. kwaliteit en prijs. Men koopt of koopt niet, huurt of huurt niet, de condities staan vast. Dit is een normaal fenomeen en heeft o.z.z. niets met standaardvoorwaarden, algemene voorwaarden, adhesiecontracten, of wat voor term men ook kiest, van doen, het ligt in de situatie. Het kan wel zijn dat er door de verfijning van de condities de indruk wordt gewekt dat het hier om een zelfstandige ontwikkeling gaat, waarbij men dan al gauw van een 'consentement en bloc' spreekt, maar ik geloof niet dat men hier iets wezenlijk nieuws op het spoor is. In 1948 zei Jansma dat wij ons thans kleden met dingen waarvan de fabrikant ons nooit naar de behoefte heeft gevraagd, zo gaat het met meubels, autos, etc. waarvan de totstandkoming op een andere wijze geheel ondenkbaar is. Hij signaleert dat het thans op juridisch gebied net zo gaat, ook daar massa-artikelen dus. M.I. heeft er op zijn hoogst een schaalvergroting plaats gehad, maar de 'taking or leaving' gedachte, dus het contract zonder 'bargaining', is zo oud als de overeenkomst zelf.

termen van een traditoneel vervoerscontract dus als een consensueel contract tussen partijen met de daaraan te verbinden regels van wettelijke gebondenheid, dan is dat althans t.a.v. de plichten van de consument al gauw irreëel en leidt tot niets of tot niet veel. Het is allereerst wel zeer de vraag, zo men het idee van aanbod en aanvaarding wil bewaren in termen van de consensus gedachte, of er ooit van een wilsovereenstemming sprake was (wat men van de consensus gedachte zelf ook denken mag, zie paragraaf 2.2.) vooral over bestemming en prijs; de busmaatschappij merkt gedurende de rit de ene wel, de passagier de andere. Of men zich voorts op dwaling of andere wilsgebreken kan beroepen, op ontbinding plus schadevergoeding bij vertraging, op overmacht e.d. het is m.i. alles wel zeer dubieus. De problemen die er in dit verband rijzen worden nu eenmaal in een sfeer van een zekere flexibiliteit en coulance praktisch van geval tot geval door betrokkenen geregeld. Wanneer men in een verkeerde bus is gestapt dan zal men, wie zijn schuld het ook was, zo snel mogelijk willen uitstappen en de chauffeur zal daartoe doorgaans medewerking willen geven. Mogelijk betaalt men de gehele rit of niets, er valt in het algemeen weinig van te zeggen. Het zal tot op zekere hoogte ook wel van de stemming van de betrokkenen afhangen. Met een beroep op dwaling in de zelfstandigheid der zaak zal men in ieder geval niet tot die stemming bijdragen.

Met de traditionele koop over de toonbank is het eigenlijk niet veel anders gesteld. Het moment van koop, het moment van eigendomsoverdracht (en men gevoelt dat deze veelal samenvallen bij de betaling indien contant en anders als men met het product wegloopt), de mogelijkheden tot ruiling vooral, het volgt alles een eigen patroon dat met het koopcontract van het B.W. vermoedelijk weinig heeft uit te staan. Nu kan men wel zeggen dat het hierbij om conventie gaat maar dat bevestigt dan ook dat het overeenkomstenrecht zoals in het B.W. geregeld slechts beperkt of in het geheel niet van toepassing is.

Problemen in dit verband werden en worden nog steeds veelal in een sfeer van coulance en flexibiliteit geregeld waarbij onbillijkheid niet zal uitblijven en het recht van de sterkste vaak opgeld zal doen, d.w.z. tot betaling het recht van de debiteur daarna dat van de crediteur. Zou men in deze aangelegenheden kunnen en willen procederen dan zal de vraag zich al gauw concentreren op wie het lastigst, dus het minst flexibel of coulant is geweest, eerder dan op

rechtsvragen en zo is het ook juist. Deze omstandigheid, tezamen met het feit dat problemen in dit verband nu eenmaal niet juridisch plegen te worden uitgevochten tenzij geheel onverwacht grote schade ontstaat waarbij dan andere factoren meespelen, hebben m.i. ook invloed op de *aard van de rechtsverhouding zelf*, die tenslotte niet abstract uit de wet is af te lezen maar grond en rechtvaardiging in de feiten heeft.

(Rechts)verhoudingen van deze aard, hoe ook te kwalificeren, dragen een element van risico in zich voor diegene die het proces op gang brengt, dus voor hem die op een bus stapt of zich een hoeveelheid waren laat afwegen in een winkel, geheel afgezien van de vraag of dit werkelijk gewild was en of er een consensus was. Er is verder een element van baattrekking, verrijking dus al of niet gerechtvaardigd, en er is het element van onbeduidendheid en het geringe besef alom dat men hier met iets juridisch bezig zou zijn.

Dit besef is relatief. Het wil eerstens niet zeggen dat men in het geheel geen verplichting gevoelt. Vooral de verplichting om te betalen is duidelijk, met name als er baat is geweest. Reist men per trein in plaats van bus, dan realiseert men zich verder dat er van grotere formaliteit sprake is, meer zo nog bij het vliegtuig en het is bij deze grotere transacties en vervolgens met name daar waar groter persoonlijk belang op het spel staat, zoals in het arbeidscontract en huurcontract en dan ook al gauw in de koop van een huis, dat het besef levendig wordt dat men zich in de contractuele sfeer beweegt. In de aanschaf van vee leeft traditioneel het bewustzijn van het contractuele sterk, zelfs met veel plaatselijk gebruik; de talrijke arresten betreffende verborgen gebreken leren het. De handelman weet in zijn dagelijkse bezigheid tenslotte van contracteren zoals de wet dat verstaat. Begrippen als partijbedoe-ling, wilsgebreken, vergoeding bij nietnakoming mogelijk zelfs van gederfde winst, overmacht, etc. krijgen dan een betekenis, maar dat wil tevens zeggen dat dit hele begrippenapparaat toegesneden is op de zakenwereld en op het actief en constant deelnemen aan het economisch verkeer door individuele transacties van enige omvang en dus niet op consumententransacties, tenminste niet op wat men daaronder tot voor kort mocht verstaan. Deze transacties staan mogelijk veel dichterbij het begrip *ruil*, maar ruil in een vroegere betekenis die op haar beurt dichterbij het spraakgebruik, en dus niet in de zin van de moderne ruil waarop men zoveel mogelijk de noties van koop en toepassing laat zijn nu ruil,

met alle andere contracten, tot consensuele verhouding is verheven. Men bedenke echter dat dit niet altijd zo is geweest en in feite van recente datum is. In het Romeinse recht was ruil een nudum pactum, pas in het Iustiniaanse recht voorzien van een actie als in-nominaatcontract en bij de Groot naast de verbintenis uit baattrekking en met de onrechtmatige daad gezien als verbintenis niet gebaseerd op een consensus maat uit 'onevenheid' (Inleidinge Boek III, Deel 31), die 'eigentlich haer volkomenheid door zaeckstussenkomst' bekomt en waarbij, zolang niet is gegeven of gedaan zowel de ene als de andere partij 'berouw mag hebben', dat wil dus zeggen dat er tot dat moment van geen juridische verplichtingen sprake is.

Het lijkt mij dat wij door het drijven (op het Continent minstens vanaf de 16e eeuw, in Engeland in feite nooit voltooid) om *alle* contracten consensueel te maken, wat zo sterk uitkomt in de Code en nog meer in ons B.W., met een apotheose in het B.G.B., tot op zekere hoogte aan inzicht hebben ingeboet, ongetwijfeld met het legitieme doel te mikken op een hogere rechtsontwikkeling waarbij op sommige terreinen van enige voorbarigheid sprake zou kunnen zijn geweest. Wanneer men protesteert tegen de wilsleer, die trouwens in het overeenkomstenrecht niet 19de eeuws is, dan ligt er hier m.i. een juiste kern. Er is, zo men wil, een lagere fase van rechtsontwikkeling of beter een lager soort juridische activiteit, waaraan wij ook nu nog niet ontgroeid zijn, waarbij de wil slechts een betrekkelijke rol speelt en waarin men naast of met de baattrekking en in een sfeer van risico-aansprakelijkheid, dus door het (onafhankelijk van of men dit nu wilde of voorzag of niet) fysiek mogelijk maken van bepaalde gevolgen of door het verhogen van de waarschijnlijkheid ervan, een aantal verbintenissen uit *rechtmatige daad* vindt, of zo men de oude term wil gebruiken uit quasi-contract, waarop wij, door de laatste in essentie tot zaak-waarneming en onverschuldigde betaling (dus tot situaties waarin de handelende persoon zelfs ten eigen gunste verplichtingen creëert buiten een overeenkomst om) te beperken, het zicht hebben verloren. De consumententransacties liggen m.i. in dit veld (70), zijn dus naar hun aard niet strict consensueel of zelfs maar gebaseerd op het opgewekte vertrouwen en staan daardoor *op gespannen voet* met ons overeenkomstenrecht. Het voert te ver, maar (70) Zie voor deze conclusie ook het hierboven in voetnoot 26 aangehaalde artikel van Atiyah.

is gezien het voorgaande toch verleidelijk, om hier meteen aan toe te voegen dat mogelijk in een hogere cultuurfase, wanneer wij het allen als vanzelf eens zullen zijn over wat redelijk en billijk is, wij in feite terug zullen keren naar een rechtssysteem waarin van de wil ook geen sprake meer zal behoeven te zijn zodat wij ons dan tot een systeem van risicoaansprakelijkheid kunnen beperken. Van Dunné loopt hierop vooruit, maar in de evolutie van de mensheid zal het nog duizenden jaren duren voor het zover is, indien al ooit, en ondertussen zullen wij het met het huidige systeem, in essentie gebaseerd op wilsaansprakelijkheid, moeten doen, zoals in paragraaf 2 uitvoeriger besproken. Daarbij kan men de wil zien als een voor de hand liggend vehikel waardoor het mogelijk is geworden dringende ethische principes in ons recht te introduceren en de onder omstandigheden zwakkere partij een redelijke bescherming te bieden; het is m.i. de achtergrond van de wilsofenadering in de Code en het gehele moderne recht. In andere woorden: wie in de huidige situatie de wil los laat geeft daarmee ook een stuk rechtsbescherming prijs.

3.2. Wat nieuw is in de consumentensfeer in onze tijd, is dat het niet zo eenvoudig meer is om in een geavanceerde economie van massaproductie en massaverkoop met aan de andere kant een massale, scherpe en snelle verhoging en spreiding van de welvaart en participatie daarin van vrijwel een ieder, waarbij de consument actief deelneemt aan het economisch verkeer in een veelheid van transacties die een aanzienlijke waarde kunnen vertegenwoordigen (zelf dus in een heel ander licht is komen te staan) aan bovengenoemde informaliteit en coulance vast te houden. De prijs voor alle zegeningen van de moderne consumenten maatschappij is daarbij deze dat er ook in de consumentensfeer behoefte bestaat, m.n. voor de toeleveraar van goederen en diensten, aan duidelijke afspraken waarop men terug kan vallen. Het probleem is m.i. daarbij geen ander dan dat men eerstens de verhouding met de consument tracht te dwingen in de bestaande contractuele noties om dan vervolgens, waar het daarbij meestens om regeland recht gaat, deze rechtsverhouding aan te passen aan de situatie die de meest gereede partij het beste past. Waar door het grote aantal transacties individuele regeling vrijwel is uitgesloten wordt de standaardvoorwaarde gangbare procedure. Er is dus van twee ontwikkelingen sprake, die echter niet noodzakelijkerwijs negatief voor de consument behoeven uit te vallen, want waar in het oude systeem bijv. op het

belangrijke stuk van garanties na betaling zoals hierboven gezegd in de praktijk veelal weinig uit te richten viel en duurverhoudingen o.z.z. niet frekwent waren, zijn deze in standaardvoorwaarden mogelijk niet bevredigend maar in ieder geval toch veelal duidelijk geregeld. Het valt evenwel niet te vermijden dat men voortbouwend op de oude situatie die door geringere verfijning dikwijls onredelijk kon zijn naast de grote voordelen die ze voor de consument ook had in standaardvoorwaarden de nadelen tendeert te continueren terwijl de voordelen worden weggenomen. Het is niet alleen de on-aangenaamheid van degeen die de diensten verleent of de goederen levert, maar de situatie brengt het zelf ook met zich mee: men stapt op een bus, betaalt via een automaat, er is bij de afwezigheid van een conducteur niemand om inlichtingen te vragen, men merkt dat men verkeerd is maar of er nu van dwaling of overmacht sprake is, men krijgt zijn geld niet terug en ook stapt men zo gemakkelijk niet meer uit. Zo is ook in de supermarkt enerzijds de uitgebreide mogelijkheid van terugbrengen, ruilen en wat al niet verdwenen. Heeft men echter eenmaal betaald, dan zullen de normale moderne contractuele beschermingsregels toch slechts in geringe mate spelen. Het leven moet verder. Borden zullen mogelijk allerlei aansprakelijkheden van de verkoper pogen uit te sluiten. Nu als vroeger blijft de betaling bij dit alles eigenlijk het essentiële element, waardoor het risico in feite volledig overgaat en om daar verandering in te brengen, met name bij de meer kostbare consumptieartikelen welke een aanzienlijke nazorg behoeven is niet eenvoudig, maar te zeggen dat dit een wezenlijk nieuwe situatie is of dat deze omstandigheid is terug te voeren op exoneratiebedingen in algemene voorwaarden is m.i. feitelijk niet juist.

Waar wij meestens zullen aanvaarden dat, afgezien van de juridische situatie, het leven met zich meebrengt dat een en ander moeilijk anders mogelijk is waar het om kleine dingen gaat, zelfs al is wat klein is relatief en ook al kan de frustratie in het kleine grote vormen aannemen, daar wordt, zoals gezegd, de zaak anders waar het om grotere dingen gaat. Is er bij de aanschaf van objecten zoals t.v.'s, wasmachines, auto's, c.d. dan tenminste nog sprake van een zekere notie van wat men wil, een zekere technische voorstelling en snelle verificatiemogelijkheid dat het desbetreffende voorwerp althans in eerste instantie werkt en een zeker idee van wat men verder aan garantie en service misschien nodig zal hebben afgezien van de vraag of een en ander op redelijke condities te krij-

gen valt, moeilijker wordt het om ook maar de portee van de transactie te voorzien waar deze veel abstracter is, dus bij het financieringscontract, de hypotheek, de rekening courant-verhouding, allerhande verzekeringen, de creditcard, allerlei transacties die thans absoluut normaal zijn geworden en vrijwel binnen een ieders bereik maar waarvan het nog 25 jaar geleden onwaarschijnlijk leek dat deze normale consumententransacties zouden worden. Door de dienstverleners, die oorspronkelijk vooral in de handel optraden, is daarbij de noodzaak om voor het nieuwe publiek de portee van de transacties uit te leggen en mogelijk aan te passen aan een speciale behoefte, misschien gemakshalve, over het hoofd gezien. Het gevolg is dat de transactie de cliënt vaak wezensvreemd zal zijn. Dit ligt dus gedeeltelijk in de omstandigheden zelfs al rechtvaardigt dat niet noodzakelijkerwijs dat de handelscondities van weleer nu in feite aan de consument van vandaag worden tegengehouden, zelfs al moet men in aanmerking nemen dat de consument zelf ervaring opdoet en nu juist in de moderne tijd ook weer niet altijd zo onnozel en behoeftig is.

Standaardcondities in de consumentensfeer zijn verbonden met massaproductie en de zekerheden die er in dit verband voor de producent nodig zijn of het nu al om een goed of een dienst gaat. Daarbij dient overwogen te worden, zoals in paragraaf 2.3 reeds ter sprake kwam, dat deze omstandigheid veelal in directe verhouding staat tot de *prijs* van het gebodene. Goede waar tegen lage prijzen is de eis overal. Handhaving van allerlei excepties, excuses e.d. voor de consument onder het gemene recht met dan nog uitgebreide garanties en service mogelijkheden is, afgezien van de rompslomp die dit alles met zich mee brengt en het feit dat ons leven daar steeds minder op ingesteld raakt, vooral niet aantrekkelijk vanwege het prijsverschil. Men ziet bijv. dat velen gaarne bereid zijn de bescherming van een merkartikel in te ruilen voor een lagere prijs. Dat is niet alleen omdat men denkt dat merkbescherming toch illusoir is, maar niet minder omdat men weet dat er in het massa karakter van vele goederen zelf een ingebouwde garantie van kwaliteit zit, wil het goed tenminste massagoed blijven, en vooral omdat de lagere prijs initieel nu eenmaal sterk aanspreekt. En het is goed dat dit zo is, want ieder andere benadering zou in feite betekenen dat de moderne faciliteiten omgeven met alle protecties die men wel zou wensen zo duur zouden worden dat ze het voorrecht van de gegoeide klasse zouden blijven. M. i. wordt deze (harde) waarheid in de

juridische debatten over standaardvoorwaarden en nog meer over productenaansprakelijkheid in de consumentensfeer te veel uit het oog verloren. Dat wil niet in het minst zeggen dat daardoor de gebruiker van standaardvoorwaarden van zijn verplichtingen zou zijn ontslagen, dit hele preadvies beweert het tegendeel, maar bij de benadering van dit vraagstuk met name in de consumentensfeer is het juist dat men ook in het oog vat (en wij weten dat in feite allen zeer goed) dat men thans ongelofelijk ingewikkelde en, wat meer is, verregaand betrouwbare machinerijen en faciliteiten op zeer grote schaal kan verkrijgen tegen prijzen die buitengewoon laag zijn, een situatie waarin in zijn algemeenheid niemand verandering wenst te brengen maar die dan ook met zich meebrengt dat ieder na aanschaf dan ook verder in belangrijke mate de verdere lotgevalen met het product of faciliteit voor eigen rekening neemt. Dit zal in individuele gevallen een schrale troost zijn maar het is een omstandigheid die bij iedere toetsing van algemene voorwaarden, in de consumentensfeer dus met name van garantie en exoneratieclausules (stel al dat men een duidelijk onderscheid tussen exoneratie en definitie van de primaire verplichtingen kan maken), en tot op zekere hoogte ook bij de toepasselikhedenverklaring van algemene voorwaarden in dit verband mee zal (moeten) spreken. De economische logica die hier achter ligt en die zich dus juridisch vertaalt in een gebondenheid zonder veel franje kwam bij de diverse besprekingen van de Bovag-arresten indertijd aan de orde en het is onvermijdelijk dat deze relevantie ook verder in het oog zal worden gehouden, zonder dat deze nochtans leiden kan tot een speciale status voor deze bedingen of voor algemene voorwaarden in het algemeen, op grond van een algemeen belang of anderszins — het is hierboven uitgebreider besproken — maar in de afweging van wat 'normaal' is, indien dit ter sprake komt, zal ze stellig meespreken.

4. ALGEMENE VOORWAARDEN IN DE RECHTSPRAAK

4.1. Ten onzent wordt dikwijls aangenomen dat op het gebied van algemene voorwaarden met name de lagere rechtspraak (71) nauw aansluiting zou zoeken bij het verklaringsbeginsel en dat derhalve algemene voorwaarden of een verwijzing ernaar, indien op de een of andere wijze ondertekend (of soms zelfs stilzwijgend), tot ge-(71) Zie ook het overzicht van de rechtspraak in Hondius, Contractenrecht VII no. 60.

bondenheid aanleiding geven ook al wordt de inhoud niet gekend zolang de adherent de condities tenminste maar kon kennen. In deze zin zou Art. 6.5.1.3. N.B.W. een samenvatting van dit gezichtspunt genoemd kunnen worden, waarbij dus in feite naast misbruik van omstandigheden, alleen de verdere omstandigheid dat de gebruiker wist of moest weten dat de adherent, indien hij de condities had gekend, de overeenkomst niet zou zijn aangegaan, tot onverbindendheid van de voorwaarden zou leiden.

Deze laatste toevoeging bewerkt daarbij niettemin enige verzachting van de eerstgenoemde formule waarin in feite de last geheel op de adherent werd gelegd. Niettemin zal, zoals hierboven reeds in paragraaf 2.3. aan de orde kwam, de moeilijkheid dat de gebruiker verondersteld wordt in de persoonlijke overwegingen van de adherent te treden, waarbij niet alleen het bezwaarlijk karakter der bedingen ter sprake komt maar de verdere overweging of de adherent desondanks het contract toch zou zijn aangegaan, er vermoedelijk snel toe leiden dat, indien de desbetreffende voorwaarden of een verwijzing ernaar door verschillende adherenten is ondertekend, dit soort overweging verder buiten beschouwing zal blijven. Aangezien misbruik van omstandigheden evenmin gauw valt aan te nemen (72), lijkt derhalve de conclusie in paragraaf 2 vervat, n.l. dat een samenvatting van de positie in deze trant neerkomt op een verklaringsbenadering met daarbij een bestendiging van de pre-Baris-Riezenkamp situatie voor algemene voorwaarden, niet ongewettigd. Daarmee zou dan bij ons een *uitzonderingsregiem* voor algemene voorwaarden zijn gegeven.

Deze benadering is hierboven becristiseerd maar tevens is er daarbij enige twijfel geuit over de vraag of zij ten onzent inderdaad als de geldende mag worden beschouwd. Ziet men om te beginnen naar het Cayzer-Irvine Smit-arrest van 1925 (H.R. 26 januari 1925, *N.J.* 977 (1925)) dan is eerstens duidelijk dat het vertrouwensbeginsel, hier weliswaar in een voor de adherent ongunstige zin gebruikt, bij algemene voorwaarden van belang wordt geacht en dan ook in de normale contractuele zin wordt gehanteerd; het opgewekte vertrouwen dat standaardvoorwaarden stilzwijgend in de overeenkomst waren opgenomen, mocht derhalve niet worden beschaamd. Dit normale gebruik van de opgewekte vertrouwen benadering rechtvaardigt dan m.i. onder omstandigheden evenzeer de vraag, geheel overeenkomstig het gestelde in paragraaf 2.2., of de gebruiker op (72) Zie ook voetnoot 13 en voetnoot 64.

dit opgewekte vertrouwen af mocht gaan. Dat heeft zijn betekenis wanneer er van ondertekening, zoals hier, in het geheel geen sprake was, maar evenzeer wanneer er wel ondertekening was en de vraag opkomt of deze ondertekening ook aan de adherent mag worden toegerekend gezien de wetenschap van de gebruiker en zijn eigen plichten in deze.

Nu kan men zeggen dat het Cayzer-Irvine-arrest niet speciaal het oog had op standaardvoorwaarden en dat er hier in ieder geval van een uitbreiding van de toepasselijkheid sprake was en dat de vertrouwenstheorie daarom nog niet noodzakelijkerwijs gebruikt mag worden als een beperking van de verbindende kracht van algemene voorwaarden wanneer deze (op de een of andere wijze) wel zijn ondertekend. Het is deze vraag die echter aan de orde is geweest in het recente Towell arrest (H.R. 9 december 1977, *N.J.* 187 (1978)). Dit arrest maakt het m.i. zeer duidelijk dat de H.R. de verklaringstheorie bij algemene voorwaarden in het geheel niet steunt, de verbindendheid van deze voorwaarden als een zuiver contractuele aangelegenheid ziet en derhalve geheel logisch sterk de nadruk legt op de wijze van de totstandkoming van de overeenkomst in kwestie en daarmee op de normale contractuele en precontractuele regels. Mede gezien het cassatiemiddel lijkt het geheel gerechtvaardigd te stellen dat de H.R. daarbij op het vereiste van wilsovereenstemming wenst terug te vallen of liever, gezien de benadering in dit preadvies maar niet minder in het Cayzer-Irvine arrest en zoals G.J. Scholten het in zijn noot ook uitdrukt, op de vraag of de gebruiker gezien *alle* omstandigheden bij en voor het sluiten van de overeenkomst mocht aannemen dat de adherent *geen bezwaar had* tegen de toepasselijkheid van de standaardvoorwaarden. Meer dan, in feite, in Art. 6.5.1.3. waarin voor onverbindendheid geëist wordt dat de gebruiker begreep dat de adherent de overeenkomst, had hij de condities gekend, niet was aangegaan, moet de gebruiker dan dus *bij zichzelf* (en niet bij de adherent) te rade gaan en wordt dus, geheel in lijn met de benadering die in dit preadvies steeds is bepleit, de last van het gebruik van algemene voorwaarden om te beginnen bij de gebruiker gelegd en terecht gevraagd of de gebruiker gezien zijn eigen wetenschap en plichten, inclusief zijn inlichtingenplicht (73), inderdaad op de handtekening van de adherent (73) Zie voor het accent op deze plicht en de onmogelijkheid van uitsluiting van aansprakelijkheid daaronder ook H.R. 2 mei 1969, *N.J.* 344 (1969), H.R. 30 november 1973, *N.J.* 97 (1974), H.R. 20 februari 1976, *N.J.* 486 (1976).

mocht afgaan. Daarbij valt zeker in aanmerking te nemen dat met name in de professionele sfeer de adherent zelf dikwijls aanzienlijke faciliteiten heeft om de inhoud van algemene voorwaarden te verifiëren (hoewel niet altijd), een overweging dus die ten gunste van het vertrouwen van de gebruiker kan pleiten. Ook zal een beroep zijnerzijds, zoals gezegd, dat de voorwaarden geheel normaal en fair waren naar weerskanten en mogelijk gebruikelijk hem verder enigszins kunnen helpen. Belangrijk blijft niettemin het uitgangspunt, n.l. het vereiste der wilsovereenstemming in de traditionele contractuele opvatting of anders de voorstelling van elk der partijen en het voorzienbaar gevolg en de mogelijkheid om op vertrouwen af te gaan. Daarbij komt dan, naarmate er minder gewild was, ook de vraag op in hoeverre de verwijzing naar algemene voorwaarden nu werkelijk enig verschil maakte voor de gebruiker bij het aangaan van de transactie. Voor verdere verfijning van deze gedachte wordt naar paragraaf 2.2. terugverwezen.

Een en ander wil dus zeggen dat de H.R. onder omstandigheden een beroep op onbekendheid met algemene voorwaarden door de adherent wil toelaten, waarbij in het Towell-arrest niet op het speciale punt van de vreemde taal werd ingegaan maar een algemene regel werd gegeven. Daarmee is dan ook de benadering van Art. 6. 5.1.3. met de twee uitzonderingen die het toelaat m.i. verworpen. Stelt men de wijze van de totstandkoming van algemene voorwaarden als een overeenkomst centraal, dan gelden daarbij *alle* waarborgen die het gemene recht aan partijen geeft en dan is er van een speciaal regiem t.a.v. de toepasselijkheid van deze voorwaarden ook geen sprake meer. Ik meen dat deze conclusie op zichzelf van het allergrootste belang is, geheel afgezien van de vraag of er in de omstandigheden van het geval gezien de wil en voorstelling van partijen en de verwachtingen daarbij opgewekt er toch nog sprake was van een voldoende in elkaar grijpen van deze willensvoorstellingen en gerechtvaardigde verwachtingen, zodat toch nog moet worden aangenomen dat er een overeenkomst tot stand kwam, dus als uitvloeisel van wils- of, in uitzonderingsgevallen, van de direct hierbij aansluitende risico-aansprakelijkheid van elk der partijen, waarbij weer verwezen mag worden naar hetgeen hierover met name in paragraaf 2.2. werd gezegd.

Stelt men de *wijze van totstandkoming* van het contract dus centraal bij de vraag naar de verbindendheid van algemene voorwaar-

den, dan kan het daarbij haast niet uitblijven dat een zekere toetsing van de *inhoud* daarmee meteen hand in hand gaat. Want *zeker in de sfeer van vertrouwen*, dus bij afwezigheid van een duidelijk willen van de adherent waarvan de gebruiker op de hoogte was, zal naast de vraag of de gebruiker op de handtekening van de adherent mocht afgaan ook al gauw de vraag rijzen waarop de adherent zijnerzijds dan wel vertrouwen mocht, dus of de gebruiker de adherent tot méér gehouden mag veronderstellen dan tot het 'normale' wat dat verder ook wezen zou, zeker wanneer aan een speciale inlichtingenplicht door hem niet is voldaan. Met andere woorden moet de adherent in principe in de zin van risicoaansprakelijkheid gebonden geacht worden ook wanneer hij niet wilde of wist, dan is deze gebondenheid niet noodzakelijkerwijs bij uitsluiting geënt op hetgeen de gebruiker zelf beoogde. Binnen het kader van het vertrouwen heeft het vaststellen van de mate van gebondenheid dan dus ook invloed, kan althans invloed hebben, op de inhoud van de algemene voorwaarden in de zin dat deze hun limiet hebben in het 'normale', omdat hoogstens daarvan het vertrouwen door de gebruiker is gewekt, hetgeen de laatste op zijn beurt had kunnen begrijpen. De connectie tussen toepasselijkheid en inhoud van standaardvoorwaarden in deze zin wordt, zo men de analyse van Berlioz mag volgen (74), door de Franse rechtspraak beter gezien dan door de onze en deze rechtspraak legt dan soms ook sterk de nadruk op het normale, aan onze rechtspraak trouwens ook niet geheel vreemd, zie bijv. Rotterdam, 21 november 1952 (75). Men mag m.i. verwachten dat na het Towell-arrest ook bij ons binnen het kader van de vertrouwensbenadering hierop het accent zal vallen. Op de moeilijkheden die men hierbij mag verwachten, op de mogelijke oplossing dus van de vraag wat in dit alles wel normaal mag heten teneinde een verregaande graad van onthouding van de rechtspraak te vermijden welke men, gezien ook het hierboven in paragraaf 2 gestelde, bij de afwezigheid van richtlijnen kan voorzien, wordt hieronder nog teruggekomen.

Zelfs al was er geweten of gewild door de adherent, dan kennen wij althans sedert het H.B.U./Saladin-arrest van 1967 tenminste bij

(74) *Contrat d'Adhesion*, 57, 67 (1976); Trib. Com. Seine, 6 mei 1968, *Gaz. Pal.* 1968.2.135; Bourges, 4 februari 1963, *D.* 1963.1.239.

(75) Geciteerd door Hondius, *Contractenrecht* VII no. 41(4). Zie omtrent het vereiste der gebruikelijkheid verder Van Leeuwen, *Verzekeringscontracten*, 17 (1952) en Stheeman, *H.N.J.V.* 1919, 80v.

exoneratieclausules een mogelijkheid van marginale toetsing van de inhoud van dit soort bedingen o.g.v. de goede zeden of, voorzover het verschil maakt (76), meer in het bijzonder o.g.v. de goede trouw, zoals het Pseudovogelpes arrest van 1976 duidelijk maakt. Deze arresten zijn niet typisch voor het terrein der algemene voorwaarden aangezien tot op heden toetsing van deze bedingen binnen en buiten algemene voorwaarden gelijkelijk wordt behandeld. In paragraaf 2 werd ervan uitgegaan dat de dringende ethische verplichting tezamen met een utiliteitsgrond als schade of nood het gedrag van betrokkenen rechtens dicteert. Een beroep op de goede trouw is in dit opzicht niets anders dan een beroep op Art. 1401 B.W. en kan dus ook derogerend werken t.a.v. het eerder afgesprokene, waarbij in het geheel der omstandigheden die in aanmerking moeten worden genomen nakoming van het contractuele evenzeer als een belangrijke conflicterende ethische eis moet worden beschouwd. Volgt men deze gedachte dan speelt de mogelijke derogerende werking van de goede trouw een gelijke rol buiten exoneratiebedingen en is daarvoor niet typisch en kan altijd worden ingeroepen, maar het marginale karakter van deze toetsing en de scherpe eisen daaraan te stellen, n.l., zoals in paragraaf 2 gesteld, *ernstige* verwijtbaarheid en schade of nood die van de eis tot nakoming het *directe* gevolg moet zijn (tenzij er speciale aanduidingen zijn in wet of gewoonte die dit vereiste afvlakken), zie hierover ook het Pseudovogelpes arrest (en de noot van Van der Grinten in A.A. XXV (1976)), maken dat er buiten de sfeer van exoneratieclausules, waarin dus veelal getracht wordt van een wettelijke schadevergoedingsplicht of andere wettelijke aansprakelijkheid af te wijken, van redenen die ethisch zo dringend zijn dat aan het overeengekomene dient te worden gederogeerd niet zo gauw sprake zal zijn. Het is m.i. dan ook geheel ongerechtvaardigd om van dit soort toetsing bij exoneratieclausules zelf en meer nog bij algemene voorwaarden in het algemeen veel te verwachten. Zij die teleurgesteld zijn over de uitwerking van het H.B.U.-arrest in deze materie en over de navolging die het arrest tot nu toe in de rechtspraak heeft gevonden, zien m.i. niet voldoende duidelijk de intrinsieke beperkingen die er aan een beroep op de derogerende werking van de goede trouw zelf verbonden zijn. Het valt te verwachten dat een toetsing in deze zin zich zal beperken tot situaties

(76) Zie hierover in het bijzonder Nageikerke, *W.P.N.R.* 5288 (1974). Zie ook voetnoot 37 in fine.

waarin aansprakelijkheid voor onbehoorlijk gedrag werd uitgesloten en waar van bedrog en mogelijk dwaling geïnspireerd door de handelende persoon of van wanprestatie of van een opzettelijk onrechtmatig handelen sprake was. Het gaat hier dan dus steeds om sterke gevallen waarin door de ernstige verwijtbaarheid van het onderliggende gedrag het beroep op de aansprakelijkheidsuitsluiting zelf onbehoorlijk is geworden. Van der Grinten spreekt in zijn noot onder het Pseudovogelpesstarrest er in dit verband van dat afwijking van de aansprakelijkheid volgens het gemene recht een motief kan zijn om niet onder alle omstandigheden een beroep op het contractuele exoneratie beding te honoreren. Ik meen dat men hierbij zal moeten onderscheiden op basis van de dringendheid van het belang dat de wet of meer in het algemeen het recht heeft pogen te beschermen waarbij dan dus ook de vraag ter sprake komt in hoeverre het onbehoorlijk is een andere regeling te treffen waarbij de mate van instemming of schijn daarvan ook gezien moet worden. Daarbij vallen de persoonlijke situatie van de debiteur en mogelijk ook de omstandigheden waaronder tot het exoneratiebeding was toegetreden in aanmerking te nemen.

De regeling van het gemene recht waarvan wordt afgeweken zal stellig een overweging zijn bij de toetsing aan de goede trouw bij exoneratie bedingen en evenzo bij de toetsing van andere standaardbedingen. Het is evenwel niet onvoorstelbaar dat deze overweging een extra kleur krijgt waar niet slechts marginaal wordt getoetst aan de goede trouw maar bij standaardcondities tevens aan het 'normale' indien door de gebruiker het vertrouwen van dit normale is gewekt, met name dus daar waar het regelende recht, alhoewel nog steeds regelend, toch de bescherming van zeer specifieke belangen op het oog heeft gehad. De *graad* waarin werkelijke toestemming voor de afwijking is gegeven, zeker indien het resultaat een eenzijdig voordeel aan de andere partij geeft, zal daarbij zoals gezegd dan ongetwijfeld ook ter sprake komen.

Dit motief zou ik nader willen adstrueren aan de hand van de twee arresten van het Europese Hof eind 1976 gewezen en waarbij een beroep op standaardvoorwaarden aan de orde was (Nos. 24/76 en 25/76 van 14 december 1976). Het ging hier zoals bekend in feite om de interpretatie van Art. 17 van het E.G.-Executieverdrag en om de mogelijkheid voor partijen om daaronder bij geschrifte af te wijken van de normale jurisdictieregels. Vraag was, aangezien in de

contractstekst zelf *niet* naar algemene voorwaarden was verwezen, of een verwijzing daarnaar in de aanbodsdocumenten respectievelijk in de orderbevestiging aan het vereiste van schriftelijke toestemming van Art. 17 voldeed. Beslist werd voor beide gevallen dat *gezien de consequenties* die de keuze onder Art. 17 voor partijen kon hebben, de vereisten van Art. 17 eng moesten worden geïnterpreteerd en bovengenoemde methodes werden dan ook niet geëigend geacht om de jurisdictieregels van het verdrag zelf ter zijde te stellen.

Nu kan men zeggen dat deze arresten niet meer doen dan een speciale wettelijke bescherming afdwingen. Toch vraag ik mij af of het hier niet om meer gaat. Want als men voor wet recht zet, dan is de kwestie of niet t.a.v. ieder belang van de adherent dat het recht speciaal beschermt er een duidelijke accoordverklaring nodig is voor een afwijkende regeling, vooral omdat het Hof wees op de consequenties voor partijen. Nu mag men t.a.v. jurisdictieregels, arbitrageclausules en de toepasselijkheidsverklaring van een bepaald rechtsregiem hier een zekere gevoeligheid verwachten (welke met name de Franse rechtspraak dan ook demonstreert), maar men kan zich daarbij even goed afvragen of niet bepaalde regelingen t.a.v. de bewijslastverdeling en dan ook bijv. de uitsluiting van de in gebrekestelling bij wanprestatie, parate executiebedingen en de daarmee nauw verwante clausules betreffende eigendomsvoorbehoud, eigendomsoverdracht tot zekerheid, pandrechten en vervolgens regelingen betreffende productenaansprakelijkheid en uiteindelijk bepaalde soorten exoneratieclausules, vooral indien deze neerkomen op het uitsluiten van eigen schuld, hier ook niet onder vallen. In het Pseudovogelpesst-arrest werd in deze zin tegen de uitsluiting van informatieplichten besloten. Volgt men deze gedachte dan ziet men als vanzelf de ontwikkeling van een zgn. 'grijze' of 'zwarte' lijst in de rechtspraak, waarbij dus niet zozeer de vermeende redelijkheid of billijkheid het richtsnoer is als wel de *aard* van het voor contractspartijen, in casu met name voor de adherent, *gezien de consequenties voor hun door het recht beschermde belang*, sterker naar mate meer in de sfeer van het vertrouwen en vervolgens in termen van risico-aansprakelijkheid wordt gewerkt.

Ons recht neigt in feite reeds naar enig onderscheid door bijv. de verbindende kracht van algemene voorwaarden waarnaar slechts in het (latere) orderbevestigingsbriefje wordt verwezen te beperken tot

kooplieden die met elkaar in geregelde betrekking staan (77). Volgt men deze relativiteit, dan kan dat betekenen dat er, naast de inhoudscontrole zelf dus terug in de sfeer van de toepasselijkheid, bepaalde bedingen zijn die slechts tussen partijen kunnen gelden wanneer deze daar speciaal mee accoord zijn gegaan. Zo men wil gaat het hier dan als het ware om een versterkte toestemming waaraan insluiting in algemene voorwaarden onder omstandigheden, en dan mogelijk met name in de consumentensfeer, niet voldoet. Legt men het accent op de inlichtingenplicht van de gebruiker dan kan men ook via de uitwerking van deze plicht zelf tot een zelfde conclusie geraken.

Nu kan men een aanwijzing vinden in het arrest van 27 oktober 1967, *N.J.* 73 (1968), dat de H.R. deze kant niet uit wil. In dit arrest heeft de H.R. in navolging van het Hof geen speciale eisen willen stellen aan de aanvaarding van een arbitragebeding in algemene voorwaarden (in casu zelfs stilzwijgend aangezien er slechts in de offerte naar de desbetreffende clause was verwezen), niettegenstaande de sterke argumenten die Stheeman reeds in 1919 daarvoor aanvoerde (78). De H.R. stelde echter dat aangezien Art. 170 G.W. en Art. 620 Rv. geen voorschriften geven over de wijze waarop de wil van partijen in deze moet worden geuit, het Hof niet tot een andere beslissing had behoeven te komen. Hier ligt dus het verschil met Art. 17 van het Executieverdrag. Men kan zich echter zeer wel afvragen of in de evolutie van onze gedachten over de toepasselijkheid van algemene voorwaarden in het algemeen en waar de H.R. de wijze van totstandkoming terecht centraal stelt wijthans niet anders tegenover deze materie zijn komen te staan gezien verder ook de uitwerking van de inlichtingenplicht in moderne arresten, de mogelijkheid veelal van toetsing binnen het kader van de vertrouwensbenadering zelfs aan het 'normale' en de smalle basis waarop het genoemde arrest van 1967 steunde ('dat het Hof niet had behoeven.....' etc.).

4.2. Bij een bespreking van de benadering in onze rechtspraak kan het ook zinvol zijn te tonen welke kant deze m.n. niet is opgegaan. In Duitsland had het Duitse Reichsgericht reeds lang voor de Tweede Wereldoorlog — of dit nu was om een Revisionsgrond te creëren, welke op dezelfde wijze beperkt zijn als onze cassatiegron-

(77) Zie Hondius, *Contractenrecht* VII no. 41.

(78) *H.N.J.V.* 1919, 91.

den, of uit andere overwegingen — een constructie bedacht waardoor algemene voorwaarden als een soort hogere regeling werden erkend, waarbij dan de nadruk werd gelegd op hun karakter van algemene norm (RGH., 27 februari 1915, RGZ. 86, 283). Aanvaarding of berusting was voor de gebondenheid aan deze norm verder dan ook niet strikt genomen noodzakelijk (RGH, 10 december 1924, RGZ. 109,299) zolang de voorwaarden maar in een open medium waren bekend gemaakt en dus zo gekend konden worden. Het gevolg was een veronderstelde wilsonderwerping aan clausules die een wijdverspreid gebruik hadden. In de Tweede Wereldoorlog komt dan voorts de gedachte op dat het hier gaat om een van te voren vastgestelde juridische orde waarbij de bedoeling van de opstellers doorslaggevend is en anders de interpretatietechniek van wetten gevolgd moet worden (bijv. RGH., 26 maart 1943, RGZ. 171,43), interpretatietechnieken in 1948 tussen Zeylemaker en F. J. de Jong besproken, waarbij de eerste de objectieve en de laatste de historische interpretatiemethode bleek voor te staan. Na de oorlog sluit in Duitsland het Bundesgerichtshof zich aanvankelijk geheel bij de vooroorlogse jurisprudentie aan (BGH., 19 januari 1951, BGHZ. 1,83 en 3 februari 1953, BGHZ. 9,1). Deze benadering is in ons land niet gevolgd; zij is hierboven ook bestreden al was het alleen maar omdat niet duidelijk is wat, in ons soort democratisch bestel, de rechtvaardiging voor dit soort privé wetgeving zou moeten wezen. Er is stellig wel gecoquetteerd met de gedachte, hernieuwd i.v.m. de faciliteit van Art. 6.5.1.2. N.B.W., waarbij door velen en ook de de M. v. T. en M. v. A., ervan wordt uitgegaan dat een standaardregeling onder dit Artikel goedgekeurd en afgekondigd inderdaad een hoger soort regeling is met als verder gevolg dat deze in cassatie voor uitleg in aanmerking komt, allemaal conclusies die hierboven uitdrukkelijk zijn verworpen (79). Zij berusten op de schijn van een additionele rechtsbescherming voor de adherent die in feite niet bestaat en gemakkelijk in het tegendeel kan verkeren.

Belangrijk is hierbij ongetwijfeld ook dat deze benadering in Duitsland zelf gaandeweg zeer omstreden is geworden en dan ook geleidelijk aan is verlaten (BGH., 8 maart 1955, BGHZ. 17,1), hoewel zij op de achtergrond van de moderne Duitse ontwikkeling nog steeds mee blijft spelen. Men moet tegen deze achtergrond allereerst zien de noodzaak om tot een toetsing van de inhoud van de

(79) Zie ook voetnoot 10 en paragraaf 2.3.

voorwaarden te komen (zie ook paragraaf 2.3). Het inzicht groeide evenwel dat men er met dit soort toetsing alleen niet kon komen (80) en dat, wilde men de adherent in de moderne tijd enigszins kunnen beschermen, men tot de toepasselijkheidsvraag zelf moest terugkeren, daarbij dan van de oude normtheorie af moest en op de normale contractuele verhoudingen moest terugvallen. Men moet deze omstandigheid in het oog houden bij de bestudering van Art. 2 AGB Gesetz, waarin de contractuele benadering expliciet wordt bevestigd en als criterium voor toepasselijkheid wordt genoemd de omstandigheid of de gebruiker de adherent in de gelegenheid heeft gesteld om op 'zumutbarer Weise Kenntnis' van de algemene voorwaarden te kunnen nemen. In het begrip 'Zumutbarkeit' komen daarbij alle moderne contractuele beschermingen samen, waarbij in Art. 3 bovendien een toetsing over de gehele linie aan het normale wordt vastgelegd, m.a.w. er is een onweerlegbaar vermoeden dat de gebruiker het vertrouwen van het normale, althans buiten de professionele sfeer (waarop het AGB Gesetz niet ziet), heeft opgewekt (zie hiervoor ook BGH., 28 februari 1973, BGHZ.60,243). In lijn met deze gehele contractuele benadering wordt dan in Art. 4 vervolgens voorrang verleend aan individuele bedingen boven de algemene voorwaarden zelf. In zo'n systeem komt dan verder geheel begrijpelijkerwijs een onderscheid tussen eenzijdige en tweezijdige standaardvoorwaarden ook niet meer van de grond (81).

De normtheorie blijft evenwel toch van belang in de zin dat indien algemene voorwaarden o.z.z. in een bedrijfstak niet ongebruikelijk zijn men daarop bedacht moet wezen en men verondersteld wordt deze te hebben aanvaard, welke het ook zijn (zo Landgericht Köln, 20 februari 1970, NJW. 1750 (1970)). Niet minder belangrijk is ongetwijfeld de mogelijkheid van uitleg in de Revision welke gebleven is, waarbij een ruim gebruik van dezelfde of soortgelijke standaardvoorwaarden binnen verschillende ressorten thans als criterium opgeld doet (zie bijv. BGH., 29 maart 1974, BGHZ.62, 251). Deze benadering leidt tot een abstractere interpretatie van de regel welke o.z.z. aanknopingspunten geeft om uitspraken algemene voorwaarden betreffende een betekenis te geven die boven

(80) Zie met name Kötz, Allgemeine Geschäftsbedingungen, Hand. 50ste Duitse Juristendag 1974, blz. 49v.

(81) Kötz, blz. 65.

het specifieke geval uitstijgt, de zgn. Breitenwirkung waar men zelf niet alles van mag verwachten (82), maar waarop in de procedure van Art. 13 AGB Gesetz, waaruit dus een overbindendverklaring door de rechter kan volgen, wordt voortgebouwd. Wat de normtheorie verder zelf betreft heeft Zeylemaker er in 1948 reeds op gewezen dat deze in Frankrijk ook zijn aanhangers heeft gehad met name in Duguits's opvatting van algemene voorwaarden als een 'droit objectif préexistant' en in Harriou's benadering van de relatie tussen de gebruiker en de adherent als een instelling in feite of in wording die reglementeert voor zijn leden, een soort rechtspersoonsgedachte dus waar de Fransen sneller naar neigen dan wij. Aangezien deze gedachten in Frankrijk zelf geen invloed van betekenis hebben gehad kunnen ze hier verder onbesproken blijven.

Is de normtheorie in Duitsland dus in zijn essentie thans verlaten, hoewel enige belangrijke restanten zijn overgebleven, de notie van de gebruiker als particuliere wetgever is niet geheel dood. In het belangwekkende arrest van het BGH. van 4 november 1964, NJW. 246 (1965) wordt daarbij aan de gebruiker het oordeel van de wetgever in formele zin voorgehouden, dus het regelende of dispositieve recht, als richtsnoer voor de belangenafweging en maatstaf van het normale en er rust bijgevolg op de gebruiker een speciale plicht om afwijkingen van het dispositieve recht *uitdrukkelijk* onder de aandacht van de adherent (binnen en buiten de handel) te brengen. Hier verschijnt dus ook de gedachte van de versterkte toestemming bij afwijking van de bescherming die het *gemene recht zelf* biedt. Het is een gedachte die neergelegd is in het alreeds genoemde Art. 2 AGB Gesetz en in feite meer i.h.b. in Art 9 (2) (1) van deze wet in de context van de Generalklausel, waarin bij twijfel deze afwijkingen van rechtswege als een 'von Treu und Glauben unangemessenen' benadeling van de adherent worden geconstrueerd. Als tweede richtlijn wordt daarbij dan verder in Art. 9 (2) (2) de leer van de fundamental breach (als rechtsregel evenwel en niet als interpretatieregel, in feite aansluitend bij Art. 3) aangehangen, terwijl in Art. 10 en 11 een lange lijst van onaanvaardbare clausules wordt gegeven.

Het bovenstaande is m.i. met name interessant om te demonstren hoe de ene benadering (normtheorie) de andere uitlokt (toetsing van de inhoud) waarbij het resultaat dan toch dusdanig is dat (82) Kötz, blz. 53.

uiteindelijk gezien wordt dat deze hele beschouwingwijze ongewenst is waarna men dan in de rechtspraak en vervolgens zelfs bij wet alle moeite doet terug te keren naar hetgeen altijd voor de hand had gelegen: n.l. de gewone contractuele regels, waarbij echter een aantal nuttige richtlijnen voor gerechtelijke toetsing worden gegeven, in feite gebaseerd is op eerdere jurisprudentie, en waarbij dan tenslotte een procedure is ontworpen waaronder ook een zekere preventieve werking van de beslissing onder derden (*erga omnes*) kan worden bereikt. Zoals hierboven in paragraaf 2.3. betoogd zie ik ten onzent alleen op het laatste punt zin in enige wettelijke regeling (zie evenwel ook het gestelde in paragraaf 5) en mogelijk ook (hetgeen in de Duitse wet niet direct ter sprake komt maar in feite binnen de Generalklausel toetsing tot op zekere hoogte wordt bereikt) t.a.v. een sneller aannemen van misbruik van recht waar de gebruiker zich op standaardvoorwaarden tracht te beroepen, een benadering bij ons m.i. trouwens reeds in het Rederij Koppe arrest (H.R. 20 mei 1949, *N.J.* 72 (1950) aanvaard.

De uitwerking van een lijst van ongewenste praktijken kan men daarbij m.i. gezien de grotere flexibiliteit ten onzent vooralsnog ook beter aan de rechtspraak over laten, niettegenstaande het feit dat er enige tijd nodig zal zijn om deze verder te ontwikkelen. Men kan ook via een wettelijke regeling aansluiting proberen te zoeken bij wat er elders in dit opzicht al bestaat, maar dan bij wijze van voorbeeld en dus niet limitatief en dan alleen in de consumentensfeer. Stelt men daarbij steeds het normale voorop, indien althans het vertrouwen voor het normale is gewekt (en anders heeft het weinig zin), dan zal als uitgangspunt m.i. niet zozeer de regeling van het dispositieve recht als voorbeeld moeten gelden — het dispositieve recht zal bovendien vaak zwijgen — maar wij zullen zoals hierboven in paragraaf 4.1. gesteld eerder de *speciale belangen* van de adherent in aanmerking moeten nemen welke het recht, *gezien de gevolgen* voor hem, i.h.b. heeft pogen te beschermen en waarvan dus niet dan uitdrukkelijk zal mogen worden afgeweken, uitdrukkelijk niet alleen in de zin van het zetten van een handtekening maar ook in de zin van beseft en gewild hebben, waarop de gebruiker gezien zijn inlichtingenplicht en insisteren op algemene voorwaarden onder omstandigheden en dan met name in de consumentensfeer zal moeten toezien. Het gaat hier dan m.i. speciaal om de hierboven reeds genoemde bedingen betreffende arbitrage, rechts- en jurisdictiekeuze, bewijslastverdeling, inlichtingenplicht-

ten, zekerheden en executies en dan ook om bepaalde soorten bedingen betreffende productenaansprakelijkheid, exoneratie en eventueel betreffende prijs, betaling en specificaties. Daarbij komt dan ook al gauw de gedachte dat men door algemene voorwaarden de *aard van de transactie zelf* zoals deze uitdrukkelijk was overeengekomen of begrepen niet kan aantasten, althans niet in zijn hoofdzaken. Het is de gedachte van de fundamental breach, welke m.i. evenzeer door de rechtspraak valt uit te werken, hetzij als kwestie van interpretatie of als een kwestie van goede trouw, waarop ook G.J. Scholten wees in zijn noot onder het reeds geciteerde Storkarrest van 16 juni 1978. Hierboven werd er trouwens reeds op gewezen dat naarmate de transactie minder op de wil van partijen, dus in casu op de wil van de adherent is terug te voeren, de vraag gaat spelen hoe essentieel de algemene voorwaarden gedacht waren binnen het kader van de transactie zelf, hoezeer dus de gebruiker zich hierop verliet en mocht verlaten gezien zijn wetenschap van de positie van de andere partij waarbij dus in de leer van het vertrouwen en bij de vraag of de gebruiker daarop af kon gaan gezien mede het *specifiek* overeengekomene als vanzelf de fundamental breach doctrine als *rechtsvraag* naar voren komt.

Dit zijn dus alle valabele overwegingen die opkomen wanneer men naar het normale zoekt. Normale bedingen in de branche buiten standaardvoorwaarden om zullen daarbij ook een rol spelen. In het voorgaande werd verder gewezen op de bescherming die de gebruiker wellicht ook putten mag uit de omstandigheid dat de voorwaarden met organisaties van de adherent of van soortgelijke adherenten zijn afgestemd. T.a.v. een steunen op gebruik of gebruikelijk beding dient m.i. een behoorlijke mate van scepsis in acht genomen te worden. Onze rechtspraak lijkt geneigd gauw een gebruikelijk beding aan te nemen. Als in de vroegere Duitse normtheorie wordt daarbij een inhoudscontrole haast onvermijdelijk en daardoor is men dan toch veelal weer terug bij wat normaal mag heten. Niettemin is dan de controle op de wijze van totstandkoming als bescherming vervallen. Tenslotte moge ook gereleveerd worden hetgeen aan het einde van paragraaf 3.2 werd gezegd over het consumentencontract, waar de coulance enerzijds kan staan tegenover een geringer recht anderzijds en waar bij wat normaal is geringere nazorg kan staan tegenover een lagere prijs.

Een totale *omkering van de bewijslast* t.a.v. het normale lijkt mij in dit alles te ver gaan. Dat zou op zijn hoogst juist zijn wanneer

zou blijken dat er in de overgrote meerderheid van gevallen een afwijking van het normale is, en dat het vertrouwen van het normale altijd is gewekt wat zeker in de professionele sfeer niet steeds het geval behoeft te zijn. Zelfs bij productenaansprakelijkheid aarzelt onze rechtspraak (terecht) t.a.v. de omkering van de bewijslast m.b.t. het schuldvereiste (zie ook H.R. 26 maart 1966), hoewel meteen gezegd kan worden dat de Duitsers deze methode thans aanvaarden (BGH., 28 november 1968, BGHZ.51,91). A fortiori lijkt mij niettemin aarzeling op zijn plaats t.a.v. een omkering van de bewijslast m.b.t. het normale bij standaardvoorwaarden, alhoewel ik me zou kunnen voorstellen dat binnen de vertrouwenstheorie, indien de gebruiker zich beroept op verbindendheid waarbij dan ook de vraag van het normale zoals hierboven gesteld al vaak meteen om de hoek komt, de gebruiker eventueel zal moeten uitleggen wat de adherent als normaal had moeten verwachten. Daarbij zou het mij ook niet verbazen wanneer bij twijfel eerstens de algemene voorwaarden zelf maar dan ook het normale al gauw ten nadele van de gebruiker (dus *contra proferentem* zal worden uitgelegd, aangezien hij het risico van het gebruik draagt.

Volgt men deze gehele benadering van het vertrouwen dan is er tenslotte ook voor een zgn. objectieve uitleg van de standaardvoorwaarden geen plaats maar wordt de betekenis van iedere individuele clausule als in ieder ander contract bepaald eerstens door de wil en voorstelling van de gebruiker en in die voorstelling dan tevens door wat de gebruiker kon voorzien dat de adherent heeft aanvaard, waarbij dan zeker buiten de professionele sfeer de faciliteiten die de gebruiker tot een goed verstaan heeft geboden en de moeite die hij zich daarbij heeft gegeven centraal staan met betrekking tot de mate en de aard van de gebondenheid van de adherent.

5. BESLUIT

Hiermee is dan een eind gekomen aan mijn tour d'horizon op het gebied van algemene voorwaarden. Bespreking van vele deelproblemen, als o.a. de kwestie van conflicterende algemene voorwaarden van ieder der partijen (zie hiervoor ook de regeling van Art. 6.5.2. 8. N.B.W., op zichzelf interessant) en het i.p.r. aspect (83), heb ik (83) Zie hierover met name ook de belangrijke opmerkingen gemaakt door Jessurun d'Oliveira, 25 Am. J. Comp. Law, 318 (1977).

daarbij vermeden voorzover voor de structuur van het betoogde niet van direct belang. Het voorgaande overziende realiseer ik mij dat ik de uitnodiging van het Bestuur om over dit onderwerp te preadviseren indertijd wellicht lichtvaardig heb aanvaard. Al schrijvende ziet men onverwachte verbanden, verwerft men in feite een enigszins ander, hopelijk beter inzicht, en het onderwerp is daarbij veelomvattender gebleken dan ik aanvankelijk had verwacht en het heeft mij verder gevoerd, verder gedwongen, in de algemene beginselen van het verbintenissenrecht dan ik oorspronkelijk voor nodig of zelfs ook maar voor wenselijk had gehouden. Ik hoop dat het preadvies daarbij heeft gewonnen en niet alleen in termen van controverse — het zal op de Vergadering blijken. De grondslagen van het verbintenissenrecht zelf zijn nu eenmaal zeer in beweging, het is mij gebleken in mijn dagelijks werk waar het meestens op het engelse en amerikaanse recht aankomt. De rechtspraak en doctrine blijven daar fragmentarisch. Wat mij is opgevallen bij hernieuwde studie van de Nederlandse ontwikkeling op dit gebied is vooral hoezeer bij ons de rechtspraak (en dan met name die van de H.R.) leiding geeft aan het gedachtenproces. Dat is natuurlijk in Engeland evenzeer het geval maar het lijkt mij dat de H.R. er in is geslaagd tot op heden een grotere eenheid in benadering te behouden. Onze dogmatiek sluit daar niet direct op aan. Er is een neiging om of veel traditioneler of veel avantgardistischer te zijn; zij toont daarbij de golven op een hoogst interessante manier. De redactie van boek 3 en 6 N.B.W. blijft voorzover ik het beoordelen kan, in dit alles nu al sterk achter. Dat is in feite niet te verwonderen aangezien een succesvolle codificatie van een sterk in ontwikkeling zijnd stuk recht dat bovendien nog fundamenteel is en daardoor naar zijn aard slechts tot op zekere hoogte codificeerbaar, niet mogelijk is. Rechtspraak en dogmatiek zullen hier allengs verder gaan. Op het kruispunt van de Code en het BGB, met veelal een beter gevoel dan de meeste Continentalen voor de Engelse en Amerikaanse gedachtenwereld in deze, zijn wij daarbij uniek geplaatst om het nieuwe van velerlei kanten op ons te laten inwerken. Dogmatiek en rechtspraak zullen daar hun voordeel mee doen en het is dan ook niet uitgesloten dat wij in de komende jaren een snelle ontwikkeling zullen zien in de basisvraagstukken met name van ons verbintenissenrecht, zo wij deze al niet gezien hebben, en ik denk dan bijv. wat ons onderwerp betreft aan de ontwikkeling op het gebied van inlichtingenplichten en de marginale toetsing, de

leer van vertrouwen en risico in het algemeen.

In dit preadvies wordt dan ook met een gerust hart teruggevallen op de rechtspraak binnen het kader van een vrije(re)-rechtsvin-ding. De flexibiliteit binnen het algemene begrippenapparaat is bij ons groot en m.i. kan de moderne rechtspraak in de behoefte aan bescherming tegen de uitwassen van algemene voorwaarden stellig voorzien. Daarbij is het grote voordeel van deze benaderingswijze bovendien dat zij de individuele omstandigheden van het geval in aanmerking kan nemen.

In dit alles geldt als uitgangspunt dat in een economie met ons welvaartsniveau wij ons thans wellicht meer dan voorheen de luxe kunnen permitteren om niet alleen t.a.v. de goederen en diensten zelf maar ook ten aanzien van de condities waarop wordt verkocht (en die er in feite een onderdeel van zijn) kieskeuriger te zijn. Het verklaart dat het fenomeen der algemene voorwaarden thans vooral van de consumentenkant wordt benaderd. In deze zin is het onderwerp van algemene voorwaarden economisch gezien voor hen rijp geworden. We moeten hopen dat dat zo blijft; het brengt met zich mee dat de consument hier in zekere zin binnen de spanning tussen kostprijs en condities van twee wallen kan eten, waar op zichzelf niet het minste bezwaar tegen bestaat. Daarbij is het logisch dat als een eerste gevolg een vermeend uitzonderingsregiem dat de toepasselijkheid van algemene voorwaarden scheen te begunstigen tot zijn einde komt. De nieuwste rechtspraak bevestigt m.i. deze ontwikkeling. De vraag is of men verder moet gaan en met name t.b.v. de consument een soort gezamenlijke poging moet ondernemen om de condities, zelfs indien geheel begrepen en gewild, zo gunstig mogelijk te maken. Dat zou dus neerkomen niet op bescherming tegen ongeweten voorwaarden maar in feite op een reglementering van de inhoud van contracten. Het zijn twee geheel verschillende dingen en voor wat het laatste betreft gaat een benadering in deze zin mij in zijn algemeenheid veel te ver. Het is m.i. absoluut wezenlijk voor de hele discussie in dit verband om deze twee aspecten scherp uiteen te houden.

Dit preadvies gaat in principe over de ongeweten en onbegrepen bedingen. Het is niet onbegrijpelijk dat er op dit stuk met name door de consument wordt geklaagd. Misbruik is niet uitgesloten en komt in feite voor. Hoewel dit soort misbruik ook buiten de consumentensfeer aan de orde kan zijn en zich zeker niet alleen bij algemene voorwaarden maar ook bij individuele contracten voordoet,

is het duidelijk dat algemene voorwaarden en meer nog de enkele verwijzing ernaar, de mogelijkheid van versluiering, speciaal in de consumentensfeer, bij uitstek met zich mee kunnen brengen. Bij de behandeling van de problemen in dit verband en de mogelijke oplossingen, komen dan ook al gauw vragen betreffende gebruik van economische macht tegenover individuele zwakte en de 'take it or leave it' houding ter sprake. Deze aspecten zijn evenwel ook niet typisch voor standaardvoorwaarden, in feite kunnen de rollen tussen gebruiker en adherent in dit opzicht heel goed zijn omgedraaid, zoals bijv. in het arbeidscontract en het is niet uitgesloten dat dergelijk soort situaties bij een betere organisatie van de consument zich veelvuldiger zullen gaan voordoen. Waar men het probleem ter versluiering thans mogelijk mag identificeren als een veel voorkomend algemene voorwaarden probleem, blijft het m.i. de vraag of men t.a.v. machtsmisbruik en de 'taking or leaving' houding wel zover kan gaan. In ieder geval kennen wij in dit verband de civielrechtelijke actie van misbruik van omstandigheden. Publiekrechtelijk is er voorts de mogelijkheid van vernietiging van de verbintenis als uitvloeisel van een conditiekartel of van misbruik van economische machtspositie, men denke hier bijv. aan de Bovag-situatie. Indien ingrijpen vanuit dit oogpunt gewenst is, loopt de zaak dus als een mededingingsaffaire in haar eigen baan, wel van de hier besprokene te onderscheiden, alhoewel het zijn kan dat er t.a.v. conditiekartels en misbruik van monopoliepositie verdere regeling nodig is - voor het Europese recht zij hier ook naar de recente negatieve verklaring m.b.t. de Zanussi garantiebedingen verwezen (78/922/EEG). Hoe dat ook zij, men moet m.i. strak vasthouden dat, wanneer condities geheel gekend en begrepen zijn en bij voldoende uitwijkmogelijkheid vrijelijk zijn aanvaard, of dit nu standaardvoorwaarden zijn of niet en in de consumentensfeer of niet, er over de inhoud van die condities of over de toepasselijkheid ervan in wezen *niet* valt te klagen of het moest zijn dat ze apert onzedelijk zijn of in een systeem van (zeer) marginale toetsing in strijd met de goede trouw worden bevonden op de wijze als hierboven besproken of door een ander wilsgebrek dan misbruik van omstandigheden worden ondergraven. Tenzij wij beginnen te spreken van een verbintenissenrechtelijk systeem dat het onze in het geheel niet is, zie ik binnen het kader van onze huidige opvattingen over het ontstaan en de aard van de verbintenis (zelfs met een zekere marge voor fundamentalistisch meningsverschil), geen mo-

gelijkheid te komen tot enig ander soort inhouds- en verbindendheidstoetsing, behoudens - en dat is hier steeds uitdrukkelijk gesteld - indien er van een duidelijke afspraak geen sprake was en er, naast enige ondertekening door de adherent waaruit (een zekere) risicoaanvaarding zijnerzijds spreekt, door de gebruiker vertrouwen van het normale is gewekt, een punt dat juist bij algemene voorwaarden van zo'n eminente betekenis kan zijn, hoewel het elders uiteraard ook kan spelen. Dan komt tevens de vraag op wat normaal geacht moet worden en voor wat soort van bepalingen een meerdere of mindere graad van specifieke toestemming moet worden geëist. Daarbij valt, in plaats van een losse norm die ten onrechte rechterlijke discretie zou suggereren zeker aan een meer specifieke uitwerking voor het geval te denken. Daartoe werd in paragraaf 4 een aanzet gegeven.

Indien wij ons derhalve concentreren op de ongeweten en onbegrepen bedingen, dan is er m.i. juist binnen het gemene recht dat thans met betrekking tot de bescherming van partijen jegens elkander zoveel subtieler is geworden een grote mate van rechtsbescherming voor de adherent binnen en buiten de consumentensfeer mogelijk terwijl tegelijkertijd ook aan de belangen van de gebruiker tegemoet kan worden gekomen, vooropgesteld dat deze laatste zijn eigen plichten in deze zelf waarneemt. Binnen de eenheid van ons rechtssysteem bepleit ik dan een casuïstische benadering met het accent op de controle van de toepasselijkheid van algemene voorwaarden, dus op de wijze van totstandkoming van de overeenkomst, en marginaal op de inhoud ervan met een verdere mogelijkheid van inhoudstoetsing in de zin van het normale indien, in de afwezigheid van een consensus tussen partijen, daarvan het vertrouwen is gewekt en in de mate daarvan. Dogmatisch gezien ligt de sleutel voor de oplossing van de algemene voorwaardenproblematiek derhalve in een combinatie van de erkenning van precontractuele plichten en van de niet-consensuele overeenkomst, waarbij het accent komt te liggen op de opgewekte schijn van weerskanten en op het deduceren van de wederzijdse verplichtingen in een sfeer van wils- en risico-aansprakelijkheid. Het vereiste gedrag, voorzover niet terug te voeren op de wil der partijen, wordt daarbij met name geconstrueerd uit de eis dat niet-verdisconteerde schade of nood bij de andere partij wordt voorkomen. Begrippen als derogerende werking van de goede trouw en misbruik in de opeising van recht sluiten daar meteen bij aan.

M.i. correspondeert de stand van onze nieuwste rechtspraak op dit gebied met deze voorstelling van zaken en ik zie dan ook geen noodzaak voor speciale wettelijke regeling ter ondersteuning van het bovenstaande. Moderne wetgeving in verscheidene ons omringende landen waar mogelijk sterker aan legisme wordt gehecht of politieke motieven in meerdere mate meespelen komen hier m.i. ook niet verder, gaan in feite ten principale vaak aanzienlijk minder ver of het moest zijn dat in het geven van een lijst van verdachte of verboden bepalingen een duidelijker indicatie wordt gegeven t.a.v. wat normaal geacht mag worden, met het bezwaar evenwel dat zulke verboden dan doorgaans ook werken als het vertrouwen van het normale in het geheel niet is gewekt en de portee der bepaling uitstekend werd begrepen bij voldoende uitwijkmogelijkheid. Alle andere soort bepalingen in algemene voorwaarden verkrijgen dan bovendien al gauw het aureool van toelaatbaar terwijl de aandacht van de voorvraag der toepasselijkheid van de voorwaarden o.z.z. wordt afgeleid, welke voorvraag m.i. steeds in directe samenhang met de toetsingsvraag moet worden gesteld. Of men bovendien zo geheel in abstracto zonder de omstandigheden te kennen tot zinnige algemene verboden kan komen blijft daarbij (behoudens apert onzedelijke bepalingen) de vraag. Ik geloof niet dat bijv. over hardheid van een clause in het algemeen veel kan worden gezegd, het komt op de individuele omstandigheden en (bij koop) op de prijs aan. De grote variaties in verschillende thans bestaande of voorgestelde lijsten demonstrenen dit punt ook. Afgezien van al het andere gaat het hier dan om een zeer ruwe en tot op zekere hoogte willekeurige benadering. Voor zover in het Duitse en Franse systeem (en in menig thans ter tafel liggend voorstel) het om een beperkt aantal clauses gaat, kan men er mogelijk vrede mee hebben. Elegant is het echter niet.

In de Inleiding werd gesproken van een onderzoek naar de mogelijkheden en beperkingen inherent aan het huidige systeem van ons verbintenissenrecht wat betreft de verbindendheid van algemene voorwaarden en de bescherming daartegen. Op grond van het voorgaande zijn m.i. de mogelijkheden groot en de beperkingen gering. Vanuit dit oogpunt bezien zit het probleem op zijn hoogst in de tijdsfactor m.b.t. de ontwikkeling van een vastere jurisprudentie. Op dit punt ben ik echter niet overwegend pessimistisch want ten eerste geloof ik niet dat het water ons in dit alles reeds tot de lip-

pen is gestegen en ten tweede kan ook in de rechtspraak de ontwikkeling snel gaan en wij gaan dit m.i. thans zien.

In verband met wettelijke regelingen elders is de mogelijke vaagheid in het huidige rechtssysteem m.b.t. algemene voorwaarden gerelateerd aan de extra belasting die er met name voor de consument aan procederen is verbonden en vanuit dit oogpunt bezien is het dan nog slechts één stap naar de faciliteit om rechterlijke uitspraken op dit stuk voor de toekomst, zo niet in bestaande verhoudingen onder derden te laten werken. Vervolgens kan men dan ook denken aan een algehele preventieve procedure waaronder door betrokken instanties (of eventueel door individuen) geheel afgezien van iedere rechtsstrijd algemene voorwaarden getest kunnen worden. Het gaat dan dus in feite om een *informele* manier om tot *aanvulling* van de lijst van verboden of op zijn minst verdachte bepalingen te komen. Onder nieuwe wetgeving in ons omringende landen (met name in Duitsland en Frankrijk) is, m.n. uit politieke motieven, overigens op zeer verschillende wijze tot op zekere hoogte aan dit verlangen tegemoet gekomen. Aan de orde is dan de betekenis van de jurisprudentie, res judicata effect en precedentenwerking dus, de mogelijkheid en wenselijkheid van algemene onverbindendverklaringen binnen het kader van het burgerlijk recht, de economische betekenis van dit soort ingrijpen en dan tenslotte ook de vraag of de rechter hier de meest geëigende instantie is of dat men in dit verband beter aan een geheel nieuw soort procedure en orgaan kan denken. Aangezien ik niet geloof dat aannemelijk kan worden gemaakt dat wij m.b.t. algemene voorwaarden thans leven in een situatie die de meest drastische stappen wenselijk maakt en aan de andere kant van mening ben dat bij een gedegen onderzoek van het gemene recht blijkt dat daaronder een veel grotere bescherming resulteert en zekerheid kan worden verkregen dan veelal wordt gerealiseerd, met name ook door hen die vóór alles een wettelijke regeling voorstaan, ben ik op deze (moeilijke) vragen hierboven niet uitgebreid ingegaan maar wil bij wijze van conclusie toch nog bij een enkel aspect ervan stilstaan.

De gedachte dat men in abstracto en preventief te werk kan gaan berust, net als de opstelling van een lijst van verboden of verdachte clausules, op de overweging dat er een veelheid van bedingen is die in hun *algemeenheid* als excessief of zeer onereus bestempeld kunnen worden, dus afgezien van hun context, en dat er in het scala van algemene voorwaarden voldoende eenheid in die excessiviteit

bestaat dat het nietigverklaren van bepaalde clauses in abstracto een nuttige bezigheid wordt. Zelfs als men een toetsing op de redelijkheid in het algemeen voor mogelijk houdt - een gedachte hierboven door gebrek aan criteria in ieder geval verworpen als leidende tot grote onzekerheid en daardoor zelfs tot onbillijkheid - en dan nog geloof ik niet dat het probleem van algemene voorwaarden ook maar bij benadering ligt in de (wat dan zouden zijn) *objectief* onbillijke bedingen maar veel meer in die bedingen die binnen het kader van *alle* omstandigheden, gezien dan ook vooral het versluierings aspect, *in casu* bezwaarlijk uitwerken. Een tweede punt hier van belang is dat, indien jurisprudentie inderdaad geen voldoende duidelijkheid zou brengen, een lijst aangevuld met een preventieve procedure ter aanvulling daarvan deze duidelijkheid evenmin zal bewerkstelligen, want, zo gauw in abstracto komt vast te staan wat ongewenst is, zal een kundig jurist ongetwijfeld een ander soort conditie of samenspel van condities weten te vinden zodat zijn client toch zijn doel, zo niet geheel dan in ieder geval gedeeltelijk, bereikt waardoor men weer van voren af aan moet beginnen. Men denke bijv. aan het vermijden van exoneratiebedingen door een nauwe omschrijving van de hoofdplichten. Er is hier zo'n veelheid van mogelijkheden dat, ook vanuit dit oogpunt gezien, het idee van een zekere eenheid in het 'stramien van kwalijkheid' en de hang om door wat voor procedures ook hier duidelijkheid te verschaffen van naïviteit getuigen. Het klinkt alles ongetwijfeld aantrekkelijk maar het heeft geen zin zich alleen daardoor te laten meeslepen. Men blijft dan, geheel afgezien van theoretische bezwaren, noodzakelijkerwijs aan de buitenkant en wanneer dat zo is is het toch wel zeer de vraag of men ineens zijn heil zou moeten zoeken in zulk een drastische benadering als die van abstracte onverbindendheidsverklaring met eventueel een ingrijpen in bestaande rechtsverhoudingen buiten enige rechtsstrijd om. Het is een benadering die het moderne civiele recht met rede steeds uit de weg is gegaan, hoeveel vaagheid met de bijkomende noodzaak van procederen er overigens ook mag bestaan en men denke slechts aan het gehele terrein van de goede trouw. Komt men vervolgens tot een derde punt nl. dat de adherent van jurisprudentie doorgaans geen weet heeft en zich dus niet zal weten te verweren buiten een proces om en dat er daarom instanties nodig zijn die voor hem de situatie duidelijk maken, dan geloof ik dat die instanties zich kunnen beperken tot een voorlichtende taak t.a.v. het heersende recht zoals dat

in de rechtspraak gestalte heeft gekregen met de mogelijkheid van het voeren van eventuele proefprocessen en discussies met gebruikers, er is tegen dit alles niet het minste bezwaar. Speciale procedures maken hier de adherent o.z.z. echter niets wijzer.

Ziet men naar bovengenoemd soort faciliteit in het buitenland in verband met de toetsing van algemene voorwaarden gegeven, dan frappeert ongetwijfeld het geringe aantal gevallen waarin het gekomen is tot een ingreep onder deze noemer, wat uiteindelijk niets anders zeggen wil dan dat men zich niettegenstaande alle moeite toch weer concentreren moet op het individuele geval onder de normale regels. Genoemde faciliteit levert in de praktijk te weinig op wat bij nader inzien, gezien alles wat hierboven is gezegd, niet valt te verbazen want het alternatief is in feite het creëren van grote onzekerheid en willekeur, maar dat niet alleen, het uitgangspunt is fout en daarmee kom ik bij mijn grootste bezwaar. Bovengenoemde benadering propageert nl. een methode van 'picking and choosing' waarin in een oprukkende atmosfeer van contractuele inhoudscontrole het systeem van *bescherming* (waartoe zoals gezegd o.z.z. binnen ons bestaande recht aanzienlijke mogelijkheden bestaan) wordt omgezet in een systeem van *begunstiging*; zij leidt in feite tot een *collectief insisteren* op de meest gunstige condities, indien deze benadering althans van de grond zou komen.

Afgezien van alle overwegingen die hierboven aan de orde kwamen (de mogelijkheid dat de condities bij voldoende uitwijkmogelijkheid geheel vrijwillig en wetend zijn aanvaard, de moeilijkheden van de billijkheidstoetsing, de bijzonderheden van het consumentencontract zelf, etc.) zal dit soort regeling indien ze tot ontwikkeling zou komen ongetwijfeld kostprijsverhogend werken. Het is de gedachte dat de ondernemer het risico in de prijs moet omslaan, liever dan dat een enkel individu een extra last draagt. Het is een bevoogdingsformule met een premie op het voortbestaan van onmondigheid, waarbij bovendien over het hoofd wordt gezien dat vele (kleinere) bedrijven voor de prijzen waartegen zij moeten concurreren zich deze prijsverhoging en daarmee de luxe van dat soort algemene voorwaardenregiem niet licht kunnen permitteren, terwijl anderzijds alle kansen geboden worden aan hen die alles kunnen beloven maar die wanneer het er op aan komt toch niets achter zich hebben staan. Binnen de spanning tussen kostprijs en conditie wordt op deze wijze de balans verstoord waarbij ook de marge voor de consument om in zekere zin van beide te profiteren, dus

èn van een goede prijs èn van goede (en betrouwbare) condities, is vervlogen. Ik meen dan ook dat, zolang de noodzaak niet overduidelijk is aangetoond, er op dit punt van abstracte toetsing en werking onder derden een ernstig woord van bezinning op zijn plaats is of het moest zijn dat dit soort krasse maatregel met de ingewikkelde machinerie die er bijkomt als niets anders bedoeld is dan als een façade waarachter men leert berusten in wat men als een onvermijdelijk nieuw fenomeen op zich af voelt komen. Ik geloof evenwel dat er op het stuk van algemene voorwaarden in het geheel niets onvermijdelijks is en dat een effectieve bestrijding van misbruik gewenst en met de normale middelen alleszins mogelijk is gebleven.

Het voorgaande wil zeggen dat er ook in de onderhavige problematiek geen 'short cuts' zijn, geen surprise oplossingen dus. Dit in overweging nemende lijkt mij het bestaande verfijnde stramien van ons verbintenissenrecht zelf de beste, goedkoopste en snelste bescherming te bieden of althans te kunnen bieden tegen de excessen van algemene voorwaarden binnen en buiten de consumentensfeer en ik houd het er dan ook op dat wij ons ook in de algemene voorwaarden-problematiek op dit stramien zelf moeten concentreren.

Londen, januari 1979.

PREADVIES PROF. MR. E.H. HONDIUS

Naar een wettelijke regeling van algemene voorwaarden

Par. 1. INLEIDING

1. Verantwoording, 95
2. Terminologie, 97
3. Standaardregeling, adhesiekontraakt, 99
4. Konsument en ondernemer, 101
5. Statistische gegevens, 103
6. Plan van behandeling, 105

Par. 2. DE PROBLEMEN

7. Overzicht, 106
8. Toepasselijkheid en vaststelling van de kontraktsinhoud, 109
9. Eenzijdige algemene voorwaarden en de konsument, 110
10. Eenzijdige algemene voorwaarden en de ondernemer, 113
11. Cou lance, 114
12. Kontraktsverscheidenheid, 116

Par. 3. OPLOSSINGEN NAAR GELDEND RECHT

- 13. Overzicht, 118
- 14. Toepasselijkheid, 119
- 15. Vaststelling van de kontraktsinhoud, 120
- 16. Controle, 122
- 17. Ontoereikendheid van de rechterlijke controle, 123
- 18. Zelf-regulering, 124

Par. 4. NIEUWE KONTROLESTELSLS IN HET BUITENLAND

- 19. Overzicht, 125
- 20. Israël, 128
- 21. Skandinavië, 129
- 22. Duitse bondsrepubliek, Oostenrijk, 132
- 23. Verenigd koninkrijk, 136
- 24. Frankrijk, 138

Par. 5. WENSELIJK KONTROLESTELSEL IN NEDERLAND

- 25. Overzicht, 140
- 26. Administratieve controle, 142
- 27. Dwingend recht, 144
- 28. Oekaze-stelsel, 145
- 29. Model-voorwaarden, 147
- 30. Twee fasen-toetsing, 149

Par. 6. DE TWEE-FASEN KONTROLE NADER BEKEKEN

- 31. Overzicht, 150
- 32. Werkingssfeer, 151
- 33. Eerstelijns controle, 154
- 34. Tweedelijns controle, 157
- 35. Maatstaven, 158
- 36. Sankties, 159

Par. 7. MATERIEEL RECHT

- 37. Overzicht, 162
- 38. Werkingssfeer, 164
- 39. Toepasselijkheid, 166
- 40. Uitlegging, 168
- 41. Open norm, 169
- 42. Grijs lijst, 171

Par. 8. DE GRIJZE LIJST NADER BEKEKEN

- 43. Totstandkoming en ontbinding; rechten en verplichtingen in het algemeen, 174
- 44. Aansprakelijkheidsbedingen, 176
- 45. Beperking van rechten van de konsument, 178
- 46. Door ondernemer geëiste garanties, 181
- 47. Geschillenklausules, 181
- 48. Diverse bedingen, 183

Par. 9. ENKELE RESTERENDE VRAGEN

- 49. Plaats van wettelijke regeling, 185
- 50. Snelle aanpassing van de wet, 188
- 51. Rapportage, 190
- 52. Internationaal privaatrecht, 192
- 53. Harmonisatie van controlestelsels, 194
- 54. Uitzonderingsbepalingen, 196

Par. 10. SAMENVATTING EN KONKLUSIES

- 55. Noodzaak van een wettelijke regeling, 198
- 56. Werkingssfeer, 200
- 57. Terug naar de beginselen, 202
- 58. Inhoudskontrolle, 202
- 59. Kontrolereprocedure, 204
- 60. Nieuwe instellingen, 204

BIJLAGEN

- A. Standard contracts law 1964, zoals geamendeerd (Israël), 206
- B. Lag om förbud mot oskälliga avtalsvillkor (Zweden 1971)
Lag om ändring i lagen (1951:218) om avtal och andra rätts-
handlingar på förmögenhetsrättens område (Zweden 1976), 213
- C. Clauses abusives dans les contrats conclus par des consom-
mateurs et méthodes de contrôle appropriées (Raad van
Europa 1976), 216
- D. Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbe-
dingungen (AGB-Gesetz) (Duitse bondsrepubliek 1976), 221
- E. Unfair contract terms act 1977 (Verenigd koninkrijk), 229
- F. Loi sur la protection et l'information des consommateurs de
produits et de services (Frankrijk 1978), 240
- G. Advies inzake het vraagstuk van de toepassing van standaard-
voorwaarden bij transacties met de consument, uitgebracht
door de Commissie voor consumentenaangelegenheden aan de
ministers van justitie en van economische zaken (1978), 242
- H. Regierungsvorlage zum Konsumentenschutzgesetz (Oostenrijk
1978), 258
- I. Projet de loi relatif à la protection juridique du consommateur
(Luxemburg 1978), 286

Par. 1. INLEIDING

1. Verantwoording

Eenendertig jaar geleden behandelde de Nederlandse Juristen-Vereeniging de vraag of het wenselijk is de burgerlijke wetgeving aan te vullen met bepalingen omtrent standaardkontrakten (1). Die vraag werd toen vrij algemeen ontkennend beantwoord (2). Er is alle reden om dit onderwerp thans weer aan de orde te stellen. Niet al-

* Hoogleraar burgerlijk recht Rijksuniversiteit Leiden.

** De verwijzingen in dit preadvies geschieden steeds naar pagina's, tenzij anders is aangegeven.

Dank ben ik verschuldigd aan G. Borrie (*Director general of fair trading*, Verenigd koninkrijk), J. Calais-Auloy (*Commission des clauses abusives*, Frankrijk), B. Dahl (Juridisch instituut te Kopenhagen), P. Elman (Ministerie van justitie, Israël), J. Hennig (*Verbraucherschutzverein*, Duitse bondsrepubliek), F. Schockweiler (*Ministère de la justice*, Luxemburg), W. Schütz (*Bundesministerium für Justiz*, Oostenrijk), P. Westerlind (president van het marktgerecht, Zweden) voor de door hen verschaft informatie; voorts aan F.A.J. Gras, J.H. Nieuwenhuis en F.J.A. van der Velden voor de inzage in de manuscripten van hun bij het ter perse gaan van dit preadvies nog niet verschenen publikaties en aan A.S. Hartkamp en W.A.M. van Schendel voor het kritisch doorlezen van de tekst van dit preadvies.

(1) Jb. Zeylemaker Jnz en K. Jansma, Is het wenselijk, onze burgerlijke wetgeving aan te vullen met bepalingen omtrent 'standaard contracten' en, zo ja, naar welke beginselen?, preadviezen NJV 1948.

(2) Het vraagpunt inzake de wenselijkheid van een wettelijke regeling voor *tweezijdig* geformuleerde standaardkontrakten werd met algemene stemmen ontkennend beantwoord. Een soortgelijk vraagpunt inzake *eenzijdig* opgestelde standaardkontrakten werd met grote meerderheid (7 stemmen vóór) ontkennend beantwoord — Handelingen NJV 1948, II, 88.

leen het verschijnsel zelf heeft zich uitgebreid, ook de inzichten in bestrijding van misbruik hebben zich gewijzigd. Een belangrijke ontwikkeling in deze is dat veel meer dan vroeger de aandacht wordt gericht op *procedures* van totstandkoming en controle.

Een directe aanleiding om juist nu over het thema algemene voorwaarden van gedachten te wisselen, is het voornemen van de regering om nog in deze kabinetsperiode een wetsontwerp in te dienen ter bescherming van konsumenten tegen bezwarende standaardvoorwaarden (3). Hierbij zal mede rekening dienen te worden gehouden met de aanbevelingen van de Raad van Europa (4) en mogelijk met een richtlijn van de Europese Gemeenschappen (5). De aankondiging van een wetsontwerp over het onderwerp van beraadslaging van de NJV heeft minst genomen tot gevolg dat de kans dat de uitkomsten van het debat jarenlang door de wetgever op fust worden gelegd, geringer is dan in andere jaren.

Zo vanzelfsprekend als het moge zijn dat het onderwerp is geagendeerd, veel minder natuurlijk is het dat juist mij is gevraagd om als een van de twee preadviseurs, *NJB*-commentator Verburgh niet meegerekend, op te treden. Deze opmerking vloeit niet alleen voort uit een gevoel van *ut desint vires*, maar meer nog uit een overmaat aan betrokkenheid bij het onderwerp, bestaande in mijn publikatie van met name een recente dissertatie (6) en mijn lid-

(3) Jaarrapport overheidsbeleid consumentenaangelegenheden 1977-1978, 39.

(4) *Clauses abusives dans les contrats conclus par des consommateurs et méthodes de contrôle appropriées*, Résolution (76) 47 adoptée par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe le 16 novembre 1977 - bijlage C. De (eveneens authentieke) Engelse tekst is ten dele afgedrukt in *Contractenrecht VII* nr 133.

(5) De Europese commissie bereidt momenteel een ontwerp-richtlijn inzake oncrucze (standaard) bedingen voor — zie Commissie van de Europese Gemeenschappen, *Beleid inzake bescherming en voorlichting van de consument / Eerste rapport*, 1977, 18.

(6) E.H. Hondius, *Standaardvoorwaarden / Rechtsvergelijkende beschouwingen over standaardisering van kontraktsbedingen en overheidsbezicht daarop*, diss. Leiden, Deventer 1978. Andere publikaties zijn mijn bewerking van hoofdstuk VII 'Standaardcontracten' in de losbladige uitgave *Contractenrecht*, Deventer 1972- en het rapport *Administrative and judicial control of unfair terms in consumer transactions regarding goods or services*, Report written for the European Economic Community, ENV/223/74-D Rev. 2, November 1977. Een verkorte versie van dit laatste rapport is onder de titel 'Unfair contract terms: new control systems' verschenen in 26 *American journal of comparative law* 525 - 549 (1978).

maatschap van enkele werkgroepen die zich met de beleidsvoorbereiding op dit terrein hebben beziggehouden (7). Ik heb daarom geargeld om de uitnodiging van het NJV-bestuur te aanvaarden. Dat ik uiteindelijk toch ja heb gezegd, hangt samen met het feit dat er sinds het afsluiten van mijn dissertatie in ons land enkele belangwekkende studies aan het verschijnsel algemene voorwaarden zijn gewijd (8), terwijl in het buitenland nogal wat is gebeurd op wetgevend terrein, zodat in dit preadvies geen sprake kan zijn van het enkel samenvatten van een eerdere publikatie. Daar komt bij dat het plezierig is om voor zo'n grote schare lezers in beknopte vorm de eigen ideeën over de meest wenselijke rechtsontwikkeling te mogen ontvouwen.

Die beknopte vorm stelt de preadviseur wel voor problemen. Bij het afwegen van wat wel en wat niet op te nemen, zal ik vooral pogen de probleemstelling aan te geven. De motivering van de oplossingen die ik voorstel, moet noodzakelijkerwijs zeer beknopt zijn. Casuïstiek heb ik — tot mijn spijt — geheel moeten ekarteren. Enkele verdere beperkingen komen aan het slot van deze paragraaf (nr 6) aan de orde. Een omvangrijk deel van dit preadvies is gewijd aan een bespreking van recente buitenlandse wetgeving. Om in de tekst van het preadvies ruimte te besparen heb ik de belangrijkste vreemde wetten en wetsontwerpen als bijlagen achter dit preadvies opgenomen.

2. Terminologie

Dit preadvies handelt over algemene voorwaarden. In 1948 spraken men nog van standaardkontrakten. Zojuist werd ook de term standaardvoorwaarden genoemd. Met alle drie de termen beoogt men gewoonlijk hetzelfde verschijnsel aan te duiden, te weten de schriftelijke concept-bedingen, welke zijn opgesteld om zonder onderhandelingen omtrent hun inhoud te worden opgenomen in een gewoonlijk onbepaald aantal nog te sluiten overeenkomsten (7) In het bijzonder de werkgroep konsumentenbescherming van het *Comité de coopération juridique* van de Raad van Europa en de werkgroep konsument en privaatrecht van de SER-kommissie voor konsumentenaangelegenheden (CCA).

(8) F.A.J. Gras, *Standaardkontrakten een rechtssociologische analyse*, Deventer 1979; J.H. Nieuwenhuis, *Drie beginselen van contractenrecht*, diss. Leiden, Deventer 1979, 133-153. Zie voorts F.J.A. van der Velden, *De eenvormige koopwetten van 1964*, Deventer 1979.

van bepaalde aard (9). Welke van deze termen verdient de voorkeur (10)?

De term *standaardkontrakt* heeft het nadeel dat men hierbij vaak alleen denkt aan het kontraktsformulier met in te vullen stippellijnen — en niet aan de bij de griffie van een rechtbank gedeponeerde leveringsvoorwaarden van een brancheorganisatie (11). Een ander bezwaar is dat het woord *kontrakt* niet alleen wordt gebruikt om een dokument aan te duiden maar ook en vooral als kwalifikatie van een rechtsverhouding wordt gebezigd. Dit bezwaar treft niet het begrip *algemene voorwaarden*: hierbij kan men slechts denken aan de bedingen zelf *in abstracto* en niet aan een konkrete rechtsverhouding.

Ook het begrip *algemene voorwaarden* heeft echter nadelen. Niet direkt duidelijk is dat het hier om *kontraktsbedingen* gaat: algemene voorwaarden klinkt betrekkelijk neutraal en zou ook kunnen slaan op de voorwaarden voor herstel van de economie en andere niet-juridische verschijnselen. Als men al aan algemene voorwaarden in de kontraktuele sfeer denkt, dan zal men zijn aandacht vooral richten op de bedingen die een gesloten kompleks van kontraktsbepalingen omvatten en niet op de zojuist genoemde kontraktsformulieren (12). Bovendien zitten we met het probleem van het enkelvoud: een *algemeen beding* (men denke aan de vermaarde BOVAG-klausule, die de NJV in 1957 zo boeide) klinkt wat onbeholpen. Dan liever standaardbeding of standaardklausule, met als logisch meervoud: standaardvoorwaarden.

Naar de term *standaardvoorwaarden* gaat mijn voorkeur uit. Het is duidelijk dat men er de abstrakte klausules en niet een konkrete rechtsverhouding mee bedoelt. Zowel kontraktsformulieren als ter rechtbank gedeponeerde branchevoorwaarden zullen er moeiteloos (9) Diss., 243 e.v.

(10) Zie omtrent terminologische kwesties mijn diss., 227-266, waar mede aandacht wordt geschonken aan de in het buitenland gebezigde definities en omschrijvingen.

(11) Zo bijv. Jb. Zeylemaker Jnz, Handelskoop, Zwolle 1939, 4.

(12) Een hiermee samenhangend bezwaar is dat men bij het begrip algemene voorwaarden veelal aan *eenzijdig* opgestelde bedingen denkt — zie bijv. in de Duitse literatuur J. Schmidt-Salzer, Allgemeine Geschäftsbedingungen, eerste druk München 1971, 8, die een zeer ruime definitie van *allgemeine Geschäftsbedingungen* geeft maar vervolgens slechts eenzijdig opgestelde kontraktsbedingen bespreekt (in de in 1977 verschenen tweede editie is de betreffende paragraaf vervangen door een bespreking van de wettelijke definitie).

toe worden gerekend. Wel gebiedt de eerlijkheid te vermelden dat ook de term standaardvoorwaarden niet geheel zonder bezwaren is. Evenmin als de algemene voorwaarden suggereert hij direct de relatie tot het kontraktsbegrip (13). Bovendien wordt de term in het spraakgebruik van ondernemers soms gebezigd ter aanduiding van die kontraktsbedingen welke niet alleen *tegenover* een groot aantal wederpartijen maar ook *door* een groot aantal ondernemers worden gebruikt, dus vanuit het gezichtspunt van beide partijen gestandaardiseerd zijn.

Ook al kleven er aan het begrip *algemene voorwaarden* enkele nadelen, het is nog altijd beter dan de term standaardkontraakt. Het is voorts de term van het Ontwerp nieuw BW (14). Tenslotte — *ach, es war nicht meine Wahl* — het is de titel welke het bestuur van de NJV heeft gekozen. Voldoende redenen dunkt me om althans in dit preadvies van algemene voorwaarden te spreken.

3. Standaardregeling, adhesiekontraakt

Het ontwerp nieuw BW introduceert nog een andere term, de standaardregeling. Hieronder moet blijkens art. 6.5.1.2 worden verstaan een samenstel van bepalingen, welke zijn opgesteld door een daartoe door de minister van justitie benoemde commissie voor een bijzonder soort overeenkomsten in een bepaalde bedrijfstak. Het bijzondere van de standaardregeling is dat zij na goedkeuring en afkondiging door de kroon van rechtswege voor deze overeenkomsten geldt. Dat betekent dat er een wezenlijk verschil is met de in nr 2 omschreven algemene voorwaarden, welke nu juist niet van rechtswege gelden. De goedgekeurde en afgekondigde standaardregeling van het Ontwerp nieuw BW kan het best worden getypeerd als een vorm van gedelegeerde wetgeving. De standaardregeling is in het westen een typisch Nederlands verschijnsel. Alleen Luxemburg kent een voorstel tot een soortgelijke delegatie in het *Projet de loi relatif à la protection juridique du consommateur* (15). In de socialistische staten is de standaardregeling al lang inge-

(13) Het begrip standaardvoorwaarden wordt bijv. ook in het fiscale recht (in geheel andere zin dan in dit preadvies) gehanteerd door het ministerie van financiën.

(14) Zie art. 6.5.1.3 en 6.5.2.8.

(15) Bij art. 6, eerste lid van dit ontwerp wordt een *paritair* samengestelde *Conseil de la consommation* ingesteld. Blijkens art. 7 (zie de tekst in bijlage I)

burgerd; de aldaar gebezigde *Allgemeine Leistungsbedingungen* en andere 'algemene voorwaarden' zijn een voorbeeld van gedelegeerde wetgeving (16). Een andere begrip dat men in de discussie over algemene voorwaarden regelmatig tegenkomt, is het *adhesie-kontrakt*. De betekenis van deze term moet men vooral in de rechtspolitieke sfeer zoeken. Vanaf de uitvinding ervan door Saleilles in 1902 (17) tot ongeveer de ontdekking van de konsument als rechtssubjekt heeft het *contrat d'adhésion* wezenlijk bijgedragen tot het opwekken van belangstelling voor het verschijnsel algemene voorwaarden. Als politieke blikvanger had het adhesiekontrakt het voordeel van de vaagheid (18). Als juridisch begrip keert die vaagheid zich evenwel tot nadeel. Een bezwaar is voorts het suffix-kontrakt, zoals ik hierboven bij de bespreking van de term standaard-kontrakt reeds betoogde. Het lijkt mij daarom beter om de term adhesiekontrakt niet te gebruiken. Ik doe deze suggestie wel met enige spijt, omdat juist het prefix adhesie- zo beeldend uitdrukt, waar het bij een bepaalde categorie algemene voorwaarden – te weten de eenzijdig door één kontraktspartij of brancheorganisatie opgestelde kondities – om gaat. Deze kondities zijn *à prendre ou à laisser*: men kan zijn adhesie betuigen of van de transactie afzien, een tussenweg is er meestal niet. Het prefix verschaft ons tevens de naam voor een van de betrokken partijen: adherent. Dat klinkt wel heel wat plezieriger dan 'wederpartij van degene die algemene voorwaarden bezigt'. Ik zal mij daarom in dit preadvies ondanks mijn bezwaren tegen de term adhesiekontrakt op verscheidene plaatsen van de term adherent bedienen.

heeft deze commissie onder meer de taak om standaardregelingen te ontwerpen, welke op haar voorstel bij gemeenschappelijk besluit van de ministers van justitie en van middenstandszaken kunnen worden 'agrées'. Kennelijk houdt dit mede in dat deze regelingen van rechtswege bindend zijn, want in de toelichting op lid 3 lezen we: 'Si un contrat particulier contenait une stipulation contraire à une règle impérative du contrat-type, cette stipulation devrait être automatiquement réputée comme non écrite et remplacée par la stipulation correspondante du contrat-type' (*Exposé des motifs* blz. 23).

(16) Diss., 53-55.

(17) R. Saleilles, *De la déclaration de volonté / Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code Civil allemand*, Parijs 1901, 229-230.

(18) Zie over de vaagheid van het begrip mijn diss., 261-264.

4. *Konsument en ondernemer*

Dat het adhesiekontraakt thans kan worden gerelegeerd naar de rechtsgeschiedenis, is vooral te danken aan de snelle opkomst van het begrip konsument. Politiek is dit aanzienlijk aantrekkelijker gebleken dan 'adherent'. Konsumentenbescherming klinkt iedereen prachtig in de oren — konsumenten zijn we immers allemaal (19) — heel wat beter in elk geval dan adherentenbescherming. Dit doet de vraag rijzen wat onder konsument moet worden verstaan. Het is een niet onbelangrijke vraag, waarover het laatste woord nog niet gesproken is.

Het begrip konsument is afkomstig uit de ekonomie en er zijn schrijvers die ook in de rechtswetenschap dit ekonomische begrip willen hanteren (20). Dat heeft het voordeel van de eenheid van begrippen. Het heeft het nadeel dat zuiver ekonomisch gezien ook de aankoop van tanks door de staat een konsumententransaktie vormt. Dit soort transakties nu wenst men juist te onderscheiden van die waar een partikulier niet bedrijfs- of beroepsmatig handelt. Op deze wijze komt men tot een onderscheid tussen konsument en ondernemer (burger en koopman, zei men tot 1934).

Maar hoe moet dit onderscheid in juridische termen worden gegoeten? Ik wil het probleem illustreren aan de hand van de pogingen van de wetgever om vat te krijgen op deze materie. In verschillende belangrijke wetten zoals de Prijzenwet en de Warenwet heeft de wetgever dit probleem omzeild door de regeling niet tot konsumenten te beperken. In enkele uitvoeringsbesluiten treffen we voorts de term konsument aan, zonder dat daar een nadere aanduiding van wordt gegeven (21). Maar er zijn ook wetten waarin wel een duidelijk onderscheid wordt gemaakt. Zo hanteert de Wet op het consumptief geldkrediet een *financieel* criterium, dat via de oude Geldschieterswet 1932 afkomstig is uit het Amerikaanse recht (22). Het systeem komt erop neer dat leningen tot en met (19) In mijn preadvies Konsumentenrecht, Deventer 1976, 102 heb ik deze oratorische truc doorgeprikt.

(20) Zie bijv. A. Brack, Kernpunten van het konsumentenrecht, Groningen 1975, 2.

(21) Soms wordt het begrip konsument ook negatief omschreven, bijv. als 'anderen dan ondernemers en publiekrechtelijke lichamen' (art. 38 Wet op de omzetbelasting 1968).

(22) Memorie van toelichting Wet op het consumptief geldkrediet zitting 1968-1969 nr. 9952 blz. 19.

f 5 000 onder de werkingssfeer van de wet vallen, daarboven niet (23). Het financiële criterium bevredigt niet altijd; bij de parlementaire behandeling van de Wet op het consumptief geldkrediet is gepoogd het criterium te vervangen door een zuiver onderscheid tussen konsumptief krediet en bedrijfskrediet (24). Van regeringszijde werd daar, niet geheel terecht, tegen aangevoerd dat dit criterium een controle op de besteding van het krediet noodzakelijk zou maken (25).

Een zuiver economisch criterium vinden we neergelegd in het Wetsontwerp misleidende reclame (26). Daarin wordt een aktie-recht toegekend aan organisaties die ten doel hebben de behartiging van belangen van 'eindegebruikers van niet voor een beroep of bedrijf bestemde goederen of diensten'. Waar het hier gaat om de aanduiding van een groep rechtssubjekten, kan met een globale omschrijving worden volstaan. Anders wordt dit, indien men één bepaalde transaktie wil kwalificeren. Dan wordt de zaak opeens veel ingewikkelder, hetgeen blijkt uit de omschrijving van de consumentenkoop in het daarover handelend voorontwerp van minister De Ruiter, dat in augustus 1978 voor advies aan de SER is aangeboden. Art. 7.1.1.4 van dit voorontwerp luidt als volgt:

Artikel 4.

1. In deze titel wordt verstaan onder consumentenkoop: de koopovereenkomst met betrekking tot een roerende zaak, die hetzij wordt gesloten door een verkoper die handelt in de uitoefening van de detailhandel, hetzij gelijk is aan koopovereenkomsten welke de verkoper in de uitoefening van de detailhandel pleegt te sluiten.

Wordt de zaak verkocht door de gevolmachtigde die handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf, dan wordt de koop aangemerkt als een consumentenkoop, tenzij degene in wiens naam wordt gehandeld, geen bedrijf als bedoeld in de vorige zin uitoefent en de koper dit ten tijde van het sluiten van de overeenkomst weet.

2. Onder uitoefening van de detailhandel wordt verstaan: het

(23) Volgens art. 1 van de wet valt iedere kredietgever die — wel eens — beroeps- of bedrijfsmatig kredieten van f 10 000 of minder verleent onder de werking van de wet. In de praktijk genieten alle bonafide kredietinstellingen evenwel een vrijstelling voor kredieten van f 5 000 of meer (art. 49 en 50).

(24) Voorlopig verslag, zitting 1969-1970 nr 9952 blz. 2.

(25) Memorie van antwoord, zitting 1970-1971 nr 9952 blz. 3.

(26) Bijlagen handelingen Tweede Kamer 1975-1976 nr 13611.

bedrijfsmatig aan particulieren verkopen van zaken, daaronder begrepen het verkopen van zaken in de uitoefening van ambulante handel, van gebruikte of ongeregelde zaken en van zaken, zover dit valt aan te merken als het houden van een veiling.

3. Lid 1 is niet van toepassing:

(a) indien zaken die aan de verkochte zaak gelijk zijn, slechts bij uitzondering voor gebruik of verbruik in de privésfeer worden bestemd, tenzij de koper de zaak voor zodanig gebruik of verbruik bestemt en de verkoper dit weet of daarvan niet onkundig kan zijn;

(b) indien de overeenkomst een registergoed of door leidingen naar de verbruiker aangevoerd water of gas betreft.

Het is duidelijk dat het met deze moeilijk direkt te vatten omschrijving ook moeilijk werken zal zijn. Vereenvoudiging lijkt geboden en is ook bereikbaar door in het eerste lid de meest typische (normale) konsumententransaktie te omschrijven en dan in de overige leden de afwijkende gevallen (zoals dat van de tweede volzin van het huidige eerste lid) te noemen (27). Inhoudelijk zijn tegen de ruime omschrijving van het voorontwerp weinig bezwaren aan te voeren; zij komt tegemoet aan de wens om de konsument niet zuiver economisch te definiëren maar daarentegen de konsumententransaktie centraal te plaatsen en maakt voorts een aanpassing aan nieuwe maatschappelijke ontwikkelingen mogelijk.

5. Statistische gegevens

In het voorgaande heb ik hopelijk voldoende duidelijk gemaakt waarover we praten. De vraag kan worden gesteld of het de moeite waard is om erover te praten. Wat is de omvang van het verschijnsel algemene voorwaarden? Zijn de problemen in voldoende mate eigen aan algemene voorwaarden om een afzonderlijke bespreking te rechtvaardigen? De laatste vraag zal ik zo dadelijk in par. 2 aan de orde stellen. Het beantwoorden van de eerste vraag stelt ons (27) In elk geval lijkt het mij juist dat de wetgever de te verwachten afbakeningsproblemen van de werkingssfeer zelf oplost en dit niet overlaat aan de rechter, zoals bijv. ten dele in het Verenigd koninkrijk is geschied. De vraag of de advocaat die voor beroepsmatig gebruik een aktenas koopt op de wettelijke regeling een beroep mag doen, is een van deze niet opgeloste puzzels — zie de tegenstrijdige meningen hierover van P.S. Atiyah, *Sale of goods*, vijfde druk Londen 1975, 134 en G. Borrie, *Journal of business law* 1978, 317, 318.

voor problemen van tweërlei aard. Niet alleen is er het technische probleem om uit te zoeken hoe vaak algemene voorwaarden worden gebezigd, ook is er de kwestie hoe de vraagstelling dient te worden geformuleerd.

Om met het laatste te beginnen: een inzicht in het totale aantal algemene voorwaarden dat in ons land wordt gebezigd, is natuurlijk aardig en voor sommige doeleinden ook wel relevant (bijv. als men zich afvraagt hoeveel werk de aanpassing van de bestaande algemene voorwaarden aan nieuwe wetgeving zal vergen), maar niet het wezenlijke. Dat essentiële zit hem veeleer in de mate waarin algemene voorwaarden het rechtsleven hebben doorgedrongen. In hoeverre is dit het geval? Een verfijning in de vraagstelling kan worden aangebracht door de vraag te beperken tot het aandeel van algemene voorwaarden in de overeenkomsten welke worden afgesloten. Deze vraag is in zoverre kwantificeerbaar dat door een steekproef uit het bedrijfsleven te trekken kan worden nagegaan bij hoeveel overeenkomsten algemene voorwaarden toepasselijk worden verklaard. In ons land is dit onlangs geschied in een omvangrijk rechtssociologisch projekt dat is uitgevoerd door Gras. Uit het onderzoek is naar voren gekomen dat zowel in het Nederlandse bedrijfsleven in het algemeen als in de afzonderlijke bedrijfstakken de ondernemingen die geen algemene voorwaarden gebruiken veruit in de minderheid zijn. Het gebruik van algemene voorwaarden (ongeacht de frekwentie van het gebruik) is daarom in Nederland een wijd verbreid verschijnsel. Ook de frekwentie waarmee algemene voorwaarden worden gebruikt, is hoog. Wanneer geschat wordt bij welk percentage van de transakties ondernemers algemene voorwaarden bezigen (voor die groep ondernemers die aangegeven hebben dat zij algemene voorwaarden gebruiken) dan blijkt dat dit percentage in de afzonderlijke onderzochte bedrijfstakken bijna altijd boven de 50 procent ligt (28). Hierbij zij aangetekend dat dit beeld nog in zoverre vertekend is dat van de steekproef waren uitgesloten die bedrijfstakken (bankwezen, verzekering), waar vermoedelijk vrijwel steeds op basis van algemene voorwaarden wordt gekontrakteerd.

Het onderzoek van Gras is van veel belang, omdat het voor het eerst een kwantitatief inzicht in het verschijnsel algemene voor- (28) F.A.J. Gras, *Standaardkontrakten een rechtssociologische analyse*, Deventer 1979, 46, 47.

waarden in ons land (29) geeft. Het beantwoordt echter niet alle vragen. Een vraag die in het bijzonder resteert is in hoeverre algemene voorwaarden van betekenis zijn bij de uitvoering van de overeenkomst en bij de beslissing van geschillen naar aanleiding van de overeenkomst. Niet ondenkbaar is immers dat algemene voorwaarden slechts in geval van konflikt worden ingeroepen en dan zelfs alleen wanneer degenen die de voorwaarden bezigt — of zijn advocaat — zich ervan bewust is dat een bepaalde klausule kan worden toegepast. Op het belang van het onderscheid tussen toepasselijkheid en toepassing, in het bijzonder wanneer het om de legitimering van een wettelijke regeling gaat, komt ik in nr. 11 terug.

6. Plan van behandeling

Het begrip algemene voorwaarden wekt vaak associaties op met het misbruik van kleine lettertjes. Toch is dat niet het enige, misschien niet eens het belangrijkste probleem dat samenhangt met het bezigen van algemene voorwaarden. In de volgende paragraaf (par. 2) wil ik de meest voorkomende problemen inventariseren. Vervolgens zal ik aangeven hoe deze problemen in het kader van het huidige recht tot een oplossing kunnen worden gebracht — of niet kunnen worden gebracht (par. 3). Een belangrijke — zij het niet de enige — oplossing naar wordend recht is de invoering van nieuwe wetgeving. Omdat juist de NJV aanbevelingen pleegt te doen met betrekking tot de wenselijkheid van nieuwe wetgeving, zal ik dit aspect in het preadvies centraal stellen. Hierbij dienen twee kanttekeningen te worden geplaatst. Het centraal plaatsen van de wetgeving in dit preadvies houdt niet in dat andere beleidsinstrumenten, zoals zelf-regulering door het bedrijfsleven, van geen gewicht zijn. Voorts heeft de hieronder te bespreken wetgeving naast een vernieuwende ook een kodifikatorisch aspect (30): zij kan ertoe bijdragen dat reeds door de rechtspraak ontwikkelde regels een grotere bekendheid en overtuigingskracht krijgen.

Er is geen betere introductie tot het wetgevingsvraagstuk denkbaar (29) In het buitenland werden al eerder rechtssociologische onderzoeken naar het verschijnsel algemene voorwaarden verricht — zie met name S. Macaulay, 'Non-contractual relations in business: a preliminary study', 28 *American sociological review* 55 (1963).

(30) Zie hieromtrent H. Drion, wetgevingssymposium Tjeenk Willink 15 september 1978.

dan een beschrijving van die stelsels, welke ons met een algemene regeling inzake algemene voorwaarden zijn voorgegaan (par. 4). Hieruit kunnen we belangrijke argumenten putten voor de beantwoording van de vraag hoe de Nederlandse wetgever de algemene voorwaarden dient te regelen (par. 5). In de paragrafen 6-9 zal ik een nadere uitwerking geven van het model dat hieruit te voorschijn komt. Anders dan gebruikelijk begint deze uitwerking met een schets van het te introduceren controlestelsel (par. 6). Pas daarna komt het materiële recht aan bod (par. 7). In een afzonderlijke paragraaf zal ik aandacht schenken aan de mogelijkheid van een zwarte (of grijze) lijst (par. 8). Vervolgens resteren nog enkele problemen, welke in een restparagraaf zijn samengevoegd (par. 9). In een slotparagraaf geef ik ten gerieve van automobilisten (die dit preadvies niet in de trein naar Middelburg kunnen lezen) een samenvatting met konklusies ten aanzien van de te verwachten vraagpunten (par. 10).

Enkele vraagstukken heb ik bewust buiten schot gelaten. Over de vraag van de wenselijkheid van cassatie wegens onjuiste uitlegging van algemene voorwaarden heeft de NJV zich juist in 1978 uitgesproken, zodat het weinig zinvol lijkt deze kwestie thans opnieuw aan de orde te stellen. Ook de historische — inclusief de sociaal-ekonomische — ontwikkeling wil ik, uit ruimtetechnische overwegingen, overslaan. Daarnaast zijn er enige problemen die enigszins perifeer zijn en die ik daarom slechts terloops zal bespreken; dit geldt in het bijzonder voor de onderwerpen die in par. 9 aan de orde komen.

Par. 2 DE PROBLEMEN

7. Overzicht

A koopt voor zijn appartement een bankstel bij de firma B. Enkele dagen na de koop stuurt de firma B hem een orderbevestiging. De bevestiging is gesteld op briefpapier, aan de voet waarvan gedrukt staat: 'Op al onze aanbiedingen en leveranties zijn van toepassing de Algemene Leveringsvoorwaarden van de Federatie van Meubileringsbonden, op 23 november 1966 gedeponceerd ter griffie van de Arrondissementsrechtbank te Utrecht'. In deze voorwaarden is onder meer een inkassobeding opgenomen. Kan de firma B zich

tegenover A op dit beding beroepen (1)?

P en Q sluiten een aannemingsovereenkomst. Beiden zenden elkaar een bevestiging waarin hun algemene aanbestedings- respectievelijk aannemingsvoorwaarden staan afgedrukt. Deze voorwaarden bevatten tegenstrijdige geschillenklausules. Op welke wijze moet een geschil tussen P en Q worden beslecht (2)?

Bovenstaande twee casusposties illustreren de problemen waartoe het gebruik van algemene voorwaarden aanleiding kan geven. In het eerste geval staan een bedrijfsmatig en een niet bedrijfsmatig handelende kontraktspartij tegenover elkaar. Het tweede geval betreft een transactie tussen partijen die beiden in de uitoefening van hun bedrijf handelen.

Een derde mogelijkheid is dat twee *niet* bedrijfs- of beroepsmatig handelende partijen X en Y een overeenkomst sluiten (verkoop van gebruikte goederen, kamerverhuur). In dit geval zullen echter gewoonlijk geen algemene voorwaarden worden gebezigd (3). Dit is alleen dan anders, indien partijen uit vrije wil een makelaar als tussenpersoon in de arm nemen of indien zij uit hoofde van een wettelijk vormvereiste een notaris als deskundige inschakelen. Voor het vastleggen van de kontraktuele relatie tussen X en Y zal deze professionele derde veelal kontraktmodellen, een bepaalde categorie algemene voorwaarden, bezigen. Nu moet hier direkt bij worden aangetekend dat het gebruik van algemene voorwaarden door een onafhankelijke derde in de praktijk tot weinig problemen leidt (4).

Problemen, problemen... het zou onjuist zijn om de suggestie te wekken dat algemene voorwaarden, afgezien van de categorie kon-

(1) Vergelijk Ktg Gorinchem 20 februari 1967 *Praktijkids* 1967 nr 381 (A.R. Bloembergen). De geciteerde verwijzing is geen letterlijk citaat.

(2) Vergelijk R.v.A. bouwbedrijven 20 september 1967 *BR* 1967 nr 195.

(3) Alleen bij kamerverhuur maken partikulieren wel eens gebruik van kontraktformulieren die in kantoorboekhandels en bij de Consumentenbond verkrijgbaar zijn.

(4) Zie omtrent de indeling van algemene voorwaarden in drie categorieën — kontraktmodellen, eenzijdig vastgestelde algemene voorwaarden en tweezijdig vastgestelde algemene voorwaarden — Jb. Zeylemaker Jnz, preadvies NJV 1948, 72-78 alsmede mijn diss., 256-261. Het onderscheid is vooral van belang voor de probleemstelling. Voor vastlegging in een wettelijke regeling zijn de grenzen tussen de drie categorieën te vaag. H.J. Sluiter, *RM Themis* 1979, 57, 58 heeft recentelijk bestredden dat kontraktmodellen tot de algemene voorwaarden, zoals hier omschreven, zouden mogen worden gerekend.

traktsmodellen, alleen maar problemen veroorzaken. Het tegendeel is het geval: het gebruik van algemene voorwaarden voorkomt tal van konflikten, bespaart tijdrovende en kostbare onderhandelingen, vereenvoudigt de interne bedrijfsadministratie, maakt planning en kostenkalkulatie mogelijk en betekent gewoonlijk dat het kontrakt deskundiger is geredigeerd dan wanneer partijen de redactie zelf ter hand zouden hebben genomen. Deze voordelen zijn van zoveel gewicht dat de nadelen, althans bij de zojuist genoemde kontraktsmodellen, hierbij vergeleken in het niet vallen. Dit ligt anders bij de eenzijdig vastgestelde algemene voorwaarden, waarbij weer onderscheid kan worden gemaakt tussen het gebruik bij konsumententransakties (nr 9) en handelstransakties (nr 10). Ontstaan de aan het bezigen van algemene voorwaarden verbonden nadelen pas wanneer hierop van ondernemerszijde een beroep wordt gedaan, of moeten we verder gaan en stellen dat reeds het enkele feit dat eenzijdige algemene voorwaarden deel uitmaken van de kontraktsinhoud een probleem is (nr 11)? De vraag is vanuit rechtspolitiek oogpunt niet oninteressant, omdat bij beantwoording in laatstgemelde zin de noodzaak van een wettelijke regeling eenvoudiger aantoonbaar is dan in geval van een antwoord in eerstgenoemde zin. Een probleem dat reeds in het voorgaande besloten ligt, maar toch afzonderlijke behandeling behoeft, is dat van de toepasselijkheid van algemene voorwaarden en van de vaststelling van de inhoud van de op basis daarvan gesloten overeenkomsten. Hoe kunnen algemene voorwaarden tot deel van de kontraktsinhoud worden gemaakt en hoe verhoudt dit deel zich dan tot andere elementen van diezelfde kontraktsinhoud (nr 8)?

Tot slot wil ik aandacht besteden aan een probleem dat ontstaat indien in een bedrijfstak verschillende groeperingen elk hun eigen

(5) Nieuwenhuis 1979, 134 (zie nr 1 noot 8 hierboven) drukt het zo uit: 'De effectiviteit van het contractsmechanisme is afhankelijk van het evenwicht tussen autonomie en institutionalisering. Het contractenrecht zou spoedig dol draaien als het niet kon terugvallen op voorgevormde en gereedliggende patronen'.

(6) De belangrijkste problemen — verstarring van de kontraktsinhoud en het gedachteloos 'gelijk een papegaai' kopiëren van verouderde formules — kunnen bij oplettendheid van zowel opstellers als gebruikers tot een minimum beperkt blijven.

algemene voorwaarden gebruiken, hetgeen geïllustreerd zal worden aan de hand van de bouwnijverheid (nr 12).

8. Toepasselijkheid en vaststelling van de kontraktsinhoud

Terwijl het misbruik van de 'kleine lettertjes' waarschijnlijk het meest tot de verbeelding spreekt, is er een ander met algemene voorwaarden verbonden probleem dat blijkens de gepubliceerde rechtspraak in de praktijk een ten minste even grote rol speelt (7). Het is het probleem van de toepasselijkheid van algemene voorwaarden en van de vaststelling welke betekenis deze voorwaarden hebben voor het geheel van rechten en verplichtingen dat de overeenkomst omvat. Het eerste deel van de probleemstelling, de toepasselijkheidsvraag, vloeit voort uit onze assumptie dat algemene voorwaarden, hoewel in sommige opzichten gelijkend op aanvullend recht, anders dan wetgeving niet van rechtswege bindend zijn (8). Om die bindendheid te bereiken is naar geldend recht toestemming van beide partijen in de zin van art. 1356 BW vereist. Bij ontstentenis van nadere wettelijke details hieromtrent is niet zonder meer duidelijk welk handelen of nalaten van partijen als toestemming dient te worden gekwalificeerd. Een komplicerende faktor hierbij is dat de inschakeling van algemene voorwaarden lang niet steeds synchroon loopt met het bereiken van overeenstemming over hoofdzaken van het kontrakt (de rompovereenkomst). De inschakeling kan tevoren hebben plaatsgevonden, bijv. indien partijen met elkaar in handelsrelatie staan of indien beiden bij eenzelfde brancheorganisatie zijn aangesloten. Zij kan ook nadien geschieden, zoals in de praktijk regelmatig gebeurt wanneer in een bevesti-

(7) Zie *Contractenrecht VII* nrs 11-124. Al geeft de gepubliceerde jurisprudentie niet steeds een juist beeld van de gehele rechtspraak — zie H.J. Snijders, *Rechtsvinding door de burgerlijke rechter / Een kwantitatief rechtspraakonderzoek bij de hoge raad en de gerechtshoven*, diss. Leiden, Deventer 1978, 203-208 — aannemelijk is dat met name de rechtspraak inzake de toepasselijkheid van algemene voorwaarden eerder onder- dan oververtegenwoordigd is in de gepubliceerde uitspraken.

(8) De in Frankrijk en Duitsland wel verkondigde — en in Duitsland tijdelijk zelfs aanvaarde — theorie dat algemene voorwaarden als objectieve rechtsnormen van rechtswege bindend zijn (zie daarover Nieuwenhuis 1979, 136) is in ons land nooit serieus verdedigd. Een uitzondering moet worden gemaakt voor algemene voorwaarden die als bestendig gebruikelijk beding in een bepaalde bedrijfstak kunnen worden aangemerkt — zie *Contractenrecht VII* nrs 87-98.

gingsschrijven of een faktuur naar algemene voorwaarden wordt verwezen (9).

Omdat de inschakeling van algemene voorwaarden tot een routine-handeling is geworden — ondernemers maken zich er vaak met een gedrukte verwijzing op hun briefpapier van af — kan er van alles misgaan en gaat er in de praktijk ook heel wat mis. De verwijzing geschiedt bijv. in een daartoe door de rechtspraak ongeschikt geacht dokument (cirkulaire, faktuur), er wordt naar twee of meer algemene voorwaarden verwezen, of het briefpapier wordt gebruikt om een ander type transaktie te bevestigen dan waarvoor de algemene voorwaarden zijn opgesteld (10). Een zekere nonchalance aan de zijde van ondernemers wordt in de hand gewerkt door de rechtspraak, die zoals we in nr 14 zullen zien bijzonder soepel is bij het aanvaarden van gebondenheid. Deze rechtspraak is er ook een van de oorzaken van dat versluiering van de inhoud van algemene voorwaarden zo lonend is.

Ook wanneer de toepasselijkheid vaststaat, is de zaak nog niet klaar. Welke betekenis moet aan de algemene voorwaarden worden gehecht in het licht van de overige kontraktsinhoud? En hoe moeten die voorwaarden in geval van onduidelijkheid of tweeduidigheid worden geïnterpreteerd? (11) Het zijn vragen die inherent zijn aan het onderbrengen van een *Fremdkörper*, een *corpus alienum*, in het overeengekomene. Het konfektiekarakter van klausules die zijn opgesteld met het oog op een hele reeks casusposities leidt bij het maatwerk van veel overeenkomsten onvermijdelijk tot problemen.

9. Eenzijdige algemene voorwaarden en de konsument

Voor de konsument heeft het gebruik van algemene voorwaarden door ondernemers vele nadelen. Men kan deze nadelen onder drie hoofden rubriceren: versluiering van de kontraktsinhoud, eenzijdig-

(9) Soms lopen het bereiken van overeenstemming over hoofdzaak en algemene voorwaarden wel synchroon, bijv. wanneer in de offerte algemene voorwaarden worden vermeld, waarmee de wederpartij in de akceptatie akkoord gaat.

(10) Zie hieromtrent respektievelijk Contractenrecht VII nrs 44-45 (faktuur), 74 (cirkulaire), 52 (dubbele verwijzing) en 112-124 (algemene verwaarden verzetten zich tegen toepasselijkheid). Laatstgenoemde kwestie heeft tot beroemde controverses geleid, bijv. over de vraag of lucifers een aan zuidvruchten aanverwant artikel zijn — zie daarover W. Nolen in *AR* nrs 217, 242 en 441.

(11) Zie hieromtrent Contractenrecht VII nrs 180-228.

dig toeschrijven van de inhoud naar de ondernemer, en ontbreken van de machtspositie om hierin verandering te brengen.

Eerstgenoemd nadeel, de versluiering van de kontraktsinhoud, is het meest specifiek voor algemene voorwaarden. Hoe vaak komt het voor dat ondernemers opening van zaken geven door in duidelijke bewoordingen, nog voordat het kontrakt is gesloten, aan te geven op welke kondities zij zaken doen en wat de rechten en verplichtingen van de konsument zijn? Toegegeven, er zijn voorbeelden van ondernemers die dat wel eens doen, bij wijze van reclamestunt. Maar meer kenmerkend is het beeld van de ondernemer die gebruik maakt van moeilijk geformuleerde, gewichtig aandoende algemene voorwaarden die verstopt worden in een kontraktsdocument of voor een kennisneming waarvan de konsument zelfs naar de griffie van een rechtbank verwezen wordt (12). De konsument gaat niet naar de rechtbank, neemt de kondities op het passagebiljet niet met zijn advocaat door voordat de vervoersovereenkomst wordt gesloten, koopt geen loupe om de kleine lettertjes te lezen. Waarom zou hij ook: de kans op ongelukken is toch klein, men mag toch vertrouwen op zijn wederpartij?

Het tweede deel van deze bewering is voor de ondernemer geen legitimatie voor het gebruik van eenzijdig vastgestelde algemene voorwaarden, naar ik hieronder in nr 11 hoop aan te tonen. In het eerste deel zit een kern van waarheid; de kans dat de in de algemene voorwaarden aangeduide overmachtstoestand, prijsverhoging, konfliktsituatie zich voordoet, is voor de individuele konsument niet groot — wellicht vergelijkbaar met de kans op een verkeersongeluk, wanneer hij aan het verkeer deelneemt (13). Maar statistisch gezien komen dergelijke casusposities net als verkeersongelukken regelmatig voor.

(12) Soms verkrijgt men bij lezing van algemene voorwaarden de indruk dat de opstellers hebben gemeend dat deze voorwaarden enkel door juristen (de advocaat van de tegenpartij, de rechter) worden gelezen. Een enkele keer komen die opstellers daar openlijk voor uit: 'The regulations (par. 34 en 35, *supra*) which can be understood only by lawyers', luidt de toelichting bij een Engels *model passenger ticket*, afgedrukt bij R. Colinvaux, D. Steel, V.E. Ricks, *Forms and precedents, British shipping laws* deel 6, Londen 1973, 35.

(13) De lezer hoede zich ervoor om alleen zijn eigen ervaringen met algemene voorwaarden na te gaan. De kans is niet uitgesloten dat ondernemers zich tegenover juristen wat minder snel op hun kleine lettertjes zullen beroepen, dat juristen eerder de mazen in het net weten te vinden. In ieder geval zullen juristen zich waarschijnlijk minder *schriftgläubig* opstellen dan de doorsnee burger.

Doet een in de algemene voorwaarden geregelde situatie zich voor, dan blijkt opeens dat die voorwaarden zonder uitzondering eenzijdig naar de ondernemer toe zijn geschreven. De rechten van de ondernemer zijn uitgebreid, zijn verplichtingen zijn beperkt, en dit alles ten koste van de konsument. Vanuit het gezichtspunt van de individuele ondernemer is dit misschien begrijpelijk. Hij zou een dief van zijn eigen portemonnee (en van die van zijn werknemers en aandeelhouders) zijn, als hij geen gebruik maakt van de mogelijkheden die het geldende recht hem terzake van exonerationen schijnt te bieden. Brancheorganisaties gaan in hun exonereerdrijf vaak nog verder dan individuele ondernemers, omdat zij ook de zwakste schakels menen te moeten beschermen.

Dit naar zich toeschrijven van de kontraktsinhoud door ondernemers is ook daarom zo effectief, omdat het voor de enkele konsument die erin slaagt de versluiering te doorbreken toch nauwelijks mogelijk is om in de algemene voorwaarden verandering te brengen. Hem ontbreekt eenvoudig de machtspositie om op voet van gelijkheid met de ondernemer over de kontraktsbedingen te onderhandelen. *Take it or leave it*: de konsument die weigert op basis van bepaalde voorwaarden te kontrakteren, verliest veel meer dan de ondernemer. De weigering van een konsument om zijn auto op de Bovag-kondities te laten repareren, kost de garage nul komma zoveel procent van de omzet, maar komt de konsument op een elders nauwelijks te repareren auto te staan.

Dit geldt niet voor alle soorten transakties. Er zijn branches waar wél een bereidheid tot onderhandelen over de kontraktsinhoud bestaat, waar wél uitwijkmogelijkheden bestaan. Maar men denke niet dat de hierboven geschetste situatie zich uitsluitend voordoet in die bedrijfstakken waar een economische monopolievorming heeft plaatsgevonden. Ook in de branches waar uitsluitend een juridisch monopolie bestaat doordat alle of nagenoeg alle ondernemers bij een organisatie of één van de tot een federatie behorende organisaties zijn aangesloten — de zojuist genoemde autoreparatiebranche is er een voorbeeld van — heeft de konsument veelal niet de macht om een wig in het kartel te drijven.

Er dreigt hier nog maar één gevaar voor de georganiseerde ondernemer: dat is dat een employé of een vertegenwoordiger toezeggingen doet die afwijken van het klein gedrukte. Volgens een algemene uitlegregel prevaleert dan het individueel overeengekomen

boven de algemene voorwaarden (14). Maar ook dit gevaar wordt in de praktijk — de rechtspraak staat hier nogal afwijzend tegenover (15) — bezworen door klausules op te nemen in de algemene voorwaarden die bepalen dat toezeggingen de ondernemer slechts binden indien en voor zover deze door hem zijn goedgekeurd (16).

10. Eenzijdige algemene voorwaarden en de ondernemer

De keerzijde van de nadelen die het gebruik van eenzijdige algemene voorwaarden voor de konsument heeft, wordt gevormd door de voordelen die dit gebruik voor de ondernemer heeft. De kans dat de konsument tijdig van zijn algemene voorwaarden kennisneemt, is klein. De inhoud van die voorwaarden is helemaal naar zijn gading. En de mogelijkheid voor de konsument om een andere kontraktsinhoud overeen te komen is in de praktijk te verwaarlozen. Het is echter niet de ondernemer-gebruiker van algemene voorwaarden die thans onderwerp van onze beschouwingen zal zijn, maar de ondernemer-adherent, de ondernemer als wederpartij. Verkeert deze in dezelfde situatie als de konsument-adherent? Er is reden om aan te nemen dat dit niet het geval is.

In de eerste plaats speelt de versluiting van de kontraktsinhoud bij handelstransakties een minder grote rol dan bij konsumenten-transakties. Men gebruikt in het handelsverkeer precies dezelfde soort verwijzingen als in transakties met partikulieren, maar hier zal de wederpartij — dat is het verschil met de konsument — vaak op de hoogte zijn, althans een vage notie hebben, van de inhoud van de algemene voorwaarden, zeker als deze in de betreffende branche gangbaar zijn (AR 1971, Cebosine-kondities, Smecoma-voorwaarden).

Wat het naar zich toeschrijven van de kontraktsinhoud betreft, maakt het niet veel uit of we met de algemene voorwaarden voor een konsumententransactie dan wel een ondernemerstransactie te maken hebben: het is één pot natigheid. Maar doordat sommige ondernemers zich anders dan konsumenten bewust zijn van de inhoud van de hun opgelegde algemene voorwaarden zullen zij vaker pogen deze te wijzigen. Mocht dit niet lukken, dan kunnen deze ondernemers zich soms op andere wijze indekken, bijv. door be-

(14) Contractenrecht VII nr 215.

(15) Contractenrecht VII nr 304.

(16) Zie omtrent deze klausules nr 43 hieronder.

paalde risico's onder te brengen bij een verzekeringsmaatschappij of door deze door te spelen naar hun eigen afnemers.

De hier geschetste verschillen nemen niet weg dat er een grote mate van overeenstemming bestaat tussen de positie van de ondernemer-adherent en die van de konsument-adherent. Dat veel ondernemers zich nauwelijks om het bestaan van eigen of andermans algemene voorwaarden bekommeren, blijkt wel uit het regelmatig voorkomen van de in nr 7 geschetste casus van de tegenstrijdige bevestigingsbrieven. Een wezenlijk verschil in positie is er wel op het procedurele vlak: voor wat hun mogelijkheid om een konflikt in rechte uit te vechten en voor wat de betekenis van een rechterlijke uitspraak betreft, is er sprake van een belangrijk onderscheid tussen konsument en ondernemer — ik kom hier in nr 17 op terug.

11. *Coulance*

In het voorgaande is het *enkele bestaan* van onereuze klausules, waarvan men de aanwezigheid niet vermoedt en waartegen weinig te ondernemen valt, als het belangrijkste probleem van de eenzijdige algemene voorwaarden aangeduid. Deze zienswijze is niet onbestreden. Er is een categorie mensen, slecht vertegenwoordigd in de doktrine maar des te sterker in de politiek, die stellen dat van een probleem eerst sprake kan zijn, zodra een ondernemer een beroep doet op zijn algemene voorwaarden (17). In de overige gevallen, zo stellen deze lieden, is er geen vuiltje aan de lucht: de ondernemer laat immers de voorwaarden voor wat ze zijn en stelt zich coulant op. Waarom dan die scherpe voorwaarden? Omdat ondernemers zich nu eenmaal moeten wapenen tegen chikaneurs, luidt steevast het antwoord (18).

(17) Vergelijk W. Nolst Trinité, *Handelingen NJV* 1948, 38: 'De redactie van de contracten is punt één, maar punt twee is, of in de praktijk werkelijk blijkt, dat die contracten tot zulke grote misbruiken aanleiding geven — en dat missen wij toch wel zeer in het requisitoir van de heer Jansma.

Hij heeft één geval van de houding van één assurantie-maatschappij tegenover één Indische verzekerde aangehaald, de heer Scholtens heeft daarover reeds gesproken, maar verder wijst hij alleen op de *redactie* van een aantal contracten die inderdaad zeer eenzijdig geredigeerd zijn, maar hij zegt niet dat ze ook eenzijdig zijn gehanteerd, zodanig dat het in de praktijk aanleiding tot misbruik geeft'.

(18) Vergelijk J.E. Scholtens, *Handelingen NJV* 1948, 23: 'Het gaat hier niet om het enkele penningske van de arme weduwe, maar de Banken komen in hun

Vanuit het gezichtspunt van de individuele ondernemer is deze redenering — wellicht — juist. De morele verantwoordelijkheid voor de 'strengere' redaktie van de voorwaarden kan hij meestal wel op een ander afschuiven ('mijn branche-organisatie', 'onze bedrijfsjurist') en zelfs kan hij aan goodwill winnen door zich met het afwijken van zijn algemene voorwaarden coulant te tonen. Maar vanuit een oogpunt van rechtvaardigheid en rechtszekerheid dient het coulancesselsel te worden verworpen (19). Het is onrechtvaardig doordat het de brutale wederpartij, die zich om geen algemene voorwaarden bekommert, beloont, terwijl de goedgevolgde lezer van een — volgens de algemene voorwaarden niet honorabele — claim op de ondernemer zal afzien (20). Het stelsel bevordert de rechtsonzekerheid, doordat niet tevoren vaststaat welke gedragslijn de ondernemer tegenover zijn wederpartijen zal volgen. Nu eens zal hij een te late opzegging van de verzekering akcepteren, dan weer deze met een beroep op de opzegtermijn van drie maanden in de polis weigeren (21). Er is wel gesteld dat de op coulancessels-basis opererende ondernemer niet alleen een partikuliere wetgever is, maar ook nog voor partikulier rechter speelt. Vanuit een gezichtspunt van machtscheiding is dit een ongelukkige kumulatie van functies.

De konklusie dat reeds het enkele bestaan van voor de wederpartij bedrijf met de grootste geldhaaien in aanraking. Een Bank staat tegenover allerlei mensen, die er niet tegen op zien haar te pakken te nemen. Een Bank is daarom wel gedwongen haar algemene voorwaarden zo scherp te formuleren'.

(19) Tegen het coulancesselsel keert zich ook W.M. Kleyn, De rechtspositie van de koper van te bouwen of in aanbouw genomen gebouwen in privaatrechtelijk opzicht, preadvies Vereniging voor bouwrecht 1975, 58: 'En nu is het wel waar, dat de goede bouwers geen misbruik maken van deze situatie en uit service toch alle gebreken herstellen, het blijft onjuist, dat het mogelijk (en niet ongebruikelijk) is dat de koper zijn economische en juridische positie prijsgeeft om vervolgens afhankelijk te zijn van de onverplichte geneigdheid tot service van de opleverende bouwer. Al mogen vele bouwers deze weg zijn opgegaan uit zelfbescherming tegen chicanerende en lastige kopers, het geeft geen pas, dat daarom een deel der kopers in een bijzonder zwakke positie wordt geplaatst'.

(20) Of — dat komt wellicht vaker voor — de adherent zal op advies van zijn adviseur van een claim afzien. In het buitenland is verschillende malen gebleken dat de bij konsumentenorganisaties werkzame juridische adviseurs zich zelfs door nietige algemene voorwaarden hebben laten afschrikken — zie Journées du droit de la consommation 1974 (kongresverslag, gepubliceerd als bijzonder nummer van *Consommateurs-Actualité*), 42-43 en voorts noot 23 hieronder.

(21) Contractenrecht VII nr 305.

bezwarende klausules als een misstand moet worden aangemerkt, is niet zonder belang voor de rechtspolitiek. Deelt men deze konklusie, dan kan de noodzaak van legislatief ingrijpen worden beargumenteerd met een verwijzing naar de in de praktijk gebezigde voorwaarden. Is men daarentegen de mening toegedaan dat alleen een *beroep* op onereuze klausules misbruik oplevert, dan wordt het bewerkelijker om nieuwe wetgeving te rechtvaardigen. Voor de *inhoud* van de wetgeving is de hier behandelde strijdvraag van minder belang: ook in de visie dat enkel een beroep op bezwarende kontraktsbedingen bestreden moet worden, kan de beste manier om dit te bereiken het ekarteren van genoemde bedingen zijn.

12. Kontraktsverseidenheid

Van de overige problemen waarvoor het bezigen van algemene voorwaarden ons plaatst (22), is er één dat ik nog wil vermelden. Het is het probleem van de verseidenheid aan algemene voorwaarden, dat zich in sommige branches voordoet. Indien in een branche iedere ondernemer zijn eigen algemene voorwaarden bezigt, is de konkraktsluiting in deze branche slechts in zoverre gestandaardiseerd dat de kontraktsbepalingen in alle transakties tussen die ene ondernemer en zijn wederpartijen gelijk zijn. Vooral indien de branche wat geatomiseerd is, kan dit tot problemen leiden, zowel voor betrokkenen als voor de rechtsprakijk.

Voor de ondernemer die de voorwaarden bezigt, is er het probleem dat het voor hem nauwelijks lonend is om een deskundige wekelang aan het werk te zetten met de opdracht de ideale algemene voorwaarden te ontwerpen. Het gevolg is dat deze eenmansalgemene voorwaarden niet altijd goed in elkaar zitten, hetgeen later tot narigheden kan leiden.

Voor de adherent, ondernemer zowel als konsument, is het nadeel van atomisering dat de markt er onoverzichtelijk door wordt. Het marktmechanieme werkt minder goed indien de ondernemer die moet beslissen of hij produkt of dienst p tegen prijs x dan wel produkt of dienst q tegen prijs y zal aanschaffen, in deze beslissing ook nog eens een reklametermijn, een forumkeuze en een overmachtsklausule moet betrekken. Ook voor de konsument geldt dat deze gebaat is bij een zekere mate van markttransparantie. Wellicht (22) Het bezigen van algemene voorwaarden werpt nog andere vragen op, bijv. van auteursrechtelijke aard, welke in dit preadvies buiten beschouwing blijven.

zal men tegenwerpen dat de konsument de algemene voorwaarden toch in het geheel niet inzielt, maar dit argument gaat niet op omdat er organisaties zijn die dit voor hem doen en die organisaties zijn wel bij doorzichtigheid van de markt gebaat (23).

Tenslotte levert de verscheidenheid aan algemene voorwaarden ook problemen voor de rechtspraak op. Het is voor overheidsrechter en particuliere rechter wel zo plezierig als ze worden geconfronteerd met de uitlegging van algemene voorwaarden die tot een bepaalde jurisprudentie hebben geleid, zoals de *Uniforme administratieve voorwaarden voor de uitvoering van werken* (UAV). De verbodsbepaling die in sommige branches op het punt van algemene voorwaarden bestaat, kan worden vergeleken met de geografische versnippering van het recht die er tot aan de Franse tijd in ons land heerste.

Het voorbeeld van de UAV brengt mij nog op een ander harmonisatieprobleem. Hoewel de UAV een belangrijk percentage van de aanneming van bouwwerken beheersen, zijn er toch problemen met de afstemming op de algemene voorwaarden van andere participanten in het bouwproces, zoals de *Algemene regelen 1971* van de Bond van Nederlandse architecten of de *Algemene voorschriften van administratieve aard voor leveringen, uitvoeringen en onderhoud van technische installaties* (AVTI) 1978. Een van die problemen, inmiddels opgelost, heeft zelfs de juridische handboeken gehaald: het is de vraag, welke standaardklausule in geval van faillissement van de aannemer prevaleert, het eigendomsvoorbehoud van de leverancier van bouwmaterialen of de klausule dat de aanbesteder door goedkeuring van de bouwmaterialen eigenaar daarvan wordt (24). Maar er zijn veel meer van die praktijkproblemen: doordat de beslechting van geschillen tussen aannemer en opdrachtgever en van die tussen opdrachtgever en architect aan verschillende scheidsrechter is opgedragen, bestaat er kans op divergerende uitspraken (25); er bestaat een duidelijke discrepantie (23) Vandaar ook dat een organisatie als de Consumentenbond al jarenlang voor standaardisering van algemene verzekeringsvoorwaarden pleit — zie mijn diss., 311.

(24) Contractenrecht VII nr 270.

(25) Vergelijk J. Rozemond, *Vormen van arbitrage en bindend advies en van burgerlijke, tucht- en strafrechtspraak in de bouw*, Preadvies Vereniging voor bouwrecht 1976, 131: 'De situatie, waarbij de opdrachtgever zijn architect bij de een moet aanspreken, de aannemer bij de ander, zijn raadgevend ingenieur bij een derde, waar voorts de aannemer zijn leverancier moet aanspreken bij

in de vertegenwoordigingsbevoegdheid van de direktie (architekt) volgens de AR 1971 (vrijwel onbeperkt) en de UAV (beperkt) (26); degenen die op de bouwplaats aan het werk zijn, moeten zich in hun relaties met verschillende kontraktspartijen aan diverse uiteenlopende termijnen houden.

Par. 3 OPLOSSINGEN NAAR GELDEND RECHT

13. Overzicht

Hoe heeft onze rechtsorde gereageerd op de zojuist gesignaleerde problemen? Het is vooral de rechterlijke macht die ermee in aanraking is gekomen, zodat het voor de hand ligt in deze paragraaf in de eerste plaats aandacht te besteden aan de rechtspraak (nrs 14-17). Wetgever en administratie hebben zich wel met algemene voorwaarden op bepaalde terreinen bezig gehouden, maar dit is tot dusver te incidenteel geschied om een bijdrage van gewicht aan de oplossing van de problemen te leveren. Ten slotte heeft het bedrijfsleven enige schuchtere pogingen gedaan om tot een oplossing van enkele van de geschetste vraagstukken te komen (nr 18).

De rechtspraak inzake algemene voorwaarden kan men indelen in een drietal rubrieken: toepasselijkheid (nr 14), vaststelling van de inhoud (nr 15) en toetsing van de inhoud (nr 16). Onder de eerste rubriek valt de vraag of algemene voorwaarden in beginsel tot de kontraktsinhoud behoren. De vraag van de vaststelling van de inhoud heeft betrekking op de onderlinge rangorde van de verschillende kontraktelementen, de uitlegging daarvan en de mate van onderlinge beïnvloeding. De controle van de inhoud ten slotte ziet op de toetsing van de inhoud van algemene voorwaarden — of van de op basis daarvan gesloten overeenkomsten — aan goede trouw en goede zeden. Het zijn geen waterdichte schotten die de drie rubrieken gescheiden houden. Bij de beoordeling van de toepasselijkheidsvraag zullen bijv. vaak gedrukte verwijzingen moeten worden uitgelegd en zal vaak op de inhoud van de voorwaarden acht worden geslagen, hier heeft Savigny's blinddoek nooit rondgewaard, weer een ander college, is eigenlijk absurd. De verdeling van al die berechtingen over zoveel colleges betekent een reusachtige verspilling van geld, tijd en mankracht'.

(26) M.A. van Wijngaarden, *BR* 1976, 100, 103.

Voorts dient volgens onze rechtspraak de toetsing van de inhoud aan de goede trouw mede aan de hand van de wijze van totstandkoming te geschieden.

De Nederlandse rechtspraak inzake algemene voorwaarden is niet bevredigend te noemen. Aan de hand van voorbeelden uit buitenlandse jurisprudentie zou op verschillende punten verbetering kunnen worden bereikt. Als controle-instrument heeft echter elke traditionele rechtspraak inherente beperkingen, welke tot gevolg hebben dat zelfs bij een optimaal functioneren de effectiviteit twijfelachtig zal blijven (nr 17).

14. Toepasselijkheid

Als we de gepubliceerde rechtspraak van de Nederlandse rechters en vaste scheidsrechters inzake de toepasselijkheid van algemene voorwaarden bezien, valt een grote eerbied voor de kleine lettertjes op. Een gedrukte verwijzing op een bevestigingsschrijven naar moeilijk toegankelijke algemene voorwaarden is gewoonlijk reeds voldoende om de toepasselijkheid te bereiken. Zelfs wanneer het middel niet toereikend is, bijv. een verwijzing op een faktuur, kan door het herhaald gebruik een relatie worden gevestigd waarin de algemene voorwaarden als bestendig gebruikelijk tussen partijen worden beschouwd (1). Deze rechtspraak moet reeds daarom als onwenselijk worden bestempeld, omdat zij niet de geringste drijfveer levert voor partijen om de inhoud van hun algemene voorwaarden aan de wederpartij te doen weten. Hoe geheel anders is dit in landen als België en Frankrijk, waar de op dit punt veel striktere rechtspraak ertoe heeft geleid dat verwijzing naar gedeponeerde voorwaarden veel minder voorkomt dan bij ons (2). De jurisprudentie inzake toepasselijkheid is ook moeilijk met de algemene beginselen van de totstandkoming van de overeenkomst te rijmen (3). Dit is te opmerkelijker omdat de hoge raad gewoonlijk toeziet

(1) Het bestendig gebruikelijk beding heeft in ons recht twee verschillende functies. De hier bedoelde (autonome) functie is een andere dan de in nr 8 noot 8 bedoelde heteronome.

(2) Zie omtrent de Franse rechtspraak G. Berlioz, *Le contrat d'adhésion*, eerste druk Parijs 1973, 62-64 (van dit boek is inmiddels een tweede druk verschenen) en omtrent de Belgische I. Moreau-Margrève, 'La force obligatoire des conditions générales de vente et d'achat', *Tijdschrift voor aannemingsrecht* 1971, 102-138.

(3) Volgens Nieuwenhuis 1979, 138 'aanvaardt de huidige rechtspraktijk in

op een naleving van deze algemene beginselen. Bij de algemene voorwaarden heeft de hoge raad evenwel verstek laten gaan. Dit hangt onder andere samen met de afwijzing van kassatie wegens onjuiste vaststelling der feiten. Pas sinds enkele jaren probeert de hoge raad een grotere greep op de rechtsvorming te krijgen door criteria aan te geven aan de hand waarvan de feitelijke instanties tot een oordeel dienen te komen. Op het gebied van de toepasselijkheid van algemene voorwaarden zijn dergelijke arresten tot dusver echter uitgebleven. In een recent arrest heeft de hoge raad wel een aanvang gemaakt met het tot de orde roepen van al te soepele lagere kolleges, maar nadere instructies met betrekking tot de toepasselijkheid vinden we hier niet in neergelegd (4).

Eén voordeel van de toepasselijkheidsrechtspraak kan men niet ontkennen: dat is een zekere mate van consistentie, bereikt door een vergaande formalisering. Een verwijziging in een bevestigingsbrief heeft gewoonlijk effect; een verwijzing op een faktuur niet. Dit is een voordeel dat echter evengoed verbonden kan zijn aan een wat striktere rechtspraak, die bijv. verwijzingen niet meer klakkeloos accepteert. Er zijn nu al aanwijzingen dat verschillende kantonrechters, die met de hoge raad vaak meer dan andere rechterlijke kolleges bereid zijn om van de geëffende paden af te wijken ten einde tot nieuwe oplossingen te komen, zich niet langer aan de gevestigde jurisprudentie storen en strengere eisen aan toepasselijkheid van algemene voorwaarden stellen. De rechtszekerheid kan er slechts bij gebaat zijn, indien een wettelijke regeling de eenheid in regime, die door deze ontwikkeling verstoord dreigt te worden, terugbrengt.

15. Vaststelling van de kontraktsinhoud

De vaststelling van de inhoud van overeenkomsten welke op basis ruimere mate de toepasselijkheid van standaardvoorwaarden dan op basis van de beginselen van contractenrecht gerechtvaardigd is'.

(4) HR 9 december 1977 *NJ* 1978 nr 187 (G.J.S.) inzake *Towell & Co Agencies (Kuwait) c. Janson Shipyard*. Nieuwenhuis 1979, 141 noemt dit arrest 'een tweede zwaluw' en schrijft op blz. 142: 'Het oordeel welke rechtsopvatting omtrent de toepasselijkheid van standaardvoorwaarden in haar algemeenheid wèl steun vindt in het recht wordt node gemist. Maar toch: het harde standpunt van het Hof (toepasselijk tenzij uitgesloten) wordt verworpen. Dit opent de weg naar zwaardere eisen aan de toepasselijkheid van standaardvoorwaarden'.

van algemene voorwaarden worden gesloten, heeft onze rechtspraak niet zoveel moeite gekost. Er is op de rechtspraak niet veel kritiek uit te oefenen, of het moest zijn dat zij zich op dit punt nogal fantasieloos heeft getoond.

Allereerst het positieve. De rechtspraak is erin geslaagd buiten de wet om een aantal maxims te ontwikkelen die redelijk goed in acht worden genomen. Voor tweeërlei uitleg vatbare klausules worden in een voor de wederpartij van de opsteller gunstige zin geïnterpreteerd. Individuele bedingen worden geacht boven algemene voorwaarden te prevaleren (5). Tegelijk wordt de hersenakrobatiek vermeden waar Amerikaanse rechters zich bij het bezigen van laatstgenoemde uitlegmethode soms aan schuldig maken (6).

Kritiek kan men uitoefenen op het ontbreken van consistentie met betrekking tot de te bij de uitleg van algemene voorwaarden gebezigde hulpmiddelen. Mag bij de interpretatie van algemene voorwaarden rekening worden gehouden met de bedoeling van de opstellers, zoals die uit — soms geheime — notulen blijken? Dient bij die interpretatie aandacht te worden geschonken aan de in de praktijk gegeven uitleg? Het zijn twee voorbeelden van kwesties die in de rechtspraak op uiteenlopende wijze zijn beslist (7). Nu ontkomt men er niet aan, dat eenheid ten aanzien van hulpmiddelen bij de uitleg bezwaarlijk te bereiken valt zolang het primaat van de partijbedoeling — die ook de uitlegging beheerst — wordt erkend. Maar nu een kenbare bedoeling in feite zo vaak ontbreekt, zouden hier best enkele algemeen aanvaarde regels kunnen worden ontwikkeld.

Een gebrek aan fantasie kan men de rechtspraak, en indirect de doktrine, verwijten bij het zoeken naar mogelijkheden om in het kader van de vaststelling van de kontraktsinhoud onereuze klausules terzijde te stellen. Een leerstuk als de *fundamental breach of contract* (8), hoe omstreken ook, heeft in Engeland in incidentele

(5) Zie Contractenrecht VII nr 215.

(6) Vanwege het ontbreken van andere korrektieven hebben Amerikaanse rechters in het verleden vaak via een geforceerde interpretatie controle uitgeoefend op de inhoud van algemene voorwaarden — zie mijn diss., 448-450.

(7) Contractenrecht VII nrs 185-190 respectievelijk 184.

(8) Zie hierover mijn diss., 440-443. Aan de daar geciteerde rechtspraak is nog toe te voegen de uitspraak van het Court of Appeal inzake *Levison v. Patent Steam Carpet Cleaning Co Ltd*, [1978] 1 QB 69. Instrukatief is de volgende overweging van rechter Orr:

'As to the second major issue — whether the effect of clause 5 of the contract

gevallen bijgedragen tot het vinden van uitspraken die het rechtsgevoel bevredigen. In ons land is, anders dan in het kader van de goede trouw, nooit een aanzet voor een dergelijk leerstuk ontwikkeld (9).

16. *Kontrole*

Het nagenoeg geblinddoekt toelaten van algemene voorwaarden heeft de Nederlandse rechtspraak verplicht te zoeken naar een korrektief. Na een flirt met de goede zeden is dat uiteindelijk de goede trouw geworden. De formule van het *Saladin/HBU*-arrest (10), later in wat andere woorden herhaald in het pseudo-vogelpes arrest (11), is bekend: het antwoord op de vraag in welke gevallen aan degenen die bij kontraktuueel beding zijn aansprakelijkheid voor zekere gedragingen heeft uitgesloten een beroep op dit beding niet vrijstaat, kan afhankelijk zijn van de waardering van tal van omstandigheden, zoals: de zwaarte van de schuld, mede in verband met de aard en de ernst van de bij enige gedraging betrokken belangen, de aard en de verdere inhoud van de overeenkomst waarin het beding voorkomt, de maatschappelijke positie en de onderlinge verhouding van partijen, de wijze waarop het beding tot stand gekomen, de mate waarin de wederpartij zich de strekking van het beding bewust is geweest. Hoewel dit arrest niet over een als zodanig geïdentificeerd standaardbeding gaat, zijn met name de laatste is to exclude liability of the defendants for fundamental breach, I am content, following the decision of this court in *Alderslade and Hendon Laundry*, and the observations made in the House of Lords in the *Suisse Atlantique* case, to hold that it has no such effect because the words 'All merchandise is expressly accepted at the owner's risk' are in my judgment, in the context of this contract, insufficiently clear or strong to be so construed, and having reached this conclusion I do not find it necessary to consider the factor of relative bargaining power'.

(9) Of het zouden de niet al te talrijke uitspraken moeten zijn, waarin aansprakelijkheidsklausules wegens strijd met de *aard* van de overeenkomst (meestal van bewaargeving) buiten toepassing worden gelaten -- zie *Contractenrecht VII* nr 142.

(10) HR 19 mei 1967 *NJ* 1967 nr 261 (G.J.S.) *AA* XVI, 214 (P.A. Stein) inzake *Saladin c. Hollandsche Bank-Unie*, waarover A.R. Bloembergen in *BR* 1969, 355.

(11) HR 20 februari 1976 *NJ* 1976 nr 486 (G.J.S.) *AA* XXV, 467 (G.) inzake *Van der Laan c. Top's Broederij- en Pluimveebedrijf*. Zie omtrent het verschil met het *HBU*-arrest *Nieuwenhuis* 1979, 150-151.

twee factoren van veel belang voor de toetsing van algemene voorwaarden.

Het Saladin/HBU-arrest is over het algemeen met instemming begroet. Vanuit het gezichtspunt van het individuele geval geeft het inderdaad een prachtig genuanceerde sleutel voor de oplossing. Hierin schuilt tevens de zwakte. Want vanuit een makro-juridisch oogpunt is de Saladin/HBU-formule veel *te* genuanceerd, tezeer toegesneden op het individuele geval. Na toepassing van de formule in een individueel geval weten we nog niet of een in de betreffende algemene voorwaarden opgenomen klausule *in abstracto* nu al dan niet door de beugel kan. De Saladin/HBU-formule is prachtig, indien men alleen het *beroep* op een onereus beding als misstand beschouwt. Maar in nr 11 hebben we deze visie juist verworpen. Reeds het bestaan van onereuze klausules is een misstand.

Hoe het ook kan, wordt aangetoond door de rechtspraak van het *Bundesgerichtshof*. Ook in de Bondsrepubliek wordt aan de goede trouw getoetst, maar dat gebeurt wel op een heel andere wijze dan bij ons. De klausules, de algemene voorwaarden zelf, worden getoetst, van andere omstandigheden wordt geabstraheerd. Dat heeft tot gevolg dat een uitspraak niet alleen van belang is voor het voorliggende geval, maar ook voor al die andere transakties die op basis van dezelfde algemene voorwaarden worden afgesloten.

Nadat deze — abstrakte — controle heeft plaatsgevonden, zou alsnog in tweede instantie in het licht van de konkrete omstandigheden aan de 'gewone' goede trouw kunnen worden getoetst. We krijgen zo een controle op tweeërlei vlak: eerst wordt de klausule *in abstracto* getoetst, vervolgens wordt het beroep hierop in het konkrete voorliggende geval beoordeeld (12). De beoordeling van beide vragen zal vaak wel parallel lopen, maar noodzakelijk is dit niet.

17. Ontoereikendheid van de rechterlijke controle

Hoe voortreffelijk de Duitse toetsing van de inhoud van algemene voorwaarden ons moge schijnen, het heeft de Duitsers er niet van weerhouden om dit punt wettelijk te regelen. We zagen in nr 16 (12) Zo ook A.R. Bloembergen, *BR* 1969, 355, 359 en Nieuwenhuis 1979, 147-152. Toetsing is dus mogelijk op tweeërlei niveau. Omdat ik de term 'tweefasen controle' echter al in ander verband gebruik — zie nr 30 — zal ik dat hier niet doen.

dat het probleem van de beperkte reikwijdte van rechterlijke uitspraken door het *Bundesgerichtshof* wat minder urgent is gemaakt door het betrachten van een hoog abstraktieniveau. Dat neemt niet weg dat het ook in dat systeem mogelijk blijft dat de bewuste ondernemer zijn — wellicht nietige — algemene voorwaarden blijft hanteren. Zijn enige straf is nictigheid van (een deel van) de overeenkomst.

Maar er is meer. Toetsing door de rechter veronderstelt dat de algemene voorwaarden aan de rechter worden voorgelegd. Iemand moet hiertoe het initiatief nemen. Nu is er onder ondernemers-adherenten mogelijk één die, eventueel financieel gesteund door zijn kollega's, bereid is in rechte op te treden. Bij de groep consumenten is dit echter veel minder waarschijnlijk, gezien hun onbekendheid met het recht, de ontoereikendheid van de rechtshulp, het procesrisiko en andere factoren (13).

Voorts vereist rechterlijke controle dat er een concreet geschil is. Dat betekent dat die controle veelal pas dan kan geschieden, wanneer een ondernemer zich op de betreffende klausule *beroept*. En daarmee zijn we weer terug bij nr 11: niet alleen het beroep op, ook het bestaan van onereuze algemene voorwaarden moet worden aangepakt. De traditonele rechterlijke controle is daar niet op berekend (14).

(13) Ook in het Verenigd koninkrijk wordt op deze gronden aan de effectiviteit van een zuiver materieelrechtelijke regeling (van de *Unfair contract terms act 1977*) getwijfeld — zie G. Borrie, 'Legislative and administrative controls over standard forms of contract in England', *Journal of business law* 1978, 317, 326: 'It is too soon to tell whether the Unfair Contract Terms Act 1977 will be effective in persuading businessmen to give up unreasonable contract terms. If this does not happen then there will be considerable uncertainty as to whether certain contract terms are enforceable or whether they could be challenged as unreasonable and that uncertainty may persist because few people will wish to incur the risk and expense of taking their challenge to the courts and obtaining a ruling that could stand as a precedent for the future'.

(14) De invoering van een nieuw controlestelsel wordt door veel Duitse schrijvers dan ook als de belangrijkste winst van het *AGB-Gesetz* beschouwd — zie bijv. W. Löwe, F. von Westphalen, R. Trinkner, *Kommentar zum Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, Heidelberg 1977, 17 (Löwe): 'Vor allen Dingen aber enthält das AGB-Gesetz in den Paragraphen 13 bis 22 ein neuartiges Kontrollverfahren, in dem AGB als solche im Rahmen eines Unterlassungs- oder Widerrufsprozesses zum Gegenstand einer gerichtlichen Prüfung und Entscheidung gemacht werden können, die dann zum Teil sogar noch unmittelbar auch den davon betroffenen Kunden des verurteilten AGB-Verwenders zugute kommt. Damit ist ein entscheidender Mangel behoben, der

Bij ontbreken van een wettelijke regeling inzake bepaalde handelspraktijken hebben ondernemers vaak zelf voor een zekere mate van regulering gezorgd, veelal uit bezorgdheid over de goodwill van hun bedrijfstak, soms om een dreigend ingrijpen door de wetgever te voorkomen (15). De vaststelling van erecodes, de oprichting van klachtencommissies en de instelling van garantiefondsen zijn er voorbeelden van. Op het gebied van de algemene voorwaarden is de zelfregulering echter nooit op grote schaal doorgedrongen. Met name de toepasselijkheid en de inhoud hebben zich aan de controle van de bedrijfsgenoten onttrokken; op het punt van harmonisatie en uniformering is wel het een en ander bereikt.

Ondernemersorganisaties houden zich slechts weinig met toepasselijkheidsvragen bezig; een organisatie als de BNA beveelt haar leden wel aan om de AR in een zo vroeg mogelijk stadium onder de aandacht van de opdrachtgever te brengen (zie art. 3 AR), maar van een toezicht hierop is mij nooit gebleken. Ook van inhoudskontrolle door ondernemersorganisaties is in de praktijk nauwelijks sprake. In de literatuur wordt, in navolging van Sluijter (16), steeds op dat ene voorbeeld, de toetsing van algemene voorwaarden door het produktschap voor pluimvee en eieren (overigens een publiekrechtelijke organisatie), gewezen.

Het meeste sukses heeft zelf-regulering door het bedrijfsleven gehad terzake van de harmonisatie en de uniformering van algemene voorwaarden. Veel handelsorganisaties werden mede met het oog hierop opgericht; zo is de eerste doelstelling van de in 1868 opgerichte *London corn trade association* 'to promote and establish in the corn trade uniformity in commercial transactions, and usages die bisherige Rechtswirklichkeit kennzeichnet, nämlich die blosse Inzidentkontrolle von AGB in einem Einzelprozess ohne nennenswerte praktische und rechtliche Auswirkungen auf andere Rechtsgeschäfte unter Zugrundelegung derselben AGB'.

(15) In laatstgenoemde zin bijv. F.A. Sandkuyt, *De Pacht* 1974, 276, 299: 'Wanneer snel goede resultaten worden geboekt m.b.t. het tot stand brengen en verbeteren van meezijdig opgestelde algemene voorwaarden en het doelmatig doen functioneren van toetsingscommissies, mag naar onze mening een ingrijpen van de Centrale Overheid door middel van het stellen van dwingende voorschriften achterwege blijven'.

(16) H.J. Sluijter, *Standaardcontracten / De grenzen van de particuliere wetgever*, Deventer 1972, 12.

founded on just and equitable principles, especially with regard to contracts, charterparties, bills of lading and policies of insurance...'. Deze doelstelling is vrijwel volledig verwezenlijkt. Maar omdat de zelf-regulering op de overige genoemde gebieden verstek heeft laten gaan, is zij geen werkelijk alternatief voor wetgeving.

Par. 4 NIEUWE KONTROLESTELSELS IN HET BUITENLAND

19. *Overzicht*

Ter inleiding van de discussie over de voor ons land meest wenselijke wetgeving is het raadzaam om kennis te nemen van hetgeen men in andere landen op dit gebied tot stand heeft gebracht en van de ervaringen die daarmee tot dusver zijn opgedaan. Bij de nu volgende schets moet ik mij beperken tot hoofdlijnen; voor een weergave van de belangrijkste wetsteksten verwijs ik naar de bijlagen bij dit preadvies.

De moderne geschiedenis van de wetgeving inzake standaardvoorwaarden begint in 1964 in Israël (nr 20). In Europa zijn de Skandinavische landen (nr 21) de koplopers, gevolgd door onder andere de Duitse bondsrepubliek en Oostenrijk (nr 23). Enigszins afwijkend van de twee-fasen controle welke in bovengenoemde landen haar intrede heeft gedaan, zijn de controlestelsels in het Verenigd koninkrijk (nr 23) en in Frankrijk (nr 24).

Ik beperk mij in deze paragraaf bewust tot controlestelsels. Dit hangt samen met het inzicht dat het controlestelsel het kernpunt van een wettelijke regeling dient te zijn en voorts met het feit dat hier de grootste verscheidenheid lijkt te bestaan. De materieel-rechtelijke wetsbepalingen laat ik voorlopig voor wat ze zijn. Dit brengt mee dat ik in deze paragraaf ook die rechtsstelsels buiten beschouwing laat, welke enkel materieelrechtelijke voorzieningen geven. Dat geldt in het bijzonder voor Italië, waar de artikelen 1341, 1342 en 1370 van de *Codice civile* al in 1942 een bijzonder regime vestigden voor algemene voorwaarden (1), en voor de Verenigde (1) Italiaanse *schrijvers* hebben wel interessante beschouwingen aan controlestelsels voor algemene voorwaarden gewijd; men raadplege in het bijzonder G. Alpa, *Tutela del consumatore e controlli sull'impresa*, Bologna 1977; G.M. Mazzoni, *Contratti di massa e controlli nel diritto privato*, Napels 1975; E. Roppo, *Contratti standard/Autonomia e controlli nella disciplina delle attività negoziali di impresa*, Milaan 1975.

Staten, waar de open norm van paragraaf 2-302 *Uniform commercial code* in de jaren zestig in nagenoeg alle Amerikaanse deelstaten in werking is getreden (2). Eveneens laat ik die controlestelsels buiten beschouwing, over het functioneren waarvan mij te weinig bekend is (3).

Eén kenmerk hebben alle in deze paragraaf besproken controlestelsels gemeen: dat is het *abstrakte* karakter van de toetsing. Hierdoor wordt al aan een van de bezwaren van de (klassieke) rechterlijke controle — de geringe reikwijdte van de uitspraak — tegemoetgekomen.

(2) Verschillende Amerikaanse model-wetten op het gebied van konsumentenkrediet en handelspraktijken voorzien wel in overheidstoezicht op bepaalde algemene voorwaarden. Zo bepaalt *section 6.111 Uniform consumer credit code*: ' (1) The Administrator may bring a civil action to restrain a creditor or a person acting in his behalf from engaging in a course of (a) making or enforcing unconscionable terms or provisions of consumer credit sales, consumer leases, or consumer loans; (b) ...'. Aan welke overheidsfunctionaris dit toezicht is opgedragen, verschilt van staat tot staat. In sommige deelstaten is de *Attorney general* als *administrator* aangewezen (bijv. in Colorado), in andere is dit een speciaal daartoe aangewezen ambtenaar (zoals de *Administrator for consumer affairs* in Oklahoma).

Over de effectiviteit van dit toezicht is nog weinig bekend; vergelijk S. Deutch, *Unfair contracts/The doctrine of unconscionability*, Lexington Mass 1977, 229: 'The question of whether the administration is truly effective cannot be finally answered in view of the short period of time that has elapsed since such legislation was adopted. Even in states where the UCCC has been in effect for almost six years, no published decisions have emerged, and there have been only a few actual cases in point during that period. It is still too early to make any final determination from these few experiences. However, the lack of litigation could indicate that this measure is not very effective'.

(3) Een voorbeeld hiervan is het toezicht dat ingevolge art. 63 van de Mexicaanse federale wet op de konsumentenbescherming wordt uitgeoefend door het federale bureau voor konsumentenbescherming — zie mijn diss., 177. De door mij geraadpleegde Mexicaanse juristen waren niet op de hoogte van dit toezicht.

(4) In een recente bijdrage getiteld 'Konservatisme bij de interpretatie van de Standaardkontraktenwet 1964', in (1978) 32 *Ha-Praklit* 27 (in het Hebreeuws) wijst S. Deutch er op dat in slechts drie van de ruim een dozijn zaken die voor het Israëliisch hooggerechtshof zijn gekomen een *restrictive term* nietig is verklaard; deze drie gevallen betroffen dan nog randgebieden van het economisch leven. Zie omtrent de Israëliische rechtspraak het overzicht in mijn diss., 761-763, waaraan nog is toe te voegen de uitspraak van het hooggerechtshof inzake *Shimoni v Ashdod Motor Works Ltd*, (1977) 31 *Piskei Din* (III) 113, waarin de meerderheidsopvatting het door Deutch gekonstateerde konservatisme illustreert.

Het eerste land dat een controle op in beginsel alle algemene voorwaarden terzake van konsumententransakties heeft ingevoerd, is Israël. Krachtens *section 2* van de Israëlische Standaardkontraktenwet 1964 (zie bijlage A) kan iedere ondernemer de door hem bij konsumententransakties gebezigde algemene voorwaarden ter controle voorleggen aan de *Restrictive trade practices board*. Dit kollege mag uitsluitend in een beoordeling treden van een aantal limitatief in *section 15* opgesomde *restrictive terms*. Indien het kollege van oordeel is dat een dergelijke klausule, mede in het licht van de overige kontraktsinhoud, onredelijk bezwarend (*prejudicial*) is tegenover konsumenten of de ondernemer een onredelijke voor-sprong (*unfair advantage*) op de konsument geeft (*section 6*), kan het zijn goedkeuring eraan onthouden. Het gevolg hiervan is dat deze klausule voor nietig wordt gehouden, en wel met terugwerkende kracht (*section 11*). Worden de algemene voorwaarden wel goedgekeurd en vermeldt de ondernemer zulks in zijn overeenkomsten, dan vrijwaart dit hem gedurende (gewoonlijk) vijf jaar (*section 9*) van nietigverklaring van de in de algemene voorwaarden opgenomen *restrictive terms* door de (gewone) rechter (*sections 10 en 13*). Hieruit vloeit reeds voort dat de (gewone) rechter in een gewone civiele procedure elke niet uiterlijk vijf jaar tevoren door de *Board of restrictive trade practices* goedgekeurde *restrictive term* nietig kan verklaren (*section 14*).

Het Israëlische kontrolestelsel berustte aanvankelijk uitsluitend op *vrijwillige* deelneming. Na vijftien jaar is het duidelijk dat die vrijwilligheid geen goede basis is geweest. Een rationeel handelend ondernemer zal zijn algemene voorwaarden alleen dan aan de *Board of restrictive trade practices* voorleggen, indien hij er althans niet op achteruitgaat. Welnu, die kans is wel degelijk aanwezig. Tegenover het mogelijke voordeel dat zijn kondities vijf jaar — maar wat is nu vijf jaar — van rechterlijk ingrijpen — wat, hoewel regelmatig gevorderd, uiterst zelden geschiedt — gevrijwaard zijn, staat de kans dat een beding nietig wordt verklaard, zodat hij het nooit meer kan bezigen en, vanwege de terugwerkende kracht, zelfs op in het verleden of gedurende de goedkeuringsprocedure gemaakte zodanige bedingen geen beroep mag doen. Daarbij komt dat de kans op negatieve publiciteit van een ongunstig oordeel waarschijnlijk ernstiger is dan de mogelijkheid om bij een positief oordeel met de offi-

ciële goedkeuring te schermen.

Dat er toch nog enkele tientallen ondernemers zijn geweest die zich de afgelopen vijftien jaar tot het kollege hebben gewend (5), houdt verband met een wetswijziging van 1969. In dat jaar werd aan de prokureur-generaal — en met diens toestemming ook de *Israel Consumer Council* en daartoe door hem toegelaten partikuliere organisaties — de bevoegdheid gegeven om voor de *Board of restrictive trade practices* de nietigheid van een *restrictive term* in te roepen. Weliswaar is dit de afgelopen tien jaar slechts eenmaal geschied, maar de ondernemers hebben nu tenminste een onderhandelingspartner met wie tevoren contact kan worden opgenomen over twijfelachtige klausules. Dat is na '69 ook de praktijk geworden: ondernemers overleggen eerst met de prokureur-generaal, de goedkeuring van hun algemene voorwaarden door de *Board* is daarna nog maar een formaliteit. Hiermee zijn we al aardig in de richting gekomen van de twee-fasen controle welke in de Skandinavische landen haar intrede heeft gedaan.

21. Skandinavië

De gedachte van onderhandelingen tussen een ondernemer aan de ene zijde en een representant van het konsumentenbelang aan de andere, min of meer toevallig uitvlocisel van het Israëliësch controlestelsel, ligt expliciet ten grondslag aan de Skandinavische wetgeving. Uitgangspunt is hier dat een publieke behartiger van het konsumentenbelang, de *konsumentombudsman* (dat is de Zweedse term), met de ondernemer tot overeenstemming poogt te komen over de door deze gebezigde of te bezigen algemene voorwaarden. Komen de onderhandelingspartners niet tot een akkoord, dan kan de *konsumentombudsman* zich wenden tot een instantie die de bevoegdheid heeft om een verbod uit te spreken. In Zweden, waar dit controlestelsel het eerst werd ingevoerd (zie Bijlage B), is deze instantie het marktgerecht, een buiten de rechterlijke hiërarchie staand kollege dat louter uit prestige-overwegingen de naam 'gerecht' kreeg na eerst enige tijd als marktraad bekend te zijn geweest (deze laatste naam is nog terug te vinden in het nog niet gereali- (5) Blijkens de Israëliësch staatscourant werd in 1973 één verzoek om goedkeuring gedaan, in 1974 waren dat er zeven, in 1975 vier, in 1976 acht en in 1977 zes. Alle verzoeken om goedkeuring waren afkomstig van ondernemers.

seerde Noorse voorontwerp van 1976 (6); de Finnen hebben zich in hun wet van 1978 (7) bij de Zweedse terminologie aangesloten). In Denemarken daarentegen is de tweede-fase controle opgedragen aan het *sp - og handelsretten*, een kollege dat anders dan de naam zou doen vermoeden gewoon deel uitmaakt van de justieële hiërarchie, als enige instantie (afgezien van een beroep op het *Højesteret*) voor hoofdzakelijk maritieme zaken.

Het marktgerecht heeft de bevoegdheid om in het algemeen belang ondernemers te verbieden een bepaald kontraktsbeding dat onbillijk is tegenover konsumenten of soortgelijke bedingen te bezigen (art. 1 Wet inzake onbillijke kontraktsbedingen). Van deze bevoegdheid heeft het marktgerecht in de periode 1971-1978 zo'n 25 maal gebruik gemaakt; slechts in één geval werd een vordering tot een verbod door het kollege afgewezen. In Denemarken is pas enkele malen een beroep op het maritieme hof gedaan (8); dit hangt samen met de aanvankelijke inaktiviteit van de Deense *forbrugerombudsmand*, waarover zo dadelijk meer. Dit alles legt een zware verantwoordelijkheid op de eerste-fase controleinstantie, de *konsumentombudsman*. Hij moet met ondernemers tot een vergelijk zien te komen, maar vindt daarbij nauwelijks aanknopingspunten in de wet (slechts terzake van de konsumentenkoop en de kolportage heeft de Zweedse wetgever enkele minimumnormen vastgesteld, wetten op de konsumentenverzekering en op de dienstverlening aan konsumenten zijn nog in voorbereiding) of in de — nog zeer lakuneuze — jurisprudentie van de tweedelijns controleinstantie (9).

(6) Standardkontrakter, Norges offentlige utredninger 1976:61, Oslo 1976. De indiening van een hierop gebaseerd wetsontwerp kan in de loop van 1979 tegemoet worden gezien.

(7) *Konsumentskyddslag* van 20 januari 1978, 1978 nr 38.

(8) Zie bijv. de uitspraak van 14 juli 1977 *Sp- og handelsretsdomme* 1977, 986 inzake Forbruger ombudsmanden C. Standard Forlaget.

(9) De president van het Zweedse marktgerecht P. Westerlind sprak tijdens een in juni 1978 te Neuchâtel door de Raad van Europa georganiseerd kolloquium over algemene voorwaarden de verwachting uit dat de *konsumentombudsman*, die zich tot dusver met betrekkelijk eenvoudige, 'opgelegde' zaken tot het marktgerecht heeft gewend, zich na zeven vette jaren met wat moeilijker kwesties zal moeten gaan bezighouden. Dit zal volgens Westerlind, zoals hij ook in een interview met *Konsumentträtt & ekonomi* 1978 nr. 4 blz. 8-11 stelt, tot gevolg hebben dat het marktgerecht de komende jaren meer leiding zal moeten geven aan de rechtsontwikkeling.

Dat de Zweedse *konsumentombudsman* niettemin vele honderden onderhandelingen met succes heeft bekroond, strekt hem tot eer. Opmerkelijk is dat het de Deense controle veel minder goed is gegaan. In de Deense literatuur zijn voor deze mislukking verschillende redenen aangevoerd: er is een gebrek aan middelen; de Deense *forbrugerombudsmand* heeft zich voornamelijk beperkt tot onderhandelingen met individuele ondernemers, terwijl zijn Zweedse kollega juist met organisaties van ondernemers is gaan praten; de Zweedse *konsumentombudsman* heeft een betere klachtenregistratie opgebouwd (onder andere via de Openbare klachtenraad); ten slotte is het verschil in effectiviteit mede toegeschreven aan een verschillende persoonlijkheid van de beide ambtsdragers (10). Ik zou hier nog twee factoren aan willen toevoegen: ten eerste beschikt de Deense *forbrugerombudsmand* over nog minder wetgeving als richtsnoer dan zijn Zweedse *alter ego* (die tenminste nog een wet op de consumentenkoop heeft) (11). Ten tweede is het toezicht op algemene voorwaarden in de Deense wetgeving als onderdeel van een algemene controle op handelspraktijken opgezet, hetgeen niet bevorderlijk is voor het erkennen van algemene voorwaarden als een specifiek interessegebied. Nu zou het onjuist zijn om het onderscheid tussen de beide oeverstaten van het Kattegat al te zeer te benadrukken. Ook in Zweden is het optreden van de *konsumentombudsman* wel eens gehekeld, niet alleen binnenskamers maar zelfs in geschrift (12). Wie een blik werpt op de thans in

(10) Aldus B. Dahl, *Standardvilkår og forbrugerbeskyttelse*, in: *Konsumenten i samhället/Rapport från det andra nordiska Konsumentforskningsseminariet*, Stockholm 1978, 295-307, wiens stellingname mij overigens op enkele punten wat overtrokken lijkt.

(11) Een Deens wetsontwerp inzake de consumentenkoop -- *Forslag til Lov om ædring af købeloven (forbrugerløb)*, *Justitsministerium* LA 1978-4602-8 -- is inmiddels gepubliceerd en begin 1979 door het parlement in eerste lezing behandeld.

(12) De ekonoom Luft, die een empirisch onderzoek heeft ingesteld naar de werking van de nieuwe wet inzake standaardvoorwaarden bij de koop en verkoop van tweedehands auto's in Gothenburg, uit de volgende kritiek op de effectiviteit van de wetgeving: (a) soms gaat de *konsumentombudsman* akkoord met klausules die in strijd zijn met dwingend recht (Wet op de consumentenkoop), (b) vaak neemt de *konsumentombudsman* genoegen met de minimumstandaard van de wet; (c) veel handelaren gebruiken niet-goedgekeurde formulieren -- zie J. Luft, *Konsumentköp av personbilar*, diss. Gothenburg, Stockholm 1977, waartegen S. Heurgren (de *konsumentombudsman*) in *Svensk juristtidning* 1978, 52-56.

Zweden gebruikelijke algemene voorwaarden (13), zal bemerken dat de konsumentenhemel nog niet op aarde is.

Wat men de Zweden in elk geval zal moeten nageven is het gemak waarmee zij onvolkomenheden en leemten in hun wetgeving hebben opgelost en aangevuld. Op de wijziging van de naam van de marktraad wees ik al; kort nadien werd ook de toetsingsmaatstaf (van 'onredelijk bezwarend' tot 'onbillijk') veranderd, teneinde de *konsumentombudsman* meer speelruimte bij zijn onderhandelingen te geven. Het aardige is dat de Denen en Zweden hun controlestelsel hebben ingevoerd zonder de civielrechtelijke konsekwenties te regelen. In 1975 resp. 1976 hebben zij dit alsnog gedaan door hun kontraktenwet met een open norm te verrijken. Op nog een ander punt hebben de Zweden hun wetgeving aangevuld: sinds een wetswijziging van 1977 valt ook onroerend goed onder de werkingssfeer van de Wet inzake onbillijke kontraktsbedingen (14). Een onvolkomenheid, zuiver technisch gezien, is dat de Zweedse wet nog altijd enkel van de individuele ondernemer uitgaat. Dit is anders in het Duitse controlestelsel.

22. Duitse bondsrepubliek, Oostenrijk

Krachtens paragraaf 13 van het op 1 april 1977 in werking getreden Duitse *AGB-Gesetz* (zie bijlage D) kan een verbodsakctie niet alleen tegen de individuele ondernemer worden gericht, maar ook tegen een organisatie van ondernemers die het gebruik van algemene voorwaarden aanbeveelt. Dit is niet het enige punt van verschil tussen het Duitse en de Skandinavische controlestelsels. Twee andere belangrijke verschillen betreffen de controle-instanties. Wat in de eerste plaats de controle in de eerste lijn betreft, zien we dat deze in de Bondsrepubliek niet aan een overheidsfunktionaris maar aan privaatrechtelijke organisaties is toevertrouwd. Voorts is de tweede fase (het uitvaardigen van een verbod van verder gebruik) aan de gewone rechter opgedragen. Een derde punt van verschil is dat de Duitse controle-instanties, anders dan de Skandinavische, in de beide zwarte lijsten van paragrafen 10 en 11 van de wet een zeer gedetailleerde *checklist* van niet toelaatbare bedingen tot hun beschikking hebben gekregen, althans voor zover

(13) Zie de kollektie van L. Holmström, *Almänna avtalsvillkor/formulärsamling i förmögenhetsrätt*, derde druk Stockholm 1977.

(14) Wet van 9 juni 1977 *Svensk författningssamling* 1977: 452.

het konsumententransakties betreft — voor handelstransakties gelden de lijsten niet.

De twee eerstgenoemde afwijkingen zijn er pas in een laat stadium gekomen. Een door het Duitse ministerie van justitie ingestelde werkgroep had aanvankelijk een veel meer op Zweden georiënteerd controlestelsel voorgesteld met een publiekrechtelijke konsumentenvriend (*Verbraucherschutzbehörde*) en verbodsakties niet voor de rechtbank maar voor bijzondere kamers van de gerechtshoven (*Oberlandesgerichte*) (15). Het eerste deel van het voorstel sneuvelde al op het departement, het tweede uiteindelijk in de *Bundesrat*, nadat de *Bundestag* zich er al mee akkoord had verklaard. Tengevolge van de schermutselingen tussen beide (politiek indertijd verschillend gekleurde) kamers van het Duitse parlement is het controlestelsel van de AGB-wet niet helemaal goed uit de verf gekomen (16).

Belangrijker is het antwoord op de vraag of het stelsel in de praktijk werkt. Het is nog erg vroeg om deze vraag te beantwoorden, maar de eerste ervaringen stemmen hoopvol (17). Voornamelijk vanwege het (financiële) procesrisiko hebben de Duitse konsumentenorganisaties in 1966 gezamenlijk een nieuwe organisatie opgericht om vorderingen wegens inbreuk op paragraaf 13 lid 1(a) *Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb* (UWG) in te stellen of op basis hiervan met ondernemers of hun organisaties te onderhandelen. Aan deze *Verein zum Schutz der Verbraucher gegen unlauteren Wettbewerb e.V.* (VSV), welke sinds 1970 is gevestigd te Berlijn, is nu ook het voeren van procedures en onderhandelingen ingevolge het *AGB-Gesetz* toevertrouwd.

(15) *Vorschläge zur Verbesserung des Schutzes der Verbraucher gegenüber Allgemeinen Geschäftsbedingungen/Zweiter Teilbericht der Arbeitsgruppe beim Bundesminister der Justiz*, Bonn 1975, 40, 44-45.

(16) Zie F.J. Säcker (red), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, I, München 1978, 1552-1556 (J.W. Gerlach), waar ook inhoudelijke kritiek op het controlesysteem wordt uitgeoefend. Voor een opgaaf van verdere literatuur, verwijs ik naar H. Soergel's *Bürgerliches Gesetzbuch*, elfde druk onder redactie van H. Schultze-v. Lasaulx, I. Allgemeiner Teil (Hefermehl, H. Lange), Stuttgart 1978, 785-788 en naar O. Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch*, achtendertigste druk München 1979, 2167-2205 (Heinrichs en Heldrich).

(17) Anders N. Reich, 'Verbraucherpolitische Probleme bei der Anwendung des Gesetzes zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGBG)/Zugleich eine Würdigung neu erschienener Erläuterungsliteratur', *Zeitschrift für Verbraucherpolitik* 1978, 236, 245: 'die bisherigen Erfahrungen mit der AGB-Verbandsklage stimmen durchaus skeptisch'.

Aan het laatste jaarverslag van de VSV ontleen ik de volgende cijfers. In 106 gevallen vroeg de VSV in de verslagperiode aan ondernemers of hun organisaties om voortaan van het bezigen van bepaalde klausules in hun algemene voorwaarden af te zien (*Abmahnungsverfahren*). Vijftig ondernemers ondertekenden de van hen verlangde verklaring dat zij de bedoelde klausules op straffe van verbeurte van een bepaalde boete niet langer toepasselijk zouden verklaren; tegen 24 ondernemers of organisaties werd door de VSV een gerechtelijke procedure aangespannen. In de overige 32 gevallen had ofwel de ondernemer nog niet geantwoord ofwel de VSV besloten om uit economische overwegingen niet direkt te procederen (18). Ter vergelijking noem ik de gegevens over vorderingen ingevolge het UWG: in dit kader werden 346 *Abmahnungsverfahren* ingesteld, hetgeen resulteerde in 163 verklaringen van ondernemers en voorts tot 51 gerechtelijke procedures leidde (19). Ten slotte werden door de *Verbraucherschutzverein* en de *Arbeitsgemeinschaft der Verbraucher* gezamenlijk een twintigtal bij het *Bundeskartellamt* aangemelde algemene voorwaarden van brancheorganisaties op hun verenigbaarheid met het *AGB-Gesetz* getoetst (20). De eerste indruk die men van deze activiteiten overhoudt, is dat de VSV zich niet zozeer als onderhandelingspartner van het bedrijfsleven opstelt maar meer als controleur van de wettigheid van algemene voorwaarden optreedt. De gedetailleerde lijst van niet toegelaten klausules werkt ook wel in de hand dat de Duitse konsumentenorganisatie zich, zeker in het begin (net als aanvankelijk de Zweedse *konsumentombudsman*) (21), tot de grofste wetsovertredingen richt. Voor wat betreft de vraag hoe het op langere termijn zal gaan, is het van belang kennis te nemen van het toezicht dat de konsumentenorganisaties tot dusver ingevolge paragraaf 13 lid 1 (a) UWG hebben uitgeoefend. De activiteiten van de Duitse konsumentenorganisaties op het gebied van de oneerlijke handelspraktijken zijn in het verleden nooit zo hoog aangeslagen, maar uit een (18) *Verbraucherschutzverein*, *Geschäftsbericht* 1. Dezember 1977-31. Oktober 1978, 48.

(19) *Geschäftsbericht* 1977/1978, 38-39.

(20) *Geschäftsbericht* 1977/1978, 56-58 (ik reken hiertoe ook het door de *Bundesminister für Wirtschaft* opgestelde *Referentenentwurf einer Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Gasversorgung von Tarifkunden in Niederdruck* en het *Referentenentwurf einer Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Elektrizitätsversorgung von Tarifkunden in Niederspannung*).

(21) Zie mijn diss., 779-781.

recent onderzoek kan men de konklusie trekken dat deze controle redelijk effectief genoemd mag worden. Alleen indien de handelspraktijken in een bepaalde bedrijfstak over de hele linie oneerlijk zijn of indien één enkele ondernemer zich konstant aan laakbare praktijken schuldig maakt, schieten de konsumentenorganisaties volgens de uitvoerder van het onderzoek tekort (22). Nu zijn het bij de algemene voorwaarden juist deze twee gevallen waarin de kans op sukses het grootst lijkt. Gaat het om algemene voorwaarden die in een gehele branche worden gebezigd, dan is het technisch eenvoudig om met de betreffende organisatie onderhandelingen te beginnen. Indien daarentegen iedere ondernemer zijn eigen algemene voorwaarden hanteert, zouden de konsumentenorganisaties wel eens voor problemen kunnen komen te staan omdat ze over een te breed front moeten strijden. Maar maakt één ondernemer het al te bont, dan kan juist deze weer worden aangesproken. Dit onderscheid in de te verwachten effectiviteit van de controle van handelspraktijken en algemene voorwaarden vloeit voort uit het verschillende karakter van deze controles en met name van de onderhandelingen die hiervan het gevolg zijn. Onderhandelingen inzake algemene voorwaarden leiden tot een positief resultaat: de organisaties bereiken overeenstemming over de in de toekomst te bezigen algemene voorwaarden. Daarentegen kan op het gebied van de handelspraktijken na succesvolle onderhandelingen over een bepaalde reclamekampagne hooguit van een wapenstilstand worden gesproken. Na enige tijd bereidt de ondernemer een volgende campagne voor, waarover de onderhandelingen weer van voren af aan kunnen beginnen (23).

De konsumentenorganisaties zijn niet de enige organisaties die de abstracte toetsingsprocedure in werking kunnen stellen; blijkens paragraaf 13 *AGB-Gesetz* komt deze bevoegdheid ook toe aan particuliere bedrijfsorganisaties en aan *Industrie- und Handelskammern* en *Handwerkskammern*. Deze laatste organisaties hebben zich tot dusver aanmerkelijk minder actief dan de konsumentenorganisaties getoond: van de in totaal 137 vorderingen die per 7 de- (22) R. von Falckenstein, *Die Bekämpfung unlauterer Geschäftspraktiken durch Verbraucherverbände*, Keulen 1977, 178-179.

(23) Er is momenteel wel een ontwikkeling gaande om wervende reclame en zakelijke produktinformatie meer in verband met elkaar te brengen — zie D.W.F. Verkade, *Praktijkboek reclame- en aanduidingenrecht*, Deventer 1978, I-7. Deze ontwikkeling kan ertoe leiden dat in de toekomst ook over reclamecampagnes op lange termijn zal kunnen worden onderhandeld.

cember 1978 bij het *Bundeskartellamt* waren geregistreerd, waren er 123 ingesteld door konsumentenorganisaties, 12 door particuliere handelsorganisaties en 2 door *Industrie- und Handelskammern* en *Handwerkskammern* (24).

Nog een enkel woord over het Oostenrijkse ontwerp *Konsumentenschutzgesetz* (zie bijlage H). Ook hierin wordt aan particuliere organisaties de bevoegdheid gegeven om voor de gewone rechter een verbodsactie terzake van onereuze algemene voorwaarden in te stellen (paragraaf 28). In de wet zelf is evenwel limitatief bepaald welke organisaties deze bevoegdheid hebben (par. 29) (25). Dat lijkt minder aantrekkelijk dan het Duitse stelsel, omdat het lokale en regionale organisaties (bonden van huurders en woningzoekenden) maar ook belangenorganisaties die specifieke (konsumenten) belangen behartigen (ANWB) buitensluit. In Oostenrijk wordt bovendien betwijfeld of dit controlestelsel in de praktijk zal worden toegepast; de ervaringen met een dergelijke controle op ongeoorloofde handelspraktijken zijn hier veel minder gunstig dan in Duitsland.

23. Verenigd koninkrijk

Op 1 februari 1977 is in het Verenigd koninkrijk de *Unfair contract terms act 1977* (zie bijlage E) in werking getreden. (26). Deze (24) Brief van het *Bundeskartellamt* dd. 20 december 1978 aan de auteur. Per 7 december 1978 waren 27 vonnissen, 58 voorlopige voorzieningen en 30 uitspraken van andere aard geregistreerd. Zie over de registratieplicht nr 51 hieronder.

(25) Dat zijn de *Bundeskammer der gewerblichen Wirtschaft*, de *Osterreichischer Arbeiterkammertag*, de *Osterreichischer Landarbeiterkammertag*, de *Präsidentenkonferenz der Landwirtschaftskammern Österreichs*, de *Osterreichischer Gewerkschaftsbund* en de *Verein für Konsumenten information*. Zie over het wetsontwerp H. Krejci, B. Schölcher, V. Steininger, *Konsumentenschutzgesetz*, ABGB und Verfahrensrecht, Wenen 1978.

(26) Over het belang van deze wet wordt onder de Britse kommentatoren verschillend gedacht. 'Not since the Statute of Frauds three centuries ago has there been an enactment which threatens to have so profound an effect on the law of contract as this relatively unheralded newcomer', schrijft L.S. Sealy in 37 *Cambridge law journal* 15 (1978). Maar geldt dit belang nu speciaal konsumententransakties dan wel handelsovereenkomsten? 'In February 1978 a new era dawned for consumers: the Unfair Contract Terms Act 1977 came into force', is het antwoord van M. Clarke op blz. 21 van hetzelfde nummer van de *Cambridge law journal*. P.K.J. Thompson, *Unfair contract terms act 1977*, Londen 1978, 62 daarentegen komt tot de konklusie: 'It is on commercial contracts — those made between businessmen or businesses — that the new legislation is likely to have the greatest impact'. Zie over de wet voorts B. Coote,

wet geeft enkele belangrijke materieelrechtelijke bepalingen inzake exoneratieklausules, waarvan *section 13* een heel ruime definitie geeft. In een controleprocedure voorziet de *Unfair contract terms act* niet; hiervoor is de *Fair trading act 1973* van belang. Bij deze wet is een *director general of fair trading* ingesteld, die zich onder meer dient bezig te houden met de bestrijding van handelspraktijken die *unfair* zijn tegenover consumenten. Daartoe heeft hij de beschikking over drie wegen.

De eerste mogelijkheid bestaat hierin dat de *director general* de minister die het aangaat een voorstel doet om bij *statutory instrument* regels te stellen ten aanzien van bepaalde oneerlijke handelspraktijken (27). De minister kan hieraan uitvoering geven door middel van een *order*, die aan een vereenvoudigde parlementaire behandeling is onderworpen (28). In feite komt deze weg neer op de vaststelling van dwingend recht. De tijdwinst die wordt gemaakt door de gestroomlijnde aanhangigmaking en de vereenvoudigde parlementaire procedure wordt echter deels teniet gedaan door de verplichting om advies in te winnen van de *Consumer protection advisory committee*. Daarom is op het gebied van algemene voorwaarden tot dusver slechts eenmaal van deze weg gebruik gemaakt (29). Een tweede tot nog toe nauwelijks gebruikte mogelijkheid (30) die

41 *Modern law review* 321-324 (1978) in negatieve zin, en Lord Denning, *H.L. Deb.* (1976-77) 936 c. 1119 ('one of the most important reforms in our time in the civil law') en (1978) 1 *QB* 69, 79 alsmede J.N. Adams, 41 *Modern Law review* 703-706 (1978) in positieve zin, en ten slotte M.V.H. Rogers en M.G. Clarke, *The Unfair contract terms act 1978*, Londen 1978 en F.M.B. Reynolds, (1978) 2 *Lloyds maritime and commercial law quarterly* 201-210 in neutrale zin.

(27) Blijkens *schedule 6* van de *Fair trading act 1973* mag een dergelijk voorstel van de *director general* betrekking hebben op

'...

3. Prohibition of the inclusion in specified consumer transactions of terms or conditions purporting to exclude or limit the liability of a party to such a transaction in respect of specified matters.

4. A requirement that contracts relating to specified consumer transactions shall include specified terms or conditions.

5. A requirement that contracts or other documents relating to specified consumer transactions shall comply with specified provisions as to lettering (whether as to size, type, colouring or otherwise)'.
(28) Zie nr 50 hieronder.

(29) Bij de *Consumer transactions (restrictions on statements) order 1976*, *Statutory instruments* 1976 nr 1813, gedeeltelijk afgedrukt in mijn diss., 642 noot 36, laatstelijk gewijzigd in 1978, *Statutory instruments* 1978 nr 127.

(30) Althans voor wat betreft het bezigen van algemene voorwaarden; terzake

de *director general* heeft, is van een individuele ondernemer een schriftelijke verklaring te verlangen dat deze zich niet langer aan een bepaalde *unfaire* handelspraktijk tegenover konsumenten schuldig zal maken (*section 34*). Indien de ondernemer weigert een dergelijke verklaring af te geven of indien hij zich niet overeenkomstig een eerder afgegeven verklaring gedraagt, kan de *director general* voor het *Restrictive practices court* een verbodsakctie instellen (*section 35*). Dit lijkt sprekend op de Skandinavische twee-fasen controle. Het probleem is dat een verbod slechts mogelijk is wanneer het om het bezigen van verboden of van nietige klausules gaat. Tot voor kort kende de Britse wetgeving nauwelijks dergelijke verboden of nietigheden (31).

In de praktijk zijn oncreuze algemene voorwaarden langs een geheel andere, derde weg bestreden. Krachtens *section 124 Fair trading act 1973* dient de *director general* te bevorderen dat er in de diverse bedrijfstakken erekodes (*codes of practice*) tot stand komen. Zelf heeft hij er een werkzaam aandeel in gehad dat in de periode 1974-1978 veertien van dergelijke kodes met zijn fiat konden worden gepubliceerd. Deze kodes bevatten naast andere bepalingen ook voorschriften terzake van klausules die veelal in algemene voorwaarden zijn opgenomen. Zo verbiedt de preambule j^o art. 3 van de *Code of practice* van de *Association of British laundriers and cleaners* (ABLC) de aangesloten ondernemers om de aansprakelijkheid voor beschadiging of verlies van de ter reiniging aangeboden goederen uit te sluiten of te beperken. Aan dit voorschrift lijkt redelijk de hand te worden gehouden, hetgeen moge blijken uit de volgende cijfers. In het eerste kwartaal van 1977, minder dan een jaar na de invoering van de *code of practice*, kwamen er bij de lokale konsumentenbureaus 1913 klachten over wasserijen en chemische reinigers binnen, waarvan 73 procent betrekking had op beschadiging of verlies. Terzake van beschadiging of verlies hadden nog 16 procent van de ABLC-leden hun aansprakelijkheid uitgesloten of beperkt via een bordje in de winkel en eveneens 16 procent via een klausule op het reçu; bij niet-leden van de ABLC bedroegen van andere handelspraktijken wordt de te bespreken bevoegdheid wel, zij het op bescheiden schaal, gebruikt – zie de *Annual reports* van de *Office of fair trading*.

(31) Thans voorziet de *Consumer transactions (restrictions on statements) order 1976* in een aantal verboden en de *Unfair contract terms act 1977* in een belangrijke nietigheidsgrond.

deze percentages respektievelijk 36 en 47 (32). De ABLC-leden die nog aansprakelijkheidsklausules hanteerden, deden dit uitsluitend terzake van knopen, riemen en dergelijke die bij bepaalde behandelingen gemakkelijk schade kunnen oplopen (33).

Dit legt direkt een onvolkomenheid van deze vorm van controle bloot: zij biedt slechts soelaas bij gratie van de georganiseerdheid van de betreffende branche. In de Britse literatuur is voorts gewezen op het (strukturele) gebrek aan sankties en op het (praktische) bezwaar dat in sommige kodes ook bepalingen zijn opgenomen welke in strijd met het konsumentenbelang zijn (34). Deze onvolkomenheden betekenen geen veroordeling van de controle via *codes of practice*. Als aanvulling op en uitvoering van wettelijke maatregelen kan zij heel nuttig zijn; als enige controlemaatregel lijkt zij evenwel ontoereikend.

24. Frankrijk

Gehcel afwijkend van de hiervoor besproken controlesystemen is het Franse stelsel. Art. 36 van de *Loi sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services* (de zgn. *loi Scrivener*, zie bijlage F) van 10 januari 1978 voorziet in de oprichting van een administratief orgaan, de *Commission des clauses abusives* (art. 36), dat de bevoegdheid heeft om aanbevelingen te doen terzake van het elimineren of wijzigen van onereuze klausules in algemene voorwaarden betreffende konsumententransakties (35) (art. 38). Deze aanbevelingen, die niet openbaar behoeven te zijn, kunnen bij algemene maatregel van bestuur (*décrets en Conseil d'Etat*) worden omgezet in dwingend recht.

(32) Niet duidelijk is of nu in totaal 32 o/o van de ABLC-leden en 83 o/o van de niet-leden zich vrijgetekend hadden dan wel sprake is van overlap.

(33) Ik ontleen deze gegevens aan de instruktieve bijdrage van J. Mitchell, 'Government-approved codes of practice: a new approach to reducing friction between business and consumers', *Zeitschrift für Verbraucherpolitik* 1978, 144, 152-154.

(34) S. Marsh, 'Voluntary codes of practice', 127 *New law journal* 419-421 (1977).

(35) Art. 35 beperkt de werkingssfeer van het toezicht door de commissie tot 'contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs'. Zie over de terminologische spraakverwarring die hiervan het gevolg is J. Ghestin, in: *Les contrats d'adhésion et la protection du consommateur*, Créteil 1978, 195, 201-203. Gemakshalve spreek ik in het navolgende van konsumententransaktie.

De Franse staatssekretaris voor konsumentenzaken, niet afgeschrikt door het partiële echec van haar wetsontwerp in de senaat (36), is meteen bijzonder voortvarend te werk gegaan, want nog geen drie maanden na de publikatie van haar wet in het *Journal officiel* was de kommissie geïnstalleerd en het eerste uitvoeringsbesluit uitgevaardigd. In dit besluit is onder andere zo ongeveer iedere verwijzing naar algemene voorwaarden verboden (37). Hoewel verwijzingen in het algemeen beslist nadelig zijn voor de konsument, kan men zich afvragen of een algeheel verbod niet al te rigoureuus is. Hoe men hierover ook denkt, onjuist lijkt mij in ieder geval dat ondernemers die naar algemene voorwaarden verwijzen voor zover mij bekend niet in de gelegenheid zijn gesteld om hun standpunt aan de kommissie of de staatssekretaris kenbaar te maken. Meer in het algemeen acht ik het ontbreken van procedurele waarborgen een ernstige onvolkomenheid van de Franse wet (38).

Par. 5 WENSELIJK KONTROLESTELSEL IN NEDERLAND

25. Overzicht

In de vorige paragraaf kwam een aantal controlestelsels terzake van algemene voorwaarden aan de orde die sinds kort in het buitenland functioneren. In deze paragraaf wil ik de voornaamste stel-

(36) Het wetsontwerp voorzag nog in een open norm, waaraan algemene voorwaarden ook door de gewone rechter zouden mogen worden getoetst — zie mijn diss., 168.

(37) Zie de tekst, afgedrukt in het *Journal officiel* van 1 april 1978, alsmede in *NJB* 1978, 906. Nadien heeft de kommissie nog geadviseerd omtrent een ontwerp-dekreet inzake de reisovereenkomst en aanbevelingen gedaan terzake van garantiekontrakten, huurkontrakten van muurruimte voor reklamedoeleinden en *clauses sur les recours en justice*.

(38) In de Franse literatuur over de *loi-Scrivener* vond ik deze kritiek niet vermeld; wellicht is de Franse juridische opinie al murw gemaakt door de dekretwetgeving. Een lid van de *Commission des clauses abusives*, aan wie ik mijn kritiek voorlegde, antwoordde hierop 'que les avis et recommandations sont d'ordre général et ne citent aucun nom; que la commission comprend des représentants des professionnels; que la commission peut entendre toute personne qu'il lui plaît de convoquer' — brief van J. Calais-Auloy dd. 27 november 1978 aan de auteur. Hiermee is mijn bezwaar nog niet weerlegd.

Wel treft men kritiek aan op het punt dat de overheid een aanbeveling van de kommissie niet behoeft over te nemen en dat er onvoldoende sankties zijn — zie L. Bihl, *Juris-classeur périodique* 1978.1.2909.

sels aan een nadere analyse onderwerpen. Uitgangspunt zal daarbij zijn de vraag of een of meer van deze stelsels voor invoering in ons land in aanmerking komen. Ik heb de zojuist besproken controle-systemen hiertoe in een vijftal rubrieken ingedeeld, welke naar volgorde van ingrijpendheid behandeld zullen worden.

Het meest ingrijpend is ongetwijfeld een algeheel verbod van algemene voorwaarden, gekoppeld aan een vrijstelling voor kondities die zijn goedgekeurd door de overheid. In deze radikale vorm is een administratieve goedkeuring in geen enkel rechtstelsel verwezenlijkt. Wel is zij in de literatuur herhaaldelijk verdedigd, terwijl zij tevens in enkele branches (zoals het verzekeringswezen) in het buitenland bestaat. Dit zijn dunkt me voldoende redenen om dit controlestelsel in nr 26 nader te bestuderen. In aansluiting op de verplichte administratieve controle wil ik enige aandacht besteden aan de vrijwillige administratieve toetsing, zoals die in Israël en het Verenigd koninkrijk is geïntroduceerd.

Ingrijpend, maar minder vergaand dan een alles-omvattende administratieve controle, is de invoering van — veel — dwingend recht. In wezen is hierbij geen sprake van een controleprocedure doch van de vaststelling van materieel recht; maar omdat het op het eerste gezicht een reëel alternatief lijkt voor de stelsels waarbij het accent op de controleprocedure ligt, zal ik er in deze paragraaf enige aandacht aan besteden (nr 27).

Een samentrekking van beide bovengenoemde stelsels vindt men in het Franse systeem van algemeen geldende besluiten genomen door een administratief orgaan, welk stelsel ik bij gebrek aan een vaststaande benaming als het oekaze-stelsel aan zal duiden (nr 28). Vervolgens komt aan de orde een stelsel dat nog nergens is ingevoerd, maar waarvan de invoering wel in verschillende landen is overwogen of nog overwogen wordt (vergelijk art. 6.5.1.2 Ontwerp nieuw BW): de vaststelling van modelvoorwaarden 'door of ten overstaan van' de overheid (nr 29).

Ten slotte zal ik aandacht besteden aan het thans meest verbreide controlestelsel: de twee-fasen toetsing (nr 30). We vinden dit stelsel in verschillende varianten in (in historische volgorde) Israël (sinds 1969), Zweden (1971), Denemarken (1974), Duitse bondsrepubliek (1977), Finland (1978), en binnenkort wellicht in Oostenrijk, Noorwegen en Nederland. In deze paragraaf zal ik enkel aandacht schenken aan de hoofdlijnen van dit stelsel; in paragraaf 6 zal ik er dieper op ingaan.

26. Administratieve controle

Een van de meest voor de hand liggende remedies tegen de aanwezigheid van onbillijke klausules in algemene voorwaarden is de instelling van een algemeen toezicht vooraf door de overheid. Een dergelijke controle biedt een antwoord op alle in nr 17 geconstateerde onvolkomenheden van de rechterlijke controle: zij is preventief, werkt algemeen en is niet afhankelijk van het initiatief van een kontraktspartij. Het is daarom begrijpelijk dat deze oplossing in de literatuur regelmatig wordt aangedragen. Dat zij toch nimmer is verwezenlijkt, hangt samen met het feit dat er enkele belangrijke bezwaren tegen een algemene administratieve controle zijn aan te voeren. Deze bezwaren zijn deels van principiële, deels van praktische aard (1). Principieel is de bedenking dat overheidscontrole ook tot overheidsinmenging zal leiden. Het was deze *big brother*-fobie, die de NJV-vergadering in 1948 beheerste (2). Van praktische aard is het bezwaar dat een integrale controle tot een ongehooflijke bureaucratische rompslomp moet leiden. In de overgangsfase naar het nieuwe stelsel zouden duizenden, zo niet tienduizenden algemene voorwaarden aan de controle-instantie moeten worden voorgelegd.

Een eerste aanzet tot het opheffen van deze bezwaren is gegeven in het in nr 20 geschetste Israëlsche controlestelsel. Het gevaar van overheidsinmenging in het bedrijfsleven is hier tegengegaan door de controle niet aan een minister, maar aan een betrekkelijk onafhankelijk opererend orgaan, de *Board of restrictive trade practices* op te dragen. Aan het praktische bezwaar van de overstelpende

(1) Zie voor een uitvoerig overzicht mijn diss. 708-716, alwaar ook een literatuuroverzicht is te vinden. Hieraan dient voor wat *Portugal* betreft nog te worden toegevoegd: C.A. da Mota Pinto, 'Contratos de adesão/Uma manifestação jurídica da moderna vida económica', *Revista de direito e de estudos sociais* (Coimbra) 1973, 119, 144-146, ook afgedrukt in *Revista forense* (Brazilië) deel 257, 33, 41-42.

(2) Vergelijk W. Nolst Trinité, *Handelingen NJV 1948*, II, 42: 'In de derde plaats wil de heer Jansma — en daartegen wil ik mij zeer fel verzetten — overheidstoezicht, overheidsinmenging. Beste vriend Jansma, hoe hebt gij dat nu kunnen doen!? Dat is werkelijk onbegrijpelijk! Het geldt hier toch bedrijven, die zich in de praktijk zeer goed hebben weten te gedragen; wij hebben hier niet te maken met afbetalingsmagazijnen, met arbeidscontracten, waarbij de klachten over misbruiken regenden. Dat gij bij deze zich goedgedragende bedrijven komt met overheidsinmenging is het allerergste middel, dat gij zoudt hebben kunnen bedenken. Dat plaatst de ambtenaar op de rechterstoel'.

hoeveelheid te controleren kondities is tegemoetgekomen door de controle tot een vrijwillige te maken. De eerste oplossing, inschakeling van een onafhankelijk kollege, bleek een voortreffelijke greep. De tweede, het afdwingen van onderwerping aan de controle niet met een sanktie maar met een bonus, liep uit op een mislukking, zoals we al zagen. Omdat aan *beide* bezwaren tegemoet dient te worden gekomen indien een administratieve controle voor invoering in aanmerking wil komen, betekent deze mislukking dat de Israëli's de steen der wijzen nog niet hebben gevonden.

Een en ander laat onverlet de mogelijkheid dat in bepaalde branches of terzake van specifieke transakties een administratieve controle wel opportuun is. Voorwaarden waaraan in zo'n geval moet zijn voldaan zijn: homogeniteit van de betreffende branche, het reeds uit anderen hoofde voorhanden zijn van een controle instantie en uiteraard ... een zekere noodzaak tot ingrijpen. Een bedrijfstak die aan deze voorwaarden lijkt te voldoen, is de verzekeringsbranche. Het is opmerkelijk dat Nederland een van de weinige landen ter wereld is, waar door de verzekeringsinspectie (de Verzekeringskamer) geen controle op algemene verzekeringsvoorwaarden wordt uitgeoefend. Invoering van een algemeen preventief toezicht op algemene verzekeringsvoorwaarden verdient mijns inziens overweging (3).

Een specifieke transactie die voor controle in aanmerking komt, is de overeenkomst tot overdracht van onroerend goed. Meermalen is, ook om andere redenen, verdedigd dat het notariële toezicht behalve op de overdracht ook op de overeenkomst tot overdracht betrekking zou moeten hebben (4). Een bezwaar hiertegen is dat een dubbele controle — op overeenkomst en transport — meer werk voor de notaris meebrengt en dus kostbaarder is. Dit financiële bezwaar zou kunnen worden weggenomen door van het verplichte notariële toezicht op de kontraktssluiting dié overeenkomsten uit te zonderen, welke worden gesloten op door de Notariële broeder-

(3) In deze zin ook J. Borgesius, *Dienstenverkeer, vestigingsrecht en verzekeringsbedrijf* in de EEG, diss. Groningen 1974, 106, waartegen F. van der Feltz, *Het verzekeringsarchief* 1974, 261, 291-292. Geklausuleerd: P. Clausing, *Levensverzekering, pensioen en crediteuren* in boek 7 ontwerp Nieuw B.W., diss. Universiteit van Amsterdam, Deventer 1976, 54.

(4) Zo bijv. W.M. Kleyn, *De rechtspositie van de koper van te bouwen of in aanbouw genomen gebouwen in privaatrechtelijk opzicht*, Preadvies Vereniging voor bouwrecht 1975, 35.

schap vastgestelde of goedgekeurde standaardformulieren (5), en waarbij niet van het betreffende formulier wordt afgeweken. Bij het verlijden van de transportakte kan de notaris controleren of aan dit vereiste is voldaan.

27. Dwingend recht

Bij een aantal bijzondere overeenkomsten heeft de wetgever misstanden — onder andere bestaande in het bezigen van zeer bezwarende algemene voorwaarden — gepoogd te keren door de vaststelling van dwingend recht. De wettelijke bepalingen inzake de arbeidsovereenkomst, huurkoop van roerend goed, huur van woningen en van bedrijfsruimte, huurkoop van onroerend goed, en in de toekomst wellicht de reisovereenkomst en de konsumentenkoop, zijn er voorbeelden van. Al naar gelang de wetgever meer bijzondere overeenkomsten, of de toepassing daarvan op bepaalde terreinen, in kaart brengt, zal de behoefte aan controleprocedures verminderen. Geheel verdwijnen zal zij *niet* gauw, immers ook dwingend recht leidt niet vanzelf tot verdwijning van nietige klausules (6): op de naleving ervan dient controle te worden uitgeoefend.

Dwingend recht alléén redt het dus niet, maar daarnaast is er meer: bezwaren en beperkingen. Algemene voorwaarden zijn in de overeenkomst vaak de plaats van wetgeving gaan innemen (de 'particuliere wetgever') (7). In zoverre is het juist dat de wetgever het verloren terrein probeert te herwinnen. Maar algemene voorwaarden

(5) Een (nog niet zo succesvol) voorbeeld hiervan is de model koop/aanemingsovereenkomst met bijbehorende algemene voorwaarden. Bij de opstelling daarvan waren behalve de Notariële broederschap ook het Bouwfonds Nederlandse gemeenten, de Consumentenbond, de Nederlandse federatie van makelaars in onroerende goederen en de Nederlandse vereniging van bouwondernemers betrokken. Ook bij gebruik van regionale standaardformulieren, zoals dat van de Ring Amsterdam — zie daarover A.J. van Erk en A.A. van Velten in *WPNR* 1978 nr 5447 — zouden de kontraktpartijen van de verplichting tot inschakeling van een notaris bij de kontraktsluiting kunnen worden ontslagen.

(6) Enkele jaren geleden slechts bracht de 'Rooie reus' enige Limburgse arbeidsreglementen in de publiciteit, die nog niet in overeenstemming met de Wet op de arbeidsovereenkomst waren gebracht. De Wet op de arbeidsovereenkomst is in werking getreden op 1 februari 1909.

(7) H.J. Sluijter gebruikt deze terminologie in de ondertitel van zijn voordracht *Standaardcontracten / De grenzen van de particuliere wetgever*, Studiekring 'Prof.Mr. J. Offerhaus', reeks handelsrecht deel 9, Deventer 1972.

hebben ten dele een andere functie: zij kunnen ook worden beschouwd als de standaardisering van het individueel overeengekomene. Bij een te grote mate aan dwingend recht dreigt het gevaar dat de van oorsprong autonome komponent te ver wordt teruggedrongen. Nieuwe technische en maatschappelijke ontwikkelingen kunnen niet meer op de voet worden gevolgd in de algemene voorwaarden. Niet alleen dreigt verstarring, dwingend recht heeft ook zijn beperkingen. Aan onze wetgever kan wellicht het verwijt worden gemaakt dat hij te weinig gedetailleerde regels geeft, er zijn grenzen. Wetgevers kunnen onmogelijk alle bereiken van het maatschappelijk leven regelen, of er moet op grote schaal worden gedelegeerd. Op één specifieke vorm van delegatie, het vaststellen van model-voorwaarden, zal ik dadelijk in nr 29 ingaan.

Een nadeel van dwingend recht is de absoluutheid. Art. 98a Rv, dat afwijking van de relatieve bevoegdheid van de kantonrechter nietig verklaart, maakt bijv. het kiezen van de kantonrechter van de woonplaats van de konsument onmogelijk. Dit nadeel is echter niet onlosmakelijk aan dwingend recht verbonden. Zo kent ons recht regels waarvan slechts ten gunste van één der partijen mag worden afgeweken. Met de wetgeving inzake algemene voorwaarden hebben voorts de zwarte lijsten hun intree gedaan, die gewoonlijk enkel met betrekking tot algemene voorwaarden dwingend recht bevatten; individuele bedingen worden door sommige van deze lijsten ongemoeid gelaten. In nr 42 zal ik in het kader van de bespreking van materieel recht nader ingaan op deze vorm van wetgeving.

Het bovenstaande brengt mij tot de konklusie dat dwingend recht een nuttige functie kan vervullen bij de bestrijding van onbillijke algemene voorwaarden, maar daartoe alléén niet bij machte is. In combinatie met een controleprocedure is het echter een formidabel wapen.

28. Oekaze-stelsel

Een op het eerste gezicht wellicht aantrekkelijke integratie van een administratieve controle en dwingend recht vinden we in het Franse controlestelsel dat in nr 24 werd geschetst. Toch zal uit het opschrift van dit nummer duidelijk zijn dat ik argwanend tegenover dit stelsel sta. Het begint er al mee dat de regering niet aan het advies van de *Commission des clauses abusives* is gebonden.

Van een geheel onafhankelijk toezicht als in Israël is dus geen sprake. Nu zou dit bezwaar nog kunnen worden weggenomen door het advies van de kommissie bindend te maken in die zin dat de regering slechts de keuze heeft tussen ongewijzigde overneming van het advies en afwijzing. Ook tegen een aldus geamendeerd controlestelsel kunnen evenwel bedenkingen worden ingebracht, een bedenking van procedurele aard en één terzake van de filosofie welke aan het stelsel ten grondslag ligt.

Het praktische bezwaar tegen een administratieve controle op alle algemene voorwaarden is in het oekaze-stelsel opgeheven door aan de kommissie over te laten welke algemene voorwaarden worden aangepakt, of liever: op welk terrein dit het geval zal zijn. Een kenmerk van de Franse controle is immers dat zij niet bepaalde algemene voorwaarden tot voorwerp heeft, maar bepaalde klausules in het algemeen, of bepaalde handelwijzen in het algemeen. Daarmee is ook een verband met wetgeving gelegd. Het toezichthoudend orgaan houdt zich eigenlijk, het blijkt ook uit het benodigde ministeriële fiat, met het vaststellen van (verbods)wetgeving in materiële zin bezig. Hoe men nu deze controle ook beschouwt, als een administratief toezicht van een hoger abstraktieniveau dan gebruikelijk, dan wel als een vorm van gedelegeerde wetgeving, in beide gevallen zijn er bezwaren aan verbonden. Die bezwaren zijn in de eerste plaats van procedurele aard. De maatregel komt zomaar uit de lucht vallen. Gezien als administratieve maatregel heeft dit het bezwaar dat belanghebbenden er niet bij betrokken zijn. Wie garandeert immers dat de kommissie bij het vaststellen van de maatregel niet fundamentele argumenten over het hoofd heeft gezien. Vanuit de wetgevingsoptiek kunnen gelijksoortige bezwaren worden aangevoerd. Belangengroepen, van ondernemers of van konsumenten, zijn niet in staat geweest hun mening te geven, hebben niet de gelegenheid gehad om via de volksvertegenwoordiging invloed uit te oefenen.

Er is nog een bezwaar. Omdat de belangengroeperingen niet tevoren weten welke besluiten de kommissie gaat nemen, kunnen zij deze besluiten ook nauwelijks als stok achter de deur gebruiken bij het voeren van onderhandelingen omtrent algemene voorwaarden. Het oekaze-stelsel berust op de gedachte van ingrijpen van hogere hand, niet op die van inschakeling van genoemde belangengroeperingen. Het kan zijn dat ik dit wat te zwart zie. Het Franse stelsel is pas in 1978 in werking getreden. De eerste maatregel kwam als een

volledige verrassing. Pas wanneer het eerste jaarverslag van de commissie is verschenen, kan iets zinnigs over het beleid worden gezegd. De mogelijkheid moet niet worden uitgesloten dat met dit beleid op de achtergrond onderhandelingen zullen worden gevoerd over algemene voorwaarden. Incidenteel hebben onderhandelingen in het verleden al plaatsgevonden. We komen dan dichtbij de in nr 30 te schetsen twee fasen-toetsing. Dan nog blijft het zo dat het oekaze-stelsel dergelijke onderhandelingen niet uitlokt. Om die reden meen ik dat overname van deze vorm van toezicht in ons land niet moet worden aanbevolen.

29. Model-voorwaarden

De tot dusver geschetste controlestelsels hebben gemeen dat zij de algemene voorwaarden in die zin benaderen dat onereuze klausules reeds aanstonds (via dwingend recht) of naderhand (via administratieve toetsing) verboden worden. Men kan de zaak ook van een andere kant benaderen en de wetgever of een administratief (of ander) orgaan opdragen om positief te werk te gaan en zelf model-voorwaarden op te stellen.

Deze sympathieke gedachte staat onder een ongelukkig gesternte. Keer op keer blijkt dat dit controlemodel sericus wordt overwogen, maar uiteindelijk wordt verworpen. De Duitse werkgroep van het ministerie van justitie beval de invoering van een *Musteraufstellungsverfahren* aan, maar regering en parlement dachten er anders over. De opstellers van het Franse ontwerp overwogen aanvankelijk eveneens het toezichthoudend kollege de bevoegdheid te geven om algemene voorwaarden vast te stellen, maar kwamen naderhand op deze gedachte terug. Nu resteren slechts de Benelux-landen, waar de model-voorwaarden gedachte is gelanceerd, overigens niet geheel zonder tegenstand.

In ons land heeft de gedachte om het bedrijfsleven te betrekken bij het ontwerpen van door de minister van justitie goed te keuren standaardregelingen, zoals deze is neergelegd in art. 6.5.1.2 Ontwerp nieuw BW, konstitutionele en politieke bezwaren opgeroepen. Het konstitutionele bezwaar is het gemakkelijkst te ontzenuwen. Dat art. 6.5.1.2 een ongeoorloofde delegatie mogelijk zou maken, is dunkt me in het licht van de strekking en de geschiedenis van de bepaling niet verdedigbaar (8). De politieke bezwaren

(8) Memorie van antwoord boek 6, bijlagen handelingen tweede kamer 1975-

komen uit verschillende hoeken. Aan de ene kant zijn er degenen die stellen dat omdat een standaardregeling geen dwingend, hoog-uit semi-dwingend recht kan bevatten, een werkelijke bescherming van de konsument niet wordt gewaarborgd (9).

Deze stelling is ten dele juist maar treft voor dat deel geen doel: in de memorie van antwoord is er terecht op gewezen dat de strekking van art. 6.5.1.2 niet zozeer is om de konsument te beschermen, maar om het bedrijfsleven behulpzaam te zijn bij het vaststellen van aanvullend recht (10). Dit laatste neemt niet weg dat een standaardregeling terzake van konsumententransakties, bij de beoordeling van algemene voorwaarden door de rechter, als richtsnoer een nuttige aanvullende rol kan vervullen.

Dat een standaardregeling voor het bedrijfsleven nuttig kan zijn, wordt door een aantal representanten van datzelfde bedrijfsleven, betwist. Voor deze schrijvers weegt kennelijk het voordeel dat men door de van rechtswege toepasselijkheid verlost is van de meeste hiermede verbonden problemen (11), niet op tegen het nadeel dat men een deel van de eigen autonomie prijsgeeft. Naar mijn mening zal de levensvatbaarheid van art. 6.5.1.2 afhangen van de procedurele waarborgen. Zou de mogelijkheid worden geopend dat standaardregelingen zo maar uit de lucht komen vallen, net als het verbod in het oekaze-stelsel, dan dient art. 6.5.1.2 alsnog door de eerste kamer te worden geschrapt (12). Het regeringsstandpunt laat er 1976, 7729, nr 6, blz. 197. Zie ook C.A.J.M. Kortmann, De woorden van de wet, oratie Universiteit van Amsterdam, Deventer 1976, 15.

(9) Bijlagen handelingen tweede kamer 1970-1971, 7729 nr 5, blz. 14-17.

(10) Bijlagen handelingen tweede kamer 1975-1976, 7729, nr 6, blz. 196 'Deze strekking komt hierop neer dat het in vele gevallen boven het opnemen van wettelijke regelingen van aanvullend recht bij de benoemde overeenkomsten de voorkeur verdient om het treffen van zodanige regelingen over te laten aan een lagere wetgever, en dat wel op een zodanige wijze dat de kring van contractanten waarvoor de regeling zal gelden, bij de opstelling ervan zoveel mogelijk rechtstreeks kan worden betrokken'.

(11) Niet van alle problemen: bij invoering van een groot aantal standaardregelingen zal allicht de vraag kunnen rijzen of een bepaalde transactie door een standaardregeling wordt beheert en zo ja, door welke. Een nauwkeurige afbakening van de werkingssfeer zal ten gevolge van de branchevervaging niet altijd mogelijk zijn.

(12) Staatsrechtelijk kan dit natuurlijk niet. Nu echter de tweede kamer moeilijk tijd kan vrijmaken voor een gedegen behandeling van privaatrechtelijke wetsontwerpen, is er wat voor te zeggen om de eerste kamer hier meer bij te betrekken. De behandeling van boek 8 van het Ontwerp nieuw BW (Verkeersmiddelen en vervoer) door de eerste kamer is misschien al niet helemaal in de

echter geen twijfel over bestaan dat het niet goed denkbaar is dat door middel van een standaardregeling de gerechtvaardigde wensen die in het bedrijfsleven of elders omtrent de inhoud van de betreffende overeenkomsten in enigszins ruime kring leven, terzijde kunnen worden geschoven (13). Door dit standpunt in een wettelijke vorm te gieten kan de regering in deze wellicht ook het bedrijfsleven overtuigen; in ieder geval wordt zo het bezwaar tegen het Franse oekazestelsel vermeden.

30. Tweefasen-toetsing

In de vorige paragraaf kwam naar voren dat het meest voorkomende controlestelsel in West-Europa de twee-fasen controle is. Nu de overige controlestelsels òfwel moeten worden verworpen (oekazestelsel) òfwel slechts voor een deelgebied een oplossing bieden (administratieve controle) òfwel slechts een partiële oplossing bieden voor algemene voorwaarden in het algemeen (dwingend recht, modelvoorwaarden), verdient de twee-fasen controle (14) onze aandacht.

Vooropgesteld dient te worden dat de twee-fasen toetsing, net als de administratieve controle, een antwoord biedt op de in nr 17 gesignaleerde defekten in de rechterlijke controle. De controle geldt algemeen, zij kan preventief plaatsvinden en is niet afhankelijk van partikulier initiatief. Maar daarenboven kunnen tegen de twee-fasen toetsing niet de bezwaren worden ingebracht, welke voor de administratieve controle gelden. Het principiële bezwaar, het gevaar van overheidsinmenging, is hierbij betrekkelijk neutraal: dat kan in alle hier besproken stelsels worden opgelost door het toezichthoudend orgaan een onafhankelijke status te geven.

Met het andere, praktische, bezwaar is het minder eenvoudig gesteld. Bij de zuiver administratieve controle kwamen we er niet uit. Het oekaze-stelsel leek dé oplossing te bieden, maar tegelijk

Haak, omdat het ontwerp in feite wordt geamendeerd, maar uit een oogpunt van taakverdeling tussen beide kamers is dit wel degelijk toe te juichen. Al eerder heeft de eerste kamer zich ten aanzien van boek 4 van het ontwerp (erf recht) zo kritisch opgesteld dat ondanks de aanvaarding van het ontwerp door de regering een partiële wijziging is voorgesteld.

(13) Bijlagen handelingen tweede kamer 1975-1976, 7729, nr 6, blz. 197.

(14) Ik vestig er de aandacht op dat ik de term 'twee-fasen toetsing' hier in andere zin gebruik dan Nieuwenhuis 1979, 146. Zie ook nr 16 noot 12 hierboven.

wierp dit stelsel een nieuw bezwaar van procedurele aard op. Dit laatste bezwaar wordt in het twee-fasen stelsel opgevangen. Niet voor niets schreef ik in nr 28 dat het oekaze-stelsel nog op z'n pootjes terecht zou kunnen komen, indien het ten gevolge zou hebben dat voortaan over de vaststelling van algemene voorwaarden wordt onderhandeld tussen *Institut national de la consommation* en ondernemers(organisaties). Ook het Israëlische stelsel tendert in deze richting. Dit nu, onderhandelingen over algemene voorwaarden, is de filosofie van de twee-fasen toetsing. Die onderhandelingen komen er niet zomaar: daarvoor is er de stok achter de deur, in de vorm van een verbod uit te spreken door de tweede instantie. Maar het opleggen van verboden moet geen gewoonte worden. Het gaat er niet om dat alle algemene voorwaarden worden afgeschaft. Het gaat er om dat er goede algemene voorwaarden komen, waarin beide kontraktspartijen zich kunnen terugvinden. In ons land heeft de SER-kommissie voor konsumentenaangelegenheden (CCA) zich in 1978 uitgesproken voor een vorm van twee-fasen controle (15). Nu zijn er zoals we in de vorige paragraaf al zagen heel wat verschillende controlestelsels die als een twee-fasen controle kunnen worden omschreven. Met het enkele aangeven van de wenselijkheid dat een dergelijk stelsel ook in ons land wordt ingevoerd zijn we er daarom nog niet. In de volgende paragraaf zal ik aan de hand van het CCA-advies nader op de vormgeving van deze controle ingaan.

Par. 6. DE TWEE-FASEN KONTROLE NADER BEKEKEN

31. Overzicht

Uit het panorama van controlestelsels voor algemene voorwaarden in de vorige paragraaf kwam als meest wenselijke procedure voor ons land de twee-fasen controle naar voren. Nu is de twee-fasen controle niet meer dan een verzamelnaam voor een aantal stelsels die het principe gemeen hebben, maar overigens nogal verschillend zijn uitgewerkt. In deze paragraaf wil ik die uitwerking ter hand nemen; ik zal dat doen aan de hand van het CCA-advies inzake het (15) Advies inzake het vraagstuk van de toepassing van standaardvoorwaarden bij transacties met de consument, SER-publikatie 1978 nr. 7. Zie bijlage 6.

vraagstuk van de toepassing van standaardvoorwaarden bij transakties met de konsument (1).

De eerste vraag waarvoor we ons gesteld zien, betreft de werkingssfeer van het controlestelsel. In het buitenland is de twee-fasen controle steeds beperkt tot konsumententransakties. Maar onereuze klausules komen toch ook voor bij handelstransakties? En wat moeten we met de langzamerhand beroemd geworden 'fijngemalen' middenstanders? In nr 32 zal ik aandacht aan deze kwestie schenken.

De grote diversiteit aan twee-fasen stelsels komt vooral tot uiting in de organen waaraan de controle is toevertrouwd. Bij de eerste lijn gaat het om een keuze tussen een overheidsbureau en partikuliere organisaties (nr 33). Voor de tweedelijns controle kunnen we kiezen uit ten minste drie mogelijkheden: een administratief orgaan, een bijzondere kamer bij de gewone rechter of de gewone kamers bij de gewone rechter (nr 34).

Voornamelijk van juridisch-technische aard zijn de kwestie van de door de toezichthoudende instanties te hanteren maatstaven (nr 35) en die van de op te leggen sankties (nr 36).

32. Werkingssfeer

De CCA stelt voor om de werkingssfeer van het controlestelsel te beperken tot konsumententransakties (2). Dit is reeds daarom begrijpelijk, omdat de kommissie buiten haar mandaat zou treden door haar advies mede op handelstransakties te doen zien. Maar ook de wetgever, die zulk een bevoegdheid uiteraard wel heeft, doet er goed aan de werkingssfeer van de procedure, althans voorlopig, tot konsumententransakties te beperken. Wat is immers de ratio van de invoering van een abstrakte controle? Die is niet zozeer gelegen in de (in nrs 9 en 10 besproken) nadelen van het gebruik van eenzijdige algemene voorwaarden, als wel in de ontoereikendheid van de traditionele rechterlijke procedure als controlestelsel. Maar deze ontoereikendheid geldt in het bijzonder konsumententransakties en niet handelstransakties (nr 17). Het is logisch dat de werkingssfeer van de controleprocedure beperkt wordt tot die transakties waarvoor zij noodzakelijk is: de konsumententrans-

(1) De samenvatting van dit advies is achter dit preadvies opgenomen als bijlage G.

(2) CCA-advies 1978, 39-41.

akties. Dit laat onverlet dat het bezigen van eenzijdige algemene voorwaarden ook bij handelstransakties tot problemen leidt welke om een oplossing vragen. Nu deze problemen echter niet hoofdzakelijk in het procedurele maar in het materieelrechtelijke vlak liggen, kan hier voorlopig met een materieelrechtelijke oplossing worden volstaan (paragraaf 7).

De door de CCA voorgestane beperkte werkingssfeer past in de lijn van andere Europese controlestelsels. Zowel de Skandinavische als de Britse en de Franse controleprocedures gelden uitsluitend voor konsumententransakties. Alleen in de Bondsrepubliek heeft de tweedelijns controle-instantie — dat is daar de gewone rechter (nr 22) — de bevoegdheid om algemene voorwaarden terzake van handelstransakties aan een abstrakte toetsing te onderwerpen (zo ook paragraaf 28 Oostenrijks ontwerp); dit mag echter uitsluitend aan de hand van de open norm en niet op basis van de zwarte lijsten geschieden. Omdat ook volgens de meerderheid van de CCA aan de gewone rechter de bevoegdheid zou moeten worden toegekend om — zij het niet *in abstracto* — algemene voorwaarden terzake van handelstransakties aan de open norm te toetsen (3), is het onderscheid tussen het hier verdedigde stelsel en dat van het *AGB-Gesetz* in feite niet groot.

Twee problemen vragen nog onze aandacht. In de eerste plaats is er een groep kleine ondernemers die in de praktijk bijna evenveel aanspraak op bescherming kunnen maken als konsumenten. Voorts zijn er de beroemde 'fijngemalen' middenstanders. Voor geen van beide groepen is er ruimte in het controlestelsel. De eerste groep is eenvoudig te moeilijk af te bakenen van de grote ondernemers. In de Bondsrepubliek heeft men aanvankelijk bepaalde voorschriften terzake van algemene voorwaarden mede willen laten gelden voor de kleine ondernemer, de *Minderkaufmann* (4). Uit de vernietigende kritiek op een daartoe strekkend voorontwerp trok de regering evenwel de konklusie (5) dat een onderscheid tus-

(3) Zie nr 38 hieronder.

(4) Par. 12 lid 1 *Referentenentwurf* bepaalde: 'Die Vorschriften dieses Gesetzes finden keine Anwendung, 1. wenn der Kunde ein in das Handelsregister eingetragener Kaufmann ist, sofern der Vertrag zum Betriebe Handelsgewerbes gehört, ...'.

(5) Zie blz. 43 van de *Begründung van het AGB-Gesetz Drucksache 360/75*: 'Von einer Verschiedenbehandlung der Voll- und Minderkaufleute sieht der Entwurf ab. Theoretisch könnte zwar das Schutzbedürfnis auch innerhalb des Kreises der Gewerbetreibenden noch differenziert beurteilt werden, je nachdem

sen kleine en grote ondernemers in de praktijk nauwelijks te maken valt (6).

Het probleem van de fijn gemalen tussenschakels ziet op die middenstanders die met betrekking tot algemene voorwaarden in feite niet anders doen dan de door hun voorschakel opgelegde klausules door te geven aan de konsument. Indien het hun niet langer wordt toegestaan deze klausules tegenover konsumenten te bezigen, terwijl zij hunnerzijds niet in de gelegenheid worden gesteld om de algemene voorwaarden van hun voorschakels ter discussie te stellen, dreigen deze tussenschakels uitgeschakeld te worden. Van de zijde van de middenstanders wordt gewoonlijk betoogd dat deze kwestie de invoering van een soort vrijwaringsprocedure noodzakelijk maakt. Een precedent hiervoor kan men vinden in het voorontwerp inzake de konsumentenkoop (7). Dit precedent verdient bij de algemene voorwaarden geen navolging. Het levert daar grote wetstechnische komplikaties op, terwijl het rendement alleen van procedurele aard is; materieel zal de tussenschakel aan de fijnmaking kunnen ontkomen indien men hem, net als andere ondernemers, de bevoegdheid geeft om voor de gewone rechter een beroep ob der AGB-Unterworfene Voll- oder Minderkaufmann und ob er im Handelsregister eingetragen ist oder nicht. Eine solche Verschiedenbehandlung würde jedoch die Rechtssicherheit im gewerblichen Geschäftsverkehr in unerwünschter Weise vermindern. Nach den Stellungnahmen der betroffenen Wirtschaftskreise wären differenzierende Vorschriften in vielen Bereichen nicht praktikabel und für die Minderkaufleute sogar nachteilig'.

(6) In deze zin ook D. Yates, *Exclusion clauses in contracts*, Londen 1978, 185: 'There are others such as small shopkeepers, boarding house proprietors, certain professional persons, who acquire supplies and equipment for business use on so limited a scale and with so limited a business experience and resources that it might be thought their problems were closely comparable with those of the domestic consumer. However, the problems experienced by the small business may differ in scale from those encountered by the larger concerns, but they all form part of the pattern of commercial relationship arising between those who have elected to buy and sell as a matter of business. As such, they must be set apart from the problems of the domestic consumer, who shops purely in a private capacity'.

(7) Vergelijk art. 7.1.3.9 lid 1: 'Heeft de koper, in geval van een tekortkoming als bedoeld in artikel 7 lid 1 (dat is: een tekortkoming voortvloeiende uit ondeugdelijkheid bij een konsumentenkoop, EH), een of meer van zijn rechten terzake van die tekortkoming tegen de verkoper uitgeoefend, dan heeft de verkoper ongeacht enig andersluidend beding recht op schadevergoeding jegens degene van wie hij de zaak heeft gekocht, mits ook deze bij die overeenkomst in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf heeft gehandeld ...'.

op de toetsingsmaatstaf te doen. In nr 38 zal ik een daartoe strekend voorstel doen.

Een geheel andere vraag is of de controleprocedure enkel op algemene voorwaarden van toepassing dient te zijn dan wel op kontraktsbedingen in het algemeen. Zolang alleen organisaties als klager worden toegelaten, is dit een academische kwestie, immers deze zullen het wel uit hun hoofd laten om een 'hapax' aan te vallen (8). Maar individuele konsumenten zouden bij het verbod van een eenmalige klausule, zeker indien dit de nietigheid van deze klausule in een reeds gesloten overeenkomst zou meebrengen (zie nr 36), best eens belang kunnen hebben. Zouden individuele konsumenten, gelijk in het CCA-advies wordt aanbevolen (9), in de bijzondere controleprocedure mogen optreden, dan lijkt daarom — afgezien van mogelijke bewijsproblemen — een beperking tot algemene voorwaarden geboden. Alleen zo kan worden gewaarborgd dat de bijzondere procedure aan haar doel, de bestrijding van onbillijke algemene voorwaarden, beantwoordt.

33. Eerstelijns controle

Ten aanzien van de eerstelijns controle verdienen twee vragen bespreking: aan wie dient deze controle te worden toevertrouwd en wie dient tot deze controle te worden toegelaten, of met andere woorden, wie *zal* het doen en wie *mag* het doen. Gewoonlijk wordt slechts de tweede vraag gesteld, waarmee over het hoofd wordt gezien dat belangrijker dan de vaststelling van formele bevoegdheden de aanwijzing van een daadwerkelijke controle instantie is. Voor ons land komt deze vraag erop neer of naar Skandinavisch of Brits model een overheidsfunktionaris moet worden ingesteld die terzake van algemene voorwaarden als *countervailing power* tegenover ondernemers en hun organisaties optreedt, dan wel naar Duits voorbeeld bestaande partikuliere organisaties in deze moeten worden ingeschakeld. Voor beide stelsels kunnen argumenten *pro* en *contra* worden aangevoerd. Voor een overheidsfunktionaris pleit dat deze tegenover ondernemers waarschijnlijk een gro-

(8) De tekst van de Zweedse wet bijv. spreekt van kontraktsbedingen in het algemeen, maar uit het feit dat het marktgerecht slechts een verbod kan opleggen 'indien zulks in het algemeen belang is' wordt afgeleid dat uitsluitend algemene voorwaarden zijn bedoeld.

(9) Zie hierover nr 33.

ter gezag zal hebben dan partikuliere organisaties; er tegen pleit dat het alweer een aanwas van de overheidsburokratie betekent, die in deze materie bovendien geen enkele ervaring heeft opgedaan. Die *know-how* is er wel bij de bestaande partikuliere organisaties (Consumentenbond, Konsumenten kontakt, ANWB, enz.), wie het evenwel aan de financiën ontbreekt om op grote schaal met ondernemersorganisaties over algemene voorwaarden te gaan onderhandelen. Overheidssubsidiëring ligt voor de hand en is, zoals uit de Duitse ervaringen blijkt, geboden, wil dit controlemechanisme enige kans van slagen hebben (10). Dan blijkt dat het praktische verschil tussen de beide stelsels minder groot is dan op het eerste gezicht lijkt, en eigenlijk neerkomt op de vraag of een bepaald belang het best kan worden behartigd door subsidiëring van partikuliere organisaties, dan wel door de overheid zelf. In ons land is de eerste weg zeer gebruikelijk (11), dus ook vanuit deze optiek verdient inschakeling van partikuliere organisaties de voorkeur.

Door aan de partikuliere organisaties de voorkeur te geven, trekt het CCA-advies een wissel op de toekomst. Mochten de konsumentenorganisaties in hun taak tekort schieten, mochten zij onvoldoende door het bedrijfsleven als onderhandelingspartners worden erkend, dan verdient deze materie heroverweging. Indien om andere redenen (bijv. ten behoeve van een controle op bedrieglijke verkoopmethoden) toch een overheidsbureau voor konsumentenbescherming zou worden ingesteld, zou dit uiteraard een faktor zijn die in de heroverweging zou moeten worden betrokken.

Dan nu de tweede vraag: wie dienen de formele bevoegdheid te hebben om als klager op te treden? Het CCA-advies beveelt aan deze bevoegdheid aan een ieder, individuele konsumenten en ondernemers inkluis, toe te kennen (12). Verdient deze aanbeve-

(10) De uitgaven van de *Verbraucherschutzverein* bedroegen in 1978 DM 803 700. Hiervan werd DM 792 000 betaald door het *Bundeswirtschaftsministerium* (besluit van 13 september 1978); de overige inkomsten bedroegen slechts DM 11 700. De grootste uitgavenpost ad DM 500 000 was die voor de 14 man personeel (5 juristen, 5 *Sacharbeiter*, 4 administratieve medewerkers). Zie *Tätigkeitsbericht* 1977/1978, 4-5.

(11) Zie hierover de preadviezen NJV 1977 van F.H. van der Burg en J.H. van Krefeld.

(12) CCA-advies 1978, 29-30. Om te voorkomen dat individuele konsumenten aan deze beperking ontkomen door *pro forma* een organisatie op te richten, moet wel worden aangegeven aan welke vereisten een konsumentenorganisatie dient te voldoen om een vordering te mogen instellen voor het toezichthoudend orgaan; zie daaromtrent het CCA-advies 1978, 28 alsmede de preadviezen NJV

ling onze instemming? Twee tegengestelde overwegingen maken de keus moeilijk. Aan de ene kant moeten de controleurs worden gecontroleerd, anders kan het gevaar ontstaan dat de eerstelijns controle-instantie op den duur teveel oog krijgt voor de belangen van de te controleren ondernemers, of althans de belangen van de konsumenten niet adequaat behartigt. Toelating van andere klagers tot de controleprocedure zal ertoe leiden dat de konsumentenorganisaties steeds alert moeten blijven. Aan de andere kant leidt dit bij de ondernemers en ondernemersorganisaties die algemene voorwaarden bezigen en aanbevelen tot onduidelijkheid met wie over die voorwaarden moet worden onderhandeld. Daarom wordt de geloofwaardigheid van de konsumentenorganisaties als onderhandelingspartners aangetast. Bovendien kan gebruikmaking door individuele konsumenten van hun bevoegdheid om een vordering in te stellen er op zijn minst toe leiden dat een op prioriteiten gebaseerd beleid van de konsumentenorganisaties op niets uitloopt. Uitsluiting van individuele konsumenten als klagers lijkt daarom althans in de aanvangsfase de beste oplossing (13).

In het CCA-advies wordt ook voorgesteld om individuele ondernemers en ondernemersorganisaties de bevoegdheid te geven als klager op te treden (14). Voor wat betreft de organisaties kan ik hier wel in meegaan. Een van de onvolkomenheden van de zelfregulering is immers het ontbreken van sankties, vooral tegenover niet-aangesloten ondernemers. Dit euvel kan worden verholpen door de organisaties de bevoegdheid te geven om tegen deze ondernemers op te treden. Ik zou zelfs verder willen gaan door ook publiekrechtelijke bedrijfsorganisaties hier een klachtbevoegdheid te geven (15). In het recente verleden hebben sommige van deze organisaties zich al actief op het gebied van de zelfregulering getoond (16). Het verdient aanbeveling deze activiteiten ook wettelijk te sanktioneren.

1976 van S.V. Hoogendijk-Deutsch en E.M. Enschedé.

(14) CCA-advies 1978, 26.

(15) Volgens het Klomp-arrest, HR 15 mei 1970 *NJ* 1970 nr 327 (G.J.S.) *AA* 1971, 247 (G.) kan een bedrijfsschap naar geldend recht niet als vertegenwoordiger van de burgerrechtelijke belangen van de bedrijfsgenoten een voorziening bij de burgerlijke rechter vorderen.

(16) Zie omtrent de reeds in nr 18 noot 16 hierboven genoemde controle op algemene voorwaarden voor teeltkontrakten (geen konsumententransakties!) door het produktschap voor pluimvee en eieren F.A. Sandkuyl, 'Contractproductie in de landbouw en in het bijzonder in de vee- en pluimveehouderij',

34. Tweedelijns controle

Eenvoudiger dan voor de eerstelijns controle is het voor het toezicht in de tweede lijn, voor het slaan met de stok, een orgaan te vinden. Bij gebrek aan een kartelraad met zelfstandige beslissingsbevoegdheden komt daarvoor in ons land alleen de gewone rechter in aanmerking. Natuurlijk zou ook, net als in Zweden, een nieuw orgaan kunnen worden ingesteld, maar om dat alleen vanwege de controle op algemene voorwaarden te doen lijkt wat overtrokken (17). Bovendien leidt dat vroeg of laat tot diskrepancies tussen de rechtspraak van de gewone rechter en de uitspraken van het toezichthoudend orgaan. Reeds om die laatste reden is het aantrekkelijker de tweedelijns controle in die zin in de rechterlijke macht te integreren dat in ieder geval beroep op één hoogste rechter (kasatie of revisie) mogelijk is.

De meest volledige integratie is die waarbij een vordering tot een verbod wordt ingesteld overeenkomstig de regels van absolute en relatieve bevoegdheid van het Wetboek van burgerlijke rechtsvordering. Een dergelijke integratie, welke in de Duitse bondsrepubliek – en binnenkort wellicht in Oostenrijk – is verwezenlijkt, heeft het nadeel dat het toezicht wordt gespreid over een aantal gerechten. Van één van de functies van deze controle, het richting geven aan het beleid van de eerstelijns controleurs, zal hierdoor weinig terecht komen. Waar ook het aantal te beslissen zaken waarschijnlijk niet groot zal zijn, lijkt het beter om het CCA-advies te volgen en de controle aan één rechterlijk kollege toe te vertrouwen (18). Dit past in een tendens naar verdergaande specialisering binnen de rechterlijke macht, getuige bijv. de oprichting van een ondernemingskamer bij het Amsterdamse gerechtshof. Instelling van een bijzonder kamer bij een van de vijf gerechtshoven als centrale instantie voor de toetsing van algemene voorwaarden sluit hier prachtig bij aan. In beide gevallen is sprake van een bezigheid die wel gelijkenis vertoont met de berechting van kontentieuze rechtsgedingen, maar die daar toch van verschilt.

Dit doet de vraag rijzen of er, net als bij de ondernemingskamer, behoefte is aan deskundigen-niet-juristen als lid van de bijzondere Preadvies Vereniging voor agrarisch recht, *De Pacht* 1974, 276-311.

(17) Dit zou wellicht anders zijn, indien ook voor andere terreinen van consumentenbescherming een controle-instantie binnen de rechterlijke macht in het leven zou worden geroepen.

kamer voor de algemene voorwaarden. Een buitenlands voorbeeld is in deze het Zweedse marktgerecht. Nu moet er een goede reden zijn om leken een functie binnen de rechterlijke macht te geven, anders moet men het laten (19). Zo'n reden ontbreekt bij de algemene voorwaarden, een materie waar iedere civiele rechter wel eens mee te maken krijgt. Wellicht dat men over deze kwestie anders zou denken, indien aan de hier bedoelde bijzondere kamer net als in Zweden ook andere taken op het gebied van de economische mededinging en oneerlijke handelspraktijken zouden worden opgedragen. Daarvan is op dit moment echter nog geen sprake. De bijzondere kamer kan derhalve worden samengesteld uit raadsheren van het gerechtshof waarbij zij wordt ingesteld.

35. Maatstaven

Aan welke maatstaven dient de bijzondere kamer bij het gerechtshof de haar voorgelegde algemene voorwaarden te toetsen? Een prealabele vraag is of deze maatstaven dezelfde dienen te zijn als die waaraan de gewone rechter eventueel zal mogen toetsen. Deze vraag plaatst ons voor een dilemma. Enerzijds dient de bijzondere kamer over ruime bevoegdheden tot ingrijpen te beschikken, alleen al omdat dit de onderhandelingsruimte voor de eerstelijns controle-instanties bepaalt (20). Daarentegen zal de gewone rechter bij het ingrijpen in reeds afgesloten overeenkomsten juist een grote mate van voorzichtigheid moeten betrachten. Anderzijds zou het gevaarlijk zijn om verschillende maatstaven aan te leggen, omdat dit uiteraard tot uiteenlopende jurisprudenties aanleiding kan geven.

Het dilemma kan worden opgelost door beide rechters aan dezelfde maatstaven te laten toetsen, maar daarbij tevens de instructie te geven om bij het ingrijpen in reeds gesloten overeenkomsten de nodige voorzichtigheid te betrachten. Dit laatste kan bijv. inhouden dat de rechter een bepaalde klausule voor de toekomst ontoelaatbaar acht, maar deze in de voorliggende overeenkomst — ingeval

(18) CCA-advies 1978, 20-21.

(19) Vergelijk J.M. Polak, Vormen en beginselen van rechtspraak in het algemeen, preadvies Vereniging voor bouwrecht 1976, 9.

(20) Een sprekende illustratie hiervan wordt geleverd door de Zweedse wetswijziging van 1972, toen de maatstaf 'otillbörlig' (= onbehoorlijk) werd vervangen door 'oskälig' (is onbillijk) om de armslag van de *konsumentombudsman* te verbreden — zie nr 50 hieronder.

deze werd gesloten op een moment waarop het betreffende beding nog algemeen als toelaatbaar werd beschouwd — niet nietig acht (21). Een dergelijke uitspraak is pas mogelijk wanneer men de rechtsvormende functie van de rechter erkent. Immers, indien het net als bij het *AGB-Gesetz* alles of niets is, is deze vorm van *prospective overruling* (22) niet denkbaar. Nu moge deze gedachte nog niet geheel eigen zijn aan ons recht, juist bij een gebied als de algemene voorwaarden, waar de rechtsvorming (zeker indien er geen wettelijke lijst met verdachte klausules mocht komen) zozeer aan rechter en particuliere organisaties wordt overgelaten, past het om het recht niet als onveranderlijk, gefixeerd door de wetgever te beschouwen.

In de vorige alinea sprak ik bewust niet alleen over de gewone rechter. Ook de bijzondere kamer zal in bepaalde gevallen in reeds gesloten overeenkomsten moeten kunnen ingrijpen, te weten wanneer het om duurovereenkomsten gaat (nr 36).

Nu de prealabele vraag of de bijzondere rechter aan dezelfde maatstaven dient te toetsen als de gewone rechter in bevestigende zin is beantwoord, kan ik voor de inhoud van deze maatstaven naar de zo dadelijk volgende paragraaf over materieel recht (met name nrs 41 en 42) verwijzen.

36. Sankties

Wat de sankties bij een controleprocedure voor de bijzondere rechter dienen te zijn, is de vraag die ik voor het laatst heb be-
waard maar die tevens het eenvoudigst te beantwoorden is. Het is erom begonnen dat de onbillijke klausules niet meer worden gebe-

(21) In de Israëliische literatuur heeft Bin-Nun erop gewezen dat het administratieve controle-orgaan en de gewone rechter ondanks gelijklopende toetsingsmaatstaven tot uiteenlopende waarderingen zullen kunnen komen. Het controle-orgaan zal meer oog hebben voor marktkondities en een normaal konsumentengedrag; de rechter zal de bijzonderheden van het geval wegen — zie A. Bin-Nun, 'Type contracts and adhesion contracts', in: *Israeli reports to the eighth international congress of comparative law*, Jeruzalem 1970, 107, 117 (geciteerd in mijn diss., 760). Teneinde een uniforme jurisprudentie te bereiken, zal de gewone rechter juist zoveel mogelijk het algemene gezichtspunt en de bijzonderheden van het individuele geval in zijn uitspraak dienen te scheiden — zie nr 16.

(22) Zie daarover het (nog uit te brengen) preadvies 1979 voor de Nederlandse vereniging voor rechtsvergelijking van H.U. Jessurun d'Oliveira.

zigt of aanbevolen; het meest adekwate middel daarvoor is in ons rechtsbestel een verbod met een dwangsom op overtreding (23). Het bijzondere hiervan is slechts dat de dwangsom in voorkomende gevallen niet vervalt aan degenen jegens wie het verbod is overtreden — doordat de verboden klausule toch deel uitmaakte van de algemene voorwaarden waarop met deze is gekontrakteerd — maar aan de organisatie die het verbod heeft uitgelokt. De Zweedse ervaringen leren ons dat verbodsuitspraken van het marktgerecht goed worden nageleefd.

Er zijn met betrekking tot het verbod enkele vragen waarvoor ik hier aandacht wil vragen. De belangrijkste is tot wie de gebondenheid aan de uitspraak zich zal moeten kunnen uitstrekken. Terecht wordt in het CCA-advies de *erga omnes*-werking verworpen (24); door de uitspraak alleen te doen gelden tegenover de in de procedure betrokken partijen, wordt gewaarborgd dat alle belanghebbenden in de gelegenheid worden gesteld om hun standpunt kenbaar te maken.

Wat moet precies het voorwerp van het verbod zijn? Hier dient de rechter enige ruimte te worden gegund. Soms zal een klausule reeds op zichzelf beschouwd ontoelaatbaar worden geacht. In andere gevallen zal de klausule slechts in het licht van de overige inhoud van de algemene voorwaarden onbillijk zijn. De omschrijving van het verbod zal hier uiteraard op afgestemd dienen te zijn, evenals op de vraag of de klausule altijd ontoelaatbaar is dan wel slechts indien zij bij wege van algemene voorwaarden wordt gebezigd. Om het ontstaan aan de werking van een verbod niet al te gemakkelijk te maken, zal de verbodsformule een term als 'soortgelijk' dienen in te houden (25). Een verbod geldt slechts voor de toekomst.

(23) Ook in de andere rechtssystemen is voor de verbodssanktie geopteerd. In Zweden wordt niet-nakoming van het verbod evenwel bestraft met een boete die langs strafrechtelijke weg wordt ingevorderd (in de praktijk heeft dit zich tot dusver niet voorgedaan). In de Bondsrepubliek, waar de eerstelijns controle evenals in het hier voorgestane stelsel aan particuliere organisaties is toevertrouwd, kan eveneens een dwangsom worden opgelegd, maar deze vervalt volgens het Duitse recht aan de staat.

(24) CCA-advies 1978, 22-23.

(25) In het Lexington-arrest van 3 januari 1964 *NJ* 1964 nr 445 (G.J.S.) en het klokkenspel-arrest van 18 februari 1966 *NJ* 1966 nr 208 (G.J.S.) heeft de hoge raad de formulering van een in algemene termen vervat verbod met het oog op de effectiviteit van de rechtsbescherming toegelaten — zie C.J.J.C. van Nispen, Het rechterlijk verbod en bevel, diss. Leiden, Deventer 1978, 416-436.

Deze beperking kan tot problemen leiden bij duurovereenkomsten, een categorie kontrakten waar konsumenten nogal eens mee te maken hebben (26). Hypothekaire leningen worden voor tenminste vijf jaar verstrekt, schadeverzekeringen worden soms voor tien jaar gesloten, erfpachtskontrakten duren wel eens 99 jaar, terwijl levensverzekeringen veelal voor het leven worden aangegaan. Zou nu het verbod alleen de hierna gesloten overeenkomsten treffen, dan kan zich de onbevredigende situatie voordoen dat nog tientallen jaren reeds lang verboden klausules in de juist vóór het verbod gesloten kontrakten voorkomen. Om deze situatie althans enigszins te voorkomen, dient aan de bijzondere rechter de bevoegdheid te worden toegekend om bij duurovereenkomsten ondernemers te gebieden om (bijv. bij gelegenheid van de eerstvolgende vervaldatum van de verzekeringspremie) wijzigingen aan te brengen in de algemene voorwaarden terzake van reeds gesloten overeenkomsten. Dit zal een enkele keer tot herziening van prijs of premie moeten leiden, hetgeen bij de gewoonlijk kontraktueel voorziene periodieke prijs- of premieherziening zal kunnen geschieden.

Een vraag die nog beantwoording behoeft, is op welk tijdstip het verbod dient te kunnen ingaan. Dit probleem is vooral dringend, indien een konsekwentie van het verbod is dat klausules die in strijd hiermee in nadien gesloten overeenkomsten worden opgenomen nietig zijn zoals de CCA wil (27) of gekonverteerd worden in een wel geldig beding. In het CCA-advies wordt voorgesteld dat een beslissing van de bijzondere rechter in dringende gevallen uitbaar bij voorraad zou moeten kunnen zijn (28). Ik zou nog verder willen gaan door de bijzondere kamer de bevoegdheid toe te kennen om in zulke gevallen bij wijze van voorlopige voorziening een verbod op te leggen (29).

Naast een verbod zijn enkele bijkomende sankties gewenst. Een veroordeling tot publikatie van de beslissing op kosten van de in het ongelijk gestelde partij kan bijdragen tot het verlenen van een (26) Het CCA-advies noemt op blz. 36 als voorbeelden van duurkontrakten: huur- en verzekeringsovereenkomsten, leveringskontrakten van de openbare nutsbedrijven, onderhoudskontrakten, lesovereenkomsten en kontrakten betreffende een rekening-courantverhouding of een (hypothekaire) geldlening.

(27) CCA-advies 1978, 31.

(28) CCA-advies 1978, 23.

(29) In de Bondsrepubliek is de mogelijkheid van een *einstweilige Verfügung* afgewezen door OLG Düsseldorf 10 juli 1978 *Betriebs-Berater* 1978, 1433 (W. Löwe), waarover E. Koch, *Betriebs-Berater* 1978, 1638 en H.D. Hensen, *Der Betrieb* 1978, 2207.

feitelijke precentwerking van de uitspraak (30). Ook op niet-nakoming van het verbod kan behalve een dwangsom publikatie van het vonnis 'waarin de niet-nakoming wordt gekonstateerd' als straf worden geplaatst. Deze publikaties zullen gewoonlijk in vakbladen dienen te geschieden, teneinde degenen die gelijksoortige algemene voorwaarden bezigen te informeren. Het is echter raadzaam om ook de konsumenten van de beslissingen van de bijzondere kamer — en in voorkomende gevallen van die van de exekutierechter — op de hoogte te stellen. Dit kan geschieden door televisiespots, door annonces in de dag- en weekbladen, in gezins- en hobby- en konsumentenbladen en door aanplakking in bedrijfsruimten.

In enkele buitenlandse stelsels is ook aan de eerstelijns controleinstanties de bevoegdheid tot het opleggen van lichte sankties gegeven, bijv. wegens weigering om desgevraagd een exemplaar van de algemene voorwaarden af te geven. In ons stelsel, waar deze controle door partikuliere organisaties zou worden uitgeoefend, passen dergelijke sankties evenwel niet (31).

Par. 7. MATERIEEL RECHT

37. *Overzicht*

In het voorgaande is uitvoerig aandacht geschonken aan het meest wenselijke controlestelsel, omdat dit het kernstuk van een wettelijke regeling inzake algemene voorwaarden dient te zijn. Thans verdient het materiële recht onze aandacht en wel om verschillende redenen. In de eerste plaats moet nog worden aangegeven aan welke norm of normen de bijzondere kamer van het gerechtshof algemene voorwaarden dient te toetsen — ik liet deze vraag in nr 35 onbeantwoord (1). Een van de redenen daarvoor was dat de (30) Deze precedentwerking kan bovendien worden bevorderd door publikatie van de uitspraken van de bijzondere rechter in de Staatscourant, gelijk de CCA suggereert (CCA-advies 1978, 21 noot 1) — zie nr 51 hieronder.

(31) Deze kunnen wel worden uitgeoefend door de bijzondere kamer van het gerechtshof — zie nr 51 hieronder.

(1) De gedachte dat procedureregels inzake algemene voorwaarden een materieelrechtelijk supplement behoeven, is in het buitenland gemeengoed. De Skandinavische landen en het Verenigd koninkrijk zijn begonnen met de invoering van alleen een controlestelsel, maar hebben nadien materieelrechtelijke

materieelrechtelijke bepalingen behalve door de bijzondere kamer ook door de gewone rechter zouden moeten worden toegepast; alleen zo worden diskrepanties tussen abstrakte toetsing en gewone rechtspraak voorkomen. Op twee punten gaat de parallelle tussen abstrakte toetsing en gewone rechtspraak niet op. Eerder werd al verdedigd dat de abstrakte toetsing vooralsnog tot algemene voorwaarden terzake van konsumententransakties beperkt zou moeten blijven, terwijl de inhoudskontrolle door de gewone rechter op alle algemene voorwaarden zou dienen te zien. In nr 38 zal de kwestie van de werkingssfeer nader worden uitgewerkt, waarbij tevens zal worden ingegaan op de vraag of deze kontrolle enkel voor algemene voorwaarden dan wel tevens voor individuele bedingen zou moeten gelden. Nog op een tweede gebied is de abstrakte toetsing beperkter dan de gewone rechtspraak: terwijl de bijzondere kamer zich slechts zal bezighouden met de inhoudskontrolle, zal de gewone rechter ook voor toepasselijkheidsvragen en uitlegkwesties worden gesteld. In nrs 39 (toepasselijkheid) en 40 (uitlegging) zal ik de wenselijkheid van wetsbepalingen te dezer zake bespreken.

Waarom zal de inhoud van algemene voorwaarden moeten worden getoetst? Het is hier dat de abstrakte toetsing en de kontrolle door de gewone rechter, met de hierboven genoemde beperking, parallel lopen. In de eerste plaats zal aandacht worden geschonken aan de open norm (nr 41). Deze norm heeft een nadere konkretisering in de vorm van een lijst van klausules die in beginsel niet toelaatbaar worden geacht (nr 42). Voorts zal de rechter, zowel de gewone rechter als de bijzondere kamer, toetsen aan 'normaal' materieel recht: aan de regels inzake koop en verkoop, huur en verhuur, enz. Daarbij zal hij uiteraard bepalingen van dwingend recht toepassen, maar ook voorschriften van regelend recht komen als (partiële) toetsingsmaatstaf in aanmerking (2). Vandaar dat het van belang is dat er voldoende aan huidige maatschappelijke inzichten beantwoordende wetgeving voorhanden is. Zelfs als deze de status van bepalingen geïntroduceerd. De Duitse bondsrepubliek heeft meteen beide ingevoerd en ook in Oostenrijk en Luxemburg is dit door de regeringen voorgesteld. Alleen in Frankrijk zijn tijdens de parlementaire behandeling de materieelrechtelijke bepalingen uit het wetsontwerp gelicht, maar het kontrolstelsel voorziet wel in een (gedelegeerde) totstandbrenging van materieel recht; in feite zijn al enkele verreikende materieelrechtelijke bepalingen vastgesteld (nr 24 hierboven).

(2) De hier suggereerde tweedeling dwingend/regelend recht is in werkelijkheid heel wat meer geschakeerd — zie mijn diss., 623-628.

regelend recht heeft en regelmatig wordt weg-geregeld, kan zij een inzicht geven in de billijkheidsvisie van de wetgever. Niet-verouderd regelend recht is daarom een nuttige hulpmaatstaf bij de beoordeling van de billijkheid van algemene voorwaarden. Het zou te ver voeren om in dit preadvies aandacht te schenken aan de opvulling van leemten op dit gebied. Wel zal ik in nr 50 kort ingaan op het probleem van het *up to date* houden van wetgeving.

38. Werkingssfeer

Belofte maakt schuld. In de vorige paragraaf zegde ik ondernemers-adherenten een inhoudskontrolé voor alle algemene voorwaarden, uit te oefenen door de gewone rechter, toe. Die belofte moet in deze paragraaf worden ingelost. De inlossing houdt in dat althans de open norm behalve door de bijzondere kamer van het gerechtshof ook door de gewone rechter mag worden toegepast en wel, anders dan bij de abstrakte toetsing, op alle algemene voorwaarden. Hiermee zijn nog niet alle vragen beantwoord. Dienen *alle* materieelrechtelijke bepalingen gelijkelijk voor partikuliere transakties, konsumententransakties en handelstransakties te gelden? En dient de regeling alleen voor algemene voorwaarden te gelden of voor kontraktsbedingen in het algemeen? Er zijn nog meer afbakeningskwésties, maar daar zal ik later aandacht aan schenken — in nrs 49 (overeenkomst of rechtshandeling), 52 (internationaal privaatrecht) en 54 (uitzonderingsbepalingen).

Zoals gezegd, is, vanwege het onthouden van de abstrakte toetsing aan handelstransakties, ten aanzien van de inhoudstoetsing door de gewone rechter een ruime werkingssfeer wenselijk. Ook in de overige landen is voor een ruime werking, niet beperkt tot konsumententransakties, gekozen althans waar het de algemene toetsingsmaatstaf betreft. De werkingssfeer van de lijst van verdachte klausules is, waar zulk een lijst bestaat, tot konsumententransakties beperkt. Een uitzondering wordt slechts gevormd door art. 1341 Italiaanse *Codice civile* — begrijpelijk, omdat deze bepaling van vóór de ontdekking van de konsument dateert.

Ook ten aanzien van de bepalingen terzake van toepasselijkheid en uitlegging lijkt mij een ruime werkingssfeer gewenst. De ratio ligt hier voor het handelsverkeer niet zozeer in de beschermingsgedachte, maar in de ordening. Het is onwenselijk om de huidige toestand van rechtsonzekerheid (zie nrs 14 en 15) te laten voortbestaan. Dit

brengt overigens niet noodzakelijk mee dat de toepassing van deze bepalingen op konsumententransakties en handelstransakties gelijk dient te zijn.

De tweede werkingsvraag is moeilijker te beantwoorden. Met betrekking tot de wetbepalingen inzake toepasselijkheid en uitlegging is het nog eenvoudig, omdat die bepalingen alleen maar nodig zijn om de specifieke problemen welke zijn verbonden aan het gebruik van algemene voorwaarden op te lossen; hun werkingssfeer kan dus tot algemene voorwaarden worden beperkt. Maar voor wat de inhoudskontrolle betreft, zien we een skala van mogelijkheden. In Skandinavië vallen ook individuele bedingen onder de inhoudskontrolle, in de Duitse bondsrepubliek juist niet (3); het Oostenrijkse ontwerp bevat twee zwarte lijsten (beide uitsluitend voor konsumententransakties), waarvan de één mede voor individuele bedingen geldt, de ander alleen 'sofern der Unternehmer nicht beweist, dass sie im einzelnen ausgehandelt worden sind' (par. 6, lid 2). Een spitsvondige tussenoplossing heeft men ook in Engeland bedacht: daar geldt de *reasonableness test* in geval van handelstransakties slechts voor algemene voorwaarden, bij konsumententransakties daarentegen voor alle bedingen. Om de vraag te beantwoorden welk stelsel onze voorkeur verdient, moeten we terug naar de ratio van de bescherming. Die blijkt per transactie te verschillen: bij handelstransakties is het hoofdzakelijk de versluiering van de kontraktsinhoud, bij konsumententransakties is het daarnaast vaak de gebrekkige machtspositie van de konsument welke tot protektionisme noodt. Dit brengt mij tot de konklusie dat het Engelse stelsel, met alleen ten aanzien van die klausules waarvan het ontoelaatbare enkel in de versluiering schuilt een mogelijkheid tot afwijking (Oostenrijkse gedachte), op dit punt het best aan de behoeften voldoet. De Skandinavische open normen zijn door hun zeer ruime werkingssfeer te verstrekkend en noden daarom tot een restriktieve toepassing.

(3) De vraag of het wel juist is om de wettelijke bescherming enkel op algemene voorwaarden te doen zien, is in ontkennende zin beantwoord door M. Lieb, 'Sonderprivatrecht für Ungleichgewichtslagen? Ueberlegungen zum Anwendungsbereich der sogenannten Inhaltskontrolle privatrechtlicher Verträge', *Archiv für die civilistische Praxis* 1978, 196-226. Zie omtrent het probleem van de afbakening van *Allgemeine Geschäftsbedingungen* en im einzelnen ausgehandelten bedingen BGH (vierde senaat) 8 november 1978 NJW 1979, 367.

39. Toepasselijkheid

Hierboven in nr 14 oefende ik kritiek uit op de rechtspraak, die mijns inziens te spoedig toepasselijkheid van algemene voorwaarden aanneemt. De vaststelling van een nieuwe wettelijke regeling biedt ons de gelegenheid om deze rechtspraak te redresseren en het geldend recht weer in overeenstemming te brengen met de algemene beginselen van de totstandkoming van overeenkomsten. De vraag is echter hoe dit te doen. Het is leerzaam om in dit verband kennis te nemen van de legislatieve ervaring in andere landen. In de Duitse bondsrepubliek heeft men aanvankelijk een vrij gedetailleerd toepasselijkheidsartikel voorgesteld, waarin nauwkeurig was aangegeven wanneer algemene voorwaarden aan de konsument dienden te worden verstrekt en wanneer deze schriftelijk met de voorwaarden akkoord moest gaan (Par. 2 *Referentenentwurf*). In het *AGB-Gesetz* (zie bijlage D) is men hier op teruggekomen: par. 2 van deze wet bevat thans een veel globaler voorschrift. Ook onze wetgever doet er goed aan zich niet teveel met casuïstiek bezig te houden, maar zich tot het aangeven van enkele hoofdlijnen te beperken. Uit de kritiek op de eerste oekaze van de Franse *Commission des clauses abusives* (nr 28 hierboven) kan men voorts leren dat een toepasselijkheidsvoorschrift ruimte moet laten voor uitzonderingssituaties. Voor wat de redaktie van het voorschrift betreft, kan onze wetgever inspiratie putten uit de reeds genoemde paragraaf 2 *AGB-Gesetz*.

Dit Duitse wetsartikel geldt uitsluitend voor konsumententransakties (Par. 24). Het is dunkt me juist dat terzake van toepassing van een toepasselijkheidsvoorschrift onderscheid wordt gemaakt tussen konsumententransakties en handelstransakties. Zo kan van een ondernemer worden verwacht dat hij de gebruiken in zijn bedrijfstak kent; van een konsument kan men in het algemeen niet verwachten, dat hij van deze gebruiken op de hoogte is. Dit sluit niet uit dat terzake één wetsbepaling wordt geformuleerd. Maar hebben handelstransakties wel een wettelijke ondersteuning nodig? Mijns inziens zijn ook ondernemers gebaat bij een hogere drempel voor de toepasselijkheid van algemene voorwaarden dan die welke naar geldend recht wordt gesteld. Een aanknopingspunt voor de formulering van een wetsbepaling bieden twee arresten van het Europese hof te Luxemburg, beide gewezen op 14 december 1976. Hierin werd ten aanzien van de eisen die art. 17 EEG-exekutieverdrag

1968 aan een kontraktuele forumkeuze stelt, beslist: (a) dat een verwijzing in een kontrakt naar voorgaande offertes waarin werd gewezen op de algemene voorwaarden van een der partijen de wederpartij slechts dan bindt, indien de verwijzing uitdrukkelijk is geschied en derhalve door een partij bij betrachtning van een normale zorgvuldigheid kan worden nagegaan (4), (b) dat bij een mondeling gesloten overeenkomst de schriftelijke bevestiging van de verkoper onder bijvoeging van algemene voorwaarden door de koper schriftelijk dient te worden aanvaard; het feit dat de koper geen bezwaar maakt tegen een eenzijdige bevestiging van de wederpartij geldt niet als aanvaarding, behalve indien de mondelinge overeenkomst deel uitmaakt van de lopende handelsbetrekkingen tussen partijen, welke zijn gegrond op de algemene voorwaarden van een der partijen (5). Het belang van deze uitspraken wordt duidelijk, wanneer men beseft dat reeds de verwachting is uitgesproken dat de rechter deze richtlijnen van het Europese hof ook op andere klausules dan forumkeuzebedingen zal gaan toepassen (6). Mij lijkt dit, vooral gezien het feit dat art. 17 EEG-exekutieverdrag binnenkort zal worden gewijzigd (7), minder waarschijnlijk. Deze regels zijn mijns inziens bovendien te stringent (8); een uitzondering zou in ieder geval ook moeten worden gemaakt voor klausules die in de betreffende bedrijfstak algemeen gebruikelijk zijn.

Het bedrijfsleven is er voorts bij gebaat, indien enkele gordiaanse knopen door de wetgever worden doorgehakt. Een goed voorbeeld hiervan is art. 6.5.2.8 lid 3 Ontwerp nieuw BW, dat voor de beroemde *battle of the forms* (9) een originele oplossing geeft (10). Voor zowel konsumententransakties als handelstransakties is het

(4) Hof van justitie EG 14 december 1976 *NJ* 1977 nr 446 (J.C.S.) inzake *Estasis Salotti di Colzani Aimo c.s. c. RüWa Polstereimaschinen*.

(5) Hof van justitie EG 14 december 1976 *NJ* 1977 nr 447 (J.C.S.) inzake *Galleries Segura c. Rahim Bonakdarian*.

(6) A.E. Driessen, *International contracts conference*, Zürich 16 november 1978.

(7) *Publikatieblad EG*, L 304, van 30 oktober 1978. Zie hierover R. van Rooij, *NJB* 1979, 49, 51.

(8) Zo ook J.M. Bischoff, *Journal du droit international* 1977, 734-739, waartegen J.E. Krings, *Mededelingen Nederlandse vereniging voor internationaal recht* nr 77, 1978, 67, 114.

(9) Zie daarover mijn diss., 422-430.

(10) Een andere oplossing is te vinden in art. 8 van het Unidroit-werkdocument, waarover Herbots (noot 13 hieronder), 2440-2441.

ten slotte nuttig bij wijze van aanvulling te bepalen dat ongebruikelijke klausules in algemene voorwaarden niet aan de wederpartij kunnen worden tegengeworpen (aldus ook paragraaf 3 *AGB-Gesetz*). Dit is de tegenhanger van de zojuist verdedigde opvatting dat voor gebruikelijke klausules een lagere drempel dient te worden aangekondigd.

40. Uitlegging

Bij de vaststelling van de rechtsgevolgen van de overeenkomst speelt de uitlegging van het overeengekomene een belangrijke rol. Hoe deze uitlegging dient te geschieden, wordt in verregaande mate bepaald door de partijbedoeling. Indien partijen menen dat olifanten ingevolge de AVC 1950 verpakt moeten worden, dan moet dat ook. Nu is het probleem bij algemene voorwaarden dat van die partijen, aan richtlijnen voor de rechter, hoe het overeengekomene treedt. Bovendien zal de bedoeling bij eenzijdige algemene voorwaarden veelal uiteenlopen: de opsteller wil zich zover mogelijk vrijtekenen (waarbij de vraag rijst of de bedoeling van de opsteller mag worden toegerekend aan degenen die de voorwaarden bezigt); zijn wederpartij zal vaak geen enkele gedachte hebben bij het stilzwijgend aanvaarden van de toepasselijkverklaring. Onder deze omstandigheden is er meer dan anders behoefte aan richtlijnen voor partijen, aan richtlijnen voor de rechter, hoe het overeengekomene uit te leggen. De rechtspraak heeft zoals in nr 15 werd gesteld verschillende uitlegmaximes ontwikkeld, zoals de *contra proferentem* regel en de regel dat het individueel overeengekomene prevaleert boven algemene voorwaarden. Het verdient aanbeveling deze uitlegregels te kodificeren. Deze aanbeveling wordt niet zozeer ingegeven uit ontevredenheid met de strekking en duidelijkheid van de thans door de rechtspraak gehanteerde uitlegregels en -methoden, als wel door de gedachte dat geldend recht ook aan anderen dan rechters en de overige kenners van rechtsrituelen kenbaar dient te zijn. Met deze gedachte sta ik in ons land vrijwel alleen; met uitzondering van Zonderland (11) heeft niemand zich tot dusver tegen schrapping van de wettelijke uitlegregels in het Ontwerp nieuw BW verzet. Het argument van de ontwerpers voor schrapping, dat zich hier geen rechtsvragen voordoen die een beantwoording door (11) P. Zonderland, *Indeling, uitlegging en regeling van overeenkomsten*, Groningen 1976, 163.

de wetgever vereisen, lijkt mij niet redengevend. De wet is er niet alleen voor de rechter, maar ook voor de burger. Het is daarom te hopen dat de ontwerpers, net als de opstellers van het *AGB-ontwerp* (12), op hun schreden terugkeren en alsnog enige uitlegbe-
palingen, waaronder in ieder geval de *contra proferentem*-regel en het primaat van het individueel overeengekomene, in het nieuw BW zullen opnemen.

Dat uitlegeregels niet alleen voor konsumenten, maar ook voor ondernemers zinvol worden geacht, blijkt uit het streven van de Internationale kamer van koophandel om hierover regels te formuleren (13).

41. Open norm

Middelpunt van een materieelrechtelijke regeling van algemene voorwaarden zal wel steeds een bepaling zijn welke de rechter in staat stelt om de inhoud te toetsen. In mijn dissertatie heb ik der-
gelijke bepalingen indertijd met de Duitse benaming *Generalklauseln* aangeduid. In een wat late neiging tot purisme ben ik naar een Nederlandse term gaan zoeken. Ik moet toegeven dat dit zoeken mede is ingegeven door de vrees dat anders Wiarda's term 'vage norm' wel eens zou kunnen inburgeren. Ik vind dat niet zo'n gelukkige aanduiding, omdat 'vaag' in mijn oren negatief klinkt. Ook de term blanketnorm skoort in dit opzicht niet hoog, terwijl deze tevens ten onrechte de suggestie wekt dat de rechter een dis-
kretionaire bevoegdheid zou hebben. Zo ben ik op de term 'open norm' gekomen, die mijns inziens en het wezen en mijn waardering van de 'Generalklauseln' weergeeft (14).

(12) In het regeringsontwerp was wel het primaat van het individueel overeen-
gekome neergelegd, maar de *contra proferentem* regel niet. Dit laatste was bewust gedaan, niet omdat de zin van deze regel werd ontkend, maar uit vrees dat zij te veel zou worden toegepast — zie mijn diss., 587-588. Tijdens de par-
lementaire behandeling is de *contra proferentem* regel echter alsnog in de wets-
tekst opgenomen.

(13) Zie J.H. Herbots, 'Interpretatievoorschriften voor handelsovereenkom-
sten en standaardbedingen/ Een werkdocument van Unidroit', *Rechtskundig
weekblad* 1977/1978, 2429-2442.

(14) Gelukkig nog juist voor deze regels het licht zien, ontdek ik dat ik alweer
geen claim op de uitvinding van een nieuwe juridische term kan doen gelden:
ook P. Zonderland, *NJB* 1977, 410, 413 gebruikt deze term (elders, in zijn
Methode van het privaatrecht, Amsterdam 1974, 130, spreekt Zonderland nog
van 'blanco-normen').

Belangrijker dan de naam is de aard van het beestje. We zullen ons daarbij moeten beraden over onder andere het uitgangspunt, het toetsingsbestand, de maatstaven en de factoren welke in de toetsing worden betrokken. Uitgangspunt van de meeste buitenlandse open normen is dat alles geoorloofd is; nader moet worden onderzocht of een bepaalde gedraging, een bepaalde klausule in strijd is met goede trouw, goede zeden of maatschappelijke zorgvuldigheid. Dit uitgangspunt lijkt mij juist en daarmee verwerp ik de gedachte van het Duitse *Referentenentwurf*, die overigens niet is overgenomen in het *AGB-Gesetz*, volgens dewelke algemene voorwaarden in beginsel voor ongeoorloofd werden gehouden, tenzij zij met inachtneming van de gehele kontraktsinhoud op billijke wijze recht zouden doen aan de belangen van beide kontraktpartijen (15). Hoewel dit positief geformuleerde criterium wellicht aardig zou passen bij de thans in konsumententransakties gebezigde algemene voorwaarden — waar vaak een belangrijk aantal bepalingen op het eerste gezicht onbillijk voorkomt — moet toch voor de toekomst, wanneer genoemde algemene voorwaarden hopelijk zijn gesaneerd, aan het, uit een gezichtspunt van proceseconomie gunstiger, negatief geformuleerde criterium de voorkeur worden gegeven. De rechtsstrijd kan zich dan op enkele klausules concentreren en behoeft niet over het gehele front van de algemene voorwaarden te worden uitgevochten.

Wat moet voorwerp van de toetsing zijn: een bepaalde klausule dan wel de algemene voorwaarden in hun geheel? Het laatste standpunt is in ons land wel eens door ondernemers verdedigd. Een enkele klausule zou steeds in de kontekst van het geheel moeten worden gezien en een verbod zou dan ook slechts de voorwaarden in hun geheel kunnen treffen. Het eerste deel van deze redenering gaat vaak op, maar toch niet altijd. Geschillenklausules kunnen bijv. gewoonlijk op zichzelf worden beschouwd. En waarom zou de klausule 'Het is verboden gastarbeiders of degenen die een andere huidskleur dragen in de genoemde panden toe te laten' (16) in een overigens korrekt standaardhuurkontraht niet op zichzelf mogen worden bekeken? Kortom: bedingen in algemene voorwaarden kunnen wel degelijk op zichzelf worden getoetst. Dit neemt niet weg dat soms een samenstel van bedingen getoetst zal moeten worden. Het bovenstaande sluit voorts niet uit dat de te

(15) Zie hierover mijn diss., 606.

(16) Zie mijn diss., 76.

toetsen bedingen waar nodig in de kontekst niet alleen van de overige inhoud van de algemene voorwaarden maar ook in die van de konkrete rechtsverhoudingen (in geval van abstracte toetsing: in die van de getypologiseerde rechtsverhouding) worden geplaatst. Tot slot de toetsingsmaatstaven: het lijkt juist om de Saladin-lijn te extrapoleren en de billijkheid tot supreme maatstaf te kiezen. Daarnaast komen als (hulp)maatstaven in aanmerking regelend recht, het gebruik en de aard van de overeenkomst (17). Aldus komen we tot een maatstaf die ongeveer zo zou luiden: *De rechter kan een beding of een samenstel van bedingen in algemene voorwaarden of in een konsumententransaktie nietig verklaren of wijzigen, indien het mede in het licht van de overige inhoud van die overeenkomst in strijd met de billijkheid zou zijn om de kontrakts-partij daaraan gebonden te achten. Bij de bepaling van hetgeen billijk is, dient de rechter rekening te houden met regelend recht, gebruik en de aard van de overeenkomst.*

42. Grijze lijst

De zojuist geschetste norm is niet alleen open, zij is ook — dat moet ik Wiarda toegeven — vaag. Zij biedt adherenten weinig houvast bij het speuren naar zwakke plekken in algemene voorwaarden van de wederpartij. Belangrijker nog: zij geeft de opstellers van algemene voorwaarden praktisch geen richtlijn. Dat betekent dat de in nr 30 gepropageerde onderhandelingen nogal mistig zullen verlopen. Slechts een veelvuldig ingrijpen van de bijzondere kamer zou spoedig tot een jurisprudentie kunnen leiden welke enig houvast geeft. Er is echter een veel minder kostbare weg om partijen enige ruggesteun te geven, een weg die bovendien de wetgever een rechtstreeks invloed verschaft. Dat is de opneming in de wet van een lijst van 'verdachte' klausules: van bedingen waarvan wordt aangenomen dat zij, tenzij van het tegendeel blijkt, onbillijk zijn. Ik zal een dergelijke lijst hier, in afwijking van het gangbare spraakgebruik, als 'grijze lijst' betitelen; waarom zal aanstonds duidelijk zijn.

De opstelling van een grijze lijst stelt ons, behalve voor de hierboven beantwoorde vraag of zij er moet komen, voor verschillende andere problemen. Wat moet haar werkingssfeer zijn? Welke speelruimte dient de rechter te hebben? Moet een ontsnappingsklausule

(17) Zie mijn diss., 597-608, waar ik uitvoerig op de toetsingsmaatstaven inga.

worden ingebouwd? De vraag welke klausules in ons land op een grijze lijst zouden dienen te figureren zal in de volgende paragraaf aan de orde komen. Het probleem ten slotte hoe in een dergelijke lijst op eenvoudige wijze wijzigingen kunnen worden aangebracht, komt in nr 50 nog beknopt aan bod.

Over de werkingssfeer van de lijst heb ik zojuist in nr 38 al kort geschreven. Aparte lijsten voor konsumententransakties en voor handelstransakties maken het mogelijk de klausules wat meer op beide onderscheiden gevallen toe te spitsen. Bij nadere beschouwing blijkt één grijze lijst voor handelstransakties als gevolg van de heterogeniteit van deze transakties moeilijk realiseerbaar. Teneinde niet te veel in details te moeten treden, zal ik in het navolgende enkel aandacht aan een lijst voor konsumententransakties besteden.

Een probleem bij veel zwarte lijsten is dat zo vaak van open termen als 'onredelijk' gebruik wordt gemaakt. Dat laat toch weer de nodige vaagheid. In het *AGB-Gesetz* heeft men zelfs een tweetal lijsten onderscheiden, een met en een zonder speelruimte voor de rechter. Dit lijkt mij wat teveel eer voor de open termen. Een andere zaak is dat de status van verdachte de mogelijkheid openlaat dat blijkt dat het beding niet onbillijk is. Omdat er vaak casusposities te bedenken zijn waarin een bepaalde, gewoonlijk onbillijke klausule niet zo onredelijk is, dient aan het hoofd van de lijst een ontsnappingsklausule 'tenzij het tegendeel blijkt' te worden opgenomen (18). Vanwege deze ontsnappingsklausule, welke in buitenlandse zwarte lijsten ontbreekt, zou ik onze lijst als een grijze lijst willen aanduiden. Maar de grijze lijst behoeft wel een zwart randje. Van een aantal klausules, zoals het in nr 41 genoemde huidskleur-beding, mag immers worden aangenomen dat zij onder alle omstandigheden ontoelaatbaar zijn. Een andere reden om ten aanzien van bepaalde klausules de zojuist genoemde ontsnappingsmogelijkheid uit te sluiten kan zijn gelegen in de vrees dat ondernemers te pas en te onpas op deze mogelijkheid een beroep zullen doen. Ten slotte kunnen ook die klausules welke in hun omschrijving

(18) Men bedenke overigens dat wanneer een zwarte lijst alleen voor klausules in algemene voorwaarden geldt ontsnapping steeds mogelijk is door de gewraakte klausule bij wijze van individueel beding overeen te komen. Wil men de lijst evenwel zoals in nr 37 werd verdedigd voor konsumententransakties in het algemeen (dus inklusief individuele bedingen) doen gelden, dan vervalt deze ontsnappingsmogelijkheid.

termen als 'onredelijk' bevatten op een zwarte lijst worden geplaatst, immers de open term biedt reeds een ingebouwde ontsnappingsmogelijkheid. Ik ben mij ervan bewust dat een grijze lijst menige lezer bij gebrek aan bekendheid verdacht in de oren zal klinken. Om deze onbekend-maakt-onbemind-werking te doorbreken wil ik in de nu volgende paragraaf de mogelijke inhoud van zo'n grijze lijst voor konsumententransakties bespreken. Ik zal daarbij uitgaan van de lijst welke is opgenomen in de toelichting op de resolutie van de Raad van Europa — zie bijlage G bij dit preadvies. Deze lijst was aanvankelijk bedoeld als zwarte lijst, maar mede omdat de Nederlandse delegatie van mening was dat een zwarte lijst zonder ontsnappingsklausule niet en bloc acceptabel was — ten aanzien van diverse klausules was niet aangetoond dat zij onder alle omstandigheden onbillijk zijn — ging dit voornemen niet door. Hiernaast zal ik aandacht besteden aan een Nederlandse lijst van verdachte bedingen, welke is opgesteld door de Consumentenbond en Konsumenten kontakt. Deze lijst, welke is gepubliceerd als bijlage bij het CCA-advies inzake standaardvoorwaarden, is eveneens in bijlage G bij dit preadvies afgedrukt. Voorts komen, waar nodig, de Italiaanse, Israëlische, Duitse, Oostenrijkse en Luxemburgse zwarte lijsten aan bod (19). Waar mogelijk zal ik de lijst toetsen aan recente — of binnenkort te verwachten — oordeelsvorming van de wetgever op het betreffende gebied (Ontwerp nieuw BW, voorontwerp konsumentenkoop); hierbij dient niet alleen te worden gedacht aan dwingendrechtelijke regels, maar ook aan regelen recht omdat hiervan mag worden aangenomen dat het een neerslag is van hetgeen de wetgever als een evenwichtige belangenafweging beschouwt. Tot slot nog dit: ook al is hierboven in nr 38 verdedigd dat de grijze lijst voor zover zij door de gewone rechter wordt toegepast mede voor individuele bedingen (in konsumententransakties) dient te gelden, uitgangspunt bij de opstelling van zo'n lijst moet toch zijn dat zij in de eerste plaats als richtsnoer voor de bij de opstelling van algemene voorwaarden betrokken belangengroeperingen en voor de bijzondere kamer zal gelden.

(19) De in het Belgische voorontwerp — zie mijn diss., 955 — opgenomen zwarte lijst (art. 53 novem) zal ik vanwege de ongewisse toekomst hiervan niet in mijn beschouwingen betrekken.

43. *Totstandkoming en ontbinding; rechten en verplichtingen in het algemeen*

De in nr 42 genoemde lijst van bezwarende klausules van de Raad van Europa bevat een achtentwintigtal bedingen, verdeeld over zes rubrieken (zie bijlage C). Ofschoon op volgorde en indeling van de lijst wel wat valt af te dingen, zal ik beide hier voor het gemak van de lezer aanhouden. De lijst vangt aan met een tiental klausules welke zien op de totstandkoming of ontbinding van de overeenkomst dan wel de rechten en verplichtingen in het algemeen betreffen.

De klausule die we zowel op de Europese en de Nederlandse lijst als in paragraaf 10 *AGB-Gesetz* en paragraaf 6 (1) *Konsumentenschutzgesetz* op de eerste plaats aantreffen, ziet op het geval dat de ondernemer voor zichzelf een te lange of onvoldoende bepaalde termijn bedingt om te besluiten of hij een bindend aanbod van de konsument al dan niet aanvaardt. Het onbillijke schuilt hier niet zozeer in de lange bedenktijd zelf, als wel in het feit dat de konsument intussen wel gebonden is. De hier bedoelde klausule wijkt af van art. 6.5.2.4 lid 1 Ontwerp NBW, dat bepaalt dat een mondeling aanbod vervalt wanneer het niet onmiddellijk wordt aanvaard, een schriftelijk aanbod wanneer het niet binnen een redelijke tijd wordt aanvaard (1).

Een man een man, een woord een woord, is een beginsel dat gelukkig nog door velen in acht wordt genomen, maar als het aan sommige ondernemers ligt moet eerst worden bekeken wat voor woord het wel betreft. De nrs 2 van zowel de Europese als de Nederlandse lijst beogen die klausules te verbieden volgens welke toezeggingen van de ondernemer zelf (dat ontbreekt ten onrechte in de Nederlandse lijst) of van zijn vertegenwoordiger de ondernemer slechts binden, indien zij schriftelijk door hem zijn bevestigd. Dit verbod betekent niet dat de ondernemer nu aan alle toezeggingen van zijn vertegenwoordigers is gebonden; hiervoor gelden de normale vertegenwoordigingsregels van art. 3.3.1 e.v. Ontwerp NBW (2). Het verbod keert zich slechts tegen het afwentelen door de onderne-

(1) Deze bepaling is van regelend recht; zie echter mijn opmerking daaromtrent in nr 42 *in fine*.

(2) Zie het overzicht in Contractenrecht IX (Van Schendel) nrs 126 e.v.

mer op de konsument van het risico dat vertegenwoordigers buiten hun boekje gaan.

Nrs 3 en 4 van de Europese lijst, de excessieve opzegtermijnen en continuatiebedingen, welke laatste ook in art. 1341 lid 2 *Codice civile* alsmede onder nr 23 op de Nederlandse en onder nr 9 op de Luxemburgse lijst worden genoemd, zijn per definitie onredelijk. Dit verplaatst echter alleen maar de vraag, nl. naar welke termijnen onredelijk zijn. Duidelijker en daarom te preferen zijn paragraaf 11 nr 12 *AGB-Gesetz* en paragraaf 15 *Konsumentenschutzgesetz*, die beide vaste termijnen noemen. Uit wetssystematisch gezichtspunt verdient het voorts aanbeveling om in navolging van het Oostenrijkse ontwerp de bepalingen inzake duurovereenkomsten een afzonderlijke plaats in de wet te geven.

Klausules, welke alleen de ondernemer de bevoegdheid geven om de overeenkomst (zonder geldige reden) te wijzigen of ontbinden, zijn kennelijk zeer aanstootgevend, want ze staan op alle lijsten (3). Min of meer hetzelfde effect hebben de klausules welke de ondernemer de bevoegdheid geven om eenzijdig vast te stellen of hij konform het overeengekomene heeft gepresteerd. Terecht zijn ook deze klausules op de Europese (nr 6), de Luxemburgse (nr 8), de Nederlandse (nr 8) en de Oostenrijkse (par. 6 (1) nr 10) lijst geplaatst; nr 3 van de Nederlandse lijst gaat in dezelfde richting. Deze laatste bepaling ziet ook op een eenzijdige vaststelling van de termijn waarbinnen gepresteerd moet worden; soortgelijke bepalingen treffen we op de Europese lijst onder nr 7, in art. 1341 lid 2 *Codice civile*, in paragraaf 10 nr 2 *AGB-Gesetz* en in art. 3 nr 6 van het Luxemburgse ontwerp aan.

De nrs 8 (klausules volgens welke de prestatie mag afwijken van het overeengekomene) en 9 (bedingen welke de ondernemer de bevoegdheid verlenen om zonder gegronde reden niet te presteren) demonstreren langs hoeveel verschillende wegen een ondernemer eenzelfde resultaat kan bereiken. Nr 8 (= nr 7 op de Luxemburgse lijst; in iets andere vorm op de Nederlandse lijst onder nr 3) vertoont enige gelijkenis met *section 13* van de Engelse *Sale of goods act* zoals gewijzigd bij de *Supply of goods (implied terms) act* (3) Raad van Europa nr 5, art. 1341 lid 2 *Codice civile*, Israël *section (2)*, par. 10 nrs 3 en 4 *AGB-Gesetz*, Luxemburg nr 4, Nederland nrs 4 en 19, par. 6 (2) nr 1 *Konsumentenschutzgesetz*. Dit is naar mijn mening een goed voorbeeld van een klausule die op een echte zwarte lijst dient te worden geplaatst; ik kan althans geen voorbeeld bedenken waarin dit beding *niet* onredelijk is.

1973. Nr 9 komt ook voor op de Israëlische (*section 15 (2)*) en de Oostenrijkse (paragraaf 6 (2) nr 3) lijst.

Nr 10 van de Europese lijst ziet op klausules welke de ondernemer een (te) grote mate van vrijheid geven om de prijs eenzijdig te bepalen. Het is de vraag of een koopovereenkomst die onder een dergelijk beding wordt gesloten naar huidig recht geldig is (4). Volgens art. 7.1.1.2 Ontwerp nieuw BW, een wat afgezwakte versie (5) van art. 57 Eenvormige koopwet (LUVI) (6), is dat wel het geval – geëist wordt slechts dat de naderhand bepaalde prijs redelijk is. Beter is het alle onduidelijkheden in de kiem te smoren door in plaats van een redelijke prijsvaststelling een redelijk prijsbeding voor te schrijven, althans een onredelijk prijsbeding te verbieden. Een al te strakke formulering zal hier niet mogelijk zijn, omdat bij de dienstverlening vooraf niet altijd valt te overzien waaruit de werkzaamheden van de ondernemer zullen bestaan.

44. Aansprakelijkheidsbedingen

Onderdeel (b) van de lijst van de Raad van Europa beslaat slechts een drietal klausules, welke alle op de aansprakelijkheid van de ondernemer zien. Aansprakelijkheidsklausules kan men op velerlei wijze indelen. Italië (art. 1341 lid 2) en Israël (*section 15 (1)*) volstonden nog met één omschrijving, de Luxemburgse (art. 3 nr 1 en art. 11) en Nederlandse (nrs 10 en 11) lijsten bevatten al twee categorieën, de Europese lijst heeft er als gezegd drie (nrs 11-13), de Oostenrijkse vier (paragraaf 6 (1) nr 9 en (2) nrs 2 en 5, paragraaf 9), terwijl de Duitse lijst liefst acht categorieën noemt (paragraaf 11 nrs 7, 10 a/f, 11 – zie voorts de bij de AGB-wet ingevoegde paragraaf 476a *BGB*) (7). Deze verscheidenheid in aanpak is een

(4) Volgens art. 1501 B.W. is voor de geldigheid van de koopovereenkomst vereist dat de prijs bepaald of althans bepaalbaar is. In de rechtspraak wordt die bepaaldheid of bepaalbaarheid echter zeer spoedig aangenomen. Anders de Franse jurisprudentie inzake art. 1591 *Code civil*; zo oordeelde het Cour de Paris in een arrest van 22 december 1972 dat ongeldig is de koopovereenkomst waarbij de wil van de verkoper enige invloed uitoefent op de prijs – zie J. Ghestin, *D.S.* 1973, *chronique XLV*.

(5) Naar het oordeel van sommigen nog niet ver genoeg – zie het advies van de SER-kommissie voor konsumentenaangelegenheden (CCA) inzake de consumentenkoop.

(6) Zie daaromtrent F.J.A. van der Velden, *De eenvormige koopwetten van 1964*, Deventer 1979, 127-129.

(7) Dat zelfs dit aantal nog ontoereikend kan zijn, blijkt uit de onzekerheid die

gevolg van het feit dat de aansprakelijkheid op zo vele punten kan worden beperkt, onder andere terzake van de gebeurtenissen waarvoor men aansprakelijk is (bijv. niet verborgen gebreken), van de personen voor wier daden men aansprakelijk is, van de te vergoeden schadeposten (bijv. uitsluitend zaakschade), van de ernst van de fout (bijv. alleen voor opzet of grove schuld), van de aard van de verplichting (bijv. alleen tot reparatie van het geleverde), van het te vergoeden bedrag (bijv. maximaal het halve honorarium van de architect), van de duur van de aansprakelijkheid en van de te vervullen voorwaarden (bijv. eerst een ander aanspreken, binnen 2 x 24 uur schade melden, eerst de volle koopsom betalen), enz (8). Al naar gelang de neiging tot perfektionisme van de wetgever en uiteraard de in de praktijk bestaande beperkingen zal een grijze lijst voor wat betreft de aansprakelijkheidsklausules uitvoerig of minder uitvoerig dienen te zijn.

Zijn aansprakelijkheidsuitsluitingen en -beperkingen zo verwerpelijk? Op zijn minst kan worden gesteld dat zij in voor de konsument ongunstige zin afwijken van de wettelijke regeling (9). Niet alle aansprakelijkheidsklausules houden echter een afwijking van het gemene recht in. Weliswaar gelden voor wat bijv. de duur van de aansprakelijkheid betreft in het algemeen lange verjaringstermijnen, maar het beroep hierop wordt door de rechtspraak beperkt via de goede trouw (rechtsverwerking). Indien nu een aansprakelijkheidsklausule kan worden gezien als een konkretisering van de goede trouw, bevat zij geen afwijking van het gemene recht — hooguit kan zij als een soort vaststellingsbeding worden gezien.

De verwerpelijkheid van een aansprakelijkheidsklausule zal voorts onder omstandigheden kunnen worden weggenomen door de we-

in de Bondsrepubliek thans, hangende een uitspraak van het BGH, bestaat over de geldigheid van de klausule '... gebraucht wie besichtigt, unter Ausschluss jeglicher Gewährleistung' in de algemene voorwaarden van handelaars in gebruikte auto's. LG Berlin 23 februari 1978 rolnr 26 O 1/78 achtte dit beding niet in strijd met par. 9 *AGB-Gesetz* (de open norm). Deze uitspraak werd op 26 mei 1978 rolnr 7 U 1435/78 door het *Kammergericht* bekrachtigd. Momenteel is een vordering tot revisie bij het *Bundesgerichtshof* aanhangig.

(8) Een enigszins anders opgezet overzicht is te vinden bij S.C.J.J. Kortmann, 'Derden'-werking van aansprakelijkheidsbedingen, diss. Nijmegen, Deventer 1978, 15-17, die zijn beschouwingen, al te bescheiden, inleidt met de volgende zin: 'Een poging om de verschillende gedaanten te beschrijven waarin exonerationclausules zich voordoen is bij voorbaat tot mislukken gedoemd.'

(9) Zie H. Drion, *Preadvies NJV* 1957, 205-206.

derpartij in de gelegenheid te stellen om zich elders voor het risico in te dekken, bijv. door verzekering (10). Dit geldt overigens niet alleen voor aansprakelijkheidsbedingen terzake van de hoofdverplichting van de ondernemer, maar ook voor andere klausules die een risico van de ondernemer op de konsument afwentelen. Zo bestempelt nr 6 van de Nederlandse lijst tot bezwarend de klausule welke bepaalt dat goederen die ten huize van de konsument zullen worden afgeleverd voor risico van de konsument reizen; tenzij de mogelijkheid van verzekering wordt geboden, voegen de konsumentenorganisaties hieraan toe. De hier bedoelde klausule wijkt af van art. 7.1.2.2 Ontwerp nieuw BW waarvan ingevolge art. 7.1.2.9 van het voorontwerp inzake de konsumentenkoop niet ten nadele van de koper kan worden afgeweken. Het voorontwerp gaat in art. 7.1.2.2a nog verder door te bepalen dat indien de aflevering eerder geschiedt dan de bezorging (wanneer er bijv. nog iets aan veranderd moet worden om aan de wensen van de konsument te voldoen), de zaak toch pas vanaf de bezorging voor risico van de koper is. Ook afwijking van deze voorgestelde wettelijke regel, waarvan — wederom ingevolge art. 7.1.2.9 — niet ten nadele van de koper kan worden afgeweken, verdient een plaats op onze grijze lijst.

45. Beperking van rechten van de konsument

In plaats van zijn aansprakelijkheid uit te sluiten of te beperken kan een ondernemer ook de rechten en rechtsmiddelen van de konsument beperken. Dat dit veelvuldig geschiedt, bewijst de lange reeks van klausules die op de lijst van verdachte klausules van de Raad van Europa onder (c) voorkomen. Het kan ook eenvoudiger: *section 15 (2)* van de Israëlische Standaardkontraktenwet bepaalt dat *restrictive* is de klausule welke 'provides for.... the abrogation or limitation of any of the customer's rights (under the contract), unless such.... abrogation or limitation is conditional upon a breach of the contract by the customer or upon other factors not dependent on the supplier'. De meer uitgewerkte Europese lijst heeft daarentegen het voordeel dat zij aansluit op de in Europese landen gebruikelijke klausules.

Nr 14 ziet op de veel voorkomende situatie dat een ondernemer na een niet gelukte poging om het geleverde alsnog in goede staat te (10) Dit impliceert wel dat de wederpartij zich van de aansprakelijkheidsklausule bewust dient te zijn.

brengen de konsument steeds aan het lijntje houdt. Ook paragraaf 11 nr 10 (b) *AGB-Gesetz* en art. 3 nr 12 Luxemburgse ontwerp verbieden klausules welke een dergelijke handelswijze sanktioneren evenals art. 7.1.3.4 lid 2 Ontwerp nieuw BW j^o art. 7.1.3.6 voorontwerp konsumentenkoop (dat bepaalt dat bij een konsumentenkoop van de artikelen 1-5 niet ten nadele van de koper kan worden afgeweken). Evenzeer in strijd met genoemde NBW-bepalingen (uiteraard alleen bij koop) zijn bedingen waarbij de konsument afziet van zijn rechten indien de ondernemer wanprestatie pleegt. Op dergelijke bedingen zien ook nr 15 van de Europese lijst en voorts section 15 (5) Israëlische wet, paragraaf 11 nr 8 *AGB-Gesetz*, paragraaf 6 (1) nr 12 *Konsumentenschutzgesetz* en, iets meer gespecificeerd, nr 5 van de Luxemburgse lijst.

Nr 16 van de Europese lijst verbiedt niet zozeer prijsverhogingen door de ondernemer als wel de klausules volgens welke de konsument in geval van een buitensporig grote verhoging niet van de overeenkomst kan afzien. Deze klausules komen ook voor op de Duitse (paragraaf 11 nr 1) en Luxemburgse (nr 10) lijsten, op de verlanglijst (nr 5) van de Nederlandse konsumentenorganisaties, alsmede in art. 7.1.6.2a van het voorontwerp inzake de konsumentenkoop. De Oostenrijkse paragraaf 6 (1) nr 5 gaat nog verder door prijsverhoging te verbieden, tenzij in de overeenkomst objectieve gronden voor de verhoging worden genoemd (zie ook nog paragraaf 6 (2) nr 4).

Naar Nederlands recht zijn er nauwelijks omstandigheden denkbaar waaronder een konsument op grond van overmacht niet behoeft te betalen (11); klausules welke hem verbieden zich op overmacht te beroepen — daarop ziet nr 17 — zullen hem dus niet zoveel deren. Meer geschaad zal hij worden door het spiegelbeeld: klausules welke het overmachtsbegrip aan de zijde van de ondernemer juist 'uitrekken'. Dergelijke dingen, waartegen nr 9 van de Nederlandse lijst zich richt, vallen onder nr 9 van de lijst van Straatsburg.

Volgens nr 18 mag het opschortingsrecht (*exceptio non adimpleti contractus*) niet worden uitgesloten; in deze zin ook nr 15 van de Nederlandse en nr 3 van de Luxemburgse lijst, paragraaf 11 nr 2

(11) De belangrijkste oorzaak van verhindering om te betalen, geldelijk onvermogen, wordt immers niet geacht een beroep op overmacht te rechtvaardigen — Hofmann-Van Opstall 1976, 313, Asser-Rutten I (De verbintenissen in het algemeen) 254.

AGB-Gesetz en paragraaf 6 (1) nr 6 en paragraaf 13 *Konsumentenschutzgesetz*. De hier bedoelde klausules zijn in strijd met art. 7.1.1.3 Ontwerp nieuw BW., van welke bepaling volgens art. 7.1.4. 2a voorontwerp konsumentenkoop niet mag worden afgeweken. Een uitsluiting van het opschortingsrecht kan in de praktijk ook worden bereikt door de konsument waardepapieren te laten afgeven. Verplichtingen daartoe staan als nr 19 op de Europese lijst van verdachte klausules genoteerd, terwijl paragraaf 11 *Konsumentenschutzgesetz* en art. 9 lid 1 van het Luxemburgs ontwerp de uitgifte van wissels aan belangrijke beperkingen onderwerpen. In ons recht is het onder andere art. 34, tweede lid Wet consumptief geldkrediet dat de uitgifte van wissels verbiedt. Men kan soms twijfelen of 'gewoon' dwingend recht niet een betere oplossing biedt dan plaatsing op een lijst van verdachte klausules. We konden deze twijfel reeds hebben bij nr 8 van de Straatsburgse lijst, dat immers even goed positief als een verplichting van de verkoper kan worden geformuleerd. Bij de afgifte van wissels slaat de balans in ieder geval ten gunste van gewoon dwingend recht door. Nr. 20 van de Straatsburgse lijst (in deze zin ook art. 9 lid 2 Luxemburgs ontwerp) beoogt voorts te voorkomen dat ondernemers het opschortingsrecht van de konsument frustreren door hun rechten uit de overeenkomst te cederen.

Een gebruikelijke klausule in algemene voorwaarden is de uitsluiting van schuldvergelijking; het is hiertegen dat nr 21 zich richt. Ook op de Nederlandse (nr 22), de Luxemburgse (nr 16), de Duitse (paragraaf 11 nr 3) en de Oostenrijkse (paragraaf 6 (1) nr 8) lijst komt deze klausule voor. Opmerking verdient dat ingevolge art. 7.1.4.2a voorontwerp konsumentenkoop de in de wet aan de konsument toegekende bevoegdheden tot verrekening niet kunnen worden beperkt of uitgesloten.

Nr 22 tenslotte ziet op de in algemene voorwaarden eveneens regelmatig opgenomen (veelal als onweerlegbaar geformuleerde) vermoedens, inhoudende dat de konsument geacht wordt de algemene voorwaarden te kennen of de goederen te hebben goedgekeurd — in deze zin ook paragraaf 10 nrs 5 en 6 *AGB-Gesetz* en paragraaf 6 (1) nrs 2 en 3 *Konsumentenschutzgesetz*. Anders geformuleerde vermoedens worden getroffen door nr 13 van de Nederlandse lijst en door section 15 nr 7 van de Israëliische Standaardkontraktenwet. Qua systematiek van de lijst kunnen deze bedingen beter bij de straks in nr 47 te noemen bewijslastklausules worden opgenomen.

46. Door ondernemer geëiste garanties

Een vrij magere categorie als onbillijk ervaren klausules is onder (d) op de lijst van Straatsburg te vinden. Tegen bedingen welke de konsument verplichten tot vooruitbetaling van een te groot aandeel van de prijs richt zich nr 23. Het bezwaar tegen een dergelijke vooruitbetaling is dat de konsument er een pressiemiddel mee uit handen geeft om de ondernemer tot het verrichten van zijn prestatie te dwingen. In het voorontwerp inzake de konsumentenkoop is dit verbod eveneens te vinden en wel nader gespecificeerd op de helft (art. 7.1.4.1 lid 2, tweede volzin). Men kan zich afvragen, hetzelfde geldt voor enkele van de in nr 45 genoemde klausules, of de opneming van deze klausule in onze grijze lijst nog wel zin heeft, als de regeling van de konsumentenkoop hier al dwingend in voorziet. Dan verliest men evenwel uit het oog dat konsumenten-transakties niet enkel koopovereenkomsten zijn, maar bijv. ook vaak dienstverleningskontrakten (12). Omgekeerd is de dwingende regeling inzake de vooruitbetaling in de titel over de koop evenmin overbodig, immers anders dan de grijze lijst laat dwingend recht geen uitzonderingen toe. Nr 24 van de lijst van de Raad van Europa richt zich op het eisen van bovenmatige zekerheden door de ondernemer. Merkwaardig is dat deze klausule op geen andere lijst voorkomt (13). Aan de onbillijkheidsmaatstaf is reeds door het bezigen van de term 'excessief' voldaan.

47. Geschillenklausules

Ook de oogst aan geschillenklausules op de lijst van de Raad van Europa is beperkt, maar andere lijsten zijn op dit punt uitvoeriger.

(12) Een tweede verschil ontstaat indien men – anders dan hierboven in nr 38 bepleit – de werkingssfeer van de grijze lijst ook bij konsumententransakties zou beperken tot algemene voorwaarden; de individuele bedingen vallen er dan buiten, terwijl bepalingen als art. 7.1.4.1 lid 2 juist mede op individuele bedingen zien.

(13) In de Duitse bondsrepubliek sprak het LG Nürnberg-Fürth op 1 maart 1978 (niet gepubliceerd, rol 307817/77) een verbod uit met betrekking tot de volgende klausule: 'Der Käufer tritt zur Sicherung des Teilzahlungsvertrages den jeweils pfändbaren Teil seiner Lohn-, Gehalts-, Pensions- oder sonstigen Ansprüche gegen seinen jeweiligen Arbeitgeber bzw. gegen die zahlende Stelle an PHOTO-PORST ab' (bekrachtigd door OLG Nürnberg 24 oktober 1978, rolnr 3 U 47/48); zo ook LG Hannover 3 oktober 1978, rolnr 14 O 266/77.

Met de omkering van de bewijslast van nr 25, die ook voorkomt op de Israëlische (nr 7), Duitse (paragraaf 11 nr 15), Oostenrijkse (paragraaf 6 (1) nr 11), Luxemburgse (nr 15) en Nederlandse (nr 14) lijsten, kan men gemakkelijk vrede hebben. Hetzelfde geldt voor de te korte reklametermijnen van nr 26, welke we eveneens aantreffen in de Israëlische (nr 8), Duitse (paragraaf 11 nr 11e), Luxemburgse (nr 11) en Nederlandse (nr 7) lijst. Aan de lijst kunnen op deze plaats nog worden toegevoegd de in nr 45 *in fine* genoemde vermoedens.

Wat we op de Europese lijst missen zijn arbitrageklausules en forumkeuzebedingen (14). Arbitrageklausules (daaronder begrepen bindend adviesklausules) treffen we wel aan op de Italiaanse, de Israëlische (nr 9), de Luxemburgse (nr 13) en de Nederlandse (nr 20) lijst, echter niet op de Duitse. Over de vraag of arbitrageklausules in algemene voorwaarden toelaatbaar zijn, is in ons land al veel te doen geweest. Naar geldend recht zijn zij zonder twijfel toelaatbaar (15). Naar wordend recht zou men in ieder geval kunnen eisen dat de geschillenbehandeling voldoet aan de voorschriften welke zijn neergelegd in de Erkennings- en subsidiëringsregeling klachtenkommissies (16). Deze voorschriften stellen enkele eisen met betrekking tot de samenstelling van en de procedure voor de klachtenkommissie (art. 4). Maar moet men verder gaan en voorts eisen dat de konsument desgewenst steeds naar de gewone rechter kan stappen, zoals is voorgesteld in het CCA-advies over branchegeschillenkommissies? Ik voel zelf — juist met het oog op art. 170 Grondwet en art. 620 Rv. (de in 1967 door de hoge raad verworpen argumenten) — voor een bevestigende beantwoording van deze vraag, mits ruimte wordt gelaten voor individuele arbitragebedingen (de Oostenrijkse retouche, zie nr 38).

Ook een forumkeuze ten nadele van de konsument dient mijns inziens als een verdachte klausule te worden aangemerkt; zo ook art. 1341 lid 2 Italiaanse *Codice civile* en nr 21 van de Nederlandse lijst. In de Duitse bondsrepubliek is hierin bij afzonderlijke wet Deze uitspraken moesten, bij gebreke van een uitdrukkelijke bepaling in een van de zwarte lijsten, op de in par. 9 neergelegde open norm worden gebaseerd. (14) De werkgroep die de resolutie heeft voorbereid had deze klausule wel op de lijst geplaatst, maar bij de behandeling door het comité voor juridische samenwerking (CCJ) zijn zij, evenals de rechtskeuzeklausule, alsnog aangevoerd. (15) HR 27 oktober 1967 NJ 1968 nr. 3.

(16) Beschikking van de ministers van economische zaken en van justitie nr 1275/1/7870 dd. 26 november 1975.

voorzien; zo ten dele ook in ons land, waar art. 98a Rv ten aanzien van kantongerechtszaken de relatieve kompetentie dwingend voorschrijft. Daarnaast lijkt echter voor de rechtbanken behoefte aan plaatsing op de lijst.

Aan een verdachtmaking van andere geschillenklausules, zoals klausules welke de konsument in zijn verdediging beperken (art. 1341 lid 2 Italië) of 'clauses prévoyant une augmentation forfaitaire du prix en cas de contestation ou de procédure judiciaire' (Luxemburg nr 2, tweede volzin) (17) of zelfs de beruchte Amerikaanse klausules waarbij de ondernemer een volmacht bedingt om de konsument ten processe te vertegenwoordigen, bestaat in ons land voor zover mij bekend gelukkig (nog) geen behoefte. Overigens lijkt het goed om de ogen niet helemaal gesloten te houden voor de praktijken van buitenlandse ondernemers; tenslotte bestaat steeds het gevaar dat deze ondernemers bij verplaatsing of uitbreiding van hun werkterrein naar ons land tot dusver ongebruikelijke klausules introduceren (18).

48. Diverse bedingen

In een laatste rubriek (f) zijn op de Europese lijst een tweetal klausules geplaatst. De eerste (nr 27) ziet op die bedingen welke beoogen de konsument zonder gegronde reden voor geruime tijd aan de ondernemer te binden, met name door reparatie door de ondernemer of afname van accessoires bij de ondernemer voor te schrijven. Daartoe zal de ondernemer de konsument weliswaar gewoonlijk niet verplichten — immers de nakoming van verplichtingen van deze aard kan hij in de praktijk toch niet afdwingen —, maar wel kan hij zijn garantie of zijn aansprakelijkheid van het voldoen aan dergelijke *Obliegenheiten* afhankelijk stellen. Nu kan men zich afvragen of zich juist hier de in de bepaling genoemde gegronde reden zich niet zo vaak zal voordoen, dat eerder van een normale dan van een uitzonderlijke situatie sprake is. Veel leveranciers van technisch ingewikkelde consumptiegoederen zullen immers terecht

(17) De schaarse Luxemburgse jurisprudentie inzake algemene voorwaarden heeft in hoofdzaak betrekking op deze merkwaardige klausule — zie de uitspraken van 8 januari 1969 inzake *Créditherm c. Siegler et Colling*; Tribunal civil Luxembourg 29 oktober 1969 *Pasicrisie* XXI, 284 en Tribunal comm. Luxembourg 16 december 1970 inzake *TUF Belgique c. Chaussures modernes*.

(18) Zo introduceerde een Duitse touroperator enige jaren geleden de fiduciële loonconcessie op de Nederlandse markt.

bevreesd zijn voor gepruts aan deze goederen door niet-gespecialiseerde reparateurs. Voorzover deze vrees niet terecht is, kunnen de hier bedoelde klausules naar mijn mening wel onder nr 12 of nr 14 worden gebracht.

Daarentegen is de plaatsing van klausules waarbij de konsument in geval van niet-nakoming een excessieve verplichting wordt opgelegd (nr 28) terecht geschied. Boetebedingen (19) worden ook bestreken door par. 11 nr 6 *AGB-Gesetz*, handgeldklausule door paragraaf 7 *Konsumentenschutzgesetz* (dat deze klausules niet verbiedt, maar de rechter net als bij boetebedingen de bevoegdheid tot matiging geeft). Op boetes en gefixeerde schade hebben voorts betrekking de nrs 16 en 17 van de Nederlandse lijst.

Of rechtskeuzeklausules op de lijst van verdachte bedingen moeten worden geplaatst, is een lastige vraag die ik daarom voor het einde heb bewaard. Op de Europese lijst kwamen deze bedingen aanvankelijk wel voor, maar in de definitieve tekst zijn zij komen te vervallen (20). Ook de opstellers van het Zwitserse ontwerp *IPR-Gesetz* hebben van een verbod van rechtskeuzebedingen in algemene voorwaarden afgezien (21). De Italiaanse, Israëlische, Oostenrijke en Nederlandse lijsten bevatten deze bedingen evenmin. Slechts de Duitse lijst noemt de rechtskeuzeklausules op de lijst van verboden klausules *mit Wertungsmöglichkeit* ('in denen hierfür kein anerkennenswertes Interesse besteht'), terwijl het Luxemburgse ontwerp deze bedingen nietig verklaart 'lorsque la marchandise doit être livrée, ou la prestation de service exécutée au Luxembourg' (art. 4). Beide bepalingen doen uitkomen dat niet alle rechtskeuzeklausules moeten worden verworpen; er zijn echter omstandigheden waaronder het misleidend of tegenover de konsu-

(19) Zie daarover de resolutie van de Raad van Europa inzake boetebedingen.

(20) Noot 14 hierboven.

(21) Bundesgesetz über das internationale Privatrecht (*IPR-Gesetz*), Gesetzesentwurf der Expertenkommission und Begleitbericht von F. Vischer und P. Volken, Schweizer Studien zum internationalen Recht deel 12, 128: 'Eine spezielle Beschränkung für Formularverträge wurde nicht in den Entwurf aufgenommen. Die Planung eines Unternehmens ist oft nur möglich, wenn die von diesem mit den Kunden abgeschlossenen Verträge einheitlich einem Recht unterstellt werden können. In Missbrauchsfällen vermag die Schutzklausel von Art. 117 Abs. 2 durchaus den notwendigen Ausgleich zu schaffen. Dies gilt insbesondere für die Fälle, in denen durch vorformulierte Rechtswahlklausel einer Partei die Anwendung desjenigen Rechts entzogen wird, auf dessen Schutz sie nach allen Umständen vertrauen durfte und dessen Anwendung sich deshalb aufdrängt'.

ment onredelijk is dat de toepasselijkheid van een vreemd rechtstelsel wordt bedongen. De Luxemburgse bepaling is duidelijker dan de Duitse en geniet daarom mijn voorkeur (22).

Par. 9. ENKELE RESTERENDE VRAGEN

49. Plaats van wettelijke regeling

Een vraag die in het bijzonder de wetssystematici zal bezighouden, is hoe een wettelijke regeling van algemene voorwaarden in ons wetssysteem dient te worden ingepast. De wetgever heeft de keuze uit twee mogelijkheden: de materieelrechtelijke zowel als de institutionele en procesrechtelijke bepalingen kunnen in één afzonderlijke wet worden geplaatst, maar ook kunnen deze bepalingen worden opgenomen in de bestaande wetboeken, burgerlijk wetboek en wetboek van burgerlijke rechtsvordering alsmede wet op de rechterlijke organisatie. Een derde mogelijkheid, opneming in een wet op de handelspraktijken, komt in ons land vanwege de praktische onhaalbaarheid van een dergelijke wet (1) voorlopig niet in aanmerking. In het buitenland heeft men aanvankelijk veelal voor de eerste oplossing, de aparte wet, geopteerd. Mijn voorkeur gaat uit naar de tweede: opneming in de bestaande wetboeken.

Waarom heeft de buitenlandse wetgever in het begin vaak voor aparte wetten gekozen? Direkt moet worden aangetekend dat argumenten ontleend aan buitenlandse wetgevingssystematiek met enige voorzichtigheid dienen te worden gehanteerd. Israël en het Verenigd koninkrijk hebben aparte wetten inzake algemene voorwaarden, maar waar in deze landen een burgerlijk wetboek en een wetboek van burgerlijke rechtsvordering ontbreken, kan dit in ons land moeilijk als argument voor een afzonderlijke wet worden aangevoerd. Ook de Scandinavische landen, waar overigens de open normen in de algemene kontraktenwetten zijn ingevoegd, zijn uit een oogpunt van wetgevingssystematiek moeilijk met het onze ver-

(22) Zie hieromtrent ook nr 52.

(1) Zie het SER-advies inzake wettelijke maatregelen ter bevordering van het ordelijk economisch verkeer (kommissie-Zijlstra), Den Haag 1971 en mijn preadvies voor de Nederlandse vereniging voor rechtsvergelijking 1976, 46.

gelijkbaar (2). Wel vergelijkbaar zijn België, de Duitse bondsrepubliek, Frankrijk, Luxemburg en Oostenrijk. België valt af, omdat men daar gekozen heeft voor opnemings in de Wet op de handelspraktijken (3). Ook Frankrijk valt uit de boot, omdat daar alleen een controlestelsel is ingevoerd. Dat stelsel is neergelegd in een verzamelwet, zoals de Fransen die wel meer invoeren (men denke aan de *loi-Royer*); dit lijkt veeleer een kwestie van politieke opportuniteit — de verantwoordelijke bewindsvrouw ressorteerde als staatssecretaris onder de minister van economische zaken en financiën en niet onder die van justitie — dan een wetssystematische keuze.

In de Duitse bondsrepubliek heeft men merkwaardig genoeg voor een afzonderlijke wet geopteerd. Nog in 1974 had de *Deutscher Juristentag* voor invoeging in de bestaande wetboeken gestemd en ook ten departemente schijnt men thans de wat overhaaste keus voor een aparte wet te betreuren (4). Daarentegen hebben de Oostenrijkse (5) en Luxemburgse (6) ontwerpers voor opnemings van al-

(2) Zie J.G. Sauveplanne, *Rechtsstelsels in vogelvlucht/Een inleiding tot de privaatrechtsvergelijking*, Deventer 1975, 104-105.

(3) Zie mijn diss., 955. Indien een wetgever deze oplossing kiest, doet hij er goed aan de controle op algemene voorwaarden niet in een open norm terzake van handelspraktijken in het algemeen te verstoppjen — zie nr 21 (bezwaar tegen Deense wet).

(4) Naar aanleiding van de vraag of de wettelijke regeling van de reisovereenkomst in het BGB dient te worden opgenomen, sprak de Duitse minister van justitie tijdens de 52e *Deutscher Juristentag* op 19 september 1978 te Wiesbaden: 'Dabei soll es aber nicht sein Bewenden haben. Vielmehr ist im Bundesministerium der Justiz eine Untersuchung darüber im Gange, welche der sondergesetzmäßig geregelten Schuldverhältnisse in das BGB überführt und welche der durch die Kautelarjurisprudenz und die Rechtsprechung entwickelten Vertragstypen ausdrücklich im BGB normiert werden sollten. Hier — so meine ich — könnte ein Beitrag dazu geleistet werden, die Einheit des Privatrechts wieder sichtbar und die Rechtsordnung für den Bürger überschaubarer und verständlicher zu machen'. (geciteerd door A. Wolf, *Zeitschrift für Rechtspolitik* 1978, 249).

(5) De Oostenrijkse ontwerpers hebben de bepalingen welke uitsluitend voor konsumententransakties gelden in een afzonderlijke wet (*Konsumentenschutzgesetz*) samengebracht en de artikelen met een algemene werkingssfeer, zoals de open norm, in het *ABGB* — en in de *ZPO* — opgenomen. In de *Erläuterungen* blz. 44 wordt dit als volgt gemotiveerd: 'Zum Schutz des Verbrauchers bedarf es einiger Regeln, deren Inhalt nicht nur bei Verbrauchergeschäften Gültigkeit beanspruchen kann, sondern auch darüber hinaus ... Um das Privatrecht nicht noch mehr zu zersplittern, sollen diese Regeln nicht im Konsumentenschutzgesetz als isolierte Bestimmungen des allgemeinen Privatrechts verbleiben, sondern sie sollen in das *ABGB* eingebaut werden. Dies hilft auch,

thans een deel der materieelrechtelijke bepalingen in het burgerlijk wetboek gekozen.

In ons land brengt het grondwettelijk kodifikatie-artikel (art. 164) mee dat nieuwe wetgeving zo mogelijk in de bestaande wetboeken dient te worden ingepast. Ik acht dit een gelukkig beginsel; terecht heeft de regering geen gehoor gegeven aan het voorstel van de staatskommissie tot herziening van de grondwet om het kodifikatie-artikel af te schaffen (7). Is het dan niet jammer, zou men kunnen opmerken, dat de wettelijke regeling van algemene voorwaarden over verscheidene wetboeken wordt 'versnipperd'? Een dergelijke 'versnippering' is echter eigen aan ons kodifikatiesysteem; zij geldt ook voor het familierecht, het zeerecht en zovele andere rechtsgebieden. Er staat tegenover dat dankzij de algemene rechtsbeginselen tussen al deze rechtsgebieden een samenhang bestaat, welke bij verdeling van de wetgevingsmaterie over een aantal 'funktionele' wetboeken verloren dreigt te gaan (8). Terwijl nu bij

dass diese Regeln möglichst harmonisch in das Privatrechtsgefüge eingepasst und dass sie aus dem Gesamtzusammenhang heraus ausgelegt werden'.

(6) De Luxemburgse ontwerpers verontschuldigen zich bijna dat ze de *Code civil* hebben moeten ontheiligen: '... il a paru indispensable d'adapter un certain nombre de dispositions du Code civil afin d'y insérer l'énoncé général des principes nouveaux permettant de faire exception à la règle générale que le contrat fait la loi des parties. Il aurait été illogique de maintenir dans le Code civil une règle générale dont l'application aurait été mise en échec dans la majeure partie des contrats conclus par l'effet d'une législation spéciale' (*Exposé des motifs* blz. 7). Als het aan de ontwerpers zelf lag, zou voor een volledige integratie zijn gekozen, zo kan men uit de volgende zin afleiden: 'On pourrait d'ailleurs se demander s'il ne serait pas préférable d'intégrer l'ensemble des dispositions intéressant les consommateurs dans le Code civil, qui devrait contenir l'ensemble des règles régissant les rapports privés des citoyens leur permettant ainsi de prendre facilement connaissance de leurs droits' (*ibidem*). . .

(7) Zie wetsontwerp 15 046 tot wijziging van het grondwettelijke kodifikatie-artikel (zitting 1977-1978), memorie van toelichting blz. 4: 'Anders dan de staatskommissie zijn wij van mening dat het voorschrift, dat de regeling moet geschieden bij de wet "in algemene wetboeken", gehandhaafd dient te blijven. ... Wij menen dat de waarborg, gelegen in het vereiste van algemene wetboeken van een zo groot belang is, dat handhaving van het grondwettelijk codificatievoorschrift inzake het burgerlijk recht, het strafrecht en het procesrecht onzes inziens geboden is. Het behoud van de bestaande samenhang tussen de rechtsregels op elk van deze terreinen — en daarmee de rechtseenheid en de rechtszekerheid — achten wij hierdoor gediend'. Zie hierover ook C.A.J.M. Kortmann, *Tijdschrift voor openbaar bestuur* 1978, 379-381.

(8) Een goede illustratie van de gevaren van civielrechtelijke wetgeving buiten het BW is de Colportagewet — zie M.J.P. Verburgh, 'De Colportagewet: voor

sommige rechtsgebieden (zoals bijv. de pacht) (9) uit het geheel eigen karakter wellicht nog enige argumenten voor een afzonderlijke wet kunnen worden geput, past deze gedachte allerm minst voor de wetgeving inzake algemene voorwaarden die, zeker waar het de materieelrechtelijke bepalingen betreft, zo duidelijk aansluit op de algemene regels van vermogensrecht. Het vaststellen van de exakte plaats van de voorgestelde wetsbepalingen in de bestaande wetboeken — waartoe ik bij wege van anticipatie ook het nieuw BW reken — lijkt mij een kwestie van uitwerking; ik zal er daarom slechts weinig aandacht aan schenken. Bij de materieelrechtelijke bepalingen kan men aarzelen tussen titel 3.2 (rechtshandeling) en titel 6.5 (overeenkomsten in het algemeen) ontwerp nieuw BW. Ofschoon de open norm wellicht bij gestandaardiseerde rechtshandelingen-niet-overeenkomsten een nuttige rol zou kunnen spelen (10), geef ik vanwege het feit dat de grijze lijst op overeenkomsten is toegesneden toch aan titel 6.5 de voorkeur. Voor de wetsbepalingen van institutionele aard zijn in de Wet op de rechterlijke organisatie enige artikelen opgehouden (art. 74 e.v.). Ook voor de processuele regels is in het Wetboek van burgerlijke rechtsvordering al ruimte vrijgemaakt, te weten in titel 6 van het derde boek waar momenteel de afdelingen 6 en 9 vakant zijn (11).

50. Snelle aanpassing van de wet

De in dit preadvies verdedigde aanpak van problemen welke samenhangen met het gebruik van algemene voorwaarden, vooronderstelt dat de wetgever alert blijft en wel op verschillende niveaus. In de eerste plaats heeft het voorgestelde controlestelsel slechts een beperkte werkingssfeer: handelstransakties vallen erbuiten, omdat een abstracte toetsing hier *naar verwachting* niet nodig is; onroer-

voor maatschappijcritici en civilisten', *NJB* 1975, 1237, 1242-1243. Zie over de kodifikatiesystematiek voorts F.W. Grosheide, *WPNR* 1977 nr 5408 *in fine*.

(9) Zie J. van Andel *WPNR* 1974 nr 5258 en J. Rombach, *De Pacht* 1974, 190.

(10) Vergelijk Hof 's-Gravenhage 15 november 1973 *VR* 1974 nr 53 over de afwijzing door een verzekeringsmaatschappij van een schadeclaim van ruim f 106 000 omdat eiseres bij de ontvangst van f 312,55 als vergoeding voor de zaakschade een kwitantie ter finale kwijting had ondertekend.

(11) Ik heb deze vakante afdelingen alleen maar opgespoord ten gerieve van hen, die zo graag een aaneengesloten reeks genummerde artikelen zien. Zelf hecht ik niet zo aan deze wetsesthetiek — zie mijn diss., 644.

rend-goedtransakties worden voorlopig uitgezonderd, om eerst *er varing op te doen* met algemene voorwaarden terzake van roerende goederen en diensten. Naarmate meer ervaring wordt opgedaan met het controlestelsel en naar gelang al dan niet aan de verwachtingen wordt voldaan, zal de wetgever de wettelijke bepalingen dienen aan te passen. In Zweden is het systeem van de geleidelijke uitbouw van het controlestelsel met veel sukses beproefd. De op het gebied van het privaatrecht gebruikelijke inertie van onze wetgever stemt niet zo hoopvol; een verplichte voortgangsrapportage aan het parlement zal wellicht een aanzet in de goede richting zijn. Een onzekere faktor in het controlestelsel is hoe de konsumentenorganisaties zich zullen opstellen. Ik heb al de hoop en verwachting uitgesproken dat deze, mits financieel voldoende door de overheid gesteund, in ons land de functie van *konsumentombudsman* zullen vervullen. Maar ik kan niet de mogelijkheid uitsluiten dat deze hoop ijdel blijkt. In dat geval zal alsnog instelling van een overheidsbureau voor konsumentenbescherming in overweging moeten worden genomen. Hiervoor zal uiteraard wijziging van de wet noodzakelijk zijn.

Een derde gebied waar de wetgever alert dient te blijven betreft de grijze lijst. Men mag niet verwachten dat een eenmaal opgestelde lijst *aere perennior* zal zijn. Uit de praktijk zal blijken dat bepaalde klausules anders moeten worden geformuleerd. Nieuwe klausules zullen moeten worden toegevoegd; oude kunnen na enige tijd afvallen. De Italiaanse ervaringen wijzen uit dat een grijze lijst na verloop van tijd veroudert. Die ervaringen leren ons tevens dat de belangstelling van de wetgever voor het aanbrengen van wijzigingen in de lijst minimaal is. Door kanalisatie van de ontwerpen tot wijziging, en invoering van een vereenvoudigde parlementaire behandeling, kan hierin verbetering worden gebracht (12).

Ten slotte moet de wetgever ook de ontwikkeling van nieuwe kontraktstypen nauwgezet volgen. Een van de oorzaken van het veelvuldig gebruik van algemene voorwaarden is immers de afwezigheid van voldoende (gedetailleerd) regelend recht. Door nieuwe kontraktstypen als factoring, de franchise-overeenkomst, de konsumentenkoop, leasing en de reisovereenkomst tijdig in kaart te

(12) Omdat dit onderwerp al in de preadviezen van J.M. Polak en M. Scheltema aan de orde komt, werk ik deze gedachten in dit preadvies niet nader uit; zie hieromtrent mijn diss., 639-644, waarin ik onder andere op de mogelijkheid van navolging van art. 12, vierde lid Mijnwet kontinentaal plat wijs.

brengen, kan de wetgever richting geven aan de ontwikkeling van deze kontrakten, zowel rechtstreeks (via dwingend recht) als indirect (via regelend recht j^o de toetsing van algemene voorwaarden aan de regelend recht-maatstaf van de open norm).

51. Rapportage

Snelle aanpassing van wetgeving is alleen dan mogelijk, wanneer praktijkproblemen direkt aan de wetgever worden gerapporteerd. Voor de effectiviteit van het controlestelsel is een eerste vereiste dat belangrijke algemene voorwaarden meteen ter kennis van de konsumentenorganisaties worden gebracht. Een rechterlijk verbod van bepaalde klausules heeft slechts feitelijke precedentwerking, indien aan de uitspraak een ruime bekendheid wordt gegeven. Het zijn drie uiteenlopende vragen van rapportage, waarvoor ik enkele mogelijke oplossingen wil aanduiden.

Voor het doorspelen van praktijkproblemen naar de wetgever is het vooral zaak dat regelmatig wordt geëvalueerd wat wel en wat niet met de nieuwe wet wordt bereikt. De huidige jaarverslagen van organisaties die zich met konsumentenbescherming bezig houden wettigen de verwachting dat van die zijde voor een goede verslaglegging zal worden gezorgd (13). Via òfwel de Interdepartementale kommissie voor konsumentenangelegenheden (ICC) òfwel de SER-kommissie voor konsumentenangelegenheden (CCA) kunnen de gesignaleerde knelpunten verder worden gekanaliseerd. De laatstgenoemde weg geniet mijn voorkeur, omdat deze waarborgt dat ook de andere zijde, de ondernemers en hun organisaties, wordt gehoord.

Hoe komen de konsumentenorganisaties achter de inhoud van de door ondernemers gebezigde algemene voorwaarden? Klachten van leden en anderen vormen nu al een belangrijke bron van informatie. Beter is het evenwel klachten te voorkomen. De CCA pleit er daarom voor dat de kamers van koophandel vrijwillig op zich nemen om afschriften van de bij hen gedeponeerde algemene voorwaarden naar de griffie van de bijzondere kamer van het gerechts-

(13) Zie bijv. de jaarverslagen van de Consumentenbond (kommissie rechtsbijstand), de Ombudsman levensverzekering, de Reklamekodekommissie en de Stichting consumentenklachten. Ook de jaarverslagen van de Duitse *Verbraucherschutzverein* (Tätigkeitsbericht 1977/1978 en *Aufstellung der vom Verbraucherschutzverein (VSV) durchgeführten UWG- und AGB-Verfahren 1977/1978*) zijn van hoge kwaliteit.

hof te sturen. Deze zou konsumenten- en ondernemersorganisaties faciliteiten dienen te verlenen om van de voorwaarden inzage of afschrift te nemen (14). Voor het gros van de belangrijke algemene voorwaarden zal dit stelsel geen problemen opleveren. Buitenlandse ervaringen leren ons echter dat men er met een op louter vrijwilligheid gebaseerde melding niet komt; altijd zijn er wel een paar ondernemers die hun algemene voorwaarden niet deponeren en zelfs niet op aanvraag toezenden. Zowel in Zweden (15) als in Israël (16) heeft men met het oog hierop de wet moeten wijzigen door alsnog voor te schrijven dat algemene voorwaarden desgevraagd worden opgezonden. Ook het CCA-advies behelst een voorstel om de bijzondere kamer de bevoegdheid te geven om ondernemers te gebieden hun algemene voorwaarden bij de griffie van de bijzondere kamer te deponeren (blz. 31).

Ten slotte moet aandacht worden geschonken aan de rapportage van uitspraken van de bijzondere kamer. Deze zijn immers alleen effectief, indien er de nodige bekendheid aan wordt gegeven. Voor een deel kan dit worden bereikt door enkele van de in nr 36 genoemde nevensankties: publikatie van de uitspraak op kosten van de veroordeelde partij en aanplakking op de toegang tot de bedrijfsruimte. Ook de vakorganisaties en konsumentenorganisaties kunnen aan de feitelijke precedentwerking bijdragen door uitspraken van de bijzondere kamer in hun periodieken op te nemen. De wetgever kan een bijdrage leveren door plaatsing van genoemde uitspraken in de Staatscourant voor te schrijven (17). Alleen op deze wijze bestaat er zekerheid dat de uitspraken direkt bekendheid verwerven. Dit sluit uiteraard niet uit dat ook partikuliere rechtspraakverzamelingen zoals de Nederlandse jurisprudentie uitspraken van de bijzondere kamer kunnen opnemen.

Hiermee zijn nog niet alle rapportageproblemen opgelost. Ook de gewone rechter kan uitspraken doen over algemene voorwaarden, zij het niet *in abstracto*. Het Duitse *AGB-Gesetz* verplicht de rechter om alle op vordering van konsumentenorganisaties gedane (abstracte) uitspraken aan het *Bundeskartellamt* door te geven (18).

(14) CCA-advies 1978, 30.

(15) Art. 3a Wet onbillijke kontraktsbedingen.

(16) Section 21 Standaardkontraktenwet 1964 j^o par. 1 *Standard contracts (delivery of copy) regulations* 1977.

(17) CCA-advies 1978, 21 noot 1.

(18) Par. 20 *AGB-Gesetz*; zie hierover J. Creutzig, *NJW* 1979, 20-21.

Voor uitspraken in een concreet geding geldt deze verplichting, anders dan in Israël (*section 14A*), niet. Ook voor ons land lijkt het wat overtrokken om alleen voor algemene voorwaarden een algemene rapportageplicht van rechterlijke uitspraken in te voeren. Wel zou een aanmelding (bij de griffie van de bijzondere kamer) op vrijwillige basis kunnen worden overwogen; de registratie van internationaal privaatrechtelijke uitspraken door het Asser instituut kan daarbij tot inspiratie dienen.

52. Internationaal privaatrecht

Algemene voorwaarden stellen ons voor enkele belangwekkende konfliktenrechtelijke problemen. Een van de boeiendste vragen is of het mogelijk is zich via het bezigen van algemene voorwaarden en het aanvaarden van arbitrage aan de werking van nationale rechtsstelsels te onttrekken (19). Natuurlijk kan men zich in het normale handelsverkeer niet aan de werking van *elk* rechtsstelsel onttrekken (20). Maar wel kan men zich afvragen of niet in plaats van op een bepaald nationaal rechtsstelsel op de toepasselijkheid van een transnationaal kommuun handelsrecht, een nieuwe *lex mercatoria*, kan worden vertrouwd.

Twee bedenkingen kunnen tegen deze gedachte worden aangevoerd. In de eerste plaats is het bestaan van een tweede *lex mercatoria* zeer omstreven. Voorts is niet duidelijk of zo'n kommuunrecht aan enige beginselen van openbare orde zou zijn onderworpen en zo ja, aan welke. Op de kwestie van het al dan niet bestaan van een *lex mercatoria* zal ik hier niet ten principale ingaan (21); bij het vraagstuk van het zich onttrekken aan een nationaal rechtsstelsel wil ik slechts de volgende kanttekening plaatsen. Zoals men zich naar Nederlands recht volgens de theorie niet door een arbitraal beding aan de rechtsmacht van de gewone rechter kan onttrekken maar in feite voor 95 procent wel, zo kan ook op internationaal ni-

(19) Zie P. Level, 'Le contrat dit "sans loi"', Travaux du Comité français de droit international privé 1964-1966.

(20) Anders L. Peyrefitte. 'Le problème du contrat dit "sans loi"', *Dalloz* 1963, 115.

(21) Zie daaromtrent vooral de vele publikaties van G.M. Schmitthoff (geciteerd in mijn diss., 216 noot 601) alsmede de rapporten van R. David en T.R. Popescu over 'Le droit du commerce international: une tâche nouvelle pour les législateurs nationaux ou une nouvelle "lex mercatoria"?', in: *New*

veau het nationale recht voor ten minste 95 procent worden uitgeschakeld. Indien partijen tot eenzelfde organisatie behoren, kan zelfs de afdwinging van arbitrale uitspraken via andere sankties (schorsing als lid) dan een exequatur worden bereikt.

De tweede bedenking lijkt slechts van tijdelijke aard. Als over enkele jaren de wetgevingsgolf inzake algemene voorwaarden over West-Europa heen is gespoeld en hooguit de Zwitserse Alpen, de Italiaanse Apennijnen en de Spaanse Pyreneeën nog boven de zee uitsteken, dient te worden gezocht naar de *common core* (22) van de onderscheiden wetgevingen. Aan de hand hiervan zal geleidelijk een gemeenschappelijk kontraktenrecht, een Europese *restatement*, kunnen worden opgebouwd (23). Ook als het zover is zullen we echter gebruik moeten blijven maken van de traditionele instrumenten van het internationaal privaatrecht.

Tot die instrumenten kan langzamerhand ook de *règle d'application immédiate* worden gerekend. Vele wetgevers beperken zich er niet toe rechtskeuzeklausules aan banden te leggen (24), maar beogen ook de gewone regels van konfliktenrecht ten gunste van hun algemene voorwaarden-wetgeving terug te dringen. Paragraaf 12 *AGB-Gesetz*, section 26 *Unfair contract terms act* 1977, paragraaf 38 Oostenrijks ontwerp, art. 4 Luxemburgs ontwerp, alle bevatten zij *leges speciales* ten aanzien van de gebruikelijke ipr-regels. Nu moge dit begrijpelijk zijn omdat deze wetgevers nog van mening konden zijn een eenling temidden der *pacta-sunt-servanda* barbaren te zijn, langzamerhand is deze gedachte toch niet meer verdedigbaar. Daar komt nog het volgende bij. Evenmin als het juist is om wetgeving inzake algemene voorwaarden als uitzonderingsrecht buiten de gewone kodifikaties te houden (25), lijkt het opportuun directions in international trade law (Acts and proceedings of the 2nd Congress of private Law held byUNIDROIT....., 1977.

(22) De term is ontleend aan R.B. Schlesinger (red.), *Formation of contracts/A study of the common core of legal systems*, Dobbs Ferry NY 1968, twee delen.

(23) Er is zelfs al gepleit voor een, naar mijn mening op korte termijn niet realiseerbare, Europese tegenhanger van de Amerikaanse *Uniform commercial code* — zie O. Lando, *Unfair contract clauses and a European Uniform commercial code*, in: M. Cappelletti (red.), *New perspectives for a common law of Europe*, Leiden enz. 1978, 267, 282-288. Bij de totstandkoming van gemeenschappelijke wetgeving zou een Europese *law commission* een belangrijke rol kunnen spelen — zie proceedings of the fourth European conference of law faculties, 6-8 October 1976, Straatsburg 1977, 92.

(24) Nr 48 hierboven.

(25) Nr 49 hierboven.

de konfliktenrechtelijke konsumentenbescherming buiten de normale ipr-regels te houden. Door bij konsumententransakties meer dan thans het accent op de plaats van de totstandkoming van de overeenkomst en van de gewone verblijfplaats van de konsument in plaats van op die van de karakteristieke prestatie te leggen, kan een integratie van kommuun ipr en internationaal privaatrechtelijk konsumentenrecht worden nagestreefd. Het valt daarom toe te juichen dat momenteel in het kader van de Europese Gemeenschappen een verdrag tot stand wordt gebracht waarin de konfliktenrechtelijke konsumentenbescherming tot uitdrukking is gebracht door middel van een regel die beperkingen aan de rechtskeuze door partijen oplegt ten gunste van het recht van het woonplaats van de konsument (26).

53. Harmonisatie van controlestelsels

Het nastreven van de harmonisatie van materieel recht impliceert niet direkt dat ook de verschillende nationale controlestelsels nader tot elkaar dienen te worden gebracht (27). Die controlestelsels gelden alleen voor konsumententransakties en dergelijke transakties spelen zich, met enkele uitzonderingen zoals het internationaal vervoer, voornamelijk binnen de landsgrenzen af. Op den duur lijkt internationale harmonisatie van de controlestelsels wel wenselijk, zowel voor ondernemer als voor konsument. Ondernemers met een internationale markt zijn bij harmonisatie gebaat, omdat het voor hun kostenkalkulatie en verkooptechnieken lastig is wanneer de nationale rechtssstelsels te zeer uiteenlopen. Voor de konsument is harmonisatie aantrekkelijk, omdat zij de — nog lange — weg opent naar de vorming van een internationale *countervailing power*, als tegenwicht tegen multinationale ondernemingen en internationale brancheorgansaties.

Welk stelsel dient bij een eventuele harmonisatie model te staan? De ervaringen met de verschillende controlestelsels zijn nog te beperkt om deze vraag reeds nu te kunnen beantwoorden. Alvorens een harmonisatie in overweging kan worden genomen, zal daarom eerst moeten worden afgewacht hoe de diverse nieuwe controle-

(26) Ik dank deze informatie aan R. van Rooij (ministerie van justitie).

(27) Anders E. von Hippel, 'Der Schutz des Verbrauchers vor unlauteren Allgemein Geschäftsbedingungen in den EG-Staaten/Bestandaufnahme und Überlegungen zur Rechtsangleichung', *Rebels Zeitschrift* 1977, 237.

procedures in de praktijk werken.

Deze konklusie behoeft internationale organisaties als de Europese gemeenschappen, de Organisatie voor economische samenwerking en ontwikkeling en de Raad van Europa er niet van te weerhouden voort te gaan met het formuleren van richtlijnen en aanbevelingen terzake van algemene voorwaarden. Maar het belang hiervan moet, althans waar het de niet-materieelrechtelijke kant betreft, niet zozeer worden gezien in de harmonisatie van wetgeving als wel in de verhoging van de mate van konsumentenbescherming. Voor wat de EG betreft, rijst de vraag of art. 100 EEG-verdrag de Raad van ministers de bevoegdheid geeft om richtlijnen vast te stellen terzake van bescherming van konsumenten tegen algemene voorwaarden. Zijn de verschillen in konsumentenbescherming tussen de lidstaten wel van invloed op de werking van de gemeenschappelijke markt, zoals art. 100 eist? Dit is geen academische kwestie, want in juli 1978 beantwoordde de juridische kommissie uit het Europees parlement deze vraag, gesteld naar aanleiding van de ontwerp-richtlijn inzake produktenaansprakelijkheid, in ontkennende zin. Ten onrechte naar het mij voorkomt, want ook een gemeenschappelijke markt voor konsumenten kan tegenwoordig geacht worden onder art. 100 te vallen. Het is weinig aannemelijk dat bij de opstelling van het EEG-verdrag is voorzien welk een vlucht de konsumentenbescherming zou nemen. Maar het is wel degelijk aannemelijk dat dit verdrag net als iedere grondwet slechts dankzij een flexibele interpretatie goed kan blijven functioneren. Er is aanleiding te veronderstellen dat deze gedachte wordt gedeeld door het Europese hof, het orgaan dat in laatste instantie over de toelaatbaarheid van richtlijnen oordeelt.

De ontwerp-richtlijn inzake produktenaansprakelijkheid heeft nog tot een ander twistpunt met betrekking tot art. 100 EEG-verdrag geleid, te weten of zij de nationale stelsels wel nader tot elkaar brengt. Omdat deze vraag ook met betrekking tot de thans in voorbereiding verkerende ontwerp-richtlijn inzake algemene voorwaarden zou kunnen worden gesteld, wil ik er een enkel woord aan wijden. Tegen de ontwerp-richtlijn inzake produktenaansprakelijkheid is wel aangevoerd dat zij de nationale bepalingen onverlet laat en slechts daarboven geheel nieuwe bepalingen introduceert. Deze tegenwerping lijkt mij onjuist, immers al sinds een decennium wordt vrij algemeen aanvaard dat harmonisatie de invoering van

een geheel nieuwe regel kan vereisen (28). Welnu, ook toevoeging van een geheel nieuwe regel aan de bestaande rechtsstelsels heeft tot gevolg dat deze stelsels in hun totaliteit nader tot elkaar worden gebracht. Indien te zijner tijd een harmonisatie van controlestelsels terzake van algemene voorwaarden wordt overwogen, zal deze ook in toevoeging van een geheel nieuw model aan de reeds ingevoerde systemen kunnen bestaan.

54. Uitzonderingsbepalingen

Bij de parlementaire behandeling van vrijwel alle nieuwe wetten inzake algemene voorwaarden heeft zich, vaak achter de schermen, een strijd afgespeeld over de opnemng van uitzonderingsbepalingen. Bepaalde sectoren van het bedrijfsleven, zoals het bank- en verzekeringswezen, het bouwbedrijf en de openbare nutsbedrijven, hebben zich, soms met sukses, ingespannen om de toepasselijkheid van bepaalde of zelfs alle wetsartikelen voor hun branche uit te sluiten. In Zweden werden de bank- en verzekeringsvoorwaarden van de controle door het marktgerecht uitgezonderd. In de Duitse bondsrepubliek slaagde het verzekeringswezen er slechts zeer ten dele in een uitzonderingspositie te bereiken, evenals het bouwbedrijf (paragraaf 23); de openbare nutsbedrijven hadden dankzij de steun van enige ministers wat meer sukses (paragrafen 26-27). In Engeland werden de verzekeringen en enkele andere kontrakten juist weer wel uitgezonderd (*section 1 van schedule 1*). Is er ook in ons land behoefte aan uitzonderingsbepalingen? Om deze vraag te kunnen beantwoorden moeten we ons afvragen waarom een uitzondering gewenst of zelfs noodzakelijk kan zijn. Uitzonderings-

(28) Zie reeds de uitspraak dd. 27 november 1969 van Von der Groeben voor het Europese parlement (geciteerd door P.H. Teitgen in: *Rapports généraux au IXe Congrès international de droit comparé*, Brussel 1977, 89, 101): 'Le rapprochement des législations n'a pas pour but de trouver une moyenne arithmétique entre les dispositions nationales mais d'adapter celles-ci aux exigences que pose le bon fonctionnement du marché commun. Lorsque le fonctionnement est possible sur la base des dispositions existantes, celles-ci, retouchées, peuvent subsister. Lorsque, au contraire, de nouvelles solutions sont nécessaires, elles doivent être adoptées. Ainsi, même si le système de la taxe en cascade sur le chiffre d'affaires avait été appliqué à l'origine dans tous les pays membres, il aurait été possible d'instaurer le système commun de la taxe à la valeur ajoutée, car ce système est le seul qui soit neutre sur le plan de la concurrence et donc le seul qui puisse être appliqué dans le Marché commun'.

bepalingen zijn in de eerste plaats verdedigd met een beroep op het feit dat er al een (administratief) toezicht op de algemene voorwaarden in de betreffende branche bestaat. Om die reden zijn indertijd in Zweden de bank- en verzekeringsvoorwaarden uitgezonderd (29). Nu acht ik het argument dat aldus de verschillende aspecten van het toezicht in één hand worden gehouden niet zo sterk. Hier staat immers tegenover dat de beoordeling van gelijke bedingen per branche kan komen te verschillen: in de ene, onder het algemene regime vallende bedrijfstak worden bepaalde klausules niet getolereerd, in de andere, bijzondere, wel. Terecht heeft men in de Bondsrepubliek dan ook het argument van de verzekeringsbranche dat zij al aan een administratieve controle was onderworpen, nauwelijks mee laten tellen (30).

Een tweede grond voor een uitzonderingsbepaling kan gelegen zijn in de bijzondere aard van de betreffende sektor. Zo kan het samenwerkingskarakter van de verzekeringsovereenkomst zich ertegen verzetten dat de ene verzekeringnemer wel, de andere niet aan de algemene voorwaarden gebonden wordt geacht — vandaar dat aan het niet in acht nemen van de vormvereisten met betrekking tot de toepasselijkheidsverklaring van door de overheid goedgekeurde verzekeringsvoorwaarden geen sanktie is verbonden. Het spreekt vanzelf dat al naar gelang het effect van een lijst van verdachte klausules kleiner of groter is, minder of meer uitzonderingsbepalingen nodig kunnen zijn. Een zwarte lijst van verboden klausules als de Duitse zal meer uitzonderingen behoeven dan een grijze lijst met ingebouwde ontsnappingsmogelijkheid als hierboven verdedigd.

Er is nog een derde grond die wordt aangevoerd om bepaalde rechtsverhoudingen van de werking van de wet uit te zonderen; men zou die kunnen karakteriseren als 'al wat de overheid doet is goed'. Op deze grond zijn in Italië en Israël de kontrakten met de overheid geheel of gedeeltelijk van de werking van de wet uitgezonderd. In de Duitse bondsrepubliek zijn de algemene voorwaarden van openbare nutsbedrijven aan een bijzonder regime onderworpen (paragrafen 26, 27 *AGB-Gesetz*). Wat zijn de redenen voor

(29) Thans wordt overwogen deze uitzondering op te heffen — zie J. Hellner, 'Förslaget till konsumentförsäkringslag', *Nordisk försäkringstidskrift* 1978, 81, 92-93.

(30) Dit tot woede van de verzekeringsbranche — zie K. Sieg, 'Auswirkungen des AGB-Gesetzes auf Justiz und Verwaltung im Bereich der Privatversicherung', *Versicherungsrecht* 1977, 489-496.

deze uitzonderingsbepalingen? In Italië was het indertijd de gedachte dat het ene overheidsorgaan het andere niet de les moet kunnen lezen — een volslagen achterhaalde visie. Ik ben bang dat in de Duitse bondsrepubliek, alle prachtige verhalen in de handboeken ten spijt, het uiteindelijk de politieke lobby van andere ministeries dan justitie is geweest, welke de zojuist genoemde uitzonderingsbepalingen heeft opgeleverd (31). Een argument hiervoor put ik uit het feit dat in het van justitie afkomstige voorontwerp van wet (*Referentenentwurf*) nog geen sprake was van genoemde uitzonderingen. Pas toen dit voorontwerp zijn tocht langs de diverse departementen had voltooid, kwamen opeens de openbare nutsbedrijven voor de dag.

Natuurlijk hoeft deze visie er niet toe te leiden dat voor de algemene voorwaarden van overheidsbedrijven in het geheel geen uitzonderingsbepalingen zouden mogen worden geformuleerd. Maar die uitzonderingen zijn dan niet nodig omdat een van de partijen een overheidsinstelling is, doch omdat de bijzondere aard van de rechtsverhouding zulks vereist.

Par. 10. SAMENVATTING EN KONKLUSIE

55. Noodzaak van een wettelijke regeling

In het voorgaande heb ik een zware wissel getrokken op de aandacht van de lezer. Door mijn betoog niet met casuïstiek te kruiden, heb ik weliswaar de ruimte gevonden om verscheidene wetgevingsaspecten wat meer te belichten, maar dit is naar ik vrees wel ten koste van de leesbaarheid van het preadvies gegaan. In deze slotparagraaf wil ik een poging doen de grote lijnen weer bijeen te vatten. Dat zal ik doen door nogmaals de kontoeren van de in mijn ogen meest wenselijke rechtsontwikkeling te schetsen.

In die rechtsontwikkeling is veel minder plaats ingeruimd voor de gewone rechter dan tegenwoordig gebruikelijk is. Dit is niet een

(31) Er is in de Duitse literatuur meermalen op gewezen dat overheidsvoorwaarden op vele punten in strijd met het *AGB-Gesetz* zijn — zie E. Koch en J. Stübing, *Allgemeine Geschäftsbedingungen/Kommentar zum Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, Neuwied 1977, 478-479 met verdere verwijzingen naar rechtspraak en literatuur.

voortvloeiſel van een tekortschieten van de gewone rechter. Op de aanpak van de algemene voorwaarden door de Nederlandse rechtspraak is, zeker wanneer men deze met de Duitse aanpak vergeleekt, wel het een en ander aan te merken. Dit ſluit echter niet de mogelijkheid uit dat die rechtspraak in de toekomst verbetering zal ondergaan. Maar zelfs de allerbeste rechtspraak is niet bij machte het tij van de bezwarende klausules te keren. Daarvoor is zij te incidenteel, komt zij te laat, en is zij tezeer afhankelijk van partikulier initiatief. Waar het ene trias-orgaan tekort moet ſchieten, ligt het voor de hand bij een ander orgaan aan te kloppen: de wetgever.

Moet dat nu, die wetgeving? Zijn ondernemers — of hun organisaties — niet mans genoeg om orde op zaken te ſtellen? De ervaring wijſt uit dat dit, enkele uitzonderingen daargelaten, helaas niet het geval is. Zelfs in het zicht van een door de regering aangekondigde wetgeving heeft het bedrijfsleven niet het mes in zijn algemene voorwaarden gezet. Hooguit is ſprake van een iets grotere bereidheid dan voorheen om aan de onderhandelingſtafel plaats te nemen. Individuele ondernemers valt op dit punt weinig te verwijten; zij drijven ſlechts mee op de golven. Die golven kunnen alleen worden bedwongen door een dam op te werpen. Aan de zee laat men niet de controle over haar golven over. Vanuit de rechtsorde gezien is het vaak onwenselijk nieuwe regels in te voeren. Men bedenke evenwel dat het hier juist om de *beteugeling* van uit de hand gelopen partikuliere regels gaat. Als Labaudère's klassieke 'c'est la liberté qui opprime, c'est la loi qui libère' ergens op van toepassing is, zijn het wel de algemene voorwaarden.

Als er nu toch wet gegeven gaat worden, kan tegelijk een ander, minder ſchrijnend maar in de praktijk regelmatig weerkerend probleem worden geregeld: het probleem van de toepasselijkheid en van de uitleg. Zelfs bij volkomen evenwichtig ſamengestelde algemene voorwaarden blijft de vraag welke voorwaarden op een bepaalde overeenkomst toepasselijk zijn en wat hun betekenis daarvoor is (nr 57). Omgekeerd kan worden geſteld dat, ook indien toepasselijkheid en uitlegging tot ieders tevredenheid zijn geregeld, de inhoud van algemene voorwaarden voor kritiek vatbaar kan zijn. Een open norm en een grijze liſt zijn de hiertegen voorgestelde remedies (nr 58). Kernpunt van de controle zal evenwel de procedure dienen te zijn, welke in nr 59 nog eens in grote lijnen zal worden ſamengevat. Daarmee keren we dan, althans voor wat de kon-

sumementtransakties betreft — zie nr 56 — toch weer terug bij de rechter, zij het dat dit een bijzondere rechter is: een bijzondere kamer bij één gerechtshof. Dit brengt mee dat vooralsnog van de totstandbrenging van geheel nieuwe instellingen kan worden afgezien (nr 60).

56. Werkingssfeer

Bij de transakties welke op basis van algemene voorwaarden plegen te worden afgesloten kan een onderscheid worden gemaakt tussen konsumententransakties (ondernemer-konsument) en handelstransakties (ondernemer-ondernemer). Bij beide typen kunnen zich problemen met betrekking tot toepasselijkheid en uitlegging voordoen. Het verdient daarom aanbeveling om een wettelijke regeling op dit punt niet tot konsumententransakties te beperken (1).

Anders is het gesteld met de controleprocedure. De gebleken ontoereikendheid van de rechterlijke controle geldt niet of in veel mindere mate voor handelstransakties. Zeker nu het controlestelsel als een experiment moet worden gezien, is het verstandig om deze procedure in het begin een beperkte werkingssfeer te geven, beperkt tot konsumententransakties in enge zin, dus bijv. niet terzake van onroerend goed.

Het bezwaar van deze beperking is dat er ook ondernemerstransakties zijn die onbillijke klausules bevatten. Door de nieuwe regeling kunnen in het bijzonder die ondernemers in de knel komen te zitten, die niets anders doen dan bezwarende klausules van producent of grossier door te spelen naar de konsument. Om hieraan tegemoet te komen is het niet noodzakelijk om in het vlak van de abstracte toetsing voorzieningen te treffen. Voldoende is het de open norm een ruime werkingssfeer te geven, in die zin dat de gewone rechter haar op algemene voorwaarden terzake van *alle* transakties kan toepassen.

Onder die open norm versta ik in dit verband een bepaling welke de rechter de bevoegdheid geeft om in de kontraktsinhoud in te

(1) Een derde type transakties, de partikuliere transakties ('konsument'-'konsument'), kan hier gevoegelijk buiten beschouwing worden gelaten omdat algemene voorwaarden er nauwelijks een rol spelen (nr 7 hierboven). In een wettelijke regeling kan deze categorie echter onder het hoofd 'andere transakties' worden meegenomen.

grijpen. Om hieraan wat meer konkrete gestalte te geven is het verstandig een of meer lijsten van in het algemeen voor onbillijk te houden klausules vast te stellen. In ieder geval zou zo'n lijst moeten worden opgemaakt voor konsumententransakties. De presumpctie van onbillijkheid zou moeten wijken indien het tegendeel blijkt (grijze lijst), behalve ten aanzien van enige nog nader te bepalen klausules welke altijd ontoelaatbaar worden geacht (zwarte lijst). Terzake van handelstransakties zal dwingend recht vaak een aantrekkelijker alternatief zijn.

Olifanten zijn moeilijk definieerbaar, maar als men er een ziet herkent men hem wel. Dit geldt niet voor algemene voorwaarden, die met moderne schrijfmachinetechnieken op eenvoudige wijze als individueel beding kunnen worden vermomd. Dit doet de vraag rijzen of de werkingssfeer van de wettelijke regeling wel beperkt dient te blijven tot algemene voorwaarden. Voor de controleprocedure is dit niet zo'n probleem, immers reeds de kosten zullen verhinderen dat over een individueel beding wordt geprocedeerd. Voor wat het materiële recht betreft, dient te worden onderscheiden tussen die bepalingen welke in het bijzonder zijn toegesneden op algemene voorwaarden — dat zijn de voorschriften inzake toepasselijkheid en uitlegging — en die welke ook voor onbillijke bedingen in het algemeen zouden kunnen en, voor zover het konsumententransakties betreft, ook zouden moeten gelden, zoals de open norm en de grijze lijst.

De werkingssfeer van de voorgestelde wetsbepalingen kan schematisch als volgt worden weergegeven:

	abstrakte toetsing		gewone rechter	
<i>toepasselijkheid</i>				
<i>Uitlegging</i>	kons.transakties	andere transakties	kons.transakties	andere transakties
alg. voorwaarden		—	x	x
individuele bedingen	—		—	—
	abstrakte toetsing		gewone rechter	
<i>open norm</i>	kons.transakties	andere transakties	kons.transakties	andere transakties
alg. voorwaarden	x		x	x
individuele bedingen	—	—	x	—
	abstrakte toetsing		gewone rechter	
<i>grijze lijst</i>	kons.transakties	andere transakties	kons.transakties	andere transakties
alg. voorwaarden	x	—	x	—
individuele bedingen		—	x (met enkele uitzonderingen)	—

57. Terug naar de beginselen

Trouw aan het gegeven woord is een beginsel dat in ons kontraktenrecht hoog genoteerd staat. Het verdient dat ook te blijven. Zo fier wappert de vlag van de gebondenheid aan het kontrakt, dat zij ook een grote verscheidenheid aan bijverschijnselen heeft aange trokken. Zelfs het niet reageren op een gedrukte verwijzing naar elders gedeponeerde algemene voorwaarden is onder deze vlag gebracht, die aldus tot een *flag of convenience* is geworden. Het is tijd voor de rechtsorde om terug te keren naar de beginselen van het kontraktenrecht. Daartoe behoort niet een automatische gebondenheid wegens het niet reageren op een gedrukte verwijzing. Evenmin behoort hiertoe de afwijzing van een dergelijke gebondenheid' onder alle omstandigheden. Aan welke eisen moet zijn voldaan wil er sprake zijn van toepasselijkheid van algemene voorwaarden, is thans een zaak voor de wetgever. Te lang hebben rechtspraak en doktrine deze kwestie op haar beloop gelaten. Voor de formulering van wettelijke voorschriften in deze kan de wetgever aansluiting zoeken bij het Duitse *Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*. Net als bij ons werd in de Bondsrepubliek te spoedig toepasselijkheid van algemene voorwaarden aangenomen; te weinig werd het onderscheid tussen uitdrukkelijke verklaring en niet reageren op gedrukte verwijzing ingezien. De wetgever heeft dit in 1976, althans ten dele, geredresseerd.

Eveneens navolging verdient de formulering van enkele wettelijke uitlegregels terzake van algemene voorwaarden. Ten onrechte zijn de ontwerpers van het nieuw BW ervan uitgegaan dat deze regels er alleen ten dienste zijn van de rechter (die ze inderdaad waarschijnlijk wel zou kunnen missen). Van tenminste even veel gewicht is dat de wet partijen tot richtsnoer dient. Wettelijke uitlegregels kunnen in dit verband een nuttige functie hebben.

58. Inhoudskontrolle

Wat onze rechtspraak met de ene hand geeft, neemt zij met de andere weer terug. Enerzijds aanvaardt zij (te) spoedig de toepasselijkheid van algemene voorwaarden, anderzijds corrigeert zij dit door een beroep op deze voorwaarden onder omstandigheden uit hoofde van de goede trouw niet toe te laten (HBU-arrest). Voor

dat laatste is dan wel een rechterlijke procedure vereist. Zo'n procedure is een kostbare zaak. Reeds vanuit dit gezichtspunt is het te betreuren dat het rendement, makro-juridisch gezien, zo klein is. Wat leert ons immers toetsing van een klausule in bepaalde algemene voorwaarden aan de HBU-formule? Dat een beroep daarop onder zekere omstandigheden niet geoorloofd is. De bij de procedure betrokken partijen weten met dit oordeel voldoende. Maar voor al die andere rechtsverhoudingen op dezelfde algemene voorwaarden, die wellicht onder wat andere omstandigheden zijn aangegaan, heeft de uitspraak van de rechter vaak weinig of geen betekenis. Hoe het anders kan, kunnen we, alweer, van de Duitse bondsrepubliek leren. De rechter gaat daar veel abstrakter dan bij ons te werk: hij abstraheert van de konkrete omstandigheden van het geval en kan daardoor een uitspraak over de klausule in het algemeen doen. Daardoor stijgt de direkte betekenis van de uitspraak uit boven die van de werking *intra partes*. Betekent dit nu dat toetsing aan de HBU-formule moet worden verworpen? Niet noodzakelijk. Maar wel moet zij worden voorafgegaan door toetsing van de algemene voorwaarden *in abstracto* aan een open norm. Nu zou het jaren kunnen duren voordat op basis van een open norm een jurisprudentie is opgebouwd die de opstellers van algemene voorwaarden en hun wederpartijen enige indicatie geeft wat wel en wat niet geoorloofd is. Het verdient daarom aanbeveling dat de wetgever partijen te hulp komt door aan te geven wat in zijn ogen geoorloofd en ongeoorloofd is. Tegelijk verkleint dit de rechtsvindingsproblemen voor de rechter die de wet moet toepassen.

De samenstelling van een lijst van ongeoorloofde klausules is niet eenvoudig. Hoe gauw zal het niet gebeuren dat men een bepaalde casuspositie over het hoofd ziet, waarin de op het eerste gezicht ongeoorloofd lijkende klausule heel wel acceptabel is. Om die reden is het raadzaam om in beginsel niet een lijst van altijd ongeoorloofde klausules maar een lijst van 'verdachte' klausules op te stellen: geen zwarte, maar een grijze lijst. Dit beginsel kan voor twee zaken wijken: in de eerste plaats zijn er klausules in algemene voorwaarden aan te wijzen die onder alle omstandigheden voor ongeoorloofd zullen worden gehouden. Voorts mag de ontsnappingsmogelijkheid er niet toe leiden dat ondernemers er een dilatoire tactiek op gaan nahouden. Indien dit gevaar zich terzake van bepaalde klausules dreigt te realiseren, is verplaatsing naar een zwarte lijst de enige remedie.

59. *Kontroleprocedure*

Met de invoering van een open norm en een grijze lijst zijn we er nog niet. De traditionele rechterlijke procedure is te zeer toegesneden op het individuele geval om als remedie tegen het massale verschijnsel van bezwaarlijke algemene voorwaarden te functioneren. In de ons omringende landen is de laatste jaren een aantal uiteenlopende controleprocedures ingevoerd ter compensatie van de ontoereikendheid van de rechterlijke controle. Het meest verbreid is de twee-fasen controle. Deze bestaat in hoofdzaak hierin dat een toezichthoudend orgaan de bevoegdheid heeft om een ondernemer te verbieden bepaalde algemene voorwaarden of een bepaalde clausule nog langer te bezigen. Dit verbod wordt uitgelokt door een konsumentenvertegenwoordiger, die met de mogelijkheid van een verbodsakkie als stok achter de deur in een positie verkeert om met ondernemers of hun organisaties over de inhoud van de te bezigen algemene voorwaarden te onderhandelen. Ook voor ons land verdient invoering van dit stelsel aanbeveling.

Dit betekent niet noodzakelijk dat alle andere controlestelsels maar moeten worden verworpen. Een preventief toezicht door een onafhankelijk overheidsorgaan op alle algemene voorwaarden is praktisch niet haalbaar, maar lijkt voor bepaalde bedrijfstakken zoals de verzekeringsbranche het overwegen waard. De vaststelling van standaardregelingen in de zin van art. 6.5.1.2 ontwerp nieuw BW levert weliswaar geen rechtstreekse bijdrage aan de bestrijding van onereuze algemene voorwaarden, maar kan daarvoor indirect — als toetssteen voor het toezichthoudend orgaan — toch van gewicht zijn. Voorts zal uitbreiding en voortdurende modernisering van de wetgeving, strikt genomen geen controleprocedure, tegen de uitzaaiing van bezwarende algemene voorwaarden in het veld kunnen worden gebracht.

60. *Nieuwe instellingen*

Aan wie dient de controle overeenkomstig het zojuist geschetste stelsel te worden toevertrouwd? Voor wat betreft het toezichthoudend orgaan dat de verbodsakties beoordeelt, kan worden gekozen tussen administratief orgaan en rechterlijk orgaan. Het laatste geniet in mijn ogen de voorkeur om een positieve en een negatieve reden. De rechter is als geen ander overheidsorgaan vertrouwd met

algemene voorwaarden, dat is de positieve reden. Anderzijds is er geen bestaand administratief orgaan, waaraan het naar te verwachten niet zo arbeidsintensieve toezicht op algemene voorwaarden als neventaak zou kunnen worden opgedragen. Anders dan in de Duitse bondsrepubliek dient de controle echter niet aan de volgens de normale bevoegdheidsregels competente rechter te worden overgelaten. Koncentratie bij een bijzondere kamer van één gerechtshof voorkomt versnippering en verschaft de verbodsuitspraken het meeste gezag.

Ook op het punt van de konsumentenvertegenwoordiging bestaan verschillende opties. In het buitenland heeft men veelal voor een overheidsfunktionaris als behartiger van het konsumentenbelang gekozen; alleen in de Duitse bondsrepubliek zijn reeds partikuliere organisaties op dit gebied actief. Voor ons land lijkt toevertrouwing van de eerstelijns controle aan de bestaande, op dit punt al enigszins ervaren konsumentenorganisaties het meest aantrekkelijk. Hierbij dient te worden aangetekend dat de kosten van het partikuliere toezicht in de Bondsrepubliek zo goed als volledig door de overheid worden gedragen. Ook voor ons land zal subsidiëring door de overheid noodzakelijk zijn. Of de konsumentenorganisaties zich goed van hun taak zullen kwijten, blijft vooralsnog een ongewisse zaak. Na een periode van een aantal jaren zal daarom moeten worden nagegaan of niet alsnog instelling van een overheidsfunktionaris aanbeveling verdient. Hierbij zal mede in overweging moeten worden genomen of een dergelijke funktionaris ook voor andere taken op het gebied van de konsumentenvertegenwoordiging noodzakelijk zal zijn.

A. STANDARD CONTRACTS LAW 1964 ZOALS GEAMENDEERD
(ISRAEL)

(De door het Israëlische ministerie van justitie geautoriseerde vertaling van de oorspronkelijke wetstekst — zonder de amendementen van 1969 en 1977 — is afgedrukt in *Journal of business law* 1968, 329-332. Een vrijwel identieke vertaling door U. Yadin is opgenomen in *Scandinavian studies in law* 1966, 144-148 en in *Richterliche Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, Frankfurt/Berlijn 1968, 175-179. De vertaling van de amendementen is mij verstrekt door P. Elman.)

APPENDIX: ISRAELI STANDARD CONTRACTS LAW, 1968

1. *Definitions.* In this Law —

‘Standard contract’ means a contract for the supply of a commodity or a service, all or any of whose terms have been fixed in advance by, or on behalf of, the person supplying the commodity or service (hereinafter ‘the supplier’) with the object of constituting conditions of many contracts between him and persons undefined as to their number or identity (hereinafter ‘the customers’);

‘commodity’ includes land and rights over land, and rights of hire and lease;

‘terms of a contract’ includes terms referred to in the contract, and any condition, waiver or other matter forming part of the bargain without being expressly stated in the contract itself, but does not include a term especially agreed upon by a supplier and a cus-

tomer for the purpose of a specific contract;
'restrictive term' means any of the terms specified in section 15;
'Court' includes a tribunal and an arbitrator.

2. Application for approval of standard contract. A supplier who enters, or intends to enter, into agreements with customers by a standard contract may apply to the Board appointed for the purposes of the Restrictive Trade Practices Law, 5719-1959 (hereinafter 'the Board') for approval of the restrictive terms of the contract.

2A. Application for cancellation of restrictive term. The Attorney-General may apply to the Board for the cancellation of a restrictive term of a standard contract which is entered into by a supplier with customers, and so may, with the consent of the Attorney-General, the Israël Consumer Council and any organization of customers which the Attorney-General has approved in that behalf.

3. Composition of the Board. Applications for approval under this Law shall be dealt with by the Board, composed of three members who shall be the Chairman of the Board or any other judge appointed for that purpose by the Minister of Justice and two members of the Board, one of whom at least shall not be a state employee.

4. Restriction on application for approval. The Board shall not entertain an application for approval made after an objection against a restrictive term of the contract has been raised in a suit between the supplier and one of his customers, nor shall it entertain an application for approval of a term which a court has, under section 14, decided to regard as void.

5. Powers of the Board. Where an application for approval has been made, the Board may, after hearing the applicant and the Attorney-General or his representative and after giving every person designated under the regulations as a respondent an opportunity to state his arguments, approve any restrictive term of the contract or refuse to approve such term.

(b) Where an application under section 2A has been filed, the

Board may — after hearing the applicant and the supplier and after giving every person designated as respondent under the regulations an opportunity to state his case — cancel or approve the restrictive term of the contract.

(c) Upon an application under section 2A, a representative organization of suppliers may, with the permission of the Board, appear before it and state its case.

5A. Application by the State as supplier. Where the State has filed an application under section 2, the Board may appoint an advocate not in the State Service to appear before it and present his arguments, and such advocate may appeal under section 8 against the decision of the Board. The fee and expenses of the advocate shall be paid out of the Treasury.

6. Matters to be considered by the Board. In deciding upon the validity of a restrictive term, the Board shall consider whether, having regard to the terms of the contract in their entirety and to all other circumstances, such term is prejudicial to the customers or gives an unfair advantage to the supplier likely to prejudice the customers.

7. Taking evidence; procedure. For the purposes of summoning witnesses and taking evidence, the Board shall have all the powers which a District Court has in civil matters. The Board shall determine its procedure, in so far as this has not been prescribed by the Minister of Justice by regulations.

8. Appeal. The applicant, the Attorney-General and any person designated under the regulations as a respondent may, within 60 days, appeal against the decision of the Board to the Supreme Court.

9. Period of validity of approval. An approval of the Board shall be valid for a period of five years, from the day on which it was given or for such shorter period as may be fixed by the Board in its decision.

10. Effect of approval. A restrictive term of a standard contract approved by the Board shall be of full effect in every contract

made in accordance with that standard contract before approval was given or during the period of its validity, and the provisions of section 14 shall not apply thereto.

11. *Effect of refusal.* A restrictive term of a standard contract which the Board has refused to approve shall be void; however, if before approval was refused that standard contract had been approved by the Board, the refusal shall not affect any contract made in accordance with that standard contract before such approval or during the period of its validity.

12. *Register of decisions; publication.* The Board shall keep a register of its decisions; the register shall be open for inspection by any person. The Board may publish its decisions in such form as it may deem fit in the public interest.

13. *Indication of approval.* Where the Board has approved the terms of a standard contract, the supplier shall indicate the fact of approval on the face of every contract which he makes with a customer after approval was given and during the period of its validity. Where no such indication was made on the face of a particular contract, a court may, notwithstanding the Board's approval and the provisions of section 10, act in respect of such contract as provided in section 14.

14. *Power of court.* Where, in any legal proceeding between a supplier and a customer, a court is satisfied that, having regard to the terms of the contract in their entirety and to all other circumstances, a restrictive term is prejudicial to the customers or gives an unfair advantage to the supplier likely to prejudice the customers, it may regard the term or any part of it as void and may order the return to the customer of anything given by him on the strength of such term.

14A. *Attorney-General.* Wherever in a civil proceeding between a supplier and one of his customers a plea is entered against a restrictive term of a standard contract between them, the Court shall bring the matter to the knowledge of the Attorney-General.

15. *What is a restrictive term?* A restrictive term is a term which-

- (1) excludes or limits any liability of the supplier towards the customer, whether contractual or legal, as would have existed but for such term; or
- (2) entitles the supplier, of his own accord, to cancel the contract, or vary its conditions or suspend its performance, or otherwise provides for the rescission of the contract, or the abrogation or limitation of any of the customer's rights thereunder, unless such cancellation, variation, suspension, rescission, abrogation or limitation is conditional upon a breach of the contract by the customer or upon other factors not dependent on the supplier; or
- (3) makes the exercise of any right of the customer under the contract conditional upon the consent of the supplier or of some other person on his behalf; or
- (4) requires the customer to resort to the supplier or to some other person in any matter not directly connected with the subject of the contract or makes any right of the customer under the contract conditional upon such resort or limits the freedom of the customer to enter into an agreement with a third party in any such matter; or
- (5) constitutes a waiver by the customer in advance of any of his rights that would have existed under the contract but for such term; or
- (6) authorizes the supplier or some other person on his behalf to act in the name of the customer or in his stead for the purpose of realizing a right of the supplier against the customer; or
- (7) makes accounts or other documents prepared by or on behalf of the supplier binding on the customer, or otherwise imposes on the customer a burden of proof which would not have lain on him but for such term; or
- (8) makes the right of the customer to any legal remedy dependent on the fulfilment of a condition or the observance of a time limit, or limits the customer with regard to arguments or to the legal proceedings available to him, unless such term be an arbitration clause; or
- (9) refers a dispute between the parties to arbitration in such manner as to give the supplier more influence than the customer on the designation of the arbitrator or arbitrators or the place of the arbitration or entitles the supplier to choose, of his own accord, the court before which the dispute is to be brought.

16. *Effect on other terms of contract.* The fact that a term of a contract has been invalidated by the Board under section 11 or by the Court under section 14, shall not in itself affect the other terms of the contract.

17. *Power of Court of Appeal.* In an appeal against a decision of the Board or against a determination under section 14, the Court of Appeal may reconsider the matters mentioned in sections 6 and 14.

18. *Application to the State.* For the purposes of this Law, the state as a supplier shall have the same status as any other supplier.

19. *Terms conforming to enactment or international agreement.* The provisions of this Law shall not apply to a term which conforms with, or is more favourable to the customer than, a term prescribed or approved by or under an enactment in force immediately prior to the coming into force of this Law or provided in an international agreement to which Israel is a party or an agreement between an Israeli corporation approved by the Government for the purposes of this section and a foreign supplier.

20. *Saving of laws and pleas.* The provisions of this Law shall not derogate from any other law or affect any plea by virtue of which a contract or any term thereof, whether restrictive or otherwise, may be void or voidable.

21. *Implementation and regulations.* The Minister of Justice is charged with the implementation of this Law and may make regulations for such implementation, including rules of procedure of the Board and provisions as to—

- (1) persons to be respondents before the Board in addition to the Attorney-General or his representative;
- (2) evidence which, notwithstanding the provisions of any Law, may be admitted or required in any proceedings before the Board;
- (3) payment of costs, advocate's fees and witnesses' allowances;
- (4) fees to be paid in proceedings before the Board;
- (5) procedure in appeals under section 8;
- (6) the form of the indication to be made on contracts under section 13;

(7) the obligation of a supplier to furnish the Attorney-General with a copy of any standard contract into which the supplier has entered or is about to enter with customers.

22. *Transitional provision.* The provisions of sections 10, 11 and 14 shall not apply to a contract made before the expiration of six months from the coming into force of this Law or before a decision of the Board under section 5 in respect of such standard contract, whichever date is earlier.

23. *Commencement.* This Law shall come into force at the expiration of three months from the date of its passing by the Knesset.

(Wet van 30 april 1971 *Svensk författningssamling* 1971:112, zoals laatstelijk gewijzigd bij wet van 9 juni 1977 *Svensk författningssamling* 1977:452; mijn vertaling).

Par. 1. 1. Indien een ondernemer in de uitoefening van zijn bedrijf bij de aanbieding aan een konsument van waren, diensten of andere zaken voor hoofdzakelijk eigen gebruik een beding bezigt, dat in het licht van de wederprestatie en de andere omstandigheden als onbillijk tegenover de konsument moet worden beschouwd, kan het marktgerecht, wanneer het algemeen belang zulks vereist, de ondernemer een verbod opleggen om een gelijk of in hoofdzaak gelijk beding in soortgelijke gevallen te bezigen. Op overtreding van het verbod zal een boete worden gesteld, tenzij dit vanwege bijzondere omstandigheden niet nodig wordt geoordeeld.

2. Het eerste lid is van overeenkomstige toepassing op bedingen die de ondernemer in de uitoefening van zijn bedrijf bezigt bij de bemiddeling voor een ondernemer of een ander bij de aanbieding bedoeld in het eerste lid.

3. Een verbod kan eveneens worden opgelegd aan een employé van de ondernemer en aan een ander die in zijn naam handelt.

Par. 2. Deze wet geldt niet voor kwesties inzake werkzaamheden die onder toezicht van de bankinspektie of de verzekeringsinspektie staan.

Par. 3. De rechtsgang inzake een verbod vangt aan met een verzoek. Een zodanig verzoek kan worden gedaan door de *konsumentombudsman*. Indien deze in een bepaald geval besluit om niet een dergelijk verzoek te doen, kan het verzoek worden gedaan door een vereniging van ondernemers, konsumenten of werknemers.

Par. 3A. I. Een ondernemer is verplicht om op vordering van de *konsumentombudsman* inlichtingen of een toelichting te verstrekken in aangelegenheden betreffende deze wet. Indien aan zodanige vordering geen gevolg wordt gegeven, kan de ombudsman de ondernemer voorschrijven om aan zijn verplichting te voldoen op straffe van verbeurte van een boete van ten hoogste 10 000 kronen.

2. Tegen een besluit van de ombudsman om een boete op te leggen staat geen rechtsmiddel open.

Par. 4. Een beslissing ten aanzien van een vraag om een verbod staat er niet aan in de weg dat dezelfde vraag opnieuw wordt onderzocht wanneer veranderde omstandigheden of een andere bijzondere reden daar aanleiding toe geven.

Par. 5. Wanneer een bijzondere reden daar aanleiding toe geeft, kan een verbod ook worden opgelegd voor de periode voordat een definitieve beslissing is gegeven.

Par. 6. 1. De vraag of een verbod moet worden opgelegd, kan in een zaak die niet van groot gewicht is worden beoordeeld door de *konsumentombudsman*; deze kan de ondernemer die een onbillijk kontraktsbeding heeft gebezigd een verklaring ter ondertekening voorleggen inhoudende dat hij met onmiddellijke ingang of na bepaalde tijd het beding niet meer zal bezigen.

2. Indien de verklaring is ondertekend, heeft deze dezelfde werking als een verbod opgelegd door het marktgerecht. De ondertekening die geschiedt na het daartoe in de verklaring genoemde tijdstip heeft echter geen effect.

3. Nadere bepalingen inzake de ondertekende verklaring worden vastgesteld bij algemene maatregel van bestuur.

Par. 7. De procedure ter invordering van een boete wordt gevoerd voor de gewone rechter op vordering van de officier van justitie. Een zodanige procedure kan slechts aanhangig worden gemaakt op verzoek van de *konsumentombudsman* of van de ander die bij het marktgerecht om het verbod heeft verzocht.

Deze wet treedt in werking op 1 juli 1971.

(Wet van 22 april 1976 *Svensk författningssamling* 1976:185; mijn vertaling).

1. Is een bepaling in een overeenkomst of de toepassing daarvan in een bepaald geval — met het oog op de overige inhoud van de overeenkomst, de totstandkoming van de overeenkomst, latere onderhandelingen en voorts andere omstandigheden — als onbehoorlijk te beschouwen, dan mag deze bepaling gewijzigd (ruimer geïnterpreteerd) worden of buiten beschouwing worden gelaten. Bij het onderzoek zal in het bijzonder in overweging worden genomen of een der partijen een konsument is dan wel in een andere soortgelijke positie ten opzichte van de wederpartij verkeert.
2. Heeft de in het eerste lid bedoelde bepaling een zodanige betekenis voor de overeenkomst, dat het niet billijk is om te eisen dat de overeenkomst voor het overige met onveranderde inhoud geldt, dan mag de overeenkomst ook in ander opzicht gewijzigd (ruimer geïnterpreteerd) worden of buiten beschouwing worden gelaten.
3. Het eerste en het tweede lid zijn van overeenkomstige toepassing op andere rechtshandelingen dan overeenkomsten.

C. CLAUSES ABUSIVES DANS LES CONTRATS CONCLUS PAR DES
CONSUMMATEURS ET MÉTHODES DE CONTRÔLE APPROPRIÉES
(Raad van Europa 1976)

(Résolution (76) 47 adoptée par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe le 16 novembre 1976 et Exposé des motifs, Straatsburg 1977; ook de Engelse tekst, gedeeltelijk afgedrukt in Contractenrecht VII nr 133, is authentiek)

Le Comité des Ministres,

Considérant que le but du Conseil de l'Europe est de réaliser une union plus étroite entre ses Etats membres ;

Convaincu de la nécessité, afin de renforcer le pouvoir des consommateurs, de développer leur protection juridique ;

Considérant que l'existence de clauses abusives dans les contrats de fourniture de biens et de services et l'absence de législation adéquate en cette matière mettent les consommateurs dans une situation d'infériorité préjudiciable à leurs intérêts ;

Considérant que les consommateurs se voient de plus en plus fréquemment proposer des contrats portant sur la fourniture de biens et de services dans lesquels leurs intérêts sont rarement préservés de façon adéquate et qu'ils n'ont pas la possibilité réelle de modifier ;

Considérant que pour ces raisons, il convient particulièrement de protéger les consommateurs contre les clauses abusives figurant dans de tels contrats,

I. Recommande aux gouvernements des Etats membres :

1. de créer des instruments efficaces, juridiques et autres, afin de protéger les consommateurs contre les clauses abusives dans les contrats relatifs à la fourniture de biens et de services, en particulier contre les clauses abusives des contrats conclus sur la base des documents contractuels standardisés ou des autres situations contractuelles dans lesquelles le consommateur n'a en fait qu'une faible possibilité, si toutefois il en a une, de négocier les clauses du contrat ou d'influer sur leur contenu ;

2. de poser comme principe que dans les situations contractuelles décrites au paragraphe 1 toute clause ou toute combinaison de clauses qui entraîne dans le contrat un déséquilibre des droits et obligations au préjudice des consommateurs est abusive et d'en tirer les conséquences appropriées ;

3. de prendre, de renforcer ou de maintenir, selon le cas, des mesures propres à éviter la présence dans de tels contrats, de clauses contraires aux règles impératives de droit ou d'autres clauses considérées comme abusives à l'égard des consommateurs ;

4. de prendre ou de renforcer les mesures destinées à protéger les consommateurs contre une présentation inadéquate ou trompeuse du contenu de tels contrats et notamment d'assurer, s'il y a lieu, que les consommateurs, avant d'exprimer leur consentement, soient à même de prendre connaissance immédiatement et de façon compréhensible de toutes les clauses desdits contrats ;

5. de prévoir un système de contrôle approprié contre les clauses abusives de contrat basé sur les principes énoncés à l'annexe de la présente Résolution. Le système de contrôle adopté devra être basé en tout ou en partie sur les principes I, II ou III de cette annexe ;

6. d'envisager l'extension aux contrats portant sur des biens immobiliers des principes énoncés aux paragraphes 1 à 5.

II. Invite les gouvernements des Etats membres à informer, après l'expiration d'une période de cinq ans, le Secrétaire Général des suites qu'ils auront réservées à la présente Résolution et des expériences acquises lors de sa mise en œuvre, afin de permettre au Comité des Ministres de se prononcer sur l'opportunité d'un réexamen des problèmes visés par cette Résolution à la lumière des besoins éprouvés en matière de protection des consommateurs.

ANNEXE

Système de contrôle

Principes

I

1. Une procédure devrait être prévue, permettant d'examiner à l'initiative des personnes intéressées, des organisations représentant les intérêts des consommateurs, des organisations professionnelles ou des organismes publics si des clauses figurant dans des documents contractuels standardisés sont abusives. Ces personnes et organismes pourraient faire valoir leurs arguments en cours de procédure.

2. Que la procédure prévue au paragraphe 1 ait entraîné ou non la révision du document contractuel standardisé, tout contrat individuel conclu sur la base du document standardisé pourra néanmoins être soumis à une procédure contentieuse.

II

1. Toute personne intéressée, toute organisation représentant les intérêts des consommateurs, toute organisation professionnelle ou tout organisme public devrait pouvoir soumettre à une procédure devant une instance judiciaire ou devant tout organisme approprié que l'Etat créera ou désignera les clauses figurant dans les documents contractuels standardisés — qu'ils soient ou non révisés par application du principe I — afin que cette instance

ou cet organisme examine et décide si de tels documents contiennent des clauses abusives. Cet organisme pourrait agir d'office. Si la procédure mentionnée au principe 1 comporte la création d'un organisme, celui-ci devrait être différent des instances ou de l'organisme visés au présent paragraphe.

2. La décision prise conformément au paragraphe 1 serait applicable, dans la mesure du possible, à l'égard de tous les documents contractuels standardisés du même type et, le cas échéant, assortie des mesures de publicité appropriées.

III

Une procédure devrait être accessible afin de rendre illicite par des mesures normatives rapides, l'emploi de clauses abusives.

IV

1. Dans le cadre de la protection des consommateurs, notamment contre les clauses abusives, une procédure judiciaire simple, rapide et peu coûteuse devrait être établie, de sorte qu'elle soit facilement accessible aux consommateurs.

2. Dans cette perspective, des mesures particulières devraient être prises, afin de favoriser le règlement amiable des litiges individuels.

.....

Liste des clauses¹

22. Les clauses énumérées dans la liste figurant ci-dessous sont les plus importantes de celles qui, dans la majorité des Etats membres, sont considérées comme abusives à l'égard des consommateurs :

a. Clauses sur la formation, l'annulation et la résiliation d'un contrat et sur les droits et obligations généraux des parties

1. Clauses aux termes desquelles le consommateur ayant fait une offre d'achat, le fournisseur se réserve un délai excessif pour décider s'il accepte ou non cette offre.

2. Clauses restreignant l'obligation pour le fournisseur de respecter les promesses faites, les garanties accordées ou les engagements pris par lui-même, son préposé ou son agent.

3. Clauses exigeant un délai de préavis déraisonnable pour la dénonciation d'un contrat.

4. Clauses selon lesquelles le contrat est prolongé pour une période déraisonnable si le consommateur ne le résilie pas à une date déterminée.

5. Clauses selon lesquelles le fournisseur se réserve le droit de modifier ou de rompre unilatéralement le contrat sans motif spécifique et valable stipulé dans le contrat.

1. Cette liste ne doit pas être considérée comme exhaustive. Les clauses ont trait à la fourniture de biens ou de services. Pour simplifier, le mot « achat » a été utilisé où il aurait été plus indiqué de parler de l'acquisition d'un service. De même, le mot « bien » a été utilisé alors qu'il aurait été plus exact de parler de « biens ou de services ».

6. Clauses selon lesquelles le fournisseur se réserve le droit de déterminer unilatéralement si le bien est conforme ou non au contrat.

7. Clauses selon lesquelles le fournisseur se réserve, sans motif valable et spécifié dans le contrat, le droit de fixer unilatéralement la date ou le dernier jour de livraison du bien.

8. Clauses prévoyant que les biens ne doivent pas correspondre à leurs éléments descriptifs essentiels pour le consommateur ou à l'échantillon, ou à l'usage spécifié par le consommateur et accepté par le fournisseur ou, à défaut de cette spécification, à leur usage normal.

9. Clauses en vertu desquelles le fournisseur peut ne pas exécuter sans juste motif ses obligations.

10. Clauses dans lesquelles, sans motif valable, le prix n'est pas déterminé ni déterminable selon des critères spécifiés dans le contrat et raisonnables du point de vue des consommateurs.

b. Clauses limitant la responsabilité du fournisseur

11. Clauses selon lesquelles le fournisseur limite sa responsabilité en cas de vices cachés du bien.

12. Clauses excluant ou limitant indûment la responsabilité du fournisseur.

13. Clauses en vertu desquelles le fournisseur se décharge, en tout ou en partie, de sa responsabilité sur un fabricant ou sur un autre tiers.

c. Clauses limitant les droits et voies de recours du consommateur

14. Clauses excluant le droit pour le consommateur de résilier le contrat lorsque le fournisseur a une obligation de réparer le bien et n'a pas satisfait à cette obligation dans un délai raisonnable.

15. Clauses en vertu desquelles le consommateur renonce à faire valoir ses droits en cas d'inexécution du contrat ou de mauvaise exécution de celui-ci, nonobstant la faute du fournisseur.

16. Clauses empêchant le consommateur de dénoncer le contrat lorsque l'augmentation du prix en application des dispositions du contrat est excessive du point de vue des consommateurs.

17. Clauses excluant la possibilité du consommateur de ne pas exécuter le contrat dans les cas où la loi le lui permet.

18. Clauses interdisant au consommateur de suspendre, en tout ou en partie, le versement des sommes dues si le fournisseur ne remplit pas ses obligations.

19. Clauses par lesquelles le consommateur, ayant acheté des biens à crédit, est tenu de signer des effets de commerce négociables autres que des chèques pour le montant de sa dette.

20. Clauses par lesquelles le consommateur renonce à son droit de s'opposer à la demande de paiement présentée par un tiers ayant acquis les droits du fournisseur découlant du contrat.

21. Clauses interdisant au consommateur d'exiger une compensation

entre l'obligation du fournisseur et ses propres obligations.

22. Clauses aux termes desquelles le consommateur, lorsqu'il signe un contrat, déclare connaître certaines conditions du contrat ou l'état des marchandises alors qu'en fait il les ignore.

d. Clauses relatives aux garanties demandées par le fournisseur

23. Clauses par lesquelles le fournisseur impose sans motif valable au consommateur le paiement immédiat d'une part trop importante du prix avant tout commencement d'exécution du contrat.

24. Clauses en vertu desquelles le fournisseur peut exiger des garanties excessives.

e. Clauses sur les questions de litige ou de procédure

25. Clauses imposant au consommateur la charge de la preuve incombant normalement au fournisseur.

26. Clauses imposant au consommateur un délai anormalement court pour faire des réclamations au fournisseur.

f. Clauses diverses

27. Clauses obligeant le consommateur, sans motif valable, à avoir recours exclusivement au fournisseur pour la réparation du bien ou pour les fournitures accessoires.

28. Clauses imposant au consommateur, en cas d'inexécution du contrat par celui-ci, une obligation excessive, notamment financière.

23. Lors des travaux qui ont mené à l'élaboration de la Résolution, il a été constaté que, dans la plupart des Etats membres, les clauses du paragraphe 22 étaient considérées le plus souvent comme abusives à l'égard des consommateurs mais que, dans certains Etats, quelques-unes de ces clauses étaient sans signification ou tout simplement inapplicables.

Les commentaires concernant la liste des clauses du paragraphe 22 figurent aux paragraphes 47 à 90 du présent exposé des motifs.

D. GESETZ ZUR REGELUNG DES RECHTS DER ALLGEMEINEN GESCHÄFTSBEDINGUNGEN (AGB-GESETZ) (Duitse bondsrepubliek 1976)

(Wet van 9 december 1976 *Bundesgesetzblatt* 1976 I 3317).

**Gesetz
zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen
(AGB-Gesetz)**

Vom 9. Dezember 1976

Der Bundestag hat das folgende Gesetz beschlossen:

Erster Abschnitt

Sachlich-rechtliche Vorschriften

I. Unterabschnitt

Allgemeine Vorschriften

§ 1

Begriffsbestimmung

(1) Allgemeine Geschäftsbedingungen sind alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei (Verwender) der anderen Vertragspartei bei Abschluß eines Vertrages stellt. Gleichgültig ist, ob die Bestimmungen einen äußerlich gesonderten Bestandteil des Vertrages bilden oder in die Vertragsurkunde selbst aufgenommen werden, welchen Umfang sie haben, in welcher Schriftart sie verfaßt sind und welche Form der Vertrag hat.

(2) Allgemeine Geschäftsbedingungen liegen nicht vor, soweit die Vertragsbedingungen zwischen den Vertragsparteien im einzelnen ausgehandelt sind.

§ 2

Einbeziehung in den Vertrag

(1) Allgemeine Geschäftsbedingungen werden nur dann Bestandteil eines Vertrages, wenn der Verwender bei Vertragsabschluß

1. die andere Vertragspartei ausdrücklich oder, wenn ein ausdrücklicher Hinweis wegen der Art des Vertragsabschlusses nur unter unverhältnismäßigen Schwierigkeiten möglich ist, durch deutlich sichtbaren Aushang am Ort des Vertragsabschlusses auf sie hinweist und

2. der anderen Vertragspartei die Möglichkeit verschafft, in zumutbarer Weise von ihrem Inhalt Kenntnis zu nehmen,

und wenn die andere Vertragspartei mit ihrer Geltung einverstanden ist.

(2) Die Vertragspartei können für eine bestimmte Art von Rechtsgeschäften die Geltung bestimmter Allgemeiner Geschäftsbedingungen unter Beachtung der in Absatz 1 bezeichneten Erfordernisse im voraus vereinbaren.

§ 3

Überraschende Klauseln

Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die nach den Umständen, insbesondere nach dem äußeren Erscheinungsbild des Vertrags, so ungewöhnlich sind, daß der Vertragspartner des Verwenders mit ihnen nicht zu rechnen braucht, werden nicht Vertragsbestandteil.

§ 4

Vorrang der Individualabrede

(Individuelle Vertragsabreden haben Vorrang vor Allgemeinen Geschäftsbedingungen.)

§ 5

Unklarheitenregel

Zweifel bei der Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen gehen zu Lasten des Verwenders.

§ 6

Rechtsfolgen bei Nichtinbeziehung und Unwirksamkeit

(1) Sind Allgemeine Geschäftsbedingungen ganz oder teilweise nicht Vertragsbestandteil geworden oder unwirksam, so bleibt der Vertrag im übrigen wirksam.

(2) Soweit die Bestimmungen nicht Vertragsbestandteil geworden oder unwirksam sind, richtet sich der Inhalt des Vertrages nach den gesetzlichen Vorschriften.

(3) Der Vertrag ist unwirksam, wenn das Festhalten an ihm auch unter Berücksichtigung der nach Absatz 2 vorgesehenen Änderung eine unzumutbare Härte für eine Vertragspartei darstellen würde.

§ 7

Umgebungsverbot

Dieses Gesetz findet auch Anwendung, wenn seine Vorschriften durch anderweitige Gestaltungen umgangen werden.

2. Unterabschnitt

Unwirksame Klauseln

§ 8

Schranken der Inhaltsskontrolle

Die §§ 9 bis 11 gelten nur für Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, durch die von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelungen vereinbart worden.

§ 9

Generalklausel

(1) Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen.

(2) Eine unangemessene Benachteiligung ist im Zweifel anzunehmen, wenn eine Bestimmung

1. mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist, oder
2. wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrages ergeben, so einschränkt, daß die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist

§ 10

Klauselverbote mit Wertungsmöglichkeit

In Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist insbesondere unwirksam

1. (Annahme- und Leistungsfrist)
eine Bestimmung, durch die sich der Verwender unangemessen lange oder nicht hinreichend bestimmte Fristen für die Annahme oder Ablehnung eines Angebots oder die Erbringung einer Leistung vorbehält;
2. (Nachfrist)
eine Bestimmung, durch die sich der Verwender für die von ihm zu bewirkende Leistung entgegen § 326 Abs. 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs eine unangemessen lange oder nicht hinreichend bestimmte Nachfrist vorbehält;
3. (Rücktrittsvorbehalt)
die Vereinbarung eines Rechts des Verwenders, sich ohne sachlich gerechtfertigten und im Vertrag angegebenen Grund von seiner Leistungspflicht zu lösen; dies gilt nicht für Dauerschuldverhältnisse;
4. (Änderungsvorbehalt)
die Vereinbarung eines Rechts des Verwenders, die versprochene Leistung zu ändern oder von ihr abzuweichen, wenn nicht die Vereinbarung der Änderung oder Abweichung unter Berücksichtigung der Interessen des Verwenders für den anderen Vertragsteil zumutbar ist;
5. (Eingetragene Erklärungen)
eine Bestimmung, wonach eine Erklärung des Vertragspartners des Verwenders bei Vornahme oder Unterlassung einer bestimmten Handlung als von ihm ausgehen oder nicht abgehen gilt, es sei denn, daß

a) dem Vertragspartner eine angemessene Frist zur Abgabe einer ausdrücklichen Erklärung eingeräumt ist und

b) der Verwender sich verpflichtet, den Vertragspartner bei Beginn der Frist auf die vorgesehene Bedeutung seines Verhaltens besonders hinzuweisen;

6. (Fiktion des Zugangs)

eine Bestimmung, die vorsieht, daß eine Erklärung des Verwenders von besonderer Bedeutung dem anderen Vertragspartei als zugegangen gilt;

7. (Abwicklung von Verträgen)

eine Bestimmung, nach der der Verwender für den Fall, daß eine Vertragspartei vom Vertrage zurücktritt oder den Vertrag kündigt,

a) eine unangemessen hohe Vergütung für die Nutzung oder den Gebrauch einer Sache oder eines Rechts oder für erbrachte Leistungen oder

b) einen unangemessen hohen Ersatz von Aufwendungen verlangen kann;

8. (Rechtswahl)

die Vereinbarung der Geltung ausländischen Rechts oder des Rechts der Deutschen Demokratischen Republik in Fällen, in denen hierfür kein anerkennenswertes Interesse besteht.

§ 11

Klauselverbote ohne Wertungsmöglichkeit

In Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist unwirksam

1. (Kurzfristige Preiserhöhungen)

eine Bestimmung, welche die Erhöhung des Entgelts für Waren oder Leistungen vorsieht, die innerhalb von vier Monaten nach Vertragsabschluß geliefert oder erbracht werden sollen; dies gilt nicht bei Waren oder Leistungen, die im Rahmen von Dauerschuldverhältnissen geliefert oder erbracht werden, sowie bei Leistungen, auf deren Preise § 99 Abs. 1 oder 2 Nr. 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen Anwendung findet;

2. (Leistungsverweigerungsrechte)

eine Bestimmung, durch die

a) das Leistungsverweigerungsrecht, das dem Vertragspartner des Verwenders nach § 320 des Bürgerlichen Gesetzbuchs zusteht, ausgeschlossen oder eingeschränkt wird, oder

b) ein dem Vertragspartner des Verwenders zustehendes Zurückbehaltungsrecht, soweit es auf demselben Vertragsverhältnis beruht, ausgeschlossen oder eingeschränkt, insbesondere von der Anerkennung von Mängeln durch den Verwender abhängig gemacht wird;

3. (Aufrechnungsverbot)

eine Bestimmung, durch die dem Vertragspartner des Verwenders die Befugnis genommen wird, mit einer unbestrittenen oder rechtskräftig festgestellten Forderung aufzurechnen;

4. (Mahnung, Fristsetzung)

eine Bestimmung, durch die der Verwender von der gesetzlichen Obliegenheit freigestellt wird, den anderen Vertragsteil zu mahnen oder ihm eine Nachfrist zu setzen;

5. (Pauschalisierung von Schadensersatzansprüchen)

die Vereinbarung eines pauschalierten Anspruchs des Verwenders auf Schadensersatz oder Ersatz einer Wertminderung, wenn

a) die Pauschale den in den geregelten Fällen nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartenden Schaden oder die gewöhnlich eintretende Wertminderung übersteigt, oder

b) dem anderen Vertragspartei der Nachweis abgeschnitten wird, ein Schaden oder eine Wertminderung sei überhaupt nicht entstanden oder wesentlich niedriger als die Pauschale;

6. (Vertragsstrafe)

eine Bestimmung, durch die dem Verwender für den Fall der Nichtabnahme oder verspäteten Abnahme der Leistung, des Zahlungsverzugs oder für den Fall, daß der andere Vertragsteil sich vom Vertrag löst, Zahlung einer Vertragsstrafe versprochen wird;

7. (Haftung bei grobem Verschulden)

ein Ausschluß oder eine Begrenzung der Haftung für einen Schaden, der auf einer grob fahrlässigen Vertragsverletzung des Verwenders oder auf einer vorsätzlichen oder grob fahrlässigen Vertragsverletzung eines gesetzlichen Vertreters oder Erfüllungsgehilfen des Verwenders beruht; dies gilt auch für Schäden aus der Verletzung von Pflichten bei den Vertragsverhandlungen;

8. (Verzug, Unmöglichkeit)

eine Bestimmung, durch die für den Fall des Leistungsverzugs des Verwenders oder der von ihm zu vertretenden Unmöglichkeit der Leistung

a) das Recht des anderen Vertragsteils, sich vom Vertrag zu lösen, ausgeschlossen oder eingeschränkt oder

b) das Recht des anderen Vertragsteils, Schadensersatz zu verlangen, ausgeschlossen oder entgegen Nummer 7 eingeschränkt wird;

9. (Teilverzug, Teilunmöglichkeit)

eine Bestimmung, die für den Fall des teilweisen Leistungsverzugs des Verwenders oder bei von ihm zu vertretender teilweiser Unmöglichkeit der Leistung das Recht der anderen Vertragspartei ausschließt, Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit zu verlangen oder von dem ganzen Vertrag zurückzutreten, wenn die teilweise Erfüllung des Vertrages für ihn kein Interesse hat;

10. (Gewährleistung)

eine Bestimmung, durch die bei Verträgen über Lieferungen neu hergestellter Sachen und Leistungen

a) [Ausschluß und Verweisung auf Dritte]

die Gewährleistungsansprüche gegen den Verwender einschließlich etwaiger Nachbesserungs- und Ersatzlieferungsansprüche ins-

- gesamt oder bezüglich einzelner Teile ausgeschlossen, auf die Einräumung von Ansprüchen gegen Dritte beschränkt oder von der vorherigen gerichtlichen Inanspruchnahme Dritter abhängig gemacht werden;
- b) (Beschränkung auf Nachbesserung)
die Gewährleistungsansprüche gegen den Verwender insgesamt oder bezüglich einzelner Teile auf ein Recht auf Nachbesserung oder Ersatzlieferung beschränkt werden, sofern dem anderen Vertragsteil nicht ausdrücklich das Recht vorbehalten wird, bei Fehlschlagen der Nachbesserung oder Ersatzlieferung Herabsetzung der Vergütung oder, wenn nicht eine Bauleistung Gegenstand der Gewährleistung ist, nach seiner Wahl Rückgängigmachung des Vertrags zu verlangen;
- c) (Aufwendungen bei Nachbesserung)
die Verpflichtung des gewährleistungspflichtigen Verwenders ausgeschlossen oder beschränkt wird, die Aufwendungen zu tragen, die zum Zweck der Nachbesserung erforderlich werden, insbesondere Transport-, Wege-, Arbeits- und Materialkosten;
- d) (Vorenthalten der Mängelbeseitigung)
der Verwender die Beseitigung eines Mangels oder die Ersatzlieferung einer mangelfreien Sache von der vorherigen Zahlung des vollständigen Entgelts oder eines unter Berücksichtigung des Mangels unverhältnismäßig hohen Teils des Entgelts abhängig macht;
- e) (Ausschlussfrist für Mängelanzeige)
der Verwender dem anderen Vertragsteil für die Anzeige nicht offensichtlicher Mängel eine Ausschlussfrist setzt, die kürzer ist als die Verjährungsfrist für den gesetzlichen Gewährleistungsanspruch;
- f) (Verkürzung von Gewährleistungsfristen)
die gesetzlichen Gewährleistungsfristen verkürzt werden;
11. (Haftung für zugesicherte Eigenschaften)
eine Bestimmung, durch die bei einem Kauf-, Werk- oder Werklieferungsvertrag Schadensersatzansprüche gegen den Verwender nach den §§ 453, 480 Abs. 2, § 635 des Bürgerlichen Gesetzbuchs wegen Fehlens zugesicherter Eigenschaften ausgeschlossen oder eingeschränkt werden;
12. (Laufzeit bei Dauerschuldverhältnissen)
bei einem Vertragsverhältnis, das die regelmäßige Erbringung von Dienst- oder Werkleistungen durch den Verwender zum Gegenstand hat,
a) eine dem anderen Vertragsteil länger als zwei Jahre bindende Laufzeit des Vertrags,
b) eine dem anderen Vertragsteil bindende stillschweigende Verlängerung des Vertragsverhältnisses um jeweils mehr als ein Jahr
- oder
- c) zu Lasten des anderen Vertragsteils eine längere Kündigungsfrist als drei Monate vor Ablauf der zunächst vorgesehenen oder stillschweigend verlängerten Vertragsdauer;
13. (Wechsel des Vertragspartners)
eine Bestimmung, wonach bei Kauf-, Dienst- oder Werkverträgen ein Dritter an Stelle des Verwenders in die sich aus dem Vertrag ergebenden Rechte und Pflichten eintritt oder eintreten kann, es sei denn, in der Bestimmung wird
a) der Dritte namentlich bezeichnet, oder
b) dem anderen Vertragsteil das Recht eingeräumt, sich vom Vertrag zu lösen;
14. (Haftung des Abschlussvertreters)
eine Bestimmung, durch die der Verwender einem Vertreter, der den Vertrag für den anderen Vertragsteil abschließt,
a) ohne hierauf gerichtete ausdrückliche und gesonderte Erklärung eine eigene Haftung oder Einsandspflicht oder
b) im Falle vollmachtloser Vertretung eine über § 179 des Bürgerlichen Gesetzbuchs hinausgehende Haftung auferlegt;
15. (Beweislast)
eine Bestimmung, durch die der Verwender die Beweislast zum Nachteil des anderen Vertragsteils ausübt, insbesondere indem er
a) diesem die Beweislast für Umstände auferlegt, die im Verantwortungsbereich des Verwenders liegen;
b) den anderen Vertragsteil bestimmte Tatsachen bestätigen läßt.
Buchstabe b) gilt nicht für gesondert unterschriebene Empfangsbescheinigungen;
16. (Form von Anzeigen und Erklärungen)
eine Bestimmung, durch die Anzeigen oder Erklärungen, die dem Verwender oder einem Dritten gegenüber abzugeben sind, an eine strengere Form als die Schriftform oder an besondere Zugangserfordernisse gebunden werden

Zweiter Abschnitt Kollisionsrecht

§ 12

Zwischenstaatlicher Geltungsbereich

Untliegt ein Vertrag ausländischem Recht oder dem Recht der Deutschen Demokratischen Republik, so sind die Vorschriften dieses Gesetzes gleichwohl zu berücksichtigen, wenn

1. der Vertrag auf Grund eines öffentlichen Angebots, einer öffentlichen Werbung oder einer ähnlichen im Geltungsbereich dieses Gesetzes entfalteten geschäftlichen Tätigkeit des Verwenders zustande kommt und

2. der andere Vertragsteil bei Abgabe seiner auf den Vertragsschluß gerichteten Erklärung seinen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt im Geltungsbereich dieses Gesetzes hat und seine Willenserklärung im Geltungsbereich dieses Gesetzes abgibt.

Dritter Abschnitt

Verfahren

§ 13

Unterlassungs- und Widerrufsanspruch

(1) Wer in Allgemeinen Geschäftsbedingungen Bestimmungen, die nach §§ 9 bis 11 dieses Gesetzes unwirksam sind, verwendet oder für den rechtsgeschäftlichen Verkehr empfiehlt, kann auf Unterlassung und im Fall des Empfehlens auch auf Widerruf in Anspruch genommen werden.

(2) Die Ansprüche auf Unterlassung und auf Widerruf können nur geltend gemacht werden

1. von rechtsfähigen Verbänden, zu deren satzungsgemäßen Aufgaben es gehört, die Interessen der Verbraucher durch Aufklärung und Beratung wahrzunehmen, wenn sie in diesem Aufgabenbereich tätige Verbände oder mindestens fünfundsiebzig natürliche Personen als Mitglieder haben,
2. von rechtsfähigen Verbänden zur Förderung gewerblicher Interessen oder
3. von den Industrie- und Handelskammern oder den Handwerkskammern.

(3) Die in Absatz 2 Nr. 1 bezeichneten Verbände können Ansprüche auf Unterlassung und auf Widerruf nicht geltend machen, wenn Allgemeine Geschäftsbedingungen gegenüber einem Kaufmann verwendet werden und der Vertrag zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehört oder wenn Allgemeine Geschäftsbedingungen zur ausschließlichen Verwendung zwischen Kaufleuten empfohlen werden.

(4) Die Ansprüche nach Absatz 1 verjähren in zwei Jahren von dem Zeitpunkt an, in welchem der Anspruchsberechtigte von der Verwendung oder Empfehlung der unwirksamen Allgemeinen Geschäftsbedingungen Kenntnis erlangt hat, ohne Rücksicht auf diese Kenntnis in vier Jahren von der jeweiligen Verwendung oder Empfehlung an

§ 14

Zuständigkeit

(1) Für Klagen nach § 13 dieses Gesetzes ist das Landgericht ausschließlich zuständig, in dessen Bezirk der Beklagte seine gewerbliche Niederlassung oder in Ermangelung einer solchen seinen Wohnsitz hat. Hat der Beklagte im Inland weder eine gewerbliche Niederlassung noch einen Wohnsitz, so ist das Gericht des inländischen Aufenthaltsorts zuständig, in Ermangelung eines solchen das Gericht, in dessen Bezirk die nach §§ 9 bis 11 dieses Gesetzes unwirksamen Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen verwendet wurden.

(2) Die Landesregierungen werden ermächtigt, zur sachdienlichen Forderung oder schnelleren Erledigung des Verfahrens durch Rechtsverordnung einem Landgericht für die Bezirke mehrerer Landgerichte Rechtszuzuständigkeiten nach diesem Gesetz zuzuweisen. Die Landesregierungen können die Ermächtigung durch Rechtsverordnung auf die Landesjustizverwaltungen übertragen.

(3) Die Parteien können sich vor den nach Absatz 2 bestimmten Gerichten auch durch Rechtsanwälte vertreten lassen, die bei dem Gericht zugelassen sind, vor das der Rechtsstreit ohne die Regelung nach Absatz 2 gehören würde.

(4) Die Mehrkosten, die einer Partei dadurch erwachsen, daß sie sich nach Absatz 3 durch einen nicht beim Prozessgericht zugelassenen Rechtsanwalt vertreten läßt, sind nicht zu erstatten.

§ 15

Verfahren

(1) Auf das Verfahren sind die Vorschriften der Zivilprozeßordnung anzuwenden, soweit sich aus diesem Gesetz nicht etwas anderes ergibt.

(2) Der Klageantrag muß auch enthalten:

1. den Wortlaut der beanstandeten Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen;
2. die Bezeichnung der Art der Rechtsgeschäfte, für die die Bestimmungen beanstanden werden

§ 16

Anhörung

Das Gericht hat vor der Entscheidung über eine Klage nach § 13 zu hören

1. die zuständige Aufsichtsbehörde für das Versicherungswesen, wenn Gegenstand der Klage Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind, die von ihr nach Maßgabe des Gesetzes über die Beaufsichtigung der privaten Versicherungsunternehmungen zu genehmigen sind, oder
2. das Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen, wenn Gegenstand der Klage Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind, die das Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen nach Maßgabe des Gesetzes über Bausparkassen, des Gesetzes über Kapitalanlagegesellschaften, des Hypothekendarlehensgesetzes oder des Gesetzes über Schiffspandbriefbanken zu genehmigen hat

§ 17

Urteilsformel

Erachtet das Gericht die Klage für begründet, so enthält die Urteilsformel auch:

1. die beanstandeten Bestimmungen der Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Wortlaut;
2. die Bezeichnung der Art der Rechtsgeschäfte, für die die den Unterlassungsanspruch begründenden Bestimmungen der Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht verwendet werden dürfen;

3. das Gebot, die Verwendung inhaltsgleicher Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu unterlassen;
4. für den Fall der Verurteilung zum Widerruf das Gebot, das Urteil in gleicher Weise bekanntzugeben, wie die Empfehlung verbreitet wurde.

§ 18

Veröffentlichungsbefugnis

Wird der Klage stattgegeben, so kann dem Kläger auf Antrag die Befugnis zugesprochen werden, die Urteilsformel mit der Bezeichnung des Verurteilten Verwenders oder Empfehlens auf Kosten des Beklagten im Bundesanzeiger, im übrigen auf eigene Kosten bekanntzumachen. Das Gericht kann die Befugnis zeitlich begrenzen.

§ 19

Einwendung bei abweichender Entscheidung

Der Verwender, dem die Verwendung einer Bestimmung untersagt worden ist, kann im Wege der Klage nach § 767 ZPO einwenden, daß nachträglich eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs oder des Gemeinsamen Senats der Obersten Gerichtshöfe des Bundes ergangen ist, welche die Verwendung dieser Bestimmung für dieselbe Art von Rechtsgeschäften nicht untersagt, und daß die Zwangsvollstreckung aus dem Urteil gegen ihn in unzumutbarer Weise seinen Geschäftsbetrieb beeinträchtigen würde.

§ 20

Register

(1) Das Gericht teilt dem Bundeskartellamt von Amts wegen mit

1. Klagen, die nach § 13 oder nach § 19 anhängig werden,
2. Urteile, die im Verfahren nach § 13 oder nach § 19 ergehen, sobald sie rechtskräftig sind.
3. die sonstige Erledigung der Klage.

(2) Das Bundeskartellamt führt über die nach Absatz 1 eingehenden Mitteilungen ein Register.

(3) Die Eintragung ist nach zwanzig Jahren seit dem Schluß des Jahres zu löschen, in dem die Eintragung in das Register erfolgt ist. Die Löschung erfolgt durch Eintragung eines Lösungsvermerks; mit der Löschung der Eintragung einer Klage ist die Löschung der Eintragung ihrer sonstigen Erledigung (Absatz 1 Nr. 3) zu verbinden.

(4) Über eine bestehende Eintragung ist jedermann auf Antrag Auskunft zu erteilen. Die Auskunft enthält folgende Angaben:

1. für Klagen nach Absatz 1 Nr. 1
 - a) die beklagte Partei,
 - b) das angerufene Gericht samt Geschäftsnummer,
 - c) den Klageantrag;

2. für Urteile nach Absatz 1 Nr. 2

- a) die verurteilte Partei,
- b) das entscheidende Gericht samt Geschäftsnummer,
- c) die Urteilsformel;

3. für die sonstige Erledigung nach Absatz 1 Nr. 3 die Art der Erledigung.

§ 21

Wirkungen des Urteils

Handelt der verurteilte Verwender dem Unterlassungsgebot zuwider, so ist die Bestimmung in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen als unwirksam anzusehen, soweit sich der betroffene Vertragspart auf die Wirkung des Unterlassungsurteils beruft. Er kann sich jedoch auf die Wirkung des Unterlassungsurteils nicht berufen, wenn der verurteilte Verwender gegen das Urteil die Klage nach § 19 erheben könnte.

§ 22

Streitwert

Bei Rechtsstreitigkeiten auf Grund dieses Gesetzes darf der Streitwert nicht über 500 000 Deutsche Mark angenommen werden.

Vierter Abschnitt

Anwendungsbereich

§ 23

Sachlicher Anwendungsbereich

(1) Dieses Gesetz findet keine Anwendung bei Verträgen auf dem Gebiet des Arbeits-, Erb-, Familien- und Gesellschaftsrechts.

(2) Keine Anwendung finden ferner

1. § 2 für die mit Genehmigung der zuständigen Verkehrsbehörde oder auf Grund von internationalen Übereinkommen erlassenen Tarife und Ausführungsbestimmungen der Eisenbahnen und die nach Maßgabe des Personenbeförderungsgesetzes genehmigten Beförderungsbedingungen der Straßenbahnen, Obusse und Kraftfahrzeuge im Linienverkehr;
2. die §§ 10 und 11 für Verträge der Elektrizitäts- und der Gasversorgungsunternehmen über die Versorgung von Sonderabnehmern mit elektrischer Energie und mit Gas aus dem Versorgungsnetz, soweit die Versorgungsbedingungen nicht zum Nachteil der Abnehmer von den auf Grund des § 7 des Energiewirtschaftsgesetzes erlassenen Allgemeinen Bedingungen für die Versorgung mit elektrischer Arbeit aus dem Niederspannungsnetz der Elektrizitätsversorgungsunternehmen und Allgemeinen Bedingungen für die Versorgung mit Gas aus dem Versorgungsnetz der Gasversorgungsunternehmen abweichen;

3. § 11 Nr. 7 und 8 für die nach Maßgabe des Personenbeförderungsgesetzes genehmigten Beförderungsbedingungen und Tarifvorschriften der Straßenbahnen, Obusse und Kraftfahrzeuge im Linienverkehr, soweit sie nicht zum Nachteil des Fahrgastes von der Verordnung über die Allgemeinen Beförderungsbedingungen für den Straßenbahn- und Obusverkehr sowie den Linienverkehr mit Kraftfahrzeugen vom 27. Februar 1970 abweichen;

4. § 11 Nr. 7 für staatlich genehmigte Lotterieverträge oder Ausspielverträge;

5. § 10 Nr. 5 und § 11 Nr. 10 Buchstabe 1 für Leistungen, für die die Verdingungsordnung für Bauleistungen (VOB) Vertragsgrundlage ist;

6. § 11 Nr. 12 für Verträge über die Lieferung als zusammengehörig verkaufter Sachen, für Versicherungsverträge sowie für Verträge zwischen den Inhabern urheberrechtlicher Rechte und Ansprüche und Verwertungsgesellschaften im Sinne des Gesetzes über die Wahrnehmung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten.

[3] Ein Bausparvertrag, ein Versicherungsvertrag sowie das Rechtsverhältnis zwischen einer Kapitalanlagegesellschaft und einem Anteilinhaber unterliegen den von der zuständigen Behörde genehmigten Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Bausparkasse, des Versicherers sowie der Kapitalanlagegesellschaft auch dann, wenn die in § 2 Abs. 1 Nr. 1 und 2 bezeichneten Erfordernisse nicht eingehalten sind.

§ 24

Persönlicher Anwendungsbereich

Die Vorschriften der §§ 2, 10, 11 und 12 finden keine Anwendung auf Allgemeine Geschäftsbedingungen,

1. die gegenüber einem Kaufmann verwendet werden, wenn der Vertrag zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehört;

2. die gegenüber einer juristischen Person des öffentlichen Rechts oder einem öffentlich-rechtlichen Sondervermögen verwendet werden.

§ 9 ist in den Fällen des Satzes 1 auch insoweit anzuwenden, als dies zur Unwirksamkeit von in den §§ 10 und 11 genannten Vertragsbestimmungen führt; auf die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche ist angemessen Rücksicht zu nehmen.

Fünfter Abschnitt

Schluß- und Übergangsvorschriften

§ 25

Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs

Das Bürgerliche Gesetzbuch wird wie folgt geändert:

1. Nach § 476 wird folgende Vorschrift eingefügt:

§ 476 a

Ist an Stelle des Rechts des Käufers auf Wandlung oder Minderung ein Recht auf Nachbesserung vereinbart, so hat der zur Nachbesserung verpflichtete Verkäufer auch die zum Zwecke der Nachbesserung erforderlichen Aufwendungen, insbesondere Transport-, Wege-, Arbeits- und Materialkosten, zu tragen. Dies gilt nicht, soweit die Aufwendungen sich erhöhen, weil die gekaufte Sache nach der Lieferung an einen anderen Ort als den Wohnsitz oder die gewerbliche Niederlassung des Empfängers verbracht worden ist, es sei denn, das Verbringen entspricht dem bestimmungsgemäßen Gebrauch der Sache."

2. In § 633 Abs. 2 wird folgender Satz 2 eingefügt:

§ 476 a gilt entsprechend."

Der bisherige Satz 2 wird Satz 3.

§ 26

Änderung des Energiewirtschaftsgesetzes

§ 7 des Energiewirtschaftsgesetzes vom 13. Dezember 1935 (Reichsgesetzbl. I S. 1451), zuletzt geändert durch Artikel 18 des Zuständigkeitslockerungsgesetzes vom 10. März 1975 (Bundesgesetzbl. I S. 685), wird wie folgt geändert:

1. In Satz 1 werden die Worte „allgemeine Bedingungen und“ gestrichen.

2. Die Sätze 1 und 2 werden Absatz 1.

3. Es wird folgender Absatz 2 angefügt:

„(2) Der Bundesminister für Wirtschaft kann durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates die allgemeinen Bedingungen der Energieversorgungsunternehmen (§ 6 Abs. 1) ausgewogen gestalten. Er kann dabei die Bestimmungen der Verträge einheitlich festsetzen und Regelungen über den Vertragsabschluß, den Gegenstand und die Beendigung der Verträge treffen sowie die Rechte und Pflichten der Vertragspartner festlegen; hierbei sind die beiderseitigen Interessen angemessen zu berücksichtigen. Die Sätze 1 und 2 gelten entsprechend für Bedingungen öffentlich-rechtlich gestalteter Versorgungsverhältnisse mit Ausnahme der Regelung des Verfahrens."

§ 27

Ermächtigung zum Erlass von Rechtsverordnungen

Der Bundesminister für Wirtschaft kann durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates die allgemeinen Bedingungen für die Versorgung mit Wasser und Fernwärme ausgewogen gestalten. Er kann dabei die Bestimmungen der Verträge einheitlich festsetzen und Regelungen über den Vertragsabschluß, den Gegenstand und die Beendigung

der Verträge treffen sowie die Rechte und Pflichten der Vertragspartner festlegen; hierbei sind die beiderseitigen Interessen angemessen zu berücksichtigen. Die Sätze 1 und 2 gelten entsprechend für Bedingungen öffentlich-rechtlich gestalteter Versorgungsverhältnisse mit Ausnahme der Regelung des Verwaltungsverfahrens.

§ 28

Übergangsvorschrift

(1) Dieses Gesetz gilt vorbehaltlich des Absatzes 2 nicht für Verträge, die vor seinem Inkrafttreten geschlossen worden sind.

(2) § 9 gilt auch für vor Inkrafttreten dieses Gesetzes abgeschlossene Verträge über die regelmäßige Lieferung von Waren, die regelmäßige Erbringung von Dienst- oder Werkleistungen sowie die Gebrauchsüberlassung von Sachen, soweit diese Verträge noch nicht abgewickelt sind.

(3) Auf Verträge über die Versorgung mit Wasser und Fernwärme sind die Vorschriften dieses Gesetzes erst drei Jahre nach seinem Inkrafttreten anzuwenden.

§ 29

Berlin-Klausel

Dieses Gesetz gilt nach Maßgabe des § 13 Abs. 1 des Dritten Überleitungsgesetzes vom 4. Januar 1952 (Bundesgesetzbl. I S. 1) auch im Land Berlin. Rechtsverordnungen, die auf Grund dieses Gesetzes erlassen werden, gelten im Land Berlin nach § 14 des Dritten Überleitungsgesetzes.

§ 30

Inkrafttreten

Dieses Gesetz tritt vorbehaltlich des Satzes 2 am 1. April 1977 in Kraft. § 14 Abs. 2, §§ 26 und 27 treten am Tage nach der Verkündung in Kraft.

(*Elizabeth II 1977 Chapter 50; Part II (Amendment of law for Scotland) en schedules 3 (amendment of enactments) en 4 (repeals) zijn niet afgedrukt.*)

An Act to impose further limits on the extent to which under the law of England and Wales and Northern Ireland civil liability for breach of contract, or for negligence or other breach of duty, can be avoided by means of contract terms and otherwise, and under the law of Scotland civil liability can be avoided by means of contract terms.
[26th October 1977]

BE IT ENACTED by the Queen's most Excellent Majesty, by and with the advice and consent of the Lords Spiritual and Temporal, and Commons, in this present Parliament assembled, and by the authority of the same, as follows:—

PART I

AMENDMENT OF LAW FOR ENGLAND AND WALES AND NORTHERN IRELAND

Introductory

1.—(1) For the purposes of this Part of this Act, “negligence” means the breach—

Scope of
Part I.

- (a) of any obligation, arising from the express or implied terms of a contract, to take reasonable care or exercise reasonable skill in the performance of the contract;
- (b) of any common law duty to take reasonable care or exercise reasonable skill (but not any stricter duty);
- (c) of the common duty of care imposed by the Occupiers' Liability Act 1957 or the Occupiers' Liability Act (Northern Ireland) 1957.

PART I
1957 c. 31.
1957 c. 25
(N.I.).

(2) This Part of this Act is subject to Part III; and in relation to contracts, the operation of sections 2 to 4 and 7 is subject to the exceptions made by Schedule 1.

(3) In the case of both contract and tort, sections 2 to 7 apply (except where the contrary is stated in section 6(4)) only to business liability, that is liability for breach of obligations or duties arising—

(a) from things done or to be done by a person in the course of a business (whether his own business or another's); or

(b) from the occupation of premises used for business purposes of the occupier;

and references to liability are to be read accordingly.

(4) In relation to any breach of duty or obligation, it is immaterial for any purpose of this Part of this Act whether the breach was inadvertent or intentional, or whether liability for it arises directly or vicariously.

Avoidance of liability for negligence, breach of contract, etc.

2.—(1) A person cannot by reference to any contract term or to a notice given to persons generally or to particular persons exclude or restrict his liability for death or personal injury resulting from negligence.

Negligence liability.

(2) In the case of other loss or damage, a person cannot so exclude or restrict his liability for negligence except in so far as the term or notice satisfies the requirement of reasonableness.

(3) Where a contract term or notice purports to exclude or restrict liability for negligence a person's agreement to or awareness of it is not of itself to be taken as indicating his voluntary acceptance of any risk.

3.—(1) This section applies as between contracting parties where one of them deals as consumer or on the other's written standard terms of business.

Liability arising in contract.

(2) As against that party, the other cannot by reference to any contract term—

(a) when himself in breach of contract, exclude or restrict any liability of his in respect of the breach; or

(b) claim to be entitled—

(i) to render a contractual performance substantially different from that which was reasonably expected of him, or

(ii) in respect of the whole or any part of his contractual obligation, to render no performance at all,

PART I

except in so far as (in any of the cases mentioned above in this subsection) the contract term satisfies the requirement of reasonableness.

4.—(1) A person dealing as consumer cannot by reference to any contract term be made to indemnify another person (whether a party to the contract or not) in respect of liability that may be incurred by the other for negligence or breach of contract, except in so far as the contract term satisfies the requirement of reasonableness.

Unreasonable indemnity clauses.

(2) This section applies whether the liability in question—

(a) is directly that of the person to be indemnified or is incurred by him vicariously;

(b) is to the person dealing as consumer or to someone else.

Liability arising from sale or supply of goods

“Guarantee of consumer goods.” 5.—(1) In the case of goods of a type ordinarily supplied for private use or consumption, where loss or damage—

(a) arises from the goods proving defective while in consumer use ; and

(b) results from the negligence of a person concerned in the manufacture or distribution of the goods,

liability for the loss or damage cannot be excluded or restricted by reference to any contract term or notice contained in or operating by reference to a guarantee of the goods.

(2) For these purposes—

(a) goods are to be regarded as “in consumer use” when a person is using them, or has them in his possession for use, otherwise than exclusively for the purposes of a business ; and

(b) anything in writing is a guarantee if it contains or purports to contain some promise or assurance (however worded or presented) that defects will be made good by complete or partial replacement, or by repair, monetary compensation or otherwise.

(3) This section does not apply as between the parties to a contract under or in pursuance of which possession or ownership of the goods passed.

Sale and
hire-purchase.
56 & 57 Vict.
c. 71.

6.—(1) Liability for breach of the obligations arising from—

(a) section 12 of the Sale of Goods Act 1893 (seller's implied undertakings as to title, etc.) ;

(b) section 8 of the Supply of Goods (Implied Terms) Act 1973 (the corresponding thing in relation to hire-purchase),

cannot be excluded or restricted by reference to any contract term.

(2) As against a person dealing as consumer, liability for breach of the obligations arising from—

(a) section 13, 14 or 15 of the 1893 Act (seller's implied undertakings as to conformity of goods with description or sample, or as to their quality or fitness for a particular purpose) ;

(b) section 9, 10 or 11 of the 1973 Act (the corresponding things in relation to hire-purchase),

cannot be excluded or restricted by reference to any contract term.

(3) As against a person dealing otherwise than as consumer, the liability specified in subsection (2) above can be excluded or restricted by reference to a contract term, but only in so far as the term satisfies the requirement of reasonableness.

PART I
1973 c. 13.

(4) The liabilities referred to in this section are not only the business liabilities defined by section 1(3), but include those arising under any contract of sale of goods or hire-purchase agreement.

7.—(1) Where the possession or ownership of goods passes under or in pursuance of a contract not governed by the law of sale of goods or hire-purchase, subsections (2) to (4) below apply as regards the effect (if any) to be given to contract terms excluding or restricting liability for breach of obligation arising by implication of law from the nature of the contract.

Miscellaneous contracts under which goods pass.

(2) As against a person dealing as consumer, liability in respect of the goods' correspondence with description or sample, or their quality or fitness for any particular purpose, cannot be excluded or restricted by reference to any such term.

(3) As against a person dealing otherwise than as consumer, that liability can be excluded or restricted by reference to such a term, but only in so far as the term satisfies the requirement of reasonableness.

(4) Liability in respect of—

(a) the right to transfer ownership of the goods, or give possession; or

(b) the assurance of quiet possession to a person taking goods in pursuance of the contract,

cannot be excluded or restricted by reference to any such term except in so far as the term satisfies the requirement of reasonableness.

PART I

(5) This section does not apply in the case of goods passing on a redemption of trading stamps within the Trading Stamps Act 1964 or the Trading Stamps Act (Northern Ireland) 1965. (N.I.).

Other provisions about contracts

8.—(1) In the Misrepresentation Act 1967, the following is substituted for section 3—

Misrepresentation. 1967 c. 7.

“Avoidance of provision excluding liability for misrepresentation.”

3. If a contract contains a term which would exclude or restrict—

(a) any liability to which a party to a contract may be subject by reason of any misrepresentation made by him before the contract was made; or

(b) any remedy available to another party to the contract by reason of such a misrepresentation,

that term shall be of no effect except in so far as it satisfies the requirement of reasonableness as stated in section 11(1) of the Unfair Contract Terms Act 1977; and it is for those claiming that the term satisfies that requirement to show that it does.”.

1967 c. 14
(N.I.).

(2) The same section is substituted for section 3 of the Misrepresentation Act (Northern Ireland) 1967.

Effect of
breach.

9.—(1) Where for reliance upon it a contract term has to satisfy the requirement of reasonableness, it may be found to do so and be given effect accordingly notwithstanding that the contract has been terminated either by breach or by a party electing to treat it as repudiated.

(2) Where on a breach the contract is nevertheless affirmed by a party entitled to treat it as repudiated, this does not of itself exclude the requirement of reasonableness in relation to any contract term.

Evasion by
means of
secondary
contract.

10. A person is not bound by any contract term prejudicing or taking away rights of his which arise under, or in connection with the performance of, another contract, so far as those rights extend to the enforcement of another's liability which this Part of this Act prevents that other from excluding or restricting.

PART I

Explanatory provisions

The "reason-
ableness"
test.

1967 c. 7.

1967 c. 14.
(N.I.).

11.—(1) In relation to a contract term, the requirement of reasonableness for the purposes of this Part of this Act, section 3 of the Misrepresentation Act 1967 and section 3 of the Misrepresentation Act (Northern Ireland) 1967 is that the term shall have been a fair and reasonable one to be included having regard to the circumstances which were, or ought reasonably to have been, known to or in the contemplation of the parties when the contract was made.

(2) In determining for the purposes of section 6 or 7 above whether a contract term satisfies the requirement of reasonableness, regard shall be had in particular to the matters specified in Schedule 2 to this Act; but this subsection does not prevent the court or arbitrator from holding, in accordance with any rule of law, that a term which purports to exclude or restrict any relevant liability is not a term of the contract.

(3) In relation to a notice (not being a notice having contractual effect), the requirement of reasonableness under this Act is that it should be fair and reasonable to allow reliance on it, having regard to all the circumstances obtaining when the liability arose or (but for the notice) would have arisen.

(4) Where by reference to a contract term or notice a person seeks to restrict liability to a specified sum of money, and the question arises (under this or any other Act) whether the term or notice satisfies the requirement of reasonableness, regard shall be had in particular (but without prejudice to subsection (2) above in the case of contract terms) to—

(a) the resources which he could expect to be available to

him for the purpose of meeting the liability should it arise ; and

- (b) how far it was open to him to cover himself by insurance.

(5) It is for those claiming that a contract term or notice satisfies the requirement of reasonableness to show that it does.

12.—(1) A party to a contract “deals as consumer” in relation to another party if— “Dealing as consumer”.

- (a) he neither makes the contract in the course of a business nor holds himself out as doing so ; and

- (b) the other party does make the contract in the course of a business ; and

- (c) in the case of a contract governed by the law of sale of goods or hire-purchase, or by section 7 of this Act, the goods passing under or in pursuance of the contract are of a type ordinarily supplied for private use or consumption. PART I

(2) But on a sale by auction or by competitive tender the buyer is not in any circumstances to be regarded as dealing as consumer.

(3) Subject to this, it is for those claiming that a party does not deal as consumer to show that he does not.

13.—(1) To the extent that this Part of this Act prevents the exclusion or restriction of any liability it also prevents— Varieties of exemption clause.

- (a) making the liability or its enforcement subject to restrictive or onerous conditions ;

- (b) excluding or restricting any right or remedy in respect of the liability, or subjecting a person to any prejudice in consequence of his pursuing any such right or remedy ;

(c) excluding or restricting rules of evidence or procedure ; and (to that extent) sections 2 and 5 to 7 also prevent excluding or restricting liability by reference to terms and notices which exclude or restrict the relevant obligation or duty.

(2) But an agreement in writing to submit present or future differences to arbitration is not to be treated under this Part of this Act as excluding or restricting any liability.

14. In this Part of this Act—

“business” includes a profession and the activities of any government department or local or public authority ;

Interpretation of Part I.

56 & 57 Vict.
c. 71.

"goods" has the same meaning as in the Sale of Goods Act 1893;

1974 c. 39.

"hire-purchase agreement" has the same meaning as in the Consumer Credit Act 1974;

"negligence" has the meaning given by section 1(1);

"notice" includes an announcement, whether or not in writing, and any other communication or pretended communication; and

"personal injury" includes any disease and any impairment of physical or mental condition.

.....

PART III

PROVISIONS APPLYING TO WHOLE OF UNITED KINGDOM

Miscellaneous

International
supply
contracts.

26.—(1) The limits imposed by this Act on the extent to which a person may exclude or restrict liability by reference to a contract term do not apply to liability arising under such a contract as is described in subsection (3) below.

(2) The terms of such a contract are not subject to any requirement of reasonableness under section 3 or 4: and nothing in Part II of this Act shall require the incorporation of the terms of such a contract to be fair and reasonable for them to have effect.

(3) Subject to subsection (4), that description of contract is one whose characteristics are the following—

(a) either it is a contract of sale of goods or it is one under or in pursuance of which the possession or ownership of goods passes; and

PART III

(b) it is made by parties whose places of business (or, if they have none, habitual residences) are in the territories of different States (the Channel Islands and the Isle of Man being treated for this purpose as different States from the United Kingdom).

(4) A contract falls within subsection (3) above only if either—

(a) the goods in question are, at the time of the conclusion of the contract, in the course of carriage, or will be carried, from the territory of one State to the territory of another; or

(b) the acts constituting the offer and acceptance have been done in the territories of different States; or

(c) the contract provides for the goods to be delivered to the territory of a State other than that within whose territory those acts were done.

Choice of
law clauses.

27.—(1) Where the proper law of a contract is the law of any part of the United Kingdom only by choice of the parties (and apart from that choice would be the law of some country outside

the United Kingdom) sections 2 to 7 and 16 to 21 of this Act do not operate as part of the proper law.

(2) This Act has effect notwithstanding any contract term which applies or purports to apply the law of some country outside the United Kingdom, where (either or both)—

(a) the term appears to the court, or arbitrator or arbiter to have been imposed wholly or mainly for the purpose of enabling the party imposing it to evade the operation of this Act; or

(b) in the making of the contract one of the parties dealt as consumer, and he was then habitually resident in the United Kingdom, and the essential steps necessary for the making of the contract were taken there, whether by him or by others on his behalf.

(3) In the application of subsection (2) above to Scotland, for paragraph (b) there shall be substituted—

“(b) the contract is a consumer contract as defined in Part II of this Act, and the consumer at the date when the contract was made was habitually resident in the United Kingdom, and the essential steps necessary for the making of the contract were taken there, whether by him or by others on his behalf.”.

28.—(1) This section applies to a contract for carriage by sea of a passenger or of a passenger and his luggage where the provisions of the Athens Convention (with or without modification) do not have, in relation to the contract, the force of law in the United Kingdom. Temporary provision for sea carriage of passengers.

(2) In a case where—

PART III

(a) the contract is not made in the United Kingdom, and

(b) neither the place of departure nor the place of destination under it is in the United Kingdom,

a person is not precluded by this Act from excluding or restricting liability for loss or damage, being loss or damage for which the provisions of the Convention would, if they had the force of law in relation to the contract, impose liability on him.

(3) In any other case, a person is not precluded by this Act from excluding or restricting liability for that loss or damage—

(a) in so far as the exclusion or restriction would have been effective in that case had the provisions of the Convention had the force of law in relation to the contract; or

(b) in such circumstances and to such extent as may be prescribed, by reference to a prescribed term of the contract.

(4) For the purposes of subsection (3)(a), the values which shall be taken to be the official values in the United Kingdom of the amounts (expressed in gold francs) by reference to which liability under the provisions of the Convention is limited shall

be such amounts in sterling as the Secretary of State may from time to time by order made by statutory instrument specify.

(5) In this section,—

- (a) the references to excluding or restricting liability include doing any of those things in relation to the liability which are mentioned in section 13 or section 25(3) and (5); and
- (b) “the Athens Convention” means the Athens Convention relating to the Carriage of Passengers and their Luggage by Sea, 1974; and
- (c) “prescribed” means prescribed by the Secretary of State by regulations made by statutory instrument;

and a statutory instrument containing the regulations shall be subject to annulment in pursuance of a resolution of either House of Parliament.

Saving for
other relevant
legislation.

29.—(1) Nothing in this Act removes or restricts the effect of, or prevents reliance upon, any contractual provision which—

- (a) is authorised or required by the express terms or necessary implication of an enactment; or
- (b) being made with a view to compliance with an international agreement to which the United Kingdom is a party, does not operate more restrictively than is contemplated by the agreement.

PART III

(2) A contract term is to be taken—

- (a) for the purposes of Part I of this Act, as satisfying the requirement of reasonableness; and
- (b) for those of Part II, to have been fair and reasonable to incorporate,

if it is incorporated or approved by, or incorporated pursuant to a decision or ruling of, a competent authority acting in the exercise of any statutory jurisdiction or function and is not a term in a contract to which the competent authority is itself a party.

(3) In this section—

- “competent authority” means any court, arbitrator or arbiter, government department or public authority;
- “enactment” means any legislation (including subordinate legislation) of the United Kingdom or Northern Ireland and any instrument having effect by virtue of such legislation; and
- “statutory” means conferred by an enactment.

Obligations
under
Consumer
Protection
Acts.

30.—(1) In section 3 of the Consumer Protection Act 1961 (provisions against marketing goods which do not comply with safety requirements), after subsection (1) there is inserted—

“ (1A) Any term of an agreement which purports to ex-

clude or restrict, or has the effect of excluding or restricting, 1961 c. 40.
any obligation imposed by or by virtue of that section, or
any liability for breach of such an obligation, shall be void."

(2) The same amendment is made in section 3 of the Consumer 1965 c. 14
Protection Act (Northern Ireland) 1965. (N.I.).

General

31.—(1) This Act comes into force on 1st February 1978. Commence-

(2) Nothing in this Act applies to contracts made before the date on which it comes into force; but subject to this, it applies to liability for any loss or damage which is suffered on or after that date. ment;
amendments;
repeals.

(3) The enactments specified in Schedule 3 to this Act are amended as there shown.

(4) The enactments specified in Schedule 4 to this Act are repealed to the extent specified in column 3 of that Schedule.

32.—(1) This Act may be cited as the Unfair Contract Terms Act 1977. PART III
Citation and
extent.

(2) Part I of this Act extends to England and Wales and to Northern Ireland; but it does not extend to Scotland.

(3) Part II of this Act extends to Scotland only.

(4) This Part of this Act extends to the whole of the United Kingdom.

SCHEDULES

SCHEDULE 1

Section 1(2).

SCOPE OF SECTIONS 2 TO 4 AND 7

1. Sections 2 to 4 of this Act do not extend to—

- (a) any contract of insurance (including a contract to pay an annuity on human life);
- (b) any contract so far as it relates to the creation or transfer of an interest in land, or to the termination of such an interest, whether by extinction, merger, surrender, forfeiture or otherwise;
- (c) any contract so far as it relates to the creation or transfer of a right or interest in any patent, trade mark, copyright, registered design, technical or commercial information or other intellectual property, or relates to the termination of any such right or interest;
- (d) any contract so far as it relates—
 - (i) to the formation or dissolution of a company (which means any body corporate or unincorporated association and includes a partnership), or
 - (ii) to its constitution or the rights or obligations of its corporators or members;
- (e) any contract so far as it relates to the creation or transfer of securities or of any right or interest in securities.

2. Section 2(1) extends to—

- (a) any contract of marine salvage or towage ;
- (b) any charterparty of a ship or hovercraft ; and
- (c) any contract for the carriage of goods by ship or hovercraft ;

but subject to this sections 2 to 4 and 7 do not extend to any such contract except in favour of a person dealing as consumer.

3. Where goods are carried by ship or hovercraft in pursuance of a contract which either—

- (a) specifies that as the means of carriage over part of the journey to be covered, or
- (b) makes no provision as to the means of carriage and does not exclude that means,

then sections 2(2), 3 and 4 do not, except in favour of a person dealing as consumer, extend to the contract as it operates for and in relation to the carriage of the goods by that means.

4. Section 2(1) and (2) do not extend to a contract of employment, except in favour of the employee.

5. Section 2(1) does not affect the validity of any discharge and indemnity given by a person, on or in connection with an award to him of compensation for pneumoconiosis attributable to employment in the coal industry, in respect of any further claim arising from his contracting that disease.

Sections 11(2)
and 24(2).

SCHEDULE 2

"GUIDELINES" FOR APPLICATION OF REASONABLENESS TEST

The matters to which regard is to be had in particular for the purposes of sections 6(3), 7(3) and (4), 20 and 21 are any of the following which appear to be relevant—

- (a) the strength of the bargaining positions of the parties relative to each other, taking into account (among other things) alternative means by which the customer's requirements could have been met ;
- (b) whether the customer received an inducement to agree to the term, or in accepting it had an opportunity of entering into a similar contract with other persons, but without having to accept a similar term ;
- (c) whether the customer knew or ought reasonably to have known of the existence and extent of the term (having regard, among other things, to any custom of the trade and any previous course of dealing between the parties) ;
- (d) where the term excludes or restricts any relevant liability if some condition is not complied with, whether it was reasonable at the time of the contract to expect that compliance with that condition would be practicable ;
- (e) whether the goods were manufactured, processed or adapted to the special order of the customer.

(Wet van 10 januari 1978 nr 23 *Journal officiel* 11 januari 1978)

CHAPITRE IV

De la protection des consommateurs contre les clauses abusives

Art. 35. — Dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, peuvent être interdites, limitées ou réglementées, par des décrets en Conseil d'Etat pris après avis de la commission instituée par l'article 36, en distinguant éventuellement selon la nature des biens et des services concernés, les clauses relatives au caractère déterminé ou déterminable du prix ainsi qu'à son versement à la consistance de la chose ou à sa livraison, à la charge des risques, à l'étendue des responsabilités et garanties, aux conditions d'exécution, de résiliation, de résolution ou reconduction des conventions, lorsque de telles clauses apparaissent imposées aux non-professionnels ou consommateurs par un abus de la puissance économique de l'autre partie et confèrent à cette dernière un avantage excessif.

De telles clauses abusives, stipulées en contradiction avec les dispositions qui précèdent, sont réputées non écrites.

Ces dispositions sont applicables aux contrats quels que soient leur forme ou leur support. Il en est ainsi notamment des bons de commande, factures, bons de garantie, bordereaux ou bons de livraison, billets, tickets contenant des stipulations ou des références à des conditions générales préétablies.

Les décrets ci-dessus peuvent, en vue d'assurer l'informant du contractant non professionnel ou consommateur, réglementer la présentation des écrits constatant les contrats visés au premier alinéa.

Art. 36. — Une commission des clauses abusives est instituée auprès du ministre chargé de la consommation.

Elle est composée des quinze membres suivants;

- un magistrat de l'ordre judiciaire, président;
- deux magistrats de l'ordre judiciaire ou administratif ou membres du Conseil d'Etat;

- trois représentants de l'administration, choisis en raison de leurs compétences;
- trois juristes qualifiés en matière de droit ou de technique des contrats;
- trois représentants des associations représentatives et agréées de défense des consommateurs;
- trois représentants des professionnels.

Art. 37. — La commission connaît des modèles de conventions habituellement proposés par les professionnels à leurs contractants non professionnels ou consommateurs. Elle est chargée de rechercher si ces documents contiennent des clauses qui pourraient présenter un caractère abusif.

Elle peut être saisie à cet effet soit par le ministre chargé de la consommation, soit par les associations agréées de défense des consommateurs, soit par les professionnels intéressés. Elle peut également se saisir d'office.

Art. 38. — La commission recommande la suppression ou la modification des clauses qui présentent un caractère abusif. Le ministre chargé de la consommation peut, soit d'office, soit à la demande de la commission, rendre publiques ces recommandations, qui ne peuvent contenir aucune indication de nature à permettre l'identification de situations individuelles.

La commission établit chaque année un rapport de son activité et propose éventuellement les modifications législatives ou réglementaires qui lui paraissent souhaitables. Ce rapport est rendu public.

**G. ADVIES INZAKE HET VRAAGSTUK VAN DE TOEPASSING VAN
STANDAARDVOORWAARDEN BIJ TRANSACTIES MET DE CONSU-
MENT, UITGEBRACHT DOOR DE COMMISSIE VOOR CONSU-
MENTENAANGELEGENHEDEN AAN DE MINISTERS VAN JUSTITIE
EN VAN ECONOMISCHE ZAKEN (1978)**

(Uitgave van de Sociaal-economische raad 1978 nr 7 - 31 maart 1978.)

HOOFDSTUK X – SAMENVATTING

1. In de inleiding (hoofdstuk I) wordt erop gewezen dat de verbetering van de positie van de consument in het privaatrecht niet alleen een zaak is die bij de Commissie voor Consumentenaangelegenheden leeft. Ook in andere landen en in internationaal verband (Raad van Europa, E.G.) wordt hieraan aandacht geschonken. Het besluit van de Commissie voor Consumentenaangelegenheden om op eigen initiatief in de eerste plaats de problematiek van de standaardvoorwaarden, voor zover toegepast bij transacties met de consument, ter hand te nemen, houdt verband met het feit dat, naar bekend is, bij het Ministerie van Justitie een wettelijke regeling in voorbereiding is ter bescherming van de consument tegen onereuze bedingen in standaardvoorwaarden.

De Commissie is door het dagelijks bestuur van de Sociaal-Economische Raad gemachtigd dit advies rechtstreeks uit te brengen aan de ministers van Justitie en van Economische Zaken.

2. De afbakening van het terrein dat het advies bestrijkt, vindt in hoofdstuk II plaats. Standaardvoorwaarden worden omschreven als schriftelijke concept-bedingen welke zijn opgesteld om zonder (nadere) onderhandelingen tussen de individuele contractanten omtrent de inhoud van die bedingen opgenomen te worden in een onbepaald aantal nog te sluiten overeenkomsten van bepaalde aard.

Vervolgens wordt een aantal voordelen van het gebruik van standaardvoorwaarden genoemd: bij individuele transacties geen onderhandelingen over de voorwaarden, dus besparing van tijd en kosten; opstelling door juridische en branche-deskundigen en daardoor vergroting van de rechtszekerheid; bij algemene toepassing in een branche vergroting van de marktdoorzichtigheid. In bijlage 1 worden sectoren opgesomd, waarin standaardvoorwaarden veelvuldig toepassing vinden.

Aan de hantering van standaardvoorwaarden kunnen voor de consument ook nadelen zijn verbonden, in die zin dat een zekere versluiering van de contractsinhoud kan plaatsvinden: de consument kent resp. begrijpt dikwijls de inhoud van standaardvoorwaarden niet. Vooral bij eenzijdig opgestelde standaardvoorwaarden bestaat de kans dat bepalingen worden opgenomen die

voor de wederpartij bezwarend zijn, bijv. ver gaande beperking of uitsluiting van aansprakelijkheid voor tekortkomingen van een produkt.

In het advies wordt deze problematiek met name behandeld in het geval standaardvoorwaarden door leveranciers van goederen en diensten worden toegepast bij transacties met consumenten.

De commissie heeft de indruk dat bij de thans toegepaste eenzijdige standaardvoorwaarden dikwijls in onvoldoende mate met de belangen van de consument rekening wordt gehouden, zodat deze dan het slachtoffer van onereuze bedingen als hiervoor bedoeld, dreigt te worden. Exacte gegevens over de mate waarin dergelijke bedingen plegen voor te komen, zijn niet aanwezig. De consumentenorganisaties klagen echter op grond van bij hen ingediende klachten reeds jaren over de nadelige consequenties van vele clausules in standaardvoorwaarden. Een inventarisatie van naar hun oordeel voor de consument nadelige en frequent voorkomende bedingen is opgenomen in bijlage 2.

De commissie wil aannemen dat in de praktijk wel bijv. op grond van de billijkheid *coulance* wordt verleend, maar ook al zou dit vrij vaak voorkomen — er zijn geen gegevens over beschikbaar — dan rechtvaardigt dit nog niet het opnemen van onereuze bedingen, zelfs niet als men stelt dat deze alleen tegen *chicaneus* handelende consumenten worden ingeroepen. Duidelijke en voor beide partijen billijke standaardvoorwaarden verdienen volgens de commissie verre de voorkeur boven de onzekere toepassing van *coulance* door een leverancier.

De commissie stelt zich op het standpunt dat aan de branchegenoten de vrijheid moet worden gelaten zelf hun voorwaarden vast te stellen, maar deze vrijheid dient wel aan beperkingen te worden gebonden om niet de juridisch zwakkere partij het slachtoffer te laten worden. Hiertoe kunnen verschillende middelen te baat worden genomen die in de volgende hoofdstukken worden besproken. De commissie merkt op dat de genoemde mogelijkheden ook in combinatie met elkaar kunnen worden benut.

Vooraf van het ingrijpen door een bijzondere rechter (hoofdstuk VIII) verwacht de commissie dat dit zal leiden tot meer overleg over de inhoud van standaardvoorwaarden tussen ondernemers (organisaties) en de georganiseerde consumenten. Dit zou de commissie toejuichen wegens de aan eenzijdige voorwaarden verbonden gevaren voor de tegenpartij. In dit verband herinnert de commissie aan haar pogingen om tweezijdige standaardvoorwaarden tot stand te doen brengen, d.w.z. voorwaarden per branche, waarbij in redelijkheid zowel met de verlangens van consumentenzijde als met die van het betrokken deel van het bedrijfsleven rekening wordt gehouden.

Hiertoe vindt onder auspiciën van de commissie bij wijze van proef in een drietal sectoren overleg plaats, nl. de handel in en reparatie aan personenauto's, het leveren en leggen van parket- en hardhoutvloeren en de leveranties van de gas-, water- en elektriciteitsbedrijven. De commissie heeft hierover tussentijds gerapporteerd aan de minister van Economische Zaken met een brief van 22 juni 1977, die als bijlage 3 is toegevoegd.

3. In hoofdstuk III wordt de mogelijkheid behandeld om wettelijke voorschriften te creëren die bewerkstelligen dat standaardvoorwaarden op essentiële punten voor de consument duidelijk kenbaar zijn. Regels van dienaard treft men o.a. reeds aan bij huurkoop, koop of afbetaling en colportage.

Hoewel het bijzonder wenselijk is dat de consument tevoren de inhoud van standaardvoorwaarden kent, moet men toch niet verwachten dat veel consumenten de tijd en moeite zullen nemen om – in bijzijn van de leverancier – de contractsvoorwaarden goed te lezen, en ook al zouden zij dit doen, dan zullen zij toch de draagwijdte vaak niet begrijpen. Krijgt de consument na het sluiten van de overeenkomst de beschikking over de voorwaarden, dan geldt hetzelfde maar dan heeft hij wel, voor het geval over toepassing van een beding een conflict ontstaat, de gelegenheid de standaardvoorwaarden op dat punt na te lezen. De commissie pleit daarom voor een bepaling op grond waarvan de leverancier zijn standaardvoorwaarden slechts op een transactie toepasselijk mag verklaren indien zij ter plaatse van de transactie ter beschikking van de consument liggen of indien hij zich bereid verklaart de voorwaarden op aanvraag aan de consument te verschaffen (bijv. bij de koop van een tramkaartje).

4. Hoofdstuk IV bevat een beschouwing over de mogelijkheden om meer dwingend recht te creëren ter bescherming van de consument tegen onereuze bedingen. Een deel van de commissie is van oordeel dat sommige bedingen steeds of vrijwel steeds op onredelijke wijze de belangen van de consument schaden. Het toepassen van dergelijke bedingen – door middel van standaardvoorwaarden maar ook bij individuele overeenkomsten – dient via het creëren van bepalingen van dwingend recht bestreden te worden. Verwezen wordt onder meer naar de recente Westduitse Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB-Gesetz), waarin enkele tientallen clausules zijn opgesomd die in geen geval in standaardvoorwaarden zijn toegelaten.

5. In hoofdstuk V wordt aandacht geschonken aan de mogelijkheid tot opstelling van standaardregelingen conform Boek 6 van het ontwerp-Nieuw B.W.

De bedoeling hiervan is, dat voor – bij algemene maatregel van bestuur aangewezen – bijzondere soorten overeenkomsten in bepaalde takken van bedrijf door een – door de minister van Justitie te benoemen – commissie standaardregelingen kunnen worden vastgesteld (en gewijzigd en ingetrokken). Deze worden van kracht na goedkeuring door de Kroon. In dat geval zijn door partijen in de desbetreffende bedrijfstak gesloten overeenkomsten ook zonder uitdrukkelijke toepasselijkverklaring tevens aan die standaardregelingen onderworpen, met dien verstande dat partijen wel, eventueel met inachtneming van bepaalde vormvereisten, van zo'n standaardregeling kunnen afwijken.

Deze regeling komt neer op een delegatie van wetgeving ten gevolge waarvan branchegebonden regels kunnen worden opgesteld die in beginsel van aanvullend recht zijn.

Als bezwaar zou kunnen worden aangevoerd dat, indien al een juridisch sluitende afbakening van bedrijfstakken mogelijk is – de branchevervaging vormt hierbij een hinderpaal – een vrij omslachtige en tijdrovende procedure nodig is om tot een standaardregeling te komen en dat dit belangrijke kosten en administratieve rompslomp zal meebrengen.

Desondanks is de commissie van oordeel dat de voordelen van het voorstel overwegen, omdat dergelijke voor een gehele bedrijfstak geldende standaard-

regelingen de rechtszekerheid bevorderen en de marktdoorzichtigheid voor de consument vergroten. Zij gaat er daarbij van uit dat in de hiervoor bedoelde commissie de representatieve consumentenorganisaties vertegenwoordigd zullen zijn, zodat bij de totstandkoming van een standaardregeling een evenwichtige belangenafweging zal plaatsvinden.

De regeling voorziet in de mogelijkheid voor partijen om van een standaardregeling af te wijken, dat ten nadele van de consument zou kunnen werken. In verband daarmee zou de commissie in de wetstekst willen vastleggen dat een afwijking uitsluitend zal zijn toegestaan met inachtneming van voorschriften die bewerkstelligen dat een consument op een afwijking wordt geattendeerd.

6. Het preventieve toezicht op standaardvoorwaarden door de overheid vormt het onderwerp van hoofdstuk VI. Bedoeld is een regeling, dat standaardvoorwaarden slechts mogen worden toegepast na goedkeuring door de overheid. Dit treft men in ons land o.a. aan ten aanzien van de vervoersvoorwaarden van de Nederlandse Spoorwegen en de voorwaarden van de gas-, water- en elektriciteitsbedrijven. Indien voor de overheidscontrole als uitgangspunt wordt genomen, dat een evenwichtige afweging van de betrokken belangen tot criterium moet zijn aan de hand waarvan de toetsing plaatsvindt, levert de preventieve controle voordelen op. De consument mag er dan bij goedgekeurde voorwaarden op vertrouwen dat deze geen onereuze bedingen bevatten, terwijl de betrokken ondernemers zekerheid hebben dat zij niet blootstaan aan ingrijpen achteraf.

Bij het thans bestaande overheidstoezicht mag men er overigens niet zonder meer van uitgaan dat een evenwichtige belangenafweging als hiervoor bedoeld plaatsvindt. Als de overheid als ondernemer optreedt (zie bovenstaande voorbeelden) is niet steeds gewaarborgd dat met het consumentenbelang voldoende rekening wordt gehouden.

De commissie is van mening dat thans onvoldoende argumenten aanwezig zijn die een zo belangrijke inbreuk op de contractsvrijheid rechtvaardigen, als welke het gevolg zou zijn van een algemeen toegepaste preventieve controle op standaardvoorwaarden. Bovendien zou dit tot een tijdrovende procedure met inzet van een uitgebreid en kostbaar ambtenarenapparaat leiden.

De commissie wil niet uitsluiten dat in bepaalde branches, zoals die van de verzekeringen en bij de openbare nutsbedrijven, de voordelen van preventief toezicht zouden prevaleren, maar ook hier wil de commissie in grote meerderheid eerst de resultaten afwachten van een repressief toezicht als in hoofdstuk VIII wordt voorgesteld.

Enkele leden achten het gewenst dat de overheid reeds thans overweegt of het geen aanbeveling verdient in de zojuist genoemde branches de consumentenbescherming in de vorm van preventief toezicht te verwezenlijken.

7. Het repressieve toezicht op standaardvoorwaarden door de overheidsadministratie komt in hoofdstuk VII aan de orde. Een dergelijk toezicht kan thans op grond van de Wet Economische Mededinging worden uitgeoefend indien standaardvoorwaarden in een mededingingsregeling zijn neergelegd en toepassing door de betrokken ondernemers verplicht is. Als strijd met het algemeen belang wordt geconstateerd kunnen zij door onverbindendverklaring van die verplichting worden bevrijd. Geschiedt toepassing van standaard-

voorwaarden vrijwillig, dan kan genoemde wet slechts toepassing vinden als er sprake is van een economische machtspositie, maar toepassing van de desbetreffende bevoegdheid blijkt in de praktijk op moeilijkheden te stuiten.

De commissie heeft daarop de mogelijkheid gezien om aan de overheid los van de Wet E.M. de bevoegdheid te geven standaardvoorwaarden te toetsen aan de vraag of inhoudelijk gezien de belangen van beide betrokken partijen op voldoende evenwichtige wijze zijn gewaarborgd en, zo niet, deze geheel of gedeeltelijk buiten toepassing te verklaren.

In tegenstelling tot de oplossing die gekozen is bij de Wet E.M. — uitvoering door de administratie — zou de commissie bij repressief toezicht op standaardvoorwaarden de voorkeur geven aan toetsing door de rechter.

Anders dan bij de Wet E.M. behoeven bij de beoordeling van standaardvoorwaarden geen beslissingen genomen te worden waarbij ook de algemene sociaal-economische doeleinden van het overheidsbeleid een rol moeten spelen. Het optreden tegen onereuze bedingen kan weliswaar economische repercussies hebben (bijv. als bepaalde aansprakelijkheidsuitsluitingen ongedaan worden gemaakt), maar dat geldt ook voor veel andere rechterlijke beslissingen. Bij standaardvoorwaarden wegen vooral zwaar de juridische aspecten in de privaatrechtelijke sfeer. Daarom ligt hier een taak voor de burgerlijke rechter, die gewend is civiele overeenkomsten te toetsen aan recht en billijkheid en die onafhankelijk van politieke invloeden zijn beslissingen neemt.

8. De rechterlijke controle ten nadele van standaardvoorwaarden, waarop hoofdstuk VIII betrekking heeft, vormt de kern van het advies. Eerst wordt gewezen op de thans reeds bestaande mogelijkheden voor de gewone rechter om bij een procedure tussen een individuele consument en leverancier een beding nietig te verklaren, buiten werking te stellen of de werkingssfeer ervan te beperken, o.a. wegens strijd met de goede zeden of de goede trouw of door toepassing van het leerstuk van "misbruik van omstandigheden". Een en ander biedt echter slechts een beperkte oplossing voor het bestrijden van onereuze bedingen in standaardvoorwaarden: als de individuele consument er al toe komt een onereus beding aan te vechten, zal de desbetreffende uitspraak blijkens enkele in het advies genoemde arresten van de Hoge Raad slechts een beperkte algemene precedentwerking hebben. Daarom acht de commissie het nodig nieuwe mogelijkheden voor rechterlijk ingrijpen ten behoeve van de collectiviteit van consumenten in het leven te roepen. Hiertoe zou de rechter de bevoegdheid moeten krijgen ondernemers een verbod op te leggen om in de toekomst een bepaald onereus beding in hun standaardvoorwaarden op te nemen, voor zover deze op transacties met consumenten betrekking hebben. Hiermede wordt aan de rechter als het ware een zekere regelgevende of semi-wetgevende bevoegdheid gegeven ter bescherming van de collectiviteit van consumenten.

Met het oog op een juiste hantering van deze bevoegdheid acht de commissie een aantal voorzieningen wenselijk.

In de eerste plaats pleit de commissie ervoor deze vorm van rechterlijke controle te concentreren bij één gespecialiseerde rechter, met uitsluiting van hoger beroep, maar met behoud van cassatiemogelijkheid. Gedacht wordt aan een bijzondere kamer van een gerechtshof in de trant van de Ondernemingskamer van het Gerechtshof te Amsterdam. Centralisatie bij één bijzondere

rechter bevordert de rechtszekerheid, want men verkrijgt één definitieve beslissing, hetgeen bij standaardvoorwaarden op basis waarvan dagelijks nieuwe contracten tot stand komen, ook voor de consument belangrijk is. Bovendien zal de bijzondere rechter snel de nodige ervaring opdoen met deze complexe materie.

De commissie zou een snelle publikatie van de uitspraken toejuichen, gelet op het belang hiervan voor consumenten- en ondernemersorganisaties, de betrokken departementen en juridische adviseurs.

In de tweede plaats acht de commissie een speciale toetsingsmaatstaf voor de bijzondere rechter vereist. Daar hij, zoals gezegd, een zekere regelgevende bevoegdheid uitoefent, moet hij een maatstaf kunnen hanteren die de mogelijkheid opent tot een andere en ruimere afweging van belangen dan de toetsingsmaatstaven van de gewone rechter toestaan. Bedoelde algemeen geformuleerde en daarom vrij vage maatstaf — hij moet immers in sterk uiteenlopende branches en in zeer verschillende situaties kunnen worden gebruikt — zou aldus kunnen luiden: een beding of een combinatie van bedingen mag in het algemeen niet onredelijk bezwarend voor de consument zijn, zulks mede uit een oogpunt van een evenwichtige verhouding tussen rechten en plichten van leverancier en consument. Hiertoe is nodig een afweging in het kader van het volledige contract, met inbegrip van de desbetreffende wettelijke bepalingen en met inachtneming van de omstandigheden.

Volgende vragen betreffen de gebondenheid aan verbodsuitspraken en in verband daarmee de inhoud en formulering ervan.

Verworpen wordt een gebondenheid die zich tot andere dan de in de rechterlijke procedure betrokken ondernemer zou uitstrekken, omdat dit niet in ons rechtstelsel zou passen. Aan bedoelde ondernemer zou verboden moeten kunnen worden de door hem gehanteerde standaardvoorwaarden in de toekomst op met consumenten af te sluiten overeenkomsten van toepassing te verklaren, zolang deze standaardvoorwaarden een in die uitspraak nader omschreven beding bevatten.

Als het branchevoorwaarden betreft, zou aan de betrokken branche-organisatie verboden moeten kunnen worden om de desbetreffende standaardvoorwaarden aan haar leden in de toekomst voor te schrijven (indien de branche-organisatie hiertoe althans de bevoegdheid heeft), of ter beschikking van haar leden te stellen en/of aan te bevelen, zolang deze standaardvoorwaarden een in die uitspraak nader omschreven beding bevatten.

Ook een combinatie, dus een verbod aan een branche-organisatie en aan een ondernemer die de desbetreffende voorwaarden gebruikt, zal mogelijk moeten zijn.

De commissie wijst erop dat uit de uitspraak of de overwegingen kan blijken dat een beding in meer algemene zin ontoelaatbaar wordt geacht, hetgeen via publikties in de vakpers een uitwerking kan hebben die zich tot een gehele bedrijfstak en soms tot andere bedrijfstakken dan die waarop de uitspraak betrekking had, zal uitstrekken.

De commissie wil de mogelijkheid van uitvoerbaarheid bij voorraad van een uitspraak niet uitsluiten, zulks gelet op het grote belang dat de consument kan hebben bij het zo snel mogelijk elimineren van onereuze bedingen. Zij gaat ervan uit dat de bijzondere rechter een terughoudend en weloverwogen gebruik zal maken van deze mogelijkheid.

Ten aanzien van de motivering van de verbodsuitspraken merkt de commissie op dat daaruit vaak zal kunnen blijken welke wijzigingen nodig zijn om een beding wel aanvaardbaar te maken. Alvorens tot wijziging over te gaan zal het verstandig zijn wanneer de betrokken ondernemer de branche-organisatie eerst degene hoort die het verbod heeft uitgelokt. Dit geldt ook voor het geval het voornemen bestaat aan de bijzondere rechter wijziging of intrekking van het verbod te vragen, wegens het feit dat zich bijv. zodanige wijzigingen in de marktsituatie – hetzij in het algemeen, hetzij in de desbetreffende branche – hebben voorgedaan dat daarmee redelijkerwijze rekening dient te worden gehouden. Een verbodsuitspraak, zo blijkt hieruit, zal geen absoluut karakter dragen maar, zoals reeds gezegd, kunnen zijn afgestemd op de omstandigheden.

Een meerderheid van de commissie zou de bijzondere rechter bij zijn oordeelsvorming een hulpmiddel willen geven door een lijst met bedingen te publiceren die een vermoeden van onereus te zijn, opleveren; deze lijst zou in de wet zelf opgenomen kunnen worden en als dat niet haalbaar zou blijken, in de memorie van toelichting bij het desbetreffende wetsontwerp.

Enkele leden zijn alleen voorstander van laatstgenoemde mogelijkheid. Een minderheid is gekant tegen het opnemen van een dergelijke lijst, omdat nu eenmaal ieder beding beoordeeld moet worden met inachtneming van de omstandigheden waarin het in het algemeen wordt toegepast.

Soms kan een rechtsvaardigingsgrond bestaan voor toepassing van een bepaald beding. De lage-prijspolitiek van een ondernemer kan bijv. voor de bijzondere rechter aanleiding vormen in dat geval een minder gunstig beding te accepteren.

De commissie heeft vervolgens nagegaan aan wie de bevoegdheid moet worden toegekend om een verbod aan de bijzondere rechter te vragen. Daar volgens de commissie uit de doelstellingen van de consumentenorganisaties ook de bescherming van de consument tegen onereuze bedingen in standaardvoorwaarden zonder meer voortvloeit, zal bedoelde bevoegdheid aan deze organisaties moeten worden toegekend. Dit kan bewerkstelligen dat onderhandelingen tussen die organisaties en ondernemers resp. brancheorganisaties worden gestimuleerd. Ingrijpen van de bijzondere rechter kan daarmee voorkomen worden en deze preventie-werking is juist een belangrijk aspect van de voorgestelde regeling.

Voorts zou de commissie ook aan individuele ondernemers en ondernemersorganisaties toegang tot de bijzondere rechter willen verschaffen, daar dit voor hen uit concurrentie-overwegingen van belang kan zijn, bijv. als de consument wegens de lage prijs van een produkt een onereus beding krijgt opgelegd, waardoor hij onbewust een veel groter risico op zich neemt dan gebruikelijk is.

De bevoegdheid om een verbodssactie aanhangig te maken zou volgens de commissie kunnen worden toegekend aan organisaties die zich uitsluitend (consumentenorganisaties) of in belangrijke mate (vakbeweging) de behartiging van het consumentenbelang ten doel hebben gesteld, en aan organisaties die uitsluitend of in belangrijke mate ten doel hebben het ondernemersbelang te behartigen. Bedoelde organisaties moeten rechtspersonen met volledige rechtsbevoegdheid zijn (volgens het nieuwe Boek 2 van het B.W.). Sommige leden willen hieraan nog enkele verdergaande eisen toevoegen.

Aan inschakeling van bedoelde organisaties geeft de commissie vooralsnog de voorkeur boven toekenning van een taak ter zake aan een afzonderlijk te creëren orgaan, bijv. een "consumentenombudsman".

De vraag is gerezen of ook aan de individuele consument toegang tot de bijzondere rechter moet worden verschaft. Daar een verbod slechts voor de toekomst werkt, kan de individuele consument via een procedure voor de bijzondere rechter geen verandering brengen in zijn met de ondernemer in kwestie bestaande rechtsverhouding.

Voorts zal het in deze materie vaak gaan om ingewikkelde, langdurige en kostbare procedures. Het belang voor de individuele consument om voor de bijzondere rechter te kunnen procederen, lijkt dus niet groot.

De commissie wijst er evenwel op dat de individuele consument wel degelijk bij een verboduitspraak belang kan hebben, nl. als het gaat om transacties die hij in de toekomst nog frequent zal sluiten (bijv. openbaar-vervoersovereenkomsten). Gebleken is ook, bij de instanties voor de behandeling van klachten inzake misleidende reclame, dat de individuele consument niet zelden bereid is terwille van de consumenten in het algemeen, stappen te ondernemen.

Hoewel het procederen voor de bijzondere rechter in verband met de tijd en de kosten die ermee zijn gemoeid, eerder op de weg van de consumentenorganisaties zal liggen, wil de commissie toch niet uitsluiten dat wegen worden gevonden om de procesrechtelijke barrière voor de individuele consument met name wat betreft de kosten zo laag mogelijk te houden.

Daar in de voorstellen van de commissie het optreden tegen onereuze bedingen in feite wordt toevertrouwd aan de consumenten- en ondernemersorganisaties, is het van belang dat bedoelde organisaties op eenvoudige wijze controle op standaardvoorwaarden kunnen uitvoeren. De commissie meent ervan te mogen uitgaan dat uit doelmatigheidsoverwegingen deze controle in de eerste plaats betrekking zal hebben op voorwaarden die door branche-organisaties en branchegenoten worden voorgeschreven of aanbevolen. Daar deze vrijwel steeds bij een Kamer van Koophandel en Fabrieken worden gedeponeerd, zou de commissie voorshands willen bepleiten dat de Kamers van Koophandel een regeling treffen op grond waarvan zij vrijwillig op zich nemen afschriften van branchevoorwaarden bij de griffie van de bijzondere rechter te deponeren. Deze griffie dient meerbedoelde organisaties faciliteiten te verlenen om van de voorwaarden inzage of afschrift te nemen. Aldus kan een centrale aanmeldingsplicht worden vermeden, die een extra last zou leggen op veel ondernemers die slechts enkele simpele voorwaarden hanteren, waarvan kennisneming door de consumenten- en ondernemersorganisaties van minder belang is.

De commissie acht het weliswaar niet haar taak uitvoerige beschouwingen te wijden aan de juridische problematiek voor wat betreft de verhouding bijzondere rechter-gewone rechter, maar wil toch op de volgende aspecten daarvan wijzen.

Mogelijk is dat een geschil ontstaat waarbij voor de gewone rechter een beroep wordt gedaan op een verboduitspraak van de bijzondere rechter: a) als een consument stelt dat een ondernemer een verboden boding toch heeft toegepast; b) als degene die een verbod heeft uitgelokt de dwangsom opvoert wegens het niet-naleven van de verboduitspraak door de betrokken onder-

nemer. Als deze zich erop beroept dat hij het beding of de context ervan heeft gewijzigd, zal de gewone rechter een en ander moeten toetsen aan de verbodsuitspraak.

Een andere situatie die de commissie ter sprake brengt, is deze, dat een ondernemer de naleving van een beding blijft vorderen voor zover betreft overeenkomsten die reeds liepen ten tijde van de uitspraak, waarbij toepassing van het beding bij nieuw te sluiten overeenkomsten werd verboden. De betrokken consumenten kunnen dan aan de gewone rechter vragen het beding te hunnen aanzien nietig te verklaren op de gronden die bij de gewone rechter kunnen worden aangevoerd. De vraag doet zich hierbij voor of de gewone rechter dan niet een soortgelijke toetsingsmaatstaf als de bijzondere rechter hanteert, dient te kunnen aanleggen. Een kleine meerderheid van de commissie beantwoordt deze vraag bevestigend, omdat daardoor de mogelijkheid wordt verkleind dat een discrepantie ontstaat in de rechtspleging van de bijzondere en van de gewone rechter als gevolg van uiteenlopende beoordelingsmaatstaven bij de toetsing van hetzelfde beding. Van dit laatste zou rechtsongelijkheid het gevolg kunnen zijn, in die zin nl. dat de bijzondere rechter tegen toepassing van een bepaald onereus beding aan de consument een toekomstige bescherming zou kunnen verlenen, die de gewone rechter niet zou kunnen geven aan de consument die vóór de uitspraak van de bijzondere rechter een contract met dat beding met de desbetreffende ondernemer heeft afgesloten. Dit deel van de commissie zou de gewone rechter de bevoegdheid willen geven de nieuwe toetsingsmaatstaf ook voor individuele bedingen te hanteren, mede omdat niet altijd duidelijk is of een beding wel onderdeel van standaardvoorwaarden is. Als het niet mogelijk blijkt de toetsingsbevoegdheid van de gewone rechter op de voorgestelde wijze uit te breiden, zouden deze leden ter voorkoming van rechtsongelijkheid de bijzondere rechter de bevoegdheid willen geven om ook individuele overeenkomsten als hiervoor bedoeld, te toetsen aan de door hem gehanteerde maatstaf.

Een belangrijk aantal andere leden van de commissie acht het een te grote ingreep in het Nederlandse contractenrecht als aan de gewone rechter de bevoegdheid zou worden toegekend op grond van een dergelijke ruime maatstaf in een bestaand contract in te grijpen. Ook zou het moeilijk aanvaardbaar zijn als die maatstaf niet zou dienen te gelden in contractuele verhoudingen met anderen (dan consumenten), die daarin een zwakke positie innemen. Om een beding voor de toekomst te verbieden, behoort volgens deze leden een wat ruimere maatstaf te worden gehanteerd dan om een beding in een bestaand contract door de gewone rechter nietig te doen verklaren, terwijl bij deze maatstaf ook het element van afkeuring minder scherp naar voren dient te komen dan bij de toetsingscriteria van de gewone rechter. Het wordt door hen niet zo bezwaarlijk geacht dat een zekere rechtsongelijkheid kan ontstaan tussen consumenten die voor en die na een verbodsuitspraak hebben gecontracteerd. Het probleem van de onereuze bedingen in standaardvoorwaarden zal zich steeds minder voordoen naarmate meer van deze bedingen aan de bijzondere rechter werden voorgelegd, mede gelet op de reflexwerking van diens uitspraken.

In een samenvatting wordt vervolgens een aantal gevallen onderscheiden waarin de bijzondere rechter en de gewone rechter tot beoordeling van hetzelfde beding geroepen kunnen worden.

Een bijzondere situatie kan zich voordoen bij de zg. duurcontracten, waarbij de prestatie zich over een bepaalde periode uitstrekt en die telkens al dan niet stilzwijgend worden verlengd (huur- en verzekeringsovereenkomsten, onderhoudscontracte, lesovereenkomsten, (hypothecaire) geldleningsovereenkomsten e.d.). Daar de verbodsuitspraken slechts voor de toekomst werken, zal het bij (lopende) duurcontracten kunnen voorkomen dat vele consumenten nog jarenlang (soms tientallen jaren, bijv. bij hypotheek) aan een door de bijzondere rechter voor de toekomst verboden beding gebonden blijven. Er zal dan dus sprake kunnen zijn van een vrij sterke rechtsongelijkheid tussen consumenten die een nieuw contract met de desbetreffende ondernemer sluiten en consumenten die aan lopende duurcontracten met de ondernemer zijn gebonden.

Aan deze rechtsongelijkheid ontleent de kleine meerderheid van de commissie die voor toekenning is van de nieuwe toetsingsmaatstaf aan de gewone rechter, een extra argument voor die toekenning, omdat zij dan de kans groot acht dat de gewone rechter met gebruikmaking van die nieuwe maatstaf het beding in lopende duurcontracten desgevraagd nietig zal verklaren. Worden de toetsingsmogelijkheden van de gewone rechter niet uitgebreid, dan moet volgens deze leden de bijzondere rechter verdere toepassing van het beding in een lopend duurcontract kunnen verbieden resp. het duurcontract kunnen wijzigen. Het hier aan het woord zijnde deel van de commissie meent dat bij ingrijpen door de rechter in duurcontracten of andere lopende contracten, een opzeggingsbevoegdheid moet bestaan: enerzijds voor de consumenten die het gewijzigde contract minder aantrekkelijk vinden, anderzijds voor hun wederpartijen voor wie het juist te bezwaarlijk kan zijn geworden. Sommige van deze leden vinden dat het opzeggingsrecht alleen aan de consument dient toe te komen.

Het deel van de commissie dat tegen toekenning van de nieuwe toetsingsmaatstaf aan de gewone rechter is, heeft tevens onoverkomelijke bezwaren tegen het geven van de bevoegdheid aan de bijzondere rechter om in lopende duurcontracten in te grijpen. Gelet op het feit dat de gewone wetgever zeer huiverig is om in bestaande rechtsbetrekkingen in te grijpen, de lagere wetgever daarvoor zelfs zelden de kans krijgt, dient de bijzondere "wetgevende" rechter deze bevoegdheid zeker niet te krijgen. De behoefte eraan achten deze leden ook niet groot, o.a. wegens het bestaan van relatief veel dwingend recht met betrekking tot duurcontracten.

Zou de bevoegdheid tot ingrijpen in lopende duurcontracten tot aan de bijzondere rechter worden toegekend, dan zou volgens dit deel van de commissie niet alleen de consument, maar ook de ondernemer de mogelijkheid tot tussentijdse opzegging moeten krijgen.

In dit hoofdstuk spreekt de commissie opnieuw de verwachting uit dat de voorgestelde regeling het overleg tussen de consumentenorganisaties en de diverse branche-organisaties zal bevorderen.

Wat de uitvoering van de regeling betreft, staat vast dat de controle op oneeruze bedingen, het plegen van overleg en het voeren van processen ter zake, aanzienlijke kosten voor de consumentenorganisaties zal meebrengen.

Een deel van de commissie wijst erop dat het toevertrouwen van de controle-taak aan de consumentenorganisaties op een praktische keuze berust: zij zijn reeds vertrouwd met de problematiek en aldus wordt een kostbare overheids-

controle overbodig. Dit rechtvaardigt volgens deze leden dat de desbetreffende kosten van de consumentenorganisaties door de overheid worden gedragen.

9. In hoofdstuk IX worden enkele kanttekeningen gemaakt bij het toepassingsgebied van de in hoofdstuk VIII voorgestelde regeling: deze is beperkt tot transacties met consumenten, zulks in verband met hun relatief zwakke positie ten opzichte van hun wederpartij. Er wordt op gewezen dat de detaillist zich ten opzichte van zijn leverancier dikwijls ook in een zwakke positie bevindt en voorwaarden moet accepteren die bezwaarlijk voor hem zijn, bijv. in die zin dat de verhaalsmogelijkheid voor de leverancier wordt beperkt of uitgesloten. De detaillist zal daardoor van zijn kant de neiging hebben via zijn standaardvoorwaarden de aansprakelijkheid jegens de consument te beperken of uit te sluiten. Als nu de bijzondere rechter aan de detaillist een dergelijke beperking of uitsluiting verbiedt, kan dit voor hem ernstige gevolgen hebben: bij toekomstige transacties moet hij een veel groter risico dragen zonder dat hij bij zijn leverancier verhaal kan zoeken.

In het advies worden enkele mogelijkheden geopperd om bedoelde moeilijkheid op te lossen, o.a. deze, dat de leverancier van de detaillist ook in de procedure wordt betrokken, zodat de bijzondere rechter een onereus beding niet alleen in de relatie detaillist-consument, maar zo nodig ook in de relatie leverancier-detaillist kan verbieden.

Een deel van de commissie wijst erop dat bedoelde moeilijkheden voorkomen kunnen worden als een wettelijke regeling niet tot de relatie detaillist-consument beperkt zou worden, maar op alle geledingen in de bedrijfskolom betrekking zou hebben. Een dergelijke algemene wettelijke regeling wordt ook wenselijk geacht in het Advies inzake een eventuele wettelijke regeling van standaardcontracten, dat de Raad voor het Midden- en Kleinbedrijf op 16 april 1975 heeft vastgesteld.

Unaniem is de Commissie voor Consumentenaangelegenheden overigens in haar oordeel dat advisering over een algemene wettelijke regeling als hiervoor bedoeld niet op de weg van de commissie ligt. Uit consumenten oogpunt heeft tegen zo'n meeromvattende wettelijke regeling geen bezwaar te bestaan, maar de totstandbrenging ervan zou wel meer tijd vergen. Om vertraging te voorkomen zou daarom begonnen kunnen worden met een wettelijke regeling ter bescherming van de consument, die daaraan ook de grootste behoefte heeft.

De eerderbedoelde leden die verre de voorkeur geven aan een meeromvattende wettelijke regeling merken daarbij op dat naar hun mening een wettelijke bescherming ten behoeve van de consument niet mag worden ingevoerd, zolang geen bevredigende regeling is getroffen die voorkomt dat de detaillist in de dwangpositie raakt waarvan hiervoor sprake was.

BIJLAGE 1

INVENTARISATIE VAN STANDAARDVOORWAARDEN

Deze inventarisatie bevat standaardvoorwaarden, opgesteld door leveranciersorganisaties, waarmee de particuliere consument blijkens de ervaringen van Consumentenbond en Konsumenten Kontakt te maken kan krijgen.

De lijst is niet uitputtend. Alle eigen standaardvoorwaarden, die door individuele bedrijven gehanteerd worden, zijn voorts buiten beschouwing gelaten.

- Algemene Leverings- en Betalingsvoorwaarden, vastgesteld door de Algemene Vereniging van de Centrale Verwarmings- en Luchtbehandelings-Industrie (A.C.I.).

- Leverings- en betalingsvoorwaarden voor de uitvoering van loodgieters- en fitterswerkzaamheden, waarvoor geen besteksvoorwaarden gelden (zgn. klanten- of burgerwerk), alsmede voor het aanleggen van c.v.-installaties, vastgesteld door de Nederlandse Christelijke Installateurs Bond (N.C.I.B.).

- Algemene Leveringsvoorwaarden Installerende Bedrijven (A.L.I.B.), vastgesteld door de Algemene Vereniging voor de Centrale Verwarmings- en Luchtbehandelings Industrie (A.C.I.), de Algemene Vereniging van Ondernemers in het Loodgieters-, Sanitair- en Gasverwarmingsinstallatiebedrijf (A.V.O.L.), de Nederlandse Vereniging voor Liftnijverheid (Liftenvereniging) en de Unie van Electrotechnische Ondernemersorganisaties.

- Leverings- en Betalingsvoorwaarden van de Radiatoren- en Ketel Unie "Reku".

- Algemene Verkoop-, Leverings- en Betalingsvoorwaarden voor de Electro-technische Detailhandel, vastgesteld door de Unie van Electrotechnische Ondernemersorganisaties.

- Algemene Voorwaarden betreffende de uitvoering van glas-, schilders-, behangers- en afwerkingswerkzaamheden en de levering van te verwerken produkten, alsmede de betaling, vastgesteld door het Nederlands Christelijk Ondernemersverbond voor het Schildersbedrijf en het Algemeen Verbond van Ondernemers in het Schildersbedrijf.

- Algemene Voorwaarden voor de levering en plaatsing van glas, vastgesteld door de Vereniging van Groothandelaren in en bewerkers van vlakglas, de Nederlandse Glasbond.

- Leverings- en Uitvoeringsvoorwaarden voor de Vereniging van Bitumineuze Dakbedekkingsbedrijven (Vebidak).

- Algemene voorwaarden uitvoering burgerwerk en kleine aannemingen in het bouwbedrijf, vastgesteld door de Stichting Raad en Bestuur Bouwbedrijf (R.B.B.), voor resp.: aangenomen werk, regiewerk en uurloonwerk.

- Koop- en Verkoopvoorwaarden 1955 (laatstelijk gewijzigd in 1970), vastgesteld door de Stichting Raad van Bestuur Bouwbedrijf (R.B.B.) en de Federatie van Verenigingen van Groothandelaren in Bouwstoffen (F.C.B.).

- Algemene verkoopvoorwaarden met betrekking tot door leden van de N.B.B. gebouwde of te bouwen woningen, uitgegeven door de Nederlandse Bond van Bouwondernemers.

- Huurkontraakt, uitgegeven door de Nederlandse Bond van Huis- en Grondeigenaren.

- Koopakte met aannemingsovereenkomst, Koopakte (bestaand huis), Koopakte betreffende een appartement, Koopakte betreffende een lidmaatschapsrecht in een coöperatieve vereniging, Huurkontraht met algemene bepalingen, Huurkontraht voor autoboxen (modelakten, uitgegeven door de Nederlandse Bond van Makelaars in Onroerende Goederen (N.B.M.)).
- Koop-/Aannemingsovereenkomst, opgesteld door de Koninklijke Notariële Broederschap, de Nederlandse Federatie van Makelaars in Onroerende Goederen, de Nederlandse Vereniging van Bouwondernemers, het Bouwfonds Nederlandse Gemeenten, de Consumentenbond en de Vereniging Eigen Huis.
- Modelovereenkomst met standaardvoorwaarden, opgesteld door de organisatie van Recreatie-Ondernemers in Nederland (RECRON) in overleg met A.N.W.B. en Consumentenbond.
- Algemene Reisvoorwaarden der Algemene Nederlandse Vereniging van Reisbureaus (A.N.V.R.).
- Uniforme Voorwaarden Hotellerie 1972, uitgaven van de Nederlandse Bond van Werkgevers in Hotel-, Restaurant-, Café- en aanverwante bedrijven (Horecaf).
- Algemene Vervoerscondities.
- Algemene Voorwaarden der Federatie van Nederlandse Expeditieorganisaties.
- Algemene Voorwaarden voor Verhuizingen, uitgave van de Vakafdeling Meubeltransport van de N.O.B. Wegtransport.
- Voorwaarden, waarop kleding, meubelstoffen, gordijnen en tapijten door chemische wasserijen en ververijen ter bewerking worden aangenomen, vastgesteld door de Vereniging van Werkgevers in de Chemische Wasserijen en Ververijen (V.C.W.) en de Consumentenbond.
- Voorwaarden wasbehandeling, vastgesteld door de Federatie voor de Wasindustrie in Nederland in overleg met de Consumentenbond.
- Voorwaarden voor apparatuur-reparaties en van ontwikkel-, afdruk- en vergrotingswerkzaamheden van de Bond van Nederlandse Fotodetailhandelaren "BONEFO".
- Algemene Leveringsvoorwaarden van de Nederlandse Juweliersvereniging, de Nederlandse Bond van Horlogemakers en de Detailhandelaren in Uurwerken, Goed en Zilver en aanverwante artikelen.
- Algemene Leverings- en Betalingsvoorwaarden van de Nederlandse Unie van Ondernemers in het Uitvaartverzorgingsbedrijf N.U.V.U.
- Algemene verkoop- en betalingsvoorwaarden voor levering van grafwerken, vastgesteld door de Algemene Nederlandse Bond van Steenhouwerspatroons (A.N.B.S.).
- Modelkontraht, opgesteld door de Raad van Toezicht op de Dienstverlening voor Huwelijkscontacten.
- Tarieven en Voorwaarden van de Nederlandse Bond van Makelaars in Onroerende Goederen (N.B.M.).
- Tarief van de Makelaarsvereniging te Amsterdam.
- Regelingen, vastgesteld door de Orde van Nederlandse Raadgevende Ingenieurs (O.N.R.I.) en de Bond van Nederlandse Technische Adviseurs (B.N.T.A.).
- Regeling Rechtsverhouding tussen Opdrachtgever en Architect (R.O.A.), opgesteld door het Nederlands Architecten Genootschap (N.A.C.).
- Regeling van de Rechtsverhouding tussen Opdrachtgever en Architect

R.V.O.A., opgesteld door de Vereniging van Nederlandse Praktizerende Architecten (N.P.A.).

– Algemene Regelen voor de honorering van de architect en de verdere rechtsverhouding tussen opdrachtgever en architect A.R., opgesteld door de Bond van Nederlandse Architecten (B.N.A.).

– A.R. Interieursarchitecten (B.N.I.).

– A.R. Tuinarchitecten (B.N.T.).

– Algemene handelsvoorwaarden voor leveringen en werkzaamheden in het hoveniersbedrijf, opgesteld door de Vereniging de Nederlandse Bloemisterij.

– Reglement houdende algemene bepalingen, voorschriften en tarieven voor de niet-ambtelijke rechtspraktijk van de leden van de Vereniging van Gerechtsdeurwaarders.

– Algemene Inkassovooraarden van de Vereniging van Gerechtsdeurwaarders.

– Verkoop-, Leverings- en Betalingsvoorwaarden van de Federatie van Meubileringsbonden, opgesteld in overleg met de Consumentenbond.

– Algemene Verkoopvoorwaarden van de Centrale Bond van Meubelfabrikanten.

– Algemene Verkoop- en Leveringsvoorwaarden van de Vereniging van Nederlandse Tapijtfabrikanten (NETAVO).

– Verkoopvoorwaarden, vastgesteld door de Vereniging van Leveranciers van Parket- en Hardhoutvloeren in Nederland.

– Algemene leverings- en betalingsvoorwaarden voor huishoudelijk en sier-aardewerk en -porcelein, vastgesteld door de Algemene Vereniging voor de Nederlandse Aardewerk- en Glasindustrie.

– Algemene leverings- en betalingsvoorwaarden voor de Metaalnijverheid (Smecoma-voorwaarden).

– Leveringsvoorwaarden van de Grafische Industrie.

– Algemene Leveringsvoorwaarden van de Nederlandse Boekverkopers Bond.

– Algemene Voorwaarden, opgesteld en gedeponneerd door de Nederlandse Bankiersvereniging.

– Leverings- en betalingsvoorwaarden, Huurovereenkomst, Garantiebewijs voor een gebruikte personenauto (modelcontracten, opgesteld door de Bond van Automobielen, Garage- en Aanverwante Bedrijven, BOVAG).

– Algemene Contractsvoorwaarden van de Bond van Nederlandse Caravanbedrijven (BONECA).

– Verkoop- en Leveringsvoorwaarden voor pleziervaartuigen en het daarmee rechtstreeks verband houdende verbouwen en repareren van de HISWA.

– Voorwaarden van verzekering van de Stichting Nederlands Onderling Her-verzekerings-Instituut voor Ziektekosten (N.O.Z.).

– Voorwaarden van verzekering, model Algemene Nederlandse Polis voor Ziektekostenverzekering A.N.P.Z.

– Modelvoorwaarden voor de levering van gas, uitgegeven door de Vereniging van Exploitanten van Gasbedrijven in Nederland (VEGIN).

– Modelvoorwaarden voor aansluiting en waterlevering, uitgegeven door de Vereniging van Exploitanten van Waterleidingbedrijven in Nederland (VEWIN).

**DOOR DE CONSUMENTENBOND EN HET KONSUMENTEN KONTAKT
OPGESTELDE LIJST MET EEN AANTAL NAAR HUN OORDEEL VOOR
DE CONSUMENT NADELIGE
BEPALINGEN IN STANDAARDCONTRACTEN**

1. Clausules die maken dat de consument zich door ondertekening bindt, doch de "leverancier" daarna nog een termijn geven om al dan niet tot de overeenkomst toe te treden.
2. Clausules die de gebondenheid van de leverancier aan door zijn vertegenwoordigers gesloten overeenkomsten resp. gedane toezeggingen afhankelijk stellen van schriftelijk bevestiging door de leverancier zelf.
3. Clausules die de verplichtingen van de leverancier slechts "indicatief" omschrijven b.v. door te bepalen dat de offerte, het getoonde monster, de overeengekomen prijs en de levertijd "geheel vrijblijvend" zijn aangegeven, zodat de consument aan afwijking daarvan geen enkel recht kan ontleen.
4. Clausules die de leverancier het recht geven de contractsinhoud ééenzijdig te wijzigen (althans indien niet gelijktijdig aan de consument het recht wordt gegeven dan ontbinding eventueel met schadevergoeding te verlangen).
5. Clausules die de leverancier een onbeperkt recht geven prijsstijgingen in de periode tussen bestelling en levering van het artikel aan de consument door te berekenen (prijsstijgingen gedurende een bepaalde korte periode na de bestelling, alsmede voor de deskundige leverancier voorzienbare prijsstijgingen, dienen voor zijn risico te komen en na verloop van die periode behoort de consument het recht te hebben de overeenkomst op te zeggen als de hogere prijs hem niet convenieert, zonder dat dan een boete of schadevergoeding van hem geclaimd kan worden).
6. Clausules die bepalen dat goederen, die door de leverancier ten huize van de consument zullen worden afgeleverd, voor risico van de consument reizen (tenzij een deugdelijke verzekering voor het transportrisico door de leverancier aan de consument is aangeboden of te diens behoefte is gesloten).
7. Clausules die de consument op straffe van verval van zijn aanspraken een onredelijk korte termijn geven voor het melden van klachten over het geleverde artikel of een bijzondere verjaringstermijn (korter dan de wet geeft) t.a.v. de rechten van de consument introduceren.
8. Clausules die de leverancier het recht geven ééenzijdig te beoordelen of de overeenkomst behoorlijk is uitgevoerd, resp. of er sprake is van een gerechtvaardigd beroep van de consument op een hem verleende garantie.
9. Clausules die een ten gunste van de leverancier "uitgerekt" overmachtsbegrip in de overeenkomst introduceren.
10. Clausules die de wettelijke aansprakelijkheid van de leverancier uitsluiten of onredelijk beperken.
11. Clausules die de omvang van de door de leverancier te betalen schadevergoeding onredelijk beperken.
12. Clausules (vaak in garantiebepalingen) die de consument slechts recht geven op herstel van gebreken en hem zijn normale wettelijke rechten uit wanprestatie van de leverancier (zoals ontbinding eventueel met schadevergoeding) ontnemen.

13. Clausules (vaak in garantiebewijzen) die bepalen dat – behoudens blijk van het tegendeel – een schade geacht wordt zijn oorzaak te vinden in één van de vele schadeoorzaken, die uitdrukkelijk van de garantie zijn uitgesloten.
14. Clausules die de bewijslast van bepaalde feiten op de consument leggen, terwijl die bewijslast volgens de wettelijke bewijsregels op de leverancier zou rusten.
15. Clausules die de consument verbieden zijn betalingsverplichtingen geheel of ten dele op te schorten op grond van wanprestatie van de leverancier.
16. Clausules die maken dat de consument van rechtswege, dus zonder ingebrekestelling, allerlei boetes of kosten verbeurt.
17. Clausules die onredelijk hoge boetepercentages aan annulering van de overeenkomst door de consument verbinden (ongeacht het feit of en in hoeverre de leverancier door die annulering schade lijdt).
18. Clausules die de consument de mogelijkheid ontnemen langlopende contracten (b.v. een schriftelijke cursus) tussentijds op te zeggen.
19. Clausules die wel de leverancier het recht op ontbinding van de overeenkomst toekennen, doch de consument dat recht ontnemen.
20. Clausules waardoor de consument bij voorbaat afstand doet van een beroep op de gewone rechter (b.v. door zich te binden aan arbitrage of bindend advies).
21. Clausules die de rechter van de woonplaats van de leverancier bevoegd verklaren.
22. Clausules die de consument verbieden compensatie toe te passen.
23. Clausules die bewerkstelligen dat een overeenkomst – behoudens tijdige opzegging door de consument – stilzwijgend voor een onredelijk lange periode wordt verlengd.

H. REGIERUNGSVORLAGE ZUM KONSUMENTENSCHUTZGESETZ
(Oostenrijk 1977)

(744 der Beilagen zu den stenographischen Protokollen des Nationalrates XIV. GP, ingediend 30 november 1977)

Bundesgesetz vom XXXXXXXXXXXXXXXX, mit dem Bestimmungen zum Schutz der Verbraucher getroffen werden (Konsumentenschutzgesetz – KSchG)

Der Nationalrat hat beschlossen:

1. HAUPTSTÜCK

**Besondere Bestimmungen für Verträge zwischen
Unternehmern und Verbrauchern**

Abschnitt I

Geltungsbereich

Par. 1. (1) Dieses Hauptstück gilt für Rechtsgeschäfte, an denen

1. einerseits jemand, für den das Geschäft zum Betrieb seines Unternehmens gehört, (im folgenden kurz Unternehmer genannt) und

2. andererseits jemand, für den dies nicht zutrifft, (im folgenden kurz Verbraucher genannt) beteiligt sind.

(2) Unternehmen im Sinn des Abs. 1 Z. 1 ist jede auf Dauer angelegte Organisation selbständiger wirtschaftlicher Tätigkeit, mag sie auch nicht auf Gewinn gerichtet sein, einschliesslich der Tätigkeiten der juristischen Personen des öffentlichen Rechtes.

(3) Geschäfte, die eine natürliche Person vor Aufnahme des Betriebes ihres Unternehmens zur Schaffung der Voraussetzungen dafür tätig, gehören noch nicht im Sinn des Abs. 1. Z. 1 zu diesem Betrieb.

(4) Dieses Hauptstück gilt nicht für Verträge, die jemand als Arbeitnehmer oder arbeitnehmerähnliche Person (Par. 2 Abs. 1 ArbGerG) mit dem Arbeitgeber schliesst.

Par. 2. (1) Dieses Hauptstück lässt Regelungen unberührt, nach denen die hier vorgesehenen Rechtsfolgen in anderen Fällen eintreten.

(2) Soweit in Vereinbarungen von diesem Hauptstück zum Nachteil des Verbrauchers abgewichen wird, sind sie unwirksam.

Abschnitt II

Allgemeine Regeln

Rücktrittsrecht

Par. 3. (1) Hat der Verbraucher seine Vertragserklärung weder in den vom Unternehmer für seine geschäftlichen Zwecke dauernd benützten Räumen noch bei einem von diesem dafür einer Messe oder einem Markt benützten Stand abgegeben, so kann er von seinem Vertragsantrag oder vom Vertrag zurücktreten. Dieser Rücktritt kann bis zum Zustandekommen des Vertrages oder danach binnen einer Woche erklärt werden; die Frist beginnt mit der Ausfolgung einer Urkunde, die zumindest den Namen und die Anschrift des Unternehmers sowie eine Belehrung über das Rücktrittsrecht enthält, an den Verbraucher, frühestens jedoch mit dem Zustandekommen des Vertrages zu laufen. Handelt es sich nicht um ein Abzahlungsgeschäft (Par. 16), so erlischt das Rücktrittsrecht spätestens einen Monat nach dem Zustandekommen des Vertrages.

(2) Das Rücktrittsrecht besteht auch dann, wenn der Unternehmer oder ein mit ihm zusammenwirkender Dritter den Verbraucher im Rahmen einer Werbefahrt, einer Ausflugsfahrt oder einer

ähnlichen Veranstaltung in die vom Unternehmer für seine geschäftlichen Zwecke benützten Räume gebracht hat.

(3) Das Rücktrittsrecht steht dem Verbraucher nicht zu,

1. wenn er selbst die geschäftliche Verbindung mit dem Unternehmer oder dessen Beauftragten zwecks Schliessung dieses Vertrages angebahnt hat,

2. wenn dem Zustandekommen des Vertrages keine Besprechung zwischen den Beteiligten oder ihren Beauftragten vorausgegangen ist oder

3. bei Verträgen, bei denen die beiderseitigen Leistungen sofort zu erbringen sind, wenn sie üblicherweise von Unternehmern ausserhalb ihrer Geschäftsräume geschlossen werden und das vereinbarte Entgelt 100 S, oder wenn das Unternehmen nach seiner Natur nicht in ständigen Geschäftsräumen betrieben wird und das Entgelt 300 S nicht übersteigt.

(4) Der Rücktritt bedarf zu seiner Rechtswirksamkeit der Schriftform. Es genügt, wenn der Verbraucher ein Schriftstück, das seine Vertragserklärung oder die des Unternehmers enthält, dem Unternehmer oder dessen Beauftragten, der an den Vertragsverhandlungen mitgewirkt hat, mit einem Vermerk zurückstellt, der erkennen lässt, dass der Verbraucher die Aufrechterhaltung des Vertrages ablehnt. Es genügt, wenn die Erklärung innerhalb des im Abs. 1 genannten Zeitraumes abgesendet wird.

Par. 4. (1) Tritt der Verbraucher nach Par. 3 vom Vertrag zurück, so hat Zug um Zug

1. Der Unternehmer alle empfangenen Leistungen samt gesetzlichen Zinsen vom Empfangstag an zurückzuerstatten und den vom Verbraucher auf die Sache gemachten notwendigen und nützlichen Aufwand zu ersetzen,

2. der Verbraucher die empfangenen Leistungen zurückzustellen und dem Unternehmer ein angemessenes Entgelt für die Benützung, einschliesslich einer Entschädigung für eine damit verbundene Minderung des gemeinen Wertes der Leistung, zu zahlen; die Übernahme der Leistungen in die Gewahrsame des Verbrauchers ist für sich allein nicht als Wertminderung anzusehen.

(2) Ist die Rückstellung der vom Unternehmer bereits erbrachten Leistungen unmöglich oder untunlich, so hat der Verbraucher dem Unternehmer deren Wert zu vergüten, soweit sie ihm zum klaren und überwiegenden Vorteil gereichen.

(3) Die Abs. 1 und 2 lassen Schadensersatzansprüche unberührt.

Kostenvoranschläge

Par. 5. (1) Für die Erstellung eines Kostenvoranschlags (Par. 1170a ABGB) durch den Unternehmer hat der Verbraucher ein Entgelt nur dann zu zahlen, wenn er vorher auf diese Zahlungspflicht hingewiesen worden ist.

(2) Wird den Vertrag ein Kostenvoranschlag des Unternehmers zugrunde gelegt, so gilt dessen Richtigkeit als gewährleistet, wenn nicht das Gegenteil ausdrücklich erklärt ist.

Unzulässige Vertragsbestandteile

Par. 6. (1) Für den Verbraucher sind besonders solche Vertragsbestimmungen im Sinn des Par. 879 ABGB jedenfalls nicht verbindlich, nach denen

1. sich der Unternehmer für die Annahme oder Ablehnung eines Vertragsantrags des Verbrauchers eine Frist ausbedingt, die unangemessen lang oder nicht hinreichend bestimmt ist, oder der Verbraucher während einer solchen Frist an den Vertrag gebunden ist;

2. ein bestimmtes Verhalten des Verbrauchers als Abgabe oder Nichtabgabe einer Erklärung gilt, es sei denn, der Verbraucher wird bei Beginn der hierfür vorgesehenen Frist auf die Bedeutung seines Verhaltens besonders hingewiesen und hat zur Abgabe einer ausdrücklichen Erklärung eine angemessene Frist;

3. eine für den Verbraucher rechtlich bedeutsame Erklärung des Unternehmers, die jenem nicht zugegangen ist, als ihm zugegangen gilt, sofern es sich nicht um die Wirksamkeit einer an die zuletzt bekanntgegebene Anschrift des Verbrauchers gesendeten Erklärung für den Fall handelt, dass der Verbraucher dem Unternehmer eine Änderung seiner Anschrift nicht bekanntgegeben hat;

4. eine vom Verbraucher dem Unternehmer oder einem Dritten abzugebende Anzeige oder Erklärung einer strengeren Form als der

Schriftform oder besonderen Zugangserfordernissen zu genügen hat;

5. dem Unternehmer auf sein Verlangen für seine Leistung ein höheres als das bei der Vertragsschliessung bestimmte Entgelt zusteht, es sei denn, dass die für die Erhöhung massgebenden Umstände im Vertrag umschrieben sind und ihr Eintritt nicht vom Willen des Unternehmers abhängt;

6. das Recht des Verbrauchers, seine Leistung nach Par. 1052 ABGB bis zur Bewirkung oder Sicherstellung der Gegenleistung zu verweigern, für den Fall ausgeschlossen oder eingeschränkt wird, dass der Unternehmer seine Leistung nicht vertragsgemäss erbringt oder ihre Erbringung durch seine schlechten Vermögensverhältnisse, die dem Verbraucher zur Zeit der Vertragsschliessung weder bekannt waren noch bekannt sein mussten, gefährdet ist, indem etwa das Leistungsverweigerungsrecht davon abhängig gemacht wird, dass der Unternehmer Mängel seiner Leistung anerkennt;

7. ein dem Verbraucher nach dem Gesetz zustehendes Zurückbehaltungsrecht ausgeschlossen oder eingeschränkt wird;

8. das Recht des Verbrauchers, seine Verbindlichkeiten durch Aufrechnung aufzuheben, für den Fall der Zahlungsunfähigkeit des Unternehmers oder für Gegenforderungen ausgeschlossen oder eingeschränkt wird, die im rechtlichen Zusammenhang mit der Verbindlichkeit des Verbrauchers stehen, die gerichtlich festgestellt oder die vom Unternehmer anerkannt worden sind;

9. eine Pflicht des Unternehmers zum Ersatz eines Schadens für den Fall ausgeschlossen wird, dass er oder eine Person, für die er einzustehen hat, den Schaden vorsätzlich oder grob fahrlässig verschuldet hat;

10. der Unternehmer oder eine seinem Einflussbereich unterliegende Stelle oder Person ermächtigt wird, mit bindender Wirkung für den Verbraucher darüber zu entscheiden, ob die ihm vom Unternehmer erbrachten Leistungen der Vereinbarung entsprechen;

11. dem Verbraucher eine Beweislast auferlegt wird, die ihn von Gesetzes wegen nicht trifft;

12. die Rechte des Verbrauchers auf eine Sache, die der Unternehmer zur Bearbeitung übernommen hat, in unangemessen kurzer Frist verfallen.

(2) Sofern der Unternehmer nicht beweist, dass sie im einzelnen ausgehandelt worden sind, gilt das gleiche auch für Vertragsbestimmungen, nach denen

1. der Unternehmer ohne sachliche Rechtfertigung vom Vertrag zurücktreten kann;

2. dem Unternehmer das Recht eingeräumt wird, seine Pflichten oder den gesamten Vertrag mit schuldbefreiender Wirkung einem Dritten zu überbinden, der im Vertrag nicht namentlich genannt ist;

3. der Unternehmer eine von ihm zu erbringende Leistung einseitig ändern oder von ihr abweichen kann, es sei denn, die Änderung beziehungsweise Abweichung ist dem Verbraucher zumutbar, besonders weil sie geringfügig und sachlich gerechtfertigt ist;

4. dem Unternehmer auf sein Verlangen für seine innerhalb von drei Monaten nach der Vertragsschliessung zu erbringende Leistung ein höheres als das hierbei bestimmte Entgelt zusteht;

5. eine Pflicht des Unternehmers zum Ersatz eines Schadens an einer Sache, die er zur Bearbeitung übernommen hat, ausgeschlossen oder beschränkt wird.

Reugeld

Par. 7. Ist der Verbraucher zur Zahlung eines Reugeldes (Par. 909 ABGB) verpflichtet, so kann es der Richter in sinngemässer Anwendung des Par. 1336 Abs. 2 ABGB mässigen.

Gewährleistung

Par. 8. (1) Ist der Unternehmer nach Par. 932 ABGB verpflichtet, seine Leistung zu verbessern oder Fehlendes nachzutragen, so hat er diese Pflicht nach Wahl des Verbrauchers an dem Ort zu erfüllen,

1. an dem die Sache übergeben worden ist,

2. der im Inland liegt und

a) nach dem der Unternehmer die Sache vertragsgemäss befördert oder versendet hat oder

b) an dem sich die Sache gewöhnlich befindet, sofern dieser Ort

für den Unternehmer nicht überraschend sein musste und sofern nach der Art der Sache deren Beförderung zum Unternehmer für den Verbraucher untunlich ist.

(2) Ist es dem Verbraucher zumutbar, die Sache dem Unternehmer zu senden, so kann diese Übersendung verlangen, er hat jedoch deren Gefahr und Kosten zu tragen.

(3) Auf Verlangen des Verbrauchers hat der Unternehmer seine Pflicht auch an einem anderen im Inland gelegenen Ort zu erfüllen; der Verbraucher hat jedoch die Mehrkosten und die Erhöhung der Gefahr zu tragen, die sich aus der Leistung an diesem anderen Ort ergeben.

Par. 9. Gewährleistungsansprüche des Verbrauchers dürfen nur durch Vereinbarungen beschränkt werden, nach denen

1. sich der Unternehmer bei einer Gattungsschuld von dem Ansprüchen auf Aufhebung des Vertrages oder auf angemessene Preisminderung dadurch befreien kann, dass er in angemessener Frist die mangelhafte Sache gegen eine mängelfreie austauscht;

2. sich der Unternehmer von der Pflicht zur Gewährung einer angemessenen Preisminderung dadurch befreien kann, dass er in angemessener Frist in einer für den Verbraucher zumutbaren Weise eine Verbesserung bewirkt oder das Fehlende nachträgt.

Umfang der Vertretungsmacht und mündliche Zusagen

Par. 10. (1) Eine Vollmacht, die ein Unternehmer erteilt hat, erstreckt sich im Verkehr mit Verbrauchern auf alle Rechtshandlungen, die derartige Geschäfte gewöhnlich mit sich bringen; besondere gesetzliche Regeln über den Umfang der Vollmacht bleiben davon unberührt. Eine Beschränkung der Vollmacht ist dem Verbraucher gegenüber nur wirksam, wenn ihm bewusst war, dass der Vertreter seine Ermächtigung überschreitet.

(2) Die Rechtswirksamkeit formloser Erklärungen des Unternehmers oder seiner Vertreter kann zum Nachteil des Verbrauchers vertraglich nicht ausgeschlossen werden.

(3) Erwachsen durch Erklärungen eines Vertreters dem Unternehmer nach Abs. 1 und 2 Pflichten, die nach den für den Ver-

braucher erkennbaren Umständen für den Unternehmer überraschend sein mussten und von denen er erst nach Schliessung des Vertrages Kenntnis erhalten hat, so hat er – vorbehaltlich der Geltendmachung dieses Umstandes nach anderen Bestimmungen – das Recht, vom Vertrag zurückzutreten; der Rücktritt muss unverzüglich nach dieser Kenntnisnahme erklärt werden.

Wechselverbot

Par. 11. (1) Der Unternehmer darf sich für seine Forderungen an den Verbraucher eine Wechselverbindlichkeit eines Verbrauchers nur einräumen lassen, wenn der Unternehmer Wechselnehmer (Art. 1 Z. 6, Art. 75 Z. 5 des Wechselgesetzes) ist und der Wechsel die Worte 'nicht an Order' oder einen gleichbedeutenden Vermerk enthält. Eine Verletzung dieser Bestimmung lässt die Rechtswirksamkeit des Wechsels unberührt.

(2) Ist dem Abs. 1 nicht entsprochen worden, so hat jeder Verbraucher, der den Wechsel eingelöst hat, an den Unternehmer einen Anspruch auf Zahlung eines Betrages in der Höhe der Rückgriffssumme, soweit nicht der Unternehmer beweist, dass der Verbraucher durch die Übernahme oder Erfüllung der Wechselverbindlichkeit von einer auch ohne den Wechsel bestehenden Pflicht zur Zahlung dieses Betrages befreit worden ist.

Verbot der Gehaltsabtretung

Par. 12. (1) Eine Lohn- oder Gehaltsforderung des Verbrauchers darf dem Unternehmer nicht zur Sicherung oder Befriedigung seiner noch nicht fälligen Forderungen abgetreten werden.

(2) Hat der Dienstgeber dem Unternehmer oder einem Dritten auf Grund einer entgegen dem Abs. 1 abgetretenen Lohn- oder Gehaltsforderung Beträge mit der Wirkung gezahlt, dass er von der Lohn- oder Gehaltsforderung des Verbrauchers befreit worden ist, so hat der Verbraucher an den Unternehmer einen Anspruch auf Ersatz dieses Betrages, soweit nicht der Unternehmer beweist, dass der Verbraucher durch die Abtretung oder die Bezahlung der Lohn- oder Gehaltsforderung von einer Schuld befreit worden ist.

Terminsverlust

Par. 13. Hat der Verbraucher seine Schuld in Raten zu zahlen und hat sich der Unternehmer für den Fall der Nichtzahlung von Teilbeträgen oder Nebenforderungen das Recht vorbehalten, die sofortige Entrichtung der gesamten noch offenen Schuld zu fordern (Terminsverlust), so darf er dieses Recht nur ausüben, wenn er selbst seine Leistungen bereits erbracht hat, zumindest eine rückständige Leistung des Verbrauchers seit mindestens sechs Wochen fällig ist sowie der Unternehmer den Verbraucher unter Androhung des Terminverlustes und unter Setzung einer Nachfrist von mindestens zwei Wochen erfolglos gemahnt hat.

Gerichtsstand

Par. 14. (1) Hat der Verbraucher im Inland seinen Wohnsitz oder seinen gewöhnlichen Aufenthalt oder ist er im Inland beschäftigt, so kann für eine Klage gegen ihn nach den Paragraphen 88, 89, 93 Abs. 2 und 104 Abs. 1 JN nur die Zuständigkeit eines Gerichtes begründet werden, in dessen Sprengel der Wohnsitz, der gewöhnliche Aufenthalt oder der Ort der Beschäftigung liegt.

(2) Die Unzuständigkeit des Gerichtes ist in jeder Lage des Verfahrens auf Antrag oder von Amts wegen wahrzunehmen. Sie kann nur dadurch behoben werden, dass sich der Beklagte trotz Belehrung durch den Richter in die Verhandlung einlässt und diese Belehrung im Verhandlungsprotokoll beurkundet wird; der Belehrung durch den Richter in die Verhandlung einlässt und diese Be-einen Rechtsanwalt oder einen Notar vertreten ist.

(3) Eine Vereinbarung, mit der für eine Klage des Verbrauchers gegen den Unternehmer ein nach dem Gesetz gegebener Gerichtsstand ausgeschlossen wird, ist dem Verbraucher gegenüber rechts-unwirksam.

Abschnitt III

Besondere Vertragsarten

Verträge über wiederkehrende Leistungen

Par. 15 (1) Verträge, durch die sich der Unternehmer zur wiederholten Lieferung beweglicher körperlicher Sachen, einschliesslich Energie, oder zu wiederholten Werkleistungen und der Verbraucher zu wiederholten Geldzahlungen verpflichtet und die für eine unbestimmte oder eine ein Jahr übersteigende Zeit geschlossen worden sind, kann der Verbraucher unter Einhaltung einer zweimonatigen Frist zum Ablauf des ersten Jahres, nachher zum Ablauf jeweils eines halben Jahres kündigen. Die Kündigungsfrist kann auf höchstens sechs Monate verlängert werden.

(2) Ist die Gesamtheit der zu liefernden Sachen eine nach ihrer Art unteilbare Leistung, deren Umfang und Preis schon bei der Vertragsschliessung bestimmt sind, so kann der erste Kündigungstermin bis zum Ablauf des zweiten Jahres hinausgeschoben werden.

(3) Erfordert die Erfüllung eines bestimmten, im Abs. 1 genannten Vertrages oder von solchen Verträgen mit einer Gruppe von bereits bestimmten einzelnen Verbrauchern erhebliche Aufwendungen des Unternehmers und hat er dies dem Verbraucher spätestens bei der Vertragsschliessung bekanntgegeben, so können den Umständen angemessene, vom Abs. 1 abweichende Kündigungstermine und Kündigungsfristen vereinbart werden.

(4) Eine Kündigung des Verbrauchers, die nicht fristgerecht ausgesprochen worden ist, wird zum nächsten nach Ablauf der Kündigungsfrist liegenden Kündigungstermin wirksam.

Abzahlungsgeschäfte

Par. 16. (1) Die Paragraphen 18 bis 25 gelten für Abzahlungsgeschäfte, bei denen

1. das Gesamtgelt 150 00 S nicht übersteigt oder bei der Vertragsschliessung nicht feststeht, dass es 150 000 S übersteigen wird, und

2. nach der Erbringung der Leistung des Unternehmers — abgesehen von einer Anzahlung — mindestens zwei Teilzahlungen zu entrichten sind.

(2) Ein Abzahlungsgeschäft im Sinn dieser Bestimmungen ist ein Kaufvertrag über eine bewegliche körperliche Sache oder ein Werkvertrag über die Herstellung oder die Bearbeitung einer körperlichen Sache, auf Grund dessen der Unternehmer die Sache oder das Werk vor vollständiger Bezahlung dem Verbraucher zu übergeben und dieser das Entgelt in Teilzahlungen zu entrichten hat.

(3) Das Gesamtentgelt im Sinn dieser Bestimmungen besteht aus dem Entgelt, das bei sofortiger Barzahlung zu entrichten wäre, (Barzahlungspreis) und allen Zinsen und sonstigen Zuschlägen.

Gleichgestellte Geschäfte

Par. 17. Die Paragraphen 18 bis 25 gelten unter den im Par. 16 genannten Voraussetzungen sinngemäss auch für andere Rechtsgeschäfte als Kauf- oder Werkverträge, wenn die Beteiligten damit den gleichen wirtschaftlichen Zweck verfolgen wie bei einem Abzahlungsgeschäft.

Par. 18. Wird der gleiche wirtschaftliche Zweck dadurch verfolgt, dass ein Dritter die Mittel für das Entgelt zur Verfügung stellt (Geldgeber), und hat der Verbraucher den dem Geldgeber geschuldeten Betrag in Teilbeträgen zu zahlen, so gilt der Par. 17 auch für das Verhältnis des Verbrauchers zum Geldgeber, wenn die Verträge mit dem Unternehmer und dem Geldgeber für diese eine wirtschaftliche Einheit bilden; eine solche ist besonders dann anzunehmen, wenn der Geldgeber und der Unternehmer im Rahmen dieses Vorganges zueinander in eine Rechtsbeziehung treten oder wenn sie miteinander wegen derartiger Finanzierungen in ständiger Geschäftsverbindung stehen. In diesem Fall kann der Verbraucher die Befriedigung des Geldgebers auch verweigern, soweit ihm Einwendungen aus seinem Rechtsverhältnis zum Unternehmer gegen diesen zustehen.

Par. 19. Wird bei einem Kauf- oder Werkvertrag, der weder ein Abzahlungsgeschäft ist noch unter den Par. 18 fällt, der gleiche wirtschaftliche Zweck dadurch verfolgt, dass der Unternehmer in

wirtschaftlicher Einheit mit dem Vertrag den Verbraucher veranlasst, zur Zahlung des Entgelts ein in Teilbeträgen zurückzuzahlen, das Darlehen zuzunehmen, und ihm dabei behilflich ist, so sind die Paragraphen 18 bis 25 auf das Verhältnis zwischen dem Unternehmer und dem Verbraucher sinngemäss mit folgenden Besonderheiten anzuwenden:

1. Soweit dabei der Inhalt des Darlehensvertrags massgebend ist, kann sich der Verbraucher auf eine Abweichung des tatsächlich geschlossenen von dem in Aussicht genommenen Darlehensvertrag nicht berufen.

2. Für die Wertgrenze von 150 000 S (Par. 16 Abs. 1) ist das vereinbarte Entgelt massgebend.

3. Hat der Verbraucher dem Darlehensgeber Zahlungen zu leisten, zu denen er nicht verpflichtet wäre, wenn der Darlehensvertrag ein Rechtsgeschäft nach Par. 18 wäre, so hat der Unternehmer den Verbraucher von der Pflicht zur Zahlung dieser Beträge an den Geldgeber zu befreien beziehungsweise dem Verbraucher bereits gezahlte Beträge zu vergüten.

Anzahlung

Par. 20. (1) Bei einem Kaufvertrag hat der Verbraucher einen Teil des Barzahlungspreises spätestens bei der Übergabe der Sache anzuzahlen; die Anzahlung muss mindestens 10 v. H. des Barzahlungspreises und, soweit dieser 3 000 S übersteigt, mindestens 20 v. H. des Barzahlungspreises betragen. Wird als Anzahlung eine bewegliche körperliche Sache gegeben, so ist ihr gemeiner Wert anzurechnen. In den Fällen der Paragraphen 18 und 19 kann der Verbraucher die Anzahlung entweder dem Unternehmer oder dem Geldgeber leisten.

(2) Uebergibt der Unternehmer dem Verbraucher die Sache, ohne die Mindestanzahlung (Abs. 1) erhalten zu haben, so hat er keinen Anspruch auf den der nicht geleisteten Anzahlung entsprechenden Teil des Kaufpreises.

Laufzeit

Par. 21. (1) Der Verbraucher hat die aushaftenden Teilzahlungs-

forderungen längstens binnen fünf Jahren seit der Übergabe der Sache oder des Werkes zu tilgen. Ist eine längere Tilgungsfrist als fünf Jahre vereinbart worden, so hat der Unternehmer keinen Anspruch auf den Teil der Zinsen und sonstigen Zuschläge, der bei ihrer gleichmässigen Aufteilung auf die gesamte Tilgungsfrist nach dem Ablauf von fünf Jahren zu zahlen wäre.

(2) Der Abs. 1 gilt nicht für die Herstellung oder Bearbeitung einer unbeweglichen Sache.

Nichterfüllung durch den Verbraucher

Par. 22. (1) Hat sich in den Fällen des Par. 18 der Geldgeber vorbehalten, dem Verbraucher wegen Nichterfüllung von dessen Pflichten die Benützung der Sache zu entziehen und diese freihändig zu verkaufen, so ist die Geltendmachung dieser Rechte nicht als Rücktritt vom Vertrag anzusehen, wenn die Voraussetzungen des Par. 13 für den Terminsverlust vorliegen und dem Verbraucher für den Fall des Verkaufes der gesamte Erlös, mindestens aber der gemeine Wert, den die Sache zur Zeit des Verkaufes gehabt hat, angerechnet wird.

(2) In den Fällen des Par. 18 umfassen die dem Geldgeber nach dem par. 4 Abs. 1 Z. 1 treffenden Erstattungs- und Erhaltungspflichten auch die dem Unternehmer zugekommenen Leistungen.

Gewährleistung

Par. 23. Bei einem Kaufvertrag kann, solange der Kaufpreis noch nicht vollständig gezahlt ist, der Anspruch auf Gewährleistung wegen Sachmängeln über die im Par. 933 ABGB dafür vorgesehenen Fristen hinaus bis zur Fälligkeit der letzten Teilzahlung durch Klage geltend gemacht werden; die Geltendmachung durch Einrede bleibt dem Käufer darüber hinaus vorbehalten, wenn er bis dahin dem Verkäufer den Mangel angezeigt hat.

Ratenbrief

Par. 24. (1) Der Vertrag über das Abzahlungsgeschäft ist schriftlich festzuhalten (Ratenbrief). Der Ratenbrief hat zu enthalten

1. den Vor- und den Familiennamen (die Firma), den Beruf

(Gegenstand des Unternehmers) und den gewöhnlichen Aufenthalt (Sitz) der Vertragsteile;

2. den Tag und den Ort des Vertragsantrags beziehungsweise der Vertragsannahme des Verbrauchers;

3. den Gegenstand des Abzahlungsgeschäfts; bei Werkverträgen genügt die Angabe des Werkes ohne Anführung der einzelnen Leistungen des Unternehmers;

4. den Barzahlungspreis;

5. das Gesamtentgelt;

6. die Höhe der Anzahlung;

7. die Zahl, die Höhe und die Fälligkeit der Teilzahlungen;

8. den Tag der Übergabe der Sache oder des Werkes;

9. die Erklärung ob und wie viele Wechsel zur Sicherung der ausstehenden Teilzahlungsforderungen übergeben und ob sonstige Sicherheiten, einschliesslich eines allfälligen Eigentumsvorbehalts, vereinbart worden sind;

10. im Fall des ersten Satzes des Par. 3 Abs. 1 den Wortlaut des Par. 3 (Rücktrittsrecht des Verbrauchers) samt Überschrift, jedoch ohne den letzten Satz des Abs. 1.

(2) Stehen bei einem Werkvertrag die im Abs. 1 Z. 4, 5 und 7 ausgeführten Vertragsbestandteile noch nicht fest, so sind diejenigen Umstände anzuführen, an Hand deren sie vereinbarungsgemäss zu bestimmen sind.

(3) Der Unternehmer hat auf seine Kosten unverzüglich nach der Unterfertigung des Ratenbriefs durch den Verbraucher diesem eine Abschrift auszufolgen; die in den Abs. 1 und 2 genannten Angaben sind darin deutlich lesbar wiederzugeben.

(4) Die Rechtswirksamkeit des Abzahlungsgeschäftes ist von der Errichtung des Ratenbriefs unabhängig.

Par. 25. (1) Der Par. 24 gilt für Abzahlungsgeschäfte im Buch-, Kunst-, Zeitschriften- und Musikalienhandel nur, wenn das Geschäft unter solchen Umständen geschlossen worden ist, unter denen der Verbraucher nach Par. 3 zum Rücktritt berechtigt ist.

(2) In den Fällen des Par. 18 haben der Unternehmer und der Verbraucher über den Kauf- oder Werkvertrag sowie der Geldgeber

und der Verbraucher über ihr Rechtsgeschäft gesonderte Urkunden zu errichten; diese bilden zusammen den Ratenbrief. Die Urkunde über den Kauf- oder Werkvertrag hat die im Par. 24 Abs. 1 Z. 1 bis 4, 6, 8 und 10 genannten Angaben zu enthalten, die Urkunde über das andere Rechtsgeschäft sinngemäss die im Par. 24 Abs. 1 Z. 1, 3, 7 und 9 genannten Angaben, ausserdem das finanzierte Entgelt oder den finanzierten Entgeltrest sowie die Gegenleistung für die Kreditgewährung. Die Pflicht nach Par. 24 Abs. 3 trifft den Unternehmer und den Geldgeber nur für die jeweils von ihnen zu errichtenden Urkunden.

(3) In den Fällen des Par. 19 haben der Unternehmer und der Verbraucher über den Vertrag eine Urkunde zu errichten; sie gilt als Ratenbrief. Die Urkunde hat die im Par. 24 Abs. 1 Z. 1, 2, 8 und 10 genannten Angaben, ferner den Gegenstand des Vertrags, das Entgelt und den der Anzahlung entsprechenden Betrag sowie den Betrag und die Laufzeit des vorgesehenen Darlehens zu enthalten.

Lieferungen im Buch-, Kunst-, Zeitschriften- und Musikalienhandel

Par. 26. (1) Verträge im Buch-, Kunst-, Zeitschriften- und Musikalienhandel, die den Verkäufer zu wiederholten Lieferungen und den Käufer zu wiederholten Geldzahlungen verpflichten und die unter Umständen geschlossen werden, die den Käufer nach Par. 3 zum Rücktritt berechtigen, sind – sofern sie nicht ohnedies unter die paragrafen 16 bis 19 fallen – schriftlich zu errichten. Die Vertragurkunden haben sinngemäss die im Par. 24 Abs. 1 Z. 1 bis 3, 7 und 10 genannten Angaben sowie – soweit er bereits errechenbar ist – den Gesamtpreis, sonst – soweit dieser errechenbar ist – den innerhalb eines Jahres zu leistenden Kaufpreis zu enthalten. Im übrigen gilt für die Vertragurkunden der Par. 24 Abs. 3 und 4 sinngemäss.

(2) Der Abs. 1 gilt nicht für Verträge, in denen der Gesamtpreis oder, wenn ein solcher noch nicht errechenbar ist, der innerhalb eines Jahres zu leistende Kaufpreis mit mehr als 150 000 S zahlenmässig bestimmt ist.

Vorauszahlungskäufe

Par. 27. Von einem Vertrag über die Lieferung einer beweg-

lichen körperlichen Sache, mit dem sich der Verbraucher verpflichtet, den Kaufpreis in Teilbeträgen vor auszuzahlen, kann er zurücktreten, sofern die Ware bloss durch Erklärung der Vertragspartner bestimmbar oder der Preis nicht nach den Preisverhältnissen zur Zeit der Vertragsschliessung festgelegt und solange der Vertrag nicht beiderseits vollständig erfüllt ist. Für die Rückstellung bereits erbrachter Leistungen gilt der Par. 4 sinngemäss.

II. HAUPTSTÜCK

Verbandsklage

Unterlassungsanspruch

Par. 28. Wer im geschäftlichen Verkehr in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die er von ihm geschlossenen Verträgen zugrunde legt, oder in hiebei verwendeten Formblättern für Verträge Bedingungen vorsieht, die gegen ein gesetzliches Verbot oder allgemein gegen die guten Sitten verstossen, kann auf Unterlassung geklagt werden.

Klageberechtigung

Par. 29. (1) Der Anspruch kann von der Bundeskammer der gewerblichen Wirtschaft, dem Österreichischen Arbeiterkammertag, dem Österreichischen Landarbeiterkammertag, der Präsidentenkonferenz der Landwirtschaftskammern Österreichs, den Österreichischen Gewerkschaftsbund und dem Verein für Konsumenteninformation geltend gemacht werden.

(2) Sind die Allgemeinen Geschäftsbedingungen beziehungsweise der Inhalt der Formblätter (Par. 28) behördlich genehmigt worden und waren bei der Erteilung der Genehmigung die privatrechtlichen Vorschriften zu beachten, so steht demjenigen der Anspruch nach Abs. 1 nicht zu, dem in dem Genehmigungsverfahren die Rechte einer Partei zugestanden sind.

Anwendung des UWG

Par. 30 (1) Die Paragraphen 22 bis 24, 25 Abs. 4 bis 6 und 26 des

Bundesgesetzes vom 26. September 1923, BGBI. Nr. 531, gegen den unlauteren Wettbewerb gelten sinngemäss.

(2) Im Verfahren erster Instanz hat ohne Rücksicht auf den Streitwert der Einzelrichter (Par. 7 a JN) zu entscheiden. Der Par. 8 Abs. 2 JN ist nicht anzuwenden.

III. HAUPTSTÜCK

Ergänzende Bestimmungen

Kreditvermittlung

Par. 31. (1) Personalkreditvermittler (Par. 267 GewO 1973) sind verpflichtet, spätestens bei der Zuzählung des vermittelten Kredites dem Kreditwerber Namen und Anschrift des Kreditgebers mitzuteilen.

(2) Verletzt ein Kreditvermittler diese Pflicht, so hat der Kreditnehmer

1. dem Kreditvermittler keine Provision oder sonstigen Vergütungen und

2. dem Kreditgeber die vereinbarten Zinsen und sonstigen Vergütungen nur so weit zu zahlen, als sie das Zweifache des im Zeitpunkt der Schliessung des Kreditvertrags von der Österreichischen Nationalbank festgesetzten Eskontzinsfusses (Par. 48 Abs. 4 des Nationalbankgesetzes 1955) nicht übersteigen.

(3) Ist der Kreditvermittler nur auf Veranlassung des Kreditwerbers tätig geworden, so gilt der Abs. 2 Z. 2 nicht. Hat infolgedessen der Kreditnehmer mehr zu zahlen, als er bei dessen Geltung zu zahlen hätte, so hat der Kreditvermittler den Kreditwerber von der Pflicht zur Zahlung dieser Mehrbeträge an den Kreditgeber zu befreien beziehungsweise dem Kreditnehmer bereits gezahlte Beträge zu vergüten.

(4) Die Rechtsbeziehungen zwischen dem Kreditgeber und dem Kreditvermittler bleiben davon unberührt.

Strafbestimmungen

Par. 32. (1) Eine Verwaltungsübertretung begeht — sofern die

Tat nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet – der Unternehmer, in den Fällen des par. 18 auch der Geldgeber, oder ein für diese Personen handelnder Vertreter, der

1. es unterlässt,

a) einen Ratenbrief (Par. 24 Abs. 1) beziehungsweise eine in den Paragraphen 25 Abs. 1 bis 3, und 26 Abs. 1 vorgesehene Urkunde zu errichten oder

b) in diese die im Par. 24 Abs. 1 und 2, im Par. 25 Abs. 2 und 3 und im Par. 26 Abs. 1 vorgeschriebenen Angaben aufzunehmen,

2. dem Par. 24 Abs. 3 oder dem Par. 26 Abs. 1,

3. dem Par. 11 Abs. 1 oder

4. dem Par. 12 Abs. 1 zuwiderhandelt,

und ist mit einer Geldstrafe bis 20 000 S zu bestrafen.

(2) Macht im Fall des Abs. 1 Z. 3 ein Dritter gegen den Verbraucher oder dessen Bürgen die Wechselschuld wechselförmig oder im Fall des Abs. 1 Z. 4 der Unternehmer oder ein Dritter die abgetretene Lohn- oder Gehaltsforderung gegen den Dienstgeber geltend, so kann die Obergrenze der Geldstrafe bis zum Betrag der Wechselsumme beziehungsweise dem Betrag, dessen Zahlung von Dienstgeber verlangt worden ist, jedenfalls aber bis zum Doppelten überschritten werden.

(3) Die Verjährungsfrist beginnt in den Fällen des Abs. 1 Z. 3 und 4 – je nachdem, welcher Zeitpunkt früher liegt – mit der wechselförmigen Geltendmachung oder mit der Rückstellung oder Vernichtung des Wechsels beziehungsweise mit der Geltendmachung der abgetretenen Lohn- oder Gehaltsforderung gegenüber dem Dienstgeber oder mit dem Zeitpunkt zu laufen, an dem die Abtretung rückgängig gemacht wird.

Änderungen des ABGB

Par. 33. Das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch vom 1. Juni 1811, JGS Nr. 496, zuletzt geändert durch das Bundesgesetz BGB1. Nr. 403/1977, wird in folgender Weise geändert:

1. Nach dem Par. 864 wird folgender Par. 864 a eingefügt:

‘Par. 864 a. Bestimmungen ungewöhnlichen Inhaltes in Vertragsformblättern oder Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die ein Vertragspartner verwendet hat, etwa eine Wertsicherung neben der Bezeichnung eines Entgeltes als Fixpreis oder ein vor der betreffenden Vertragserklärung liegender Berechnungstichtag für eine Wertsicherung, werden nicht Vertragsbestandteil, wenn sie dem anderen Partner nachteilig sind und er mit ihnen nach den Umständen, vor allem nach dem äusseren Erscheinungsbild der Urkunde, nicht zu rechnen brauchte.’

2. Dem Par. 871 wird folgender zweiter Absatz angefügt:

‘Ein Irrtum eines Teiles über einen Umstand, über den ihn der andere nach dem Gesetz aufzuklären gehabt hätte, gilt immer als Irrtum über den Inhalt des Vertrages und nicht bloss als solcher über den Bewegungsgrund oder den Endzweck (Par. 901).’

3. Der Par. 873 hat zu lauten:

‘Par. 873. Diese Grundsätze sind auch auf den Irrtum in der Person desjenigen anzuwenden, dem ein Versprechen gemacht worden ist, oder über eine ihrer für den Vertrag erheblichen Eigenschaften, sofern ohne den Irrtum der Vertrag nicht oder doch nicht auf eine solche Art geschlossen worden wäre. Eine für den Vertrag erhebliche Eigenschaft ist auch der Mangel einer erforderlichen verwaltungsrechtlichen Befugnis zum Schliessen solcher Verträge.’

4. Dem Par. 879 wird folgender dritte Absatz angefügt:

‘Vertragsbestimmungen, die nicht die beiderseitigen Hauptleistungen festlegen, sind insbesondere dann nichtig, wenn

1. sie die Rechtslage unangemessen zu Ungunsten eines Teiles verschieben, etwa dadurch, dass von einer gesetzlichen Regelung abgewichen wird, ohne dass diese Abweichung durch die Natur des Geschäftes gerechtfertigt oder durch andere derartige Vertragsbestimmungen ausgeglichen wird und

2. sich der Benachteiligte mit ihnen — für den anderen Teil erkennbar — nicht frei und überlegt einverstanden erklärt hat, etwa weil der andere Teil entsprechende Allgemeine Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblätter verwendet hat, sofern er nicht beweist, dass die betreffenden Vertragsbestimmungen im einzelnen ausgehandelt worden sind, oder weil er sonst die Aufnahme

der Vertragsbestimmungen durch die Ausnützung seiner Überlegenheit veranlasst hat.'

5. Nach dem Par. 879 wird folgender Par. 879 a eingefügt:

'Par. 879 a. Würden durch ein Rechtsgeschäft zwingende privatrechtliche Bestimmungen umgangen, so sind sie sinngemäss so anzuwenden, dass ihr Zweck erreicht wird.'

6. Nach dem Par. 917 wird folgender Par. 917 a eingefügt:

'Par. 917 a. Ist zum Schutz eines Vertragspartners gesetzlich bestimmt, dass kein höheres oder kein niedrigeres als ein bestimmtes Entgelt vereinbart werden darf, so ist eine Entgeltvereinbarung soweit unwirksam, als sie dieses Höchstmass überbeziehungsweise dieses Mindestmass unterschreitet. Im zweiten Fall gilt das festgelegte Mindestentgelt als vereinbart.'

7. Im Par. 935 haben die Worte 'ausdrücklich darauf Verzicht getan, oder sich' zu entfallen.

8. Der Par. 1059 wird aufgehoben.

Änderungen des Handelsgesetzbuchs

Par. 34. Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897, RGBl. S. 219, zuletzt geändert durch das Bundesgesetz BGBl. Nr. 577/1973, wird in folgender Weise geändert:

Nach dem Par. 351 wird folgender Par. 351 a eingefügt:

'Par. 351 a. Derjenige, für den der Vertrag ein Handelsgeschäft ist, kann ihn nicht nach Par. 934 ABGB wegen Verkürzung über die Hälfte anfechten.'

Änderungen des Wuchergesetzes

Par. 35. Dem par. 7 des Wuchergesetzes 1949, BGBl. nr. 271, in der Fassung der Bundesgesetze BGBl. Nr. 160/1952 und 422/1974, dessen bisheriger Text die Bezeichnung '(1)' erhält, wird folgender Abs. 2 angefügt:

'(2) Ist jedoch die Gewährung oder Verlängerung von Kredit nach den vorstehenden Bestimmungen nichtig, so hat der Benachteiligte für den erhaltenen Kreditbetrag vom Empfangstag bis zur Rückzahlung — sofern im Vertrag nicht eine geringere Verzinsung

vorgesehen ist — Zinsen in der Höhe des Zweifachen des im Zeitpunkt der Schliessung des Vertrages von der Oesterreichischen Nationalbank festgesetzten Eskontzinsfusses (Par. 48 Abs. 4 des Nationalbankgesetzes 1955) zu vergüten. Er kann für die Rückzahlung des Erhaltenen die im Vertrag vorgesehenen Zahlungsfristen in Anspruch nehmen. Bestimmungen, nach denen der Benachteiligte in besonderen Fällen weitergehende Rechte hat, bleiben unberührt.'

Änderungen der Zivilprozessordnung

Par. 36. Die Zivilprozessordnung vom 1. August 1895, RGBl. Nr. 113, zuletzt geändert durch das Bundesgesetz BGBl. Nr. 403/1977, wird in folgender Weise geändert:

1. Der Abs. 1 des Par. 65 hat zu lauten:

'Die Verfahrenshilfe ist beim Prozessgericht erster Instanz schriftlich oder zu Protokoll zu beantragen. Hat das Prozessgericht seinen Sitz ausserhalb des Bezirksgerichtssprengels, in dem die Partei ihren gewöhnlichen Aufenthalt hat, so kann sie den Antrag beim Bezirksgericht ihres gewöhnlichen Aufenthaltes zu Protokoll erklären; im Fall des Par. 64 Abs. 1 Z. 4 kann die gemeinsam mit diesem Antrag die Klage oder den Widerspruch gegen ein Versäumnungsurteil (Paragraphen 434, 442 a) zu Protokoll erklären.'

2. Der Abs. 2 des Par. 73 hat zu lauten:

'Hat die beklagte Partei vor Ablauf der Frist, innerhalb deren sie den Widerspruch gegen ein Versäumnungsurteil (Paragraphen 397 a, 442 a) einzubringen oder die Klage zu beantworten hätte, die Bewilligung der Verfahrenshilfe einschliesslich der Beigebung eines Rechtsanwalts beantragt, so beginnt die Frist zur Einbringung des Widerspruchs gegen ein Versäumnungsurteil oder der Klagebeantwortung frühestens mit der Zustellung des Bescheides, mit dem der Rechtsanwalt bestellt wird, beziehungsweise mit dem Eintritt der Rechtskraft des Beschlusses, mit dem die Beigebung eines Rechtsanwalts versagt wird. Der Bescheid über die Beistellung des Rechtsanwalts ist durch das Gericht zuzustellen.'

3. Der letzte Satz des Abs. 2 des Par. 84 hat zu lauten:

'Die unrichtige Benennung eines Rechtsmittels oder Rechtsbehelfs ist unerheblich, wenn das Begehren deutlich erkennbar ist.'

4. Der Abs. 2 des Par. 225 hat zu lauten:

‘Auf Anfang und Ablauf von Fristen in Feriatsachen, der Notfristen im Rechtsmittelverfahren wider Versäumnungs- und Anerkenntnisurteile, der Frist zur Erhebung eines Widerspruchs gegen ein Versäumnungsurteil, der Frist zum Antrag auf Bewilligung der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand sowie der Frist zur Erhebung von Einwendungen im Mandatsverfahren hat der Eintritt der Gerichtsferien keinen Einfluss.’

5. Nach dem Par. 397 wird folgender Par. 397 a eingefügt:

‘Par. 397 a. Gegen ein nach Par. 396 gefälltes Versäumnungsurteil steht dem Ausgebliebenen der mit vorbereitendem Schriftsatz zu erhebende Widerspruch zu; das Recht auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (Paragraphen 146 ff.) bleibt unberührt. Der vom Beklagten erhobene Widerspruch hat zu enthalten, was nach Par. 243 Abs. 2 als Inhalt der Klagebeantwortung vorgeschrieben ist; er kann auch weiteres Anbringen enthalten, soweit es nicht bei sonstigem Ausschluss der ersten Tagsatzung (Par. 239) vorbehalten ist.

Die Widerspruchsfrist beträgt vierzehn Tage; sie kann nicht verlängert werden, sie beginnt mit dem Tag nach der Zustellung der schriftlichen Ausfertigung des Versäumnungsurteils an den Ausgebliebenen.

Ist der Widerspruch verspätet eingebracht, so ist er vom Prozessgericht mit Beschluss zurückzuweisen. Sonst hat das Prozessgericht ohne Abhaltung einer neuerlichen ersten Tagsatzung nach Par. 244 vorzugehen; der Widerspruch des Beklagten ist hiebei als rechtzeitig überreichte Klagebeantwortung zu behandeln. Zu Beginn der Streitverhandlung ist das Versäumnungsurteil mit Beschluss aufzuheben; gegen diesen ist ein Rechtsmittel nicht zulässig.

Derjenigen Partei, die den Widerspruch erhoben hat, ist der Ersatz aller Kosten aufzuerlegen, die durch ihre Versäumung und die Verhandlung über den Widerspruch verursacht worden sind.

Der Widerspruch kann längstens bis zum Ergehen eines der im Abs. 3 genannten Beschlüsse zurückgenommen werden; auf seine Zurücknahme sind die Vorschriften über die Zurücknahme der Klage sinngemäss anzuwenden.’

6. Dem Par. 434 wird folgender Absatz angefügt:

‘Widersprüche gegen ein Versäumnungsurteil (Paragraphen 397 a,

442 a) können von einer Partei auch beim Bezirksgericht ihres Aufenthalts mündlich zu Protokoll erklärt werden; dieses Bezirksgericht hat das Protokoll dem Prozessgericht unverzüglich zu übersenden.'

7. Nach dem Abs. 1 des Par. 442 wird folgender Absatz eingefügt:

Ein Versäumnungsurteil ist jedoch nicht zu fällen, wenn der Beklagte bereits von der ersten Tagsatzung im Sinne des Par. 239 ausgeblieben war und gegen ein deshalb ergangenes Versäumnungsurteil Widerspruch nach Par. 397 a erhoben hat.'

8. Nach dem Par. 442 wird folgender Par. 442 a eingefügt:

'Par. 442 a. Gegen Versäumnungsurteile nach Par. 442 Abs. 1 kann Widerspruch nach Par. 397 a erhoben werden.

Der Beklagte hat Anspruch auf Ersatz der Kosten eines von ihm erhobenen Widerspruchs (Par. 397 a Abs. 4) nur, wenn ihm das Gericht nach Par. 440 Abs. 3 aufgetragen hatte, das darin enthaltene in einem Schriftsatz vorzubringen.'

9. Der Abs. 1 des Par. 522 hat zu lauten:

'Richtet sich das Rechtsmittel gegen eine Strafverfügung, gegen einen Beschluss prozessleitender Natur, gegen die Zurückweisung eines Rechtsmittels oder eines Widerspruchs gegen ein Versäumnungsurteil (Paragraphen 397 a, 442 a) als verspätet oder unzulässig oder gegen einen Beschluss, mit dem ein Antrag ohne Anhörung der Gegenpartei abgewiesen worden ist, so kann das Gericht oder der Richter, dessen Entscheidung oder Verfügung angefochten wird, dem Rekursbegehren selbst stattgeben.'

10. Der Par. 530 hat zu lauten:

'Par. 530. Ein Verfahren das durch eine die Sache erledigende Entscheidung abgeschlossen worden ist, kann auf Antrag einer Partei wieder aufgenommen werden,

1. wenn eine Urkunde, auf welche die Entscheidung gegründet ist, fälschlich angefertigt oder verfälscht ist;

2. wenn sich ein Zeuge, ein Sachverständiger oder der Gegner bei seiner Vernehmung einer falschen Beweisaussage (Par. 288 StGB) schuldig gemacht hat und die Entscheidung auf diese Aussage gegründet ist;

3. wenn die Entscheidung durch eine als Täuschung (Par. 108 StGB), als Unterschlagung (Par. 134 StGB), als Betrug, (Par. 146 StGB), als Urkundenfälschung (Par. 223 StGB), als Fälschung besonders geschützter Urkunden (Par. 224 StGB) oder öffentlicher Beglaubigungszeichen (Par. 225 StGB), als mittelbare unrichtige Beurkundung oder Beglaubigung (Par. 228 StGB), als Urkundenunterdrückung (Par. 229 StGB) oder als Versetzung von Grenzzeichen (Par. 230 StGB) gerichtlich strafbare Handlung des Vertreters der Partei, ihres Gegners oder dessen Vertreters erwirkt wurde;

4. wenn sich der Richter bei der Erlassung der Entscheidung oder einer der Entscheidung zugrunde liegenden früheren Entscheidung in Beziehung auf den Rechtsstreit zum Nachteil der Partei einer nach dem Strafgesetzbuch zu ahnenden Verletzung seiner Amtspflichten schuldig gemacht hat;

5. wenn ein strafgerichtliches Erkenntnis, auf welches die Entscheidung gegründet ist, durch ein anderes rechtskräftig gewordenes Urteil aufgehoben ist;

6. wenn die Partei eine über denselben Anspruch oder über dasselbe Rechtsverhältnis früher ergangene, bereits rechtskräftig gewordene Entscheidung auffindet oder zu benützen in den Stand gesetzt wird, welche zwischen den Parteien des wiederaufzunehmenden Verfahrens Recht schafft;

7. wenn die Partei in Kenntnis von neuen Tatsachen gelangt oder Beweismittel auffindet oder zu benützen in den Stand gesetzt wird, deren Vorbringen und Benützung in früheren Verfahren eine ihr günstige Entscheidung herbeigeführt haben würde.

Wegen der in Z. 6 und 7 angegebenen Umstände ist die Wiederaufnahme nur dann zulässig, wenn die Partei ohne ihr Verschulden ausserstande war, die Rechtskraft der Entscheidung oder die neuen Tatsachen oder Beweismittel vor Schluss der mündlichen Verhandlung, auf welche die Entscheidung erster Instanz erging, geltend zu machen.'

11. Im Par. 531 werden die Worte 'der Hauptsache' aufgehoben.

12. In den Paragraphen 532, 534 Abs. 2 Z. 4 und 5 sowie Abs. 3, 535, 545 Abs. 1 und Par. 547 wird der Begriff 'Urteil' durch den Begriff 'Entscheidung' ersetzt.

13. In den Paragraphen 544 Abs. 1, 545 Abs. 1 und 546 Abs. 2 werden die Begriffe 'Berufungs- oder Revisionsverfahren' durch den Begriff 'Rechtsmittelverfahren' ersetzt.

14. Im Par. 544 Abs. 1 wird die Wendung 'der Berufung oder Revision gegen dasselbe Urteil' durch die Wendung 'eines Rechtsmittels gegen dieselbe Entscheidung' ersetzt.

15. Im Abs. 2 des Par. 550, im Abs. 1 des Par. 557, im Abs. 1 des Par. 562 und im Abs. 1 des Par. 567 wird jeweils das Wort 'seine' aufgehoben.

16. Der Par. 555 wird aufgehoben.

17. Im Abs. 1 des Par. 557 wird die Frist von drei Tagen und im Abs. 1 des Par. 567 die Frist von acht Tagen jeweils durch eine Frist von vierzehn Tagen ersetzt.

18. Der letzte Satz des Abs. 1. des Par. 562 hat zu lauten:

'Zur Anbringung der Einwendung ist eine Frist von vierzehn Tagen zu bestimmen.'

19. Der Abs. 1 des Par. 566 hat zu lauten:

'Derjenige, gegen welchen eine solche aussergerichtliche Aufkündigung gerichtet ist, hat binnen vierzehn Tagen nach erfolgter oder empfangener Aufkündigung Einwendungen gegen diese bei dem Gericht, in dessen Bezirk der Bestandgegenstand liegt, schriftlich oder mündlich einzubringen, widrigenfalls die Aufkündigung in Wirksamkeit treten würde.'

Änderungen der Exekutionsordnung

Par. 37; Die Exekutionsordnung vom 27. Mai 1896, RGB1. Nr. 79, zuletzt geändert durch das Bundesgesetz BGB1. Nr. 251/1976, wird in folgender Weise geändert:

1; Die Z. 1 und 2 des Par. 371 haben zu lauten:

'1. auf Grund der infolge Anerkenntnis ergangenen Endurteile erster Instanz (Par. 395 der Zivilprozessordnung), wenn wider diese Urteile Berufung erhoben wurde, auf Grund der nach den Paragraphen 396, 442 der Zivilprozessordnung gefällten Versäumnungsurteile, wenn gegen sie Widerspruch nach den Paragraphen 397 a, 442 a der Zivilprozessordnung erhoben wurde, oder auf

Grund eines in zweiter Instanz bestätigten Urteils, wenn wider das Urteil des Berufungsgerichts Revision erhoben wurde;

2. auf Grund der im Par. 1 Z. 2 angeführten Zahlungsaufträge (Zahlungsbefehle);'

2. Der Par. 373 hat zu lauten:

'Par. 373. Exekutionshandlungen zur Sicherung von Geldforderungen sind auf Grund eines Versäumnungsurteils, gegen das Widerspruch nach den Paragraphen 397 a, 442 a der Zivilprozessordnung erhoben worden ist, auch dann zu bewilligen, wenn das Versäumnungsurteil zwar infolge des Widerspruchs aufgehoben, aber die Geldforderung dem Gläubiger noch nicht aberkannt oder deren Erlöschung noch nicht festgestellt worden ist.'

3. Der Abs. 1 des Par. 375 hat zu lauten:

'Zur Bewilligung von Exekutionshandlungen ist in den Fällen der Paragraphen 370, 371 Z. 1 und 2, 371 a und 372 das Prozessgericht erster Instanz oder das Gericht, bei dem die Rechtsangelegenheit der freiwilligen Gerichtsbarkeit in erster Instanz anhängig war, im Fall des Par. 371 Z. 3 das Bezirksgericht, das den bedingten Zahlungsbefehl erlassen hat, im Fall des Par. 371 Z. 4 das Exekutionsgericht zuständig. In den Fällen der Paragraphen 370, 371 Z. 1 bis 3, 371 a und 372 kann um die Bewilligung von Exekutionshandlungen auch beim Exekutionsgericht angesucht werden, wenn dem Antrag eine Ausfertigung der Entscheidung oder der Verfügung und eine Amtsbestätigung über die Erhebung der Berufung, der Revision oder des Widerspruchs (Par. 371 Z. 1. Par. 371 a) oder über die Anbringung des Wiedereinsetzungsantrags (Par. 371 Z. 3) angeschlossen ist.'

Übergangs- und Schlussbestimmungen

Par. 38. Auf Rechtsgeschäfte nach Par. 1, die nach den geltenden Regeln über die anzuwendende Rechtsordnung fremdem Recht unterlägen, sind die Bestimmungen des inländischen Rechtes anzuwenden, wenn der Verbraucher seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Inland hat und das Rechtsgeschäft im Zusammenhang mit einer auf die Schliessung solcher Verträge gerichteten, im Inland entfalteten Tätigkeit des Unternehmers oder dessen Beauftragten zustande gekommen ist.

Par. 39. Dieses Bundesgesetz tritt mit dem 1. Juli 1978 in Kraft.

Par. 40. (1) Dieses Bundesgesetz ist auf Verträge, die vor seinem Inkrafttreten geschlossen worden sind, nicht anzuwenden.

(2) Anzuwenden sind,

1. Die Z. 1 bis 9 des Par. 36, wenn die Tagsatzung, bei der oder auf Grund deren das Versäumnungsurteil gefällt worden ist, nach dem 30. Juni 1978 abgehalten wird;

2. Die Z. 10 bis 14 des Par. 36, wenn die Entscheidung nach dem 30. Juni 1978 gefällt wird;

3. die Z. 15 und — soweit sie die Aufhebung des Wortes 'seine' verfügt — die Z. 19 des Par. 36 auf alle Verfahren, in denen die mündliche Verhandlung nach dem 30. Juni 1978 geschlossen wird;

4. die Z. 16 bis 18 und — soweit sie die Einwendungsfrist betrifft — die Z. 19 des Par. 36 in allen Fällen, in denen die Einwendungsfrist nach dem 30. Juni 1978 zu laufen beginnt;

5. der Par. 37.

a) in allen Fällen, in denen ein Widerspruch gegen ein Versäumnungsurteil erhoben worden ist;

b) soweit er die Exekution zur Sicherstellung auf Grund von Zahlungsaufträgen betrifft, wenn die Frist zur Erhebung von Einwendungen gegen den Zahlungsauftrag nach dem 30. Juni 1978 zu laufen beginnt.

Par. 41. (1) Mit dem Inkrafttreten dieses Bundesgesetzes tritt das Bundesgesetz vom 15. November 1961, BGBI. Nr. 279, über das Abzahlungsgeschäft (Ratengesetz) ausser Kraft. Es ist jedoch — mit Ausnahme der Paragraphen 12 und 15 Abs. 1 Z. 12 — auf Abzahlungsgeschäfte, die vorher geschlossen worden sind, weiterhin anzuwenden.

(2) Das Gesetz vom 30. Juni 1878, RGBI. Nr. 90, enthaltend einige Bestimmungen über die Veräusserung von Staats- und anderen Losen oder deren Gewinshoffnung, und das Gesetz vom 25. November 1933, deutsches RGBI. I Seite 1011, über Preisnachlässe (Rabattgesetz), in der Fassung der Verordnung vom 16. Februar 1940, deutsches RGBI. I Seite 399, bleiben unberührt.

Par. 42. Mit dem Inkrafttreten dieses Bundesgesetzes tritt der

Art. 8 Z. 6 der Vierten Verordnung zur Einführung handelsrechtlicher Vorschriften im Lande Österreich vom 24. Dezember 1938, deutsches RGBl. I Seite 1999, zuletzt geändert durch das Bundesgesetz BGBI. Nr. 91/1976, ausser Kraft. Diese Bestimmung ist jedoch auf Handelsgeschäfte, die vor diesem Zeitpunkt geschlossen worden sind, weiterhin anzuwenden.

Par. 43. Mit der Vollziehung dieses Bundesgesetzes sind hinsichtlich des Par. 32 der Bundesminister für Handel, Gewerbe und Industrie im Einvernehmen mit dem Bundesminister für Justiz und im übrigen der Bundesminister für Justiz betraut.

1. PROJET DE LOI RELATIF À LA PROTECTION JURIDIQUE DU CONSOMMATEUR (Luxemburg 1978)

(No. 2217 Chambre des députés Session ordinaire 1977-1978, ingediend 25 september 1978, gedrukt 12 oktober 1978)

TEXTE DU PROJET DE LOI

Art. 1er. - Les articles suivants du Code civil sont modifiés ou ajoutés ainsi qu'il suit :

Art. 1118. Sauf les règles particulières à certains contrats ou à l'égard de certaines personnes, la lésion vicie le contrat, lorsqu'elle résulte d'une disproportion évidente au moment de la conclusion du contrat entre la prestation promise par l'une des parties et la contre-partie de l'autre et que cette disproportion a été introduite dans le contrat par exploitation d'une position de force, grâce à la supériorité économique, psychologique ou intellectuelle d'une des parties ou en abusant sciemment de la gêne, de la légèreté ou de l'inexpérience de l'autre partie. La charge de la preuve incombe à la partie qui se prétend lésée.

La partie lésée pourra, néanmoins, demander l'exécution du contrat, après réduction des obligations lésionnaires.

Art. 1134 - 1. - La convention qui donne naissance à des obligations réciproques oblige, sauf intention ou usage contraires, chaque partie à exécuter son obligation de façon à ce qu'elle coïncide avec l'obligation corrélatrice de l'autre partie.

Art. 1134 - 2. - Lorsqu'une des parties reste en défaut d'exécuter une des obligations à sa charge, l'autre partie peut suspendre l'exécution de son obligation formant la contre-partie directe de celle que l'autre partie n'exécute pas, à moins que la convention n'ait prévu en faveur de cette partie une exécution différée.

Art. 1134 - 3. - En matière de contrats de fourniture d'eau, de gaz et d'électricité, le fournisseur ne peut interrompre ses prestations à l'égard d'un consommateur privé final pour inexécution des obligations que quinze jours après mise en demeure par lettre recommandée restée infructueuse et après avoir obtenu l'autorisation du juge de paix du domicile du consommateur.

Le juge de paix, saisi par requête, accordera l'autorisation, après avoir convoqué les parties, si l'inexécution des obligations du consommateur est établie et s'il estime la demande justifiée eu égard aux circonstances de la cause. Il pourra la refuser s'il constate que l'inexécution par le consommateur de ses obligations résulte de circonstances indépendantes de sa volonté ou s'il estime que l'interruption de la fourniture est susceptible de compromettre les exigences élémentaires de santé et d'hygiène du consommateur et des membres de sa famille.

En accordant l'autorisation, le juge pourra l'assortir de telles modalités qu'il jugera convenir, notamment en la limitant à certaines quantités ou à certaines parties ou à une certaine durée.

En la refusant, il impartira au consommateur un délai pour se libérer, à l'expiration duquel l'interruption de la fourniture aura lieu de plein droit, à défaut d'exécution.

L'instruction de la demande se fera en chambre du conseil. Dans la huitaine du dépôt de la requête le greffier convoquera les parties par lettre recommandée à la poste avec demande d'avis de réception. Copie de la requête sera jointe à la convocation. L'ordonnance du juge sera notifiée aux parties par lettre recommandée à la poste avec demande d'avis de réception.

L'ordonnance du juge de paix ne sera pas susceptible d'opposition.

Si la valeur du litige dépasse la compétence du juge de paix statuant en dernier ressort, appel peut être interjeté contre l'ordonnance devant le tribunal d'arrondissement. L'appel sera formé par requête à déposer au greffe du tribunal d'arrondissement dans le mois de la notification de l'ordonnance. Il sera instruit et jugé en la chambre du conseil, les parties entendues ou dûment convoquées par lettre recommandée à la poste avec demande d'avis de réception. Le jugement ne sera pas susceptible d'opposition.

Art. 1135-1. Les conditions générales d'un contrat préétablies par l'une des parties ne s'imposent à l'autre partie que si celle-ci a été en mesure de les connaître lors de la signature du contrat et si elle doit, selon les circonstances, être considérée comme les ayant acceptées.

Sauf acceptation spéciale par écrit, sont toujours inopposables les clauses qui prévoient en faveur de celui qui a établi les conditions générales des limitations de responsabilité, la possibilité de se retirer du contrat ou d'en différer l'exécution, le recours obligatoire à l'arbitrage, ainsi que celles attribuant compétence à d'autres juridictions que celles normalement compétentes.

Art. 1152. à compléter par un nouvel alinéa.

Néanmoins, le juge peut modérer ou augmenter la peine qui avait été convenue, si elle est manifestement excessive ou dérisoire. Toute stipulation contraire est réputée non écrite.

Art. 1231. - Lorsque l'engagement a été exécuté en partie, la peine convenue peut être diminuée par le juge à proportion de l'intérêt que l'exécution partielle a procuré au créancier. Sans préjudice de l'application de l'art. 1152 toute stipulation contraire est réputée non écrite.

Art. 1645. - Si le vendeur connaissait les vices de choses ou s'il s'agit d'un fabricant ou d'un vendeur professionnel, il est tenu, outre la restitution du prix qu'il en a reçu, de tous les dommages et intérêts envers l'acheteur.

Si l'acheteur est un consommateur final privé, toute stipulation excluant ou limitant cette garantie est réputée non écrite.

Art. 1648. - Si l'acheteur entend se prévaloir d'un vice de la chose, il doit le dénoncer au vendeur dans un bref délai à partir du moment où il l'a découvert ou aurait raisonnablement dû le découvrir.

Aucune action ou exception fondée sur des faits qui permettent à l'acheteur de se prévaloir du vice de la chose délivrée n'est recevable qu'autant que ces faits auront été dénoncés dans le délai prévu à l'al. 1^{er}. Elles se prescrivent par un an à partir de cette dénonciation.

La prescription est interrompue par tous pourparlers entre vendeur et acheteur. Un nouveau délai ne commence à courir que du jour où le vendeur aura notifié à l'acheteur par lettre recommandée, qu'il rompt les pourparlers.

La prescription n'est pas opposable à l'acheteur lorsqu'en défense à une action de paiement de prix il oppose son droit à une réduction de prix ou à des dommages-intérêts.

L'article 1907 du Code civil est complété par les alinéas suivants :

A défaut de détermination du taux de l'intérêt par les clauses spéciales de la convention de prêt, ce taux sera celui fixé par la loi, et il ne sera dû par l'emprunteur, aucune somme à titre de commission ou de rémunération accessoires.

Dans les conventions de prêt remboursables aux moyens d'annuités, le taux de l'intérêt et le taux stipulé pour reconstituer le capital doit être fixé par clause distincte de l'acte.

En aucun cas, la majoration du taux de l'intérêt pour retard de paiement ne peut dépasser un demi pourcent l'an sur le capital restant dû.

Art. 1907-1. - Lors du remboursement total ou partiel d'un prêt à intérêt il ne peut en aucun cas être réclamé au débiteur indépendamment du capital remboursé et des intérêts échus, une indemnité du remploi d'un montant supérieur à six mois d'intérêts calculés sur la somme remboursée au taux fixé par la convention.

Art. 1907-2. - Sans préjudice de l'application des dispositions protectrices des incapables ou relatives à la validité des conventions si, abusant des besoins, des passions ou de l'ignorance de l'emprunteur, le prêteur s'est fait promettre, pour lui-même ou pour autrui un intérêt ou d'autres avantages excédant manifestement l'intérêt normal et la couverture des risques du prêt, le juge pourra,

sur la demande de l'emprunteur réduire ses obligations au remboursement du capital prêté, et au paiement de l'intérêt légal. La réduction s'applique aux paiements effectués par l'emprunteur, à condition que la demande soit intentée dans les trois ans à partir du jour du paiement.

La loi du 22-04 1873 portant revision des dispositions qui déterminent le taux de l'intérêt est abrogée.

Art. 2.— Les contrats conclus entre un fournisseur professionnel de biens ou de services et un consommateur final privé portant sur la fourniture d'objets de consommation à grande diffusion ou sur des prestations de services courants doivent respecter un équilibre équitable entre les intérêts des deux parties.

Ils ne doivent contenir aucune clause assurant au professionnel un avantage non justifié par les pratiques honnêtes du commerce, en limitant sans contre-partie valable les droits que le consommateur tient du droit commun.

De telles clauses abusives sont à considérer comme nulles et non écrites.

Art. 3.— Sont notamment à considérer comme abusives :

- 1° Les clauses excluant ou limitant la garantie légale en cas de vice caché de construction ou de fabrication.
- 2° Les clauses prévoyant une augmentation forfaitaire du prix en cas de contestation ou de procédure judiciaire.
- 3° Les clauses interdisant au consommateur de suspendre en tout ou en partie le versement des sommes dues si le fournisseur ne remplit pas ses obligations.
- 4° Les clauses permettant au stipulant de modifier ou de rompre le contrat sans juste motif spécifié dans le contrat.
- 5° Les clauses interdisant au consommateur de résilier le contrat lorsque la fourniture ou la prestation n'est pas effectuée dans le délai promis, ou à défaut d'indication du délai, dans un délai raisonnable ou d'usage.
- 6° Les clauses permettant au fournisseur de fixer unilatéralement et sans justification objective la date d'exécution de son obligation.
- 7° Les clauses stipulant qu'il n'y a pas lieu à résolution du contrat lorsque la fourniture ou la prestation ne correspond pas à sa nature essentielle pour le consommateur, à ce qui était convenu, ou, à défaut de spécification, à ce qu'il est normal d'en attendre.
- 8° Les clauses réservant au fournisseur le droit de déterminer unilatéralement si le bien est conforme ou non au contrat.
- 9° Les clauses de tacite reconduction d'un contrat à durée déterminée restreignant sans nécessité le droit de résiliation du consommateur, en l'enfermant dans des délais qui lui en rendent extrêmement difficile l'exercice ou prévoyant une reconduction pour une période dépassant un an.
- 10° Les clauses prévoyant la détermination du prix au moment de la fourniture ou permettant au stipulant de l'augmenter, même en considération de critères objectifs, si le consommateur n'a pas corrélativement le droit de résilier le contrat, lorsque le prix définitif dépasse celui auquel le consommateur pouvait s'attendre lors de la conclusion du contrat.
- 11° Les clauses limitant le délai normalement reconnu au consommateur pour faire valoir ses réclamations.
- 12° Les clauses excluant le droit pour le consommateur de résilier le contrat lorsque le fournisseur a l'obligation de réparer le bien et n'a pas satisfait à cette obligation dans un délai raisonnable.
- 13° Les clauses excluant la possibilité pour le consommateur d'avoir recours aux tribunaux de droit commun.
- 14° Les clauses permettant de façon générale au professionnel de substituer à la fourniture ou à la prestation voulue par le consommateur une fourniture ou une prestation différente, à moins que celle-ci n'ait été spécifiée au contrat et expressément acceptée par le consommateur.
- 15° Les clauses imposant au consommateur la charge de la preuve incombant normalement au fournisseur.
- 16° Les clauses interdisant au consommateur d'invoquer la compensation à l'égard du fournisseur.
- 17° Les clauses contenues dans des contrats portant sur la fourniture d'eau, de gaz, d'électricité ou de combustibles et obligeant à un minimum de consommation non justifié.

Art. 4.— Nonobstant toute clause contraire, les contrats de vente et de prestations de services

conclus avec des consommateurs finaux privés domiciliés au Luxembourg sont régis par la loi luxembourgeoise lorsque la marchandise doit être livrée ou la prestation de service exécutée au Luxembourg.

Art. 5.— Nonobstant toutes clauses contraires, les litiges relatifs aux contrats mentionnés à l'article précédent sont portés devant la juridiction du domicile du consommateur. Lorsque la juridiction compétente est le tribunal d'arrondissement siégeant en matière civile, l'affaire est instruite et jugée d'après la procédure ordinaire prévue en matière commerciale.

Art. 6.— Il est institué un conseil de la consommation composé paritairement de représentants des chambres professionnelles, patronales et des associations représentatives de défense des consommateurs et comprenant en outre des représentants du Ministère de la Justice et du Ministère des Classes Moyennes. Un règlement grand-ducal déterminera la composition et le fonctionnement de ce conseil.

Ce conseil a pour mission de recevoir et d'examiner les plaintes qui peuvent lui être adressées au sujet de l'utilisation de clauses abusives ou interdites par la présente loi ; il peut, même d'office, examiner les modèles de conventions habituellement proposés par les professionnels à leurs contractants non-professionnels. S'il constate l'existence de clauses abusives, il en recommande la suppression et peut présenter toutes propositions en vue de la modification de telles clauses.

Si le professionnel utilisateur de la clause incriminée refuse de suivre la recommandation, le conseil transmet le dossier au ministère public. Celui-ci a qualité pour faire constater par le tribunal civil, dans une procédure contradictoire le caractère abusif d'une clause contractuelle conformément aux art. 2 et 3 ou sa nullité conformément aux art. 6 al. 2 et 7, al. final et pour faire donner défense au fournisseur de les utiliser dans ses contrats futurs. La décision prononçant cette défense pourra ordonner sa publication, en totalité ou par extrait, aux frais de la partie succombante par la voie des journaux qu'elle indique ou de toute autre manière.

Art. 7.— Le conseil de la consommation est, en outre, chargé d'élaborer des contrats-types pour les branches de commerce et de la prestation de service où le recours à des conditions générales préétablies est d'usage.

Sur proposition du conseil, ces contrats-types peuvent être agréés par arrêté conjoint du Ministre de la Justice et du Ministre des Classes Moyennes et déclarés d'obligation générale.

Lorsqu'un contrat-type aura été déclaré d'utilisation obligatoire dans une branche toute stipulation dans un contrat particulier qui y dérogerait sera réputée non écrite dans la mesure où elle rend la situation du consommateur moins favorable.

Le fait qu'une clause figure dans un contrat type agréé n'exclut pas le contrôle juridictionnel de sa nature abusive.

Art. 8.— Le professionnel qui sollicite par correspondance des commandes de fourniture de biens ou de services de la part de consommateurs finaux privés doit être autorisé à cet effet par le Ministre des Classes Moyennes.

L'autorisation est accordée sur justification de la qualification et de l'honorabilité professionnelles conformément à la législation sur les conditions d'accès et d'exercice de certaines professions, et après agrément des conditions générales des contrats de fourniture. Cet agrément sera refusé aux conditions générales qui contiennent des clauses contraires à la présente loi ou dangereuses pour les consommateurs.

Les contrats conclus avec des professionnels non autorisés sont nuls, cette nullité ne pouvant être invoquée que par le consommateur.

Lorsqu'un contrat contient des clauses non agréées, celles-ci seront considérées comme non écrites lorsqu'elles ont pour effet de léser le consommateur.

Art. 9.— Les lettres de change et billets à ordre souscrits par des non-commerçants sont nuls à leur égard.

Est nulle toute convention par laquelle un consommateur final privé consent à une cession de créance au profit d'un tiers en renonçant à faire valoir contre celui-ci les droits et exceptions qu'il pouvait faire valoir contre son cocontractant.

Art. 10.— Les contrats conclus en violation des dispositions de la législation sur le colportage et les professions ambulantes sont nuls.

Cette nullité ne peut toutefois être invoquée que par le consommateur.

Art. 11.— Est interdite à l'égard d'un consommateur final privé et réputée non écrite toute stipulation par laquelle celui qui s'engage à effectuer un travail déterminé sur une chose qui lui est remise à cette fin entend exclure ou limiter son obligation de veiller à la conservation de cette chose et de la restituer après le travail effectué.

Art. 12.— Le réparateur d'une chose ou celui qui effectue sur elle des travaux doit dans la facture indiquer la nature des travaux effectués, en précisant, le cas échéant, les éléments remplacés ou ajoutés, ainsi que la durée des travaux. A l'égard de ces travaux et des pièces nouvelles il assume la même garantie qu'un vendeur professionnel. A l'égard de celui qui n'utilise pas la chose pour son industrie ou son commerce est interdite et réputée non écrite, toute stipulation tendant à l'exclure ou à limiter cette garantie.

A défaut de ces indications dans la facture, celui qui a effectué des travaux sur la chose doit, lorsque celle-ci n'est pas en état de rendre les services auxquels elle est destinée, rapporter la preuve que ce fait n'est pas dû à son intervention.

Art. 13.— Toute description des caractéristiques et qualités d'un produit ou service faite dans des documents et moyens de publicité, de même que toute garantie y offerte sont réputées faire partie intégrante du contrat relatif à ce produit ou ce service, même si la publicité est le fait du fabricant, du détenteur ou de l'exploitant de la marque ou de tout autre professionnel situé en amont de la chaîne économique.

Lorsque le produit ou le service n'est pas conforme à cette description, le consommateur peut demander la résiliation du contrat ou une diminution du prix.

Art. 14.— L'article 15 de la loi du 23 décembre 1909 portant création d'un registre aux firmes est complété par un alinéa ayant la teneur suivante :

“Lorsque le magasin est exploité par une personne morale, l'inscription devra renseigner sa forme juridique et la désignation sous laquelle elle exerce le commerce”.

Art. 15.— Tout jugement ou arrêt rendu en application de la présente loi entre un professionnel du commerce et un consommateur privé final et portant condamnation du professionnel pourra ordonner que tout ou partie des honoraires d'avocats et autres frais exposés par la partie gagnante figureront dans les dépens à charge du perdant. A cet effet, le juge aura égard à la situation économique du consommateur, à la justification de son action et au comportement de son adversaire, le tout sans préjudice des dommages-intérêts dus en cas de procédure vexatoire.