

P. Cambie en R. Feltkamp – Een gemeenrechtelijke regeling inzake onrechtmatige bedingen:(g)een valabel substituuut voor de B2B-wet?

Werkversie gepubliceerd op www.lawbackontrack – deze tekst werd ook in beperkt aangepaste versie gepubliceerd in het Rechtskundig Weekblad 2021-22, p. 1571-1586



Een gemeenrechtelijke regeling inzake onrechtmatige bedingen: (g)een valabel substituuut voor de B2B-wet?

Paul Cambie - Attaché bij de FOD Economie, secretaris van de Bijzondere Raadgevende Commissie Onrechtmatige Bedingen

R. Feltkamp - Docent Vrije Universiteit Brussel (Onderzoeksgroep BuCo en Vakgroep Privaat en Economisch Recht), Advocaat te Brussel.

P. Cambie en R. Feltkamp – Een gemeenrechtelijke regeling inzake onrechtmatige bedingen:(g)een valabel substituuut voor de B2B-wet?

Werkversie gepubliceerd op www.lawbackontrack – deze tekst werd ook in beperkt aangepaste versie gepubliceerd in het Rechtskundig Weekblad 2021-22, p. 1571-1586

Inhoudstafel

Inleiding	3
I.- De aard van de contractvrijheid en de beperkingen daaraan	4
I.1.- Draagwijdte van de wilsautonomie	4
I.2.- Draagwijdte van de contractvrijheid	7
I.3.- De onrechtmatige bedingen regeling als concretisering van grond- / mensenrechten	11
II.- De gemeenrechtelijke regeling: art. 5.52 nieuw BW	14
II.1.- Toetredingscontracten als criterium voor een algemeen concept inzake onrechtmatige bedingen.....	15
II.2.- Marginale toetsing.....	20
II.3.- Hoofprestaties	21
II.4.- De sanctie	25
III.- De meerwaarde van een regeling zoals de B2B-regeling inzake onrechtmatige bedingen en de B2C-regeling inzake onrechtmatige bedingen	27
III.1.- Het voordeel van de lijsten	28
III.2. Een ruimere beoordeling	30
III.3.- Een ruimer handhavingsarsenaal.....	31
IV.- Besluit.....	31

P. Cambie en R. Feltkamp – Een gemeenrechtelijke regeling inzake onrechtmatige bedingen:(g)een valabel substituut voor de B2B-wet?

Werkversie gepubliceerd op www.lawbackontrack – deze tekst werd ook in beperkt aangepaste versie gepubliceerd in het Rechtskundig Weekblad 2021-22, p. 1571-1586

Inleiding

1. In het wetsvoorstel houdende boek 5 “Verbintenissen” voor het nieuw Burgerlijk Wetboek¹ wordt voorgesteld een algemene bepaling inzake onrechtmatige bedingen (artikel 5.52) op te nemen..

De verantwoording hiertoe is, enerzijds, dat in het contractenrecht steeds vaker wordt voorzien in een algemeen verbod op onrechtmatige bedingen, wanneer deze zijn opgenomen in een toetredingscontract of in algemene voorwaarden², en, anderzijds, dat gelet op de bestaande regeling inzake verbod op onrechtmatige bedingen in B2B-relaties³ en in B2C-relaties⁴, het paradoxaal, mogelijkwerwijs strijdig met het grondwettelijke gelijkheidsbeginsel is, dat er geen regeling zou zijn voor C2C-relaties^{5, 6}.

De voorgestelde tekst beoogt in die context *“in het Belgische contractenrecht een algemene bepaling in te voeren om onrechtmatige bedingen te verbieden en er tegelijk over te waken dat de gevolgen ervan beperkt worden overeenkomstig de beginselen van contractsvrijheid, proportionaliteit en rechtszekerheid.”*⁷

Daarbij wordt niet onder stoelen of banken gestoken dat met de voorgestelde regeling, de B2B-regeling onrechtmatige bedingen naar de prullenmand is te verwijzen⁸. Blijkbaar is de wetgever plots niet meer overtuigd van de meerwaarde die de in 2019 ingevoerde B2B-regeling onrechtmatige bedingen heeft⁹.

* Dhr. P. Cambie schreef mee aan dit artikel in persoonlijke naam. De standpunten in deze bijdrage verbinden geenszins de instellingen waaraan deze auteur verbonden is.

¹ Wetsvoorstel van 24 februari 2021 houdende Boek 5 “Verbintenissen” van het Burgerlijk Wetboek, *Parl. St.* 2020-21, 1806 / 1.

² Met verwijzing naar art. 1171 Franse Code civil, § 307 BGB en 6.233 NBW.

³ “Business to business”. De regeling inzake verbod op onrechtmatige bedingen in B2B relaties is opgenomen in de artikelen VI.91/1 – VI.91/10 WER. Hierna geciteerd als de “B2B-regeling onrechtmatige bedingen”.

⁴ “Business to consumer”. De regeling inzake verbod op onrechtmatige bedingen in B2C relaties is opgenomen in de artikelen VI.82 – VI.87WER. Hierna geciteerd als de “B2C-regeling onrechtmatige bedingen”.

⁵ “Consumer to consumer”.

⁶ Memorie van toelichting, Wetsvoorstel van 24 februari 2021 houdende Boek 5 “Verbintenissen” van het Burgerlijk Wetboek, *Parl. St.* 2020-21, 1806 / 1, p. 55. Waarbij eraan voorbij wordt gegaan dat er entiteiten kunnen zijn die noch onderneming, noch consument zijn, omdat zij niet vallen onder de gehanteerde wettelijke definities van die begrippen (zoals die gelden voor de regeling onrechtmatige bedingen B2B en B2C) en die toch bescherming behoeven.

⁷ Memorie van toelichting, Wetsvoorstel van 24 februari 2021 houdende Boek 5 “Verbintenissen” van het Burgerlijk Wetboek, *Parl. St.* 2020-21, 1806 / 1, p. 56.

⁸ Zacht uitgedrukt in de volgende bewoordingen : “*Het zal aan de wetgever zijn om, in het licht van de voorziene evaluatie van de wet van 4 april 2019 en de beoordeling ervan door de doctrine, te beslissen of deze wet moet worden gehandhaafd dan wel of de belangen van de vennootschappen (sic) niet al voldoende worden beschermd door de algemene bepaling die in Boek 5 is ingevoegd*”. Memorie van toelichting, Wetsvoorstel van 24 februari 2021 houdende Boek 5 “Verbintenissen” van het Burgerlijk Wetboek, *Parl. St.* 2020-21, 1806 / 1, p. 56.

⁹ Het wetsvoorstel dat op 12 februari 2019 na de val van de zogenaamde “Zweedse coalitie” bij amendement werd ingediend door de voormalige meerderheidspartijen, is trouwens unaniem goedgekeurd, zowel in de Kamercommissie voor het Bedrijfsleven op 7 maart

P. Cambie en R. Feltkamp – Een gemeenrechtelijke regeling inzake onrechtmatige bedingen:(g)een valabel substituuut voor de B2B-wet?

Werkversie gepubliceerd op www.lawbackontrack – deze tekst werd ook in beperkt aangepaste versie gepubliceerd in het Rechtskundig Weekblad 2021-22, p. 1571-1586

Ook recent werd in dit tijdschrift vurig voor de afschaffing van de B2B-regeling onrechtmatige bedingen gepleit¹⁰.

Zowel de toelichting bij de voorgestelde tekst voor Boek 5 nieuw BW, als voormelde bijdrage nopen tot een verdere reflectie over de meerwaarde van de B2B-regeling inzake onrechtmatige bedingen, of anders gesteld tot een reflectie over de vraag of de voorgestelde regeling voor Boek 5 van het nieuw BW al dan niet een valabel substituuut is. In deze bijdrage formuleren wij graag een reeks bedenkingen hierover in het licht van de aard van de contractvrijheid en de beperkingen daaraan (I), de inhoud van de regeling voor Boek 5 van het nieuw BW (II) en een aantal kenmerken die verbonden zijn aan de B2B-regeling onrechtmatige bedingen (III). Op grond van deze bedenkingen komen wij tot het besluit dat het voorgestelde artikel 5.52 nieuw BW geen valabel substituuut is voor de B2B-regeling onrechtmatige bedingen (IV).

I.- De aard van de contractvrijheid en de beperkingen daaraan

2. De meeste kritieken die geuit worden tegen de B2B-regeling betreffen het feit dat de regeling al te zeer afbreuk zou doen aan het “basisprincipe” inzake verbintenissen van de “wilsautonomie” of de “contractvrijheid” van partijen¹¹. Deze kritieken lijken voorbij te gaan aan wat de contractvrijheid precies inhoudt en aan het feit dat de contractuele sfeer niet (meer) het koninkrijk van de vrijheid is¹².

I.1.- Draagwijdte van de wilsautonomie

3. Als dusdanig is het principe van de “wilsautonomie” en de “contractvrijheid” niet opgenomen in het huidige Burgerlijk Wetboek. Dat het principe van de wilsautonomie volgens

2019, als in de Plenaire vergadering van de Kamer op 21 maart 2019. Zie Wetsvoorstel houdende wijziging van het Wetboek van Economisch Recht met betrekking tot misbruiken van economische afhankelijkheid, onrechtmatige bedingen en oneerlijke marktpraktijken tussen ondernemingen, *Parl. St.* Kamer2017-18, , nr. 1451.

¹⁰ Zie D. ROOSES, “Onrechtmatige bedingen B2B revisited in het licht van het wetsontwerp nieuw verbintenissenrecht: back to basics?” *RW* 2020-21, 891 – 899.

¹¹ Zie bijv. D. PHILIPPE et G. SORREAU, ‘L’abus de dépendance économique, les clauses abusives et les pratiques déloyales entre entreprises: premiers regards sur la loi du 4 avril 2019’, *DAOR* 2019, p. 47 : “*Qui plus est, la créativité est essentielle au développement de notre vie sociale et de la vie des affaires*”.

¹² Zie ook A.L.M. KEIRSE, “Het contractenrecht van morgen : de uitzonderingen op het beginsel van de partijautonomie gepromoveerd tot regel, in I. SAMOY (ed.), *Evolutie van de basisbeginselen van het contractenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, p. 264 e.v., nr. 5 e.v.

P. Cambie en R. Feltkamp – Een gemeenrechtelijke regeling inzake onrechtmatige bedingen:(g)een valabel substituut voor de B2B-wet?

Werkversie gepubliceerd op www.lawbackontrack – deze tekst werd ook in beperkt aangepaste versie gepubliceerd in het Rechtskundig Weekblad 2021-22, p. 1571-1586

de opstellers van het voorstel van Boek 5 als “basisbeginsel” het verbintenissenrecht beheerst, wordt wel van meet af aan duidelijk gemaakt in de memorie van toelichting bij het voorstel van Boek 5 waarin het opzet van de bepalingen van Boek 5 wordt verduidelijkt. De bedoeling volgens de memorie van toelichting is immers *“een nieuw evenwicht tussen de wilsautonomie van de partijen enerzijds en de rol van de rechter als behoeder van de belangen van de zwakke partij alsook het algemeen belang anderzijds”* trachten teweeg te brengen¹³. Los van de vraag of het überhaupt aan de rechter toekomt de behoeder te zijn van de belangen van de zwakke partij en het algemeen belang¹⁴, rijst de vraag wat het aangehaalde begrip “wilsautonomie” inhoudt. Het valt te betreuren dat het beginsel van de wilsautonomie, dat nochtans volgens de voorstellen zo fundamenteel wordt beschouwd voor het verbintenissenrecht, geen verdere aandacht kreeg in de tekst zelf van het wetsvoorstel¹⁵. Er wordt wel voorgesteld een bepaling inzake de contractvrijheid op te nemen in Boek 5 van het nieuw BW¹⁶.

4. Bij gebrek aan een wettelijke definitie kan de notie “wilsautonomie” verklaard worden aan de hand van de twee begrippen waaruit ze is samengesteld, enerzijds het begrip “wil” en anderzijds, het begrip “autonomie”. In zijn algemene betekenis alludeert deze term op het feit dat een individu met zijn “wil”¹⁷ autonoom beslist over zijn levenspad en zelfontplooiing. In het recht wordt deze notie gehanteerd om aan te geven dat een individu autonoom rechtsgevolgen kan tot stand brengen, kan wijzigen en kan doen uitdoven, door diens loutere wil of anders gezegd, dat de wil van een individu zou volstaan om rechtsgevolgen tot stand te brengen, aan te passen of te doen uitdoven¹⁸.

¹³ Wetsvoorstel van 24 februari 2021 houdende Boek 5 “Verbintenissen” van het Burgerlijk Wetboek, *Parl. St.* 2020-21, 1806 / 1, p. 7.

¹⁴ Deze rol komt in eerste instantie niet toe aan de rechter maar aan de wetgever. Zie hierover L. CORNELIS en L. FELTKAMP, “Boek 1 Nieuw Burgerlijk Wetboek (algemeen deel) : Zoektocht naar oplossingen voor een privaatrecht op maat van de hedendaagse maatschappelijke uitdagingen (V2 – November 2021)”, raadpleegbaar in open access via www.lawbackontrack.org.

¹⁵ In de toelichting bij het Voorstel van Boek 1 wordt enkel gesteld *“Aan de openbare orde kan geen afbreuk worden gedaan. Geldt als uitgangspunt het beginsel van de wilsautonomie op grond waarvan de particulieren hun onderlinge verhoudingen naar eigen goeddunken kunnen regelen, dan bepaalt de openbare orde de grenzen hiervan.”* Zie Wetsvoorstel van 24 februari 2021 houdende Boek 5 “Verbintenissen” van het Burgerlijk Wetboek, *Parl. St.* 2020-21, 1805 / 1, p. 10-11. In de toelichting bij Boek 5 wordt ook verschillende keren naar dit beginsel verwezen zonder veel uitleg over de precieze draagwijdte ervan. Er wordt enkel een uitleg gegeven over de begrenzing van de wilsautonomie (die daarbij wordt gelijkgesteld met de contractvrijheid) : *“Het beginsel van de wilsautonomie is vanzelfsprekend niet zonder grenzen. De contractsvrijheid wordt beperkt door de limieten die door de rechtsorde worden gesteld. Klassiek worden deze grenzen bepaald door de wet en door de begrippen “openbare orde” en “goede zeden”. Deze uitgangspunten blijven behouden. Wel werd het begrip “goede zeden” niet overgenomen omdat dit reeds besloten ligt in de “openbare orde”.* Zie Wetsvoorstel van 24 februari 2021 houdende Boek 5 “Verbintenissen” van het Burgerlijk Wetboek, *Parl. St.* 2020-21, 1806 / 1, p. 54.

¹⁶ Zie art. 5.14 nieuw BW met als titel “contractvrijheid” dat als volgt luidt : *“Buiten de gevallen die de wet bepaalt, staat het iedereen vrij om al dan niet een contract te sluiten en om zijn medecontractant te kiezen, zonder de redenen van zijn keuze te moeten verantwoorden. De partijen zijn vrij om de inhoud van het contract te bepalen, voor zover dit voldoet aan de bij wet bepaalde geldigheidsvereisten.”*

¹⁷ Of nog anders gezegd de “wil van particulieren is zelfstandige bron van recht”. Zie W. WILMS, “De botsing der systemen in het Belgische verbintenissenrecht. Naar een structurele analyse voor de ‘goede trouw’”, *Jur.Falc.* 1980-81, p. 9, nr. 2.

Wat zou inhouden dat personen die niet over een wil beschikken of deze niet kunnen uitdrukken, hun levenspad niet kunnen bepalen.

¹⁸ P. VAN OMMESLAGHE spreekt eerder van de mogelijkheid om rechtsregels te creëren : *“Selon cette théorie, la volonté de l’homme est capable de créer des règles de droit au même titre que le législateur, et même selon une certaine conception, à un niveau supérieur, en sorte que la volonté du législateur apparaît comme une limitation des règles de droit que chaque individu peut, en principe, créer librement. Il en résulte notamment que les interventions du législateur doivent être exceptionnelles en ce domaine et qu’elle doivent s’interpréter de manière restrictive. Les volontés individuelles seraient ainsi créatrices de droit indépendamment même de toute sanction*

P. Cambie en R. Feltkamp – Een gemeenrechtelijke regeling inzake onrechtmatige bedingen:(g)een valabel substituut voor de B2B-wet?

Werkversie gepubliceerd op www.lawbackontrack – deze tekst werd ook in beperkt aangepaste versie gepubliceerd in het Rechtskundig Weekblad 2021-22, p. 1571-1586

Algemeen wordt aanvaard dat de wilsautonomie in deze “strikte” zin begrepen, niet bestaat. Het is immers enkel omdat de wet uitdrukkelijk bepaalt dat aan wilsuitingen juridische gevolgen gekoppeld kunnen worden, dat een wil van een individu rechtsgevolgen kan hebben¹⁹.

De wil van het individu creëert zodoende niet autonoom rechtsgevolgen. Dat die wil rechtsgevolgen kan hebben, is enkel omdat de wetgever dat heeft bepaald. Dit wordt met zoveel woorden aangegeven met artikel 1134 (oud BW): *“Alle overeenkomsten die wettig zijn aangegaan, strekken degenen die deze hebben aangegaan, tot wet.”*²⁰ Het is krachtens deze bepaling dat de wil van een individu in ons rechtssysteem überhaupt rechtgevolgen kan hebben. Deze bepaling onderstreept daarenboven duidelijk dat de wil van een individu slechts rechtsgevolgen te weeg kan brengen omdat alle toepassingsvoorwaarden van de betrokken rechtsregel vervuld zijn en slechts binnen de perken van de wet²¹. De wilsautonomie is dus eerder op te vatten als het feit dat elke persoon, de mogelijkheid heeft (moet hebben) om zelf te kiezen hoe hij/zij/x zich ontplooit binnen de grenzen die de wet heeft bepaald.²² De mogelijkheid om rechtsgevolgen te creëren is dus inherent afhankelijk van en begrensd door het objectief recht en staat niet op zichzelf. De rechtsregels van openbare orde, de regels die de goede zeden betreffen en de regels van dwingend recht moeten daarom volgens VAN OMMESLAGHE niet gezien worden als een *“atteinte à la l'autonomie de la volonté, mais comme*

du droit objectif. Celui-ci, et le législateur, sont cependant requis pour permettre l'exécution forcée des règles de droit ainsi issues de la volonté de l'homme”. Zie P. VAN OMMESLAGHE, “L'autonomie de la volonté : du Code civil à nos jours”, in *Wilsautonomie, contractvrijheid en ondernemingscontracten, Welke toekomst beschoren?*, R. FELTKAMP en F. VANBOSSELE (eds.) Intersentia-Anthemis, Antwerpen, 2011, p. 3, nr. 2.

¹⁹ Zie P. VAN OMMESLAGHE, “L'autonomie de la volonté : du Code civil à nos jours”, in *Wilsautonomie, contractvrijheid en ondernemingscontracten, Welke toekomst beschoren?*, R. FELTKAMP en F. VANBOSSELE (eds.) Intersentia-Anthemis, Antwerpen, 2011, p. 8, nr. 8: *“Il n'est pas possible dans notre système d'Etat de droit de considérer qu'une volonté individuelle pourrait être créatrice de droit indépendamment de toute intervention du législateur et même à l'encontre de la volonté du législateur. C'est, en réalité, dans le droit objectif que se trouve la source des droits subjectifs, en dehors duquel ces droits subjectifs n'ont pas d'existence juridique. Dès lors, si la volonté individuelle peut être génératrice de droits, ou encore si des droits et des obligations peuvent résulter de la conjonction de plusieurs volontés individuelles, comme en matière contractuelle, c'est uniquement dans la mesure où le législateur consacre ce phénomène. C'est donc le droit objectif qui confère une valeur juridique à l'expression de la volonté individuelle, qui en détermine les effets et les conséquences, et qui apporte son concours à en assurer l'exécution.”* Zie ook *ibidem* p. 11-12, nr. 11: *“Selon notre conception, l'autonomie de la volonté ne constitue pas un principe général à caractère philosophique ou moral, mais une règle de droit positif précise. A ce titre il ne peut trouver une source que dans le droit objectif, tel qu'il est fixé par le législateur et dans les limites tracées par celui-ci”.*

²⁰ Dit principe blijft behouden in het voorstel van Boek 5, zie Art. 5.69 nieuw BW (Beginsel van de overeenkomst-wet) : *“Een contract dat geldig tot stand is gekomen, strekt degenen die het hebben gesloten tot wet.”*

²¹ L. CORNELIS en L. FELTKAMP, “Boek 1 Nieuw Burgerlijk Wetboek (algemeen deel): Zoektocht naar oplossingen voor een privaatrecht op maat van de hedendaagse maatschappelijke uitdagingen (V2 – November 2021)”, raadpleegbaar in open access via www.lawbackontrack.org, p. 33.

²² Zie ook W. VAN GERVEN en A. VAN OEVELEN, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2015, p. 71.

P. Cambie en R. Feltkamp – Een gemeenrechtelijke regeling inzake onrechtmatige bedingen:(g)een valabel substituut voor de B2B-wet?

Werkversie gepubliceerd op www.lawbackontrack – deze tekst werd ook in beperkt aangepaste versie gepubliceerd in het Rechtskundig Weekblad 2021-22, p. 1571-1586

une définition par le législateur, dans l'intérêt général de la société, du contenu à reconnaître à ce principe".²³

I.2.- Draagwijdte van de contractvrijheid

5. Wellicht omdat ze beseffen dat de wil op zich geen rechtsgevolgen doet ontstaan, laten de meeste auteurs, wanneer zij de term “wilsautonomie” gebruiken, deze doorgaans samenvallen met de notie “contractvrijheid”²⁴. De contractvrijheid wordt uitgelegd als de vrijheid voor een individu om te kunnen bepalen of hij/zij/x contracteert of niet, met wie hij/zij/x contracteert en wat de inhoud is van het contract²⁵. Sommige auteurs gaan ervan uit dat de wilsautonomie enkel slaat op dit derde luik, de mogelijkheid om de inhoud te bepalen van het contract.²⁶ De klassieke contracttheorie gaat er daarbij vanuit dat individuen zelf best geplaatst zijn om te bepalen wat het beste voor hen is en dat zij geen contracten of contractbepalingen zullen aanvaarden die voor hen nadelig zijn, zodat de overheid niet moet tussenkomen.²⁷ Deze idee wordt treffend verwoord in de spreuk “*qui dit contractuel, dit juste*” of “*contracts speak justice*”. Het 19^{de} eeuwse begrip “contractvrijheid” is gestoeld op de premisse van gelijke en vrije contractpartijen²⁸, die evenwel, zeker in de huidige tijden, een fictie is geworden.

6. Het woord “contractvrijheid” is een samengesteld woord dat niet enkel het woord “vrijheid” omvat, maar ook de notie “contract”, afkomstig van het Latijnse “contrahere”, wat duidt op het ‘samenvoegen’. Meer bepaald gaat het hier om het samenvoegen van wilsuitingen. Het begrip verwijst zodoende naar het overeenstemmen in de term

²³ Zie P. VAN OMMESLAGHE, “L'autonomie de la volonté : du Code civil à nos jours”, in *Wilsautonomie, contractvrijheid en ondernemingscontracten, Welke toekomst beschoren?*, R. FELTKAMP et F. VANBOSSSELE (eds.) Intersentia-Anthemis, Antwerpen, 2011, p. 12, nr. 11.

²⁴ Zie hierover L. CORNELIS, “De achtereenkomst” in *Wilsautonomie, contractvrijheid en ondernemingscontracten, Welke toekomst beschoren?*, R. FELTKAMP et F. VANBOSSSELE (eds.) Intersentia-Anthemis, Antwerpen, 2011, p. 35, nr. 20. Het is onduidelijk of de opstellers van Boek 5 nieuw BW de wilsautonomie en de contractvrijheid als twee afzonderlijke noties beschouwen dan wel beschouwen als de uitdrukking van hetzelfde beginsel. In de memorie van toelichting worden beide noties afzonderlijk gehanteerd, maar wordt de wilsautonomie wel verder afgebakend aan de hand van de contractvrijheid (zie voetnoot 15). Ook is enkel de contractvrijheid opgenomen in de tekstvoorstel van Boek 5 nieuw BW.

²⁵ I. CLAEYS en T. TANGHE, *Algemeen contractenrecht voort nu en straks*, Antwerpen, tweede de editie, Intersentia, 2022, p. 47 e.v.; L. CORNELIS, “De achtereenkomst”, in *Wilsautonomie, contractvrijheid en ondernemingscontracten, Welke toekomst beschoren?*, R. FELTKAMP et F. VANBOSSSELE (eds.) Intersentia-Anthemis, Antwerpen, 2011, p. 35, nr. 20; S. GEIRGAT en R. STEENNOT, “Impact op de B2B-wet op de wilsautonomie en de rechtzekerheid: een rechtsvergelijkende analyse”, *TPR* 2019, p. 977-978, nr. 5.

²⁶ S. GEIRGAT en R. STEENNOT, “Impact op de B2B-wet op de wilsautonomie en de rechtzekerheid: een rechtsvergelijkende analyse”, *TPR* 2019, p. 979, nr. 6.

²⁷ Zie hierover o.a. V. BUDRECKIENE, “Transformations in the notion of contractual equilibrium between parties with equal bargaining position”, 2013, beschikbaar via <http://stics.mruni.eu/wp-content/uploads/2013/06/24-33.pdf>, p. 28; F. VANBOSSSELE, “La législation sur les clauses abusives: derogation au principe de l'autonomie de la volonté?”, in *Wilsautonomie, contractvrijheid en ondernemingscontracten, Welke toekomst beschoren?*, R. FELTKAMP en F. VANBOSSSELE (eds.) Intersentia-Anthemis, Antwerpen, 2011, p. 170, nr. 5.

²⁸ Zie o.m. A. RIGOLET, “La liberté contractuelle – les réformes passent, le principe reste”, *Rev.Dr.Ulège*, 2018, p. 312.

P. Cambie en R. Feltkamp – Een gemeenrechtelijke regeling inzake onrechtmatige bedingen:(g)een valabel substituut voor de B2B-wet?

Werkversie gepubliceerd op www.lawbackontrack – deze tekst werd ook in beperkt aangepaste versie gepubliceerd in het Rechtskundig Weekblad 2021-22, p. 1571-1586

overeenkomst of naar de *wilsovereenstemming* van partijen als essentiële geldigheidsvereiste. Bij contractvoorwaarden die door de ene partij aan een andere opgelegd worden, te nemen of te laten, is de inhoudelijke overeenstemming in werkelijkheid niet echt aanwezig (ook al werd formeel de overeenkomst gesloten). De inhoud van de overeenkomst ontsnapt aan de wil van de partij aan wie de bedingen opgelegd worden en haar contractvrijheid is beperkt tot de keuze om al dan niet te contracteren.²⁹

7. De contractvrijheid komt niet uit het niets. In ons huidig rechtssysteem vindt deze vrijheid intussen haar grondslag in hogere rechtsnormen die aan de basis liggen van het privaatrecht en waarmee het privaatrecht in overeenstemming moet zijn³⁰, te weten de Grondwet en de internationale verdragen³¹, waardoor de fundamentele vrijheden en de grond- / mensenrechten worden vastgesteld. Deze fundamentele vrijheden en grond-/ mensenrechten strekken ertoe te garanderen dat alle (fysieke) personen zonder discriminatie van de best mogelijke levensomstandigheden genieten, op het vlak van veiligheid, gezondheid, onderwijs en zelfbeschikking.³² Het is met dit beginsel van de zelfbeschikking, dat de contractvrijheid in verband is te brengen. Mede dankzij de contractvrijheid (eigenlijk ruimer de vrijheid om rechtshandelingen te stellen en daarvan de inhoud en draagwijdte te bepalen en, voor wat betreft de economische activiteit, de vrijheid om te ondernemen³³), kan een individu invulling geven aan het beginsel van zelfbeschikking³⁴.

²⁹ F. VANBOSSELE, “La législation sur les clauses abusives: dérogation au principe de l’autonomie de la volonté?”, in *Wilsautonomie, contractvrijheid en ondernemingscontracten, Welke toekomst beschoren?*, R. FELTKAMP en F. VANBOSSELE (eds.) Intersentia-Anthemis, Antwerpen, 2011, p. 172, nr. 5.

³⁰ L. CORNELIS, *Openbare orde, Liber amicis*, Antwerpen, Intersentia 2019, p. 520, nr. 4.106; L. CORNELIS en L. FELTKAMP, “Boek 1 Nieuw Burgerlijk Wetboek (algemeen deel): Zoektocht naar oplossingen voor een privaatrecht op maat van de hedendaagse maatschappelijke uitdagingen (V2 – November 2021)”, raadpleegbaar in open access via www.lawbackontrack.org, p. 10 e.v., nr. 1.7.

³¹ Zoals het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens, het VEU en het VWEU.

³² L. CORNELIS, *Openbare orde, Liber amicis*, Antwerpen, Intersentia 2019, p. 486, nr. 4.79; L. CORNELIS en L. FELTKAMP, “Boek 1 Nieuw Burgerlijk Wetboek (algemeen deel): Zoektocht naar oplossingen voor een privaatrecht op maat van de hedendaagse maatschappelijke uitdagingen (V2 – November 2021)”, raadpleegbaar in open access via www.lawbackontrack.org, p. 12 e.v., nr. 1.8.

³³ Zoals opgenomen in art. II.3 WER en in art. 16 van het Europees Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie.

³⁴ Zie W. VAN GERVEN en S. COVEMAERKER, *Verbintenissenrecht*, derde uitgave, Leuven, Acco, 2010, p. 71-72. Zie over het verband tussen zelfbeschikking en het contractenrecht ook I. CLAEYS en T. TANGHE, *Algemeen contractenrecht. Handboek voor nu en straks*, tweede editie, Antwerpen, Intersentia, 2022, p. 4, nr. 5. Zie ook W. VAN GERVEN en S. LIERMANS, *Algemeen deel veertig jaar later, Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2010, p. 389-390 : “Vrijheid is een wezenlijk aspect van eenieders recht op zelfontplooiing, zonder die vrijheid is zelfontplooiing niet mogelijk. (...) Wat de vrijheid betreft om rechtshandelingen te verrichten, meer bepaald om rechtshandelingen te sluiten (...), deze vrijheid is ongetwijfeld een onderdeel, of beter: de juridische component van de algemene vrijheid van handelen”.

Anders: N. VAN LEUVEN, *Contracten en mensenrechten*, Antwerpen, Intersentia, 2009, p. 155 e.v. VAN LEUVEN kijkt dit in het licht van de positieve verplichting van de regelgever en de rechter om de mensenrechten van de ene persoon te beschermen tegen de mensenrechten van de andere persoon. Zij besluit dat de vrijheid van contracteren geen mensenrecht is en derhalve naar believen beperkt kan worden om de mensenrechten van een persoon te vrijwaren (i.e. er zou geen conflict tussen mensenrechten zijn). Tegelijkertijd gaat zij ervan uit dat als de vrijheid van private personen als uitgangspunt genomen wordt, het duidelijk is dat het respect voor mensenrechten dat van een private medecontractant gevraagd kan worden, tevens beperkt wordt door de vrijheid van die medecontractant. Ingevolge het respect voor de vrijheid van private personen zou de positieve verplichting van de regelgever om mensenrechten te beschermen in private rechtsverhoudingen minder vergaand zijn (zie *ibidem*, nrs 273-274). Aldus lijkt VAN LEUVEN toch een fundamentele rol aan de wilsautonomie / contractvrijheid te geven : deze kan immers ingeroepen worden bij de beoordeling van de positieve verplichting tot bescherming van een mensenrecht om te besluiten dat er niet moet worden ingegrepen om dat

P. Cambie en R. Feltkamp – Een gemeenrechtelijke regeling inzake onrechtmatige bedingen:(g)een valabel substituut voor de B2B-wet?

Werkversie gepubliceerd op www.lawbackontrack – deze tekst werd ook in beperkt aangepaste versie gepubliceerd in het Rechtskundig Weekblad 2021-22, p. 1571-1586

8. De grond- / mensenrechten en de fundamentele vrijheden bepalen de (democratische) beginselen, finaliteit en werkingsregels en derhalve de structuur van het samenlevingsverband volgens de essentiële samenlevingswaarden van die samenleving.³⁵ Krachtens de hiërarchie der rechtsnormen moeten zij door alle lagere normen gerespecteerd worden, ongeacht of deze betrekking hebben op publieke verhoudingen (overheid - particulier) of private verhoudingen (particulier - particulier). Ook de private handelingen van individuen moeten hiermee in overeenstemming zijn. Deze normen belangen ontegensprekelijk de openbare orde aan, zodat krachtens artikel 2 van het (oud) Burgerlijk Wetboek hiervan niet bij overeenkomst mag worden afgeweken.³⁶

9. Door de uitoefening van zijn (m/v/x) grond- / mensenrechten en fundamentele vrijheden bepaalt de titularis niet enkel zijn (rechts)toestand, maar, doordat deze handelingen ook steeds een externe weerslag hebben, ook die van anderen die met die handelingen worden geconfronteerd. Om deze reden zijn grond- / mensenrechten en fundamentele vrijheden, in beginsel, niet absoluut of onbegrensd³⁷. Volgens de voorranghebbende normen en binnen de door deze normen gegeven perken, kan de uitoefening van grond- / mensenrechten of van fundamentele vrijheden dan ook worden verboden of beperkt.³⁸

Overeenkomstig deze voorranghebbende normen kunnen dergelijke beperkingen evenwel slechts worden ingevoerd indien aan de volgende voorwaarden is voldaan³⁹:

mensenrecht te beschermen. Gelet op de hiërarchie der rechtsnormen impliceert dit o.i. dat de contractvrijheid de waarde van een mensenrecht of fundamentele vrijheid wordt toegekend.

³⁵ Die essentiële samenlevingswaarden betreffen volgens L. CORNELIS de veiligheid, gezondheid, onderwijs en zelfbeschikking. Zie L. CORNELIS, voetnoot 30. Daarbij is nog voor ogen te houden dat, vermits zelfbeschikking slechts mogelijk is dankzij de voorzieningen inzake veiligheid, gezondheid en onderwijs, de grondrechten die op zelfbeschikking betrekking hebben, mede invulling krijgen door de invulling die door de wetgever wordt gegeven aan de grondrechten die de veiligheid, gezondheid en onderwijs garanderen en concretiseren. L. CORNELIS, *Openbare orde, Liber amicis*, Antwerpen, Intersentia 2019, p. 445, nr. 4.23: “De democratisch georganiseerde samenleving draagt er met andere woorden zorg voor dat in samenlevingsverband georganiseerde veiligheids-, gezondheids- en onderwijszorgen aan elk samenlevingslid de middelen bezorgen en de tijd laten om, in vergelijkbare levensomstandigheden, de levenswandel naar eigen inzicht en goedvinden te doorlopen, weliswaar met eerbiediging van die ondersteunende, democratische organisatie.”

Volgens W. VAN GERVEN en S. LIERMAN staat de menselijke waardigheid centraal onder de grondrechten, de andere grondrechten zijn daaruit afgeleid. “Het begrip verwijst naar de mens als autonoom wezen dat wilsautonomie heeft en vrijheid van keuze bezit, dat zijn identiteit naar eigen verlangen kan ontwikkelen en zijn levenspad zelf kan kiezen. In die hoedanigheid zijn alle menselijke wezens gelijk en verdraagt menselijke waardigheid geen discriminatie. Voorts impliceert het begrip dat aan een ander geen fysieke of mentale schade mag worden toegebracht en dat elk menselijk wezen een minimum aan levenskwaliteit moet worden gegarandeerd. Het houdt in dat geen mens als middel mag worden beschouwd om andermans behoeften te voldoen”. (eigen onderlijning). Zie W. VAN GERVEN en S. LIERMAN, *Algemeen deel veertig jaar later*, in *Beginselen van Belgisch privaatrecht*, Antwerpen, Wolters Kluwer 2010, p. 346-347, nr. 122.

³⁶ L. CORNELIS en R. FELTKAMP, “Boek 1 Nieuw Burgerlijk Wetboek (algemeen deel): Zoektocht naar oplossingen voor een privaatrecht op maat van de hedendaagse maatschappelijke uitdagingen (V2 – November 2021)”, raadpleegbaar in open access via www.lawbackontrack.org, p. 16, nr. 1.9.

³⁷ L. CORNELIS, *Openbare orde, Liber amicis*, Antwerpen, Intersentia 2019, p. 430 en p. 460/

³⁸ W. VAN GERVEN en S. LIERMAN, *Algemeen deel veertig jaar later*, in *Beginselen van Belgisch privaatrecht*, Antwerpen, Wolters Kluwer 2010, p. 347, nr. 122.

³⁹ L. CORNELIS, *Openbare orde, Liber amicis*, Antwerpen, Intersentia 2019, p. 520-557. Zie ook L. CORNELIS, *Ordre public et démocratie*, beschikbaar in open access via www.lawbackontrack.org/nl/publicaties Ordre public et démocratie, épisode 5/45).

P. Cambie en R. Feltkamp – Een gemeenrechtelijke regeling inzake onrechtmatige bedingen:(g)een valabel substituut voor de B2B-wet?

Werkversie gepubliceerd op www.lawbackontrack – deze tekst werd ook in beperkt aangepaste versie gepubliceerd in het Rechtskundig Weekblad 2021-22, p. 1571-1586

- 1) de beperking moet worden opgelegd via een voldoende toegankelijke en nauwkeurige wet;
- 2) de beperking moet noodzakelijk zijn in een democratische samenleving⁴⁰;
- 3) de beperking moet beantwoorden aan een dwingende maatschappelijke behoefte⁴¹; en
- 4) de beperking moet proportioneel zijn, d.w.z. evenredig zijn met de door de wetgever nagestreefde doelstellingen.

Uit deze voorwaarden volgt dat het de taak van de wetgever is om de werking van de grond- / mensenrechten en fundamentele vrijheden, voor en tussen particulieren, te bewerkstelligen. Met (gebiedende of verbiedende) wetten moet de wetgever de uitoefening van grond- / mensenrechten en fundamentele vrijheden door elke titularis en door de “anderen” garanderen en tegelijkertijd deze op zodanige wijze op elkaar af weten te stemmen dat alle (fysieke) personen, waarvoor hij verantwoordelijk is, op het vlak van veiligheid, gezondheid, onderwijs en zelfbeschikking, van de best mogelijke levensomstandigheden genieten, zonder discriminatie.⁴²

De wetgever heeft zodoende de positieve verplichting om te zorgen dat individuen effectief gebruik kunnen maken van hun grond- / mensenrechten en fundamentele vrijheden en om deze te beschermen door maatregelen te nemen, tegen bedreigingen ervan door anderen. Dit houdt in dat de overheid die vaststelt dat een of meerdere personen de grondrechten van

⁴⁰ De democratische beginselen, finaliteit en werkingsregels.

⁴¹ Op het vlak van de veiligheid, de gezondheid, het onderwijs of de zelfbeschikking van de titularissen van grond- en mensenrechten. Voor verschillende fundamentele rechten en vrijheden wordt in het betrokken verdrag of de Grondwet aangegeven welke de rechtvaardigingsgronden kunnen zijn voor een beperking. Zo bepalen de artikelen 8 tot 11 EVRM, na telkens de betrokken vrijheid te hebben aangegeven, de voorwaarden waaronder beperkingen kunnen worden opgelegd aan die vrijheden. Tevens wordt daarbij een aantal specifieke rechtvaardigingsgronden aangegeven zoals de openbare orde, de gezondheid of de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.

⁴² Zie ook L. CORNELIS, *Openbare orde, Liber amicis*, Antwerpen, Intersentia 2019, p. 443 e.v., nr. 4.21; L. CORNELIS, *Ordre public et démocratie*, beschikbaar in open access via www.lawbackontrack.org/nl/publicaties (Ordre public et démocratie, épisode 5/45), p. 50, nr. 40. Zie in dit verband F. DELPÉRIÉ, *Le droit constitutionnel de la Belgique*, Brussel, Bruylant, p. 192-103: “N'est-ce pas “à l'abri de la loi”, que les libertés classiques trouvent à s'épanouir? N'est-ce pas “l'intervention de la loi” qui consacre, de manière concrète et effective, les droits nouveaux? Telle est l'attitude de la Constitution. Elle s'en remet à la loi et à ses dérivés pour fixer le statut des libertés publiques. Cette confiance en la loi se justifie pour des raisons théoriques et pour des raisons pratiques.

Les raisons théoriques sautent aux yeux. Dans une société démocratique, qui peut, mieux que les élus de la Nation agissant de concours avec le roi, fixer les règles selon lesquelles les individus pourront exercer leur liberté? Recourir pour ce faire aux responsables de l'ordre public, soit au gouvernement et aux autorités locales, c'est exposer imprudemment la liberté; c'est établir une confusion entre celui qui fait la règle et celui qui est tenu de la respecter. Telle est la philosophie de base: la loi générale est appelée à préserver l'individu de l'emprise de l'exécutif.

(...)

Les raisons pratiques ne sont pas moins importantes. Si l'intervention de la loi peut paraître à ce point décisive dans la matière des libertés publiques, c'est parce que la Constitution a confié au législateur des tâches essentielles: régler l'exercice des libertés (art. 26 et 30), organiser la répression des délits commis à l'occasion de l'usage de ces libertés (art. 12, 19 et 24), définir les “cas” où l'autorité publique peut porter atteinte à la liberté (art. 12, 15 et 16), prescrire la “forme” dans laquelle ces mesures seront prises (art. 12 et 15) ou la “manière” dont elles seront conçues (art. 16). Ainsi la Constitution reconnaît les libertés essentielles. Mais la loi fédérale est habilitée à en déterminer l'aménagement.”

P. Cambie en R. Feltkamp – Een gemeenrechtelijke regeling inzake onrechtmatige bedingen:(g)een valabel substituut voor de B2B-wet?

Werkversie gepubliceerd op www.lawbackontrack – deze tekst werd ook in beperkt aangepaste versie gepubliceerd in het Rechtskundig Weekblad 2021-22, p. 1571-1586

andere personen onrechtmatig beperken of aantasten, via de wetgever moet optreden om de laatstgenoemden te beschermen en dergelijke beperkingen en aantastingen te voorkomen.⁴³

1.3.- De onrechtmatige bedingen regeling als concretisering van grond- / mensenrechten

10. Het is in deze context dat de regeling inzake de onrechtmatige bedingen is te begrijpen. De wijze waarop individuen, krachtens het objectief recht, kunnen contracteren, een zekere inhoud aan hun overeenkomsten kunnen geven en zo welbepaalde rechtsgevolgen kunnen doen ontstaan, moet immers in overeenstemming zijn met de hogere rechtsnormen. Zo wordt gepleit voor een “systematische interpretatie” van de rechtsregels inzake onrechtmatige bedingen uitgaande van het postulaat van een coherent rechtssysteem⁴⁴, is het dan ook vooreerst met deze hogere rechtsnormen dat rekening is te houden.

Net zoals de andere grond- / mensenrechten en fundamentele vrijheden is de contractvrijheid niet absoluut.⁴⁵ Wanneer de overheid vaststelt dat bepaalde personen door het hanteren van praktijken (zoals het gebruik van bedingen) de grond- / mensenrechten en fundamentele vrijheden van anderen aantasten op een wijze die in strijd is met de noodwendigheden van een democratische samenleving, dan kan en moet de wetgever optreden. Anders gesteld, wanneer de wetgever vaststelt dat de manier waarop bepaalde personen gebruik maken van hun contractvrijheid tot gevolg heeft dat de contractvrijheid van een andere persoon of een ander grond- of mensenrecht of fundamentele vrijheid van een andere persoon (zoals het recht op een menswaardig bestaan, op de bescherming van eigendom)⁴⁶ op onrechtmatige wijze wordt beperkt, dan moet de wetgever ingrijpen.⁴⁷

⁴³ Zie hierover o.m. L. CORNELIS en R. FELTKAMP, “Boek 1 Nieuw Burgerlijk Wetboek (algemeen deel): Zoektocht naar oplossingen voor een privaatrecht op maat van de hedendaagse maatschappelijke uitdagingen (V2 – November 2021)” te raadplegen in open access via www.lawbackontrack.org, p. 11; N. VAN LEUVEN, *Contracten en mensenrechten. Een mensenrechtelijke lezing van het contractenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2009, p. 43 e.v. en verwijzingen aldaar.

⁴⁴ R. JAFFERALI, “Les clauses abusives dans les contrats B2B après la loi du 4 avril 2019 ou le règne de l’incertitude”, *JT* 2020, p. 275, nr. 2 en p. 276, nr. 3. JAFFERALI gaat uit van een interpretatie die naar zijn oordeel toelaat de beste coherentie van het juridisch systeem (zijnde “une interprétation qui soit le plus en harmonie possible avec l’état de droit positif”) en het beste evenwicht met de “valeurs promues par le droit des contrats” te bewerkstelligen. Het valt op dat daarbij een lezing van het positief recht in het licht van de hoogste rechtsnormen ontbreekt.

⁴⁵ L. CORNELIS, “De achtereenkomst”, in *Wilsautonomie, contractvrijheid en ondernemingscontracten, Welke toekomst beschoren?*, R. FELTKAMP en F. VANBOSSELE (eds.) Intersentia-Anthemis, Antwerpen, 2011, p. 81, nr. 93.

⁴⁶ Zie hierover ook E. MCCAUGHEY, “Is unequal bargaining power an unjust factor”, beschikbaar via https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3200512, p. 1-2: “While ‘freedom of contract’ or peaceful enjoyment of property are important rights that the common law traditionally protects, other rights, such as fair pay through freedom of association, consumer protection, and housing, matter in law too. Contracts are the legal portals to employment, consumer or tenancy relationships, where those rights are at stake. This is why, when inequality is structurally embedded in transactions, the law as a whole is no longer content to say ‘contracts speak justice’, that contracts are inherently made for a ‘just value’, or that contracts should be deemed to be ‘agreed’ merely in absence of ‘iniquitous pressure’. An older principle of justice recognises that ‘right, as the world goes, is only in question between equals in power’, and it is wrong to let the ‘strong do what they can and the weak suffer what they must.’ Increasingly the case law does recognise rights in these spheres, both to uphold Parliament’s statutory intentions and to vindicate human rights.”

⁴⁷ Zie ook BVerfGE, 19 oktober 1993, nr. 89.214, overweging 54, beschikbaar via <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv089214.html>: “(...) Die Privatautonomie ist notwendigerweise begrenzt und bedarf der rechtlichen Ausgestaltung. Privatrechtsordnungen bestehen deshalb aus

P. Cambie en R. Feltkamp – Een gemeenrechtelijke regeling inzake onrechtmatige bedingen:(g)een valabel substituut voor de B2B-wet?

Werkversie gepubliceerd op www.lawbackontrack – deze tekst werd ook in beperkt aangepaste versie gepubliceerd in het Rechtskundig Weekblad 2021-22, p. 1571-1586

Het wetgevend ingrijpen op het vlak van onrechtmatige bedingen is zodoende te beoordelen in het licht van de hogere rechtsnormen die deze fundamentele rechten en vrijheden beschermen, rekeninghoudend met de hiervoor vermelde vereisten waaraan dat wetgevend ingrijpen moet voldoen. Ervan uitgaan dat *“un poids pré-pondérant doit, dans l’interprétation de la loi nouvelle, être attribué aux valeurs de liberté contractuelle et de sécurité juridique par rapport à celle de protection de la partie faible”*⁴⁸ doet afbreuk aan het feit dat de uitoefening van de contractuele vrijheid door de ene persoon in conflict kan komen met de uitoefening van diezelfde contractuele vrijheid door een andere persoon of met een ander grond- / mensenrecht of fundamentele vrijheid van die persoon die mogelijk voorrang heeft op de zelfbeschikking via de contractuele vrijheid.

11. De bepalingen inzake onrechtmatige bedingen hebben onder meer tot doel de contractvrijheid en ruimer de menselijke waardigheid te beschermen van de personen die het slachtoffer worden van de onrechtmatige aantastingen van hun contractvrijheid en menselijke waardigheid door anderen, onder het mom van hun eigen contractvrijheid. Wanneer de wetgever, via regelgeving, verbiedt dat bepaalde bedingen worden opgenomen in een overeenkomst, stelt hij doorgaans een beperking aan de vrijheid om de inhoud te bepalen van een contract ten gunste van de vrijwaring van diezelfde vrijheid voor allen. Het komt dus neer op het afstemmen van de uitoefening van de contractvrijheid door elkeen, zodat alle personen waarvoor de wetgever verantwoordelijk is, op gelijke wijze en zonder discriminatie, o.m. van hun recht op zelfbeschikking kunnen genieten.⁴⁹

einem differenzierten System aufeinander abgestimmter Regelungen und Gestaltungsmittel, die sich in die verfassungsmäßige Ordnung einfügen müssen. Dies bedeutet jedoch nicht, daß die Privatautonomie zur beliebigen Disposition des Gesetzgebers stünde und ihre grundrechtliche Gewährleistung infolgedessen leerliefe. Vielmehr ist der Gesetzgeber bei der gebotenen Ausgestaltung an die objektiv-rechtlichen Vorgaben der Grundrechte gebunden. Er muß der Selbstbestimmung des Einzelnen im Rechtsleben einen angemessenen Betätigungsraum eröffnen. Nach ihrem Regelungsgegenstand ist die Privatautonomie notwendigerweise auf staatliche Durchsetzung angewiesen. Ihre Gewährleistung BVerfGE 89, 214 (231)BVerfGE 89, 214 (232)denkt die justitielle Realisierung gleichsam mit und begründet daher die Pflicht des Gesetzgebers, rechtsgeschäftliche Gestaltungsmittel zur Verfügung zu stellen, die als rechtsverbindlich zu behandeln sind und auch im Streitfall durchsetzbare Rechtspositionen begründen.

b) Mit der Pflicht zur Ausgestaltung der Privatrechtsordnung stellt sich dem Gesetzgeber ein Problem praktischer Konkordanz. Am Zivilrechtsverkehr nehmen gleichrangige Grundrechtsträger teil, die unterschiedliche Interessen und vielfach gegenläufige Ziele verfolgen. Da alle Beteiligten des Zivilrechtsverkehrs den Schutz des Art. 2 Abs. 1 GG genießen und sich gleichermaßen auf die grundrechtliche Gewährleistung ihrer Privatautonomie berufen können, darf nicht nur das Recht des Stärkeren gelten. Die kollidierenden Grundrechtspositionen sind in ihrer Wechselwirkung zu sehen und so zu begrenzen, daß sie für alle Beteiligten möglichst weitgehend wirksam werden. (eigen onderlijning).

⁴⁸ Zie in die zin R. JAFFERALI, “Les clauses abusives dans les contrats B2B après la loi du 4 avril 2019 ou le règne de l’incertitude”, *JT* 2020, p. 275, nr. 2 en p. 277, nr 3.

⁴⁹ Zie ook I. CLAEYS EN T. TANGHE, *Algemeen contractenrecht. Handboek voor nu en straks*, tweede editie, Antwerpen, Intersentia, 2022, p. 5, nr. 5: “Verschillende regels van het algemeen contractenrecht richten zich op de bescherming van de kwetsbare of de “zwakke” contractpartij. Het belang van de ander en niet alleen dat van de kwetsbare is bij elke gedraging, ook bij contracten, mee in aanmerking te nemen. Dat geldt a fortiori wanneer de fysieke integriteit, de menselijke waardigheid en andere grondrechten van een persoon (partij of derde) in het gedrag zouden komen”.

P. Cambie en R. Feltkamp – Een gemeenrechtelijke regeling inzake onrechtmatige bedingen:(g)een valabel substituut voor de B2B-wet?

Werkversie gepubliceerd op www.lawbackontrack – deze tekst werd ook in beperkt aangepaste versie gepubliceerd in het Rechtskundig Weekblad 2021-22, p. 1571-1586

Het komt aan de wetgever toe om - binnen de perken gesteld door de hogere rechtsnorm - te bepalen in welke gevallen een beperking moet worden ingevoerd om de gelijke uitoefening van de contractvrijheid te vrijwaren. Aldus zal de wetgever moeten nagaan of dit enkel situaties betreft waarbij een persoon contract(voorwaarden) oplegt aan een andere persoon, zonder enige onderhandeling, dan wel ook situaties waarbij er wel een zekere onderhandeling is, maar waarbij deze onderhandelingen, ingevolge specifieke omstandigheden⁵⁰, niet “vrij” is. Meer algemeen zal de wetgever moeten nagaan of er misbruiken of onevenwichten zijn vast te stellen die in een democratische samenleving, gelet op haar essentiële waarden, moeten worden verhinderd. In voorkomend geval moet de wetgever optreden.

12. Evenzo, komt het aan de wetgever toe om te bepalen of de beperkingen in alle situaties moeten gelden, dan wel of er in bepaalde omstandigheden, bijv. “B2B” of “B2C”, bijzondere beperkingen moeten gelden. Daarbij moet de wetgever het niet-discriminatiebeginsel in acht nemen, dat wil zeggen dat gelijke categorieën, zonder redelijke verantwoording, niet ongelijk mogen worden behandeld, dan wel dat ongelijke categorieën, zonder redelijke verantwoording, niet op dezelfde wijze mogen worden behandeld.⁵¹

In het licht van de discriminatie-toets rijst de vraag of contracten tussen niet-professionelen, op het vlak van onrechtmatige bedingen, wel gelijk te stellen zijn met de contracten waarbij een onderneming is betrokken (i.e. B2B of B2C) en zo ja of er een redelijke verantwoording is voor een verschillende behandeling. Kenmerkend voor ondernemingen is immers dat zij op een duurzame wijze economische activiteiten verrichten die doorgaans gedreven zijn door winstmaximalisatie en het garanderen van een “*return on investment*”. In deze context is de druk en dus de verleiding groot om tot (wan)praktijken over te gaan teneinde maximale *return* binnen te rijven ten koste van anderen (en zelfs ten koste van de samenleving in het algemeen en de planeet). Daaronder vallen niet enkel bepaalde (oneerlijke) handels- of marktpraktijken of het voeren van (bedenkelijke⁵²) reclame. Ook het opleggen van bedingen - doorgaans dankzij een sterkere onderhandelingspositie, als gevolg van een kennisvoorsprong, het

⁵⁰ Zoals bijv. bedrog, dwaling. Dit kan echter ook een kennisasymmetrie of verschil in machtsverhouding of middelen betreffen.

⁵¹ Zie o.a. GW.H. 4 maart 2021, nr. 37/2021, overweging B.23. : “B.23. *Het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie verzet er zich tegen dat categorieën van personen, die zich ten aanzien van de betwiste maatregel in wezenlijk verschillende situaties bevinden, op identieke wijze worden behandeld, zonder dat daarvoor een redelijke verantwoording bestaat. Het bestaan van een dergelijke verantwoording moet worden beoordeeld rekening houdend met het doel en de gevolgen van de betwiste maatregel en met de aard van de ter zake geldende beginselen; het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie is geschonden wanneer vaststaat dat geen redelijk verband van evenredigheid bestaat tussen de aangewende middelen en het beoogde doel*”. Zie ook o.a. Grondwettelijk Hof 9 februari 2017, nr. 12/2017, B.2; Grondwettelijk Hof 14 januari 2016, nr. 1/2016 overwegingen A.15.1. en B.16; Grondwettelijk Hof 28 april 2016, nr. 61/2016, overweging B 6.1.

⁵² Zie hierover R. FELTKAMP en G. HENDRICKX, “Reclame: zondige verlokking in een schapenvacht?”, *Liber Amicorum Michel Flamée*, Brugge, die Keure, 2017, p. 279-309.

P. Cambie en R. Feltkamp – Een gemeenrechtelijke regeling inzake onrechtmatige bedingen:(g)een valabel substituut voor de B2B-wet?

Werkversie gepubliceerd op www.lawbackontrack – deze tekst werd ook in beperkt aangepaste versie gepubliceerd in het Rechtskundig Weekblad 2021-22, p. 1571-1586

beschikken over meer (juridische) middelen⁵³ of het bestaan van een afhankelijkheidsverhouding - die ertoe strekken of tot doel hebben om bepaalde (juridische) risico's of verplichtingen (onrechtmatig) contractueel af te blokken of af te wentelen op de andere partij, valt hier onder. Niet-professionelen willen ook graag een voor hen voordelige transactie sluiten, maar staan niet onder een gelijkaardige druk van systematische winstregeneratie en -accumulatie. De kans op wanpraktijken is niet uitgesloten, maar is mogelijk kleiner.

Vastgestelde wanpraktijken inzake bedingen door ondernemingen in bepaalde sectoren , verklaren dat voor B2B en B2C contracten de wetgever expliciet een aantal bedingen heeft aangestipt als onrechtmatig⁵⁴. De vraag rijst of diezelfde wanpraktijken voorkomen of dreigen voor te komen in relaties tussen niet-professionelen. In bevestigend geval, is er geen reden om het verbod op die bedingen enkel voor te behouden voor de specifieke B2B of B2C context. Dit onderzoek lijken de opstellers van de voorgestelde tekst niet te hebben gedaan. Het is pas eens een dergelijk onderzoek op grondige wijze is gedaan, dat een oordeel kan worden gevormd over de nood aan de invoering een gemeenrechtelijke regeling, dan wel over het behoud van de bijzondere regelingen en over de vereiste inhoud van een (gemeenrechtelijke) regeling inzake onrechtmatige bedingen. Dat belet niet dat reeds een aantal juridische opmerkingen kunnen worden gemaakt inzake de nieuwe gemeenrechtelijke regeling.

II.- De gemeenrechtelijke regeling: art. 5.52 nieuw BW

13. Voor de inhoud van de gemeenrechtelijke regeling is opgenomen in artikel 5.52 nieuw BW waarvan de initieel voorgestelde tekst als volgt luidt: *“In een toetredingscontract is elk beding dat een kennelijk onevenwicht schept tussen de rechten en plichten van partijen onrechtmatig en wordt zij voor niet geschreven gehouden.*

Bij de beoordeling van het kennelijk onevenwicht wordt rekening gehouden met alle omstandigheden rond het sluiten van het contract.

Het eerste lid is noch van toepassing op de bepaling van de hoofdprestaties van het contract, noch op de gelijkwaardigheid van deze hoofdprestaties.”

⁵³ Zoals bijv. het beschikken over een uitgebreide juridische dienst of de financiële middelen om juridische bijstand te financieren.

⁵⁴ Zie bijv. Groenboek van de Europese Commissie inzake Oneerlijke handelspraktijken in de food en non-food toeleveringsketen tussen ondernemingen in Europa, COM/2013/037 final <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/?uri=CELEX:52013DC0037>

P. Cambie en R. Feltkamp – Een gemeenrechtelijke regeling inzake onrechtmatige bedingen:(g)een valabel substituut voor de B2B-wet?

Werkversie gepubliceerd op www.lawbackontrack – deze tekst werd ook in beperkt aangepaste versie gepubliceerd in het Rechtskundig Weekblad 2021-22, p. 1571-1586

Deze tekst noopt tot een aantal bedenkingen die hierna worden uiteengezet.

II.1.- Toetredingscontracten als criterium voor een algemeen concept inzake onrechtmatige bedingen

14. Uit het voorgestelde artikel 5.52 volgt dat de voorgestelde regel zal gelden ongeacht de hoedanigheid van partijen⁵⁵, maar wel enkel in geval van een toetredingscontract. De bedoeling van de beperking tot toetredingscontracten is *“te voorkomen dat een contract waarover daadwerkelijk werd onderhandeld en dat met kennis van zaken werd gesloten later ter discussie kan worden gesteld op grond van het begrip “onrechtmatig beding”, wat zou ingaan tegen de doelstelling van de regeling inzake die bedingen en bovenmatig afbreuk zou doen aan de contractsvrijheid”*.⁵⁶

Of deze bedoeling effectief wordt ingelost, hangt af van de betekenis die gegeven wordt aan het begrip “toetredingscontract”. Het wetsvoorstel stelt voor om hiervan in artikel 5.10 een definitie op te nemen die als volgt luidt: *“Een contract is een toetredingscontract wanneer het vooraf eenzijdig is opgesteld door de ene partij en de andere geen invloed heeft kunnen hebben op de inhoud ervan. Het feit dat sommige bedingen van het contract het voorwerp zijn geweest van een afzonderlijke onderhandeling, sluit de toepassing van dit artikel op de rest van het contract niet uit, indien de globale beoordeling leidt tot de conclusie dat het niettemin gaat om een toetredingscontract.”*

De toelichting bij dit artikel is zeer kort en verschaft weinig verdere uitleg⁵⁷.

15. Voortgaande op de tekst van het voorgestelde art. 5.10 nieuw BW omvat de voorgestelde definitie van een toetredingscontract twee luiken:

1° het moet gaan om een contract dat “vooraf” en “eenzijdig” door een partij is opgesteld; en

⁵⁵ B2B, B2C, niet professioneel – niet professioneel.

⁵⁶ Wetsvoorstel van 24 februari 2021 houdende Boek 5 “Verbintenissen” van het Burgerlijk Wetboek, *Parl. St.* 2020-21, 1806 / 1, p. 57.

⁵⁷ Er valt enkel het volgende te lezen: *“Dit artikel is geïnspireerd op artikel 1102-5 Catala en artikel 3.2 van de richtlijn 93/13/EEG (zie ook: W. VAN GERVEN en A. VAN OEVELEN, 64-65). Het toetredingscontract wordt geïnterpreteerd overeenkomstig artikel 5.66”* (zie Wetsvoorstel van 24 februari 2021 houdende Boek 5 “Verbintenissen” van het Burgerlijk Wetboek, *Parl. St.* 2020-21, 1806 / 1, p. 21). Met dit laatste wordt verwezen naar de regel die wordt voorgesteld met artikel 5.66 nieuw BW dat bij aanhoudende twijfel met betrekking tot de gemeenschappelijke bedoeling van partijen, voor toetredingscontracten geldt dat ze worden uitgelegd ten nadele van degene die het heeft opgesteld.”

P. Cambie en R. Feltkamp – Een gemeenrechtelijke regeling inzake onrechtmatige bedingen:(g)een valabel substituut voor de B2B-wet?

Werkversie gepubliceerd op www.lawbackontrack – deze tekst werd ook in beperkt aangepaste versie gepubliceerd in het Rechtskundig Weekblad 2021-22, p. 1571-1586

2° de andere partij heeft geen invloed kunnen hebben op de inhoud ervan.

Op zicht van deze twee voorwaarden geldt als eerste vaststelling dat de wetgever een categorie van contracten voor ogen heeft die ruimer is dan algemene voorwaarden of standaardbedingen. In het voorstel van Boek 5 wordt geen definitie gegeven van algemene voorwaarden. Uit de toelichting bij het voorgestelde art. 5.23 nieuw BW, dat de voorwaarden inzake aanvaarding ervan regelt, volgt evenwel dat standaardbedingen of algemene voorwaarden bedingen zijn die op voorhand door een van de partijen, voor een algemeen en herhaald gebruik, zijn opgesteld en opgelegd worden, zonder onderhandeling met de andere partij.⁵⁸ De vereiste van een algemeen of herhaald gebruik is niet opgenomen in de definitie van toetredingscontracten. Deze notie omvat dus, volgens de voorgestelde definitie, algemene voorwaarden maar ook de contracten waarvan de bepalingen vooraf zijn opgesteld en die niet voor een algemeen en herhaald gebruik dienen.

Een tweede vaststelling is dat er slechts sprake is van een toetredingscontract, volgens de voorgestelde definitie, indien het vooraf opgemaakte contract werd opgemaakt door de partij die ze oplegt aan de andere. Contracten die door derden werden opgesteld en door partijen gebruikt worden (zoals modelovereenkomsten opgesteld door bepaalde instanties, contracten opgesteld en ter beschikking gesteld door tussenpersonen (zoals bijv. beheerders van elektronische platformen), lijken hier niet onder te vallen.

Tot slot geldt als voorwaarden dat die contracten “eenzijdig” moeten zijn “opgesteld”. Er zou getwijfeld kunnen worden of deze vereiste impliceert dat het contract alleen door een partij moet zijn opgesteld, dan wel dat dit impliceert dat het contract inhoudelijk eenzijdig (d.w.z. enkel in het voordeel van de opsteller) werd opgesteld⁵⁹. Vermits er in de definitie niet verwezen wordt naar de inhoud van het contract, lijkt deze vereiste ons voornamelijk te verwijzen naar de omstandigheid dat de ene partij het contract alleen, zonder de andere erbij te betrekken, heeft opgesteld. Met andere woorden, telkens een van de partijen de pen houdt bij de opstelling van het contract en dit vervolgens overmaakt aan de andere partij (wat in de praktijk frequent het geval is) of aan de andere partij een door derden opgesteld model overmaakt, zou er volgens deze definitie sprake kunnen zijn van een toetredingscontract.

⁵⁸ Wetsvoorstel van 24 februari 2021 houdende Boek 5 “Verbintenissen” van het Burgerlijk Wetboek, *Parl. St.* 2020-21, 1806 / 1, p. 28.

⁵⁹ Het kan immers zo zijn dat een partij de pen heeft gehouden, maar dat het resultaat een evenwichtig contract is.

P. Cambie en R. Feltkamp – Een gemeenrechtelijke regeling inzake onrechtmatige bedingen:(g)een valabel substituut voor de B2B-wet?

Werkversie gepubliceerd op www.lawbackontrack – deze tekst werd ook in beperkt aangepaste versie gepubliceerd in het Rechtskundig Weekblad 2021-22, p. 1571-1586

16. Rekening houdend met de voorgaande vaststellingen blijkt dat het eerste luik van de definitie van een toetredingscontract een zeer ruime inhoud heeft. Elk vooraf opgesteld document dat contractvoorwaarden bevat, en dat door een partij werd opgemaakt en aan een andere partij wordt overgemaakt komt potentieel in aanmerking als een toetredingscontract.

Het tweede luik van de definitie van toetredingscontract beoogt tegemoet te komen aan de in de voorbereidende werken uiteengezette bekommernis dat voorkomen moet worden dat een contract dat *“daadwerkelijk werd onderhandeld en dat met kennis van zaken werd gesloten”* ter discussie zou worden gesteld op grond van een onrechtmatig beding. De termen in de definitie, om deze bekommernis te verwoorden, blinken evenwel uit in vaagheid en zullen ongetwijfeld aanleiding geven tot discussies⁶⁰. Vooraf door een partij opgestelde contracten gelden immers als toetredingscontract indien de andere partij *“geen invloed heeft kunnen hebben op de inhoud ervan”*. Vanaf wanneer een partij *“invloed heeft kunnen hebben op de inhoud”* wordt niet verduidelijkt. De voorbereidende werken geven aan dat *“(…) de loutere omstandigheid dat over een contract niet werd onderhandeld als dusdanig niet in[houdt] dat het aan de andere partij werd opgelegd zonder mogelijkheid om de inhoud ervan te beïnvloeden. In concreto moet worden nagegaan of een dergelijke mogelijkheid tot beïnvloeding bestond, o.m. rekening houdend met de economische machtsverhouding tussen de partijen, ook al werd geen gebruik gemaakt van die mogelijkheid.”*⁶¹ Hieruit blijkt dat als er niet werd onderhandeld over een vooraf door één partij opgesteld contract, dit niet noodzakelijkerwijs betekent dat er geen invloed over de inhoud kon worden uitgeoefend. Indien er wel over het contract (of over bedingen ervan) werd onderhandeld, lijken de voorbereidende werken aan te geven dat de kwalificatie toetredingscontract niet kan worden weerhouden. Maar wat ingeval een partij niet eens een poging heeft ondernomen om het voorgeschoven contract aan te passen? Zal er dan worden aangenomen dat hij/zij/x invloed zou hebben kunnen gehad, maar de mogelijkheid niet heeft benut? Wat als een partij wel

⁶⁰ Ook in de Richtlijn 1993/13/EEG oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, waar de wetgever zich verklaart op te baseren blijkens de verantwoording bij het begrip “toetredingscontract”, wordt het toepassingsgebied beperkt tot de niet-onderhandelde bedingen.

De beperking tot niet-onderhandelde bedingen werd pas op het laatste ogenblik ingelast door de Europese wetgever. Deze beperking was een tegemoetkoming aan de lidstaten die zich in hun nationale regeling vooral richten op een correctie van onevenwichtige ‘standaardbedingen’ (de zogenaamde ‘transactiekosttheorie’). Deze beperking werd sterk bekritiseerd omdat ze tot onnodige interpretatieproblemen leidt. In het rapport van de Europese Commissie van 2000 waarbij de richtlijn oneerlijke bedingen wordt geëvalueerd, wordt opgemerkt dat deze uitsluiting geen enkel nut heeft. Zie Europese Commissie, “Report from the Commission on the implementation of Council Directive 93/13/EEC of 5 april 1993 on unfair contract terms in consumer contracts”, Brussel, 27 april 2000, COM (2000), 248 final, p. 14. Zie hierover uitgebreid P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, Brussel, Larcier, 2009, p. 72-74, nr. 88.

⁶¹ Wetsvoorstel van 24 februari 2021 houdende Boek 5 “Verbintenissen” van het Burgerlijk Wetboek, *Parl. St.* 2020-21, 1806 / 1, p. 58.

P. Cambie en R. Feltkamp – Een gemeenrechtelijke regeling inzake onrechtmatige bedingen:(g)een valabel substituut voor de B2B-wet?

Werkversie gepubliceerd op www.lawbackontrack – deze tekst werd ook in beperkt aangepaste versie gepubliceerd in het Rechtskundig Weekblad 2021-22, p. 1571-1586

verzocht heeft tot aanpassing van een beding, maar deze vraag meteen en resoluut wordt afgewezen door de andere partij? Vanaf wanneer is er sprake van een onderhandeling?

Ook van de vereiste dat de partij met kennis van zaken zou moeten hebben onderhandeld, is niets terug te vinden in de definitie. . Daarbij is overigens nog op te merken dat het met kennis van zaken aanvaarden door een persoon van een bepaald contract of beding, nog niet betekent dat die persoon met “vrije” wil instemt met dat contract of beding. Er kunnen immers bijzondere omstandigheden zijn waardoor een betrokken partij genoodzaakt is een contract of een beding te aanvaarden waarvan zij weet dat het onrechtmatig is⁶².

In zoverre de regeling inzake onrechtmatige bedingen beoogt de contractvrijheid van een partij bij een overeenkomst te herstellen, is overigens het pertinente criterium niet of die partij “invloed heeft kunnen uitoefenen over de inhoud ervan”. Het pertinente criterium is te weten of - gelet op de concrete omstandigheden- de betrokken vrij heeft ingestemd met de bepaling.

17. Door het vage tweede luik van de definitie van toetredingscontract wordt zodoende, voor wat betreft de onrechtmatige bedingen, de deur geopend voor talrijke discussies over de toepassing van de regeling.

Overigens is in de wettekst ook geen vermoeden opgenomen dat eenzijdig vooraf opgestelde contracten toetredingscontracten zijn, tot bewijs van het tegendeel door degene tegen wie het onrechtmatig beding wordt ingeroepen. Afhankelijk van wie de sanctie op het onrechtmatig beding moet (doen)afdwingen - zie hierover infra – zal het mogelijk aan de benadeelde partij toekomen het bewijs te leveren dat hij/zij/x geen invloed heeft kunnen hebben op de inhoud ervan.

De B2B-regeling inzake onrechtmatige bedingen en de B2C-regeling inzake onrechtmatige bedingen vertonen deze complexiteit niet. De algemene notie onrechtmatige bedingen geldt in beide gevallen zodra het een overeenkomst tussen ondernemingen, respectievelijk tussen ondernemingen en consumenten, betreft.

18. Zo de wetgever door de bepaling inzake onrechtmatige bedingen te koppelen aan de notie “toetredingscontracten” contracten viseert die door een partij worden voorgeschoteld als “te nemen of te laten”, is overigens op te merken dat dit soort contracten doorgaans vooral gebruikt worden door ondernemingen als instrument van bedrijfsbeheer, om allerlei

⁶² Zoals de schrik dat het contract niet gesloten zal worden omdat hij/zij/x “moeilijk” doet, terwijl hij/zij/x dat contract nodig heeft (de zogeheten “fear-factor”).

P. Cambie en R. Feltkamp – Een gemeenrechtelijke regeling inzake onrechtmatige bedingen:(g)een valabel substituut voor de B2B-wet?

Werkversie gepubliceerd op www.lawbackontrack – deze tekst werd ook in beperkt aangepaste versie gepubliceerd in het Rechtskundig Weekblad 2021-22, p. 1571-1586

mogelijke risico's en kosten zoveel als mogelijk via de contractvoorwaarden in te dekken⁶³. In niet-professionele verhoudingen komen dergelijke praktijken minder voor zodat, door aan te knopen bij "toetredingscontracten", de bepaling inzake onrechtmatige bedingen het door het wetsvoorstel aangegeven hoofddoel mist.

19. Intussen heeft de wetgever ingezien dat de koppeling van de regeling van de onrechtmatige bedingen aan enkel toetredingscontracten niet ideaal is. Op 16 februari 2022 werd een amendement ingediend waarbij wordt voorgesteld art. 5.52, eerste lid nieuw BW te vervangen door de volgende bepaling : *"Elk beding waarover niet kan worden onderhandeld en dat een kennelijk onevenwicht schept tussen de rechten en plichten van partijen is onrechtmatig en wordt voor niet geschreven gehouden"*.⁶⁴

Op zich is deze tekst al een hele verbetering doordat de regeling inzake onrechtmatige bedingen met de gewijzigde tekst eender welk beding van een contract viseert, ongeacht of het vooraf en eenzijdig is opgesteld⁶⁵.

De regeling kan echter nog altijd haar doel missen ingevolge het nu gehanteerde criterium "waarover niet kan worden onderhandeld"⁶⁶. Vanaf wanneer staat immers vast dat niet over een beding "kan" worden onderhandeld? Zal dit enkel het geval zijn als hier effectief serieuze pogingen toe werden ondernomen? Wanneer is er sprake van een "serieuze poging"?⁶⁷ Volstaat het dat een verzoek tot aanpassing wordt afgewezen?

Ook hier geldt - met verwijzing naar wat hierna is uiteengezet inzake de toepasselijke sanctie - dat het aan de partij die zich benadeeld acht en het onrechtmatig karakter van beding wenst

⁶³ P. CAMBIE, *"Onrechtmatige bedingen"*, Brussel, Larcier, 2009, p. 4-5, randnr. 5.

⁶⁴ Amendement nr. 21, 16 februari 2022, Wetsvoorstel van 24 februari 2021 houdende Boek 5 "Verbintenissen" van het Burgerlijk Wetboek, *Parl. St.* 2020-21, 1806 / 004, p.2.

⁶⁵ De wijziging laat echter de opmerkingen over de notie "toetredingscontract" onverlet, zo dit begrip niet wordt aangepast. Intussen werd een amendement ingediend om het toetredingscontract als volgt te definiëren : *"Een contract is een toetredingscontract wanneer het vooraf en eenzijdig is opgesteld door een partij en niet kan worden onderhandeld."* Amendement nr. 22, 16 februari 2022, Wetsvoorstel van 24 februari 2021 houdende Boek 5 "Verbintenissen" van het Burgerlijk Wetboek, *Parl. St.* 2020-21, 1806 / 004, p. 4.

⁶⁶ Zie reeds hoger, voetnoot 60, waar werd opgemerkt dat ook de Europese Commissie naar aanleiding van haar evaluatie in 2000 van de Richtlijn oneerlijke bedingen tot het besluit kwam dat de beperking tot "niet-onderhandelde bedingen", en de daarmee gepaard gaande 3 vermoedens, tot onnodige interpretatieproblemen leidt. Europese Commissie, "Report from the Commission on the implementation of Council Directive 93/13/EEC of 5 april 1993 on unfair contract terms in consumer contracts", Brussel, 27 april 2000, COM (2000), 248 final, p.14.

⁶⁷ Zie bijvoorbeeld V. BUDRECKIENE, "Transformations in the notion of contractual equilibrium between parties with equal bargaining position", 2013, beschikbaar via <http://stics.mruni.eu/wp-content/uploads/2013/06/24-33.pdf>, p. 29: *"If the counterparty is passive during the negotiations not because he had no possibility to negotiate (i.e., his proposals were rejected by using advantageous bargaining position), but for reasons which do not depend on the active party, this inactivity should be considered as his own risk. If a party who proposed the term does not receive any counterargument or even an opinion, naturally that this party reasonably believes that the passive party agrees to the term. If later it turns out that the term is unbeneficial for the passive party, the interests of the active party should not suffer, because the inactivity of the counterparty has not been influenced by the active party."* Deze stelling aanhouden, impliceert dat altijd een poging tot onderhandeling ondernomen moet worden, zelfs als vooraf geweten is dat dit geen enkele invloed zal hebben.

P. Cambie en R. Feltkamp – Een gemeenrechtelijke regeling inzake onrechtmatige bedingen:(g)een valabel substituut voor de B2B-wet?

Werkversie gepubliceerd op www.lawbackontrack – deze tekst werd ook in beperkt aangepaste versie gepubliceerd in het Rechtskundig Weekblad 2021-22, p. 1571-1586

af te dwingen in rechte, kan toekomen het bewijs te leveren dat deze voorwaarde is vervuld. Het zou aanbevelenswaardig zijn in de tekst op te nemen dat behoudens tegenbewijs algemene voorwaarden en toetredingscontracten geacht worden bedingen te bevatten waarover niet kan worden onderhandeld. Het tegenbewijs zou er dan in moeten bestaan dat de betrokken partij aantoont geen (mis)(ge)bruik te hebben gemaakt van haar sterkere onderhandelingspositie om eenzijdig bedingen aan de tegenpartij op te leggen.

II.2.- Marginale toetsing

20. Volgens het voorgestelde artikel 5.52 nieuw BW zijn bedingen enkel onrechtmatig als zij een “kennelijk” onevenwicht scheppen tussen de rechten en verplichtingen van partijen.

De vereiste inzake het “kennelijk” karakter van het onevenwicht wordt als volgt verantwoord in de memorie van toelichting : *“Het gebruik van de term “kennelijk” beoogt de tussenkomst van de rechter te beperken tot een marginale toetsing. Teneinde de contractsvrijheid, die het beginsel blijft (artikel 5.14), te vrijwaren, kunnen dus enkel de duidelijke onevenwichten worden gesanctioneerd.”*⁶⁸ (eigen onderlijning)

Hiermee lijkt een vernieuwde invulling van de marginale toetsing zijn intrede te doen. De marginale toetsing door de rechter beoogt immers te vermijden dat de rechter zijn persoonlijke opvattingen zou laten primeren. Wanneer de rechter marginaal moet toetsen, dan impliceert dit dat de rechter slechts tot een bepaalde conclusie kan komen (bijv. tot de conclusie dat het beding onrechtmatig is) indien de rechter van oordeel is dat ieder ander redelijke rechter tot een gelijkaardige conclusie zou komen.⁶⁹ Dat een beding duidelijk een onevenwicht moet scheppen, omvat niet het in aanmerking nemen van de beoordeling door elke redelijke beoordelaar.

Weze opgemerkt dat de rechter zelf ook gehouden is de hogere rechtsnorm te respecteren. Bij de beoordeling over het al dan niet kennelijk onevenwichtig karakter zal de rechter zodoende rekening moeten houden met de bescherming van de grond- / mensenrechten en fundamentele vrijheden van alle partijen bij de overeenkomst.

⁶⁸ Memorie van toelichting, Wetsvoorstel van 24 februari 2021 houdende Boek 5 “Verbintenissen” van het Burgerlijk Wetboek, *Parl. St.* 2020-21, 1806 / 1, p. 58.

⁶⁹ W. BUELENS, “Gevolgen van de overeenkomst voor de contractpartijen”, in T. VANSWEEVELT en B. WEYTS (eds.), *Handboek verbintenissenrecht*, Antwerpen, Intersentia 2019, p. 321, nr. 463; L. CORNELIS, *Algemene theorie van het verbintenissenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2000, p. 307, nr. 250.

P. Cambie en R. Feltkamp – Een gemeenrechtelijke regeling inzake onrechtmatige bedingen:(g)een valabel substituut voor de B2B-wet?

Werkversie gepubliceerd op www.lawbackontrack – deze tekst werd ook in beperkt aangepaste versie gepubliceerd in het Rechtskundig Weekblad 2021-22, p. 1571-1586

II.3.- Hoofprestaties

21. In het voorgestelde artikel 5.52 nieuw BW luidt het derde lid als volgt : *“Het eerste lid is noch van toepassing op de bepaling van de hoofprestaties van het contract, noch op de gelijkwaardigheid van deze hoofprestaties.”*

Deze uitsluiting wordt in de memorie van toelichting verantwoord *“door een fundamenteel beginsel van het contractenrecht volgens welk de rechter een eventueel onevenwicht tussen de prestaties van de partijen in beginsel niet kan censureren (art. 5.38). De rechter kan enkel ingrijpen in geval van behoorlijk bewezen misbruik van omstandigheden (artikel 5.37).”*⁷⁰

Naar welk “fundamenteel beginsel” wordt verwezen is echter niet duidelijk. Het voorgestelde artikel 5.38 nieuw BW poneert immers zo een beginsel niet. Het stelt enkel dat *“Een onevenwicht tussen de prestaties van de partijen (...) geen nietigheidsgrond [is], tenzij de wet anders bepaalt.”* Het artikel stelt zodoende niet meer en niet minder dan dat een onevenwicht tussen prestaties gesanctioneerd wordt met de nietigheid wanneer de wetgever dit heeft voorgeschreven. Het voorgestelde artikel 5.38 nieuw BW spreekt zich niet uit over andere rechtsfiguren of bepalingen die mogelijk een controle door de rechter toelaten in een dergelijk geval, zoals het misbruik van omstandigheden waarvan de invoering via artikel 5.37 nieuw BW wordt voorgesteld, maar ook andere mechanismen zoals de bijzondere gevallen van benadeling die door de wet zijn voorgeschreven, de uitvoering te goeder trouw, het verbod van rechtsmisbruik, het verbod van misbruik van machtspositie⁷¹, het verbod van misbruik van een positie van economische afhankelijkheid⁷².

⁷⁰ Memorie van toelichting, Wetsvoorstel van 24 februari 2021 houdende Boek 5 “Verbintenissen” van het Burgerlijk Wetboek, *Parl. St.* 2020-21, 1806 / 1, p. 59.

⁷¹ Art. IV.2 WER.

⁷² Art. IV.2/1 WER.

P. Cambie en R. Feltkamp – Een gemeenrechtelijke regeling inzake onrechtmatige bedingen:(g)een valabel substituut voor de B2B-wet?

Werkversie gepubliceerd op www.lawbackontrack – deze tekst werd ook in beperkt aangepaste versie gepubliceerd in het Rechtskundig Weekblad 2021-22, p. 1571-1586

22. Wat met de “hoofdprestaties van het contract” wordt bedoeld, is evenmin duidelijk. Het betreft een term die in Boek 5 niet wordt gebruikt. Slaat dit op het voorwerp van het contract, d.w.z. de verbintenissen die het voorwerp uitmaken van de overeenkomst of op het voorwerp van de in het contract opgenomen verbintenissen, door het voorgestelde artikel 5.46 omschreven als “*een prestatie, die erin kan bestaan iets te doen of niet te doen, iets te geven of iets te garanderen*”? Volgens welke criteria is een dergelijke prestatie een “hoofdprestatie”? En volgens wiens standpunt is dit te bepalen: de schuldenaar, de schuldeiser of beiden?

Uit de memorie van toelichting vloeit enkel voort dat het de bedoeling is om de beoordeling van de economische gelijkwaardigheid van de bedongen prestaties uit te sluiten uit het toepassingsgebied van de regeling inzake onrechtmatige bedingen. In dat geval ware het duidelijker geweest te verwijzen naar de gelijkwaardigheid van, enerzijds, de prijs of vergoeding, en, anderzijds, de als tegenprestatie te leveren goederen of te verrichten diensten of, ruimer, naar de gelijke waarde van de over en weer bedongen prestaties.

De memorie van toelichting rept niet over de “bepaling van de hoofdprestatie van de overeenkomst”. Gelet op de eerste zinsnede van artikel 5.52, derde lid lijkt de bepaling echter ook te willen verwijzen naar wat in het kader van de B2B en B2C regelingen inzake onrechtmatige bedingen de uitsluiting van de beoordeling van de “kernbedingen” wordt genoemd. Het gaat daarbij om de bedingen die het hoofdvoorwerp of het eigenlijke voorwerp uitmaken van de overeenkomst. M.b.t. tot de B2C regeling, die een omzetting betreft van Richtlijn 93/13/EEG⁷³, gaf het Europees Hof van Justitie aan dat het gaat om de bedingen die de essentiële verbintenissen van de overeenkomst bepalen en de overeenkomst kenmerken⁷⁴ of anders gezegd de bedingen die de essentie vastleggen van de overeenkomst. Nog anders gezegd, het moet gaan om die bedingen zonder de welke de overeenkomst geen enkele zin

⁷³ Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, *PB L*, 21 april 1993, nr. 95, p. 29.

⁷⁴ HvJ 20 september 2017, ECLI:EU:C:2017:703, *Ruxandra Paula Andriociuc v. Banca Românească*, overwegingen 35 en 36: “As far as concerns the category of contractual terms falling within the concept of ‘main subject matter of the contract’, within the meaning of Article 4(2) of Directive 93/13, those terms must be understood as being those that lay down the essential obligations of the contract and, as such, characterise it (judgments of 3 June 2010, *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid*, C-484/08, EU:C:2010:309, paragraph 34, and of 23 April 2015, *Van Hove*, C-96/14, EU:C:2015:262, paragraph 33). By contrast, terms ancillary to those that define the very essence of the contractual relationship cannot fall within the concept of ‘main subject matter of the contract’, within the meaning of that provision (judgments of 30 April 2014, *Kásler and Káslerné Rábai*, C-26/13, EU:C:2014:282, paragraph 50, and of 23 April 2015, *Van Hove*, C-96/14, EU:C:2015:262, paragraph 33).”

P. Cambie en R. Feltkamp – Een gemeenrechtelijke regeling inzake onrechtmatige bedingen:(g)een valabel substituut voor de B2B-wet?

Werkversie gepubliceerd op www.lawbackontrack – deze tekst werd ook in beperkt aangepaste versie gepubliceerd in het Rechtskundig Weekblad 2021-22, p. 1571-1586

heeft.

Zo het de bedoeling is om beide elementen als uitsluiting op te nemen, ware het beter geweest de reeds bestaande terminologie van het Wetboek Economisch Recht over te nemen⁷⁵, dan wel uitdrukkelijk te bepalen dat de beoordeling geen betrekking heeft op de bedingen die het eigenlijke voorwerp van de overeenkomst uitmaken en op de beoordeling van de gelijkwaardigheid van de bedongen prestaties.

Weze hierbij opgemerkt dat de afbakening tussen kernbedingen en niet-kernbedingen geen sinecure is⁷⁶ en dat de notie kernbedingen een rekbaar begrip is. Zo kan afhankelijk van de omstandigheden een aansprakelijkheidsbeding in de overeenkomst tot de essentie behoren van de overeenkomst⁷⁷ en derhalve aan de controle inzake onrechtmatige bedingen ontsnappen.

23. Opmerkelijk is dat de uitsluiting van artikel 5.52 derde lid nieuw BW, niet wordt onderworpen aan de vereiste van *duidelijke en begrijpelijke formulering* (de zogeheten transparantievereiste)⁷⁸, daar waar deze vereiste zowel in de B2C-regeling⁷⁹ als in de B2B-regeling⁸⁰ is opgenomen.

Wanneer essentiële elementen van de overeenkomst niet op duidelijke en begrijpelijke wijze meegedeeld, dan leidt dit er volgens de B2C-regeling en de B2B-regeling ertoe dat dergelijke bedingen toch toetsbaar worden en dat kan nagegaan worden of die (combinatie van) bedingen tot gevolg kan hebben dat er sprake is van een onrechtmatig beding. Dit is logisch: een partij kan immers maar moeilijk ingestemd hebben met bepaalde beperkingen inzake het voorwerp of de prijs van de overeenkomst indien zij zij de inhoud niet te begrijpen valt.

⁷⁵ Zie artt. VI.82 en VI. 91/3 WER die de volgende formulering hanteren: “*De beoordeling van het onrechtmatige karakter van bedingen heeft geen betrekking op de bepaling van het eigenlijke voorwerp van de overeenkomst, noch op de gelijkwaardigheid van enerzijds de prijs of vergoeding en anderzijds de als tegenprestatie te leveren producten, voor zover die bedingen duidelijk en begrijpelijk zijn geformuleerd.*”

⁷⁶ Zie F. PERAER, “De inhoud van het transparantiegebod en de mogelijkheid tot aanvulling van intransparante kernbedingen in richtlijn nr. 93/13”, *TBH* 2015, p. 695 en aldaar aangehaalde rechtsleer.

⁷⁷ Denk bijv. aan een overeenkomst waarbij een partij bereid is een bepaalde zaak of dienst te leveren, mits zij een vergoeding krijgt en haar aansprakelijkheid wordt uitgesloten. In dat geval zal niet enkel het beding dat de zaak of dienst en de leveringsplicht omschrijft als kernbeding gelden. Ook het aansprakelijkheidsbeding zal een kernbeding zijn en derhalve aan de controle o.g.v. onrechtmatige bedingen ontsnappen.

⁷⁸ Ook de algemene transparantievereiste als eerste ‘formele’ pijler van de toetsing van onrechtmatige bedingen ontbreekt trouwens volledig bij de voorgestelde regeling in het Burgerlijk Wetboek. Nochtans vormt deze transparantievereiste een zeer belangrijke rol in de onrechtmatige bedingenregeling. Zie o.m. G. STREATMANS en V. BURKI, “Transparantie van kernbedingen en het belang van precontractuele informatie bij kredietovereenkomsten”, *DAOR* 2018/4, nr. 128, p. 98-113; E. TERRY, “Transparantie en algemene voorwaarden: nood aan hervorming”, in *TPR* 2017/1, 15-71; F. PEERAER, “De inhoud van het transparantiegebod en de mogelijkheid tot aanvulling van intransparante kernbedingen in richtlijn punt 93/13”, in *TBH* 2015/7, (693-700); P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, Brussel, Larcier, 2009, p. 125-136;

⁷⁹ Art. VI.82, derde lid WER.

⁸⁰ VI.91/3, § 2, derde lid WER.

P. Cambie en R. Feltkamp – Een gemeenrechtelijke regeling inzake onrechtmatige bedingen:(g)een valabel substituut voor de B2B-wet?

Werkversie gepubliceerd op www.lawbackontrack – deze tekst werd ook in beperkt aangepaste versie gepubliceerd in het Rechtskundig Weekblad 2021-22, p. 1571-1586

Zoals onder meer uit het arrest *Gutierrez Naranjo* van het Hof van Justitie blijkt⁸¹, kan een dergelijk gebrek aan transparantie vérgaande gevolgen hebben⁸². Het ging in dat arrest om kredietinstellingen die de consumenten waarmee ze een hypothecaire lening hadden gesloten niet duidelijk hadden gewezen op de “bodemrente”, met andere woorden de minimumrente waaronder de variabele rentevoet van de lening niet kan dalen. Het “kernbeding” was niet transparant waardoor het toetsbaar werd. De rechters oordeelden bovendien dat het om een oneerlijk beding ging. Oneerlijke bedingen “binden de consument niet”, wat ertoe leidde dat de kredietinstellingen deze consumenten met terugwerkende kracht alle bedragen onder die ‘bodemrente’ moesten terugbetalen.

De vereiste dat kernbedingen transparant moeten zijn, willen ze buiten de onrechtmatigheidstoets in het kader van de onrechtmatige bedingen vallen, is dus een essentieel element dat in artikel 5.52, derde lid helemaal buiten beschouwing wordt gelaten. Deze vereiste heeft een cruciale rol gespeeld, niet alleen in dit arrest, maar in meerdere arresten van het Hof van Justitie met betrekking tot oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten⁸³.

De toelichting bij artikel. 5.52 nieuw BW zwijgt in alle talen over het weglaten van deze vereiste. Zou de afwezigheid van deze vereiste te wijten zijn aan een vergetelheid? Of gaat het om een bewuste (niet-transparante) weglating die, samen met de gesuggereerde afschaffing van de B2B-regeling, tot doel heeft om de regeling inzake onrechtmatige bedingen zoveel mogelijk tot een minimum te herleiden?

24. De vraag kan tot slot worden gesteld of het wel verenigbaar is met de grond- / mensenrechten en fundamentele vrijheden om de controle op dergelijke kernbedingen of op de gelijkwaardigheid van de bedongen prestaties uit te sluiten. De argumenten dat een dergelijke beoordeling te veel rechtsonzekerheid met zich zou meebrengen, dat de wil en het

⁸¹ HvJ (Grote Kamer) 21 december 2016, gevoegde zaken C-154/15, C-307/15, en C-308/15, *Gutierrez Naranjo e.a./ Cajasur Banco SAU e.a.*, ECLI:EU:C:2016:980.

⁸² P. CAMBIE, “De arresten Gutierrez Naranjo en Demba: verdere duiding door het Europese Hof omtrent de gevolgen van oneerlijke bodemrentebedingen en verdragingsrentebedingen in leningsovereenkomsten”, *Bank- en Financieel Recht* 2019/4, p. 112-129; R. STEENNOT, “Terugbetalingsverplichtingen bij het gebruik van een oneerlijk beding : miskening van het transparantievereiste kan verregaande gevolgen hebben”, in *SEW* 2018/3, p. 123-127.

⁸³ O.m. HvJ 30 april 2014, C-26/13, *Árpád Kásler en Hajnalka Káslerné Rábai tegen OTP Jelzálogbank Zrt*, o.m. in *TBBR/RGDC* 2015/3, 144-153; HvJ 20 september 2017, C-186/16, *Ruxandra Paula Andriciu e.a. tegen Banca Românească SA*, ECLI:EU:C:2017:703; HvJ 26 februari 2015, C-143/16, *Bogdan Matei en Ioana Ofelia Matei tegen SC Volksbank România SA*, ECLI:EU:C:2015:127; HvJ 9 juli 2015, C-348/14, *Maria Bucura tg. SC Bancpost SA*, ECLI:EU:C:2015:447; HvJ 23 april 2015, C-96/14, *Jean-Claude Van Hove tegen CNP Assurances SA*, ECLI:EU:C:2015:262 .

P. Cambie en R. Feltkamp – Een gemeenrechtelijke regeling inzake onrechtmatige bedingen:(g)een valabel substituut voor de B2B-wet?

Werkversie gepubliceerd op www.lawbackontrack – deze tekst werd ook in beperkt aangepaste versie gepubliceerd in het Rechtskundig Weekblad 2021-22, p. 1571-1586

economisch beoordelingsvermogen van partijen dan zou worden vervangen door deze van de rechter of dat een waardeoordeel subjectief is, overtuigen niet. Het argument dat zo de gerechtelijke achterstand niet wordt verminderd, nog minder.⁸⁴ De vroeger bestaande regel inzake controle van abnormale prijzen⁸⁵ en het verbod van misbruik van machtspositie via het toepassen van abnormale prijzen⁸⁶, bewijzen het tegendeel.⁸⁷

Wanneer de overheid misbruiken vaststelt op het vlak van kernbedingen of op het vlak van de gelijkwaardigheid van de bedongen prestaties waardoor de grond- of mensenrechten of fundamentele vrijheden van een andere persoon (zoals het recht op een menswaardig bestaan, op de bescherming van eigendom) op onrechtmatige wijze worden aangetast, zal de overheid eveneens moeten ingrijpen.

II.4.- De sanctie

25. Wat de sanctie betreft die geldt zo een beding onrechtmatig is, is het voorgestelde artikel 5.52, eerste lid van het nieuw BW duidelijk. Het beding dat een kennelijk onevenwicht schept tussen de rechten en plichten van partijen en dus onrechtmatig is, wordt voor *niet geschreven* gehouden. Het beding bestaat zodoende niet. De partij tegen wie de naleving van het beding wordt ingeroepen, kan derhalve in principe volstaan met op te werpen dat het beding niet bestaat en niet kan worden ingeroepen. Het zal dan aan de andere partij toekomen om in rechte de erkenning van de geldigheid en de nakoming van het beding te vorderen. Op zich komt deze sanctie de bescherming tegen onrechtmatige bedingen ten goede, vermits de last van enige procedure wordt gelegd bij de persoon die het onrechtmatig beding wil toepassen.

Het voorgaande is wel enigszins te nuanceren. Het kan zijn dat het onrechtmatig beding reeds werd uitgevoerd vooraleer de onrechtmatigheid werd ingeroepen⁸⁸. Gelet op het niet-bestaan van het beding zal de partij die zich op het beding beroept, in dat geval gehouden zijn de

⁸⁴ Zie over deze argumenten I. CLAEYS EN T. TANGHE, *Algemeen contractenrecht. Handboek voor nu en straks*, tweede editie, Antwerpen, Intersentia, 2022, p. 20§, nr. 254 en A. RIGOLET, “La liberté contractuelle – les réformes passent, le principe reste”, *Rev.Dr. Uliège*, 2018, p. 329, nr. 30, die tegelijkertijd wijst dat op dit vlak een “évolution mesurée” wenselijk is naar een mogelijke controle door de rechter van het economisch evenwicht (zie p. 331).

Weze in dit verband opgemerkt dat de voorgestelde definitie van een vergeldend contract er ten onrechte van uitgaat dat een contract vergeldend is wanneer bij zijn totstandkoming, de prestaties als gelijkwaardig worden beschouwd. Indien er prestaties over en weer zijn, maar de prestaties niet gelijkwaardig zijn, zou het volgens deze definitie niet gaan om een vergeldend contract.

⁸⁵ Zie het intussen opgeheven art. 1, § 2 Wet van 22 januari 1945 betreffende de economische reglementering en de prijzen. Zie hierover F. SWENNEN, “De prijsreglementering”, *TPR* 1979, p. 455 e.v.

⁸⁶ Zie art. IV.2 WER en art. 102 VWEU. Zie ook art. 2/1 WER.

⁸⁷ Zie over de mogelijkheid van deze controle door de rechter L CORNELIS, “De prijs van onwil, kippenvel en eerlijke schaamte”, in *Een kritische blik op zekerheden, prijsregulering en ontslag*, Antwerpen, Intersentia 2016, 71-123.

⁸⁸ Dat kan het gevolg zijn van het feit dat de betrokken partij geen weet heeft van de onrechtmatigheid. Het kan ook zijn dat de betrokkene kennis heeft van de onrechtmatigheid maar de uitvoering van het beding niet kan tegengaan. Denk bijv. aan prijsverhogingen die onrechtmatig door een partij worden opgelegd en via een contractueel opgelegde bankdomiciliëring worden geïnd.

P. Cambie en R. Feltkamp – Een gemeenrechtelijke regeling inzake onrechtmatige bedingen:(g)een valabel substituut voor de B2B-wet?

Werkversie gepubliceerd op www.lawbackontrack – deze tekst werd ook in beperkt aangepaste versie gepubliceerd in het Rechtskundig Weekblad 2021-22, p. 1571-1586

onrechtmatig uitgevoerde prestatie terug te draaien⁸⁹. Zo dit niet vrijwillig gedaan wordt zal het “slachtoffer” van het onrechtmatige beding mogelijk wel in rechte moeten optreden om te verkrijgen dat de toepassing van het onrechtmatig beding ongedaan wordt gemaakt.

26. De klare wijn die artikel 5.52, eerste lid nieuw BW op dit vlak scheidt, wordt daarenboven sterk vertroebeld door de verdere uitleg die bij deze bepaling in de memorie van toelichting wordt gegeven : *“Op grond van het eerste lid wordt het onrechtmatig beding voor niet-geschreven gehouden. Het voor niet-geschreven houden van een beding is een vorm van gedeeltelijke nietigheid (artikel 5.63, tweede lid). Bijgevolg wordt het onrechtmatig beding vermoed deelbaar te zijn van de rest van het contract, dat bindend blijft voor de partijen als het zonder het onrechtmatig beding kan voortbestaan. Voor zover het voor niet-geschreven houden slechts een toepassing van het begrip “gedeeltelijke nietigheid” is, kan bovendien een matiging van het onrechtmatig beding, voor zover het geldig is, in overweging worden genomen (zie de bespreking van het eerste lid van artikel 5.63). Zo kan bijvoorbeeld een beding dat als onrechtmatig wordt beschouwd in voorkomend geval enkel wat die onrechtmatigheid betreft nietig worden verklaard en voor het overige worden behouden, op voorwaarde dat het beding deelbaar blijkt te zijn in het licht van de bedoeling van de partijen en het doel van de geschonden regel. Wanneer een onrechtmatig beding nietig wordt verklaard, worden de suppletieve regels waarvan het beding afweek overigens terug van toepassing ingevolge de terugwerkende kracht van de nietigheid (artikel 5.62, eerste lid).”*⁹⁰

Hoewel de tekst zelf van het voorgestelde artikel 5.52, eerste lid nieuw BW dit geenszins doet blijken, zou volgens de memorie van toelichting de sanctie bestaan in iets geheel anders dan het voor niet-geschreven houden van het beding : de gedeeltelijke nietigheid. Op het vlak van de afdwinging van de sanctie impliceert deze sanctie een geheel andere aanpak dan ingeval het beding voor niet-geschreven wordt gehouden. Zoals uit het voorgestelde artikel 5.63 nieuw BW blijkt, veronderstelt een gedeeltelijke nietigheid een nietigverklaring. Artikel 5.63 nieuw BW (Gedeeltelijke nietigheid) bepaalt immers het volgende : *“Wanneer de nietigheidsgrond slechts een gedeelte van het contract betreft, beperkt de nietigverklaring zich*

⁸⁹ Denk bijv. aan de eenzijdige aanpassing van de prijs voor een dienst, voor de betaling waarvan een domiciliëringsopdracht werd gegeven. Zo de prijsaanpassing geschiedde op grond van een onrechtmatig beding, zal de schuldenaar kunnen inroepen dat het beding niet bestaat en dat de prijsaanpassing en betaling via domiciliëring niet mocht gebeuren. Indien de schuldeiser echter niet vrijwillig terugbetaalt, zal de schuldenaar de nakoming in rechte van de overeenkomst, zonder het onrechtmatig beding, moeten vorderen.

⁹⁰ Memorie van toelichting, Wetsvoorstel van 24 februari 2021 houdende Boek 5 “Verbintenissen” van het Burgerlijk Wetboek, *Parl. St.* 2020-21, 1806 / 1., 60-61.

P. Cambie en R. Feltkamp – Een gemeenrechtelijke regeling inzake onrechtmatige bedingen:(g)een valabel substituut voor de B2B-wet?

Werkversie gepubliceerd op www.lawbackontrack – deze tekst werd ook in beperkt aangepaste versie gepubliceerd in het Rechtskundig Weekblad 2021-22, p. 1571-1586

tot dat gedeelte, voor zover het contract deelbaar is, rekening houdend met de bedoeling van de partijen evenals met het doel van de geschonden regel.

Enmaal nietig verklaard, laat het door de wet voor niet-geschreven gehouden beding de rest van het contract voortbestaan.”

Zo op dit vlak enige betekenis kan worden gehecht aan de memorie van toelichting, geldt derhalve dat degene die het onrechtmatig karakter van het beding wil inroepen, eerst aan de rechter daarvan de nietigverklaring zal moeten vragen. Dit zou uitdrukkelijk in de tekst moeten worden opgenomen.

III.- De meerwaarde van een regeling zoals de B2B-regeling inzake onrechtmatige bedingen en de B2C-regeling inzake onrechtmatige bedingen

27. De omstandigheid dat het gemeen verbintenissenrecht in de toekomst een algemeen verbod op onrechtmatige bedingen zou bevatten, belet op zich niet dat een bijzondere regeling wordt behouden in B2B of B2C context. Ook in andere landen (bijv. Frankrijk) bestaat een bijzondere regeling B2B en B2C naast een algemene regeling. Er is dan wel voor te waken dat het toepassingsgebied van de verschillende regelingen duidelijk is.

De omstandigheid dat het gemeen verbintenissenrecht een bepaling zou bevatten inzake “misbruik van omstandigheden”, belet dit evenmin. De voorgestelde bepaling inzake “misbruik van omstandigheden” heeft een fundamenteel andere opzet dan de regeling inzake onrechtmatige bedingen. Deze beoogt immers een kennelijk onevenwicht tussen de prestaties⁹¹ aan te pakken, niet een juridisch onevenwicht (i.e. een onevenwicht tussen de rechten en verplichtingen van partijen).

⁹¹ Zie het voorgestelde artikel 5.37 nieuw BW: “Er is misbruik van omstandigheden wanneer bij de contractsluiting een kennelijk onevenwicht bestaat tussen de prestaties als gevolg van het misbruik door de ene partij van omstandigheden die verbonden zijn aan de zwakke positie van de andere partij. In dit geval kan de benadeelde aanspraak maken op de aanpassing van zijn verbintenissen door de rechter en, indien het misbruik doorslaggevend is, op de relatieve nietigheid”.

P. Cambie en R. Feltkamp – Een gemeenrechtelijke regeling inzake onrechtmatige bedingen:(g)een valabel substituut voor de B2B-wet?

Werkversie gepubliceerd op www.lawbackontrack – deze tekst werd ook in beperkt aangepaste versie gepubliceerd in het Rechtskundig Weekblad 2021-22, p. 1571-1586

III.1.- Het voordeel van de lijsten

28. Het voorgestelde artikel 5.52 nieuw BW bevat enkel een algemene definitie van een onrechtmatig beding met daaraan gekoppeld de bepaling dat een onrechtmatig beding voor niet-geschreven wordt gehouden.

Een verdere illustratie van bedingen die als onrechtmatig te beschouwen zijn, zoals de lijst met “zwarte”⁹² onrechtmatige bedingen bij de B2C-regeling onrechtmatige bedingen of de lijst met “zwarte” en “grijze”⁹³ onrechtmatige bedingen bij de B2B-regeling wordt niet gegeven. Ook in de voorbereidende werken wordt geen enkel voorbeeld gegeven van mogelijke bedingen die steeds - ook in de verhoudingen tussen niet-professionelen - als onrechtmatig zijn te beschouwen. Ontbrak het de opstellers aan voorbeelden of zijn er in feite geen? Of is dit een verbod van een intentie om de algemene norm in te voeren en om vervolgens de B2B-regeling (inclusief de “zwarte” en “grijze” lijst) af te schaffen, zoals de suggestie in de memorie van toelichting doet vermoeden?

29. Op voorwaarde dat de omschrijvingen van bedingen die als onrechtmatig te beschouwen zijn voldoende duidelijk zijn, hebben dergelijke omschrijvingen het voordeel duidelijkheid en zekerheid te verschaffen over wat onrechtmatig is. De zogeheten “zwarte” bedingen betreffen dan de bedingen die in elk geval, onrechtmatig worden geacht, daar waar de “grijze” bedingen, bedingen betreffen die onrechtmatig zijn, tenzij dat het duidelijk is dat de bedingen effectief door de beide partijen gewild zijn. In verschillende bijdragen gewijd aan de in de B2B-regeling opgenomen lijst van bedingen wordt terecht gewezen op een aantal onvolkomenheden⁹⁴. Dit wil echter nog niet zeggen dat het kind met het badwater moet worden weggegooid. Zo de wetgever bepaalde misbruiken heeft willen aanpakken, maar de uiteindelijk wettekst de bedoeling van de wetgever onvoldoende duidelijk tot uiting brengt, moet die wettekst worden verduidelijkt. Zo is het weerlegbaar vermoeden van onrechtmatigheid van een beding dat, onverminderd artikel 1184 BW, de partijen verbindt zonder opgave van een redelijke..., mogelijk ongelukkig opgesteld in die zin dat ook contracten van korte duur hieronder vallen⁹⁵, terwijl het niet de bedoeling van de wetgever

⁹² Dit is de lijst van bedingen die in ieder geval als onrechtmatig worden beschouwd. Zowel in de B2B-regeling onrechtmatige bedingen als in de B2C-regeling onrechtmatige bedingen is zo een lijst opgenomen.

⁹³ Dit verwijst naar de lijst van bedingen waarvan wordt aangenomen dat zij onrechtmatig zijn, tenzij het tegendeel ervan wordt bewezen, door aan te tonen dat beide partijen de betrokken bepaling hebben gewild.

⁹⁴ Zie voor een zeer grondige bespreking bijv. I. CLAEYS en T. TANGHE, “De b2b-wet van 4 april 2019: bescherming van ondernemingen tegen onrechtmatige bedingen, misbruik van economische afhankelijkheid en oneerlijke marktpraktijken (Deel 1)”, *RW* 2019-20, p. 323 e.v.

⁹⁵ Dit zou het begrip “bepaalde duur” een zeer relatief begrip maken. Zie I. CLAEYS en T. TANGHE, “De b2b-wet van 4 april 2019: bescherming van ondernemingen tegen onrechtmatige bedingen, misbruik van economische afhankelijkheid en oneerlijke marktpraktijken (Deel 1)”, *RW* 2019-20, p. 338, nr. 47, die verder de volgende scherpe kritiek uiten: “De wetgever verantwoordt zijn keuze in de parlementaire

P. Cambie en R. Feltkamp – Een gemeenrechtelijke regeling inzake onrechtmatige bedingen:(g)een valabel substituut voor de B2B-wet?

Werkversie gepubliceerd op www.lawbackontrack – deze tekst werd ook in beperkt aangepaste versie gepubliceerd in het Rechtskundig Weekblad 2021-22, p. 1571-1586

was afbreuk te doen aan het onderscheid tussen overeenkomsten van bepaalde en onbepaalde duur. Uit de memorie van toelichting bij de betrokken bepaling kan de aandachtige lezer wel halen dat het de bedoeling was om partijen te beschermen die het slachtoffer worden van praktijken waarbij het verbod van eeuwigdurende verbintenissen wordt omzeild via een overeenkomst van een bepaalde doch abnormaal lange duur⁹⁶. In verschillende economische sectoren zijn onredelijk lange gebondenheid zonder redelijke opzegtermijn dagelijkse praktijk. Zo eeuwigdurende overeenkomsten onwettig worden geacht⁹⁷, is het niet onlogisch om bedingen die tot een zelfde praktisch resultaat leiden te verbieden.

30. Zoals hoger aangegeven moeten bepalingen waarbij het gebruik van bedingen verboden wordt gezien worden als een beperking van de contractvrijheid van de ene teneinde de contractvrijheid van de andere te vrijwaren. Dergelijke beperkingen kunnen slechts opgelegd worden door een voldoende precieze en toegankelijke wet. Vanuit die optiek verdient de uitwerking van een lijst van verboden bedingen de voorkeur op het hanteren van een algemene en vaag criterium, waarvan de invulling is overgelaten aan de rechter.

31. Tot slot is nog op te merken dat de wetgever het in de aanhef van de lijsten van zwarte en grijze bedingen in de B2B-regeling en de B2C-regeling aanduidt over “bedingen die ertoe

voorbereiding door het principe van de vrije concurrentie. Een te lange contractuele gebondenheid zou de vrije concurrentie zagezegd beperken. De slinger is hierbij ongetwijfeld te ver doorgeslagen naar de zogenaamde bescherming van de vrije concurrentie, en dit ten koste van de andere fundamentele beginselen waarop onze economische orde rust, het grondrecht van de contractvrijheid en het eigendomsrecht, de bindende kracht van de overeenkomst en de rechtszekerheid. Op basis van die fundamentele beginselen is aan te nemen dat art. VI.91/5, 5° WER alleen voor verbintenissen van onbepaalde duur kan gelden, zoals dat ook het geval is voor de vergelijkbare regel bij consumentenovereenkomsten. Wegens de economische chaos die een andere lezing van de wetsbepaling tot gevolg zou hebben en het feit dat de wetgever er nagenoeg geen debat aan heeft gewijd, lijkt dit de enige aanvaardbare (redelijke) lezing van art. VI.91/5, 5° WER te zijn. Te vermijden is immers dat ondernemingen er niet meer van zouden mogen uitgaan dat de overeenkomst voor de overeengekomen bepaalde duur moet worden uitgevoerd en de economische waarde van overeenkomsten van bepaalde duur zou worden gekelder. Een andere lezing zou ook alleen maar een vloed van geschillen met zich meebrengen in situaties waarin een partij plots van haar contract af wil in strijd met de verwachtingen die de afgesproken duur bij de wederpartij creëerde.” O.i. is er wel degelijk iets voor te zeggen dat bedingen waarmee het verbod op eeuwigdurende verbintenissen wordt omzeild onrechtmatig te beschouwen. Dit heeft niet zo zeer te maken met de vrije mededinging, maar wel met het fundamenteel verbod op slavernij en dwangarbeid/lijfeigenschap en het fundamenteel beginsel van het respect voor de menselijke waardigheid. Zo zou een bepaling kunnen worden ingevoerd waarbij voor overeenkomsten die een bepaalde duur overschrijden (bijv. langer dan 30 jaar) na een zekere tijd een opzeggingsmogelijkheid wordt gegeven, die bij niet benutting vervalt, behoudens de gevallen waar de wetgever een specifieke regeling heeft voorgeschreven.

⁹⁶ Zie Wetsvoorstel tot wijziging van het Wetboek van Economisch Recht wat het misbruik van een aanmerkelijke machtspositie betreft, Amendement nr. 20, *Parl. St.* 2018-19, nr. 1451/003, p. 43: “*Veel klachten hebben betrekking op het plotseling afbreken van contractuele relaties, en op een abnormaal lange contractuele gebondenheid zonder redelijke opzegtermijn. De duur van overeenkomsten is een essentieel gegeven: de persoonlijke vrijheid van eenieder impliceert dat er grenzen zijn aan de contractuele gebondenheid.*”

⁹⁷ Zie o.a. Brussel 4 februari 2021, *JLMB* 2022, afl. 3, 120. Het Hof van beroep ging ervan uit dat rekening houdend met de vrijheid van ondernemen en het verbod om zich levenslang te binden, elke overeenkomst met opeenvolgende prestaties die voor onbepaalde duur wordt gesloten, door elke partij eenzijdig kan worden beëindigd, wat een algemeen rechtsbeginsel is. De partijen kunnen dit opzeggingsrecht evenwel inrichten, voor zover de modaliteiten waarin zij voorzien niet van dien aard zijn dat zij de opzegging verhinderen door ze te duur of onuitvoerbaar te maken. *In casu* was de rechtbank van oordeel dat de betrokken contractuele bepaling, die bepaalt dat de overeenkomst slechts kan worden beëindigd bij het verstrijken van elke periode van drie jaar, met inachtneming van een voorafgaande opzegging van drie maanden, niet tot doel of tot gevolg heeft dat de partijen hun recht op eenzijdige opzegging wordt ontnomen.

P. Cambie en R. Feltkamp – Een gemeenrechtelijke regeling inzake onrechtmatige bedingen:(g)een valabel substituut voor de B2B-wet?

Werkversie gepubliceerd op www.lawbackontrack – deze tekst werd ook in beperkt aangepaste versie gepubliceerd in het Rechtskundig Weekblad 2021-22, p. 1571-1586

strekken” bepaalde juridische gevolgen te weeg te brengen. In navolging van de richtlijn oneerlijke bedingen moet dus vooral nagegaan worden wat het *feitelijke gevolg* van clausules is, eerder dan voort te bouwen op de juridische kwalificatie die aan het beding gegeven wordt.

III.2. Een ruimere beoordeling

32. Volgens het voorgestelde artikel 5.53 nieuw BW moet bij de beoordeling van het kennelijk onevenwicht rekening worden gehouden met alle omstandigheden rond het sluiten van het contract.

Zowel in de B2B-regeling als in de B2C-regeling spelen bij de toetsing van onrechtmatige bedingen (buiten de lijst van zwarte bedingen) naast de omstandigheden bij de sluiting van de overeenkomst, ook andere elementen een rol bij de beoordeling van de onrechtmatigheid, zoals de samenhang met andere bedingen en de aard van de overeenkomst (en bij B2B ook de algemene economie van de overeenkomst en alle geldende handelsgebruiken).

Wat die omstandigheden betreft, is een essentieel element de vraag of er een vorm van “onevenwicht” bestaat waardoor de ene partij in staat is om bedingen op te dringen aan de anderen. Dit onevenwicht is in de eerste plaats te bepalen in functie van de aard van de onderhandelingen die gevoerd werden (effectieve onderhandelingen of niet⁹⁸) en de onderhandelingspositie die de partijen tegenover elkaar hebben. Dit laatste is niet enkel een kwestie van relatieve grootte, ook bijvoorbeeld niche-ondernemingen kunnen, omwille van hun niche positie, hun bedingen opdringen aan hun wederpartij. Een onevenwicht kan tevens voortvloeien uit de omstandigheid dat de betrokken partij afhankelijk is van de andere partij of uit de omstandigheid dat de betrokken partij niet over de zelfde kennis(mogelijkheden) beschikt als de andere partij. Om die reden is er in de voorgestelde regeling terecht geen beperking *ratione personae* of tot niet-onderhandelde bedingen: dit is een inherente factor bij de beoordeling. Wat echter ontbreekt, is de duidelijke bepaling dat ook andere elementen dan de omstandigheden bij de sluiting van de overeenkomst in aanmerking kunnen worden genomen bij de beoordeling van het onrechtmatig karakter. In het bijzonder is de samenhang met andere bedingen van de overeenkomst een belangrijk criterium. Het kan immers zijn dat een beding, op zich genomen, geen onevenwicht scheidt, maar dat in samenlezing met andere artikelen, er wel sprake is van een onevenwicht.

⁹⁸ Zie S. GEIREGAT en R. STEENNOT, “Impact op de B2B-wet op de wilsautonomie en de rechtszekerheid: een rechtsvergelijkende analyse”, *TPR* 2019, p. 996, nr. 21.

P. Cambie en R. Feltkamp – Een gemeenrechtelijke regeling inzake onrechtmatige bedingen:(g)een valabel substituut voor de B2B-wet?

Werkversie gepubliceerd op www.lawbackontrack – deze tekst werd ook in beperkt aangepaste versie gepubliceerd in het Rechtskundig Weekblad 2021-22, p. 1571-1586

III.3.- Een ruimer handhavingsarsenaal

33. Voor zowel de B2B-regeling onrechtmatige bedingen als de B2C-regeling onrechtmatige bedingen geldt naast de burgerrechtelijke sanctie van de nietigheid ook nog een arsenaal aan middelen eigen aan het economisch recht, die de naleving van de regelgeving helpen garanderen. Zo gelden eronder bepaalde omstandigheden, strafrechtelijke sancties, kan klacht worden ingediend bij de Algemene Directie Economische Inspectie en kan deze dienst ook inspecties verrichten en tussenkomen, kunnen bedingen beoordeeld worden door de Bijzondere Raadgevende Commissie Onrechtmatige Bedingen⁹⁹, kan een vordering tot staking worden ingediend¹⁰⁰, en kan de miskenning van de regeling aanleiding geven tot een vordering tot collectief herstel¹⁰¹. Deze aanvullende middelen zijn nodig wetende dat ondernemingen niet vlug naar de rechter gaan, gelet op de vrees hun overeenkomst te zullen verliezen (de zogeheten “*fear factor*”) en de kost die daaraan verbonden is. Deze kost is ook een belangrijke belemmering voor consumenten. Zo enkel een regeling wordt opgenomen in het Burgerlijk Wetboek dan is er in ieder geval voor te waken dat deze bijzondere afdwingingsmechanismen blijven bestaan wanneer een onderneming betrokken is, desgevallend via een verwijzing naar de bepalingen van het Burgerlijk Wetboek in de relevante bepalingen van het Wetboek van Economisch Recht.

IV.- Besluit

34. Op het moment van afsluiting van deze bijdrage is het artikel 5.52 intussen (na amendement) aangenomen. Dat is geen reden om de regeling niet meer in vraag te stellen. Integendeel. Wij hopen met deze bijdrage een aantal elementen te hebben aangeleverd die kunnen leiden tot een werkelijke reflectie over de regeling inzake onrechtmatige bedingen, in het licht van de grondwettelijke taak van de wetgever, en mogelijk tot een verdere uitwerking ervan.

Het is lovenswaardig om in het Burgerlijk Wetboek een regeling op te nemen inzake onrechtmatige bedingen die op algemene wijze geldt, ongeacht de hoedanigheid van de

⁹⁹ Zie art. VI.91/8 WER.

¹⁰⁰ Waarbij art. XVII.12 WER zelfs bepaalt dat de vordering tot staking van de door de artikelen VI.84 en VI.91/6 verboden handelingen, afzonderlijk of gezamenlijk, kan worden ingesteld tegen verscheidene ondernemingen van dezelfde economische sector of hun verenigingen die gebruik maken dan wel het gebruik aanbevelen van dezelfde of van soortgelijke algemene contractuele bedingen.

¹⁰¹ O.g.v. de artikelen XVII.35 e.v. WER.

P. Cambie en R. Feltkamp – Een gemeenrechtelijke regeling inzake onrechtmatige bedingen:(g)een valabel substituut voor de B2B-wet?

Werkversie gepubliceerd op www.lawbackontrack – deze tekst werd ook in beperkt aangepaste versie gepubliceerd in het Rechtskundig Weekblad 2021-22, p. 1571-1586

partijen en het type van contract. Zo het met de invoering van onder andere deze regeling werkelijk de intentie is om contractuele praktijken in te dijken die het samenlevingsbestel ontregelen - zoals de opstellers van het ontwerp van Boek 5 hebben verdedigd¹⁰² - dan lijkt de wetgever zich er toch wat snel van hebben afgemaakt door enkel een algemene notie op te nemen van wat een onrechtmatig beding is, zonder verdere preciseringen te geven. Aldus wordt de hete aardappel doorverwezen naar de rechter en de deur opengezet voor heterogene toepassingen. Of de wetgever aldus zijn grondwettelijke taak heeft vervuld, is te betwijfelen. Het verdient in dit verband aanbeveling dat verder wordt onderzocht of de in B2B of B2C context voorgeschreven lijsten van verboden bedingen ook in niet-professionele verhoudingen moeten gelden, gelet op de essentiële samenlevingswaarden die binnen onze democratische maatschappij via de uitoefening van toegekende grond- en mensenrechten gegarandeerd moeten worden. Indien deze bedingen in ondernemingscontext laakbaar zijn, zijn ze dat dan *a fortiori* ook niet in een context waarbij geen onderneming is betrokken? De opname in het Burgerlijk Wetboek van een algemeen verbod op onrechtmatige bedingen betekent alvast niet dat bijzondere regelingen zoals de B2B-regeling overboord zijn te gooien. Hoewel de huidige regeling mogelijk bijschaving verdient, kan de bijzondere aard van de B2B relatie verklaren waarom een specifieke regeling (in het bijzonder de lijsten met zwarte of grijze onrechtmatige bedingen) behouden blijft. In ieder geval zouden de economischrechtelijke handhavingsmechanismen van toepassing moeten blijven op onrechtmatige bedingen in B2B en B2C verhoudingen.

¹⁰² Zie de hoorzitting op 22 juni 2021 van de Commissie voor Justitie, te beluisteren via <http://www.dekamer.be/media/index.html?language=nl&sid=55U1904>.