

“Op al onze opdrachten zijn onze algemene voorwaarden van toepassing”, ook als u daarmee niet (expliciet) instemt

Bb 2016/8

Overeenkomsten komen tot stand door aanbod en aanvaarding. Zo komen partijen ook de toepasselijkheid van de algemene voorwaarden overeen. In de wet staat dat de wederpartij van de gebruiker van algemene voorwaarden deze aanvaardt door ondertekening van een geschrift of op een andere wijze van aanvaarding. Die aanvaarding is een rechtshandeling, waarvan de totstandkoming wordt bepaald aan de hand van de wilsvertrouwensleer. Zonder dat de wederpartij actief heeft verklaard in te stemmen met de toepasselijkheid van de algemene voorwaarden, kan bij de wederpartij onder omstandigheden toch het gerechtvaardigd vertrouwen hebben postgevat dat die wederpartij de wil had gebonden te zijn aan de algemene voorwaarden. In een recent arrest bevestigt de Hoge Raad deze bestendige lijn in de jurisprudentie.

1. Inleiding

Iedereen kent ze. De standaardteksten op briefpapier, ofertes, orderbevestigingen, pakbonnen en facturen: “op al onze opdrachten zijn van toepassing onze algemene voorwaarden die gedeponneerd zijn bij de kamer van koophandel of raadpleegbaar zijn via onze website” (of soortgelijke bewoordingen). Niet zelden lijkt de standaardtekst misplaatst. Bijvoorbeeld op briefpapier met de uitnodiging voor een bespreking, waarbij geen sprake is van het geven van een opdracht. Of op een factuur, die doorgaans toch verstuurd wordt na het sluiten van de overeenkomst en het veelal ook voltooid hebben van werkzaamheden of het geleverd hebben van goederen. Desondanks hebben ook deze “misplaatste” standaardteksten een grotere (juridische) waarde dan zij op het eerste gezicht lijken te hebben. Dat kan goed geïllustreerd worden aan de hand van een recent arrest van de Hoge Raad (9 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3013, Bb 2016/8.1). In dit arrest komt de vraag aan de orde of tussen partijen toch een exonerationclausule en de toepasselijkheid van algemene voorwaarden is overeengekomen, terwijl daarnaar enkel was verwezen door middel van een standaardtekst op afleverbonnen en facturen. Om bij te dragen aan een beter begrip van de overwegingen van de Hoge Raad, zal, alvorens in te gaan op het arrest zelf, eerst kort worden stilgestaan bij de ‘wilsvertrouwensleer’ en de aanvaarding van toepasselijkheid van algemene voorwaarden.

2. Wilsvertrouwensleer en aanvaarden toepasselijkheid algemene voorwaarden

2.1 Totstandkoming overeenkomsten en wilsvertrouwensleer

Art. 3:33 BW bepaalt dat een rechtshandeling een op een bepaald rechtsgevolg gerichte wil vereist die zich door een verklaring heeft geopenbaard. De ‘wil’ moet uit een ‘verklaring’ blijken. Dit artikel moet in samenhang met art. 3:35 BW gelezen worden. Laatstgenoemde artikel bepaalt dat tegen degene die een tot hem gerichte verklaring of gedraging van een ander (mocht) opvatte(n) als een verklaring of gedraging van een bepaalde strekking, door die ander geen beroep gedaan kan worden op het ontbreken van zijn wil. Anders geformuleerd: “de ander” die het (gerechtvaardigd) vertrouwen wekt dat een door hem gedane verklaring of gedraging overeenstemt met zijn wil, kan geen beroep (meer) doen op het ontbreken van zijn die verklaring of gedraging overeenstemmende wil.

De samenhangende lezing van art. 3:33 BW jo. art. 3:35 BW wordt aangeduid met de ‘wilsvertrouwensleer’. In de literatuur wordt aan de hand van deze artikelen de totstandkoming van een rechtshandeling ook wel aangeduid als respectievelijk ‘het normale geval’ en een uitzondering daarop. Art. 3:33 BW zou de ‘primaire grondslag’ voor totstandkoming van een rechtshandeling zijn. Art. 3:35 zou dan een ‘secundaire of subsidiaire grondslag voor gebondenheid aan de rechtshandeling’ vormen (F.M. van Cassel-van Zeeland, ‘art. 3:35 BW, aant. 2.4’, in: J. Heima (red.), *Groene Serie Vermogensrecht*, Deventer: Kluwer (online)). Het uitgaan van een primaire en secundaire grondslag houdt een minder samenhangende lezing van genoemde artikelen in: nadat van een wil is gebleken door een verklaring, is voldaan aan het totstandkomingsvereiste voor een rechtshandeling en zou toepassing van art. 3:35 BW achterwege kunnen blijven. Dit veronderstelt dat uit de verklaring ondubbelzinnig één wil blijkt. Of de verklaring de wil juist weergeeft, is echter een vraag van uitleg mede aan de hand van het objectieve en subjectieve criterium in art. 3:35 BW. Het subjectieve criterium is het antwoord op de vraag hoe degene tegen wie de verklaring zich richtte de verklaring heeft opgevat. Het objectieve criterium is het antwoord op de vraag of iemand de verklaring onder de gegeven omstandigheden redelijkerwijs zo mocht opvatten (in de zin van goede trouw, art. 3:11 BW).

Kortom, tegen degene die een tot hem gerichte verklaring heeft opgevat als een verklaring van een bepaalde strekking en die de verklaring alzo mocht opvatten (het gerechtvaardigd vertrouwen op de (alsdan gebleken) ‘wil’ van de ander), kan geen beroep op het ontbreken van ‘wil’ worden gedaan, zodat een rechtshandeling met die strekking tot stand komt.

¹ Gert Jan Boeve is advocaat bij Van Benthem & Keulen N.V. te Utrecht.

Onder omstandigheden kan zelfs het uitblijven van een verklaring of gedraging ook voldoende zijn voor het bestaan van gerechtvaardigd totstandkomingsvertrouwen (HR 27 februari 2004, NJ 2004/571 (*Meplax/De Rooij*)). Dit kan uiteraard ook tegenwerken: tegen degene die de verklaring niet zo mocht opvatten, kan wel een beroep op het ontbreken van ‘wil’ worden gedaan. De rechtshandeling komt dan niet tot stand.

2.2 *Aanvaarden toepasselijkheid algemene voorwaarden*

Afdeling 3 van titel 5 van Boek 6 BW is getiteld ‘Algemene voorwaarden’. In het eerste artikel van deze afdeling worden de ‘gebruiker’ van de algemene voorwaarden en de ‘wederpartij’ gedefinieerd (art. 6:231 lid 1 sub b en c BW). De wederpartij is degene die door ondertekening van een geschrift of op andere wijze de gelding van de algemene voorwaarden heeft aanvaard. Het Nederlandse stelsel gaat uit van een “snelle gebondenheid”. Zelfs wanneer de gebruiker begreep of moest begrijpen dat de wederpartij de inhoud van de algemene voorwaarden ten tijde van het sluiten van de overeenkomst niet kende, is de wederpartij gebonden (art. 6:232 BW). Voor *toepasselijkheid* van algemene voorwaarden is dus *niet* nodig dat de gebruiker aan de wederpartij een redelijke mogelijkheid biedt om van de inhoud van de algemene voorwaarden kennis te nemen. Daarvoor is terhandstelling niet nodig. Echter, wanneer de gebruiker de wederpartij niet de mogelijkheid heeft gegeven van de inhoud van de algemene voorwaarden kennis te nemen, zijn de bedingen in de algemene voorwaarden in beginsel door een bepaalde groep wederpartijen vernietigbaar en maken dan dus alsnog geen onderdeel van de overeenkomst uit (art. 6:233 sub b BW).

2.3 *Wilsvertrouwensleer en aanvaarding toepasselijkheid algemene voorwaarden*

Het behoeft geen toelichting dat de aanvaarding van de toepasselijkheid van algemene voorwaarden een rechtshandeling is. Of die rechtshandeling tot stand gekomen is, dient te worden bepaald aan de hand van de wilsvertrouwensleer. Deels wordt deze ingevuld door de wet: de gedraging van ondertekening van een geschrift is een verklaring die de strekking heeft dat de wil tot toepasselijkheid van de algemene voorwaarden bestaat (vgl. art. 6:231 sub c BW). Deze wil kan echter ook blijken op andere wijzen. Een andere wijze deed zich voor in het in deze bijdrage te bespreken arrest (hoewel de vaststelling daarvan aan het hof is overgelaten).

3. *De Hoge Raad over wilsvertrouwensleer en aanvaarding toepasselijkheid algemene voorwaarden*

3.1 *Feiten*

Voor zover relevant voor deze bijdrage, waren de (deels veronderstellenderwijs door de Hoge Raad vastgestelde) feiten als volgt. De in 2007 uit een fusie van twee vennootschappen ontstane eiseres tot cassatie MeeGaa is leverancier van

potgrondproducten. Verweerder in cassatie is een vennootschap onder firma die haar onderneming van de exploitatie van een cactuskwekerij heeft gemaakt. De cactuskwekerij nam in de periode 2006 tot en met 2009 regelmatig potgrondproducten af van eerst een rechtsvoorganger van MeeGaa en later van MeeGaa. Deze bestellingen geschieden telefonisch. Bij aflevering van de bestelling ondertekende de cactuskwekerij een afleverbon “voor ontvangst”. De cactuskwekerij kreeg van deze afleverbon één exemplaar. Deze afleverbon was het eerste document dat partijen wisselden na de telefonische bestelling. Op deze afleverbonnen was een exoneratieclausule opgenomen en daarin waren de Algemene verkoopvoorwaarden van Potgrondfabrikanten van toepassing verklaard (waarin een vergelijkbare exoneratieclausule was opgenomen). De cactuskwekerij heeft de facturen van MeeGaa voor de leveringen van 11 maart 2008 tot en met 18 juli 2008 voldaan. De facturen van MeeGaa voor de leveringen van 18 juli 2008 tot en met mei 2009 heeft de cactuskwekerij onbetaald gelaten. Op deze facturen was dezelfde exoneratieclausule opgenomen en waren dezelfde algemene voorwaarden van toepassing verklaard. Het was de cactuskwekerij bekend dat potgrondfabrikanten de Algemene verkoopvoorwaarden van Potgrondfabrikanten hanteren en zij heeft niet geprotesteerd tegen de tekst op de afleverbonnen. Daarnaast is een exoneratieclausule als aan de orde gebruikelijk bij de levering van potgrond.

3.2 *Vorderingen partijen en oordelen in feitelijke instanties*

De cactuskwekerij vorderde in conventie schadevergoeding van MeeGaa op grond van wanprestatie, dan wel onrechtmatige daad. MeeGaa verweerde zich met een beroep op de exoneratieclausule en vorderde in reconventie betaling van de openstaande facturen. De rechtbank had geoordeeld dat het beroep op de exoneratieclausule als vermeld op de afleverbonnen slaagde en veroordeelde de cactuskwekerij in reconventie tot betaling van de openstaande facturen. Het hof was een ander oordeel toegedaan. Voor zover relevant oordeelde het hof:

“(…) dat de enkele omstandigheid dat op de afleveringsbonnen van MeeGaa van meet af aan een exoneratieclausule is opgenomen, niet kan leiden tot het oordeel dat tussen partijen een exoneratie is overeengekomen. Dit klemt te meer, nu de handtekening op de afleverbonnen slechts is geplaatst “voor ontvangst” en niet is gesteld of gebleken dat partijen voorafgaande aan de eerste levering over een van toepassing zijnde exoneratie hebben gesproken.”

Voorts oordeelde het hof, voor zover relevant:

“Het hof stelt vast dat hetgeen hiervoor is overwogen met betrekking tot de vermelding van een exoneratieclausule op de afleveringsbonnen mutatis mutandis geldt voor de toepasselijkheid van de algemene voorwaarden.”

Kortom, het hof wees het beroep van MeeGaa op de exoneratieclausule op de afleverbon en in de algemene voorwaarden af.

3.3 *Cassatiemiddel en Hoge Raad*

In cassatie komt MeeGaa op tegen de hiervoor geciteerde oordelen van het hof. In de kern betoogt MeeGaa dat het oordeel van het hof blijkt geeft van een onjuiste rechtsopvatting, voor zover het hof heeft geoordeeld dat de (enkele) vermelding van de exoneratieclausule en de toepasselijkheid van de algemene voorwaarden op de afleverbonnen, los van de overige omstandigheden, onvoldoende is voor het oordeel dat de (daarin opgenomen) exoneratieclausule is overeengekomen. De Hoge Raad overweegt dat dit onderdeel slaagt. Onder verwijzing naar alle hiervoor in § 3.1 samengevat weergegeven feiten en omstandigheden, overweegt de Hoge Raad:

"Bij de beantwoording van de vraag of partijen toepasselijkheid van die exoneratieclausule zijn overeengekomen, mogen immers geen andere maatstaven worden aangelegd dan die welke in het algemeen gelden voor het tot stand komen van een overeenkomst, zoals neergelegd in art. 3:33 en 3:35 BW (vgl. HR 5 juni 1992, (...) NJ 1992/565 en HR 1 juli 1993, (...) NJ 1993/688)."

De Hoge Raad vervolgt:

"(...) uit die maatstaven [vloeit voort] dat het bij de beantwoording van de vraag of de exoneratieclausule deel uitmaakt van de tussen partijen gesloten overeenkomst aankomt op alle omstandigheden van het geval."

Omdat het oordeel van het hof leek uit te gaan van 'enkel' de omstandigheid van de vermelding op de afleverbon, had het hof (kennelijk) niet alle omstandigheden die relevant konden zijn in haar oordeel betrokken. Met vergelijkbare overwegingen casseerde de Hoge Raad eveneens het oordeel van het hof dat de toepasselijkheid van de algemene voorwaarden niet is overeengekomen.

4. **Analyse en conclusies voor de dagelijkse praktijk**

Het arrest van de Hoge Raad past in de lijn van bestendige jurisprudentie over de wilsvertrouwensleer en, zoals in dit geval, de aanvaarding van de toepasselijkheid van algemene voorwaarden. In zijn arresten waarnaar de Hoge Raad in zijn overwegingen verwijst, had de Hoge Raad al overwogen dat een verwijzing naar algemene voorwaarden na de totstandkoming van de overeenkomst, bijvoorbeeld op facturen, niet zonder meer tot de conclusie leidt dat de toepasselijkheid van die voorwaarden op latere overeenkomsten is overeengekomen. Dat neemt niet weg dat een dergelijke conclusie mogelijk is, maar dat is afhankelijk van de maatstaven die voortvloeien uit de wilsvertrouwensleer.

Met de overwegingen van de Hoge Raad kan niet worden geconcludeerd dat het Hof Amsterdam na verwijzing zal

oordelen dat de exoneratieclausule en algemene voorwaarden zijn overeengekomen tussen MeeGaa en de cactuskwekerij. Het hof zal de vraag moeten beantwoorden of MeeGaa de gedragingen van de cactuskwekerij, zoals de ondertekening, het uitblijven van protest, het blijven bestellen van potgrond en het betalen van de facturen, heeft opgevat als een verklaring met de strekking de exoneratieclausule en de toepasselijkheid van de algemene voorwaarden te aanvaarden (subjectief criterium). Daarbij is ook de vraag of MeeGaa dat zo heeft mogen opvatten (objectief criterium), waarbij naast voornoemde gedragingen van de cactuskwekerij, ook meespelen de feiten dat de cactuskwekerij weet dat de exoneratieclausule gebruikelijk is en dat de betreffende algemene voorwaarden worden gehanteerd door potgrond-fabrikanten. De procureur-generaal had in zijn conclusie nog opgemerkt dat tussen partijen nog in geschil is of de tekst op de afleverbon wel voldoende kenbaar is geweest voor de cactuskwekerij, omdat over die tekst een sticker geplakt zou zijn. Ook dat element kan aan de orde komen bij de beantwoording van voornoemde vragen. Wanneer aan beide genoemde criteria is voldaan, zal de conclusie zijn dat het beroep op de (ook in de algemene voorwaarden opgenomen) exoneratieclausule zal slagen. Op het moment van het opmaken van deze bijdrage is de uitkomst niet bekend. Vooropgesteld mag worden dat het voor gebruikers van algemene voorwaarden zeer aan te raden is om de wederpartij voor de toepasselijkheid van deze voorwaarden te laten tekenen (en op een afleverbon dus niet alleen voor ontvangst van de goederen). De voorwaarden zijn dan immers in beginsel van toepassing en is er sprake van een (onderhandse) akte, met alle bewijsvoordelen van dien. Ter voorkoming van een (geslaagd) beroep op vernietiging, dienen de voorwaarden in beginsel ook ter hand te worden gesteld. Mocht de wederpartij niet hebben getekend voor de algemene voorwaarden, dan is nog geen man overboord, mits voldoende feiten en omstandigheden kunnen worden aangetoond waarmee onderbouwd kan worden dat de gebruiker het gerechtvaardigd vertrouwen had dat de wederpartij toch met de toepasselijkheid van de algemene voorwaarden heeft ingestemd. Let wel, dit kan ook tegen "de wederpartij" werken: wanneer die bijvoorbeeld niet protesteert tegen standaardverwijzingen op bijvoorbeeld briefpapier, daarnaast bestellingen blijft plaatsen en de facturen met dezelfde standaardverwijzingen voldoet, kan dat bij de gebruiker hebben geresulteerd in het gerechtvaardigd vertrouwen dat de wederpartij heeft ingestemd met de toepasselijkheid van de algemene voorwaarden. In het algemeen zijn algemene voorwaarden echter eenzijdig opgesteld en niet ten faveure van deze wederpartij, zodat het denkbaar is dat die alsdan gebleken instemming onwenselijk is. Zorg daarom als wederpartij in dergelijke omstandigheden voor vastlegging van feiten en omstandigheden waaruit blijkt dat toepasselijkheid van de algemene voorwaarden wordt afgewezen. Indien gewenst, uiteraard.