

# Opkomst van de bekendheidsuitzondering en ‘ondergang’ van de terhandstellingsplicht van algemene voorwaarden

Over de vraag of ‘toedoen’ van de gebruiker vereist is voor bekendheid met de algemene voorwaarden naar aanleiding van HR 11 november 2022, ECLI:NL:HR:2022:1599 (De Eendracht/Doens)

*Mr. dr. E.-J. Zippro\**

## 1 Inleiding

Art. 6:233 sub b BW bepaalt dat een beding in algemene voorwaarden vernietigbaar is indien de gebruiker aan de wederpartij niet een redelijke mogelijkheid heeft geboden om van de algemene voorwaarden kennis te nemen, als bedoeld in art. 6:234 BW.

Indien de wederpartij ten tijde van het sluiten van de overeenkomst met dat beding bekend was of geacht kon worden daarmee bekend te zijn, kan zij zich evenwel niet op vernietigbaarheid van een dergelijk beding beroepen. Dat volgt uit het eerder door de Hoge Raad gewezen arrest Geurtzen/Kampstaal.<sup>1</sup> Een redelijke en op de praktijk afgestemde uitleg van art. 6:234 BW brengt volgens de Hoge Raad mee dat aan de strekking van de in die bepaling vervatte regeling eveneens recht wordt gedaan, indien de wederpartij zich tegenover de gebruiker niet op vernietigbaarheid van een beding in algemene voorwaarden kan beroepen, wanneer zij ten tijde van het sluiten van de overeenkomst met de algemene voorwaarden van de gebruiker of een daarin voorkomend beding bekend was of geacht kon worden daarmee bekend te zijn. Dit wordt wel de bekendheidsuitzondering genoemd.

De Hoge Raad oordeelt in het in deze bijdrage besproken arrest De Eendracht/Doens<sup>2</sup> dat dit niet anders wordt wanneer de bekendheid van de wederpartij met de algemene voorwaarden of een daarin voorkomend beding niet door ‘toedoen’ van de gebruiker maar op andere wijze is ontstaan. Ook in dat geval kan de wederpartij zich daarom niet op vernietigbaarheid op grond van art. 6:233 sub b BW beroepen. Uit dit recent gewezen arrest van de Hoge Raad volgt dat de strekking van art. 6:234 BW inhoudt dat het er niet zozeer toe doet hóé een wederpartij met bepaalde algemene voorwaarden van een gebruiker bekend is geworden. Het gaat er slechts om dát zij met de voorwaarden bekend is of bekend kan worden geacht.

Hiermee is een nadere uitleg gegeven aan de in Geurtzen/Kampstaal geïntroduceerde bekendheidsuitzondering. De bekendheidsuitzondering dient op grond van het arrest van de Hoge Raad te worden afgebakend aan de hand van de positie van de wederpartij en niet aan de hand van de positie van de gebruiker. Het arrest De Eendracht/Doens vormt de aanleiding om in deze bijdrage nader in te gaan op de laatste stand van zaken rond de bekendheidsuitzondering en de terhandstellingsplicht.

\* Mr. dr. E.-J. Zippro is advocaat bij Hausfeld te Amsterdam.

1 HR 1 oktober 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2977 (Geurtzen/Kampstaal).

2 HR 11 november 2022, ECLI:NL:HR:2022:1599 (De Eendracht/Doens).

## 2 Feiten

De kern van het geschil in de zaak De Eendracht/Doens betreft twee overeenkomsten tot koop van zogeheten ‘zonnebloemkoeken’ tussen leverancier van diervoedergrondstoffen Doens en veevoedercoöperatie De Eendracht. In de verkoopcontracten wordt vermeld dat de ‘conditiën van de Nederlandse Handel in Granen en Diervoedergrondstoffen’ (hierna te noemen: CNGD) van toepassing zijn. In de CNGD is een arbitraal beding opgenomen.

Onderaan de verkoopcontracten is in een kleiner lettertype tevens een verwijzing naar de toepasselijkheid van de algemene voorwaarden van Doens opgenomen. Nadat De Eendracht de door Doens geleverde zonnebloemkoek heeft verwerkt tot mengvoer, heeft zij dat geleverd aan Raiffeisenbank. Raiffeisenbank heeft het mengvoer vervolgens aan Duitse pluimveehouders geleverd.

Enige tijd later ontstaat tussen De Eendracht en Doens een geschil over de kwaliteit van de zonnebloemkoek. De Eendracht wordt in mei 2017 door Raiffeisenbank en Allgemeine Versicherungs AG gedagvaard voor de rechtbank. Raiffeisenbank en Allgemeine Versicherungs AG vorderen dat De Eendracht wordt veroordeeld tot het betalen van schadevergoeding van bijna € 1 miljoen aan Raiffeisenbank en nog een bijkomend bedrag van € 45.000 aan Allgemeine Versicherungs AG op grond van non-conformiteit van het geleverde mengvoer.

De Eendracht roept vervolgens Doens in vrijwaring op.<sup>3</sup> In de vrijwaringsprocedure werpt Doens een bevoegdheidsincident op en vordert dat de rechtbank zich onbevoegd zal verklaren, nu de rechtbank – gelet op het arbitraal beding zoals opgenomen in de CNGD – niet bevoegd is om over het geschil tussen De Eendracht en Doens te oordelen. De Eendracht roept de vernietiging van het arbitraal beding in omdat de algemene voorwaarden nooit door verkoper Doens zijn verstrekt.

Tussen partijen komt vast te staan dat Doens voor of bij het sluiten van de koopovereenkomsten de CNGD niet aan De Eendracht ter hand heeft gesteld en haar ook anderszins niet een redelijke mogelijkheid heeft geboden van de algemene voorwaarden kennis te nemen (art. 6:234 lid 1 BW). Tevens komt vast te staan dat de directeur en tevens statutair bestuurder van De Eendracht in het cursusjaar 2012/2013 een zogeheten ‘Graancursus’ heeft gevolgd. In die cursus over graan komen in het vak ‘Handelskoopcontracten en arbitrage’ de CNGD en de daarin opgenomen arbitrageclausule uitgebreid aan de orde.

## 3 Oordeel van de rechtbank en het hof

De rechtbank heeft geoordeeld dat partijen de toepasselijkheid van de CNGD zijn overeengekomen. De rechtbank heeft vervolgens in het incident het beroep van De Eendracht op ver-

nietiging van het arbitraal beding gehonoreerd en de incidentele vordering tot onbevoegdverklaring afgewezen.

Anders dan de rechtbank komt het hof tot het oordeel dat tussen partijen wel de CNGD-algemene voorwaarden gelden met daarin een arbitraal beding. Het hof vernietigt het vonnis van de rechtbank en bepaalt dat de rechtbank onbevoegd is van de vorderingen van De Eendracht jegens Doens kennis te nemen. Niet alleen was de partij die zich op de vernietiging van het arbitraal beding beroept daarmee bekend, maar zij heeft zelf ook als gebruiker van die algemene voorwaarden en het daarin opgenomen arbitraal beding te gelden. Dit leidt er volgens het hof toe dat de rechtbank niet bevoegd is van het geschil tussen partijen kennis te nemen.

## 4 Oordeel van de Hoge Raad

In cassatie wordt geklaagd dat het hof de devolutieve werking van het hoger beroep heeft miskend door te oordelen dat tussen partijen in hoger beroep niet in geschil is dat op de koopovereenkomsten de CNGD van toepassing zijn. De Hoge Raad oordeelt dat deze klacht gegrond is. De Hoge Raad oordeelt echter dat de gegrondbevinding van het eerste onderdeel niet tot cassatie kan leiden, nu uit de feiten en de stukken van het geding blijkt dat De Eendracht en Doens een langdurige handelsrelatie hadden en dat zij in de periode van 2012 tot 2014 een groot aantal koopovereenkomsten hebben gesloten waarbij Doens steeds de CNGD heeft vermeld als toepasselijke algemene voorwaarden. Dit geldt ook voor de koopovereenkomsten die hier centraal staan.<sup>4</sup>

De Hoge Raad overweegt voorts dat voor zover in de koopovereenkomsten tevens naar de eigen algemene voorwaarden van Doens is verwezen, geldt dat deze verwijzing onderaan en in een kleiner lettertype is geplaatst, waarbij is vermeld: ‘In case of discrepancy the main contract terms and/or standard-contract terms shall prevail over these General terms and Conditions.’ Dit laat naar het oordeel van de Hoge Raad geen andere uitleg toe dan dat in geval van strijdigheid tussen de beide sets algemene voorwaarden die van toepassing zijn verklaard, de CNGD prevaleren boven de eigen algemene voorwaarden van Doens. Na verwijzing is dan ook geen ander oordeel mogelijk dan dat het arbitraal beding uit de CNGD op de koopovereenkomsten van toepassing is. De Eendracht heeft daarom geen belang bij de klachten van dit onderdeel.

Het tweede onderdeel komt op tegen de invulling die het hof heeft gegeven aan de bekendheidsuitzondering. Het hof heeft geconcludeerd dat de directeur van De Eendracht op het moment van sluiten van de koopovereenkomsten bekend was, althans bekend mocht worden geacht, met de inhoud van de

<sup>3</sup> In de vrijwaring heeft De Eendracht kort gezegd gevorderd Doens te veroordelen aan haar te betalen datgene waartoe De Eendracht in de hoofdzaak mocht worden veroordeeld.

<sup>4</sup> De Hoge Raad overweegt dat De Eendracht tegen deze vermeldingen niet heeft geprotesteerd. Vervolgens oordeelt de Hoge Raad dat dit geen andere conclusie toelaat dan dat De Eendracht de toepasselijkheid van de CNGD op de koopovereenkomsten (stilzwijgend) heeft aanvaard, althans dat Doens daarop gerechtvaardigd mocht vertrouwen.

CNGD, waaronder het arbitraal beding.<sup>5</sup> Het hof heeft tevens geoordeeld dat deze kennis van de directeur aan De Eendracht kan worden toegerekend.<sup>6</sup> Daarbij is volgens het hof niet van belang of De Eendracht door het optreden van Doens zelf dan wel uit anderen hoofde bekend is geraakt met de CNGD. Nu het De Eendracht bekend was dat de CNGD van toepassing waren verklaard en zij ook over die algemene voorwaarden beschikte, is volgens het hof aan de ratio van art. 6:234 BW voldaan.<sup>7</sup>

De Hoge Raad overweegt dat art. 6:233 sub b BW bepaalt dat een beding in algemene voorwaarden vernietigbaar is indien de gebruiker aan de wederpartij niet een redelijke mogelijkheid heeft geboden om van de algemene voorwaarden kennis te nemen, als bedoeld in art. 6:234 BW. Een redelijke en op de praktijk afgestemde uitleg van art. 6:234 BW brengt mee dat aan de strekking van de in die bepaling vervatte regeling eveneens recht wordt gedaan indien de wederpartij zich tegenover de gebruiker niet op vernietigbaarheid van een beding in algemene voorwaarden kan beroepen, wanneer zij ten tijde van het sluiten van de overeenkomst met dat beding bekend was of geacht kon worden daarmee bekend te zijn (de bekendheidsuitzondering).<sup>8</sup>

De Hoge Raad overweegt vervolgens dat de bekendheidsuitzondering erop berust dat wanneer de wederpartij bekend is of geacht kan worden bekend te zijn met de algemene voorwaarden van de gebruiker of een daarin voorkomend beding, recht wordt gedaan aan de strekking van art. 6:234 BW. De Hoge Raad oordeelt dat dit niet anders wordt wanneer de bekendheid van de wederpartij met de algemene voorwaarden of een daarin voorkomend beding niet door toedoen van de gebruiker maar op andere wijze is ontstaan. Ook in dat geval kan de wederpartij zich daarom niet op vernietigbaarheid op de voet van art. 6:233 sub b BW beroepen. De klacht van onderdeel 2.1 gaat naar het oordeel van de Hoge Raad uit van een andere opvatting en is dus ongegrond.<sup>9</sup> De Hoge Raad verworpt het beroep en veroordeelt De Eendracht in de kosten van het geding in cassatie.

5 Hof Arnhem-Leeuwarden 22 december 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:10725, r.o. 3.8.

6 Hof Arnhem-Leeuwarden 22 december 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:10725, r.o. 3.9. Een interessante juridische vraag is nog wel in hoeverre de kennis van de directeur aan zijn gehele organisatie kan worden toegerekend. Nu een beroep op de vernietiging van de algemene voorwaarden alleen toekomt aan ondernemingen met minder dan vijftig mensen in dienst, is die vraag in de praktijk wellicht minder van belang, nu in dit soort kleinere ondernemingen doorgaans iedereen elkaar nog kent, zodat de kennis van de directeur kan worden toegerekend aan de organisatie. Zie uitgebreid over toerekening van kennis aan rechtspersonen B.M. Katan, Toerekening van kennis aan rechtspersonen (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2017.

7 Hof Arnhem-Leeuwarden 22 december 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:10725, r.o. 3.10.

8 HR 11 november 2022, ECLI:NL:HR:2022:1599, r.o. 3.2.2.

9 HR 11 november 2022, ECLI:NL:HR:2022:1599, r.o. 3.2.3.

## 5 De vernietigbaarheid van algemene voorwaarden: inhoudstoetsing en informatieplicht

De Hoge Raad heeft meermaals overwogen dat voor het overeenkomen van algemene voorwaarden geen andere eisen gelden dan voor het tot stand komen van overeenkomsten in het algemeen. De vraag of algemene voorwaarden van toepassing zijn, dient dan ook te worden beantwoord aan de hand van de gewone regels die gelden voor het tot stand komen van een overeenkomst. Dit zijn de regels van aanbod en aanvaarding zoals neergelegd in art. 6:217 e.v. BW en art. 3:33 en 3:35 BW betreffende wil, verklaring en vertrouwen. Aanbod en aanvaarding zijn immers rechtshandelingen. Er dient sprake te zijn van een aanbod en de aanvaarding daarvan (art. 6:217 lid 1 BW).

Algemene voorwaarden worden veelal als zodanig (als een samengestelde set voorwaarden die samen een geheel vormen) aanvaard. De wederpartij gaat akkoord zonder de clausules inhoudelijk te hebben bestudeerd. Art. 6:232 BW bepaalt dat een wederpartij ook aan algemene voorwaarden is gebonden als de gebruiker bij het sluiten van de overeenkomst begreep of moest begrijpen dat die wederpartij de inhoud van de algemene voorwaarden niet kende.<sup>10</sup> De snelle gebondenheid aan algemene voorwaarden wordt gecompenseerd doordat de wederpartij van de gebruiker er relatief weer snel vanaf kan door een beroep te doen op de vernietigbaarheid.

Art. 6:233 BW vormt de kern van de afdeling over algemene voorwaarden. Het artikel verklaart een beding in algemene voorwaarden in twee gevallen vernietigbaar. Het eerste geval betreft de situatie waarin het beding onredelijk bezwarend is voor de wederpartij (art. 6:233 sub a BW). Dit betreft een inhoudstoetsing van de algemene voorwaarden. Deze inhoudstoetsing betreft een open norm en wordt voor consumenten nader ingevuld met de zwarte lijst van art. 6:236 BW (bedingen die indien opgenomen in algemene voorwaarden door de wet als onredelijk bezwarend worden aangemerkt) en de grijze lijst van art. 6:237 BW (bedingen die indien opgenomen in algemene voorwaarden door de wet worden vermoed onredelijk bezwarend te zijn en waar dus ruimte is voor tegenbewijs).

Het tweede geval betreft de situatie waarin de gebruiker aan de wederpartij niet een redelijke mogelijkheid heeft geboden om van de algemene voorwaarden kennis te nemen (art. 6:233 sub b BW). Dit betreft een informatieplicht (een 'obliegenheit' in de zin van een verplichting in oneigenlijke zin) waarvan de schending de rechtspositie van de gebruiker ondergraaft, doordat hij zich blootstelt aan vernietiging van zijn algemene voorwaarden door de wederpartij.

10 De gebondenheid van de wederpartij aan de algemene voorwaarden van de gebruiker – terwijl de gebruiker begreep of moest begrijpen dat de wederpartij de inhoud van de algemene voorwaarden niet kende – wordt door de wetgever toelaatbaar geacht omdat de gebruiker de taak heeft ervoor te zorgen dat de algemene voorwaarden onder de aandacht komen van de wederpartij.

## 6 De informatieplicht

### 6.1 Algemeen

De informatieplicht van art. 6:233 sub b BW wordt in art. 6:234 BW nader uitgewerkt. Op grond van art. 6:234 lid 1 BW heeft de gebruiker de bedoelde redelijke mogelijkheid geboden als hij de algemene voorwaarden voor of bij het sluiten van de overeenkomst aan de wederpartij ter hand heeft gesteld.

In art. 6:235 BW is bepaald dat grote wederpartijen geen beroep kunnen doen op de vernietigingsgronden bedoeld in art. 6:233 en 6:234 BW.<sup>11</sup> Voor deze grote wederpartijen blijft wel een beroep op art. 6:248 lid 2 BW mogelijk. Een beroep door de gebruiker op een specifiek beding in de algemene voorwaarden zou dan naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar moeten zijn, waardoor het specifieke beding in de gegeven omstandigheden niet van toepassing is.<sup>12</sup> Indien de wederpartij van de gebruiker geen grote wederpartij is in de zin van art. 6:235 BW mag op grond van het arrest *Bramer/Colpro* gekozen worden tussen de route van art. 6:233 BW (vernietigbaarheid) en de route van art. 6:248 lid 2 BW (buiten toepassing laten).<sup>13</sup> Er is dus sprake van alternativiteit. Wat de inhoudstoetsing betreft zal de norm van art. 6:233 sub a BW niet direct strenger of minder streng zijn dan de norm van art. 6:248 lid 2 BW. Beide toetsen bevinden zich wat betreft strengheid op hetzelfde niveau.<sup>14</sup> Wel is duidelijk dat ten aanzien van een grote wederpartij naar de maatstaven van redelijkheid en billijkheid meer mag dan ten aanzien van een kleinere wederpartij (een beroep op een beding door de gebruiker zal tegen een kleinere wederpartij eerder naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn dan tegen een grote wederpartij).

Wat betreft de informatieplicht zal het verschil tussen een beroep op art. 6:233 sub b BW en art. 6:248 lid 2 BW groter zijn. Het niet ter hand stellen van de algemene voorwaarden zal bij een grote professionele wederpartij er niet automatisch toe leiden dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is indien de gebruiker zich jegens de wederpartij op een bepaald beding in de algemene voorwaarden beroept.

In art. 6:235 lid 3 BW is bepaald dat op de vernietigingsgronden van art. 6:233 en 6:234 BW geen beroep kan worden gedaan door een partij die meermalen dezelfde of nagenoeg dezelfde algemene voorwaarden in haar overeenkomsten gebruikt. In het arrest *VNP/Havrij* heeft de Hoge Raad geoordeeld dat de wederpartij die normaal gesproken zelf haar

algemene voorwaarden niet overhandigt, niet door art. 6:235 lid 3 BW wordt getroffen.<sup>15</sup> Het enkele feit dat de wederpartij haar algemene voorwaarden zelf ook niet ter hand stelt, laat een beroep door de wederpartij tegenover de gebruiker op art. 6:233 sub b BW wegens het niet ter hand stellen van de algemene voorwaarden onverlet.

### 6.2 Functies van de informatieplicht

De informatieplicht heeft verschillende functies. In de literatuur worden drie functies onderscheiden.<sup>16</sup> Zo dient de informatieplicht ertoe dat de wederpartij weet of moet kunnen weten waartoe zij zich verbindt als de overeenkomst wordt aangegaan. Op deze manier is de informatieplicht van belang voor de besluitvorming (de besluitvormingsfunctie). Tevens dient de wederpartij in staat te worden gesteld om haar contractuele rechtspositie te beoordelen. Dit geldt zowel voordat als nadat de overeenkomst tot stand is gekomen. Dit wordt wel de dossierfunctie genoemd. Tot slot wordt ook nog een derde functie in de literatuur genoemd, waarbij de wederpartij zowel bij het sluiten van de overeenkomst als daarna haar gedrag kan afstemmen op de bepalingen in de algemene voorwaarden. Deze laatste functie kan als een aparte functie worden gezien of als een onderdeel van de besluitvormingsfunctie.

A-G Wissink wijst er in zijn conclusie voor het arrest op dat in de literatuur wel is geoordeeld dat de terhandstellingsplicht een zware last op de gebruiker legt, nu de algemene voorwaarden veelal voorafgaand aan de totstandkoming van de overeenkomst niet worden gelezen. Bovendien is het de vraag of de terhandstellingsplicht wel past bij de besluitvormingsfunctie (inclusief gedragsafstemmingsfunctie) en de dossierfunctie.<sup>17</sup> Met de implementatie van de Dienstenrichtlijn is nut en noodzaak van de terhandstellingsplicht nog verder in twijfel getrokken. Het is in het kader van de informatieplicht dan ook moeilijk te verdedigen waarom de regeling voor dienstverrichters zoals neergelegd in art. 6:230c BW soepeler is dan de terhandstellingsplicht in art. 6:234 lid 1 BW, die van toepassing is op gebruikers die niet onder de Dienstenrichtlijn vallen. In de conclusie voor het arrest vraagt A-G Wissink zich dan ook af of het contrast een reden zou kunnen zijn de bekendheidsuitzondering een invulling te geven die dit contrast niet verder

11 Met een grote wederpartij wordt bedoeld een rechtspersoon die conform de wettelijke verplichting een volledige jaarrekening heeft gepubliceerd of een andere partij waarbij ten tijde van de contractssluiting vijftig of meer personen werkzaam zijn.

12 De 'niet-toepasselijkheid' is iets anders dan de 'vernietigbaarheid' in de zin van art. 6:233 BW omdat het beding wel blijft bestaan, alleen is het in de gegeven omstandigheden niet van toepassing.

13 HR 14 juni 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE0659, NJ 2003/112 m.nt. JH (Bramer/Colpro).

14 PG Boek 6 Inv., p. 1586, 1595 en 1621.

15 HR 6 april 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB0901, NJ 2002/385 m.nt. HJS (VNP/Havrij), r.o. 3.4.2.

16 Jac. Hijma, *Algemene voorwaarden* (Mon. BW nr. B55), 2016/35; M.H. Wissink, *Terhandstelling van algemene voorwaarden*. De stand na tien jaar toepassing door rechter en arbiter, *TvA* 2004/54, p. 146; H.N. Schelhaas, *Algemene voorwaarden in handelstransacties* (Studiekring Oeffenhuis, nr. 13), Deventer: Kluwer 2011, par. 4.2.1; J.G.J. Rinkes & M.L. Hendrikse, *Algemene voorwaarden* (Recht en Praktijk nr. CA1), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 189; M.B.M. Loos, *Algemene voorwaarden*, Den Haag: Boom juridisch 2018, par. 4.2.

17 Zie ook de geraadpleegde literatuur bij de conclusie van A-G Wissink, waaronder Rinkes & Hendrikse 2017, p. 229; Schelhaas 2011, par. 4.2.4; M.B.M. Loos, *De informatieplicht bij algemene voorwaarden: tijd voor herziening van een ondeugdelijke regeling*, *Contracteren* 2004, afl. 2, p. 30-35; T. Hartlief, noot onder HR 6 april 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB0901, AA20020268 (VNP/H.), p. 274.



aanzet.<sup>18</sup> Dit zou een van de overwegingen kunnen zijn die de Hoge Raad heeft meegewogen in zijn uiteindelijke arrest in De Eendracht/Doens, waarbij de reikwijdte van de bekendheidsuitzondering verder is vergroot.

## 7 Het afnemende toepassingsbereik van de terhandstellingsplicht

### 7.1 Algemeen

De terhandstelling van algemene voorwaarden voor of bij het sluiten van de overeenkomst is de hoofdregel van art. 6:234 BW. Als we kijken naar de ontwikkelingen in de wetgeving en jurisprudentie lijkt de terhandstellingsplicht een afnemend toepassingsbereik te hebben.<sup>19</sup> Kern van de gedachte achter de terhandstellingsplicht is dat de gebruiker er actief voor moet zorgen dat de wederpartij met de inhoud van de algemene voorwaarden bekend kan raken. Indien terhandstelling redelijkerwijs niet mogelijk is, dient de gebruiker van de algemene voorwaarden tijdig aan zijn wederpartij bekend te maken dat de algemene voorwaarden ter inzage liggen en op verzoek zullen worden toegezonden (art. 6:234 lid 1 BW). Het standaardvoorbeeld dat hier vaak werd gegeven, is de koop van een kaartje voor het openbaar vervoer (bijvoorbeeld de koop van een treinkaartje bij de NS).

Na het arrest Geurtzen/Kampstaal uit 1999, waarin de Hoge Raad de bekendheidsuitzondering op de terhandstellingsplicht introduceerde, zijn in art. 6:234 BW diverse uitzonderingen opgenomen die afwijken van de hoofdregel van terhandstelling. Het toenemend aantal uitzonderingen dat afwijkt van de hoofdregel van terhandstelling is met name het gevolg van de implementatie van de Richtlijn inzake elektronische handel en de Dienstenrichtlijn. Ik bespreek die richtlijnen kort in paragraaf 7.2 en 7.3. Vervolgens bespreek ik in paragraaf 7.4 de in Geurtzen/Kampstaal geïntroduceerde bekendheidsuitzondering op de terhandstellingsplicht en de onaanvaardbaarheidstoets.

### 7.2 De implementatie van de Richtlijn inzake elektronische handel (elektronische terbeschikkingstelling)

Ter implementatie van de Richtlijn inzake elektronische handel is met ingang van 30 juni 2004 de regeling voor het elektronisch ter hand stellen van algemene voorwaarden toegevoegd (art. 6:234 lid 2 BW). De wetgever plaatst de elektronische

route van art. 6:234 lid 2 BW formeel naast de terhandstelling van art. 6:234 lid 1 BW.

De gebruiker heeft tevens aan de wederpartij de in art. 6:233 sub b BW bedoelde mogelijkheid geboden, indien hij de algemene voorwaarden voor of bij het sluiten van de overeenkomst aan de wederpartij langs elektronische weg ter beschikking heeft gesteld op een zodanige wijze dat deze door haar kunnen worden opgeslagen en voor haar toegankelijk zijn ten behoeve van latere kennisneming of, indien dit redelijkerwijs niet mogelijk is, voor de totstandkoming van de overeenkomst aan de wederpartij heeft bekendgemaakt waar van de voorwaarden langs elektronische weg kan worden kennisgenomen, alsmede dat zij op verzoek langs elektronische weg of op andere wijze zullen worden toegezonden.

Indien de voorwaarden niet voor of bij het sluiten van de overeenkomst aan de wederpartij langs elektronische weg ter beschikking zijn gesteld, zijn de bedingen tevens vernietigbaar indien de gebruiker de voorwaarden niet op verzoek van de wederpartij onverwijld op zijn kosten langs elektronische weg of op andere wijze aan haar toezendt. De regel van art. 6:234 lid 1 BW is hiermee ook van toepassing op de virtuele wereld, al is in de huidige tijd moeilijk voorstelbaar dat een tijdsige elektronische terbeschikkingstelling redelijkerwijs niet mogelijk is.

In het arrest First Data/Attingo heeft de Hoge Raad duidelijk gemaakt dat de gebruiker van algemene voorwaarden zich niet kan veroorloven zich passief op te stellen.<sup>20</sup> Uit het systeem van art. 6:234 BW volgt dat de gebruiker het initiatief tot bekendmaking van de algemene voorwaarden moet nemen. Het moet voor de wederpartij duidelijk zijn welke voorwaarden van toepassing zijn en dat zij daarvan eenvoudig kennis kan nemen. In de praktijk zijn daar de nodige mogelijkheden voor beschikbaar.<sup>21</sup> Zo kan het bijvoorbeeld gaan om toezending van de algemene voorwaarden per e-mail, toezending per e-mail van een hyperlink die dient te worden aangeklikt om op de website van de gebruiker te komen en waar de voorwaarden eenvoudig moeten kunnen worden ingezien en gedownload, plaatsing op de website van een hyperlink of download button die rechtstreeks toegang geeft tot de voorwaarden en eenvoudig moet zijn te downloaden (waarbij de link of de download button heel duidelijk dient te maken dat je naar de algemene voorwaarden wordt geleid), of publicatie van voorwaarden op een website waarbij je de voorwaarden langs moet gaan om een bestelling te plaatsen (ook hier moeten de voorwaarden eenvoudig kunnen worden gedownload). Het verstoppertje van de algemene voorwaarden bij de algemene informatie is onvoldoende.

18 Concl. A-G Wissink, 22 april 2022, ECLI:NL:PHR:2022:388, par. 3.17.

19 In dit kader is interessant dat het HvJ EU bij de uitleg van art. 23 lid 1 en 2 van het Lugano II-Verdrag onlangs heeft geoordeeld dat in b2b-relaties een forumkeuzebeding rechtsgeldig is gesloten wanneer het opgenomen is in de algemene voorwaarden, waarnaar in de schriftelijk gesloten overeenkomst wordt verwezen door vermelding van de hyperlink naar een website waar van deze algemene voorwaarden vóór de ondertekening van die overeenkomst kennis kan worden genomen en waar deze kunnen worden gedownload en afgedrukt zonder dat de partij waaraan deze clause wordt tegengeworpen, is uitgenodigd om de algemene voorwaarden te aanvaarden door het aanvinken van een vakje op die website. In die situatie hoeven de algemene voorwaarden niet ter hand te worden gesteld. Zie HvJ EU 24 november 2022, ECLI:EU:C:2022:923 (Tilman SA/Unilever Supply Chain Company AG).

20 HR 11 februari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO7108, NJ 2011/571 m.nt. Hijma (First Data/Attingo).

21 Zie voor voorbeelden Jac. Hijma e.a., *Rechtshandeling en overeenkomst* (Studiereeks Burgerlijk Recht, deel 3), Deventer: Wolters Kluwer 2022, nr. 250.

In het arrest First Data/Attingo heeft de Hoge Raad het verweer afgewezen dat de voorwaarden op internet staan en de gebruiker het aan de wederpartij overlaat om de algemene voorwaarden via Google zelf te zoeken. Op de gebruiker rust een actieve informatieverplichting. De Hoge Raad overwoog in First Data/Attingo:

‘(...) Uit het systeem van art. 6:234 (oud) volgt immers – gelijk onder het huidige art. 6:234 het geval is – dat de gebruiker het initiatief tot bekendmaking van de algemene voorwaarden moet nemen, en wel – zo volgt uit de hier eveneens van betekenis te achten toelichting op art. 6:234 leden 2 en 3 (nieuw) (vgl. Kamerstukken II 2007-2008, 31 358, nr. 3, p. 9-10) – op zodanige wijze dat voor de wederpartij duidelijk is welke voorwaarden op de rechtsverhouding van toepassing zijn en dat de wederpartij daarvan eenvoudig kennis kan nemen. (...)’<sup>22</sup>

In 2010 is nog de mogelijkheid toegevoegd om ook bij niet-elektronische transacties een elektronische terhandstelling van algemene voorwaarden mogelijk te maken. Art. 6:234 lid 3 BW bepaalt echter dat dit alleen mogelijk is met de uitdrukkelijke instemming van de wederpartij.

### 7.3 De implementatie van de Dienstenrichtlijn

Ter implementatie van de Dienstenrichtlijn is met ingang van 28 december 2009 de verwijzing naar art. 6:230c BW toegevoegd. De gebruiker heeft volgens art. 6:234 lid 1 BW ook aan de wederpartij de in art. 6:233 sub b BW bedoelde mogelijkheid geboden indien hij de voorwaarden overeenkomstig de in art. 6:230c BW voorziene wijze heeft verstrekt. Dat betreft ofwel de terhandstelling van de algemene voorwaarden (‘wordt op eigen initiatief door de dienstverrichter verstrekt’), ofwel het beschikbaar hebben van de algemene voorwaarden op de plek waar de overeenkomst wordt gesloten of de dienst wordt verricht (‘is voor de afnemer gemakkelijk toegankelijk op de plaats waar de dienst wordt verricht of de overeenkomst wordt gesloten’), ofwel de situatie waarin de algemene voorwaarden voor de afnemer gemakkelijk elektronisch toegankelijk zijn op een door de dienstverrichter meegedeeld webadres, ofwel de situatie waarin de algemene voorwaarden zijn opgenomen in alle door de dienstverrichter aan de afnemer verstrekte documenten, waarin deze diensten in detail worden beschreven (deze wijze van verstrekking is met name van belang voor aanbestedende diensten).

In het kader van het afnemende toepassingsbereik van de terhandstellingsplicht is de implementatie van de Dienstenrichtlijn van doorslaggevend belang geweest, nu in art. 6:230c BW is bepaald dat tevens voldoende is dat de in art. 6:230b BW bedoelde informatie – waaronder ook de algemene voorwaarden – voor de afnemer gemakkelijk elektronisch toegankelijk is op een door de dienstverrichter meegedeeld webadres. In dat

kader is wel van belang dat het een hele URL (Uniform Resource Locator, dat wil zeggen het adres van een website op internet, zoals [www.bjutijdschriften.nl](http://www.bjutijdschriften.nl)) is die je in de taakbalk moet kunnen kopiëren, waardoor je direct op de pagina algemene voorwaarden van de gebruiker uitkomt. Een enkele verwijzing naar de homepage, waar de wederpartij van de gebruiker dan zelf verder op zoek moet gaan naar de algemene voorwaarden, is niet voldoende om aan de eis van art. 6:230c BW te voldoen. Deze ontwikkeling is wel beperkt tot gebruikers die onder de Dienstenrichtlijn vallen. De Dienstenrichtlijn kent twaalf uitgezonderde categorieën, waaronder financiële dienstverleners (banken en accountants), notarissen, deurwaarders, uitzendbureaus en nutsbedrijven.<sup>23</sup>

### 7.4 De in Geurtzen/Kampstaal geïntroduceerde bekendheidsuitzondering op de terhandstellingsplicht en de onaanvaardbaarheidstoets

In Geurtzen/Kampstaal heeft de Hoge Raad niet alleen de bekendheidsuitzondering op de terhandstellingsplicht geïntroduceerd, maar ook overwogen dat zich omstandigheden kunnen voordoen waarin een beroep op art. 6:233 sub b en 6:234 lid 1 BW naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.<sup>24</sup> Onder deze overweging kunnen ook gevallen behoren die al dan niet onder de bekendheidsuitzondering vallen waarin het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is om een beroep te doen op de vernietiging van de desbetreffende algemene voorwaarden, omdat die voorwaarden niet ter hand zijn gesteld.

In de situatie waarbij niet aan de hoofdregel van de terhandstellingsplicht is voldaan en tevens niet is voldaan aan een van de diverse uitzonderingen zoals neergelegd in art. 6:234 BW, heeft de gebruiker in beginsel alleen nog de hiernavolgende twee verweren tot zijn beschikking (waarvan het eerste verweer in drie deelverweren kan worden onderscheiden):

1. Ik hoefde de algemene voorwaarden niet ter hand te stellen, want
  - a. ik had te maken met een grote nationale wederpartij (art. 6:235 lid 1 BW);
  - b. de wederpartij gebruikt zelf dezelfde of nagenoeg dezelfde algemene voorwaarden in haar overeenkomsten (art. 6:235 lid 2 BW); of
  - c. de wederpartij is een in het buitenland gevestigde professionele partij, dus haar komt überhaupt geen beroep toe op de algemenevoorwaardenregeling (art. 6:247 BW).

<sup>22</sup> HR 11 februari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO7108, NJ 2011/571 m.nt. Hijma (First Data/Attingo), r.o. 3.4.2.

<sup>23</sup> Zie art. 2 lid 2 Richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt (PbEU 2006, L 376).

<sup>24</sup> In zijn conclusie voor het onderhavige arrest wijst A-G Wissink op het feit dat deze overweging breder is dan de bekendheidsuitzondering. Zo valt ook te denken aan gevallen van rechtsverwerking.

2. Het is naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar om een beroep te doen op een vernietigingsgrond (overeenkomstig art. 6:248 lid 2 BW).<sup>25</sup>

Het beroep op een vernietigingsgrond dient in dit laatste geval onaanvaardbaar te zijn. Dit is een strenge en tot terughoudendheid nopende maatstaf. Op de gebruiker rust immers de actieve informatieplicht. De uitzondering dat je je niet op vernietiging kunt beroepen, zal onder meer spelen in de situatie waarin de wederpartij al bekend was met de inhoud van de algemene voorwaarden. Deze in Geurtzen/Kampstaal geformuleerde uitzondering is precies het leerstuk dat speelt in De Eendracht/Doens.

## 8 De opkomst van de bekendheidsuitzondering

### 8.1 Algemeen

In art. 6:234 BW is neergelegd hoe de gebruiker aan zijn informatieplicht kan voldoen. Art. 6:233 sub b en 6:234 BW bepalen niet expliciet dat de daarin genoemde mogelijkheden limitatief zijn. De Hoge Raad heeft echter in Geurtzen/Kampstaal geoordeeld dat de wijze waarop art. 6:234 BW het principe van art. 6:233 sub b BW invult van limitatieve aard is. De Hoge Raad acht namelijk aannemelijk dat de wetgever art. 6:234 lid 1 BW uitputtend heeft bedoeld. Hij voegt daar echter aan toe dat een redelijke en op de praktijk afgestemde uitleg van art. 6:234 lid 1 BW meebrengt dat aan de strekking van de in die bepaling vervatte regeling eveneens recht wordt gedaan als de wederpartij zich ook niet op vernietigbaarheid van een algemene voorwaarde kan beroepen, wanneer zij ten tijde van het sluiten van de overeenkomst met dat beding bekend was of geacht kon worden daarmee bekend te zijn. Te denken valt aan gevallen waarin partijen al langer zaken met elkaar doen en de algemene voorwaarden bij een eerdere gelegenheid reeds ter hand zijn gesteld, of de bedrijfsruimte waarin een bord is opgehangen met een exoneratieclausule ('De directie is niet aansprakelijk voor verlies van eigendommen'). De Hoge Raad voegt daar nog aan toe dat zich ook omstandigheden kunnen voordoen waarin een beroep op art. 6:233 sub b en 6:234 lid 1 BW naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

In de lagere rechtspraak is de bekendheidsuitzondering nadien ook enkele malen toegepast, waarbij het gerechtshof 's-Hertogenbosch in de zaak Tekholl/Veka al eerder impliciet oordeelde dat het feit dat de gebruiker van algemene voorwaarden niet had bijgedragen aan het voldoen aan de bekendheidsuitzondering niet van belang was. Het ging er volgens het hof om dat bewezen kon worden dat de wederpartij kennis droeg van

de algemene voorwaarden.<sup>26</sup> De Hoge Raad lijkt de juistheid van dat oordeel in De Eendracht/Doens te bevestigen.

Na het arrest Geurtzen/Kampstaal ontstond feitelijk een nieuw gesloten systeem, opgebouwd uit drie mogelijkheden. De gebruiker dient de algemene voorwaarden tijdig aan de wederpartij ter hand te stellen (de eerste mogelijkheid), uitgezonderd de situaties waarin dat redelijkerwijs niet mogelijk is (de tweede mogelijkheid), of de wederpartij op het moment van het sluiten van de overeenkomst met het betreffende beding bekend is of geacht kan worden daarmee bekend te zijn (de derde mogelijkheid). De laatste mogelijkheid leek tot nu toe met name bedoeld voor die gevallen waarin de gebruiker van de algemene voorwaarden de wederpartij zelf over de algemene voorwaarden heeft geïnformeerd, maar dan op een manier die niet onder de omschrijving van art. 6:234 BW valt.

De Hoge Raad heeft daar in het onderhavige arrest De Eendracht/Doens een belangrijke nuancering aan toegevoegd door te oordelen dat de wederpartij zich ook niet op vernietigbaarheid op de voet van art. 6:233 sub b BW kan beroepen, wanneer de bekendheid van de wederpartij met de algemene voorwaarden of een daarin voorkomend beding niet door toedoen van de gebruiker maar op andere wijze is ontstaan.

### 8.2 Bekendheid: concrete benadering versus abstracte benadering

In de literatuur is wat de bekendheid met algemene voorwaarden betreft wel een onderscheid gemaakt tussen de concrete benadering en de abstracte benadering.

Bij de concrete benadering dient te worden onderzocht of sprake is van concrete aanwijzingen waaruit blijkt dat de wederpartij daadwerkelijk *inhoudelijk* met de voorwaarden bekend is of geacht kan worden bekend te zijn. Zie in dat verband de conclusie van A-G Wissink voor het arrest De Eendracht/Doens, waarin het verschil wordt genoemd tussen het slechts weten of kunnen weten dat er een arbitragebeding is opgenomen in de algemene voorwaarden (onvoldoende) en het weten of kunnen weten wat de inhoud van dat beding is (voldoende).<sup>27</sup>

Bij de abstracte benadering wordt veel minder gekeken naar concrete aanwijzingen waaruit blijkt dat de wederpartij daadwerkelijk met de inhoud bekend is of geacht kan worden bekend te zijn. Bekendheid kan al worden aangenomen indien de wederpartij zelf in de branche actief is of op regelmatige ba-

<sup>25</sup> HR 1 oktober 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2977, NJ 2000/207 m.nt. JH (Geurtzen/Kampstaal); HR 6 april 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB0901, NJ 2002/385 m.nt. HJS (VNP/Havrij).

<sup>26</sup> Rb. Noord-Holland 3 juni 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:5233 (Stichting Zuidrandflat/T&R Projectmanagement B.V.); Hof 's-Hertogenbosch 20 maart 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BV9577 (Tekholl/Veka Scheepsbouw B.V.).

<sup>27</sup> Concl. A-G Wissink, 22 april 2022, ECLI:NL:PHR:2022:388, par. 3.19.2. Zie tevens Jac. Hijma, noot onder HR 1 oktober 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2977, NJ 2000/207 (Geurtzen/Kampstaal), nr. 8; Wissink 2004, par. 6; Jac. Hijma, noot onder HR 11 februari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO7108, NJ 2011/571 (First Data/Attingo), nr. 9; Schelhaas 2011, p. 22.

sis transacties verricht met ondernemingen die in de branche actief zijn.<sup>28</sup>

A-G Wissink toont zich in zijn conclusie voor het arrest De Eendracht/Doens voorstander van de concrete benadering, nu die het beste aansluit bij de eerdergenoemde besluitvormingsfunctie, dossierfunctie en gedragsafstemmingsfunctie.<sup>29</sup> De in de formulering van de bekendheidsuitzondering besloten objectivering – ‘bekend zijn of geacht kan worden bekend te zijn’ – moet naar zijn mening in die zin worden opgevat, ‘dat een wederpartij ten aanzien van wie via de concrete benadering is vastgesteld dat zij over de algemene voorwaarden beschikt, maar van wie niet zeker is of zij de algemene voorwaarden ook heeft bestudeerd, kan worden geacht met die algemene voorwaarden bekend te zijn’.<sup>30</sup> Rinkes en Hendrikse zijn van mening dat hieronder ook de situatie begrepen is waarin de voorwaarden zozeer binnen het bereik van de wederpartij waren dat van haar kennisneming verwacht mocht worden.<sup>31</sup>

Ook Schelhaas lijkt geen voorstander te zijn van een abstracte bekendheidstoets.<sup>32</sup> Dit laat in haar visie te veel ruimte voor onzekerheid over de daadwerkelijke bekendheid met de algemene voorwaarden en zou daarmee een bron van geschillen kunnen vormen tussen partijen.

Van Wechem meent dat de bekendheidsuitzondering als zodanig niet in overeenstemming is met de in afdeling 6.5.3 BW beoogde rechtszekerheid.<sup>33</sup>

In lijn met de conclusie van A-G Wissink lijkt de concrete benadering het meest voor de hand te liggen, waarbij de objectivering (‘geacht kan worden bekend te zijn’) dan met name is gelegen in het feit dat het niet van belang is of ze ook daadwerkelijk zijn bestudeerd als vaststaat dat de wederpartij over de algemene voorwaarden beschikt.

### *8.3 Maakt het voor de toepassing van de bekendheidsuitzondering uit hoe deze bekendheid tot stand is gekomen?*

In De Eendracht/Doens staat de vraag centraal of het voor de toepassing van de bekendheidsuitzondering uitmaakt hoe deze bekendheid tot stand is gekomen. Deze vraag was eerder

al voorzien door Hijma in zijn annotatie bij Geurtzen/Kampstaal.

In De Eendracht/Doens is (1) de bekendheid van de wederpartij met de algemene voorwaarden niet te herleiden tot een toedoen van de gebruiker van de voorwaarden, heeft (2) de gebruiker van de voorwaarden ook niet van terhandstelling afgezien op de grond dat hij wist of mocht aannemen dat de wederpartij reeds over de voorwaarden beschikte, maar berust (3) de bekendheid van de wederpartij met de voorwaarden op, wat de gebruiker betreft, ‘toevallige’ omstandigheden waarvan de gebruiker achteraf kennis kreeg.<sup>34</sup> De Hoge Raad oordeelt in De Eendracht/Doens dat dit alles niet verhindert dat de gebruiker een beroep kan doen op de bekendheidsuitzondering.

In Geurtzen/Kampstaal werd door de Hoge Raad de bekendheidsformule breed geformuleerd. Vervolgens gaf de Hoge Raad twee voorbeelden die gelet op de gebruikte bewoording (‘valt bijvoorbeeld te denken’) niet limitatief waren bedoeld. De Hoge Raad oordeelde:

‘Een redelijke en op de praktijk afgestemde uitleg van art. 6:234 lid 1 brengt evenwel mee dat aan de strekking van de in die bepaling vervatte regeling eveneens recht wordt gedaan, indien de wederpartij zich tegenover de gebruiker ook niet op vernietigbaarheid van een beding in algemene voorwaarden kan beroepen, wanneer hij ten tijde van het sluiten van de overeenkomst met dat beding bekend was of geacht kon worden daarmee bekend te zijn. Daarbij valt bijvoorbeeld te denken aan het geval dat regelmatig gelijksoortige overeenkomsten tussen partijen worden gesloten, terwijl de algemene voorwaarden bij het sluiten van de eerste overeenkomst aan de wederpartij ter hand zijn gesteld en aan het geval van een van algemene voorwaarden deel uitmakende eenvoudige exoneration-clausule, die in een winkel of bedrijfsruimte op duidelijke wijze aan klanten wordt gepresenteerd. Ook kunnen zich omstandigheden voordoen waarin een beroep op art. 6:233 onder b en art. 234 lid 1 naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.’

In de voorbeelden die hier door de Hoge Raad werden gegeven, ging het om gevallen waarbij het de gebruiker zelf was die de wederpartij met de inhoud van de algemene voorwaarden in contact had gebracht. Annotator Hijma wijst op het feit dat

‘in zoverre kan worden gezegd, dat deze situaties zich in het verlengde bevinden van de in art. 6:234 lid 1 verkozen terhandstelling. In ieder geval sluiten zij rechtstreeks aan bij het principe van art. 6:233 sub b, dat de gebruiker aan de wederpartij een redelijke mogelijkheid moet hebben geboden om van de voorwaarden kennis te nemen.’

<sup>28</sup> M.H. Wissink, Terhandstelling van algemene voorwaarden: verschil in toepassing van de bekendheidsuitzondering op de wettelijke terhandstellingsplicht, *Contracteren* 2006, afl. 3, p. 63-64; Schelhaas 2011, par. 4.2.2.

<sup>29</sup> Concl. A-G Wissink, 22 april 2022, ECLI:NL:PHR:2022:388, par. 3.19.3.

<sup>30</sup> Zie ook Hijma, 2016/38; Jac. Hijma, noot onder HR 1 oktober 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2977, NJ 2000/207 (Geurtzen/Kampstaal), nr. 5; H.J. Sniijders, noot onder HR 6 april 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB0901, NJ 2002/385 (VNP/H.), nr. 2e; T. Hartlief, noot onder HR 6 april 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB0901, AA20020268 (VNP/H.), p. 273.

<sup>31</sup> Rinkes & Hendrikse 2017, p. 226-227.

<sup>32</sup> Schelhaas 2011, p. 22.

<sup>33</sup> T.H.M. van Wechem, *Toepasselijkheid van algemene voorwaarden*, Deventer: Kluwer 2007, nr. 96.

<sup>34</sup> Zie ook onderdeel 2 van het cassatiemiddel.



De annotator vroeg zich destijds echter al af hoe te oordelen over casusposities waarin de wederpartij het beding ten tijde van de contractsluiting kende ondanks het feit dat de gebruiker haar daarmee niet heeft geconfronteerd.

Het antwoord op deze vraag was geenszins een uitgemaakte zaak. Zo konden in de literatuur en rechtspraak drie opvattingen worden onderscheiden, die ook door A-G Wissink in zijn conclusie voor het arrest naar voren zijn gebracht.<sup>35</sup> Twee opvattingen bakenen de bekendheidsuitzondering af aan de hand van de positie van de gebruiker. Een derde opvatting bakent de bekendheidsuitzondering af aan de hand van de positie van de wederpartij.

*a. Is de bekendheid van de wederpartij met de algemene voorwaarden te herleiden tot een toedoen van de gebruiker van de voorwaarden?*

Volgens de eerste opvatting dient de kennis van de algemene voorwaarden bij de wederpartij door toedoen van de gebruiker te zijn ontstaan.<sup>36</sup> Dit was ook het geval in de twee voorbeelden die de Hoge Raad gaf in het arrest Geurtzen/Kampstaal.<sup>37</sup> Deze opvatting valt te verdedigen doordat deze aansluit bij het stelsel van art. 6:233 sub b en 6:234 lid 1 BW. In art. 6:233 sub b BW is bepaald dat het de gebruiker is die aan de wederpartij een redelijke mogelijkheid moet hebben geboden om van de algemene voorwaarden kennis te nemen. Uit art. 6:234 BW blijkt dat de gebruiker van de algemene voorwaarden het initiatief moet nemen om deze aan zijn wederpartij bekend te maken of – indien dit niet mogelijk is – aan de wederpartij bekend te maken waar de voorwaarden kunnen worden gevonden en dat zij op verzoek zullen worden toegezonden. In lijn met het arrest First Data/Attingo kan worden bepleit dat uit het systeem van art. 6:234 BW volgt dat de gebruiker het initiatief moet nemen om de algemene voorwaarden bekend te maken aan de wederpartij. De opvatting bakent de bekendheidsuitzondering af aan de hand van de positie van de gebruiker.

*b. Heeft de gebruiker van de voorwaarden van terhandstelling afgezien op de grond dat hij wist of mocht aannemen dat de wederpartij reeds over de voorwaarden beschikte?*

Volgens de tweede opvatting is het niet nodig dat de kennis van de algemene voorwaarden bij de wederpartij door toedoen van de gebruiker is ontstaan, mits de gebruiker bij het aangaan van de overeenkomst wist of mocht aannemen dat zijn wederpartij bekend was met de algemene voorwaarden. Steun voor deze opvatting zou ook in de parlementaire geschiedenis kunnen worden gevonden, doordat in de toelichting is te vinden

dat het niet in overeenstemming met de redelijkheid en billijkheid zou zijn om van de gebruiker te vragen de algemene voorwaarden nog een keer toe te sturen in het geval waarin de wederpartij zonder toedoen van de gebruiker bekend is met de algemene voorwaarden en de gebruiker dit weet.<sup>38</sup> Volgens deze opvatting zou aan de geest van art. 6:233 sub b BW zijn voldaan als de gebruiker ten tijde van de totstandkoming van de overeenkomst wist of mocht aannemen dat de wederpartij de voorwaarde(n) kende of in handen had, en de gebruiker ze juist om die reden niet ter hand heeft gesteld.<sup>39</sup> Ook deze opvatting bakent de bekendheidsuitzondering af aan de hand van de positie van de gebruiker. Nu uit de wet volgt dat de gebruiker verantwoordelijk is voor de informatieverschaffing over de algemene voorwaarden, ziet de bekendheidsuitzondering alleen op die gevallen waarin blijkt dat de gebruiker zich voor de informatieverschaffing verantwoordelijk heeft getoond of in het specifieke geval op goede gronden mocht aannemen daarvoor niet meer verantwoordelijk te zijn.

*c. Berust de bekendheid van de wederpartij met de voorwaarden op, wat de gebruiker betreft, 'toevallige' omstandigheden waarvan de gebruiker achteraf kennis kreeg?*

Volgens de derde en laatste opvatting doet het er niet toe hoe de kennis bij de wederpartij is ontstaan.<sup>40</sup> In de situatie waarin de wederpartij bekend is met de algemene voorwaarden of geacht kan worden daarmee bekend te zijn, is aan de ratio van de wettelijke bepalingen voldaan en wordt ook recht gedaan aan de eerder besproken functies van de informatieplicht, te weten de besluitvormingsfunctie, dossierfunctie en gedragsafstemmingsfunctie. Dit past bij een concrete invulling van de bekendheidsuitzondering. In zijn conclusie voor het arrest sluit A-G Wissink zich aan bij de derde en laatste opvatting. Overigens zullen in de praktijk de drie opvattingen niet altijd tot verschillende uitkomsten leiden. In Geurtzen/Kampstaal overweegt de Hoge Raad dat zich omstandigheden kunnen voordoen waarin een beroep op de vernietigbaarheid van de algemene voorwaarden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Veel auteurs die de derde opvatting in principe verwerpen, achten vervolgens de toevallige bekendheid van de wederpartij met de voorwaarden wel relevant of zelfs in beginsel doorslaggevend bij een beroep van de gebruiker op het feit dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is om een beroep te doen op de ver-

35 Concl. A-G Wissink, 22 april 2022, ECLI:NL:PHR:2022:388, par. 3.21.

36 Zie bijv. Hof 's-Hertogenbosch 22 juli 2003, ECLI:NL:GHSHE:2003:AL1831.

37 Al dient wel te worden vermeld dat uit het arrest Geurtzen/Kampstaal niet volgt dat deze voorbeelden limitatief bedoeld zijn. Tevens bevat de formulering van de bekendheidsuitzondering in dit arrest niet het vereiste van een toedoen.

38 Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 6 1990 (VC II Inv. 28 januari 1985), p. 1612.

39 Jac. Hijma, noot onder HR 1 oktober 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2977, NJ 2000/207 (Geurtzen/Kampstaal), nr. 5. Zie ook T. Hartlief in zijn annotatie onder HR 6 april 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB0901, AA20020268 (VNP/H.), p. 273.

40 Zie bijv. H.J. Snijders, noot onder HR 6 april 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB0901, NJ 2002/385 (VNP/H.), nr. 2d; Wissink 2006, p. 65; 2004, p. 149; Schelhaas 2011, par. 4.2.2; zie ook Hof Amsterdam 14 juli 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BK7325, r.o. 4.4; Hof 's-Gravenhage 12 januari 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BP5512, r.o. 14; Hof 's-Hertogenbosch 20 maart 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BV9577, r.o. 4.10.8.

nietigbaarheid van de algemene voorwaarden (art. 6:248 lid 2 BW).<sup>41</sup>

De Hoge Raad heeft in het onderhavige arrest De Eendracht/Doens een definitief antwoord gegeven op de vraag hoe te oordelen over casusposities waarin de wederpartij het beding ten tijde van de contractsluiting kende ondanks het feit dat de gebruiker haar daarmee niet heeft geconfronteerd. De Hoge Raad overweegt dat de bekendheidsuitzondering erop berust dat wanneer de wederpartij bekend is of geacht kan worden bekend te zijn met de algemene voorwaarden van de gebruiker of een daarin voorkomend beding, recht wordt gedaan aan de strekking van art. 6:234 BW. De Hoge Raad oordeelt dat dit niet anders wordt wanneer de bekendheid van de wederpartij met de algemene voorwaarden of een daarin voorkomend beding niet door toedoen van de gebruiker maar op andere wijze is ontstaan. Ook in dat geval kan de wederpartij zich daarom niet op vernietigbaarheid op de voet van art. 6:233 sub b BW beroepen.

De Hoge Raad verwerpt met zijn oordeel de onder a besproken opvatting dat de kennis van de algemene voorwaarden bij de wederpartij door toedoen van de gebruiker dient te zijn ontstaan. Ook verwerpt de Hoge Raad de onder b besproken opvatting dat het niet nodig is dat de kennis van de algemene voorwaarden bij de wederpartij door toedoen van de gebruiker is ontstaan, mits de gebruiker bij het aangaan van de overeenkomst wist of mocht aannemen dat zijn wederpartij bekend was met de algemene voorwaarden. Daarmee volgt de Hoge Raad de onder c besproken opvatting, die erop neerkomt dat het er niet toe doet hoe de kennis bij de wederpartij is ontstaan.

Het oordeel van de Hoge Raad is goed verdedigbaar, nu het arrest Geurtzen/Kampstaal een concrete invulling van de bekendheidsuitzondering toelaat en niet duidelijk is welk doel de nadere vereisten die in de eerste twee opvattingen worden gesteld nog dienen, als achteraf vaststaat dat de wederpartij met de algemene voorwaarden bekend was of kon worden geacht daarmee bekend te zijn.<sup>42</sup> De belangen van de wederpartij behoeven ook geen bescherming meer indien de wederpartij reeds bekend is met de voorwaarden of geacht kan worden daarmee bekend te zijn. Vernietigbaarheid van de algemene voorwaarden wegens schending van de informatie- en terhandstellingsplicht is in die situatie dan ook niet nodig, nu de belangen van de wederpartij al beschermd zijn. De bekendheid van de wederpartij met de algemene voorwaarden dient dan ook zwaarder te wegen dan het feit dat die bekendheid niet is te herleiden tot een toedoen van de gebruiker dan wel een aan-

name van de gebruiker dat de wederpartij al met de voorwaarden bekend is.<sup>43</sup>

Daar komt nog eens bij dat het niet goed uitlegbaar is om bij de toepassing van de bekendheidsuitzondering voor partijen die niet onder de Dienstenrichtlijn vallen extra eisen te stellen, als gevolg waarvan het verschil met de door art. 6:230c BW bestreken gevallen alleen maar wordt vergroot.<sup>44</sup>

## 9 Conclusie

De reikwijdte van de bekendheidsuitzondering is met het arrest De Eendracht/Doens verder vergroot. Het doet er niet toe hóé een wederpartij met bepaalde algemene voorwaarden van een gebruiker bekend is geworden. Het gaat er slechts om dát zij met de voorwaarden bekend is of bekend kan worden geacht. Een ‘toedoen’ van de gebruiker is niet vereist. In die zin is sprake van een verdere opkomst van de bekendheidsuitzondering. Tegelijkertijd is sprake van een afnemend toepassingsbereik (de ‘ondergang’) van de terhandstellingsplicht, nu er steeds meer uitzonderingen bestaan op de hoofdregel van terhandstelling.

Met name in het geval de gebruiker vergeten is de algemene voorwaarden naar de wederpartij te sturen, kan het in de praktijk interessant zijn om via zoekmachines zoals Google en via social media zoals LinkedIn te kijken in hoeverre de wederpartij van de gebruiker bekend is of geacht kan worden bekend te zijn met de algemene voorwaarden. Dat zal met name bij branchevoorwaarden het verschil kunnen maken tussen winnen of verliezen.

<sup>41</sup> Jac. Hijma, noot onder HR 1 oktober 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2977, NJ 2000/207 (Geurtzen/Kampstaal), nr. 5; Hijma 2016/38; Rinkes & Hendrikse 2017, par. 8.3 en 8.16; T. Hartlief, noot onder HR 6 april 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB0901, AA20020268 (VNP/H.), p. 273.

<sup>42</sup> Concl. A-G Wissink, 22 april 2022, ECLI:NL:PHR:2022:388, par. 3.25 en 3.27.

<sup>43</sup> Concl. A-G Wissink, 22 april 2022, ECLI:NL:PHR:2022:388, par. 3.27.

<sup>44</sup> Concl. A-G Wissink, 22 april 2022, ECLI:NL:PHR:2022:388, par. 3.27.