

Actualia

contractspraktijk

LEERSTUKKEN

Twee arresten over bewijslast en algemene voorwaarden (HR 21 september 2007, NJ 2007, 565 en HR 11 juli 2008, LJN: BD1394, C07/012HR)

De vraag of algemene voorwaarden rechtsgeldig op een overeenkomst van toepassing zijn, laat zich, zelfs zestien jaar na invoering van het Burgerlijk Wetboek, nog niet eenduidig beantwoorden. Onderscheid dient te worden gemaakt tussen de acceptatie van de gelding van de algemene voorwaarden door de wederpartij en het eventuele recht van kleine – in Nederland gevestigde – wederpartijen (zie art. 6:235 lid 1 BW) om de algemene voorwaarden van de (eveneens in Nederland gevestigde) gebruiker van algemene voorwaarden te vernietigen, wanneer deze gebruiker niet aan zijn informatieplicht jegens die wederpartij heeft voldaan. In het kort: de informatieplicht brengt mee dat de gebruiker de wederpartij tijdig voldoende gelegenheid moet hebben geboden om van de inhoud van de algemene voorwaarden kennis te nemen.

Vaak worden de vraag rond acceptatie van de gelding van de algemene voorwaarden en het voldoen aan de informatieplicht door elkaar gehaald. In ieder geval is er processueel een verschil. Bij vragen omtrent acceptatie van de algemene voorwaarden wordt de acceptatie betwist en zijn de algemene voorwaarden, wanneer het verweer van de wederpartij wordt gehonoreerd, niet toepasselijk (de wederpartij heeft immers de gelding van de algemene voorwaarden niet aanvaard). Bij algemene voorwaarden die zijn aanvaard, kan de wederpartij als de gebruiker zijn informatieplicht heeft geschonden, de vernietiging van de (desbetreffende) algemene voorwaarde(n) inroepen, waardoor de voorwaarden – wanneer de wederpartij op dat punt succesvol is – alsnog niet van toepassing zijn.

In de parlementaire behandeling noch in de rechtspraak van de Hoge Raad is de vraag aan de orde gekomen wie bij het vermeend schenden van de informatieplicht wat moet bewijzen.

Dient de gebruiker bij betwisting aan te tonen en te bewijzen dat hij de algemene voorwaarden tijdig aan de wederpartij heeft verstrekt of dient de wederpartij aan te tonen dat zij deze niet heeft ontvangen? Praktisch beschouwd lijkt dat bewijs door de wederpartij zo goed als onmogelijk te leveren. Hoe kan zij immers bewijzen dat zij de voorwaarden *niet* heeft ontvangen? Zij zou dan iedere dag haar post in bijzijn van getuigen moeten openen? Ook de vraag hoe de gebruiker van de algemene voorwaarden zou moeten bewijzen dat hij de algemene voorwaarden ter hand heeft gesteld, laat zich niet eenvoudig beantwoorden. Hoe kan de gebruiker het bewijs leveren? Is een standaardverklaring van de gebruiker daartoe voldoende? Uit de rechtspraak blijkt dat rechters met standaard verwijzingsclausules de nodige problemen hebben. Soms werden deze genegeerd omdat de rechter deze als een ‘verklaringsfictie’ beschouwt waaraan geen bewijskracht toekomt, in andere gevallen wordt die clausule (mijns inziens ten onrechte) zelf als algemene voorwaarde bestempeld en als onredelijk bezwarend vernietigd (zie voor vindplaatsen T.H.M. van Wechem, Toepasselijkheid van algemene voorwaarden (diss. UL), Deventer: Kluwer 2007 p. 47 en p. 48 en de conclusie van A-G Spier voor het te bespreken arrest van 21 september 2007).

De Hoge Raad heeft in het navolgende arrest van 21 september 2007, een aanzet tot beantwoording van de hiervoor opgeworpen vragen gegeven, maar dit arrest was nog niet geheel duidelijk op het punt van de bewijslastverdeling. Deze onduidelijkheid is weggenomen in het arrest van 11 juli 2008 dat daarna wordt behandeld. Vanwege het belang van dit onderwerp zal ik beide arresten in het kort bespreken (het arrest van 21 september is ook door Coen Drion en mij in het begin van dit jaar in de NJB Kroniek stand van het recht besproken (NJB 2008, p. 933-948)).

Hoge Raad 21 september 2007

De casus ging over het volgende. Verweerster in cassatie had op 31 oktober 1997 een (eerste) offerte uitgebracht. Op die offerte maakte zij uitdrukkelijk melding van de toepasselijkheid van de ALIB-voorwaarden op al haar aanbiedingen en deelde zij mee dat een exemplaar van de voorwaarden op verzoek zal worden toegezonden. Bij brief van 18 april 1998 heeft verweerster aan eiseres een offertebevestiging toegezonden. Aan het slot vermeldde deze brief: ‘Meegezonden is tevens een exemplaar van onze leveringsvoorwaarden.’ Deze offertebevestiging is door eiseres voor akkoord ondertekend. Het hof oordeelde dat, mede omdat reactie van de eiseres was uitgebleven, tussen partijen vaststond dat verweerster (de gebruiker van de algemene voorwaarden) deze aan de wederpartij had verstrekt.

Eiseres betwist dat de voorwaarden waren bijgesloten en stelt dat het op de weg van verweerster lag te bewijzen dat die voorwaarden wél waren bijgesloten bij de offertebevestiging. Het feit dat artikel 6:234 BW (de invulling van de informatieplicht) van dwingend recht is, brengt mee dat artikel 157 lid 2 Rv niet van toepassing is op de vraag of de ALIB-voorwaarden aan eiseres tijdig ter hand zijn gesteld. Enkel stilzitten van eiseres door niet te protesteren, is onvoldoende om aan te nemen dat verweerster in dit bewijs is geslaagd, aldus de eiser in cassatie.

De Hoge Raad oordeelt anders, maar vangt zijn oordeel aan met partijen erop te wijzen dat in het middel niet duidelijk wordt onderscheiden tussen de vragen of de ALIB-voorwaarden tussen partijen van toepassing zijn geworden, en of het in deze voorwaarden opgenomen exoneratiebeding vernietigbaar is op de in artikel 6:233, aanhef en onder b, in verbinding met artikel 6:234 lid 1, onder a, BW bedoelde grond. De Hoge Raad vervolgt door aan te geven dat het antwoord op de vraag of de algemene voorwaarden die door een partij bij een overeenkomst worden gebruikt, op die overeenkomst van toepassing zijn geworden, volgt uit de in het algemeen geldende regels voor aanbod en aanvaarding, zoals deze zijn te begrijpen in het licht van de artikelen 3:33 en 3:35 BW en dat de artikelen 6:233 en 6:234 BW betrekking hebben op de daarvan te onderscheiden vraag of, en zo ja, onder welke voorwaarden, een beding uit algemene voorwaarden die op de voet van vorenstaande regels tussen partijen van kracht zijn geworden, kan worden vernietigd.

De A-G oordeelt tot vernietiging van het arrest en merkt op dat ook voor zover zou moeten worden aangenomen dat de bevestiging is verstuurd ná het sluiten van de overeenkomst, het oordeel van het hof in zijn algemeenheid zou berusten op een onjuiste rechtsopvatting nu het heeft aangenomen dat de gebruiker aan zijn informatieplicht had voldaan. Echter, het middel – zo ook geeft de A-G aan – behelste op dat punt geen klacht. Desondanks is de A-G van mening dat de enkele mededeling op de offertebevestiging dat de algemene voorwaarden zijn meegezonden, in dit geval onvoldoende is om daaraan de conclusie te verbinden dat dat ook daadwerkelijk is geschied. Een andersluidend oordeel zou volgens de A-G afbreuk doen aan de functie van artikel 6:234 BW. De Hoge Raad is het hiermee oneens en bepaalt dat het hof door onder deze omstandigheden te oordelen dat het in de ALIB-voorwaarden opgenomen exoneratiebeding niet vernietigbaar is omdat ervan moet worden uitgegaan dat deze voorwaarden samen met de offertebevestiging, dus nog voor het sluiten van de overeenkomst, aan eiseres ter hand zijn gesteld, niet van een onjuiste rechtsopvatting blijkt heeft gegeven en dat het hof kennelijk met toepassing van artikel 157 lid 2 Rv geoordeeld heeft dat de terhandstelling van de ALIB-voorwaarden aan eiseres in de zin van artikel 6:234 lid 1, aanhef en onder a BW, tussen partijen vaststaat. De Hoge Raad wijst er apart op dat het hof hierbij mede beslissend heeft geacht dat eiseres zonder voorbehoud of protest de offertebevestiging van verweerster ondertekend heeft, waarin is vermeld dat een exemplaar van deze algemene voorwaarden werd meegezonden. Volgens de Hoge Raad staan de artikelen 6:233 en 6:234 BW niet aan dit oordeel in de weg. Zij regelen immers wat de gevolgen zijn indien de algemene voorwaarden niet tijdig aan de wederpartij ter hand zijn gesteld. Zij hebben niet betrekking op de daaraan voorafgaande vraag of moet worden aangenomen dat die voorwaarden tijdig aan de wederpartij ter hand zijn gesteld.

Opvallend I

De zaak is atypisch, omdat de eiser in cassatie de offertebevestiging waarin was opgenomen dat de algemene voorwaarden waren bijgesloten, ondertekend heeft teruggestuurd. Er lijkt dan ook weinig reden om het oordeel van het hof als onjuist te *moeten* bestempelen, het is te feitelijk. Toch lijkt het erop dat de Hoge Raad van mening is dat de *bewijslast* ter zake het ter beschikking stellen van de algemene voorwaarden aan de zijde van gebruiker van de algemene voorwaarden moet worden gelegd. Hoewel dat niet afzonderlijk door de Hoge Raad aan de orde is gesteld, lijkt het arrest die kant op te wijzen.

De A-G wordt niet door de Hoge Raad gevolgd in zijn mening dat aan de functie van artikel 6:234 BW afbreuk wordt gedaan wanneer een verwijzingsclausule waarin is vermeld dat de algemene voorwaarden zijn bijgesloten, niet afdoende zou zijn in het kader van de terhandstellingsnorm, zonder dat dan nog (anderszins) zou moeten worden aangetoond dat dit daadwerkelijk is geschied. De Hoge Raad geeft mijns inziens mede hierom expliciet aan dat de artikelen 6:233 en 6:234 BW en de daaraan ten grondslag liggende beschermingsgedachte niet bedoeld zijn om aan te geven *wanneer* de algemene voorwaarden ter hand zijn gesteld doch dat deze artikelen slechts de gevolgen aangeven wanneer een rechter oordeelt dat zulks (niet tijdig) is geschied. De bewijsnormering ligt derhalve niet in deze artikelen omsloten, zo begrijp ik ons hoogste rechtscollege.

Hoge Raad 11 juli 2008

In dit arrest van 11 juli waren de omstandigheden in verband met de algemene voorwaarden vergelijkbaar met die van de casus van het hiervoor omschreven arrest. Koper koopt van Atria Management B.V. ('Atria') een machine waarmee bloembollen volgens een bepaald procedé (het procerno-inweekproces) kunnen worden gereinigd. Op basis van een offerte van 20 april 1998 heeft koper voor een bedrag van f843.480 (exclusief 17,5% btw) deze inweek-, spoel- en naspoelmachine gekocht. In de door koper ondertekende opdrachtbevestiging van 23 april 1998 is vermeld: 'Op al onze overeenkomsten zijn onze algemene verkoopvoorwaarden van toepassing. Bij ondertekening verklaart ondergetekende de algemene voorwaarden te hebben gelezen en akkoord te hebben bevonden.'

De koper lijdt schade doordat bloembollen die hij aan onder meer aan Japanse afnemers heeft geleverd na reiniging verminderde kiemkracht vertonen. Ter afwering van aansprakelijkheid beroept Atria zich op haar algemene voorwaarden en de koper beroept zich op de vernietiging daarvan, omdat aan hem geen redelijke mogelijkheid was geboden om van deze algemene voorwaarden kennis te nemen als bedoeld in artikel 6:233, aanhef en onder b, en artikel 6:234 lid 1, onder a, BW. De voorwaarden waren immers – aldus de koper – ten tijde van het aangaan van de overeenkomst niet aan hem overhandigd, niet bij de offerte gevoegd en waren nimmer toegezonden, zodat hij voorafgaand aan de ondertekening van de opdrachtbevestiging daarvan dan ook niet heeft kunnen kennismaken.

Van belang hierbij is dat de koper – aan de zeer late kant, namelijk bij pleidooi in appèl – bewijs heeft aangeboden van zijn stelling dat hij de algemene voorwaarden niet overhandigd heeft gekregen voor of bij het sluiten van de overeenkomst.

Het hof heeft het primaire verweer van de koper dat de voorwaarden niet van toepassing zijn omdat Atria deze niet ter hand heeft gesteld, als ‘onvoldoende gemotiveerd’ verworpen in het licht van de – hiervoor aangehaalde vermelding op de – opdrachtbevestiging en de ondertekening daarvan.

De Hoge Raad oordeelde hierover dat het hof kennelijk – en terecht – van oordeel is geweest dat de bewijslast omtrent de door koper met een beroep op het bepaalde in artikel 6:234 lid 1, aanhef en onder a, in verbinding met artikel 6:233, aanhef en onder b, BW betwiste terhandstelling van de algemene voorwaarden voor of bij het sluiten van de overeenkomst, op de verkoper (Atria) rust. Het hof heeft voorts kennelijk, op de voet van artikel 157 lid 2 Rv, geoordeeld dat Atria dat bewijs heeft geleverd met de door de koper ondertekende verklaring, aldus de Hoge Raad. Echter, volgens de Hoge Raad werd er terecht over geklaagd dat het hof de koper had moeten toelaten tot het leveren van het tegenbewijs dat hij de algemene voorwaarden van Atria niet voor of bij het sluiten van de overeenkomst ter hand gesteld had gekregen. Hetgeen de koper in de gedingstukken heeft aangevoerd in het kader van deze betwisting liet immers geen andere gevolgtrekking toe dan dat hij uitdrukkelijk heeft aangeboden dat tegenbewijs bij te brengen.

In deze procedure was nog een saillant detail dat de verwijzingsclausule deels luidde dat de koper bij ondertekening verklaarde de algemene voorwaarden te hebben gelezen en akkoord te hebben bevonden. Strikt genomen zegt dat niets over een eventuele *ontvangst* van de voorwaarden door de koper. Dat ligt er enkel impliciet in besloten. De Hoge Raad heeft dit punt omzeild door erop te wijzen dat het middel er niet over heeft geklaagd dat het hof de clausule kennelijk zo had uitgelegd.

Opvallend II

Ook in deze zaak ging het om een geval waarbij de offertebevestiging met een verwijzing naar (vermeend) bijgesloten algemene voorwaarden getekend is geretourneerd. In mijn praktijk zijn dit

soort gevallen eerder uitzondering dan regel. De rechters houden dus in ieder geval de nodige vrijheid om vast te stellen of het bewijs is geleverd in de gevallen waarbij een verklaring dat de algemene voorwaarden zijn bijgesloten, niet ondertekend is geretourneerd aan de gebruiker. Uit dit arrest kan wel worden afgeleid dat ook op het punt van de terhandstelling van algemene voorwaarden het eventueel uitdrukkelijk aanbieden van tegenbewijs niet mag worden genegeerd. Ik vraag mij echter wel af of, en zo ja, op welke wijze de wederpartij in een geval als het onderhavige het tegenbewijs kan leveren.

Voor gebruikers lijkt het – althans in een papierenomgeving – nog altijd het meest veilig om de algemene voorwaarden op de achterzijde van hun briefpapier af te drukken en op de voorzijde deze van toepassing te verklaren én ernaar te verwijzen dat deze op de achterzijde zijn afgedrukt. Het is mijn ervaring dat met de huidige printtechnieken een gebruiker van algemene voorwaarden veel informatie – en goed leesbaar – op één A4 kan afdrukken.

Een nader punt van aandacht in deze context is het nieuwe wetsvoorstel ter zake (onder meer) artikel 6:234 BW (Wijziging van enige bepalingen van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en het Burgerlijk Wetboek teneinde naast het in deze bepalingen gestelde vereiste van schriftelijkheid ook ruimte te bieden aan de ontwikkelingen op het gebied van het elektronisch verkeer nr. 31.358). Het wetsvoorstel biedt de mogelijkheid om algemene voorwaarden ook langs elektronische weg ter beschikking te stellen als de overeenkomst niet langs elektronische weg tot stand komt. In dat geval is volgens het beoogde lid 3 van de bepaling wel de *uitdrukkelijke* instemming van de wederpartij nodig. Een norm die ook bewijsrechtelijk wellicht wel wat voeten in de aarde zal hebben. Wanneer is namelijk een instemming uitdrukkelijk? Het is te hopen dat de wetgever die norm nog nader zal gaan uitleggen voordat het wetsvoorstel eventueel wordt aangenomen.

T.H.M. van Wechem