

# Artikel

## De rafelranden van de vernietiging van algemene voorwaarden

Mr. drs. J.H.M. Spanjaard\*

### 1. Inleiding

2 Een onderwerp dat de praktijk op het gebied van algemene voorwaarden blijft bezighouden is de informatieplicht van artikel 6:233 onder b Burgerlijk Wetboek (BW). Op grond van deze bepaling is de gebruiker van de algemene voorwaarden verplicht zijn wederpartij te informeren over de inhoud van de algemene voorwaarden. Hoe aan die informatieplicht moet worden voldaan, is nader uitgewerkt in de artikelen 6:234 BW en – voor dienstverrichters in de zin van de Dienstenrichtlijn – in artikel 6:230c BW.

Aan de informatieplicht wordt dikwijls niet voldaan, wat dan de wederpartij het recht geeft de algemene voorwaarden te vernietigen. De gebruiker heeft een viertal escapes om het vege lijf te redden van vernietiging van zijn algemene voorwaarden, als deze wordt gegrond op artikel 6:233 onder b BW:

1. De wederpartij is een grote wederpartij in de zin van artikel 6:235 lid 1 BW.
2. De wederpartij gebruikt zelf dezelfde of nagenoeg dezelfde set algemene voorwaarden (artikel 6:235 lid 3 BW).
3. De wederpartij is een in het buitenland gevestigde professionele wederpartij (artikel 6:247 lid 2 BW).
4. Het is naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar dat de wederpartij zich op vernietiging van de algemene voorwaarden beroept.

\* Mr. drs. J.H.M. Spanjaard is advocaat onder de naam family LAW advocatuur en honorair universitair docent aan het Molengraaff Instituut van de Universiteit Utrecht.

Opmerking verdient dat artikel 6:230c BW niet door artikel 6:235 BW en artikel 6:247 lid 2 BW bestreken wordt. Afdeling 6.5.2A BW, waarin artikel 6:230c BW is geplaatst, kent evenwel geen zelfstandige vernietigingsgrond.

Met uitzondering van ontsnappingsmogelijkheid 2 zijn in 2022 relevante arresten over de ontsnappingsmogelijkheden geweest. Die arresten en hun achtergrond komen in deze bijdrage aan de orde. Daarnaast verscheen op 6 januari 2023 een conclusie van P-G Wissink over de vraag of groothandelsleveranciers dienstverrichters in de zin van artikel 6:230a BW zijn en (dus) de algemene voorwaarden op een van de wijzen zoals voorzien in artikel 6:230c BW ter beschikking mogen stellen.<sup>1</sup>

### 2. Informatieplicht: hoe zat het ook alweer en is een groothandelsleverancier een dienstverrichter?

#### 2.1 Informatieplicht – korte inleiding

In de rechtspraak komen veel zaken voor waarin de wederpartij de gelding van algemene voorwaarden tracht aan te tasten door te stellen dat deze niet zijn ter hand gesteld conform het bepaalde in artikel 6:233 onder b BW in combinatie met artikel 6:234 BW.

Artikel 6:234 BW is in 1992 ingevoerd als onderdeel van titel 6.5.3 BW. Het artikel bepaalt hoe de gebruiker van algemene voorwaarden aan zijn wederpartij kennis

1 Conclusie P-G Wissink 16 december 2022, ECLI:NL:PHR:2022:1194.

moet geven van de algemene voorwaarden.<sup>2</sup> Anno 1992 was internet nog geen gemeengoed en werd uitsluitend in de offline wereld zaken gedaan.

Het uitgangspunt van de informatieplicht van algemene voorwaarden is dat algemene voorwaarden ter hand moeten worden gesteld.<sup>3</sup> Pas indien dit niet mogelijk is, of redelijkerwijze niet van de gebruiker van de algemene voorwaarden kan worden gevergd, kan de gebruiker volstaan met verwijzing naar de deponeringsplaats van de algemene voorwaarden, aldus artikel 6:234 BW in 1992.

Hieruit volgt een vergaande informatieplicht voor de gebruiker: hij moet er actief voor zorgen dat zijn algemene voorwaarden onder de aandacht van zijn wederpartij worden gebracht. In beginsel diende dit plaats te vinden door de algemene voorwaarden fysiek ter beschikking te stellen. Uitgangspunt van deze regeling was dat de wederpartij zo veel mogelijk duidelijkheid werd geboden: door de voorwaarden ter hand te stellen kon de wederpartij ze lezen en was haar duidelijk waar zij zich aan bond, en kon zij er ook voor opteren om de transactie niet aan te gaan.

Dat laatste is ook negatief wettelijk verankerd: het niet-lezen van de algemene voorwaarden komt voor rekening en risico van de wederpartij. De wederpartij kan de gebruiker van de algemene voorwaarden geen onbekendheid met de algemene voorwaarden tegenwerpen, ook niet als de gebruiker weet dat de wederpartij de algemene voorwaarden niet heeft gelezen.<sup>4</sup>

## 2.2 De inhoud van artikel 6:234 BW

Artikel 6:234 BW telt drie leden. Het eerste lid is gewijd aan de overeenkomsten die niet langs elektronische weg tot stand zijn gekomen en is gelijklopend aan het tot 2010 geldende artikel 6:234 lid 1 onder a en b en lid 2 (oud) BW. Uitgangspunt blijft terhandstelling van de algemene voorwaarden. Maar indien terhandstelling redelijkerwijze niet mogelijk is, mag de gebruiker van de algemene voorwaarden volstaan met een verwijzing naar de plaats van deponering, vergezeld van de mededeling dat de algemene voorwaarden op eerste verzoek kosteloos worden toegezonden.<sup>5</sup> Als de algemene voorwaarden na een dergelijk verzoek niet worden toegezonden, kunnen ze alsnog worden vernietigd.

Lid 2 heeft betrekking op de mogelijkheden van terhandstelling van de algemene voorwaarden bij langs elektronische weg tot stand gekomen overeenkomsten. De wijze van terhandstelling is gelijk aan de wijze die was neergelegd in het tot 2010 geldende artikel 6:234 lid 1 onder c (oud) BW. De algemene voorwaarden dienen ter beschikking te worden gesteld op een wijze die de wederpartij in staat stelt de algemene voorwaarden op te slaan en later (op ieder gewenst moment) te reproduceren.<sup>6</sup> Als dit niet mogelijk is, mag worden volstaan met verwijzing naar het (web)adres waar de algemene voorwaarden kunnen worden ingezien, vergezeld van de mededeling dat de algemene voorwaarden op eerste verzoek langs elektronische weg worden toegezonden.

Lid 3 bepaalt dat de kennisgeving langs elektronische weg ook kan worden toegepast op overeenkomsten die niet langs elektronische weg tot stand zijn gekomen. Dit is een novum ten opzichte van artikel 6:234 (oud) BW. Lid 3 bepaalt dat in een dergelijk geval de uitdrukkelijke instemming van de wederpartij vereist is. De wetgever beoogde hiermee te voorkomen dat wederpartijen zonder internet aan algemene voorwaarden worden gebonden zonder dat zij de mogelijkheid hebben van de algemene voorwaarden kennis te nemen.<sup>7</sup> In het nieuwe artikel 6:234 BW kwam een verwijzing naar artikel 6:230c BW voor dienstverleningsovereenkomsten niet voor. Aangenomen werd dat dit een omissie betrof.<sup>8</sup> Deze omissie van de wetgever is per 1 januari 2012 hersteld. Door middel van een op 27 oktober 2011 aangenomen veegwet is artikel 6:234 BW per 1 januari 2012 aangepast.<sup>9</sup> De wijziging voorziet in een verwijzing naar de Dienstenrichtlijn in artikel 6:234 lid 1 BW. Artikel 6:234 lid 1 BW luidt sinds 1 januari 2012:

‘De gebruiker heeft aan de wederpartij de in artikel 233 onder b bedoelde mogelijkheid geboden, indien hij de algemene voorwaarden voor of bij het sluiten van de overeenkomst aan de wederpartij ter hand heeft gesteld, de voorwaarden overeenkomstig de in artikel 230c voorziene wijze heeft verstrekt of, indien dit redelijkerwijs niet mogelijk is, voor de totstandkoming van de overeenkomst aan de wederpartij heeft bekend gemaakt dat de voorwaarden bij hem ter inzage liggen of bij een door hem opgegeven Kamer van Koophandel en Fabrieken of een griffie van een gerecht zijn gedeponeerd, alsmede dat zij op verzoek zullen worden toegezonden. Indien de voorwaarden niet voor of bij het sluiten van de overeenkomst aan de wederpartij ter hand zijn gesteld, zijn de bedingen tevens vernietigbaar indien de gebruiker de voorwaarden niet op verzoek van de wederpartij onverwijld op zijn kosten aan haar toezendt. Het om-

2 Deze verplichting vloeit voort uit art. 6:233 sub b BW.

3 Nader over dit onderwerp o.a. T.H.M. van Wechem, Toepasselijkheid van algemene voorwaarden (dissertatie Universiteit Leiden), Deventer: Kluwer 2007, p. 46-58; J.G.J. Rinkes & M.L. Hendrikse, Algemene vernietigingsgronden; de informatieplicht, in: R.H.C. Jongeneel, B. Wessels, R.H.C. Jongeneel & M.L. Hendrikse (red.), Algemene voorwaarden, Deventer: Kluwer 2017, hoofdstuk 8.

4 Dit laatste strookt overigens ook met het dwalingsleerstuk: als de gegevens door de wederpartij van de dwalende aan de dwalende zijn verstrekt, is het aan de dwalende deze gegevens daadwerkelijk te lezen. Zie o.a. HR 22 december 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1930, NJ 1996/300 (Hoog Catharijne); HR 28 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:1046 (Rentswap). Zo ook: het op de dwalingsregeling geënte art. 7:915 BW over de onderzoeksplicht van de franchisenemer.

5 Tenzij ook dit redelijkerwijze niet mogelijk is, aldus art. 6:234 lid 1 laatste volzin (nieuw) BW.

6 Art. 10 lid 3 Richtlijn Elektronische handel (Richtlijn 2000/31/EG, PbEG 2000, L 178).

7 Kamerstukken I 2008/09, 31358, C, p. 10-11; Kamerstukken I 2009/10, 31358, E, p. 6-7.

8 Vgl. HR 11 februari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO7108, NJ 2011/571 (First Data/Attingo); C.E. Drion, Dwaallicht, NJB 2010/36, p. 2339.

9 Stb. 2011, 500. De inwerkingtreding volgt uit Stb. 2011, 592.

trent de verplichting tot toezending bepaalde is niet van toepassing, voor zover deze toezending redelijkerwijze niet van de gebruiker kan worden gevegd.’

Deze verwijzing naar de Dienstenrichtlijn in artikel 6:234 lid 1 BW is niet geheel duidelijk en roept een wezenlijke vraag op, namelijk of het verstrekken van de algemene voorwaarden conform artikel 6:230c BW uitsluitend is voorbehouden aan dienstverrichters in de zin van de Dienstenrichtlijn of dat alle gebruikers van algemene voorwaarden – dus ook gebruikers die niet dienstverrichter in de zin van de Dienstenrichtlijn zijn – algemene voorwaarden kunnen verstrekken op de wijze zoals voorgeschreven in artikel 6:230c BW.

De tekst van artikel 6:234 lid 1 BW lijkt de verstrekking van algemene voorwaarden conform artikel 6:230c BW mogelijk te maken voor *alle* gebruikers. Het is onduidelijk of dit door de wetgever is beoogd. De toelichtende stukken op het aan de wetwijziging ten grondslag liggende wetsvoorstel 32863 zijn op dit punt niet duidelijk. De memorie van toelichting op de wijziging in artikel 6:234 BW vermeldt het volgende:

‘Bij de behandeling van het wetsvoorstel voor een Dienstenwet in de Eerste Kamer is gebleken dat de verhouding tussen enerzijds de artikelen 6:233 en 6:234 BW en anderzijds de nieuwe artikelen 6:230b en 6:230c BW tot onduidelijkheid kan leiden (Kamerstukken I 2008/09, 31 579, nr. C, p. 18/19). Deze potentiële onduidelijkheid werd aanvankelijk weggenomen met een wijziging opgenomen in artikel Ia van de Aanpassingswet dienstenrichtlijn (Stb. 2009, nr. 616). Door de wijziging voorzien in artikel II, B, vierde onderdeel, van de nadien in werking getreden Wet tot 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 (Stb. 2010, 222) zou deze mogelijke onduidelijkheid zich opnieuw kunnen voordoen, nu daarin een verwijzing naar artikel 6:230c BW ontbreekt. Om dit te vermijden wordt voorgesteld artikel 6:234, eerste lid, BW aldus te wijzigen dat de handelaar ook aan zijn informatieverplichting, als bedoeld in artikel 6:234 BW, kan voldoen op de in artikel 6:230c BW voorziene wijze.’<sup>10</sup>

Voornoemde passage lijkt er enerzijds op te duiden dat de wetgever de op 28 december 2009 aangebrachte koppeling tussen de Dienstenrichtlijn en de informatieplicht van artikel 6:233 onder b en artikel 6:234 BW wilde herstellen. Aan de andere kant verwijst de wetgever in de laatste volzin van het hiervoor opgenomen citaat uitdrukkelijk naar het niet in de Dienstenrichtlijn gehanteerde ‘de handelaar’ en niet naar de ‘dienstverrichter’ zoals in artikel 6:230a BW. Deze woordkeuze doet op zijn minst de vraag rijzen of de wetgever nauwkeurig is

geweest en vormt aanleiding voor de vraag of de wetgever de verstrekking van algemene voorwaarden conform artikel 6:230c BW uitdrukkelijk ook openstelt voor niet-dienstverrichters. De wetwijziging die tot doel had de onduidelijkheid over de positie van artikel 6:230c BW weg te nemen, heeft derhalve tot nieuwe onduidelijkheid geleid. Naar mijn mening dwingt een wetshistorische en teleologische uitleg van artikel 6:234 lid 1 BW ertoe dat artikel 6:230c uitsluitend openstaat voor dienstverrichters in de zin van de Dienstenrichtlijn. Een verdere strekking kan naar mijn mening uit artikel 6:234 lid 1 BW worden afgeleid.

Een tweede onduidelijkheid is de vraag wie allemaal de status van dienstverrichter en dus toegang tot artikel 6:230c BW hebben.<sup>11</sup> Deze vraag is inmiddels een bron van de nodige rechtspraak en verdient daarom nadere beschouwing in de volgende paragraaf. In die paragraaf sta ik ook nader stil bij de regeling in afdeling 6.5.2A BW.

### 2.3 Dienstverrichters nader bekeken

Op 12 december 2006 werd de Dienstenrichtlijn gepubliceerd.<sup>12</sup> Het doel van de Dienstenrichtlijn was het harmoniseren van regels omtrent dienstverlening, zodat de intracommunautaire dienstverlening kan worden vergemakkelijkt en daardoor meer concurrentie mogelijk is.<sup>13</sup> Op 7 februari 2009 werd het voorstel van wet ter implementatie van de Dienstenrichtlijn ingediend.<sup>14</sup> Het wetsvoorstel is vervolgens in hoog tempo in de Tweede en de Eerste Kamer behandeld. Op 28 december 2009 zijn de artikelen 6:230a-f BW ingevoerd en is artikel 6:234 BW aangepast om te voldoen aan de Dienstenrichtlijn.<sup>15</sup>

Voor de informatieplicht van algemene voorwaarden door dienstverleners is met name artikel 6:230c BW van belang. Artikel 6:230c BW bepaalt dat (onder andere) de algemene voorwaarden naar keuze van de dienstverlener:

1. op eigen initiatief worden verstrekt;
2. voor de afnemer van de dienst gemakkelijk toegankelijk worden gesteld op de plaats waar de dienst wordt verricht of de overeenkomst wordt gesloten;
3. voor de afnemer van de dienst gemakkelijk elektronisch toegankelijk wordt gemaakt op een door de dienstverlener meegedeeld elektronisch adres; of
4. opgenomen is in alle door de dienstverlener aan de afnemer van de dienst verstrekte documenten waarin de diensten in detail worden beschreven.<sup>16</sup>

11 Nader hierover J.H.M. Spanjaard, Detailhandelaren en leveranciers in distributieland treden toe tot het walhalla van de Dienstenrichtlijn, *Contracteren* 2018/2, p. 61-67.

12 Richtlijn 2006/123/EG van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt (PbEU 2006, L 376).

13 Richtlijn 2006/123/EG van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt (PbEU 2006, L 376, considerans, overwegingen 1-12).

14 Kamerstukken II, 2008/09, 31859, nr. 1 (Koninklijke boodschap) en nr. 2 (voorstel van wet).

15 Stb. 2009, 617.

16 De keus is hierbij aan de dienstverlener, aldus Kamerstukken II 2007/08, 31579, nr. 3, p. 136.

Artikel 6:230e BW bepaalt daarenboven dat bij afwezigheid van een schriftelijke overeenkomst de informatie als bedoeld in onder andere artikel 6:230b BW (daaronder begrepen de algemene voorwaarden) uiterlijk vóór de verstrekking van de dienst moet worden meegedeeld c.q. beschikbaar gesteld. Artikel 6:230e BW biedt derhalve een verruiming ten opzichte van artikel 6:234 BW, dat bepaalt dat kennisneming van de algemene voorwaarden ‘voor of bij het sluiten van de overeenkomst’ moet worden geboden.<sup>17</sup>

Opvallend is dat het regime onder afdeling 6.5.2A BW (‘Dienstenverrichters’) lichter lijkt dan artikel 6:234 BW. Waar artikel 6:234 BW langs hele nauwe paadjes gaat en de gebruiker in een gedwongen keurslijf van ‘moeten ter hand stellen’ plaatst, biedt artikel 6:230c BW een keuzepallet waaruit de dienstverrichter vrij kan kiezen. Daarbij erkent artikel 6:234 lid 2 BW de verwijzing naar de website pas als terugvaloptie als toezending van de algemene voorwaarden niet mogelijk is; artikel 6:230c BW geeft de websiteverwijzing als een van de keuzemogelijkheden.

Het is dan ook niet vreemd dat nogal wat partijen ernaar streefden als dienstverrichter erkend te worden. In het Appingedam-arrest gaf het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU; hierna ook: het Hof) al aan dat ook bepaalde detailhandelaren (winkeliers; in het Appingedam-arrest ging het om een winkel voor schoenen c.q. kleding) dienstverrichters in de zin van de Dienstenrichtlijn zijn. Zij staan namelijk niet op de lijst van uitgezonderde diensten van artikel 2 lid 2 Dienstenrichtlijn. Artikel 6:230a BW bepaalt niet welk toepassingsbereik de wettelijke regeling heeft. Voor de vraag op welke diensten de artikelen 6:230a-f BW van toepassing zijn, moet daarom altijd de Dienstenrichtlijn erbij worden gepakt.<sup>18</sup> Het begrip ‘dienstverrichter’ moet richtlijnconform worden uitgelegd. Artikel 4 onder 2 Dienstenrichtlijn definieert de dienstverrichter als ‘iedere natuurlijke persoon die onderdaan is van een lidstaat of iedere rechtspersoon, die in een lidstaat is gevestigd en een dienst aanbiedt of verricht’. Het begrip ‘dienst’ wordt in artikel 4 onder 1 Dienstenrichtlijn gedefinieerd als ‘elke economische activiteit, anders dan in loondienst, die gewoonlijk tegen vergoeding geschiedt’.

Het begrip ‘dienst’ is ontleend aan artikel 4 lid 1 Dienstenrichtlijn. Het begrip is in de richtlijn bewust open gehouden, zodat ook eventueel nieuwe diensten die nu nog niet bekend zijn onder het begrip ‘dienst’ kunnen vallen. Het communautaire begrip ‘dienst’ omvat iedere verrichting die gewoonlijk tegen vergoeding geschiedt. Overweging 33 bij de Dienstenrichtlijn geeft enkele voorbeelden van diensten die wel onder het begrip vallen: juridische of fiscale bijstand, diensten in de vastgoedsector (zoals makelaarsdiensten) of de bouwsector (met inbegrip van de diensten van architecten), de distributieverkoop, de organisatie van beurzen, autoverhuur

en reisbureaus. Voorts vallen hieronder consumentendiensten, bijvoorbeeld op het gebied van toerisme zoals reisleiders, vrijetijdsdiensten, sportcentra en pretparken, en, voor zover zij niet van de werkingssfeer van de richtlijn zijn uitgesloten, thuiszorg, zoals hulp aan ouderen.

Van de werking van de Dienstenrichtlijn zijn blijkens artikel 2 lid 2 Dienstenrichtlijn onder andere uitgezonderd financiële diensten (zoals bankdiensten, kredietverstrekking, verzekering en herverzekering, individuele en bedrijfspensioenen, effecten, beleggingsfondsen, betalingen en beleggingsadviezen), bepaalde elektronische-communicatiediensten en -netwerken en bijbehorende faciliteiten en diensten, diensten van uitzendbedrijven, diensten van de gezondheidszorg, audiovisuele diensten (met inbegrip van cinematografische diensten), gokactiviteiten die erin bestaan dat een financiële waarde wordt ingezet bij kansspelen (met inbegrip van loterijen, gokken in casino’s en weddenschappen), particuliere beveiligingsdiensten, en diensten van notarissen en deurwaarders die bij een officieel overheidsbesluit zijn benoemd.<sup>19</sup>

De Nederlandse wetgever heeft artikel 2 lid 2 Dienstenrichtlijn niet geïmplementeerd in de Nederlandse wet. Dat hoefde de wetgever ook niet te doen, hoewel het voor de rechtspraak gemakkelijk zou zijn geweest als deze bepaling in het BW kon worden gevonden en niet de Dienstenrichtlijn naast het BW erbij gepakt moet worden. Een communautaire toepassing van de Dienstenrichtlijn en een richtlijnconforme uitleg van de richtlijn leidden er evenwel toe dat deze twaalf uitgezonderde categorieën ook voor de interpretatie van titel 6.5.2a BW van belang zijn.

Geen dienst in de zin van titel 6.5.2a BW vormt de koopovereenkomst, volgens het hof Arnhem-Leeuwarden.<sup>20</sup> Echter, de Europese Commissie overweegt: ‘Hoewel de vervaardiging van goederen geen dienstenactiviteit is (25), moeten lidstaten bij de implementatie van de richtlijn bedenken dat daarbij veel bijkomende activiteiten plaatsvinden (bijvoorbeeld detailhandel, installatie en onderhoud, service) die wél een dienstenactiviteit zijn en daarom onder de implementatiemaatregelen zouden moeten vallen.’<sup>21</sup>

Detailhandel kan derhalve binnen het bereik van de Dienstenrichtlijn en daarmee van de artikelen 6:230a t/m 6:230f BW vallen. Ook distributieverkoop, zijnde het gedurende een bepaalde tijd op gezette tijden leveren van zaken door een verkoper aan een koper met het oog op doorverkoop door de koper aan derden (waaronder groothandelsverkoop), valt onder het bereik van Dienstenrichtlijn.<sup>22</sup> Gelet op de duiding van de Europese

17 Drion 2010, p. 2339.

18 Vgl. J.H.M. Spanjaard, *Groene Serie Kluwer*, art. 6:230a BW, aant. 2.d.

19 Ik heb slechts de meest in het oog springende uitzonderingen genoemd. De lijst van art. 4 lid 2 Dienstenrichtlijn kent twaalf uitgezonderde categorieën.

20 Hof Arnhem-Leeuwarden 19 maart 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ5725.

21 Handboek implementatie Dienstenrichtlijn, p. 14.

22 Handboek implementatie Dienstenrichtlijn, p. 10.

Commissie in het Handboek vermoed ik dat detailhandel en groothandel onder het bereik van de Dienstenrichtlijn en daarmee artikel 6:230c BW vallen en dat het oordeel van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, hoezeer invoelbaar ook door de BW-bril bekeken, niet juist is.<sup>23</sup>

A-G Szpunar concludeerde in zijn conclusie in de gevoegde zaken Amersfoort/X en Visser/Appingedam dat detailhandel onder het bereik van de Dienstenrichtlijn zou moeten vallen en staafde zijn conclusie met de stelling dat het HvJ EU ook in andere zaken het Handboek implementatie Dienstenrichtlijn heeft gevolgd.<sup>24</sup>

Het HvJ EU volgt zijn A-G bij arrest van 30 januari 2018, met dien verstande dat het Hof niet verwijst naar het Handboek, maar uitsluitend aan de Dienstenrichtlijn koppelt. In r.o. 86-89 benadert het Hof de vraag vooral negatief: als de activiteit binnen de definitie van artikel 4 lid 1 ('economische activiteit tegen betaling') valt en niet in de uitgezonderde categorieën van artikel 2 lid 2 en 3 valt, is sprake van een dienst. Het gaat dus om een (heel) ruim begrip. In r.o. 88 oordeelt het Hof dat detailhandel zonder meer een dienst is in de zin van de Dienstenrichtlijn. In r.o. 89 gaat het Hof een stap verder dan zijn A-G door te oordelen dat ook distributieverkoop onder het bereik van de Dienstenrichtlijn valt:

'Voor het overige wordt in overweging 33 van richtlijn 2006/123 beklemtoond dat de diensten waarop deze richtlijn betrekking heeft, zeer diverse, voortdurend veranderende activiteiten betreffen, met de uitdrukkelijke vermelding dat tot die activiteiten diensten behoren die zowel aan bedrijven als aan particulieren worden verleend, zoals de distributieverkoop.'

Kortom, de scope van dienstverrichting is heel breed. Eerder vroeg ik mij in dit tijdschrift al af of artikel 6:230c BW, aangevuld met de opslag- en reproductie-eis van artikel 6:234 lid 2 BW, niet de uitwerking van de informatieplicht moest worden. Dat past veel beter in de huidige tijd, en het onderscheid tussen gebruikers-dienstverrichters en gebruikers-niet-dienstverrichters kwam te gekunsteld over.

Daarnaast maakte ik mij – net als De Graaf en Schaub – sterk voor het standpunt dat de verwijzing als bedoeld in artikel 6:230c onder 3 BW slechts geldig is als verwezen wordt naar een URL waar de algemene voorwaarden te vinden zijn en niet naar de homepage van de website van de gebruiker, waar de wederpartij dan maar verder moet zoeken. Dat valt moeilijk te rijmen met het begrip 'gemakkelijk' in artikel 6:230c onder 3 BW.

23 Vgl. ook de conclusie van A-G Szpunar d.d. 18 mei 2017 in de zaak Gemeente Appingedam, ECLI:EU:C:2017:397, waarin hij het HvJ EU adviseert dat ook detailhandel onder het bereik van de Dienstenrichtlijn valt.

24 De conclusie van A-G Szpunar d.d. 18 mei 2017 in de zaak Gemeente Appingedam, ECLI:EU:C:2017:39.

In zijn conclusie van 16 december 2022<sup>25</sup> signaleert Wissink deze gedachtelijn en evenzeer dat in de lagere rechtspraak nogal wisselend met dit uitgangspunt wordt omgegaan. De rechtbank Oost-Brabant vond in 2014 een websiteverwijzing nog genoeg,<sup>26</sup> evenals het hof Arnhem-Leeuwarden in 2014.<sup>27</sup> Het hof 's-Hertogenbosch oordeelde in 2019 dat de verwijzing de URL van de daadwerkelijke locatie van de algemene voorwaarden moet betreffen.<sup>28</sup> Het laat zich raden dat ik voorstander van het arrest van het Bossche hof ben.<sup>29</sup>

Daarnaast meent Wissink dat groothandelsleveranciers als dienstverrichters in de zin van afdeling 6.5.2A BW moeten worden gezien. Tegen de achtergrond van het Appingedam-arrest lijkt dat geen twijfel. Groothandelsleveranciers leveren immers goederen aan kopers met het oog op doorverkoop door deze kopers aan derden en vallen daarmee in dezelfde keten als distributie en detailhandel. Van die laatste twee categorieën is door het HvJ EU uitgemaakt dat het een dienst betreft. Niet valt in te zien waarom dat voor groothandels ook niet zou mogen gelden, zoals ook P-G Wissink opmerkt. Dat roept wel opnieuw de vraag op of artikel 6:234 BW nog wel van deze tijd is en of het onderscheid dienstverrichters/niet-dienstverrichters niet moet worden verlaten. De conclusie van P-G Wissink en het arrest van de Hoge Raad dat in 2023 ongetwijfeld zal volgen, zouden wat mij betreft een mooie aanleiding kunnen vormen om die discussie opnieuw te voeren.

### 3. De escapes op artikelen 6:233 onder b en 6:234 BW

#### 3.1 Noodzaak escapes: nauwelijks inhoudstoetsing b2b

Indien de gebruiker van de algemene voorwaarden niet aan zijn informatieplicht heeft voldaan, is het doorgaans 'game over' voor de algemene voorwaarden. De vernietiging van de algemene voorwaarden kan worden ingeroepen en een beroep op de algemene voorwaarden komt de gebruiker niet toe. Dat betekent geen beroep op het exonerationbeding of een van de wet afwijkende strenge klachttermijn. In zakelijke verhoudingen is de vernietiging wegens het verzaken van de informatieplicht doorgaans het enige redmiddel voor de wederpartij. Een beroep op het onredelijk bezwarende karakter van een individueel beding wordt in zakelijke ver-

25 Conclusie P-G Wissink 16 december 2022, ECLI:NL:PHR:2022:1194.

26 Rb. Oost-Brabant 14 mei 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:2886 (Quantaris).

27 Hof Arnhem-Leeuwarden 22 april 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:3319, TBR 2015/13 m.nt. M.Y. Schaub.

28 Hof 's-Hertogenbosch 27 augustus 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:3178; in gelijke zin: Rb. Oost-Brabant 24 april 2019, ECLI:NL:RBOBR:2019:2309. Anders maar mijns inziens onjuist, want vergt teveel dóórzoeken door de wederpartij: Hof 's-Hertogenbosch 1 juni 2021, ECLI:NL:GHSHE:2021:1612.

29 J.H.M. Spanjaard, Artikel 6:234 BW of de moeizame relatie van de Nederlandse wetgever met Europese regelgeving, Contracteren 2012/1, p. 32-33.

houdingen nauwelijks gehonoreerd, en van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid moet de wederpartij het doorgaans evenmin hebben, leert de Hoge Raad in onder meer het arrest Bart's Retail.<sup>30</sup>

In zijn arrest Bart's Retail bevestigde de Hoge Raad dat een exonerationclausule ook toelaatbaar is als de exoneration ziet op een kernverplichtingen onder de overeenkomst.<sup>31</sup> Daarmee beslechtte de Hoge Raad een lijn in de rechtspraak van onder meer de rechtbank Rotterdam en het hof Arnhem-Leeuwarden, die oordeelden dat een beroep op een exoneration naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is als de exoneration ziet op de kernverplichtingen onder de overeenkomst. Dat zou, aldus die rechterlijke instanties, leiden tot een premie op wanpresteren.

Die benadering komt complex over. De gemiddelde exonerant zal zich willen exonereren voor de kernverplichtingen uit de overeenkomst. De exoneration van een advocaat ziet doorgaans op fouten die hij in de uitoefening van een opdracht maakt, niet op de omstandigheid dat hij op bezoek bij een cliënt wellicht een vaas omstoot. De Hoge Raad oordeelde dus anders.

Daarbij heb ik dan wel het oog op exonerationen die in ieder geval de nakomingsvordering ongemoeid laten. Indien de clausule zo wordt vormgegeven dat de wederpartij in geval van een tekortkoming ook geen recht heeft op nakoming of herstel, acht ik een beroep op het onredelijk bezwarende karakter ervan, althans een beroep op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid met als argument dat de schuldeiser anders volledig in de kou blijft staan, niet bij voorbaat ondenkbaar.

### 3.2 De vier escapes

De gebruiker die zijn informatieplicht heeft verzaakt, rest zoals hiervoor al kort uiteen is gezet mogelijk vier escapes:

1. De wederpartij is een grote onderneming.
2. De wederpartij is een in het buitenland gevestigde professionele partij.
3. De wederpartij gebruikt zelf dezelfde of nagenoeg dezelfde set algemene voorwaarden.
4. Het is naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar dat de wederpartij een beroep op vernietiging doet.

De eerste drie escapes zijn wettelijk opgenomen en bepalen dat de wederpartij in die gevallen geen vernietigingsbevoegdheid heeft. De vierde escape is in de rechtspraak van de Hoge Raad vormgegeven. De beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid houdt in dat de vernietigingsbevoegdheid van de wederpartij als zodanig nog wel bestaat, maar dat de wederpartij geen be-

roep op die bevoegdheid toekomt. Het toetsmoment lijkt in alle gevallen hetzelfde te zijn: het moment van het aangaan van de overeenkomst. Artikel 6:234 BW, onderscheidenlijk artikel 6:230e BW, koppelt het moment van het voldoen aan de informatieplicht ook aan het moment van het aangaan van de overeenkomst.

Langs deze weg wil ik een indringend advies richten aan de rechtspraak. Ik noem de vier mogelijkheden voor de gebruiker om de algemene voorwaarden niet ter hand te hoeven stellen escapes. Dat woord kies ik bewust. Hoewel juridisch op de gebruiker geen informatieplicht rust als hij met een grote wederpartij of een buitenlandse professionele wederpartij van doen heeft, en van een ontsappingsclausule in strikte zin geen sprake is, wordt over deze onderwerpen doorgaans pas nagedacht als na het sluiten van de overeenkomst een beroep op de algemene voorwaarden wordt gedaan en de wederpartij riposteert: 'Die vernietig ik, want jij gebruiker hebt ze niet ter hand gesteld.'

In de regel is dat de spijker op de kop en gaat de gebruiker pas dan nadenken, waarom terhandstelling wellicht niet heeft plaatsgevonden en of onder de informatieplicht kan worden uitgekomen. Deze exercitie hoeft al niet plaats te vinden als de algemene voorwaarden worden verstrekt. Dienstverrichters kunnen dat al doen door in hun offerte of opdrachtbevestiging te schrijven: 'Op alle overeenkomsten zijn onze algemene voorwaarden van toepassing, die u kunt vinden op [URL].' Ik vermoed vaak luiheid, onnadenkendheid of onbekendheid met de wettelijke verplichtingen bij gebruikers. De vier hiervoor genoemde mogelijkheden geven hun een ontsappingsmogelijkheid, waar ze doorgaans bij het aangaan van de overeenkomst niet bij zullen hebben stilgestaan. Vandaar mijn term 'escape'.<sup>32</sup>

In internationale verhoudingen kan die 'luiheid' opbreken. Voor een rechtsgeldige forumkeuzeclausule in algemene voorwaarden, in de zin van artikel 25 Brussel I-bis, althans artikel 23 van het Europees Executieverdrag, is het noodzakelijk dat de algemene voorwaarden daadwerkelijk zijn verstrekt. Onder verstrekken valt, aldus het arrest van het HvJ EU in de zaak Tilman/Unilever, ook het meedelen van een URL. De hoofdlijn in de rechtspraak (ook die van het HvJ EU) blijft dat het niet-verstrekken van de algemene voorwaarden het beroep op de forumkeuzeclausule onmogelijk maakt.<sup>33</sup> Dat heeft

30 HR 29 januari 2021, ECLI:NL:HR:2021:153 (Bart's Retail).

31 Zie ook HR 15 oktober 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP1664, NJ 2005/141 (GTI/Zürich); HR 31 december 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1210, NJ 1995/389 (Matatag/De Schelde).

32 Ik ben in mijn praktijk nog geen beslisboom 'Is de wederpartij groot of buitenlands? Dan hoeven de AV niet te worden verstrekt' tegengekomen. Evenmin tref ik in opdrachtbevestigingen aan: 'Omdat u een grote of buitenlandse wederpartij bent, hoeven wij de algemene voorwaarden niet te verstrekken.'

33 HvJ EU 24 november 2022, C-358/21, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/HTML/?uri=CELEX:62021CJ0358> (Tilman/Unilever): 'een forumkeuzebeding rechtsgeldig gesloten is wanneer het is opgenomen 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 aan wie deze

vergaande consequenties, zodat de hiervoor genoemde escapes ook hier van belang zijn.

In het hiernavolgende bespreek ik de vier escapes aan de hand van Nederlandse rechtspraak uit 2022. Over de wederpartij die zelf dezelfde of nagenoeg dezelfde set algemene voorwaarden gebruikt, is geen relevante rechtspraak geweest. De bespreking van dat onderwerp zal daarom relatief beperkt blijven. De stelplicht en bewijslast dat een van de escapes zich voordoet, rusten op de gebruiker van de algemene voorwaarden. Hij voert immers het (bevrijdende) verweer dat hij de algemene voorwaarden niet hoefde te verstrekken omdat hij zich op een van de vier escapes kan beroepen.

### 3.2.1 De grote wederpartij

Artikel 6:235 lid 1 BW geeft een beslisboom om te oordelen of de wederpartij een grote wederpartij is in de zin van die bepaling. Allereerst dient de gebruiker na te gaan of de wederpartij een volledige jaarrekening in de zin van artikel 2:360 BW publiceert, of op grond van een zogeheten 403-verklaring onderdeel is van een concern dat een volledige jaarrekening publiceert.

De uitgebreide jaarrekening is niet uitsluitend de balans en winst-en-verliesrekening, maar betreft alle onderwerpen. Deze moet worden gepubliceerd in de Kamer van Koophandel als de waarde van de activa op de balans meer dan € 4.400.000 of de jaaromzet meer dan € 8.800.000 bedraagt.<sup>34</sup>

De 403-verklaring is een verklaring die door een vennootschap (doorgaans de moeder) die tot dezelfde groep als de wederpartij behoort, wordt afgegeven en waarin die vennootschap aangeeft de cijfers van de wederpartij in haar eigen jaarrekening op te nemen en te consolideren. Boekhoudkundig bespaart dit werk. Ook kan een 403-verklaring worden afgegeven om te laten zien dat de vennootschap tot een groter concern behoort, wat in bijvoorbeeld aanbestedingen een streepje voor kan geven. De keerzijde is dat de vennootschap die de 403-verklaring afgeeft, zich op grond van artikel 2:403 onder f BW hoofdelijk aansprakelijk verklaart voor schulden van de rechtspersonen waarvoor zij de 403-verklaring afgeeft.

Banken, betaalinstanties en elektrisch-geldinstellingen vallen ongeacht hun grootte onder het bereik van de grote wederpartij.<sup>35</sup>

Indien de wederpartij als grote wederpartij in de zin van artikel 6:235 lid 1 BW kwalificeert, komt haar geen beroep op de vernietiging van de algemene voorwaarden op grond van de artikelen 6:233 en 6:234 BW toe. Zij kan zich dus niet beroepen op het verzaken van de informatieplicht door de gebruiker en evenmin op de onredelijk

bezwarende inhoud van de algemene voorwaarden. De overige bepalingen uit de afdeling algemene voorwaarden gelden wel jegens haar, inclusief artikel 6:232 BW. De ratio achter de wettelijke bepaling is dat grote wederpartijen voor zichzelf op kunnen komen en geen behoefte hebben aan een vernietigingsbevoegdheid. De contracteervrijheid stond voor grote wederpartijen voorop.<sup>36</sup>

In het verleden is de vraag gesteld of bij toepassing van artikel 6:235 lid 1 BW moet worden gekeken of de wederpartij daadwerkelijk de volledige jaarrekening heeft gedeponereerd dan wel dat zij dit had behoren te doen. In zijn arrest Peterson/EBS van 20 mei 2022 ging het over onder meer dit artikel. In die zaak ging het om de bewaarneming van een voorraad houtpellets. De houtpellets waren gaan broeien in de loods waarin ze waren opgeslagen en in brand gevlogen. Bijgevolg kon de bewaarnemer de houtpellets niet terugleveren. In de procedure ontstond zich vervolgens een discussie over onder meer ook de vraag of de algemene voorwaarden ter beschikking dienden te worden gesteld. In die discussie ging het met name ook over artikel 6:235 lid 1 BW en de vraag welk criterium geldt. De Hoge Raad oordeelde dat uitsluitend relevant is of de volledige jaarrekening is gedeponereerd, niet of dat had moeten zijn gebeurd en ook niet of aan alle vereisten van artikel 2:403 BW is voldaan.<sup>37</sup>

De wetgever heeft volgens hem namelijk een eenvoudig hanteerbaar criterium in het leven willen roepen, dat zonder verdere inspanning gecontroleerd kan worden. In de Kamer van Koophandel kan immers eenvoudig worden nagegaan of de wederpartij een volledige jaarrekening heeft gedeponereerd dan wel of er een 403-verklaring ligt of niet.

Indien op de wederpartij rechtens geen verplichting rust een uitgebreide jaarrekening te publiceren (omdat het balanstotaal te gering is), maar deze wederpartij doet dat wel – bijvoorbeeld omdat zij zich met grote branchegenoten wil meten –, dan is zij een grote wederpartij in de zin van artikel 6:235 lid 1 BW.

Indien op de wederpartij rechtens wel de verplichting rust de uitgebreide jaarrekening te publiceren, maar zij doet dat niet, dan geldt zij niet als grote wederpartij in de zin van artikel 6:235 lid 1 BW en komen haar de vernietigingsbevoegdheden van artikel 6:233 onder a en onder b BW toe. Zij pleegt dan overigens wel een economisch delict.

Indien de wederpartij niet op grond van de jaarrekening een grote wederpartij is, kan zij alsnog als grote wederpartij worden gekwalificeerd als zij ten tijde van het

clausule wordt tegengeworpen, is uitgenodigd om de algemene voorwaarden te aanvaarden door het aanvinken van een vakje op die website.

34 Art. 2:396 BW.

35 Zie ook R.H.C. Jongeneel, Grote wederpartijen, in: B. Wessels & R.H.C. Jongeneel (red.), Algemene voorwaarden, Deventer: Kluwer 2017, hoofdstuk 9.

36 De wetsontwerpen dateren uit de jaren tachtig. In 2019 vond de wetgever in het kader van de Wet franchise dat een onderscheid tussen grote en kleine franchisenemers niet hoefde te worden gemaakt, omdat een grote franchisenemer geconfronteerd kan worden met een nog grotere franchisegever.

37 HR 20 mei 2022, ECLI:NL:HR:2022:719 (Peterson/EBS).

aangaan van de overeenkomst ten minste 50 personen in dienst had. Dit betreft 50 personen, ongeacht de omvang van hun aanstelling; dus niet 50 fte. Uitzend- en inleenkrachten tellen wel mee; de werknemers in dienst bij groepsvennootschappen tellen in beginsel niet mee, aldus ook Jongeneel.<sup>38</sup>

### 3.2.2 De buitenlandse professionele wederpartij

Artikel 6:247 lid 2 BW bepaalt dat afdeling 6.5.3 BW (algemene voorwaarden) niet van toepassing is indien de wederpartij een in het buitenland gevestigde professional is. Dit betreft dus de hele afdeling, inclusief artikel 6:232 BW (maar niet het in afdeling 6.5.2a BW voorkomende artikel 6:230c BW). De buitenlandse professionele wederpartij zit dus niet automatisch vast aan niet-gekende algemene voorwaarden, maar zou zich er eventueel op kunnen beroepen dat de algemene voorwaarden haar niet binden omdat ze verrassend van inhoud zijn. Een dergelijke benadering strookt met die onder bijvoorbeeld het Weens Koopverdrag en het Duitse recht.<sup>39</sup> Een wederpartij is in het buitenland gevestigd als zij in Nederland geen vestigingen heeft.<sup>40</sup>

De bepaling is ingevoerd om het internationale zakelijke verkeer niet onnodig te bezwaren. De bepaling zou, aldus de Nederlandse wetgever, het internationale zakenverkeer bespoedigen. Het artikel richt zich uitsluitend op de in het buitenland gevestigde zakelijke wederpartij. Indien de wederpartij in Nederland is gevestigd, maar de gebruiker in het buitenland én Nederlands recht van toepassing is, geldt afdeling 6.5.3 BW in beginsel wel. Daarmee wordt een Nederlandse gebruiker van algemene voorwaarden mogelijk bevoordeeld boven in het buitenland gevestigde gebruikers. Hij hoeft zich immers niet druk te maken over de mogelijkheid dat de algemene voorwaarden worden vernietigd.

Artikel 6:247 lid 2 BW is in een arrest van het hof 's-Hertogenbosch ter discussie gesteld. In navolging van een artikel van Van Bochove en De Graaf<sup>41</sup> vroeg het hof zich af of artikel 6:247 lid 2 BW niet in strijd is met het vrije verkeer van goederen en diensten van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU).<sup>42</sup> Het vrij verkeer van goederen en diensten wordt als pijler van de Europese Unie gezien en is in de rechtspraak van het HvJ EU meermalen zeer belangrijk geacht. Als uitvloeisel van deze twee pijlers mag discriminatie tussen partijen in verschillende lidstaten van de EU niet plaatsvinden. Het Bossche hof vroeg zich af of artikel 6:247 lid 2 BW discriminatoir is. De bepaling ontzegt buitenlandse (kleinere) zakelijke wederpartijen een vernietigingsbevoegdheid die hun Nederlandse evenknieën wel toekomt. Daarmee kan een buitenlandse zakelijke

wederpartij zich minder goed verweren tegen algemene voorwaarden (bijvoorbeeld door zich te beroepen op vernietiging van de algemene voorwaarden omdat deze aan haar niet ter beschikking zijn gesteld) dan een Nederlandse zakelijke wederpartij van gelijke omvang. Het hof 's-Hertogenbosch heeft prejudiciële vragen aan het HvJ EU gesteld. Naar verwachting worden deze prejudiciële vragen niet eerder dan in 2023 of 2024 beantwoord.

Van Bochove en De Graaf betogen dat artikel 6:247 lid 2 BW inderdaad in strijd is met de verkeersvrijheden van artikelen 34, 35 en 36 VWEU.<sup>43</sup> Hun argumentatie acht ik overtuigend, omdat inderdaad gediscrimineerd wordt tussen Nederlandse en buitenlandse professionele wederpartijen. Zeker binnen de EU mag deze discriminatie op grond van de artikelen 34, 35 en 36 VWEU niet plaatsvinden.<sup>44</sup> Artikel 34 VWEU bepaalt: 'Kwantitatieve invoerbeperkingen en alle maatregelen van gelijke werking zijn tussen de lidstaten verboden.' Artikel 35 VWEU bepaalt: 'Kwantitatieve uitvoerbeperkingen en alle maatregelen van gelijke werking zijn tussen de lidstaten verboden.' Artikel 36 VWEU bepaalt: 'De bepalingen van de artikelen 34 en 35 vormen geen beletsel voor verboden of beperkingen van invoer, uitvoer of doorvoer, welke gerechtvaardigd zijn uit hoofde van bescherming van de openbare zedelijkheid, de openbare orde, de openbare veiligheid, de gezondheid en het leven van personen, dieren of planten, het nationaal artistiek historisch en archeologisch bezit of uit hoofde van bescherming van de industriële en commerciële eigendom. Deze verboden of beperkingen mogen echter geen middel tot willekeurige discriminatie noch een verkapte beperking van de handel tussen de lidstaten vormen.'

Door artikel 6:247 lid 2 BW lijkt het dat deze bepalingen worden overtreden. Opmerkelijk is dat de wetgever die bepalingen invoerde om een vlot internationaal handelsverkeer te garanderen. Het tegenovergestelde lijkt het resultaat, nu in de visie van Van Bochove en De Graaf en de vraag van het hof 's-Hertogenbosch het onderscheid tot belemmering van de intracommunautaire handel zou kunnen leiden. Overigens doen zij een nuttige suggestie tot aanpassing van artikel 6:247 lid 2 BW, die ik graag overneem:

'Op overeenkomsten tussen partijen die handelen in de uitoefening van een beroep of bedrijf *en die niet beide in de EU gevestigd zijn*, is deze afdeling niet van toepassing, ongeacht het recht dat de overeenkomst beheerst.'

43 Van Bochove & De Graaf 2020, p. 389-391.

44 Art. 35 VWEU: 'Kwantitatieve uitvoerbeperkingen en alle maatregelen van gelijke werking zijn tussen de lidstaten verboden.' Art. 36 VWEU: 'De bepalingen van de artikelen 34 en 35 vormen geen beletsel voor verboden of beperkingen van invoer, uitvoer of doorvoer, welke gerechtvaardigd zijn uit hoofde van bescherming van de openbare zedelijkheid, de openbare orde, de openbare veiligheid, de gezondheid en het leven van personen, dieren of planten, het nationaal artistiek historisch en archeologisch bezit of uit hoofde van bescherming van de industriële en commerciële eigendom. Deze verboden of beperkingen mogen echter geen middel tot willekeurige discriminatie noch een verkapte beperking van de handel tussen de lidstaten vormen.'

38 Jongeneel 2017, par. 9.2.

39 Vgl. ook naar oud recht: HR 20 november 1981, NJ 1982/517 (Holleman/De Klerk); zie respectievelijk regel 7 van Advisory Opinion nr. 13 (Inclusion of Standard Terms under CISG) en par. 305c BGB.

40 Art. 6:247 lid 1, 3 en 4 BW *a contrario*.

41 L.M. van Bochove & T.J. de Graaf, De discriminerende werking van de algemenevoorwaardenafdeling, MvV 2020/11, p. 386-391.

42 Hof Den Bosch 17 mei 2022, ECLI:NL:GHSHE:2022:1547.



Het cursief weergegeven gedeelte is de vernieuwing. Het aantrekkelijke aan deze regel is dat met een minimale aanpassing het artikel VWEU-proof wordt gemaakt.

### 3.2.3 De wederpartij gebruikt dezelfde of nagenoeg dezelfde set algemene voorwaarden

Dit onderwerp is de enige van de vier escapes in dit artikel die zich niet in rechterlijke belangstelling mocht koesteren in 2022. De ratio van artikel 6:235 lid 3 BW is helder: wie zelf dezelfde of nagenoeg dezelfde set algemene voorwaarden gebruikt, wordt geacht die algemene voorwaarden al in bezit te hebben en zelf ook te vinden dat de voorwaarden een eerlijke inhoud hebben. Anders zou de gebruiker de voorwaarden niet hanteren, lijkt het idee.

Het idee is dat het erom gaat dat de *gehele* set algemene voorwaarden (bijna) identiek is; het is dus niet relevant of één bepaald beding dat is. Het standpunt ‘ik hanteer een exoneratiebeding dat de aansprakelijkheid beperkt tot het factuurbedrag en dat doet mijn wederpartij ook, zodat sprake is van het gebruik van dezelfde of nagenoeg dezelfde voorwaarde’ kan niet worden gehanteerd in het kader van artikel 6:235 lid 3 BW. Het dien te gaan om de gehele set algemene voorwaarden. Daarvan zal sprake zijn als beide partijen bijvoorbeeld de Bovag-voorwaarden gebruiken. Ook kan er sprake van zijn als de gebruiker bijvoorbeeld de Bovag-voorwaarden hanteert en de wederpartij de Bovag-voorwaarden nagenoeg heeft overgeschreven en in zijn verkooptransacties gebruikt.

Overigens kan het hiervoor geschetste argument over de exoneratieclausule wel worden gebruikt in het kader van de beslissing van de vraag of het exoneratiebeding onredelijk bezwarend is op grond van artikel 6:233 onder a BW. In dat kader zal het standpunt dat de wederpartij een soortgelijke exoneratie gebruikt een argument contra onredelijke bezwarendheid vormen.

### 3.2.4 Beroep op vernietiging naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar

De laatste escape vinden we in artikel 6:248 lid 2 BW: een beroep op de vernietiging van algemene voorwaarden kan naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn. De beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid bevat een strenge en tot terughoudendheid nopenende toets.<sup>45</sup> De Hoge Raad nam deze mogelijkheid aan in zijn arrest Geurtzen/Kampstaal in 1999 en bevestigde dit arrest in het arrest VNP/Havrij uit 2002.<sup>46</sup> Bij toetsing aan de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid moeten alle omstandigheden van het geval in acht worden genomen. De Hoge Raad nam in het Geurtzen/Kampstaal-arrest al aan dat een beroep op artikel 6:248 lid 2 BW ter afwering van

een beroep op vernietiging zal kunnen slagen indien de wederpartij al bekend bleek te zijn met de algemene voorwaarden. Dit heet sindsdien ‘de bekendheidsuitsondering’.

Bedacht dient te worden dat de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid wordt ingeroepen om een dwingendrechtelijke wetbepaling aan de kant te zetten, wat mijns inziens meebrengt dat extra terughoudend met artikel 6:248 lid 2 BW zou moeten worden omgaan.

Een geslaagd beroep op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid om aan de vernietiging van de algemene voorwaarden te ontkomen komt niet vaak voor. Toch herbergt de rechtspraak enkele mooie voorbeelden. Een eerste mooi geval brengt de rechtbank Noord-Holland in 2015 in een vonnis in de procedure tussen Zuidrandflat en T&R.<sup>47</sup> Er speelde de situatie dat T&R voor of bij het sluiten van de overeenkomst met Zuidrandflat haar algemene voorwaarden niet had toegezonden. De medewerker die namens Zuidrandflat onderhandelde, heeft, toen toezending van de algemene voorwaarden in de onderhandelingen ter sprake kwam, aangegeven dat dat niet nodig was omdat zij de voorwaarden wel van internet kon ophalen of bij Woonpartners (een zakenpartner) kon opvragen. Tegen deze achtergrond kon Zuidrandflat zich in redelijkheid niet beroepen op de vernietigbaarheid van de algemene voorwaarden. Dit vonnis laat een mooie toepassing van het arrest Geurtzen/Kampstaal zien, waarbij de redelijkheid en billijkheid niet door de bekendheid met de algemene voorwaarden worden ingekleurd, maar door de overige omstandigheden van het geval.<sup>48</sup>

Eerder al, in 2012, oordeelde het hof 's-Hertogenbosch over de bekendheidsuitsondering.<sup>49</sup> Tekholl bedong in haar opdracht aan Veka de toepasselijkheid van de Metaalunievoorwaarden. Dat bleek geen overbodige luxe, omdat in de uitvoering van de opdracht fouten waren gemaakt. De Metaalunievoorwaarden bevatten een uitgebreide exoneratieclausule waar Tekholl een beroep op wilde doen. Eén probleem: de Metaalunievoorwaarden waren door Tekholl niet ter hand gesteld en Veka deed dan ook een beroep op vernietiging van de Metaalunievoorwaarden. Normaliter zou deze kwestie voor Tekholl hopeloos zijn, maar Tekholl vond de spreekwoordelijke aas. Een aantal jaren eerder had Veka aan een concurrent van Tekholl een soortgelijke opdracht gegeven. Deze concurrent bedong eveneens de Metaalunievoorwaarden en had de Metaalunievoorwaarden wel ter beschikking gesteld. Om die reden oordeelde het hof dat Veka bekend was met de Metaalunievoorwaarden en dat haar beroep op vernietiging van de Metaalunievoor-

45 Vgl. HR 15 oktober 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP1664, NJ 2005/141 (GTI/Zürich).

46 HR 1 oktober 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2977, NJ 2000/207, m.nt. Jac. Hijma (Geurtzen/Kampstaal); HR 6 april 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB0901, NJ 2002/385, m.nt. H.J. Snijders, AA20020268, m.nt. T. Hartlief (VNP/Havrij).

47 Rb. Noord-Holland 3 juni 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:5233 (Zuidrandflat/T&R).

48 Cynisch: de geldingsdrang van de interim-manager.

49 Hof Den Bosch 20 maart 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BV9577 (Tekholl/Veka).

waarden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar was.

Waar het beroep op artikel 6:248 lid 2 BW in de kwestie Veka/Tekholl al moest worden ingekleurd met feiten die buiten de gebruiker lagen (namelijk het handelen van een concurrent enkele jaren eerder), moest Doens in haar geschil met De Eendracht van nog verder komen om een beroep op vernietiging van de algemene voorwaarden af te wenden.<sup>50</sup> Doens deed zaken met De Eendracht op basis van de door haar bedongen CNGD-voorwaarden, branchevoorwaarden in de diervoederbranche.<sup>51</sup> Zij verzuimde de algemene voorwaarden voor of bij het sluiten van de overeenkomst ter beschikking te stellen, zodat De Eendracht een beroep op vernietiging toekwam. Dit beroep op vernietiging werd door het hof naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar geacht. De directeur van De Eendracht had kort voor het sluiten van de betreffende overeenkomst een zogeheten Graancursus gevolgd. Onderdeel van die leergang was het cursusonderdeel over handelscontracten en de CNGD-voorwaarden. Op basis van het curriculum van die cursus en een verklaring van de docent toonde Doens aan dat de directeur bekend was met de inhoud van de CNGD-voorwaarden en meer in het bijzonder met het arbitrale beding in die voorwaarden (dat centraal stond in de procedure). *Saved by the bell*, dus voor Doens. De Hoge Raad liet het oordeel van het hof namelijk in stand.

P-G Wissink wijdt in zijn conclusie voor het arrest nog woorden aan de schijnbare tegenstelling tussen de bekendheidsuitzondering en de actieve informatieplicht op grond van artikel 6:233 onder b BW, zoals door de Hoge Raad mede vormgegeven in zijn arrest First Data/Attingo. In dat arrest oordeelde de Hoge Raad dat de gebruiker zich actief in moet spannen om de algemene voorwaarden onder de aandacht van zijn wederpartij te krijgen en niet kan volstaan met de verwachting dat de wederpartij de voorwaarden googelt of anderszins bemachtigt. Wissink meent, mijns inziens terecht, dat die twee verenigbaar zijn. Op de gebruiker blijft de actieve informatieplicht rusten. Indien hij die verzaakt heeft, is een beroep op vernietiging in beginsel aangewezen. Indien hij echter het geluk heeft dat de wederpartij al bekend was met de algemene voorwaarden voordat hij zijn informatieplicht verzaakte of anderszins de gebruiker

uit zijn informatieplicht ontslaat,<sup>52</sup> komt de wederpartij geen beroep op vernietiging toe. Daarmee blijft de schending van de informatieplicht staan, maar de wederpartij kan daar in het kader van artikel 6:233 onder b BW niets mee. In het kader van een beroep op het onredelijk bezwarende karakter van een beding in de algemene voorwaarden of een beroep op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid in de uitoefening van een beding, kan de omstandigheid dat de gebruiker zijn informatieplicht heeft verzaakt mijns inziens wel een rol spelen. De arresten Geurtzen/Kampstaal, VNP/Havrij en De Eendracht/Doens gaan uitsluitend over het inzetten van artikel 6:248 lid 2 BW als escape voor het verzaken van de informatieplicht, niet ook over het onredelijk bezwarende karakter van een beding of een beroep op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid ten aanzien van een beding.

Een tweede punt dat in de conclusie van P-G Wissink aangevoerd wordt, is de vraag of de bekendheidsuitzondering uitsluitend getriggert kan worden door een eerdere terhandstelling door de gebruiker (voor of bij het sluiten van een andere overeenkomst door dezelfde partijen), dan wel dat de gebruiker voor of bij het sluiten van de overeenkomst wist dat de wederpartij de algemene voorwaarden kende, dan wel dat het niet uitmaakt hoe de wederpartij bekend is geraakt met de algemene voorwaarden en ook niet dat de gebruiker dit voor of bij het sluiten van de overeenkomst wist. De Hoge Raad kiest – zonder het expliciet te benoemen – samen met zijn P-G voor dat laatste: als de gebruiker kan aantonen dat de wederpartij bekend was met de algemene voorwaarden, komt hem een beroep op de bekendheidsuitzondering toe. Daarbij maakt het niet uit hoe de wederpartij bekend is geraakt met de algemene voorwaarden. Wissink noemt dit mijns inziens terecht ‘een gelukje’.<sup>53</sup> In het arrest in de zaak tussen Tekholl en Veka oordeelde het hof’s-Hertogenbosch in 2012 al (impliciet) in gelijke zin.

## 4. Afronding

In dit artikel verkende ik de uitzonderingen op het recht van vernietiging van algemene voorwaarden wegens het verzaken door de gebruiker van de op hem rustende informatieplicht uit hoofde van artikel 6:233 onder b BW. Het zijn er vier in getal: (1) de wederpartij is een grote wederpartij, (2) de wederpartij is een in het buitenland gevestigde professional, (3) de wederpartij gebruikt zelf dezelfde of nagenoeg dezelfde set algemene voorwaarden, en (4) de wederpartij komt naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid geen beroep op vernietiging van de algemene voorwaarden toe. De uitzonderingen 1, 2 en 4 mochten zich in 2022 in rechterlijke belangstel-

50 HR 11 november 2022, ECLI:NL:HR:2022:1599 (De Eendracht/Doens). Nader over dit arrest: J. den Hartog, De bekendheidsuitzondering bij algemene voorwaarden: geen toedoen van de gebruiker vereist, Bb 2022/98.

51 Dit is niet de eerste keer dat Doens de Hoge Raad haalt. In 2015 haalde haar geschil met Forfarmers al de Hoge Raad in een arrest waarin de Hoge Raad oordeelde dat als verwezen wordt naar meerdere sets algemene voorwaarden tegelijkertijd in de setting ‘set A en set B’, beide sets voorwaarden gelden. Zie HR 24 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:1125 (Forfarmers/Doens). Dit arrest markeerde het verschil met het arrest Avéro/Visser (HR 27 november 1997, NJ 1998/705, m.nt. JH), waarin een verwijzing naar ‘set A of set B’ resulteerde in de toepasselijkheid van geen van beide sets algemene voorwaarden. Het moet de wederpartij immers duidelijk zijn welke set van toepassing is, aldus de Hoge Raad.

52 Zoals in het hiervoor besproken vonnis van de rechtbank Noord-Holland van 3 juni 2015.

53 Conclusie P-G Wissink, ECLI:NL:PHR:2022:388, al. 3.27.

ling koesteren. Voor gevaltype 1 bleek het vooral een bevestiging van wat in de wet staat: het gaat er niet om of de wederpartij een volledige jaarrekening moet publiceren, maar of zij dat daadwerkelijk doet. Gevaltype 2 ligt onder vuur, want het hof's-Hertogenbosch pikte het signaal dat Van Bochove en De Graaf in 2020 gaven op en vroeg het HvJ EU of artikel 6:247 lid 2 BW in de huidige redactie in strijd is met de artikelen 34, 35 en 36 VWEU. Een kleine aanpassing in het wetsartikel lijkt soelaas te kunnen bieden. Gevalstypen 3 en 4 leverde het spannendste arrest op: als de gebruiker achteraf maar kan aantonen dat de wederpartij al bekend was met de inhoud van de algemene voorwaarden, kan hij een beroep op vernietiging counteren. Het doet er daarbij niet toe hoe de wederpartij met de algemene voorwaarden bekend is geraakt.

De vier uitzonderingen leveren een ontsnapping op tegen de ingrijpende consequentie van het niet ter hand stellen van de algemene voorwaarden, maar uiteraard is het beter niet te *hoeven* ontsnappen. Dat kan de gebruiker van de algemene voorwaarden eenvoudigweg voorkomen door aan zijn informatieplicht te voldoen. Dat is een kleine moeite en scheelt veel stress. Bovendien voorkomt dat de discussie of via de weg van artikel 6:230c BW het verzaken van de informatieplicht de gebruiker euvel kan worden geduid.