

Toepasselijkheid van algemene voorwaarden: nog altijd een heet hangijzer

Citeersuggestie: Wouter Dammers en Nick Vrugt, 'Toepasselijkheid van algemene voorwaarden: nog altijd een heet hangijzer', IT 2218 via ITenRecht.nl

Op 17 januari 2017 heeft het Hof Den Bosch arrest gewezen in een geschil tussen een aandeelhouder van drie kinderdagverblijven en automatiseringsbedrijf TOP Systems (Hof 's-Hertogenbosch 17 januari 2017, [IT 2213](#); ECLI:NL:GHSHE:2017:117 (Holding tegen TOP Systems). Het geschil betrof de uitvoering van overeenkomsten voor de automatisering van de bedrijfsvoering. Partijen hebben het geschil niet onderling weten op te lossen, en dus werd het voorgelegd aan de rechtbank. Maar de rechtbank heeft geoordeeld niet bevoegd te zijn om kennis te nemen van het geschil: De FENIT-voorwaarden zouden van toepassing zijn. Deze algemene voorwaarden bepalen dat geschillen ter arbitrage moeten worden voorgelegd aan de Stichting Geschillenoplossing Automatisering (SGOA). Er wordt hoger beroep aangetekend tegen het vonnis, maar zonder resultaat: In hoger beroep bekrachtigt het Hof het vonnis van de rechtbank: Het beroep op onbevoegdheid vanwege de arbitrageclausule in de FENIT-voorwaarden wordt gehonoreerd. Deze voorwaarden zouden namelijk van toepassing zijn. Wij zetten daar vraagtekens bij. Het arrest geeft maar weer eens aan hoe heet het hangijzer van algemene voorwaarden kan zijn.

Toepasselijkheid algemene voorwaarden:
tweestappentoets

Hoe zat het ook alweer? Algemene voorwaarden zijn van toepassing zijn¹, als wordt voldaan aan de volgende tweestappentoets:²

- 1) zijn de algemene voorwaarden van toepassing, en
- 2) kan je je op de inhoud daarvan beroepen?

Stap 1: aanbod en aanvaarding

Voor de toepasselijkheid van algemene voorwaarden gelden in principe dezelfde vereisten als voor de totstandkoming van overeenkomsten.³ Als de algemene voorwaarden door de gebruiker ervan (=degene die de algemene voorwaarden hanteert zijn aangeboden aan de wederpartij, en deze ze heeft aanvaard, dan zijn de algemene voorwaarden overeengekomen en is aan de eerste stap voldaan. Zo'n aanvaarding kan ook stilzwijgend plaatsvinden. Is aan het vereiste van aanbod

en aanvaarding voldaan, dan zijn partijen gebonden aan de algemene voorwaarden. Of een wederpartij de inhoud van algemene voorwaarden niet kende, is niet relevant voor de vraag of hij gebonden is aan de voorwaarden.⁴ Bewijsrechtelijk is van belang dat de gebruiker minimaal moet stellen dat de voorwaarden van toepassing zijn. Betwist de wederpartij dat ze van toepassing zijn, dan dient de gebruiker te bewijzen dat ze zijn aanvaard.

Stap 2: informatieplicht

De tweede stap betreft de vraag of de wederpartij onder de overeengekomen algemene voorwaarden uit kan. Dat wil zeggen: of de bedingen uit de algemene voorwaarden vernietigbaar zijn. Er geldt immers een informatieplicht van de gebruiker: De gebruiker moet aan de wederpartij een redelijke mogelijkheid hebben geboden om van de algemene voorwaarden kennis te nemen. De gebruiker kan deze mogelijkheid op een drietal manieren bieden:

De gebruiker kan de algemene voorwaarden voor of tijdens het sluiten van de overeenkomst aan de wederpartij ter hand stellen.

Indien terhandstelling niet redelijkerwijs mogelijk is, kan de gebruiker volstaan door voor het sluiten van de overeenkomst aan de wederpartij kenbaar maken dat de algemene voorwaarden ter inzage liggen bij bijvoorbeeld de Kamer van Koophandel of bij een griffie van een rechtbank.

Bij een overeenkomst die langs elektronische weg (zoals online) wordt gesloten moet de gebruiker de algemene voorwaarden elektronisch aan de wederpartij beschikbaar stellen. De wederpartij moet bovendien de mogelijkheid hebben om de algemene voorwaarden op te slaan, zodat deze op een later tijdstip (nogmaals) kunnen worden geraadpleegd.

Indien de gebruiker niet heeft voldaan aan de informatieplicht, dan is een beding uit de algemene voorwaarden in principe vernietigbaar. Er kan echter geen beroep op vernietiging worden gedaan indien de wederpartij ten tijde van het sluiten van de overeenkomst met dit beding bekend was, of geacht kon worden hiermee bekend te zijn. Dit wordt de *bekendheidsformule* genoemd.⁵ Daarnaast kan de

¹ Uitgaande van in Nederland gevestigde professionele partijen (want zie: art. 6:247 BW)

² T.H.M. van Wechem, Toepasselijkheid van algemene voorwaarden (diss. Universiteit Leiden), Deventer: Kluwer 2007, p. 11-58; R.H.C. Jongeneel, Gebondenheid, in: B. Wessels, R.H.C. Jongeneel & M.L. Hendrikse (red.), Algemene voorwaarden, Deventer: Kluwer 2010, p. 111-125; T.H.M. van Wechem & J.H.M. Spanjaard, Gelding van

algemene voorwaarden (HR 2 december 2011, LJN BT6684, NJ 2011/574; Linthorst/Echoput), TBR 2012/5, p. 480-484.

³ HR 20 november 1981, NJ 1982, 517 (Holleman/De Klerk); HR 10 juni 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1390 (Van der Breggen/TNO) (ook wel: Stroopwafelmonsters)

⁴ 6:232 BW

⁵ Zie in dit kader: HR 1 oktober 1991, NJ 2000, 207 (Geurtzen/Kampstaal); T.H.M. van Wechem, Toepasselijkheid van

vernietigbaarheid van een beding uit de algemene voorwaarden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn.⁶ Verder is het voor “grote ondernemers” niet mogelijk een beroep te doen op vernietiging van de algemene voorwaarden door schending van de informatieplicht.⁷ Hetzelfde geldt voor partijen die vaker (nagenoeg) dezelfde algemene voorwaarden hanteren.⁸

Waarom een geschil over de voorwaarden: Is de overheidsrechter bevoegd?

Top Systems is een automatiseringsbedrijf. Het heeft vanaf 1 februari 2009 diverse overeenkomsten gesloten met de Holding. De overeenkomsten zagen op de automatisering van de bedrijfsvoering van de kinderdagverblijven.⁹ Tussen partijen waren geschillen ontstaan over de uitvoering en de kosten van de werkzaamheden door Top Systems. De Holding heeft Top Systems daarom gedagvaard voor de rechtbank.

Het geschil dat zich vervolgens voor de rechtbank afspeelde zag niet op de uitvoering en kosten van de werkzaamheden, maar strand op de bevoegdheid van de rechtbank: Top Systems heeft in de rechtszaak de onbevoegdheid van de rechtbank ingeroepen. Top Systems beroept zich daarbij op de arbitrageclausule in de volgens haar toepasselijke FENIT-voorwaarden. Onderaan de orderbevestigingen en offertes van Top Systems staat namelijk de volgende tekst vermeld: *"Op al onze aanbiedingen en overeenkomsten zijn de algemene voorwaarden van FENIT, gedeponeerd ter Griffie van de Arrondissementsrechtbank te Den Haag op 8 december 1994 onder nummer 1994/189 van toepassing. Een exemplaar zenden wij u desgewenst kosteloos toe."* De FENIT-voorwaarden bepalen dat geschillen moeten worden voorgelegd ter arbitrage aan de Stichting Geschillenoplossing Automatisering (SGOA).

Wat oordeelt de rechtbank?

De rechtbank heeft Top Systems kennelijk gevolgd en heeft zich onbevoegd verklaard kennis te nemen van het geschil.¹⁰

De rechtbank is ervan uitgegaan dat de toepasselijkheid van de algemene voorwaarden van Top Systems destijds tussen partijen is overeengekomen (stap 1). Ook is de rechtbank ervan uitgegaan dat deze een arbitrageclausule bevatten op grond waarvan geschillen tussen partijen dienen te worden beslecht door middel van arbitrage overeenkomstig het arbitragereglement van de SGOA.

Met betrekking tot het beroep op vernietiging van die voorwaarden (stap 2) door de Holding heeft de rechtbank

geoordeeld dat haar geen beroep toekomt op vernietiging. Volgens de rechtbank is niet gebleken dat Top Systems met de mededeling onderaan haar offertes geen redelijke mogelijkheid heeft geboden om van (de inhoud van) haar algemene voorwaarden kennis te nemen.

Daarbij weegt de rechtbank onder meer mee dat tussen partijen sinds 2009 een groot aantal overeenkomsten is gesloten en dat door de Holding niet is betwist dat steeds onderaan de offertes en orderbevestigingen werd verwezen naar de toepasselijkheid van de algemene voorwaarden en de mogelijkheid deze te raadplegen door middel van toezending van een exemplaar.

Ook blijkt dat de inhoud van die algemene voorwaarden, en in het bijzonder de toepasselijkheid van het arbitragetraject bij de SGOA, bij (een medewerker van) de Holding bekend was. Ze schrijft bijvoorbeeld *"Wanneer morgenochtend blijkt dat de service behorende bij de offertes niet wordt geleverd ben ik genooddaakt mij te wenden tot de Stichting Geschillenoplossing Automatisering (SGOA)"* en *"Op geen enkele manier wijk ik af van de algemene voorwaarden en afspraken"*.

De rechtbank oordeelt daarom dat de Holding op de hoogte was van de inhoud van (het arbitragebeding in) de algemene voorwaarden en daar zelfs een beroep op deed. Zij komt daarom in redelijkheid geen beroep toe op de bevoegdheid tot vernietiging van de algemene voorwaarden.

Wat oordeelt het Hof?

De Holding is hiertegen in beroep gekomen.

Feitelijke vaststelling: Er is verwezen naar FENIT 1994

De Holding voert aan dat door Top Systems niet consequent naar de juiste versie van de FENIT-voorwaarden is verwezen. Zo zou zij soms naar de versie van 1994 hebben verwezen, soms naar de versie van 2003 en soms zou helemaal geen versie zijn genoemd. Bovendien is naar een versie van 2009 verwezen die niet eens bestaat (klaarblijkelijk is hier de opvolger van de FENIT, de ICT~Officevoorwaarden, bedoeld (nu overigens opgevolgd door de Nederland ICT voorwaarden)). Volgens de Holding zou dit voor onduidelijkheid hebben gezorgd en kan hierdoor niet worden vastgesteld dat de aanvaarding door de wederpartij daadwerkelijk zou hebben gezien op de versie van 1994 van de FENIT-voorwaarden. De Holding voert deze feitelijke grief klaarblijkelijk aan met het oog op een beroep op stap 1. Het hof laat die discussie voor wat het is, en stelt vast dat niet is gebleken dat eventuele verschillen in de opeenvolgende versies bestaan die relevant zouden zijn

algemene voorwaarden (diss. Universiteit Leiden), Deventer: Kluwer 2007, p. 51 e.v.

⁶ HR 1 oktober 1991, NJ 2000, 207 (Geurtzen/Kampstaal) r.o. 3.4.

⁷ Onder grote ondernemers worden begrepen ondernemers die een jaarrekening hebben openbaargemaakt of ondernemers waarbij meer dan vijftig mensen werkzaam zijn. Art. 6:235 lid 1 BW.

⁸ Art. 6:235 lid 3 BW.

⁹ De verdere kwalificatie van de overeenkomst blijft onduidelijk. Dit kan echter wel relevant zijn: Immers, in het geval er sprake is van een

koopovereenkomst dient in principe altijd te worden gekeken naar het Weens Koopverdrag - ook voor de toepasselijkheid van algemene voorwaarden. Geldt de automatiseerder als dienstverlener in de zin van de Dienstenrichtlijn? Dan geldt de minder strenge informatieplicht van art. 6:230c BW.

¹⁰Rb. Zeeland/West-Brabant, zittingsplaats Middelburg, 29 juli 2015 zaaknummer/rolnummer C/02/293482 / HA ZA 15-41, ECLI:NL:RBZWB:2015:5427)

voor deze zaak. Het hof houdt daarom vast aan de overweging dat de FENIT-voorwaarden van 1994 zijn overeengekomen.

Volgens het Hof is dus niet relevant welke voorwaarden zouden zijn bedoeld, en dus zou FENIT 1994 zijn overeengekomen.

Stap 1: welke set(s) algemene voorwaarden zijn aangeboden en aanvaard?

De - wat ons betreft nogal gemakzuchtige - feitelijke vaststelling dat verwezen zou zijn naar (slechts) FENIT 1994 geeft ruis bij de beantwoording van de vraag of algemene voorwaarden van toepassing zijn.

Het Hof stelt namelijk allereerst vast dat deze vraag moet worden beantwoord door het aanleggen van de maatstaven die in het algemeen gelden bij de totstandkoming van overeenkomsten. De toepasselijkheid van algemene voorwaarden kan dus worden aangenomen indien zij door de gebruiker is voorgesteld en door de wederpartij is aanvaard, waaronder begrepen het geval dat de wederpartij het gerechtvaardigd vertrouwen heeft gewekt met de toepasselijkheid in te stemmen. Deze aanvaarding kan ook uit een stilzwijgen van de wederpartij worden afgeleid. Hierbij is het niet noodzakelijk dat de wederpartij de inhoud van de algemene voorwaarden kent. Voldoende is dat voor of bij het sluiten van de overeenkomst naar de algemene voorwaarden wordt verwezen.

Het Hof sluit in dit kader dus aan bij de gestelde verwijzing naar de FENIT-voorwaarden 1994 en oordeelt dat enkel die voorwaarden van toepassing zijn op de overeenkomsten die vanaf begin 2009 tussen partijen zijn gesloten.

Dat is in onze optiek wat te kort door de bocht: Het had ons zuiverder geleken wanneer het Hof allereerst na zou gaan welke voorwaarden volgens Top Systems (die de stelplicht heeft) van toepassing zouden zijn: is dit FENIT 1994, FENIT 2003, of ICT~Office 2009? Zou dat onvoldoende zijn gesteld, dan zou het beroep op de voorwaarden in onze optiek moeten worden afgewezen. Gevolg daarvan zou dus kunnen zijn dat de rechtbank dus gewoon bevoegd zou zijn. Zou wel voldoende zijn gesteld dat een of meerdere sets van toepassing zouden zijn, dan is het relevant dat de Holding betwist dat de verschillende voorwaarden van toepassing zijn. Dat geldt als een bevrijdend verweer, en dus is het dan aan Top Systems om te bewijzen *welke* voorwaarden zijn aanvaard. Kan Top Systems niet aan die bewijslast voldoen, dan zou wederom het gevolg kunnen zijn dat de rechtbank dus gewoon bevoegd is. Kan Top Systems daar wel aan voldoen, dan kunnen één of meerdere sets zijn aanvaard. Indien er meerdere sets zijn aanvaard is er sprake van cumulatieve toepasselijkheid. De Hoge Raad heeft geoordeeld dat de sets dan in principe *allemaal* gelden.¹¹

En pas dan komt de vraag aan de orde of er onderling onverenigbare bedingen in voorkomen. Zou dat het geval zijn, dan dient door middel van uitleg te worden vastgesteld welke van die bedingen prevaleert. Is dat niet het geval, dan gelden de bepalingen allemaal - en dus niet enkel FENIT 1994.

Met andere woorden: Het Hof oordeelt te snel dat niet is gebleken van onderling onverenigbare bedingen. Mogelijk dat daarvóór al een beroep op een of meerdere sets FENIT (en/of ICT~Office)-voorwaarden moest stranden. Mogelijk dat de overheidsrechter dan gewoon bevoegd was kennis te nemen van het geschil.

Stap 2: is er voldaan aan de informatieplicht?

Het Hof behandelt daarna de eventuele vernietigbaarheid van de algemene voorwaarden (stap 2). Daartoe overweegt zij allereerst dat de Holding zich 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. Ook kunnen zich omstandigheden voordoen waarin een beroep op vernietigbaarheid naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

In dit kader laat het Hof in het midden of aan de Holding een redelijke mogelijkheid is geboden om van de algemene voorwaarden kennis te nemen. Ze bepaalt dat een beroep op de vernietigbaarheid van het arbitragebeding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Het Hof volgt hierin de rechtbank: Uit correspondentie tussen partijen blijkt dat de Holding zelf een beroep heeft gedaan op inmenging van de SGOA en op enkele andere bedingen uit de FENIT-voorwaarden. Het zou dan volgens het hof naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn om het arbitragebeding uit de FENIT-voorwaarden te vernietigen.

Dit lijkt op het eerste gezicht opmerkelijk. Immers, uit het systeem van art. 6:234 volgt dat Top Systems als gebruiker van de algemene voorwaarden het initiatief tot bekendmaking van de algemene voorwaarden moest nemen, en wel op zodanige wijze dat voor de Holding als wederpartij duidelijk is *welke* voorwaarden op de rechtsverhouding van toepassing zijn en dat de wederpartij daarvan eenvoudig kennis kan nemen.¹² Die duidelijkheid is in dit geval, klaarblijkelijk, niet geboden.

Wij zetten daarbij nog wel wat vraagtekens: want hoewel de Holding inmenging van de SGOA heeft geopperd, hoeft hieruit niet de conclusie te volgen dat dit een beroep op het specifieke arbitragebeding betrof. De SGOA levert naast arbitrage namelijk nog andere diensten, zoals mediation en conflictpreventie. Het Hof lijkt hier, wederom, te snel door de bocht te gaan.

Het Hof lijkt echter een redelijke en op de praktijk afgestemde uitleg erop na te houden, volgens de norm

¹¹ HR 24 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:1125 (ForFarmers B.V. / verweerster), HR 13 juni 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF5538

¹² Zie HR 11 februari 2011 09/03748 ECLI:NL:HR:2011:BO7108 (*First Data/Attingo*)

van de Hoge Raad.¹³ Dit brengt namelijk met zich mee dat de Holding zich niet op vernietigbaarheid van een beding in algemene voorwaarden kan beroepen omdat zij ten tijde van het sluiten van de overeenkomst met dat beding bekend was of geacht kon worden daarmee bekend te zijn, althans dat zich omstandigheden voordoen waarin een beroep op vernietigbaarheid naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Dat de Holding zelf een beroep heeft gedaan op inmenging van de SGOA en andere bedingen uit de FENIT-voorwaarden is in dat opzicht volgens het Hof doorslaggevend.

Ook daarop kan kritiek worden gegeven: Deze open norm schept namelijk niet direct duidelijkheid en lijkt in strijd met de wet te zijn. De wetgever had met haar tweestappentoets een gesloten systeem voor ogen. Wij zijn dan ook van mening dat de door de Hoge Raad ingevoerde open norm de rechtszekerheid negatief beïnvloed, zo blijkt ook uit deze zaak. We menen dan ook dat het hof beter had kunnen toetsen of Top Systems aan haar informatieplicht had voldaan.

Conclusie

Wij stellen ons op het standpunt dat het Hof wat gemakzuchtig is geweest: Het hof laat na feitelijk vast te stellen welke versie van de FENIT-voorwaarden zou zijn overeengekomen. Het voert daarvoor aan dat dit niet uit zou maken, omdat niet zou zijn gebleken van eventuele verschillen in de opeenvolgende versies. Wat ons betreft is dit onjuist, omdat deze feiten juist van belang zijn voor de vraag welke set(s) algemene voorwaarden zijn aangeboden en aanvaard. Die stelplicht, en bij betwisting bewijslast, ligt bij de gebruiker van de algemene voorwaarden. Daaraan lijkt niet te zijn voldaan. Dit zou tot gevolg moeten hebben gehad dat de overheidsrechter toch bevoegd was kennis te nemen van het geschil.

Ook wat betreft de vereiste informatieplicht duikt het Hof langs de obStakels van het gesloten wettelijke systeem, en oordeelt dat vernietiging naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. De Holding lijkt de spreekwoordelijke deksel op haar neus te krijgen, doordat ze zelf eerder inmenging van de SGOA heeft geopperd. Wat ons betreft onterecht, omdat niet concreet op het arbitragebeding lijkt te zijn gewezen, en ook op andere diensten zoals mediation en conflictpreventie kon zijn gewezen.

Het hangijzer van toepasselijkheid van algemene voorwaarden blijft heet. Het arrest kan zich aansluiten in de steeds langer wordende rij van geschillen over algemene voorwaarden. Wetgever, is het niet tijd om de handen uit de mouwen te steken en orde op zaken te stellen?

Wouter Dammers & Nick Vrugt

¹³ Zie: HR 01-10-1999, NJ 2000, 207 (*Geurtzen/Kampstaal*)