



Universiteit
Leiden
The Netherlands

**NJ-noot onder HR 11 november 2022, 21/01286, NJ
2024/227**

Krans, H.B.

Citation

Krans, H. B. (2024). NJ-noot onder HR 11 november 2022, 21/01286, NJ 2024/227. *Nederlandse Jurisprudentie*, 2024(26), 5011-5013. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/4171673>

Version: Publisher's Version

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/4171673>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

woonplaats van een gedaagde consument die onderdaan is van een lidstaat onbekend is, art. 4 lid 1 Brussel I (thans art. 6 lid 1 Brussel I-bis) enkel van toepassing is wanneer de nationale rechter kan vaststellen dat die verweerder daadwerkelijk zijn woonplaats buiten de Unie heeft (HvJ EU 17 november 2011, ECLI:EU:C:2011:745, punt 42 en 15 maart 2012, NJ 2012/286, m.nt. M.V. Polak, punt 42). Indien dat niet kan worden vastgesteld, doelt de bijzondere bevoegdheidsregel van art. 16 lid 2 Brussel I (thans art. 18 lid 2 Brussel I-bis) – volgens welke het gerecht bevoegd is van de lidstaat op het grondgebied waarvan de consument woonplaats heeft – eveneens op de laatst bekende woonplaats van de consument (HvJ EU 17 november 2011, ECLI:EU:C:2011:745, punt 42). Deze bevoegdheidsregel is van toepassing ongeacht de nationaliteit van de consument (punten 43–48).

Gelet op een en ander moet op de gestelde vraag worden geantwoord dat art. 6 lid 1 Brussel I-bis aldus moet worden uitgelegd dat in het betreffende geval de bevoegdheid om kennis te nemen van dit geschil niet wordt bepaald door het recht van de lidstaat van dat gerecht, maar door art. 18 lid 2 Brussel I-bis, dat de bevoegdheid om kennis te nemen van een dergelijk geschil verleent aan het gerecht in het rechtsgebied waarvan de laatst bekende woonplaats van die verweerder zich bevindt (punt 49).

NJ 2024/227

HOGE RAAD (CIVIELE KAMER)

11 november 2022, nr. 21/01286

(Mrs. M.V. Polak, T.H. Tanja-van den Broek, C.H. Sieburgh, G.C. Makink, K. Teuben; plv. P-G mr. M.H. Wissink) m.nt. H.B. Krans

Art. 6:233, 6:234 BW; art. 343 Rv

Prg. 2022/379

RCR 2023/7

NJB 2022/2617

RvdW 2022/1053

ECLI:NL:PHR:2022:388

ECLI:NL:HR:2022:1599

Algemene voorwaarden. Terhandstellingsplicht (art. 6:234 BW); bekendheidsuitzondering; toedoen gebruiker vereist? Procesrecht; devolutieve werking.

Art. 6:233 aanhef en onder b BW bepaalt dat een beding in algemene voorwaarden vernietigbaar is indien de gebruiker aan de wederpartij niet een redelijke mogelijkheid heeft geboden om van de algemene voorwaarden kennis te nemen, als bedoeld in art. 6:234 BW. Een redelijke en op de praktijk afgestemde uitleg van art. 6:234 BW brengt mee dat aan de strekking van de in die bepaling vervatte regeling eveneens recht wordt gedaan, indien de wederpartij zich tegenover de

gebruiker niet op vernietigbaarheid van een beding in algemene voorwaarden kan beroepen, wanneer zij ten tijde van het sluiten van de overeenkomst met dat beding bekend was of geacht kon worden daarmee bekend te zijn (hierna: de bekendheidsuitzondering) (vgl. HR 1 oktober 1999, NJ 2000/207, m.nt. Jac. Hijma). De bekendheidsuitzondering berust erop dat wanneer de wederpartij bekend is of geacht kan worden bekend te zijn met de algemene voorwaarden van de gebruiker of een daarin voorkomend beding, recht wordt gedaan aan de strekking van art. 6:234 BW. Dit wordt niet anders wanneer de bekendheid van de wederpartij met de algemene voorwaarden of een daarin voorkomend beding, niet door toedoen van de gebruiker maar op andere wijze is ontstaan. Ook in dat geval kan de wederpartij zich daarom niet op vernietigbaarheid op de voet van art. 6:233 aanhef en onder b BW beroepen.

De devolutieve werking van het appel brengt mee dat het hof na de gegrondbevinding van de grieven opnieuw diende te beoordelen of de algemene voorwaarden op de koopovereenkomsten (met daarin een arbitraal beding) van toepassing zijn. De klacht kan niet tot cassatie leiden, omdat uit de feiten en de gedingsstukken na verwijzing geen ander oordeel mogelijk is dan dat het arbitraal beding van toepassing is.

Aan- en verkoopcoöperatie De Eendracht U.A., te Rouveen, eiseres tot cassatie, hierna: De Eendracht, adv.: mr. L.V. van Gardingen, tegen

[verweerster] B.V., verweerster in cassatie, hierna: [verweerster], adv.: mrs. R.P.J.L. Tjities en H. Boom.

Hof:

3 Wat is het oordeel van het hof?
 De CNGD zijn van toepassing op de koopovereenkomsten

3.1 [verweerster] en De Eendracht hebben op 15 april 2014 en 4 juni 2014 koopovereenkomsten met elkaar gesloten, waarbij, zoals te doen gebruikelijk tussen partijen, de overeenkomst telefonisch werd gesloten en [verweerster] de overeenkomst daarna schriftelijk bevestigde in een sales contract. In de sales contracten vulde [verweerster] achter “contract conditions” in welke algemene voorwaarden zij hanteerde. In de sales contracten van 15 april 2014 en 4 juni 2014 staat vermeld “Condiitiën van de Nederlandse Handel in Granen en Diervoedergrondstoffen (CNGD)”. Tussen partijen is in hoger beroep niet in geschil dat op de onderhavige koopovereenkomsten de CNGD van toepassing zijn.

[verweerster] heeft de CNGD niet ter hand gesteld

3.2 De Eendracht heeft de vernietiging van het arbitraal beding in artikel 45 van de CNGD ingeroepen wegens schending van de informatieplicht door [verweerster].

3.3 Het hof stelt voorop dat een beding in algemene voorwaarden op grond van artikel 6:233 sub

b BW vernietigbaar is indien de gebruiker ([verweerster]) aan de wederpartij (De Eendracht) niet een redelijke mogelijkheid heeft geboden om van de algemene voorwaarden kennis te nemen. [verweerster] is op grond hiervan in beginsel gehouden de CNGD aan De Eendracht ter hand te stellen (artikel 6:234 lid 1 BW). Volgens vaste rechtspraak¹ brengt een redelijke en op de praktijk afgestemde uitleg van artikel 6:234 lid 1 BW mee dat aan de strekking van de in die bepaling vervatte regeling eveneens recht wordt gedaan, indien de wederpartij zich tegenover de gebruiker ook niet op vernietigbaarheid van een beding in algemene voorwaarden kan beroepen, wanneer hij ten tijde van het sluiten van de overeenkomst met dat beding bekend was of geacht kon worden daarmee bekend te zijn. Ook kunnen zich omstandigheden voordoen waarin een beroep op vernietigbaarheid naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

3.4 Tussen partijen staat vast dat [verweerster] voor of bij het sluiten van de koopovereenkomsten de CNGD niet aan De Eendracht ter hand heeft gesteld in de zin van artikel 6:234 lid 1 BW en haar ook anderszins niet op een in deze bepaling bedoelde wijze de redelijke mogelijkheid heeft geboden van de algemene voorwaarden kennis te nemen.

De Eendracht komt daarom in beginsel een beroep toe op vernietiging van het arbitraal beding in de CNGD.

3.5 De strekking van de grieven van [verweerster] is dat De Eendracht geen beroep toekomt op vernietiging van het arbitraal beding omdat De Eendracht zelf gebruiker was van de CNGD en omdat De Eendracht ten tijde van het sluiten van de koopovereenkomsten daadwerkelijk bekend was met de inhoud van de CNGD en het daarin opgenomen arbitraal beding. De bewijslast rust in dit kader op [verweerster] als gebruiker van de CNGD, die zich op de aanwezigheid van de uitzonderingssituaties beroept.

3.6 Het hof zal in het navolgende oordelen dat [verweerster] haar stellingen voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat De Eendracht bekend was met de inhoud van de CNGD en het daarin opgenomen arbitraal beding en dat De Eendracht bovendien zelf meermalen gebruiker is geweest van de CNGD. De hieruit voortvloeiende conclusie zal zijn dat De Eendracht geen beroep toekomt op de vernietiging van het arbitraal beding in de CNGD.

De Eendracht was bekend met de CNGD

3.7 Het hof stelt voorop dat De Eendracht en [verweerster] beide professionele partijen zijn in de diervoedergrondstoffenbranche en jarenlang zaken met elkaar hebben gedaan. Niet in geschil is dat zij vanaf 2012 meer dan vijftig koopovereenkomsten met elkaar hebben gesloten waarop de CNGD van toepassing waren. De CNGD zijn branchevoorwaar-

den, opgesteld door de Koninklijke Vereniging Het Comité van Graanhandelaars (Het Comité) en worden binnen de handelsketen voor granen en diervoedergrondstoffen op grote schaal gebruikt. Bij geen van de vijftig koopovereenkomsten heeft [verweerster] de CNGD aan De Eendracht ter hand gesteld.

3.8 [betrokkene 2] is met ingang van 19 december 2008 aangetreden als directeur van De Eendracht. Met ingang van 21 mei 2014 is hij tevens ingeschreven als statutair bestuurder. Vaststaat dat [betrokkene 2] in het cursusjaar 2012/2013 de zogenaamde 'Graancursus' heeft gevolgd. Deze cursus wordt georganiseerd door Het Comité en bestaat uit dertien vakken, waarvan twee vakken de juridische kant van de agri-handel behandelen, verdeeld over drie blokken. Aan het eind van elk blok wordt een examen gehouden. De juridische vakken zijn 'Algemeen contractenrecht, documenten en arbitrage' en 'Handelskoopcontracten en arbitrage'. Uit een door [verweerster] overgelegde presentielijst blijkt dat [betrokkene 2] laatstgenoemd vak op 14 november 2012 heeft gevolgd. [verweerster] heeft een verklaring overgelegd van de heer [betrokkene 3], docent van het vak Handelskoopcontracten en arbitrage. [betrokkene 3] verklaart dat de CNGD en arbitrage tijdens dit vak uitgebreid aan bod komen. De cursisten krijgen tijdens de Graancursus een papieren versie van de CNGD uitgereikt en het behandelen van de CNGD is volgens [betrokkene 3] een van de meest intensieve gedeeltes van het vak, waarbij de CNGD artikel voor artikel besproken wordt. Met de cursisten wordt de arbitrage-clausule in de CNGD doorlopen, en ook het arbitragereglement daarvan. [betrokkene 3] concludeert dan ook dat iedereen die de Graancursus heeft gevolgd, in detail weet van het bestaan en belang van standard-forms (waaronder de CNGD) en van arbitrage. Op grond van het voorgaande concludeert het hof dat [betrokkene 2] op het moment van het sluiten van de koopovereenkomsten bekend was, althans bekend mag worden geacht, met de inhoud van de CNGD, waaronder het arbitraal beding.

3.9 Deze kennis van [betrokkene 2] kan aan De Eendracht worden toegerekend. De aard van de functie van bestuurder van een rechtspersoon brengt in beginsel mee dat zijn wetenschap in het maatschappelijk verkeer te gelden heeft als wetenschap van de rechtspersoon.² De Eendracht heeft niet aangevoerd dat in dit geval sprake is van bijzondere omstandigheden waardoor dit anders zou zijn. Dat [betrokkene 2] pas met ingang van 21 mei 2014 (en dus na het sluiten van de eerste koopovereenkomst van 15 april 2014) is ingeschreven als statutair bestuurder van De Eendracht maakt het voorgaande niet anders. Ook de kennis die [betrokkene 2] in zijn functie als (toen nog titulair) directeur heeft opgedaan heeft in het maatschappelijk ver-

¹ HR 1 oktober 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2977 (*Geurtzen/Kampstaal*) en HR 6 april 2001 (ECLI:NL:HR:2001:AB0901 (*VPN/Havrij*)).

² HR 6 april 1979, ECLI:NL:HR:1979:AH8595 (*Kleuterschool Babbel*), HR 11 september 2020, ECLI:NL:HR:2020:1413 (*Treston/HDI*).

keer als kennis van De Eendracht te gelden. Het hof overweegt daartoe dat [betrokkene 2] reeds vanaf 2008 directeur van De Eendracht was en als zodanig naar buiten trad. De Eendracht is, zo heeft zij ter gelegenheid van het pleidooi toegelicht, een kleinschalige onderneming bestaande uit voornamelijk fabrieks- en winkelmedewerkers. Naast de directeur zijn er slechts twee medewerkers met een kantoorfunctie. [betrokkene 2] heeft de koopovereenkomsten zelf, in zijn functie van directeur, gesloten en deze zijn ook aan hem persoonlijk bevestigd. Bovendien kan ook de kennis van een functionaris van een rechtspersoon aan die rechtspersoon worden toegerekend, indien deze kennis naar verkeersopvattingen als kennis van de rechtspersoon heeft te gelden. Dat is het geval indien de functionaris die kennis in de uitoefening van zijn functie heeft verkregen. [betrokkene 2] heeft de Graancursus gevolgd op het moment dat hij directeur was van De Eendracht en deze cursus hield rechtstreeks verband met de uitoefening van zijn functie als directeur. Ook voor zover [betrokkene 2] zijn kennis van de CNGD uit hoofde van zijn functie als directeur (niet zijnde statutair bestuurder) heeft opgedaan kan deze daarom worden toegerekend aan De Eendracht.

3.10 De volgende vraag is of, zoals De Eendracht betoogt, bij de toepassing van de eerste (hiervoor onder rechtsoverweging 3.3. benoemde) bekendheidsuitzondering vereist is dat de CNGD door toedoen van [verweerster] bekend zijn geworden bij De Eendracht. Het hof beantwoordt deze vraag ontkennend. Het doet er niet toe of De Eendracht door optreden van [verweerster] zelf dan wel uit andere hoofde bekend is geraakt met de CNGD. Nu het De Eendracht bekend was dat de CNGD van toepassing waren verklaard en zij ook over die algemene voorwaarden beschikte, is aan de ratio van artikel 6:234 BW voldaan: de wederpartij van de gebruiker heeft bij het aangaan van de overeenkomst kennis (kunnen nemen) van de algemene voorwaarden. Door het inroepen van de vernietiging van het arbitraal beding roept De Eendracht in feite een bescherming in die zij niet nodig heeft: zij kende de algemene voorwaarden immers al.

3.11 Het voorgaande leidt tot de conclusie dat De Eendracht ten tijde van het sluiten van de overeenkomsten met de CNGD bekend was zodat De Eendracht zich tegenover [verweerster] niet met succes op de voet van artikel 6:233 onder b BW op de vernietigbaarheid van het arbitraal beding kan beroepen.

De Eendracht was zelf gebruiker van de CNGD

3.12 Het hof is daarnaast van oordeel dat De Eendracht geen beroep toekomt op de vernietiging van het arbitraal beding omdat zij zelf de CNGD meermalen in haar overeenkomsten heeft gebruikt. De Eendracht heeft, met [verweerster] maar ook met andere partijen, diverse malen overeenkomsten gesloten met tussenkomst van makelaar [de

makelaar] GmbH (hierna: de makelaar). De Eendracht heeft tijdens het pleidooi in hoger beroep toegelicht dat deze overeenkomsten als volgt tot stand kwamen. De Eendracht belde de makelaar met de vraag of er bepaalde grondstoffen in de handel waren. De makelaar deed daar onderzoek naar en deelde daarop mee dat een partij, zoals bijvoorbeeld Spack B.V. met wie De Eendracht op 11 november 2010 een overeenkomst heeft gesloten, de gezochte grondstoffen voor een bepaalde prijs in de handel had. De Eendracht gaf daar vervolgens een akkoord op, waarna de makelaar voor én tussen verkoper en koper het contract vastlegde en aan verkoper en koper toezond. Volgens de toelichting van De Eendracht zette de makelaar in het contract welke algemene voorwaarden daarop van toepassing waren. De algemene voorwaarden werden dus niet door de verkoper opgelegd. Op grond van het contract deden partijen rechtstreeks zaken met elkaar, zonder verdere tussenkomst van de makelaar. Bij deze gang van zaken heeft De Eendracht, samen met haar wederpartij, ieder te gelden als de gebruiker van de algemene voorwaarden. Zij binden elkaar over en weer aan de toepasselijkheid van de algemene voorwaarden. Dat de verkopende partij uiteindelijk de commissie aan de makelaar betaalde, maakt dit niet anders.

3.13 Nu vaststaat dat De Eendracht meermalen (in ieder geval op 11 november 2011 met Spack B.V. en op 14 maart 2012 en 3 oktober 2012 met [verweerster]) op bovenstaande wijze als gebruiker gecontracteerd heeft op basis van de CNGD komt haar op grond van artikel 6:235 lid 3 BW evenmin een beroep toe op de vernietiging van het arbitraal beding.

Conclusie

3.14 Het hof concludeert op grond van wat hiervoor is overwogen dat de door De Eendracht ingeroepen vernietiging van het arbitraal beding geen doel treft. Voor zover [verweerster] nog gesteld heeft dat het beroep van De Eendracht op de vernietigingsgrond uit artikel 6:233 onder b BW afstuit op de redelijkheid en billijkheid van artikel 6:248 lid 2 BW, kan deze stelling gelet op het voorgaande onbesproken blijven.

3.15 Het argument van De Eendracht dat van een onbevoegdverklaring (alsnog) moet worden afgezien omdat [verweerster] volgens De Eendracht zich in een op basis van de CNGD te voeren arbitrageprocedure op een termijnoverschrijding en een niet-ontvankelijkheid van De Eendracht zal beroepen, ziet er aan voorbij dat daarmee ten onrechte vooruit wordt gelopen op een debat en een beslissing die in deze procedure niet aan de orde is.

Tussentijdse cassatie of prejudiciële vragen?

3.16 [verweerster] heeft voorwaardelijk, namelijk indien het hof haar vordering houdende exceptie van onbevoegdheid zou afwijzen, verzocht haar toe te staan tussentijds cassatie in te stellen. De Een-

dracht heeft zich hiertegen verzet. Nu de vordering van [verweerster] zal worden toegewezen, komt het hof niet toe aan het verzoek tot het openstellen van tussentijdse cassatie.

3.17 In haar memorie van antwoord heeft De Eendracht voor het geval het hof voornemens zou zijn het verzoek tot het openstellen van tussentijdse cassatie toe te wijzen, het hof in overweging gegeven in plaats daarvan prejudiciële vragen aan de Hoge Raad te stellen met betrekking tot de vraag in hoeverre abstracte dan wel concrete wetenschap van de algemene voorwaarden aan een beroep op vernietiging van die voorwaarden ex artikel 6:233 onder b BW in de weg staat. Tijdens het pleidooi in hoger beroep heeft De Eendracht dit voorwaardelijk verzoek aldus toegelicht, dat zij het hof verzoekt geen tussentijdse cassatie open te stellen maar in plaats daarvan prejudiciële vragen aan de Hoge Raad voor te leggen. Het hof ziet echter geen aanleiding prejudiciële vragen aan de Hoge Raad te stellen en wijst dit verzoek daarom af.

De slotsom

3.18 Nu de vernietiging van het arbitraal beding geen doel treft, gelden in de verhouding tussen De Eendracht en [verweerster] de CNGD en het daarin opgenomen arbitraal beding. Op grond van dit arbitraal beding zijn partijen gehouden alle geschillen, die tussen hen mochten ontstaan naar aanleiding van de koopovereenkomsten, aan arbitrage te onderwerpen. De rechtbank heeft zich dan ook ten onrechte bevoegd verklaard kennis te nemen van het geschil tussen [verweerster] en De Eendracht. Dit brengt mee dat het vonnis in incident zal worden vernietigd en alsnog zal worden beslist dat de rechtbank onbevoegd is van de vordering van De Eendracht jegens [verweerster] kennis te nemen.

3.19 Als de in het ongelijk gestelde partij zal het hof De Eendracht veroordelen in de proceskosten in beide instanties (in hoger beroep 3 punten, tarief II).

De beslissing

Het hof, rechtdoende in hoger beroep: vernietigt het vonnis in het incident van 17 oktober 2018 van de rechtbank Overijssel, locatie Zwolle; bepaalt dat de rechtbank onbevoegd is kennis te nemen van de vorderingen van De Eendracht jegens [verweerster] zoals weergegeven in de dagvaarding van 17 oktober 2017; veroordeelt De Eendracht in de kosten van het incident in beide instanties, wat betreft de eerste aanleg aan de zijde van [verweerster] begroot op € 3.894 voor verschotten en € 1.086 voor geliquideerd salaris van de advocaat en voor wat betreft het hoger beroep aan de zijde van [verweerster] begroot op € 726 voor verschotten en € 3.222 voor geliquideerd salaris van de advocaat; verklaart dit arrest ten aanzien van de proceskostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad; wijst het meer of anders gevorderde af.

Cassatiemiddel:

De Eendracht voert tegen het arrest het volgende middel van cassatie aan:

Schending van het recht en/of verzuim van wettelijke vormen doordat het hof heeft overwogen en beslist als in het arrest is weergegeven, zulks op de volgende, mede in hun onderlinge samenhang in aanmerking te nemen gronden.

A. Inleiding

1. De Eendracht is een veevoercoöperatie die van grondstoffenleverancier [verweerster] (zognaamd) biologische zonnebloemkoek als grondstof afnam en verwerkte tot biologisch legkippenmenvoer. Het voer werd vervolgens als zodanig verkocht aan een Duitse voerleverancier, die het voer inkoopte voor haar klanten, Duitse pluimveehouders.¹ De Duitse autoriteiten constateerden dat het voer niet aan de eisen voor biologisch veevoer voldeed en dat de van [verweerster] afkomstige grondstof vervuild was met onder meer pesticiden.² De pluimveehouders werd een verbod opgelegd om hun eieren als biologisch te verhandelen en hebben daardoor schade geleden. Zij spreken daarvoor hun voerleverancier en hun verzekeraar aan, die op hun beurt De Eendracht aanspreken. De Eendracht legt op haar beurt de rekening neer waar die thuishoort: bij [verweerster].³ [verweerster] heeft immers vervuilde grondstoffen ten onrechte als biologisch aangeprezen en aan De Eendracht verkocht, en daarmee de schade van de pluimveehouders veroorzaakt.

2. Deze vrijwaringsprocedure draait in dit stadium om de vraag of De Eendracht het handelen van [verweerster] ter beoordeling aan de rechter kan voorleggen. Meer concreet draait het om de vraag of de Rechtbank Overijssel (de 'rechtbank') bevoegd is te oordelen over het geschil in vrijwaring tussen De Eendracht en [verweerster]. [verweerster] meent van niet, en stelt dat bepaalde algemene voorwaarden ('AV') genaamd *Condiënen van de Nederlandse Handel in Granen en Diervoedergrondstoffen* (de 'CNGD') van toepassing zijn met daarin een arbitrageclausule met meldingstermijn die inmiddels verlopen is.

3. De koopovereenkomsten waar het om gaat tussen De Eendracht en [verweerster] zijn van 15 april 2014 en 4 juni 2014 (de 'koopovereenkomsten'). In de bevestigingen daarvan heeft [verweerster] de CNGD genoemd. In de CNGD is een arbitragebeding opgenomen. Vaststaat dat [verweerster] de CNGD niet aan De Eendracht heeft verstrekt, ook niet bij enige eerdere overeenkomst.⁴

4. De rechtbank oordeelde in haar tussenvonnis dat de door De Eendracht ingeroepen vernietiging doel treft en zij op grond van artikel 216 Rv bevoegd was te oordelen in de vrijwaringsprocedure.

¹ Plta-E I § 4.

² Dagr. § 4 en 9, Plta-E I § 5 – 6, 11, MvA in incident § 1 en productie 5.

³ Dagr. 3–5 en 10, Plta-E I § 5–6.

⁴ Zie bijv. rov. 3.4.

In het door de rechtbank opengestelde hoger beroep oordeelde het hof vervolgens dat de door De Eendracht ingeroepen vernietiging geen doel treft, en dat de rechter onbevoegd is om over het vrijwaringsgeschil te oordelen. Tegen deze oordelen richt het cassatieberoep zich.

B. Klachten

1. Het hof heeft ten onrechte De Eendachts stellingen uit eerste aanleg over toepasselijkheid van de CNGD niet beoordeeld

Het hof oordeelt in rov. 3.1 dat tussen partijen in hoger beroep niet in geschil is dat de CNGD op de koopovereenkomsten van toepassing zijn.

1.1. 's Hof's oordeel in rov. 3.1 getuigt van een onjuiste rechtsopvatting. Het hof miskent dat de devolutieve werking van het appel met zich brengt dat het hof als gevolg van zijn oordeel dat [verweerster]'s grieven tegen de afwijzing van haar vordering in incident (tot onbevoegdverklaring) door de rechtbank slagen, bij zijn beoordeling van de vordering van [verweerster] de in hoger beroep niet prijsgegeven⁵ stellingen van De Eendracht uit eerste aanleg met betrekking tot de toepasselijkheid van de CNGD had moeten betrekken en beoordelen. In het bijzonder had het hof een oordeel te geven over de stellingen dat [verweerster] de CNGD slechts in een opdracht-bevestiging heeft genoemd en niet van toepassing heeft verklaard;⁶ dat [verweerster] daarin twee sets AV heeft genoemd en onduidelijk is welke set van toepassing is, en dat De Eendracht de toepasselijkheid niet heeft aanvaard.⁷

1.2. Voor zover het hof in rov. 3.1 oordeelt dat de zojuist genoemde stellingen uit eerste aanleg niet ambtshalve beoordeeld hoeven worden omdat De Eendracht niet heeft gegriefd tegen het oordeel van de rechtbank dat de AV van toepassing zijn, geeft dat oordeel blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Het niet met een grief bestrijden van een oordeel van de rechtbank doorkruist de devolutieve werking van het appel niet; althans niet indien daardoor geen tegenstrijdige onherroepelijke uitspraken of beslissingen met gezag van gewijsde over dezelfde rechtsverhouding zouden ontstaan.

1.3. Voor zover 's hofs oordeel niet uitgaat van een hiervoor als onjuist bestreden rechtsopvatting is het oordeel onvoldoende begrijpelijk nu niet valt in te zien waarom in dat geval toch zou kunnen worden aangenomen dat tussen partijen niet in geschil is dat de CNGD van toepassing zouden zijn.

2. Eventuele 'bekendheid' met CNGD bij de heer [betrokkene 2] maakt nog niet dat aan de strekking van de regeling van artikel 6:234 lid 1 BW is voldaan, temeer niet nu die 'bekendheid' niet is ontstaan door toedoen van [verweerster]

Na in rov. 3.8 aan te nemen dat de heer [betrokkene 2] vanwege het volgen van een cursus waarin de CNGD aan bod kwamen, daarmee bekend is geraakt (zie daarover onderdeel 3), en deze kennis in rov. 3.9 toe te rekenen aan De Eendracht, overweegt het hof in rov. 3.10 dat voor een beroep op de in rov. 3.3 benoemde 'eerste bekendheidsuitzondering' niet is vereist dat de CNGD door toedoen van [verweerster] bekend zijn geworden bij De Eendracht. In rov. 3.11 oordeelt het hof dat het voorgaande tot de conclusie leidt (zie ook rov. 3.6) dat De Eendracht zich tegenover [verweerster] niet met succes op de voet van artikel 6:233 onder b BW op de vernietiging van het arbitraal beding uit de CNGD kan beroepen.

2.1. 's Hof's oordelen in rov. 3.10 en 3.11 getuigen van een onjuiste rechtsopvatting. Het hof miskent dat een redelijke en op de praktijk afgestemde uitleg van artikel 6:234 lid 1 BW weliswaar meebrengt dat aan de strekking van de in die bepaling vervatte regeling eveneens recht wordt gedaan indien de wederpartij zich tegenover de gebruiker ook niet op vernietigbaarheid van een beding in algemene voorwaarden kan beroepen wanneer hij ten tijde van het sluiten van de overeenkomst met dat beding bekend was of geacht kon worden daarmee bekend te zijn, maar dat daaronder niet (zonder meer) iedere vorm van bekendheid met de betreffende AV of de betreffende clausule kan worden begrepen; en/of in ieder geval niet kan worden begrepen de situatie dat de bekendheid niet door toedoen van de gebruiker, c.q. 'toevalligerwijs' is ontstaan (zoals de situatie dat de betreffende AV aan bod zijn gekomen bij een in het verleden door een werknemerdirecteur gevolgde cursus). Nu/voor zover het hof deze als onjuist bestreden rechtsopvattingen tevens tot uitdrukking brengt of daarop voortbouwt in rov. 3.6, 3.8, 3.9 en 3.14, richt(en) deze klacht(en) zich ook daartegen.

2.2. En/althans geldt het voorgaande (temeer) in het geval dat (i) de gebruiker pas achteraf (na het sluiten van de overeenkomst) bekend wordt met de 'kennis' die bij de wederpartij aanwezig is (waarmee van een gerechtvaardigd vertrouwen op het moment van contractering geen sprake kon zijn); en/of (ii) (vaststaat dat) terhandstelling of toezending redelijkerwijs mogelijk en van de gebruiker te vergen waren, en dat ook geen mogelijkheid is geboden tot kennisneming; en/of (iii) de gebruiker de betreffende AV niet in verband met een eerdere overeenkomst al ooit heeft verstrekt of gepresenteerd; en/of (iv) dat het 'bekend worden geacht' van de wederpartij (niet via verstrekking door de gebruiker maar) via toerekening van 'kennis' geschiedt (zie daarover ook onderdeel 3).

2.3. En/althans miskent het hof dat de vraag of aan de strekking van de regeling van artikel 6:234

5 Zij heeft bovendien in MvA § 5 gesteld dat de CvA in incident en haar pleitnotitie als herhaald in ingelast in de MvA dienen te worden beschouwd.

6 CvA in het incident § 14b, plta-E I § 18.

7 Dagv. § 16 – 20, CvA in het incident § 10 – 17, plta-E I § 15 – 21.

lid 1 BW is voldaan, afhangt van de omstandigheden van het geval, waaronder de in subonderdeel 2.2 genoemde omstandigheden, en de omstandigheid genoemd in subonderdeel 2.1 dat de 'kennis' niet door toedoen van de gebruiker is ontstaan. Deze door De Eendracht ingeroepen omstandigheden c.q. ingenomen essentiële stellingen⁸ zijn door het hof voorts niet kenbaar bij zijn oordelen betrokken. Daarmee zijn deze oordelen tevens onvoldoende begrijpelijk gemotiveerd.

2.4. Voor zover het hof in rov. 3.10 met de zinsnede 'en zij ook over die algemene voorwaarden beschikte' oordeelt dat De Eendracht tot wél over de CNGD zou beschikken c.q. dat deze aan haar zouden zijn verstrekt, is dat oordeel onjuist vanwege de in het middel bestreden rechtsopvattingen, dan wel onvoldoende (begrijpelijk) gemotiveerd. Het hof wijdt geen enkele overweging aan hoe de CNGD (in digitale of fysieke vorm) bij De Eendracht terecht zouden zijn gekomen en/of dat een in dit kader relevante vorm van verstrekking zou zijn, hetgeen zonder nadere toelichting niet valt in te zien. 's Hofs oordeel is alsdan in ieder geval in strijd met artikel 24 Rv nu geen van beide partijen heeft gesteld dat De Eendracht wél over de CNGD zou beschikken c.q. dat deze aan haar zouden zijn verstrekt.

3. De heer [betrokkene 2] (en dus ook De Eendracht) was niet bekend met de CNGD

Het hof oordeelt in rov. 3.8 dat de heer [betrokkene 2] — directeur van De Eendracht — op het moment van sluiten van de koopovereenkomst bekend was, althans bekend mag worden geacht, met de inhoud van de CNGD. Het hof komt tot dit oordeel door te overwegen dat de heer [betrokkene 2] een cursus heeft gevolgd waarin de CNGD (uitgebreid) aan bod zijn gekomen (op 14 november 2012), en waarbij de CNGD als onderdeel van het cursusmateriaal zijn verstrekt. Deze kennis die bij de heer [betrokkene 2] wordt aangenomen wordt vervolgens toegerekend aan De Eendracht in de op rov. 3.8 voortbouwende rov. 3.9 (en waarop wordt voortgebouwd in rov. 3.6 en 3.14), waartegen onderstaande klachten zich aldus eveneens richten.

3.1. 's Hofs oordelen gaan uit van een onjuiste rechtsopvatting. Voor de vraag of de gebruiker de wederpartij een redelijke mogelijkheid heeft geboden om van de AV kennis te nemen in de zin van artikel 233 sub b jo. (de strekking van de in) 6:234 lid 1 BW (neergelegde regeling), is daadwerkelijke concrete kennis van of bekendheid (bij een werknemer wiens kennis kan worden toegerekend aan de wederpartij) met de inhoud c.q. strekking van de betreffende AV (of een clause daarin) niet relevant (vergelijk ook artikel 6:232 BW), maar slechts (het bieden van) de mogelijkheid van kennisname van

de AV bij de contractering en — tenzij van slechts één eenvoudige (retourner)clause sprake is — het toegankelijk maken van de (gehele) AV, ook ten behoeve van latere kennisneming, al dan niet doordat de betreffende AV bij een eerder contract reeds zijn verstrekt.

3.2. Althans — namelijk voor zover bij een werknemer opgedane 'kennis' wel relevant is — gaan 's hofs oordelen uit van een onjuiste rechtsopvatting, nu de vaststelling dat een cursus is gevolgd waarin (al dan niet uitgebreid) (meerdere sets AV waaronder)⁹ de CNGD aan bod zijn gekomen, niet (zonder meer) de conclusie kan dragen dat (een voldoende mate van) kennis van de tekst of strekking van de arbitrageclause uit de CNGD bestaat of geacht kan worden te bestaan bij de cursist (en dus ook niet via toerekening bij De Eendracht), 's Hofs oordeel komt erop neer dat de cursist geacht wordt na het volgen van een cursus (kennelijk tot in de eeuwigheid dan wel ten minste gedurende ongeveer twee jaar),¹⁰ de inhoud van alle clauses van (al) deze (sets) AV die in de cursus zijn behandeld¹¹ zou beheersen althans kunnen reproduceren, nu niet valt in te zien waarom deze aanname van kennis voor specifiek één clause uit de CNGD wel zou gelden maar voor de andere clauses in de CNGD en de andere sets AV niet. Voor zover het hof het voorgaande niet miskent, is zijn oordeel onvoldoende begrijpelijk gemotiveerd nu niet valt in te zien waarom uit het — al dan niet uitgebreid — aan bod komen van de CNGD bij (één van twaalf vakken van)¹² de betreffende cursus, zou kunnen leiden tot de conclusie dat de heer [betrokkene 2] (geacht wordt) de strekking van de arbitrageclause uit de CNGD (althans alle clauses uit alle behandelde sets AV) zou beheersen of zou kunnen reproduceren of (een voldoende mate van) kennis van de tekst of strekking daarvan zou hebben.

3.3. Voor zover het hof in rov. 3.8 oordeelt dat de gevraagde kennis niet ziet op (het beheersen of kunnen reproduceren van) de tekst of strekking van de arbitrageclause, maar op een minder verderstrekkend kennisniveau (zoals de kennis dat de CNGD bestaan en/of dat daar een al dan niet facultatieve of in toepassingsgebied beperkte arbitrageclause deel van zou uitmaken), geeft dat oordeel blijk van een onjuiste rechtsopvatting nu alsdan met het toereikend achten van deze (in rov. 3.9 via een werknemer-directeur naar aanleiding van een cursus aan de wederpartij toegerekende) vastgestelde kennis geen recht wordt gedaan aan de strekking van de in artikel 6:234 lid 1 BW neergelegde regeling (met als uitgangspunt de terhandstelling/verstrekking door de gebruiker van de volledige tekst van de AV); temeer nu niet is gesteld — en het hof ook niet heeft vastgesteld — dat de cursist het cursusmateriaal waaronder de geprinte versie van

8 Omstandigheid (i) zie CvA in het incident § 24, pta-E I § 23 – 27, MvA § 34 – 49, pta-E II § 1.3; omstandigheid (ii) zie CvA § 4.4, pta-E I § 16; omstandigheid (iii) zie MvA § 21, § 32a en § 64; omstandigheid (iv) zie MvA § 26, 34 – 49.

9 Pta-E II § 4.5.

10 MvA § 40.

11 Pta-E II § 4.5.

12 Incidentele conclusie tot onbevoegdheid § 4.4.6.

de CNGD zou hebben bewaard of hebben moeten bewaren; en de door De Eendracht ingeroepen stelling dat de heer [betrokkene 2] voor zover deze kennis zou hebben opgedaan, hij die in ieder geval niet heeft kunnen toepassen.¹³ Althans is 's hofs oordeel onbegrijpelijk nu zonder nadere toelichting niet valt in te zien dat hieraan wél recht zou worden gedaan, althans waarom dit verschil ten opzichte van terhandstelling/verstrekking gerechtvaardigd of gepast zou zijn.

3.4. 's Hofs oordeel in rov. 3.8 is onvoldoende gemotiveerd in het licht van het essentiële en niet kenbaar bij de beoordeling betrokken betoog van De Eendracht dat het volgen van een cursus niet (zonder meer) leidt tot bekendheid (in de zin van (de strekking van de in) artikel 6:234 lid 1 BW (neergelegde regeling)) met al hetgeen in die cursus is behandeld althans met de strekking van de arbitrageclausule uit de CNGD;¹⁴ temeer niet nu ook andere in de branche gebruikte sets AV (en overigens ook andere onderwerpen dan AV), aan bod zijn gekomen,¹⁵ en dat dit niet anders wordt doordat de CNGD destijds als onderdeel van het cursusmateriaal zijn verstrekt,¹⁶ en dat de heer [betrokkene 2] voor zover hij deze kennis zou hebben opgedaan, hij die in ieder geval niet heeft kunnen toepassen.¹⁷ Zonder nadere toelichting, die ontbreekt, valt niet in te zien dat de heer [betrokkene 2] bekend was of kon worden geacht in de zin van (de strekking van de in) artikel 6:234 lid 1 BW (neergelegde regeling), met de inhoud van al deze sets van algemene voorwaarden, althans met de arbitrageclausule uit de CNGD.

4. De Eendracht was geen gebruiker van de CNGD

Het hof overweegt in rov. 3.12 dat De Eendracht (voorafgaand aan de twee litigieuze transacties) een drietal transacties sloot waarvan twee met [verweerster], die tot stand zijn gekomen met tussenkomst van een makelaar, welke makelaar voor en tussen verkoper en koper De Eendracht het contract vastlegde en aan koper en verkoper toezond. De makelaar zette daarbij in het contract welke AV van toepassing waren. De AV werden in die zin dus niet door verkoper opgelegd, en op grond van het contract deden partijen rechtstreeks zaken met elkaar zonder verdere tussenkomst van de makelaar, aldus het hof. Bij die gang van zaken hebben koper en verkoper beiden te gelden als gebruiker van de CNGD en binden elkaar over en weer daaraan, aldus nog steeds het hof. Dat de verkoper (in één van de transacties dus [verweerster]) de makelaarscommissie betaalde, maakt dat niet anders. Dat leidt in rov. 3.12 (en daarop voortbouwend in rov. 3.6, 3.13 en 3.14 waartegen de klachten zich in die zin eveneens richten) tot het oordeel dat De Eendracht geen

beroep toekomt op de vernietiging van de CNGD omdat De Eendracht zelfde CNGD meermalen in haar overeenkomst zou hebben gebruikt.

4.1. 's Hofs oordeel getuigt van een onjuiste rechtsopvatting met betrekking tot de vraag of koper De Eendracht kan worden aangemerkt als gebruiker van de CNGD in de zin van artikel 6:231 BW in het kader van de uitzondering van artikel 6:235 lid 3 BW. Het hof kent hierbij ten onrechte beslissende betekenis toe aan het niet door de verkoper opgelegd zijn van de AV, althans miskent het hof dat voor het antwoord op deze vraag het al dan niet nemen van initiatief beslissend is, en in het geval geen van de contractspartijen — althans indien een tussenpersoon/makelaar — initiatief heeft genomen tot het opnemen van bepaalde AV in een overeenkomst, niet (zeker niet zonder meer) beide partijen, c.q. koper én verkoper, te gelden hebben als gebruikers van de betreffende AV in de zin van artikel 6:231 BW; althans als de koper in die situatie niet dit initiatief heeft genomen, de koper dan niet als gebruiker van de AV kan worden aangemerkt.

4.2. Het voorgaande geldt in ieder geval indien (i) vaststaat dat de makelaar niet op last van de koper/De Eendracht handelde;¹⁸ (ii) de koper zowel met de tussenpersoon/makelaar als met de verkoper in het geheel geen contact heeft gehad over het al dan niet hanteren van AV en zo ja welke, althans dat dit niet is vastgesteld; (iii) de verkoper de commissie van de tussenpersoon/makelaar betaalde;¹⁹ en (iv) de verkoper (die de grondstoffen leverde die door de koper zijn betaald) de karakteristieke prestatie heeft verricht.

4.3. Voor zover het hof meent dat aan de in subonderdelen 4.1 en 4.2 ingeroepen omstandigheden geen relevantie toekomt in het kader van zijn beoordeling, geeft het oordeel blijk van een in die subonderdelen als onjuist bestreden rechtsopvatting, althans is zijn oordeel onvoldoende gemotiveerd nu zonder nadere motivering niet valt in te zien waarom dan toch zou kunnen worden aangenomen dat De Eendracht c.q. beide partijen hier als gebruiker aangemerkt zouden kunnen worden. Bovendien is 's hofs oordeel onvoldoende begrijpelijk gemotiveerd nu het hof de zojuist genoemde door De Eendracht ingenomen essentiële stellingen ten onrechte niet bij zijn oordeel heeft betrokken.

Conclusie plv. P-G mr. M.H. Wissink:

1 Inleiding

1.1 Nadat zij door derden in rechte is aangesproken tot vergoeding van schade, heeft De Eendracht [verweerster] in vrijwaring heeft opgeroepen. [verweerster] heeft een bevoegdheidsincident opgeworpen op de grond dat alle geschillen tussen De Eendracht en [verweerster] krachtens de toepasselijke algemene voorwaarden (de Conditiën van de Nederlandse Handel in Granen en Diervoeder-

13 MvA § 26.

14 CvA § 22, MvA § 23 en 35.

15 Plta-E II § 4.5.

16 MvA § 23 – 26.

17 MvA § 26.

18 Rov. 3.12 en MvA § 12 – 15.

19 Rov. 3.12 MvA § 10 – 15.

grondstoffen, hierna: CNGD) worden beslecht door middel van arbitrage. De Eendracht heeft zich be-roepen op de vernietigbaarheid van de CNGD omdat deze niet aan haar door [verweerster] ter hand zijn gesteld (artikel 6:233 onder b in verbinding met artikel 6:234 lid 1 BW). Het hof, dat is uitgegaan van toepasselijkheid van de CNGD, heeft dit beroep ver-worpen op de grond dat de in het arrest *Geurtzen/Kampstaal*¹ bedoelde 'bekendheidsuitzondering' op de eis van terhandstelling opgaat, omdat de direc-teur van De Eendracht met de CNGD bekend was uit hoofde van de door hem gevolgde 'Graancursus', en voorts op de grond dat De Eendracht ook zelf ge-bruiker van de CNGD is (artikel 6:235 lid 3 BW).

1.2 Ik kom tot de conclusie dat het middel te-recht klaagt dat het hof de devolutieve werking van het hoger beroep heeft miskend door uit te gaan van de toepasselijkheid van de CNGD. De klachten over de bekendheidsuitzondering en artikel 6:235 BW worden besproken met oog op de voortgezette be-handeling van de zaak na cassatie en verwijzing. Ik meen dat het hof kon oordelen dat de bekendheids-uitzondering opgaat, omdat niet relevant is hoe deze bekendheid is ontstaan, maar dat het middel terecht klaagt over het oordeel dat De Eendracht ook zelf gebruiker van de CNGD is.

2 Feiten en procesverloop

2.1 In cassatie kan van de volgende feiten wor-den uitgegaan:²

(i) [verweerster] is leverancier van diervoeder-grondstoffen. De Eendracht is een veevoercoöperatie. In de periode van 2008 tot en met 2014 hebben [verweerster] en De Eendracht 93 koopovereen-komsten met elkaar gesloten, waarbij [verweerster] bulkgoederen aan De Eendracht heeft geleverd als bestanddeel van door De Eendracht te produceren veevoer.

(ii) In dit geschil draait het om twee koopover-eenkomsten, gesloten op 15 april 2014 en 4 juni 2014 (hierna: de koopovereenkomsten). Na telefo-nische onderhandelingen hebben [betrokkene 1] namens [verweerster] en [betrokkene 2] (hierna: [betrokkene 2]) namens De Eendracht op die data mondeling overeenstemming bereikt over de koop van zonnebloemkoek. [verweerster] heeft de koop-overeenkomsten op dezelfde dag bevestigd door middel van 'sales contracten'. In deze sales contrac-ten staat achter "Contract Conditions" vermeld: "Conditie van de Nederlandse Handel in Granen en Diervoedergrondstoffen (CNGD)".

(iii) De CNGD bevatten onder artikel 45 een ar-bitraal beding, kort gezegd inhoudende dat alle ge-schillen die tussen partijen mochten ontstaan naar aanleiding van een koopovereenkomst, afgesloten op de CNGD, door arbitrage zullen worden uitge-maakt. In artikel 46 is bepaald dat de arbitrage uiter-

lijk drie maanden na het ontstaan van het geschil moet worden aangevraagd.

(iv) Tussen De Eendracht en [verweerster] is een geschil ontstaan over de geleverde zonnebloem-koek. De achtergrond van dit geschil is dat De Een-dracht de door [verweerster] geleverde zonne-bloemkoek heeft verwerkt tot legkippenmengvoer en heeft geleverd aan de rechtspersoon naar Duits recht Raiffeisenbank Emsland-Mitte EG, die het leg-kippenmengvoer vervolgens heeft geleverd aan Duitse pluimveehouders. Raiffeisenbank en de rechtspersoon naar Duits recht R+V Allgemeine Ver-sicherungs AG hebben De Eendracht op 16 mei 2017 gedagvaard voor de rechtbank Overijssel en gevor-derd dat De Eendracht op grond van non-conformi-teit van het geleverde legkippenmengvoer wordt veroordeeld tot het betalen van schadevergoeding van € 967.273,92 aan Raiffeisenbank en tot € 45.305,13 aan Allgemeine Versicherungs AG. De Eendracht heeft vervolgens [verweerster] in vrijwa-ring opgeroepen.

2.2 In de vrijwaringsprocedure heeft De Een-dracht – kort gezegd – gevorderd dat [verweerster] wordt veroordeeld aan haar datgene te betalen waartoe De Eendracht in de hoofdzak mocht wor-den veroordeeld. [verweerster] heeft op de voet van artikel 1022 Rv een bevoegdheidsincident opgewor-pen en gevorderd dat de rechtbank zich onbevoegd zal verklaren om van de vordering van De Eendracht kennis te nemen, omdat de rechtbank gelet op het arbitraal beding in artikel 45 van de CNGD niet be-voegd is om over het geschil te oordelen. De Een-dracht heeft de vernietiging van het arbitraal beding ingeroepen. De rechtbank heeft bij vonnis in het inci-dent van 17 oktober 2018 de incidentele vordering van [verweerster] afgewezen.

2.3 Het hof Arnhem-Leeuwarden heeft in zijn arrest van 22 december 2020 het vonnis in het inci-dent van de rechtbank vernietigd en alsnog bepaald dat de rechtbank onbevoegd is om kennis te nemen van de vordering van De Eendracht jegens [ver-weerster] in de vrijwaringsprocedure.

2.4 Bij procesinleiding van 26 maart 2021 heeft De Eendracht tijdig cassatieberoep ingesteld tegen het eindarrest³ van het hof. [verweerster] heeft ge-concludeerd tot verwerping van het beroep. Vervol-gens hebben De Eendracht en [verweerster] hun standpunten laten toelichten, waarna De Eendracht heeft gerepliceerd en [verweerster] heeft gedupli-ceerd.

3 Het dictum van het arrest van het hof houdt in de vernietiging van het vonnis van de rechtbank en de bepaling dat de recht-bank onbevoegd is kennis te nemen van de vorderingen van De Eendracht jegens [verweerster] zoals weergegeven in de dagvaarding van 17 oktober 2017. Daarmee wordt een einde gemaakt aan de instantie en aan de tussen de partijen aan-hangige procedure voor de overheidsrechter, zodat sprake is van een eindarrest. Zie *Asser Procesrecht/Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent* 4 2018/35; Meijer, T&C Rv, art. 1022, aant. 9. Vgl. voorts H.J. Snijders, Burgerlijke Rechtsvordering, art. 1022 Rv, aant. 4; B.T.M. van der Wiel & N.T. Dempsey, in: Van der Wiel (red.), *Cassatie*, 2019/147.

1 HR 1 oktober 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2977, NJ 2000/207 m.nt. Jac. Hijma (*Geurtzen/Kampstaal*).

2 Hof Arnhem-Leeuwarden 22 december 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:10725, TVA 2021/42, rov. 2.2-2.5.

3 Bespreking van het cassatiemiddel

3.1 Het cassatiemiddel bestaat uit vier onderdelen. *Onderdeel 1* klaagt over de vaststelling van het hof dat tussen partijen in hoger beroep niet in geschil is dat de CNGD op de koopovereenkomsten van toepassing zijn. *Onderdeel 2* klaagt over de invulling die het hof heeft gegeven aan de bekendheidsuitzondering. *Onderdeel 3* komt op tegen het oordeel van het hof dat De Eendracht bij de totstandkoming van de koopovereenkomsten bekend was of mocht worden geacht bekend te zijn met de CNGD en het daarin vervatte arbitraal beding. *Onderdeel 4* bestrijdt het oordeel van het hof dat De Eendracht de CNGD zelf meermalen in haar overeenkomsten heeft gebruikt.

Onderdeel 1 (devolutieve werking)

3.2 *Onderdeel 1* richt in drie subonderdelen klachten tegen de overweging in rov. 3.1 dat tussen partijen in hoger beroep niet in geschil is dat de CNGD op de koopovereenkomsten van toepassing zijn.

Subonderdeel 1.1 klaagt dat het hof de devolutieve werking van het hoger beroep heeft miskend, omdat het hof, als gevolg van zijn oordeel dat de grieven van [verweerster] tegen de afwijzing van haar incidentele vordering door de rechtbank slagen, bij zijn herbeoordeling van die incidentele vordering in de hoger beroep niet prijsgegeven stellingen van De Eendracht uit de eerste aanleg met betrekking tot de toepasselijkheid van de CNGD had moeten betrekken. In het bijzonder had het hof moeten oordelen over de stellingen van De Eendracht (i) dat [verweerster] de CNGD slechts in een opdrachtbevestiging heeft genoemd, maar niet van heeft toepassing verklaard, (ii) dat [verweerster] in de opdrachtbevestiging twee sets van algemene voorwaarden heeft genoemd en onduidelijk is welke set van toepassing is; en (iii) dat De Eendracht de toepasselijkheid van de CNGD niet heeft aanvaard.

3.3 Volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad wordt door het instellen van hoger beroep tegen een einduitspraak de gehele zaak zoals zij voor de eerste rechter diende naar de hogere rechter overgebracht ter beslissing door deze.⁴ Vervolgens vindt binnen de grenzen van de rechtsstrijd in hoger beroep een nieuwe behandeling en beslissing van de zaak plaats.⁵ Na grondbevinding van een of meer grieven tegen de afwijzing van een vordering, moet het hof aldus opnieuw beoordelen of die vordering, voor zover in hoger beroep gehandhaafd, voor toewijzing in aanmerking komt. Daarbij moet het hof — op grond van de devolutieve werking van het hoger beroep, en zonder dat de oorspronkelijk

gedaagde/geïntimeerde daartoe een incidentele grief hoeft aan te voeren — acht slaan op alle door de oorspronkelijk gedaagde in eerste aanleg gevoerde en in hoger beroep niet prijsgegeven verweren, ook als deze door de eerste rechter zijn verworpen.⁶

3.4.1 In eerste aanleg is uitvoerig gedebatteerd over de vraag of de CNGD op de koopovereenkomsten van toepassing waren. De Eendracht heeft gesteld dat de algemene voorwaarden niet zijn overeengekomen. Het enkele feit dat [verweerster] de CNGD op de aankoopbevestiging heeft vermeld, maakt volgens haar niet dat tussen partijen wils-overeenstemming bestond over de toepasselijkheid van de CNGD.⁷ Zij heeft ook gesteld dat de CNGD niet van toepassing zijn omdat in de koopovereenkomst twee verschillende sets algemene voorwaarden worden genoemd en niet duidelijk zou zijn hoe deze zich tot elkaar verhouden, en voorts dat zij de CNGD niet (uitdrukkelijk of stilzwijgend) heeft aanvaard.⁸ In de pleitnota ten behoeve van de zitting in het bevoegdheidsincident van 30 augustus 2018 heeft De Eendracht de eerdergenoemde argumenten herhaald, en daaraan toegevoegd dat [verweerster] er in de gegeven omstandigheden ook niet gerechtvaardigd op mocht vertrouwen dat De Eendracht het arbitraal beding heeft aanvaard.⁹ [verweerster] heeft het standpunt van De Eendracht bestreden.¹⁰ De rechtbank heeft in rov. 4.2–4.8 van haar vonnis in het incident geoordeeld dat de CNGD van toepassing zijn en dat het arbitraal beding in de CNGD vernietigbaar is.

3.4.2 Bij memorie van grieven is [verweerster] nog kort ingegaan op de toepasselijkheid van de CNGD.¹¹ In de memorie van antwoord heeft De onder meer gereageerd op een (nieuwe) stelling die [verweerster] in de memorie van grieven over de toepasselijkheid van de CNGD heeft ingenomen.¹²

3.5 Tegen deze achtergrond klaagt *subonderdeel 1.1* terecht over de overweging dat tussen partijen in hoger beroep niet in geschil is dat de CNGD op de koopovereenkomsten van toepassing zijn en dat het hof, na grondbevinding van grieven van [verweerster], de desbetreffende stellingen van De

6 Zie onder meer: HR 10 juni 1988, NJ 1989/30 m.nt. J.B.M. Vranken, rov. 4.2; HR 21 december 1990, NJ 1991/233; HR 22 november 1991, NJ 1992/135, rov. 3.5; HR 2 februari 2001, NJ 2001/233, rov. 3.5; HR 14 december 2001, NJ 2002/105 m.nt. D.W.F. Verkade, rov. 3.6; HR 12 juli 2002, NJ 2003/194 m.nt. W.M. Kleijn, rov. 3.4; HR 30 januari 2009, NJ 2009/81, rov. 3.2; HR 30 maart 2012, NJ 2012/583 m.nt. H.B. Krans, rov. 3.3.2; HR 21 januari 2014, JBPv 2014/29 m.nt. G. van Rijsen, rov. 3.4.2 en 3.5.2; HR 12 december 2014, NJ 2017/163 m.nt. W.D.H. Asser, rov. 4.4–4.5. Zie tevens H.E. Ras & A. Hammerstein, De grenzen van de rechtsstrijd in hoger beroep in burgerlijke zaken, 2017/76; Asser *Procesrecht/Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent* 4 2018/125 en 130–133; H.J. Snijders & A. Wendels, Civiel appel, 2009, par. 7.2.1 en 7.2.3.

7 Dagvaarding in de vrijwaringsprocedure nr. 16 e.v.

8 Conclusie van antwoord in het bevoegdheidsincident nr. 10 e.v.

9 Pleitnota in het bevoegdheidsincident nr. 15 e.v.

10 Incidentele conclusie houdende exceptie van onbevoegdheid par. 4.3; pleitaantekeningen van 30 augustus 2018 par. 2.

11 Memorie van grieven par. 8.2.

12 Memorie van antwoord nrs. 63–64. Zie ook nr. 5.

4 Zie onder meer: HR 22 juni 1990, NJ 1990/704, rov. 4; HR 20 maart 1992, NJ 1992/725, rov. 3.4. Deze zaak geeft m.i. geen aanleiding om nader in te gaan op HR 30 maart 2012, NJ 2012/583 m.nt. H.B. Krans (*F/KSN*), zoals wordt voorgesteld in de nr. 1.3 van de schriftelijke toelichting namens De Eendracht.

5 Zie onder meer: HR 3 september 1993, NJ 1993/714, rov. 3.3; HR 23 februari 1996, NJ 1996/395, rov. 3.5.

Eendracht had moeten beoordelen. De *subonderdelen 1.2 en 1.3* behoeven verder geen bespreking.

3.6 In haar schriftelijke toelichting (nrs. 11-21) stelt [verweerster] dat de klachten van onderdeel 1 dienen te falen bij gebrek aan belang, omdat evident zou zijn dat het hof tot hetzelfde oordeel zou zijn gekomen als het de in subonderdeel 1.1 genoemde omstandigheden wel zou hebben meegewogen. De vraag of de CNGD in dit geval tussen partijen zijn overeengekomen, vergt een beoordeling en afweging van omstandigheden van het geval, die is voorbehouden aan de feitenrechter. Ik meen daarom dat niet gezegd kan worden dat belang ontbreekt bij onderdeel 1.

3.7 Het slagen van onderdeel 1 brengt mee dat het bestreden arrest moet worden vernietigd. Met het oog op het debat na cassatie en verwijzing is het wenselijk in te gaan op de overige onderdelen van het middel die zien op de verwerping van het beroep van De Eendracht op vernietigbaarheid van de CNGD.

Onderdeel 2 (de bekendheidsuitzondering)

3.8 *Onderdeel 2*, dat uiteenvalt in de subonderdelen 2.1-2.4, komt op tegen de invulling die het hof in rov. 3.10-3.11 heeft gegeven aan de bekendheidsuitzondering. Het hof overwoog:

“3.10 De volgende vraag is of, zoals De Eendracht betoogt, bij de toepassing van de eerste (hiervoor onder rechtsoverweging 3.3. benoemde) bekendheidsuitzondering vereist is dat de CNGD door toedoen van [verweerster] bekend zijn geworden bij De Eendracht. Het hof beantwoordt deze vraag ontkennend. Het doet er niet toe of De Eendracht door optreden van [verweerster] zelf dan wel uit andere hoofde bekend is geraakt met de CNGD. Nu het De Eendracht bekend was dat de CNGD van toepassing waren verklaard en zij ook over die algemene voorwaarden beschikte, is aan de ratio van artikel 6:234 BW voldaan: de wederpartij van de gebruiker heeft bij het aangaan van de overeenkomst kennis (kunnen nemen) van de algemene voorwaarden. Door het inroepen van de vernietiging van het arbitraal beding roept De Eendracht in feite een bescherming in die zij niet nodig heeft: zij kende de algemene voorwaarden immers al.

3.11 Het voorgaande leidt tot de conclusie dat De Eendracht ten tijde van het sluiten van de overeenkomsten met de CNGD bekend was zodat De Eendracht zich tegenover [verweerster] niet met succes op de voet van artikel 6:233 onder b BW op de vernietigbaarheid van het arbitraal beding kan beroepen.”

3.9 *Subonderdeel 2.1* klaagt dat het hof een onjuiste invulling heeft gegeven aan de voorwaarden die gelden bij de toepassing van de bekendheidsuitzondering. *Subonderdeel 2.2* voegt daaraan toe dat het oordeel van het hof te meer onjuist is in het licht van de in dat subonderdeel genoemde omstandigheden. *Subonderdeel 2.3* klaagt dat het hof heeft

miskend dat de vraag of aan de ratio van artikel 6:234 lid 1 BW is voldaan, moet worden beantwoord aan de hand van alle omstandigheden van het geval, en bevat daarnaast een motiveringsklacht. *Subonderdeel 2.4* bevat (deels) een voortbouwende klacht, en voorts een aanvullende motiveringsklacht.

3.10 Voordat ik de klachten van deze subonderdelen bespreek, schets ik het juridisch kader.

3.11 Bij algemene voorwaarden moet worden onderscheiden tussen de vraag (i) of de algemene voorwaarden van toepassing zijn op de rechtsverhouding tussen de gebruiker en zijn wederpartij, en (ii) of de algemene voorwaarden vernietigbaar zijn.¹³ De vraag of algemene voorwaarden van toepassing zijn, moet worden beantwoord op basis van de maatstaven die in het algemeen gelden voor het tot stand komen van een overeenkomst, en die zijn neergelegd in de artikelen 3:33 en 3:35 BW.¹⁴ Specifiek voor algemene voorwaarden bepaalt artikel 6:232 BW dat een wederpartij ook aan algemene voorwaarden is gebonden als de gebruiker bij het sluiten van de overeenkomst begreep of moest begrijpen dat die wederpartij de inhoud van de algemene voorwaarden niet kende. Een wederpartij is dus snel aan algemene voorwaarden gebonden.¹⁵ Tegenover de snelle gebondenheid aan algemene voorwaarden staat dat de wederpartij (een beding uit) algemene voorwaarden kan vernietigen als dat beding onredelijk bezwarend is (artikel 6:233 sub a BW) of als de gebruiker de wederpartij geen redelijke mogelijkheid heeft geboden om van algemene voorwaarden kennis te nemen (artikel 6:233 sub b BW).¹⁶ De informatieplicht van artikel 6:233 sub b BW wordt nader uitgewerkt in artikel 6:234 BW.

3.12 Artikel 6:234 lid 1 BW stelt voorop dat de gebruiker de hiervoor bedoelde redelijke mogelijkheid heeft geboden als hij de algemene voorwaarden voor of bij het sluiten van de overeenkomst aan de wederpartij ter hand heeft gesteld.¹⁷

Deze terhandstellingsplicht is in de oorspronkelijke opzet van artikel 6:234 BW de hoofdregel. De tekst van artikel 6:234 BW is herhaaldelijk gewijzigd en bevat inmiddels verschillende uitzonderingen op de genoemde (hoofd)regel van terhandstelling van de algemene voorwaarden. Ik besprak deze ontwikkelingen eerder meer uitgebreid en volsta thans met een korte vermelding.¹⁸

13 Vgl. HR 21 september 2007, NJ 2009/50 m.nt. Jac. Hijma ([...]/[...]).

14 HR 5 juni 1992, NJ 1992/565 en HR 1 juli 1993, NJ 1993/688.

15 De vraag of de CNGD in deze zaak van toepassing zijn, is bij onderdeel 1 (mede) aan de orde gekomen.

16 Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 6 1990 (MvT Inv. en VV II Inv.), p. 1581-1583.

17 Stelplicht en bewijslast rusten op de gebruiker, zo volgt uit HR 11 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD1394, NJ 2008/416, rov. 5.2.1 (L/Atria).

18 Conclusie sub 2.6 e.v. vóór HR 11 februari 2011, ECLI:HR:2011:BO7108, NJ 2011/571 m.nt. Jac. Hijma, *Computerrecht* 2011/70 m.nt. R.E. van Esch, AA20110726 m.nt. W.H. van Boom (*First Data/Attingo*).

3.13.1 Indien terhandstelling redelijkerwijs niet mogelijk is, volstaat, kort gezegd, dat de gebruiker van de algemene voorwaarden tijdig aan zijn wederpartij heeft bekendgemaakt dat de algemene voorwaarden ter inzage liggen en op verzoek zullen worden toegezonden. Deze uitzondering was vervat in artikel 6:234, leden 1 onder a, 2 en 3 (oud) BW en is thans opgenomen in lid 1, in het slot van de eerste volzin en in de tweede en derde volzin.

3.13.2 Met ingang van 30 juni 2004 is, ter uitvoering van de Richtlijn inzake elektronische handel,¹⁹ de regeling voor het elektronisch ter hand stellen van algemene voorwaarden toegevoegd. Deze regeling was vervat in artikel 6:234 lid 1 sub c (oud) BW en is thans terug te vinden in lid 2. Uitgangspunt van deze regeling is dat de algemene voorwaarden langs elektronische weg ter beschikking worden gesteld op een zodanige wijze dat deze door de wederpartij kunnen worden opgeslagen en voor hem toegankelijk zijn ten behoeve van latere kennisneming. De regeling bevat voorts het elektronische equivalent van de in 3.13.1 bedoelde uitzondering.

3.13.3 Met ingang van 28 december 2009 is, bij de implementatie van de Dienstenrichtlijn,²⁰ de verwijzing naar artikel 6:230c BW toegevoegd. Deze uitzondering was vervat in artikel 6:234 lid 1 sub d (oud) BW en is thans terug te vinden in het eerste lid. Volgens artikel 6:230c onder 3 BW volstaat, onder meer, dat de in artikel 6:230b BW bedoelde informatie (waaronder de algemene voorwaarden) “voor de afnemer gemakkelijk elektronisch toegankelijk [is] op een door de dienstverrichter meege-deeld adres”.

3.13.4 Met ingang van 1 juli 2010 zijn ter vergemakkelijking van het elektronisch rechtsverkeer de regels inzake de informatieplicht bij algemene voorwaarden gewijzigd.²¹ Deze wijziging houdt in dat ook bij niet-elektronische transacties een elektronische terhandstelling van algemene voorwaarden mogelijk is, mits met uitdrukkelijke instemming van de wederpartij. In die wetswijziging was overigens de verwijzing naar artikel 6:230c BW ten onrechte vervallen, maar dit is per 1 januari 2012 is hersteld.²² Hiermee kreeg artikel 6:234 BW zijn huidige vorm.²³

3.14 In het arrest *Geurtzen/Kampstaal* uit 1999 — dus vóór de zojuist genoemde wijzigingen van artikel 6:234 BW — introduceerde de Hoge Raad de zoge-

naamde bekendheidsuitzondering op de terhandstel-
 lingsplicht. De Hoge Raad overwoog:²⁴

“3.4 (...) Een redelijke en op de praktijk afge-
 stemde uitleg van art. 6:234 lid 1 brengt evenwel
 mee dat aan de strekking van de in die bepaling
 vervatte regeling eveneens recht wordt gedaan,
 indien de wederpartij zich tegenover de gebrui-
 ker ook niet op vernietigbaarheid van een bed-
 ding in algemene voorwaarden kan beroepen,
 wanneer hij ten tijde van het sluiten van de over-
 eenkomst met dat beding bekend was of geacht
 kon worden daarmee bekend te zijn. Daarbij valt
 bijvoorbeeld te denken aan het geval dat regel-
 matig gelijksoortige overeenkomsten tussen
 partijen worden gesloten, terwijl de algemene
 voorwaarden bij het sluiten van de eerste over-
 eenkomst aan de wederpartij ter hand zijn ge-
 steld en aan het geval van een van algemene
 voorwaarden deel uitmakende eenvoudige exo-
 neratie-clausule, die in een winkel of bedrijfs-
 ruimte op duidelijke wijze aan klanten wordt
 gepresenteerd. Ook kunnen zich omstandighe-
 den voordoen waarin een beroep op art. 6:233
 onder b en art. 234 lid 1 naar maatstaven van re-
 delijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.”

In zijn in cassatie bestreden arrest verwijst het hof
 naar deze overweging (rov. 3.3), waaraan het in rov.
 3.7-3.11 toepassing geeft

De overweging dat zich omstandigheden kun-
 nen voordoen waarin een beroep op artikel 6:233
 onder b en artikel 234 lid 1 BW naar maatstaven van
 redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, is bre-
 der dan de hier bedoelde bekendheidsuitzondering
 en omvat bijvoorbeeld gevallen van rechtsverwer-
 king. Deze overweging kan mogelijk echter ook ge-
 vallen omvatten die onder de bekendheidsuitzon-
 dering vallen of in het verlengde daarvan liggen,
 afhankelijk van hoe eng of ruim het toepassingsbe-
 reik van de bekendheidsuitzondering wordt afgeba-
 kend (zie hierna in 3.25).²⁵

3.15 In het arrest *First Data/Attingo* uit 2011 ver-
 wierp de Hoge Raad de opvatting dat aan de infor-
 matieplicht van artikel 6:233 onder b BW reeds is
 voldaan indien de voorwaarden (door een zoekop-
 dracht) op internet kunnen worden gevonden.
 Daartoe werd onder meer overwogen:²⁶

“Uit het systeem van art. 6:234 (oud) volgt im-
 mers — gelijk onder het huidige art. 6:234 het
 geval is — dat de gebruiker het initiatief tot be-
 kendmaking van de algemene voorwaarden
 moet nemen, en wel — zo volgt uit de hier even-
 eens van betekenis te achten toelichting op art.

19 Richtlijn 2000/31/EG van 8 juni 2000 betreffende bepaalde
 juridische aspecten van de diensten van de informatiemaat-
 schappij, met name de elektronische handel, in de interne
 markt, *Pb EG* L178. Zie voor de omzettingwet *Stb.* 2004, 210
 en 285 (Aanpassingswet richtlijn inzake elektronische han-
 del).

20 Richtlijn 2006/123/EG van 12 december 2006 betreffende
 diensten op de interne markt, *PbEU* 2006, L 376. Zie voor de
 omzettingwet *Stb.* 2009, 616 en 617 (Aanpassingswet dien-
 stenrichtlijn).

21 *Stb.* 2010, 222.

22 Verzamelwet Veiligheid en Justitie 2011, *Stb.* 2011, 500.

23 Een latere wijziging betreft slechts de naam van de Kamer
 van Koophandel (voorheen Kamer van Koophandel en Fabri-
 ken), zie de Wet van 25 november 2013, *Stb.* 2013, 507.

24 HR 1 oktober 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2977, *NJ* 2000/207
 m.nt. Jac. Hijma (*Geurtzen/Kampstaal*), bevestigd in HR 6 april
 2001, ECLI:HR:2001:AB0901, *NJ* 2002/385 m.nt. H.J. Snijders,
 AA20020268 m.nt. T. Hartief (VNP/H.).

25 Vgl. Wessels & Jongeneel, *Algemene voorwaarden*, 2017, par.
 8.16 op p. 227; Jac. Hijma, noot sub 5 onder HR 1 oktober
 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2977, *NJ* 2000/207 (*Geurtzen/
 Kampstaal*).

26 HR 11 februari 2011, ECLI:HR:2011:BO7108, *NJ* 2011/571 m.nt.
 Jac. Hijma, *Computerrecht* 2011/70 m.nt. R.E. van Esch,
 AA20110726 m.nt. W.H. van Boom (*First Data/Attingo*).

6:234 leden 2 en 3 (nieuw) (vgl. *Kamerstukken II* 2007-2008, 31 358, nr. 3, p. 9-10) — op zodanige wijze dat voor de wederpartij duidelijk is welke voorwaarden op de rechtsverhouding van toepassing zijn en dat de wederpartij daarvan eenvoudig kennis kan nemen.”

3.16 In de literatuur is de regeling van de terhandstellingsplicht bekritiseerd.

De informatieplicht van artikel 6:233 onder b BW heeft verschillende functies.²⁷ Allereerst dient deze plicht ertoe bij het aangaan van de overeenkomst ‘informed consent’ te bewerkstelligen. De wederpartij moet weten — of in ieder geval kunnen weten —²⁸ waaraan zij toe zal zijn als zij de overeenkomst aangaat (besluitvormingsfunctie). Daarnaast moet de wederpartij, ook nadat de overeenkomst tot stand is gekomen, in staat zijn om haar contractuele rechtspositie te beoordelen (dossierfunctie). Door enkele auteurs wordt daarnaast nog een derde functie onderscheiden, namelijk dat de wederpartij — zowel bij het sluiten van de overeenkomst als daarna — haar gedrag op (de inhoud van) de algemene voorwaarden kan afstemmen (gedragsafstemmingsfunctie); andere auteurs scharen dit onder de eerstgenoemde functies.

In het licht van deze functies van de informatieplicht, wordt in de literatuur wel geoordeeld dat de terhandstellingsplicht een (onevenredig) zware last op de gebruiker legt nu de algemene voorwaarden doorgaans voorafgaand aan de totstandkoming van de overeenkomst niet worden gelezen, en dat die plicht ook overigens niet goed aansluit bij de hiervoor genoemde functies.²⁹ Anderzijds wordt erop gewezen dat de wettelijke regeling terecht het initiatief voor het verstrekken van de algemene voorwaarden legt bij de gebruiker daarvan.³⁰ Inmiddels wordt de kritiek op de terhandstellingsplicht mede gevoed door het verschil met de regeling voor ‘dienstverrichters’ als bedoeld in artikel 6:230c

BW.³¹ Deze regeling wordt doorgaans als minder streng voor de gebruiker beschouwd dan de regeling van de terhandstelling in artikel 6:234 lid 1 BW zoals deze geldt voor gebruikers van algemene voorwaarden die niet vallen onder het (ruime) toepassingsbereik van de Dienstenrichtlijn.³²

3.17 Uit hetgeen tot nu toe is opgemerkt volgt dat de terhandstellingsplicht van artikel 6:234 lid 1 BW (inclusief de daarop in het arrest *Geurtzen/Kampstaal* aangebrachte bekendheidsuitzondering) de verschillende wetswijzigingen heeft doorstaan, zij het dat het toepassingsbereik van de terhandstellingsplicht enigszins is afgenomen door deze wetswijzigingen. Voorts is inmiddels een zeker contrast ontstaan tussen de invulling van de informatieplicht in gevallen die onder de Dienstenrichtlijn vallen en in andere gevallen. Een en ander zou wellicht reden kunnen zijn om aan de bekendheidsuitzondering een invulling te geven die dit contrast niet verder aanzet.

3.18 *Onderdeel 2* stelt in de kern aan de orde of aan de bekendheidsuitzondering is voldaan in het geval (i) de bekendheid van de wederpartij met de algemene voorwaarden niet is te herleiden tot een toedoen van de gebruiker van de voorwaarden, (ii) de gebruiker van de voorwaarden ook niet van terhandstelling heeft afgezien op de grond dat hij wist of mocht aannemen dat de wederpartij reeds over de voorwaarden beschikte, maar (iii) de bekendheid van de wederpartij met de voorwaarden berust op, wat de gebruiker betreft, ‘toevallige’ omstandigheden (waarvan de gebruiker achteraf kennis kreeg).

3.19.1 Alvorens deze vraag te bespreken, is het nuttig te bezien wat in dit verband wordt verstaan onder ‘bekendheid’.

3.19.2 Meestal wordt aangenomen dat moet worden onderzocht of sprake is van concrete aanwijzingen waaruit volgt dat de specifieke wederpartij waarom het gaat daadwerkelijk met de voorwaarden bekend is of kan worden geacht bekend te zijn. Het gaat daarbij om *inhoudelijke* bekendheid. Niet voldoende is dus dat de wederpartij weet (of kan weten) dat er een arbitragebeding in de algemene voorwaarden is opgenomen, maar hij moet ook weten (of kunnen weten) wat de inhoud van dat beding is.³³ Tegenover deze zogenaamde ‘concrete benadering’ staat de ‘abstracte benadering’, waarin dergelijke concrete aanwijzingen ten aanzien van de specifieke wederpartij niet (of in mindere mate) vereist zijn. Zo kan in de abstracte benadering, die

27 Jac. Hijma, *Algemene voorwaarden* (Mon. BW, nr. B55), 2016/35; J.G.J. Rinkes & M.L. Hendrikse, *Algemene voorwaarden* (R&P), 2017, par. 8.2 op p. 189; M.B.M. Loos, *Algemene voorwaarden*, 2018, par. 4.2; H.N. Schelhaas, *Algemene voorwaarden in handelstransacties* (Studiekring Offerhaus, nr. 13), 2011, par. 4.2.1; M.H. Wissink, ‘Terhandstelling van algemene voorwaarden. De stand na tien jaar toepassing door rechter en arbiter’, *TvA* 2004/54, p. 146. Zie ook *Kamerstukken II* 2001-2002, 28 197, nr. 3, p. 59.

28 Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 6 1990 (MvT Inv.), p. 1581-1582: “Men bedenke hierbij dat de wederpartij zelfs als zij tijdig over de algemene voorwaarden beschikt, deze veelal toch niet zou lezen, dan wel begrijpen. Deze overwegingen nemen echter niet weg dat de mogelijkheid voor de wederpartij om kennis te nemen van de algemene voorwaarden gewaarborgd moet zijn.”

29 Zie onder meer J.G.J. Rinkes & M.L. Hendrikse, *Algemene voorwaarden* (R&P), 2017, par. 8.16 op p. 229; H.N. Schelhaas, *Algemene voorwaarden in handelstransacties* (Studiekring Offerhaus, nr. 13), 2011, par. 4.2.4; M.B.M. Loos, ‘De informatieplicht bij algemene voorwaarden: tijd voor herziening van een ondeugdelijke regeling’, *Contracteren* 2004/2, p. 30-35; T. Hartief, noot onder HR 6 april 2001, AA20020268 (VNP/H.), p. 274.

30 M.H. Wissink, *TvA* 2004/54, p. 146 en 150-152 met verdere verwijzingen.

31 M.B.M. Loos, *Algemene voorwaarden*, 2018, par. 4.14; H.N. Schelhaas, *Algemene voorwaarden in handelstransacties* (Studiekring Offerhaus, nr. 13), 2011, par. 4.2.4 op p. 28.

32 Zie onder meer M.Y. Schaub, ‘Twee regelingen voor elektronische algemene voorwaarden in het BW’, *NTBR* 2013/16.

33 M.H. Wissink, *TvA* 2004/54, par. 6. Zo ook: Jac. Hijma, noot onder HR 1 oktober 1999, NJ 2000/207 (*Geurtzen/Kampstaal*), nr. 8 en Jac. Hijma, noot onder HR 11 februari 2011, NJ 2011/571 (*First Data/Attingo*), nr. 9; H.N. Schelhaas, *Algemene voorwaarden in handelstransacties* (Studiekring Offerhaus, nr. 13), 2011, par. 4.2.2 op p. 22.

men wel in (sectorspecifieke) arbitrage tegenkomt,³⁴ bekendheid met branchevoorwaarden of in een branche gebruikelijke voorwaarden reeds worden afgeleid uit het feit dat de wederpartij zelf in die branche actief is of regelmatig zaken doet met ondernemingen uit die branche.³⁵

3.19.3 Mijns inziens sluit de concrete benadering het beste aan bij de eerder genoemde functies van de informatieplicht van artikel 6:233 onder b BW (besluitvormingsfunctie, dossierfunctie en gedragsafstemmingsfunctie).³⁶ Volgens Schelhaas laat een abstracte bekendheidstoets te veel ruimte voor onzekerheid over de daadwerkelijke bekendheid met de algemene voorwaarden en zou deze daarmee een bron van geschillen tussen partijen kunnen vormen.³⁷ De in de formulering van de bekendheidsuitzondering besloten objectivering – “bekend zijn of geacht kan worden bekend te zijn” – moet naar mijn mening in die zin worden opgevat, dat een wederpartij ten aanzien van wie via de concrete benadering is vastgesteld dat zij over de algemene voorwaarden beschikt, maar van wie niet zeker is of zij de algemene voorwaarden ook heeft bestudeerd, kan worden geacht met die algemene voorwaarden bekend te zijn.³⁸

3.19.4 Of de vereiste bekendheid met de algemene voorwaarden in een concreet geval aanwezig is, vergt een feitelijke vaststelling door de feitenrechter, waarbij alle omstandigheden van het geval een rol kunnen spelen.³⁹

3.20 Maakt het voor de toepassing van de bekendheidsuitzondering uit *hoe* deze bekendheid tot stand is gekomen? In zijn noot onder het arrest *Geurtzen/Kampstaal* omschreef Hijma het probleem reeds als volgt:

“5. De twee geschetste situaties [algemene voorwaarden zijn bij eerdere overeenkomst ter hand gesteld respectievelijk een bordje met een eenvoudige exoneration-clausule; plv.] vormen geen limitatieve invulling van de bekendheidsformule (‘valt bijvoorbeeld te denken’). Aan welk soort gevallen kan verder worden gedacht? Op dit punt aanbeld, constateer ik een zekere afstand tussen de formule zelf en de daarvan gegeven uitwerking. Bij die uitwerking gaat het beide malen om gevallen waarin het de gebruiker zelf is die de wederpartij met de (inhoud der) voorwaarden in contact heeft gebracht. In zoverre kan worden gezegd, dat deze situaties zich in het verlengde bevinden van de in art. 6:234 lid 1 verkozen terhandstelling. In ieder geval sluiten zij rechtstreeks aan bij het principe van art. 6:233 sub b, dat de gebruiker aan de wederpartij een redelijke mogelijkheid moet hebben geboden om van de voorwaarden kennis te nemen. Hoe echter te oordelen over casusposities waarin de wederpartij het beding ten tijde van de contractsluiting kende ondanks het feit dat de gebruiker haar daarmee niet heeft geconfronteerd? Bekendheid kan immers ook voortvloeien uit de inzage van gedeponeerde stukken, uit het handelen van een derde (al dan niet in het kader van een eerdere contractuele relatie) of uit toevallige omstandigheden. Te dien aanzien kan men zich, toegespitst op de positie van de gebruiker, tweeërlei voorstellen. Ten eerste kan het zo zijn, dat de gebruiker reeds ten tijde van de contractsluiting wist of mocht aannemen dat de wederpartij de voorwaarde(n) kende of in handen had, en hij ze daarom niet meer ter hand heeft gesteld. Hier is weliswaar niet aan art. 6:234 lid 1 voldaan, maar wel aan (de geest van) art. 6:233 sub b: een redelijke uitleg van laatstgenoemde bepaling brengt mee, dat de erin neergelegde vernietigingsbevoegdheid aan de wederpartij niet toekomt. Ten tweede is het mogelijk, dat de gebruiker eenvoudig heeft nagelaten de voorwaarden tijdig aan te reiken, terwijl pas later aan het licht komt dat de wederpartij de litigieuze clausule(s) ten tijde van de contractsluiting kende of in handen had. Nu had de gebruiker geen aanleiding om terhandstelling achterwege te laten. Er is noch aan de letter, noch aan de geest van art. 6:233 sub b voldaan, zodat, naar ik zou menen, de wederpartij in principe moet kunnen vernietigen op grond van art. 6:233 sub b. Wel rijst, een gedachtestadium later, de vraag of redelijkheid en billijkheid toestaan dat zij deze vernietigingsbevoegdheid effectueert (art. 6:248 lid 2 BW). Bij die afweging zal het bekend-geweest-zijn een belangrijke rol spelen, maar niet meteen beslissend zijn; er blijft mede gewicht toekomen aan de verdere omstandigheden van het geval. Indien men de bekendheidsformule naar de letter neemt, omsluit zij echter dit type gevallen, zodat de weg van art. 6:233 sub b principieel is afgesneden. Of

34 M.H. Wissink, *TvA 2004/54*, par. 7; W.M.A.K. Parmet, ‘Algemene voorwaarden in de landbouw en de kracht van tweezijdigheid’, *Tijdschrift voor Agrarisch Recht* 2018/6, par. 6 op p. 283-284.

35 M.H. Wissink, ‘Terhandstelling van algemene voorwaarden: verschil in toepassing van de bekendheidsuitzondering op de wettelijke terhandstellingsplicht’, *Contracteren* 2006/3, p. 63-64; H.N. Schelhaas, *Algemene voorwaarden in handelstransacties* (Studiekring Offerhaus, nr. 13), 2011, par. 4.2.2.

36 M.H. Wissink, *TvA 2004/54*, par. 6. Zo ook: Jac. Hijma, noot onder HR 1 oktober 1999, *NJ 2000/207* (*Geurtzen/Kampstaal*), nr. 8 en noot onder HR 11 februari 2011, *NJ 2011/571* (*First Data/Attingo*), nr. 9.

37 H.N. Schelhaas, *Algemene voorwaarden in handelstransacties* (Studiekring Offerhaus, nr. 13), 2011, par. 4.2.2 op p. 22. T.H.M. van Wechem, *Toepasselijkheid van algemene voorwaarden*, 2007, nr. 96, meent dat de bekendheidsuitzondering als zodanig afdoet aan de met afdeling 6.5.3. BW beoogde rechtszekerheid.

38 Jac. Hijma, noot onder HR 1 oktober 1999, *NJ 2000/207* (*Geurtzen/Kampstaal*), nr. 5; H.J. Snijders, noot onder HR 6 april 2001, *NJ 2002/385* (*VNP/H.*), nr. 2 onder e; Jac. Hijma, *Algemene voorwaarden* (Mon. BW, nr. B55), 2016/38; T. Hartlief, noot onder HR 6 april 2001, *AA20020268* (*VNP/H.*), p. 273. J.G.J. Rinkes & M.L. Hendrikse, *Algemene voorwaarden* (R&P), 2017, par. 8.16, op p. 226-227, menen dat hieronder ook de situatie begrepen is waarin de voorwaarden zozeer binnen het bereik van de wederpartij waren dat van haar kennisneming verwacht mocht worden.

39 Vgl. M.B.M. Loos, *Algemene voorwaarden*, 2018, nr. 113.

de Raad dat inderdaad bedoelt, is, gezien de andere geladenheid van de twee begeleidende voorbeelden, niet geheel duidelijk.”

3.21 Ten aanzien van deze vraag kunnen drie opvatting worden onderscheiden.

3.22 Volgens de eerste opvatting dient de kennis van de algemene voorwaarden bij de wederpartij door toedoen van de gebruiker te zijn ontstaan.⁴⁰ Deze opvatting sluit aan bij het stelsel van artikel 6:233 sub b en artikel 6:234 lid 1 BW. Artikel 6:233 sub b BW bepaalt dat de gebruiker aan de wederpartij een redelijke mogelijkheid moet hebben geboden om van de algemene voorwaarden kennis te nemen. En uit artikel 6:234 BW volgt dat de gebruiker van de algemene voorwaarden het initiatief moet nemen om deze aan zijn wederpartij bekend te maken en, waar dat niet mogelijk is, om aan de wederpartij bekend te maken waar de voorwaarden kunnen worden gevonden en dat zij op verzoek zullen worden toegezonden. Zoals ook blijkt uit het arrest *First Data/Attingo*, volgt uit het systeem van artikel 6:234 BW dat de gebruiker het initiatief tot bekendmaking van de algemene voorwaarden moet nemen (zie hiervoor in 3.15). In de twee voorbeelden van de bekendheidsuitzondering die de Hoge Raad in het arrest *Geurtzen/Kampstaal* heeft gegeven, is sprake van toedoen van de gebruiker van de voorwaarden. In zoverre kan daarin steun worden gelezen voor de thans besproken opvatting. Daar staat tegenover dat uit het arrest niet volgt dat deze voorbeelden limitatief bedoeld zijn (“daarbij valt bijvoorbeeld te denken aan”) en dat de formulering van de bekendheidsuitzondering in dit arrest geen toedoenvereiste bevat.

3.23 Volgens de tweede opvatting behoeft de kennis van de algemene voorwaarden bij de wederpartij niet door toedoen van de gebruiker te zijn ontstaan, mits de gebruiker bij het aangaan van de overeenkomst wist dan wel mocht aannemen dat zijn wederpartij met de algemene voorwaarden bekend was. In deze redenering is aan de geest van artikel 6:233 sub b BW voldaan, als de gebruiker ten tijde van de totstandkoming van de overeenkomst wist of mocht aannemen dat de wederpartij de voorwaarde(n) kende of in handen had, en hij ze daarom niet (nog een keer) ter hand heeft gesteld.⁴¹

De parlementaire geschiedenis biedt enige steun voor deze opvatting. Zo merkte de toenmalige Minister van Justitie op dat het, in een geval waarin de wederpartij zonder toedoen van de gebruiker bekend is met de algemene voorwaarden, en de gebruiker dit weet, niet in overeenstemming met redelijkheid en billijkheid zou zijn om van de gebruiker

te vragen de algemene voorwaarden nog een keer toe te sturen.⁴²

3.24 De twee tot nu toe besproken opvattingen bakenen de bekendheidsuitzondering af aan de hand van de positie van de gebruiker. Omdat de gebruiker volgens de wet verantwoordelijk is voor de informatierverschaffing over de algemene voorwaarden aan de wederpartij, ziet de bekendheidsuitzondering op gevallen waarin de gebruiker zich deze verantwoordelijkheid heeft aangetrokken, dan wel mocht aannemen daarvan in het gegeven geval ontslagen te zijn.

In de hierna te bespreken derde opvatting wordt de bekendheidsuitzondering afgebakend aan de hand van de positie van de wederpartij.

3.25 Volgens de derde opvatting is irrelevant hoe de kennis van de algemene voorwaarden bij de wederpartij is ontstaan.⁴³ Indien de wederpartij met de algemene voorwaarden bekend is of kan worden geacht bekend te zijn, is aan de ratio van de wet voldaan en wordt recht gedaan aan de functies van de informatieplicht (besluitvormingsfunctie, dossierfunctie en gedragsafstemmingsfunctie). Ik wijs er in dit verband op dat de bekendheidsuitzondering concreet moet worden ingevuld (zie hiervoor in 3.19.3). De wijze waarop de bekendheidsuitzondering in het arrest *Geurtzen/Kampstaal* is geformuleerd, laat deze opvatting toe. Tot slot kan men zich afvragen welk doel of belang de nadere vereisten die in de eerste twee opvattingen worden gesteld, nog dienen als achteraf vaststaat dat de wederpartij met de algemene voorwaarden bekend was of kon worden geacht daarmee bekend te zijn.

3.26 Onder de streep zullen de drie hiervoor besproken opvattingen niet noodzakelijkerwijs tot verschillende uitkomsten leiden. De Hoge Raad heeft in het arrest *Geurtzen/Kampstaal* overwogen dat zich omstandigheden kunnen voordoen waarin een beroep op de vernietigbaarheid van de algemene voorwaarden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.⁴⁴ De meeste auteurs die de derde opvatting verwerpen, achten de ‘toevallige’ bekendheid van de wederpartij met de voorwaarden wel relevant of zelfs in beginsel doorslaggevend bij een beroep van de gebruiker op arti-

⁴² Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 6 1990 (VC II Inv. d.d. 28 januari 1985), p. 1612.

⁴³ H.J. Snijders, noot onder HR 6 april 2001, NJ 2002/385 (VNP/H.), nr. 2d; H.N. Schelhaas, Algemene voorwaarden in handelstransacties (Studiekring Offerhaus, nr. 13), 2011, par. 4.2.2; M.H. Wissink, Contracteren 2006/3, p. 65; M.H. Wissink, TvA 2004/54, p. 149. Vgl. Hof Amsterdam 14 juli 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BK7325, rov. 4.4; Hof 's-Gravenhage 12 januari 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BP5512, S&S 2011/18, rov. 14; Hof 's-Hertogenbosch 20 maart 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BV9577, rov. 4.10.8.

⁴⁴ HR 1 oktober 1999, NJ 2000/207 m.nt. Jac. Hijma (*Geurtzen/Kampstaal*).

⁴⁰ Zie Hof 's-Hertogenbosch 22 juli 2003, ECLI:NL:GHSHE:2003:AL1831, BR 2006/184 m.nt. M.A.B. Chao Duivis, rov. 4.9.1-4.9.2. Instemmend Chao Duivis in haar genoemde noot.

⁴¹ Jac. Hijma, noot onder HR 1 oktober 1999, NJ 2000/207 (*Geurtzen/Kampstaal*), nr. 5; T. Hartlief, noot onder HR 6 april 2001, AA20020268 (VNP/H.), p. 273.

kel 6:248 lid 2 BW.⁴⁵ Bij de beoordeling in het kader van artikel 6:248 lid 2 BW spelen vanzelfsprekend alle omstandigheden van het geval een rol.

3.27 Ik onderschrijf (nog steeds) de derde opvatting, die mijns inziens de sterkste papieren heeft. Het is waar dat deze opvatting meebrengt dat de gebruiker 'een gelukje' heeft als hij de voorwaarden niet ter hand heeft gesteld en er later achter komt dat de wederpartij er al 'toevallig' kennis van had. De informatie- en terhandstellingplicht van de gebruiker en de in het arrest *First Data/Attingo* bevestigde actieve rol die de wet daarbij aan de gebruiker toekent, zijn er echter met een bepaald doel. Zij dienen bepaalde belangen van de wederpartij. De wederpartij behoeft echter geen bescherming in die belangen – in de vorm van een vernietigbaarheid van de algemene voorwaarden wegens schending van de informatie- en terhandstellingsplicht – indien zij reeds bekend is met de voorwaarden of geacht mag worden daarmee bekend te zijn en daarmee is tegemoetgekomen aan de betreffende belangen. Op deze grond dient de bekendheid van de wederpartij met de voorwaarden mijns inziens zwaarder te wegen dan het gegeven dat die bekendheid niet is te herleiden tot een toedoen van de gebruiker dan wel een aanname van de gebruiker dat de wederpartij al met de voorwaarden bekend is.

Nu de in het arrest *Geurtzen/Kampstaal* geformuleerde uitzondering op het wettelijke uitgangspunt van terhandstelling wordt gerechtvaardigd door de bekendheid van de wederpartij met de algemene voorwaarden, ontbreekt overigens ook een reden om aan de toepassing van die uitzondering, met het oog op de positie van de gebruiker, nog nadere eisen te stellen.

Hierbij komt naar mijn mening inmiddels ook betekenis toe aan het feit dat bij de implementatie van de Dienstenrichtlijn in artikel 6:230c BW een versoepeling van de informatieplicht is doorgevoerd voor de verrichters van diensten die vallen onder de (ruime) reikwijdte van het begrip 'diensten' in de Dienstenrichtlijn. Het ligt niet in de rede om bij de toepassing van de bekendheidsuitzondering voor partijen die niet onder de Dienstenrichtlijn vallen, nadere eisen te stellen waardoor het contrast met de door artikel 6:230c BW bestreken gevallen zou worden aangezet (zie hiervoor in 3.17).

3.28 Tegen deze achtergrond bespreek ik de subonderdelen 2.1-2.3.

3.29 *Subonderdeel 2.1* klaagt dat het oordeel van het hof getuigt van een onjuiste rechtsopvatting met betrekking tot de bekendheidsuitzondering, omdat daaronder niet (zonder meer) iedere vorm van bekendheid met de betreffende algemene voorwaarden of clause bij de wederpartij is begrepen en/of in ieder geval niet kan worden begrepen de situatie

dat de bekendheid niet door toedoen van de gebruiker c.q. 'toevalligerwijs' is ontstaan.

3.30 Hoewel de schriftelijke toelichting namens De Eendracht (nrs. 2.15-2.16) in het subonderdeel twee klachten onderscheidt, gaat het mijns inziens in de kern om één klacht die, blijkens deze schriftelijke toelichting, is gebaseerd op het uitgangspunt dat de gebruiker ervoor moet zorgen c.q. zich ervan moet verzekeren dat de wederpartij voor of bij de contractsluiting een redelijke mogelijkheid heeft gekregen tot kennisneming van de algemene voorwaarden. De klacht komt er dan op neer dat het oordeel in rov. 2.1-2.11 getuigt van een onjuiste rechtsopvatting, omdat daarin niet is uitgegaan van de hiervoor besproken eerste of desnoods tweede opvatting over de aan de bekendheidsuitzondering te stellen eisen, maar van de derde opvatting daaromtrent. Nu deze laatste opvatting mijns inziens de juiste is, dient het subonderdeel te falen.

3.31 *Subonderdeel 2.2* bouwt voort op subonderdeel 2.1 en dient daarom ook te falen. De in het subonderdeel genoemde omstandigheden (i) dat [verweerster] pas achteraf bekend is geworden met het feit dat De Eendracht het arbitraal beding uit de CNGD kende en (iii) dat [verweerster] de CNGD niet in het kader van een eerdere overeenkomst aan De Eendracht heeft verstrekt, staan niet aan het oordeel van het hof in de weg.

Dat geldt ook voor de omstandigheid (ii) dat geen mogelijkheid is geboden tot kennisneming hoewel terhandstelling of toezending redelijkerwijs mogelijk en van [verweerster] te vergen was. Deze omstandigheid is van belang voor de toepassing van artikel 6:234 lid 1 BW, maar niet indien de bekendheidsuitzondering op gaat.

De onder (iv) genoemde omstandigheid dat de bekendheid van De Eendracht wordt aangenomen op grond van toerekening van kennis, legt evenmin gewicht in de schaal. Bij transacties tussen rechtspersonen is immers niet ongebruikelijk dat enige vorm van toerekening van kennis aan de rechtspersoon zal plaatsvinden. Tot een – kennelijk door het subonderdeel beoogde – meer terughoudende toepassing van de bekendheidsuitzondering hoeft dit niet te leiden.

3.32 *Subonderdeel 2.3* klaagt – in aanvulling op de voorgaande twee subonderdelen – dat het hof heeft miskend dat het antwoord op de vraag of aan de ratio van artikel 6:234 lid 1 BW is voldaan, afhangt van de omstandigheden van het geval. Daaronder moeten volgens het subonderdeel in ieder geval worden begrepen de in subonderdeel 2.1 genoemde omstandigheid dat de kennis van het beding uit algemene voorwaarden niet door toedoen van de gebruiker is ontstaan, en de in subonderdeel 2.2 genoemde omstandigheden. In ieder geval is het oordeel van het hof onvoldoende begrijpelijk gemotiveerd, omdat het hof deze omstandigheden c.q. ingenomen essentiële stellingen niet kenbaar in zijn beoordeling heeft betrokken.

3.33 De rechtsklacht van subonderdeel 2.3 neemt op zichzelf terecht tot uitgangspunt dat het

⁴⁵ Jac. Hijma, noot onder HR 1 oktober 1999, NJ 2000/207 (*Geurtzen/Kampstaal*), nr. 5; Jac. Hijma, Algemene voorwaarden (Mon. BW, nr. B55), 2016/38, J.G.J. Rinkes & M.L. Hendrikse, Algemene voorwaarden (R&P), 2017, par. 8.3 en 8.16; T. Hartlief, noot onder HR 6 april 2001, AA20020268 (*VNP/H.*), p. 273.

antwoord op de vraag of aan de strekking van de regeling van artikel 6:234 lid 1 BW is voldaan, afhangt van de omstandigheden van het geval. Het hof heeft dit echter niet miskend, maar heeft in rov. 3.7 e.v. op basis van de omstandigheden van het geval vastgesteld dat De Eendracht met het arbitraal beding beklagde was.

Van een essentiële stelling is sprake als honoreren van die stelling tot een andere beslissing kan leiden. Aangenomen wordt dat in ieder geval een reële kans moet bestaan dat de gepasseerde stelling tot een andere beslissing kan leiden. Verder is de rechter niet steeds gehouden om op ieder argument afzonderlijk in te gaan. Verwerping of honoreren van stellingen kan groepsgevoel of impliciet plaatsvinden. Daarbij kan ook de mate waarin argumenten en stellingen zijn uitgewerkt een rol spelen.⁴⁶ Uit de voorgaande bespreking van de subonderdelen 2.1 en 2.2 volgt dat het hof de daar genoemde omstandigheden niet bij zijn beoordeling behoefde te betrekken. Om deze reden faalt ook de motiveringsklacht van het subonderdeel.

3.34 *Subonderdeel 2.4* klaagt over de overweging in rov. 2.10 dat De Eendracht over de CNGD beschikte, voor zover het hof daarin oordeelt dat De Eendracht wel over de CNGD zou beschikken c.q. dat dat deze aan haar zouden zijn verstrekt. Dit oordeel is onbegrijpelijk, voor zover het hof dat heeft bedoeld vast te stellen, dan wel onvoldoende (begrijpelijk) gemotiveerd, omdat het hof geen enkele overweging heeft gewijd aan de vraag hoe De Eendracht over de CNGD beschikte of de wijze waarop deze aan De Eendracht zouden zijn verstrekt (en of dit in het licht van artikel 6:234 lid 1 BW een relevante vorm van verstrekking zou zijn). In ieder geval is het oordeel van het hof in strijd met artikel 24 Rv, omdat geen van de partijen heeft gesteld dat De Eendracht over de CNGD beschikte of dat deze aan haar waren verstrekt, aldus het subonderdeel.

3.35 Het subonderdeel slaagt niet. Het hof doet met de bestreden overweging kennelijk op hetgeen in rov. 3.8 en 3.9 is overwogen. Daaruit blijkt dat de directeur van De Eendracht de 'Graancursus' heeft gevolgd waarin de CNGD zijn besproken en waarbij een papieren versie van de CNGD aan de cursisten is uitgereikt (rov. 3.8) en dat diens kennis aan De Eendracht kan worden toegerekend (rov. 3.9). Het hof heeft hiermee gereageerd op stellingen van [verweerster],⁴⁷ zodat geen sprake is van strijd met artikel 24 Rv.

Onderdeel 3 (bekendheid)

3.36 *Onderdeel 3*, dat uiteenvalt in de subonderdelen 3.1-3.4, richt zich tegen het oordeel in rov. 3.8 dat de directeur van De Eendracht ten tijde van het sluiten van de koopovereenkomsten bekend was (of bekend mocht worden geacht) met de CNGD (en te

gen het daarop voortbouwende rov. 3.9 waarin deze kennis aan De Eendracht wordt toegerekend). Het hof overwoog:

"3.8 [betrokkene 2] is met ingang van 19 december 2008 aangetreden als directeur van De Eendracht. Met ingang van 21 mei 2014 is hij tevens ingeschreven als statutair bestuurder. Vaststaat dat [betrokkene 2] in het cursusjaar 2012/2013 de zogenaamde 'Graancursus' heeft gevolgd. Deze cursus wordt georganiseerd door Het Comité en bestaat uit dertien vakken, waarvan twee vakken de juridische kant van de agri-handel behandelen, verdeeld over drie blokken. Aan het eind van elk blok wordt een examen gehouden. De juridische vakken zijn 'Algemeen contractenrecht, documenten en arbitrage' en 'Handelskoopcontracten en arbitrage'. Uit een door [verweerster] overgelegde presentielijst blijkt dat [betrokkene 2] laatstgenoemd vak op 14 november 2012 heeft gevolgd. [verweerster] heeft een verklaring overgelegd van [betrokkene 3], docent van het vak Handelskoopcontracten en arbitrage. [betrokkene 3] verklaart dat de CNGD en arbitrage tijdens dit vak uitgebreid aan bod komen. De cursisten krijgen tijdens de Graancursus een papieren versie van de CNGD uitgereikt en het behandelen van de CNGD is volgens [betrokkene 3] een van de meest intensieve gedeeltes van het vak, waarbij de CNGD artikel voor artikel besproken wordt. Met de cursisten wordt de arbitrage-clausule in de CNGD doorlopen, en ook het arbitragereglement daarvan. [betrokkene 3] concludeert dan ook dat iedereen die de Graancursus heeft gevolgd, in detail weet van het bestaan en belang van standaard-forms (waaronder de CNGD) en van arbitrage. Op grond van het voorgaande concludeert het hof dat [betrokkene 2] op het moment van het sluiten van de koopovereenkomsten bekend was, althans bekend mag worden geacht, met de inhoud van de CNGD, waaronder het arbitraal beding."

3.37 *Subonderdeel 3.1* klaagt in de kern dat het hof heeft miskend dat voor de toepassing artikel 6:233 onder b en artikel 6:234 lid 1 BW de daadwerkelijke concrete kennis of bekendheid van de wederpartij met de algemene voorwaarden niet relevant is, maar slechts (het bieden van) de mogelijkheid van kennisname van de algemene voorwaarden.

3.38 Deze klacht gaat niet op. In het algemeen volstaat inderdaad het bieden van een mogelijkheid tot kennisname van de algemene voorwaarden (artikel 6:233 onder b en artikel 6:234 BW). Het hof onderzoekt in rov. 3.7-3.11 echter of de in rov. 3.3 bedoelde bekendheidsuitzondering van het arrest *Geurtzen/Kampstaal* in dit geval opgaat. Daarbij komt het juist wel aan op de bekendheid van de wederpartij met de algemene voorwaarden.

3.39 Volgens *subonderdeel 3.2* is het hof uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting, omdat de vaststelling dat een cursus is gevolgd waarin (onder

⁴⁶ Asser *Procesrecht/Korthals Altes & Groen* 7 2015/188; A.E.H. van der Voort Maarschalk & B.T.M. van der Wiel, in: Van der Wiel (red.), *Cassatie*, 2019/71 en 116.

⁴⁷ Memorie van grieven nrs. 5.5.1-5.5.6.

meer) de CNGD aan bod zijn gekomen, niet (zonder meer) de conclusie kan dragen dat de cursist (een voldoende mate van) kennis van de tekst of strekking van het arbitraal beding uit de CNGD heeft of geacht kan worden te hebben. Het oordeel van het hof komt erop neer dat een cursist wordt geacht na het volgen van de cursus (kennelijk tot in de eeuwigheid, of in ieder geval gedurende ongeveer twee jaar) de inhoud van alle clausules van alle sets algemene voorwaarden die in de cursus zijn behandeld te beheersen of kunnen reproduceren, aldus het subonderdeel.

Het oordeel is onvoldoende begrijpelijk gemotiveerd nu niet valt in te zien waarom uit het – al dan niet uitgebreid – aan bod komen van de CNGD bij (één van twaalf vakken van) de betreffende cursus, zou kunnen leiden tot de conclusie dat [betrokkene 2] (geacht wordt) de strekking van de arbitrageclausule uit de CNGD (althans alle clausules uit alle behandelde sets AV) zou beheersen of zou kunnen reproduceren of (een voldoende mate van) kennis van de tekst of strekking daarvan zou hebben, aldus het subonderdeel.

3.40 Deze klachten slagen naar mijn mening niet. Het hof heeft niet een algemeen oordeel gegeven zoals in het subonderdeel wordt verondersteld. Het hof heeft aan de hand van de omstandigheden van het geval geoordeeld dat in dit geval [betrokkene 2] met de CNGD bekend was of bekend kon worden geacht. Dit oordeel is onder meer gebaseerd op de volgende (in cassatie onbestreden) vaststellingen van het hof in rov. 3.1, 3.7 en 3.8:

- [betrokkene 2] was vanaf 19 december 2008 directeur van De Eendracht, en vanaf 21 mei 2014 ook statutair bestuurd.
 - [betrokkene 2] heeft in 2012 en 2013 de zogenaamde Graancursus gevolgd.
 - Op 14 november 2012 heeft [betrokkene 2] in het kader van de Graancursus deelgenomen aan het vak 'Handelskoopcontracten en arbitrage'.
 - De bespreking van de CNGD, het daarin vervatte arbitraal beding, en het bijbehorende arbitrageglement vormt een van de meest intensieve onderdelen van dat vak.
 - De deelnemers aan het vak krijgen een kopie van de CNGD uitgereikt.
 - Tijdens het vak worden de bepalingen van de CNGD een voor een besproken.
 - De docent van het vak heeft verklaard dat iedereen na het volgen van de Graancursus in detail weet van het bestaan en het belang van de standaard-forms (waaronder de CNGD), en van arbitrage.
 - Vanaf 2012 hebben [verweerster] en De Eendracht meer dan vijftig koopovereenkomsten met elkaar gesloten. De CNGD waren op al deze overeenkomsten van toepassing.
 - Op 15 april 2014 en 4 juni 2014 zijn de overeenkomsten gesloten die het onderwerp vormen van de onderhavige zaak.
- In het licht van het voorgaande geeft het oordeel van het hof dat [betrokkene 2] na het volgen van het vak 'Handelskoopcontracten en arbitrage' op 14 novem-

ber 2012 ook nog op 15 april 2014 en 4 juni 2014 bekend was (of bekend kon worden geacht) met de CNGD en het daarin vervatte arbitraal beding geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en behoefde het evenmin nadere motivering.

3.41 *Subonderdeel 3.3* klaagt dat het hof is uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting, voor zover het hof heeft geoordeeld dat in het kader van de regeling van artikel 6:233 sub b en artikel 6:234 lid 1 BW niet vereist is dat de wederpartij de tekst of strekking van het beding uit algemene voorwaarden beheerst of kan reproduceren, maar dat een minder verstrekkend kennisniveau reeds voldoende is. Met het toereikend achten van die mate van kennis wordt volgens het subonderdeel geen recht gedaan aan de strekking van artikel 6:234 lid 1 BW. Dit geldt te meer nu (i) niet is gesteld en het hof niet heeft vastgesteld dat de cursist het cursusmateriaal, waaronder de geprinte versie van de CNGD, zou hebben bewaard of had moeten bewaren, en (ii) door De Eendracht is gesteld dat de directeur van De Eendracht, voor zover hij de bedoelde kennis heeft opgedaan, deze kennis niet heeft kunnen toepassen. Daarnaast bevat het subonderdeel een motiveringsklacht.

3.42 Deze klachten falen. Het hof kon op de in rov. 3.8 bedoelde gronden oordelen dat aan de bekendheidsuitzondering is voldaan. In het licht daarvan behoefde het hof niet (nader) te beoordelen of (de directeur van) De Eendracht, als professionele wederpartij, het beding uit algemene voorwaarden beheerst of kan reproduceren, de CNGD heeft bewaard dan wel de kennis daaruit heeft kunnen toepassen.

3.43 *Subonderdeel 3.4* klaagt dat het oordeel van het hof in rov. 3.8 onvoldoende is gemotiveerd in het licht van de volgende essentiële, en niet kenbaar bij de beoordeling betrokken, stellingen van De Eendracht, (i) dat het volgen van een cursus niet (zonder meer) leidt tot bekendheid met alles wat in die cursus is behandeld, of in ieder geval met de strekking van het arbitraal beding in de CNGD; (ii) dit te meer geldt omdat ook andere in de branche gebruikte sets algemene voorwaarden en bovendien ook andere onderwerpen dan algemene voorwaarden aan bod zijn gekomen; (iii) dit niet anders wordt doordat de CNGD destijds als onderdeel van het cursusmateriaal zijn verstrekt; en (iv) voor zover de directeur van De Eendracht de relevante kennis van de CNGD zou hebben opgedaan, hij die in ieder geval niet heeft kunnen toepassen.

3.44 De klacht slaagt niet. Het hof is niet uitgegaan van de onder (i) bedoelde stelling, maar heeft concreet onderzocht of [betrokkene 2] kennis had, of geacht moest worden te hebben, van de CNGD. De onder (ii) en (iii) bedoelde stellingen heeft het hof verdisconteerd in rov. 3.8. De onder (iv) bedoelde omstandigheid behoefde het hof niet in ogenschouw te nemen.

Onderdeel 4 (is De Eendracht ook gebruiker van de CNGD?)

3.45 *Onderdeel 4*, dat uiteenvalt in de subonderdelen 4.1-4.3, richt zich tegen het oordeel van het hof in rov. 3.12 dat De Eendracht geen beroep kan doen op de vernietiging van de CNGD, omdat De Eendracht zelf de CNGD meermaals in haar overeenkomsten zou hebben gebruikt. Het hof overwoog:

“3.12 Het hof is daarnaast van oordeel dat De Eendracht geen beroep toekomt op de vernietiging van het arbitraal beding omdat zij zelf de CNGD meermaals in haar overeenkomsten heeft gebruikt. De Eendracht heeft, met [verweerster] maar ook met andere partijen, diverse malen overeenkomsten gesloten met tussenkomst van [de makelaar] GmbH (hierna: de makelaar). De Eendracht heeft tijdens het pleidooi in hoger beroep toegelicht dat deze overeenkomsten als volgt tot stand kwamen. De Eendracht belde de makelaar met de vraag of er bepaalde grondstoffen in de handel waren. De makelaar deed daar onderzoek naar en deelde daarop mee dat een partij, zoals bijvoorbeeld Spack B.V. met wie De Eendracht op 11 november 2010 een overeenkomst heeft gesloten, de gezochte grondstoffen voor een bepaalde prijs in de handel had. De Eendracht gaf daar vervolgens een akkoord op, waarna de makelaar voor én tussen verkoper en koper het contract vastlegde en aan verkoper en koper toezond. Volgens de toelichting van De Eendracht zette de makelaar in het contract welke algemene voorwaarden daarop van toepassing waren. De algemene voorwaarden werden dus niet door de verkoper opgelegd. Op grond van het contract deden partijen rechtstreeks zaken met elkaar, zonder verdere tussenkomst van de makelaar. Bij deze gang van zaken heeft De Eendracht, samen met haar wederpartij, ieder te gelden als de gebruiker van de algemene voorwaarden. Zij binden elkaar over en weer aan de toepasselijkheid van de algemene voorwaarden. Dat de verkopende partij uiteindelijk de commissie aan de makelaar betaalde, maakt dit niet anders.”

3.46 *Subonderdeel 4.1* klaagt dat het oordeel van het hof getuigt van een onjuiste rechtsopvatting met betrekking tot de vraag of De Eendracht voor de toepassing van artikel 6:235 lid 3 BW kan worden aangemerkt als gebruiker van de CNGD in de zin van artikel 6:231 sub b BW. Volgens het subonderdeel heeft het hof ten onrechte beslissende betekenis toegekend aan het niet door de verkoper opgelegd zijn van de CNGD, althans miskent het hof dat voor het antwoord op deze vraag het al dan niet nemen van initiatief beslissend is, en in het geval geen van de contractspartijen – althans indien een tussenpersoon/makelaar – initiatief heeft genomen tot het opnemen van bepaalde algemene voorwaarden in een overeenkomst, niet (zeker niet zonder meer) beide partijen, c.q. koper én verkoper, te gelden hebben als gebruikers van de betreffende algemeen

voorwaarden in de zin van artikel 6:231 BW; althans als de koper in die situatie niet dit initiatief heeft genomen, de koper dan niet als gebruiker van de algemene voorwaarden kan worden aangemerkt. *Subonderdeel 4.2* betoogt dat dit te meer geldt in het licht van de in dat subonderdeel genoemde omstandigheden. *Subonderdeel 4.3* bouwt deels voort op de in subonderdeel 4.2 genoemde omstandigheden, en bevat voorts een motiveringsklacht.

3.47 Alvorens de klachten te bespreken, zie ik de in artikel 6:235 lid 3 BW voorziene uitschakeling van de vernietigingsgronden van artikel 6:233 BW en de vraag hoe wordt bepaald wie gebruiker van algemene voorwaarden in de zin van artikel 6:231 onder b BW is.

3.48 Op grond van artikel 6:235 lid 3 BW kan op de vernietigingsgronden van artikel 6:233 sub b en artikel 6:234 lid 1 BW geen beroep worden gedaan door een partij die meermaals dezelfde of nagenoeg dezelfde algemene voorwaarden in haar overeenkomsten gebruikt. Volgens de parlementaire geschiedenis vormt deze bepaling een uitwerking van het algemene beginsel dat men niet terug mag komen op eigen gedragingen en zich evenmin tegenover een ander kan beklagen over gedragingen die men ook zelf verricht.⁴⁸

3.49.1 Voor een ruime uitleg van artikel 6:235 lid 3 BW is geen plaats, aldus het arrest *VNP/H*. en de literatuur.⁴⁹ In het arrest *VNP/H*. (dat, kort gezegd, zag op het geval dat ook de wederpartij ermee volstond toezending van haar eigen voorwaarden aan te bieden) overwoog de Hoge Raad dat daarmee tekort zou worden gedaan aan de strekking van de wettelijke regeling, die juist erop is gericht zo veel mogelijk te bewerkstelligen dat algemene voorwaarden vóór of bij de contractsluiting aan de wederpartij ter kennis worden gebracht.

In de literatuur wordt opgemerkt dat niet kan worden uitgesloten dat een door de wederpartij in haar eigen overeenkomsten opgenomen beding slechts in bepaalde situaties wordt gehanteerd, in welke gevallen het een volstrekt redelijk beding kan zijn, terwijl het in de omstandigheden waarin het

48 Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 6 1990 (MvT Inv.), p. 1625. Zie ook de conclusie van A-G Hartkamp onder 6 voor HR 6 april 2001, *NJ* 2002/385 m.nt. H.J. Snijders, AA20020268 m.nt. T. Hartlief (*VNP/H*).

49 HR 6 april 2001, *NJ* 2002/385 m.nt. H.J. Snijders, AA20020268 m.nt. T. Hartlief (*VNP/H*), rov. 3.4.2. Zie voorts Asser/Sieburgh 6-III 2018/491; M.B.M. Loos, *Algemene voorwaarden*, 2018/98-99; Wessels & Jongeneel (red.) *Algemene voorwaarden*, 2017 par. 7.7; Jac. Hijma, *Algemene voorwaarden*, 2016/50 (die pleit voor een beperkende interpretatie in die zin dat de wederpartij alleen dan ex artikel 6:235 lid 3 BW als uitgezonderd geldt, indien de gebruiker op het moment van contracteren grond had te veronderstellen dat zij zelf gebruiker was in de zin van dit derde lid); H.J. Snijders, *NJ* 2002/385 onder 2.f (zou een beroep op art. 6:235 lid 3 BW beperkt willen zien tot die gevallen waarin iemand zelf meermaals soortgelijke algemene voorwaarden hanteert als de door hem als onredelijk bezwarend bestreden algemene voorwaarden van een ander); F.J. de Vries, *Clean hands en algemene voorwaarden*, in A.G. Castermans e.a. (red.), *Rechterlijke macht en Nieuw BW* (BW-krant jaarboek 1990), p. 134.

door de gebruiker wordt gehanteerd, de toets aan artikel 6:233 onder a BW niet kan doorstaan.⁵⁰

3.49.2 In de literatuur wordt het toepassingsbereik van artikel 6:235 lid 3 BW dan ook — onder verwijzing naar het in de parlementaire geschiedenis genoemde geval dat verschillende organisaties van bedrijfsuitoefenaren tezamen algemene voorwaarden hebben opgesteld die door hun leden in hun onderlinge contractuele relaties plegen te worden gebruikt —⁵¹ betrokken op gevallen waarin beroeps- of branchegenoten met elkaar contracteren op basis van door hun organisatie opgestelde of voorgeschreven algemene voorwaarden,⁵² respectievelijk het geval dat partijen dezelfde of sterk verwante bedrijfsactiviteiten verrichten en daarbij van (praktisch) dezelfde voorwaarden gebruik plegen te maken.⁵³

3.50 Artikel 6:231 onder a BW omschrijft ‘algemene voorwaarden’ als een of meer bedingen die zijn opgesteld teneinde in een aantal overeenkomsten te worden opgenomen, met uitzondering van bedingen die de kern van de prestaties aangeven, voor zover deze laatstgenoemde bedingen duidelijk en begrijpelijk zijn geformuleerd. Dit artikel omschrijft onder b de ‘gebruiker’ als degene die algemene voorwaarden in een overeenkomst gebruikt, en onder c de ‘wederpartij’ als degene die door ondertekening van een geschrift of op andere wijze de gelding van algemene voorwaarden heeft aanvaard.

3.51 Als uitgangspunt geldt dat als gebruiker wordt aangemerkt de partij die het initiatief neemt om de (haar)⁵⁴ algemene voorwaarden op de overeenkomst van toepassing te verklaren.⁵⁵

Hieraan ligt m.i. de veronderstelling ten grondslag dat de door een partij van toepassing verklaarde voorwaarden in de regel haar belang dienen. Afdeling 6.5.3 BW is immers gericht op bescherming van een contractant tegen algemene voorwaarden

die door belanghebbenden — veelal de andere contractant of diens brancheorganisatie — zijn opgesteld en die door deze herkomst het gevaar in zich bergen van een onredelijk bezwarende eenzijdigheid.⁵⁶ Dit rechtvaardigt dat de wederpartij in beginsel de bescherming krijgt van de inhoudstoets en de informatieplicht van artikel 6:233 BW.

In de regel zal het gaan om voorwaarden van de partij die de kenmerkende prestatie van de overeenkomst verricht (bijvoorbeeld de verkoper verklaart zijn verkoop- of branchevoorwaarden van toepassing, de verzekeraar verklaart de verzekeringsvoorwaarden van toepassing etc.), maar dit zal niet steeds het geval zijn (bijvoorbeeld de koper verklaart zijn inkoopvoorwaarden van toepassing).

3.52 Dat de door een partij van toepassing verklaarde algemene voorwaarden ‘neutraal’ of ‘evenwichtig’ zijn, is op zichzelf geen reden om af te wijken van het in 3.51 bedoelde uitgangspunt.

De Vaste Commissie voor Justitie van de Tweede Kamer heeft bij de totstandkoming van artikel 6:231 BW opgemerkt dat onduidelijk is welke partij als gebruiker en welke als wederpartij moet gelden bij algemene voorwaarden die door een onpartijdige derde of in onderling overleg tussen partijen of hun organisaties zijn opgesteld, en die voor beide partijen voordelen en nadelen meebrengen. De commissie meende dat in dat geval beide partijen als gebruiker en wederpartij moeten worden beschouwd, zodat beide partijen zich zouden kunnen beroepen op de bescherming van afdeling 6.5.3. BW.⁵⁷ De minister was het daarmee oneens. Het feit dat algemene voorwaarden door een onpartijdige derde of in overleg tussen organisaties van belanghebbenden zijn opgesteld, neemt volgens de minister niet weg dat de voorwaarden door één van de partijen bij een overeenkomst (de ondernemer) worden ‘gebruikt’, dat wil zeggen: op de overeenkomst toepasselijk worden verklaard. Slechts de wederpartij kan zich dan beroepen op de maatstaf van (thans) artikel 6:233 onder a BW.⁵⁸ Ik onderschrijf dit standpunt, met dien verstande dat een ‘gelijkspel’ ten aanzien van de gebruikersrol m.i. denkbaar is en dat dan nader moet worden bezien of er een gebruiker kan worden aangewezen (zie hierna in 3.55).

3.53.1 Het in 3.51 bedoelde uitgangspunt werkt minder goed in het atypische geval waarin (a) weliswaar duidelijk is welke partij het initiatief nam, maar (b) de aard van de door deze partij van toepassing verklaarde algemene voorwaarden niet strookt met haar positie bij de overeenkomst en daardoor niet haar belang lijken te dienen. Dit ondergraaft de in 3.51 bedoelde veronderstelling dat een partij

50 M.B.M. Loos, *Algemene voorwaarden*, 2018/98. In vergelijkbare zin F.J. de Vries, *Clean hands en algemene voorwaarden*, in A.G. Castermans e.a. (red.), *Rechterlijke macht en Nieuw BW* (BW-krant jaarboek 1990), p. 140-141.

51 Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 6 1990, p. 1625.

52 M.B.M. Loos, *Algemene voorwaarden*, 2018/9; F.J. de Vries, *Clean hands en algemene voorwaarden*, in A.G. Castermans e.a. (red.), *Rechterlijke macht en Nieuw BW* (BW-krant jaarboek 1990), p. 142.

53 *Asser/Sieburgh 6-III* 2018/491.

54 Daarbij is niet relevant of de algemene voorwaarden zijn opgesteld door de gebruiker zelf of bijvoorbeeld door diens brancheorganisatie, al dan niet in overleg met een belanghartiger van potentiële wederpartijen. Zie *Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 6* 1990, p. 1519 (MvT II Inv.) en 1526 (MvA II Inv.).

55 Jac. Hijma, *Algemene voorwaarden* (Mon. BW, nr. B55), 2016/16 (“de partij aan wier zijde de voorwaarden zijn opgesteld en die ze in het contract heeft ingebracht”) en nr. 18; M.B.M. Loos, *Algemene voorwaarden*, 2018, nr. 17 (“In de regel wordt het begrip opgevat als: degene van wie het initiatief uitgaat tot het opnemen van de algemene voorwaarden in de overeenkomst.”); R.H.C. Jongeneel, *Algemene voorwaarden* (R&P), 2017, par. 5.15 (“Het gebruiken moet worden opgevat als het initiatief nemen tot het opnemen van algemeen voorwaarden in een overeenkomst.”); R.M. Vriesendorp-Van Seumeren, *Algemene voorwaarden en verzekeringsrecht*, 2002, nr. 188 op p. 172 (“het initiatief nemen tot het opnemen van algemeen voorwaarden in een overeenkomst”).

56 Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 6 1990 (MvA I Inv.), p. 1567. Vgl. ook Jac. Hijma, *Algemene voorwaarden* (Mon. BW, nr. B55), 2016/18 op p. 20 t.a.v. incidenteel het aanhaken bij branchevoorwaarden, “een gangbare standaardstructuur, waarvan hij voordeel verwacht.”

57 Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 6 1990 (VV II Inv.), p. 1522-1523.

58 Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 6 1990 (MvA II Inv.), p. 1526.

voorwaarden van toepassing verklaart die (ook) in haar belang zijn. De aard van de van toepassing verklaarde voorwaarden weegt mijns inziens dan wel mee bij de beoordeling wie als gebruiker moet worden aangemerkt.

3.53.2 Sandee beschrijft het (zijn inziens: theoretische)⁵⁹ geval waarin de partij die men normaliter als wederpartij zou aanmerken, het initiatief neemt tot het van toepassing verklaren van algemene voorwaarden van de partij die men normaliter als gebruiker zou aanmerken: de koper verklaart de verkoopvoorwaarden van de verkoper van toepassing. Sandee concludeert mijns inziens terecht dat in een dergelijk geval de verkoper als gebruiker van de voorwaarden moet worden aangemerkt.⁶⁰ Het ligt in de rede dat de koper in aanmerking komt voor de bescherming van artikel 6:233 onder a BW en dat niet de verkoper bescherming behoeft tegen zijn eigen voorwaarden.⁶¹ Ook partijen zullen, vermoed ik, in het algemeen een dergelijk verwachtingspatroon hebben. Mutatis mutandis geldt hetzelfde als een verkoper de inkoopvoorwaarden van de koper van toepassing verklaart; dan is de koper in beginsel aan te merken als de gebruiker.

3.53.3 Voorts kan worden gedacht aan de situatie waarin partijen onderhandelen over de toepasselijkheid van algemene voorwaarden. Stel dat verkoper wil dat zijn eigen verkoopvoorwaarden van toepassing zijn, de koper wil dat zijn eigen inkoopvoorwaarden van toepassing zijn en partijen daarover geen overeenstemming kunnen bereiken. De koper stelt voor om dan maar te contracteren op basis van brancheverkoopvoorwaarden die zijn opgesteld door een vereniging van bedrijven die in de branche van de verkoper werkzaam zijn, maar waarvan de verkoper geen lid is. De koper licht dit voorstel aldus toe, dat de branchevoorwaarden voor hem minder ongunstig zijn dan de eigen verkoopvoorwaarden van de koper, al zijn zij ongunstiger voor hem dan zijn eigen inkoopvoorwaarden. Ook in een dergelijk geval is niet evident dat de koper in plaats van de verkoper als gebruiker van branchevoorwaarden moet worden aangemerkt.

3.54 Het in 3.51 bedoelde uitgangspunt gaat op indien een derde *namens* een van partijen het initiatief neemt om voorwaarden van toepassing te verklaren. Dan kan de door de derde vertegenwoordigde partij als gebruiker worden aangemerkt. Artikel 6:235 lid 2 BW biedt aan de volmachtgever die gebruiker van de algemene voorwaarden is, overigens de mogelijkheid om zich te beroepen op artikel

6:233 onder a BW, mits de wederpartij meermalen overeenkomsten sluit waarop dezelfde of nagenoeg dezelfde voorwaarden van toepassing zijn. Dit beschermt de volmachtgever met name tegen voorwaarden die gebruikelijk zijn in de branche waarin de gevolmachtigde en de wederpartij werkzaam zijn.⁶²

3.55 Het in 3.51 bedoelde uitgangspunt werkt echter weer minder goed in het geval *geen* van partijen het initiatief nam om bepaalde voorwaarden van toepassing te verklaren, zoals wanneer partijen besluiten de inhoud van een overeenkomst aan een derde over te laten en deze derde bepaalde algemene voorwaarden op de overeenkomst van toepassing verklaart. Hiermee kan overlappen het geval dat *beide partijen* dezelfde algemene voorwaarden op hun overeenkomst van toepassing wensen te verklaren (uitgaande van de neutraliteit daarvan) en het willekeurig is om de rol van gebruiker toe te kennen aan de partij die het eerste aan deze voorwaarden heeft gerefereerd. Er is dan geen of te weinig grond om één partij aan te merken als de partij die het initiatief nam om de algemene voorwaarden op de overeenkomst van toepassing te verklaren. In een dergelijk geval kan met Hijma worden gesproken van een 'gelijkspel' ten aanzien van de gebruikersrol.⁶³ In dit verband worden drie oplossingsrichtingen voorgesteld.

3.56.1 In de *eerste* plaats wordt verdedigd dat *beide partijen* over en weer als gebruiker en wederpartij moeten worden aangemerkt, in die zin dat iedere partij als gebruiker wordt aangemerkt ten aanzien van bedingen die voor haar voordelig zijn en als wederpartij ten aanzien van bedingen die voor haar nadelig zijn. Aldus kunnen beide partijen de vernietigbaarheid inroepen van bedingen die jegens hen onredelijk bezwarend zijn, en wordt partijen de meest ruime mogelijkheid geboden om van de wettelijke bescherming van de regeling van algemene voorwaarden te profiteren.⁶⁴ Volgens de aanhangers van deze opvatting zou dit het beste passen bij het beschermingsdoel van afdeling 6.5.3 BW.⁶⁵ Deze opvatting biedt overigens geen antwoord op de vraag

59 Vgl. echter het geval genoemd in M.B.M. Loos, *Algemene voorwaarden*, 2018/19, slot (als een verwijzing naar de algemene voorwaarden is opgenomen in een (in opdracht van consumenten) door een derde voorbereide, maar door een professionele partij opgestelde offerte, welke door de wederpartij wordt aanvaard, kan die professionele partij als gebruiker worden aangemerkt).

60 F.J. Sandee, *Algemene voorwaarden en fabriektenkoop*, 1995, p. 77.

61 Een beroep van de koper op de informatieplicht zou in een dergelijk geval kunnen afstuiten op de in het arrest *Geurtzen/Kampstaal* genoemde gronden.

62 Zie Jac. Hijma, *Algemene voorwaarden* (Mon. BW, nr. B55), 2016/51; Wessels & Jongeneel (red.), *Algemene voorwaarden*, 2017, par. 15.6.

63 Jac. Hijma, *Algemene voorwaarden* (Mon. BW, nr. B55), 2016/18.

64 Het is dus niet zo dat in deze opvatting beide partijen geen bescherming aan afdeling 6.5.3 BW kunnen ontnemen. Vgl. de schriftelijke toelichting namens De Eendracht nr. 4.10.

65 Wessels & Jongeneel, *Algemene voorwaarden* 2017, par. 5.15; R.M. Vriesendorp-Van Seumeren, *Algemene voorwaarden en verzekeringsrecht*, 2002, nr. 188; C.M.D.S. Pavillon, 'Het lot van nulzijdige voorwaarden', *WPNR* 2019/7259, p. 783-785. Vgl. echter ook A-G Bakels in diens conclusie onder 2.20 voor HR 13 april 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB1059, *NJ* 2001/326, die wijst op de mogelijkheid van reflexwerking van de lijsten van artikel 6:236 en 6:237 BW over de band van artikel 6:248 lid 2 BW indien geen van partijen als gebruiker kan worden aangemerkt.

hoe moet worden omgegaan met de informatieplicht van artikel 6:233 onder b BW.⁶⁶

3.56.2 Deze opvatting lijkt te zijn toegesneden op incidenteel gebruik door particulieren van door derden opgestelde algemene voorwaarden (zoals de NVM-voorwaarden bij de (ver)koop van een woning tussen particulieren).⁶⁷ In het door artikel 6:235 lid 3 BW geregelde geval dat een partij meermalen (nagenoeg) dezelfde algemene voorwaarden gebruikt, kan immers geen beroep worden gedaan op de artikelen 6:233 en 6:234 BW.⁶⁸ Aan artikel 6:235 lid 3 BW ligt de gedachte ten grondslag dat de daarin bedoelde partij zich aan de bescherming van onder meer de inhoudstoets heeft onttrokken door zelf meermalen (nagenoeg) dezelfde algemene voorwaarden te gebruiken. Bij meermalig gebruik van de voorwaarden lijkt artikel 6:235 lid 3 BW de overweging die zou moeten rechtvaardigen dat beide partijen in een gelijkspelsituatie over en weer als gebruiker en wederpartij dienen te worden aangemerkt, te doorkruisen.

3.57 In de *tweede* plaats wordt verdedigd dat *één partij* als gebruiker moet worden aangemerkt, namelijk de partij die die de voor de overeenkomst kenmerkende prestatie verricht.⁶⁹

Deze opvatting gaat ervan uit dat de strekking van afdeling 6.5.3 BW (vooral) bestaat uit het beschermen van de wederpartij van de partij die de kenmerkende c.s. karakteristieke prestatie verricht. In de parlementaire geschiedenis is de strekking van afdeling 6.5.3 BW echter ruimer verwoord, te weten versterking van de rechterlijke controle op de inhoud van algemene voorwaarden ter bescherming van wederpartijen die op de inhoud van de algemene voorwaarden in de regel geen invloed hebben, deze vaak niet kennen of begrijpen, dan wel het risico onderschatten dat het tot een beroep op de alge-

mene voorwaarden zal komen.⁷⁰ Bovendien kunnen voorwaarden ook zijn opgesteld vanuit het perspectief van de partij die niet de kenmerkende prestatie verricht (zoals bij inkoopvoorwaarden). Deze opvatting leidt ertoe dat partijen geen gelijke bescherming aan de wet kunnen ontleen. Daarvoor ontbreekt m.i. een rechtvaardiging, met name in gevallen waarin de van toepassing verklaarde algemene voorwaarden niet het belang dienen van de partij die de kenmerkende prestatie verricht (zoals bij inkoopvoorwaarden). De kenmerkende prestatie lijkt zo gezien geen goed aanknopingspunt om te bepalen wie de gebruiker van algemene voorwaarden is.

3.58 In de *derde* opvatting wordt aangenomen dat afdeling 6.5.3 BW niet van toepassing is, omdat *geen partij* als gebruiker (of wederpartij) kan worden aangewezen. De rechtsverhouding tussen partijen wordt beheerst door de algemene bepalingen, waaronder artikel 6:248 lid 2 BW. De gedachte achter deze opvatting is dat de situatie waarvoor artikel 6.5.3 BW bescherming biedt zich niet voordoet als een (neutrale) derde de algemene voorwaarden opstelt of van toepassing verklaart, dan wel beide partijen positief willen dat bepaalde algemene voorwaarden van toepassing zijn. Deze opvatting verwerpt de gedachte dat bij toepassing van algemene voorwaarden er steeds een gebruiker kan worden aangewezen. Hijma meent dat de vraag wie kan worden aangemerkt als gebruiker van algemene voorwaarden moet worden beoordeeld aan de hand van het inbrengmechanisme en verwerpt de gedachte dat daarbij kan worden betrokken of de voorwaarden inhoudelijk neutraal zijn (zie hiervoor in 3.52).⁷¹

3.59 Ik meen dat in een geval als het onderhavige aan de hand van de omstandigheden van het geval dient te worden beoordeeld of De Eendracht in haar verhouding tot haar contractuele wederpartij kan worden aangemerkt als gebruiker van de algemene voorwaarden.

In beginsel heeft de hiervoor besproken derde opvatting dat geen van partijen gebruiker is, naar mijn mening de beste papieren indien algemene voorwaarden door een derde, niet op incidentele basis, in overeenkomsten zijn ingebracht en partijen daaraan hun akkoord hebben gegeven. Bij meermalig gebruik van de voorwaarden lijkt artikel 6:235 lid 3 BW de overweging die in de eerste opvatting zou moeten rechtvaardigen dat beide partijen in een gelijkspelsituatie over en weer als gebruiker en wederpartij dienen te worden aangemerkt, te doorkruisen. De tweede opvatting dat de partij met de

66 M.B.M. Loos, Algemene voorwaarden, 2018/19. Kritisch over de eerste opvatting zijn ook onder meer Asser/Sieburgh 6-III 2018/465; Jac. Hijma, Algemene voorwaarden (Mon. BW B55), 2016/18; H.W. Heyman & S.E. Bartels, Vastgoedtransacties Koop, 2021, nr. 72.

67 Zie onder meer Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 6 1990, p. 1557-1561 (V.C. II Inv.), p. 1563 (V.V. I Inv.) en p. 1567-1568 (MvA. I Inv.). De minister concludeerde uiteindelijk in de MvA. I dat door een advocaat of notaris gebezigde modelbedingen niet zonder meer onder de werking van de onderhavige afdeling vallen, omdat een dergelijke uitkomst niet in overeenstemming zou zijn met de strekking van de regeling. De regeling is immers gericht op bescherming van een contractant tegen algemene voorwaarden die door belanghebbers (of hun brancheorganisaties) zijn opgesteld en die daardoor het gevaar in zich bergen van een onredelijk bezwarende eenzijdigheid.

68 F.J. Sandee, Algemene voorwaarden en fabriekenkoop, 1995, p. 77.

69 W.J. Slagter, 'Aspecten van algemene voorwaarden', in: H.E. Claringbould e.a., Contracten in de praktijk, 1985, p. 104; F.J. Sandee, Algemene voorwaarden en fabriekenkoop, 1995, p. 78-79. Dit wordt ook verdedigd in de schriftelijke toelichting namens De Eendracht nr. 4.6.

70 Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 6 1990 (MvT), p. 1455. A.E.B. ter Heide. *NbbW* 2001, p. 75, merkt op dat als in een bedrijfstak bepaalde algemene voorwaarden veel worden gebruikt, artikel 6:235 lid 3 BW wellicht een circuit van onredelijk bezwarende bedingen in stand zou kunnen houden.

71 Jac. Hijma, Algemene voorwaarden (Mon. BW, nr. B55), 2016/18; M.B.M. Loos, Algemene voorwaarden, 2018, par. 1.3; H.W. Heyman & S.E. Bartels, Vastgoedtransacties Koop, 2021, nr. 72.

kenmerkende prestatie de gebruiker is, leidt tot een ongelijke behandeling van partijen op basis van een uitgangspunt dat door afdeling 6.5.3. BW naar mijn mening niet wordt gedragen. Afdeling 6.5.3 BW biedt mijns inziens wel steun voor een enigszins verwant uitgangspunt, namelijk dat de aard van de voorwaarden erop kan wijzen dat zij juist het belang van één van partijen dient (vgl. hiervoor in 3.51 en 3.53.1). Dit zou een argument kunnen zijn om de desbetreffende partij als gebruiker aan te merken.

3.60 Voor de beoordeling van de klachten van *onderdeel 4* van levert dit het volgende op.

3.61 Op zichzelf is denkbaar dat de CNGD een type algemene voorwaarden is dat binnen het toepassingsbereik van artikel 6:235 lid 3 BW kan vallen. Uit het bestreden arrest blijkt immers dat de CNGD branchevoorwaarden zijn die binnen de handelsketen voor granen en diervoedergrondstoffen op grote schaal worden gebruikt en dat zij van toepassing waren op de meer dan vijftig overeenkomsten die [verweerster] en De Eendracht vanaf 2012 met elkaar hebben gesloten (rov. 3.7).

3.62 Over de toepasselijkheid van de CNGD op de overeenkomsten die door tussenkomst van een makelaar zijn gesloten door De Eendracht als koper en haar contractuele wederpartij(en) als verkoper, kan het volgende worden gezegd.

Het hof heeft niet vastgesteld dat in de door het hof bedoelde gevallen de makelaar is opgetreden namens De Eendracht of haar contractuele wederpartij.⁷²

Het hof heeft evenmin vastgesteld dat het initiatief tot het toepasselijk verklaren van de CNGD is uitgegaan van De Eendracht of haar contractuele wederpartij (maar slechts dat de voorwaarden niet door de wederpartij zijn opgelegd).⁷³

Het hof heeft niets vastgesteld omtrent de vraag of de CNGD vooral het belang van de verkoper dan wel van de koper beoogt te dienen.⁷⁴ De omstandigheden dat de CNGD branchevoorwaarden zijn die binnen de handelsketen voor granen en diervoedergrondstoffen op grote schaal worden gebruikt, dat zij van toepassing waren op de meer dan vijftig overeenkomsten die [verweerster] en De Eendracht vanaf 2012 met elkaar hebben gesloten (rov. 3.7) en dat [verweerster] de CNGD van toepassing heeft verklaard op de twee overeenkomsten van 15 april en 14 juni 2014 die De Eendracht en [verweerster] hebben gesloten (rov. 2.3 en 3.1), bieden daarover geen uitsluitsel.

Het hof heeft slechts vastgesteld dat De Eendracht en haar contractuele wederpartij in de door

het hof genoemde omstandigheden elkaar over en weer aan de toepasselijkheid van de CNGD hebben gebonden, en daaraan de conclusie verbonden dat beide partijen als gebruiker van de CNGD moeten worden aangemerkt.

3.63 In het licht van het voorgaande geeft het oordeel in rov. 3.12 dat De Eendracht en haar contractuele wederpartij(en) bij de door tussenkomst van de makelaar gesloten overeenkomsten beiden moeten worden aangemerkt als gebruiker van de CNGD naar mijn mening hetzij blijk van een onjuiste rechtsopvatting over het begrip gebruiker van artikel 6:231 onder b BW, hetzij is het oordeel onvoldoende gemotiveerd. De hierop gerichte klachten van *onderdeel 4* slagen naar mijn mening.

Slotsom

3.64 De slotsom is dat de onderdelen 1 en 4 van het middel slagen en dat de onderdelen 2 en 3 van het middel niet opgaan. Het bestreden arrest dient te worden vernietigd en de zaak dient te worden verwezen naar een ander gerechtshof ter verdere behandeling en beslissing.

4 Conclusie

De conclusie strekt tot vernietiging van het bestreden arrest en tot verwijzing.

Hoge Raad:

1 Procesverloop

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar:

a. het vonnis in de zaak C/08/208999 / HA ZA 17-470 van de rechtbank Overijssel van 17 oktober 2018;

b. de arresten in de zaak 200.254.296/01 van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 19 maart 2019 en 22 december 2020.

De Eendracht heeft tegen het arrest van het hof van 22 december 2020 beroep in cassatie ingesteld.

[verweerster] heeft een verzoekschrift tot werping ingediend.

De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten, voor de Eendracht mede door M.E.B. de Gans en voor [verweerster] mede door C.A. Bosma.

De conclusie van de plaatsvervangend Procureur-Generaal M.H. Wissink strekt tot vernietiging van het bestreden arrest en tot verwijzing.

De advocaat van [verweerster] heeft schriftelijk op die conclusie gereageerd.

2 Uitgangspunten en feiten

2.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) [verweerster] is een leverancier van diervoedergrondstoffen. De Eendracht is een veevoedercoöperatie.

(ii) In de periode 2008 tot en met 2014 hebben [verweerster] en De Eendracht 93 koopovereenkomsten met elkaar gesloten, op grond waarvan [verweerster] bulkgoederen aan De Eendracht heeft

⁷² Dat De Eendracht de makelaar niet heeft benaderd/ingeschakeld, zoals wordt gesteld in de schriftelijke toelichting namens De Eendracht nr. 4.12, strookt niet met rov. 3.12, vierde volzin, van het bestreden arrest. Zie de schriftelijke dupliek namens [verweerster] nr. 12.

⁷³ In de schriftelijke toelichting namens [verweerster] nr. 69 wordt wel uitgegaan van vertegenwoordiging door de makelaar die het initiatief nam tot inschakeling van de CNGD.

⁷⁴ Volgens de schriftelijke dupliek namens [verweerster] nr. 14 completeert de CNGD de koopovereenkomst in belangrijke mate aan zowel koperszijde als verkoperszijde.

geleverd als bestanddeel van door De Eendracht te produceren veevoer.

(iii) In dit geschil draait het om twee koopovereenkomsten, gesloten op 15 april 2014 en 4 juni 2014. Na telefonische onderhandelingen hebben [verweerster] en De Eendracht op die data mondeling overeenstemming bereikt over de koop van zonnebloemkoek. [verweerster] heeft beide koopovereenkomsten op dezelfde dag bevestigd door middel van 'sales contracten'.

(iv) De sales contracten van 15 april 2014 en 4 juni 2014 vermelden, voor zover hier van belang:

"Dear customer, Herewith we confirm having sold to you, as specified below:

Seller: [verweerster] B.V.

Buyer: Coop De Eendracht

Product code: BDVZON048

Product name: Bio Zonnekoeken/exp. High pro

(...)

Contract Conditions: Condiëen van de Nederlandse Handel in Granen en Diervoedergrondstoffen (CNGD)

(...)"

(v) Onderaan deze sales contracten is in een kleiner lettertype de volgende verwijzing opgenomen:

"Our General Terms and Conditions, as registered at the court of justice in Middelburg on 19 januari 2012 with number 1/2012, apply to all agreements concluded by [verweerster] and to all actions performed in connection therewith in as far as the main terms of these agreements and/or any standard-contract terms mentioned therein do not stipulate differently. In case of discrepancy the main contract terms and/or standard-contract terms shall prevail over these General terms and Conditions. A copy of our General Terms and Conditions is available upon request."

(vi) De CNGD bevatten (in art. 45) een arbitraal beding.

(vii) De Eendracht heeft de door [verweerster] geleverde zonnebloemkoek verwerkt tot legkippenmengvoer, dat zij heeft geleverd aan Raiffeisenbank Emsland-Mitte EG (hierna: Raiffeisenbank). Raiffeisenbank heeft het legkippenmengvoer vervolgens geleverd aan Duitse pluimveehouders.

(viii) De Eendracht is in mei 2017 door onder meer Raiffeisenbank gedagvaard voor de rechtbank Overijssel. Raiffeisenbank vordert in deze procedure dat De Eendracht wordt veroordeeld tot het betalen van schadevergoeding op grond van non-conformiteit van het geleverde legkippenmengvoer.

(ix) De Eendracht heeft vervolgens [verweerster] in vrijwaring opgeroepen.

2.2 In deze vrijwaringsprocedure heeft [verweerster] een bevoegdheidsincident opgeworpen en gevorderd dat de rechtbank zich onbevoegd zal verklaren, nu de rechtbank gelet op het arbitraal beding in art. 45 van de CNGD niet bevoegd is om over het geschil tussen De Eendracht en [verweerster] te oordelen (art. 1022 Rv). De Eendracht heeft de vernietiging van het arbitraal beding ingeroepen.

2.3 De rechtbank heeft geoordeeld dat partijen de toepasselijkheid van de CNGD zijn overeengekomen, het beroep van De Eendracht op vernietiging van het arbitraal beding gehonoreerd en de incidentele vordering tot onbevoegdverklaring afgewezen.

2.4 Het hof¹ heeft het vonnis van de rechtbank vernietigd en bepaald dat de rechtbank onbevoegd is van de vorderingen van De Eendracht jegens [verweerster] kennis te nemen. Daartoe heeft het hof, voor zover in cassatie van belang, als volgt overwogen.

Tussen partijen is in hoger beroep niet in geschil dat op de koopovereenkomsten de CNGD van toepassing zijn. (rov. 3.1)

Tussen partijen staat vast dat [verweerster] voor of bij het sluiten van de koopovereenkomsten de CNGD niet aan De Eendracht ter hand heeft gesteld en haar ook anderszins niet een redelijke mogelijkheid heeft geboden van de algemene voorwaarden kennis te nemen, een en ander als bedoeld in art. 6:234 lid 1 BW. De Eendracht komt daarom in beginsel een beroep toe op de vernietiging van het arbitraal beding in de CNGD. (rov. 3.4)

De directeur en thans tevens statutair bestuurder van De Eendracht heeft in het cursusjaar 2012/2013 de zogeheten 'Graancursus' gevolgd. Hierin komen de CNGD en de daarin opgenomen arbitrageclausule uitgebreid aan de orde. Het hof concludeert op grond hiervan dat de directeur op het moment van sluiten van de koopovereenkomsten bekend was, althans bekend mag worden geacht, met de inhoud van de CNGD, waaronder het arbitraal beding. (rov. 3.8)

Deze kennis van de directeur kan aan De Eendracht worden toegerekend. (rov. 3.9)

Niet van belang is of De Eendracht door het optreden van [verweerster] zelf, dan wel uit anderen hoofde bekend is geraakt met de CNGD. Nu het De Eendracht bekend was dat de CNGD van toepassing waren verklaard en zij ook over die algemene voorwaarden beschikte, is aan de ratio van art. 6:234 BW voldaan. (rov. 3.10)

Nu De Eendracht ten tijde van het sluiten van de overeenkomsten met de CNGD bekend was, kan zij zich tegenover [verweerster] niet met succes op de voet van art. 6:233, aanhef en onder b, BW op de vernietigbaarheid van het arbitraal beding beroepen. (rov. 3.11)

Daarnaast komt De Eendracht op grond van art. 6:235 lid 3 BW geen beroep toe op de vernietiging van het arbitraal beding omdat zij zelf de CNGD meermalen in haar overeenkomsten heeft gebruikt. (rov. 3.12)

3 Beoordeling van het middel

3.1.1 Onderdeel 1 van het middel klaagt onder meer dat het hof de devolutieve werking van het hoger beroep heeft miskend door in rov. 3.1 te oordelen dat tussen partijen in hoger beroep niet in ge-

¹ Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 22 december 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:10725.

schil is dat op de koopovereenkomsten de CNGD van toepassing zijn.

3.1.2 Deze klacht is gegrond. De Eendracht heeft tegen het beroep van [verweerster] op het arbitraal beding uit de CNGD onder meer aangevoerd dat toepasselijkheid van de CNGD op de koopovereenkomsten van 15 april 2014 en 4 juni 2014 tussen partijen niet is overeengekomen. De rechtbank heeft dit betoog van De Eendracht verworpen, maar heeft vervolgens het beroep van De Eendracht op vernietiging van het arbitraal beding gehonoreerd. De Eendracht heeft haar betoog dat de CNGD niet van toepassing zijn op de koopovereenkomsten, in hoger beroep niet prijsgegeven. Gelet hierop brengt de devolutieve werking van het hoger beroep mee dat het hof, na grondbevinding van de grieven van [verweerster], opnieuw diende te beoordelen of de CNGD op de koopovereenkomsten van toepassing zijn.

3.1.3 De gegrondbevinding van onderdeel 1 kan echter niet tot cassatie leiden op grond van het volgende.

Uit de hiervoor in 2.1 vermelde feiten en de stukken van het geding blijkt dat De Eendracht en [verweerster] een langdurige handelsrelatie hadden en dat zij in de periode van 2012 tot 2014 een groot aantal koopovereenkomsten hebben gesloten waarbij [verweerster] steeds de CNGD heeft vermeld als toepasselijke algemene voorwaarden. Ook in de koopovereenkomsten van 15 april 2014 en 4 juni 2014 heeft [verweerster] de CNGD als toepasselijke algemene voorwaarden vermeld. De Eendracht heeft, naar de rechtbank in rov. 4.4 van haar vonnis heeft vastgesteld en De Eendracht niet heeft bestreden, tegen deze vermeldingen niet geprotesteerd. Dit een en ander laat geen andere conclusie toe dan dat De Eendracht de toepasselijkheid van de CNGD op de koopovereenkomsten van 15 april 2014 en 4 juni 2014 (stilzwijgend) heeft aanvaard, althans dat [verweerster] daarop gerechtvaardigd mocht vertrouwen. Voor zover in de koopovereenkomsten van 15 april 2014 en 4 juni 2014 tevens naar de eigen algemene voorwaarden van [verweerster] is verwezen (zie hiervoor in 2.1 onder (v)), geldt dat deze verwijzing onderaan en in een kleiner lettertype is geplaatst, waarbij is vermeld: *"In case of discrepancy the main contract terms and/or standard contract terms shall prevail over these General terms and Conditions"*. Dit laat geen andere uitleg toe dan dat in geval van strijdigheid tussen de beide sets algemene voorwaarden die van toepassing zijn verklaard, de CNGD prevaleren boven de eigen algemene voorwaarden van [verweerster].²

Na verwijzing is dan ook geen ander oordeel mogelijk dan dat het arbitraal beding uit de CNGD op de koopovereenkomsten van 15 april 2014 en 4 juni 2014 van toepassing is. De Eendracht heeft daarom geen belang bij de klachten van onderdeel 1.

3.2.1 Onderdeel 2 is gericht tegen het oordeel van het hof dat De Eendracht ten tijde van het sluiten van de overeenkomsten bekend was met de CNGD, zodat De Eendracht zich tegenover [verweerster] niet op grond van art. 6:233, aanhef en onder b, BW op de vernietigbaarheid van het arbitraal beding uit de CNGD kan beroepen. Onderdeel 2.1 klaagt onder meer dat het hof heeft miskend dat een gebruiker van algemene voorwaarden die de wederpartij niet een redelijke mogelijkheid heeft geboden om van de algemene voorwaarden kennis te nemen, zich niet erop kan beroepen dat de wederpartij ten tijde van het sluiten van de overeenkomst met de algemene voorwaarden (of een daarin voorkomend beding) bekend was of geacht kon worden daarmee bekend te zijn, wanneer deze bekendheid van de wederpartij niet door toedoen van de gebruiker is ontstaan.

3.2.2 Art. 6:233, aanhef en onder b, BW bepaalt dat een beding in algemene voorwaarden vernietigbaar is indien de gebruiker aan de wederpartij niet een redelijke mogelijkheid heeft geboden om van de algemene voorwaarden kennis te nemen, als bedoeld in art. 6:234 BW. Een redelijke en op de praktijk afgestemde uitleg van art. 6:234 BW brengt mee dat aan de strekking van de in die bepaling vervatte regeling eveneens recht wordt gedaan, indien de wederpartij zich tegenover de gebruiker niet op vernietigbaarheid van een beding in algemene voorwaarden kan beroepen, wanneer zij ten tijde van het sluiten van de overeenkomst met dat beding bekend was of geacht kon worden daarmee bekend te zijn³ (hierna: de bekendheidsuitzondering).

3.2.3 De bekendheidsuitzondering berust erop dat wanneer de wederpartij bekend is of geacht kan worden bekend te zijn met de algemene voorwaarden van de gebruiker of een daarin voorkomend beding, recht wordt gedaan aan de strekking van art. 6:234 BW. Dit wordt niet anders wanneer de bekendheid van de wederpartij met de algemene voorwaarden of een daarin voorkomend beding, niet door toedoen van de gebruiker maar op andere wijze is ontstaan. Ook in dat geval kan de wederpartij zich daarom niet op vernietigbaarheid op de voet van art. 6:233, aanhef en onder b, BW beroepen. De hiervoor in 3.2.1 weergegeven klacht van onderdeel 2.1 gaat van een andere opvatting uit en is dus ongegrond.

3.3 De overige klachten van onderdeel 2 en de klachten van onderdeel 3 kunnen evenmin tot cassatie leiden. De Hoge Raad hoeft niet te motiveren waarom hij tot dit oordeel is gekomen. Bij de beoordeling van deze klachten is het namelijk niet nodig om antwoord te geven op vragen die van belang zijn voor de eenheid of de ontwikkeling van het recht (zie art. 81 lid 1 RO).

3.4 Onderdeel 4 richt klachten tegen het oordeel van het hof in rov. 3.12 dat De Eendracht op grond van art. 6:235 lid 3 BW geen beroep toekomt

² Vgl. HR 24 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:1125, rov. 3.3.4 (NJ 2015/222; red.).

³ Vgl. HR 1 oktober 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2977, rov. 3.4 (NJ 2000/207, m.nt. J. Hijma; red.).

op de vernietigbaarheid van het arbitraal beding omdat zij zelf de CNGD meermalen in haar overeenkomsten heeft gebruikt. Nu het oordeel van het hof dat De Eendracht zich niet met succes op vernietigbaarheid van het arbitraal beding kan beroepen, zelfstandig wordt gedragen door zijn (door de onderdelen 2 en 3 tevergeefs bestreden) oordeel dat De Eendracht ten tijde van het sluiten van de koopovereenkomsten bekend was met het arbitraal beding, bestaat geen belang bij de klachten van onderdeel 4. Ook deze kunnen dus niet tot cassatie leiden.

4 *Beslissing*

De Hoge Raad:

- verwerpt het beroep;
- veroordeelt De Eendracht in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van [verweerster] begroot op € 916,34 aan verschotten en € 2.200 voor salaris.

Noot

1. Diverse facetten van de regeling inzake algemene voorwaarden figureren in dit arrest. Het zwaartepunt betreft de zogenaamde bekendheids-correctie in het kader van de plicht tot terhandstelling.

2. Aanleiding voor deze beslissing is de levering van zonnebloemkoek ten behoeve van de productie van legkippenmengvoer. Het gaat om twee overeenkomsten (gesloten in april 2014 en juni 2014), op grond waarvan verweerster zonnebloemkoek heeft verkocht aan De Eendracht. De Eendracht heeft die zonnebloemkoek verwerkt tot legkippenmengvoer dat zij vervolgens heeft geleverd aan de Raiffeisenbank Emsland Mitte EG. De Raiffeisenbank heeft dat voer daarna geleverd aan Duitse pluimveehouders. De Raiffeisenbank vordert in 2017 in een procedure bij de Rechtbank Overijssel schadevergoeding van De Eendracht in verband met non-conformiteit van het mengvoer. De Eendracht heeft vervolgens verweerster in vrijwaring opgeroepen. In de vrijwaringszaak beroept verweerster zich op de onbevoegdheid van de rechtbank omdat de voorwaarden waarnaar in de genoemde contracten tussen verweerster en De Eendracht wordt verwezen (de *Condiënen van de Nederlandse Handel in Granen en Diervoedergrondstoffen* (CNGD)) een arbitraal beding bevatten.

3. Tussen partijen staat vast, zo overweegt het hof (rov. 3.1, rov. 3.4), dat verweerster de CNGD voor of bij het sluiten van de koopovereenkomsten niet aan De Eendracht ter hand heeft gesteld. Ook staat tussen partijen vast dat verweerster de CNGD aan De Eendracht niet anderszins een redelijke mogelijkheid heeft geboden van de algemene voorwaarden kennis te nemen, een en ander als bedoeld in art. 6:234 lid 1 BW.

4. Eerst een plukje procesrecht. In eerste aanleg stelt De Eendracht dat de toepasselijkheid van de algemene voorwaarden niet is overeengekomen. Ook roept zij de vernietiging van die algemene voor-

waarden in. De rechtbank verwerpt het beroep op de niet-toepasselijkheid, maar honoreert de vernietiging van de algemene voorwaarden. In hoger beroep komt verweerster met succes op tegen de vernietiging van de algemene voorwaarden. Het hof honoreert de desbetreffende grieven en vernietigt het vonnis. Het hof overweegt daarbij dat in hoger beroep niet in geschil is dat de CNGD op de overeenkomsten van toepassing zijn (rov. 3.1). Hiermee mist het hof de devolutieve werking van het appel. Die brengt onder meer mee dat de appelrechter alle in eerste aanleg door de geïntimeerde geponeerde stellingen en verweren die onbehandeld zijn gebleven of zijn verworpen en die geïntimeerde in appel niet prijsgeeft, dient te onderzoeken voor het geval die stellingen en verweren door de gegrondbevinding van een grief relevant worden (zie o.m. HR 30 januari 2009, *NJ* 2009/81 en HR 5 maart 2021, *ECLI:NL:HR:2021:345*). Nu De Eendracht haar verweer over de niet-toepasselijkheid in appel niet heeft prijsgegeven diene het hof, na honorering van grieven van verweerster, opnieuw te beoordelen of de CNGD op de overeenkomsten van toepassing zijn (rov. 3.1.2). De tegen bedoeld oordeel van het hof gerichte cassatieklacht slaagt derhalve. Tot cassatie leidt het echter niet, om redenen die meer schuilen in het materiële recht.

5. Gelden de CNGD hier? De eerste materieelrechtelijke kwestie die aan de orde is, is de vraag of de algemene voorwaarden van toepassing zijn, dat wil zeggen of partijen de toepasselijkheid zijn overeengekomen. Die vraag wordt beantwoord aan de hand van hetgeen geldt voor het tot stand komen van overeenkomsten in het algemeen, en dus ook met inachtneming van art. 3:33 en art. 3:35 BW (zie o.m. HR 1 juli 1993, *NJ* 1993/688). Daarbij geldt wel dat een wederpartij ook aan algemene voorwaarden is gebonden als de gebruiker bij het sluiten van de overeenkomst begreep of moest begrijpen dat die wederpartij de inhoud van de algemene voorwaarden niet kende (art. 6:232 BW). Dat impliceert relatief vlotte gebondenheid aan algemene voorwaarden. Hoewel de vraag of in een concreet geval gebondenheid bestaat feitelijk van aard is, beslist de Hoge Raad op dit punt zelf. Deze contractanten sloten tussen 2012 en 2014 veel overeenkomsten. Verweerster heeft daarbij telkens naar de CNGD verwezen, ook bij de twee overeenkomsten waar het thans om draait. De Eendracht heeft tegen die verwijzingen niet geprotesteerd. Die omstandigheden acht de Hoge Raad dermate zwaarwegend dat hij vaststelt dat De Eendracht de CNGD (stilzwijgend) heeft aanvaard, althans dat verweerster daarop gerechtsvaardigd mocht vertrouwen (rov. 3.1.3).

6. Verweerster heeft in de twee bewuste koopovereenkomsten behalve naar de CNGD ook naar haar eigen algemene voorwaarden verwezen. Dat betekent dat twee onderling verschillende sets algemene voorwaarden van toepassing kunnen zijn. In *ForFarmers* besliste de Hoge Raad dat in een zodanig geval sprake is van een overeenkomst met onderling strijdige bedingen en dat door uitleg moet

worden vastgesteld welke van die bedingen prevalen (HR 24 april 2015, *NJ* 2015/222, r.o. 3.3.3, tweede volzin). In de thans voorliggende zaak acht de Hoge Raad voor die uitleg kennelijk drie elementen van belang: (i) de verwijzing naar de eigen algemene voorwaarden is onderaan geplaatst (ii) in een kleiner lettertype en (iii) bij die verwijzing is tevens vermeld: "In case of discrepancy the main contract terms and/or standard-contract terms shall prevail over these General terms and Conditions". Het zal vooral dat laatste zijn dat de Hoge Raad doet besluiten dat geen andere uitleg mogelijk is dan dat de CNGD prevaleren. Me dunkt dat afwijkende lettertypes en de plaats van een verwijzing (onderaan een bladzijde) doorgaans een minder zwaar stempel drukken op uitleg dan een contractuele bepaling over onderlinge tegenstrijdigheid.

7. De wederpartij van de gebruiker (De Eendracht) moet ten tijde van het sluiten van de overeenkomsten derhalve worden geacht bekend te zijn geweest met de CNGD. Dat doet prompt de gedachten uitgaan naar de regeling van de zogenaamde bekendheidsuitzondering. Krachtens art. 6:233 aanhef en onder b BW is een beding in algemene voorwaarden vernietigbaar indien de gebruiker aan de wederpartij niet een redelijke mogelijkheid heeft geboden om van de algemene voorwaarden kennis te nemen. Indien de wederpartij bekend moet worden geacht te zijn geweest met de algemene voorwaarden, zijn deze voorwaarden echter niet vernietigbaar ex art. 6:233 aanhef en onder b BW. Bekendheid op zichzelf is in deze zaak niet het voorwerp van twist. Het is de reden van de bekendheid die in cassatie werd aangevoerd om de bekendheidsuitzondering niet toe te passen. De Eendracht was namelijk wel bekend met de CNGD, maar niet door toedoen van de gebruiker daarvan. Daarmee lag in cassatie een aspect voor waarover de Hoge Raad nog niet eerder oordeelde: is voor de bekendheidsuitzondering van belang of die bekendheid berust op toedoen van de gebruiker?

8. Sinds de Hoge Raad de bekendheidsuitzondering introduceerde in zijn arrest van 1 oktober 1999 (*NJ* 2000/207, m.nt. Jac. Hijma (*Geurtzen/Kampstaal*)) wordt verschillend gedacht over de vraag of de bekendheid moet berusten op toedoen van de gebruiker. De wederpartij moet bekend zijn met de algemene voorwaarden door toedoen van de gebruiker, zo is één van die visies. Zie voor deze opvatting Hof 's-Hertogenbosch 22 juli 2003, *BR* 2006/184, m.nt. M.A.B. Chao Duivis, rov. 4.9.1-4.9.2). Anderzijds stelt Hijma dat de kennis van de wederpartij niet door toedoen van de wederpartij hoeft te zijn ontstaan, mits de gebruiker bij het aangaan van de overeenkomst wist of mocht aannemen dat zijn wederpartij met de algemene voorwaarden bekend was (noot onder *Geurtzen/Kampstaal*, sub 5 en in dezelfde zin T. Hartlief, noot onder HR 6 april 2001, AA51 (2002) (*VNP/H*), p. 27). Een derde geluid komt erop neer dat niet van belang is hoe de bekendheid van de wederpartij met de algemene voorwaarden is ontstaan (zie o.m. H.J. Snij-

ders, in zijn noot onder HR 6 april 2001, *NJ* 2002/385 (*VNP/H*), sub 2d, H.N. Schelhaas, Algemene voorwaarden in handelstransacties (Studiekring Offerhaus, nr. 13, 2011), par. 4.2.2 en M.H. Wissink, *Contracteren* 2006/3, p. 65).

9. In het hier besproken arrest herhaalt de Hoge Raad (in rov. 3.2.2) eerst de desbetreffende overweging uit *Geurtzen/Kampstaal*: een redelijke en op de praktijk afgestemde uitleg van art. 6:234 BW brengt mee dat aan de strekking van die bepaling recht wordt gedaan, indien de wederpartij zich tegenover de gebruiker niet op vernietigbaarheid van een beding in algemene voorwaarden kan beroepen, wanneer zij ten tijde van het sluiten van de overeenkomst met dat beding bekend was of geacht kon worden daarmee bekend te zijn. Daarna volgt de toespitsing op de hiervoor sub 7 in fine genoemde vraag. Het wordt niet anders als de bekendheid van de wederpartij met de algemene voorwaarden of een daarin voorkomend beding, niet door toedoen van de gebruiker maar op andere wijze is ontstaan. Ook dan doet de bekendheidsuitzondering dus opgeld en kan de wederpartij zich dus niet beroepen op de vernietigingsgrond van art. 6:233 aanhef en sub b BW, zo overweegt de Hoge Raad (rov. 3.2.3, tweede volzin). Het is dus niet van belang of de bekendheid met de algemene voorwaarden berust op toedoen van de wederpartij. Indien de wederpartij bekend is met de algemene voorwaarden of een daarin voorkomend beding maar die kennis berust niet op toedoen van de gebruiker, komt de gebruiker die de voorwaarden niet ter hand heeft gesteld in zekere zin goed weg. Daar staat tegenover dat de bescherming van de wederpartij niet nodig is, nu die wederpartij de voorwaarden kent (vgl. conclusie Plv P-G Wissink, sub 3.27). Gelet op de ratio van de kennisgevingsplicht valt het te begrijpen dat die feitelijke bekendheid zwaarder weegt dan het gegeven dat die bekendheid niet berust op toedoen van de gebruiker.

10. De keuze die de Hoge Raad maakt, kan ook worden gezien in het licht van Richtlijn 2006/123/EG van 12 december 2006 (hierna: de Dienstenrichtlijn). Verrichters van diensten als bedoeld in de Dienstenrichtlijn kunnen op diverse manieren voldoen aan de informatieverplichting van art. 6:233 sub b BW, zodat een wederpartij snel bekend moet worden geacht te zijn met algemene voorwaarden, althans de mogelijkheid heeft gehad ervan 'kennis te nemen' in de zin van art. 6:233 sub b BW. Plv P-G Wissink merkt op dat een zeker contrast is ontstaan tussen de invulling van de informatieplicht in gevallen die onder de Dienstenrichtlijn vallen en in andere gevallen. Nu de Hoge Raad heeft beslist dat het toedoen van de gebruiker niet is vereist voor toepassing van de bekendheidsuitzondering, groeit het contrast met de Dienstenrichtlijn niet verder (vgl. conclusie Plv P-G Wissink, sub 3.17). Gelet op het ruime bereik van de Dienstenrichtlijn en de mogelijke debatten over het bereik daarvan acht ik dat een goede ontwikkeling.

11. Over de bekendheidsuitzondering is veel literatuur voorhanden. Ik beperk me daarom tot vier (nadere) opmerkingen over de beslissing. De beslissing geeft weliswaar antwoord op de hiervoor sub 7 in fine genoemde vraag, maar daarmee is niet gezegd dat alle praktische vragen zijn opgelost. Ten eerste kan aan de orde zijn hoe om te gaan met de vraag naar de bekendheid met exact deze algemene voorwaarden of dit beding. De eerste volzin in rechtsoverweging 3.2.3 draagt bij aan de gedachte dat inhoudelijke bekendheid met deze algemene voorwaarden of dit beding volstaat, maar geen vereiste is (vgl. Hijma, *Algemene voorwaarden* (Mon. BW nr. B55) 2016/38). Nu bekendheid ook kan volstaan zonder toedoen van de gebruiker kan in een concreet geval de vraag rijzen of de wederpartij een complex algemene voorwaarden kent dat exact identiek is aan de voorwaarden van de gebruiker of daarmee 'slechts' grote gelijkenis vertoont. Mogelijk is een dergelijke vraag aan de orde indien in een bepaalde branche verschillende sets algemene voorwaarden circuleren. Er valt veel voor te zeggen dat de bekendheidsuitzondering alleen opgaat indien het om exact deze set voorwaarden gaat. Een andere opvatting lijkt de uitzondering een zodanig ruim bereik te geven dat de kennisgevingsplicht te zeer wordt uitgehold. Anderzijds geldt bij geringe discrepantie tussen de gehanteerde en de bekend veronderstelde voorwaarden de bekendheidsuitzondering dan dus niet. Deze opvatting brengt mee dat de gebruiker steeds scherp in de gaten moet houden of zijn wederpartij de juiste algemene voorwaarden kent, zeker na aanpassing ervan.

12. Een tweede aspect betreft de vraag wie precies bekend moet zijn met die algemene voorwaarden of het daarin voorkomende beding. Die vraag kan eenvoudig te beantwoorden zijn, zeker als het gaat om kleine wederpartijen. Toch kan het complexer liggen, vooral bij ondernemingen. Welke kennis wordt aan de onderneming toegerekend? De vraag kan simpel ogen, maar beantwoording kan vereisen dat men de loop ter hand neemt (vgl. B. Katan, *Toerekening van kennis aan rechtspersonen*, diss. RU 2017). De feitelijke werkelijkheid loopt bovendien niet altijd parallel met de juridische werkelijkheid naar kennis van algemene voorwaarden wordt toegerekend aan de onderneming: die toerekening betekent niet noodzakelijkerwijs dat de linker afdeling binnen een onderneming altijd weet wat de rechter afdeling weet. Als de ene afdeling regelmatig zaken doet met deze wederpartij en dus bekend is met de desbetreffende algemene voorwaarden, dan hoeft een andere afdeling die dit keer toevallig een overeenkomst sluit met deze wederpartij dat niet te weten. Toerekening van kennis aan de onderneming kan dan ook impliceren dat het goed is stil te staan bij de vraag of een andere afdeling van de onderneming de algemene voorwaarden kent, bijvoorbeeld omdat zij vaker met de gebruiker heeft gecontracteerd. Het kan het lot van een eventuele vordering in verband met de uitvoering van de overeenkomst maken of breken.

13. In rechtsoverweging 3.2.3 spreekt de Hoge Raad consequent over 'algemene voorwaarden of een daarin voorkomend beding'. Dit lijkt te impliceren dat niet voldoen aan de kennisgevingsplicht van art. 6:233 sub b BW ook kan worden 'geheeld' door de bekendheidsuitzondering indien de wederpartij bekend moet worden geacht met alleen het beding in kwestie. Wat is rechtens als de wederpartij niet bekend is met de algemene voorwaarden als geheel, maar wel met dit ene beding? Wellicht doet die vraag zich in de praktijk niet of nauwelijks voor, maar niet uitgesloten is dat de kwestie aan de orde is bij een arbitraal beding (waar het in deze zaak ook om gaat). Indien de wederpartij bekend is met één beding uit de set algemene voorwaarden, ook zonder dat die bekendheid berust op toedoen van de wederpartij, kan niet met de andere algemene voorwaarden, dan kan zij zich niet beroepen op het niet voldoen aan de kennisgevingsplicht door de gebruiker, zo lijkt uit het arrest te volgen. Mogelijk rijzen in de praktijk vervolgvragen.

14. Over een vierde aspect ben ik hier kort. Nu bekendheid zonder toedoen volstaat, kan het aankomen op de vraag of in rechte vast komt te staan dat de wederpartij inderdaad bekend was met de algemene voorwaarden of het beding. Dat kan leiden tot vragen over bewijslast, bewijslevering en bewijswaardering.

15. Het arrest is ook geannoteerd door M.M. van Rossum (*JOR* 2023/87).

H.B. Krans

NJ 2024/228

HOGE RAAD (CIVIELE KAMER)

26 januari 2024, nr. 22/02344

(Mrs. M.J. Kroeze, H.M. Wattendorff, F.J.P. Lock, F.R. Salomons, G.C. Makkink; A-G mr. W.L. Valk)
m.nt. E.W.J. de Groot

Art. 40, 40d, 40e, 40f (oud) Onteigeningswet; art. 6.1 (oud) Wro; afdeling 15.3 Omgevingswet

NJB 2024/314

RvdW 2024/143

ECLI:NL:PHR:2023:887

ECLI:NL:HR:2024:85

Onteigening. Uitgangspunt volledige vergoeding. Vergoeding planschade in onteigeningsgeding; elimineringsregel; beperkende criteria planschadevergoeding o.g.v. art. 6.1 Wro (oud).

Het uitgangspunt van de Onteigeningswet is dat een onteigende een volledige vergoeding krijgt voor alle schade die hij als eigenaar rechtstreeks en noodzakelijk lijdt door het verlies van zijn zaak (art. 40 (oud) Ow). De door de onteigende te ontvangen vergoeding omvat de werkelijke waarde van het onteigende en in voorkomend geval ook vergoeding van bijkomende