

Holleman/De Klerk: oud voor nieuw?!

HR 1 juli 1993, RvdW 1993, 157 (Bouma/Cavo)

1. Twee momenten ter beoordeling van onredelijk bezwarende bedingen in algemene voorwaarden

Onredelijk bezwarende bedingen in algemene voorwaarden kunnen op een aantal manieren buiten werking gesteld worden. In de jurisprudentie van de Hoge Raad zijn daarbij twee beoordelingsmomenten naar voren gekomen: het moment van totstandkoming en het moment van invoeren van het beding. De oudere jurisprudentie richtte zich vooral op toetsing van de voorwaarden aan de openbare orde en de goede zeden, met als sanctie (partile) nietigheid¹. Latere jurisprudentie, ingeluid door Saladin/HBU, richtte zich op de uitvoering van de overeenkomst via een beoordeling van het beroep op een overeengekomen clause aan de hand van de redelijkheid en billijkheid². Deze laatste ontwikkelingslijn werd – zo leek het althans – maar één keer doorbroken in het arrest Holleman/De Klerk, waarin de bezwarendheid van het beding een rol speelde bij de beantwoording van de vraag of dit beding overeengekomen was³. Na Holleman/De Klerk werd de inhoudstoetsing van Saladin/HBU weer opgepakt,

waarbij in verregeande mate werd geanticipeerd op de huidige afdeling 6.5.3 BW⁴. Het is in het licht van het BW en van de lijn in de rechtspraak van de Hoge Raad ná 1981, dan ook bepaald verrassend te noemen dat de Raad thans in het arrest Bouma/Cavo, de Holleman/De Klerk-exceptie – naar het lijkt – herbevestigt.

2. Het arrest Bouma/Cavo⁵

De feiten die aanleiding gaven tot deze herbevestiging, waren de volgende. De maatschap Gebroeders Bouma exploiteerde een varkensmestrij en had in die hoedanigheid in 1984 een aantal malen van Cavo een voermengsel gekocht dat bestemd was om tot veevoeder vermengd te worden. Steeds ontving Bouma een factuur die zij betaalde. In totaal werden zo een vijftal facturen ontvangen en betaald. Gebruik van het voermengsel leidde tot schade aan de veestapel van Bouma. Bouma vorderde deze schade (ruim f 600.000,-) in rechte van Cavo. Ter afwering van deze vordering deed Cavo een beroep op artikel 4 van haar algemene voorwaarden. Het artikel beoogde aansprakelijkheid uit te slui-

1. Zie Asser-Hartkamp I nr. 341-342.
2. HR 19 mei 1967, NJ 1967, 261 m.nt. GJS, AAe 1967, blz. 214 e.v., m.nt. PAS (Saladin/HBU); HR 20-2-1976, NJ 1976, 486 m.nt. GJS, AAe 1976, blz. 467 e.v., m.nt. G (Pseudovogelpest). Zie ook Asser-Hartkamp II, nr. 312 e.v. en nr. 356.
3. HR 20-11-1981, NJ 1982, 517 m.nt. CJHB, AAe 1982, blz. 247 e.v., m.nt. G..
4. Zie bijv. HR 25 april 1986, NJ 1986, 714 m.nt. G. (Van der Meer/Smilde), HR 16 januari 1987, NJ 1987, 553 m.nt. G. (Hooijen/THB), 8 maart 1991, NJ 1991, 396 (Ondeugdelijk staalgrit) en HR 8 juli 1991, NJ 1991, 691 m.nt. MS (Lelystad/Lelystad).
5. Zie voor een korte bespreking van het arrest ook T.H.M. van Wechem, Bb 1993/18, blz. 153-155.

INHOUD

943 Mr. J.H.M. van Erp en mr. W.H. van Boom: Vermogensrecht Aktueel

946 Prof. mr. R.D. Vriesendorp: Enige perikelen rond een 'importante executoriale verkoop'

955 Mr. R.I.V.F. Bertrams: Betaling van stil verpande vorderingen op een rekening van de gefailleerde pandgever na datum faillietverklaring

961 Mw. mr. P.M.M. Stassen: Fusie van parochies

964 Mr. L. Hardenberg: Boekbespreking

965 Mr. H. Duintjer Tebbens: Boekbespreking

968 Mw. mr. dr. H.I. Sagel-Grande: Plannen voor een ingrijpende wijziging van het Duitse verbintenissenrecht (II, slot)

970 Mededelingen

970 Personalialia

971 Vacaturestaat notariaat

ISSN 0165-8476

WP
NR

Weekblad voor privaatrecht,
notariaat en registratie

11 dec. 1993 - jrg. 124 - nr. 6117

WPNR – Uitgave van de
Koninklijke Notariële
Broederschap, 't Hoenstraat 5
2596 HX 's-Gravenhage
Postbus 96827
2509 JE 's-Gravenhage
Telefoon 070-3307111
Telefax 070-3453226

Ere-redacteur
mr. J.M. Polak

Redacteuren
mr. J. van Soest
mr. J.H. Linders
prof. mr. P. van Schilfgaarde
mw. mr. I.S. Joppe
prof. mr. M.J.A. van Mourik
prof. mr. A.A. van Velten
prof. mr. J.B.M. Vranken
prof. mr. A.S. Hartkamp
prof. mr. Jac. Hijma

Redactie-secretaris
mw. mr. A.L. Moussault-Jeswiet

Bureau-redacteur
mw. A.E.M. van Dijk
Telefoon 070-3307138

Redactie-adres/Notariële
personeelsadvertenties
Postbus 96827, 2509 JE 's-Gravenhage
Telefoon 070-3307138
Faxnummer 070-3307180

Advertentie exploitatie
Sales & Services in advertising
and publicity
Gebouw 'Zaanstaete'
Postbus 60, 1520 AB Wormerveer
Telefoon 075-281081

Abonnementen-administratie
en exploitatie
Koninklijke Vermande bv
Postbus 20, 8200 AA Lelystad
Telefoon 03200-22944 Verkoop binnendienst
Postgiro 179350

Jaarabonnement f 229,- incl. BTW
Stud. abonnement f 152,- incl. BTW
Abonnementen buitenland f 275,-
Losse nummers f 6,75 incl. BTW
Opzegging van het abonnement kan slechts
schriftelijk geschieden voor 1 december van
het jaar voorafgaande aan het jaar van de ge-
wenste beëindiging

Lay-out en druk
Joh. Enschedé Amsterdam b.v.
Postbus 8023, 1005 AA Amsterdam
Telefoon 020-6110102

Omslagontwerp:
C. Koevoets, Bloemendaal

ten voor schade die als gevolg van enig defect, gebrek of fout uit hoofde van een leverantie ontstond. De algemene voorwaarden van Cavo waren gedeponereerd bij de Kamer van Koophandel. Op alle facturen die Cavo had verzonden aan Bouma werd verwezen naar deze voorwaarden als zijnde toepasselijk op alle leveringen. Het geding spitste zich toe op de vraag of Cavo op bedoelde voorwaarden c.q. artikel 4 daarvan, een beroep toekwam.

De Hoge Raad geeft – voor zover hier van belang – een tweetal rechtsregels. In de eerste plaats herhaalt hij dat ten aanzien van de totstandkoming van algemene voorwaarden waarnaar in facturen wordt verwezen de gewone totstandkomingsregels gelden. Dit uitgangspunt geldt ook voor gevallen waarin genoemde voorwaarden niet gekend (laat staan: bekeken) zijn. Wil en vertrouwen vormen ook hier de basis voor de totstandkoming van de contractuele band⁶. In de tweede plaats beslist de Raad dat wanneer algemene voorwaarden aldus in beginsel deel zijn gaan uitmaken van een overeenkomst, het niettemin mogelijk is dat één of meer specifieke bepalingen uit deze voorwaarden uiteindelijk blijken toch niet overeengekomen te zijn. De Hoge Raad overweegt namelijk, onder verwijzing naar Holleman/De Klerk, als volgt:

‘Indien een contractspartij de toepasselijkheid van door haar niet gekende algemene voorwaarden stilzwijgend heeft aanvaard, sluit dit immers niet uit dat er zich onder die voorwaarden bepalingen bevinden van een zodanige inhoud, dat haar toestemming niet kan worden geacht op de toepasselijkverklaring ook daárvan gericht te zijn geweest, ook al is het een feit van algemene bekendheid dat in algemene voorwaarden bepalingen van een dergelijke inhoud zo regelmatig voorkomen, dat men daarmede rekening dient te houden.

Of de toestemming ook geacht moet worden op een bepaling van een dergelijke inhoud gericht te zijn geweest, is een vraag van uitleg van de overeenkomst (HR 20 nov. 1981, NJ 1982, 517)’ (r.o. 3.4.2 tweede alinea).

Ook al heeft een wederpartij er rekening mee te houden dat algemene voorwaarden veelal exoneraties bevatten die vergelijkbaar zijn met art. 4 van de voorwaarden van Cavo, dan nog is het niet uitgesloten dat de stilzwijgende toestemming van de wederpartij niet geacht kan worden op deze specifieke bepaling gericht te zijn geweest. Na een afwezigheid van ruim tien jaar wordt zo de Holleman/De Klerk-exceptie weer ten tonele gevoerd.

3. Heeft het arrest Bouma/Cavo betekenis onder het Nieuw BW?

De uitspraak Bouma/Cavo roept, in het licht van het vorenstaande, verschillende vragen op, die wij achtereenvolgens zullen bespreken. In de eerste plaats de vraag of dit arrest, gewezen onder oud recht, ook voor het huidige recht betekenis heeft. In de tweede plaats dwingt het arrest tot nadenken over de vraag of de twee onderscheiden toetsingsmomenten elkaar uitsluiten, dan wel na elkaar of in combinatie met elkaar kunnen worden gehanteerd.

Bouma/Cavo is beslist conform oud recht. Dit zou erop kunnen wijzen dat het arrest geen betekenis heeft voor

het huidige recht. Men kan daar echter aan twijfelen. Ten aanzien van de mogelijkheden om via een beroep op redelijkheid en billijkheid onereuze bedingen in algemene voorwaarden te ecarteren, heeft de Hoge Raad – wij merkten dit al op – zich in een aantal arresten sterk door het nieuwe recht laten inspireren. De meest vergaande uitspraak is gewezen naar aanleiding van een geschil betreffende gemeentelijke gronduitgiftevoorwaarden⁷. De Hoge Raad besliste hier onder andere (na een verwijzing naar zijn eerdere arrest inzake Van der Meer/Smilde⁸):

‘Maakt het beding omtrent grondgebruik deel uit van algemene voorwaarden, (...), dan is ook de regeling van afdeling 6.5.3 NBW daarop van toepassing.’

Is het onderscheid tussen oud recht en huidig recht daarmee niet zeer gering geworden? Wellicht resteert nog dit verschil. Afdeling 6.5.3 komt in het oude recht niet rechtstreeks tot toepassing, maar indirect via de redelijkheid en billijkheid. Dit heeft gevolgen voor de te hanteren sanctie. In het oude recht is dit het niet kunnen inroepen van een beding in een concreet geval. Naar huidig recht is de sanctie vernietigbaarheid. Wat hier ook van zij, in elk geval staat vast dat wat de inhoud van de toetsingsnorm betreft oud en huidig recht elkaar zeer dicht naderen. Gegeven dit geringe onderscheid tussen oud en huidig recht, kan een uitspraak gewezen onder oud recht niet bij voorbaat betekenis worden ontzegd voor wat betreft het huidige recht.

De Hoge Raad – daar kan geen misverstand over bestaan – kiest in Bouma/Cavo de totstandkomingsfase als beoordelingsmoment. Dit is niet gemakkelijk in overeenstemming te brengen met de eerdere anticipatie op afdeling 6.5.3. Deze afdeling gaat immers uit van een versnelde totstandkoming; marginaal vertrouwen is voldoende⁹. Pas na de totstandkomingsfase vindt een verscherpte toetsing van zowel de informatievoorziening als de inhoud plaats¹⁰. In dat kader is het gegeven dat aan de totstandkoming nauwelijks eisen worden gesteld, het spreekt eigenlijk voor zich, een belangrijke afwegingsfactor in het nadeel van de gebruiker van algemene voorwaarden.

De uitspraak van de Hoge Raad inzake Bouma/Cavo roept de vraag op of de totstandkoming, bezien vanuit het huidige BW, niet meer kleur heeft dan eerder verondersteld. Klaarblijkelijk – zo zou men kunnen stellen – dient toch enige beoordeling van het realiteitsgehalte van de wilsovereenstemming (respectievelijk het vertrouwen daarop) plaats te vinden. Indien deze vraag bevestigend moet worden beantwoord, rijst de volgende vraag. Kan uit het arrest worden afgeleid dat wanneer een clause eenmaal de totstandkomingstoets heeft doorstaan, de afwegingsfactor “wijze van totstandkomen” een factor wordt die niet meer tegen de gelding van de betreffende clause kan worden ingebracht, maar in tegendeel juist voor gelding pleit? Mocht het antwoord op deze laatste vraag ook bevestigend luiden, komt dan het huidige wettelijk systeem niet onder wel zeer grote jurisprudentiele druk te staan? Afdeling 6.5.3 gaat er immers van uit – het zij nogmaals

6. De Hoge Raad verwijst daarbij naar het laatste in een reeks van arresten over deze totstandkomingsvraag: HR 5 juni 1992, NJ 1992, 565 (Lloyd/AEG-Telefunken). Zie voorts HR 15 maart 1991, NJ 1991, 416 (Van Lente & Visscher/Ossfloor). Vgl. B. Wessels en R.H.C. Jongeneel, *Algemene voorwaarden*, Zwolle 1992 [studieopdracht - vaatrecht 48], blz. 44.
7. HR 8 juli 1991, NJ 1991, 691 (Lelystad/Lelystad).
8. HR 25 april 1986, NJ 1986, 714. Een verwijzing naar het arrest HR 16 januari 1987, NJ 1987, 553, inzake Hooijen/THB, waarin het arrest Van der Meer/Smilde in zijn gevolgen werd gemitigeerd, ontbreekt. Zie in dit verband ook HR 6 november 1992, NJ 1993, 27 (De Velde/De Wilt-Gehahuis). In dit recente arrest, dat ook naar oud recht is gewezen, wordt – zowel wat de informatievoorziening als de inhoudstoetsing betreft – alleen redelijkheid en billijkheid als de uiteindelijke toetsingsmaatstaf gebruikt.
9. Zie m.n. *Parl. Gesch. Boek 6 Inv.*, blz. 1450-1451, 1572-1573, blz. 1577 (opmerking raadsadviseur Hartkamp). Vgl. A.S. Hartkamp, *Wetsuitleg en rechtstoepassing na de invoering van het nieuwe burgerlijk wetboek* [oratie Utrecht 1992], Deventer 1992, blz. 13, J.H. Nieuwenhuis e.a. (red.), *Tekst & Commentaar*, Deventer 1990, blz. 668 (aant. 1 bij art. 6: 232 BW, W.L. Valk) en R.H.C. Jongeneel, *De Wet algemene voorwaarden en het AGB-Gesetz*, Deventer 1991 [diss. VU 1991], blz. 151.
10. Zie art. 6: 233 sub a en 6: 236 en 237 BW (inhoudstoetsing; zwarte en grijze lijsten) en art. 6: 233 sub b jo. 234 BW (informatievoorziening). Zie ook *Asser-Hartkamp I*, nr. 344. Vgl. Wessels en Jongeneel, a.w., blz. 67-72 en Jongeneel, a.w., blz. 18, 87-90, 216.

herhaald – dat in de totstandkomingsfase nauwelijks inhoudscontrole plaats vindt, maar dat deze later, rekening houdend met de kleurloze totstandkoming, verscherpt wordt uitgeoefend en zich dan direct op de bezwarende inhoud zelf richt.

Benadrukt zij dat het zeer zeker niet de uitkomst van het wetgevingsproces is geweest om de wederpartij van een gebruiker van algemene voorwaarden tot twee maal toe in bescherming te nemen: én bij de totstandkoming én na de totstandkoming¹¹. Ook de Hoge Raad lijkt dit niet te willen, getuige de beperking van zijn uitspraak tot vérgaande, niet gekende, in algemene voorwaarden opgenomen exonerationclausules. Maar zelfs wanneer het arrest aldus moet worden gelezen dat de werkingssomvang van de daar gegeven rechtsregel beperkt zal blijven tot de zojuist omschreven groep van gevallen, dan nog blijft overeind dat ook voor wat betreft deze bedingen afdeling 6.5.3 de wederpartij reeds afdoende bescherming verleent. Daarbij doet het er – materieel gesproken – weinig toe of afdeling 6.5.3 rechtstreeks wordt toegepast of, zoals onder oud recht, met behulp van de open norm redelijkheid en billijkheid.

Er is één onderdeel van afdeling 6.5.3 waar deze uitspraak van de Hoge Raad niet in strijd hoeft te komen met het wettelijk systeem, maar dit veeleer aanvult en aldus een belangrijke rol zou kunnen spelen. De zogenaamde grote ondernemingen (zie art. 6: 235) kunnen op de vernietigingsgronden als bedoeld in de art. 6: 233 en 6:234 (toetsing van informatievoorziening en inhoud) geen beroep doen. De overige bepalingen van deze afdeling, inbegrepen de snelle toepasselijkheid als neergelegd in art. 6:232, zijn daarentegen bij grote ondernemingen wel gewoon van toepassing¹². Het gevolg is, bezien vanuit de grondgedachte van de regeling, een zekere onevenwichtigheid. De snelle toepasselijkheid wordt hier niet gecompenseerd door een tegenwicht zoals dat geboden wordt door de verscherpte inhoudscontrole. Hier zou de totstandkomingstoets als door de Hoge Raad gehanteerd in Bouma/Cavo de wet zeer wel kunnen aanvullen¹³. Een dergelijke ‘verzwaarde’ toetsing van het vertrouwen, zo zou kunnen worden verdedigd, kan de leemte die het ontbreken van een verscherpte inhoudstoets veroorzaakt, wellicht opvullen. Niettemin kan men zich ook hier de vraag stellen of de jurisprudentie inzake redelijkheid en billijkheid niet tot dezelfde uitkomsten zou leiden. Eén voordeel heeft de Bouma/Cavo benadering echter wel boven de toetsing via redelijkheid en billijkheid: doordat de sanctie bestaat uit de niet totstandkoming van een beding is – uiteindelijk – het effect gelijk aan vernietiging. Het wettelijk systeem zou op die manier door middel van rechtspraak worden aangevuld op een wijze die tot een rechtsgevolg leidt dat vergelijkbaar is met gevallen die volledig onder de werkingssfeer van afdeling 6.5.3 vallen.

4. Tot slot

De beoordeling van algemene voorwaarden is een leerstuk geworden dat zich kenmerkt door een kruising van vele wegen. Overgangrechtelijke kwesties kruisen

vragen naar de mate waarin de Hoge Raad onder oud recht anticipeerde op het nieuwe recht. Bij beoordeling van de totstandkoming van overeenkomsten speelt de inhoud van het overeengekomene een rol en omgekeerd. De rechtspraktijk heeft er alle belang bij dat de Hoge Raad op deze kruising van wegen aangeeft welke weg de juiste is. De vraag die thans rest, is: welke richting zal de Hoge Raad in de toekomst wijzen?

*Mr. J.H.M. van Erp**

*Mr. W.H. van Boom***

11. Zie noot 9.

12. Vgl. Jongeneel, *a.w.*, blz. 80-81 (m.n. blz. 81, nt. 82).

13. Vgl. in dit verband Hartkamp, *oratie*, blz. 13.

* Universitair hoofddocent privaatrecht en Engels & Amerikaans recht, vakgroep Privaatrecht Katholieke Universiteit Brabant.

** Toegevoegd docent privaatrecht, vakgroep Privaatrecht Katholieke Universiteit Brabant.