

ARBITRAGEBEDING IN ALGEMENE VOORWAARDEN

Prof. mr B. Wessels¹

1. Inleiding

Arbitrage bij het Scheidsgerecht voor de Grafische Industrie berust op het arbitraal beding van art. 21 Leveringsvoorwaarden. Nu het functioneren van het scheidsgerecht steunt op algemene voorwaarden dient te worden gezien of deze voorwaarden onder de toepassing van de art. 6:231-247 BW (wettelijke regeling algemene voorwaarden) vallen.² In veruit de meeste gevallen zullen de Leveringsvoorwaarden die gebruikt worden door een (gewezen) lid van KVGGO (Koninklijk Verbond van Grafische Ondernemingen) inderdaad algemene voorwaarden in de zin van de wet zijn en zullen in het bijzonder art. 6:233 onder b BW en art. 6:234 BW beslissend zijn met betrekking tot de vraag of de algemene voorwaarden kunnen worden vernietigd omdat de gebruiker van die voorwaarden onvoldoende daarvan aan zijn wederpartij heeft kennis gegeven. Op welke wijze de overheidsrechtspraak deze vraag benadert en beantwoordt is het onderwerp van mijn inleiding.³ Het is een vraagstuk dat nogal vaak opduikt. De laatste drie jaar levert tenminste een vijftiental rechterlijke uitspraken op, waarvan er diversen ook betrekking hebben de situatie dat toepassing van het in de desbetreffende algemene voorwaarden opgenomen arbitragebeding wordt geclaimd dan wel deze juist wordt ontkend.

Ik maak eerst een enkele opmerking over de arbitrageovereenkomst (par. 2). Vervolgens ga ik in op de wijze waarop in de wet, in het bijzonder het BW, het overeenkomen van dan wel het gebonden zijn aan algemene voorwaarden is geregeld en op welke centrale grond een wederpartij, die de gedetailleerde inhoud van algemene voorwaarden niet kent, een beding in algemene voorwaarden kan vernietigen (par. 3 en 4). De laatste jaren is aan de toepassing van deze grond door de Hoge Raad een nieuwe interpretatie gegeven, waarop ik in par. 5 – 7 inga. Na een enkele kanttekening bij het geschrift-vereiste voor het arbitraal beding, zoals bedoeld in art. 1021 Rv (par. 8) breng ik de thema's 'algemene voorwaarden' en 'arbitragebeding' samen (par. 9).

2. De arbitrageovereenkomst

Partijen kunnen bij overeenkomst geschillen die tussen hen uit een bepaalde, al dan niet uit een overeenkomst voortvloeiende, rechtsbetrekking zijn ontstaan dan wel zouden kunnen ontstaan, aan arbitrage onderwerpen, aldus art. 1020 lid 1 Rv. Hoewel de beslechting van het geschil op grondslag van deze overeenkomst een vaststellend karakter heeft, is de overeenkomst tot arbitrage zelf uitdrukkelijk aan de wettelijke regeling van de vaststellingsovereenkomst van Boek 7 Titel 15 onttrokken (art. 7:900 lid 4 BW). De overeenkomst heeft een algemeen karakter. Art. 1021 Rv bepaalt dat de overeenkomst tot arbitrage wordt bewezen door een geschrift. Daarvoor is voldoende, vervolgt het wetsartikel, (a) een geschrift dat in arbitrage voorziet of (b) een geschrift dat verwijst naar algemene voorwaarden welke in arbitrage voorzien en dat door of namens de wederpartij uitdrukkelijk

¹ Hoogleraar Burgerlijk recht en Handelsrecht Vrije Universiteit; partner Holland Van Gijzen Advocaten en Notarissen. Deze inleiding is in verkorte vorm uitgesproken op 30 oktober 2003 te Amstelveen, ter gelegenheid van het afscheid van mr J. Th. Kemme, bijna 25 jaar in functie als secretaris van het Scheidsgerecht voor de Grafische Industrie.

² Een korte, maar leerzame beschrijving van het functioneren van het Scheidsgerecht geeft Van Vugt, Scheidsgerecht voor de grafische industrie, in: Snijders/Meijer (red.), *Vademecum Burgerlijk Procesrecht*, 2002, p. 619 e.v.

³ Zie ook de opsomming bij Snijders, *Nederlands Arbitragerecht*, 2003, p. 95 noot 4.

of stilzwijgend is aanvaard. Het vereiste van 'geschrift' is een bewijsvereiste, niet een geldigheidvereiste voor de overeenkomst tot arbitrage. Ik ga zo nader in op de vereiste van geschrift.

In geval van een arbitrage dient het scheidsgerecht voor alle andere wesen zijn eigen bevoegdheid te beoordelen (art. 1052 Rv). De overeenkomst tot arbitrage is door wetsduiding (art. 1053) als een afzonderlijke overeenkomst te beschouwen, waarbij het scheidsgerecht separaat de rechtsgeldigheid van de hoofdovereenkomst, waarvan de overeenkomst tot arbitrage deel uitmaakt of waarop zij betrekking heeft, beoordeelt.⁴ Indien bij de burgerlijke rechter een geschil aanhangig wordt gemaakt voor welk geschil een arbitrageovereenkomst is gesloten, dient deze rechter zich onbevoegd te verklaren, indien een partij zich voor alle wesen op het bestaan van die overeenkomst beroept (art. 1022 Rv).⁵

3. Gebondenheid aan algemene voorwaarden

Gebondenheid aan algemene voorwaarden kan stoeien op de overeenstemming tussen partijen dat een bepaalde set algemene voorwaarden een rechtsbetrekking beheerst. Juridisch-dogmatisch berust deze gebondenheid op hun wil (art. 3:33 BW), dan wel degene die de algemene voorwaarden voorstelt mag gebondenheid aannemen doordat deze berust op door de wederpartij gewekt vertrouwen (art. 3:35 BW) dat zij de inhoud van de voorwaarden aanvaardt. Deze aanvaarding kan ook in een stilzwijgende gedraging besloten liggen (art. 3:37 BW). Daarnaast kan gebondenheid worden aannemen doordat deze berust op uitdrukkelijk of stilzwijgend door de wederpartij gewekt vertrouwen dat zij de inhoud van de voorwaarden aanvaardt (art. 6:231 onder b jo. art. 6:232 BW). Ik geef een voorbeeld. In februari 2001 moet de Hoge Raad beslissen over het navolgende geval.

De vennootschap naar Duits recht Hans Ulrich Petermann Beratungs- und Vertriebs-GmbH, te Seefeld, Bondsrepubliek Duitsland, heeft zich op 17 december 1990 telefonisch en vervolgens bij faxbericht tot Frans Maas Rotterdam BV gewend en om offerte gevraagd voor het verzorgen van expeditiewerkzaamheden met betrekking tot drie zendingen videorecorders vanuit Rotterdam naar klanten van Petermann in Duitsland. Het faxbericht luidt onder meer: 'Wir bitten um Ihr sofortiges Angebot für diese Lieferungen und um Mitteilung Ihrer Lieferkonditionen'. In een brief van drie dagen later heeft Frans Maas een kostenopgave gedaan. De handelscorrespondentie geschiedt verder geheel in het Duits. Onder aan de brief staat als voorgedrukte (Nederlandstalige) tekst vermeldt:

'Onze werkzaamheden zijn expeditiewerkzaamheden en derhalve zijn hierop van toepassing de algemene voorwaarden (...) der Federatie van Nederlandse Expeditieorganisaties (...)'.
'

Frans Maas heeft als expediteur vervolgens in opdracht en voor rekening van Petermann ter zake van die drie zendingen expeditiewerkzaamheden verricht, maar tussen partijen rijst een geschil over een door de Duitse douane bij invoer opgelegde 'antidumpingheffing' over de zendingen van 27 december 1990 en 7 januari 1991. Die heffing wordt door de landgrensexpediteur aan Frans Maas in rekening is gebracht. De laatste heeft de zaak op grond van de Fenex-condities ter berechting voorgelegd aan de Fenex-arbitragecommissie. De strijd duurt inmiddels al ruim twaalf jaar.

⁴ Uitvoeriger over de leer van de separabiliteit: Snijders, t.a.p., p. 219 e.v. Indien bijvoorbeeld de arbiter een beroep op dwaling ten aanzien van de hoofdovereenkomst verwerpt, en rechtbank en hof daartegen gerichte bezwaren van de (vermeend) dwalende verwerpen, staat vast dat de bevoegdheid van de arbiter steunt op een arbitragebeding in een overeenkomst, die vrijwillig is aangegaan. Het arbitrale vonnis is niet in strijd met art. 6 lid 1 EVRM, vergelijk A-G Wesseling-van Gent, conclusie vóór HR 19 september 2003 (LJN: AF8266; Zaaknr: C02/056HR). De Hoge Raad doet de zaak op art. 81 RO af.

⁵ De onbevoegdverklaring van de burgerlijke rechter maakt een eind aan de instantie. Is deze rechter een Hof, dan is het arrest eindarrest, waartegen terstond beroep in cassatie openstaat, vergelijk A-G Wesseling-Van Gent, conclusie vóór HR 23 mei 2003 (LJN: AF9433; Zaaknr: C02/097HR). De Hoge Raad doet de zaak op art. 81 RO af.

Arbiters verklaren zich bij tussenvonnis bevoegd om van de vordering van Frans Maas kennis te nemen. In hun eindvonnis van 1 oktober 1993 wordt zij nagenoeg geheel toegewezen en op 16 augustus 1994 heeft de president van de Rechtbank op dit op 12 oktober 1993 ter griffie gedeponeerde eindvonnis zijn exequatur verleend.

Petermann roept vernietiging van de beide arbitrale vonnissen in, omdat de toepasselijkheid van de Fenex-voorwaarden niet was overeengekomen. De rechtbank wijst die eis toe, maar in hoger beroep vernietigt het Hof het vonnis van de Rechtbank en het wijst de vordering van Petermann tot vernietiging van de arbitrale vonnissen alsnog af.⁶ Peterman gaat in cassatie, stellend dat het Hof niet tot uitgangspunt kan nemen dat de enkele in de Nederlandse taal (voorgedrukte) verwijzing door Frans Maas aan de voet van haar briefpapier naar de Fenex-voorwaarden met zich brengt dat het door Petermann niet reageren op die Nederlandstalige verwijzing meebrengt dat sprake is van de stilzwijgende aanvaarding door Petermann van deze voorwaarden, met daarin een voorkomend het arbitraal beding.

Bij de Hoge Raad vangt Petermann bot:

‘Dit betoog berust op een onjuiste lezing van ‘s Hofs arrest. Het Hof heeft zijn bestreden oordeel niet gebaseerd op de enkele verwijzing en het niet reageren daarop door Petermann. Het heeft dit oordeel daarop gegrond, dat Petermann, door - nadat zij Frans Maas om "Mitteilung Ihrer Lieferkonditionen" had verzocht - niet te vragen om een toelichting op de voorgedrukte tekst aan de voet van de haar vervolgens toegezonden brief van 20 december 1990, maar zonder meer de opdracht te verstrekken, bij Frans Maas, die te maken had met een wederpartij die als internationaal opererende handelsonderneming bedacht moest zijn op de hier toegepaste wijze van verwijzing naar voorwaarden waarvan het equivalent ook door Duitse expediteurs wordt gebezigd, het gerechtvaardigd vertrouwen heeft gewekt dat zij akkoord ging met toepasselijkheid van de Fenex-voorwaarden.’

Het onderdeel kan dus niet, wegens gemis aan feitelijke grondslag, tot cassatie leiden.⁷

Maar, stelt Petermann, is het niet merkwaardig dat ik eigenlijk door een Nederlandstalige regel word gebonden?

De Hoge Raad beslist dat de voorgedrukte tekst aan de voet van het briefpapier, ook al was deze in tegenstelling tot de overige correspondentie niet in het Duits maar in het Nederlands gesteld, voor Petermann, die als internationaal opererende handelsonderneming ervan op de hoogte is dat dit soort voetteksten verwijzingen naar algemene voorwaarden kunnen bevatten, aanleiding had moeten zijn om, als zij van de betekenis van die tekst niet zeker was, daarover opheldering te vragen aan Frans Maas alvorens deze een opdracht tot het verrichten van expeditiewerkzaamheden te verstrekken:

‘Dit in aanmerking genomen, geeft het oordeel van het Hof dat Petermann, door geen nadere toelichting op de voorgedrukte tekst aan de voet van het briefpapier van Frans Maas te vragen en haar zonder meer de opdracht tot het verrichten van de expeditiewerkzaamheden te verstrekken, bij Frans Maas het gerechtvaardigd vertrouwen heeft gewekt dat zij instemde met toepasselijkheid van de Fenex-voorwaarden geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Dit oordeel behoeft ook geen nadere motivering dan door het Hof is gegeven.’⁸

Op de grensoverschrijdende context van dit arrest kom ik hierna nog even terug.⁹

⁶ Hof ‘s-Gravenhage 26 januari 1999, NJkort 1999, 32.

⁷ HR 2 februari 2001, NJ 2001, 200.

⁸ Rinkes/Verstappen, NTBR 2001, p. 252, leveren de kritiek dat uit de procedure niet blijkt of een onderscheid is gemaakt tussen ‘expeditie’ en ‘vervoer’, welke kwalificaties zowel bij de toepassing van Boek 8 BW als bij relevante internationale verdragen tot verschillende uitkomsten leiden. Indien de gebruiker onvoldoende duidelijk maakt op welke van twee sets van algemene voorwaarden (Algemene Verkoop- en Leveringsvoorwaarden en de Fenex-voorwaarden) zijn verwijzing betrekking heeft kan hij er niet op vertrouwen dat de wederpartij de gelding van de Fenex-voorwaarden heeft aanvaard, zie Rb. Rotterdam 7 december 2000, S&S 2001, 141.

⁹ De door de Hoge Raad benadering (stilzwijgende aanvaarding) wordt gevolgd door Rb. Rotterdam 8 januari 2003, NIPR 2003, 129.

4. Kennisgeven van algemene voorwaarden

De van wetswege in art. 6:232 BW geconstrueerde ‘snelle gebondenheid’ aan (de gelding van) algemene voorwaarden is alleen gerechtvaardigd indien de wederpartij een redelijke mogelijkheid wordt geboden om van de algemene voorwaarden kennis te nemen. Art. 6:233 onder b BW kent de vernietigingsgrond: een beding in algemene voorwaarden is vernietigbaar indien de gebruiker aan de wederpartij niet een redelijke mogelijkheid heeft geboden om van de algemene voorwaarden kennis te nemen.

De hoofdregel voor kennisneming is dat algemene voorwaarden aan de wederpartij moeten worden ter hand gesteld (art. 6:234 lid 1 onder a BW) en wel vóór of bij het sluiten van de overeenkomst. Met het terhandstellen wordt volgens de parlementaire geschiedenis het vooraf toezenden gelijk gesteld.¹⁰ De gebruiker moet het initiatief tot het terhandstellen nemen. Van de wederpartij mag een uitnodiging tot het ter hand doen stellen niet worden verwacht. De regel van ‘terhandstellen’ kan altijd worden gevolgd indien de gebruiker en de (potentiële) wederpartij met elkaar onderhandelen over de aan te gane overeenkomst en daarbij in elkaars feitelijke aanwezigheid vertoeven. Het moet echter ook mogelijk worden geacht dat de gebruiker bijvoorbeeld door een bord op het bestaan respectievelijk het van toepassing zijn van de algemene voorwaarden wijst en de wederpartij de mogelijkheid geeft zelf een exemplaar te pakken. De te volgen methode mag er echter niet in resulteren dat de wederpartij voor het bemachtigen van de algemene voorwaarden meer moeite zou moeten doen dan bij het overhandigen van een exemplaar. Zo wordt in de literatuur aangenomen dat een bord met de mededeling: ‘Onze algemene voorwaarden zijn verkrijgbaar bij de Afdeling Klantenservice (2e etage)’ onvoldoende is.¹¹ Terhandstellen houdt naar ik meen in dat de wederpartij het hem overhandigde exemplaar van de algemene voorwaarden mag behouden.¹²

De hoofdregel (ter hand stellen vóór of bij het sluiten van de overeenkomst) kent een uitzondering voor het geval het terhandstellen van de algemene voorwaarden ‘redelijkerwijs niet mogelijk’ is (art. 6:234 lid 1 onder b BW). Deze uitzondering geldt slechts indien niet alleen terhandstelling, maar ook toezending voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomst redelijkerwijs niet mogelijk is. Onder ‘redelijkerwijs niet mogelijk’ zijn van terhandstelling in deze zin moet blijken de wetsgeschiedenis worden verstaan dat deze niet mogelijk is (bijvoorbeeld in geval van het sluiten van een overeenkomst per telefoon of automaat) of niet praktisch is (bijvoorbeeld bij overeenkomsten die massaal gesloten worden zoals bij het sluiten van een vervoersovereenkomst tussen passagiers en exploitanten van bussen en trams). In deze gevallen kan worden volstaan met het ter inzage leggen van de algemene voorwaarden bij de gebruiker zelf, de griffie van een gerecht, of de Kamer van Koophandel.¹³ Tevens moeten in het geval van terinzagelegging de algemene voorwaarden op verzoek van de gebruiker worden toegezonden (art. 6:234 lid 2 BW).

De in art. 6:234 lid 1 onder a en lid 2 verlangde toezending kan soms van de gebruiker niet worden geveerd (zie art. 6:234 lid 3). Het gaat dan om omvangrijke, soms boekwerken vullende complexen van algemene voorwaarden, zoals bijvoorbeeld de algemene

¹⁰ Zie Nota II Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1594.

¹¹ In deze zin Loos, *Algemene voorwaarden*, 2001, p. 44.

¹² Anders Mon. NBW (Hijma), p. 58 e.v.

¹³ Volgens de Aanpassingswet richtlijn inzake elektronische handel (TK, vergaderjaar 2001-2002, 28 197) wordt aan art. 6:234 lid 1 wordt onder vervanging van de punt aan het slot van onderdeel b door een komma, een onderdeel c toegevoegd, luidende: ‘c. hetzij, indien de overeenkomst langs elektronische weg tot stand komt, de algemene voorwaarden voor of bij het sluiten van de overeenkomst aan de wederpartij langs elektronische weg ter beschikking heeft gesteld op een zodanige wijze dat deze door hem kunnen worden opgeslagen en voor hem toegankelijk zijn ten behoeve van latere kennisneming of, indien dit redelijkerwijs niet mogelijk is, voor de totstandkoming van de overeenkomst aan de wederpartij heeft bekend gemaakt waar van de voorwaarden langs elektronische weg kan worden kennisgenomen, alsmede dat zij op verzoek langs elektronische weg of op andere wijze zullen worden toegezonden.’ Nader hierover Mon. Nieuw BW B55 (Hijma), p. 63; Loos, BR 2003, p. 295 e.v. Vergelijk over ontwerp-art. 6:227a en het bestaande schriftelijkheidsvereiste voor het arbitraal beding ex art. 1021 Rv: Snijders, *TvA 2003*, p. 1 e.v.

voorwaarden van openbare nutsbedrijven met bijbehorende normvoorschriften. Uitgangspunt is echter: terhandstelling van de algemene voorwaarden voor of bij het sluiten van de overeenkomst. Het Hof in 's-Hertogenbosch overweegt in twee arresten van dit jaar dat de enkele omstandigheid dat deze voorwaarden omvangrijk zijn (zoals bij de UAV en de AVA) niet rechtvaardigen dat toezending redelijkerwijs niet kan worden gevegd¹⁴, terwijl het voorts overweegt dat bij contracten met consumenten alleen bij uitzondering zal kunnen worden aangenomen dat toezending redelijkerwijs niet mogelijk is.¹⁵ De terinzagelegging moet op zodanig wijze plaatsvinden dat geen onredelijke offers aan tijd en (reis)kosten van de wederpartij worden gevegd.¹⁶

Algemeen wordt aangenomen dat de gebruiker van algemene voorwaarden zal moeten bewijzen dat de wederpartij een redelijke mogelijkheid heeft gehad om van de algemene voorwaarden kennis te nemen.¹⁷ De opvatting sluit aan bij de algemene regel van bewijslast van art. 150 Rv en uit diverse ook recente rechterlijke uitspraken blijkt dat de bewijslast op de gebruiker wordt gelegd.¹⁸ De gebruiker doet er dus verstandig aan ook de ontvangst van de algemene voorwaarden (doch ten minste het verzenden daarvan of beschikbaar zijn van de voorwaarden voor de wederpartij) vast te leggen. Het bewijs dat de algemene voorwaarden zijn ontvangen kan in de regel niet worden geleverd met behulp van voorgedrukte teksten op briefpapier of een orderformulieren (bijvoorbeeld met een tekst als: 'Koper verklaart door ondertekening de tekst van onze Leveringsvoorwaarden te hebben ontvangen').¹⁹ Dit is evenwel anders als de wederpartij apart tekent voor de ontvangst van de algemene voorwaarden. Van terhandstelling van de voorwaarden mag dan uit worden gegaan; de wederpartij zal het tegenbewijs moeten leveren, dat zulks niet is geschied. Een dergelijk bewijs zal niet eenvoudig zijn, ook al komt het in de praktijk zeker wel voor dat de wederpartij die tekent voor de ontvangst van de voorwaarden, deze niettemin niet ontvangt. Hijma stelt dan ook terecht dat voldoende aannemelijk moet zijn dat de wederpartij heeft beseft dat zij (mede) voor ontvangst van de voorwaarden tekende, hetgeen hij beschouwt als 'een hobbel waarover niet te licht mag worden gedacht'.²⁰ Dit laatste blijkt bijvoorbeeld reeds uit een uitspraak van het Scheidsgerecht voor de Grafische Industrie 23 april 1999, TvA 2002, p. 27 e.v., die de zinsnede 'Onze leveringsvoorwaarden zijn u bekend en akkoord bevonden', onvoldoende acht om toepasselijkheid van de leveringsvoorwaarden aan te nemen, hoewel het Scheidsgerecht overweegt dat het op de weg van de wederpartij had gelegen om jegens de gebruiker aan te geven dat zij met de leveringsvoorwaarden niet bekend was.²¹

5. De bekendheidsregel: HR 1 oktober 1999, JOR 2000/21; NJ 2000, 207 (Geurtzen/Kampstaal)

¹⁴ Aldus recentelijk Hof 's-Hertogenbosch 22 juli 2003, LJN-nummer: AL1831; Zaaknr: C0200943/MA. Dit is ook de gangbare opvatting bij de Raad van Arbitrage voor de Bouwnijverheid en het Arbitrageinstituut voor de Bouwkunst, zie de uitspraken aangehaald door Loos, BR 2003, p. 295.

¹⁵ Hof 's-Hertogenbosch 22 april 2003, S&S 2003, 117.

¹⁶ Uitvoerig over het kennisgeven van algemene voorwaarden, met verwerking van literatuur en (arbitrage)rechtspraak: Loos, BR 2003, p. 284 e.v.

¹⁷ In deze zin, zij het impliciet, de minister bij de parlementaire behandeling, Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1613; Loos, Algemene voorwaarden (2001), p. 45; Mon Nieuw BW B55 (Hijma), p. 67 e.v.

¹⁸ Zie o.m. Rb. Arnhem 7 februari 2000, NJkort 2000, 26; Hof Leeuwarden 2 mei 2001, NJ 2002, 68; Rb. Rotterdam 16 april 2003, NJkort 2003, 50.

¹⁹ In een consumententransactie heeft Hof Arnhem 3 februari 1998, NJ 2002, 246, de aangehaalde tekst als onredelijk bezwarend beoordeeld ex art. 6:236 onder k BW, nu daarmee beoogd wordt de bewijslast ter zake van de vermelde wettelijke in formatieplicht van de gebruiker van algemene voorwaarden ten nadele van de consument-wederpartij om te keren.

²⁰ Mon. Nieuw BW B55 (Hijma), p. 68.

²¹ Nader over het bewijs: Loos, Algemene voorwaarden (2001), t.a.p.

Een centraal arrest inzake de toepassing van het uit art. 6:234 voortvloeiende stelsel van kennisgeving is het arrest Geurtzen/Kampstaal.²² Aannemer Geurtzen heeft een werk in onderaanneming uitbesteed aan Constructiebedrijf Kampstaal. De Metaalunievoorwaarden zijn van toepassing, evenals dat bij vorige opdrachten het geval was. Toepasselijkheid wordt bereikt doordat op het briefpapier van de offerte van Kampstaal vermeld staat dat op alle offertes, opdrachten en met Kampstaal gesloten overeenkomsten de Metaalunievoorwaarden van toepassing zijn en dat deze voorwaarden, gedeponeerd ter griffie van de rechtbank Rotterdam, op verzoek worden toegezonden. Later, tijdens het werk, wordt door Geurtzen een mondelinge opdracht gegeven tot inkorting van twee stalen balken. Een werknemer van Kampstaal voert deze uit met een snijbrander. Daarbij of kort daarna breekt brand uit, waardoor schade aan het bouwwerk ontstaat. Kampstaal doet een beroep op haar voorwaarden, welk beroep door het Hof wordt gehonoreerd, met als uitkomst dat Kampstaal voor de schade niet aansprakelijk is. Geurtzen echter betwist de toepasselijkheid van de algemene voorwaarden. Zijn deze van toepassing?

Tot 1999 wordt in de literatuur soms een letterlijke uitleg gevolgd: het stelsel van de vernietigingsgrond van art. 6:233 onder b BW en de in art. 6:234 lid 1 BW schuilende maatstaf van kennisgevingsniveau is gesloten. De in lid 1 genoemde gevallen zijn limitatief.²³ Geurtzen doet hierop een beroep: bij iedere (nieuwe) overeenkomst dient, als partijen in elkaars feitelijke aanwezigheid verkeren, terhandstelling van de algemene voorwaarden (hoofddregel) plaats te vinden. Anderen, waaronder Hijma en ikzelf, kozen voor een minder starre uitleg.²⁴ Met andere woorden: de literatuur was verdeeld. Daarnaast is er enige rechtspraak, óók met wisselende uitkomsten.²⁵

De Hoge Raad zoekt steun in de tekst van de bepaling en in de wetshistorie en volgt in het arrest de eerstvermelde, ‘precieze’ (limitatieve, letterlijke) benadering. Hij voegt daaraan echter een belangrijke rechtsoverweging toe:

‘Een redelijke en op de praktijk afgestemde 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 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. Daarbij valt bijvoorbeeld te denken aan het geval dat regelmatig gelijksoortige overeenkomsten tussen partijen worden gesloten, terwijl de algemene voorwaarden bij het sluiten van de eerste overeenkomst aan de wederpartij ter hand zijn gesteld en aan het geval van een van algemene voorwaarden deel uitmakende eenvoudige exoneratie-clausule, die in een winkel of bedrijfsruimte op duidelijke wijze aan klanten wordt gepresenteerd. Ook kunnen zich omstandigheden voordoen waarin een beroep op art. 6:233 onder b en art. 234 lid 1 naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.’

6. De Hoge Raad legt art. 6:234 lid 1 BW uit.

De recente wetshistorie en de tekst zijn volgens de Hoge Raad duidelijk, maar toch voegt hij daaraan een uitleg-dimensie toe door te overwegen dat ‘een redelijke en op de praktijk afgestemde uitleg van art. 6:234 lid 1’ evenwel kan meebrengen 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

²² HR 1 oktober 1999, JOR 2000/21, nt. Wessels; NJ 2000, 207, nt. JH.

²³ Zo bijvoorbeeld Asser-Hartkamp 4-II (1997), nr. 353a.

²⁴ Wessels/Jongeneel, Algemene voorwaarden, 1997, nr. 192 e.v.; Mon. Nieuw BW B55 (Hijma), p. 56 e.v.

²⁵ De precieze leer wordt gevolgd door o.m. Ktg. Maastricht 27 augustus 1997, TvC 1998, p. 41 e.v., nt. Rijken; Arbitraal vonnis Stichting Raad van Arbitrage voor Metaalnijverheid en -handel dd. 30 december 1998, TvA 1999, 32, en Arbitraal vonnis Raad van Arbitrage voor de Bouwbedrijven in Nederland dd. 1 april 1999, TvA 1999, 29. De rekkelijke leer wordt gehuldigd door Hof Amsterdam 7 mei 1998, AA 1998, p. 788 e.v., nt. Hijma; TvC 1999, p. 338 e.v., nt. Rijken.

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. De Hoge Raad volgt hier onvoorwaardelijk Hartkamp, die de opsomming van art. 6:234 limitatief noemt, maar een redelijke en op de praktijk afgestemde uitleg niet uitsluit²⁶ en een afwijking van de naar de letter beschouwde wettelijke regeling hier verantwoord acht omdat aan haar strekking recht wordt gedaan.²⁷

Aan de in de wetsbepaling uitgeschreven gevallen waarbij vernietiging niet mogelijk is (voldaan is aan de hoofdregel van ter hand stellen, dan wel – indien dat niet mogelijk is – deponeren en toezenden) wordt een derde toegevoegd: het beding is bekend of wordt dit geacht te zijn. De laatste mogelijkheid wordt als volgt geformuleerd dat er geen beroep op vernietigbaarheid van een beding in algemene voorwaarden kan worden gedaan ‘..... wanneer de gebruiker ten tijde van het sluiten van de overeenkomst met dat beding bekend was of geacht kon worden daarmee bekend te zijn.’

De in de wet uitgeschreven gevallen (kortweg: terhandstellen of depot) verschillen vrij aanzienlijk van het door de Hoge Raad uitgelegde geval, dat ik hierna weergeef met de bekendheidsregel. Ik signaleer – kort – drie verschillen:

1. de wettelijke gevallen bekommeren zich niet om enige kennis bij de wederpartij. Vervulling van formele vereisten is voldoende (terhandstellen of depot). De bekendheidsregel daarentegen steunt op (geconstrueerde) kennis;
2. de bekendheidsregel acht kennis van één beding voldoende. Ter hand stellen en depot veronderstellen deze gedragingen ten opzichte van (de gehele set) algemene voorwaarden;
3. de Hoge Raad koppelt de mogelijkheid van vernietiging aan ‘dat beding’, hetgeen het beding is waarover partijen strijden. Zo specifiek zijn beide andere gevallen niet.

Met de regel dat er geen beroep op vernietigbaarheid van een beding in algemene voorwaarden kan worden gedaan ‘..... wanneer de gebruiker ten tijde van het sluiten van de overeenkomst met dat beding bekend was of geacht kon worden daarmee bekend te zijn’ laat de Hoge Raad daarnaast nogal wat vragen open. Gaat het om (geconstrueerde) kennis van het (sociologische of feitelijke) bestaan van dat beding? Om kennis van de inhoud van dat beding? Wie vormt de maatstaf: de wederpartij die in de desbetreffende branche werkzaam is of ook u die door lezing van dit arrest nu weet dat de Metaalunievoorwaarden deze clausule bevatten, waardoor gevolgschade door een snijbrander bij werkzaamheden in uw bibliotheek aan huis ontstaat, door de toepasselijkheid van de voorwaarden wordt beheerst?

De Hoge Raad geeft aan dat bij de geciteerde uitlegregel bijvoorbeeld valt te denken:

(a) aan het geval dat regelmatig gelijksoortige overeenkomsten tussen partijen worden gesloten, terwijl de algemene voorwaarden bij het sluiten van de eerste overeenkomst aan de wederpartij ter hand zijn gesteld, en

(b) aan het geval van een van algemene voorwaarden deel uitmakende eenvoudige exoneratie-clausule, die in een winkel of bedrijfsruimte op duidelijke wijze aan klanten wordt gepresenteerd.

Uiteraard rijzen direct vragen.²⁸ Wat is – in voorbeeld (a) – ‘regelmatig’, wat is ‘gelijksoortig’, kan alleen ter hand stelling bij ‘de eerste overeenkomst’ of kan terhandstelling ook bij een latere transactie geschieden. Met Hijma en Hartlief zou ik dit laatste willen aannemen.²⁹

7. Strikte uitleg bekendheidsregel: HR 6 april 2001, NJ 2002, 385 (VNP/Havrij)

²⁶ Asser-Hartkamp, t.a.p.

²⁷ Conclusie A-G Hartkamp, opgenomen vóór het arrest, onder 8: ‘..... in de genoemde gevallen is de wederpartij ten tijde van het sluiten van de overeenkomst bekend met de voorwaarden of kan zij geacht worden daarmee bekend te zijn’.

²⁸ Zie uitvoeriger mijn noot onder HR 1 oktober 1999, JOR 2000/21.

²⁹ Hijma, annotatie onder HR 1 oktober 1999, NJ 2000, 207, Hartlief, annotatie onder HR 6 april 2001, AA 2002, p. 268 e.v.

Anderhalf jaar later laat de Hoge Raad zich uit over de reikwijdte van zijn uitlegregel. Havrij, leverancier van slagboomunits, vermeldt in een offerte dat op haar leveringen de FME-voorwaarden van toepassing zijn, waarvan zij op verzoek graag een exemplaar toezendt. De voorwaarden kennen een garantietermijn van zes maanden na levering en stellen het vereiste dat reclames uiterlijk binnen veertien dagen na het verstrijken van deze termijn schriftelijk moeten plaatsvinden. VNP Parkeersystemen koopt vier slagbomen. Ruim negen maanden na levering stelt hij de leverancier schriftelijk van de gebreken in kennis en vordert schadevergoeding. Leverancier beroept zich natuurlijk op zijn voorwaarden, maar de koper beroept zich op de nietigheid van de voorwaarden omdat Havrij aan VNP niet een redelijke mogelijkheid heeft geboden om van de algemene voorwaarden kennis te nemen. Zowel bij de rechtbank als bij het Hof krijgt Havrij gelijk, maar de Hoge Raad³⁰ casseert:

‘Met de regeling neergelegd in art. 6:233, aanhef en onder b, en het daarop aansluitende art. 6:234 lid 1 is een stelsel tot stand gebracht dat aan de gebruiker slechts beperkte mogelijkheden geeft om een door de wederpartij gedaan beroep op vernietiging op grond van het bepaalde in art. 6:233, aanhef en onder b, af te weren. (vgl. HR 1 oktober 1999, nr. C98/070, NJ 2000, 207). Tot uitgangspunt nemend dat leverancier de voorwaarden niet aan VNP ter hand had gesteld (vgl. art. 6:234 lid 1 onder a), kon het Hof er niet mee volstaan tot beoordelingsmaatstaf te nemen of een redelijke mogelijkheid tot kennisname van de voorwaarden is geboden. Het had tevens moeten vaststellen of de aangevoerde omstandigheden al dan niet tot de gevolgtrekking leidden dat ter hand stellen van de voorwaarden in het onderhavige geval redelijkerwijs niet mogelijk was (art. 6:234 lid 1 onder b).’

De bekendheidsregel moet, kortom, strikt worden uitgelegd.³¹ In de literatuur is terecht benadrukt dat de door de Hoge Raad in Geurtzen/Kampstaal gegeven voorbeelden veronderstellen de terhandstelling door althans bekendheid verkregen via de gebruiker. Ik gaf al aan dat ook de parlementaire geschiedenis daarop zinspeelt.

Hoe nu te oordelen over het geval dat de wederpartij uit anderen hoofde dan door een activiteit van de gebruiker geïnformeerd is over de desbetreffende voorwaarden. Te denken valt aan het geval:

- (a) dat de gebruiker weet dan wel ervan redelijkerwijs ervan mocht uitgaan dat de wederpartij de algemene voorwaarden al langs andere weg in handen heeft gekregen, of
- (b) de gebruiker nalaat deze ter hand te stellen en het de gebruiker pas later blijkt dat de wederpartij bekend was met de algemene voorwaarden.

Snijders (aangehaalde annotatie) ziet geen enkele aanleiding de wederpartij de gelegenheid tot vernietiging van de voorwaarden te geven in de gevallen dat de gebruiker deze niet tijdig heeft ter hand gesteld, de voorwaarden aan de wederpartij wel tijdig bekend waren, maar dit de gebruiker eerst later bleek. In beide gevallen (a) en (b) mist in Snijder's opvatting de wederpartij het recht de voorwaarden te vernietigen. Hartlief wil dit alleen in geval (a) aannemen: een redelijke uitleg staat aan vernietiging in de weg omdat de gebruiker mocht denken dat terhandstelling achterwege kon blijven. Hijma benadrukt terecht dat het systeem van art. 6:234 ervan uitgaat dat de gebruiker het initiatief neemt: terhandstelling, depot of zelf een redelijke mogelijkheid tot kennisneming bieden. Hij zou dan ook in het laatste geval een beroep op art. 6:233 onder b BW open willen houden, hieraan toevoegend dat wellicht redelijkheid en billijkheid een beroep erop onaanvaardbaar maken.³² In het licht van de recente jurisprudentie komt mij de laatste opvatting als het meest systematisch voor.

³⁰ HR 6 april 2001, NJ 2002, 385, nt. HJS; AA 2002, p. 268 e.v., nt. Hartlief.

³¹ De vraag hoe de bekendheidsregel moet worden verstaan is onderwerp van uiteenlopende beschouwingen, zie onder meer Hijma, annotatie onder HR 1 oktober 1999, NJ 2000, 207, Snijders, noot onder HR 6 april 2001, NJ 2002, 385, Hartlief, noot onder hetzelfde arrest in AA 2002, p. 268 e.v., en Van Wechem en Rinkes, NTBR 2001, p. 423, die wijzen op de spanning tussen enerzijds het aanvaarden van de gelding van (naar inhoud onbekende) algemene voorwaarden (art. 6:232 BW) en anderzijds de bekendheid met een bepaald beding.

³² In Geurtzen/Kampstaal overweegt de Hoge Raad: ‘Ook kunnen zich omstandigheden voordoen waarin een beroep op art. 6:233 onder b en art. 234 lid 1 naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.’

De strikte uitleg wordt in de lagere rechtspraak gevolgd.³³ In een recent arrest voegt Hof 's-Hertogenbosch hieraan toe dat ter uitlegging van de bekendheidsregel wellicht heeft te gelden dat de gebruiker deze niet meer aan de wederpartij ter hand hoeft te stellen:

'Daarbij dient echter niet uit het oog te worden verloren dat deze bekendheid een gevolg dient te zijn van *een activiteit van de gebruiker* [onderstreping hof] van de algemene voorwaarden, bijvoorbeeld omdat partijen eerder regelmatig soortgelijke overeenkomsten hebben gesloten, waarbij de algemene voorwaarden reeds ter hand zijn gesteld. Indien een gebruiker nalaat de algemene voorwaarden aan de wederpartij ter hand te stellen, doch deze laatste door omstandigheden buiten de gebruiker gelegen, met de litigieuze voorwaarden bekend was - bijvoorbeeld door toedoen van een derde of door toevallige factoren - kan niet worden gezegd dat de gebruiker, zoals art. 6:233 onder b BW wil, de wederpartij een redelijke mogelijkheid tot kennisneming heeft geboden.'³⁴

Het Hof volgt, vrijwel letterlijk, de opvatting van Hijma. Ik zou daarbij willen aannemen dat het bewijs aangaande bekendheid bij de wederpartij op de gebruiker rust.³⁵

Saillant in deze zaak is nog dat VNP een zelfde tactiek als Havrij gebruikt, door aan de voet van door haar gebruikt briefpapier te vermelden dat (gedeponeerde) voorwaarden van toepassing zijn, die op aanvraag gratis worden toegestuurd. Toch leidt dit niet tot afwijzing van de verzochte vernietiging:

'Door het Hof is niet vastgesteld dat VNP meermalen overeenkomsten sluit waarop (nagenoeg) dezelfde algemene voorwaarden van toepassing zijn als de door leverancier gebruikte voorwaarden, terwijl ook de door VNP gebruikte tekst niet tot die gevolgtrekking noopt. In cassatie dient dan ook ervan te worden uitgegaan dat zich de situatie voorzien in art. 6:235 lid 3 niet voordoet. Voor een ruime uitleg van genoemde bepaling is geen plaats, omdat 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.'

8. Arbitraal beding en geschrift

Tegen deze achtergrond treden we nu binnen in het land van arbitrage. Voorop staat dat naar huidig recht zware eisen dienen te worden gesteld ten aanzien van het bewijs van de arbitrageovereenkomst, zulks in het licht van het gegeven dat met arbitrage afstand wordt gedaan van het grondwettelijke en door art. 6 EVRM gewaarborgde recht op berechting door een bij de wet aangestelde overheidsrechter.³⁶ Het in de inleiding reeds vermelde geschriftvereiste voor het bewijs van het bestaan van het arbitraal beding mag niet licht worden genomen. Art. 1021 Rv bepaalt dat de overeenkomst tot arbitrage wordt bewezen door een geschrift. Daarvoor is voldoende een geschrift dat in arbitrage voorziet of een geschrift dat verwijst naar algemene voorwaarden welke in arbitrage voorzien en dat door of namens de wederpartij uitdrukkelijk of stilzwijgend is aanvaard. In de bepaling schuilen verschillende elementen:

1. Er dient een geschrift te zijn;
2. Het geschrift zelf moet in arbitrage voorzien, dan wel
3. Het verwijst naar algemene voorwaarden welke in arbitrage voorzien;
4. Het geschrift (ad 2 of ad 3) is uitdrukkelijk aanvaard;
5. Het geschrift (ad 2 of ad 3) is stilzwijgend aanvaard.

Ik maak hierbij enkele opmerkingen.

Voldoende voor de eis van geschrift als bedoeld in art. 1021 Rv (ad 1) is een van één van de partijen uitgaand geschrift, zoals een brief met een offerte³⁷ of een orderbevestiging, dat in arbitrage voorziet (en door de wederpartij uitdrukkelijk of stilzwijgend is aanvaard). In de

³³ Hof 's-Gravenhage 28 januari 2003, S&S 2003, 112; Rb. Haarlem 11 september 2003 (LJN: AL8380; Zaaknr.: 2529-03).

³⁴ Hof 's-Hertogenbosch 22 juli 2003, LJN-nummer: AL1831; Zaaknr: C0200943/MA.

³⁵ In deze zin Hof 's-Gravenhage 28 januari 2003, S&S 2003, 112.

³⁶ Aldus Asser, noot onder Hof Amsterdam 15 juli 1999, TvA 2001, p. 177 e.v.

³⁷ Rb. Rotterdam 8 januari 2003, NIPR 2003, 129.

literatuur wordt naar mijn mening terecht verdedigd dat hieronder ook de fax is begrepen alsmede de uitdraai van een e-mail.³⁸ Een factuur kan niet als een dergelijk geschrift dienen, omdat deze in principe het administratieve sluitstuk van een eerder gesloten overeenkomst vormt.³⁹ De enkele verwijzing op facturen naar Fenex-voorwaarden (inclusief arbitragebeding) is onvoldoende om toepasselijkheid van het arbitrale beding aan te nemen indien de gebruiker aan de wederpartij niet de redelijke mogelijkheid heeft geboden van (het arbitrale beding in) de Fenex-voorwaarden kennis te nemen. Aan het terhandstellingsvereiste is niet voldaan.⁴⁰

In veel gevallen is de tweede situatie aan de orde: een geschrift dat verwijst naar algemene voorwaarden welke in arbitrage voorzien en dat door of namens de wederpartij uitdrukkelijk of stilzwijgend is aanvaard. Het vereiste van 'geschrift' wordt ook in dit geval ruim opgevat, maar kent haar beperkingen: indien in voorwaarden van onderaanneming wordt bepaald dat alle geschillen tussen aannemer en onderaannemer worden beslecht op de wijze als voorzien in de overeenkomst tussen de aannemer en de opdrachtgever en deze laatste regeling is bij de onderaannemer niet bekend, dan kan niet worden aangenomen dat deze uitdrukkelijk of stilzwijgend is aanvaard.⁴¹ Met gelijk resultaat, maar zuiverder is het om aan te nemen dat in een dergelijk geval niet van een 'geschrift' (dat aanvaard kan worden) kan worden gesproken.⁴²

Aan het vereiste van verwijzing naar algemene voorwaarden welke in arbitrage voorzien (ad 3) is niet voldaan bij de verwijzing naar een enkel beding (Bijvoorbeeld: 'Honorarium volgens de tabellen van de AR 1981'). De verwijzing dient ondubbelzinnig op de voorwaarden in haar geheel betrekking te hebben, indien zij geacht wil worden mede betrekking te hebben op het arbitraal beding in de voorwaarden.⁴³

Bij de verwijzing op een koopbriefje naar (bijvoorbeeld) een 'Handelsreglement' dat in arbitrage voorziet kunnen tal van vragen rijzen: (a) is het koopbriefje het geschrift zelf dat in arbitrage voorziet, (b) verwijst het briefje naar algemene voorwaarden die in arbitrage voorzien, of (c) moet het Handelsreglement worden beschouwd als 'de partijen bindende statuten of reglementen' als bedoeld in art. 1020 lid 5 Rv, waarin een arbitraal beding voorkomt en welke onder de overeenkomst van arbitrage worden mede begrepen, waardoor een afzonderlijk door de wederpartij aanvaard geschrift niet nodig is.⁴⁴

Verwezen moet worden naar 'arbitrage', waaronder volgens rechbank Rotterdam ook valt de verbintenis tussen partijen om een tussen hen betaand geschil in eerste instantie niet een de gewone rechter voor te leggen, maar dit te onderwerpen aan het Minitragereglement van de Stichting Geschillenoplossing Automatisering in Den Haag.⁴⁵

Naar mijn mening zal het aannemen van stilzwijgende aanvaarding (ad 5) moeten passen binnen de regels die art. 3:37 BW kent omtrent vorm en werking van verklaringen.⁴⁶ Met dit laatste

³⁸ Vergelijk Snijders, *Nederlands Arbitragerecht*, 2003, p. 89.

³⁹ Rb. Haarlem 2 juli 2002, S&S 2003, 67; Rb. Rotterdam 29 augustus 2002, S&S 2003, 81. Anders: Hof 's-Gravenhage 28 januari 2003, S&S 2003, 112.

⁴⁰ Rb. Haarlem 2 juli 2002, S&S 2003, 67.

⁴¹ Rb. Alkmaar 5 februari 2003, NJkort 2003, 44.

⁴² Zie Hof Amsterdam 7 december 2000, TvA 2001, p. 181 e.v., voor een geval waarin partijen hun overeenkomst mondeling zijn overeengekomen. Doordat geen schriftelijke bevestiging daarvan is verzonden staat vast dat er geen 'geschrift' is.

⁴³ In deze zin HR 7 mei 1993, NJ 1993, 655, nt. HER; Hof Amsterdam 15 juli 1999, TvA 2001, p. 177 e.v., met instemmende noot van Asser.

⁴⁴ In deze zin Snijders, annotatie onder HR 27 maart 1992, NJ 1993, 97, en Asser, TvA 2001, p. 180. Anders: Sanders, TvA 1992, 4. Over de kwalificatie van NMI-mediation-reglement 2001 en het NAI-minitrage-reglement en de daarin voorkomende geheimhoudingsbedingen: Van der Wiel, TvA 2002, p. 129 e.v. Nader over de kwalificatie van 'reglementen' van een stichting of vereniging als 'algemene voorwaarden': Wessels, WPNR 5981 (1990); (n.a.v. de voorwaarden van een Stichting Administratiekantoor) Van den Ingh, *Certificering en certificaat van aandeel bij de besloten vennootschap*, diss. Nijmegen (1991), p. 154 e.v.; Buijs, *Sponsoring, Vereniging en Algemene voorwaarden*, in: Wessels (red.), *Praktijkhandleiding algemene voorwaarden* (2002), p. 107 e.v.

⁴⁵ Rb. Rotterdam 8 januari 2003, NIPR 2003, 129.

⁴⁶ Te lichtvaardig komt mij het oordeel van Hof Amsterdam 15 juli 1999, TvA 2001, p. 179 e.v. voor, in een geval waarin vaststond dat het geschrift de wederpartij niet had bereikt.

element zet ik heel even de deur open naar de wereld van de internationale arbitrale. De zo-even vermelde uitspraak van de Hoge Raad inzake het Duitse bedrijf Petermann en Frans Maas heeft ogenschijnlijk slechts betrekking op de al dan niet toepasselijkheid (in casu door stilzwijgende aanvaarding aan te nemen) van algemene voorwaarden in een internationale context. Zie ik het juist dan is het geschriftvereiste ex art. 1021 Rv niet aan de orde is geweest⁴⁷, want de Hoge Raad vindt het oordeel van het Hof dat Petermann, door geen nadere toelichting op de voorgedrukte Nederlandstalige tekst aan de voet van het briefpapier van Frans Maas te vragen en haar zonder meer de opdracht te verstrekken, bij Frans Maas het gerechtvaardigd vertrouwen heeft gewekt dat zij instemde met toepasselijkheid van de Fenex-voorwaarden niet blijkt geeft van een onjuiste rechtsopvatting. Bij grensoverschrijdend handelsverkeer zal echter eerst de vraag behandeld moeten worden naar welk recht moet worden beoordeeld óf de hoofdovereenkomst tot stand is gekomen en, vervolgens, of naar dat recht beoordeelt binnen die overeenkomst algemene voorwaarden zijn opgenomen en bijvoorbeeld de vraag naar welk recht moet worden vastgesteld of de arbitrageovereenkomst rechtsgeldig is tot stand gekomen. Verdere uitwerking moet ik hier laten rusten.⁴⁸

9. Bekendheidsregel en arbitraal beding.

Het zal duidelijk zijn dat het arbitrale vonnis, dat de algemene voorwaarden van toepassing zijn omdat zij aan de wederpartij zijn toegezonden en de laatste wist althans kon weten dat de gebruiker alleen onder die voorwaarden wilde handelen, niet juist is.⁴⁹ Geoorloofde effectieve toepassing van een arbitraal beding in algemene voorwaarden verlangt een cumulatieve⁵⁰ toepassing van art. 6:233 onder b jo. art. 6:234 BW en van art. 1021 Rv.

De aanvaarding van een arbitraal beding kan niet worden onderbouwd met een (enkel) beroep op het bestaan van een gewoonte of het gepretendeerde bestaan van een bestendig gebruik om een dergelijk beding in een handelsbetrekking binnen een bestaande tak van handel of sector van bedrijfsleven op te nemen.⁵¹ Er is in deze benadering immers geen geschrift respectievelijk de voorwaarden zijn niet door een activiteit van de gebruiker ter kennis van de wederpartij gekomen. Ook de enkele verwijzing naar een redelijke mogelijkheid tot kennisneming komt mij onvoldoende voor. Indien bij een offerte wordt verwezen naar een regeling zoals de SR 1997, welke regeling een arbitraal beding bevatten, komt de wederpartij van de verwijzende architect een beroep op vernietigbaarheid toe.⁵²

Maar moeten nu professionele partijen niet beter weten? Zij zijn toch geen vreemden in Jeruzalem? In de grafische sector bijvoorbeeld, maar ook in andere sectoren, weten professionele partijen toch meestal dat er gearbitreerd wordt? Twee uitspraken wijzen hier de weg:

⁴⁷ Aan de orde gesteld door Wallart en Van Wechem, NTBR 2001, p. 313 e.v.

⁴⁸ Vragen die in internationale van belang kunnen zijn: (1) aan de hand van welk(e) recht(s)regels) dient te worden vastgesteld of er een geldige arbitrageovereenkomst is tot stand gekomen? (2) aan de hand van welk procesrecht zal de arbitrage gevoerd worden? (3) aan de hand van welk materieel recht zal de procedure worden gevoerd? Zie: Wessels/Van Wechem, Aandachtspunten bij internationaal contracteren, Serie Contracteren in de internationale praktijk, 2002, p. 63 e.v. In de zaak Petermann/Maas is, door de verwerping van het cassatieberoep, het arbitrale vonnis van 1 oktober 1993 onaantastbaar geworden. Omdat naar Duits recht geen geldige arbitrageovereenkomst tot stand was gekomen, is door de Duitse rechter een exequatur geweigerd. Zie voor de verdere verwickelingen Hof 's-Gravenhage 26 maart 2002, S&S 2002, 133.

⁴⁹ In deze zin twee uitspraken van de RvA Metaalnijverheid en –Handel uit 1997, aangehaald door Snijders, Nederlands Arbitragerecht (2003), p. 95.

⁵⁰ Hof Amsterdam 23 augustus 2001, S&S 2002, 30.

⁵¹ 'Gewoonte' is onvoldoende (Rb. Haarlem 2 juli 2002, S&S 2003, 67) respectievelijk zou meebrengen dat deze rechtsbron dwingend recht opzij zet (Hof Amsterdam 23 augustus 2001, S&S 2002, 30). 'Bestendig gebruikelijk beding' is onvoldoende: zie Van Mierlo, WPNR (1996) 6224; Knijp, NBBW 1996, p. 33 e.v.; Knijp, TvA 1996, p. 81 e.v. Zo ook Rb. Arnhem 20 augustus 2003 (LJN: AI1623; Zaaknr: 99675/HA ZA 03-768). Anders: Haak, RM Themis 1994, p. 73 e.v.

⁵² Anders Rb. Arnhem 31 augustus 2000, NJkort 2000, 87.

1. het gegeven dat de wederpartij een in de bouw geveerd professioneel installatiebedrijf is, is gezien het arrest Geurtzen/Kampstaal nog onvoldoende om aan te nemen dat de wederpartij ook bekend was of geacht kon worden bekend te zijn met de Uniforme Administratieve Voorwaarden 1989 (UAV) en het daarin opgenomen arbitragebeding;⁵³
 2. het feit dat de wederpartij als professioneel handelende partij in de import en export geacht kan worden bekend te zijn met de Fenex-voorwaarden, betekent nog niet dat de wederpartij ten tijde van het sluiten van de overeenkomst tevens bekend diende te zijn met het arbitrale beding.⁵⁴
- In beide gevallen kan ook niet op een activiteit van de gebruiker gewezen worden.

In een recent vonnis van Rb. Arnhem⁵⁵ verklaart de rechtbank zich onbevoegd kennis te nemen van een geschil tussen een stalhouder en een dierenarts. Wat is het geval? Met het oog op de mogelijke aankoop laat de stalhouder een paard keuren door de dierenarts. Dergelijke opdrachten had hij al eerder aan deze dierenarts gegeven. Het paard wordt gekocht, enkele maanden later raakt het kreupel en de stalhouder verwijt de dierenarts dat zijn keuringsrapport ondeugdelijk is. Het keuringsrapport bevat een arbitraal beding, maar omdat het rapport pas achteraf ter beschikking is gesteld rijst de vraag of het beding van toepassing is.

De Rechtbank verklaart zich onbevoegd om van het geding kennis te nemen.

Het geschiedt niet vaak, maar wel in deze zaak, dat de stalhouder op materiële gronden klaagt over het arbitraal beding. Hij stelt dat het beding, gelet op de inhoud van de bepalingen van het reglement van de Stichting voor Veearbitrage, onredelijk bezwarend en dus vernietigbaar is ex art. 6:233 onder a BW, omdat dierenartsen veelal niet bereid zijn een keuring te verrichten zonder de algemene voorwaarden, inclusief arbitraal beding, van toepassing te verklaren. Dierdoor wordt een gang naar de burgerlijke rechter voor de koper nagenoeg uitgesloten. Daarnaast wordt door de stalhouder (hierna: X en Y) de stelling geponoerd dat de geschillenbeslechting op grond van het reglement van de Stichting voor Veearbitrage niet kan worden aangemerkt als een met voldoende waarborgen omklede rechtsgang, die voldoet aan de eisen van art. 6 EVRM.

De Rechtbank staat pal vóór arbitrage:

‘4.10. Het volgende wordt overwogen. Dat een beding in een bepaalde branche veel gebruikt wordt, maakt niet op voorhand dat het beding of het gebruik ervan onredelijk bezwarend is. Dit geldt temeer nu X en Y, als professionele wederpartij, in onderhandeling hadden kunnen treden met S over de wenselijkheid van geschillenbeslechting door middel van arbitrage. De arbitrale procedure is bovendien een met wettelijke regels omklede procedure. De artikelen 1020 tot en met 1076 Rv. voorzien in de procedure tot arbitrage in Nederland. In deze artikelen zijn waarborgen neergelegd met betrekking tot fundamentele (rechts)beginselen, betreffende onder meer de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de arbiters en het beginsel van hoor en wederhoor. Art. 1064 Rv. biedt uiteindelijk de mogelijkheid om van een arbitraal vonnis eventueel vernietiging te vorderen bij de burgerlijke rechter.’

Het is, terzijde, niet duidelijk waarom de rechtbank ‘(rechts)’ tussen haakjes plaatst. Hoe dit zij, in de literatuur wordt ervan uitgegaan – zij het met uiteenlopende terminologie – dat op arbitrage in beginsel in grote lijnen de fundamentele beginselen van procesrecht zoals deze voor overheidsrechtspraak gelden ook op arbitrage van toepassing zijn, evenwel met uitzondering van het beginsel van openbaarheid van behandeling en motivering van de beslissing.⁵⁶

In recente literatuur wordt deze beslotenheid van arbitrage aan de kaak gesteld.⁵⁷ Sieburgh bepleit verplichte openbaarmaking van (geanonimiseerde) arbitrale vonnissen. Zij brengt als

⁵³ Zie Hof Arnhem 27 november 2001, NJ 2002, 265.

⁵⁴ Rb. Haarlem 2 juli 2002, S&S 2003, 67. In gelijke zin Hof 's-Gravenhage 28 januari 2003, S&S 2003, 112. Bekendheid ‘sec’ lijkt me overigens onvoldoende: de stilziggende verklaring (die geduid kan worden als aanvaarding van het geschrift) dient in één of meer gedragingen van de wederpartij besloten te liggen.

⁵⁵ Rb. Arnhem 20 augustus 2003, LJN: AI 1623; Zaaknr. 99675 /HA ZA 03-768

⁵⁶ Snijders, a.w., p. 33 e.v.

⁵⁷ Zie van Bladel en Bruinsma, NJB 2002, p. 1882 e.v.

principiële stelling naar voren dat met geheimhouding van een arbitraal vonnis ‘het grote belang van onderlinge samenhang tussen de elementen waaruit de maatschappij is opgebouwd’ niet wordt gediend. Haar ‘samenhang’-argument moet kennelijk worden verstaan als een ‘samenhangende samenleving’ waarin ook (potentieel) arbitrerende partijen goed gedijen. De gedragsnorm waaraan arbiters toetsen wordt door handhaving van beslotenheid niet bekend, andere partijen kunnen zich niet naar die norm richten en weten niet of in vergelijkbare gevallen hun handelen aan dezelfde normen zullen worden getoetst, terwijl aan rechtsvorming en rechtseenheid niet wordt bijgedragen.⁵⁸ Naar mijn mening stapt Sieburgh te gemakkelijk over het beginsel van partij-autonomie, die ook rechtens erkend is.⁵⁹ De opvatting ziet voorts voorbij aan de praktijk, die veelal ook voor overheidsrechtspraak geldt, dat in individuele gevallen gewone individuele uitspraken worden gedaan teneinde het voorliggende geval op te lossen, zodat daaraan weinig voor derden relevante normstelling in te bespeuren is.⁶⁰

Met betrekking tot het (kunnen) kennen van het arbitraal beding redeneert de Arnhemse rechtbank als volgt: de stalhouder kende het arbitraal beding dan wel moet geacht worden ermee bekend te zijn omdat het ook voorkwam in drie andere keuringsrapporten die de stalhouder binnen het tijdsbestek van één jaar in zijn opdracht van de dierenarts ontving. In al deze rapporten, uitvloeisel van evenzoveel overeenkomsten tussen stalhouder en dierenarts, staat het arbitraal beding letterlijk op de voorzijde van het rapport afgedrukt. In dit licht oordeelt de rechtbank dat het arbitraal beding ook deel uitmaakt van de laatste overeenkomst tussen partijen, welk beding de stalhouder stilzwijgend heeft aanvaard in de zin van art. 1021 Rv., bij welk oordeel de rechtbank betreft dat de stalhouder een professionele wederpartij is.

Art. 1021 Rv wordt hier, als ik het goed zie, in zoverre opgerekt dat stilzwijgende aanvaarding niet wordt gekoppeld aan een geschrift dat naar algemene voorwaarden verwijst, maar aan een ander, éérder geschrift. Mij komt deze uitleg als te ruim voor.

De rechtbank verwerpt overigens het beroep op vernietigbaarheid van de algemene voorwaarden op grondslag van art. 6:233 onder b en art. 6:234 BW. Hij past de bekendheidsregel toe: ook kan op vernietigbaarheid van een beding in algemene voorwaarden geen beroep worden gedaan, wanneer de stalhouder ten tijde van het sluiten van de overeenkomst met dat beding bekend was of geacht kon worden daarmee bekend te zijn, hetgeen in casu het resultaat is van het feit dat regelmatig gelijksoortige overeenkomsten tussen partijen worden gesloten, terwijl de algemene voorwaarden bij het sluiten van de eerste overeenkomst aan de wederpartij ter hand zijn gesteld (het eerste in het arrest Geurtzen/Kampstaal gegeven voorbeeld).

Slot

Het thema ‘algemene voorwaarden’ en ‘arbitrage’ levert in de praktijk veel (arbitrage-)rechtspraak op. De slotconclusie na deze omzwerfing kan kort zijn: een arbitraal beding in algemene voorwaarden kan alleen tot effectieve toepassing komen indien zowel aan de toepassingscriteria van art. 6:233 onder b jo. art. 6:234 BW als aan het criterium van art. 1021 Rv is voldaan. Art. 1021 mag, gezien het recht van een rechtssubject op berechting van zijn geschil door een onafhankelijke rechter, niet te ruim worden genomen.

⁵⁸ Sieburgh, Arbitrage: de desintegrerende werking van geheime private rechtvaardigheid, in: Hesslink, Du Perron, Salomons (red.), *Privaatrecht tussen autonomie en solidariteit* (2003), p. 261 e.v.

⁵⁹ Zie Europese Commissie voor de Rechten van de Mens 27 november 1996, NJ 1997, 505, nt. PJB; TvA 1997, p. 26 e.v., met annotaties van Lawson en Snijders. Zie voort Snijders, a.w., p. 33 e.v.

⁶⁰ Met Snijders, a.w., p. 247 e.v., en bijvoorbeeld Meijer, TvA 2003, p. 84, meen ik dat publikatie van de meest sprekende geanonimiseerde uitspraken aanbeveling verdient.