

HOOFDARTIKEL VERBINTENIS EN PROCEDURE

Artikel 6:235 lid 1 BW: vernietiging van algemene voorwaarden door 'grote ondernemers'

2017-0070

Het gebruik van algemene voorwaarden is in de dagelijkse handelspraktijk niet meer weg te denken. Toch gaat het vaak mis, in die zin dat algemene voorwaarden niet of niet tijdig ter hand zijn gesteld of onredelijk bezwarende bedingen bevatten. Een wederpartij kan in die gevallen één of meerdere bedingen vernietigen. Echter geldt dat niet voor iedere wederpartij. In artikel 6:235 lid 1 BW staat een aantal uitzonderingen op voornoemde mogelijkheid tot vernietiging. Een deel van de uitzonderingen ziet op zogenoemde 'grote ondernemers' of 'grote wederpartijen'. Met dit artikel breng ik aan de hand van het wettelijk kader, de parlementaire geschiedenis en rechtspraak de (on)mogelijkheden in kaart die een grote ondernemer heeft bij het vernietigen van algemene voorwaarden.

Inleiding

Het Burgerlijk Wetboek kent een aparte afdeling die volledig gewijd is aan algemene voorwaarden, afdeling 3, titel 5 van Boek 6 BW. Om algemene voorwaarden onderdeel te laten zijn van een overeenkomst, gelden – kort gezegd – twee vereisen: (I) de voorwaarden moeten op de overeenkomst van toepassing zijn verklaard en (II) de wederpartij moet een redelijke mogelijkheid hebben gehad om kennis te nemen van de voorwaarden. Of de wederpartij de gelding van bepaalde voorwaarden heeft aanvaard, moet worden beoordeeld aan de hand van de bepalingen over aanbod en aanvaarding (artikel 6:217 BW e.v.) en de totstandkoming van rechtshandelingen in het algemeen (artikel 3:33 BW e.v.). In aanvulling op deze algemene regeling is in artikel 6:232 BW bepaald dat een wederpartij ook dan aan de voorwaarden is gebonden indien zij de voorwaarden niet kende.¹ Voor de volledigheid: dit staat uiteraard los van het feit dat de wederpartij de voorwaarden wel moet hebben aanvaard. Dit artikel is vooral voor de praktijk van belang: bij de meeste overeenkomsten zal de wederpartij niet [precies] op de hoogte zijn van hetgeen in de algemene voorwaarden van de gebruiker staat vermeld.

Wanneer de algemene voorwaarden zijn aanvaard, dient de wederpartij ook een redelijke mogelijkheid te hebben gehad om kennis te nemen van deze voorwaarden. Is die mogelijkheid niet geboden, dan kan de wederpartij op grond van artikel 6:233 onder b BW één of meerdere bedingen uit deze voorwaarden vernietigen. Overigens kunnen ook de algemene voorwaarden als geheel worden

vernietigd.² Dan is natuurlijk de vraag wanneer er een 'redelijke mogelijkheid' is geboden. Daarover geeft artikel 6:234 BW enige regels. Er is in ieder geval sprake van een 'redelijke mogelijkheid' wanneer de voorwaarden voor of bij het sluiten van de overeenkomst aan de wederpartij *ter hand zijn gesteld* (artikel 6:234 onder a BW). Dat is dus het uitgangspunt. Indien van een gebruiker niet verlangd kan worden dat hij de algemene voorwaarden ter hand stelt, mag hij pas verwijzen naar gedeponeerde voorwaarden bij de Kamer van Koophandel (Kvk) of een gerecht. Ook zal dan vermeld moeten worden dat ze op verzoek kosteloos worden toegezonden. In de praktijk blijkt hier vaak een misverstand over te bestaan. Slechts in *uitzonderingsgevallen* mag naar gedeponeerde voorwaarden bij de Kvk (of een gerecht) worden verwezen. Tot slot mag in bepaalde gevallen worden verwezen naar op een website gepubliceerde voorwaarden. Voor de praktijk is dit artikel met name voor dienstverleners relevant.

Wanneer er geen redelijke mogelijkheid is geboden als voornoemd, kan een wederpartij op grond van artikel 6:233 onder b BW de algemene voorwaarden vernietigen. In artikel 6:235 onder a BW is een andere vernietigingsgrond opgenomen: het gebruik van onredelijk bezwarende bedingen. Wanneer een beding onredelijk bezwarend is, kan een wederpartij dus eveneens overgaan tot vernietiging van het beding.

Deze mogelijkheden van vernietiging gelden echter niet voor iedere wederpartij: in artikel 6:235 lid 1 BW is een aantal wederpartijen uitgezonderd van het recht op vernietiging. Het gaat dan voor een belangrijk deel om zogenoemde 'grote ondernemers' of 'grote wederpartijen'. Ik zal deze groep in het vervolg aanduiden als 'grote ondernemers'. Alvorens verder in te gaan op dit artikel is artikel 6:247 BW van belang. In dit artikel wordt namelijk ook de toepasselijkheid van – onder meer – artikel 6:235 BW geregeld in het geval van vestigingen van een Nederlandse onderneming in het buitenland. Wanneer beide contracterende partijen handelen in de uitoefening van een beroep of bedrijf en die niet beide in Nederland gevestigd zijn, is artikel 6:235 BW niet van toepassing. Dit ongeacht het recht dat de overeenkomst beheerst. Zijn partijen wel in Nederland gevestigd dan geldt artikel 6:235 BW juist wel, eveneens ongeacht het recht dat de overeenkomst beheerst.

Vernietiging door 'grote ondernemers'

Op de vernietigingsgronden bedoeld in de artikel 6:233 en 234 BW kan geen beroep worden gedaan door (lid 1):

- a) Een rechtspersoon bedoeld in artikel 2:360 BW, die ten tijde van het sluiten van de overeenkomst laatstelijk zijn jaarrekening openbaar heeft gemaakt, of ten aanzien waarvan op dat tijdstip laatstelijk artikel 2:403 lid 1 BW is toegepast;
- b) Een partij op wie het onder a bepaalde niet van toepassing is, indien op voormeld tijdstip uit een opgave van krachtens de Handelsregisterwet 2007 blijkt dat bij haar vijftig of meer personen werkzaam zijn.

Het artikel bevat dwingend recht (artikel 6:246 BW) en stelt dat de beschermingsbepalingen van de artikelen 6:233 en 234 BW niet van toepassing zijn indien de wederpartij 'groot' is. De achtergrond van deze uitzonderingscategorieën is gelegen in het feit dat grote ondernemers de speciale bescherming tegen algemene voorwaarden van de artikelen 6:233 en 6:234 BW niet behoeven. In de parlementaire geschiedenis is een toelichting gegeven op het begrip 'grote wederpartij' of 'grote ondernemer': *"Als 'grote wederpartijen' worden aangemerkt naamloze vennootschappen, besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid, coöperatieve verenigingen en onderlinge waarborgmaatschappijen, die hun jaarrekening moeten publiceren, en dus niet kunnen volstaan met een beperkte balans (...)"*.³ Natuurlijke personen kunnen voor de toepassing van artikel 6:235 BW niet worden gelijkgesteld met rechtspersonen.

Artikel 6:235 sub a BW: openbaar maken jaarrekening

In het kader van sub a is dus het onderscheidende criterium dat de rechtspersoon ten tijde van het sluiten van de overeenkomst laatstelijk zijn jaarrekening openbaar heeft gemaakt, of artikel 2:403 lid 1 BW van toepassing is. Onder 'ten tijde van het sluiten van de overeenkomst' wordt dus niet bedoeld het moment waarop de vernietiging is ingeroepen. Zoals het Hof 's-Hertogenbosch bij arrest van 28 april 2015⁴ duidelijk maakt, gaat het om de vraag of voorafgaand of ten tijde van het sluiten van de overeenkomst de jaarrekening was gepubliceerd. Ook het woord 'laatstelijk' moet in relatie tot dat moment worden gelezen. In de parlementaire geschiedenis wordt met het woord 'laatstelijk' gedoeld op de laatste openbaar gemaakte jaarstukken, waarbij dat niet anders kan worden uitgelegd dan de *ten tijde van het sluiten van de overeenkomst* laatstelijk openbaar gemaakte jaarstukken. Dit hoeft niet noodzakelijkerwijze de jaarrekening over het laatste boekjaar, verstreken voor het sluiten van de overeenkomst, te zijn: denkbaar is immers dat over dat boekjaar nog geen jaarstukken zijn openbaar gemaakt.⁵

In de praktijk is veel rechtspraak waar een partij zich op het standpunt stelt dat zij geen grote ondernemer is, omdat zij geen publicatieplicht heeft. Dat is echter een onjuist standpunt. Hoewel de wetgever met artikel 6:235 lid 1 sub a BW met name het oog lijkt te hebben gehad op grote ondernemers op wie de plicht rust hun gehele jaarrekening te publiceren, heeft zij er ter voorkoming van bewijsproblemen voor gekozen om het daadwerkelijk publiceren van de jaarrekening als criterium te kiezen. Zo is artikel 6:235 lid 1 sub a BW ook komen te luiden. Hieruit en uit de rechtspraak⁶ volgt dat voor de toepassing van dit artikel bepalend is of de jaarrekening *daadwerkelijk gepubliceerd* is en niet of er een verplichting is tot het openbaar maken van de jaarrekening.

Dan is de vraag wat er precies gepubliceerd moet zijn wil de wederpartij onder sub a vallen, in de redactie is het begrip 'jaarrekening' opgenomen. Uit de parlementaire geschiedenis⁷ blijkt dat het de bedoeling van de wetgever is geweest als 'grote' ondernemers aan te merken rechtspersonen in de zin van artikel 2:360 BW die *'hun gehele jaarrekening moeten publiceren, dus niet kunnen volstaan met een beperkte balans als bedoeld in artikel 2:396 lid 7 (...)'*. Met deze laatste groep worden kleine rechtspersonen bedoeld. Indien dat artikel van toepassing is kan op grond van de leden 3 en 7 een rechtspersoon volstaan met een beperkte publicatieplicht in die zin dat zij slechts een beperkte balans en toelichting hoeft te publiceren. In dergelijke gevallen geldt artikel 6:235 sub a BW dus niet⁸ en kan een kleine rechtspersoon algemene voorwaarden vernietigen. Deze bedoeling van de wetgever is inmiddels vaste rechtspraak geworden. Naast de grote en kleine ondernemers, is er ook nog een groep ondernemers waarop het 'middelgroot' jaarrekeningregime van toepassing is, de 'middelgrote ondernemer'. Het Hof 's-Gravenhage heeft geoordeeld dat middelgrote rechtspersonen in de zin van het jaarrekeningenrecht als grote rechtspersonen in de zin van artikel 6:235 lid 1 sub a BW moeten worden aangemerkt.⁹ Het Hof overweegt dat kleine rechtspersonen slechts verplicht zijn een (beperkte) balans met toelichting te publiceren, hetgeen – wegens het ontbreken van winst- en verliesrekening – geen jaarrekening als gedefinieerd in artikel 2:361 lid 1 BW is. In de wetsgeschiedenis is geen aanknopingspunt te vinden voor de opvatting dat middelgrote rechtspersonen – hoewel die gehouden zijn een jaarrekening te publiceren – bij de toepassing van artikel 6:235 BW gelijk te stellen zijn met kleine rechtspersonen die niet gehouden zijn een jaarrekening te publiceren.

Het tweede deel van sub a bestaat uit de verwijzing naar artikel 2:403 lid 1 BW. Artikel

2:403 BW ziet op groepsmaatschappijen. In een dergelijk geval is artikel 6:235 sub a BW ook van toepassing wanneer artikel 2:403 BW is toegepast bij de inrichting van de jaarrekening van de geconsolideerde vennootschap. Het maakt in dat kader niet uit of daadwerkelijk aan alle vereisten van artikel 2:403 BW is voldaan. De Rechtbank Rotterdam overwoog daarover: *"Anders dan gedaagde 1 betoogt, vereist de wet voor toepassing van die uitzondering slechts dat artikel 2:403 BW is toegepast bij de inrichting van de jaarrekening van de geconsolideerde vennootschap, niet of aan alle vereisten van artikel 2:403 BW is voldaan. Zoals gezegd, staat vast dat bij de inrichting van de jaarrekening van de geconsolideerde vennootschap gedaagde 1 artikel 2:403 lid 1 BW is toegepast."*¹⁰

Artikel 6:235 sub b: vijftig werknemers of meer

Indien een wederpartij niet valt onder sub a van artikel 6:235 BW, dan dient te worden beoordeeld of sub b van toepassing is. Dogmatisch gezien zal telkens eerst beoordeeld moeten worden of de situatie van sub a zich voordoet. Uit de praktijk blijkt dat deze stap soms – ten onrechte – wordt overgeslagen en direct sub b wordt toegepast.¹¹ In dit artikel is bepaald dat evenmin een beroep kan worden gedaan op de vernietigingsgronden indien 'op voormeld tijdstip', dus: ten tijde van het sluiten van de overeenkomst¹², bij haar vijftig of meer personen werkzaam zijn of op dat tijdstip uit een opgave krachtens de Handelsregisterwet 2007 blijkt dat bij haar vijftig of meer personen werkzaam zijn.

Het gaat bij sub b om rechtspersonen die niet onder artikel 2:360 BW vallen, alsmede vennootschappen onder firma, natuurlijke personen¹³ maar ook publiekrechtelijke rechtspersonen.¹⁴ Voor deze groep is het criterium gezocht in het aantal werknemers. Het gaat er vervolgens om of ten tijde van het aangaan van de overeenkomst vijftig personen of meer werkzaam zijn of uit een uittreksel van het Handelsregister blijkt dat er vijftig of meer mensen werkzaam zijn. Gelet op de redactie van dit artikel moet 'opgave' worden verstaan als de opgave, zoals kenbaar uit het handelsregister, en zoals dus als informatie door derden op te vragen, en niet als de opgave zoals verstrekt door de desbetreffende rechtspersoon.¹⁵

Dan is de vraag wie allemaal onder een 'werkzaam persoon' valt. Onder een werkzaam persoon wordt iemand verstaan die doorgaans gemiddeld ten minste vijftien uur werkzaam is.¹⁶ Het gaat dus niet enkel om voltijd dienstverbanden. Dit aantal uren volgt uit artikel 1 lid 1 onder b van het Handelsregisterbesluit 2008. Uit de rechtspraak volgt vervolgens dat het getalscriterium zo uitgelegd dient te

worden dat voor de beoordeling van het aantal medewerkers van een bedrijf gekeken dient te worden naar het bedrijf zelf, haar moederbedrijf en naar haar dochterbedrijven, dus in de rechte lijn.¹⁷ Voor het meetellen van de werknemers van zusterbedrijven zijn geen aanknopingspunten te vinden in wet of parlementaire geschiedenis. Deze werknemers tellen dus niet mee.¹⁸ Uitleen- of uitzendkrachten moeten overigens wel worden meegeteld.¹⁹ Werknemers van nevenvestigingen tellen eveneens mee.²⁰

Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat de gebruiker van algemene voorwaarden moet kunnen afgaan op de juistheid van het aantal werknemers zoals dat blijkt uit het Handelsregister. Indien de wederpartij stelt dat het aantal lager is dan in het Handelsregister is opgenomen, dan kan dat de wederpartij niet baten. De wederpartij wordt dan toch aangemerkt als grote onderneming. Andersom geldt dat echter niet: indien uit het Handelsregister een lager aantal dan vijftig blijkt en de gebruiker bewijst dat het werkelijk aantal werkzame personen (ten tijde van het sluiten van de overeenkomst) vijftig of hoger is, dan is de wederpartij aan te merken als grote ondernemer.²¹ De gebruiker kan dus kiezen voor de voor hem meest gunstige maatstaf.

In het licht van sub b dient nog opgemerkt te worden dat het niet relevant is dat deze ondernemingen kleine ondernemers in de zin van artikel 2:396 BW zouden zijn, omdat het in dit verband alleen gaat om het vereiste van de 'werkzame personen' en niet ook om de andere vereisten die in artikel 2:396 BW nog worden genoemd.²²

Redelijkheid en billijkheid

Gelet op het bepaalde in artikel 6:235 lid 1 BW kan een grote ondernemer algemene voorwaarden niet snel vernietigen. De deur staat echter nog wel op een kier. Grote ondernemers kunnen nog wel bescherming ontleen aan de algemene bepalingen van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (artikel 6:248 lid BW en 6:2 BW). Het niet bieden van een redelijke mogelijkheid tot kennisneming van algemene voorwaarden leidt niet tot onaanvaardbaarheid van het beroep op algemene voorwaarden als bedoeld in artikel 6:248 lid 2 BW. Die visie zou immers leiden tot onverkorte (materiële) toepasselijkheid van de regels van artikel 6:234 BW ten behoeve van een grote onderneming in de zin van artikel 6:235 BW, hetgeen de wetgever niet heeft beoogd. Wel kan het ontbreken van een mogelijkheid van kennisname in beginsel meewegen bij de totale weging van het beroep op artikel 6:248 lid 2 BW. Uit de rechtspraak volgt een beeld dat van artikel 6:233 sub b ten aanzien van grote wederpartijen

maar weinig reflexwerking uitgaat. Dit in tegenstelling tot artikel 6:233 sub a BW²³ in die zin dat de inhoud van die bepaling van betekenis kan zijn in het kader van de toetsing ex artikel 6:248 lid 2 BW.²⁴ De kans dat een bepaling uit algemene voorwaarden wordt vernietigd is dan ook aanzienlijk groter in het geval van een kennelijk onredelijk bezwarend beding dan bij het niet bieden van een redelijke mogelijkheid tot kennisneming van de voorwaarden.

Tot slot: geen ambtshalve toetsing

Tot slot is het voor de praktijk van belang dat door de wederpartij van de gebruiker op art. 6:233 lid 1 BW een beroep moet worden gedaan.²⁵ Er geldt dus geen ambtshalve toetsing, terwijl een toetsing aan artikel 6:248 lid 2 BW deel uitmaakt van de (zo nodig door de rechter aan te vullen) rechtsgronden. Dat het goed is om toch vernietiging in te roepen blijkt uit een arrest van het Hof 's-Hertogenbosch: *"Op grond van art. 6:233 BW komt aan de wederpartij de bevoegdheid toe de vernietiging te vorderen van een beding in de algemene voorwaarden indien het onredelijk bezwarend is. In casu is dit artikel als lex specialis van toepassing nu geen — voorzover in rechte is gebleken — van de uitzonderingen van art. 6:235 BW aan de orde is. Deze bepalingen bevatten dwingend recht. Nu Vriens geen vernietiging van het exoneratiebeding heeft gevorderd kan haar rechtstreekse beroep op art. 6:248 BW niet slagen."*²⁶ In latere rechtspraak is uitgemaakt dat artikel 6:248 BW geen lex specialis is van artikel 6:233 BW en een partij dus zal moeten kiezen tussen één van deze twee modaliteiten.²⁷ Wel kan in de vorm van een primaire en subsidiaire vordering een beroep gedaan worden op deze artikelen.²⁸ Een grote onderneming doet er dus mijns inziens goed aan om sowieso de vernietiging van algemene voorwaarden in te roepen, ook al weet zij dat artikel 6:235 lid 1 BW daaraan in de weg staat. Indien de gebruiker zich niet beroept op artikel 6:235 lid 1 BW is de kans immers reëel dat een rechter toch de voorwaarden vernietigt omdat – gezien de lijdelijke rol – niet

kan worden toegekomen aan een beoordeling van artikel 6:235 BW. Zou de rechter toch aan artikel 6:235 BW toetsen, dan resteert altijd nog het beroep op artikel 6:248 BW. Gelet op de rechtspraak is het advies om de vordering op grond van primair artikel 6:233 BW als subsidiair 6:248 BW in te stellen, waarbij in het subsidiaire geval een reflexwerking uit kan gaan van artikel 6:233 BW.

Auteur: mr. R.J. Boogers, advocaat Bogaerts & Groenen advocaten, Boxtel

Noten:

1. En de gebruiker dat ook kon weeten of begrijpen.
2. HR 17 december 1999, ECLI:HR:1999:AA3876.
3. Parl. Gesch. Boek 6, p. 1631.
4. Hof 's-Hertogenbosch 28 april 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:1565.
5. Parl. Gesch. Boek 6, p. 1632 en Rb. Zutphen 29 juli 2004, NJF 2005, 25.
6. O.a. Hof Arnhem 16 januari 2001, NJ 2002, 63 en 15 februari 2005, NJF 2005, 352.
7. Parl. Gesch. Boek 6 (inv. 3, 5 en 6), blz. 1631 e.v.,
8. O.a. Rb. Arnhem 20 februari 2008, NJF 2008, 172 en Hof Arnhem-Leeuwarden 3 maart 2015, ECLI:NL:RHAAR:2015:1523.
9. Hof 's-Gravenhage 17 augustus 2010, JOR 2011/39.
10. Rb. Rotterdam 28 mei 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:5311.
11. Zie bijvoorbeeld Hof Den Haag 16 september 2008, ECLI:NL:GHSGR:2008:BF3248.
12. Rb. Arnhem 20 februari 2008, NJF 2008, 172 en Hof 's-Gravenhage 16 september 2008, ECLI:NL:GHSGR:2008:BF3248.
13. Parl. Gesch. Boek 6, p. 1632.
14. Hof Den Haag 29 april 2004, Prg. 2004, 6250 en Hof Amsterdam 9 juli 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:2222.
15. Hof 's-Hertogenbosch 22 november 2001, NJ 2002, 489.
16. Zie o.a. Hof 's-Hertogenbosch 28 april 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:1565.
17. In de literatuur is opgemerkt dat een nauwkeurige lezing van de parlementaire geschiedenis echter aantoonde dat het meetellen van moeder- of dochterbedrijven niet strookt met de bedoeling van de wetgever.
18. Rb. 's-Hertogenbosch 1 maart 2006, ECLI:NL:RBSHE:2006:AX9129.
19. Hof 's-Hertogenbosch 22 november 2001, NJ 2002, 489.
20. Hof 's-Gravenhage 16 september 2008, ECLI:NL:GHSGR:2008:BF3248.
21. Parl. Gesch. Boek 6, p. 1632, p. 1665-1666.
22. Hof 's-Hertogenbosch 22 november 2001, NJ 2002, 489.
23. Hof 's-Hertogenbosch 8 juli 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:2098.
24. Rb. Amsterdam 17 november 2010, ECLI:NL:RBAMS:2010:BP6407.
25. Zie Conclusie A-G22 maart 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE0659. Dit staat dus geheel los van het dwingendrechtelijke karakter van artikel 6:235 BW, zie artikel 6:246 BW.
26. Hof 's-Hertogenbosch 25 september 1997, NJ 1998, 579.
27. HR 14 juni 2002, NJ 2003, 112.
28. Rb. 's-Hertogenbosch 28 maart 2012, ECLI:NL:RBSHE:2012:BW0028.