

Vernietigbaarheid van algemene voorwaarden en ‘grote’ wederpartijen

Bb 2022/54

1. Inleiding

Op 7 maart 2004 brak brand uit in een silo. Deze silo-brand heeft ertoe geleid dat de Hoge Raad op 20 mei 2022 een relevant arrest heeft gewezen over drie uiteenlopende onderwerpen: de uitsluiting van ‘grote wederpartijen’ om een beroep te doen op de vernietigbaarheid van algemene voorwaarden (art. 6:235 lid 1 BW), de (risico-)aansprakelijkheid van de bewaargever (art. 7:601 lid 3 BW) en eigen schuld van de benadeelde (art. 6:101 BW).² De bespreking van dit arrest – en in het bijzonder de toepassing van art. 6:235 lid 1 BW – staat in deze bijdrage centraal. Allereerst zullen de feiten en omstandigheden rondom de silo-brand worden weergegeven (par. 2). Vervolgens zal worden stilgestaan bij de uitspraken van de lagere instanties (par. 3). In par. 4 zal het arrest van de Hoge Raad worden besproken en (vooral) met betrekking tot de mogelijkheid tot vernietiging van algemene voorwaarden door ‘grote wederpartijen’ nader worden geanalyseerd. Besloten wordt met enkele aandachtspunten voor de (contracts)praktijk.

2. Feiten en omstandigheden

Peterson Agricare & Bulk Logistics B.V. (Peterson ABL) had aan European Bulk Services B.V. (EBS) een grote hoeveelheid houtpellets in bewaring gegeven. Deze houtpellets waren eigendom van Essent, waarvoor Peterson ABL als logistiek dienstverlener optrad. Op de overeenkomst van bewaarneming tussen Peterson ABL en EBS waren de algemene voorwaarden van EBS van toepassing verklaard. In deze algemene voorwaarden was een aansprakelijkheidsbeperking opgenomen, op grond waarvan de aansprakelijkheid van EBS beperkt zou zijn tot een bedrag van € 22.689,01 per opdracht. Op 7 maart 2004 brak brand uit in de silo waarin EBS de houtpellets had opgeslagen. Deze brand was veroorzaakt door broei (zelfontbranding) in de houtpellets. Houtpellets zijn een vorm van biomassa. In biomassa kan broei optreden op het moment dat deze biomassa een bepaald vochtpercentage bevat. In dit geval heeft dit gevaar zich na enkele maanden opslag verwezenlijkt. Door de silo-brand waren alle houtpellets tenietgegaan, als gevolg waarvan Peterson ABL en Essent schade hadden geleden. Daarnaast was de silo uiteraard ernstig beschadigd, als gevolg waarvan EBS schade had geleden.

De daarmee samenhangende schadevergoedingsvorderingen zijn over en weer in eerste aanleg ingesteld bij de Rechtbank Rotterdam (en uiteindelijk zijn alle vorderingen

gevoegd in één procedure).³ In conventie vorderde EBS van Peterson ABL en Essent vergoeding van de schade aan de silo en gemaakte kosten. Daarnaast vorderde EBS dat Peterson ABL haar zou vrijwaren voor alle aanspraken van Essent die het bedrag van de aansprakelijkheidsbeperking in de algemene voorwaarden van EBS zouden overstijgen. In reconventie vorderden Peterson ABL en Essent van EBS vergoeding van de schade aan de houtpellets en gemaakte kosten. Belangrijkste discussiepunt met betrekking tot de feiten in dit geschil – in alle drie de instanties – betrof de mogelijke oorzaken van de broei in de houtpellets en de vraag welke mogelijke oorzaken in de risicosfeer van welke partij vielen. Omdat het onmogelijk was om na te gaan wat de precieze oorzaak van de broei was geweest, hebben partijen – in het bijzonder Peterson ABL en EBS – elkaar over en weer verwijten gemaakt van bepaalde omstandigheden die het risico op broei vergrootten (waarover zo meer).

3. De uitspraken in lagere instanties

3.1 Eerste aanleg

In eerste aanleg heeft de Rechtbank Rotterdam Peterson ABL veroordeeld tot vergoeding van twee derde van de door EBS geleden schade en voor recht verklaard dat Peterson ABL verplicht was EBS te vrijwaren voor aanspraken van Essent die het bedrag van de aansprakelijkheidsbeperking uit de algemene voorwaarden van ABS te boven zouden gaan. De vorderingen van Peterson ABL en Essent werden afgewezen. De aansprakelijkheid van Peterson ABL werd gegrond op de risicoaansprakelijkheid van art. 7:601 lid 3 BW.⁴ Dit artikelid bepaalt dat de bewaargever aansprakelijk is voor als gevolg van de bewaring geleden schade. Nu tussen partijen niet in geschil was dat de brand was veroorzaakt door broei in de biomassa, was Peterson ABL dus aansprakelijk jegens EBS. EBS had echter niet voldaan aan haar verplichtingen (op grond van haar vergunning) om regelmatig temperatuurmetingen te verrichten in de silo's.⁵ Omdat het aannemelijk was dat EBS, op het moment dat zij deze temperatuurmetingen wel zou hebben uitgevoerd, de temperatuurstijging had kunnen vaststellen en daarom – temperatuurstijging kan (zeker voor een professionele partij op het gebied van de opslag van biomassa) wijzen op de ontwikkeling van

¹ Mr. J. (Joris) den Hartog is advocaat bij Van Benthem & Keulen.

² HR 20 mei 2022, ECLI:NL:HR:2022:719.

³ Rb. Rotterdam 28 mei 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:5311.

⁴ Zie hierover Asser/*Van Schaick* 7-VIII 2018/34.

⁵ De (relativiteits)vraag die hierbij nog opkwam – waarom kan Peterson ABL zich beroepen op het niet-nakomen van verplichtingen door EBS uit een vergunning waar Peterson ABL feitelijk verder niets mee te maken heeft? – werd door de rechtbank eenvoudig gepasseerd door de overweging dat deze vergunningsvoorschriften indirect bewaargevers in hun belangen beschermen. Dit lijkt mij een terecht oordeel, omdat het verrichten van de temperatuurmetingen ook ‘gewoon’ kan worden beschouwd als onderdeel van de zorgplicht van de bewaarnemer (art. 7:602 BW) en het ontbreken daarvan bovendien in causaal verband met de schade kon worden gebracht.

broei – maatregelen tegen de ontwikkeling van broei had kunnen treffen, werd één derde eigen schuld van EBS aangenomen.⁶

Met betrekking tot de aansprakelijkheidsbeperking uit de algemene voorwaarden van EBS, had Peterson ABL aangevoerd dat de algemene voorwaarden van EBS niet juist ter hand gesteld zouden zijn en daarom vernietigbaar zouden zijn (art. 6:233 lid 1 sub b jo. 6:234 BW). De rechtbank passeerde dit verweer, omdat Peterson ABL vanwege art. 6:235 lid 1 BW geen beroep op de vernietigbaarheid van de algemene voorwaarden toekwam. Art. 6:235 lid 1 BW bepaalt dat op de vernietigingsgronden van art. 6:233 en 6:234 BW geen beroep kan worden gedaan door een rechtspersoon als bedoeld in art. 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 art. 2:403 lid 1 BW is toegepast. Peterson ABL viel, zo overwoog de rechtbank, onder deze laatste categorie. Art. 2:403 lid 1 BW biedt de mogelijkheid om – als voldaan wordt aan bepaalde voorwaarden – een beperktere jaarrekening in te richten en openbaar te maken voor een tot een groep behorende vennootschap, waarvan de financiële gegevens geconsolideerd zijn in een geconsolideerde jaarrekening (vaak opgesteld door de moedervenootschap).⁷ Dat niet aan alle voorwaarden van art. 2:403 lid 1 BW zou zijn voldaan, zoals Peterson ABL aanvoerde, was volgens de rechtbank niet relevant, omdat voldoende voor toepassing van art. 6:235 lid 1 BW is dat bij de *inrichting* van de jaarrekening van Peterson ABL art. 2:403 lid 1 BW was toegepast. Dit laatste stond vast.⁸ De algemene voorwaarden van EBS en de daarin opgenomen aansprakelijkheidsbeperking waren dus van toepassing.

3.2 Hoger beroep

Tegen deze uitspraak zijn alle partijen in hoger beroep gegaan. Op veel aspecten nam het Hof Den Haag dezelfde afslagen als de rechtbank; ook het hof beoordeelde de discussie over de risicoverdeling van de mogelijke oorzaken van de broei in de sleutel van eigen schuld en zag geen aanleiding tot de vernietiging van de algemene voorwaarden van EBS. Relevant verschil was in hoger beroep vooral dat Peterson ABL met een nieuw verwijt jegens EBS kwam met betrekking tot de oorzaak van de broei in de houtpellets. Volgens Peterson ABL waren de houtpellets droog toen deze opgeslagen werden. De oorzaak van de broei zou dus veeleer gelegen moeten zijn in het feit dat de silo niet waterdicht was, waardoor regenwater de silo had kunnen binnendringen. Dit zou het gevolg zijn van slecht onderhoud van de silo door EBS. EBS betwistte het voorgaande aan de hand van de stelling dat de broei ontstaan zou zijn doordat er sprake was van langdurige en niet-homogene opslag van een groot aantal houtpellets, dat bij het begin van de opslag vochtig zou zijn geweest door regen bij het vervoer en het lossen en waarvan bovendien de laatste partij houtpellets

zogenaamde bark pellets betrof met (boom)schors, dat zeer broeigevoelig is. Het hof achtte de verschillende aangedragen oorzaken mogelijk, om welke reden Peterson ABL bij tussenarrest van 27 mei 2018 werd toegelaten tot bewijsoverlevering van haar stelling dat de silo niet waterdicht was (en dat EBS dus tekort zou zijn geschoten in de nakoming van haar zorgplicht als bewaarnemer (art. 7:602 BW)).⁹ Blijkens het eindarrest van 12 mei 2020 is Peterson ABL in dit bewijs geslaagd. Het hof achtte op grond van getuigenverklaringen bewezen dat er bij aanvang van de brand in de silo een luik open had gestaan in het dak van de silo. Hierdoor kon regenwater – het had de maanden voorafgaand aan de brand veel geregend – de silo binnendringen. Tevens achtte het hof op grond van verklaringen van deskundigen bewezen dat de onderhoudstoestand van de silo's van EBS ten tijde van de brand over het algemeen slecht was. Hieruit leidde het hof het feitelijk vermoeden af dat ook van silo 30 (de silo waarin de houtpellets waren opgeslagen) de onderhoudstoestand slecht was ten tijde van de brand. Hierdoor zou ook vocht de silo hebben kunnen binnendringen. Zo kon het hof overgaan tot de beoordeling van de vraag in hoeverre het ontstaan van de schade aan EBS zou kunnen toegerekend (als eigen schuld). Dit deed het hof aan de hand van vier factoren:

- a) de aanwezigheid van schors in de houtpellets, waardoor het risico op broei wordt vergroot: in de risicosfeer van Peterson ABL;
- b) vocht: in de risicosfeer van beide partijen, maar in dit verband kon EBS een aanzienlijk ernstiger verwijt worden gemaakt dan Peterson ABL (het openstaande luik en de slechte onderhoudstoestand in de risicosfeer van EBS enerzijds en het regenwater tijdens het vervoer en het lossen van de houtpellets in de risicosfeer van Peterson ABL anderzijds);
- c) de langdurige opslag en de niet-homogene opbouw van de opslag (waarmee bedoeld wordt: het waren verschillende soorten houtpellets met verschillende vochtpercentages die op verschillende momenten werden opgeslagen): in de risicosfeer van Peterson ABL;
- d) het ontbreken van regelmatige temperatuurmetingen tijdens de opslag: in de risicosfeer van EBS.

Mede gelet op genoemd ernstig verwijt aan het adres van EBS met betrekking tot de factor vocht en de grote invloed van de aanwezigheid van vocht op het ontstaan van broei, oordeelde het hof dat de schade voor een derde gedeelte aan Peterson ABL en voor tweederde gedeelte aan EBS als eigen schuld diende te worden toegerekend.¹⁰

4. Hoge Raad

4.1 De toepassing van art. 6:235 lid 1 BW

4.1.1 Het oordeel van de Hoge Raad

Peterson ABL en Essent zijn in cassatie gegaan. EBS stelde incidenteel cassatieberoep in. In de eerste plaats was het

⁶ Rb. Rotterdam 28 mei 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:5311, r.o. 3.21.

⁷ Zie over deze bepaling en de voorwaarden voor toepassing daarvan *Asser/Kroeze 2-1 2021/581 e.v.*

⁸ Rb. Rotterdam 28 mei 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:5311, r.o. 3.12.

⁹ Hof Den Haag 27 maart 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:4029.

¹⁰ Hof Den Haag 12 mei 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:924.

cassatieberoep van Peterson ABL en Essent gericht tegen het oordeel van het hof dat Peterson ABL en Essent zich in-gevolge art. 6:235 lid 1 BW niet konden beroepen op de vernietiging van de algemene voorwaarden van EBS. Volgens het middel zou art. 6:235 lid 1 BW pas kunnen worden toegepast op het moment dat aan alle vereisten van art. 2:403 lid 1 BW voldaan is en zou niet voldoende zijn dat er bij de inrichting van de jaarrekening gebruik gemaakt is van art. 2:403 lid 1 BW (de financiële gegevens van Peterson ABL waren laatstelijk gepubliceerd in de geconsolideerde jaarrekening van Peterson's Havenbedrijf B.V.). De Hoge Raad verwerpt dit betoog. Uit de toelichting op het amendement waarbij art. 6:235 lid 1 BW is voorgesteld, volgt dat de strekking van deze bepaling is dat de 'grote wederpartij' moet worden uitgesloten van het beroep op de vernietigbaarheid van algemene voorwaarden (art. 6:233 en 6:234 BW). Voor deze wederpartijen zou de wettelijke bescherming namelijk een onnodige inbreuk op de contractsvrijheid opleveren. In deze bepaling is aangesloten bij de daadwerkelijke openbaarmaking van de jaarrekening en niet bij de verplichting om de jaarrekening openbaar te maken. De achtergrond daarvan is om de gebruiker van de algemene voorwaarden niet in bewijsproblemen te brengen en een gemakkelijk te controleren criterium te introduceren.¹¹

In het licht van dit laatste, overweegt de Hoge Raad dat art. 6:235 lid 1 BW zo moet worden uitgelegd dat voor de uitsluiting van de mogelijkheid van vernietiging van algemene voorwaarden niet nodig is dat aan alle vereisten van art. 2:403 lid 1 BW voldaan is, maar dat voldoende is dat de jaarrekening daadwerkelijk (in voorkomend geval ingericht met gebruik van art. 2:403 lid 1 BW) openbaar gemaakt is.¹² Dit oordeel is goed te volgen; op het moment dat voor toepassing van art. 6:235 lid 1 BW wel moet worden vastgesteld of aan alle vereisten van art. 2:403 lid 1 BW voldaan is, zou van een eenvoudig te hanteren criterium helemaal geen sprake zijn. Bovendien zou, zoals A-G Valk terecht opmerkt, het resultaat van de door het cassatiemiddel voorgestane uitleg van art. 6:235 lid 1 BW zijn dat de partij die zelf de voorschriften van art. 2:403 lid 1 BW schendt, daaraan het voordeel overhoudt dat zij een beroep kan doen op de vernietigingsmogelijkheid van algemene voorwaarden. Dit lijkt mij een onwenselijke en niet te rechtvaardigen uitkomst waarvan de gebruiker van de algemene voorwaarden onterecht de dupe zou worden.¹³ Overigens kan ik me voorstellen dat dezelfde redenering opgeld zou doen op het moment dat er sprake is van een wederpartij die, ondanks zijn plicht daartoe, niet overgegaan is tot de publicatie van de jaarrekening op de gebruikelijke wijze, maar de gebruiker van de algemene voorwaarden wel kan aantonen dat zijn wederpartij hiertoe wel verplicht is. Alhoewel art. 6:235 lid 1 BW en de toelichting op die bepaling wel uitdrukkelijk spreken van de publicatie en niet van de plicht tot publicatie, zou het wonderlijke resultaat worden bereikt dat er

een voordeel¹⁴ verbonden kan zijn aan het niet-publiceren van de jaarrekening, omdat de wederpartij dan niet onder de toepassing van art. 6:235 lid 1 sub a BW valt.¹⁵ Wellicht dat dit arrest een aanleiding kan vormen om deze oneffenheid te herstellen (of voor een uitleg van art. 6:235 lid 1 BW te kiezen die dit onwenselijke gevolg voorkomt; het arrest kan daarvoor een voorzichtig haakje bieden).

4.1.2 Kritiek op art. 6:235 lid 1 BW?

Sowieso geeft dit arrest opnieuw aanleiding tot overdenking van art. 6:235 (lid 1) BW. Dat de Hoge Raad tot een logisch oordeel komt met betrekking tot de toepassing van art. 6:235 lid 1 BW, laat namelijk onverlet dat dit een bepaling is waarop de nodige aanmerkingen te maken zijn. In de literatuur is kritiek op art. 6:235 lid 1 BW breed gedragen.¹⁶ Beknopt weergegeven zijn de volgende twee punten de belangrijkste kritiekpunten op deze bepaling. Zo is ten eerste de vraag in hoeverre er nu daadwerkelijk sprake is van een eenvoudig te hanteren criterium, omdat de gestelde grenzen nogal arbitrair zijn en het lang niet altijd even makkelijk vast te stellen is of en hoe een partij tot publicatie van de jaarrekening overgegaan is.¹⁷ Daarnaast kan worden betwijfeld dat 'grote' partijen de bescherming van art. 6:233 en 6:234 BW niet zouden behoeven, zeker nu zij wel onverminderd art. 6:232 BW – de wederpartij is ook gebonden aan algemene voorwaarden als hij daarvan de inhoud niet kent – tegen zich moeten laten gelden. De steller van het middel had deze kritiek op art. 6:235 lid 1 BW aangegrepen om te betogen dat art. 6:235 lid 1 BW restrictief zou moeten worden uitgelegd. Alhoewel de kritiek op art. 6:235 lid 1 BW ook in mijn optiek steekhoudend is, werd dit argument uiteraard niet aanvaard, omdat de uitleg die zij voorstond niet in overeenstemming is met de strekking van de bepaling, zoals hiervoor toegelicht. Deze redenering – dat er kritiek op een bepaling is, wil uiteraard niet zeggen dat een rechter aan de toepassing van deze bepaling en de uitleg van deze bepaling conform haar strekking voorbij moet gaan – is logisch.¹⁸ Dat art. 6:235 lid 1 BW weer eens centraal staat in een arrest, geeft echter wel aanleiding om opnieuw de

11 Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1631 – 1632.

12 HR 20 mei 2022, ECLI:NL:HR:2022:719, r.o. 3.1.2 – 3.1.3.

13 Zie ook concl. A-G Valk, ECLI:NL:PHR:2021:827, ov. 3.12.

14 Met dien verstande dat het niet-publiceren van de jaarrekening tot (bestuurders) aansprakelijkheid kan leiden (vgl. art. 2:138 en 2:248 lid 2 BW) en dat het een economisch delict oplevert, dus dat dit voordeel uiteraard enigszins moet worden genuanceerd. Desalniettemin komt het regelmatig genoeg voor. Zie B.J. de Jong & M.P. Nieuwe Weme, *Publicatie van de jaarrekening*, Deventer: Kluwer 2006, p. 81.

15 Vgl. ook in deze zin kritisch op het criterium van art. 6:235 lid 1 BW, onder meer, J.B.S. Hijink, in zijn annotatie bij Hof Den Haag 17 augustus 2010, *JOR* 2011/39, onder 9; H.N. Schelhaas, *Algemene voorwaarden in handelstransacties*, Deventer: Kluwer 2011, p. 18; M.B.M. Loos, *Algemene voorwaarden*, Den Haag: Boom juridisch 2013, p. 77.

16 Zie onder veel meer C.E. Drion, 'Een pamflet voor het fundamenteel op de schop nemen van onze regelgeving over algemene voorwaarden', *Contracteren* 2007, afl. 1, p. 3; Schelhaas 2011, p. 18 – 19 & 39 – 41; Loos 2013, p. 75 – 81, J. Hijma, *Algemene voorwaarden (Monografieën BW nr. B55)*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, nr. 49; R.H.C. Jongeneel, 'Grote wederpartijen', in: B. Wessels & R.H.C. Jongeneel, *Algemene voorwaarden*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 237 – 238; Asser/Sieburgh 6-III 2018/489; concl. A-G Valk, ECLI:NL:PHR:2021:827, ov. 3.15.

17 Bedacht dient te worden dat 'kleine vennootschappen' kunnen volstaan met een beperkte balans op grond van art. 2:396 lid 8 BW en buiten het toepassingsbereik van art. 6:235 lid 1 BW vallen.

18 Zie ook concl. A-G Valk, ECLI:NL:PHR:2021:827, ov. 3.15 – 3.18.

ongelukkigheid van deze bepaling aan de orde te brengen. Ik sluit mij graag aan bij de auteurs die deze bepaling liever kwijt dan rijk zijn.¹⁹ Zoals Hijma terecht aangeeft, bieden de bepalingen in art. 6:233 en 6:234 BW voldoende ruimte voor maatwerk om enerzijds de contractsvrijheid van commerciële partijen zoveel als mogelijk in tact te laten en anderzijds recht te doen aan de belangen van ook commerciële partijen om geen uitvoerige onderhandelingskosten te hoeven maken over algemene voorwaarden.²⁰ Dit maatwerk kan overigens nu wel (met wat moeite) worden bereikt met de toepassing van art. 6:248 lid 2 BW, maar dit leidt niet tot een al te overzichtelijk geheel.

4.1.3 Dienstenrichtlijn

Van een overzichtelijk geheel is bovendien te minder sprake als afdeling 6.5.3 BW naast de Dienstenrichtlijn wordt gelegd. Hierin is namelijk, in Nederland neergelegd in art. 6:230b, 6:230c (en 6:230e) BW, wel een informatieverplichting opgenomen, die ook voor commerciële partijen – zolang zij kwalificeren als dienstverrichters – geldt. De verhouding daarvan met art. 6:234 BW, waarin in Nederland de terhandstellingsverplichting is opgenomen, is ingewikkeld en niet heel gelukkig.²¹ Dit heeft meerdere facetten, maar ook art. 6:235 lid 1 BW draagt niet bij aan de duidelijkheid. Commerciële partijen kunnen immers geen beroep doen op de vernietigingsgronden van art. 6:233 en 6:234 BW, maar commerciële dienstverrichters worden wel geacht zich te houden aan de informatieverplichtingen van art. 6:230b en 6:230c (jo. 6:230e) BW. Alhoewel er ook voor commerciële niet-dienstverrichters wel een bepaalde informatieverplichting is – de gelding van algemene voorwaarden moet worden aanvaard (art. 6:231 sub c BW), dus de wederpartij moet wel kunnen weten wat hij overeenkomt²² – zijn er iets meer handvatten voor de wederpartij om de algemene voorwaarden van tafel te krijgen op het moment dat de gebruiker van de algemene voorwaarden een dienstverrichter is. Naar huidig recht hadden Peterson ABL en Essent in het in deze bijdrage centraal staande arrest wellicht kunnen betogen dat EBS een dienstverrichter was. Het zou wat mij betreft verdedigbaar zijn om een bewaarnemer als dienstverrichter aan te merken. Dan had kunnen worden betoogd dat richtlijnconforme interpretatie met zich zou brengen dat art. 6:235 lid 1 BW geen toepassing zou kunnen vinden.²³ Dan zou uiteraard nog wel bewezen moeten worden dat inderdaad aan de verplichtingen van art. 6:230b, 6:230c of 6:230e niet voldaan was door EBS en zou de rechter mee zou moeten gaan in het buiten toepassing laten van art. 6:235 lid 1 BW (of het verbinden van een

andere sanctie aan de niet-nakoming van die verplichtingen).²⁴ Omdat de Dienstenrichtlijn nog niet bestond ten tijde van het sluiten van de overeenkomst tussen Peterson ABL en EBS, is het voorgaande niet aan de orde geweest.

4.2 Aansprakelijkheid van de bewaargever en eigen schuld

Wegens de beperktere relevantie voor de contractspraktijk sta ik korter stil bij het oordeel van de Hoge Raad ten aanzien van de aansprakelijkheid van de bewaargever en de eigen schuld van de bewaarnemer. De Hoge Raad sluit zich ook in dit verband aan bij het oordeel van het hof. De Hoge Raad overweegt daartoe dat voor aansprakelijkheid van de bewaargever (art. 7:601 lid 3 BW) voldoende is dat causaal verband bestaat tussen de schade en de bewaring van de zaak. Eventuele schending van de zorgplicht door de bewaarnemer (art. 7:602 BW) doet aan die risicoaansprakelijkheid niet af. Dat het hof de verwijten aan het adres van EBS in de sleutel van art. 6:101 BW beoordeelt, is volgens de Hoge Raad dus juist. Ook is de afweging van de hiervoor genoemde verschillende factoren bij de beoordeling van dit beroep op eigen schuld, zoals het hof deze heeft gemaakt, volgens de Hoge Raad voldoende inzichtelijk. De Hoge Raad overweegt dat aan de toepassing door de feitenrechter van zowel de causaliteitsafweging binnen art. 6:101 BW als de billijkheidscorrectie binnen art. 6:101 BW slechts beperkte motiveringseisen kunnen worden gesteld, omdat een en ander sterk door de feiten en op intuïtieve inzichten wordt bepaald.²⁵

Interessant is dat de Hoge Raad op dit punt afwijkt van de conclusie van A-G Valk. De A-G had namelijk geconcludeerd tot vernietiging. Peterson ABL en Essent hadden in cassatie verwezen naar een passage uit het *KEMA-rapport* – een rapport dat in 2001 in opdracht van Essent was uitgevoerd en zag op de risico's van broei bij de opslag van biomassa – waarin benoemd werd dat voor boomschors bij wijze van globale benadering een vochtpercentage van 25% als grenswaarde te gelden had vanaf waar broei zou kunnen optreden. Peterson ABL en Essent hadden nu echter juist analysecertificaten aangeleverd waaruit volgde dat de houtpellets met boomschors een vochtpercentage van ongeveer 7% hadden. In dat licht was volgens het onderdeel en volgens A-G Valk (verkort weergegeven) de beoordeling van het eigen schuldverweer door het hof onvoldoende inzichtelijk, omdat daarin juist ook de aanwezigheid van boomschors als factor met causale bijdrage aan de schade werd betrokken. Onvoldoende duidelijk was gemaakt hoe het hof dit had gedaan en welke waarde in dit verband aan voornoemde passage uit het *KEMA-rapport* was gehecht.²⁶

In mijn optiek was hierin inderdaad een grond voor vernietiging in gelegen. Ook ik kan de overwegingen van het hof

19 Zoals Schelhaas 2011, p. 40; Loos 2013, p. 75 e.v.; Hijma 2016, nr. 49.

20 Hijma 2016, nr. 49.

21 Zie hierover bijvoorbeeld C.E. Drion, 'Dwaallicht', *NJB* 2010/1875, afl. 36; J.H.M. Spanjaard, 'Artikel 6:234 BW of de moeizame relatie van de Nederlandse wetgever met Europese regelgeving', *Contracteren* 2012, afl. 1, p. 27 – 33; T.H.M. van Wechem & J.H.M. Spanjaard, 'Algemene voorwaarden en dienstverrichters, onduidelijk gepuzzel: wie het weet mag het zeggen', *Contracteren* 2021, afl. 3, p. 35 – 39.

22 Zie uitvoeriger Schelhaas 2011, p. 29 e.v.; Loos 2013, p. 81.

23 Vgl. in dit verband M.H. Wissink, 'E-commerce, algemene voorwaarden en grote wederpartijen', *NTBR* 2005/44, afl. 6, p. 262 – 266; Valk, in: *T&C Burgerlijk Wetboek*, commentaar op art. 6:234 BW, aant. 2e.

24 Zie in dit verband Hijma 2016, nr. 41b; T.J. de Graaf, 'Naar een coherente(re) implementatie van de informatieplichten met betrekking tot (algemene) voorwaarden voortvloeiend uit de e-commerce-richtlijn en dienstenrichtlijn', *NTBR* 2018/24, afl. 6, p. 174 – 183.

25 Met verwijzing naar HR 16 oktober 2020, ECLI:NL:HR:2020:1628, *NJ* 2020/392.

26 Zie de uitvoerige overwegingen van de A-G: concl. A-G Valk, ECLI:NL:PHR:2021:827, ov. 3.39 – 3.49.

moeilijk plaatsen in relatie tot deze passage uit het *KEMA-rapport* en ook ik meen dat de overweging van het hof dat 'alles afwegende' een bepaalde causale verdeling gerechtigd was, wat summier is. De manier waarop de Hoge Raad dit onderdeel verwerpt, is, gegeven de feitelijke aard van de aangevallen overwegingen van het hof, juridisch verdedigbaar, maar de benadering van de A-G spreekt mij meer aan (ook al is het aannemelijk dat de causale verdeling wellicht weinig tot niet zou verschillen bij een uitgebreidere motivering op deze punten).

5. **Conclusie en relevantie voor de (contracts)-praktijk**

Op 20 mei 2022 wees de Hoge Raad een veelzijdig arrest met relevante overwegingen over de toepassing van art. 6:235 lid 1 BW en over de risicoaansprakelijkheid van de bewaargever. Voor de contractspraktijk zijn in het bijzonder de overwegingen over de uitzondering van grote wederpartijen van de vernietigingsmogelijkheden van algemene voorwaarden uit art. 6:235 lid 1 BW van belang. Het arrest leert dat voor de toepassing van deze bepaling voldoende is dat bij de inrichting van de jaarrekening gebruik gemaakt is van art. 2:403 lid 1 BW. Niet noodzakelijk is dus dat aan alle vereisten van art. 2:403 lid 1 BW is voldaan. Alhoewel deze uitkomst goed volgbaar is en ook in overeenstemming is met de strekking van art. 6:235 lid 1 BW, heeft het arrest mijns inziens wel aanleiding gegeven om opnieuw de vraag aan de orde te stellen of deze bepaling de toets der kritiek kan doorstaan. Voorlopig is de bepaling echter nog onverminderd van kracht en de verwachting is ook niet dat dit op korte termijn zal veranderen; ik ben zeker niet de eerste die kritiek op deze bepaling uit.

Dit betekent dat het voor de contractspraktijk onverminderd van belang is dat partijen rekening houden met art. 6:235 lid 1 BW. Voor veel commerciële partijen is een beroep op de vernietigbaarheid van algemene voorwaarden namelijk niet mogelijk. Het gaat daarbij niet om de publicatieplicht van de wederpartij, maar om de daadwerkelijke publicatie van de volledige jaarrekening, al dan niet in de vorm van een geconsolideerde jaarrekening op de voet van art. 2:403 lid 1 BW. Een en ander is in het Handelsregister na te gaan. Het hier besproken arrest benadrukt wel dat dit onderzoek zo makkelijk als (binnen de door de wetgever gestelde vereisten) mogelijk moet blijven. Er hoeft enkel te worden onderzocht of 2:403 lid 1 BW daadwerkelijk is toegepast en niet ook of dit conform de daarvoor geldende vereisten correct is geschied. Aan de gebruiker van algemene voorwaarden kan de wederpartij dus niet tegenwerpen dat hij zelf niet aan de vereisten van art. 2:403 lid 1 BW voldaan heeft. De algemene voorwaarden blijven dan gewoon van toepassing vanwege art. 6:235 lid 1 BW.

Duidelijk is dat art. 6:235 lid 1 BW niet moet worden onderschat. Het mag dan wel een lelijk eendje zijn, maar het is in veel gevallen wel een toepasselijk eendje.