

BR 2021/46

De toerekening van kennis aan een aannemer als rechtspersoon en de bekendheidsuitzondering uit Geurtzen/Kampstaal.

RvA Bouw 17-11-2020, 36,886 (Uitspraak), m.nt. J.M. Henriquez & S. Overbeeke

Instantie	Raad van Arbitrage voor de Bouw
Datum	17 november 2020
Magistraten	(Mr. R.E. Weening)
Zaaknummer	36,886
Noot	J.M. Henriquez & S. Overbeeke
JCDI	JCDI:ADS263089:1
Vakgebied(en)	Bouwrecht (V) Burgerlijk procesrecht / Arbitrage Verbintenissenrecht / Overeenkomst
Brondocumenten	Uitspraak, Raad van Arbitrage voor de Bouw, 17-11-2020
Wetingang	(Art. 6:232, 6:234, 6:236 BW)

Essentie

De toerekening van kennis aan een aannemer als rechtspersoon en de bekendheidsuitzondering uit Geurtzen/Kampstaal.

Samenvatting

Voor de vraag of de UAV bij Aannemer bekend mogen worden verondersteld, is naar het oordeel van arbiter van belang welke kennis bij de vennootschap aanwezig mag worden verondersteld en niet wat de kennis is van een bij die vennootschap betrokken individu. Arbiter komt tot het oordeel dat Aannemer ten tijde van de totstandkoming van de overeenkomst bekend moet worden verondersteld met de UAV, of althans in elk geval met het arbitraal beding daarin. Onder die omstandigheden is het niet nodig dat die kennis op een of andere manier te herleiden is tot de Opdrachtgever, zoals Aannemer stelt mede naar aanleiding van een uitspraak van het Gerechtshof Den Bosch (ECLI:NL:GHSHE:2003:AL1831).

Partij(en)

SCHEIDSRECHTERLIJK INCIDENTEEL VONNIS

in een geschil tussen:

1. A.,
2. B.,

hierna gezamenlijk te noemen "C.",

eisers in de hoofdzaak,

verweerders in het incident,

en

de besloten vennootschap

D.,

en de besloten vennootschap

E.,

hierna gezamenlijk te noemen "F.",

verweersters in de hoofdzaak,

eiseressen in het incident,

Uitspraak

(...)

De Beoordeling van het bevoegdheidsincident

4.

C. en F. hebben op 21 maart 2012 een aannemingsovereenkomst gesloten voor de bouw van een woning te X. (productie 1). Die overeenkomst is onder meer gebaseerd op een bestek van G. te X. (productie 1). In artikel 1.1 van het bestek zijn de "Uniforme Administratieve Voorwaarden voor de uitvoering van werken (U.A.V.)" van toepassing verklaard.

(...)

6.

F. stelt dat de Raad van Arbitrage onbevoegd is om van het geschil kennis te nemen en dat te beoordelen. Door verwijzing in het bestek naar de "Uniforme Administratieve Voorwaarden voor de uitvoering van werken (U.A.V.)" staat niet eenduidig vast over welke voorwaarden het gaat (de UAV 1968, 1989 of 2012), zodat geen van die voorwaarden toepasselijk is, aldus F. Verder stelt zij dat de enkele verwijzing naar de UAV in het bestek onvoldoende is voor de toepasselijkheid van die voorwaarden. Mochten die voorwaarden wel van toepassing zijn, dan vernietigt F. die voorwaarden, omdat deze niet aan haar zijn overhandigd (artikel 6:233 onder b BW in samenhang met artikel 6:234 lid 1 onder a BW). Voorts is het arbitraal beding oneerlijk en/of onredelijk bezwarend: F. is een kleine onderneming en beroept zich op reflexwerking van artikel 6:236 onder n BW (de zwarte lijst).

7.

C. brengt daartegen in dat het voor de bevoegdheid van de Raad van Arbitrage niet relevant is welke versie van de UAV op de overeenkomst van toepassing is, omdat de bevoegdheid in alle versies is opgenomen. Als dan toch specifiek moet worden vastgesteld welke versie van de UAV van toepassing is verklaard, dan is dat de versie van 1989. Het bestek dateert immers van 5 juni 2011, aldus nog steeds C. Ook voert zij aan dat de enkele verwijzing in het bestek voldoende is voor toepasselijkheid. Verder beroept C. zich erop dat F. geen rechtspersoon is in de zin van artikel 6:235 sub a BW en dat F. de UAV kende, zodat haar geen beroep op vernietiging toekomt. Artikel 6:236 BW is alleen van toepassing als de wederpartij van de gebruiker van de algemene voorwaarden een natuurlijk persoon is, die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf. Daarvan is hier geen sprake, zodat F. ook op die grond geen beroep op vernietiging toekomt, aldus nog steeds C. Subsidiar beroept zij zich op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid.

(...)

11.

F. beroept zich erop dat de UAV haar niet ter hand zijn gesteld, wat door C. niet wordt betwist, en dat daarom de daarin opgenomen bedingen vernietigbaar zijn. Een wederpartij kan zich evenwel niet op die niet-terhandstelling en dus de vernietigbaarheid van een beding - zoals hier het arbitraal beding - beroepen wanneer zij ten tijde van het sluiten van de overeenkomst met dat beding bekend was of geacht kon worden daarmee bekend te zijn (HR 1 oktober 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2977, NJ 2000/207 (Geurtzen/Kampstaal)).

12.

In het onderhavige geval staat onbetwist vast dat F. - de B.V. - al vanaf 1973 particuliere woningen realiseert en voor bedrijven en organisaties de totale bouw of verbouw van kantoren, winkels of bedrijfspanden verzorgt (productie 25). In haar memorie van antwoord in het incident stelt C. dat het daarom uiterst ongeloofwaardig is dat F. de UAV niet zou kennen. In haar repliek wordt daartegenover door F. slechts gesteld dat de huidige directeur niet al vanaf 1973 actief is, maar zijn vader. De huidige directeur is wel al lang werkzaam geweest in het bedrijf van zijn vader maar alleen als medewerker en/of in uitvoerende zin. Hij was niet bij de contractvorming betrokken.

13.

Voor de vraag of de UAV bij F. bekend mogen worden verondersteld, is naar het oordeel van arbiter van belang welke kennis bij de B.V. aanwezig mag worden verondersteld en niet wat de kennis is van een bij die B.V. betrokken individu. Daar komt bij dat dit incident uitsluitend betrekking heeft op het arbitraal beding en niet op de UAV in totaliteit. Het is naar het oordeel van arbiter niet geloofwaardig om al ruim 45 jaar in de bouw actief te zijn zonder dat duidelijk is geworden dat in zeer veel bouwvoorwaarden, zowel particulier als zakelijk, wordt verwezen naar de Raad, zodat een arbitraal beding in toepasselijke algemene voorwaarden niet als een verrassing zal komen.

14.

Daarbij komt dat F., zoals C. ook aanvoert, in de door haar opgestelde overeenkomst expliciet verwijst naar "het bestek en voorwaarden [cursief: arbiter] datum 14-03-2012 plan nr. 1108" wat erop duidt dat ook F. uitging van de toepasselijkheid van de in het bestek genoemde UAV.

15.

Al deze omstandigheden tezamen, brengen arbiter tot het oordeel dat F. ten tijde van de totstandkoming van de overeenkomst met de UAV, of althans in elk geval met het arbitraal beding daarin, bekend moet worden verondersteld. Onder die omstandigheden is het niet nodig dat die kennis op een of andere manier te herleiden is tot C., zoals F., mede naar aanleiding van een uitspraak van het Hof Den Bosch (ECLI:NL:GHSHE:2003:AL1831) betoogt.

Noot

Auteur: J.M. Henriquez & S. Overbeeke^[1]

Noot

1. Inleiding

Aannemer ('F') heeft in de procedure een bevoegdheidsincident opgeworpen. Onderdeel van het betoog van Aannemer in het bevoegdheidsincident is dat de UAV niet aan haar ter hand zijn gesteld door de Opdrachtgever ('C') en dat een daarin opgenomen (arbitraal) beding om die reden vernietigbaar is. Opdrachtgever betwist niet dat de UAV niet aan Aannemer ter hand zijn gesteld. Dit feit staat dus vast.

Een wederpartij, in dit geval de Aannemer, kan zich echter niet op die niet-terhandstelling en dus de vernietigbaarheid van een (arbitraal) beding beroepen wanneer zij ten tijde van het sluiten van de overeenkomst bekend was of geacht kon worden daarmee bekend te zijn. Deze rechtsregel volgt uit een arrest van de Hoge Raad uit 1999 (HR 1 oktober 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2977, *NJ* 2000/207 Geurtzen/Kampstaal).

2. Terhandstelling van algemene voorwaarden, 'snelle gebondenheid' en de 'bekendheidsuitzondering'

Aannemer is van mening dat de UAV - en het daarin vermelde arbitragebeding - niet van toepassing zijn op de overeenkomst, omdat deze algemene voorwaarden niet aan haar zijn overhandigd c.q. ter hand zijn gesteld. Aannemer verwijst ter onderbouwing van haar standpunt naar art. 6:233 onder b BW in samenhang met art. 6:234 lid 1 onder a BW.

Opdrachtgever stelt daar tegenover dat Aannemer geen rechtspersoon is zoals bedoeld in art. 6:235 sub a BW én dat Aannemer de UAV kende. Een beroep op vernietiging van de UAV gaat derhalve niet op, aldus Opdrachtgever.

Voor de toepasselijkheid van een set algemene voorwaarden is in beginsel voldoende dat de wederpartij de (gelding van) betreffende algemene voorwaarden als geheel heeft aanvaard. Kennis van de inhoud van de algemene voorwaarden is niet vereist (art. 6:232 BW). Een wederpartij is dus snel gebonden aan algemene voorwaarden.^[2]

Arbiter vangt in dit kader aan met de opmerking dat Opdrachtgever de gebruiker is van de algemene voorwaarden (ex art. 6:231 onder b BW), omdat in het bestek, dat in opdracht van Opdrachtgever (door 'G') is opgesteld en waarop de aannemingsovereenkomst is gebaseerd, wordt verwezen naar de UAV. De verwijzing naar de UAV is op grond van art. 6:232 BW in beginsel voldoende voor de toepasselijkheid daarvan, aldus arbiter. Dit betreft de snelle gebondenheid zoals hiervoor genoemd.

Tegenover deze snelle gebondenheid staan de vernietigingsgronden waarop de wederpartij - in dit geval Aannemer - zich kan beroepen, bijvoorbeeld indien de gebruiker de wederpartij niet een redelijke mogelijkheid

^[3]

heeft geboden om van (een beding in) de algemene voorwaarden kennis te nemen.

Op dit punt kunnen er twee interessante thema's uit het arbitraal vonnis worden gedestilleerd: (a) de bekendheidsuitzondering uit Geurtzen/Kampstaal en (b) de toerekening van kennis aan een rechtspersoon. Deze annotatie gaat in op deze twee onderwerpen.

3. De bekendheidsuitzondering uit Geurtzen/Kampstaal

Arbiter stelt allereerst - met een verwijzing naar Hoge Raad 1 oktober 1999 (Geurtzen/Kampstaal) - dat een wederpartij zich niet op een niet-terhandstelling (en dus vernietigbaarheid van een beding) kan beroepen indien de wederpartij ten tijde van het sluiten van de overeenkomst met dat beding bekend was of geacht kan worden bekend te zijn.

Arbiter haalt hierbij aan dat het niet geloofwaardig is om al ruim 45 jaar in de bouw actief te zijn zonder dat duidelijk is geworden dat in zeer veel bouwvoorwaarden wordt verwezen naar de RvA, zodat een arbitraal beding in toepasselijke algemene voorwaarden de Aannemer niet als een verrassing zal komen. Daarnaast heeft Aannemer ook in de door haar opgestelde overeenkomst verwezen naar "het bestek en voorwaarden", wat erop duidt dat ook Aannemer uitging van de toepasselijkheid van de UAV.^[4]

De Hoge Raad heeft in zijn uitspraak Geurtzen/Kampstaal geoordeeld dat in art. 6:234 lid 1 BW weliswaar is geregeld hoe de gebruiker van algemene voorwaarden aan de wederpartij de mogelijkheid moet bieden om kennis te nemen van deze voorwaarden en dat dit limitatief is bedoeld, maar dat een redelijke en op de praktijk afgestemde uitleg van het hiervoor genoemde artikel meebrengt dat aan de strekking van deze regel eveneens recht wordt gedaan indien de wederpartij zich tegenover de gebruiker ook niet op vernietigbaarheid van een beding kan beroepen, wanneer hij ten tijde van het sluiten van de overeenkomst met dat beding bekend was of geacht kan worden daarmee bekend te zijn.^[5] Dit wordt in de literatuur ook wel de 'bekendheidsuitzondering' of de 'bekendheidsformule' genoemd. ^[6]

De Hoge Raad geeft in voornoemd arrest twee voorbeelden die zich zouden lenen voor de bekendheidsuitzondering: (i) 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 (ii) het geval van een van algemene voorwaarden deel uitmakende eenvoudige exoneration-clausule, die in een winkel of bedrijfsruimte op duidelijke wijze aan klanten wordt gepresenteerd.

Het Hof 's-Hertogenbosch heeft in een arrest van 22 juli 2003 (ECLI:NL:GHSHE:2003:AL1831) benadrukt dat niet uit het oog mag worden verloren dat de bekendheid (zoals bedoeld in de bekendheidsuitzondering) een gevolg dient te zijn van een activiteit van de gebruiker van de algemene voorwaarden. Volgens het hof kan niet worden gezegd dat de gebruiker de wederpartij een redelijke mogelijkheid tot kennisgeving heeft geboden (zoals bedoeld in de wet) als de wederpartij door omstandigheden die buiten de gebruiker liggen (bijv. door toedoen van een derde of door toevallige factoren) met de algemene voorwaarden bekend was. Het hof sluit af: "(...) laat staan dat daarvoor voldoende zou [kunnen] zijn dat de UAV en de AVA standaardvoorwaarden zijn binnen de bouwwereld, bij ministeriële beschikking vastgesteld zijn en dus ongebruikelijk noch onduidelijk zijn."^[7]

In 2005 lijkt het Hof Leeuwarden deze lijn voort te zetten. Het hof oordeelde onder meer dat uit het feit dat (vrijwel) alle architecten in Nederland contracteren onder de toepasselijkheid van de SR 1997 niet zonder meer volgt dat de wederpartij een toereikende mogelijkheid is geboden om kennis te nemen van het bestaan van het op de SR 1997 gebaseerde arbitraal beding, dan wel dat bij de wederpartij anderszins het bestaan van zodanig arbitraal beding kenbaar was.^[8]

De eis die het hof 's-Hertogenbosch stelt zou aansluiten bij het systeem van de wet, waarin het initiatief van de terhandstelling bij de gebruiker van de algemene voorwaarden wordt gelegd.^[9] Uit het systeem van art. 6:234 BW volgt (immers) dat de gebruiker het initiatief tot bekendmaking van de algemene voorwaarden moet nemen, en wel op zodanige wijze dat voor de wederpartij duidelijk is welke voorwaarden op de rechtsverhouding van toepassing zijn en dat de wederpartij daarvan eenvoudig kennis kan nemen (aldus de ^[10]

Hoge Raad in een arrest uit 2011).

Het arrest van het Hof 's-Hertogenbosch wordt door de Aannemer in de onderhavige arbitrale zaak aangevoerd ter onderbouwing van haar verweer dat de UAV niet aan haar ter hand zijn gesteld, maar dit betoog wordt door arbiter gepasseerd. In de gegeven omstandigheden mag de Aannemer bekend worden verondersteld met de algemene voorwaarden, althans het daarin opgenomen arbitrale beding. Onder deze omstandigheden - waarbij Aannemer al ruim 45 jaar in de bouw actief is en Aannemer heeft verwezen naar het bestek én de voorwaarden - is het volgens arbiter niet nodig dat de kennis op een of andere manier te herleiden is tot de Opdrachtgever. Hiermee wijkt het oordeel van de arbiter af van het oordeel van het hof.

Dat arbiter de bekendheidsuitzondering op deze wijze hanteert, is overigens niet nieuw. In een uitspraak uit 2011 heeft een arbiter van de RvA geoordeeld dat, nu de wederpartij heeft verklaard al 40 jaar werkzaam te zijn in de metselbranche en daarbij meermalen heeft gewerkt voor aannemers onder toepasselijkheid van de UAV 1989, de wederpartij ten tijde van het sluiten van de overeenkomst met de inhoud van die voorwaarden bekend was of geacht kon worden daarmee bekend te zijn. Om die reden slaagde het beroep tot vernietiging van de algemene voorwaarden - vanwege het ontbreken van een terhandstelling - niet.^[11]

Ook in het recente arbitraal vonnis van de RvA d.d. 11 augustus 2020 is op eenzelfde wijze geoordeeld. In deze zaak - die op (opvallend) veel punten erg vergelijkbaar is met de onderhavige uitspraak - deed de aannemer een beroep op vernietigbaarheid van het arbitraal beding in de UAV 1989 met als onderbouwing dat de UAV 1989 door de opdrachtgevers niet aan haar ter hand zijn gesteld. Arbiter oordeelde dat de aannemer al vanaf 1973 particuliere woningen realiseert en voor bedrijven en organisaties de totale (ver)bouw van kantoren, winkels of bedrijfspanden verzorgd. Het was niet geloofwaardig dat een B.V. al ruim 45 jaar actief in de bouw is zonder dat duidelijk is geworden dat in veel bouwvoorwaarden wordt verwezen naar de RvA. Eveneens had de aannemer in correspondentie (na het sluiten van de overeenkomst) naar de UAV verwezen. Al deze omstandigheden tezamen bracht arbiter tot het oordeel dat de UAV, althans het arbitraal beding, bekend mochten worden verondersteld.^[12]

Voor de invulling van de bekendheidsuitzondering kijken de arbiters van de RvA dus niet (alleen) of de gebruiker de algemene voorwaarden aan de wederpartij heeft verstrekt voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomst. De arbiters kijken ook naar de overige feiten en omstandigheden. Als de wederpartij in het verleden - en dus niet uitsluitend in haar relatie met de gebruiker - in aanraking is geweest met de betreffende algemene voorwaarden (althans het arbitraal beding), kan worden aangenomen dat de wederpartij bekend is (dan wel mag worden verondersteld) met deze algemene voorwaarden (althans het arbitraal beding).

Ook lijken de arbiters waarde te hechten aan het feit dat een partij al meerdere decennia werkzaam is binnen de bouwbranche en dat in veel standaardvoorwaarden die gehanteerd worden in de bouw de RvA als bevoegde geschilleninstantie wordt aangewezen. Hijma stelt in dit kader in zijn noot bij het arrest Geurtzen/Kampstaal dat in de bekendheidsformule de individuele wetenschap weliswaar geobjectiveerd wordt benaderd, maar dat dit nog niet betekent dat met een soort van collectieve wetenschap kan worden volstaan. Wil uit bekendheid binnen een bepaalde groep een individueel ' *geacht kunnen worden bekend te zijn*' kunnen worden afgeleid, dan zal de inschakeling van de betrokken voorwaarden in die groep dermate intensief moeten zijn, dat de gebruiker - bij het aangaan van de overeenkomst - menselijkerwijs gesproken *als zeker mag beschouwen* dat de wederpartij de clausules kent althans een exemplaar daarvan in handen heeft, aldus Hijma.^[13] Kijkend naar de uitspraken van de arbiters van de RvA, concluderen wij dat arbiters menen dat aan deze eis is voldaan.^[14]

De reden achter deze manier van invullen van de bekendheidsuitzondering door arbiters van de RvA zou kunnen worden gevonden in de ratio achter art. 6:233 aanhef en sub b jo. art. 6:234 BW, namelijk de waarborging dat de wederpartij voor contractsluiting daadwerkelijk kennis zou kunnen nemen van de inhoud van de algemene voorwaarden zodat hij een beslissing kan nemen over het al dan niet akkoord gaan met de algemene voorwaarden.^[15] Zoals Snijders stelt, zou een wederpartij die vernietiging vordert van de algemene voorwaarden, omdat deze niet door de gebruiker zijn verstrekt terwijl hij wél bekend is met deze algemene voorwaarden, vragen om bescherming die hij niet nodig heeft.^[16]

Wij volgen Snijders hierin en in onze optiek wordt terecht door de arbiter in de onderhavige uitspraak meer

aandacht besteed aan alle omstandigheden van het geval dan (enkel) de vraag of de wederpartij door een actieve handeling van de gebruiker op de hoogte is gesteld van de algemene voorwaarden. Dit zou er immers toe leiden dat Aannemer, een aannemer die hoogstwaarschijnlijk al eerder gebruik heeft gemaakt van c.q. in aanraking is gekomen met de algemene voorwaarden die door de gebruiker van toepassing zijn verklaard, simpelweg de toepasselijkheid van de algemene voorwaarden opzij kan schuiven door te stellen dat de algemene voorwaarden door de gebruiker niet aan haar zijn verstrekt. Alhoewel dit mogelijk afbreuk doet aan de rechtszekerheid, is maatwerk in situaties zoals het onderhavige wenselijk.

Kort en goed kan uit voorgaande uitspraken worden geconcludeerd dat arbiters van de RvA een afwijkende zienswijze hebben dan de civiele rechter met betrekking tot de bekendheidsclausule en (het al dan niet hanteren van) het vereiste dat de bekendheid met de algemene voorwaarden bij de wederpartij moet voortvloeien uit een actieve handeling van de gebruiker. De vraag of een partij zich succesvol kan beroepen op vernietiging van een beding in de algemene voorwaarden kan dus afhangen van de instantie waar het geschil wordt beslecht.

4. Bekendheid van de vennootschap (en niet van het individu) is van belang

Het tweede interessante thema uit het arbitraal vonnis, is dat arbiter beslist dat voor de vraag of bij Aannemer de UAV (althans het arbitraal beding) bekend mogen worden verondersteld van belang is welke kennis bij de B.V. aanwezig mag worden verondersteld en niet wat de kennis is van een bij die B.V. betrokken individu.^[17] Het gaat dus om een geobjectiveerde norm en niet om de kennis die de natuurlijke personen die werkzaam zijn bij die rechtspersoon concreet hebben (subjectieve norm).

Katan schrijft in haar proefschrift over de toerekening van kennis aan rechtspersonen dat bij objectieve kennis, naast kennis van bepaalde feiten en omstandigheden, een bepaald kennisniveau wordt verwacht: kennis van wat gebruikelijk is in een bepaalde branche, feiten van algemene bekendheid, ervaringsregels, etc.^[18] Het oordeel over wat een partij geacht wordt te weten, is daarbij een puur normatief oordeel. Het oordeel dat iemand geacht wordt een bepaalde omstandigheid te kennen, zal - aldus nog steeds Katan - voortkomen uit een veronderstelling over iemands deskundigheid.^[19]

Maar hoe wordt bepaald welke kennis bij de rechtspersoon mag worden verondersteld? Een rechtspersoon is geen mens. Een rechtspersoon heeft in principe ook geen kennis en kan niet denken.^[20] Uit de literatuur volgt dat er in beginsel twee manieren zijn om kennis bij een rechtspersoon aan te nemen: (i) toerekening van kennis van fysieke personen aan de rechtspersoon en (ii) aanneming van wetenschap van de rechtspersoon zelf. Dit laatste zou kunnen blijken uit een bepaalde feitelijke gang van zaken binnen een bedrijf, bedrijfsbeleid of een bedrijfscultuur.^[21]

Als wij de uitspraak van de arbiter nader beschouwen, lijkt het erop dat er in het onderhavige geval uit is gegaan van een aanneming van wetenschap van de rechtspersoon zelf (manier ii). De bekendheid met het arbitraal beding werd door de arbiter bij de B.V. als bekend verondersteld, omdat (onder meer) de B.V. al 45 jaar actief is in de bouw en het niet geloofwaardig is dat niet duidelijk is geworden dat in zeer veel bouwvoorwaarden een arbitraal beding is opgenomen. Het kennisniveau dat van Aannemer wordt verwacht hangt dus samen met hetgeen gebruikelijk is in de (bouw)branche waarin Aannemer al een langere tijd actief is.

Het oordeel van arbiter zou ook op een andere wijze kunnen worden onderbouwd. In deze zaak zou kunnen worden gesteld dat er sprake is van, zoals Katan dit noemt, "kennisversplintering": de situatie waarin het individu dat betrokken is bij het te beoordelen aspect van de rechtsverhouding - de handelende functionaris - niet beschikt over de daarvoor relevante informatie, terwijl die informatie elders binnen de organisatie wel aanwezig is of is geweest.^[22]

Aannemer, als zijnde de B.V., is al sinds 1973 actief. Aannemer stelt echter dat de huidige directeur niet al vanaf 1973 actief is, maar dat zijn vader sinds die tijd actief is. De huidige directeur is wel al lang werkzaam binnen het bedrijf, maar alleen als medewerker en/of in uitvoerende zin. De huidige directeur was niet bij contractvormingen betrokken. Hieruit blijkt (enkel) dat de huidige directeur mogelijk niet op de hoogte is van

het feit dat er in veel bouwvoorwaarden een arbitraal beding is opgenomen. De personen die zich binnen de B.V. wél bezighouden met de contractvorming - of zijn vader die al sinds 1973 actief is in de bouw - zullen hoogstwaarschijnlijk wel op de hoogte zijn van dit feit.

Katan heeft in haar proefschrift een aantal ratio's behandeld voor de toerekening van kennis aan een rechtspersoon. Een van deze ratio's is het beheersen van risico's: degene die het risico creëert dat informatie niet adequaat wordt gebruikt of is gedeeld (dus: kennisversplintering), is ook de aangewezen persoon om maatregelen te nemen om dat risico te beperken.^[23] De verantwoordelijkheid voor het voorkomen dan wel beperken van kennisversplintering wordt daarmee bij de (rechts)persoon gelegd.

In het onderhavige geval zou dus kunnen worden gesteld dat Aannemer als B.V. verantwoordelijk is voor het voorkomen van kennisversplintering binnen de B.V. Nu die kennisversplintering zich heeft voorgedaan, komt dit voor risico en rekening van de B.V. Aannemer kan zich in dat geval dus niet verschuilen achter de (subjectieve) kennis van de huidige directeur, als binnen de B.V. (hoogstwaarschijnlijk) personen werkzaam zijn die wel de benodigde kennis bezitten.

Twee andere ratio's die Katan noemt kunnen eveneens het oordeel van de arbiter ondersteunen: (i) het voorkomen van misbruik en (ii) het vertrouwensbeginsel c.q. eenheid van organisatie.

Toerekening van bepaalde kennis aan een rechtspersoon kan ook voortvloeien uit de gedachte dat voorkomen moet worden dat een rechtspersoon de rechtsgevolgen van het hebben van een bepaalde wetenschap c.q. bepaalde kennis kan ontwijken door een 'argeloze' gevolmachtigde naar voren te schuiven. De kennis van een 'wetende natuurlijke persoon' binnen de rechtspersoon - bijvoorbeeld de personen die zich binnen Aannemer wel bezig hielden met de contractvorming of de vader van de huidige directeur - moet om die reden kunnen worden toegerekend, ook al wist de handelende functionaris - de huidige directeur - van niets.^[24]

De laatste ratio ziet op het vertrouwen van een partij. Het arbitraal vonnis laat hier niet veel over los, maar het is goed denkbaar dat Opdrachtgever bij haar contact met Aannemer de B.V. heeft beschouwd als een eenheid (en als haar wederpartij). Volgens Katan is het in dergelijke gevallen niet altijd duidelijk wie binnen de organisatie welke verantwoordelijkheid heeft. Opdrachtgever had er in dat kader op mogen vertrouwen dat de relevante informatie die nodig was voldoende zou worden gedeeld binnen die organisatie.^[25] Het voorgaande rechtvaardigt de toerekening van bepaalde kennis aan een rechtspersoon, in dit geval Aannemer als zijnde de B.V.

5. Tot slot

De uitspraak van de arbiter van de RvA lijkt in eerste opzicht mogelijk een eenvoudige, maar aan het oordeel liggen wel degelijk twee complexe juridische vraagstukken ten grondslag, te weten de bekendheidsuitzondering uit Geurtzen/Kampstaal en de toerekening van kennis aan een rechtspersoon. Gelet op de complexiteit van de onderliggende materie raden wij arbiters aan om in vervolguitspraken een nadere toelichting te verstrekken, hetgeen de acceptatie van de beslissing zal doen vergroten. Niet in de laatste plaats omdat ook het onderhavige arbitrale vonnis duidelijk maakt dat er verschillende opvattingen (kunnen) heersen bij de civiele rechter en de arbiters van RvA over dit onderwerp.

Voetnoten

[1] Jacob Henriquez is advocaat en partner Bouw & Vastgoed bij Ploum. Simone Overbeeke is advocaat Bouw & Vastgoed bij Ploum.

[2] Asser/Van den Berg 7-VI 2017/10a, M.B.M. Loos, 'Algemene voorwaarden in de bouw', *BR* 1998, par. 17 en Valk in: *T&C BW*, commentaar op art. 6:232 BW.

[3] Asser/Van den Berg 7-VI 2017/10a, M.B.M. Loos, 'Algemene voorwaarden in de bouw', *BR* 1998, par. 17 en Valk in: *T&C BW*, commentaar op art. 6:232 BW.

[4] R.o. 13-14.

[5] HR 1 oktober 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2977, *NJ* 2000/207 (*Geurtzen/Kampstaal*), r.o. 3.4.

[6] Bijv. J. Hijma in de noot bij HR 1 oktober 1999, *NJ* 2000/207; M.H. Wissink, 'Terhandstelling van algemene voorwaarden: verschil in toepassing van de 'bekendheidsuitsondering' op de wettelijke terhandstellingsplicht', *Contracteren* 2006/3 en H.J.S.M. Langbroek, 'Het bieden van een redelijke mogelijkheid om kennis te nemen van algemene voorwaarden: de laatste stand van zaken', *ORP* 2011/3, p. 23.

[7] Hof 's-Hertogenbosch 22 juli 2003, ECLI:NL:GHSHE:2003:AL1831, r.o. 4.9.2.

[8] Hof Leeuwarden 24 augustus 2005, ECLI:NL:GHLEE:2005:AU1555, r.o. 15.

[9] M.H. Wissink, 'Terhandstelling van algemene voorwaarden: verschil in toepassing van de 'bekendheidsuitsondering' op de wettelijke terhandstellingsplicht', *Contracteren* 2006/3, p. 64.

[10] HR 11 februari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO7108, r.o. 3.4.2.

[11] Raad van Arbitrage voor de Bouw 12 juli 2011, nr. 71.585, r.o. 18.

[12] Raad van Arbitrage voor de Bouw 11 augustus 2020, nr. 36.902, r.o. 8-14.

[13] Hijma, *Algemene voorwaarden (Mon. BW nr. B55)*, 2016/38.

[14] Zie Raad van Arbitrage voor de Bouw 12 juli 2011, nr. 71.585, Raad van Arbitrage voor de Bouw d.d. 11 augustus 2020, nr. 36.902 en de onderhavige uitspraak.

[15] M.B.M. Loos, *Algemene voorwaarden*, Den Haag: Boom Juridisch 2018, p. 115-116.

[16] Noot van H.J. Snijders bij HR 6 april 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB0901, *NJ* 2002/385, par. 2d.

[17] Raad van Arbitrage voor de Bouw 17 november 2020, 36.886, r.o. 11-12.

[18] B.M. Katan, *Toerekening van kennis aan rechtspersonen* (diss. Radboud Universiteit Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 33.

[19] B.M. Katan, *Toerekening van kennis aan rechtspersonen* (diss. Radboud Universiteit Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 40.

[20] R.P.J.L. Tjittes, *Commercieel Contractenrecht*, Den Haag: Boom Juridisch 2018, p. 145 en 152.

[21] R.P.J.L. Tjittes, *Commercieel Contractenrecht*, Den Haag: Boom Juridisch 2018, p. 152. Zie ook B.M. Katan, ' *Toerekening van kennis aan rechtspersonen* ', proefschrift Wolters Kluwer 2017, p. 50.

[22] B.M. Katan, *Toerekening van kennis aan rechtspersonen* (diss. Radboud Universiteit Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 232.

[23] B.M. Katan, *Toerekening van kennis aan rechtspersonen* (diss. Radboud Universiteit Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 70-71.

[24] B.M. Katan, *Toerekening van kennis aan rechtspersonen* (diss. Radboud Universiteit Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 71-72.

[25] B.M. Katan, *Toerekening van kennis aan rechtspersonen* (diss. Radboud Universiteit Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 72-74.