

Lezing Algemene Voorwaarden
(Mr P.F.W.A. van Dam - 2001)

1. Inleiding.

Algemene Voorwaarden. Iedereen kent ze, doch bijna niemand leest ze. Algemene Voorwaarden worden al eeuwenlang gehanteerd. Echter pas sinds de laatste 100 jaar is het gebruik, ook ten aanzien van consumenten, dat wil zeggen particulieren, toegenomen.

Algemene Voorwaarden hebben voor de gebruiker vele voordelen. Ik som er enkele op:

- a. het gebruik van Algemene Voorwaarden voorkomt tal van conflicten;
- b. het bespaart tijdrovende en kostbare onderhandelingen;
- c. het maakt planning en kostencalculatie mogelijk;
- d. het betekent gewoonlijk, dat het contract deskundiger is geredigeerd dan wanneer partijen de redactie zelf ter hand zouden hebben genomen.

Variërend op Johan Cruyff: "ieder voordeel heb z'n nadeel".

Deze lopen uiteen voor de gebruiker (welke overigens door de wet wordt gedefinieerd als degene die de Algemene Voorwaarden in een overeenkomst gebruikt) en voor de wederpartij (in de wet gedefinieerd als degene die door ondertekening van een geschrift of op andere wijze de gelding van de Algemene Voorwaarden heeft aanvaard).

Voor de gebruiker heeft veelal het routinematig inschakelen van Algemene Voorwaarden het bezwaar dat er van alles mis kan gaan, bijvoorbeeld:

- de verwijzing geschiedt in een daartoe niet geschikt geacht document, bijvoorbeeld een circulaire of factuur;
- er wordt naar twee of meer sets Algemene Voorwaarden verwezen, zonder dat duidelijk is welke van die sets van toepassing zijn;
- het briefpapier wordt gebruikt om een ander type transactie te bevestigen dan waarvoor de Algemene Voorwaarden zijn opgesteld.

Uiteraard heeft het gebruik van Algemene Voorwaarden voor de wederpartij nog veel meer nadelen.

Ik noem drie categorieën hoofdbezwaren:

- versluiering van een deel van de contractsinhoud;
- eenzijdig opstellen ten gunste van de gebruiker;
- het veelal ontbreken van de machtspositie van de wederpartij om daarin verandering te brengen.

Met de invoering van het Nieuw Burgerlijk Wetboek in 1992 heeft de wetgever getracht een zekere balans te brengen in de rechtspositie tussen de gebruiker en de wederpartij met betrekking tot Algemene Voorwaarden.

Die balans is verder aangescherpt door Europese regelgeving, met name de EG-richtlijn van 5.4.1993.

2. Definitie "Algemene Voorwaarden".

Ik heb al veelvuldig de term "Algemene Voorwaarden" gebruikt. Wat zijn dat nu precies? Laat ik deze vraag eens aan u voorleggen aan de hand van wat voorbeelden.

- a. De FENEX condities.
- b. De door een rederij als P&O Nedlloyd gehanteerde cognossemmentsbepalingen.
- c. Algemene polisbepalingen van een beurspolis, bijvoorbeeld de Nederlandse Beurspolis voor Landmateriaal.
- d. Een door een werf, zeg Vlaardingen Oost, gebruikte standaard arbeidsovereenkomst voor lassers.

e. Een bordje bij een garderobe van een theater, waarop staat dat "de directie zich niet aansprakelijk acht voor verlies en diefstal van in bewaring gegeven kleding-stukken".

Het Burgerlijk Wetboek geeft in de titel omtrent Algemene Voorwaarden, meer in het bijzonder in artikel 6:231 lid 1 BW een definitie van Algemene Voorwaarden. Onder Algemene Voorwaarden worden verstaan:

"Algemene Voorwaarden zijn ??n of meer schriftelijke bedingen die zijn opgesteld teneinde in een aantal overeenkomsten te worden opgenomen, met uitzondering van de bedingen die de kern van de prestatie aangeven, voor zover deze laatstgenoemde bepalingen duidelijk en begrijpelijk zijn geformuleerd."

Eenmaal deze definitie gelezen hebbende, lijkt het er op dat alle door mij gegeven voorbeelden vallen onder het begrip "Algemene Voorwaarden".

Er is ??n uitzondering, te weten de standaard arbeidsovereenkomst. Deze is wettelijk uitgesloten. (artikel 6:245 BW).

Hoewel de term "Algemene Voorwaarden" een samenstelsel van bedingen suggereert, blijkt dat volgens de definitie niet noodzakelijk. Het beding moet of de bedingen moeten wel bestemd zijn om meerdere malen te worden gebruikt.

Voorts valt in de definitie op dat een aantal bedingen g??n Algemene Voorwaarden kunnen zijn, en wel de bedingen die de kern van de prestaties weergeven.

Daarbij is niet bepalend of het beding een voor de gebruiker of voor beide partijen belangrijk punt regelt, noch of partijen het beding zelf tot een kernbeding kunnen bestempelen, maar slechts of het naar objectieve maatstaven gaat om de essentie van de overeengekomen verplichtingen.

Jurisprudentie leert dat het begrip "kernbeding" zo beperkt mogelijk dient te worden opgevat (HR 19.9.97, NJ 98,6 Assoud/sporttotalisator).

De vuistregel die kan worden gehanteerd is dat uitgezonderde kernbedingen in ieder geval de essentiële punten van de overeenkomst betreffen, dat wil zeggen die punten zonder welke een overeenkomst niet tot stand komt. Zo behoort de te betalen prijs of de te leveren goederen cq de te verrichten diensten tot de kernbedingen. Daarvan dienen te worden onderscheiden de bedingen die worden opgenomen naar aanleiding van een kernbeding, bijvoorbeeld bepalingen binnen welk tijdsbestek een bepaalde prijs betaald dient te worden.

3. Toepasselijkheid.

Een vraag die veel rechtspraak in het verleden heeft opgeleverd en nog steeds rechtspraak genereert, is de vraag of de toepasselijkheid van de Algemene Voorwaarden is overeengekomen.

Immers, het hebben cq hanteren van Algemene Voorwaarden betekent niet automatisch dat ze van toepassing zijn.

De vraag of de toepasselijkheid van Algemene Voorwaarden is overeengekomen, moet worden beantwoord aan de hand van de wettelijke bepalingen over "aanbod" en "aanvaarding", alsmede aan de hand van de regels betreffende totstandkoming van rechtshandelingen in het algemeen.

Onder "aanbod", waarvan de wet geen definitie geeft, zal i.c. veelal verstaan moeten worden het toepasselijk (willen) verklaren van een set Algemene Voorwaarden. De wijze waarop het aanbod plaatsvindt, kan in beginsel in iedere vorm geschieden en kan zelfs opgesloten liggen in gedragingen. Te denken is aan bijvoorbeeld een mondelinge of schriftelijke toepasselijkheidsverklaring, terhandstelling van Algemene Voorwaarden, vermelding dat Algemene Voorwaarden zijn gedeponereerd en ter inzage liggen, bijvoorbeeld bij een griffie van de Rechtbank of bij de Kamer van Koophandel. Zelfs vermelding van voorwaarden op een bord dat op een duidelijk zichtbare plaats is aangebracht, heeft te gelden als aanbod.

"Aanvaarding" is een tot de aanbieder gerichte wilsverklaring, welke in beginsel ook in iedere vorm kan geschieden. Bij een garderobe met een

aansprakelijkheidsuitsluiting, bijvoorbeeld, geschiedt aanvaarding door het (toch) overhandigen van een jas.

Uit artikel 6:232 BW volgt dat het voldoende is dat de gelding van het geheel van de voorwaarden is aanvaard. Met andere woorden, de wederpartij kan zich niet op het standpunt stellen dat ??n of meerdere bedingen uit de voorwaarden tussen partijen niet zijn komen te gelden omdat hij de inhoud van die bedingen niet kende en ook niet op de grond dat die bedingen ongebruikelijk zijn of dat hij anderszins een beding van die inhoud niet behoefde te verwachten.

Artikel 6:232 BW heeft zelfs tot gevolg dat de wederpartij gebonden is aan aanvaarde voorwaarden als de gebruiker van de voorwaarden begreep of moest begrijpen dat de wederpartij daar de inhoud van niet kende.

In dit verband kan als voorbeeld worden verwezen naar de recente uitspraak van de Hoge Raad van 2 februari 2001 (S&S 2001, 74) betreffende de toepasselijkheid van FENEX-voorwaarden tussen Petermann en Frans Maas.

Als opmerking vooraf vermeld ik dat op internationale overeenkomsten de afdeling omtrent Algemene Voorwaarden in boek 6 BW niet van toepassing is (artikel 6:247 BW).

In het arrest Petermann/Frans Maas gaat het over onder de FENEX-condities gewezen arbitrale vonnissen tussen Frans Maas als expediteur en haar Duitse opdrachtgever Handelsonderneming Petermann die - veroordeeld tot betaling - vernietiging van de arbitrale vonnissen vordert.

Petermann meent dat de FENEX-voorwaarden met daarin de arbitrage-clausule niet tussen hem en Frans Maas van toepassing zijn.

Petermann trekt het evenwel niet. Immers, het navolgende was aan de hand.

Petermann, die voor de eerste maal zaken deed met Frans Maas, vroeg aan Frans Maas een offerte voor het verzorgen van expeditiewerkzaamheden. Daarbij werd tevens gevraagd om mededeling van de gehanteerde "leveringsvoorwaarden". Frans Maas deed een kostenopgave. Onderaan het briefpapier van die kostenopgave door Frans Maas werd in de Nederlandse taal verwezen naar de FENEX-voorwaarden.

De Rechtbank meent dat de FENEX-voorwaarden niet van toepassing zijn omdat ze, bij een eerste contact tussen een Nederlandse expediteur en een buitenlandse opdrachtgever, niet als bestendig gebruikelijk kunnen worden beschouwd.

Het Hof te 's-Gravenhage daarentegen vernietigde het vonnis van de Rechtbank en wijst de vordering tot vernietiging van de arbitrale vonnissen alsnog af.

De Hoge Raad laat het arrest van het Hof in stand, daarbij overwegende dat het Hof kennelijk en niet onbegrijpelijk heeft geoordeeld. Ook al was de voorgedrukte verwijzing naar de FENEX-condities aan de voet van de aan Petermann toegezonden brief, in tegenstelling tot de overige correspondentie, niet in het Duits maar in het Nederlands gesteld, dan had die verwijzing voor Petermann, die als internationaal opererende handelsonderneming ervan op de hoogte is dat dit soort voetteksten verwijzing naar Algemene Voorwaarden kunnen bevatten, aanleiding 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.

Die rechtsopvatting van het Hof is niet onjuist, omdat het niet nader vragen, bij Frans Maas het gerechtvaardigde vertrouwen heeft gewekt dat Petermann instemde met de toepasselijkheid van FENEX-voorwaarden. In het oordeel van het Hof dat Frans Maas er op mocht vertrouwen dat Petermann instemde met de toepasselijkheid van de FENEX-voorwaarden, ligt, aldus de Hoge Raad, tevens besloten dat op Frans Maas geen plicht rustte te onderzoeken of Petermann zich ervan bewust was dat de Nederlandstalige verwijzing op het briefpapier naar FENEX-voorwaarden betekende dat deze voorwaarden tussen partijen van toepassing zouden zijn.

De snelle toepasselijkheid van Algemene Voorwaarden op grond van artikel 6:232 BW -het is niet noodzakelijk dat de gebruiker meent dat de wederpartij de inhoud van de voorwaarden kende - heeft haar complement of zo men wil tegenhanger in de mogelijkheid een beding uit die Algemene Voorwaarden te vernietigen, indien een

beding onredelijk bezwarend is of geen redelijke mogelijkheid is geboden om van de Algemene Voorwaarden kennis te nemen.
Ik kom daarop terug.

Van een geldig aanbod kan geen sprake zijn indien de gebruiker bij de schriftelijke bevestiging of ander document betreffende een reeds bestaande (en complete) overeenkomst naar Algemene Voorwaarden verwijst. Een bekend voorbeeld daarvan is een verwijzing naar Algemene Voorwaarden op facturen. Een factuur is evenwel een sluitstuk van een overeenkomst. Indien die op de factuur genoemde voorwaarden niet voorafgaande aan de overeenkomst of uiterlijk bij het sluiten van de overeenkomst van toepassing zijn verklaard (en aanvaard), dan komt aan de enkele verwijzing op de factuur geen betekenis toe. Met andere woorden, ze hebben niet te gelden.

Bovendien betekent een dergelijke verwijzing op zichzelf beschouwd evenmin dat de voorwaarden op volgende transacties tussen dezelfde partijen w.l van toepassing zouden zijn.

Een verwijzing op een factuur of op een orderbevestiging kan w.l tot toepasselijkheid van Algemene Voorwaarden leiden indien partijen reeds veelvuldig met elkaar zaken hebben gedaan en telkenmale door de gebruiker wordt verwezen naar voorwaarden. Dan kunnen voorwaarden desalniettemin op een nieuwe overeenkomst van toepassing zijn, omdat alsdan de wederpartij van de gebruiker van de voorwaarden erop bedacht had moeten zijn, op basis van eerdere overeenkomsten, dat de gebruiker van de voorwaarden slechts overeenkomsten zou sluiten waarbij die voorwaarden onderdeel van de overeenkomst zouden uitmaken. Ik teken hierbij evenwel aan, dat er dan wel sprake moet zijn van een goede en regelmatige reeks van overeenkomsten tussen partijen. In de rechtspraak is reeds uitgemaakt dat verwijzing op twee eerdere facturen onvoldoende is om voorwaarden waarnaar wordt verwezen, op een derde overeenkomst van toepassing te doen zijn (Hof Arnhem 24.11.97, NJ 98,753) - vijf eerdere facturen lijkt wel voldoende; (Hof 's-Hertogenbosch 28.10.97 Prg 98, 4888).

In dit kader stip ik ook nog aan een verwijzing van een gebruiker naar twee of meerdere sets voorwaarden tegelijk.

Indien wordt verwezen naar twee of meerdere onderling verschillende sets voorwaarden zonder dat op enigerlei wijze, voor de wederpartij begrijpelijke en niet onredelijk bezwarende wijze is aangegeven of nader is geregeld welke van die sets in het gegeven geval van toepassing zijn, zal geen van die sets voorwaarden deel uitmaken van de overeenkomst (HR 28.11.97 NJ 98, 705).

4. Uitleg.

Naast de vraag of Algemene Voorwaarden zijn overeengekomen, is het uiteraard van belang hoe Algemene Voorwaarden dienen te worden uitgelegd.

Ook voor de uitleg van Algemene Voorwaarden gelden in beginsel de gewone regels, zeg in juridische termen, geldt de vertrouwensleer. Bij wat "Partijen zijn overeengekomen" komt het in het algemeen aan op de zin die partijen over en weer redelijkerwijze aan elkaars verklaringen en gedragingen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten, waarbij van belang kan zijn de maatschappelijke kringen waartoe zij behoren en welke rechtskennis van zodanige partijen kan worden verwacht.

Deze uitleg, ook wel bekend als het Haviltex-criterium - afkomstig uit het Arrest van de Hoge Raad van 1981 inzake Haviltex - is onbetwist.

Recentelijk nog in zijn uitspraak van 26 oktober 2001 heeft de Hoge Raad deze maatstaf bij de uitleg van de tussen partijen overeengekomen regeling bevestigd (HR 26.10.2001 JOL 2001, 567).

(N.B.: Deze uitspraak handelde overigens niet over Algemene Voorwaarden doch over een uitleg van een overeenkomst in het algemeen. Het ging daarbij over de uitleg van de term "as agents" in een door scheepsagenten ondertekende betalingsregeling welke term, naar werd gesteld, in scheepvaartkringen betekent "for and on behalf of Owners".)

W•1 dient te worden aangenomen, in verband met de aard van de Algemene Voorwaarden, dat de uitleg geobjectiveerd moet geschieden, dat wil zeggen dat een uitleg plaats moet vinden met het oog op de doorsnee wederpartij. Derhalve dient niet te worden uitgegaan van een extreem "domme" partij of een extreem "deskundige" partij.

In het kader van uitleg sta ik even stil bij het onderscheid dat het Burgerlijk Wetboek maakt ten aanzien van Algemene Voorwaarden welke door de gebruiker worden gehanteerd in het kader van overeenkomsten met particulieren die niet in een beroepsmatige of bedrijfsmatige hoedanigheid handelen, ook wel consumenten genaamd. Indien Algemene Voorwaarden worden gehanteerd in het kader van overeenkomsten met particuliere consumenten, kent het Burgerlijk Wetboek een wettelijke contra-proferentem regel, dat wil zeggen dat in het kader van die overeenkomsten in geval van twijfel over een betekenis van een beding in Algemene Voorwaarden de voor de consument gunstigere interpretatie geldt (artikel 6:238 lid 2 BW).

Voorts dient men bij de uitleg van voorwaarden in consumenten overeenkomsten bedacht te zijn op Europese regelgeving.

Met name de Europese richtlijn betreffende oneerlijke bedingen in consumenten overeenkomsten van 1993 is van belang.

De Nederlandse Hoge Raad heeft bepaald dat de Nederlandse regels betreffende Algemene Voorwaarden, waarvan de wetgever heeft geoordeeld dat zij de richtlijn incorporeren, aldus moeten worden uitgelegd dat zij aan consumenten tenminste dezelfde bescherming bieden als de richtlijn, terwijl de richtlijn aan een verdergaande bescherming in het Nederlandse recht niet in de weg staat (HR 19.9.97 NJ 98, 6; Assoud/Sporttotalisator).

5. Vernietigbaarheid.

De kwestie die de vraag omtrent toepasselijkheid van Algemene Voorwaarden recentelijk naar de achtergrond heeft verdrongen, is het beroep op de vernietigbaarheid van ??n of meerdere bedingen in Algemene Voorwaarden.

Vernietigbaarheid geeft de wederpartij de bevoegdheid om ??n of meerdere bedingen in Algemene Voorwaarden te vernietigen, dat wil zeggen buiten toepassing te verklaren, als waren zij niet bestaand.

De grondslag daarvoor, welke is te vinden in artikel 6:233 BW, is tweerlei. Artikel 6:233 BW bepaalt het navolgende:

"Een beding in Algemene Voorwaarden is vernietigbaar:

a. Indien het, gelet op de aard en de overige inhoud van de overeenkomst, de wijze waarop de voorwaarden tot stand zijn gekomen, de wederzijds kenbare belangen van partijen en de overige omstandigheden van het geval, onredelijk bezwarend is voor de wederpartij;

of

b. Indien de gebruiker aan de wederpartij niet de redelijke mogelijkheid heeft geboden om van de Algemene Voorwaarden kennis te nemen."

Dit artikel, dat een centrale plaats inneemt van de wettelijke regeling van de Algemene Voorwaarden, geeft derhalve in twee gevallen de wederpartij bevoegdheid ??n of meer of zelfs alle bedingen in Algemene Voorwaarden te vernietigen.

Uitgaande van een ruime omschrijving van Algemene Voorwaarden (zie de eerder aangehaalde definitie van Algemene Voorwaarden) en een snelle toepasselijkheid daarvan in een overeenkomst (ik verwijs naar het eerder besproken artikel 6:232 BW)

- beide in het belang van de rechtszekerheid -, biedt artikel 6:233 BW onder a. voor alle bedingen in Algemene Voorwaarden die in een overeenkomst zijn opgenomen en niet als kernbedingen kunnen worden beschouwd (ongeacht of de wederpartij ze kende of niet) een ruime maatstaf voor inhoudelijke toetsing: vernietigbaar is elk beding dat, kort gezegd, onredelijk bezwarend voor de wederpartij is.

Voorts is vernietigbaar een beding in de Algemene Voorwaarden indien de wederpartij niet op eenvoudige wijze van de voorwaarden kennis heeft kunnen nemen (artikel 6:233 BW onder b.).

De algemene norm van artikel 6:233 BW onder a. wordt onder meer uitgewerkt in onder meer twee lijsten met clausules voor consumenten overeenkomsten. De eerste lijst, ook wel de "zwarte lijst" genoemd (artikel 6:236 BW), somt bedingen op die steeds onredelijk bezwarend (en dus vernietigbaar) zijn in het kader van overeenkomsten met consumenten. De tweede lijst, ook wel de "grijze lijst" genoemd (artikel 6:237 BW), gaat uit van een vermoeden van onredelijk bezwarendheid van de voorwaarde in een consumenten overeenkomst, doch laat de mogelijkheid voor de gebruiker open om aan te tonen dat het karakter niet onredelijk bezwarend is.

Het zou te ver voeren om alle bepalingen uit de grijze en zwarte lijst op te sommen en te behandelen.

Mijns inziens kan als motto ten aanzien van voorwaarden in de zwarte en grijze lijst worden gehanteerd: "Wat gij niet wilt dat u geschiedt, doe dat ook een ander niet".

Let op: Ambtshalve vernietiging door een Gerecht van een onredelijk bezwarend beding, dat wil zeggen vernietiging zonder dat daarop door een wederpartij een beroep is gedaan, kan plaatsvinden bij consumenten overeenkomsten op grond van de EG-richtlijn van 1993 (Hof Arnhem 12.12.2000 en 05.06.2001 NJ 2001, 622).

Toch zijn de grijze en de zwarte lijst niet alleen van belang voor consumenten overeenkomsten.

Met name in de literatuur voorafgaande aan de invoering van het hoofdstuk "Algemene Voorwaarden" in ons Burgerlijk Wetboek is veel gesproken over de zogenaamd "reflexwerking", dat wil zeggen dat ook in het kader van bedrijfs- of beroepsmatige overeenkomsten waarin Algemene Voorwaarden werden gehanteerd, met een scheef oog gekeken zou kunnen worden naar de grijze en zwarte lijst, ten aanzien van de vraag of een beding onredelijk bezwarend zou zijn. Met andere woorden, daar waar de grijze en de zwarte lijst bedingen betitelen als onredelijk bezwarend in het kader van een consumenten overeenkomst zouden die lijsten ook wel eens een normerende of reflecterende werking kunnen hebben in het kader van een beroeps- of bedrijfsmatige overeenkomst.

Dat zou met name het geval zijn naarmate er een onevenwichtigheid zou bestaan tussen de aard en omvang van de contractspartijen. Met andere woorden, waar een grote multinational een overeenkomst zou sluiten met een klein bedrijf en daarbij haar eenzijdig opgestelde Algemene Voorwaarden zou opdringen, bestaat de kans, gelet op de onevenwichtigheid in juridische kennis, marktpositie, etc. dat de zwakkere partij met succes een beroep zou kunnen doen op de reflexwerking.

Dat geldt uiteraard niet bij twee aan elkaar gewaagde contractspartijen. Het is zelfs zo dat wettelijk is vastgelegd (in artikel 6:235a BW) dat een beroep op de vernietigingsgrond van artikel 6:233 BW (alsook op de vernietigingsgrond zoals genoemd in artikel 6:234 BW) niet gedaan kan worden door een grote ondernemer als wederpartijen van de gebruikers. De wetgever heeft niet noodzakelijk geacht dat deze speciale bescherming behoeven. Zij hebben immers veelal de beschikking over voldoende deskundigheid en nemen veelal een markt- (lees: machts-)positie in, die het mogelijk maakt zich tegen door hen niet gewenste bedingen te verzetten.

Uiteraard staat hen de bescherming van de algemene bepalingen betreffende redelijkheid en billijkheid nog immer ter beschikking. Indien de maatstaf redelijkheid en billijkheid bij de beoordeling van algemene voorwaarden wordt aangelegd, moeten alle omstandigheden worden meegewogen (HR 11.02.2000 NJ 2000, 294 en HR 12.05.2000 NJ 2000, 412).

Recentelijk is steeds meer in de belangstelling komen te staan de bepaling van artikel 6:233 sub b BW, de vernietigbaarheid op basis van de niet geboden redelijke mogelijkheid tot kennisneming van de Algemene Voorwaarden.

De vraag rijst uiteraard wat een redelijke mogelijkheid is om kennis te nemen van Algemene Voorwaarden.

De Wet heeft daarop deels een antwoord in artikel 6:234 BW, inhoudende:

"1. De gebruiker heeft aan de wederpartij de in artikel 233 onder b de mogelijkheid geboden, indien hij:

a. hetzij de Algemene Voorwaarden voor of bij het sluiten van de overeenkomst aan de wederpartij ter hand heeft gesteld:

b. hetzij, indien dit redelijkerwijs niet mogelijk is, voor de totstandkoming van de overeenkomst aan de wederpartij heeft bekend gemaakt dat de voorwaarden bij hem ter inzage liggen of bij een door hem opgegeven Kamer van Koophandel en Fabrieken of bij een griffie van een gerecht zijn gedeponereerd, alsmede dat zij op verzoek zullen worden toegezonden.

2. Indien de voorwaarden niet voor of bij het sluiten van de overeenkomst aan de wederpartij ter hand zijn gesteld, zijn de bedingen tevens vernietigbaar indien de gebruiker de voorwaarden niet op verzoek van de wederpartij onverwijld op zijn kosten aan haar toezendt.

3. Het in de leden 1 onder b en 2 omtrent de verplichting tot toezending bepaalde, is niet van toepassing, voor zover deze toezending redelijkerwijs niet van de gebruiker kan worden geveerd."

Artikel 6:233 sub b BW in combinatie met artikel 6:234 BW legt op de gebruiker een zogenaamde informatieplicht. De gebruiker moet de wederpartij actief informeren over zijn voorwaarden.

Wordt aan die plicht niet voldaan, dan bestaat het levensgrote risico dat de voorwaarden worden vernietigd door een wederpartij.

Zoals u kunt zien is de hoofdregel het daadwerkelijk ter hand stellen van de Algemene Voorwaarden v—r of bij het sluiten van de overeenkomst. Een uitzondering op deze regel is, all?n indien terhandstelling redelijkerwijs niet mogelijk is(!), de mogelijkheid om de Algemene Voorwaarden ter inzage te leggen ?n v—r de totstandkoming van de overeenkomst daarvan mededeling te doen, inclusief de mededeling omtrent kostenloze toezending ?n desverzocht de voorwaarden op eerste verzoek daadwerkelijk kostenloos toe te zenden. Het terhandstellen dient door de gebruiker te geschieden. Dit kan op verschillende manieren plaatsvinden. Onder terhandstellen wordt in ieder geval verstaan het feitelijk aanleveren respectievelijk overhandigen van de tekst der Algemene Voorwaarden. Eveneens heeft als terhandstelling te gelden de toezending per post, per koerier of middels fax. Terhandstelling dient wel v—r of bij het sluiten van de overeenkomst te geschieden. Wanneer dat niet heeft plaatsgevonden, maar de wederpartij nadien alsnog de voorwaarden ontvangt ?n de gelding expliciet aanvaardt, kan uiteraard door die wederpartij geen beroep op vernietiging meer worden gedaan.

In sommige gevallen zal het ter hand stellen van Algemene Voorwaarden redelijkerwijs niet mogelijk zijn. Te denken valt aan een situatie dat de overeenkomst wordt gesloten via een automaat of per telefoon, of dat het min of meer massaal gesloten overeenkomsten betreft, zoals bij vervoersovereenkomsten tussen passagiers van bussen en tram en de exploitanten daarvan, of dat de Algemene Voorwaarden zeer omvangrijk zijn. In dat geval kan de gebruiker volstaan met aan de wederpartij mede te delen dat de voorwaarden ter inzage liggen bij de gebruiker zelf, of zijn gedeponereerd bij een Kamer van Koophandel en Fabrieken of een griffie van een gerecht, mits hij daartoe tevens mededeelt dat de voorwaarden op verzoek zullen worden toegezonden (lid 1 sub b). Indien de wederpartij inderdaad toezending van die Algemene Voorwaarden verzoekt, dient die toezending onverwijld - dat is zonder vertraging - en op kosten van de gebruiker te geschieden, alles op straffe van vernietigbaarheid (lid 2). In uitzonderingsgevallen zal de toezending van Algemene Voorwaarden zeer bezwaarlijk zijn, bijvoorbeeld bij voorwaarden die enkele boekwerken beslaan - denk bijvoorbeeld aan de UAV-voorwaarden bij bouwcontracten -, en in dat geval behoeft de gebruiker de voorwaarden niet toe te zenden, voor zover deze toezending redelijkerwijs niet van hem geveerd kan worden (lid 3). Door de

woorden "voor zover" wordt aangegeven dat in een dergelijk geval mogelijk w•l van de gebruiker kan worden gevergd dat hij de wederpartij een uittreksel of een samenvatting van de voor deze vooral relevante bedingen doet toekomen.

De vernietigbaarheid kan door de wederpartij zowel in als buiten rechte worden ingeroepen.

In 1999 heeft de Hoge Raad aangegeven op welke wijze de nietigheid van een beding of van de voorwaarden in het algemeen kan worden ingeroepen (HR 17.12.1999, NJ 2000, 140; Breg/Makelaardij Asper), waarbij tevens door de Hoge Raad wordt aangegeven dat niet de bewoordingen van een wederpartij betreffende de vernietiging doorslaggevend zijn, doch de bedoeling.

Het betrof een bemiddelingsovereenkomst met betrekking tot de verkoop van een woning. De makelaar vordert in het geding de courtage op voet van de NVM-voorwaarden, stellende dat deze van toepassing zijn.

De verkoper heeft met een beroep op artikel 6:233 BW aanhef en onder b j; 6:234 BW de toepasselijkheid van de voorwaarden ontkend.

De verkoper had wel een opdrachtbevestiging ontvangen waarin naar de NVM-voorwaarden werd verwezen, doch had deze niet getekend en retourgezonden naar de makelaar.

Het Hof oordeelt, anders dan de Rechtbank, dat de omstandigheid dat de voorwaarden niet aan de verkoper zijn toegezonden en dat de orderbevestiging niet aangeeft op welke wijze de verkoper van de inhoud van de voorwaarden kennis kan nemen, irrelevant is, nu de verkoper geen vernietiging van enig beding in de voorwaarden vordert.

De Hoge Raad is het niet met het Hof eens. Het arrest van de Hoge Raad bevat 3 pijlers, te weten:

a. Als het Hof bedoeld heeft te zeggen dat de opdrachtgever zich niet op de vernietigingsgrond (van artikel 6:233 BW onder b in combinatie met artikel 6:234 BW) heeft beroepen, is dat oordeel van het Hof in het licht van de gedingstukken onbegrijpelijk.

b. Voor zover het Hof er van uit mocht zijn gegaan dat voor een beroep op vernietiging een reconventionele vordering noodzakelijk is, heeft het Hof miskend dat een beroep in rechte op een vernietigingsgrond te allen tijde kan worden gedaan ter afwering van een op een rechtshandeling steunende vordering en dat aanvaarding van dat beroep vernietiging van een rechtshandeling (lees: Algemene Voorwaarden) meebrengt.

c. Mocht het Hof hebben geoordeeld dat een beroep op en vernietigingsgrond uitsluitend ??n of meer specifieke bedingen in Algemene Voorwaarden kan betreffen en niet het gehele samenstel van die voorwaarden, dan geeft dat oordeel blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Heeft de gebruiker aan de wederpartij niet de redelijke mogelijkheid geboden om van de toepasselijke Algemene Voorwaarden kennis te nemen, dan staat het de wederpartij vrij om zich te beroepen op de vernietigbaarheid van alle voorwaarden in hun geheel.

Voormeld arrest werd voorafgegaan door een voorbode, dat wil zeggen evenzeer naar recentelijk pas bleek belangwekkend arrest van de Hoge Raad van 1 oktober 1999 (NJ 2000, 207) tussen bouwbedrijf Geurtzen en konstruktiebedrijf Kampstaal.

Wat was daar aan de hand? Geurtzen had als aannemer met een zekere Heijman een aannemingsovereenkomst gesloten. Tot het aangenomen werk behoorde het vervaardigen en plaatsen van een staalconstructie ten behoeve van de kap van het bouwwerk. Geurtzen, zelf een aannemer, had die werkzaamheden harerzijds middels een overeenkomst van onderaanneming uitbesteed aan Kampstaal.

Op de door Kampstaal aan Geurtzen toegezonden schriftelijke offerte staat vermeld, dat op alle offertes, opdrachten en gesloten overeenkomsten de metaalunie voorwaarden van toepassing zijn, welke zijn gedeponereerd ter griffie van de Rechtbank Rotterdam en op verzoek zullen worden toegezonden.

Zoals wellicht bekend, bevatten de metaalunie voorwaarden een vergaande, doch op zich niet ongebruikelijke exonoratie van de aansprakelijkheid.

Geurtzen en Kampstaal hebben in het verleden al verschillende malen met elkaar aannemingsovereenkomsten gesloten, waarbij op dezelfde wijze door Kampstaal naar de Algemene Voorwaarden werd verwezen.

Op het werk ontstaat brand bij de door Kampstaal uitgevoerde werkzaamheden met snijbranders.

Het Hof honoreert het beroep van Kampstaal op de exonoratie en verwerpt het beroep van Geurtzen op de vernietigbaarheid van de exonoratie, welk beroep was gegrond op de stelling dat hem niet op de in de Wet voorziene wijze de gelegenheid is geboden van de voorwaarden kennis te nemen.

Geurtzen gaat in cassatie en stelt de vraag aan de orde of de wijze waarop in de Wet (dat wil zeggen artikel 6:233 BW onder b in combinatie met artikel 6:234 lid 1 BW) is geregeld hoe de gebruiker van Algemene Voorwaarden aan de wederpartij de mogelijkheid kan bieden om kennis te nemen van die voorwaarden, limitatief is bedoeld. Met andere woorden: zijn er buiten de wettelijke regels nog situaties waarbij een beroep op vernietigbaarheid niet gedaan kan worden.

De Hoge Raad antwoordt daarop dat, hoewel de parlementaire geschiedenis erop duidde dat de opsomming zoals genoemd in artikel 6:234 lid 1 BW limitatief bedoeld is, een op redelijke en op de praktijk afgestemde uitleg van artikel 6:234 lid 1 BW met zich meebrengt 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 de 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, aldus de Hoge Raad, 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 exonoratie-clausule, die in een winkel of een bedrijfsruimte op duidelijke wijze aan klanten wordt gepresenteerd.

De Hoge Raad voegt eraan toe dat ook zich omstandigheden kunnen voordoen waarin een beroep op vernietigbaarheid naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

Uit Geurtzen/Kampstaal volgt mijns inziens dat de Hoge Raad, anders dan voorheen werd aangenomen, de terhandstelling ook noodzakelijk acht bij Algemene Voorwaarden die tot voor kort als bestendig gebruikelijke bedingen werden beschouwd. De Hoge Raad laat immers niet meetellen dat de betreffende voorwaarden algemeen bekend zijn in de branche, dat partijen al lang met elkaar zaken doen of dat in de offerte werd verwezen naar de toepasselijkheid van voorwaarden en dat het gaat om voorwaarden die in de desbetreffende branche algemeen gebruikelijk zijn. (Zie Rb Rotterdam 01.02.2001 S&S 2001.93 en Hof Amsterdam 23.08.2001 besproken in Beursbengel oktober 2001, p16)
Conclusie: er moet minimaal ??n keer zijn toegezonden (behoudens het geval van artikel 6:234 lid 3 BW).

In het arrest van Geurtzen/Kampstaal lijkt de Hoge Raad enerzijds de grenzen van de vernietigingsgrondslag op basis van (niet) terhandstelling aan te geven, doch anderzijds lijkt hij tegemoet te komen aan de praktijk, dat wil zeggen aan minder strenge eisen omtrent de (mogelijkheid tot) kennisneming per individuele overeenkomst, onder meer indien partijen reeds eerder overeenkomsten met elkaar hebben gesloten.

De Hoge Raad heeft evenwel het arrest Geurtzen/Kampstaal door een verdere uitspraak verder verduidelijkt, of beter, de teugels strakker aangetrokken. Het betreft hier het recente arrest van 6 april 2001 (RvdW 2001, 74) tussen VNP Parkeersystemen en Havrij. Dit arrest, dat voor zover ik weet nog niet goed tot de gebruikers van voorwaarden is doorgedrongen, heeft in combinatie met het arrest Geurtzen/Kampstaal voor die gebruikers ernstige consequenties.

De feiten lagen als volgt.

Havrij brengt op 15 april 1992 aan VNP een offerte uit voor de levering van slagboomunits. In de offerte is het volgende vermeld:

"In tegenstelling tot het aan de onderzijde van ons briefpapier vermelde, zijn op onze leveringen van toepassing de thans geldende FME-voorwaarden van 21 augustus 1991, waarvan wij op verzoek graag een exemplaar toezenden. De FME-voorwaarden kennen een beperkte garantieperiode van 6 maanden na levering, terwijl reclamering uiterlijk 14 dagen na het verstrijken van de garantietermijn dient plaats te vinden".

Er wordt op 23 maart 1993, derhalve bijna een jaar na de offerte, een proeforder geplaatst door VNP voor totaal 4 slagboomunits. Ruim 9 maanden na de levering stelt VNP Havrij schriftelijk in kennis van de volgens VNP aan de slagboomunits klevende gebreken. Meer dan anderhalf jaar later stelt VNP een vordering in rechte in en vordert schadevergoeding. Havrij, als leverancier, beroept zich op de Algemene Voorwaarden. VNP beroept zich op de nietigheid van de Algemene Voorwaarden, omdat Havrij aan VNP niet een redelijke mogelijkheid heeft geboden om van de Algemene Voorwaarden kennis te nemen.

De Rechtbank wijst de vordering tot schadevergoeding van VNP af en acht daarbij de Algemene Voorwaarden van toepassing. VNP gaat in hoger beroep.

Het Hof verklaart VNP niet ontvankelijk en bekrachtigt het vonnis van de Rechtbank. Het Hof overweegt hierbij dat hoewel niet is gebleken dat terhandstelling redelijkerwijs niet mogelijk was, zulks niet afdoet aan het feit dat niet is gebleken dat VNP niet een redelijke mogelijkheid is geboden om van de Algemene Voorwaarden kennis te nemen. Het Hof laat hierbij meewegen dat, gezien het tijdsverloop en de proeforder, VNP alleszins de gelegenheid heeft gehad om gebruik te maken van de mogelijkheid tot kennisname. Bovendien stelt het Hof dat de onderhavige wijze van kennisgeving niet ongebruikelijk is in de branches waarin VNP verkeert. Dit zou blijken uit het feit dat onder andere door VNP ingeschakelde constructiebedrijven een VNP zelf op vergelijkbare wijze als Havrij de mogelijkheid bieden om van Algemene Voorwaarden kennis te nemen. VNP is het daar niet mee eens en gaat in cassatie. De vraag die aan de orde wordt gesteld is: "Wanneer is er sprake van een redelijke mogelijkheid tot kennisname van Algemene Voorwaarden in de zin van de artikelen 6:233 sub b en 6:234 lid 1 BW?".

Onder verwijzing naar het arrest Geurtzen/Kampstaal stelt de Hoge Raad dat de wettelijke regeling van artikel 6:233 sub b BW en artikel 6:234 lid 1 BW aan de gebruiker van Algemene Voorwaarden slechts beperkt de mogelijkheden geeft om een door de wederpartij gedaan beroep op vernietiging af te weren. Volgens de Hoge Raad had het Hof in onderhavige zaak moeten vaststellen dat terhandstelling redelijkerwijs onmogelijk was. Hieraan doet niet af dat VNP zelf op een vergelijkbare manier als Havrij naar Algemene Voorwaarden verwijst. Het Hof heeft niet vastgesteld dat VNP meermalen overeenkomsten sluit waarbij (nagenoeg) dezelfde Algemene Voorwaarden worden gebruikt. Het beroep op de vernietigbaarheid door VNP wordt hierdoor niet onmogelijk gemaakt door artikel 6:235 lid 3 BW. Volgens de Hoge Raad is voor een ruime uitleg van deze bepaling geen plaats, omdat de strekking van de wettelijke regeling erop gericht is zoveel mogelijk te bewerkstelligen dat Algemene Voorwaarden voor of bij contractsluiting aan de wederpartij ter kennis worden gebracht.

Kortom, een zeer strenge leer van de Hoge Raad omtrent het al dan niet kennis kunnen nemen van voorwaarden. Behoudens massa-contracten etc. moet de wederpartij de voorwaarden tenminste een keer hebben gezien, dat wil zeggen op initiatief van de gebruiker ter hand zijn gesteld of toegezonden hebben gekregen, tenzij evident is dat dit redelijkerwijs onmogelijk was.

6. Uitsluiting van partijen met betrekking tot een vernietigingsberoep
In voormeld arrest tussen VNP en Havrij kwam artikel 6:235 BW eveneens aan de orde.

Ik heb dit artikel reeds eerder terloops aan de orde gesteld bij de vraag omtrent vernietigbaarheid in het algemeen.

Artikel 6:235 lid 1 BW is onder meer een uitwerking van het principe dat grotere bedrijven, gelet op hun juridische kennis en markt- en machtspositie, geen

specifieke bescherming behoeven, dat wil in concreto zeggen, zich als wederpartij niet op de vernietigbaarheid als bedoeld in de artikelen 6:233 BW en 6:234 BW kunnen beroepen.

Deze grotere wederpartijen kunnen zich wel op bescherming beroepen met argumenten welke zijn gebaseerd op de algemene bepalingen van redelijkheid en billijkheid.

Alsdan dienen alle omstandigheden bij de beoordeling van de Algemene Voorwaarden worden betrokken (HR 11.02.2000 NJ 2000,294.)

In het arrest van VNP Parkeersystemen tegen Havrij werd onder meer door Havrij het verweer gevoerd dat VNP zelf op vergelijkbare manier als verweerster naar Algemene Voorwaarden verwijst. Daarmee werd enigszins aangehaakt aan lid 3 van artikel 6:235 BW, welke bepaalt dat op wettelijke vernietigingsgronden (zoals bedoeld in artikel 6:233 BW en artikel 6:234 BW) geen beroep kan worden gedaan door een partij die meermalen dezelfde of nagenoeg dezelfde Algemene Voorwaarden in haar overeenkomsten gebruikt.

Artikel 6:235 lid 3 BW beoogt te voorkomen dat een partij die zelf meerdere malen een bepaalde clausule gebruikt, wanneer zij de hoedanigheid van wederpartij heeft, een beroep zou kunnen doen op het onredelijk bezwarend karakter van deze clausule. Deze bepaling is een toepassing van het algemeen beginsel dat men niet terug mag komen op eigen gedragingen en zich evenmin tegenover een ander kan beklagen over gedragingen die men zelf ook verricht. Kortom, een "pot verwijt de ketel"-argument.

7. "Battle of Forms"

Tenslotte nog een paar woorden over de "battle of forms"-regeling in het BW. Met "battle of forms" wordt bedoeld de strijd omtrent de voorrang, althans toepasselijkheid van voorwaarden indien zowel de aanbiedende partij als de aanvaardende partij verwijst naar eigen, dat wil zeggen verschillende voorwaarden.

De "battle of forms"-regeling staat in het BW niet in de afdeling omtrent Algemene Voorwaarden, maar in de afdeling omtrent "het tot stand komen van overeenkomsten" (boek 6 titel 5 afdeling 2), zeg de afdeling omtrent "aanbod en aanvaarding".

De "battle of forms"-regeling is te vinden in artikel 6:225 lid 3 BW en luidt:

"3. Verwijzen aanbod en aanvaarding naar verschillende Algemene Voorwaarden, dan komt aan de tweede verwijzing geen werking toe wanneer daarbij niet tevens de toepasselijkheid van de in de eerste verwijzing aangegeven Algemene Voorwaarden uitdrukkelijk van de hand wordt gewezen."

Algemeen wordt aangenomen dat lid 3 van artikel 6:225 BW ruim uitgelegd dient te worden, zodat dit lid eveneens van toepassing is in het geval dat de verwijzingen naar (verschillende) Algemene Voorwaarden niet voorkomen in het eigenlijke aanbod en de eigenlijke aanvaarding, maar in latere brieven ter bevestiging van gesloten overeenkomsten, waarvan de volgorde niet met die van het aanbod en aanvaarding - in de praktijk soms lastig uiteen te houden - hoeft samen te vallen. (zie Hof 's-Gravenhage 17.02.1998 NJ 2000, 608). Ik kom hier op terug.

Artikel 6:225 lid 3 BW is van regelend, dat wil zeggen aanvullend, recht. Partijen kunnen er van afwijken, zulks in tegenstelling tot het overgrote deel van de artikelen in de afdeling omtrent de Algemene Voorwaarden.

Op het eerste gezicht lijkt de regeling van de "battle of forms" duidelijk. Echter, dat is schone schijn.

Op basis van artikel 6:225 lid 3 BW wordt aan de eerste verwijzing naar Algemene Voorwaarden voorrang gegeven, dat wil zeggen deze zullen primair hebben te gelden. Door de eerste verwijzing wordt een reactieplicht geactiveerd bij de wederpartij die eveneens Algemene Voorwaarden hanteert. Immers, aan de tweede

verwijzing naar Algemene Voorwaarden komt geen werking toe wanneer daarbij niet tevens de toepasselijkheid van de in de eerste verwijzing aangegeven Algemene Voorwaarden uitdrukkelijk van de hand wordt gewezen.

Hier geldt derhalve: "De eerste klap is een daalder waard".

De vraag die voormelde regeling onmiddellijk doet rijzen, is wanneer er sprake is van "een uitdrukkelijk van de hand wijzen van de in de eerste verwijzing aangegeven Algemene Voorwaarden".

Naar de tekst van lid 3 van artikel 6:225 BW komt aan de tweede verwijzing geen werking toe wanneer daarbij niet tevens de toepasselijkheid van de in de eerste verwijzing aangegeven Algemene Voorwaarden uitdrukkelijk van de hand wordt gewezen.

Een enkele verwijzing naar eigen Algemene Voorwaarden leidt blijkens de literatuur en de jurisprudentie niet tot toepasselijkheid van eigen voorwaarden, met uitschakeling van Algemene Voorwaarden van de wederpartij, in dit geval de aanbieder. (Hof 's-Gravenhage 17.02.1998 NJ 2000, 608).

Ook niet toereikend zijn de zogenaamde afweerclausules die deel uitmaken van Algemene Voorwaarden waarvan de toepasselijkheid via de tweede verwijzing wordt beoogd. Met afweerclausule bedoel ik een clausule in algemene voorwaarden waarbij de toepasselijkheid van de Algemene Voorwaarden van de andere partij niet wordt aanvaard.

Een in de Algemene Voorwaarden-set vermelde afweerclausule is te verstopt om in aanmerking te komen voor het vereiste predikaat "uitdrukkelijk".

Wil van een uitdrukkelijk van de hand wijzen als bedoeld in artikel 6:225 lid 3 BW kunnen worden gesproken, dient expliciet een verklaring te worden afgelegd die de Algemene Voorwaarden van de eerste verwijzing tenietdoet.

Om het gewenste effect betreffende het uitdrukkelijk van de hand wijzen te bereiken is van belang dat de afwijzing, dusdanig opvallend wordt gepresenteerd dat zij de geadresseerde niet kan ontgaan.

Het beste is uiteraard een separate duidelijke vermelding in de aanvaarding dat de Algemene Voorwaarden van de aanbieder niet van toepassing zullen zijn. (President Rechtbank Zwolle 15.06.1999 KG 1999, 237).

Wie niet de eerste toepasselijkheid pareert met een uitdrukkelijk van de hand wijzen, schakelt de voorwaarden van de eigen, tweede verwijzing niet in en wordt geacht het aanbod zonder meer, inclusief Algemene Voorwaarden, te hebben aanvaard.

Een uitdrukkelijk van de hand wijzen van de Algemene Voorwaarden van de eerste verwijzing, schakelt die voorwaarden uit. Die met desbetreffend uitdrukkelijk van de hand wijzen gepaard gaande tweede verwijzing naar Algemene Voorwaarden, leidt in beginsel tot toepasselijkheid van de voorwaarden van de tweede verwijzing.

Uiteraard hangt het af van de reactie (of het uitblijven daarvan) van de aanbieder/eerste verwijzer of het tot een overeenkomst komt waarbij de Algemene Voorwaarden van de tweede verwijzing hebben te gelden.

In die gevallen waarin geen overeenstemming terzake van de toepasselijkheid van Algemene Voorwaarden valt aan te nemen en partijen telkenmale over en weer op de toepasselijkheid van de eigen voorwaarden blijven staan, wordt, zo wordt algemeen aangenomen, een romp-overeenkomst gesloten teneinde de gewenste contractuele gebondenheid in ieder geval in hoofdpunten vast te leggen. De gedachte is dan dat de tussen partijen bestaande onenigheid over voorwaarden niet kan afdoen aan de wel tussen partijen bereikte overeenstemming op de hoofdzaken van het contract.

De leemte, of, zo men wil, de betwisting omtrent de toepasselijkheid van voorwaarden, dient alsdan te worden opgelost aan de hand van het bepaalde in artikel 6:248 lid 1 BW, derhalve dient een beslissing te worden genomen aan de hand van hetgeen de Wet, de gewoonte, en de eisen van redelijkheid en billijkheid met zich mee zullen brengen.

Overigens is niet uitgesloten dat de toepasselijkheid van artikel 6:248 lid 1 BW wordt beperkt tot de punten waar de beide Algemene Voorwaarden daadwerkelijk, of in concerto conflicteren.

Met bovengenoemd kader betreffende de "battle of forms" zijn de problemen de wereld nog niet uit. Zo rijst de vraag wat de oplossing is indien verwijzingen naar verschillende Algemene Voorwaarden elkaar kruisen. De "battle of forms"-regeling biedt dan geen oplossing omdat niet kan worden gesproken van een eerste verwijzing of van een uitdrukkelijk van de hand wijzen in de tweede verwijzing. In de literatuur is er een meerderheid te vinden voor een oplossing waarbij zo mogelijk beide sets Algemene Voorwaarden naast elkaar van toepassing zijn. Behoort een samengaan niet tot de mogelijkheden, dan dienen beide sets Algemene Voorwaarden terzijde te worden geschoven.

Over de "battle of forms"-regeling is weinig jurisprudentie van de reguliere gerechten. Wel is er veelvuldige jurisprudentie van Arbitrale Colleges en andere Scheidsgerichten.

Echter, recentelijk heeft de Hoge Raad zich uitgelaten over een van de problemen, welke de "battle of forms"-regeling oproept. Het ging daarbij om de vraag of artikel 6:225 lid 3 BW ook van toepassing is, indien een aanbod of offerte een gevolg is van een eerdere schriftelijke uitnodiging tot het doen van zulk een aanbod, en uiteraard de uitnodiging enerzijds en het daarop gevolgde aanbod anderzijds naar verschillende voorwaarden verwijzen.

Het arrest is van 13 juli 2001 (NJ 2001, 497) en gaat tussen Aannemersbedrijf Bovry en Constructiebedrijf Hardstaal.

Aannemersbedrijf Bovry verzoekt Constructiebedrijf Hardstaal schriftelijk een prijsopgave te doen voor het behandelen van een staalconstructie van een sporthal. Op schriftelijk verzoek van Bovry wordt verwezen naar de toepasselijkheid van de Algemene Voorwaarden uitvoering Burgerwerk en Kleine Aannemingen in het Bouwbedrijf.

Hardstaal brengt naar aanleiding van dit verzoek een schriftelijke offerte uit waarin is opgenomen een verwijzing naar de Metaalunie-voorwaarden, ook wel Smecoma-voorwaarden genoemd.

Bovry bevestigt per telefoon de opdracht aan Hardstaal, waartegenover Hardstaal de opdracht van haar kant schriftelijk bevestigt.

Bij de uitvoering van het werk ontstaan problemen ten aanzien van de kwaliteit van de hechting van het verfwerk op de staalconstructie. Bovry dagvaardt Hardstaal voor de betaling van een schadevergoeding plus, voor zover nodig, partiële ontbinding.

Een van de vragen in de procedure, welke overigens pas in appél aan de orde komt, is welke Algemene Voorwaarden op de overeenkomst tussen Bovry en Hardstaal van toepassing zijn.

Het Hof te Leeuwarden oordeelt dat Algemene Voorwaarden van Bovry van toepassing zijn.

Hardstaal is het daar uiteraard niet mee eens en gaat in cassatie, stellende dat artikel 6:225 lid 3 BW letterlijk uitgelegd dient te worden, met andere woorden het artikel ziet op "aanbod" en "aanvaarding" en daaronder kan een uitnodiging tot het doen van een aanbod niet mede worden begrepen.

De Hoge Raad maakt korte metten met dit standpunt. De Hoge Raad meent dat de "battle of forms"-regeling in het BW ook van toepassing is in het geval dat een aanbod, dat is gevolgd op een uitnodiging tot het doen van een aanbod, en die uitnodiging naar verschillende Algemene Voorwaarden verwijst.

Kortom, de Hoge Raad past de regel van artikel 6:225 lid 3 BW gewoon rechtstreeks toe, daarmee aangevend dat niet aanbod en aanvaarding, doch de eerste en tweede verwijzing van belang zijn.

De conclusie met betrekking tot de "battle of forms" kan dan ook naar mijn mening in twee zinnen worden samengevat, te weten:

- a. "Wie het eerst komt, die het eerst maalt, tenzij ..." en
- b. (Indien men verzekerd wil zijn van toepasselijkheid van eigen voorwaarden), "altijd duidelijk en opzichtig (re)ageren".

Met deze "krijgshaftige" woorden wil ik niet alleen het hoofdstuk omtrent "battle of forms" doch ook deze presentatie afronden, doch niet nadat ik er aan heb toegevoegd dat:

"iedere aansprakelijkheid voor foutief verstrekte informatie wordt uitgesloten".

De terhandstelling van dit beding vindt plaats door overhandiging van de geschreven versie van deze voordracht.

Rotterdam, 26 november 2001