

Battle of forms bij internationale koop van roerende zaken

Bb 2019/95

In het geval contracterende partijen in het aanbod en de aanvaarding van dat aanbod ieder verwijzen naar de toepasselijkheid van een eigen set algemene voorwaarden, rijst de vraag welke algemene voorwaarden van toepassing zijn. Naar Nederlands recht dient deze vraag over de zogeheten 'battle of forms' te worden beantwoord aan de hand van de 'first shot rule'. De CISG Advisory Council gaat voor het Weens Koopverdrag echter uit van de 'knock out rule'. In deze bijdrage worden beide kort behandeld. Aan het slot is een voorbeeld van een afwijzing als bedoeld in art. 6:225 lid 3 BW opgenomen.

1. Inleiding

Niet zelden verklaren contracterende partijen in het aanbod en de aanvaarding van dat aanbod hun eigen algemene voorwaarden van toepassing op de te sluiten overeenkomst.² Dit wordt de 'battle of forms' genoemd. Bij een *battle of forms* rijst de vraag welke algemene voorwaarden van toepassing zijn op de overeenkomst.

Bij de beoordeling van de vraag welke set algemene voorwaarden in een dergelijk geval van toepassing is, wordt in het algemeen onderscheid gemaakt tussen de 'first shot rule', de 'last shot rule' en de 'knock out rule'.³ Bij de 'first shot rule' komt aan de tweede verwijzing naar de toepasselijkheid van algemene voorwaarden in beginsel geen werking toe en zijn de algemene voorwaarden in de eerste verwijzing in beginsel van toepassing. De 'last shot rule' is het spiegelbeeld van de 'first shot rule': juist aan de tweede (laatste) verwijzing komt werking toe in plaats van aan de eerste verwijzing.⁴ Bij de 'knock out rule' komt aan beide verwijzingen naar algemene voorwaarden werking toe, zodat beide sets algemene voorwaarden van toepassing zijn op de overeenkomst, met dien verstande dat uitsluitend aan algemene voorwaarden die 'common in substance' zijn werking toekomt. In de uitleg van de overeenkomst wordt vooral een 'gemene deler' gezocht in de algemene voorwaarden.⁵

In een recent arrest van het hof 's-Hertogenbosch⁶ stond een internationale koopovereenkomst betreffende roerende zaken centraal. Op deze koopovereenkomst was het Weens Koopverdrag van toepassing. Het hof had te oordelen over de *battle of forms*. Het arrest geeft aanleiding achtereen-

volgens in te gaan op de vraag naar welk recht beoordeeld dient te worden welke algemene voorwaarden van toepassing zijn en wat de Nederlandse 'first shot rule' en de 'knock out rule' uit het Weens Koopverdrag inhouden.⁷

2. Welk recht beheerst de vraag welke algemene voorwaarden van toepassing zijn?

Terecht had het hof geoordeeld dat de overeenkomst tussen de Nederlandse verkoper en de Duitse koper betreffende de koop van grote partijen staalplaten werd beheerst door het Weens Koopverdrag.⁸ Het betreft immers een internationale koopovereenkomst betreffende roerende zaken tussen partijen die gevestigd zijn in verschillende staten die partij zijn bij het Weens Koopverdrag en die de toepasselijkheid van het Weens Koopverdrag niet hadden uitgesloten (art. 1 lid 1 sub a jo 6 Weens Koopverdrag).⁹

Het hof oordeelde:

'Vast staat dat beide partijen hun eigen voorwaarden op de gesloten overeenkomsten van toepassing hebben verklaard. Er is niet gebleken dat [verkoper] de toepasselijkheid van de door [koper] van toepassing verklaarde voorwaarden uitdrukkelijk van de hand heeft gewezen overeenkomstig het bepaalde in artikel 6:225 lid 3 BW. Een dergelijke uitdrukkelijke verwerping van de toepasselijkheid van [koper]'s [voorwaarden] is gesteld noch gebleken. Daarbij heeft te gelden dat de enkele verwijzing naar de eigen voorwaarden van [verkoper] dan wel een in die voorwaarden van [verkoper] opgenomen/"verscholen" verwerping van [koper]'s voorwaarden niet als een uitdrukkelijke van de hand wijzing kan worden gezien. Dit betekent dat ook [koper]'s voorwaarden van toepassing zijn, er sprake is van een "battle of forms" en dat de zogenaamde "knock out rule" geldt voor conflicterende bepalingen uit beide sets algemene voorwaarden en dat die bepalingen in dat geval tegen elkaar wegvallen.'¹⁰

Ten onrechte lijkt het hof op basis van het Nederlands recht te oordelen dat beide sets algemene voorwaarden van toepassing zijn op deze koopovereenkomst. De vraag of en, zo ja, welke algemene voorwaarden van toepassing zijn op een dergelijke koopovereenkomst wordt echter beheerst door het Weens Koopverdrag. Het hof had naar de regels ten aanzien van aanbod en aanvaarding uit het Weens Koopverdrag

1 Gert Jan Boeve is advocaat bij Van Benthem & Keulen B.V. te Utrecht en als buitenpromovendus verbonden aan de Universiteit Leiden.

2 Niet te verwarren met het geval waarin één van de contractspartijen de toepasselijkheid van meerdere sets van algemene voorwaarden met onderling tegenstrijdige bedingen van toepassing heeft verklaard (zie daarover HR 24 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:1125 (*Forfarmers/Doens Food*)).

3 Er is geen jurisdictie bekend waar zou gelden dat aan geen van de verwijzingen naar algemene voorwaarden werking toekomt.

4 Onder andere in Engeland geldt de 'last shot rule' (Weterings, *AV&S* 2018/30, afl. 6, p. 157).

5 Weterings, *AV&S* 2018/30, afl. 6, p. 157.

6 Hof 's-Hertogenbosch 11 juni 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:2103.

7 Zie uitvoeriger over de *battle of forms* S.A. Kruisinga, '2. *Battle of forms*', in: B. Wessels & R.H.C. Jongeneel (red.), *Algemene voorwaarden*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

8 Hof 's-Hertogenbosch 11 juni 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:2103, r.o. 6.10.

9 Zie hierover uitgebreider Boeve, *Bb* 2015/33, afl. 11, p. 113.

10 Hof 's-Hertogenbosch 11 juni 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:2103, r.o. 6.12.3 onder a.

dienen te beoordelen welke algemene voorwaarden van toepassing waren op de koopovereenkomst (wat niet hoeft te betekenen dat het oordeel van het hof dan anders zou zijn geweest).¹¹

3. Nederlandse 'first shot rule'

Opmerkelijk aan 's hofs geciteerde oordeel is voorts dat het hof naar Nederlands recht lijkt te oordelen dat *beide* sets algemene voorwaarden van toepassing zijn op de koopovereenkomst. In het Nederlandse recht geldt de 'first shot rule'. Dat is geregeld in art. 6:225 lid 3 BW, waarin is bepaald:

'[v]erwijzen 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.'

Afgaand op de geciteerde overweging van het hof, lijkt het naar Nederlands recht zo te zijn dat de algemene voorwaarden van de koper en niet die van de verkoper van toepassing waren op de koopovereenkomst.

De 'first shot rule' is ook van toepassing op het geval waarin het aanbod volgt op de uitnodiging tot het doen van een aanbod en in deze uitnodiging en dat aanbod wordt verwezen naar verschillende algemene voorwaarden.¹²

Het hangt volgens Sieburgh af van de omstandigheden van het concrete geval of een afwijzing van de toepasselijkheid van algemene voorwaarden voldoende uitdrukkelijk is. Volgens Krusinga zal de afwijzing zodanig moeten zijn dat die 'de aanbieder redelijkerwijs niet kan ontgaan'.¹³ Een enkele verwijzing naar de toepasselijkheid van de eigen algemene voorwaarden of de standaardbepaling dat op alle te sluiten overeenkomsten de eigen algemene voorwaarden van de antwoordende partij van toepassing zijn is daarvoor 'in elk geval niet voldoende'.¹⁴ Het geciteerde oordeel van het hof te 's-Hertogenbosch is hiermee in lijn.

Het hof te 's-Hertogenbosch oordeelde in een eerder arrest dat '[w]il sprake zijn van een dergelijke uitdrukkelijke afwijzing, dan zal duidelijk moeten zijn dat andere voorwaarden worden afgewezen en welke voorwaarden worden afgewezen'.¹⁵

4. 'Knock out rule' Weens Koopverdrag

Het hof te 's Hertogenbosch oordeelde dat zowel de algemene voorwaarden van de koper als de verkoper van toepassing waren en dat op basis van de 'knock out rule' gold dat de met elkaar conflicterende bepalingen uit de beide sets algemene voorwaarden tegen elkaar wegvallen. De *CISG Advisory Council* heeft in haar aanbeveling 10 over de 'knock out rule' onder het Weens Koopverdrag verwoogen:

'Where both parties seek to incorporate standard terms and reach agreement except on those terms, a contract is concluded on the basis of the negotiated terms and of any standard terms which are common in substance unless one party clearly indicates in advance, or later on but without undue delay objects to the conclusion of the contract on that basis.'¹⁶

Bij deze aanbeveling is in de Nederlandse rechtspraak wel eens aansluiting gezocht.¹⁷ Het oordeel van het hof was niet geheel in lijn met deze aanbeveling 10, omdat het hof had onderzocht wat de met elkaar *conflicterende* in plaats van de met elkaar *overlappende* bepalingen waren (wat niet noodzakelijkerwijs tot een andere uitkomst heeft geleid).¹⁸

5. Battle of forms naar Nederlands recht en het Weens Koopverdrag; standaardafwijzing

De *battle of forms* komt geregeld voor. Niet altijd hebben de contract sluitende partijen in de onderhandelingsfase voldoende aandacht voor het op de juiste wijze overeenkomen van de toepasselijkheid van hun algemene voorwaarden. De blik is doorgaans gericht op het – vanuit een commercieel perspectief – *moment suprême* waarop de koop zal worden gesloten. De daarbij – vanuit een juridisch perspectief – niet minder relevante vraag of de gewenste algemene voorwaarden juist van toepassing zijn verklaard, kan nog wel eens – achteraf – onbedoeld worden gepasseerd.

De beantwoordende partij die haar algemene voorwaarden van toepassing wil laten zijn op een overeenkomst, dient in de eerste plaats haar algemene voorwaarden van toepassing te verklaren en ter hand te stellen.¹⁹ Voor zover de wederpartij reeds haar algemene voorwaarden van toepassing had verklaard in de uitnodiging tot het doen van een aanbod of het aanbod, dient de beantwoordende partij naar Nederlands recht ten tweede de toepasselijkheid van de algemene voorwaarden van de wederpartij uitdrukkelijk van de hand

11 CISG Advisory Council, *Opinion No. 13 Inclusion of Standard Terms under the CISG*, aanbeveling 1. CISG is de afkorting voor de Engelse benaming van het Weens Koopverdrag: *United Nations Convention on contracts for the International sale of goods*.

12 HR 13 juli 2001, ECLI:NL:HR:2001:ZC3632, r.o. 3.5.

13 *Asser/Sieburgh 6-III 2018/478*.en daarna weer een nieuwe noot: Krusinga, t.a.p., p. 42.

14 *Asser/Sieburgh 6-III 2018/478*, zie ook Krusinga, t.a.p., p. 41-42.

15 Hof 's-Hertogenbosch 18 maart 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:748, r.o. 4.13. Het hof cursiveerde de woorden 'dat' en 'welke'. Met de onderstreping van deze woorden in het citaat wordt deze door het hof gelegde nadruk geïllustreerd in de cursieve lay-out van deze bijdrage.

16 CISG Advisory Council, *Opinion No. 13 Inclusion of Standard Terms under the CISG*, aanbeveling 10.

17 Rb. Overijssel 3 december 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:6259, r.o. 4.3.9.

18 Opgemerkt zij dat uit het oordeel van het hof niet blijkt dat is onderzocht of de uitzondering uit aanbeveling 10 van toepassing was.

19 Anders dan naar het Weens Koopverdrag, behoeven de algemene voorwaarden naar Nederlands recht niet ter hand te worden gesteld om van toepassing te zijn; mogelijk wel om van toepassing te blijven (vgl. 6:233 sub b BW jo. 6:235 BW). De wijze waarop de algemene voorwaarden ter hand dienen te worden gesteld onder het Weens Koopverdrag en naar Nederlands recht gaat het bereik van deze bijdrage te buiten.

te wijzen door zowel op te nemen *dat* de toepasselijkheid van en *welke* algemene voorwaarden van de hand worden gewezen. Wanneer de wederpartij niet wenst in te stemmen met de toepasselijkheid van de algemene voorwaarden van de beantwoordende partij, zal de wederpartij op haar beurt de toepasselijkheid van de algemene voorwaarden van de beantwoordende partij uitdrukkelijk van de hand dienen te wijzen onder van toepassing verklaring van de eigen algemene voorwaarden.

De uitdrukkelijke afwijzing van de toepasselijkheid van de algemene voorwaarden zal voldoende duidelijk kenbaar moeten zijn voor de wederpartij.

Hoewel de juridische beoordeling van de vraag welke algemene voorwaarden van toepassing zijn op de overeenkomst naar Nederlandse recht anders is dan die naar het Weens Koopverdrag, is niet ondenkbaar dat de aansluiting bij het Nederlandse recht op dit punt tevens de toets aan het Weens Koopverdrag kan doorstaan, omdat onder het Weens Koopverdrag de vraag welke algemene voorwaarden van toepassing zijn dient te worden beoordeeld aan de hand van aanbod en aanvaarding. Met de "Nederlandse route" zou betoogd kunnen worden dat de beantwoordende partij het aanbod met daarin de toepasselijkheid van de algemene voorwaarden van de wederpartij niet ongewijzigd wenste te aanvaarden, althans een nieuw aanbod deed, inhoudende dat de eigen algemene voorwaarden van toepassing zijn op de te sluiten koop.

Met de navolgende nader in te vullen voorbeeldafwijzing zou voldaan kunnen zijn aan de vereisten uit art. 6:225 lid 3 BW:²⁰

'[PARTIJ] wijst de toepasselijkheid van de algemene voorwaarden d.d. [DATUM] getiteld [TITEL] van [WEDERPARTIJ] uitdrukkelijk van de hand en verklaart haar eigen algemene voorwaarden d.d. [DATUM] getiteld [TITEL] van toepassing op deze overeenkomst.'

²⁰ Maar het oordeel daarover is uiteraard voorbehouden aan de rechter. Met deze afwijzing is nog niet iets geregeld over de terhandstelling.