

Verwijzing naar verschillende algemene voorwaarden door dezelfde gebruiker; “en/en” of “of/of”?

Bb 2015/44

Gebruik van verschillende sets algemene voorwaarden; de regels bij alternatieve en cumulatieve toepasselijkheid van (met elkaar strijdige) algemene voorwaarden

1. Inleiding

Het komt in de praktijk regelmatig voor dat een partij gebruikmaakt van meerdere sets algemene voorwaarden. Dat kunnen, zoals in het te bespreken arrest, branchevoorwaarden zijn en eigen algemene voorwaarden, maar het kunnen ook verschillende eigen algemene voorwaarden zijn die zijn toegesneden op verschillende soorten dienstverlening. Duidelijk was reeds, hoe geoordeeld moet worden indien verwezen wordt naar verschillende algemene voorwaarden, maar in het midden wordt gelaten welke voorwaarden in welke situatie toepassing vinden. In de besproken uitspraak gaat het om een verwijzing naar verschillende sets algemene voorwaarden die beide op eenzelfde situatie van toepassing zijn verklaard, maar die onderling tegenstrijdige bedingen bevatten.

2. Toepasselijkheid van algemene voorwaarden

Met betrekking tot de toepasselijkheid van algemene voorwaarden gelden geen andere vereisten dan in het algemeen gelden voor het sluiten van overeenkomsten (Hof 's-Hertogenbosch 3 juni 2002, LJN AF0057 en HR 20 november 1981, NJ 1982/517 (*Holleman/De Klerk*)). In beginsel dient er voraftgaand aan of tijdens het sluiten van de overeenkomst naar verwezen te worden om de algemene voorwaarden onderdeel van die overeenkomst te laten worden, maar noodzakelijk is dat niet. Onder omstandigheden kan immers ook met toepassing van de wilsvertrouwenstheorie worden bereikt dat, bij voorbeeld in een bestendige handelsrelatie, algemene voorwaarden onderdeel worden van elkaar opvolgende overeenkomsten, ondanks dat in de opvolgende overeenkomst zelf niet naar de toepasselijkheid van de voorwaarden is verwezen, maar dan natuurlijk alleen indien de wederpartij van de gebruiken van de voorwaarden wist of moest begrijpen dat de gebruiker niet anders dan op basis van zijn eigen algemene voorwaarden tot een overeenkomst wilde komen. Verwijzing naar algemene voorwaarden op facturen is in beginsel te laat en kan er in beginsel niet toe leiden dat die voorwaarden alsnog onderdeel gaan uitmaken van de overeenkomst waarvoor de factuur is verzonden. Wat wederom niet wil zeggen dat indien, in een bestendige handelsrelatie, structureel in de facturatie wordt verwezen

naar de toepasselijkheid van algemene voorwaarden, dit gegeven onder omstandigheden dus wel degelijk een factor kan zijn die er juist toe noopt om op een opvolgende overeenkomst de algemene voorwaarden wél van toepassing te laten zijn. Tot zover (en ik zeg dat met enige nadruk) de uitzonderingen. Hoofregel is en blijft dat algemene voorwaarden pas onderdeel worden van de overeenkomst op het moment dat aan de toepasselijkheid van die voorwaarden voraftgaand aan of uiterlijk tijdens het sluiten van de overeenkomst is gerefereerd. Daarvoor gelden geen vormvereisten; niet vereist is in elk geval dat partijen expliciet uiting hebben gegeven aan hun wil om onder toepassing van algemene voorwaarden met elkaar zaken te doen. Ook een standaard voorgedrukte verwijzing op briefpapier of onder een op schrift gestelde overeenkomst leidt er in beginsel toe dat de voorwaarden onderdeel worden van de tussen partijen te sluiten overeenkomst.

3. Verwijzing naar verschillende algemene voorwaarden

In de praktijk maken partijen vaak gebruik van verschillende algemene voorwaarden. Een combinatie die we veel tegenkomen, is bijvoorbeeld een verwijzing naar branchevoorwaarden en daarnaast naar eigen 'tailor made'-algemene voorwaarden van de gebruiker. Vooral in de transport- en logistieke sector komen we dergelijke combinaties veelvuldig tegen. In de metaalnijverheid en de installatietechniek is dit fenomeen bepaald niet ongebruikelijk. En in de transport- en logistieke sector is het ook helemaal niet vreemd dat gebruik wordt gemaakt van verschillende algemene voorwaarden omdat vanuit één partij vaak verschillende diensten worden aangeboden. Denk bijvoorbeeld aan vervoer, expeditie, bewaarneming en sui generis-diensten (in de praktijk vaak aangeduid als 'value added logistics'). Vaak verschillen de diensten zodanig van elkaar dat het ook wenselijk is om ten aanzien van de respectieve diensten specifieke, daarop toegesneden voorwaarden te gebruiken. Helaas wordt in de praktijk veelal nogal slordig omgesprongen met het gebruik van de juiste bewoordingen om ervoor te zorgen dat de juiste voorwaarden ook op de juiste diensten van toepassing zijn. Een bekend voorbeeld van hoe het mis kan gaan, vormt het arrest *Visser/Avéro* (HR 28 november 1997, NJ 1998/705). Kennis van deze laatste uitspraak is van belang voor een goed begrip van hetgeen de Hoge Raad in het besproken arrest heeft bepaald.

4. Visser/Avéro

In de *Visser/Avéro*-uitspraak van de Hoge Raad ging het om de situatie waarin een gebruiker van algemene voorwaarden twee onderling verschillende (en deels tegenstrijdige) sets algemene voorwaarden in één verwijzing van toepas-

¹ Mr. dr. M.R. Ruygvoorn is advocaat bij Van Benthem & Keulen N.V. te Utrecht.

sing had verklaard zonder dat op enigerlei, en voor de wederpartij begrijpelijke en niet-onredelijk bezwarende, wijze was aangegeven of op andere wijze duidelijk kon worden welke van die sets in het gegeven geval van toepassing zou zijn. Of, anders gezegd: er was kennelijk sprake van alternatieve toepasselijkheid, met dien verstande dat niet was geregeld wanneer welke set voorwaarden op welke situatie dan toepassing zou moeten vinden.

Het hof oordeelde dat van gebondenheid aan de algemene voorwaarden (zij het de ene set of de andere set) geen sprake kon zijn, nu op het moment dat de overeenkomst tot stand kwam, niet duidelijk was voor welke van de twee, niet-eenduidige pakketten algemene voorwaarden, Visser (de gebruiker van de voorwaarden) opteerde, terwijl gesteld noch gebleken was dat Gaastra (Vissers wederpartij) nadien alsnog akkoord is gegaan met toepasselijkheid van één van de twee pakketten. De Hoge Raad bekrachtigde het oordeel van het hof door te overwegen dat in een geval als het betreffende geen van de onderling verschillende stellen algemene voorwaarden van de overeenkomst deel uitmaakt en oordeelde voorts dat de gebruiker van de voorwaarden dit ook niet kan verhelpen door zelf alsnog één van de stellen algemene voorwaarden als toepasselijk aan te wijzen.

5. ForFarmers/Verweersters

In de uitspraak die in deze bijdrage centraal staat (HR 1 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1125, *Bb 2015/44.1*), deed zich een situatie voor die wellicht op het eerste gezicht lijkt op de situatie die in het arrest *Visser/Avéro* aan de orde was, maar die daarvan bij nadere betrachting wezenlijk verschilt doordat ook in casu weliswaar sprake was van twee verschillende sets van deels met elkaar strijdige algemene voorwaarden, maar waarbij die sets niet *alternatief*, maar *cumulatief* van toepassing zijn verklaard.

Verweerster in deze procedure is leverancier van biologische levensmiddelen en diervoedergrondstoffen. ForFarmers produceert en verkoopt voer voor bepaalde soorten landbouwdieren. Tussen verweerster en ForFarmers was een overeenkomst gesloten met betrekking tot de levering van biomais door verweerster aan ForFarmers. In die overeenkomst stond achter de woorden 'Contract Conditions' een verwijzing opgenomen naar de *Conditieën van de Nederlandse Handel in Granen en Diervoedergrondstoffen* (de zogenaamde CNGD-voorwaarden). Het betreft hier branchevoorwaarden van de branche waartoe verweerster behoort. Onderaan de tussen partijen gesloten overeenkomst stond evenwel in een kleiner lettertype voorbedrukt te lezen:

“Op al onze transacties zijn van toepassing onze Algemene Verkoop- en Betalingsvoorwaarden op 8 december 1994 vastgesteld bij de K.v.K. te Terneuzen onder nr. 283, exemplaar op aanvraag.”

In de CNGD-voorwaarden is een bepaling opgenomen die verwijst naar geschillenbeslechting door middel van arbitrage. In de eigen algemene voorwaarden van verweerster is een forumkeuze opgenomen die exclusief verwijst naar

de Rechtbank Middelburg voor wat betreft de beslechting van geschillen. Onder meer op dit punt conflicteerden beide voorwaarden derhalve.

ForFarmers vorderde in de betreffende procedure primair schadevergoeding van verweerster op grond van het door haar gestelde uitgangspunt dat verweerster biomais zou hebben geleverd met een te hoog dioxinegehalte en, subsidiair, de vernietiging van de overeenkomst op grond van dwaling. Verweerster heeft een incident opgeworpen en, nadat zij was gedagvaard voor de Rechtbank Middelburg, zich beroepen op het arbitrale beding en aldus gevorderd dat de rechtbank zich onbevoegd zal verklaren.

De rechtbank heeft de vordering in het incident toegewezen en zich in de hoofdzaak onbevoegd verklaard. Het hof heeft het oordeel van de rechtbank, onder verbetering van gronden, bekrachtigd waartoe het hof, voor zover in cassatie van belang het volgende heeft overwogen:

“De rechtbank heeft terecht beslist dat een situatie als bedoeld in HR 28 november 1997, *NJ 1998, 705 (Visser/Avéro, auteur)* zich in casu niet voordoet. In het onderhavige geval zijn op het salescontract van 9 oktober 2009 twee sets algemene voorwaarden van toepassing verklaard, te weten de CNGD- en de Algemene Voorwaarden van [verweerster]. Dit was voor ForFarmers duidelijk en niet voor nadere uitleg vatbaar, zoals ForFarmers cs ook zelf stelt (...). Er is dus in dit geval geen sprake van een situatie waarin niet is aangegeven welke set algemene voorwaarden van toepassing is. Ze zijn beide van toepassing verklaard door [verweerster] en ForFarmers heeft dat ook zo begrepen.

Nu in de beide sets algemene voorwaarden de regeling op het punt van de beslechting van geschillen onderling verschilt dient aan de hand van de Haviltex-maatstaf te worden onderzocht welke regeling omtrent geschillenbeslechting tussen partijen geldt. Dit onderzoek betreft niet de vraag of en zo ja, over welke set algemene voorwaarden partijen overeenstemming hebben bereikt, maar een vraag van uitleg van de tussen partijen aangegane overeenkomst, nu deze overeenkomst bepalingen (van algemene voorwaarden) bevat die onderling tegenstrijdig zijn.”

Vervolgens is het hof overgegaan tot toepassing van de Haviltex-maatstaf. Dat leidde het hof tot het oordeel dat de arbitrageafspraken zoals opgenomen in de CNGD-voorwaarden tussen partijen geldt en niet de forumkeuze zoals vervat in de algemene voorwaarden van verweerster. Daartoe heeft het hof, samengevat, met name van belang geacht dat de CNGD-voorwaarden in het specifieke, met het oog op de onderhavige transactie ingevulde gedeelte zijn vermeld, terwijl het bij de eigen algemene voorwaarden van verweerster ging om een standaardverwijzing die in kleinere, voorgedrukte tekst aan de voet van het contractformulier was opgenomen. Daarnaast heeft het hof in aanmerking genomen dat ForFarmers een professionele partij is die een langdurige handelsrelatie met verweerster had en goed op

de hoogte was van de inhoud van de CNGD-voorwaarden, waaronder mede begrepen het arbitragebeding. Om die reden mocht verweerster in de gegeven omstandigheden erop vertrouwen dat voor ForFarmers ook duidelijk was dat de regeling met betrekking tot de geschillenbeslechting zoals opgenomen in de CNGD-voorwaarden in elk geval tussen partijen zou gelden en bij strijdigheid zou prevaleren boven het forumkeuzebeding zoals vervat in de eigen algemene voorwaarden van verweerster.

Daartegen wordt in cassatie opgekomen. Het hof zou hebben miskend dat, ondanks dat beide sets voorwaarden *cumulatief* van toepassing waren verklaard, die beide sets wegens hun onverenigbare onderlinge verschillen ten aanzien van onder andere de geschillenregeling, niet tegelijk van toepassing kunnen zijn. Daarbij wordt een parallel getrokken met het arrest *Visser/Avéro* en aldus hadden beide sets buiten toepassing gelaten moeten worden, aldus, zakelijk weergegeven, het cassatiemiddel.

De Hoge Raad oordeelt dat in de zaak *Visser/Avéro*, waarop in het cassatiemiddel wordt gedoeld, in geschil was of de toepasselijkheid van algemene voorwaarden was overeengekomen. Het betrof een geval, aldus de Hoge Raad, waarin naar twee onderling verschillende sets algemene voorwaarden was verwezen, met gebruik van het woord 'of', zonder dat op enigerlei wijze was aangegeven of nader geregeld welke van die sets in het gegeven geval van toepassing zou zijn. Voor een zodanig geval heeft de Hoge Raad beslist dat géén van de sets algemene voorwaarden dan deel uitmaakt van de overeenkomst en dat de gebruiker dat niet kan verhelpen door zelf alsnog één van de sets algemene voorwaarden te kiezen.

Anders dan het oordeel bepleit, bestaat er echter geen grond, aldus de Hoge Raad, om ook voor een geval als het onderhavige, waarin de toepasselijkheid van beide sets voorwaarden *cumulatief* is bedongen en aanvaard, deze sets algemene voorwaarden beide niettemin buiten toepassing te laten indien daarin onderling onverenigbare bedingen voorkomen. In zodanig geval is sprake van een overeenkomst met onderling tegenstrijdige bedingen en dient door uitleg te worden vastgesteld welke van die bedingen prevaleert.

Wanneer het daarbij dan aankomt op toepassing van de Haviltex-formule, kan de rechter, aldus de Hoge Raad, gewicht toekennen aan onder meer de wijze waarop de desbetreffende bedingen in de overeenkomst zijn vermeld dan wel geïncorporeerd (onder verwijzing naar HR 13 juni 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF5538, NJ 2003/506). Dat heeft het hof in dit geval gedaan door betekenis te hechten aan de omstandigheid dat de verwijzing naar de CNGD-voorwaarden, anders dan die naar de eigen algemene voorwaarden van verweerster, niet is voorgedrukt maar is vermeld in het gedeelte van de overeenkomst dat per transactie moet worden ingevuld.

6. Conclusie

Algemene voorwaarden vormen, nadat zij op geëigende wijze van toepassing zijn verklaard, onderdeel van de tus-

sen partijen gesloten afspraken. Zij hebben daarmee in een 'business to business'-relatie in beginsel geen lagere of andere status dan de 'overige afspraken' die partijen in het kader van de betreffende overeenkomst met elkaar hebben gemaakt. Het is dan ook alleszins begrijpelijk dat de Hoge Raad, daar waar nadrukkelijk kan worden vastgesteld dat de wil van partijen gericht is geweest op het van toepassing verklaren van beide sets voorwaarden, tot de basale conclusie komt dat partijen kennelijk met elkaar tot een overeenkomst zijn gekomen waarin onderling tegenstrijdige bepalingen zijn opgenomen, om vervolgens, aansluiting zoekend bij bestaande rechtspraak op dit punt, tot de conclusie te komen dat op grond van uitleg moet worden vastgesteld wat, gegeven de tegenstrijdigheid, tussen partijen rechtens is. Daarbij kunnen alle omstandigheden van het geval een rol spelen, waaronder dus (mede) de wijze van vantoepassingverklaring (een expliciete referentie aan de toepasselijkheid versus een verwijzing via een standaard voorgedrukte tekst). De moraal van het verhaal blijft echter natuurlijk dat partijen er goed aan doen om erop te letten, bij het gebruik van meerdere voorwaarden, welke voorwaarden op welke activiteiten toepassing moeten vinden (ter voorkoming van de problematiek zoals die in het arrest *Visser/Avéro* centraal stond) en om bij cumulatieve toepasselijkheid duidelijk te maken welke voorwaarden in geval van tegenstrijdigheid prevaleren. Dat laatste kan uiteraard simpel worden gerealiseerd door een daartoe strekkende bepaling in de overeenkomst of in één van de sets voorwaarden zelf op te nemen.