

Alternatieve en cumulatieve verwijzing naar algemene voorwaarden



Mw. prof. mr.
M.M. van Rossum*



Mr. dr. A.H. Lamers**

1. Inleiding

Indien aanbod en aanvaarding naar verschillende algemene voorwaarden verwijzen, 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. Met deze woorden, ook wel de 'first shot rule' genaamd, geeft de wetgever in art. 6:225 lid 3 BW een oplossing voor het geval partijen over en weer verschillende algemene voorwaarden op een overeenkomst van toepassing willen verklaren. De wetgever heeft hiermee gekozen voor een alternatief stelsel. Art. 6:225 lid 3 BW is op grond van art. 6:217 lid 2 BW overigens van regelend recht, partijen kunnen dus anders overeenkomen en een dergelijke overeenkomst kan ook stilzwijgend zijn aangegaan op grond van het feit dat partijen reeds eerder zaken met elkaar hebben gedaan.¹

De wetgever heeft echter geen regeling gegeven voor het geval er sprake is van een battle of forms waarbij twee sets algemene voorwaarden door dezelfde partij van toepassing worden verklaard. Zulks kan het geval zijn als een partij zowel branchevoorwaarden als zijn eigen voorwaarden inbrengt in de overeenkomst. De vraag is dan wat rechtens is indien een of meerdere bedingen uit de verschillende sets algemene voorwaarden elkaar niet verdragen. Onlangs heeft de Hoge Raad met zijn arrest in de zaak *ForFarmers/Doens*² een nieuw hoofdstuk aan de rechtsontwikkeling met betrekking tot het leerstuk toegevoegd waarmee het tot een aanvulling is gekomen op de tot voor kort geldende leer, volgend uit het arrest *Visser/Avéro*³, dat in het geval naar twee sets algemene voorwaarden wordt verwezen, beide in beginsel niet van toepassing zijn. Hierna worden beide arresten voornoemd in verband met elkaar besproken waarna zal worden teruggekoppeld naar eerdere jurisprudentie die betrekking heeft op het onderhavige leerstuk. In de conclusie zal worden gepoogd een bestendige lijn te schetsen.

2. Visser/Avéro: alternatief

In deze zaak is op de facturen van Visser een alternatieve verwijzing opgenomen naar twee sets algemene voorwaarden namelijk ten eerste de 'voorwaarden uit 1996' of ten tweede de zogenaamde ALIB branchevoorwaarden (Algemene Leveringsvoorwaarden Installerende Bedrijven). Deze verwijzing is expliciet alternatief in die zin dat of de voorwaarden uit 1996,

of de ALIB voorwaarden van toepassing worden verklaard. Het is evident dat zulks op zijn minst vragen om misverstanden is en die komen er ook. Als een werknemer van Visser schade veroorzaakt en verzekeraar Avéro vervolgens een (regres-)vordering instelt jegens Visser worden partijen het niet eens over de vraag welke algemene voorwaarden van toepassing zijn. De Hoge Raad overweegt in deze zaak dat het hier gaat om een geval van een gebruiker van twee onderling verschillende stellen algemene voorwaarden die beide in één verwijzing op door de gebruiker te verrichten leveringen van toepassing zijn verklaard, zonder dat op enigerlei – voor de wederpartij begrijpelijke en niet onredelijk bezwarende – wijze is aangegeven welke van die stellen van toepassing zijn. In een dergelijk geval maakt geen van de onderling verschillende stellen algemene voorwaarden deel uit van de overeenkomst en kan de gebruiker dit niet herstellen door zelf alsnog voor één van de stellen te kiezen, aldus de Hoge Raad. Over de inbedding van deze regel in het systeem van vermogensrecht laat de Hoge Raad zich niet uit. Van Wechem betoogt dat de gekozen oplossing pragmatisch, helder en voor de praktijk werkbaar is. Echter, deze oplossing is zijns inziens en wij kunnen hiermee instemmen, niet te plaatsen in het samenstel van art. 3:35 BW, art. 6:231 BW onder c en art. 6:232 BW. Bezien vanuit art. 6:232 BW maakt het

* Hoofd Wetenschappelijk Bureau en Bijzonder Hoogleraar Privaatrecht aan de Open Universiteit.
(m.vanrossum@taylorwessing.com)

** Als fellow verbonden aan de Open Universiteit en als visiting lecturer aan de Universiteit van Suriname.
(lamers@musiconomie.nl)

1. Asser/Hartkamp/Sieburgh 6-III* 2014, nr. 478.
2. HR 24 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:1125, NJ 2015, 222. Zie over dit arrest de noot van S. van Gulijk in *TBR* 2015/137; J.H.M. Spanjaard, "En' is wat anders dan 'of'", *ORP* 2015(7) 229; J.J. Dammingh, 'Drafting tips & skills: algemene voorwaarden', *ORP* 2015 (7) 230, noot P.S. Bakker in *JOR* 2015, afl. 7-8, H.J.R. Raven, 'Welke algemene voorwaarden zijn toepasselijk?', *JuTD* 2015, nr. 17, 24 september 2015; S.A. Kruisinga, 'Wat is rechtens indien een contractpartij verschillende sets algemene voorwaarden van toepassing verklaart?', *NTHR* nr. 6, december 2015, p. 308-310.
3. HR 28 november 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2507, NJ 1998, 705.

immers niet uit dat de wederpartij niet weet welke voorwaarden zij heeft geaccepteerd. Voor de vraag naar gebondenheid aan algemene voorwaarden, is slechts van belang dat zij de algemene voorwaarden heeft aanvaard. In de door de Hoge Raad gekozen oplossing maakt het wel degelijk uit welke sets algemene voorwaarden zijn aanvaard. Er dient namelijk te worden vastgesteld welke set algemene voorwaarden van toepassing is.

Hijma geeft in zijn NJ-noot onder de nrs. 3 en 4 er de volgende verklaring voor. Het probleem is zijns inziens niet zozeer gelegen in de aanvaarding als zodanig, maar meer in het gegeven dat een alternatieve waaraan een richtsnoer ontbreekt, wanneer zij eenmaal is overeengekomen, niet tot bepaalde rechtsgevolgen leidt. De hiermee gepaard gaande onzekerheid over welke algemene voorwaarden nu van toepassing zijn, dient voor rekening van de gebruiker te blijven. Zo opgevat situeert zich de materie, en wij kunnen ons daarin vinden, op het snijvlak, van contractuitleg en het bepaalbaarheidsvereiste. Men zou, zo betoogt Hijma, het onbepaaldheidsoordeel kunnen omzeilen door aan te nemen dat het objectief recht de leemte opvult, met name doordat uit de redelijkheid en billijkheid richtsnoeren kunnen worden afgeleid (art. 6:248 lid 1 BW). De Hoge Raad wil daar echter niets van weten.

3. ForFarmers: cumulatief

De zaak ForFarmers/Doens speelt zich af tegen de volgende feitelijke achtergrond: als ForFarmers op 9 oktober 2009 bij Doens een voorraad biomais koopt, zijn twee sets algemene voorwaarden van toepassing op de koopovereenkomst. Ten eerste de branchevoorwaarden 'Condiëten van de Nederlandse handel in Granen en Diervoedergrondstoffen' (hierna: de CNGD voorwaarden) waarnaar wordt verwezen in de (akte van) overeenkomst zelf en ten tweede de 'eigen' Algemene Verkoop- en Betalingsvoorwaarden (hierna de AVB) waarnaar wordt verwezen in kleine letters op voorgedrukt briefpapier. Als tussen partijen een geschil ontstaat over de kwaliteit van de geleverde mais blijken de beide sets algemene voorwaarden afwijkende competentieregelingen te bevatten. De CNGD voorziet in een arbitragebeding en de AVB verwijzen naar de rechtbank te Middelburg als enige bevoegde rechter. Beide sets algemene voorwaarden zijn afkomstig van Doens.

ForFarmers adieert de rechtbank Middelburg op grond van de AVB van Doens waarop leverancier Doens de onbevoegdheid van de rechtbank inroept. De rechtbank wijst de incidentele vordering toe en verklaart zich onbevoegd. Het Hof bekrachtigt deze beslissing.

In cassatie stelt ForFarmers zich op het standpunt dat beide sets niet tegelijk van toepassing kunnen zijn, omdat net als in de zaak Visser/Avéro sprake is van een situatie waarin niet is aangegeven welke van de beide sets algemene voorwaarden daadwerkelijk van toepassing zijn.

In de zaak ForFarmers/Doens richt het cassatiemiddel zich met name tegen het oordeel dat het Hof de Visser/Avéro-regel niet heeft toegepast. Deze regel houdt kort gezegd in dat in een geval van twee onderling verschillende stellen algemene voorwaarden die alternatief (óf, óf) van toepassing zijn verklaard zonder dat duidelijk is aangegeven welke van die sets van toepassing is, geen van de onderling verschillende stellen algemene voorwaarden deel uitmaken van de overeenkomst.

In de zaak ForFarmers/Doens kiest de Hoge Raad een andere koers dan in Visser/Avéro door te overwegen dat in Visser/Avéro in geschil was of de toepasselijkheid van de algemene voorwaarden is overeengekomen. Terwijl in het geval van de zaak ForFarmers/Doens beide sets algemene voorwaarden zijn bedongen en aanvaard. Er is in dit geval dus geen sprake van een alternatieve verwijzing maar van een cumulatieve verwijzing. De Hoge Raad overweegt dat bij de beoordeling van hetgeen partijen in dit verband over en weer redelijkerwijs uit elkaars verklaringen en gedragingen hebben mogen afleiden en te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten (Haviltexformule) de rechter gewicht kan toekennen aan onder meer de wijze waarop de betreffende bedingen in de overeenkomst zijn vermeld dan wel geïncorporeerd. Het Hof heeft dat volgens de Hoge Raad ook gedaan door betekenis te hechten aan de omstandigheid dat de verwijzing naar de CNGD, anders dan die naar de eigen algemene voorwaarden van de leverancier, niet is voorgedrukt, maar vermeld is in het gedeelte van de overeenkomst dat per transactie wordt ingevuld.⁴ Met dit oordeel zou ook gesteld kunnen worden dat de facto geen sprake is van één verwijzing zoals in de zaak Visser/Avéro, maar van een 'getrapte' verwijzing. Doens heeft immers in het contractformulier zelf, achter 'contractvoorwaarden' specifiek, naar de branchevoorwaarden (CNGD) verwezen en 'een trap lager', voorgedrukt in kleine letters, naar zijn eigen algemene voorwaarden (AVB).⁵ De uitspraak van de Hoge Raad in de zaak ForFarmers/Doens leidt ertoe dat de branchevoorwaarden prevaleren en partijen zich dus tot de arbiter moeten wenden voor de beslechting van hun geschil. De achterliggende gedachte is dat het specifiekere geformuleerde voorrang behoort te krijgen.

Als vuistregel kan worden gehanteerd dat in gevallen waarin twee bedingen (uit twee sets algemene

4. R.o. 3.3.4. Vergelijk Hoge Raad 13 juni 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF5538, NJ 2003, 506. Zie ook o.m. HR 24 juni 2011, ECLI:NL:PHR:2011:BQ0507, RvdW 2011/795.

5. Zie Conclusie A-G, G.R.B. van Peurseem, ECLI:NL:PHR:2015:81 sub 3.4.

voorwaarden) onderling conflicteren, de bedingen die afkomstig zijn uit voorwaarden waarnaar specifiek is verwezen, in beginsel voorgaan op daarmee conflicterende bedingen uit voorwaarden, waarnaar niet (voldoende) specifiek is verwezen. Van de set algemene voorwaarden waarnaar niet (voldoende) specifiek is verwezen, zouden bij hantering van deze vuistregel in beginsel slechts de bepalingen als geldig overblijven, die geen strijd met bedingen uit de specifieke voorwaarden zouden opleveren.⁶ De Hoge Raad behandelt de onderhavige problematiek als een uitlegkwestie.

In het ForFarmers-arrest doet zich een situatie voor die op het eerste gezicht lijkt op de situatie die in het arrest Visser/Avéro centraal stond, maar die daarvan fundamenteel afwijkt doordat ook hier weliswaar sprake is van twee verschillende sets deels met elkaar tegenstrijdige algemene voorwaarden, maar waarbij die sets niet alternatief (óf, óf) maar cumulatief (én, én) van toepassing zijn verklaard. Er bestaat geen grond, aldus de Hoge Raad in de zaak ForFarmers/Doens⁷, om ook voor een geval als in casu, waarin de toepasselijkheid van beide sets cumulatief is bedongen en aanvaard, deze sets algemene voorwaarden beide buiten toepassing te laten verklaren, indien daarin onderling onverenigbare bedingen voorkomen.

In een dergelijk geval is sprake van een overeenkomst met onderling tegenstrijdige bedingen en dient door uitleg te worden vastgesteld welke van die bedingen voorrang heeft.

In de literatuur lijkt het onderscheid tussen alternatieve en cumulatieve dubbele verwijzing niet (duidelijk) gemaakt te worden.⁸ Loos merkt op, en wij onderschrijven dit, dat de aanvaarding van een beding in algemene voorwaarden wordt bepaald aan de hand van de art. 3:33 en 3:35 BW opdat objectief wordt vastgesteld welke algemene voorwaarden de wederpartij zou hebben geaccepteerd.⁹

In het arrest ForFarmers/Doens maakt de Hoge Raad aldus korte metten met de opvatting die in de lagere rechtspraak tot nu toe werd onderschreven dat in een geval van cumulatieve uitleg de Visser/Avéro-regel moet worden toegepast.¹⁰

De ratio achter de tendens is dat bij toepassing van twee verschillende sets algemene voorwaarden, geen van beide toepasselijk zijn, omdat voor de wederpartij op het moment van contractsluiting niet duidelijk was welke set de gebruiker van toepassing wilde verklaren. Doortrekking van de Visser/Avéro-regel, rechtstreeks of bij wijze van analogie, heeft weliswaar het voordeel van duidelijke hanteerbaarheid: bij dubbele verwijzing is afgezien van een afdoende "richtingaanwijzer" geen van de voorwaarden van toepassing, maar het is de vraag of dat recht doet aan de contractuele aard van de verhouding tussen partijen, zoals de A-G terecht in zijn conclusie voor dit arrest stelt.

Partijen doen er goed aan om erop te letten, bij het gebruik van meerdere algemene voorwaarden, welke

voorwaarden op welke activiteiten toepassing moeten vinden om bij alternatieve dubbele verwijzing de problemen zoals die in het arrest Visser/Avéro aan de orde kwamen te voorkomen en om bij cumulatieve toepasselijkheid duidelijk te maken welke voorwaarden in geval van tegenstrijdigheid voorgaan. Dit kan door een daartoe strekkend beding in de overeenkomst of in een van de sets algemene voorwaarden zelf op te nemen.¹¹

4. Uitleg in het algemeen

De Hoge Raad stelt in het ForFarmers-arrest voorop dat indien de toepasselijkheid van beide sets algemene voorwaarden door de gebruiker is bedongen en door partijen is aanvaard, door uitleg dient te worden vastgesteld welke van de bedingen prevalleert. Het komt dan aan op toepassing van de Haviltex-formule. Met de tekst "Bij de beoordeling van hetgeen partijen in dit verband over en weer redelijkerwijs uit elkaars verklaringen en gedragingen hebben mogen afleiden en te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten", kan de rechter volgens de Hoge Raad onder meer gewicht toekennen aan de wijze waarop de desbetreffende bedingen in de overeenkomst zijn vermeld dan wel zijn geïncorporeerd.¹²

Het Hof heeft dit in casu gedaan door betekenis toe te kennen aan de omstandigheid dat de verwijzing naar de CNGD anders dan die naar de algemene voorwaarden van Doens, niet is voorgedrukt, maar is vermeld in het gedeelte van de overeenkomst dat per transactie wordt ingevuld.

6. Zie P.S. Bakker, *JOR* 2015/222.

7. R.o. 3.3.3.

8. M.B.M. Loos, *Algemene voorwaarden 2013*: Boom Uitgevers Den Haag, nr. 53; T.H.M. van Wechem, *Toepasselijkheid van algemene voorwaarden 2007*, Deventer Kluwer, Serie Recht en Praktijk 152, § 2.3.3; R.H.C. Jongeneel par. 6.2 p. 112-113 in: B. Wessels/R.H.C. Jongeneel/M.L. Hendrikse (red) *Algemene voorwaarden 2006*, Deventer Kluwer, Serie Recht en Praktijk nr. 143, M.B.M. Loos, 'Opname van algemene voorwaarden in overeenkomsten en vernietiging van algemene voorwaarden wegens onvoldoende kenbaarheid', *BR* 2003, p. 284 e.v.

9. Zie ook in deze lijn de conclusie van A.S. Hartkamp, *NJ* 1998, 705, sub 8 en 9 waarover T.H.M. van Wechem in T.H.M. van Wechem, *Toepasselijkheid van algemene voorwaarden 2007*, Deventer Kluwer, Serie Recht en Praktijk 152, par. 2.3.3.

10. Zie o.m. Hof Arnhem-Leeuwarden 19-02-2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ4280, *Praktijkvelden* 2013/135, RCR2013/41, Hof 's-Hertogenbosch 17-12-2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:6056, RCR2014/21, Rb. Roermond 16-03-2011, ECLI:NL:RBROE:2011:BP7586, Rb. Rotterdam 23-02-2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BQ5122, Rb. Arnhem 11-02-2005, ECLI:NL:RBARN:2005:AO5076, Rb. Arnhem 7-11-2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BY4930.

11. Zie M.R. Ruygvoorn, 'Verwijzing naar verschillende algemene voorwaarden door dezelfde gebruiker, 'en/en' 'óf/óf', *Bb* 2015/44.

12. R.o. 3.3.4.

Voor de uitlegproblematiek kan een vergelijking worden gemaakt met het arrest Vos/Heipro¹³ waar de vrijwaringsclausule in de technische omschrijving van de opdrachtgever en een aansprakelijkheidsclausule in de algemene voorwaarden van de aannemer tegenover elkaar staan.¹⁴ Hoewel dit opstel gaat over de toepasselijkheid van de algemene voorwaarden van één en dezelfde partij en hier twee algemene voorwaarden van verschillende partijen tegenover elkaar staan, geeft dit arrest een interessant gezichtspunt over de uitlegproblematiek. De volgende feitelijke situatie heeft zich voorgedaan: Tijdens door aannemer Heipro uitgevoerde dakbedekkingswerkzaamheden aan een loods toebehorend aan Jonker, zijn bouwkrullen in de loods terecht gekomen, waardoor (potentieel grote) schade is of kan zijn, toegebracht aan aldaar opgeslagen tabaksbladeren. Tevoren hebben partijen bij de aannemingsovereenkomst, de eigenaar van de loods, Jonker en de aannemer, Heipro een contract ondertekend, waarin is verwezen naar documenten met onderling (uiterst) tegenstrijdige aansprakelijkheidsvoorwaarden (art. 7 van de technische omschrijving van Jonker en art. 9.1 van de algemene voorwaarden van de aannemer, Heipro).

In de algemene voorwaarden van Heipro gaat het om een aansprakelijkheidsbeperkende clausule (art. 9.1: 'opdrachtnemer is slechts aansprakelijk voor directe of indirecte schade aan het werk en/of derden voor zover ontstaan door grove schuld van opdrachtnemer of van hen die door opdrachtnemer te werk zijn gesteld op de aan haar opgedragen werkzaamheden met dien verstande dat voor vergoeding alleen in aanmerking komt die schade waartegen opdrachtnemer verzekerd is, dan wel redelijkerwijs gezien de in die branche geldende gebruiken, verzekerd had behoren te zijn'). De clausule van de technische omschrijving van Jonker verzwart juist de aansprakelijkheid van Heipro (art. 7: 'de aannemer vrijwaart de opdrachtgever vanaf de datum van aanvang van de werkzaamheden tot en met de datum van oplevering, voor alle aanspraken van derden, waaronder alle schaden, van welke aard ook, welke uit de ingebruikneming van het werk mochten voortvloeien en voor de mogelijke schade ontstaan door zijn werkzaamheden aan de producten welke opgeslagen zijn in de loods'). Jonker stelt Heipro aansprakelijk voor de bij de uitvoering van de aannemingsovereenkomst veroorzaakte schade aan de in zijn loods opgeslagen tabaksbladeren.

Partijen strijden over de vraag welke clausule prevaleert en over de vraag of art. 6:225 BW hierbij een rol speelt. Partijen beroepen zich over en weer op de voor hen meest gunstige regeling. Het cassatiemiddel voert aan dat het oordeel van het Hof dat indien de technische omschrijving niet kwalificeert als een algemene voorwaarde, door middel van uitleg aan de hand van de Haviltex-maatstaf moet worden nagegaan welk beding voorgaat, dit oordeel getuigt van een onjuiste rechtsopvatting. Het Hof heeft dan miskend de ongeschreven rechts-

regel, die het Hof zo nodig ambtshalve had moeten toepassen, dat een specifieke bepaling in een overeenkomst prevaleert boven een bepaling in algemene voorwaarden (*lex specialis derogat legi generali*). De Hoge Raad oordeelt dat het Hof met zijn oordeel dat met betrekking tot de uitleg van de onderhavige overeenkomst de Haviltex-maatstaf geldt, uitgaat van een juiste rechtsopvatting.¹⁵ De regel dat een specifieke bepaling in een overeenkomst gaat boven een bepaling in algemene voorwaarden is geen (ongeschreven) rechtsregel, doch kan hooguit gelden als een gezichtspunt, dat bij de uitleg van de overeenkomst met behulp van het Haviltex-criterium zonder schending van het recht in aanmerking kan worden genomen.

Er is in de zaak Vos/Heipro sprake van met elkaar tegenstrijdige bepalingen in de overeenkomst waarin beide partijen zich hebben verbonden. Het gaat dan om de uitlegvraag welke van beide regelingen uit de overeenkomst voorgaat en in het bijzonder of er een regel geldt dat een specifieke bepaling in een overeenkomst prevaleert boven een bepaling in algemene voorwaarden. De Hoge Raad gaat ervan uit dat de regel dat een specifieke bepaling in een overeenkomst voorgaat boven een bepaling in algemene voorwaarden, geen uitlegregel is in de eigenlijke zin van het woord. Het is hooguit een gezichtspunt dat bij de uitleg van het Haviltex-criterium, in aanmerking kan worden genomen. Het heeft daarmee niet de status van een regel, en stijgt evenmin uit boven bijvoorbeeld het contra-proferentem gezichtspunt. Wat echter jammer is, is dat de Hoge Raad in dit arrest geen enkele indicatie geeft hoe – in voorkomende gevallen – dient te worden uitgelegd. Voor de praktijk is dit weinig richtinggevend. Om risico's te vermijden, is het aan te bevelen om als standaardbepaling op te nemen een regeling waarin de volgorde wordt bepaald. De vrijheid van de rechter om dan te 'Haviltexen' en partijen in het ongewisse te laten, wordt hiermee beperkt.¹⁶ Hoewel niet uitgegaan kan worden van een rechtsregel, mag men ons inziens het belang van het handvat niet onderschatten. Omdat concrete (wettelijke) uitlegeregels ontbreken en het Haviltex-criterium een open norm geeft, die moet worden ingevuld aan de hand van de omstandigheden van het geval en de

13. HR 13-06-2003, ECLI:NL:HR:2003:AF5538, NJ 2003, 506 (Vos/Heipro).

14. HR 13-06-2003, ECLI:NL:HR:2003:AF5538, NJ 2003/506. Zie over dit arrest ook T.H.M. van Wechem, 'Wat gaat voor: een specifiek beding of een bepaling in algemene voorwaarden?' (Hoge Raad, 13 juni 2003, C 01/340 HR), *Contracteren* 2003/3, p. 80 e.v.

15. In het onderhavige geval is niet de in art. 6:225 BW bedoelde situatie aan de orde waarin aanbod en aanvaarding van elkaar afwijken.

16. Zie T.H.M. van Wechem, 'Wat gaat voor: een specifiek beding of een bepaling in algemene voorwaarden' (HR 13 juni 2003, C 01/340 HR), *Contracteren* 82, 2003/3.

bedoelingen van partijen, zullen de in de rechtspraak en literatuur geformuleerde gezichtspunten een belangrijke rol vervullen.

Hartkamp en Sieburgh¹⁷ noemen als uitlegprincipe dat in de rechtspraak, ook zonder wettelijke basis, als leidraad kan dienen onder meer: hetgeen in gedrukte algemene voorwaarden (bijvoorbeeld polisformulieren) is bijgetypt of bijgeschreven, prevaleert in geval van afwijking boven de overige inhoud. Hetzelfde geldt voor andere 'individuele' bedingen, ongeacht of zij mondeling overeengekomen zijn, opgenomen in correspondentie tussen partijen, (enz.).¹⁸ Ook door de lagere rechters wordt wel aangenomen dat de specifieke afspraak tussen partijen prevaleert boven daarvan afwijkende bedingen in algemene voorwaarden.¹⁹ De Hoge Raad hecht in het onderhavige arrest betekenis toe op welke wijze de algemene voorwaarden in de overeenkomst zijn geïncorporeerd: de verwijzing naar de branchevoorwaarden is, anders dan die naar de algemene voorwaarden van de leverancier, niet voorgedrukt maar is vermeld in het gedeelte van de overeenkomst dat per transactie wordt ingevuld.

5. Uitleg van algemene voorwaarden

Als uitgangspunt geldt dat uitleg van algemene voorwaarden naar Nederlands recht in beginsel op basis van de Haviltex-norm geschiedt. Op de keuze voor toepassing van het Haviltex-criterium op algemene voorwaarden valt ons inziens wel wat af te dingen. Algemene voorwaarden zijn immers door de gebruiker bedoeld voor een veelvoud van overeenkomsten, terwijl de wederpartij niet betrokken is geweest bij het opstellen van de bedingen in de algemene voorwaarden en veelal ook niet in staat is geweest om de inhoud daarvan tijdens onderhandelingen te beïnvloeden.²⁰

Dit pleit voor een meer objectieve maatstaf waarbij minder acht meer wordt geslagen op hetgeen partijen zelf met de gebruikte bewoordingen hebben bedoeld.²¹

Anderzijds neemt dit niet weg dat objectieve uitleg aan de hand van de cao-norm niet goed mogelijk lijkt nu de beoordeling aan de hand van de 'omstandigheden van het geval benadering' dient te geschieden en daarbij ook de concrete, de wederpartij betreffende omstandigheden dienen te worden meegewogen voor zover de gebruiker die kende op het moment van de contractsluiting.²²

Wij pleiten voor een geobjectiveerde hantering van de Haviltex-norm, waar niet gekeken wordt naar de subjectieve bedoelingen van partijen, maar uitgegaan wordt van de doorsnee wederpartij, of de redelijke persoon.

Dit standpunt lijkt te worden bevestigd in het arrest Defam/Kredietnemer.²³ In dit arrest over kredietvoorwaarden lijkt de objectieve uitleg van algemene voorwaarden een belangrijke rol te spelen.²⁴ In deze zaak gaat het om de uitleg van art. 7 onder a van de voorwaarden doorlopend krediet DEFAM/Credit B.V., dat luidt:

"Het aan DEFAM verschuldigde zal terstond in zijn geheel opeisbaar zijn indien de kredietnemer: A. na in gebreke te zijn gesteld in verband met achterstalligheid in de betaling van tenminste twee maanden, nalatig blijft in de volledige nakoming van zijn verplichtingen."

De vraag is of de bepaling nietig is wegens strijd met art. 33 van de Wet op het consumentenkrediet (WCK). Art. 33 WCK beoogt volgens de Hoge Raad achterstalligheid die vervroegde opeisbaarheid rechtvaardigt, uit te drukken in een tijdsperiode en niet in een aantal termijnen, dat wil zeggen:

"het achterstallige bedrag (dat per week, maand, kwartaal, jaar of andere perioden verschuldigd kan zijn) tenminste gedurende twee maanden achterstallig zijn, wil de kredietgever het restant vervroegd ineens kunnen opeisen".

Volgens het Hof is art. 7 van de Voorwaarden doorlopend krediet DEFAM/Credit B.V. nietig, omdat het aanknoopt bij het aantal termijnen dat niet is betaald, en niet bij het aantal maanden dat de kredietnemer met een verschuldigde termijn bedrag achterstallig is. Het Hof leest tenminste "twee maanden" als twee maandtermijnen, en niet als een periode van twee maanden.

De Hoge Raad vindt dit oordeel van het Hof om twee redenen onbegrijpelijk: ten eerste omdat de voorwaarden in andere artikelen uitdrukkelijk de termijn "maandtermijn" hanteren als wordt bedoeld op het begrip maandtermijn. Ten tweede omdat aannemelijk is dat de voorwaarden beogen aan te sluiten bij de WCK.

De uitleg van contracten waaronder algemene voorwaarden is sterk verweven met de waarderingen van feitelijke aard. De Hoge Raad laat dit werk in principe over aan lagere rechters. Het is daarom opmerkelijk dat de Hoge Raad hier zelf de knoop doorhakt.

17. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III-2014/376.

18. Zie ook E.H. Hondius, Groene serie Verbintenissenrecht, Deventer: Kluwer, afd. 6.5.3, inleiding aant. 7.5.

19. Zie o.m. Hof Arnhem 14-10-2003, ECLI:NL:GHARN:2003:AN2820, NJF 2003, 91.

20. Zie M.M. van Rossum in B. Wessels/R.H.C. Jongeneel/M.L. Hendrikse (red), *Algemene voorwaarden 2006*, Deventer: Kluwer, Serie Recht en Praktijk nr. 143, par. 3.3.

21. Zie R.P.J.L. Tjittes, *Uitleg van schriftelijke contracten 2010*, Ars Aequi Libri Nijmegen, p. 20 e.v., Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/ 375.

22. M.B.M. Loos, *Algemene voorwaarden 2013*, Boom Uitgevers Den Haag, nr. 237.

23. HR 3 juni 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS7017 (Defam/Kredietnemer).

24. Zie M.M. van Rossum in B. Wessels/R.H.C. Jongeneel/M.L. Hendrikse (red), *Algemene voorwaarden 2006*, (Deventer: Kluwer, Serie Recht en Praktijk nr. 143, par. 3.3).

Betoogd zou kunnen worden dat aan dit arrest een meer objectieve uitleg ten grondslag ligt, die meebrengt dat een nader onderzoek naar de individuele bedoelingen van partijen over betekenis van de algemene voorwaarden overbodig is. Het tekstuele argument – deze set algemene voorwaarden maakt een onderscheid tussen de termen “maand” en “maandtermijn” – sluit goed aan bij een objectieve uitleg. Dat geldt ook voor het argument dat de door DEFAM gegeven uitleg van de algemene voorwaarden aansluit bij de WCK.

Hoewel beide argumenten bij de uitleg volgens de Haviltex-maatstaf een rol zouden kunnen spelen, wordt de indruk gewekt dat in dit arrest geredeneerd wordt vanuit het standpunt van een niet betrokken derde.²⁵

Zie ook het arrest Coface/Intergamma²⁶, waarbij het gaat om een contractueel verbod tot overdracht van vorderingen in algemene voorwaarden. Voor de uitleg van het contractueel overdraagbaarheids- of verpandingsverbod wordt een uitleg naar objectieve maatstaven gehanteerd met inachtneming van de Haviltex-maatstaf. De feiten komen op het volgende neer: AFK verkoopt electronica aan Intergamma. De toepasselijke algemene voorwaarden van Intergamma bepalen in art. 21.3:

“Zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van Intergamma zal verkoper zijn rechten en verplichtingen uit de met Intergamma gesloten overeenkomst, noch geheel, noch gedeeltelijk aan derden overdragen.”

Vervolgens cedeert AFK haar vordering op Intergamma, echter zonder voorafgaande toestemming aan Coface. Coface vordert daarop betaling van Intergamma. Intergamma weigert dit, nu naar haar opvatting geen overdracht van de vordering aan Coface tot stand is gekomen, gezien het verbod van art. 21.3.

De Hoge Raad handhaaft in dit arrest de leer dat een vorderingsrecht door partijen contractueel onoverdraagbaar kan worden gemaakt met als gevolg dat er inderdaad geen overdracht tot stand komt als de vordering niettegenstaande een dergelijk beding toch wordt gecedeerd.

Of tussen partijen een beding met een dergelijke goederrechtelijke werking is gestipuleerd, vormt een kwestie van uitleg. De Hoge Raad laat zich in dit arrest uit over de hanteren uitlegmethode. De te hanteren uitlegmethode wordt aldus geformuleerd dat een beding dat naar zijn aard mede is bestemd om de rechtspositie te beïnvloeden van derden die de bedoeling van de contracterende partijen niet kennen, en dat ertoe strekt hun rechtspositie op uniforme wijze te regelen, dient te worden uitgelegd naar objectieve maatstaven, met inachtneming van de Haviltex-maatstaf.²⁷

Dit criterium kan goed toegepast worden op algemene voorwaarden. Immers, deze zijn opgesteld om

op uniforme wijze te worden gebruikt en toetreders te binden die de bedoeling van de opsteller niet kennen.

6. Conclusie

De problematiek van tegenstrijdige bedingen in algemene voorwaarden is een veelzijdige kwestie. Allereerst speelt de vraag of sprake is van een alternatieve (óf, óf) dubbele verwijzing of van een cumulatieve dubbele verwijzing (én, én).

In het Visser-Avéro arrest uit 1998 heeft de Hoge Raad beslist dat bij een alternatieve dubbele verwijzing, waar het gaat om het geval van een gebruiker van twee onderling verschillende stellen algemene voorwaarden die beide in één verwijzing van toepassing zijn verklaard, zonder dat enigerlei – voor de wederpartij begrijpelijke en niet onredelijk bezwarende – wijze is aangegeven welke van die stellen van toepassing zijn, geen van de onderling verschillende stellen algemene voorwaarden deel uitmaken van de overeenkomst.

De gebruiker kan dit ook niet herstellen, door zelf alsnog voor één van de stellen te kiezen.

In het arrest ForFarmers uit 2015 heeft de Hoge Raad beslist dat doortrekking van de Visser/Avéro-regel op een geval van cumulatieve dubbele verwijzing, zoals in de lagere rechtspraak wel werd aangenomen, niet opportuun is. Bij een cumulatieve dubbele verwijzing (én/én) moet aan de hand van uitleg worden bepaald welke set algemene voorwaarden prevaleert. De Hoge Raad gaat uit van toepassing van het Haviltex-criterium. In verband met de aard van de algemene voorwaarden, is het ons inziens aannemelijk dat deze voorwaarden geobjectiveerd moeten worden uitgelegd.

Naarmate de uitleg volgens de Haviltex-maatstaf objectiever van aard zal zijn, zal het resultaat daarvan minder verschillen van uitleg volgens de cao-maatstaf.²⁸

25. Zie M.M. van Rossum in B. Wessels, R.H.C. Jongeneel & M.L. Hendrikse, red. *Algemene voorwaarden* (Recht en Praktijk deel 143), Deventer: Kluwer 2006, par. 3.3.

26. HR 21 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:682, NJ 2015/167 (Coface/Intergamma). Zie over dit arrest o.m. M.S. Breeman en S. Houdijk, Coface/Intergamma en overdraagbaarheidsbedingen: HR 21 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:682, *MvV*, afl. 6, 2014, M.H.E. Rongen, De uitleg van cessie- en verpandingsverboden, zie het arrest Coface/Intergamma, *TvFR* nr. 7/8 juli/augustus 2014, A. Steneker, Aan de slag met Coface/Intergamma, *ORP* 2014/6, noot B.A. Schuijling, in *JOR* 2014/151.

27. Zie r.o. 3.4.2 eerste zin: deze regel vindt steun in de bestaande rechtspraak waaronder het standaardarrest DSM/Fox, HR 20 februari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1427, NJ 2005/493 en HR 20 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA0727, NJ 2014/522 inzake gemeente Rotterdam/Eneco.

28. HR 2 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ4410, NJ 2008/104, Asser/Hartkamp & Sieburgh 6/III 2014, nr. 375

Een belangrijk gezichtspunt bij de bepaling welke set van de onderling tegenstrijdige algemene voorwaarden prevaleert, is de wijze waarop de betreffende bedingen in de overeenkomst zijn vermeld dan wel geïncorporeerd. De achterliggende gedachte is steeds dat wordt bekeken of het specifiekere geformuleerde voorrang behoort te krijgen. Hoewel de Hoge Raad dit slechts als een gezichtspunt formuleert is dit naar onze mening een uiterst relevant aanknopingspunt voor de beantwoording van de vraag welke van de sets onderling tegenstrijdige algemene voorwaarden prevaleert: een specifieke bepaling gaat in het algemeen boven het algemener geformuleerde.

Het komt veelvuldig voor dat van de kant van één partij twee sets algemene voorwaarden worden gehanteerd, bijv. branchevoorwaarden en eigen algemene voorwaarden. Cruciaal voor de beantwoording van de vraag welke set algemene voorwaarden

van toepassing is, is of er alternatief (of/of) of cumulatief (en/en) naar de algemene voorwaarden wordt verwezen. In de zaak ForFarmers/Doens is sprake van een cumulatieve verwijzing.

Ons inziens is de weg die de Hoge Raad heeft ingeslagen bij weging van onderling tegenstrijdige bedingen in algemene voorwaarden de juiste.

Doortrekking van de Visser/Avéro-regel naar cumulatieve dubbele verwijzing, zoals in de lagere rechtspraak wel werd aangenomen, wordt in de ban gedaan. Doortrekking heeft weliswaar het voordeel van duidelijke hanteerbaarheid: bij dubbele verwijzing is afgezien van een concrete richtlijn geen van de voorwaarden van toepassing, maar het is de vraag of dat recht doet aan de contractuele aard van de verhouding tussen partijen. De Hoge Raad gaat ons inziens terecht uit van een flexibele maatstaf, waar geen plaats is voor een alles of niets oplossing.

PROEFSCHRIFT

Drie stellingen

M.W.F. Bosters promoveerde op 26 juni 2015 aan Tilburg University op zijn proefschrift
“Collective redress and private international law in the European Union – Issues regarding jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in cross-border mass disputes relating to financial services”

Promotoren waren prof. mr. I.N. Tzankova en prof. dr. M. Pertegás

De handelseditie verschijnt begin 2016 bij T.M.C. Asser Press / Springer Verlag

Inleiding

Door toename van grensoverschrijdende handel en internationale financiële transacties, is het aantal complexe en grensoverschrijdende juridische geschillen de laatste decennia toegenomen. Bij geschillen waarbij grote groepen mensen zijn betrokken (zogenaamde massaschade), is het vaak voor zowel de vele benadeelde partijen, als de schadeveroorzakende partij(en) onwenselijk om op individuele basis te procederen. Het grote aantal procedures kost immers veel tijd, geld en biedt partijen – doordat elk individueel geval een andere uitkomst kan hebben – niet de gewenste rechtszekerheid. Door middel van massaschadeafwikkelingsmechanismen, waarmee gelaedeerden collectief kunnen optreden tegen de laedens, wordt getracht massaschadegevalen zo efficiënt en effectief mogelijk af te wikkelen. De vraag is of dergelijke mechanismen ook in grensoverschrijdende massaschadegevallen kunnen worden gebruikt? Bij grensoverschrijdende gevallen

van massaschade spelen immers vragen van internationaal privaatrecht, waaronder de vraag welke rechter rechtsmacht heeft, alsmede of een uit een massaschadeprocedure voortvloeiende beslissing in een ander land vatbaar is voor erkenning en/of tenuitvoerlegging.

Voor de afwikkeling van massaschadezaken die betrekking heeft op financiële producten/diensten, worden grofweg drie typen afwikkelingsmechanismen gebruikt, te weten (i) de test case procedure, (ii) de opt-in collectieve actie en (iii) de opt-out collectieve schikking. In mijn proefschrift bespreek ik het gebruik van deze verschillende typen afwikkelingsmechanismen bij grensoverschrijdende massaschadezaken in de EU. Als voorbeeld voor deze drie typen afwikkelingsmechanismen bespreek ik de Duitse KapMuG-procedure, de Nederlandse 3:305a BW-actie en de WCAM-procedure (Wet collectieve afwikkeling massaschade). Ten aanzien van deze verschillende typen afwikkelingsmechanismen analyseer ik in mijn proefschrift welk gerecht rechtsmacht kan aannemen en of een beslissing die volgt uit een massaschadeafwikkelingsmechanisme in de EU kan worden erkend en kan worden ten uitvoer gelegd. Vervolgens ben ik nagegaan wat diverse wetgevers hebben beoogd te bereiken met massaschadeafwikkelingsmechanismen en wat is beoogd met de IPR-regels in de Brussel I-bis verordening (wat zijn de doelstellingen/onderliggende principes). Aan de hand van een teleologische benadering heb ik onderzocht of de wijze van toepassing van de IPR-regels in de Brussel I-bis verordening bij massaschadezaken het wenselijke effect heeft. In deze bijdrage bespreek ik aan de hand van drie stellingen enkele van mijn bevindingen.