

5 Battle of forms¹

5.1 Inleiding

5.1.1 Algemeen

243. Wanneer twee partijen – in een professionele omgeving – naar algemene voorwaarden verwijzen kan onduidelijkheid ontstaan over wiens algemene voorwaarden op de overeenkomst van toepassing zijn en wellicht zelfs (ruimer) of er wel sprake is van een overeenkomst tussen partijen wanneer geen overeenstemming bestaat over de toepasselijke algemene voorwaarden. Kan überhaupt wel van een contract tussen partijen worden gesproken wanneer klaarblijkelijk over de precieze inhoud daarvan geen overeenstemming tussen partijen is bereikt? Bij afwezigheid van een nadere wettelijke regeling zou als volgt moeten worden geredeneerd. Er is geen overeenstemming over de *totstandkoming* van een overeenkomst tussen partijen *dus* geen contract, óf er is wel overeenstemming over de totstandkoming van een overeenkomst tussen partijen en de *inhoud* van deze overeenstemming dient door middel van uitleg te worden vastgesteld (zie Hoge Raad 13 juni 2003²). Uit de rechtspraak volgt echter dat problemen zich veelal voordoen wanneer de overeenkomst – gebrekkig – is uitgevoerd. Het bestaan van de overeenkomst is veelal geen inzet van de procedure, maar slechts de inhoud daarvan en dan in het bijzonder welke algemene voorwaarden van toepassing zijn. Men pleegt in dat verband van een *battle of forms* te spreken.

244. De internationale rechtspraak laat een verdeeld beeld zien met betrekking tot de wijze waarop het *battle of forms*-vraagstuk (strijd der formulieren) dient te worden benaderd. In de rechtsliteratuur³ komt met betrekking tot de regels die in verschillende landen gelden om *battle of forms* op te lossen het volgende naar voren. In een aantal landen gaat men uit van de zogenaamde *knock out*-

1 Het gedeelte van dit hoofdstuk dat betrekking heeft op artikel 6:225 lid 3 BW, is met toestemming van M.H. Wissink gebaseerd op, en een verdere uitwerking van, T.H.M. van Wechem en M.H. Wissink, De beperkte werking van de 'first shot-rule' van artikel 6:225 lid 3 BW, *VrA* 2004/2, p. 24–37.

2 HR 13 juni 2003, NJ 2003, 497.

3 Zie De Ly en Burggraaf, *Battle of forms en internationale contracten* in: Wessels en Van Wechem (red.), *Contracteren in de internationale praktijk* 1994, p. 47 e.v., Snijders (red.), *Toegang tot buitenlands vermogensrecht*, Gouda Quint 1996, diverse plaatsen, Lando/Beale (ed.), *Principles of European Contract Law, Parts I and II*, Kluwer Law International 2000, p. 184.

regel. Deze regel houdt kort gezegd in dat geen van de bepalingen van beide sets algemene voorwaarden van toepassing zijn.⁴ De zogenaamde *last shot*-regel, waarbij in beginsel de algemene voorwaarden gelden waarnaar het laatst is verwezen, wordt ook gehanteerd.⁵ De regel dat in beginsel de algemene voorwaarden gelden waarnaar het eerst is verwezen, de zogenaamde *first shot*-regel, wordt doorgaans in Nederland als regel toegepast (artikel 6: 225 lid 3 BW).⁶ In een aantal landen⁷ zijn over dit praktijkvraagstuk noch in de wet, noch in de rechtspraak duidelijke regels geformuleerd.⁸

5.1.2 Vragen

245. De moeilijkheid bij de beantwoording van *battle of forms*-vragen ligt in het aantal variabelen waarmee rekening gehouden moet worden. In een praktijkcasus – waarbij een inkoper de verkoper uitnodigt om offerte uit te brengen, deze verkoper dat vervolgens doet, de inkoper de order plaatst, de verkoper deze bevestigt, de verkoper de overeenkomst uitvoert en vervolgens een factuur stuurt én waarbij elk van de partijen op alle documenten onderaan het briefpapier telkens weer naar de eigen algemene voorwaarden verwijst – moeten vele vragen worden gesteld voordat tot een antwoord kan worden geko-

4 Dit stelsel wordt aangehangen in Duitsland, Oostenrijk, België en Frankrijk, zie Lando/Beale (ed.), *Principles of European Contract Law, Parts I and II*, Kluwer Law International 2000, p. 184. Zie ook: S.A. Krusinga, *Battle of forms in: Algemene voorwaarden* (Wessels/Jongeneel/Hendrikse (red.)), Kluwer 2006, p. 37 en 38.

5 Dit stelsel wordt aangehangen in Engeland en Schotland, zie Lando/Beale, a.w., p. 184. Zie ook S.A. Krusinga, *Battle of forms in: Algemene voorwaarden* (Wessels/Jongeneel/Hendrikse (red.)), Kluwer 2006, p. 37.

6 Zie conclusie A-G Verkade voor HR 13 juli 2001, NJ 2003, 506: ‘Ofschoon de regeling van artikel 6:225 lid 3 BW tot dusver relatief weinig jurisprudentie heeft gegenereerd, geldt het onderwerp in de vakliteratuur als een omstreden leerstuk. Ter oplossing van het probleem van strijdige verwijzingen naar algemene voorwaarden, zijn verscheidene stelsels denkbaar: de eerste verwijzing telt (*first shot*-theorie); de laatste verwijzing telt (*last shot*-theorie); géén van beide verwijzingen telt; beide sets algemene voorwaarden zijn van toepassing voor zover zij verenigbaar zijn en voor zover zij onverenigbaar zijn, worden de rechtsgevolgen door het gemene recht bepaald (*knock-out*-theorie). De Nederlandse regel gaat, bij wijze van vuistregel (te weten: tenzij iets anders voortvloeit uit het aanbod, uit een andere rechtshandeling of uit een gewoonte; artikel 6:217 lid 2 BW), uit van het stelsel van de eerste verwijzing. Omdat in de diverse rechtsstelsels op dit punt uiteenlopende keuzen worden gemaakt, wordt inmiddels in Europees verband gezocht naar de grootste gemene deler. Artikel 2.22 van de *Unidroit Principles* kiest voor de *knock-out*-theorie met een mogelijkheid van uitdrukkelijke afwijzing van toepasselijkheid door een van de partijen. De Lando-groep volgt in grote lijnen hetzelfde spoor. Aan een verdergaande bespreking van dit vraagstuk kom ik evenwel niet toe, omdat het middel uitdrukkelijk (‘Een uitgangspunt dat juist is’) de regel van artikel 6:225 lid 3 BW aanvaardt en uitsluitend de vraag aan de orde stelt, wiens verwijzing hier als eerste telt.’

7 Zoals Denemarken, Finland, Portugal, Spanje en Zweden, zie Lando/Beale (ed.), *Principles of European Contract Law, Parts I and II*, Kluwer Law International 2000, p. 185.

8 Vgl. Lando/Beale, a.w., p. 185. Zie voor een nadere uitleg van artikel 6:225 lid 3 BW, HR 13 juli 2001, NJ 2001, 497. Zie tevens: *Rechtbank Rotterdam* 14 mei 1998, NIPR 2001, 197.

men. Dient er belang te worden toegekend aan de juridische status van de documenten waarin naar de algemene voorwaarden wordt verwezen, dient er tenminste van een aanbod of aanvaarding sprake te zijn?⁹ Moet er – en zo ja wanneer – *uitdrukkelijk* naar eigen algemene voorwaarden worden *verwezen* of dient de toepasselijkheid van de andere algemene voorwaarden *uitdrukkelijk* te worden *weersproken*? Kan er waarde worden toegekend aan clausules in de algemene voorwaarden waarin is opgenomen dat de algemene voorwaarden van de wederpartij niet gelden?

Wanneer in de voormelde casus niet beide partijen maar slechts één daarvan in Nederland is gevestigd, dan komt er een scala aan vragen bij. Allereerst is dat de vraag aan de hand van welk recht de *battle of forms*-vraag dient te worden beantwoord. In dat kader moet dan tevens worden nagedacht over de voorvraag: aan de hand van welk recht moet worden vastgesteld of aan de in de algemene voorwaarden uitgebrachte rechtskeuze belang toekomt en of deze geldig tot stand is gekomen. In hoofdstuk 4 is reeds aandacht besteed aan forumkeuzes. De problematiek bij forumclausules krijgt een extra dimensie wanneer in beide sets algemene voorwaarden een van elkaar verschillend forum is aangewezen. Onderzocht zal worden of aparte regels voor de rechter gelden om zijn bevoegdheid te kunnen vaststellen.

Verder is duidelijkheid van belang over de plaats van het onderwerp *battle of forms* binnen het burgerlijk wetboek en duidelijkheid met betrekking tot de wijze waarop dit onderwerp systematisch moet worden geplaatst binnen de diverse verdragsrechtelijke regelingen.

5.1.3 Overzicht

246. Dit hoofdstuk bestaat uit twee delen. Het eerste gedeelte behandelt vraagstukken inzake *battle of forms* in het licht van de bepalingen van het burgerlijk wetboek en de waarde die aan de partijverklaringen en gedragingen dient te worden toegekend.

Het thema van het tweede gedeelte van dit hoofdstuk is de rol van het Weens Koopverdrag, het EVO en de rol van de EEX-vo en de betekenis van de verklaringen en gedragingen van partijen daarbij, in het geval van internationale koopovereenkomsten.¹⁰

247. In het eerste gedeelte wordt in de nummers 249-259 ingegaan op het bepaalde in artikel 6:225 lid 3 BW. Hoewel de heersende leer is dat dit artikel moet worden beschouwd als een wetsregel waarin de zogenaamde *first shot*-regel wordt belichaamd, zal ik bepleiten dat toepassing van deze regel in de context van artikel 6:231 onder c BW meebrengt dat volgens intern Neder-

9 Volgens HR 13 juli 2001, NJ 2003, 497, kan de relevante verwijzing ook plaatsvinden op een uitnodiging tot het doen van een aanbod.

10 Waarbij dan tenminste één van de partijen in Nederland is gevestigd en waarbij een Nederlandse rechter wordt aangezocht om over een geschil te oordelen.

lands recht, van een *knock out*-regel moet worden gesproken omdat de gebruiker naar alle waarschijnlijkheid problemen zal ondervinden bij het bewijs dat de wederpartij de gelding van zijn algemene voorwaarden heeft aanvaard. Vervolgens zal in de nummers 260-262 nog aparte aandacht besteed worden aan de verhouding tussen de regeling van de informatieplicht van artikel 6:233 onder b BW en die van artikel 6:225 lid 3 BW. In de daarop volgende nummers 263 e.v. zal de verhouding tussen artikel 6:225 lid 3 BW en artikel 6:232 BW worden geanalyseerd en worden ingegaan op de vraag of het dwingend-rechtelijke karakter van de laatstgenoemde regeling een gedifferentieerde toepassing van de regeling van artikel 6:225 lid 3 BW in de weg staat. Bij één en ander dient in ogenschouw te worden genomen dat de wettelijke regelingen op het gebied van de toepasselijkheid van algemene voorwaarden verre van helder¹¹ zijn en dat het ogenschijnlijk heldere en – specifiek op de situatie van strijdige algemene voorwaarden toegesneden artikel 6:225 lid 3 BW – slechts als vuistregel wordt beschouwd.¹² In de nummers 271 e.v. zal een Hoge Raad arrest van 13 juni 2003¹³ worden geanalyseerd. In dat arrest sauveerde de Hoge Raad het oordeel van het Hof waarbij het Hof had vastgesteld dat aan artikel 6:225 lid 3 BW geen werking toekwam en vervolgens via uitleg heeft bepaald welke clause uit twee sets tegenstrijdige bepalingen, tussen partijen als regeling voor aansprakelijkheid had te gelden. In het verlengde hiervan wordt tevens ingegaan op de vraag of in het licht van artikel 6:225 lid 3 BW nog waarde kan toekomen aan de Holleman/De Klerk-regel en aan de vraag of er mogelijkheden zijn om deze wettelijke regeling op voorhand te omzeilen door middel van een contractsclause.

248. In de nummers 286 e.v. zal een aantal internationaal rechterlijke uitspraken onder de vigeur van het Weens Koopverdrag worden behandeld en zal in het bijzonder aandacht worden besteed aan het arrest van het Bundesgerichtshof van 9 januari 2002, dat op dit punt als toonaangevend wordt gezien.¹⁴ In de nummers 295 e.v. zal vervolgens de betekenis die aan forumkeuzeclausules en rechtskeuzeclausules toekomt worden besproken en zal onderzocht worden welke betekenis aan de in acht te nemen volgorde toekomt. Het hoofdstuk wordt afgesloten met zes voorbeeldsituaties waarin *battle of forms*-problemen zich kunnen manifesteren en voorstellen voor oplossingen hiervoor.

11 Vgl. M.H. Wissink, Terhandstelling van algemene voorwaarden. De stand na 10 jaar toepassing door recht en arbiter, TvA 2004, p.145–152.

12 Zie Asser-Hartkamp 4-II, nr. 354. Niet duidelijk is of de vuistregel zicht uitstrekt tot vragen met betrekking tot de gelding van de algemene voorwaarden of met betrekking tot de uitleg van de gedragingen van partijen.

13 HR 13 juni 2003, NJ 2003, 506.

14 BGH 9 januari 2002, CISG-online 651, NJW 2002, 1651.

5.2 Artikel 6:225 lid 3 BW: een eerste beschouwing

5.2.1 Onduidelijkheden

249. Artikel 6:225 lid 3 Burgerlijk Wetboek luidt als volgt:

‘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 is gewezen.’

Volgens dit artikel komt aan de tweede verwijzing geen werking toe. De juiste betekenis van die woorden is echter onhelder gelet op de discrepantie tussen de toelichting van de Minister – waarover hieronder meer – en een letterlijke interpretatie van de tekst.

De problematiek rond het thema *battle of forms* is niet nieuw. In de literatuur wordt daaraan regelmatig aandacht besteed.¹⁵ Hieronder wordt artikel 6:225 lid 3 BW opnieuw besproken waarbij er telkens van uit zal worden gegaan dat in een door deze bepaling bestreken situatie, de tweede partij de eerste verwijzing niet uitdrukkelijk van de hand heeft gewezen.

250. In veel gevallen zal de aanvaardende partij verwijzen naar haar eigen algemene voorwaarden zonder de eerste verwijzing naar de algemene voorwaarden van de aanbiedende partij, uitdrukkelijk te weerspreken. Voor zo’n geval lijkt artikel 6:225 lid 3 BW in te houden dat de aan de verwijzing naar andersluidende algemene voorwaarden geen werking toekomt, omdat de wettelijke spelregels daarbij niet in acht zijn genomen. De wilsuïting door de acceptant tot *niet* gebondenheid in overeenstemming met de voorwaarden van de aanbieder – die normaliter kan worden afgeleid uit de verwijzing naar de eigen algemene voorwaarden – wordt dan op grond van de wettelijke bepaling onkracht doordat hieraan geen werking lijkt toe te komen. Op het eerste gezicht bevreemdt dat, omdat juist uit *die* rechtshandeling zo duidelijk afgeleid lijkt te kunnen worden wat de aanvaardende partij niet wenst, te weten binding aan de algemene voorwaarden van de aanbiedende partij. Met andere woorden: de tekst van artikel 6:225 lid 3 BW lijkt te impliceren dat de *verwijzing* naar algemene voorwaarden los staat van *de inhoud* van het aanbod of de aanvaarding daarvan. Het gevolg is dat aan de hand van de regel van artikel 6:225 lid 3 BW lijkt te worden beslist *welke* algemene voorwaarden van toepassing zijn. Dit zou tot het resultaat kunnen leiden dat de algemene voorwaarden waarnaar bij

15 Zie uitvoerig Blei Weissmann, *Losbladige Kluwer Verbintenissenrecht*, artikel 6:225 lid 3 aant. 1-82, R.H.C. Jongeneel, *De Wet algemene voorwaarden en het AGB Gesetz* (diss. Amsterdam 1991), nr. 175 e.v., M.B.M. Loos, *Algemene voorwaarden*, Boom 2001, p. 12 e.v., H.B. Krans, *Battle of forms, contracteren* 2002, p. 13 e.v. en Mon. Nieuw BW B 55 (Hijma), p. 29 e.v., C.B.P. Mahé, *La résolution du conflit de conditions générales, Une étude comparative* (diss. Utrecht 2006).

een aanvaarding wordt verwezen worden genegeerd, louter omdat bij die aanvaarding niet tevens – zoals de wet vereist – de toepasselijkheid van de in de eerste verwijzing aangegeven voorwaarden uitdrukkelijk van de hand is gewezen.

5.2.2 *Juridische fictie*

251. Indien artikel 6:225 lid 3 BW zo opgevat moet worden, dan zou de bepaling een juridische fictie behelzen. Artikel 6:225 lid 3 BW zou dan zien op de *totstandkoming* van een overeenkomst en daarbij tevens doorslaggevend richtinggevend zijn voor de *inhoud* van die overeenkomst. Er komt namelijk een overeenkomst tot stand waarop algemene voorwaarden van toepassing zijn, terwijl het er ten eerste op lijkt dat één der partijen de toepasselijkheid daarvan niet heeft gewild. Deze heeft immers naar haar eigen algemene voorwaarden verwezen. Eén van de partijen wordt dan aan de *inhoud* van een overeenkomst gebonden, waarvan duidelijk is dat zij daaraan niet gebonden wilde zijn. Dat zal ook voor de eerste verwijzer naar de algemene voorwaarden duidelijk zijn. Indien in de aanvaarding wordt verwezen naar de voorwaarden van de aanvaardende partij en dus de voorwaarden van de eerste verwijzer worden verworpen, zij het op een wijze die niet als een uitdrukkelijk van de hand wijzen in de zin van artikel 6:225 lid 3 BW kan worden beschouwd, betekent dat in beginsel kan worden aangenomen dat de wederpartij niet akkoord is met de algemene voorwaarden van de andere partij. Een regel van artikel 6:225 lid 3 BW die mee zou brengen dat dan toch de algemene voorwaarden van de eerste verwijzer toepasselijk zijn, zou erg ver gaan.¹⁶ De noodzaak daarvoor is niet aanwezig. Dit zou ook onlogisch zijn, omdat de wil van de wederpartij ten aanzien van acceptatie van de algemene voorwaarden moeilijk is aan te nemen in een geval waarbij zij aangeeft onder haar eigen voorwaarden te willen contracteren. Er dienen daarom hoge eisen te worden gesteld aan de duidelijkheid van de wettekst wanneer de legitimatie van een dergelijke regel – met als inhoud dat het (louter) niet uitdrukkelijk van de hand wijzen van een eerdere verwijzing automatisch meebrengt dat daardoor de gelding van de eerste verwijzing is aanvaard – uit de wettekst zou voortvloeien.

252. Er is geen principieel verschil met de in nummer 40 voorgestane benadering. Het gerechtvaardigd verwachtingspatroon van de eerste verwijzer naar algemene voorwaarden zou als gevolg van toepassing van artikel 3:35 BW getemperd moeten worden. Waaraan ontleent de eerste verwijzer het gerechtvaardigd vertrouwen dat – bij een duidelijke afwezigheid van een daartoe strekkende wil van de wederpartij, deze heeft immers naar haar eigen algeme-

¹⁶ Hondius sprak zich in 1978 al tegen de regel van – destijds het wetsontwerp (artikel 6.5.2.8 BW lid 3) – artikel 6:225 lid 3 BW uit om dezelfde reden dat de aanvaardende partij niet bij de andere partij het vertrouwen kon hebben gewekt met de voorwaarden akkoord te gaan. Zie E.H. Hondius, *Standaardvoorwaarden* (diss. Leiden 1978), p. 423 en 430.

ne voorwaarden verwezen – toch binding aan de algemene voorwaarden van de eerste verwijzing zou mogen worden aangenomen? Dit kan dan slechts een gevolg zijn van wetsduiding. Het gaat te ver om die acceptatie, als hoofdregel, af te leiden uit de gedragingen van de andere partij, bijvoorbeeld doordat zij feitelijk uitvoering geeft aan de overeenkomst.

253. De regel van artikel 6:225 lid 3 BW zou daarom beperkt moeten worden opgevat: de algemene voorwaarden van de tweede verwijzer worden in ieder geval niet van toepassing als hij nalaat de voorwaarden van de eerste verwijzing uitdrukkelijk van de hand te wijzen. Veelal zal een overeenkomst tot stand komen waarvan de inhoud bepaald wordt door (de combinatie van) de tekst(en) van het aanbod en de aanvaarding (waarin vaak een aantal punten in detail is geregeld) en de algemene voorwaarden waarnaar in het aanbod is verwezen. Maar dit is geen automatisme. Andere uitkomsten zijn ook mogelijk. Denkbaar is dat de overeenkomst tot stand komt zonder toepasselijkheid van enige set algemene voorwaarden of dat in het geheel geen overeenkomst tot stand komt, omdat partijen het over de voorwaarden niet eens zijn geworden. In deze benadering wordt de vraag of en zo ja welke voorwaarden gelden zoveel mogelijk op gelijke wijze behandeld als in het geval dat de aanvaardende partij, met de verwijzing naar haar eigen voorwaarden, tevens de eerste verwijzing naar de voorwaarden van de aanbieder *uitdrukkelijk* van de hand heeft gewezen. In dat geval is denkbaar dat de overeenkomst tot stand komt op basis van de algemene voorwaarden van de aanvaardende partij, maar zeker is dat niet. Ook hier zijn verschillende uitkomsten mogelijk.¹⁷ Wanneer de overeenkomst door partijen is uitgevoerd, zou voor de legitimatie met betrekking tot de aanneming van het bestaan van de overeenkomst, kunnen worden aangevoerd dat partijen door uitvoering aan de overeenkomst te geven, tot uiting hebben gebracht dat het aanbod en de aanvaarding niet zóveel van elkaar afwijken dat dit de overeenstemming voor de totstandkoming van de overeenkomst in de weg heeft gestaan of dat zij de onzekerheid over de toepasselijke algemene voorwaarden niet van dermate belang achtten dat daarop de overeenkomst zou stuk lopen.

5.2.3 *Wils-vertrouwens-leer*

254. In de verschillende situaties dient uiteindelijk doorslaggevend te zijn of partijen geacht kunnen worden overeenstemming te hebben bereikt over de toepasselijkheid van één (of beide) set(s) algemene voorwaarden. Die vraag dient te worden beoordeeld aan de hand van de wils-vertrouwens-leer (artikel 3:33-35 BW).¹⁸ De uitkomst van toepassing van de wils-vertrouwens-leer kan

¹⁷ Zie Hijma, *Algemene voorwaarden*, nr. 22, p. 31.

¹⁸ Al dan niet mede gezien in het licht van artikel 6:225 lid 1 BW. Artikel 6:225 lid 1 BW geeft als regel dat wanneer een aanvaarding op (anders dan ondergeschikte) punten van het aanbod afwijkt, er geen overeenkomst tot stand komt.

wel verschillen.¹⁹ Indien de aanvaardende partij de voorwaarden van de aanbieder uitdrukkelijk van de hand heeft gewezen en de aanbieder heeft daarop niet gereageerd, dan kan daar in beginsel de conclusie aan worden verbonden dat de aanbieder de algemene voorwaarden van de aanvaarder alsnog heeft aanvaard of daartoe het gerechtvaardigde vertrouwen heeft opgewekt. Indien echter de aanvaarder de voorwaarden van de aanbieder *niet uitdrukkelijk* van de hand heeft gewezen, wekt hij hier dan het (gerechtvaardigde) vertrouwen mee op dat hij de algemene voorwaarden van de aanbieder heeft aanvaard, zelfs wanneer hij naar eigen algemene voorwaarden verwijst? Het *niet uitdrukkelijk* afwijzen van de voorwaarden van de aanbieder als zodanig, kan niet automatisch deze conclusie dragen. Deze lezing van artikel 6:225 lid 3 BW – het niet uitdrukkelijk van de hand wijzen van de voorwaarden van de eerste verwijzer betekent slechts dat de voorwaarden van de tweede verwijzer niet van toepassing zullen zijn – heeft een aantal voordelen. Het geeft een proportionele reactie op het verzuim van de aanvaardende partij om uitdrukkelijk te reageren op de eerste verwijzing. Deze oplossing behoudt dus een prikkel voor de aanvaardende partij om het probleem van de toepasselijke voorwaarden expliciet te maken. Het lijkt immers een disproportionele reactie om de aanvaardende partij niet alleen de werking van haar eigen voorwaarden te onthouden, maar haar ook automatisch aan de voorwaarden van de eerste partij te binden.

255. In deze beperkte benadering van de *first shot*-regel van artikel 6:225 lid 3 BW wordt de toepasselijkheid (of niet) van de algemene voorwaarden van de eerste verwijzer volgens het stramen van de wils-vertrouwens-leer beoordeeld. Daarmee wordt aangesloten bij de benadering die geldt in de spiegelbeeldige situatie, waarin de voorwaarden van de aanbieder wel uitdrukkelijk van de hand zijn gewezen. Voorts zijn in deze benadering genuanceerder uitkomsten mogelijk, omdat de wil van de aanvaardende partij om niet gebonden te worden aan de voorwaarden van de aanbieder, niet a-priori geheel genegeerd wordt. Daarmee wordt ook beter aangesloten bij de opvattingen over *battle of forms* van de Principles of European Contract Law (artikel 2:209)²⁰ en de Unidroit Principles for International Commercial Contracts (artikel

19 Ook zou de vraag kunnen opkomen of er niet twee vragen via de wils-vertrouwens-leer dienen te worden beantwoord, te weten: i) Is er een overeenkomst tussen partijen tot stand gekomen? en ii) Zo ja, welke voorwaarden zijn daarop van toepassing?

20 Zie artikel 2:209: 1. If the parties have reached agreement except that the offer and acceptance refer to conflicting general conditions of contract, a contract is nonetheless formed. The general conditions form part of the contract to the extent that they are common in substance. 2. However, no contract is formed if one party: a has indicated in advance, explicitly, and not by way of general conditions, that it does not intend to be bound by a contract on the basis of paragraph (1); or b without delay, informs the other party that it does not intend to be bound by such contract. 3. General conditions of contract are terms which have been formulated in advance for an indefinite number of contracts of a certain nature, and which have not been individually negotiated by the parties.

2.22),²¹ die beide als hoofdregel kiezen voor een *knock out*-regel. De vraag is of deze lezing wordt ondersteund door de parlementaire stukken op het wetsartikel. Hieronder wordt daarop ingegaan.

5.3 Parlementaire behandeling van artikel 6:225 lid 3 BW

5.3.1 Tegenstrijdige opmerkingen

256. In de parlementaire behandeling van artikel 6:225 BW is een cryptische passage opgenomen die de bron is van veel onduidelijkheid. Aanleiding voor deze passage is een aantal opmerkingen in 1984 van Bakels in het WPNR.²² Bakels stelde ondermeer dat toepassing van het tweede lid van artikel 6.5.2.8 (thans 6:225 BW) geen goede zin heeft bij conflicterende algemene voorwaarden. Het tweede lid van artikel 6:225 bepaalt dat wanneer de aanvaarding slechts op ondergeschikte punten van het aanbod afwijkt, de overeenkomst in overeenstemming met die aanvaarding tot stand komt, tenzij de aanbieder daartegen onverwijld bezwaar maakt. De reactie van de Minister hierop is:

‘Deze stelling komt niet juist voor. (...) Houdt de aanvaarding eveneens een verwijzing naar algemene voorwaarden in en is het derde lid van artikel 6.5.2.8 (*lees: 6:225 BW – TvW*) niet van toepassing, omdat tevens de verwijzing in het aanbod uitdrukkelijk van de hand wordt gewezen (a), dan zal uit het tweede lid kunnen voortvloeien dat de overeenkomst ook dan tot stand komt, omdat aanbod en aanvaarding, mede in het licht van de inhoud van de beide stellen algemene voorwaarden, slechts op ondergeschikte punten van elkaar afwijken: een geval dat overigens, uitgaande van de huidige praktijk, niet vaak te verwachten is. Is sprake van belangrijkere afwijkingen, dan zal in beginsel²³ geen overeenkomst tot stand komen.’²⁴

Hieruit blijkt dus dat de regel van artikel 6:225 lid 3 BW wordt beperkt tot gevallen waarbij de voorwaarden niet uitdrukkelijk van de hand zijn geweest. Is dat wel gedaan, dan moet aan de hand van artikel 6:225 lid 1 of lid 2 BW worden vastgesteld wat rechtens is tussen partijen. Hierbij is uiteindelijk de wils-vertrouwens-leer doorslaggevend.

257. Verderop in de Memorie van Antwoord, in antwoord op een vraag die betrekking had op de reikwijdte van het begrip aanbod in artikel 6:225 lid 3

21 Article 2.22: Where both parties use standard terms and reach agreement except on those terms a contract is concluded on the basis of the agreed terms and of any standard terms which are common in substance unless one party clearly indicates in advance, or later and without undue delay informs the other party, that it does not intend to be bound by such a contract.

22 F.B. Bakels, Artikel 6.5.2.8 lid 3 NBW nader bezien, WPNR (1984), 5695, p. 257–262.

23 Dit overigens, terwijl in een eerdere passage van de parlementaire behandeling van artikel 6:225 BW is opgemerkt dat de conclusie dat geen overeenkomst tot stand is gekomen, slecht bij de verwachtingen van betrokkenen zal aansluiten. Zie MvA II, Parl. Gesch. Boek 6 Inv., p. 892. Hijma merkt dan ook terecht op dat er meer vóór pleit dan tegen, om in daartoe geëigende gevallen, de maatschappelijke werkelijkheid (het bestaan van een overeenkomst) in een juridische werkelijkheid om te zetten, a.w., p. 31.

24 Parl. Gesch. Boek 6 Inv., p. 1438.

BW,²⁵ benadrukte de Minister in algemene bewoordingen dat bij het afwijken van een aanbod (of de uitnodiging tot het doen van een aanbod) waarbij naar algemene voorwaarden wordt verwezen, door de acceptant duidelijk kenbaar moet worden gemaakt dat hij eigen algemene voorwaarden wenst te hanteren:

‘Voorts heeft de commissie de vraag gesteld of de regel van het derde lid van het onderhavige artikel ook geldt indien het aanbod dat is gevolgd op een uitnodiging tot het doen van een aanbod, en die uitnodiging naar verschillende algemene voorwaarden verwijzen. (...) Aangenomen dat uit de uitnodiging duidelijk was dat aan de personen tot wie zij was gericht, een aanbod werd gevraagd tot het aangaan van een overeenkomst op de in de uitnodiging vermelde algemene voorwaarden, ligt het in beginsel op de weg van degenen die op de uitnodiging wensen in te gaan, maar de toepasselijkheid van hun eigen, afwijkende algemene voorwaarden willen bedingen, om dat duidelijk kenbaar te maken. Te bedenken valt dat het hier in wezen om een uitwerking van de vertrouwensgedachte van artikel 3.2.3 (lees: artikel 3:35 BW, TvW) gaat, betrokken op de uitleg van het betreffende aanbod.’²⁶

Let wel, het antwoord richt zich op de toepasselijkheid van de *eigen* voorwaarden van de acceptant. Hieruit kan niet worden afgeleid dat bij onvoldoende weerspreking de algemene voorwaarden van de aanbieder (de eerste verwijzing) van toepassing zullen zijn. In deze passage plaatst de Minister de toepassing van artikel 6:225 lid 3 BW in de sleutel van de wils-vertrouwens-leer. Daarmee lijkt in de parlementaire geschiedenis steun voor de beperkte lezing van deze bepaling te kunnen worden gevonden.

258. Eén opmerking en de beantwoording van een vraag door de Minister, lijken echter een andere kant uit de wijzen.²⁷

‘In het gewijzigd ontwerp is daarom de voorkeur gegeven aan een regel volgens welke de gene die geconfronteerd wordt met een aanbod waarin naar algemene voorwaarden wordt verwezen, bij de aanvaarding niet kan volstaan met daar een andere, soortgelijke verwijzing tegenover te stellen, maar uitdrukkelijk de toepasselijkheid van de algemene voorwaarden van de ander van de hand zal moeten wijzen. (...) De ondergetekende wijst er nog op dat van een partij die zelf werkt met verwijzingen op briefpapier e.d. naar algemene voorwaarden, in het algemeen voldoende inzicht en oplettendheid verwacht mag worden om op adequate wijze te reageren op soortgelijke verwijzingen op van anderen afkomstige geschriften. De nieuwe regel leidt tevens tot een bevredigend resultaat, wanneer het niet bij een briefwisseling blijft, maar er later bijvoorbeeld in verband met de verdere uitvoering van de overeenkomst volgende brieven worden gewisseld, dan wel nota’s, facturen of andere stukken met verwijzingen worden toegezonden. In dergelijke naderhand gewisselde stukken voorkomende verwijzingen kunnen niet meer afdoen aan de toepasselijkheid van

25 Deze passage is doorslaggevend geweest in het Hoge Raad arrest van 13 juli 2001, NJ 2001, 497, waarin de Hoge Raad – kort gezegd – besliste dat het begrip aanbod niet te eng moest worden opgevat en dat daaronder eveneens de uitnodiging tot het doen van een aanbod kon worden begrepen.

26 Parl. Gesch. Boek 6 Inv., p. 1438.

27 Parl. Gesch. Boek 6 Inv., p. 893.

de algemene voorwaarden, die krachtens lid 3 op grond van een verwijzing in een eerder stuk is komen vast te staan. (...)’

‘Wat is het oordeel van de Minister omtrent de pennenstrijd over artikel 6.5.2.8 lid 3 tussen Hondius, diss. p. 430 en Schoordijk, WPNR 5487? Antwoord: Ingestemd wordt met de zienswijze van Schoordijk.’²⁸

5.3.2 *Volgorde*

259. Ook uit deze opmerkingen valt niet duidelijk af te leiden dat de voorwaarden van de eerste verwijzer *zullen* gelden. Wél valt af te leiden dat i) de Minister een volgorde aanwijst in de *verhouding* tussen de eerste en de tweede verwijzing en ii) de Minister voor deze volgorde de oplettendheid die in het algemeen van de wederpartij mag worden verwacht als legitimatie geeft. Het primaat ligt bij de eerste verwijzing. Daarmee is echter nog niet gezegd dat uit artikel 6:225 lid 3 BW *volgt* dat de wederpartij deze eerste verwijzing ook daadwerkelijk heeft aanvaard.²⁹ Ook de keuze voor de visie van Schoordijk – die in het bedoelde artikel aangeeft dat het *onjuist* is om te stellen dat artikel 6:225 lid 3 in zijn algemeenheid inhoudt dat het recht van het eerste woord prevaleert, maar dat dit slechts geldt indien de wederpartij de voorwaarden van de aanbieder niet uitdrukkelijk van de hand wijst³⁰ – maakt dat niet anders. In haar recente proefschrift bepleit Mahé³¹ in haar reactie op een artikel van Wissink³² en mij het volgende:

‘Enfin, l’identité de traitement entre conflit de renvois « simples » et conflit impliquant un rejet exprès de l’acceptant paraît peu compatible avec l’intention de rédacteurs de l’art. 6:225 al. 3 BW de distinguer expressément ces deux situations dans le texte même de cette disposition.’

Uit het bovenstaande blijkt echter dat er nogal wat af te dingen valt op de duidelijkheid van de intentie van de opstellers van artikel 6:225 lid 3 BW.

5.4 De verhouding tussen artikel 6:225 lid 3 BW en artikel 6:231 onder c BW

28 Parl. Gesch. Boek 6 Inv., p. 893 en 894

29 Bovendien is deze opmerking in tijd veel eerder gemaakt dan het moment waarop over artikel 6:231 onder c BW werd nagedacht. Dat laatste artikel geeft aan dat de wederpartij de gelding van de algemene voorwaarden dient te aanvaarden.

30 H.C.F. Schoordijk, ‘Battle of Forms’, WPNR 22 september 1979, p. 502.

31 C.B.P. Mahé, La résolution du conflit de conditions générales, Une étude comparative (diss. Utrecht 2006), p. 111. Zie ook S.A. Kruisinga, Battle of forms, in: (Wessels/Jongeeel/Hendrikse (red.)), Kluwer 2006, p. 32 en 33. Zie ook C.B.P. Mahé, Pleidooi voor een herziening van de Nederlandse battle of forms-regeling, VRA 2006/3, p. 9.

32 T.H.M. van Wechem en M.H. Wissink, De beperkte werking van de *first shot-rule* van artikel 6:225 lid 3 BW, VRA 2004/2, p. 24–37.

5.4.1 *Tekstuele onduidelijkheid*

260. De tekst van artikel 6:225 lid 3 BW is in twee opzichten verwarrend. Ten eerste lijkt uit de tekst van artikel 6:225 lid 3 BW voort te vloeien dat aan het uitdrukkelijk van de hand wijzen van de algemene voorwaarden van de eerste verwijzende partij wél werking toekomt, in die zin dat de voorwaarden van de tweede verwijzer van toepassing zijn. Maar dat laatste wordt niet door artikel 6:225 lid 3 BW geregeld. Of de voorwaarden van de aanvaardende partij van toepassing zijn is niet op voorhand zeker.³³ Ten tweede, uit de tekst mag niet worden afgeleid dat in het geval van een niet uitdrukkelijk van de hand wijzen, de algemene voorwaarden van de eerste verwijzende partij steeds van toepassing zullen zijn. Ook hier geldt dat aan de wils-vertrouwens-leer moet worden getoetst. Dit standpunt kan ook worden geïllustreerd aan de hand van de verhouding tussen artikel 6:225 lid 3 BW en (het bepaalde in) artikel 6:231 onder c BW, een verhouding die nog niet eerder in de rechtsliteratuur centraal is gesteld.³⁴ Het laatstgenoemde artikel geeft aan dat een wederpartij in de betekenis van de afdeling algemene voorwaarden degene is die door ondertekening van een geschrift³⁵ of op enigerlei andere wijze de gelding van de algemene voorwaarden heeft aanvaard. In dit verband is een arrest van Hof Arnhem van 27 november 2001 van belang.³⁶ In dat arrest oordeelde het Hof als volgt:

‘Het Hof stelt het volgende voorop. Een uitdrukkelijke aanvaarding van de gelding van algemene voorwaarden (artikel 6:231 c jo. artikel 3:33 BW) prevaleert boven een stilzwijgende aanvaarding van een dergelijke gelding (artikel 6:231 onder c jo. 3:35 BW). (...) Met de verwijzing naar de VNI-voorwaarden in de offerte heeft Draaijer de toepasselijkheid van de UAV niet uitdrukkelijk van de hand gewezen in de zin van artikel 6:225 lid 3 BW. Als gevolg hiervan heeft Draaijer de gelding van de door Markerink gehanteerde UAV aanvaard.’

Het Hof maakt een onderscheid tussen uitdrukkelijke aanvaarding en uitdrukkelijke van de handwijzing. Een juist onderscheid, zeker nu zowel aan artikel 3:33 BW als aan artikel 3:35 BW wordt gerefereerd. De conclusie dat, als gevolg van artikel 6:225 lid 3 BW Draaijer de gelding van de algemene voorwaarden van haar wederpartij zou hebben aanvaard, lijkt echter op voorhand

33 Vgl. Spier, NJB 1993, p. 60 en F. de Ly en J.L. Burggraaf, *Contracteren in de internationale praktijk* (Wessels, Van Wechem (red.)), Kluwer 1994, p. 65.

34 Vgl. tevens Hijma, a.w., p. 26.

35 Vgl. in deze context Blei Weissmann, a.w., aant. 41: ‘Bij de hiervoor weergegeven passage uit de MvA II op artikel 6.5.2.8 GO worde in het oog gehouden dat toepasselijkheid van algemene voorwaarden op grond van verwijzingen in eerdere stukken niet alleen via artikel 225 lid 3, kan worden vastgesteld. Indien zich geen verwijzing “over en weer” naar algemene voorwaarden heeft voorgedaan loopt de vraag naar toepasselijkheid van algemene voorwaarden via artikel 3:33 in verband met artikel 3:35. (...) Deze toepasselijkheidsvraag heeft met artikel 225 lid 3, niets van doen, en wordt hier dan ook niet besproken.’

36 Hof Arnhem 27 november 2001, NJ 2002, 265.

niet juist.³⁷ Dit volgt immers niet met zoveel woorden uit artikel 6:225 lid 3 BW. Dat artikel bepaalt slechts dat aan een niet uitdrukkelijke verwijzing geen werking toekomt, maar *niet* dat als gevolg daarvan wél werking toe komt aan de eerste verwijzing. Met andere woorden: het lijkt geforceerd om te zeggen dat een partij die als tweede haar voorwaarden van toepassing verklaart de voorwaarden van de eerste partij heeft aanvaard (artikel 6:231 sub c), omdat zij heeft nagelaten de voorwaarden van die eerste partij uitdrukkelijk van de hand te wijzen (artikel 6:225 lid 3 BW).

261. Samenvattend: uit de bovenstaande opmerkingen in de parlementaire toelichting op artikel 6:225 lid 3 BW kan slechts worden afgeleid dat dit artikel betrekking heeft op de situatie waarbij tijdens de tweede verwijzing de afwijzing van de eerste algemene voorwaarden *niet uitdrukkelijk* heeft plaatsgevonden. In het geval dat zulks namelijk wel is geschied, worden de vragen naar het bestaan en de inhoud van de overeenkomst in ieder geval niet door artikel 6:225 lid 3 BW beheerst. Wanneer de wederpartij de algemene voorwaarden niet uitdrukkelijk van de hand heeft gewezen, wordt *de toepasselijkheid* van de algemene voorwaarden in de eerste verwijzing niet slechts door artikel 6:225 lid 3 BW bepaald. Dit artikel geeft hiervoor geen regeling. Wanneer afdeling 6.5.3 BW van toepassing is, zal de toepasselijkheid van algemene voorwaarden mede in overeenstemming met de bepalingen van die afdeling vastgesteld dienen te worden. Artikel 6:231 lid 1 sub c BW laat er geen misverstand over bestaan, dat aanvaarding van de voorwaarden een vereiste voor toepasselijkheid is. Deze toepasselijkheid moet worden beoordeeld aan de hand van de wils-vertrouwens-leer, niet op basis van het mechanisme van artikel 6:225 lid 3 BW.

5.4.2 Stelplicht en bewijslast

262. In het kader van de stelplicht en de bewijslastverdeling,³⁸ dient de vraag zich aan op wie de stelplicht en – bij voldoende betwisting – de bewijslast ligt ten aanzien van de algemene voorwaarden die op de overeenkomst van toepas-

37 Vgl. ook Rechtbank Arnhem 12 januari 2005, LJN AS5745: ‘Nu zowel de brief van Klok Druten van 19 december 2002 als de offerte van Van Alphen van 6 februari 2003 en de daarop volgende opdrachtbevestiging van Van Alphen (die volgens Van Alphen dateert van 19 maart 2003 en abusievelijk is gedateerd op 19 februari 2003) strijdige verwijzingen naar algemene voorwaarden bevatten rijst de vraag welke verwijzing telt. Op grond van artikel 6:225 lid 3 BW *geldt als hoofdregel dat de eerste verwijzing (bij het aanbod) telt* indien bij de tweede verwijzing (bij de aanvaarding) niet tevens de toepasselijkheid van de in de eerste verwijzing aangegeven algemene voorwaarden uitdrukkelijk van de hand wordt gewezen.’ (cursivering TvW). Zie ook Rechtbank Dordrecht 25 oktober 2006, LJN AZ1028 en Hof Arnhem 10 oktober 2006 (in het bijzonder kantnummer 4.25), LJN AZ1996.

38 Zie over stelplicht en bewijslast: G.J. Visser, Stellen en bewijzen: de drie stadia en enkele van hun consequenties, TCR 1997, p. 73 e.v.

sing zijn. In het arrest dat ten grondslag lag aan Hoge Raad 13 juli 2001,³⁹ oordeelde het Hof als volgt over de toepasselijke voorwaarden:⁴⁰

‘Vaststaat dat de eerste verwijzing naar algemene voorwaarden is gedaan door Bovry, terwijl niet is gesteld of gebleken dat Hardstaal de algemene voorwaarden van Bovry uitdrukkelijk van de hand heeft gewezen. Een algemene verwijzing zoals in dit geval op het briefpapier van Hardstaal naar haar algemene voorwaarden kan niet gelden als ‘uitdrukkelijk van de hand wijzen.’ Dit brengt mee dat de hiervoor genoemde algemene voorwaarden van Bovry op de onderhavige rechtsverhouding van toepassing zijn.’

Uit het feit dat niet is gesteld of gebleken dat de voorwaarden van de eerste verwijzing uitdrukkelijk van de hand zijn geweest, leidt het Hof af dat de toepasselijkheid van deze voorwaarden is overeengekomen. Dat ligt niet voor de hand en het lijkt erop dat hiermee de zaak wordt omgedraaid.⁴¹ De bewijslast van de inhoud van de overeenkomst (en daarmee de algemene voorwaarden die daarop van toepassing zijn) berust – op grond van artikel 150 Rv – immers bij de partij die stelt dat haar algemene voorwaarden op de overeenkomst van toepassing zijn, *tenzij* uit enige bijzondere regel of uit de eisen van de redelijkheid en billijkheid een andere verdeling van de bewijslast voortvloeit. Dit brengt mee dat de eisende partij zal moeten stellen – en zondig zal moeten bewijzen – dat haar algemene voorwaarden op de overeenkomst van toepassing zijn en meer in het bijzonder dat de wederpartij de gelding van de algemene voorwaarden van de eiser heeft aanvaard (artikel 6:231 onder c jo. 3:33-35 BW). De wederpartij zou bij de betwisting van die stelling kunnen aanvoeren dat zij niet de gelding van de algemene voorwaarden heeft aanvaard, bijvoorbeeld doordat zij uitdrukkelijk de algemene voorwaarden van de eisende partij van de hand heeft gewezen. Maar zelfs als zij dat niet uitdrukkelijk heeft gedaan, kan zij nog andere feiten en omstandigheden aanvoeren die de rechter tot het oordeel kunnen brengen dat de stelling van de eiser (de wederpartij heeft de gelding van de algemene voorwaarden aanvaard) niet bewe-

39 HR 13 juni 2001, NJ 2001, 497.

40 Zie rov. 11 van het Hof-arrest in HR 13 juni 2001, NJ 2001, 497.

41 Zie ook: Hof 's-Hertogenbosch 4 oktober 2005, LJN AU5173: ‘Het Hof is met de kantonrechter van oordeel dat niet is kunnen blijken dat partijen op hun overeenkomst algemene voorwaarden van toepassing hebben verklaard. Zij hebben dat niet uitdrukkelijk gedaan. Het als bijlage A bij de memorie van antwoord geproduceerde verzendrapport kan niet dienen tot het bewijs van de ontvangst door [appellante] van de fax van 8 juni 2001, nu noch uit de fax, noch uit het verzendrapport blijkt dat de stukken bij elkaar horen. Maar wat daar ook verder van zij, [geïntimeerde] heeft de ontvangst van de fax van [appellante] van 7 juni 2001 niet ontkend (alleen in de getuigenverklaring van [medewerker geïntimeerde] wordt opgemerkt dat de fax hem niet bekend is), *terwijl zij in haar faxbericht van 8 juni 2001 – zo deze al door [appellante] is ontvangen – de toepasselijkheid van de algemene voorwaarden van [appellante] niet van de hand wijst (artikel 6:225 lid 3 BW)*. In het licht van het voorgaande zijn er geen termen het door [geïntimeerde] gedane bewijsaanbod te honoreren.’ (cursivering TvW).

zen is.⁴² Artikel 6:225 lid 3 BW lijkt binnen de context van de bewijslastverdeling op dit punt geen onderscheid aan te brengen.

5.4.3 *Bijzondere regel*

263. Het bovenstaande zou anders kunnen zijn wanneer artikel 6:225 lid 3 BW als bijzondere regel wordt beschouwd als bedoeld in artikel 150 Rv. Uit Artikel 150 Rv volgt dat de partij die zich beroept op rechtsgevolgen van door haar gestelde feiten of rechten de bewijslast draagt van die feiten of rechten, tenzij uit enige bijzondere regel of uit de eisen van redelijkheid en billijkheid een andere verdeling van de bewijslast voortvloeit. Ik ben van mening dat artikel 6:225 lid 3 BW niet als een dergelijk bijzondere regel moet worden aangemerkt en wel om de volgende redenen.

264. Allereerst heeft artikel 6:225 lid 3 BW slechts betrekking op het geen werking hebben van de algemene voorwaarden van de tweede verwijzing. Zoals hierboven uiteengezet: bij een uitdrukkelijk van de hand wijzen door de wederpartij dient te worden teruggegaan naar de artikelen 6:225 lid 1 en 6:225 lid 2 jo. 3:33-35 BW, zodat artikel 6:225 lid 3 BW geen antwoord geeft op de vraag of bij een – inderdaad – uitdrukkelijk van de hand wijzen *daaraan* (het uitdrukkelijk van de hand wijzen) werking toekomt. Artikel 6:225 lid 3 BW heeft dus slechts betrekking op die gevallen waar bij de eerste verwijzing de algemene voorwaarden later niet uitdrukkelijk van de hand zijn geweest. Artikel 6:225 lid 3 BW zou dan zo begrepen moeten worden dat *daarmee* (het niet uitdrukkelijk van de hand wijzen) tevens vast staat dat de wederpartij de gelding van de algemene voorwaarden van de eerste verwijzing zou hebben aanvaard. Het bewijs van de stelling dat de algemene voorwaarden niet uitdrukkelijk van de hand zijn geweest, zou dan het bewijs opleveren dat de toepasselijkheid van de algemene voorwaarden van de eerste verwijzing vaststaat. Ik lees dit niet in artikel 6:225 lid 3 BW. Deze gedachtegang past in ieder geval niet in de visie van Hartkamp die artikel 6:225 lid 3 BW als een vuistregel aanmerkt.⁴³ Evenmin biedt de parlementaire behandeling veel voedingsbodem voor het aannemen van de juistheid van deze gedachte.

5.4.4 *Lex specialis*

265. Is artikel 6:225 lid 3 BW de *lex specialis* van artikel 6:231 onder c BW en dient toepassing van het eerstgenoemde artikel om die reden boven toepassing van het laatste te prevaleren? De reikwijdte van de *lex specialis* (artikel 6:225 lid 3 BW) dient volledig binnen die van de *lex generalis* (artikel 6:231 onder c BW) te vallen.⁴⁴ Afdeling 6.5.3 BW, en dus artikel 6:231 onder c BW, is echter niet van toepassing in die gevallen waar niet beide partijen hun (hoofd)-

42 Vgl. tevens Hof Leeuwarden 25 juli 2001, te kennen uit HR 13 juni 2003, NJ 2003, 506.

43 Zie Asser-Hartkamp, a.w., supra.

44 Zie Mon. Nieuw BW (A21) Boukema, p. 9.

vestiging in Nederland hebben (artikel 6:247 BW). Dit brengt mee dat de regeling van artikel 6:225 lid 3 BW breder toepasbaar is dan die van artikel 6:231 onder c BW en dus niet als *lex specialis* daarvan kan worden aangemerkt. Tevens is van belang dat artikel 6:231 lid c BW is opgenomen in de dwingendrechtelijke afdeling 6.5.3 BW. Waar men aanneemt dat artikel 6:225 lid 3 BW regelend recht bevat, staat vast dat afdeling 6.5.3 BW van dwingend recht is. Artikel 6:246 BW bepaalt immers expliciet dat niet van artikel 6:231 BW kan worden afgeweken.

266. Hier kan tegen worden ingebracht dat artikel 6:231 onder c BW geen *regel* bevat, maar slechts een definitie, te weten de definitie van een wederpartij. In dat geval zou artikel 6:225 lid 3 BW kunnen worden opgevat als *de regel* die van toepassing is wanneer aanbod en aanvaarding ieder naar algemene voorwaarden verwijzen. Het resultaat hiervan zou zijn dat de bescherming van de wederpartij, die de dwingendrechtelijke afdeling 6.5.3 BW biedt door in de definitie op te nemen dat de wederpartij de algemene voorwaarden moet hebben aanvaard, dan illusoir zou zijn juist in dit belangrijke geval van *battle of forms*. Ook wanneer deze aanname juist is zou de oplossing (wederom) gezocht moeten worden in artikel 3:35 BW en moeten worden aangenomen dat artikel 6:225 lid 3 BW de toepassing van artikel 3:35 BW onverlet laat. Artikel 6:225 lid 3 BW heeft slechts geringe betekenis bij de toepassing van artikel 3:35 BW omdat artikel 6:225 lid 3 BW artikel 3:35 BW slechts inkleurt voor zover het de tweede verwijzing betreft, die verwijzing dient tenminste aan de eisen van het eerstgenoemde artikel te voldoen om bij toepassing van artikel 3:35 BW een rol te kunnen spelen. De samenhang tussen afdeling 6.5.3 BW en artikel 3:35 BW brengt ook dan mee dat de wederpartij de gelding van de algemene voorwaarden, vast te stellen aan de hand van artikel 3:35 BW, moet hebben aanvaard. Naar mijn mening kan artikel 6:225 lid 3 BW niet als een op zichzelf staande regel worden beschouwd. Daarvoor roept de tekst te veel onduidelijkheden op en is de parlementaire toelichting te weinig richting bepalend.

5.5 De verhouding tussen artikel 6:225 lid 3 BW en de informatieplicht

5.5.1 Twee invalshoeken

267. Wat is rechtens wanneer de wederpartij van de eisende partij zich op het standpunt stelt dat – hoewel de wederpartij bij haar latere verwijzing de toepasselijkheid van de in eerste verwijzing gestelde algemene voorwaarden *niet* uitdrukkelijk van de hand heeft gewezen – er toch geen werking aan die eerste verwijzing toekomt *omdat* de eisende partij deze algemene voorwaarden niet tijdig aan de wederpartij ter hand heeft gesteld en deze wegens schending van de informatieplicht (artikel 6:233 onder b BW) vernietigbaar zijn? Komt in zo'n geval alsnog werking toe aan de tweede verwijzing naar algemene voor-

waarden en kunnen de algemene voorwaarden van de tweede verwijzing dan toch nog toepasselijk blijken te zijn?⁴⁵ Er zijn goede redenen om de laatste vraag ontkennend te beantwoorden.

268. Allereerst spreekt de wet in artikel 6:225 lid 3 BW over *verwijzing* naar algemene voorwaarden en bepaalt artikel 6:233 onder b BW dat *een beding in algemene voorwaarden* vernietigbaar is. Dit is dus niet hetzelfde. Een verwijzing naar vernietigbare algemene voorwaarden is ook een verwijzing.

269. Een tweede – meer principiële – benadering is de volgende. Zoals hierboven is opgemerkt, zou de rechter overeenkomstig artikel 6:231 onder c jo. 3:33-35 BW moeten vaststellen of de wederpartij de gelding van de algemene voorwaarden heeft aanvaard. Artikel 6:233 onder b BW heeft slechts betrekking op de vernietiging van algemene voorwaarden waarvan eerst is vastgesteld dat de gelding daarvan door de wederpartij aanvaard is. De vraag of algemene voorwaarden zijn aanvaard en de vraag of ten aanzien van die voorwaarden is voldaan aan de informatieplicht, zijn twee apart te beantwoorden vragen.

5.5.2 *Eens gestreden blijft gestreden*

270. De vraag zou nog kunnen opkomen of de rechter die in een conflict tussen partijen moet beslissen of – en zo ja welke – algemene voorwaarden van toepassing zijn, abstract moet redeneren bij zijn vaststelling dat de vernietigde algemene voorwaarden van één der partijen op de overeenkomst van toepassing zijn. Toch lijkt een en ander ingewikkelder dan het is. Het *inroepen*⁴⁶ van de vernietiging van de algemene voorwaarden door de betreffende partij impliceert immers dat de voorwaarden van de andere partij in beginsel van toepassing zijn. Deze voorwaarden kunnen slechts van toepassing zijn wanneer de *battle* is gestreden en tot de uitkomst heeft geleid dat de litigieuze algemene voorwaarden van toepassing zijn. Anders kan *daarvan* niet de vernietiging worden ingeroepen. De rechter kan niet op voorhand de algemene voorwaarden waarvan vernietiging wordt gevorderd buiten beschouwing laten omdat de vaststelling van de toepasselijkheid van die voorwaarden aan de vernietiging van de algemene voorwaarden vooraf is gegaan. Een eens gestreden *battle* blijft gestreden. Daarmee lijkt de conclusie onvermijdelijk dat in een dergelijk geval geen van de gestelde algemene voorwaarden op de overeenkomst van toepassing zullen zijn. De voorwaarden van de tweede verwijzer niet, omdat

45 Het bovenstaande betreft slechts die situaties waarbij een wederpartij zich op de bescherming van artikel 6:233 onder b BW kan beroepen. Dit betreft de zogenaamde – in artikel 6:235 lid 1 BW bedoelde – kleine wederpartijen. Artikel 6:233 onder b BW brengt – ten opzichte van die wederpartijen – mee dat de gebruiker van algemene voorwaarden op straffe van vernietigbaarheid, de wederpartij een redelijke mogelijkheid moet bieden om van de algemene voorwaarden kennis te nemen.

46 Dit geldt eveneens in gevallen waarbij het inroepen voor zover nodig geschiedt.

hij de *battle of forms* heeft verloren en daarmee zijn algemene voorwaarden niet van toepassing zijn geworden op de overeenkomst. De algemene voorwaarden van de eerste verwijzer niet, omdat deze zijn vernietigd wegens schending van de informatieplicht.

5.6 De verhouding tussen artikel 6:225 lid 3 BW en artikel 6:232 BW

5.6.1 Hoge Raad 13 juni 2003 (Jonker/Heipro)⁴⁷

271. Uit het bovenstaande volgt dat de wils-vertrouwens-leer een doorslaggevende rol zou moeten spelen bij de beslechting van een *battle of forms*. Wat in de schaarse⁴⁸ nationale rechtspraak opvalt is dat er rechters zijn die via Haviltex om artikel 6:225 lid 3 BW heen manoeuvreren. Daarbij dient zich dan de vraag aan of toepassing van de wils-vertrouwens-leer ziet op de totstandkoming van de overeenkomst of op de inhoud van de overeenkomst (waarvan dan eerst moet zijn vastgesteld dat deze tot stand is gekomen). Ter illustratie dat deze kwestie ook kan spelen bij toepassing van artikel 6:225 lid 3 BW, wijs ik op een casus die ten grondslag lag aan een arrest van de Hoge Raad van 13 juni 2003.⁴⁹ Het ging hier om het volgende. Opdrachtgever en aannemer hadden een overeenkomst getekend waarvan i) technische omschrijvingen van de opdrachtgever (waarin algemene voorwaarden aanwezig bleken) alsmede ii) algemene voorwaarden van de aannemer, deel uitmaakten. Het Hof stelde vast dat de beide sets algemene voorwaarden op de overeenkomst van toepassing waren en dat door toepassing van Haviltex moest worden vastgesteld welke golden nu bleek dat de technische omschrijving en de algemene voorwaarden, voor zover het de aansprakelijkheidspositie van de opdrachtnemer betrof tegenstrijdig waren. Bij de uitvoering van de werkzaamheden door de aannemer was schade ontstaan aan tabak die was opgeslagen in een loods waaraan de werkzaamheden moesten worden verricht.

272. Het Hof oordeelde dat het op de weg van de opdrachtgever had gelegen om overleg te voeren over de met elkaar strijdige voorwaarden, daar de opdrachtgever niet alleen door middel van het door hem ingeschakelde architecten- en ingenieursbureau exact op de hoogte was van de te verrichten werkzaamheden, maar ook wist van de kwetsbaarheid en de waarde van de in de loods opgeslagen tabak, alsmede van de voorwaarden die Niemeyer – als eige-

47 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, C01/340 HR), *Contracteren* 2003/3, p. 80 e.v.

48 Pragmatisch is de benadering van Sector Kanton Rechtbank Leeuwarden 18 mei 2006, LJN AX3651. De rechter oordeelde dat er geen *battle of forms*-situatie was, omdat één van de sets algemene voorwaarden betrekking had op een ander type overeenkomst dan het type overeenkomst waarop de algemene voorwaarden van toepassing waren verklaard.

49 Vgl. ook Rechtbank Arnhem 21 juli 2004, LJN AQ6817.

naar van de tabak – ter zake had gesteld. Aan het Hof was niet gebleken dat dit onderwerp expliciet tussen partijen aan de orde was geweest, derhalve mocht de opdrachtnemer er volgens het Hof redelijkerwijs vanuit gaan dat zijn algemene voorwaarden golden.

273. Het cassatiemiddel klaagde erover dat het Hof had geoordeeld dat in het onderhavige geval niet de in artikel 6:225 BW bedoelde situatie aan de orde was, waarin aanbod en aanvaarding van elkaar afwijken, zulks al dan niet als gevolg van verwijzing naar (verschillende) algemene voorwaarden. Immers de bepalingen van de technische omschrijving kwalificeerden als algemene voorwaarden en dus had volgens (de strekking van) het middel, voormeld wetsartikel moeten worden toegepast.

De Hoge Raad was het niet met het in het middel gestelde eens en oordeelde:

‘Uit rov. 5, gelezen in samenhang met rov. 3, waartegen geen klacht is gericht, blijkt dat het Hof met zijn oordeel dat niet de in artikel 6:225 BW bedoelde situatie, waarin aanbod en aanvaarding van elkaar afwijken, aan de orde is, doelt op het feit dat partijen op 30 juni 1995 een overeenkomst van aanneming hebben gesloten door ondertekening van het toen door beide partijen aanvaarde contract, waarin bijlagen worden vermeld dan wel naar bijlagen wordt verwezen en waarin elkaar op het punt van de aansprakelijkheid tegensprekende clausules voorkwamen. Deze clausules maakten, aldus het in cassatie niet bestreden oordeel van het Hof, deel uit van de overeenkomst. De klacht berust derhalve op een verkeerde lezing en kan niet tot cassatie leiden.’

5.6.2 *Wederom volgorde*

274. Dit arrest gaat over volgorde. Dient – wat volgens de plaatsing van artikel 6:225 lid 3 BW voor de hand zou liggen (afdeling 6.5.2 BW handelt immers over de totstandkoming van de overeenkomst) – *eerst* te worden vastgesteld *welke* algemene voorwaarden van toepassing zijn en *daarna* (pas) via Haviltex te worden vastgesteld wat de inhoud van de overeenkomst is, of mag deze vaststelling ook andersom zoals het Hof in deze zaak lijkt te hebben gedaan? A-G Verkade heeft dit in zijn conclusie voor het arrest onderkend en licht een en ander toe.

‘Ik wil het, m.i. ten overvloede, nog wel aldus toelichten. Ook indien veronderstellenderwijs ervan wordt uitgegaan dat artikel 7 van de technische omschrijving zijdens [A] een ‘algemene voorwaarde’ zou zijn, was er blijkens rov. 3, bij de sluiting/ondertekening op 30 juni 1995 van het contract met uitdrukkelijke vermelding van alle actuele stukken, in de kennelijke en begrijpelijke (en ook niet van een onjuiste rechtsopvatting getuigende) visie van het Hof een situatie ontstaan waarin partijen hebben gederogeerd aan de niet dwingendrechtelijke, maar aanvullendrechtelijke (voorrangs)regeling van artikel 6:225 (lid 3) BW.

Dat de “technische omschrijving” van de kant van [A] en de “algemene voorwaarden” van de kant van [verweerster] elkaar op het aansprakelijkheidspunt tegenspreken, heeft het Hof ten volle onderkend, doch het heeft om de vorenbedoelde, niet onbegrijpelijke reden, ge-

oordeeld dat in dit geval de tegenstrijdigheid aan de hand van een andere regel (nl. de Haviltex-regel) dan de regeling van artikel 6:225 BW moest worden opgelost.’

Uit het oordeel van het Hof en uit het hierboven aangehaalde citaat van de A-G lijkt te kunnen worden afgeleid dat er naast de in nummer 243 aangegeven toetsmomenten ter zake van de totstandkoming van de overeenkomst en de inhoud daarvan, ook nog een toetsmoment aanwezig is bij de vaststelling van het antwoord op de vraag of – en zo ja welke – algemene voorwaarden partijen zijn overeengekomen. Die toets ziet dan niet op de vraag welke algemene voorwaarden partijen zijn overeengekomen, maar of partijen artikel 6:225 lid 3 BW hebben weggecontracteerd.

275. Het is in deze zaak van belang om de feiten (in chronologische volgorde) secuur te schikken. Op 6 april is een technische beschrijving opgesteld door een architecten- en ingenieursbureau. De aannemer (Heipro Zetwerk B.V., hierna: Heipro), heeft bij brief van 3 mei 1995 offerte uitgebracht. In deze offerte is onder meer melding gedaan van zijn leveringsvoorwaarden. Tussen partijen (Heipro en Jonker Veendam B.V., hierna: Jonker) is vervolgens op 30 juni 1995 een aannemingsovereenkomst tot stand gekomen waarin was opgenomen dat het aan te brengen daksysteem volgens de overeenkomst en in overeenstemming met de technische omschrijving, diende te worden aangebracht. In de technische omschrijving was een vrijwaringbepaling opgenomen met als strekking dat de aannemer de opdrachtgever zou vrijwaren voor aanspraken van derden. De leveringsvoorwaarden van de aannemer bevatten een beperking van aansprakelijkheid. De door beide partijen ondertekende overeenkomst bevatte dus verwijzingen naar documenten met bepalingen die haaks op elkaar staan.

5.6.3 *Complex of individuele bedingen*

276. De kernvraag in deze zaak is of de opdrachtgever gebonden was aan de door de aannemer voorgestelde afwijking van artikel 6:74 BW. Wat opvalt is dat het cassatiemiddel, de A-G en de Hoge Raad er vanuit gaan dat artikel 6:225 lid 3 BW *niet* is toegepast. Echter, de door het Hof gestelde vragen doen anders vermoeden. Het Hof gaf namelijk aan dat – kort gezegd – Jonker diende aan te tonen dat Heipro zich bewust was geweest van de vrijwaringclausule in de technische omschrijving. Het Hof stelde in deze zaak feitelijk vast dat i) dit onderwerp tussen partijen geen onderwerp van bespreking was geweest en ii) dat het op de weg van de opdrachtgever (Jonker) had gelegen om de aannemer (Heipro) te waarschuwen dat er in de loods waar de werkzaamheden werden verricht, tabak was opgeslagen en iii) dat Heipro er redelijkerwijs van kon uitgaan dat haar algemene voorwaarden golden. Dit lijkt op toepassing van de regel dat de algemene voorwaarden van de eerste verwijzing gelden tenzij daarvan uitdrukkelijk is afgeweken. Echter, in dit geval doet zich dan een moeilijkheid voor omdat toepassing van de regel van artikel 6:225 lid 3 BW in

combinatie met artikel 6:232 BW zou meebrengen dat dan het *complex* van de voorwaarden van Heipro geacht kon worden te zijn geaccepteerd of het *complex* van de voorwaarden van de technische omschrijving. Let wel: artikel 6:232 BW is een regel van *dwingend* recht.

277. De A-G gaat ervan uit dat (via Haviltex) vast te stellen is dat partijen hebben gederogeed aan de niet dwingendrechtelijke, maar aan de aanvullendrechtelijke (voorrangs)regeling van artikel 6:225 (lid 3) BW. De vraag dient zich echter aan of artikel 6:225 lid 3 BW slechts differentiatie toestaat ten aanzien van de vraag welk complex van voorwaarden is geaccepteerd, of dat het artikel ook nog differentiatie toestaat op het niveau van de aparte bepalingen uit dat complex van voorwaarden. Dit laatste lijkt gezien de werking van artikel 3:35 BW jo. 6:232 BW niet voor de hand te liggen. Hierbij ontstaat dan een patstelling. Kan het Hof – vanuit wetstechnisch oogpunt bezien – vaststellen i) dat de algemene voorwaarden én de technische omschrijving (wanneer deze laatste als algemene voorwaarden mochten kwalificeren) deel uitmaken van de overeenkomst en ii) dat na die vaststelling, Haviltex moet worden toegepast om de precieze partijwil te achterhalen? Klaarblijkelijk wijken aanbod en aanvaarding op het punt van aansprakelijkheid dus wel van elkaar af. De overweging van het Hof dat in het onderhavige geval niet de in artikel 6:225 BW bedoelde situatie aan de orde is waarin aanbod en aanvaarding van elkaar afwijken, zulks al dan niet als gevolg van verwijzing naar (verschillende) algemene voorwaarden, lijkt derhalve onjuist.

278. Het a-typische aan deze casus is dat er een door beide partijen ondertekend document is dat verwijst naar tegenstrijdige voorwaarden. Verschilt deze situatie nu wezenlijk met een meer klassieke situatie waarbij sprake is van een offerte waarin naar leverantievoorwaarden is verwezen, een order waarin naar inkoopvoorwaarden is verwezen en de daaropvolgende orderbevestiging waarin weer naar leveringsvoorwaarden is verwezen en waarbij vervolgens tot de uitvoering van de overeenkomst wordt overgegaan? In beide gevallen is overeenstemming bereikt over de essentialia, maar niet over de precieze juridische inhoud van de overeenkomst. Legitimeert de enkele omstandigheid dat er een door beide partijen ondertekend document is deze afwijkende benadering? Het oordeel hierover blijft nauw verweven met de feiten. Naar mijn mening zit het echte probleem in deze casus in het gegeven dat er in de technische omschrijving ook juridische afspraken zaten verstopt en de aannemer daarop (wellicht) niet bedacht was. Dit zou de tournure van het Hof begrijpelijk maken.

5.6.4 Holleman/De Klerk?

279. In die gedachtegang lijkt het Hof een soort Holleman/De Klerk-regel te hebben toegepast en geen Haviltex of het heeft zich bij de toepassing van Haviltex door de eerstgenoemde regel laten leiden. In feite lijkt dit oordeel ingegeven door de gedachte: acceptatie van de technische omschrijving door Hei-

pro brengt niet automatisch gebondenheid aan de in de technische omschrijving opgenomen vrijwaringsclausule mee. Het oordeel komt mij billijk voor, maar het valt niet te rijmen met wetsystematiek. Het kan niet zo zijn dat een regel van dwingend recht (artikel 6:232 BW) kan worden weggedrukt door een verdelingsregeling (artikel 6:225 lid 3 BW) van regelend recht. Dat zou namelijk meebrengen dat een regel van dwingend recht door de keuze van partijen opzij kan worden gezet en buiten toepassing blijft.

280. Om het oordeel van het Hof in overeenstemming te brengen met de bepalingen van het Burgerlijk Wetboek, zou als volgt moeten worden geredeneerd. Het Hof zou artikel 6:225 lid 3 BW dan dienen te beschouwen als een bepaling die slechts ziet op de vraag of aan de tweede verwijzing werking toekomt. In dit geval zou het Hof hebben kunnen oordelen dat aan de tweede verwijzing inderdaad werking toekomt (en daarmee dus wél artikel 6:225 lid 3 BW hebben toegepast). Bepleit zou kunnen worden dat artikel 6:225 lid 3 BW niet aangeeft dat daarbij (wanneer de tweede verwijzing geldt) niet tevens aan de eerste verwijzing nog – zij het gedeeltelijk – belang kan toekomen. Voor de vaststelling van de omvang van acceptatie van de tweede verwijzing zou artikel 3:35 BW volledig moeten worden toegepast. Dat laatste lijkt echter te worden verhinderd door artikel 6:232 BW. Om het door het Hof bereikte resultaat te bereiken zou artikel 6:232 BW onder deze omstandigheden door artikel 6:248 lid 2 BW buiten spel gezet moeten worden.

De gewrongenheid van deze tournure ligt in artikel 6:232 BW. Er is veel voor te zeggen dat de wetgever kiest voor het schrappen van deze bepaling.

5.6.5 *Een alternatief?*

281. Het dwingende karakter van artikel 6:232 BW brengt mee dat er weinig mogelijkheden zijn om clausules uit de algemene voorwaarden te ‘pikken’ en die clausules aan een apart regime te onderwerpen. Is er voor de praktijk een methode denkbaar waarbij dat wel zou kunnen?

282. Stel de onderstaande clausule wordt – boven de handtekening – in een offerte opgenomen.

‘Op al onze aanbiedingen en op met ons gesloten en te sluiten overeenkomsten zijn onze algemene voorwaarden van toepassing, welke wij hierbij meezend. In ieder geval zal de daarin opgenomen beperking van aansprakelijkheid, die meebrengt dat onze aansprakelijkheid die voortvloeit uit een toerekenbare tekortkoming of onrechtmatige daad zal zijn beperkt tot kosteloos herstel van de betreffende prestatie of tot teruggave van reeds in verband met de overeenkomst ontvangen bedragen, een onlosmakelijk deel uitmaken van ons aanbod en de aanvaarding daarvan.’

De gedachte achter deze clausule is dat door de aansprakelijkheidsbeperking mede inhoud van het aanbod te laten zijn, aan de werking van artikel 6:225 lid 3 BW kan worden ontsnapt doordat het hier – met betrekking tot de aansprake-

lijkheidsbeperking – niet gaat om een *verwijzing* naar algemene voorwaarden. Artikel 6:225 lid 3 BW geeft immers een regeling voor het geval waarbij aanbod en aanvaarding naar verschillende algemene voorwaarden *verwijzen*.

283. Wanneer deze clause standaard als verwijzingsclause wordt gebruikt, zal deze – voor zover het de aansprakelijkheidsbeperking betreft – ook gedeeltelijk kunnen worden aangemerkt als een algemene voorwaarde in de betekenis van de wettelijke definitie zoals opgenomen in artikel 6:231 onder a BW, maar dat alléén lijkt de aansprakelijkheidsbeperking niet onder de reikwijdte van artikel 6:225 lid 3 BW te brengen. Het belang van de bovenstaande clause komt natuurlijk in het bijzonder tot uitdrukking wanneer de wederpartij bij een verwijzing naar haar algemene voorwaarden uitdrukkelijk de gelding van de algemene voorwaarden van de aanbieder heeft weersproken. De vraag die intrigeert is of deze disclaimer – waarvan kan worden gesteld dat die tevens deel uitmaakt van het aanbod – zelfs na de *battle* – ook al wordt deze door de partij die het aanbod heeft uitgebracht verloren - overeind blijft staan.

284. Hierboven is er verschillende keren op gewezen dat na een tweede verwijzing, waarin de voorwaarden van de eerste verwijzing uitdrukkelijk worden weersproken, de vraag wat rechtens is tussen partijen, beheerst wordt door de bepalingen van artikel 6:225 lid 1 en 2 BW. Het zou zo kunnen zijn dat bij een uitdrukkelijk van de hand wijzen van de algemene voorwaarden door de acceptant onder verwijzing naar zijn eigen algemene voorwaarden overeenkomstig artikel 6:225 lid 1 BW (jo. artikel 6:231 onder c BW), een overeenkomst tot stand komt waarop de algemene voorwaarden van de acceptant van toepassing zijn.⁵⁰ Zou het gegeven dat de disclaimer apart in het aanbod is opgenomen, hierbij nog een specifieke rol kunnen vervullen?

285. Ik meen van wel. Goed verdedigbaar is de stelling dat in verband met de apart in het aanbod opgenomen disclaimer (die veelal ook als algemene voorwaarde kan worden gekwalificeerd), kan worden aangenomen dat de wederpartij de gelding daarvan, ondanks de uitdrukkelijke weerspreking van de algemene voorwaarden en de verwijzing naar eigen algemene voorwaarden, heeft aanvaard doordat zij bij de aanbieder het gerechtvaardigde vertrouwen heeft gewekt deze te accepteren doordat zij deze niet *apart* heeft weersproken. Dit betreft dan echter geen directe toepassing van artikel 6:225 lid 3 BW noch van artikel 6:231 onder c BW. De rechter zou hier een veel zwaardere nadruk moeten leggen op toepassing van Haviltex als uitlegmethode van *het aanbod* om tot een afgewogen oordeel te komen. Het lijkt immers meer te gaan om de vaststelling van de precieze inhoud van het aanbod dan om de vaststelling

⁵⁰ Hierbij geldt dan dezelfde aarzeling als bij de aanneming van de gelding van de toepasselijkheid van algemene voorwaarden overeenkomstig artikel 6:225 lid 3 BW. Er zal aan de hand van overige factoren moeten worden getoetst of de wederpartij de gelding van de algemene voorwaarden heeft aanvaard zoals artikel 6:231 onder c, vereist.

wiens algemene voorwaarden van toepassing zijn. De complex-problematiek (verhouding tussen artikel 6:225 lid 3 BW en artikel 6:232 BW) speelt hier dan in beginsel niet, omdat van meet af aan de nadruk slechts op één algemene voorwaarde wordt gelegd.

5.7 Battle of forms en het Weens Koopverdrag

5.7.1 Inleiding

286. Het onderwerp *battle of forms* is onder de vigeur van het Weens Koopverdrag omstreden.⁵¹ Evenals bij de toepasselijkheid van algemene voorwaarden kent het verdrag geen expliciete regeling inzake *battle of forms*, maar wél inzake de totstandkoming van de koopovereenkomst. Uit artikel 23 van het Weens Koopverdrag volgt dat een overeenkomst tot stand komt op het mo-

51 Vgl. in algemene zin: Louis F. Del Duca, Implementation of Contract Formation Statute of Frauds, Parol Evidence, and Battle of Forms CISG Provisions in Civil and Common Law Countries, 25 Journal of Law and Commerce (2005-06), p. 133–146, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/delduca3.html>, S. Strmosljanin, Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen im Geltungsbereich des UN-Kaufrechts in: Diplomarbeit Nürtingen-Geislingen (Summer 2005), <http://www.bsz-bw.de/fh-nuertingen/volltexte/2005/310/pdf/Diplomarbeit.pdf>, P. Schlechtriem en I. Schwenzer, Commentary on the Un Convention on the International Sale of Goods, Oxford University Press 2005, p. 241 e.v., S.A. Krusinga, De battle of forms in internationaal perspectief: een eerlijke strijd? Een vergelijkende beschouwing over de battle of forms in het Weens Koopverdrag, Contracteren, 2005, p. 4 e.v., A.U. Janssen, De battle of forms in het Weens Koopverdrag, WPNR 2002/6488, p. 355 e.v., Christiaans & Van Wechem 2004 (T&C Vermogensrecht), artikel 19 CISG, aant.1, p. 2126. F. de Ly en J.L. Burggraaf, Battle of forms en internationale contracten, in: Contracteren in de internationale praktijk (B. Wessels en T.H.M. van Wechem (red.)), Kluwer 1994, p. 48–50, Larry A. DiMatteo, Lucien Dhooge, Stephanie Greene, Virginia Maurer and Marisa Pagnattaro, The Interpretive Turn in International Sales Law: An Analysis of Fifteen Years of CISG Jurisprudence, Northwestern Journal of International Law and Business (Winter 2004), p. 299–440, Ahmad Azzouni, The adoption of the 1980 Convention on the International Sale of Goods by the United Kingdom (2002), <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/azzouni.html#iie>, Maria del Pilar Perales Viscasillas, battle of forms Under the 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: A Comparison with Section 2-207 UCC and the UNIDROIT Principles, 10 Pace International Law Review (1998), p. 97–155. Joseph Lookofsky, The 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods Article 19, Mirror Image and Battle of Forms Published in J. Herbots editor/R. Blanpain general editor, International Encyclopaedia of Laws – Contracts, Suppl. 29 (December 2000), p. 1–192, Peter Schlechtriem, Battle of Forms in International Contract Law, Evaluation of approaches in German law, UNIDROIT Principles, European Principles, CISG; UCC approaches under consideration, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/schlechtriem5.html>, Kazuaki Sono, Formation of International Contracts under the Vienna Convention: A Shift above the Comparative Law, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/sono2.html>, Charles Sukurs, Harmonizing the battle of forms: A comparison of the United States, Canada, and the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, 34 Vanderbilt Journal of Transnational Law (2001), p. 1481–1515, John E. Murray Jr., The Definitive battle of forms: Chaos Revisited, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/murray2.html> en H.J. Bakker en T.H.M. van Wechem, De ‘algemene voorwaarden-slag’ bij internationale koopovereenkomsten, Bb 1992, nr 1.

ment waarop een aanvaarding van een aanbod van kracht wordt in overeenstemming met het bepaalde in het Weens Koopverdrag. Hierbij staat de aanvaarding centraal en gaat artikel 19 van het Weens Koopverdrag uit van de zogenaamde *mirror image-rule*: aanbod en aanvaarding moeten elkaars spiegelbeeld zijn en derhalve overeenstemmen, wil er sprake zijn van een overeenkomst. Dit is slechts anders wanneer – kort gezegd – sprake is van een wijziging in de aanvaarding die als een niet wezenlijke afwijking van het aanbod wordt beschouwd. Dit is namelijk in artikel 19 van het Weens Koopverdrag bepaald, een artikel dat lange tijd is bediscussieerd tijdens de voorbereidende behandelingen van het Weens Koopverdrag. Vergne geeft een fraai overzicht van de wijze waarop artikel 19 in het licht van de voorbereidende behandeling van het Weens Koopverdrag, tot stand is gekomen.⁵² Artikel 19 van het Weens Koopverdrag luidt als volgt:

1. Een antwoord op een aanbod dat tot aanvaarding strekt, maar aanvullingen, beperkingen of andere wijzigingen bevat, geldt als een verwerping van het aanbod en vormt een tegenaanbod.
2. Bevat een tot aanvaarding strekkend antwoord op een aanbod aanvullingen of afwijkingen, die de voorwaarden van het aanbod niet wezenlijk aantasten, dan geldt dit niettemin als aanvaarding, tenzij de aanbieder, zonder onnodig uitstel, mondeling bezwaar maakt tegen de verschillen of een hiertoe strekkende kennisgeving verzendt. Doet hij dit niet, dan wordt de inhoud van de overeenkomst bepaald door de voorwaarden van het aanbod zoals gewijzigd bij de aanvaarding.
3. Aanvullende of afwijkende voorwaarden met betrekking tot onder andere de prijs, betaling, kwaliteit en hoeveelheid van de zaken, plaats en tijd van aflevering, omvang van aansprakelijkheid van één van beide partijen jegens de andere of de beslechting van geschillen worden geacht de voorwaarden van het aanbod wezenlijk aan te tasten.

De rechtspraak met betrekking tot de vraag of een afwijking van artikel 19 lid 2 en lid 3 wezenlijk is, is niet consistent.⁵³

52 François Vergne, The battle of forms Under the 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, *American Journal of Comparative Law* (1985), 233–258, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/vergne.html>.

53 Oberster Gerichtshof (Oostenrijk) 20 Maart 1997, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970320a3.html>. Vgl. Landegericht Baden-Baden 14 augustus 1991, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/910814g1.html>. Vergelijk Claude Witz, Case Commentary, The First Decision of France's Court of Cassation Applying the U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods, (1995), <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950104f1.html>. Vgl. Fovárosi Biróság [Metropolitan Court][FB] Budapest 3 G 50.289/1991/32, Jan. 10, 1992 (Hung.), <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/920110h1.html>, Canada, 28 October 2005 Superior Court of Justice Ontario (Chateau des Charmes Wines Ltd v. Sabaté USA, Inc. et al.), <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/051028c4.html>, See Internationale Jute Maatschappij BV vs. Marin Palomares S.L., Tribunal Supremo, [Supreme Court] 454/2000, Jan. 28, 2000 (Spain), <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000128s4.html>.

287. De inhoud van de algemene voorwaarden van beide partijen bij een *battle of forms* wijkt zo goed als altijd op wezenlijke punten van elkaar af. Om die reden zou, vanuit het Weens Koopverdrag bezien, bij een *battle of forms*-situatie in beginsel geen overeenkomst tot stand komen.⁵⁴ Echter, deze zienswijze wordt in de rechtspraak⁵⁵ over het Weens Koopverdrag noch in de literatuur,⁵⁶ in het merendeel van de gevallen als juist geaccepteerd. Zo wordt met terugkerende regelmaat in de rechtspraak beslist dat via de *knock out*-regel geen van de conflicterende algemene voorwaarden van toepassing zijn.⁵⁷ Er zijn ook uitspraken aan te wijzen waar van de toepasselijkheid van de *last shot*-regel⁵⁸ wordt uitgegaan.⁵⁹

5.7.2 Literatuur

288. In de literatuur worden diverse stellingen verdedigd. Sommige auteurs menen dat het onderwerp niet door het Weens Koopverdrag wordt geregeld,

54 E. Allan Farnsworth, Formation of Contract, in Galston & Smit ed., International Sales: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Matthew Bender (1984), Ch. 3, p. 3–1 to 3–18, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/farnsworth1.html>.

Ahmad Azzouni, The adoption of the 1980 Convention on the International Sale of Goods by the United Kingdom (2002), <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/azzouni.html#iie>.

55 Bundesgerichtshof 9 January 2002, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/020109g1.html>, Landgericht Kehl 6 October 1995, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/951006g1.html> (partijen zijn afgeweken van artikel 19 WK of zien af van het inroepen van tegenstrijdige algemene voorwaarden), CLOUT case No. 232 Oberlandesgericht 11 March 1998, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/980311g1.html>, (koper heeft afwijkende voorwaarden geaccepteerd die afwaken van zijn aanbod), Oberlandesgericht Düsseldorf 25 juli 2003, <http://www.cisg-online.ch/cisg/urteile/919.pdf>. Vgl. Rechtbank Rotterdam 25 januari 2001, NIPR 2001, 147 (battle of forms kent geen regeling in het Weens Koopverdrag en dient overeenkomstig het toepasselijke recht te worden beslist), Rechtbank Arnhem 15 november 2001, NIPR 2002, 274 (forumkeuze wezenlijke afwijking of alsnog aanvaard). Zie ook Rechtbank Utrecht 15 oktober 2003, NIPR 2003, 297 (wezenlijke afwijking wegens prijsverschil; daaruit volgt dat er evenmin overeenstemming bestaat over de toepasselijke voorwaarden én dus evenmin over de in die algemene voorwaarden opgenomen forumkeuze).

56 Vgl. Martin Karollus, Judicial Interpretation and Application of the CISG in Germany 1988-1994, in Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods 51-94 (1995) (Cornell J. Int' l. L., eds.), <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/wais/db/editorial/karollus910814g1.html>.

57 Bundesgerichtshof 9 Januari 2002, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/020109g1.html>, Landgericht Kehl 6 Oktober 1995, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/951006g1.htm>, Cour d' Appel Paris 13 December 1995, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/951213f1.html>.

58 Vgl. Henry D. Gabriel, The Battle of Forms: A Comparison of the United Nations Convention for the International Sale of Goods and the Uniform Commercial Code, 49 Bus. Law 1053 (1994).

59 Oberlandesgericht München 11 maart 1998, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/980311g1.html>, ICC Court of Arbitration, case No. 8611 of 1997, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/978611i1.html>, Gerechtshof 's-Hertogenbosch 19 november 1996 (ICT v. Princen Automatisering Oss), <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/961119n1.html>, (NIPR) 1997, nr. 123. Cour de Cassation, J 96-11.984, Jul. 16, 1998, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/980716f1.html>.

met als gevolg dat dit onderwerp in overeenstemming met het toepasselijke recht dient te worden beslist.⁶⁰

In Bertrams/Van der Velden wordt hierover het volgende opgemerkt:

‘Problematisch is het geval waarin beide partijen zich beroepen op de toepasselijkheid van hun eigen algemene voorwaarden en wanneer deze beide een keuze bevatten voor het eigen recht (...). De oplossing kan dan niet anders zijn dan dat deze kwestie beslecht wordt aan de hand van het objectief toepasselijke recht, derhalve door het recht van het land waar de kenmerkende prestant is gevestigd. Wanneer het gaat om algemene voorwaarden bij een koopovereenkomst, dan zal het dikwijls zo zijn dat het Weens Koopverdrag het antwoord zal moeten geven. Dit verdrag regelt deze kwestie echter niet zodat toch teruggegrepen moet worden op het toepasselijke nationale recht, (...)’⁶¹

Ook wordt verdedigd dat – aangezien het gegeven dat de *battle of forms* geen expliciete regeling kent – het geschil overeenkomstig het systeem van *gap-filling* (artikel 7 lid 2 Weens Koopverdrag) dient te worden beslecht.⁶² Ik ben

60 Zie voor een overzicht: Maria del Pilar Perales Viscasillas, *Battle of forms Under the 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: A Comparison with Section 2-207 UCC and the UNIDROIT Principles*, 10 *Pace Int’l L. Rev.* 97, p. 104–36 (2001): ‘From the legislative history one can readily conclude that the battle of forms is regulated by the Vienna Convention rules on formation. It is difficult to solve the question of its regulation through CISG article 19 or, as one sector of scholars believes, by applying the general principles of the CISG or even indicating that an implied exclusion of Article 19 is produced. The final result of the last two positions is the establishment of control over contents of a contract. These viewpoints, however, are not in keeping with the application of uniform norms as a central objective of the Convention.’ (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/pperales.html>). Vergelijk ook: Von HUBER (Der Uncitral-Entwurf eines Übereinkommens über Internationale Warenkaufverträge, in *Rabels Zeitschrift* 444 (1979), François Dessemontet, *La Convention des Nations Unies du 11 Avril 1980 sur les Contrats de Vente Internationale de Marchandises*, 56 (F. Dessemontet, ed., 1991); Monique Jammitti Greiner, *Der Vertragsabschluss*, in *Das Uncitral-Kaufrecht im Vergleich zum österreichischen Recht*, Wien, Manz 46 Holger Muller & Hans-Herrman Otto, *Allgemeine Geschäftsbedingungen im internationalen Wirtschaftsverkehr* 40 (1994); Beverly M. Carl, *Contratos Internacionales: la Compraventa de Mercaderías entre Empresas de Países con Distintos Sistemas Jurídicos*, 34 *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela* 341 (1989). Zie ook Jan Hellner, *The Vienna Convention and Standard Form Contracts*, *International Sales of Goods* 342 (1986): ‘The preferable view seems to be that ‘the battle of forms’ should not be judged at all by the rules on offers and counter-offers. This view is reinforced by the fact that at the Vienna Conference in 1980, the Belgian delegation proposed that the Convention should include a rule on ‘the battle of forms.’ This proposal was rejected. If we assume that Article 19 should not be applied at all to the ‘battle of forms,’ the question arises as to which rules should apply. To this question I have no answer; there are a number of different solutions.’

61 Zie R.I.V.F. Bertrams en F.J.A. van der Velden, *Overeenkomsten in het internationale privaatrecht en het Weens Koopverdrag*, Tjeenk Willink 1999, p. 94.

62 Zie S.A. Krusinga, *De battle of forms in internationaal perspectief: een eerlijke strijd? Een vergelijkende beschouwing over de battle of forms in het Weens Koopverdrag*, *Contracteren*, 2005, p. 8.

het met geen van deze benaderingen eens⁶³ en ben van mening dat Perales haar kritiek op deze stellingen treffend verwoordt:

‘The legislative history of CISG article 19 indicates that the battle of forms is regulated under the offer and acceptance norms recited in the Vienna text. Therefore, there is no justification for turning the legislative history upside down and arguing that the battle of forms is a gap in the Convention which is solved by the application of the general principles on which the Convention is based (CISG article 7). Even so, there are scholars who feel uncomfortable with the rule of CISG article 19 because they think that it is not appropriate to decide an issue involving a battle of forms but, at the same time, they think it is undesirable to abandon the question to domestic law (fundamentally because it will go against the objective of uniform application of the Vienna text (CISG article 7)). These scholars have well based theories that support the thesis that it is a gap. They assert that this gap is solved by applying the general principles of the Convention (CISG article 7). Under this reasoning, a problem that receives an express solution and that leads to a high degree of certainty in the law, is fabricated and becomes absurd.’⁶⁴

5.7.3 *Rechtspraak*

289. Eveneens wordt bepleit dat via het beginsel van de *knock out*-regel, (waarbij partijen bij strijdende algemene voorwaarden slechts gebonden zijn aan de in deze algemene voorwaarden overeenstemmende bepalingen en niet aan de botsende voorwaarden), het probleem van de *battle of forms* kan worden opgelost. Via het bepaalde in artikel 6 van het Weens Koopverdrag wordt dan verdedigd dat partijen stilzwijgend van artikel 19 zijn afgeweken.⁶⁵ Deze gedachte wordt ondersteund door een arrest van het Duitse Bundesgerichtshof van 9 januari 2002,⁶⁶ dat als toonaangevend⁶⁷ wordt aangemerkt.⁶⁸ Daarin oordeelde het Bundesgerichtshof:

63 Vgl. Wessels en Van Wechem, *Aandachtspunten bij internationaal contracteren*, Kluwer 2002, p. 38.

64 Maria del Pilar Perales Viscasillas, *Battle of forms Under the 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: A Comparison with Section 2-207 UCC and the UNIDROIT Principles*, 10 *Pace Int’l L. Rev.* 97, p. 104–36 (2001), <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/pperales.html>.

65 Zie P. Schlechtriem en I. Schwenzer, *Commentary on the Un Convention on the International Sale of Goods*, Oxford University Press, 2005, p. 243. Vgl. tevens Henning Stahl, *Standard Business Conditions in Germany under the Vienna Convention*, *Comp. Y.B. Intl’l Bus.* 383, (1993); Katharina S. Ludwig, *Der Vertragsschluss nach UN-Kaufrecht im Spannungsverhältnis von Common Law und Civil Law: dargestellt auf der Grundlage der Rechtsordnungne Englands und Deutschlands*, *Studien zum vergleichenden und internationalen Recht-Comparative and International Law Studies*, Band 24, Frankfurt am Main, Berlin, New York, Paris and Wien: Peter Lang, 1994, p. 339–40.

66 Bundesgerichtshof, 9 January 2002, *NJW* 2002, 1651 e.v., <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/020109g1.html>.

67 Het Oostenrijkse hoogste gerechtshof komt in zijn arrest van 29 november 2005 tot de conclusie dat in een geval waar beide partijen doorlopend naar algemene voorwaarden verwijzen en één daarvan de algemene voorwaarden ook heeft overhandigd, de kwestie van de battle of the forms via artikel 18 en niet via artikel 19 van het Weens Koopverdrag kan worden opgelost, wanneer →

‘Die Frage, in welchem Umfang kollidierende Allgemeine Geschäftsbedingungen im Anwendungsbereich des CISG Vertragsbestandteil werden, wird im Schrifttum unterschiedlich beantwortet. Nach der wohl herrschenden Meinung werden teilweise voneinander abweichende Allgemeine Geschäftsbedingungen (nur) insoweit Vertragsbestandteil, als sie sich nicht widersprechen; im übrigen gelten die gesetzlichen Regeln (sog. Restgültigkeitstheorie; z.B. Achilles, Komm. zum UN-Kaufrechtsübereinkommen, Artikel 19 Rdnr. 5; Schlechtriem/Slechtriem, CISG, 3. Aufl., Artikel 19 Rdnr. 20, insbes. S. 226; Stauinger/Magnus, CISG (1999), Artikel 19 Rdnr. 23). Ob ein derartiger, die Einbeziehung hindern der Widerspruch besteht, kann nicht allein nach dem Wortlaut einzelner Klauseln, sondern nur auf Grund einer Gesamtwürdigung aller einschlägigen Regelungen festgestellt werden. Das verkennt die Revision, wenn sie lediglich die eingeschränkte Abwehrklausel der Beklagten mit den für diese günstigen Gewährleistungsregeln der Klägerin vergleichen will. Wie das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei festgestellt hat, enthalten die niederländischen M.P.C.-Bedingungen erhebliche Abweichungen von dem gewährleistungsrechtlichen Regelungsgefüge des CISG – das bei Zugrundelegung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten im wesentlichen anwendbar bliebe – und ist nicht davon auszugehen, daß die Klägerin die in sich ausgewogenen M.P.C.-Bedingungen gegen sich gelten lassen wollte, soweit sie spürbar nachteiliger als die gesetzlichen Regelungen sind, ohne in den Genuß der ihr günstigen Klauseln zu gelangen. Umgekehrt ist nichts dafür ersichtlich, daß die Beklagte sich die für sie ungünstigen Klauseln der M.P.C.-Bedingungen entgegenhalten lassen wollte. Nichts anderes gilt dann, wenn man der Gegenmeinung folgt (Theorie des letzten Wortes; zum Meinungsstand und zu den Bedenken gegen die Anwendung dieser Theorie im Geltungsbereich des CISG vgl. Schlechtriem/Slechtriem aaO Rdnr. 20 und dort Fn. 62). Jedenfalls unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben (Artikel 7 Abs. 1 CISG) durfte die Beklagte, auch soweit sie bei den Vertragsverhandlungen ihre Geschäftsbedingungen zuletzt gestellt hatte, nicht annehmen, die Frage, ob bestimmte Regelungen der gegnerischen Bedingungen ihren eigenen widersprächen, könne isoliert für einzelne Klauseln beantwortet werden mit der Folge, daß die jeweiligen sie begünstigenden Bestimmungen anwendbar blieben.’

290. Het Bundesgerichtshof kiest derhalve zeer omfloerst voor de *knock out*-regel bij toepassing van artikel 19 van het Weens Koopverdrag en verwerpt hierbij de zogenaamde *last shot*-regel, waarbij de algemene voorwaarden van de laatste verwijzing gelden.⁶⁹ Kruisinga merkt over dit arrest nog het volgende op:

de wederpartij de algemene voorwaarden van de ter hand stelling niet uitdrukkelijk heeft betwist: ‘Die Beklagte hat daher das Angebot der Klägerin, das auch deren allgemeine Geschäftsbedingungen umfasste, ausdrücklich angenommen (Artikel 18 Abs 1 UN-K). Es liegt keine Abweichungen enthaltende Annahme vor, die als Gegenanbot aufzufassen wäre oder Widerspruchsobliegenheiten auslösen könnte (Artikel 19 Abs 1 und 2 UN-K). Dass die Angestellte der Beklagten, die die Bestellung der Klägerin (samt Ergänzung) schriftlich bestätigte, nicht zur Abgabe rechtsgeschäftlicher Erklärungen für die Beklagte berechtigt gewesen wäre, hat die Beklagte im erstinstanzlichen Verfahren nicht vorgebracht.’, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/051129a3.html>.

68 Zie P. Schlechtriem en I. Schwenzer, *Commentary on the Un Convention on the International Sale of Goods*, Oxford University Press 2005, p. 244.

69 M^a del Pilar Perales Viscasillas *Battle of Forms and the Burden of Proof: An Analysis of BGH 9 January 2002*, 6 *Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration* (2002), Nr. 2, 217–228, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/perales2.html>.

'Het BGH geeft helaas niet aan hoe deze oplossing volgt uit de bepalingen in het Weens Koopverdrag. De hierbij behorende redenering had als volgt moeten zijn: aangezien het Weens Koopverdrag geen speciale regeling biedt voor de battle of forms, bestaat er op dit punt een lacune in het verdrag. Deze lacune moet worden ingevuld door toepassing van de algemene beginselen waarop het verdrag is gebaseerd. Bij het bepalen van de inhoud van deze beginselen kan gebruik worden gemaakt van de UNIDROIT Principles en de PECL.⁷⁰

Ook Schlechtriem geeft aan dat de uitspraak zich moeilijk in het Weens Koopverdrag laat passen en zoekt de oplossing in de combinatie van de artikelen 6, 8, 14 en 19 van het Weens Koopverdrag en gaat er hierbij vanuit dat wanneer partijen overeenstemming hebben bereikt over de essentialia van het contract, artikel 19 via artikel 6 kan worden weggecontracteerd.⁷¹

5.7.4 Eigen visie

291. Ik ben niet overtuigd van de juistheid van deze theorieën. Er wordt teveel naar een resultaat toe geredeneerd. Is er een leemte in het Weens Koopverdrag die rechtvaardigt dat de materie ofwel via artikel 4 buiten het Weens Koopverdrag, of via *gap-filling* van artikel 7 lid 2 Weens Koopverdrag wordt opgelost? Mijns inziens niet. Ook al zou men redeneren dat het onderwerp *battle of forms* niet uitdrukkelijke geregeld is in het Weens Koopverdrag, dan nog lijkt dat niet relevant. Het onderwerp *battle of forms* is namelijk een variant op het thema toepasselijkheid van algemene voorwaarden. In hoofdstuk 4 is aangegeven dat dit thema een directe oplossingsmethodiek binnen het Weens Koopverdrag kent. Dus al zou men menen dat *battle of forms* geen aparte regeling kent, het onderwerp toepasselijkheid van algemene voorwaarden kent die wel en dus is er geen reden om *battle of forms* buiten het Weens Koopverdrag te plaatsen of slechts via *gap-filling* binnen het Weens Koopverdrag te houden.

292. Echter, het volgende lijkt van groter belang. Het Weens Koopverdrag kent wél een expliciete regeling voor van elkaar afwijkende of aanvullende voorwaarden in artikel 19 lid 3. Over deze regeling is ruim gediscussieerd en deze discussie heeft wellicht niet dat resultaat opgeleverd wat een aantal (verteenwoordigers van) landen voor wenselijk hield. Het valt dan ook op dat de voorstanders van de *knock out*-regel gevestigd zijn in landen waar de interne wetgeving een soortgelijke oplossing kent voor het probleem van *battle of forms*. Schrijvers die woonachtig zijn in andere landen, neigen meer naar de

⁷⁰ Kruisinga, a.w., p. 9.

⁷¹ Zie P. Schlechtriem en I. Schwenzer, *Commentary on the Un Convention on the International Sale of Goods*, Oxford University Press 2005, p. 244. Schlechtriem geeft nog een nadere analyse waarin hij aangeeft dat uit het oordeel van de BGH tevens kan worden afgeleid dat i) de respectievelijke sets algemene voorwaarden in hun totaliteit worden beoordeeld en niet afzonderlijke clausules hieruit, ii) ook de voor de wederpartij gunstige clausules door de 'knock-out' worden bestreken en iii) bij leemten, die door het CISG worden opgevuld in één van de sets voorwaarden, kan ook van een contradictie met de andere set algemene voorwaarden worden gesproken.

oplossing via de *last shot*-regel.⁷² Ook al zou (en ook ik ben die mening toegedaan) de *knock out*-regel een meer rechtvaardige oplossing bieden voor het probleem van *battle of forms*, dan nóg is *dat* gegeven niet relevant, omdat de tekst van artikel 19 lid 3 duidelijk neigt naar een oplossing via de zogenaamde *last shot*-gedachte, waarbij de laatste verwijzing, waarin de nieuwe algemene voorwaarden (die op wezenlijke punten afwijken) zijn opgenomen, als nieuw aanbod wordt beschouwd en de uitvoering van de overeenkomst dan als acceptatie van dat nieuwe aanbod wordt beschouwd. Wat hierbij dan opvalt is dat het er op lijkt dat artikel 19 lid 3 Weens Koopverdrag, de rol van artikel 8 van het Weens Koopverdrag – welk artikel zo relevant is voor het antwoord op de vraag of de algemene voorwaarden van toepassing zijn en de betekenis daarbij van verklaringen en gedragingen van partijen – naar de achtergrond drukt. De discussie spitst zich toe op de *inhoud* van de acceptatie en minder op de vraag of acceptatie heeft plaatsgevonden.

293. Kan op een andere wijze – bijvoorbeeld via artikel 7 van het Weens Koopverdrag – worden betoogd dat de oplossing van het *battle of forms*-vraagstuk, toch een andere dient te zijn dan door artikel 19 lid 3 Weens Koopverdrag lijkt te worden voorgestaan?⁷³ Kruisinga bijvoorbeeld bepleit dat de Unidroit Principles en de PECL via artikel 7 van het Weens Koopverdrag in beeld kunnen komen en mede bepalend kunnen zijn voor de oplossing van het *battle of forms*-vraagstuk.⁷⁴ Ik meen dat dit niet juist is,⁷⁵ alleen al omdat de PECL slechts de Europese gedachten van wetenschappers reflecteren. Overigens zouden de Unidroit Principles slechts in beeld kunnen komen wanneer de kwestie *battle of forms* via artikel 7 van het Weens Koopverdrag zou moeten worden opgelost.⁷⁶ Hierbij dient dan vooral naar artikel 7 lid 1 van het Weens

72 Kazuaki Sono, Formation of International Contracts under the Vienna Convention: A Shift above the Comparative Law, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/sono2.html>. Zie ook John E. Murray, Jr. The Definitive battle of forms: Chaos Revisited <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/murray2.html>: 'International contracts for the sale of goods suggests a clear common law answer under CISG, essentially a return to the 'last shot' principle.'

73 Zie voor een zeer uitgebreid rechtspraakoverzicht ter zake van artikel 7 Weens Koopverdrag: B.C. Sheehy, Good Faith in the CISG: Interpretation Problems in Article 7 (17 August 2004), ExpressO Preprint Series, Working Paper 339, <http://law.bepress.com/expresso/eps/339>.

74 S.A. Kruisinga, Battle of forms, in: Algemene voorwaarden (Wessels/Jongeneel/Hendrikse (red.)), Kluwer 2006, p. 43–44.

75 Zo ook L.C. Sica, Gap-filling in the CISG: May the UNIDROIT Principles supplement the gaps in the Convention?, Nordic Journal of Commercial Law (2006/1), http://www.njcl.utu.fi/1_2006/article2.pdf, '(...) The question posed was whether the UNIDROIT Principles may supplement the gaps in the Convention. The conclusion here is that it is not possible (...).'

76 Voor rechtspraak over artikel 7: Hof 's-Hertogenbosch 11 oktober 2005, LJN AU6646, Hof van Beroep Gent 15 mei 2002, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/020515b1.html>, Bundesgerichtshof (Duitsland) 9 januari 2002, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/020109g1.html>, Bundesgerichtshof (Duitsland) 31 oktober 2001, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/011031g1.html>, Oberlandesgericht München 21 januari 1998, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/980121g1.html>, Handelsgericht Zürich 30 november 1998, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/981130s1.html>, Corte di Appello →

Koopverdrag te worden gekeken, welk artikel ook artikel 7 lid 2 beïnvloedt. Artikel 7 lid 1 bepaalt dat bij de uitleg van het Weens Koopverdrag rekening moet worden gehouden met het internationale karakter ervan, de noodzaak van eenvormigheid in de toepassing ervan en de noodzaak om bij naleving ervan de goede trouw te bevorderen. De voornoemde Principles zouden dus via artikel 7 van het Weens Koopverdrag in stelling kunnen worden gebracht. Echter, het Weens Koopverdrag biedt die ruimte niet. Aan artikel 7 lid 1 komt geen werking⁷⁷ toe bij op zichzelf duidelijke bepalingen.⁷⁸ Deze regel dient mijns inziens ook op te gaan wanneer de duidelijke bepaling (artikel 19 lid 3) in het algemeen – al dan niet terecht – als onwenselijk wordt ervaren.

294. Ik kom tot de conclusie dat bij toepasselijkheid van het Weens Koopverdrag de oplossing van het *battle of forms*-vraagstuk via artikel 19 lid 3 van dat verdrag ertoe leidt dat de rechter bij uitvoering van de overeenkomst in beginsel⁷⁹ dient aan te nemen dat er tussen partijen een overeenkomst tot stand is gekomen én bij strijdige algemene voorwaarden in beginsel het primaat moet

Milano 11 December 1998, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/981211i3.html>, Compromex Arbitration Award 30 November 1998 (Mexico), <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/981130m1.html>, Oberlandesgericht Hamburg 28 February 1997, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970228g1.html>, Rechtbank Arnhem 17 juli 1997, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970717n1.html>, Landgericht München 6 mei 1997, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970506g1.html>, Landgericht Saarbrücken 26 mei 1996, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960326g1.html>, Schiedsgericht Hamburg 21 juni 1996, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960621g1.html>, Oberlandesgericht Celle 24 mei 1995, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950524g1.html>, ICC Court of Arbitration, case Nr. 8128/1995 of 17 november 1995, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/958128i1.html>, Court of Arbitration Award (Hongarije) Nr. Vb 94124 of 17 november 1995, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/951117h1.html>, Cour d'Appel Grenoble, 22 februari 1995, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950222f1.html>.

77 Zie P. Schlechtriem en I. Schwenzer, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods*, Oxford University Press 2005, p. 95. Vgl. Larry A. DiMatteo, Lucien Dhooge, Stephanie Greene, Virginia Maurer and Marisa Pagnattaro, *The Interpretive Turn in International Sales Law: An Analysis of Fifteen Years of CISG Jurisprudence* <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/anno-art-07.html#d82>: 'Article 7 requires that CISG interpretations should be accomplished with regard to 'the observance of good faith in international trade.' The legislative history of Article 7 demonstrates that the inclusion of a duty of good faith was the subject of contentious debate. The result was the muted compromise of including good faith principle in the interpretive methodology of the CISG.' Ogenshijnlijk meer terughoudend John Felemegas, *The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: Article 7 and Uniform Interpretation*, http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/felemegas.html#N_1: 'The proper interpretation of the CISG must be broad and liberal, but not lax or abstract.' Zie ook Alexander S. Komarov *Internationality, Uniformity and Observance of Good Faith as Criteria in Interpretation of CISG: Some Remarks on Article 7 (1) 25 Journal of Law and Commerce (2005-06) p.75-85* <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/komarov.html>.

78 Christiaans & Van Wechem 2004 (T&C Vermogensrecht), artikel 7 CISG, aant. 2, p. 2110.

79 Het louter uitvoeren van de overeenkomst zal hiervoor veelal niet voldoende zijn, het *bestaan* van de overeenkomst dient tevens in de context van artikel 8 lid 3 van het Weens Koopverdrag te worden beoordeeld.

toekennen aan de algemene voorwaarden waarnaar het laatst is verwezen. Dit is slechts anders wanneer in de laatste algemene voorwaarden niet wezenlijk van de bepalingen uit de eerste algemene voorwaarden is afgeweken, een situatie die ver af staat van de werkelijkheid op dit punt.

5.8 Forumkeuze

5.8.1 *Autonome vaststelling*

295. In de rechtspraak valt op dat twee onderwerpen die direct betrekking hebben op de vraag of *battle of forms* overeenkomstig de bepalingen van het Weens Koopverdrag moet worden beantwoord, veelal onderbelicht blijven.⁸⁰ In de (internationale) rechtsliteratuur richten de auteurs zich met name op het zoeken naar een oplossing voor *battle of forms*-problemen onder het Weens Koopverdrag. De vraag welke rechter bevoegd is om over een geschil te beslissen blijft echter onderbelicht. Deze vraag is met name van belang indien in strijdige algemene voorwaarden niet dezelfde forumkeuzes zijn opgenomen. Hoe de aangezochte rechter vervolgens vaststelt aan de hand van welk recht hij de *battle of forms*-vraag dient te beantwoorden, en dan met name in het geval waarbij in de betreffende voorwaarden de gelding van het Weens Koopverdrag is uitgesloten, vereist eveneens de nodige aandacht.⁸¹

296. Mag de aangezochte rechter bij de beantwoording van de vraag of hij bevoegd is, waarde toekennen aan het toepasselijke recht, of dient hij verdragsautonoom te beoordelen of hij bevoegd is? Wanneer de bevoegdheid van de rechter overeenkomstig de EEX-vo dient te worden beoordeeld, dan moet de rechter zijn bevoegdheid verdrags- (of beter verordenings-)autonoom vaststellen.⁸² Komt dan zelfstandige waarde toe aan artikel 19 van het Weens

80 Vergelijk echter het uitvoerige arrest van het Duitse Keulse hof, dat oordeelde in een geval waarin in beide algemene voorwaarden naar hetzelfde forum werd verwezen: Oberlandesgericht Köln 24 mei 2006, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/060524g1.html>.

81 Evenals in hoofdstuk 4 behandel ik deze materie vanuit de presumptie dat een geschil wordt voorgelegd aan een Nederlandse rechter, en dat tenminste één van de twee contractspartijen in Nederland is gevestigd.

82 Vgl. Hof van Justitie 24 juni 1981, *Elefanten Schuh/Jacqmain*, C-150/80, NJ 1981, 546: 'Artikel 17 preciseert dat een beding tot aanwijzing van een bevoegde rechter moet zijn neergelegd in een schriftelijke dan wel schriftelijk bevestigde mondelinge overeenkomst. Volgens het rapport over het executieverdrag, dat tezamen met het ontwerp van het verdrag aan de regeringen van de verdragsluitende staten is voorgelegd, zijn deze vormvoorschriften ingegeven door het streven geen inbreuk te maken op de handelsgebruiken, ofschoon daarbij de gevolgen van de clausules in de contracten, die al vlug onopgemerkt blijven, worden geneutraliseerd zoals bedingen die gedrukt voorkomen op de correspondentie of de facturen en die niet door de partij tegen welke zij worden ingeroepen, zijn geaccepteerd. Om deze reden zouden bevoegdheidsbedingen slechts in aanmerking moeten worden genomen wanneer zij het voorwerp van een overeenkomst uitmaken, hetgeen een wilsovereenstemming tussen de partijen vooronderstelt. De opstellers van artikel 17 waren bovendien de mening toegedaan dat, in het belang van de rechtszekerheid, uitdrukkelijk →

Koopverdrag? Uit rechtspraak van het Hof van Justitie kan worden afgeleid dat de rechter separaat, overeenkomstig de voorwaarden van artikel 17 EEX (thans artikel 23 EEX-vo), dient vast te stellen dat hij bevoegd is en dat hij tot het oordeel kan komen dat de overeenkomst waarin hij is aangewezen, niet rechtsgeldig tot stand is gekomen.

In zijn arrest van 3 juli 1997⁸³ oordeelde het Hof van Justitie onder meer:⁸⁴

‘24 In dit verband moet eerst onderscheid worden gemaakt tussen een bevoegdheidsbeding en de materiële bepalingen van de overeenkomst waarin dat beding is opgenomen.

25 Een bevoegdheidsbeding, dat een procedurele functie heeft, wordt beheerst door de bepalingen van het Executieverdrag, dat tot doel heeft eenvormige regels voor de internationale rechterlijke bevoegdheid in het leven te roepen. Daarentegen zijn de materiële bepalingen van de hoofdovereenkomst waarin het beding is opgenomen, alsmede elke betwisting betreffende de nietigheid daarvan, onderworpen aan de *lex causae*, die wordt bepaald door het internationaal privaatrecht van de staat van de aangezochte rechter.

26 Vervolgens zij opgemerkt, dat volgens vaste rechtspraak van het Hof het Executieverdrag onder meer tot doel heeft, de regels inzake de bevoegdheid van de gerechten van de Verdragsluitende Staten een te maken, door zoveel mogelijk te voorkomen dat met betrekking tot eenzelfde rechtsbetrekking meerdere rechterlijke instanties bevoegd zijn, en de rechtsbescherming van de in de Gemeenschap gevestigde personen te versterken, door de eiser in staat te stellen om gemakkelijk te bepalen welk gerecht hij kan aanzoeken, en de verweerder om redelijkerwijs te voorzien voor welk gerecht hij kan worden opgeroepen (arresten van 4 maart 1982, zaak 38/81, Effer, Jurispr. 1982, p. 825, r.o. 6, en 13 juli 1993, zaak C-125/92, Mulox IBC, Jurispr. 1993, p. I-4075, r.o. 11).’

Hierin valt te lezen dat: i) het Hof de vraag of er een overeenkomst tot forumkeuze tot stand is gekomen, zoveel mogelijk volgens het EEX wil laten beantwoorden om daarmee rechtszekerheid te creëren en ii) het Hof de hoofdovereenkomst separaat ziet van de overeenkomst van forumkeuze. De verwijzing ‘daarvan’ (onder nummer 25) slaat terug op de hoofdovereenkomst en niet op het beding.⁸⁵ Om die reden lijkt de analyse van Vlas op dit punt niet juist. Vlas merkt namelijk het volgende op:

moest worden bepaald in welke vorm het bevoegdheidsbeding moet worden gekleed. Artikel 17 wil dan ook zelf de vormvereisten vaststellen waaraan bevoegdheidsbedingen moeten voldoen, zulks in het belang van de rechtszekerheid en om de toestemming van de partijen te verzekeren.’

83 Arrest van het Hof van Justitie (Zesde kamer) van 3 juli 1997, Francesco Benincasa tegen Dental-kit Srl. Zaak C-269/95, NJ 1999, 681.

84 Vergelijk L. Strikwerda, de overeenkomst in het IPR, Kluwer 2004, p. 59 en p. 81.

85 De Duitse tekst van kantnummer 25 luidt: ‘Für die Gerichtsstandsvereinbarung, die einem prozessualen Zweck dient, gelten nämlich die Vorschriften des Übereinkommens, dessen Ziel die Schaffung einheitlicher Regeln für die internationale gerichtliche Zuständigkeit ist. Dagegen unterliegen gilt für die materiellen Bestimmungen des Hauptvertrages, der die Vereinbarung enthält, sowie die Streitigkeiten über die Wirksamkeit dieses Vertrages der *lex causae*, die durch das internationale Privatrecht des Gerichtstaats bestimmt wird.’ En de Engelse: ‘A jurisdiction clause, which serves a procedural purpose, is governed by the provisions of the Convention, whose aim is to establish uniform rules of international jurisdiction. In contrast, the substantive provisions of the main contract in which that clause is incorporated, and likewise any dispute as to the validity of →

‘De uitleg die het Hof van Justitie in zijn diverse arresten over artikel 17 EEX-Verdrag aan het begrip ‘overeenkomst’ gegeven heeft, is communautair te noemen en behoudt onder de gelding van artikel 23 EEX-Vo zijn betekenis. Uit de rechtspraak blijkt dat er sprake van wilsovereenstemming moet zijn, die nauwkeurig en duidelijk tot uitdrukking komt. Problemen die voor het overige ten aanzien van de overeenkomst van forumkeuze kunnen rijzen, zoals vragen omtrent handelingsbekwaamheid en toestemming van partijen (bedreiging, misbruik van omstandigheden, dwaling) worden niet door het EEX-Verdrag en de EEX-Vo beantwoord, maar dienen te worden opgelost aan de hand van het materiële recht dat door het IPR van de aangezochte rechter op de overeenkomst toepasselijk wordt geacht. Dit laatste volgt ook uitdrukkelijk uit het arrest van het Hof van Justitie van de EG van 3 juli 1997 (zaak C-296/95, *Jur.* 1997, p. I-3788, *NJ* 1999, 681, m.nt. PV, *Benincasa* tegen *Dentalkit*). Hierin is onder meer beslist dat de materiële bepalingen van de hoofdovereenkomst waarin het forumkeuzebeding is opgenomen, alsmede elke betwisting van de geldigheid van dat beding, is onderworpen aan het recht dat de hoofdovereenkomst beheerst (de *lex causae*). Dit recht wordt bepaald door het IPR van de aangezochte rechter.’

De zinsnede ‘Problemen die voor het overige ten aanzien van de overeenkomst van forumkeuze kunnen rijzen’, lijkt immers te suggereren dat de forumkeuze alsnog kan worden aangetast door middel van verweren, gebaseerd op het toepasselijke recht die hun oorsprong vinden in de stelling dat de forumkeuze niet geldig is overeengekomen. Dit is in het licht van de bovenstaande beslissing van het Hof van Justitie onjuist.

5.8.2 Separabiliteit

297. De zogenaamde separabiliteit van de forumkeuze brengt mee dat de gekozen rechter – wanneer de forumkeuze aan de eisen van artikel 23 EEX-vo voldoet – naderhand kan beslissen dat de overeenkomst waarin de forumkeuze was opgenomen, niet rechtsgeldig tot stand is gekomen. Het kan niet zo zijn dat er in het licht van artikel 23 EEX-vo, bijvoorbeeld krachtens gewoonte, sprake is van een *krachtens* artikel 23 EEX-vo overeengekomen forumkeuze, terwijl overeenkomstig het toepasselijke recht (bijvoorbeeld artikel 9 Weens Koopverdrag) niet van een dergelijke gewoonte sprake is en *daardoor* geen rechtsgeldige forumkeuze is *overeengekomen*. Die benadering zou de regeling van artikel 23 EEX-vo volledig uithollen. Ditzelfde geldt voor gevallen waarin over de taal van de forumkeuze is beslist. Ook daar geldt bij het antwoord op de vraag of partijen de forumkeuze *zijn* overeengekomen een verordeningsautonome benadering en zal dit niet overeenkomstig artikel 8 van het Weens Koopverdrag, worden beslist. Dus *of* een forumkeuze rechtsgeldig is overeengekomen lijkt te worden vastgesteld aan de hand van een communautair overeenkomstenbegrip overeenkomstig artikel 23 EEX-vo.

Strikwerda merkt op dat de vraag naar de materiële geldigheid van een forumkeuzebeding op de grenzen van het conflictenrecht en het internationaal bevoegdheidsrecht ligt. Deze stelling lijkt juist in gevallen waar de bevoegd-

that contract, are governed by the *lex causa* determined by the private international law of the State of the court having jurisdiction.’

heid van de rechter overeenkomstig artikel 8 Rv wordt vastgesteld en bij artikel 23 EEX-vo (slechts) voor gevallen waarbij het de vernietiging (of de nietigheid) van de hoofdovereenkomst betreft. Het onderscheid tussen de *vorm* en *geldigheid* van de forumkeuzeclausule, die door artikel 23 EEX-vo wordt beheerst, lijkt praktisch niet te verschillen van de *materiële* geldigheid van de *forumkeuze*,⁸⁶ zodat het merendeel van de forumkeuze aangaande kwesties, door artikel 23 EEX-vo zal worden bestreken. De materiële geldigheid van de hoofdovereenkomst waarin de forumkeuzeclausule is opgenomen, is een ander onderwerp en valt buiten de reikwijdte van artikel 23 EEX-vo.

298. De separabiliteit van de forumkeuze wordt niet altijd in de rechtspraak onderkend. De Franse Cour de Cassation, bijvoorbeeld, neemt artikel 19 Weens Koopverdrag als uitgangspunt om aan de hand daarvan te concluderen dat partijen geen overeenstemming over de forumkeuze hebben bereikt.⁸⁷

‘(...) la cour d’ appel en a exactement déduit que la clause de compétence stipulée dans les bons de commande de la société VSG ne devait pas recevoir application; en vertu des articles 18 et 19 de la Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises, une réponse qui tend à l’acceptation d’une offre mais contient des éléments différents altérant substantiellement les termes de l’offre – telle, selon l’article 19,3, une stipulation divergente sur le règlement des différends – ne vaut pas acceptation, ce qui, contrairement à l’affirmation du moyen, n’entraîne pas l’application de la clause contenue dans l’ offre (...)’⁸⁸

Zoals reeds eerder opgemerkt zijn er ook uitspraken van Nederlandse rechters die op deze wijze hun bevoegdheid vaststellen.⁸⁹

5.8.3 Weer volgorde

299. Bij artikel 23 EEX-vo moet – zoals hiervoor is aangegeven – van een communautair overeenkomstenbegrip inzake de forumkeuze, worden uitgegaan.⁹⁰ Dit brengt mee dat eerst aan de hand van communautaire maatstaven

86 Strikwerda, a.w., p. 81, lijkt dit onderscheid niet te maken.

87 Cour de Cassation, 16 July 1998, Les Verreries de Saint Gobain, SA v. Martinswerk GmbH, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/980716f1.html>. Vergelijk: Larry A. DiMatteo et al., 34 Northwestern Journal of International Law & Business (Winter 2004), p. 299–440 at 353: ‘The Cour de Cassation ... applied the knock out rule regarding conflicting jurisdiction clauses. Recognizing that jurisdiction provisions are material terms according to Article 19 (3), the court, instead of invalidating the contract, applied traditional conflict of law rules to determine jurisdiction.’

88 Zie in gelijke zin: Cour d’Appel Paris, 13 December 1995, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/951213f1.html>.

89 Zie Hof Amsterdam 24 april 1997, NIPR 1999, 169. Zie ook Rechtbank Arnhem 15 november 2001, NIPR 2002, 274.

90 Vgl. P. Vlas, Kluwer Losbladige, Rechtvordering, Verdragen artikel 23 aantekening 7.1. De stelling van deze auteur (bij aantekening 7.4. inzake battle of forms), dat zou moeten worden vastgesteld welke voorwaarden van toepassing zijn en dan vervolgens apart of ten aanzien van die →

moet worden vastgesteld of en zo ja welk forum rechtsgeldig is aangezocht overeenkomstig de regels van artikel 23 EEX-vo en vervolgens aan de hand van het materiële recht, wat de inhoud van de tussen partijen gesloten overeenkomst is. De *battle of forum* wordt dan overeenkomstig artikel 23 EEX-vo beslecht en niet eerst nadat overeenkomstig het toepasselijke recht is vastgesteld welke algemene voorwaarden van toepassing zijn.⁹¹ Dat laatste zou immers het communautaire karakter van de regeling van artikel 23 EEX-vo aantasten.⁹²

300. Maakt de volgorde verschil uit? Ik meen van wel. Uit het hiervoor gaande volgt dat er geen eenduidigheid bestaat over de wijze waarop de *battle of forms*-vraag overeenkomstig het Weens Koopverdrag wordt beantwoord. Een keuze voor de *last shot*-doctrine, zou in het licht van het Weens Koopverdrag wellicht gelegitimeerd kunnen zijn, maar bij toepassing van artikel 23 EEX-vo arbitrair. Het zou in het kader van artikel 23 EEX-vo meer voor de hand liggen om, gezien de aard van deze bepaling, de voorkeur te geven aan een *knock out*-doctrine.

301. Ook het gegeven dat artikel 4 van het Weens Koopverdrag uitsluitend de totstandkoming van koopovereenkomsten en de rechten en verplichtingen van verkoper en koper voortvloeiend uit zo'n overeenkomst regelt zou een indicatie kunnen zijn dat het antwoord op de vraag of partijen een rechtsgeldige forumkeuze hebben gemaakt, buiten de reikwijdte⁹³ van het Weens Koopverdrag moet worden geplaatst.⁹⁴ Dit is in het bijzonder van belang in gevallen waar de

forumkeuze voldaan is aan de eisen van artikel 23 EEX-vo (althans artikel 17 EEX), is niet te rijmen met de eerdere opmerking in 7.1 dat een en ander communautair dient te worden vastgesteld.

91 Anders: Oberlandesgericht Köln, 24 mei 2006, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/060524g1.html> '(...) Für die Frage des Gerichtsstandes kann schließlich offen bleiben, ob die erwähnten AGB der Antragsgegnerin oder die AGB des Zentralverbandes des Deutschen Kraftfahrzeuggewerbes vereinbart worden sind, da die beiden teilweise abweichenden Allgemeinen Geschäftsbedingungen jedenfalls zur Frage des Gerichtsstandes eine inhaltlich gleich lautende Regelung vorsehen. Nach den für diesen Vertrag geltenden Bestimmungen des Einheitlichen UN-Kaufrechts (CISG) – Deutschland und die Niederlande sind Vertragsstaaten (vgl. Schlechtriem, CISG ,3. Aufl., Anhang); ein Ausschluss der Anwendung dieses Übereinkommens findet sich im Vertrag nicht, Artikel 6 CISG – führt eine Vertragsauslegung bei kollidierenden Bedingungen dazu, dass jedenfalls die übereinstimmenden Regelungen wirksam vereinbart sind; andernfalls greift die 'Theorie des letzten Wortes' ein, wonach die zuletzt übersandten Bedingungen (vgl. zum Ganzen Schlechtriem, a.a.O., Artikel 19, Anm. 19 ff) entscheidend sind.(...)' en Tribunale di Rovereto (Italië), 24 augustus 2006, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/060824i3.html>.

92 Anders Hof Amsterdam 24 april 1997, NIPR 1999, 169 en Rechtbank Arnhem 15 november 2001, NIPR 2002, 274. Zie onder meer over dit laatste vonnis: J. Spiegel, Algemene voorwaarden in de handelspraktijk, NIPR 2006, p. 380.

93 Vgl. voor arbitrage: Oberlandesgericht Frankfurt 26 juni 2006, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/060626g1.html>.

94 Vgl. voor een conclusie in tegengestelde richting: Superior Court of Justice of Ontario Canada 28 October 2005, (Chateau des Charmes Wines Ltd v. Sabaté USA, Inc. et al.): 'The critical →

bevoegdheid niet op artikel 23 Eex-vo maar op artikel 8 Rv wordt gebaseerd. De onduidelijkheid over het gekozen forum kan door de aangezochte rechter echter naar mijn mening wél worden meegewogen in zijn oordeel óf er krachtens artikel 19 van het Weens Koopverdrag een overeenkomst tussen partijen tot stand is gekomen.

5.8.4 EVO

302. Van belang is tevens dat volgens artikel 1 lid 1 onder d van het EVO de bepalingen van het EVO niet van toepassing zijn op rechterskeuze-clausules. Reden hiervoor is ondermeer dat er maar een beperkte rol voor de partijautonomie is weggelegd voor zover het de forumkeuze betreft.⁹⁵ Dit gegeven is temeer van belang in gevallen waar niet beide partijen (doch slechts één daarvan) bij de koopovereenkomst gevestigd zijn in een verdragsluitende staat van het Weens Koopverdrag en er overeenkomstig artikel 1 onder b van het Weens Koopverdrag dient te worden vastgesteld of het toepasselijke recht het recht is van een verdragsluitende staat. Het zou op zijn minst merkwaardig zijn wanneer in die situatie de vraag naar het gekozen forum – in het geval van *battle of forms* – anders zou worden beantwoord dan wanneer beide partijen gevestigd zijn in een verdragsluitende staat van het Weens Koopverdrag.

303. Artikel 90 van het Weens Koopverdrag bepaalt dat het Weens Koopverdrag niet prevaleert boven enige internationale overeenkomst die reeds is of kan worden gesloten en die bepalingen bevat met betrekking tot de aangelegenheid waarop dit verdrag van toepassing is, mits de partijen hun vestiging hebben in staten die partij zijn bij zo'n overeenkomst. Verdedigd wordt dat

question is whether or not the forum clause did form part of the contract or if it was simply an attempt to modify the terms of a contract already formed. It is here that the United Nations Convention on the International Sale of Goods becomes potentially significant. (...) The key provisions that might have application to this case are Article 8 (3), Article 9, Article 11, Article 14 (1), Article 18, and Article 19. (...) Forum selection provisions are important features of international commercial contracts and should only be overridden if there is extremely good reason to do so. There are then two questions to be asked. Does the contract contain a forum selection clause and if so, is there strong cause to allow the action to proceed notwithstanding the agreement?’, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/051028c4.html>.

95 In het rapport Giuliano Lagarde werd hierover het volgende opgemerkt: ‘Over de vraag of men overeenkomsten tot aanwijzing van een bevoegde rechter (‘jurisdictionclause’) diende uit te sluiten, heeft de groep een levendige discussie gevoerd. De meerderheid heeft zich om de volgende redenen uiteindelijk voor uitsluiting uitgesproken: de materie behoort tot de rechtsvordering en maakt deel uit van de rechtsbedeling (Staatstaak); regels ter zake hadden de bekrachtiging van het Verdrag in gevaar kunnen brengen. Tevens werd aangevoerd dat regels betreffende de rechterlijke bevoegdheid van openbare orde zijn en dat er voor de autonomie van de partijen slechts een zeer bescheiden plaats overblijft. Iedere rechter is gehouden de geldigheid van de jurisdictionclause aan de hand van zijn eigen recht en niet aan de hand van het gekozen recht te beoordelen.’ Strikwerda merkt hierover op dat analoog aan het EVO het toepasselijke recht op de forumkeuze overeenkomst kan worden toegepast, zie a.w., p. 81 e.v.

deze regel analoog dient te worden toegepast op EU-verordeningen.⁹⁶ Dus zelfs wanneer men van mening zou zijn dat de forumkeuze onder de reikwijdte van het Weens Koopverdrag zou vallen – hetgeen mijns inziens niet het geval is – dan nóg zou via artikel 90 van het Weens Koopverdrag, de regeling van artikel 23 EEX-vo dienen te prevaleren in gevallen waar deze laatste regel van toepassing is.

5.8.5 *Conclusie forumkeuze*

304. Het bovenstaande leidt tot de conclusie dat wanneer een Nederlandse rechter wordt aangezocht door één van de contractspartijen bij een internationale koopovereenkomst, hij – wanneer sprake is van een *battle of forms*-situatie waar in de betreffende algemene voorwaarden naar verschillende fora wordt verwezen – zijn bevoegdheid⁹⁷ aan de hand van artikel 23 EEX-vo – verordeningsautonoom dient vast te stellen.⁹⁸ Uit het bovenstaande komt naar voren dat artikel 19 van het Weens Koopverdrag bij het antwoord op de vraag welke rechter bevoegd is geen rol⁹⁹ dient te spelen. Wanneer artikel 23 EEX-vo niet van toepassing is en de rechter zijn bevoegdheid op artikel 8 Rv zou dienen te baseren, komt evenmin aan artikel 19 van het Weens Koopverdrag werking toe.

5.9 **Rechtskeuze in de algemene voorwaarden**

5.9.1 *Rechtskeuze en ipr*

305. De vele (ook buitenlandse) uitspraken geven geen antwoord op de vraag wat rechtens is wanneer in de algemene voorwaarden zelf de toepasselijkheid van het Weens Koopverdrag is uitgesloten. Wanneer beide partijen bij een internationale koopovereenkomst gevestigd zijn in landen die partij zijn bij het Weens Koopverdrag dient de toepasselijkheid van de algemene voorwaarden aan de hand van die verdragsbepalingen te worden vastgesteld. Er is dan geen ruimte voor toepassing van het IPR. In dat geval dient dan aan de hand van artikel 6 Weens Koopverdrag in combinatie met de artikelen 8 en 9, eerst te worden vastgesteld (uitegelegd) of deze *opting out* op een juiste wijze heeft plaatsgevonden. Maar wat is hierbij de volgorde? Moet nu eerst aan de hand van de rechtskeuze in de algemene voorwaarden worden vastgesteld of het Weens Koopverdrag van toepassing is, en mocht dat zo zijn, vervolgens aan de

96 Zie Christiaans & Van Wechem 2004 (T&C Vermogensrecht), artikel 90 CISG, p. 2225. Zie ook P. Schlechtriem en I. Schwenzer, *Commentary on the Un Convention on the International Sale of Goods*, Oxford University Press 2005, p. 991 e.v. Schlechtriem geeft de voorkeur aan het in stand houden en het beveiligen van het evenwicht in de CISG, boven de inwerking van Europese regels.

97 Waarbij dan in tenminste één van die algemene voorwaarden een rechter van een lidstaat van de Europese Unie dient te zijn aangewezen.

98 Ik laat vorderingen gebaseerd op artikel 31 EEX-vo hierbij buiten beschouwing.

99 Al dan niet via de tussenstap van artikel 8 EVO.

hand van het Weens Koopverdrag worden bepaald of de algemene voorwaarden van toepassing zijn? Of moet eerst worden vastgesteld of de algemene voorwaarden van toepassing zijn en dan eerst wanneer zich een conflict voor- doet, worden vastgesteld of dat conflict volgens het gekozen recht dient te worden opgelost of volgens het Weens Koopverdrag?¹⁰⁰

Op grond van de gepubliceerde rechtspraak ter zake van het Weens Koopverdrag, kunnen deze vragen niet worden beantwoord. Eén van de redenen zou kunnen zijn dat in gevallen waar het Weens Koopverdrag rechtsgeldig is uitgesloten, de uitspraken niet in de databanken rechtspraak over het Weens Koopverdrag, worden opgenomen.¹⁰¹

5.9.2 *Zes voorbeelden*

306. Bij *battle of forms* kunnen de volgende mogelijke situaties worden onderscheiden:¹⁰²

1. Beide partijen zijn gevestigd in een verdragsluitende staat van het Weens Koopverdrag en verwijzen in hun algemene voorwaarden naar hun eigen (interne) recht.
2. Beide partijen zijn gevestigd in een verdragsluitende staat van het Weens Koopverdrag en verwijzen in hun algemene voorwaarden naar hun eigen (interne) recht en sluiten beiden de toepassing van het Weens Koopverdrag uitdrukkelijk uit in hun algemene voorwaarden.
3. Beide partijen zijn gevestigd in een verdragsluitende staat van het Weens Koopverdrag en verwijzen in hun algemene voorwaarden naar hun eigen (interne) recht en één partij sluit daarbij de toepasselijkheid van het Weens Koopverdrag uitdrukkelijk uit in haar algemene voorwaarden.
4. Slechts één partij is gevestigd in een verdragsluitende staat van het Weens Weens Koopverdrag en beide partijen verwijzen in hun algemene voorwaarden naar hun eigen (interne) recht.

100 Vgl. Rechtbank Zwolle 21 mei 2003, LJN AH8762: 'In dit verband zal eerst de vraag moeten worden beantwoord of de algemene inkoopvoorwaarden van Remeha van 19 maart 1999, waarin de werking van het Weens Koopverdrag uitdrukkelijk wordt uitgesloten, onderdeel uitmaken van de overeenkomsten tussen partijen. In aanmerking genomen dat partijen het er over eens zijn dat eventueel aanvullend op het Weens Koopverdrag Nederlands recht van toepassing is, zal de rechtbank de vraag naar de toepasselijkheid van de algemene voorwaarden aan de hand van Nederlands recht beantwoorden. Ingevolge artikel 6:247, tweede lid, van het Burgerlijk Wetboek is afdeling 6:3 van dit wetboek in dit geval niet van toepassing, zodat genoemde vraag dient te worden beantwoord aan de hand van algemene regels van aanbod en aanvaarding.'

101 Eén aspect valt wel op. In bijna alle door mij geraadpleegde Belgische uitspraken wordt zo goed als standaard opgenomen, de zinsnede 'Partijen hebben niet uitdrukkelijk de interne wet van een bepaald land aangegeven,' hetgeen het in de hoofdtekst gestelde lijkt te bevestigen.

102 Situaties waar partijen voor een ander rechtstelsel kiezen dan die van het land waarin zij zijn gevestigd, laat ik buiten beschouwing.

5. Slechts één partij is gevestigd in een verdragsluitende staat van het Weens Koopverdrag en beide partijen verwijzen in hun algemene voorwaarden naar hun eigen (interne) recht en sluiten beide de toepassing van het Weens Koopverdrag uitdrukkelijk uit in hun algemene voorwaarden.
6. Slechts één partij is gevestigd in een verdragsluitende staat van het Weens Koopverdrag en beide partijen verwijzen in hun algemene voorwaarden naar hun eigen (interne) recht en één partij sluit daarbij de toepasselijkheid van het Weens Koopverdrag uitdrukkelijk uit in haar algemene voorwaarden.¹⁰³

De vraag is aan de hand van welk recht de *battle of forms*-vraag dient te worden beantwoord.

307. ad 1: Beide partijen zijn gevestigd in een verdragsluitende staat en verwijzen in hun algemene voorwaarden naar hun eigen interne recht. In dit geval komen de bepalingen van het Weens Koopverdrag volledig in beeld. De rechter zal hierbij overeenkomstig artikel 6 moeten vaststellen of de rechtskeuze in de betreffende algemene voorwaarden als een *opting-out* dient te worden beschouwd. De rechtspraak laat zien dat de rechter daartoe niet snel zal besluiten. In dit geval zal de *battle of forms* volledig overeenkomstig de bepalingen van het Weens Koopverdrag worden beslecht.

308. ad 2: Beide partijen zijn gevestigd in een verdragsluitende staat en verwijzen in hun algemene voorwaarden naar hun eigen interne recht en sluiten beide de toepassing van het Weens Koopverdrag uitdrukkelijk uit in hun algemene voorwaarden. Er is geen duidelijkheid over de volgorde waarin artikel 6 van het Weens Koopverdrag wordt toegepast voor zover het de uitsluiting van het Weens Koopverdrag betreft. Het antwoord op de vraag welke bepalingen in deze situatie moeten worden toegepast is arbitrair. Ik zou de volgende methode willen voorstaan. Het is duidelijk dat partijen het Weens Koopverdrag hebben willen uitsluiten, echter het is niet duidelijk aan de hand van welk recht de *battle of forms*-vraag dient te worden beantwoord omdat de voorvraag naar de toepasselijkheid van de algemene voorwaarden nog moet worden beantwoord. Het lijkt derhalve het meest praktisch en voor de hand liggend dat de *battle of forms*-vraag ook in dit geval aan de hand van het Weens Koopverdrag wordt beantwoord. Wanneer dit er toe leidt dat één van de beide sets van toepassing is, dan dient het geschil overeenkomstig het in die algemene voorwaarden gekozen recht te worden afgewikkeld. Leidt toepassing van de bepalingen van het Weens Koopverdrag tot een 'knock out,' dan wordt het geschil overeenkomstig de bepalingen van het Weens Koopverdrag behandeld.

¹⁰³ Ik ga er hierbij vanuit dat één van de partijen in Nederland is gevestigd en het geschil inzake *battle of forms* aan een Nederlandse rechter wordt voorgelegd.

309. ad 3: Beide partijen zijn gevestigd in een verdragsluitende staat en verwijzen in hun algemene voorwaarden naar hun eigen interne recht en één partij sluit daarbij de toepasselijkheid van het Weens Koopverdrag uitdrukkelijk uit in haar algemene voorwaarden. Hier lijkt dezelfde aanpak als onder ad 2 geëigend. Het verschil kan in de nadere uitwerking naar voren komen. Het hangt dan af van de vraag welke voorwaarden van toepassing zijn of het litigieuze geschil overeenkomstig het Weens Koopverdrag of krachtens het gekozen recht wordt behandeld.

310. ad 4: Slechts één partij is gevestigd in een verdragsluitende staat en beide partijen verwijzen in hun algemene voorwaarden naar hun eigen interne recht. Overeenkomstig artikel 1 lid 1 onder b Weens Koopverdrag komt het EVO in beeld. Artikel 8 lid 1 EVO is hier niet toepasbaar omdat het recht dat van toepassing zou zijn indien de overeenkomst of de bepaling geldig zou zijn, mede deel uitmaakt van het conflict tussen partijen. Overeenkomstig artikel 4 van het EVO dient te worden vastgesteld wat het recht is van het land van vestiging van de kenmerkende prestant. Twee varianten kunnen zich aandienen, te weten: i) dit is het recht van een verdragsluitende staat van het Weens Koopverdrag of ii) dit is niet het recht van een verdragsluitende staat van het Weens Koopverdrag. In het geval onder i) zou het logisch voorkomen dat de *battle of forms* door het Weens Koopverdrag wordt beslist en in het geval onder ii) door het toepasselijke recht. De beslissing onder i) kan er uiteindelijk ook nog toe leiden dat het toepasselijke recht van de niet – Weens Koopverdrag lidstaat, toepasselijk is. Ook de beslissing onder ii) kan er toe leiden dat de bepalingen van het Weens Koopverdrag van toepassing zijn op de beslechting van het litigieuze geschil. Let wel: de hiervoor omschreven tournure ziet slechts op de vaststelling van het recht aan de hand waarvan de *battle of forms*-vraag moet worden beantwoord.

311. ad 5: Slechts één partij is gevestigd in een verdragsluitende staat en beide partijen verwijzen in hun algemene voorwaarden naar hun eigen interne recht en beide sluiten de toepassing van het Weens Koopverdrag uitdrukkelijk uit in hun algemene voorwaarden. Ook hier komt overeenkomstig artikel 1 lid 1 onder b Weens Koopverdrag het EVO in beeld. Artikel 8 lid 1 van dit verdrag lijkt hier evenmin toepasbaar omdat het recht dat van toepassing zou zijn indien de overeenkomst of de bepaling geldig zou zijn, ook hier deel uitmaakt van het conflict tussen partijen. Er zou overeenkomstig artikel 4 van het EVO moeten worden vastgesteld aan de hand van welk recht *battle of forms* dient te worden beslist. Het merkwaardige fenomeen doet zich dan voor dat *battle of forms*, indien de partij die gevestigd is in een verdragsluitende staat van het Weens Koopverdrag (die dan ook de werking van het Weens Koopverdrag heeft uitgesloten) de kenmerkende prestatie verricht, via artikel 4 van het EVO alsnog beslecht moet worden overeenkomstig de bepalingen van het Weens Koopverdrag. Volgens artikel 4 van het EVO wordt namelijk het recht van een

verdragsluitende staat als het toepasselijke recht aangemerkt, dit recht is dan via artikel 1 lid 1 onder b van het Weens Koopverdrag de toegangspoort tot het Weens Koopverdrag. Aan de contractuele uitsluiting van het Weens Koopverdrag komt dan voor het antwoord op de *battle of forms*-vraag geen werking toe.

312. ad 6: Slechts één partij is gevestigd in een verdragsluitende staat en beide partijen verwijzen in hun algemene voorwaarden naar hun eigen interne recht en één partij sluit daarbij de toepasselijkheid van het Weens Koopverdrag uitdrukkelijk uit. Hierbij geldt dezelfde route als hierboven onder ad 5. Echter, het ligt hierbij voor de hand dat de partij die gevestigd is in een verdragsluitende staat van het Weens Koopverdrag, de toepassing van het Weens Koopverdrag heeft uitgesloten. Als dat zo is, dan geldt dat, wanneer de partij die de kenmerkende prestatie verricht is gevestigd in een lidstaat van het Weens Koopverdrag, de beantwoording van de *battle of forms*-vraag via artikel 4 van het EVO terecht komt bij het Weens Koopverdrag en met in achtname van de verdragsbepalingen dient te worden beantwoord.

313. Uit het bovenstaande volgt, zoals in nummer 164 reeds naar voren is gebracht, dat partijen bij een internationale procedure de spoorboekjes van de IPR-regelingen, IPR-verdragen en – voor zover van toepassing – de regels van de EPR-verdragen goed moeten (kunnen) lezen om te voorkomen dat de procedure niet ontspoort. De voorgaande voorbeelden tonen aan dat de voorgestane oplossingen bijna een onwerkelijk karakter hebben.

5.10 Conclusies hoofdstuk 5

314. De complexiteit van het leerstuk *battle of forms* in zowel het nationale als in het internationale (koop)recht, brengt mee dat er uiteenlopende rechtspraak op dit punt is ontstaan. Een en ander resulteert in een ondoorzichtig systeem dat voor de praktijk problemen oproept en dogmatisch veel bezwaren in zich bergt. Ik meen dat de onduidelijkheid kan worden weggenomen door bij toepassing van artikel 6:225 lid 3 BW van de *first shot*-regel en bij artikel 19 van het Weens Koopverdrag van de *last shot*-regel uit te gaan. Het bestaan van onduidelijkheid ten aanzien van de vraag of de *first shot*-regel, de *last shot*-regel of de *knock out*-regel geldt, is namelijk onwenselijker dan het bestaan van duidelijkheid ondanks dat deze duidelijkheid dan niet wordt geboden door de beste regel. De beste regel is naar mijn mening namelijk de *knock out*-regel. De praktijk is echter met duidelijkheid gediend.

315. Als oplossing zou ook als volgt simpel kunnen worden geredeneerd. Wanneer niet duidelijk is welke algemene voorwaarden gelden, dan gelden géén van de voorwaarden, er is immers op dat punt geen overeenstemming bereikt. Als partijen wél de overeenkomst hebben uitgevoerd volgt daaruit dat zij wel overeenstemming hebben bereikt over de voor hen klaarblijkelijk echt

belangrijke punten. De tendens naar een oplossing van *battle of forms* via de *knock out*-regel, spreekt dan ook zeer aan. Deze kan in de combinatie van artikel 6:225 lid 3 en artikel 6:231 onder c BW, worden ingepast. Ook de internationaal rechtelijke ontwikkelingen lijken naar een oplossing via deze methode te tenderen. Het Weens Koopverdrag zou echter op dat punt moeten worden aangepast.

316. In dit hoofdstuk komt naar voren dat de regeling inzake *battle of forms* zowel volgens de nationaal rechtelijke als volgens de internationaal rechtelijke wetsregels niet eenduidig wordt benaderd en dat de precieze rol van de verklaringen van de partijen niet kan worden vastgesteld.

1. Artikel 6:225 lid 3 BW lijkt – anders dan de tekst doet vermoeden – slechts te zien op de tweede verwijzing naar algemene voorwaarden. Uit dit artikel vloeit niet voort dat – indien bij de tweede verwijzing naar algemene voorwaarden niet uitdrukkelijk de gelding van de algemene voorwaarden waarnaar in de eerste verwijzing is verwezen van de hand is geweest – dan de algemene voorwaarden van de eerste verwijzing automatisch van toepassing zullen zijn.
2. De gebruiker van de algemene voorwaarden van de eerste verwijzing zal ook bij een *battle of forms*-situatie moeten stellen – en bij betwisting moeten bewijzen – dat zijn wederpartij de gelding van de algemene voorwaarden heeft aanvaard. Nu bij een *battle of forms* de wederpartij in ieder geval ook naar haar algemene voorwaarden heeft verwezen, zal de gebruiker in beginsel moeite hebben om dat bewijs te kunnen leveren.
3. Algemeen wordt aangenomen dat in artikel 6:225 lid 3 BW de *first shot*-regel wordt omsloten. Toepassing van het onder 2 verwoorde uitgangspunt brengt mee dat naar intern Nederlands recht eerder sprake zal zijn van de *knock out*-regel dan van een *first shot*-regel.
4. Een eens gestreden *battle* blijft gestreden. Wanneer de algemene voorwaarden van de gebruiker van algemene voorwaarden die de *battle of forms* heeft gewonnen alsnog worden vernietigd omdat deze gebruiker niet – in het voorkomende geval – aan zijn informatieplicht heeft voldaan, herleeft daardoor niet de toepasselijkheid van de algemene voorwaarden van de wederpartij.
5. Artikel 6:232 BW brengt als regel van dwingend recht mee dat er geen differentiatie kan plaatsvinden bij toepassing van artikel 6:225 lid 3 BW. Wanneer zou worden aangenomen dat partijen de mogelijkheid hebben om artikel 6:225 lid 3 BW impliciet weg te contracteren, zou daarmee een inbreuk worden gemaakt op de dwingendrechtelijke regeling van artikel 6:232 BW. Dit aspect lijkt niet voldoende onderkend door het Hof in het arrest dat ten grondslag lag aan het Hoge Raad-arrest van 13 juni 2003, NJ 2003, 506.

6. Het lijkt erop dat de regeling van artikel 19 Weens Koopverdrag, waarover bij de totstandkoming zeer ruim is gediscussieerd, weinig draagvlak heeft in de rechtspraak van Duitsland, Oostenrijk en Frankrijk. Hoewel de tekst van artikel 19 lijkt te wijzen naar een oplossing voor het vraagstuk *battle of forms* via het leerstuk van de *last shot*, wordt in de hiervoor genoemde landen (waarin met name het arrest van het Bundesgerichtshof van 9 januari 2002¹⁰⁴ als *leading case* wordt gezien), het vraagstuk *battle of forms* onder het Weens Koopverdrag via de *knock out*-regel opgelost. De rechtsliteratuur is zeer verdeeld over het onderwerp *battle of forms* binnen het Weens Koopverdrag. Er zijn goede redenen om te betogen dat de regeling van het *battle of forms*-vraagstuk binnen het Weens Koopverdrag, volgens artikel 19, moet worden afgehandeld en dan met toepassing van de *last shot*-regel.
7. Er bestaat in de (Nederlandse) rechtsliteratuur onduidelijkheid over het antwoord op de vraag of *battle of forms* ter zake van forumkeuzeclausules via het toepasselijke recht of via artikel 23 EEX-vo dient te worden beslecht. Ik meen dat bij toepasselijkheid van artikel 23 EEX-vo de vraag naar het bevoegde forum bij een *battle of forms*-situatie als voorvraag – verordeningsautonoom – door artikel 23 EEX-vo moet worden beantwoord, alvorens de aangezochte rechter overeenkomstig de bepalingen van het toepasselijke recht vaststelt wat het resultaat is van de *battle of forms*.
8. De vaststelling van het toepasselijke recht aan de hand waarvan *battle of forms* in een internationale koopovereenkomst dient te worden beslist, is ingewikkeld en vereist een aantal presumpties. De rechtspraak is op dat punt niet inzichtelijk zodat aan de hand van de systematiek van de IPR- en EPR-regels naar een oplossing dient te worden gezocht. Bij het concretiseren van dergelijke oplossingen valt op dat deze door hun complexiteit een bijna onwerkelijk karakter hebben.

104 Bundesgerichtshof 9 januari 2002, NJW 2002, 1651 e.v., <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/020109g1.html>.