

Naar een meer rechtvaardige, efficiënte en internationale benadering van de ‘battle of forms’ bij commerciële contracten

AV&S 2018/30

Van de Redactie

Bij de totstandkoming van commerciële contracten verwijst geregeld iedere contractspartij naar de eigen algemene voorwaarden. Deze verschillende sets algemene voorwaarden zijn dikwijls op belangrijke punten tegenstrijdig en staan een andere verdeling van (juridische) risico's voor. In de algemene verkoopvoorwaarden van een bedrijfsmatig handelende verkoper is bijvoorbeeld vaak een exoneratiebeding opgenomen, op grond waarvan diens aansprakelijkheid wordt uitgesloten of beperkt. Het spiegelbeeld is doorgaans te vinden in de algemene inkoopvoorwaarden van een koper in de vorm van onder meer een vrijwaringsbeding (andere partij dient in te staan voor de financiële gevolgen van aansprakelijkheid tegenover derden) en/of een garantiebeding (grotere aansprakelijkheid wederpartij dan op grond van de wet).² (Internationale) handelsconflicten draaien nogal eens om de vraag welke algemene voorwaarden nu van toepassing zijn op de gesloten overeenkomst: de *battle of forms*.³

Er kan op verschillende manieren met deze *battle of forms* worden omgegaan. In sommige (Europese) landen wordt de zogenaamde *last shot*-regel gehanteerd. Van toepassing zijn dan de algemene voorwaarden van de partij die er als laatste naar heeft verwezen (bv. Engeland, Italië, Kroatië, Rusland). In andere – en steeds meer – landen wordt de *knock out*-regel gebruikt (bv. Duitsland, Frankrijk, België, Oostenrijk, Turkije). Daarbij wordt gekeken naar *beide* sets algemene voorwaarden. Algemene voorwaarden die overeenstemmen (en waarover partijen het blijkbaar eens zijn), zijn onderdeel van de overeenkomst. Bepalingen die tegenstrijdig zijn, gelden niet.⁴ Leemtes worden ingevuld door aanvullend (internationaal) recht, de gewoonte of het handelsgebruik. Nederland kent daarentegen de *first shot*-regel (art. 6:225 lid 3 BW), en is daarmee internationaal gezien de vreemde eend in de bijt. De partij die als eerste naar zijn algemene voorwaarden heeft verwezen, wint de *battle*.⁵

Verschillende auteurs hebben – mijns inziens overtuigend – naar voren gebracht dat de *knock out*-regel de voorkeur heeft boven de *first shot*-regel.⁶ De argumenten voor invoering van de *knock out*-regel in Nederland zijn, kort gezegd, de volgende. De uitkomst is billijker en minder arbitrair. Bij de *first shot*-regel (en ook de *last shot*-regel) wordt de *battle* beslecht door te kiezen voor de toepasselijkheid van één set algemene voorwaarden, die vooral in het voordeel zal zijn van de gebruiker daarvan. Bij de *knock out*-regel wordt juist de gemene deler gezocht waardoor geen sprake is van een ‘alles-of-niets resultaat’. De algemene voorwaarden van beide contractspartijen zijn van toepassing. Voor zover bepalingen tegenstrijdig – en

1 Mr. dr. W.C.T. (Wim) Weterings is universitair docent aan de Universiteit van Tilburg, vakgroep Business Law en advocaat/partner bij Dirkzwager advocaten & notarissen te Arnhem. Citeerwijze: W.C.T. Weterings, ‘Naar een meer rechtvaardige, efficiënte en internationale benadering van de ‘battle of forms’ bij commerciële contracten’, *AV&S* 2018/30, afl. 6.

2 Vgl. M.R. Ruygvoorn, ‘Vrijwaringsclausules; nut, valkuilen en geldigheid’, *Bb* 2016/12 (p. 43).

3 Zie S.A. Kruisinga, ‘Battle of forms’, in: B. Wessels & R.H.C. Jongeneel, *Algemene voorwaarden*, Deventer: Wolters Kluwer 2017 (Kruisinga 2017), p. 37 e.v. en Asser/*Hartkamp & Sieburgh* 6-III* 2014/478.

4 Dit is de zachte variant van de *knock out*-regel, die het meeste lijkt voor te komen. Er is ook een variant waarbij in het geval van tegenstrijdige bepalingen de beide sets algemene voorwaarden in het geheel niet meer gelden.

5 Tenzij de partij die als laatste naar zijn algemene voorwaarden verwijst tevens uitdrukkelijk (de toepasselijkheid van) de algemene voorwaarden van de andere partij van de hand wijst.

6 M.B.M. Loos, *Algemene voorwaarden*, Den Haag: Boom Juridisch 2018, p. 66 e.v., Kruisinga 2017, p. 39, H. Schelhaas, *Algemene voorwaarden in handelstransacties*, Deventer: Kluwer 2011, p. 15, C.E. Drion, ‘Een pamflet voor het fundamenteel op de schop nemen van onze regelgeving over algemene voorwaarden’, *Contracteren* 2007, p. 4, C.B.P. Mahé, ‘Pleidooi voor een herziening van de Nederlandse battle of forms-regeling’, *VrA* 2006, p. 20.

daarbij vaak in het voordeel van de respectievelijke gebruikers – zijn, gelden beide sets algemene voorwaarden niet. Tevens is sprake van meer rechtszekerheid, omdat de uitkomst van een *battle of forms* duidelijker en beter voorspelbaar is. Welke partij bij de *first shot*-regel als eerste verwijzer wordt gezien, hangt geregeld sterk af van (de uitleg van) de feiten en omstandigheden rond de totstandkoming van de betreffende overeenkomst, deelovereenkomsten en/of eventuele eerdere overeenkomsten tussen partijen. Daarmee is het min of meer toevallig wiens algemene voorwaarden uiteindelijk van toepassing zijn (hetgeen ook geldt bij de *last shot*-regel).⁷ Voorts doet de *knock out*-regel meer recht aan de wilsverklaringen van partijen en derhalve aan de contractsvrijheid.

In de literatuur wordt met recht erop gewezen dat Nederland internationaal steeds meer uit de pas loopt.⁸ De *knock out*-regel wordt in veel – en steeds meer – landen gehanteerd en ook in internationale regelingen, zoals de Principles of European Contract Law (art. 2:209), de Unidroit Principles for International Commercial Contracts (art. 2.1.22) en het Draft Common Frame of Reference ('Europees Burgerlijk Wetboek', artikel II.-4:209). Ook indien het Weens Koopverdrag van toepassing is op een internationale koopovereenkomst met betrekking tot roerende zaken,⁹ wordt dikwijls aangenomen dat een *battle of forms* aan de hand van de *knock out*-regel dient te worden opgelost.¹⁰ Gezien de internationalisering van het handelsverkeer en het feit dat in de belangrijkste handelslanden voor Nederlandse bedrijven de *knock out*-regel geldt, valt eveneens veel voor invoering van deze regel te zeggen.

Ik sluit mij dan ook graag bij bovenbedoelde auteurs en hun pleidooi voor ingrijpen door de wetgever aan en voeg er nog een rechtseconomisch argument aan toe. Rationele en volledig geïnformeerde contractanten zouden in een uitonderhandeld contract niet snel kiezen, als daar niet een duidelijk economisch voordeel tegenover staat, voor bijvoorbeeld een aansprakelijkheidsuitsluiting ten gunste van de andere partij of – het spiegelbeeld – een vergaand vrijwarings- en/of garantiebeding.¹¹ In het handelsverkeer wordt echter doorgaans juist niet onderhandeld over algemene voorwaarden en dikwijls zijn – zekere kleinere – ondernemingen ook niet van de inhoud van de voorwaarden van de ander op de hoogte.¹² Het tegen elkaar wegstrepen van botsende bepalingen in algemene voorwaarden, in plaats van het gedwongen kiezen tussen deze bepalingen heeft daarom mijns inziens de voorkeur, ook vanwege de rechtseconomische gedachte van de wederzijds voordelige overeenkomst.¹³ Partijen sluiten een overeenkomst omdat zij verwachten dat zij erop vooruitgaan. Daarbij dient (in het overeenkomstenrecht) zoveel mogelijk te worden gestreefd naar de overeenkomst waarbij de *gezamenlijke* winst maximaal is. Dat zal naar mijn idee eerder het geval zijn bij een *knock out*-regel dan bij een *first shot*- of *last shot*-regel, waarbij één van de contractanten de *battle* wint en de voordelen van zijn eenzijdige voorwaarden naar zich toe trekt. De eventuele ex post invulling van de leemte (na een *knock out*) door de rechter aan de hand van branchegebruiken, eerdere contracten tussen partijen en regels van aanvullend

7 Dat geldt temeer nu ook discussie kan ontstaan over de vraag of deze voorwaarden van de eerste verwijzer voldoende uitdrukkelijk zijn afgewezen door de andere partij en dus toch niet van toepassing zijn.

8 S.A. Kruisinga, 'Battle of forms revisited: bezien vanuit Europees en internationaal perspectief loopt de Nederlandse wettelijke regeling steeds meer uit de pas', *ORP* 2015-3, p. 16 e.v.

9 Hetgeen (automatisch) het geval is wanneer – onder meer – de partijen in verdragsluitende staten zijn gevestigd.

10 Zie bijvoorbeeld Rb. Overijssel 3 december 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:6259.

11 Vgl. G. Rühl, 'The Battle of Forms: Comparative and Economic Observations', *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law* 2003, p. 210 e.v.

12 Vgl. D. Keatling, 'Exploring the Battle of the Forms in Action', *Michigan Law Review* 2000, p. 2703 e.v.

13 R.H.J. van Bijnen, 'Contractenrecht', in: W.C.T. Weterings (red.), *De economische analyse van het recht. Rechtseconomische beschouwingen*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, p. 48-51.

recht – of door partijen zelf in anticipatie op het handelen van de rechter – zal vaak redelijker en efficiënter (wederzijds voordeliger) zijn.¹⁴

Een regeling voor de *battle of forms* waarbij een keuze wordt gemaakt tussen algemene voorwaarden (*first shot* dan wel *last shot*) leidt ook tot hogere geschiloplossingskosten. Bij een gerezen probleem met betrekking tot het product of de dienst ontstaan dan discussies over wiens voorwaarden nu eigenlijk gelden. Bij een *knock out*-regel worden in beginsel dergelijke – vaak kostbare, langdurige en commercieel onhandige – geschillen voorkomen aangezien beide sets voorwaarden van toepassing zijn. Alleen in geval van tegenstrijdige bepalingen zal eventueel de rechter worden gevraagd zijn licht over dat onderwerp te laten schijnen. Dat zal dan vermoedelijk met name gebeuren als het onderwerp van voldoende waarde is (om proceskosten te maken) en partijen er samen niet uitkomen. Daarbij geldt dat partijen in veel gevallen behoorlijk goed zullen kunnen inschatten waar de rechter ongeveer mee zal komen (vaak ergens tussen de twee tegenstrijdige oplossingen in de algemene voorwaarden). Bij echt belangrijke onderwerpen waarbij partijen twifelen of de rechter wel met een redelijke en efficiënte aanvullende regel zal komen, worden contractanten sterk geprikkeld om ex ante in de specifieke overeenkomst zelf een uitdrukkelijke regeling op te nemen, voor zover dat onderwerp de investering van onderhandelingskosten waard is.¹⁵

Op grond van het bovenstaande is eigenlijk moeilijk uit te leggen waarom in Nederland (nog) de *first-shot*-regel geldt. Mijn boodschap aan de wetgever is dan ook: kom in actie en *knock de first shot-regel out!*

14 Dat zou in ieder geval het uitgangspunt moeten zijn. Rechtseconomische voordelen wordt in de literatuur gezien bij een best shot-regel. Zie onder meer O. Ben-Shahar, 'An Ex-Ante View of the Battle of the Forms: Inducing Parties to Draft Reasonable Terms', *International Review of Law and Economics* 2005, p. 350 e.v. en V. Goldberg, 'The Battle of the Forms: Fairness, Efficiency, and the Best-Shot Rule', *Oregon Law Review* 1997, p. 155 e.v. Daarbij kiest de rechter bij tegenstrijdigheid de meest redelijke en/of efficiënte bepaling(en). Deze regel wordt echter tot op heden in geen enkele jurisdictie gehanteerd.

15 Zo ook A. Monti, 'A Comment on 'An Ex-Ante View of the Battle of the Forms: Inducing Parties to Draft Reasonable Terms' by Omri Ben-Shahar', *International Review of Law and Economics* 2005, p. 377.