

# BEZIEN VANUIT EUROPEES EN INTERNATIONAAL PERSPECTIEF LOOPT DE NEDERLANDSE WETTELIJKE REGELING STEEDS MEER UIT DE PAS

## 95. Battle of forms revisited

MR. S.A. KRUISINGA

Een bekend thema in het contractenrecht is het gebruik van algemene voorwaarden. In het geval aanbod en aanvaarding naar verschillende algemene voorwaarden verwijzen, rijst de vraag welke algemene voorwaarden gelden: de voorwaarden van de aanbieder, die van de acceptant, geen van beide, of allebei een beetje? Dit is de zogenaamde 'battle of forms'.

### Inleiding

In het recht bestaan voor de *battle of forms*, kort gezegd, vier oplossingen:<sup>1</sup>

1. geen van de beide verwijzingen naar algemene voorwaarden bewerkstelligt enige toepasselijkheid;
2. toepasselijk zijn de voorwaarden waarnaar wordt verwezen in het eerst verzonden geschrift (zgn. *first shot-rule*);
3. toepasselijk zijn de voorwaarden waarnaar wordt verwezen in het laatst verzonden geschrift (zgn. *last shot-rule*);
4. de algemene voorwaarden in de beide geschriften zijn naast elkaar toepasselijk voor zover zij verenigbaar zijn; voor zover zij niet verenigbaar zijn, worden de rechtsgevolgen door het gemene recht bepaald (zgn. *knock out-rule*).<sup>2</sup>

1 Vgl. M.B.M. Loos, *Algemene voorwaarden*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2013, p. 46 e.v.; A.U. Janssen, 'De "battle of forms" in het Weens Koopverdrag', *WPNR* 2002/6488, p. 355 e.v.; S.A. Krusinga, 'Battle of forms', in: B. Wessels e.a. (red.), *Algemene voorwaarden*, Deventer: Kluwer 2010, p. 35-49 en voorts de uitleg van A-G Langemeijer in onderdeel 2.11 van zijn conclusie bij HR 13 juli 2001, *NJ* 2001, 497. Deze bijdrage is deels een bewerking van mijn eerdergenoemde hoofdstuk 'Battle of forms' in B. Wessels e.a. (red.), *Algemene voorwaarden*, Deventer: Kluwer 2010, p. 35-49.

2 Naar Frans recht volgt men veelal de eerste oplossing (geen van beide verwijzingen bewerkstelligt enige toepasselijkheid), vgl. C.B.P. Mahé, *La resolution du conflit de conditions générales* (diss. Utrecht), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006, p. 218; naar Engels recht prevaleert over het algemeen de *last shot-rule* (vgl. E. Peel, *The Law of Contract*, Londen: Sweet & Maxwell 2011, p. 21) en Duits recht gaat veelal uit van de vierde oplossing (beide sets algemene voorwaarden zijn naast elkaar toepasselijk voor zover zij verenigbaar zijn), vgl. E. Markesinis, *The German Law of Obligations*, Oxford: Clarendon Press 1997, p. 61 ff.

Welke benadering voortvloeit uit het Nederlandse recht zal ik in hierna bespreken.<sup>3</sup> Vervolgens zal ik ingaan op de vraag hoe de *battle of forms* wordt opgelost in geval het Weens Koopverdrag van toepassing is. Tevens zal ik ingaan op de regeling voor de *battle of forms* in het voorstel voor de Verordening betreffende een Gemeenschappelijk Europees Kooprecht (*Common European Sales Law*, ook wel: *CESL*). Ter afsluiting zal ik aangeven of, en zo ja in hoeverre, de Nederlandse wettelijke regeling in de pas loopt met de Europese en internationale ontwikkelingen.

### De first shot-rule in het Nederlands recht

Artikel 6:225 lid 3 BW bevat een bijzondere bepaling over de toepasselijkheid van algemene voorwaarden. Lid 3 luidt:

"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 wordt gewezen."

Deze regel leidt tot het resultaat dat de partij die in het eerst verzonden geschrift naar algemene voorwaarden verwijst de *battle* wint.<sup>4</sup> Zijn voorwaarden zullen onderdeel uitmaken van de overeenkomst, tenzij de wederpartij de toepasselijkheid van die voorwaarden uitdrukkelijk van de hand wijst. Het Nederlands recht gaat hierbij dus uit van de *first shot-rule*.

3 De vraag of sprake is van een *battle of forms* valt buiten het bestek van deze bijdrage; vgl. daarover: N.M. Nijhoff, 'De battle of forms binnen het systeem van artikel 6:225 BW: 1-2-3 of 3-2-1?', *ORP* 2013, nr. 2, p. 29-34.

4 Vgl. ook HR 13 juli 2001, *NJ* 2001, 497 (*Hardstaal/Bovry*).

Van een 'uitdrukkelijk van de hand wijzen' kan naar mijn mening niet worden gesproken als de antwoordende partij haar eigen algemene voorwaarden hanteert en evenmin als de antwoordende partij algemene voorwaarden hanteert die een 'afweerclausule' bevatten, inhoudende dat de voorwaarden van de wederpartij niet gelden.<sup>5</sup> In de aanvaarding zal de antwoordende partij duidelijk moeten maken dat zij het aanbod slechts aanvaardt indien niet de voorwaarden van de aanbieder maar haar eigen voorwaarden van toepassing zijn. De vraag rijst of hierbij vereist is dat de antwoordende partij expliciet benoemt welke algemene voorwaarden hij van de hand wijst. Hijma<sup>6</sup> beantwoordt deze vraag ontkennend.

Hoe dan ook is van belang dat het 'uitdrukkelijk van de hand wijzen' op zo'n manier zal moeten gebeuren dat het de aanbieder redelijkerwijs niet kan ontgaan. Een onderaan op briefpapier of in een e-mail opgenomen regeltje zal gemakkelijk over het hoofd worden gezien en zal dus meestal niet als 'uitdrukkelijk van de hand wijzen' gelden.<sup>7</sup> Het feit dat de eigen voorwaarden, waarnaar wordt verwezen, zijn bijgevoegd kan een ogenschijnlijk niet zo opvallende afwijzing van de voorwaarden van de andere partij meer gewicht geven. Het feit dat in elke aanvaarding een standaardformulering wordt gebruikt (niet in de voettekst op het briefpapier, maar als aparte tekst 'boven de handtekening'), zie ik niet als een bezwaar; als dit leidt tot een 'van de hand wijzen' dat de wederpartij niet zal ontgaan, zal dit juist bij uitstek een 'uitdrukkelijk van de hand wijzen' zijn.

Uit de rechtspraak lijkt te volgen dat voor een 'uitdrukkelijk van de hand wijzen' niet voldoende is dat de acceptant aangeeft dat de algemene voorwaarden van de aanbieder niet van toepassing zijn; van een 'uitdrukkelijk van de hand wijzen' is pas sprake indien de antwoordende partij aangeeft welke algemene voorwaarden hij afwijst.<sup>8</sup> Er is echter ook rechtspraak die de andere kant op lijkt te wijzen: wanneer uit de communicatie tussen partijen voldoende

duidelijk blijkt welke algemene voorwaarden van de hand worden gewezen, kan sprake zijn van een 'uitdrukkelijk van de hand wijzen'.<sup>9</sup> Het wachten is op een arrest van de Hoge Raad.

### Battle of forms en het Weens Koopverdrag: van de last shot-rule naar de knock out-rule

Het Weens Koopverdrag (de CISG) is van toepassing op internationale koopovereenkomsten betreffende roerende zaken, wanneer beide contractspartijen gevestigd zijn in verschillende, verdragsluitende staten of wanneer volgens de regels van internationaal privaatrecht het recht van een verdragsluitende staat van toepassing is (artikel 1

### Nu de huidige Nederlandse wettelijke regeling ook bezien vanuit Europees en internationaal perspectief steeds meer uit de pas loopt, is er alle reden voor de wetgever om deze bepaling te wijzigen.

lid 1 CISG).<sup>10</sup> Voor contracten waarop de CISG van toepassing is, wordt algemeen aangenomen dat, hoewel het verdrag geen uitdrukkelijke regeling bevat voor algemene voorwaarden, vragen betreffende algemene voorwaarden moeten worden beantwoord aan de hand van de bepalingen in de CISG inzake de totstandkoming van overeenkomsten, in samenhang met de bepaling over uitleg (artikel 8 CISG).<sup>11</sup> Het verdrag gaat in de artikelen 14 tot en met 24 voor de totstandkoming van overeenkomsten

5 Vgl. ook Gerechtshof Arnhem 27 november 2001, *NJ* 2002, 265; Gerechtshof 's-Hertogenbosch 9 september 2008, *RCR* 2009, 22, ECLI:NL:GHSHE:2008:BG1055; Rb. Rotterdam 12 januari 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BP5591; Gerechtshof 's-Hertogenbosch 18 december 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BY6955; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/478; Asser/Hijma 7-1\* 2013/179 en Loos, a.w., p. 47-48.

6 Asser/Hijma 7-1\* 2013/179.

7 Vgl. ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/478; Asser/Hijma 7-1\* 2013/179 en Loos, a.w., p. 47-48.

8 Naar het oordeel van het Gerechtshof Arnhem 8 april 2008, *NJF* 2008, 212, ECLI:NL:GHARN:2008:BD1992 (*Bestevaer/Double RR Holding*) was de zinsnede '(o)p al onze werken zijn onze leveringsvoorwaarden van toepassing en vervallen alle andere Leveringsvoorwaarden' niet voldoende om de algemene voorwaarden van de hand te wijzen, nu deze zinsnede niet refereerde aan de voorwaarden waarnaar de wederpartij voordien had verwezen. Ook naar het oordeel van het Gerechtshof 's-Hertogenbosch 18 maart 2014, *NJF* 2014, 215, *RCR* 2014, 47, ECLI:NL:GHSHE:2014:748 was de vermelding '(d)oor acceptatie van deze inkoopopdracht verklaart u alleen de (...) voorwaarden (...) van toepassing te zijn' hiertoe niet voldoende: de afwijzing van de algemene voorwaarden van de aanbieder was naar het oordeel van het hof niet uitdrukkelijk geschied, nu niet duidelijk was welke voorwaarden werden afgewezen.

9 Gerechtshof 's-Hertogenbosch 16 april 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:BZ7927 (*Poly Products/Scheldebouw*) overwoog dat de vermelding 'uitsluitend de algemene inkoopvoorwaarden van (...) zijn geldig' wél gold als een uitdrukkelijk van de hand wijzen. Het hof achtte daarbij van belang dat deze vermelding was opgenomen in een e-mail, met verwijzing naar de mededeling van de aanbieder in de offerte dat haar algemene voorwaarden van toepassing zijn. Het verschil met de eerdergenoemde zaak bestaat er dus in dat in dit geval de genoemde vermelding is gedaan met verwijzing naar de mededeling van de aanbieder in de offerte dat haar algemene voorwaarden van toepassing zijn. Rechtbank Gelderland 11 juni 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:3839 nam aan dat sprake was van 'uitdrukkelijk van de hand wijzen' nu de acceptant in de opdrachtbevestiging onder het vet gedrukte kopje 'Belangrijk om te weten' het volgende heeft opgenomen: '(o)p alle opdrachten van (...) zijn (...) uitsluitende van toepassing: a. (...); b. onderhavige algemene voorwaarden; c. (...) d. (...)'. – Alle door leverancier/onderaannemer gestelde voorwaarden, welke met de Algemene Voorwaarden van (...) in strijd zijn, zijn op de door (...) verstrekte opdracht niet van toepassing, indien en voor zover deze niet uitdrukkelijke en schriftelijk door (...) zijn aanvaard'. Ook hier leest men geen uitdrukkelijke verwijzing naar de algemene voorwaarden van de aanbieder. De rechtbank oordeelt dat deze wijze van 'van de hand wijzen' opvallend genoeg is en de wederpartij niet kan zijn ontgaan. Daarbij is tevens van belang dat de acceptant haar eigen voorwaarden bij de opdrachtbevestiging heeft gevoegd.

10 Een overzicht van de verdragsluitende staten is te raadplegen via [www.uncitral.org](http://www.uncitral.org).

11 Vgl. CISG-Advisory Council Opinion no. 13, te raadplegen via [www.cisgac.com](http://www.cisgac.com) en U.G. Schroeter, in: I. Schwenzer (red.), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Oxford: Oxford University Press 2010, Intro to Arts 14-24, para 5, p. 224.

uit van een regeling van aanbod en aanvaarding en bevat de *mirror image-rule*. Artikel 19 lid 1 CISG bepaalt dat een aanvaarding die aanvullingen, beperkingen of andere wijzigingen bevat, geldt als een verwerping van het aanbod en als een tegenaanbod.

Een strikte toepassing van de bepalingen in het Weens Koopverdrag inzake de totstandkoming van overeenkomsten op een situatie van *battle of the forms* betekent dus dat steeds sprake zal zijn van een tegenaanbod. Wanneer de oorspronkelijke aanbieder dit tegenaanbod aanvaardt, bijvoorbeeld door uitvoering te geven aan de overeenkomst (artikel 18 CISG), komt de overeenkomst tot stand. Deze

## Hoe dan ook is van belang dat het 'uitdrukkelijk van de hand wijzen' op zo'n manier zal moeten gebeuren dat het de aanbieder redelijkerwijs niet kan ontgaan.

wordt dan beheerst door de laatst verzonden algemene voorwaarden.<sup>12</sup> Deze uitleg van het Weens Koopverdrag die leidt tot de toepassing van de *last shot-rule* is in de literatuur veel bekritiseerd.<sup>13</sup> Onder meer speelt hierbij een rol dat de keuze om de laatst verzonden algemene voorwaarden te laten gelden een willekeurige lijkt te zijn. Bovendien is moeilijk voorzienbaar welke bepalingen van toepassing zullen zijn. Een belangrijk nadeel van dit stelsel is bovendien dat bij een strikte toepassing van de CISG in beginsel geen overeenkomst tot stand komt in het geval van een situatie van de *battle of the forms*, tenzij of totdat een van de – of strikt genomen beide – contractspartijen de overeenkomst nakomt.

Recentelijk is deze strikte toepassing van de CISG verlaten door de CISG-Advisory Council (hierna: CISG-AC). In het voorjaar van 2013 publiceerde de CISG-AC een Opinie over algemene voorwaarden en de CISG.<sup>14</sup> Het valt op dat

de CISG Advisory Council in Opinie 13 expliciet kiest voor de *knock out-rule*. Onderdeel 10 van de Opinie luidt:

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

Kortom, wanneer beide partijen naar hun eigen algemene voorwaarden verwijzen, gaan uitsluitend de voorwaarden die inhoudelijk overeenstemmen onderdeel uitmaken van de overeenkomst.

De CISG-AC motiveert dit met de stelling dat een afspraak van partijen prevaleert boven de bepalingen in het verdrag: waar sprake is van overeenstemmende bepalingen in de algemene voorwaarden prevaleren deze gemeenschappelijke elementen dus boven de bepalingen in de CISG (artikel 6 CISG). De Council merkt tevens op dat dit aansluit bij de gedachte dat wilsovereenstemming tussen de contractspartijen steeds het uitgangspunt is van het Weens Koopverdrag. Bovendien voorkomt deze benadering dat een arbitraire keuze moet worden gemaakt uit de twee sets met algemene voorwaarden. Het is aan de rechter om te bepalen welke voorwaarden inhoudelijk voldoende overeenstemmen om onderdeel uit te maken van de overeenkomst. De formulering van de voorwaarden is hierbij niet beslissend, het gaat om de inhoud. Voorts is van belang dat een clause niet afzonderlijk moet worden beoordeeld, maar moet worden gezien als onderdeel van de algemene voorwaarden. De tegenstrijdige gedeelten van de algemene voorwaarden worden buiten toepassing gelaten. De onderwerpen die in deze tegenstrijdige gedeelten werden geregeld, worden dan beheerst door de bepalingen van het op de overeenkomst toepasselijke recht. In het geval de algemene voorwaarden van de ene partij een onderwerp wel regelen, terwijl de algemene voorwaarden van de andere partij geen regeling voor dit onderwerp bevatten, ben ik op basis van de tekst van de Opinie geneigd te concluderen dat in dat geval geen sprake kan zijn van bepalingen die *common in substance* zijn.

Een uitzondering op de *knock out-rule* geldt volgens de Council wanneer een contractspartij expliciet aangeeft dat hij niet gebonden wenst te zijn door een overeenkomst, waarin de eigen algemene voorwaarden niet zijn geïncorporeerd. Zo geldt bijvoorbeeld dat als deze partij expliciet aangeeft louter op basis van haar eigen algemene voorwaarden te willen contracteren, alleen haar eigen algemene voorwaarden van toepassing zijn. Hiervan kan niet worden gesproken als de antwoordende partij

12 Vgl. ook J. Meeusen, 'Totstandkoming van de overeenkomst', in: H. Van Houtte, J. Erauw en P. Wautelet (red.), *Het Weens Koopverdrag*, Antwerpen 1997, p. 93 en T.H.M. van Wechem, *Toepasselijkheid van algemene voorwaarden*, Deventer: Kluwer 2007, p. 186-187.

13 Vgl. onder meer J.O. Honnold en H.M. Flechtner, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, Kluwer Law International 2009, p. 250-254 en U.G. Schroeter, in: I. Schwenzer (red.), *Commentary on the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Oxford: Oxford University Press 2010, Artikel 19, para. 35 e.v., p. 348 e.v.

14 De CISG Advisory Council is een adviescommissie voor de toepassing van de CISG; een belangrijke functie van dit adviesorgaan is het verstrekken van opinies over de interpretatie van het verdrag, vgl. ook I. Schwenzer, 'The CISG Advisory Council', *NTHR* 2012/2, p. 46-51. De opinies van de CISG-AC zijn te raadplegen via: [www.cisgac.com](http://www.cisgac.com). Vgl. over Opinie 13 T.H.M. van Wechem, J.H.M. Spanjaard en S.A. Krusinga, 'Een bespreking van CISG Advisory Council Opinion no 13 Inclusion of standard terms under the CISG: Oude wijn in nieuwe zakken? Of Europese wijn voor de hele wereld?', *NTHR* 2013/5, p. 266-278 en C.E. Drion, 'Het Weens Koopverdrag, een winkeldochter?', *NJB* 2013/1857. Dat deze Opinie voor de praktijk goed toepasbaar zijn, blijkt onder meer uit het feit dat deze reeds enkele malen zijn aangehaald in de rechtspraak: vgl. bijvoorbeeld Gerechtshof Arnhem 9 maart 2010, ECLI:NL:GHARN:2010:BL7399 en Gerechtshof

Den Haag 26 augustus 2014, NJF 2014/403, ECLI:NL:GHDHA:2014:2863. Zo kwam Opinie no. 13 in 2014 reeds in vier uitspraken aan de orde: vgl. Rb. Amsterdam 8 januari 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:7; Gerechtshof Den Haag 22 april 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:1341; Rb. Gelderland 30 juli 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:5651 en Rb. Overijssel 3 december 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:6259.

algemene voorwaarden hanteert die een afweerclausule bevatten, inhoudende dat de voorwaarden van de wederpartij niet gelden. Er is een uitdrukkelijke verklaring van de betreffende partij in haar aanbod of aanvaarding nodig.

Recentelijk zag de Rechtbank Overijssel aanleiding om aansluiting te zoeken bij onderdeel 10 van Opinie 13 over de *battle of forms*. De rechtbank paste de *knock out-rule* toe en oordeelde op basis daarvan dat de respectievelijke algemene voorwaarden niet van toepassing zijn voor zover zij van elkaar verschillen.<sup>15</sup> De ene set algemene voorwaarden bepaalde dat Duits recht met uitzondering van de CISG van toepassing was. De andere set algemene voorwaarden bepaalde dat Nederlands recht van toepassing was. Aangezien beide sets algemene voorwaarden een verschillende rechtskeuze bevatten, concludeert de rechtbank, mijns inziens terecht, dat het toepasselijk recht dient te worden bepaald zonder acht te slaan op de in de algemene voorwaarden van partijen opgenomen rechtskeuzes. Er is in dat geval immers geen sprake van een overeengekomen rechtskeuze in de zin van artikel 3 lid 1 van de Rome I Verordening.

### De *knock out-rule* in het voorstel voor een gemeenschappelijk Europees kooprecht

Op 11 oktober 2011 publiceerde de Europese Commissie een voorstel voor een Verordening betreffende een gemeenschappelijk Europees kooprecht, het zogenaamde optioneel instrument, ook wel bekend als de *Common European Sales Law* (of CESL).<sup>16</sup> Op 26 februari 2014 heeft een meerderheid van het Europees Parlement ingestemd met dit voorstel.<sup>17</sup> Het voorstel dient nu nog te worden aangenomen door de Raad. Hoewel Nederland zich tot nu toe steeds kritisch opstelt ten aanzien van het nut en de noodzaak van een Europees kooprecht, is het instrument van groot belang; niet eerder was sprake van (een voorstel voor) een verordening die bepalingen van contractenrecht bevat die in de Europese Unie kunnen worden toegepast.<sup>18</sup> Ook de Europese Commissie en het Europees Parlement kiezen in dit voorstel expliciet voor de *knock out-rule*. Artikel 39 lid 1 van het voorstel bepaalt daartoe: '(w)anneer partijen overeenstemming hebben bereikt, maar er in het aanbod en de aanvaarding naar tegenstrijdige standaardvoorwaarden wordt verwezen, is er toch een

overeenkomst gesloten. De standaardvoorwaarden van een overeenkomst maken deel uit van de overeenkomst voor zover zij in wezen overeenstemmen'. Op grond van het tweede lid van deze bepaling is er geen overeenkomst gesloten indien een partij vooraf uitdrukkelijk, en niet door middel van algemene voorwaarden, aangeeft dat zij niet gebonden wil zijn door een overeenkomst op grond van lid 1, of de wederpartij zonder onnodige vertraging in kennis stelt van een dergelijke intentie.

Overigens is het waarschijnlijk dat het voorstel voor CESL in de huidige versie zal worden ingetrokken: de Europese Commissie kondigde op 19 januari jl. aan voornemens te zijn het voorstel in te trekken omdat het niet op voldoende steun kan rekenen in de Raad.<sup>19</sup> De Europese Commissie kondigde aan in plaats daarvan met een aangepast voorstel te komen dat onderdeel zal uitmaken van het pakket digitale interne markt; een van de prioriteiten van de Commissie voor 2015 is 'to simplify rules for consumers making online digital purchases'.<sup>20</sup>

### Conclusies en aanbevelingen

Het Nederlands recht gaat uit van de *first shot-rule* (artikel 6:225 lid 3 BW). Deze houdt in dat de partij die in het eerst verzonden geschrift naar algemene voorwaarden verwijst de *battle* wint. Zijn voorwaarden zullen onderdeel uitmaken van de overeenkomst, tenzij de wederpartij daartegen uitdrukkelijk – dus niet slechts in de eigen algemene voorwaarden – bezwaar maakt. Steeds vaker rijst de vraag naar de rechtvaardiging voor dit stelsel. De Nederlandse regeling van de *first shot-rule* heeft als nadeel dat het meestal min of meer toevallig is welke partij als eerste naar algemene voorwaarden verwijst. Kritiek is geuit op de regeling, omdat deze voorrang geeft aan de belangen van de aanbieder boven die van de acceptant zonder dat duidelijk is waarom. De acceptant wordt gebonden door algemene voorwaarden waarmee hij niet expliciet ingestemd heeft. De regeling gaat dus niet uit van een consensualistische opvatting over contractsvorming.

In het licht van een telkens omvangrijker wordende internationalisering van het handelsverkeer is de variëteit aan uitgangspunten in de diverse landen en in de CISG opvallend, maar ook een bron van onzekerheid bij grensoverschrijdend contracteren. Zowel de CISG als de CESL gaan (inmiddels) uit van de *knock out-rule*. De ratio van deze regeling is dat als geen van beide partijen de voorwaarden van de ander wenst te accepteren, zij geen van beide de overhand behoren te krijgen. De rechter zal

15 Rb. Overijssel 3 december 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:6259.

16 Voorstel voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad betreffende een gemeenschappelijk Europees kooprecht, COM(2011) 635 definitief. Vgl. hierover onder meer A.L.M. Keirse, M.Y. Schaub en S.A. Krusinga, 'Nieuws uit Europa: Twee nieuwe wetgevingsinstrumenten: de Richtlijn Consumentenrechten en het gemeenschappelijk Europees Kooprecht', *Contracteren* 2012/1, p. 11-26.

17 <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2014-0159+0+DOC+XML+V0//NL>.

18 Vgl. bijvoorbeeld Verslag van een algemeen overleg van de vaste commissie voor Veiligheid & Justitie van 5 februari 2014 met minister Opstelten van Veiligheid en Justitie en staatssecretaris Teeven van Veiligheid en Justitie, vastgesteld op 2 april 2014, *Kamerstukken II* 2013/14, 22112, nr. 1821, p. 10-11.

19 Vgl. onderdeel 60 van Annex II van de Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Commission Work Programme 2015, Strasbourg 16 december 2014, COM(2014) 910 final, p. 12, te raadplegen via [http://ec.europa.eu/atwork/pdf/cwp\\_2015\\_withdrawals\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/atwork/pdf/cwp_2015_withdrawals_en.pdf).

20 Dit volgt uit de bijdrage van Vice-President Frans Timmermans bij de presentatie van het *Commission Work Programme* aan het Europees Parlement op 16 december 2014, vgl. [http://www.europa-nu.nl/9353000/1/j9tvgaicor7dxyk\\_j9vvioaf0kku7zz/vjprs043s4x1?ctx=vg09llk9zrp&tab=1](http://www.europa-nu.nl/9353000/1/j9tvgaicor7dxyk_j9vvioaf0kku7zz/vjprs043s4x1?ctx=vg09llk9zrp&tab=1).

moeten nagaan waarover partijen wilsovereenstemming hebben bereikt. Voor alle onderwerpen waarover geen wilsovereenstemming bestaat, geldt het toepasselijk recht. Overigens roept toepassing van deze *knock out-rule* mogelijk de vraag op wanneer sprake is van tegenstrijdige algemene voorwaarden. Of andersom, wanneer sprake is

Wechem<sup>23</sup> dat de *knock out-rule* in artikel 6:225 lid 3 BW kan worden ingepast, deel ik niet. Met Mahé en Drion meen ik daarom dat de Nederlandse wetgever aan zet is.<sup>24</sup> De keuze voor de *first shot-rule* komt steeds meer onder druk te staan. Zowel Mahé als Drion pleiten voor het opnemen van de *knock out-rule* in artikel 6:225 lid 3 BW in plaats van de *first shot-rule*, omdat de *knock out-rule* beter recht doet aan de wilsverklaringen van partijen en dus aan de contractsvrijheid. Nu de huidige Nederlandse wettelijke regeling ook bezien vanuit Europees en internationaal perspectief steeds meer uit de pas loopt, is er alle reden voor de wetgever om deze bepaling te wijzigen.

#### Over de auteur

Mr. Sonja Krusinga is universitair hoofddocent bij het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht van de Universiteit Utrecht.

## Het valt op dat de CISG Advisory Council in Opinie 13 expliciet kiest voor de *knock out-rule*.

van bepalingen die in wezen overeenstemmen. Is het nodig dat de bepalingen identiek zijn? Ik meen van niet. Vereist is dat de inhoud van de betreffende bepalingen dezelfde strekking heeft. Terecht stelt Schelhaas<sup>21</sup> dat 'de vraag wanneer een bepaling conflicterend is of niet, niet altijd eenvoudig beantwoord zal kunnen worden'. Desondanks lijkt men in de literatuur eensgezind in de conclusie dat de *knock out-rule* de beste (of in ieder geval de minst slechte) regel is voor de *battle of forms*.<sup>22</sup> De conclusie van Van

---

dat de *knock out-rule* de 'minst slechte theorie' is om de problematiek van de *battle of forms* te beslechten.

23 Van Wechem, a.w., p. 198.

24 C.B.P. Mahé, 'Pleidooi voor een herziening van de Nederlandse *battle of forms*-regeling', *VrA* 2006/3, p. 20 en C.E. Drion, 'Een pamflet voor het fundamenteel op de schop nemen van onze regelgeving over algemene voorwaarden', *Contracteren* 2007/1, p. 4.

---

21 H.N. Schelhaas, *Algemene voorwaarden in handelstransacties*, Deventer: Kluwer 2011, p. 15.

22 Van Wechem, a.w., p. 197-198; Loos a.w., p. 49; H.N. Schelhaas, *Algemene voorwaarden in handelstransacties*, Deventer: Kluwer 2011, p. 15 merkt op