

De kleine letters

Een praktijkgericht juridisch onderzoek naar de onderwerpen ter hand stellen en van de hand wijzen van de algemene voorwaarden.



Auteur	Opdrachtgever	Hogeschool
Lenka Granic 1083386 Opleiding HBO-Rechten	Samskip B.V. mr. F. de Lint	Hogeschool Leiden Afstudeerbegeleider dhr. B. den Boer Afstudeeropdracht (1920RE) 16 juni 2020

samskip



Voorwoord

Voor u ligt het adviesrapport dat is geschreven in opdracht van Samskip. Dit onderzoek is geschreven in het kader van het afstuderen van de opleiding HBO-Rechten aan de Hogeschool Leiden. Ik wil graag de volgende personen bedanken, aangezien ik deze scriptie niet zonder hen had kunnen schrijven.

Graag wil ik Frank de Lint bedanken die mij de mogelijkheid heeft gegeven om een afstudeeronderzoek te doen in opdracht van Samskip. Tevens wil ik mijn begeleider de heer Den Boer van de Hogeschool Leiden bedanken voor het vertrouwen in mij, de geruststellende overlegmomenten en de moeite die hij heeft gestoken in mijn begeleiding gedurende het onderzoek. Zonder hem had ik mentaal deze scriptie niet kunnen realiseren.

Graag wil ik de 4 personen die ik heb mogen interviewen bedanken voor al hun moeite, tijd en leuke conversaties. Tot slot wil ik mijn familie en vrienden bedanken voor het steunen en geven van feedback.

Ik wens u veel leesplezier toe.

Lenka Granic

Gouda, 15 juni 2020

Samenvatting

Op grond van artikel 6:234 BW rust er een informatieplicht op Samskip jegens zijn klanten. Samskip is verplicht om een redelijke mogelijkheid te bieden aan klanten om kennis te nemen van de gehanteerde algemene voorwaarden. Als hier niet aan wordt voldaan kunnen de voorwaarden vernietigd worden door de klant. Overigens moet Samskip ook rekening houden met de wettelijke criterium artikel 6:225 lid 3 BW. Samskip dient uitdrukkelijk van de hand te wijzen als de klant eigen voorwaarden van toepassing verklaard, anders zijn haar algemene voorwaarden niet meer van toepassing. In verband met de diensten die Samskip levert, is het voor hen belangrijk dat hun voorwaarden van toepassing zijn, omdat er veel bedingen in de voorwaarden zijn opgenomen die hen beschermen. Er ontstaan weleens geschillen over de algemene voorwaarden. Deze geschillen zijn vaak tijd rovend en financieel nadelig. De kosten voor een procedure kunnen behoorlijk hoog oplopen. Dit komt doordat advocaten en verzekeringsmaatschappijen ook betrokken zijn bij het geschil. Hierdoor is de behoefte ontstaan aan een onderzoek naar deze problematiek.

Het doel van dit onderzoek is om Samskip te adviseren over de informatieplicht en de criterium uitdrukkelijk van de hand wijzen, zodat Samskip in de toekomst met de genomen maatregelen de problematiek rondom de toepasselijkheid van de algemene voorwaarden zo veel mogelijk kan beperken en haar juridische positie kan verstevigen. Om dit doel te behalen zullen de deelvragen moeten worden beantwoord. Allereerst zal in dit onderzoek gekeken worden naar de inhoud van de twee begrippen. Op grond van wettelijke bepalingen en literatuur zal er gekeken worden wanneer er voldaan is aan de informatieplicht en de criterium uitdrukkelijk van de hand wijzen. Vervolgens zal het werkproces van Samskip met betrekking tot de totstandkoming van overeenkomsten, waarvan de algemene voorwaarden een deel uit zijn, in kaart worden gebracht middels interviews. Tot slot zal gekeken worden naar het oordeel van de rechter: onder welke feiten en omstandigheden zijn de algemene voorwaarden voldoende ter hand gesteld en uitdrukkelijk van de hand gewezen. Aan de hand van deze deelvragen kan uiteindelijk de centrale vraag worden beantwoord: *“Welk advies kan Samskip worden gegeven, over het ter hand stellen en uitdrukkelijk van de hand wijzen van de algemene voorwaarden in de zin van artikel 6:234 en 6:225 lid 3 BW blijkens wet- en regelgeving, interview en jurisprudentie?”*

Uit de interviewanalyse is gebleken dat medewerkers van Samskip voornamelijk overeenkomsten aangaan met klanten door offertes uit te sturen, tenzij het grote klanten betreft dan wordt een contract opgesteld. Bovendien is opgevallen dat de werkwijze hetzelfde is op kantoor. Offertes worden per e-mail verstuurd waarbij ook de algemene voorwaarden meegestuurd worden. Als het gaat om grote klanten, dan wordt wel een contract opgesteld. In z'n geval gelden wel de algemene voorwaarden van de klant. Uit de resultaten van het jurisprudentieonderzoek is gebleken dat er door de rechter gekeken wordt naar de wijze waarop de algemeen voorwaarden ter hand zijn gesteld en naar het moment van de terhandstelling om te beoordelen of de gebruiker van de voorwaarden voldaan heeft aan zijn informatieplicht. Als het gaat om de criterium uitdrukkelijk van de hand wijzen, kijkt de rechter welke partij als eerst naar eigen voorwaarden heeft verwezen en of de afwijzing door de tweede verwijzer uitdrukkelijk genoeg is geweest. De rechter oordeelt dat een uitdrukkelijke van de handwijzing de elementen 'dat andere voorwaarden worden afgewezen en welke voorwaarden dat zijn' bevat. Wanneer de tweede verwijzer uitdrukkelijk van de hand heeft gewezen gelden de door haar gehanteerde voorwaarden.

Aan de hand van dit onderzoek wordt Samskip geadviseerd om rekening te houden met het feit dat zij moeten bewijzen dat er voldaan is aan de informatieplicht en de criterium van de hand wijzen. De terhandstelling en uitdrukkelijke van de hand wijzing moet aantoonbaar zijn. Hierdoor heb ik aangeraden dat het verstandig is om een goede back-up te hebben van de e-mail boxen en het systeem Mysamskip. Ook wordt Samskip geadviseerd om rekening te houden met dat de rechter heel strikt kijkt naar wie de eerste verwijzer is tijdens de totstandkoming van de overeenkomst. Daarom is het belangrijk dat medewerkers van Samskip bij elke offerteaanvraag bij de behandeling daarvan nagaan of er niet eerder al voorwaarden van toepassing zijn verklaard. De volgende aanbevelingen zijn hierdoor gedaan: de algemene voorwaarden altijd ter hand stellen, standaard verwijzing in begeleidende e-mail opnemen, (in de toekomst) akkoordverklaring opnemen in een pop-up scherm bij onlineboekingen en indien de klant eerder naar voorwaarden heeft verwezen de toepasselijkheid uitdrukkelijk van de hand wijzen door de zin: *‘Wij wijzen de toepasselijkheid van uw algemene voorwaarden (naam voorwaarden) af en wensen onze algemene voorwaarden (naam voorwaarden) van toepassing te verklaren op de overeenkomst.’* te gebruiken.

Inhoudsopgave

Voorwoord	2
Samenvatting	3
Hoofdstuk 1: Inleiding	5
1.1 Aanleiding en probleemanalyse	5
1.2 Doelstelling, centrale vraag en deelvraag	6
1.2.1 Doelstelling	6
1.2.2 Centrale vraag en deelvragen	7
1.3 Verantwoording onderzoeksmethode per deelvraag	7
1.3.1 Theoretisch-juridisch onderzoeksgedeelte	7
1.3.2 Praktijkonderzoeksgedeelte	10
1.4 Leeswijzer	111
Hoofdstuk 2: Juridisch kader – ‘terhandstelling’	122
2.1 Algemene voorwaarden	132
2.2 De informatieplicht	132
2.3 Bewijslast	133
2.4 De algemene regeling omtrent de informatieplicht	133
2.4.1 De algemene informatieplicht	133
2.4.2 Elektronische informatieplicht	144
2.4.3 Informatieplicht voor dienstverrichters	155
2.5 Tussenconclusie	135
Hoofdstuk 3: Juridisch kader – ‘uitdrukkelijk van de hand wijzen’	166
3.1 Battle of forms	136
3.2 Criterium van de hand wijzen	136
3.3 Tussenconclusie	137
Hoofdstuk 4: Resultaten interview	18
4.1 Aangaan van overeenkomst	18
4.2 Kennisneming van de algemene voorwaarden	18
4.3 Discussie over de algemene voorwaarden	18
4.4 Tussenconclusie	19
Hoofdstuk 5: Resultaten jurisprudentieanalyse	19
5.1 Algemene voorwaarden ter hand stellen	19
5.1.1 Wijze van terhandstelling	19
5.1.2 Moment van terhandstellen	21
5.1.3 Tussenconclusie	21
5.2 Algemene voorwaarden van de hand wijzen	22
5.2.1 Eerste en tweede verwijzers	22
5.2.2 Uitdrukkelijk van de hand wijzen	23
5.2.3 Tussenconclusie	24
Hoofdstuk 6: Conclusie en aanbeveling	255
6.1 Informatieplicht	25
6.2 De criterium uitdrukkelijk van de hand wijzen	25
6.3 Het doel	26
6.4 Aanbeveling	26
Bronnenlijst	27
Bijlage 1 – Schematische uitwerking van de afgenomen interviews	29
Bijlage 2 – Uitwerking interviews	290
Bijlage 3 – Jurisprudentieanalyse 1 (EXCEL)	355
Bijlage 4 – Jurisprudentieanalyse 2 (EXCEL)	366

Hoofdstuk 1: Inleiding

In dit hoofdstuk worden de aanleiding van het onderzoek en de bijbehorende probleemanalyse besproken. Op basis hiervan worden het doel, de centrale vraag en de deelvragen toegelicht. Tot slot worden de onderzoeksmethoden besproken.

1.1 Aanleiding en probleemanalyse

Samskip is een groot internationaal bedrijf dat transport en aanverwante diensten levert over land en zee. Zij biedt haar opdrachtgevers: een uitgebreid Europees multimodaal transportnetwerk. Multimodaal betekent dat de goederen met verschillende vervoersmiddelen worden getransporteerd, zoals vrachtwagens, treinen en (binnenvaart)schepen. Samskip heeft in totaal ongeveer 1.300 mensen in dienst, verspreid over 20 landen.

Het multimodale transportnetwerk van Samskip strekt zich uit over heel Europa en biedt een optimale combinatie van shortsea-, weg-, trein- en binnenvaarttransporten. Deze multimodale netwerken bieden betrouwbare, duurzame en kostenbesparende oplossingen. Naast 'door-to-door-transporten' biedt Samskip Multimodal ook 'quay-to-quay-transporten'. Wanneer klanten kiezen voor deze laatste mogelijkheid kunnen zij gebruikmaken van het uitgebreide shortsea- en spoornetwerk met hun eigen units zoals containers, tanks of trailers. De tank-, bulkexploitanten en deepsea-rederijen profiteren van de vaste en regelmatige afvaarten binnen Europa.¹

Samskip is continu bezig met het aangaan van contracten met klanten die graag gebruik willen maken van de transportdiensten van Samskip. Bij het uitvoeren van deze diensten worden vaak onderaannemers ingeschakeld om specifieke taken van het contract uit te voeren, ook wel subcontractors genoemd. Zo nu en dan gaat het mis bij deze dienstverlening en begint er een discussie punt. Een veel voorkomend discussiepunt is dat wanneer er schade aan goederen en/of container ontstaat Samskip aansprakelijk wordt gehouden. In zo'n geval zoekt de juridische afdeling uit wat er precies is gebeurd en of een subcontractor wellicht aansprakelijk is, waar zij een schadevergoeding bij kunnen verhalen. Een concreet voorbeeld en een veel voorkomend geval is dat wanneer Samskip goederen vervoert voor een klant en deze goederen uiteindelijk natte schade oplopen, welke is veroorzaakt door een gat in de container door handelingen van de terminal. Een ander voorbeeld is dat de ingehuurd vervoerders (subcontractors) zoals vrachtwagenchauffeurs fouten maken waar Samskip voor aansprakelijk wordt gehouden door de klant. Zo komt het ook vaak voor dat Samskip enkel units zoals containers, tanks of trailers van klanten vervoert en deze schade krijgen of al schade hebben gehad voordat ze in handen van Samskip waren. In deze genoemde en zo veel meer situaties zijn hun eigen algemene voorwaarden erg essentieel voor Samskip. In de algemene voorwaarden zijn veel bedingen opgenomen die hen beschermen. Op het moment dat zij de aansprakelijkheid kunnen uitsluiten of kunnen afschuiven naar een andere partij is dit financieel gunstig voor Samskip. Daardoor is het aanzienlijk nodig dat deze voorwaarden van toepassing zijn. Het komt ook wel eens voor dat beide partijen naar hun eigen voorwaarden verwijzen. Hierdoor ontstaat nog een extra discussie tussen partijen. Deze discussie wordt ook wel een 'battle of forms' genoemd. De voorkomende situaties zal ik voor een beter beeld in onderstaande tabel weergeven:

Situatie 1	Situatie 2	Situatie 3	Situatie 4	Situatie 5
Samskip biedt de algemene voorwaarden aan en wederpartij aanvaardt ze ondubbelzinnig. Er ontstaat schade en er is <u>geen</u> discussie over welke algemene voorwaarden van toepassing zijn.	Samskip biedt de algemene voorwaarden aan, wederpartij gaat contract aan zonder de algemene voorwaarden direct te aanvaarden. Er ontstaat schade en er is <u>geen</u> discussie over welke voorwaarden van toepassing zijn.	Samskip biedt de algemene voorwaarden aan, wederpartij gaat contract aan zonder de algemene voorwaarden te aanvaarden. Er ontstaat schade en er is <u>wel</u> discussie over welke voorwaarden van toepassing zijn.	Samskip biedt de algemene voorwaarden aan, wederpartij biedt eigen algemene voorwaarden aan. Er ontstaat schade en er is <u>wel</u> discussie over welke voorwaarden van toepassing zijn.	Samskip biedt de algemene voorwaarden aan, wederpartij aanvaardt niet, wederpartij biedt eigen algemene voorwaarden aan en Samskip aanvaardt niet. Er ontstaat schade en er is <u>wel</u> discussie over welke voorwaarden van toepassing zijn.

De contractuele strijd 'the battle of forms' is een veelvoorkomend probleem in de internationale handel.² In het verleden heeft zich dus z'n battle of forms-geschied voorgegaan en Samskip verwacht deze in de toekomst nog meer te kunnen krijgen, wegens het toenemen van boekingen en schadeclaims die zij dagelijks ontvangen. In 2017 waren er 590 schadeclaims. In 2018 waren er 875, in 2019 waren er 981 en vanaf 2020 tot eind maart 2020 zijn er al 306 schadeclaims. Samskip wil hierdoor over een juridisch sterke positie beschikken.³

¹ About us – www.samskip.com

² Bertrams 2018, p. 124

³ Document claims statistieken reportage

De algemene voorwaarden zijn in beginsel 'gewoon' onderdeel van een overeenkomst. De algemene voorwaarden zijn niet opgesteld voor een specifiek geval dit komt al direct tot uiting in artikel 6:231 aanhef sub a van het Burgerlijk Wetboek (hierna: BW), waar de definitie van de algemene voorwaarden is gedefinieerd. Uit parlementaire stukken blijkt dat de wetgever heeft gekozen voor het vaststellen van een wettelijke regeling, artikel 6:225 lid 3 BW, voor de beslechting van een battle of forms situatie omwille van de rechtszekerheid.⁴ Uit dit artikel volgt dat er voor toepassing van deze regeling sprake moet zijn van een uitdrukkelijke van de handwijzing bij het afwijzen van de algemene voorwaarden van de tegenpartij. Ook wel de first shot-rule genoemd. Het moet voor de tegenpartij duidelijk zijn dat het aanbod slechts wordt aanvaard indien niet de voorwaarden van de aanbieder, maar de eigen voorwaarden van toepassing zijn.⁵ Maar wanneer is het duidelijk genoeg?

Naast dat de algemene voorwaarden duidelijk afgewezen moeten worden om de voorwaarden van de aanvaarder van toepassing te verklaren is het ook van belang dat de algemene voorwaarden in beginsel op juiste wijze ter hand worden gesteld ingevolge artikel 6:234 BW. Gebeurt dit niet en houdt de gebruiker van de algemene voorwaarden niet aan deze informatieplicht, dan kan de aanvaarder de algemene voorwaarden mogelijk vernietigen op grond van artikel 6:233 aanhef onder b BW. Dit heeft wegens de terugwerkende kracht tot gevolg dat de algemene voorwaarden vanaf het begin af aan niet op de overeenkomst van toepassing zijn geweest. Bij het ter hand stellen van de algemene voorwaarden gaat het er niet om of de tegenpartij daadwerkelijk kennis heeft genomen van de inhoud van de algemene voorwaarden; het is bepalend of de wederpartij in de positie is gebracht om van deze inhoud kennis te nemen.⁶

Uit voorgaande geschillen blijkt dat bij Samskip er nog onduidelijkheden bestaan over wat zij moeten doen als het gaat om het afwijzen en ter beschikking stellen van de algemene voorwaarden. Wanneer een aanbod zoals een offerte van Samskip wordt aanvaard zonder concrete aanvaarding van de algemene voorwaarden hangt het af van de gedragingen en mededelingen van partijen of de algemene voorwaarden van Samskip worden aanvaard.

Om te voorkomen dat Samskip bij een geschil in een dergelijke 'battle of forms'-discussie verzeild raakt, is het dus belangrijk om de algemene voorwaarden van de wederpartij voldoende uitdrukkelijk van de hand te wijzen. Daarnaast is het dus ook belangrijk dat de algemene voorwaarden goed ter hand zijn gesteld in de eerste instantie. Zo voorkom je verdere discussies en/of betwisting en zorgt Samskip voor een waterdichte algemene voorwaarden. Geschillen over de algemene voorwaarden zijn tijd rovend en financieel nadelig. De kosten voor een procedure kan behoorlijk hoog oplopen. Dit komt doordat advocaten en verzekeringsmaatschappijen ook betrokken zijn bij het geschil. Hierdoor is de behoefte ontstaan aan een onderzoek naar deze problematiek.

Uit het voorgaande blijkt dat Samskip gebaat is bij een advies omtrent de invulling in de praktijk van de terminologie '*uitdrukkelijk van de hand wijzen*' en '*ter hand stellen*'. Om een advies te kunnen formuleren omtrent de invulling in de praktijk van de term '*uitdrukkelijk van de hand wijzen*' en '*ter hand stellen*' is het belangrijk om kennis te verwerven omtrent de oordeelsvorming van de feitenrechters. Er zal dus dienen te worden onderzocht welke invulling de rechters in hun oordeelsvorming geven aan de terminologie '*uitdrukkelijk van de hand wijzen*' en '*ter hand stellen*'. Daarbij is het ook nodig om de werknemers op verschillende afdelingen te interviewen die betrokken zijn bij de totstandkoming van de contracten en offertes. Zij dragen immers bij het aanbod en aanvaarding van de gemaakte afspraken. Vervolgens kunnen de juristen met de nieuwe bevindingen uit dit onderzoek hun werkprocessen verbeteren en voorkomen dat er geschillen over de toepasselijkheid van de algemene voorwaarden ontstaan.

1.2 Doelstelling, centrale vraag en deelvraag

1.2.1 Doelstelling

Het doel van dit onderzoek is om een advies uit te brengen aan Samskip met maatregelen die genomen kunnen worden om problematiek rondom de toepasselijkheid van de algemene voorwaarden zo veel mogelijk te beperken en haar juridische positie te verstevigen. Door te onderzoeken welke invulling de feitenrechters in hun oordeelsvorming geven aan de terminologie '*uitdrukkelijk van de hand wijzen*' en '*ter hand stellen*'. Dit zal gedaan worden door middel van onderzoek van de wet, literatuur en jurisprudentie. Bovendien is het belangrijk om te weten wat Samskip tot nu toe heeft gedaan om hun eigen algemene voorwaarden van toepassing te laten gelden

⁴ Kamerstukken II 1984/85, 18 998, nr. 1-3, p. 93

⁵ Wessels, Jongeneel & Hendrikse 2010, p. 80

⁶ Hijma e.a. 2019, p. 64

in het werkproces. Om dit te kunnen inzien en vergelijken wil ik ook graag een kort interview houden met medewerkers van de afdeling Customer Service en Sales.

1.2.2 Centrale vraag en deelvragen

Centrale vraag

Welk advies kan Samskip worden gegeven, over het ter hand stellen en uitdrukkelijk van de hand wijzen van de algemene voorwaarden in de zin van artikel 6:234 en 6:225 lid 3 BW blijkens wet- en regelgeving, interview en jurisprudentie?

Deelvragen

Theoretisch – Juridisch gericht

1. Wat houdt het ter hand stellen van de algemene voorwaarden in volgens de relevante literatuur en de wet- en regelgeving?
2. Wat houdt het uitdrukkelijk van de hand wijzen van de algemene voorwaarden in volgens relevante literatuur en de wet- en regelgeving?

Praktijkgericht

3. Hoe worden de algemene voorwaarden van toepassing verklaard bij Samskip?
4. Onder welke feiten en omstandigheden zijn de algemene voorwaarden voldoende ter hand gesteld blijkens jurisprudentieonderzoek?
5. Onder welke feiten en omstandigheden zijn de algemene voorwaarden uitdrukkelijk van de hand gewezen blijkens jurisprudentieonderzoek?

1.3 Verantwoording onderzoeksmethode per deelvraag

Het onderzoek bestaat uit twee delen: het theoretisch-juridisch onderzoeksgedeelte en het praktijkonderzoeksgedeelte. De kennis die is verworven bij de beantwoording van de deelvragen heeft geleid tot een antwoord op de centrale vraag. Hieronder wordt per deelvraag toegelicht van welke onderzoeksmethode gebruik is gemaakt.

Hieronder wordt per deelvraag de methode aangegeven van welk gebruikt zijn in dit onderzoek. Ook wordt er per deelvraag ingegaan op de kwaliteit van de bronnen. Hierdoor zorg ik ervoor dat de betrouwbaarheid van de bronnen is gewaarborgd.

1.3.1 Theoretisch-juridisch onderzoeksgedeelte

Deelvraag 1: *Wat houdt het ter hand stellen van de algemene voorwaarden in volgens de relevante literatuur en de wet- en regelgeving?*

Deze deelvraag is essentieel voor dit onderzoek, omdat deze een helder beeld geeft van wat de problematiek precies is. De lezer krijgt hierdoor een duidelijker beeld over het eerste kernbegrip uit dit onderzoek. Bovendien geeft het een helder beeld van de omstandigheden en feiten die van belang zijn.

Literatuur

Om deze deelvraag te beantwoorden heb ik een literatuuronderzoek verricht, waarbij ik onder andere boeken, internetbronnen en vaktijdschriften heb geraadpleegd. In de literatuur is veel informatie te vinden over de term ter hand stellen van de algemene voorwaarden. Ik heb de literatuurboeken bestudeerd om te kijken welke hoofdstukken van belang zijn voor dit onderzoek. Uit de boeken heb ik voornamelijk algemene informatie verzameld over deze terminologie. Hierbij is gebruik gemaakt van de volgende literatuur:

- *Mr. B. Wessels & mr. R.H.C Jongeneel 'Algemene voorwaarden'.*
- *M.B.M. Loos 'Algemene voorwaarden'.*
- *Mr. M. Ruygvoorn 'Contracten in de praktijk'.*

- *Mr. Hijma e.a. 'Rechtshandeling en overeenkomst'.*
- *Mr. Hijma 'Algemene voorwaarden'.*

In elk genoemd boek heb ik informatie gevonden over de terminologie 'ter hand stellen'. Het ene boek heeft een uitgebreidere uitleg dan het andere. Uit elk boek is essentiële informatie gehaald voor de beantwoording deze deelvraag. Door het bestuderen van zoveel mogelijk relevante literatuur, is de betrouwbaarheid en effectiviteit van het onderzoek behouden. Om de kwaliteit van de bronnen te waarborgen, heb ik door de relevante wetten en de inhoud van de boeken vergeleken.

Wet- en regelgeving

Naast een uitgebreid literatuuronderzoek heb ik ook een uitgebreid onderzoek verricht naar de wetgeving omtrent de terminologie van ter hand stellen. De relevante wetten en wetsartikelen die ik heb gebruikt om deze deelvraag te beantwoorden zijn het Burgerlijk Wetboek, Boek 6, Titel 5 en de parlementaire wetsgeschiedenis. De wetsartikelen 6:233 onder b jo 6:234 jo 6:225 lid 3 BW zijn het meest relevant en zijn essentieel voor het beantwoorden van deze deelvraag. Door het analyseren van de wetten behoud ik de betrouwbaarheid en effectiviteit van het onderzoek, omdat ik dan alle relevante artikelen voor dit onderzoek heb bestudeerd.

Deelvraag 2: *Wat houdt het uitdrukkelijk van de hand wijzen van de algemene voorwaarden volgens relevante literatuur en de wet- en regelgeving?*

Deze deelvraag is essentieel voor dit onderzoek, omdat het in kaart brengt wanneer er daadwerkelijk sprake is van dat de algemene voorwaarden voldoende uitdrukkelijk van de hand zijn gewezen. De lezer zal een duidelijker beeld krijgen van het tweede kernbegrip uit dit onderzoek. Bovendien geeft het een helder beeld van de omstandigheden en feiten die van belang zijn.

Literatuur

Om deze deelvraag te beantwoorden heb ik een literatuuronderzoek verricht, waarbij ik onder andere boeken heb geraadpleegd. In de literatuur is veel informatie te vinden over de terminologie van het criterium 'uitdrukkelijk van de hand wijzen'. Ik heb de literatuur van diverse handboeken bestudeerd. In de volgende boeken is het specifiek ingegaan op de terminologie van het criterium:

- *Mr. B. Wessels & mr. R.H.C Jongeneel 'Algemene voorwaarden'.*
- *Mr. M. Ruygvoorn 'Contracten in de praktijk'.*
- *Mr. Hijma e.a. 'Rechtshandeling en overeenkomst'.*
- *Mr. Hijma 'Algemene voorwaarden'.*
- *H.N. Schelhaas 'Algemene voorwaarden in handelstransacties'.*
- *R.I.V.F. Bertrams 'Overeenkomsten in het internationaal privaatrecht en het Weens Koopverdrag'.*

Wetsanalyse

Naast een uitgebreid literatuuronderzoek heb ik ook een uitgebreid onderzoek verricht naar de wetgeving omtrent de bepalingen van het uitdrukkelijk van de hand wijzen van algemene voorwaarden. De relevante wetten en wetsartikelen die gebruikt zijn om deze deelvraag te beantwoorden zijn kamerstukken en de Memorie van Toelichting. Hierin wordt namelijk specifiek ingegaan op het criterium. De parlementaire wetsgeschiedenis is ook hierbij relevant. Bovendien zijn er aantal uitspraken van het Gerechtshof en Hoge Raad die ik heb meegenomen in het onderzoek.

HR 1 oktober 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2977 (Geurtzen-Kampstaal)
 HR 5 juni 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0623
 HR 11 februari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO7108 (First Data/Attingo)
 HR 13 juli 2001, ECLI:NL:HR:2001:ZC3632 (Hardstaal/Bovry)

1.3.2 Praktijkonderzoeksgedeelte

Deelvraag 3: *Hoe worden de algemene voorwaarden van toepassing verklaard bij Samskip?*

Ter beantwoording van de praktijk-juridische deelvraag is onderzoek van het werkproces van Samskip in het kader van de algemene voorwaarden van belang. Deze deelvraag is beantwoord doordat er interviews zijn afgenomen van 4 medewerkers van de afdeling Sales en Customer Service. Zij zijn betrokken bij de totstandkoming van overeenkomsten met Samskip's klanten. Het is noodzakelijk om te weten wat de huidige werkwijze is met betrekking tot van toepassing verklaren van de algemene voorwaarden binnen Samskip. Bij een gerechtelijk geschil wordt de huidige werkwijze (terhandstelling en van de handwijzing) getoetst door de rechter. Daarom is het belangrijk om het werkproces in kaart te brengen. Er is onderzocht hoe het bedrijf deze voorwaarden van toepassing heeft verklaard. Dit is gedaan worden door middel van open vragen. De vragen die ik heb gesteld hebben een samenhang en zijn bedoeld om diep achter de informatie van het werkproces te komen. Door de onderstaande vragen gesteld te hebben, heb ik de benodigde informatie gekregen om een goed beeld te kunnen schetsen.

Topic	Vragen
1. Aangraan van overeenkomst	2,3
2. kennisneming van de algemene voorwaarden	4,5,6
3. discussie over de algemene voorwaarden	7,8

Vragen

1. Kunt u kort vertellen wat uw functie inhoudt?
2. Op welke wijze sluit u een overeenkomst met de klant?
3. In hoeverre zijn de werkprocessen over het aangaan van overeenkomsten binnen Samskip geïnventariseerd en beschreven? Wordt er gebruik gemaakt van een standaard proces?
4. Op welk moment komen de algemene voorwaarden aan de orde bij het aangaan van een overeenkomst? (moment)
5. Hoe zijn de algemene voorwaarden van toepassing verklaard? (ter beschikkingstelling)
6. Op welke manier overhandigen/ bieden jullie de mogelijkheid om kennis te nemen van de algemene voorwaarden? (ter kennisneming)
7. Als er een discussie ontstaat over de algemene voorwaarden hoe lossen jullie deze op?
8. Wat is uw ervaring met klanten als het gaat om de algemene voorwaarden?
9. Welke efficiëntie verbetering is er volgens u mogelijk?

Ter beantwoording van de praktijk-juridische deelvragen 4 en 5 is onderzoek binnen de jurisprudentie van belang. Er is onderzocht in welke gevallen de algemene voorwaarden van toepassing worden verklaard op grond van het criterium 'terhandstelling' en 'uitdrukkelijk van de hand wijzen'. Voor het onderzoek is gebruik gemaakt van databanken zoals Rechtsorde.nl, Kluwer Navigator en Rechtspraak.nl. Het doel van de jurisprudentieanalyse is om te weten op grond van welke feiten en omstandigheden de rechter vindt dat de algemene voorwaarden voldoende ter hand heeft gesteld en uitdrukkelijk van de hand zijn geweest. Dit onderzoek werd gedaan onder uitspraken afkomstig van de (kanton)rechters in eerste aanleg. De periode waaruit uitspraken worden ondergezocht loopt van begin 2015 tot en met midden 2020. Er is voor dit tijdvak gekozen, om zo de meest recente jurisprudentie te kunnen vinden om het onderzoek relevant te houden ten opzichte van eerder gedane onderzoeken.

Deelvraag 4: *Onder welke feiten en omstandigheden zijn de algemene voorwaarden voldoende ter hand gesteld blijkens jurisprudentieonderzoek?*

Bij het zoeken van de geschikte jurisprudentie werden de volgende termen gebruikt om de geschikte jurisprudentie te kunnen vinden:

- *algemene voorwaarden*
- *toepasselijkheid*
- *ter handstellen*
- *kennisneming*
- *Art. 6:234 BW*

Ter beantwoording van de deelvraag, is gekozen voor 12 van de meest recente uitspraken afkomstig van de rechtbank in eerste aanleg. Bij het zoeken had ik heel veel uitspraken gevonden. In totaal waren het meer dan 50 uitspraken. Het waren er te veel om allemaal door te lezen, daarom heb ik ervoor gekozen om filteren en de meest recente te gebruiken. Ook heb ik uitspraken gezocht die het best aansluiten op de nader te noemen topics. Naar mijn inziens hebben deze 12 uitspraken een duidelijk antwoord op de onderzoeksvraag geven, omdat de rechter duidelijk aangeeft wanneer er wel of geen sprake is van voldoende ter hand gestelde algemene voorwaarden. Er is in dit onderzoek gekozen voor 12 zaken, zodat er gegeneraliseerd kon worden. Door het analyseren van de relevante uitspraken behoud ik de betrouwbaarheid van het onderzoek. Voor de validiteit worden voor deze deelvraag 12 uitspraken bestudeerd.

Om mijn analyse voor de lezer zo duidelijk mogelijk te maken, volgt er hieronder een topiclijst. De topics hebben als doel het onderzoek zo leesbaar mogelijk te maken. Om de topics voor het beantwoorden van deze deelvraag te selecteren, heb ik veel literatuur en jurisprudentie gelezen. Uit de wet, literatuur en jurisprudentie blijkt dat de rechters oordelen over de hieronder genoemde aandachtspunten.

Topic		
Wijze van ter handstelling	Uitspraak 1,2,3,4,5,6,7,8,9,10,11 en 12	
Moment van ter handstelling	Uitspraak 1,2,3,4,5,6,7,8,9,10,11 en 12	

Uitspraken
1. ECLI:NL:RBAMS:2018:3805
2. ECLI:NL:RBOVE:2019:2804
3. ECLI:NL:RBNHO:2019:1501
4. ECLI:NL:RBNNE:2018:2034
5. ECLI:NL:RBNNE:2018:4261
6. ECLI:NL:RBROT:2016:6108
7. ECLI:NL:RBNNE:2019:1975
8. ECLI:NL:RBOVE:2020:526
9. ECLI:NL:RBROT:2020:3666
10. ECLI:NL:RBROT:2019:5104
12. ECLI:NL:RBOBR:2019:2309

Deelvraag 5: *Onder welke feiten en omstandigheden zijn de algemene voorwaarden voldoende uitdrukkelijk van de hand gewezen blijkens jurisprudentieonderzoek?*

Bij het zoeken van de geschikte jurisprudentie werden de volgende termen gebruikt om de geschikte jurisprudentie te kunnen vinden:

- *'uitdrukkelijk van de hand wijzen'*
- *'algemene voorwaarden'*
- *'battle of forms'*
- *'Art. 6:225 lid 3 BW'*

Ter beantwoording van deze deelvraag, is hier gekozen voor 9 van de meest recente uitspraken afkomstig van de rechtbank in eerste aanleg. Bij het zoeken had ik niet veel uitspraken kunnen vinden. In totaal maar 16 zaken. Door de uitspraken goed door te lezen, ben ik erachter gekomen dat 8 van de 16 uitspraken die ik heb bestudeerd goede informatie bevatten over hoe de rechter oordeelt als er een geschil ontstaat over welke algemene voorwaarden van toepassing zijn wanneer beide partijen naar hun eigen algemene voorwaarden verwijzen.

Daarom heb ik één uitspraak niet gebruikt in mijn analyse. De rechter oordeelt namelijk of er sprake is van een first shot en uitdrukkelijke afwijzing van de algemene voorwaarden aan de hand van de gedragingen van partijen in correspondentie. Naar mijn mening hebben deze 8 uitspraken voldoende antwoord geven op de onderzoeksvraag, omdat in deze uitspraken de gedragingen van partijen goed worden beoordeeld door de rechter. Door het generaliseren van de relevante uitspraken behoud ik de betrouwbaarheid van het onderzoek. Voor de validiteit worden voor deze deelvraag 8 uitspraken bestudeerd.

Om mijn analyse voor de lezer zo duidelijk mogelijk te maken, volgt er hieronder een topiclijst. De topics hebben als doel het onderzoek zo leesbaar mogelijk te maken. Om de topics voor het beantwoorden van deze deelvraag te selecteren, heb ik veel literatuur en jurisprudentie gelezen. Uit de jurisprudentie blijkt dat de rechters oordelen aan de hand van de onder genoemde aandachtspunten.

Topic	
Eerste en tweede verwijzer	Uitspraak 1,2,4,5,6,7,8,9
Uitdrukkelijke van de hand wijzen	Uitspraak 1,3,4,5,6,7,8,9

Uitspraken
1. Rechtbank Rotterdam ECLI:NL:RBROT:2019:9364
2. Rechtbank Rotterdam ECLI:NL:RBROT:2019:3557
3. Rechtbank Gelderland ECLI:NL:RBGEL:2016:1328
4. Rechtbank Rotterdam ECLI:NL:RBROT:2017:7470
5. Rechtbank Rotterdam ECLI:NL:RBROT:2020:3827
6. Rechtbank Noor-Holland ECLI:NL:RBNHO:2020:2649
7. Rechtbank Overijssel ECLI:NL:RBOVE:2018:863
8. Rechtbank Oost-Brabant ECLI:NL:RBOBR:2020:286

1.4 Leeswijzer

Deze scriptie zal aan de hand van de hiervoor gestelde deelvragen worden opgebouwd.

In hoofdstuk twee worden de begrippen de informatieplicht en de terhandstelling behandeld. Vervolgens zal in hoofdstuk drie duidelijk worden wat het criterium uitdrukkelijk van de hand wijzen betekent. Daarna wordt in hoofdstuk vier de resultaten van het interview met de werknemers van Samskip weergegeven.

In hoofdstuk vijf volgen de resultaten van het jurisprudentieonderzoek. Tenslotte zal in hoofdstuk 6 een algehele conclusie worden gegeven. Als laatst worden de aanbevelingen gegeven die uit de conclusie volgen.

Hoofdstuk 2: Juridisch kader – ‘terhandstelling’

In dit hoofdstuk staan de begrippen de informatieplicht en de terhandstelling centraal. In dit hoofdstuk wordt de wet- en regelgeving rondom de terhandstelling van algemene voorwaarden uitgelegd voor dienstverleners en niet-dienstverleners.

2.1 Algemene voorwaarden

Elke dag worden overeenkomsten gesloten. Tijdens het sluiten van een overeenkomst worden vaak ook algemene voorwaarden overeengekomen. Om algemene voorwaarden in te kunnen roepen dienen ze rechtsgeldig te zijn overeengekomen. In de wet zijn algemene voorwaarden als volgt gedefinieerd:⁷

“een of meer bedingen die zijn opgesteld teneinde in een aantal overeenkomsten te worden opgenomen, met uitzondering van bedingen die de kern van de prestatie aangeven, voor zover deze laatstgenoemde bedingen duidelijk en begrijpelijk zijn geformuleerd.”

Algemene voorwaarden zijn een onderdeel van een overeenkomst. Dat betekent dat er sprake moet zijn van aanbod en aanvaarding, omdat dit de eisen zijn voor het tot stand komen van een overeenkomst ex art. 6:217 BW. Uit artikel 6:231 BW vloeit verder voort dat er altijd twee verschillende partijen betrokken zijn bij de betreffende algemene voorwaarden. De partij op wiens initiatief de algemene voorwaarden onderdeel van de overeenkomst zijn geworden als ‘gebruiker’ en de partij die de toepasselijkheid van de algemene voorwaarden aanvaardt de ‘wederpartij’. De wederpartij kan een beding in de algemene voorwaarden waarvan zij de toepasselijkheid heeft aanvaard overeenkomstig artikel 6:233 BW naderhand op twee gronden vernietigen. De eerste vernietigingsgrond impliceert dat een beding in de algemene voorwaarden onredelijk bezwarend is. Deze vernietigingsgrond wordt buiten beschouwing gelaten in deze scriptie. De tweede vernietigingsgrond impliceert dat aan de wederpartij geen redelijke mogelijkheid is geboden om van de algemene voorwaarden kennis te nemen. De algemene voorwaarden zijn dus van toepassing als deze overeengekomen zijn en de gebruiker een redelijke mogelijkheid heeft geboden aan de wederpartij om aan de voorwaarden kennis te nemen.

2.2 Informatieplicht

Een gebruiker van algemene voorwaarden is verplicht om te zorgen dat de wederpartij een redelijke mogelijkheid heeft om van deze voorwaarden kennis te nemen.⁸ Het bieden van een redelijke mogelijkheid om van de algemene voorwaarden kennis te nemen, wordt de informatieplicht genoemd. De informatieplicht heeft enerzijds als doel dat de wederpartij weet wat haar te verwachten staat als zij de overeenkomst sluit en anderzijds als doel dat zij haar contractuele rechtspositie kan beoordelen nadat de overeenkomst is gesloten.⁹ Op grond van artikel 6:234 BW kan de gebruiker voldoen aan deze informatieplicht door de voorwaarden aan de wederpartij ter hand te stellen. In paragraaf 2.4 wordt de correcte wijze van terhandstelling nader toegelicht. De terhandstelling moet kunnen worden aangetoond door de gebruiker. Indien de gebruiker de informatieplicht niet in acht neemt, kan de wederpartij de algemene voorwaarden vernietigen. Ingevolge artikel 3:49 jo 3:53 BW vindt vernietiging plaats door een buitengerechtelijke verklaring of een rechterlijke uitspraak en zal terugwerken tot het tijdstip waarop de rechtshandeling is verricht. Dit betekent dat een beding uit de algemene voorwaarden achteraf gezien nooit heeft bestaan.

Als een wederpartij akkoord gaat met een overeenkomst waarin de algemene voorwaarden van toepassing zijn verklaard, dan is hij hierdoor aan de voorwaarden gebonden, tenzij er geen wilsovereenstemming is tussen partijen.¹⁰ Dit betekent iets anders dan dat er niet aan de informatieplicht is voldaan. De informatieplicht van de gebruiker en het ontbreken van de wilsovereenstemming tussen partijen moeten niet door elkaar gehaald worden. Een wederpartij kan zich niet beroepen op de vernietigingsgrond van art. 6:233 sub b BW als hij voor of tijdens het sluiten van de overeenkomst geacht werd bekend te zijn met de algemene voorwaarden of als hij hiermee bekend had kunnen zijn.¹¹ Op het moment dat voorwaarden worden gewijzigd, nadat deze van toepassing zijn verklaard en er in eerste instantie is voldaan aan de informatieplicht, dan moet er weer op nieuw worden voldaan aan de informatieplicht. Het is de plicht van de gebruiker om deze wijziging goed over te brengen, ofwel voldoende ter hand te stellen. Alleen een brief met de mededeling dat de voorwaarden zijn gewijzigd is echter niet voldoende. De gebruiker moet namelijk bij de mededeling er ook bij vermelden wat er in de voorwaarden expliciet

⁷ Art. 6:231 sub a BW

⁸ Richtlijn 2006/123/EG

⁹ Hijma 2016, p. 55

¹⁰ Art. 6:217 lid 1 jo art. 3:33 jo art. 6:232 BW

¹¹ Loos 2018, p.115 ev.

is gewijzigd.¹² Verder volgt uit jurisprudentie dat er is voldaan aan de informatieplicht als er tussen partijen regelmatig gelijksoortige overeenkomsten worden gesloten en de algemene voorwaarden bij de eerste overeenkomst aan de wederpartij ter hand zijn gesteld.¹³

2.3 Bewijslast

De bewijslast rust op de gebruiker van de algemene voorwaarden. De rede hiervan is om er zeker van te zijn dat aan de wederpartij een redelijke mogelijkheid is geboden om er kennis van te kunnen nemen.¹⁴ Wanneer de wederpartij zich beroept op de vernietigbaarheid van de voorwaarden en een rechtelijke zaak aanspant, is het dus cruciaal dat de gebruiker achteraf kan aantonen dat de voorwaarden daadwerkelijk ter hand zijn gesteld. Daarom is het belangrijk dat de gebruiker altijd alles met betrekking tot het ter handstellen van de algemene voorwaarden vast heeft gelegd en heeft bewaard. Om de rechtspositie te versterken kan de gebruiker de wederpartij laten tekenen voor ontvangst van de algemene voorwaarden. Op grond van art. 157 lid 2 Rv levert een getekende verklaring dwingend bewijs op.

2.4 De algemene regeling omtrent de informatieplicht

Terhandstelling is het uitgangspunt bij het voldoen aan de informatieplicht. In beginsel worden de algemene voorwaarden op basis van artikel 6:234 BW voor of ten tijde van het aangaan van de overeenkomst aan de wederpartij ter hand gesteld, tenzij dit redelijkerwijs niet mogelijk is.¹⁵ In lid 2 van dit artikel wordt deze mogelijkheid uitgebreid met een elektronische terhandstelling. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat de informatieplicht van de algemene voorwaarden in 1992 is ingevoerd in het nieuwe Burgerlijk Wetboek,¹⁶ met dien verstande dat er nog geen gebruik werd gemaakt van elektronische overeenkomsten. In 2004 is lid 2 van artikel 6:234 ten gevolge van de e-commercierichtlijn aangaande elektronische handel in Nederland geïmplementeerd.¹⁷ Verder volgde in 2009 naar aanleiding van de dienstenrichtlijn een andere essentiële toevoeging op de informatieplicht, namelijk het artikel 6:230 c BW, de informatieplicht van de dienstverrichter. In 2010 was de laatste aanvulling van de informatieplicht. De wijziging houdt in dat gebruikers de algemene voorwaarden ook elektronisch ter beschikking kunnen stellen wanneer er geen elektronische overeenkomst is gesloten.¹⁸ De wederpartij moet dan wel zijn uitdrukkelijke toestemming geven voor het elektronisch ter hand stellen. Als hij het hier niet mee eens is, mag de terhandstelling niet elektronisch gebeuren.¹⁹

Er zijn op dit moment drie verschillende regelingen voor de informatieplicht: de algemene informatieplicht ook wel de fysieke terhandstelling genoemd (artikel 6:234 lid 1 BW), de elektronische informatieplicht (artikel 6:234 lid 2 juncto lid 3 BW) en de informatieplicht voor dienstverrichters (artikel 6:230c BW). Hieronder volgt een overzicht van de 3 mogelijkheden van terhandstelling.

2.4.1 De algemene informatieplicht

Krachtens artikel 6:234 lid 1 BW moeten algemene voorwaarden die betrekking hebben op een niet-elektronische overeenkomst fysiek ter hand worden gesteld. Onder fysieke terhandstelling wordt simpelweg verstaan 'het in fysieke vorm overhandigen' van de algemene voorwaarden. Een voorbeeld ter verduidelijking is dan ook een uitgeprinte versie van de algemene voorwaarden op papier. De voorwaarden moeten voor of tijdens het sluiten van de overeenkomst zijn overhandigd. De wederpartij moet deze voorwaarden ook kunnen houden en een mogelijkheid hebben om deze door te lezen. Het sluiten van een overeenkomst moet dan ook even uitgesteld kunnen worden.²⁰ Hieronder volgt een opsomming van de correcte wijze van de fysieke terhandstelling.²¹

Fysieke terhandstelling van de algemene voorwaarden

- De voorwaarden letterlijk overhandigen aan wederpartij;
- De voorwaarden per aangetekende brief versturen;
- De voorwaarden aan de achterkant van de offerte/overeenkomst drukken of nieten + laten ondertekenen.

In het kader van de basisregel van artikel 6:233 sub b BW moet het voor de wederpartij voldoende kenbaar zijn dat zij de algemene voorwaarden in handen heeft gekregen. Indien de algemene voorwaarden op de achterzijde

¹² Hendrikse, Jongeneel en Wessels 2017, p. 187

¹³ HR Geurtzen/Kampstaal

¹⁴ Kamerstukken II 1984/85, 18 998, nr. 1-3, p. 93

¹⁵ Loos 2018, p.115 ev.

¹⁶ Loos 2018, p.117 ev.

¹⁷ Richtlijn 2000/31/EG.

¹⁸ Loos 2018, p.119

¹⁹ Hendrikse, Jongeneel en Wessels 2017, p.193

²⁰ Hendrikse, Jongeneel en Wessels 2017, p.159

²¹ Hendrikse, Jongeneel en Wessels 2017, p.187

van de offerte zijn afgedrukt of geniet, moet er op de voorzijde ook een verwijzing terug te vinden zijn.²² Bewijstechnisch gezien is het verstandig om altijd de wederpartij te laten tekenen voor ontvangst van de algemene voorwaarden. Pas als dit bovenstaande niet mogelijk is, mogen de voorwaarden op andere wijzen worden verstrekt. Er bestaan drie uitzonderingen op de hoofdregel. De uitzonderingen zijn als volgt toegelicht:

1. *Fysieke terhandstelling is niet mogelijk*

Indien het voor de gebruiker niet mogelijk is om de algemene voorwaarden fysiek ter hand te stellen, dan verleent artikel 6:234 lid 1 BW subsidiair de mogelijkheid om alsnog aan zijn informatieplicht te voldoen. Dit kan door kenbaar te maken dat de voorwaarden ter inzage liggen bij de gebruiker of bij de Kamer van Koophandel of dat de voorwaarden zijn gedeponeerd bij een griffie van een gerecht. Daarbij moet wel worden vermeld dat de voorwaarden op verzoek kosteloos zullen worden toegezonden. Door deze wijze is de wederpartij bekend of wordt geacht bekend te zijn met de algemene voorwaarden.²³

2. *Herhaaldelijke zaken tussen partijen*

Als partijen regelmatige gelijksoortige overeenkomsten worden gesloten en de algemene voorwaarden bij de eerste overeenkomst op correcte wijze aan de wederpartij ter hand zijn gesteld, dan is het niet nodig om dit opnieuw ter hand te stellen bij de volgende overeenkomsten.²⁴

Grote partijen

3. De eis van terhandstelling geldt niet voor bedrijven met meer dan 50 werknemers of met gepubliceerde jaarrekening. Ten opzichte van deze partijen is het verwijzen naar de algemene voorwaarden voldoende en het is dan aan die wederpartij om uit te zoeken om welke voorwaarden het gaat.²⁵

2.4.2 Elektronische informatieplicht²⁶

Krachtens artikel 6:234 lid 2 BW mogen algemene voorwaarden elektronisch ter hand worden gesteld. Dit mag in beginsel alleen indien de overeenkomst elektronisch is gesloten, tenzij de wederpartij uitdrukkelijk met de elektronische terhandstelling heeft ingestemd ex artikel 6:234 lid 3 BW.

De volgende vereisten gelden voor een correcte elektronische terhandstelling

- De algemene voorwaarden moeten ter beschikking gesteld worden;
- De algemene voorwaarden moeten kunnen worden opgeslagen;
- De algemene voorwaarden moeten altijd elektronisch toegankelijk zijn voor de wederpartij de mogelijkheid hebben tot toegang van de algemene voorwaarden,

Ook uit het tweede lid van artikel 6:234 BW volgt dat de algemene voorwaarden vooraf of tijdens het sluiten van de overeenkomst ter beschikking gesteld moeten worden en dat de voorwaarden kosteloos op verzoek toegezonden moeten worden. Op het moment dat elektronisch ter beschikking stellen niet mogelijk is dan dient de gebruiker de website bekend te maken waarop de algemene voorwaarden terug te vinden zijn. Alleen is het niet voldoende om enkel de website te noemen. De wederpartij moet zelf dan opzoek naar de algemene voorwaarden. De gebruiker dient ervoor te zorgen dat de algemene voorwaarden eenvoudig te vinden zijn door middel van een duidelijk herkenbare directe hyperlink,²⁷ waar deze algemene voorwaarden ook te downloaden zijn.²⁸ In het arrest van de Hoge Raad van 11 februari 2011 is besloten dat het zoeken via een zoekmachine op internet naar de toepasselijke algemene voorwaarden, niet gelijk kan worden gesteld aan het ter hand stellen.²⁹ Verder is een verwijzing naar de algemene voorwaarden op de factuur of de orderbevestiging te laat.³⁰ Er zijn samengevat drie cumulatieve regels voor de elektronische terhandstelling langs elektronische weg, namelijk de ter beschikking stelling, de opslag mogelijkheid en de toegankelijkheid.

²² Hijma 2016, p.59

²³ HR Geurtzen/Kampstaal en HR VPN/Havrij

²⁴ HR Geurtzen/Kampstaal en HR VPN/Havrij

²⁵ Loos 2018, p.66

²⁶ Kamerstukken II 2001/02, 28 197, nr. 3, p. 13

²⁷ Kamerstukken I 2003/04, 28 197, C, p. 18

²⁸ Hijma 2016, p.64

²⁹ HR 11 februari 2011, (First Data/Attingo)

³⁰ HR 5 juni 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0623

2.4.3 Informatieplicht voor dienstverrichters

In artikel 6:234 BW wordt verwezen naar artikel 6:230c BW, omdat in dat artikel de wijze van ter hand stellen voor dienstverrichters die onder de Dienstenrichtlijn vallen is opgenomen. In deze richtlijn wordt gesproken over dienstverrichters als er sprake is van een natuurlijke persoon of een rechtspersoon die in een lidstaat is gevestigd en die diensten aanbiedt of verleent aan particulieren of bedrijven.³¹ De dienstverrichters, ook wel dienstverleners genoemd, moeten zich ook aan de informatieplicht houden. De vereisten voor terhandstelling voor dienstverleners zijn aanzienlijk soepeler dan de vereisten uit artikel 6:234 BW. Naast artikel 6:234 BW kunnen dienstverleners op één van de volgende vier manieren de algemene voorwaarden ter hand stellen:

- Op eigen initiatief door de dienstverrichter (met andere woorden: de hoofdregel 'ter handstellen').
- Op de plaats waar de dienst wordt verricht of het contract wordt gesloten, indien gemakkelijk toegankelijk
- Langs elektronische weg op een door de dienstverrichter meegedeeld internetadres.
- Door opname in aan de afnemer verstrekte informatiedocumenten, waarin de diensten van de dienstverrichter in detail worden beschreven.

Bij dienstverleners gelden de bovengenoemde wijze van ter hand stellen afgezien van of de terhandstelling mogelijk is of dat de overeenkomst via elektronische weg tot stand is gekomen. Indien de dienstverlener gebruik maakt van de uit artikel 6:230c mogelijke wijze, behoort zij zich ook aan artikel 6:230e BW te houden. Uit dit artikel volgt dat de voorwaarden alleen voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomst ter beschikking moeten worden gesteld, indien de overeenkomst schriftelijk wordt gesloten. In andere gevallen dient de terbeschikkingstelling plaats te vinden voordat de verrichting van de dienst plaatsvindt. Uit de derde genoemde mogelijkheid van artikel 6:230c BW blijkt dat dienstverleners al aan de informatieplicht voldoen als zij een internetadres meedelen. Anders dan bij niet-dienstverleners, waar de gebruiker hier niet zelf mag gaan zoeken. De dienstverlener kan dus op 2 manieren voldoen aan zijn informatieplicht.

2.5 Tussenconclusie

Volgens relevante literatuur en wet- en regelgeving is de terhandstelling het uitgangspunt bij het voldoen aan de informatieplicht bij het sluiten van een overeenkomst. De informatieplicht dient de wederpartij in staat te stellen om bekend te zijn met de inhoud van de algemene voorwaarden. Indien de gebruiker de informatieplicht niet in acht neemt, kan de wederpartij de algemene voorwaarden vernietigen. Indien er een zaak wordt aangespannen is het de taak van de gebruiker van de algemene voorwaarden om te bewijzen dat er op een correcte wijze ter hand is gesteld. Er zijn meerdere mogelijkheden om ter hand te stellen. Kort samengevat zijn de volgende wijzen van terhandstelling mogelijk:

- De fysieke terhandstelling (+drie uitzonderingen);
- De elektronische terhandstelling (terbeschikkingstelling).

Indien de gebruiker onder de Dienstrichtlijn valt en aangemerkt wordt als dienstverrichter/dienstverlener biedt artikel 6:230c BW ook de mogelijkheid om naast de bovengenoemde mogelijkheden op andere soepelere wijze de algemene voorwaarden ter hand te stellen, namelijk:

- De fysieke terhandstelling;
- De plaats waar de dienst wordt verricht. Gemakkelijke toegankelijkheid is wel een must;
- De elektronische terhandstelling;
- De voorwaarden zijn opgenomen in verstrekte documenten waarin de diensten worden beschreven.

Overkoepelend kan worden geconcludeerd dat de algemene voorwaarden van toepassing zijn, indien zowel een niet-dienstverlener (gebruiker van de algemene voorwaarden) als een dienstverlener op de juiste wijze ter hand hebben gesteld.

³¹ Art. 6:230b BW, Richtlijn 2006/123/EG

Hoofdstuk 3: Juridisch kader – ‘uitdrukkelijk van de hand wijzen’

In het vorige hoofdstuk zijn de begrippen informatieplicht en terhandstelling aan bod gekomen en toegelicht. In de wet wordt bepaald dat een gebruiker van de algemene voorwaarden de algemene voorwaarden ter hand moet stellen om een redelijke mogelijkheid te geven om de wederpartij van de voorwaarden kennis te laten nemen. Indien daaraan is voldaan zijn de algemene voorwaarden op een correcte wijze van toepassing verklaard. In dit hoofdstuk wordt verder ingezoomd op de toepasselijkheid van de algemene voorwaarden wanneer beide partijen hun eigen voorwaarden hanteren. Het begrip ‘uitdrukkelijk van de hand wijzen’ staat in dit hoofdstuk centraal en wordt verduidelijkt.

3.1 The battle of forms

Het moment dat beide contractspartijen bij het sluiten van een overeenkomst verwijzen naar hun eigen set algemene voorwaarden en deze van toepassing verklaren, wordt een ‘battle of forms’ genoemd.³² De vraag is dan: welke algemene voorwaarden zijn van toepassing op de overeenkomst? In het recht bestaan 4 oplossingen:³³

1. Geen van beide algemene voorwaarden zijn van toepassing op de overeenkomst;
2. De algemene voorwaarden waarnaar eerst is verwezen is van toepassing (*first shot-rule*);
3. De algemene voorwaarden waarnaar laatst is verwezen is van toepassing (*last shot-rule*);
4. Beide voorwaarden zijn naast elkaar van toepassing op de overeenkomst voor zover zij verenigbaar zijn. Voor zover zij onverenigbaar zijn, worden de rechtsgevolgen door het algemeen geldende recht bepaald (knock out-rule).

In ons rechtssysteem wordt de first shot-rule in beginsel gehanteerd. Daarom zal er verder geen aandacht worden besteed aan de overige genoemde oplossingen. De battle of forms wordt in artikel 6:225 lid 3 BW beslecht. Uit parlementaire geschiedenis blijkt dat de wetgever heeft gekozen voor de first shot regel, omdat de regelgeving niet afweek van de destijds geldende regelgeving. Daarnaast vond de wetgever het van belang dat er een wetsregel kwam, zodat de rechter op basis van een duidelijke regeling een battle of forms situatie kon beslechten.³⁴

Artikel 6:225 lid 3 BW 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 wordt gewezen.

Uit dit artikel blijkt dat de algemene voorwaarden waarnaar als eerste is verwezen van toepassing zijn, tenzij bij een tweede verwijzing de toepasselijkheid van de in de eerste verwijzing aangegeven algemene voorwaarden *uitdrukkelijk van de hand wordt gewezen*. Indien de eerste verwijzer de toepasselijkheid niet van de hand wijst, nadat de wederpartij (de tweede verwijzer) in eerste instantie de algemene voorwaarden uitdrukkelijk van de hand heeft gewezen en daarbij verwezen heeft naar haar eigen voorwaarden, komt de overeenkomst tot stand onder toepasselijkheid van de algemene voorwaarden van de wederpartij.³⁵ Op het moment dat de eerste verwijzer de toepasselijkheid van de voorwaarden van de wederpartij wel afwijst, komt er geen overeenkomst tot stand krachtens artikel 6:255 lid 1 BW. Wanneer partijen bij een wederzijdse van de handwijzing van de algemene voorwaarden toch de overeengekomen afspraken uitvoeren dan is een overeenkomst tot stand gekomen zonder dat daarbij algemene voorwaarden van toepassing zijn verklaard.³⁶

3.2 Criterium ‘uitdrukkelijk van de hand wijzen’

Het criterium houdt in dat het voor de eerste verwijzer duidelijk moet zijn dat de wederpartij het aanbod niet aanvaard als haar eigen voorwaarden niet van toepassing zijn. De afwijzing moet op zo’n manier gebeuren, dat het de eerste verwijzer niet kan ontgaan dat zijn voorwaarden niet van toepassing zullen zijn. Er is geen sprake van uitdrukkelijk afwijzen indien de wederpartij enkel naar eigen voorwaarden verwijst, zonder nadrukkelijke afwijzing. Uit vaste jurisprudentie voldoet een standaardtekst in correspondentie van de wederpartij niet aan de vereiste van van de hand

³² Hendrikse, Jongeneel en Wessels 2017, p.37

³³ Hendrikse, Jongeneel en Wessels 2017, p.38

³⁴ Kamerstukken II 1984/85, 18 998, nr. 1-3, p. 93.

³⁵ Hijma 2019 p. 22

³⁶ Rb. Arnhem 17 augustus 2011, ECLI:NL:RBARN:2011:BR5567

wijzing als bedoeld in artikel 6:225 lid 3 BW.³⁷ De wederpartij dient in de afwijzing de algemene voorwaarden van de eerste verwijzer expliciet aan te duiden en deze duidelijk te weigeren.³⁸ Anders is het voor de partij die als eerst naar zijn eigen voorwaarden verwijst niet duidelijk of zijn eigen voorwaarden aanvaard zijn. Bij geen concrete afwijzing mag de eerste verwijzer er op vertrouwen dat de toepasselijkheid van haar eigen voorwaarden zijn aanvaard.³⁹ Er is sprake van een duidelijk van de handwijzing wanneer er in de mededeling is vermeld dat uitsluitend de eigen algemene voorwaarden van toepassing zijn en de andere set algemene voorwaarden worden verworpen.

Een voorbeeld van een duidelijke afwijzing is: *‘U heeft de algemene voorwaarden X op de tussen ons te sluiten overeenkomst van toepassing verklaard. Wij wijzen de toepasselijkheid van deze algemene voorwaarden af en wensen onze algemene voorwaarden Y van toepassing te verklaren op de overeenkomst.’*

3.3 Tussenconclusie

Volgens de geldende wetgeving, artikel 6:225 lid 3 BW, komt aan de tweede verwijzing geen werking toe wanneer de toepasselijkheid van de eerste verwijzing niet uitdrukkelijk van de hand is gewezen. Deze afwijzing dient op een duidelijke wijze te geschieden. Het moet voor beide partijen duidelijk zijn als andere algemene voorwaarden van toepassing worden verklaard. Als de afwijzing voldoende uitdrukkelijk is, zijn de voorwaarden van de wederpartij van toepassing.

³⁷ Rb. Haarlem 18 november 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:7762

³⁸ Hijma 2019, p.30 en Loos, 2018 p.65

³⁹ Rutgvoorn 2013, p.57

Hoofdstuk 4: Resultaten interview

In dit hoofdstuk zullen de resultaten van de interviews worden weergegeven, waardoor verduidelijkt wordt hoe het werkproces omtrent de algemene voorwaarden eruit ziet bij Samskip. Bij de interviews is er gebruik gemaakt van een vragenlijst. De interviews zijn schematisch uitgewerkt in **bijlage 1** en volledige uitgewerkt in **bijlage 2**. In dit hoofdstuk worden de topics per paragraaf besproken.

4.1 Aangaan van overeenkomst

In alle vier de interviews is naar voren gekomen dat de geïnterviewden op de hoogte zijn van het onderscheid die gemaakt wordt tussen klanten bij de totstandkoming van overeenkomsten. Voor klanten die niet meer dan tussen de 150 á 200 ladingen per jaar laten vervoeren, komt een overeenkomst tot stand middels een offerte en aanvaarding daarvan. Zij ondertekenen geen contract met Samskip. Klanten die meer ladingen per jaar laten vervoeren en die gebruik maken van tenderplatforms (uitbesteding proces), sluiten een contract met Samskip. Deze contracten worden meestal opgesteld door de klant. Wat opvalt is dat een geïnterviewde op de afdeling Sales ook werkt met Excel sheets in plaats van offertes om prijzen van diensten bekend te maken. Dit omwille van duidelijkheid. De geïnterviewde gaf aan dat wanneer een klant meerdere offerteaanvragen doet voor verschillende ladingen het in z'n sheet overzichtelijker is en ontvangt de klant niet zoveel x aantal bladzijdes aan offertes.

4.2 Kennisneming van de algemene voorwaarden

In drie interviews kwam duidelijk naar voren dat de geïnterviewden algemene voorwaarden standaard meesturen bij offertes. Het valt mij op dat zij op dezelfde manier de algemene voorwaarden ter hand stellen. Dit kan ook niet anders, aangezien het systeem automatisch de algemene voorwaarden bijvoegt bij de e-mail. Verder kan uit de interviews opgemaakt worden dat niet alle geïnterviewden bewust zijn dat alleen het meesturen van algemene voorwaarden onvoldoende is. Zo heeft enkel één geïnterviewde aangegeven dat zij altijd een begeleidende e-mail maakt, waarin zij verwijst naar de toepasselijkheid van de algemene voorwaarden van Samskip. Verder valt op dat als het gaat om grotere klanten de algemene voorwaarden van Samskip zo van de tafel worden geveegd, omdat de voorwaarden van de klanten al eerder van toepassing verklaard zijn. Tevens gaat Samskip daar ook mee akkoord, wegens belangenafwegingen. Zo gaf een geïnterviewde aan dat zij graag zoveel mogelijk boekingen willen om de zaak goed draaiend te houden. Samskip gaat alleen akkoord met de voorwaarden van de klant als de klant de side letter heeft geaccepteerd. In deze side letter wordt nadrukkelijk aangegeven dat Samskip akkoord gaat als de tegenstrijdige voorwaarden worden geschrapt.

4.3 Discussie over de algemene voorwaarden

Het valt mij erg op dat de afdelingen die te maken hebben met grote klanten voornamelijk discussies hebben over de totstandkoming van overeenkomsten, waar ook de algemene voorwaarden bij horen. Zo gaven alle geïnterviewden aan dat de klanten die niet z'n grote opdracht voor ladingen hebben per jaar ook niet zo zeer tegen de algemene voorwaarden van Samskip protesteren bij de totstandkoming van de overeenkomst. Pas later wanneer de lading is geleverd, komt duidelijk naar voren dat klanten het niet eens zijn met bedingen van de algemene voorwaarden van Samskip. Deze discussie wordt door de afdeling Legal/Claims opgepakt. Wat verder opvalt is dat de medewerkers van Samskip van mening zijn dat hun voorwaarden gelden, omdat zij deze van toepassing hebben verklaard in de offerte.

Als het gaat om de grote klanten en de voorwaarden van deze partij wordt van toepassing verklaard, dan wordt er over het algemeen altijd een side letter gemaakt. Op die manier wordt uitdrukkelijk aangegeven dat Samskip alleen akkoord gaat als zij akkoord gaan met een aantal aanpassingen. Een geïnterviewde gaf aan dat op het moment dat Samskip een contract van de klant gaat ondertekenen zij altijd de zin vermelden: 'The acceptance of this agreement and signature is subject of the side-letter of Samskip dated .. 2020. The side-letter will prevail over this document.'

4.4 Tussenconclusie

Aan de hand van de bovenstaande resultaten van de interviews is een duidelijk beeld ontstaan over het werkproces van Samskip als het gaat om de totstandkoming van overeenkomsten en de daarbij horende algemene voorwaarden. Uit de resultaten van de interviews mag het volgende geconcludeerd worden met betrekking tot het werkproces omtrent de algemene voorwaarden:

- In beginsel komt een overeenkomst tot stand op basis van offertes en de aanvaarding daarvan, tenzij het gaat om klanten die grote hoeveelheid ladingen per jaar hebben en gebruikmaken van tenderplatforms. Deze werkwijze is algemeen bekend.
- Aan de verwijzing naar de toepasselijkheid van de algemene voorwaarden van Samskip wordt niet veel aandacht geschonken.
- Er wordt een onderscheid gemaakt in hoeveelheid van ladingen waar klanten een opdracht voor sturen. Zo heeft Samskip alleen een contract met klanten die een grote hoeveelheid ladingen boeken.
- De algemene voorwaarden worden altijd per e-mail verstuurd gelijktijdig met de offerte.
- De algemene voorwaarden van Samskip worden altijd van toepassing verklaard, tenzij grote klanten eigen voorwaarden hanteren. Samskip stuurt meestal een side letter waarin aanpassingen van tegenstrijdige voorwaarden zijn verwerkt. Deze side letter wordt nadrukkelijk als opmerking toegevoegd bij de ondertekening.

Hoofdstuk 5: Resultaten jurisprudentieanalyse

In hoofdstukken 2 en 3 van dit onderzoeksrapport is duidelijk geworden wanneer volgens de wet- en regelgeving en de literatuur de algemene voorwaarden ter hand zijn gesteld en uitdrukkelijk van de hand gewezen. In dit hoofdstuk wordt duidelijk onder welke omstandigheden de algemene voorwaarden voldoende ter hand zijn gesteld en uitdrukkelijk van de hand gewezen in de praktijk. De factoren aan de hand waarvan de rechter bekijkt of er aan de informatieplicht wordt voldaan, staan opgenomen in **bijlage 2**. De factoren aan de hand waarvan de rechter bekijkt of er voldoende uitdrukkelijk van de hand is gewezen, staan opgenomen in **bijlage 3**. In het kader van dit onderzoeksrapport zijn in totaal 20 uitspraken geanalyseerd. In de bijlagen zijn de analyses van dit onderzoek overzichtelijk verwerkt in de vorm van tabellen. In bijlage 2 zijn er 12 uitspraken geanalyseerd en in bijlage 3 zijn er 8 uitspraken bestudeerd. De factoren worden in dit hoofdstuk per paragraaf besproken.

5.1 Algemene voorwaarden ter hand stellen

5.1.1 Wijze van terhandstelling

Uit de analyse blijkt dat de rechter in 6 van de 12 zaken, in zaak 1, 4, 5, 7, 9 en 10, van oordeel is dat de algemene voorwaarden op de juiste wijze ter hand zijn gesteld. Op basis daarvan is de rechter van mening dat de gebruiker van de algemene voorwaarden een redelijke mogelijkheid heeft geboden aan de wederpartij om kennis te nemen van deze voorwaarden en heeft daardoor aan de informatieplicht voldaan. Hieronder volgt een uiteenzetting van feiten die de rechter van belang acht om te beoordelen of de gebruiker zich houdt aan de wettelijke norm van artikel 6:233 onder b juncto 6:234 BW, de 'informatieplicht'.

Fysieke terhandstelling

Van de 7 uitspraken waarbij de algemene voorwaarden fysiek ter hand zijn gesteld, heeft de rechter alleen in 2 uitspraken, in zaak 3 en 8, de algemene voorwaarden niet geldig verklaard. Wat bij beide uitspraken opvalt is dat de gebruiker niet kon bewijzen dat de voorwaarden ter hand zijn gesteld. De stelling: '*dat de algemene voorwaarden altijd worden meegegeven bij een aanvraag tijdens een gesprek en dat dit een standaard werkwijze is*', kan niet leiden tot conclusie dat de voorwaarden zijn overhandigd en levert daarom geen bewijs op. Voorts is in de andere zaak naar voren gekomen dat er wel gevraagd werd naar ondertekening voor ontvangst van de voorwaarden, maar nu daar geen ondertekend stuk als bewijs in het geding is gebracht, kan de rechter niet van uitgaan dat deze voorwaarden ook zijn overhandigd. In deze twee zaken oordeelt de rechter dat de gebruiker niet aan de bewijslast heeft voldaan. Daarom worden de algemene voorwaarden vernietigd.

In de overige 3 van de 5 zaken, in zaak 1, 4 en 9, waar het beroep op vernietiging niet is geslaagd, heeft de wederpartij getekend voor aanvaarding en ontvangst van de algemene voorwaarden. Hierdoor is het bewezen dat de wederpartij op de hoogte was. Bij de andere 2 uitspraken, in zaak 7 en 10, zijn de algemene voorwaarden niet persoonlijk overhandigd, maar voor het sluiten van de overeenkomst per e-mail met de offertes meegestuurd. Het vooraf toesturen van de algemene voorwaarden wordt hetzelfde gezien als het fysiek ter hand stellen, zolang de e-mail in het geding aantoonbaar is. Wat echter op valt in zaak 7 is dat een verwijzing naar de voorwaarden op een factuur te laat wordt geacht, tenzij partijen eerder overeenkomsten hebben gesloten. Als er sprake is van een zakenbestendige relatie tussen de partijen hoeft de gebruiker van de algemene voorwaarden niet telkens de voorwaarden ter hand te stellen en dan is enkel een verwijzing naar de voorwaarden voldoende. Wat van het bovenstaande kan worden opgemaakt is dus dat het belangrijk is om te zorgen dat de terhandstelling bewezen

kan worden. Dit is een opmerkelijk/cruciaal element om zekerheid te krijgen over de geldige verklaring van de algemene voorwaarden.

Elektronisch terhandstelling

Van de 12 uitspraken zijn er in totaal 4, in zaak 2, 5, 6 en 12, elektronisch ter hand gesteld. In slechts één uitspraak, in zaak 5, zijn de algemene voorwaarden geldig verklaard en is het beroep op vernietiging niet geslaagd. In deze uitspraak is de rechter van mening dat de dienstverlener haar algemene voorwaarden op correcte wijze elektronisch ter hand heeft gesteld. De dienstverlener heeft de website medegedeeld, waarop de algemene voorwaarden beschikbaar zijn. Uit deze uitspraak blijkt dat de rechter een mededeling met een directe link naar de algemene voorwaarden goed heeft gekeurd. De rechter acht het van belang, zoals ook blijkt in de zaken 6 en 12, dat de gebruiker van de algemene voorwaarden het initiatief tot bekendmaking moet nemen en wel op zodanige wijze dat de wederpartij eenvoudige wijze kennis kan nemen van de algemene voorwaarden. Dit geldt voor zowel niet-dienstverleners als dienstverleners. In de 2 zaken zijn de algemene voorwaarden echter wel vernietigd, omdat de rechter van mening is dat enkel een verwijzing naar een homepage van een website geen correcte wijze van de terhandstelling is. Het betreft niet een internetlink waarmee de wederpartij met één klik de tekst van de algemene voorwaarden op het scherm krijgt. De algemene voorwaarden zijn namelijk niet op eenvoudige wijze te vinden, waardoor de wederpartij ernaar moet zoeken en niet in één oogopslag kan lezen en opslaan. Hierdoor heeft de wederpartij in beide gevallen geen redelijke mogelijkheid gehad om er kennis van te nemen. Wat van het bovenstaande opgemaakt kan worden is dus dat het belangrijk is om de exacte vindplaats van de voorwaarden te vermelden, waardoor deze gemakkelijk terug te vinden zijn.

Uit zaak 8 blijkt dat dienstverleners daadwerkelijk een soepelere regeling hebben dan de niet-dienstverleners als het gaat om elektronisch ter handstellen. In deze zaak is de rechter namelijk van mening dat wanneer de gebruiker stelt dat hij als dienstverrichter aangemerkt kan worden, maar dat niet is, de gebruiker geen gebruik kan maken van de onder artikel 6:230c BW gestelde eisen voor de informatieplicht, maar van de vereisten uit artikel 6:234 BW. De gebruiker dient er in deze zaak rekening mee te houden dat de overeenkomst niet elektronisch is aangegaan en de wederpartij niet uitdrukkelijk heeft ingestemd met het op elektronische wijze ter beschikkingstellen van de algemene voorwaarden. Bij een dienstverlener is deze eis niet van toepassing en mag de dienstverrichter altijd, ongeacht of de overeenkomst op elektronische wijze is gesloten, de algemene voorwaarden elektronisch ter beschikkingstellen. Hierdoor acht de rechter dat een fysieke terhandstelling van de algemene voorwaarden op zijn plaats zou zijn geweest.

Een andere opvallende uitspraak is die van zaak 2. Hierin is de rechter namelijk van mening dat de algemene voorwaarden en de verwijzing daarvan van de gebruiker onduidelijk en onbegrijpelijk zijn. In deze zaak was het geval dat de algemene voorwaarden en de verwijzing daarvan in de Nederlandse taal waren, terwijl de partijen hebben gecommuniceerd in het Engels. De rechter acht hierdoor dat de wederpartij geen redelijke mogelijkheid heeft gehad om kennis te nemen van de voorwaarden. Dat de algemene voorwaarden wel op de juiste wijze elektronisch ter beschikking zijn gesteld doet hier niet toe. Bovendien wordt er gekeken naar de professionaliteit van de partijen. Zo is in een andere zaak gebleken, in zaak 9, dat wanneer beide professionele partijen gevestigd zijn in Nederland en de voertaal Engels is er dan mag er worden verwacht van de wederpartij dat de Nederlandse taal in voldoende mate wordt beheerst om zaken te kunnen doen en hierdoor ook kennis kan nemen van de algemene voorwaarden. Wat uit deze twee zaken opgemaakt kan worden is dat de rechter het belangrijk vindt dat naast de correcte wijze van ter handstelling de algemene voorwaarden de verwijzing daarvan ook duidelijk en begrijpelijk wordt te zijn geformuleerd. Dit betekent dat de algemene voorwaarden en de verwijzing daarvan moeten zijn opgesteld in een taal die de wederpartij begrijpt.

Tot slot is er van de 12 uitspraken, 1 zaak waarbij de algemene voorwaarden niet ter hand zijn gesteld. In zaak 11 is de rechter van mening dat de gebruiker geen mogelijkheid tot kennisneming van de algemene voorwaarden heeft geboden nu hij alleen in zijn e-mailberichten naar de desbetreffende voorwaarden verwijst. Uit niets blijkt dat gebruiker op enig moment haar algemene voorwaarden aan de wederpartij heeft toegezonden of in een van de besprekingen aan haar ter hand gesteld heeft. Indien het redelijkerwijs mogelijk is de voorwaarden ter hand te stellen, eventueel door toezending per e-mail of per post, dient dit ook daadwerkelijk te gebeuren. Dit ondersteunt de stelling dat het belangrijk is om te zorgen dat de terhandstelling bewezen kan worden. De wederpartij heeft ooit de algemene voorwaarden overhandigd, maar heeft niks in het geding gebracht nu daar geen bewijs van bestaat.

Wat verder duidelijk uit deze analyse naar voren komt, is dat de wederpartijen zich beroepen op de vernietigingsgrond van artikel 6:233 onder b BW standaard met de reden dat de algemene voorwaarden niet ter

hand zijn gesteld. Ook al zijn de algemene voorwaarden wel ter hand gesteld. In de 6 zaken waar de rechter de algemene voorwaarden van toepassing heeft verklaard blijkt dat de wederpartij heeft gesteld dat deze voorwaarden niet ter hand zijn gesteld. Hierdoor kan worden verondersteld dat zodra een zaak voor de rechter komt de kans groot is dat de wederpartij zich zal beroepen op de vernietigingsgrond, omdat zij simpelweg niet eens zijn met een beding.

5.1.2 Moment van terhandstelling

Uit de analyse blijkt dat de rechter in 6 van de 12 zaken, in zaak 1, 4, 5, 7, 9 en 10, van oordeel is dat de algemene voorwaarden op het juiste moment ter hand zijn gesteld. De rechter heeft in deze zaken vastgesteld dat de gebruiker van de algemene voorwaarden een redelijke mogelijkheid heeft geboden aan de wederpartij om kennis te nemen van deze voorwaarden door de algemene voorwaarden voor of tijdens de totstandkoming van een overeenstemming ter verstrekken. Dit is mede een vereiste voor de ter handstelling waar een gebruiker zich dus aan moet houden. Wat gelijk opvalt is de informatieplicht in zaak 2 echter niet is voldaan, maar de rechter van mening is dat de terhandstelling wel op het juiste moment is gebeurd. In dit geval was dat niet belangrijk, omdat de daadwerkelijke mogelijkheid om kennis te nemen van de algemene voorwaarden niet is geboden door onduidelijke en onbegrijpelijke taal. De wijze hoe deze algemene voorwaarden over zijn gebracht was niet juist, de terhandstelling op zich zelf was wel correct. Zo blijkt ook uit de zaken 6, 8, 11 en 12 dat de rechter niet zo zeer naar het moment van ter handstellen kijkt, wanneer de algemene voorwaarden overduidelijk vernietigbaar zijn. Dit is omdat de wijze waarop deze ter hand zijn gesteld niet correct zijn geweest. Hieruit kan geconcludeerd worden dat de vereiste 'het moment dat de terhandstelling plaatsvindt' in samenhang gezien moet worden met de hoofdvereiste 'de correcte wijze van terhandstelling'.

Je kunt wel stellen dat 'het moment van de terhandstelling' een onderliggende vereiste is, als de wijze het verstrekken van de algemene voorwaarden niet op de correcte manier is gedaan. De rechter kijkt dan niet zo zeer meer of de terhandstelling voor of tijdens de overeenstemming is geweest. Verder kan opgemaakt worden uit de zaken welke geldig zijn verklaard, dat wanneer de algemene voorwaarden op de juiste wijze ter hand zijn gesteld de rechter strikt kijkt naar het moment van terhandstelling. Dit komt omdat de rechter de vereiste dat de wederpartij een redelijke mogelijkheid heeft gekregen om kennis te nemen van voorwaarden moet waarborgen. De wederpartij kan immers niet op de hoogte zijn van de voorwaarden, indien deze na de overeenkomst ter hand worden gesteld.

5.1.3 Tussenconclusie

Aan de hand van de bovenstaande analyse van de uitspraken van de rechter is een duidelijk beeld ontstaan tussen welke kaders een onderneming zich moet bevinden om te voldoen aan de informatieplicht bij het ter hand stellen van algemene voorwaarden. Uit de jurisprudentieanalyse mag het volgende geconcludeerd worden met betrekking tot de terhandstelling van de algemene voorwaarden:

- De gebruiker van de algemene voorwaarden dient op de juiste wijze ter hand te stellen om te voldoen aan de informatieplicht.
- De gebruiker moet kunnen aantonen dat de terhandstelling heeft plaatsgevonden, waardoor bewezen kan worden dat de wederpartij van de algemene voorwaarden op de hoogte was. De gebruiker is daartoe verplicht.
- Als het gaat om een fysieke terhandstelling dan geldt geen bewijs=geen terhandstelling. Het tekenen van een overeenkomst waar de algemene voorwaarden bij zijn gevoegd of tekenen voor ontvangst van de algemene voorwaarden levert bewijs op. Ingevolge artikel 157 lid 2 Rv levert het zelfs dwingend bewijs. Verder wordt een offerte met meegestuurde algemene voorwaarden als fysieke terhandstelling gezien. Bovendien hoeft een terhandstelling niet iedere keer te gebeuren als er sprake is van een bestendige zakenrelatie tussen partijen. Enkel een verwijzing is voldoende, op voorwaarde dat de terhandstelling tenminste 1 keer op correcte wijze is overhandigd.
- Als het gaat om elektronische terhandstelling dient de gebruiker van de algemene voorwaarden het initiatief tot bekendmaking te nemen en wel op zodanige wijze dat de wederpartij op eenvoudige wijze kennis kan nemen van de algemene voorwaarden. Dit geldt voor zowel niet-dienstverleners als dienstverleners. Bij een dienstverlener geldt dat een mededeling met een directe link naar de algemene voorwaarden al voldoende is. Bij een niet-dienstverlener geldt dat een duidelijk herkenbare hyperlink gegeven moet worden, die direct leidt naar de betreffende algemene voorwaarden waar deze algemene voorwaarden ook op te slaan zijn. Het enkel verwijzen naar een homepage van een website wordt niet als een correcte terhandstelling beschouwd. De wederpartij kan de voorwaarden immers niet eenvoudig in één oogopslag zien en moet eerst zoeken naar de voorwaarden op de website. Ook is het voor een niet-dienstverlener toegestaan om de voorwaarden elektronisch ter hand te stellen, indien de

overeenkomst elektronisch tot stand is gekomen of de wederpartij heeft toestemming gegeven om de algemene voorwaarden elektronisch ter beschikking te stellen.

- De gebruiker van de algemene voorwaarden heeft geen redelijke mogelijkheid geboden aan de wederpartij als de algemene voorwaarden of de verwijzing daarvan niet duidelijk en begrijpelijk zijn. De gebruiker is verplicht om de voorwaarden of de verwijzing daarvan in begrijpelijke taal aan te bieden, anders zijn deze niet rechtsgeldig. Dit betekent dat de algemene voorwaarden moeten zijn opgesteld in een taal die de wederpartij begrijpt.
- Het enkel verwijzen naar de algemene voorwaarden is geen correcte wijze van ter hand stellen.
- De vereiste dat voor algemene voorwaarden vóór of tijdens de totstandkoming van de overeenkomst ter hand zijn gesteld wordt strikt getoetst door de rechter. Wanneer de wijze van terhandstelling al niet juist blijkt te zijn, is de vereiste van moment van terhandstelling ook niet relevant en wordt dan hierdoor ook niet getoetst.

5.2 Algemene voorwaarden van de hand wijzen

5.2.1 Eerste en tweede verwijzer (deel 1 first shot-rule, wie is eerste verwijzer?)

Uit de analyse blijkt dat de rechter in alle 8 zaken vast heeft kunnen stellen wie de eerste en tweede verwijzer van de algemene voorwaarden zijn in de geschillen. Op basis daarvan en van de wettelijke regel uit artikel 6:225 lid 3 kan de rechter oordelen welke algemene voorwaarden in eerste instantie van toepassing zijn. Hieronder volgt een uiteenzetting van feiten die de rechter van belang acht om te beoordelen of de gebruiker van de algemene voorwaarden als eerste of tweede verwijzer aangemerkt kan worden.

Van de 8 uitspraken heeft de rechter in 4 zaken, in zaak 1, 2, 6 en 7, op grond van vaste jurisprudentie geoordeeld dat wanneer in de uitnodiging om een aanbod te doen naar de algemene voorwaarden wordt verwezen, de uitnodiging als de eerste verwijzing gezien kan worden. In het arrest⁴⁰ heeft de Hoge Raad namelijk geoordeeld dat de regel van art. 6:225 lid 3 BW ook van toepassing is in het geval dat de offerte is gevolgd op een uitnodiging tot het doen van een aanbod en de uitnodiging en offerte naar verschillende algemene voorwaarden verwijzen. De uitnodiging van het doen van een aanbod is dus het 'first-shot'. De rechter heeft in de 4 bovengenoemde zaken uit de producties, welke in het geding zijn gebracht, kunnen opmaken dat in de offerteaanvraag als eerste naar de algemene voorwaarden werd verwezen. Hierdoor werd deze partij ook als eerste verwijzer aangemerkt.

Van de 8 uitspraken heeft de rechter in 3 zaken, in zaak 3, 4 en 5, geoordeeld dat de partij die het aanbod doet bijvoorbeeld door een offerte te sturen de eerste verwijzer is. Of zoals in zaak 8, wanneer een partij een opdrachtbevestiging heeft verstuurd. Dit komt omdat er niet uit eerdere correspondentie tussen partijen is gebleken dat er duidelijk naar de algemene voorwaarden is verwezen.

Voorts valt in zaak 5 op dat de rechter van mening is dat wanneer partijen een nieuwe overeenkomst aangaan die niet voortvloeit uit een eerdere gemaakte overeenkomst er opnieuw naar de wettelijke regel van artikel 6:225 lid 3 BW gekeken dient te worden en is diegene die in de nieuwe overeenkomst als eerste naar de algemene voorwaarden heeft verwezen de eerste verwijzer. Kortom, de eerste verwijzing van de keten van schriftelijke contacten die heeft geleid tot totstandkoming van de overeenkomst is bepalend.

Wat van het bovenstaande opgemaakt kan worden, is dat zoals bij de voorgaande paragraaf 4.1 het cruciaal is om alle correspondentie tussen partijen goed te bewaren, zodat dit in het geding gebracht kan worden. Dit levert namelijk bewijs op om aan te kunnen tonen dat een partij een eerste verwijzer is. Ook komt duidelijk naar voren dat rechters consequent kijken naar welke partij als eerste naar haar eigen algemene voorwaarden heeft verwezen. Simpelweg geldt - **wie als eerste verwijst, is aan boord** – om als eerste verwijzer aangemerkt te worden en hier bestaan geen uitzonderingen op.

5.2.2 Uitdrukkelijk van de hand wijzen (deel 2 first shot-rule)

Uit de analyse blijkt dat de rechter in alleen 1 van de 8 zaken, in zaak 8, van oordeel is dat de algemene voorwaarden uitdrukkelijk van de hand zijn gewezen. Op basis daarvan is de rechter van mening dat de algemene voorwaarden van de tweede verwijzer van toepassing zijn. Hieronder volgt een uiteenzetting van feiten die de rechter van belang acht om te beoordelen of de algemene voorwaarden van de eerste verwijzer uitdrukkelijk van de hand gewezen zijn door de tweede verwijzer.

⁴⁰ HR 13 juli 2001, (Hardstaal/Bovry)

Wat gelijk opvalt in zaak 8 is dat wanneer de algemene voorwaarden van de eerste verwijzer uitdrukkelijk van de hand zijn gewezen door de tweede verwijzer, het aan de eerste verwijzer is om dan de toepasselijkheid van de tweede verwijzer van de hand te wijzen. Ingevolge artikel 6:225 lid 1 BW wordt de tweede verwijzing gezien als een nieuw aanbod. Omdat dit niet is gedaan en de tweede verwijzer uitdrukkelijk kenbaar heeft gemaakt, door middel van de toevoeging op de overeenkomst, dat zij de algemene voorwaarden niet heeft geaccepteerd en haar eigen voorwaarden vervolgens van toepassing heeft verklaard. In deze zaak is in de door beide partijen ondertekende overeenkomst opgenomen onder het kopje overige afspraken door tweede verwijzer vermeld: *‘Wij wijzen de toepasselijkheid van de andere dan onze voorwaarden uitdrukkelijk van de hand’*. Daarop aansluitend heeft de eerste verwijzer deze overeenkomst ondertekend met de opmerking: *‘met inachtneming van onze opdrachtbevestiging d.d. 5 februari 2018’*. De rechter is in dit geval van mening dat de opmerking van de eerste verwijzer niet beschouwd kan worden als een uitdrukkelijke van de handwijzing. De verwijzing naar de opdrachtbevestiging, waarin de algemene voorwaarden van de eerste verwijzer van toepassing zijn verklaard, acht de rechter onvoldoende uitdrukkelijk. De eerste verwijzer diende expliciet te vermelden dat de toepasselijkheid van de tweede verwijzer uitdrukkelijk van de hand zijn gewezen. Daarom is de rechter van mening dat er onvoldoende vast is komen te staan dat de eerste verwijzer de algemene voorwaarden van wederpartij van de hand heeft gewezen.

In de overige 6 van de 7 zaken, in zaak 1, 2, 3, 4, 5 en 6, waar de algemene voorwaarden van de eerste verwijzer van toepassing zijn verklaard, heeft de rechter geoordeeld dat de tweede verwijzer heeft nagelaten om de algemene voorwaarden van de eerste verwijzer uitdrukkelijk van de hand te wijzen. De rechter is van mening, op basis van artikel 6:225 lid 3 BW, dat wanneer de tweede verwijzer zijn algemene voorwaarden van toepassing wil verklaren, het op de weg ligt van de tweede verwijzer die afwijkende algemene voorwaarden wil bedingen, om dit duidelijk aan de wederpartij kenbaar te maken, indien de eerste verwijzer duidelijk naar haar eigen voorwaarden heeft verwezen. Omdat de tweede verwijzer in deze 6 zaken alleen naar eigen voorwaarden heeft verwezen, nadat de eerste verwijzer haar algemene voorwaarden al van toepassing heeft verklaard, meent de rechter dat de tweede verwijzer dat niet heeft gedaan.

Bovendien valt in zaak 3 op dat de rechter oordeelt dat enkele in algemene zin verwijzen naar de toepasselijkheid van haar eigen algemene voorwaarden in de gehanteerde voorwaarden niet als uitdrukkelijk van de hand wijzen beschouwd kan worden. De zin in de algemene voorwaarden van de tweede verwijzer zag er als volgt uit: *‘Deze voorwaarden zijn uitsluitend van toepassing; We erkennen geen voorwaarden van de leverancier die in strijd zijn met of afwijken van onze algemene voorwaarden, tenzij we uitdrukkelijk schriftelijk hebben ingestemd met hun geldigheid.’* De rechter benoemt in zaak 3 dan ook een uitspraak⁴¹ van het gerechtshof, waarin is geoordeeld dat wanneer er sprake is van een dergelijke uitdrukkelijke afwijzing, er dan duidelijk zal moeten zijn dat andere voorwaarden worden afgewezen en welke voorwaarden worden afgewezen. Hierdoor heeft de rechter in zaak 3 geoordeeld dat de tweede verwijzer onvoldoende uitdrukkelijk van de hand heeft gewezen, omdat in de algemene zin niet het elementen ‘afwijzen van andere voorwaarden’ en ‘expliciete vermelding van welke voorwaarden’ benoemd zijn. Het moet immers duidelijk zijn dat de voorwaarden worden afgewezen voor de eerste verwijzer en welke voorwaarden dat zijn.

Ook blijkt uit zaak 7 dat de rechter van mening is dat het enkel in algemene zin verwijzen naar de toepasselijkheid van haar eigen algemene voorwaarden in een verstuurd offerte van de tweede verwijzer niet gezien kan worden als het uitdrukkelijk van de hand wijzen van de algemene voorwaarden van de ander. Dit wordt onvoldoende geacht en daarom zijn de algemene voorwaarden van de eerste verwijzer van toepassing verklaard. Vervolgens stelde de tweede verwijzer dat beide partijen hebben verwezen naar hun eigen voorwaarden, waardoor beide voorwaarden van toepassing moeten worden verklaard. De wettelijke regel van artikel 6:225 lid 3 laat dit echter niet toe, tenzij partijen samen overeenkomen dat meerdere voorwaarden van toepassing zijn.

Wat van het bovenstaande opgemaakt kan worden, is dat de kans groot is dat wanneer je als partij als eerste hebt verwezen naar je eigen voorwaarden deze voorwaarden dan ook van toepassing zijn. Dit komt omdat de rechter niet snel overweegt dat er aan de criterium uitdrukkelijk van hand wijzen is voldaan. Kortom, als de tweede verwijzer van de algemene voorwaarden niet adequaat ingaat op een verwijzing naar de algemene voorwaarden van de eerste verwijzer dan wordt toepasselijkheid van de algemene voorwaarden van de eerste verwijzer geacht te zijn verklaard.

⁴¹ Gerechtshof 's-Hertogenbosch 18 maart 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:748

5.2.3 Tussenconclusie

Aan de hand van de bovenstaande analyse van de uitspraken van de rechter is een duidelijk beeld ontstaan over wanneer een partij als eerste of tweede verwijzer wordt aangemerkt en wanneer er aan de criterium uitdrukkelijk van de hand wijzen is voldaan. Uit de jurisprudentieanalyse mag het volgende geconcludeerd worden met betrekking tot de first shot-rule en de criterium uitdrukkelijk van de hand wijzen van de algemene voorwaarden:

- De gebruiker van de algemene voorwaarden die als eerst verwijst naar haar eigen voorwaarden is de eerste verwijzer.
- Als er wordt verwezen naar algemene voorwaarden in een uitnodiging om een aanbod te doen wordt dit gezien als de eerste verwijzing, indien er niet eerder is verwezen naar andere voorwaarden en is de partij die bijvoorbeeld de offerteaanvraag heeft gedaan de eerste verwijzer.
- Als er sprake is van een aanbod zoals bedoeld in artikel 6:225 lid 1 BW wordt de tweede verwijzing gezien als een nieuw aanbod. Als dit aanbod ook daadwerkelijk geleid heeft tot een overeenkomst wordt de in eerste instantie tweede verwijzer als eerste verwijzer gezien.
- In een battle of forms geschil blijft het erg belangrijk dat gebruikers van de algemene voorwaarden stukken in het geding kunnen brengen, waar uit te leiden is wie de eerste en tweede verwijzer is en hoe vorm is gegeven aan deze verwijzingen en uitdrukkelijke van de handwijzingen.
- Wanneer de algemene voorwaarden uitdrukkelijk van de hand zijn geweest door de tweede verwijzer zijn de algemene voorwaarden van de tweede verwijzer van toepassing op de overeenkomst, tenzij de eerste verwijzer deze voorwaarden weer uitdrukkelijk van de hand wijst.
- Er is geen sprake van uitdrukkelijk van de hand wijzen, indien de tweede verwijzer heeft nagelaten om uitdrukkelijk van de hand te wijzen. De tweede verwijzer dient kenbaar te maken dat zij haar eigen voorwaarden wilt toepassing. Er geldt wel dat het alleen verwijzen naar eigen voorwaarden niet voldoende is en er dan geen sprake is van een uitdrukkelijke van de handwijzing.
- Er is geen sprake van uitdrukkelijk van de hand wijzen, indien enkel een algemeen beding in eigen voorwaarden is opgenomen met uitsluiting van andermans voorwaarden en verwijzing naar de toepasselijkheid van de voorgelegde algemene voorwaarden. De gebruiker van de algemene voorwaarden dient in correspondentie duidelijk kenbaar te maken dat zij niet akkoord gaat met de eerste verwezen algemene voorwaarden. Het duidelijke aspect wordt door middel van vermelding dat de algemene voorwaarden van de ander niet worden geaccepteerd met expliciete vermelding welke voorwaarden dan zijn afgewezen en welke dan van toepassing zijn.
- Als twee partijen naar hun algemene voorwaarden verwijzen, dan is volgens de wettelijke regel artikel 6:225 lid 3 BW maar één van deze voorwaarden van toepassing. In beginsel die van de eerste verwijzer, tenzij de tweede verwijzer de algemene voorwaarden van de ander uitdrukkelijk van de hand heeft gegeven. Alleen als partijen onderling overeenkomen dat twee voorwaarden van toepassing zijn, is dat mogelijk.

Hoofdstuk 6: Conclusie en aanbeveling

In dit hoofdstuk wordt de centrale vraag van het onderzoek beantwoord. Naar aanleiding van het uitgebreide theorie- en praktijkonderzoek kan er een betrouwbare en valide conclusie worden getrokken. Tevens wordt beoordeeld of het doel van dit onderzoek is behaald. De hoofdvraag van het onderzoek luidt als volgt:

‘Welk advies kan Samskip worden gegeven, over het ter hand stellen en uitdrukkelijk van de hand wijzen van de algemene voorwaarden in de zin van artikel 6:234 en 6:225 lid 3 BW blijkens wet- en regelgeving, interview en jurisprudentie?’

6.1 Informatieplicht

De informatieplicht van art. 6:233 onder b BW jo 6:234 is gericht op de bescherming van de wederpartij. Wordt er niet op een juiste wijze aan de informatieplicht voldaan dan geeft dat de wederpartij het recht de algemene voorwaarden te vernietigen. De wet en literatuur spreken erover dat aan de informatieplicht is voldaan als er een redelijke mogelijkheid aan wederpartij is gegeven om kennis te nemen van de voorwaarden door terhandstelling. Indien er een zaak wordt aangespannen is het de taak van de gebruiker van de algemene voorwaarden om te bewijzen dat er op een correcte wijze ter hand is gesteld. Dit blijkt ook uit de resultaten van het jurisprudentieonderzoek. Uit de resultaten blijkt dat de toetsing van de informatieplicht zoals in hoofdstuk 2 is beschreven door de rechter nauwkeurig gebeurt. Hieruit vloeit voort dat een gebruiker nog beter moet letten op de terhandstelling van zijn algemene voorwaarden om zo de toepasselijkheid te waarborgen. Het is daarom van belang dat Samskip rekening houdt dat de terhandstelling goed wordt verricht en dat de informatieplicht hoge bewijslast met zich meebrengt. Wanneer Samskip de algemene voorwaarden van toepassing verklaard en ernaar verwijst, betekent dit niet dat Samskip aan zijn informatieplicht heeft voldaan. De voorwaarden moeten namelijk overhandigd worden, zodat de wederpartij bekend kan zijn met de inhoud daarvan. Uit de resultaten van de interviews is gebleken dat Samskip zijn roer niet drastisch hoeft om te gooien, omdat de werkwijze aangaande de overhandiging van de algemene voorwaarden al deugdelijk is.

Gelet op voorgaande hoofdstukken is het advies aan Samskip om bij het ter hand stellen rekening te houden met de verwachten betwisting van terhandstelling achteraf. Uit het interviewonderzoek is gebleken dat werknemers bij Samskip van mening zijn dat hun voorwaarden van toepassing zijn, omdat zij deze per e-mail hebben meegestuurd. Gelet op de resultaten, kan Samskip daar ook wel van uitgaan. Gebleken is dat deze wijze van terhandstelling van de voorwaarden als 'betrouwbaar' beschouwd kan worden, omdat deze wijze door de rechter vaak als 'juist' wordt gekwalificeerd. Het advies aan Samskip is alleen wel om de terhandstelling aantoonbaar te maken, zodat zowel de wederpartij als Samskip kunnen aantonen dat de terhandstelling is uitgevoerd.

6.2 Criterium uitdrukkelijk van de hand wijzen

Aan de criterium in de first shot-rule is volgens de wet en literatuur voldaan als de tweede verwijzer van de algemene voorwaarden uitdrukkelijk aangeeft aan de eerste verwijzer dat zij de gehanteerde voorwaarden niet accepteert en haar eigen voorwaarden van toepassing verklaard wilt hebben. Het moet voor beide partijen duidelijk zijn als andere algemene voorwaarden van toepassing worden verklaard. Uit de resultaten blijkt dat de toetsing van de criterium door de rechter nauwkeurig gebeurt en dat de rechter de criterium nog duidelijker interpreteert dan de literatuur. De rechter kijkt strikt naar wie als eerste en tweede naar haar eigen voorwaarden heeft verwezen bij de totstandkoming van een overeenkomst. De kans om bij de rechter als tweede verwijzer gelijk te krijgen is zeer klein. Tot nu toe is duidelijk naar voren gekomen dat rechters de verwijzing naar de eigen voorwaarden een impliciete afwijzing vinden. Een uitdrukkelijke van de handwijzing bevat dan ook de elementen dat andere voorwaarden worden afgewezen en welke voorwaarden dat zijn. Uit de resultaten van het interview komt naar voren dat Samskip een standaard tekst gebruikt als het gaat om de uitdrukkelijke van de handwijzing bij grote partijen. Deze tekst wordt bij de handtekening als opmerking toegevoegd. In mijn ogen volstaat deze toevoeging, omdat de wederpartij een duidelijk document ontvangt waar elke tegenstrijdig beding welke Samskip wil afwijzen is vermeld met een toelichting. Hierdoor is de wederpartij duidelijk op de hoogte van de uitdrukkelijke afwijzing. Wat verder uit de resultaten naar voren komt is dat Samskip's medewerkers ervan uitgaan dat hun voorwaarden van toepassing zijn als zij een offerte hebben verstrekt, nu zij deze van toepassing hebben verklaard. Dit kan echter niet zo worden aangenomen. Zo blijkt uit het jurisprudentieonderzoek dat een eerste verwijzer ook degene kan zijn die de offerteaanvraag doet. Een standaard opgenomen tekst in de e-mail van klanten over toepasselijkheid van de voorwaarden kan al als verwijzing gezien worden. Hierdoor wordt Samskip als tweede verwijzer gezien en moet zij actie ondernemen, door uitdrukkelijk van de hand te wijzen.

Gelet op voorgaande hoofdstukken is het advies aan Samskip om in de werkwijze op te nemen dat er altijd wordt gekeken of zij in eerste instantie als eerste verwijzer gezien kunnen worden. Als er rekening wordt gehouden met deze maatregel kan er hierdoor op tijd nog actie worden ondernomen door voorwaarden van de andere partij uitdrukkelijk van de hand te wijzen, waardoor Samskip's voorwaarden weer van toepassing zijn. Verder wil ik ook benaderen dat de van de hand wijzing uitdrukkelijk dient te zijn.

6.3 Het doel

Het doel van dit onderzoek was om Samskip te adviseren over de informatieplicht en de criterium uitdrukkelijk van de hand wijzen van een gebruiker van zijn voorwaarden, zodat vernietiging en ongeldigheid kan worden voorkomen door middel van wet- en regelgeving, literatuur-, interview- en jurisprudentieonderzoek.

Uitgaande van wat in paragraaf §6.1 en 6.2 is besproken, kan geconcludeerd worden dat het doel is behaald. Het onderzoek dat is uitgevoerd is zeker bruikbaar voor de organisatie. Middels dit onderzoek is Samskip geadviseerd over de informatieplicht en de criterium van de hand wijzen, doordat de bedoeling van deze begrippen is gegeven en op welke wijze de rechter deze begrippen toetst. Het advies biedt Samskip een informatiebron om aan de informatieplicht te voldoen en indien nodig ook aan de criterium uitdrukkelijk van de hand wijzen. Het beoogd doel om de toepasselijkheid van eigen voorwaarden te laten gelden is dankzij dit onderzoek daarmee verhoogd.

6.4 Aanbeveling

Uitgaande van de literatuur, de jurisprudentie en de analyse die is gemaakt, worden hieronder de belangrijkste actiepunten genoemd die Samskip kan uitvoeren om te voldoen aan de informatieplicht en het criterium uitdrukkelijk van de hand wijzen om daarmee de kans op vernietiging van de toepasselijkheid van algemene voorwaarden te voorkomen.

Samskip dient naast de verwijzing ook altijd de algemene voorwaarden ter hand te stellen en hier goed op te letten. Het verwijzen alleen volstaat niet, indien partijen niet eerder zaken hebben gedaan. Daarom is terhandstelling cruciaal. Het laten teken voor ontvangst is dan ook een maatregel die gebruikt kan worden. Omdat Samskip voornamelijk via de e-mail contact heeft en in de toekomst gebruik gaat maken van online boekingssysteem via Mysamskip, raad ik aan om de klant actief akkoord te laten geven tijdens het boekingsproces. Dit kan gedaan worden door eerst een 'akkoord-knop/vinkje' op te nemen in een pop-up scherm. Hiermee kan de toepasselijkheid en verwijzing van de algemene voorwaarden niet worden gemist en betwist dat het geen deel uitmaakt van de overeenkomst.

Samskip wordt tevens aanbevolen om altijd een standaard begeleidende e-mail met verwijzing naar de algemene voorwaarden te versturen. Voor nu is de geautomatiseerde e-mail blanco en dient een medewerker zelf een verwijzing naar de voorwaarden op te nemen in de e-mail wanneer zij een offerte stuurt. De mogelijkheid dat dit niet wordt gedaan is daarmee groot. De volgende tekst kan dan worden opgenomen:

"Op al onze offertes, overeenkomsten en opdrachtbevestigingen zijn onze algemene voorwaarden van toepassing. De algemene voorwaarden kunnen kosteloos toegestuurd worden en staan tevens weergegeven op onze www.samskip.com/samskip-multimodal-terms-conditions. Een beknopt exemplaar van de algemene voorwaarden staat op de laatste bladzijde van de offerte. Hierbij verklaart u dat u de algemene voorwaarden heeft ontvangen en akkoord te gaat met de inhoud en toepasselijkheid hiervan."

Wat betreft de uitdrukkelijke van de handwijzing wordt Samskip aanbevolen om in het werkproces rekening te houden met offerteaanvragen. In deze aanvragen dient na te gaan of daar al verwijzingen in staan naar voorwaarden van klanten. Indien dat het geval is behoort Samskip uitdrukkelijk van de hand te wijzen. De volgende tekst kan dan worden gebruikt:

'Wij wijzen de toepasselijkheid van uw algemene voorwaarden (naam voorwaarden) af en wensen onze algemene voorwaarden (naam voorwaarden) van toepassing te verklaren op de overeenkomst.'

Vervolgens is het van belang dat alle correspondentie achteraf te vinden is, in verband met de bewijslast van Samskip. Hierdoor beveel ik aan om de back-up data base van Outlook en Mysamskip goed te laten onderhouden door de afdeling ICT. Op het moment dat Samskip in het geding voor moet komen is het essentieel dat er stukken voorgelegd kunnen worden als bewijs.

Bronnenlijst

I. Literatuur

Bertrams 2018

R.I.V.F. Bertrams, Overeenkomsten in het internationaal privaatrecht en het Weens Koopverdrag, Deventer: Kluwer 2018.

Hijma e.a. 2019

J. Hijma e.a., Rechtshandeling en overeenkomst, Deventer: Kluwer 2019.

Hijma 2016

J. Hijma, Algemene Voorwaarden, Deventer: Kluwer 2016.

Loos 2018

M.B.M. Loos, Algemene voorwaarden, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2018.

Schelhaas 2011

H.N. Schelhaas, Algemene voorwaarden in handelstransacties, Deventer: Kluwer 2011.

Wechem 2007

T.H.M. van Wechem, Toepasselijkheid van algemene voorwaarden, Deventer: Kluwer 2007.

Wessels, Jongeneel & Hendrikse 2017

B. Wessels, R.H.C. Jongeneel & M.L. Hendrikse (red.), Algemene voorwaarden, Deventer: Kluwer 2017.

Rutgvoorn 2013

M. Rutgvoorn, Contracten in de praktijk, Deventer: Kluwer 2013.

II. Tijdschriften

Spanjaard 2013

J.H.M. Spanjaard, 'Drafting tips & skills: battle of forms', Tijdschrift overeenkomst in de rechtspraak 2013, nr. 5

Kruisinga 2005

S.A. Kruisinga, 'De battle of forms in internationaal perspectief: een eerlijke strijd?', Contracteren 2005, afl. 1, p. 4-9.

III. Parlementaire stukken

Kamerstukken II 1975/76, 7729, nr. 6-7

Kamerstukken II 1984/85, 18 998, nr. 1-3

Kamerstukken II (MvT) 2007/08, 31358, n. 3.

Kamerstukken II 2001/02, 28 197, nr. 3

Kamerstukken I 2003/04, 28 197, C, p. 18

IV. Regelgeving

Richtlijn 2006/123/EG

Richtlijn 2000/31/EG

V. Jurisprudentielijst

Rechtbank

Rechtbank Arnhem 17 augustus 2011, ECLI:NL:RBARN:2011:BR5567

Rechtbank Haarlem 18 november 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:7762

Rechtbank Rotterdam 27 november 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:9364
Rechtbank Rotterdam 1 mei 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:3557
Rechtbank Gelderland 2 maart 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:1328
Rechtbank Rotterdam 27 september 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:7470
Rechtbank Rotterdam 29 april 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:3827
Rechtbank Noord-Holland 15 april 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:2649
Rechtbank Overijssel 21 februari 2018, ECLI:NL:RBOVE:2018:863
Rechtbank Oost-Brabant 3 juni 2020, ECLI:NL:RBOBR:2020:2862
Rechtbank Amsterdam 20 juni 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:3805

Rechtbank Overijssel 30 juli 2019, ECLI:NL:RBOVE:2019:2804
Rechtbank Noord-Holland 6 maart 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:1501
Rechtbank Noord-Nederland 5 juni 2018, ECLI:NL:RBNNE:2018:2034
Rechtbank Noord-Nederland 23 oktober 2018, ECLI:NL:RBNNE:2018:4261
Rechtbank Rotterdam 21 juli 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:6108
Rechtbank Noord-Nederland 9 mei 2019, ECLI:NL:RBNNE:2019:1975
Rechtbank Overijssel 5 februari 2020, ECLI:NL:RBOVE:2020:526
Rechtbank Rotterdam 21 april 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:3666
Rechtbank Rotterdam 28 juni 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:5104
Rechtbank Gelderland 9 november 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:6733
Rechtbank Oost-Brabant 24 april 2019, ECLI:NL:RBOBR:2019:2309

Gerechtshof

Gerechtshof Amsterdam 19 juni 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:2953
Gerechtshof Haarlem 28 augustus 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:7762
Gerechtshof 's-Hertogenbosch 18 maart 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:748

Hoge Raad

HR 1 oktober 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2977 (Geurtzen-Kampstaal)
HR 5 juni 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0623
HR 11 februari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO7108 (First Data/Attingo)
HR 13 juli 2001, ECLI:NL:HR:2001:ZC3632 (Hardstaal/Bovry)
HR 6 april 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB0901 (VNP/Havrij)

[VI. Elektronische bronnen](#)

www.samskip.com – zoeken op: About us

[VII. Interne documenten van Samskip](#)

Document claims statistieken reportage (april)

Bijlage 1 – Schematische uitwerking van de afgenomen interviews

In deze bijlage zijn de interviews schematisch uitgewerkt. Er zijn in totaal 3 onderwerpen besproken in de interviews en deze zijn in hieronder in de schema verwerkt. De verschillende onderwerpen zijn in het schema topics genoemd:

Topic 1: aangaan van overeenkomst

Topic 2: kennisneming van de algemene voorwaarden

Topic 3: discussie van de algemene voorwaarden

	Topic 1	Topic 2	Topic 3
Geïnterviewde 1	Geen, daar zijn ander afdelingen verantwoordelijk voor. Wel heeft geïnterviewde benoemt dat de overeenkomst bijna altijd tot stand komt door aanvaarding van een offerte. En dat contracten alleen worden ondertekend als het grote klanten betreft.	Algemeen voorwaarden worden per e-mail verstuurd als bijlage op het moment dat een offerte wordt uitgestuurd.	Er zijn meerdere afdelingen betrokken bij een discussie. Als de accountmanager er niet uitkomt, wordt juridische hulp gegeven door de afdeling Legal. Soms is een klant niet eens met een beding uit de voorwaarden zoals onze aansprakelijkheid, waardoor er discussies over kan bestaan, nadat een lading is vervoerd.
Geïnterviewde 2	Op basis van offertes en aanvaarding daarvan. Op moment dat een offerte te uitgebreid wordt dan wordt een Excel sheet verstuurd waarin prijzen zijn vermeld van de verschillende diensten. Geïnterviewde stelt nooit contracten op. Wel is hij bewust dat grote klanten op basis van een contract een overeenstemming hebben met Samskip.	Algemeen voorwaarden worden per e-mail verstuurd als bijlage op het moment dat een offerte wordt uitgestuurd. De beknopte versie van de voorwaarden staan ook op de laatste bladzijde van de offerte. Deze link leidt naar een website waar de voorwaarden te lezen en downloaden zijn. Wanneer een Excel sheet wordt verstuurd zijn de algemene voorwaarden als een blad gevoegd in het document.	Over het algemeen wordt niet veel gediscuteerd over de voorwaarden, totdat er schade ontstaat. Klanten hebben nog niet geprotesteerd tegen de algemene voorwaarden bij het de totstandkoming van de overeenkomst. De discussie ligt dan al bij de afdeling Claims.
Geïnterviewde 3	Op basis van offertes en aanvaarding daarvan. Daarnaast ondersteunt geïnterviewde accountmanagers die wel contracten maken op administratieve wijze. Contracten worden alleen gemaakt met Samskip op het moment dat een klant ladingen uitbesteed aan Samskip.	Algemeen voorwaarden worden per e-mail verstuurd als bijlage op het moment dat een offerte wordt uitgestuurd. De beknopte versie van de voorwaarden staan ook op de laatste bladzijde van de offerte. Deze link leidt naar een website waar de voorwaarden te lezen en downloaden zijn. Daarnaast stuurt zij een begeleidende e-mail waarin zij verwijst naar de offerte en algemene voorwaarden. Bovendien is in de handtekening van geïnterviewde een standaard tekst in haar e-mail opgenomen. (Verwijzing naar de algemene voorwaarden en dat ze van toepassing zijn, onderaan de handtekening in kleine letters).	Kleinere klanten= pas discussie op het moment dat er schade is ontstaan. Zo hanteren klanten soms eigen voorwaarden, terwijl Samskip's voorwaarden van toepassing zijn verklaard. Grotere klanten= voor de totstandkoming van de overeenkomst. Algemene voorwaarden van klanten worden van toepassing verklaard en wij gaan daarmee akkoord als dat mogelijk is. Meestal wel in strijd met Samskip's voorwaarden, waardoor een side letter wordt gemaakt. Hierin wordt vermeld dat Samskip akkoord gaat met het contract op voorwaarde dat sommige bedingen niet worden geaccepteerd.
Geïnterviewde 4	Voornamelijk contracten die opgesteld zijn door de klanten, omdat geïnterviewde met name contact heeft met grote klanten die gebruik maken van tenderprocessen. Als een klant geen gebruik maakt van tenderinschrijvingen dan op basis van offertes en aanvaarding daarvan. Ligt er ook een beetje aan per klant. Sommige willen toch wel een contract. De kleinere klanten in de portefeuille van geïnterviewde hebben over het algemeen geen contract.	Onze algemene voorwaarden worden van de tafel geveegd bij grote klanten. Zij hebben namelijk hun eigen uitgebreidere algemene voorwaarden. Deze worden al van toepassing verklaard op het moment dat wij ons willen inschrijven voor een tenderronde. Voor kleinere klanten geldt dat de algemene voorwaarden van Samskip van toepassing zijn, omdat zij akkoord gaan met de offertes waarin vermeld is dat onze voorwaarden van toepassing zijn.	Bedingen die in strijd zijn met onze aansprakelijkheidsverzekering en voorwaarden nemen wij op in een side letter met de daarbij horende aanpassingen en gaan pas akkoord met het contract als klant deze side letter heeft geaccepteerd. Soms accepteert de klant het niet en dan gaat onze juridische adviseur van de afdeling Legal onderhandelen met de klant.

Bijlage 2 – Uitwerking interviews

In deze bijlage zijn de vier afgenomen interviews uitgewerkt. Deze zijn opgenomen en later schriftelijk uitgewerkt. De interviews zijn afgenomen middels een half gestructureerd interview.

Geïnterviewde 1 – Ranique Noordover

1. Kunt u kort vertellen wat uw functie inhoudt?

'Sinds kort, 1 mei, ben ik supervisor op de afdeling Customer Service geworden. Ik ben al 1,5 jaar in dienst bij Samskip. Voorheen was ik Customer Service medewerker. Op de Customer Service afdeling sta je klanten te woord. Orders, vragen en klachten worden aangenomen, beantwoord en afgehandeld. Wanneer klanten problemen hebben, nemen zij als eerste met ons contact op. Wij zijn degene die de klanten informeren over bijvoorbeeld vertragingen en schades.'

2. Op welke wijze sluit u een overeenkomst met de klant?

'Geen, de afdeling Sales is daar verantwoordelijk voor. Samskip werkt op basis van vraag en aanbod door middel van een offertes bijvoorbeeld. Offertes worden altijd per e-mail verstuurd, tenzij het gaat om grote klanten. Medewerkers van Sales gaan wel is op bezoek bij de klant en overhandigen het contract dan ter plaatse. Telefonisch komt eigenlijk niet voor, waardoor er ook geen mondelinge overeenkomsten tot stand komen.'

3. In hoeverre zijn de werkprocessen over het aangaan van overeenkomsten binnen Samskip geïnventarieerd en beschreven? Wordt er gebruik gemaakt van een standaard proces?

'Binnen Samskip werkt het best gescheiden tussen elkaar. De afdeling Sales maakt echt de afspraken, de agreements(overeenkomsten) en doet de fine tuning met de klant. De Customer Service afdeling neemt het pas over wanneer het operationeel wordt. Dus op het moment dat alles al vast ligt en alle afspraken zijn gemaakt en de eerste order/boeking gemaakt is, komt Customer Service om de hoek kijken. De afdeling Customer Service is niet betrokken bij de totstandkoming van overeenkomsten. De afdeling is alleen gericht op de uitvoering. Hoe het verder is geregeld bij de afdeling Sales over het aangaan van overeenkomsten weet ik niet.'

4. Op welk moment komen de algemene voorwaarden aan de orde bij het aangaan van een overeenkomst?

'Gelijk bij het begin. Als het gaat om de vrijstelling van de algemene voorwaarden worden de voorwaarden altijd als een pdf bestand als bijlage meegestuurd bij de offerte.'

5. Hoe zijn de algemene voorwaarden van toepassing verklaard?

'In de offerte worden de algemene voorwaarden standaard van toepassing verklaard. Wij bieden X aan in de offerte maar dan wel volgens onder voorwaarden. Ik weet eigenlijk niet wat er precies staat en waar het gebaseerd op is. Daar ben ik eigenlijk wel benieuwd naar.'

6. Op welke manier bieden jullie de mogelijkheid om kennis te nemen van de algemene voorwaarden?

'Door de voorwaarden per e-mail door te sturen. Bovendien staat in de voorwaarden nog een link door erop te klikken wordt de klant naar een andere pagina verwezen op de website van Samskip.'

7. Als er een discussie ontstaat over de algemene voorwaarden hoe lossen jullie deze op?

'Op het moment dat de klant niet of niet meer eens is met de agreement, op dat moment is Customer Service ook een beetje hand gebonden, want daar kunnen wij niets mee. De klant kan het daarmee eens zijn of niet, maar het staat vast. Volgens ons is het contract getekend en als daar problemen over zijn dan gaat deze kwestie terug naar Sales of de accountmanager. Als Sales of de accountmanager er niet uit komt, dan wordt het probleem naar de afdeling Legal doorgestuurd. Ik moet wel zelf zeggen dat wij op de afdeling de discussie altijd proberen aan te gaan. Wanneer wij toch iets niet weten, vragen wij dat na bij Sales of de accountmanager en als er dan tegen gas gegeven wordt dan sturen wij het door naar Sales of de accountmanager.'

8. Wat is uw ervaring met klanten als het gaat om de algemene voorwaarden?

'Af en toe zijn klanten niet eens over een beding. Zoals bijvoorbeeld de aansprakelijkheid. Ik ben wel op de hoogte waar er in de algemene voorwaarden staat en waar wij ons aan kunnen houden, waardoor wij ook wel tegen gas geven en als de klant echt blijft zeuren vragen we Roeland van de Legal en Claims afdeling om bij te springen.'

9. Welke efficiëntie verbetering is er volgens u mogelijk?

'Enerzijds vind ik dat er wellicht een vinkje in het systeem gezet kan worden, op het moment dat klanten een order doen, om te bevestigen dat zij op de hoogte zijn van de toepasselijkheid van onze voorwaarden. Anderzijds zouden agreements en offertes wellicht nagelopen kunnen worden. Een dubbele check om in te zien of de algemene voorwaarden goed van toepassing verklaard zijn.'

Geïnterviewde 2 – Jeroen in den Bosch

1. Kunt u kort vertellen wat uw functie inhoudt?

'Al 1,5 jaar werk ik bij Samskip als Sales Executive. Ik werk dan binnen Sales op de afdeling quay to quay (kade-kade boekingen). Op deze afdeling zijn wij voornamelijk bezig met het verkopen van plekken op onze schepen of treinen aan derde. Aan de concurrentie eigenlijk en partijen die overzees komen. Deze klanten hebben dan eigen containers en deze vervoeren wij dan binnen Europa. Mijn grote klanten zijn dan ook diepzee vervoerders. Ik ga veel langs klanten binnen Europa om afspraken te maken over de volumes van boekingen en prijzen. Ook bespreek ik met de klanten hoe de service verloopt en ik gooi in ieder geval ook een balletje op om extra werk binnen te krijgen. Op kantoor ben ik ook veel bezig met het verwerken van verslagen.'

2. Op welke wijze sluit u een overeenkomst met de klant?

'Op de afdeling quay to quay werken wij eigenlijk helemaal niet met contracten, maar met offertes en Excel sheets. Het is namelijk zo dat onze klanten altijd bij iedereen kunnen boeken. Wij sluiten geen overeenkomst met de klanten voor een periode of iets dergelijks. Dat doet de andere afdeling(business) door to door echter wel bij grote klanten. Onze business werkt niet zo, bij ons gaan er geen tenders uit, waarop wij aanbieden. (Tenders in het Nederlands aanbesteding.) Wij sturen de tarieven naar de klanten en deze klanten kijken per dag met wie zij hun containers gaan verschepen. Dit betekent dat zij alles kunnen overgooien naar een ander de volgende dag. Door deze snelle business is het daarom ook niet mogelijk om een contract te ondertekenen elke keer wanneer de klant bij ons boekt. Het proces om een contract te maken duurt veel te lang en komen wij dus met klanten overeen op basis van offertes en aanvaarding daarvan.'

3. In hoeverre zijn de werkprocessen over het aangaan van overeenkomsten binnen Samskip geïnt inventoriseerd en beschreven? Wordt er gebruik gemaakt van een standaard proces?

'Ja, er is geen sprake van overeenkomsten aangaan op onze afdeling zoals een contract. De standaard procedure is dat wij een offerte sturen naar klanten en zij deze dan aanvaarden, indien zij akkoord zijn. Wij zorgen daarbij dat we altijd een akkoord hebben per e-mail. Klanten kunnen ook niet boeken, als er geen offerte in het systeem staat. Wij werken ook met Excel sheets, waarin verschillende prijzen per klant zijn vermeld. Op het moment dat een klant prijzen opvraagt van heel veel verschillende soorten containers en routes. Dan sturen wij structureerde Excel document op (als een soort van offerte). Als het gaat om de andere afdeling weet ik wel dat, zij een standaard contract gebruiken en deze dan aanpassen.'

4. Op welk moment komen de algemene voorwaarden aan de orde bij het aangaan van een overeenkomst?

'Op het moment wanneer wij een offerte afgeven, sturen wij altijd de algemene voorwaarden mee als bijlage in de e-mail. Ook bij de Excel sheet zijn de algemene voorwaarden als een blad gevoegd in het document.'

5. Hoe zijn de algemene voorwaarden van toepassing verklaard?

'Op onze offerte staat een standaard zin met dat wij alleen opereren onder onze voorwaarden.'

6. Op welke manier bieden jullie de mogelijkheid om kennis te nemen van de algemene voorwaarden?

'Door de voorwaarden altijd per e-mail naar de klant te sturen. In onze e-mailbox zijn ook alle e-mails terug te vinden. Bovendien staat in de verkorte toegestuurde voorwaarden een verwijzing naar de link van de volledige algemene voorwaarden www.samskip.com/samskip-multimodal-terms-conditions. (Samskip is wel bezig met vernieuwingen omtrent de boekingen etc. Het is de bedoeling dat klanten kunnen gaan inloggen op my Samskip website en alle offertes kunnen inzien. Dit gaat alleen nog heel lang duren voordat het zover is.)'

7. Als er een discussie ontstaat over de algemene voorwaarden hoe lossen jullie deze op?

'Als het zover komt dat er een discussie ontstaat over een beding van de algemene voorwaarden dan ligt het al bij de afdeling Claims. Wanneer de klant schadevergoeding claimt wegens schade van de container. Dan pas wordt door de klant kenbaar gemaakt dat zij niet eens zijn met onze voorwaarden. Claims is daar strikt in en houdt zich ook aan de voorwaarden, waardoor het kan gaan botsen. Commercieel gezien, probeer ik altijd wel een midden weg te vinden. Het is niet de bedoeling dat we door zulke discussies klanten verliezen. Daarnaast is het de macht van de grote, als het gaat om kleine klanten dan kunnen zij niet akkoord gaan en de boekingen stoppen, maar zij hebben wel een belang en moeten wel hun containers vervoeren. Grote klanten daarentegen

als zij niet akkoord gaan stoppen ze met boeken, dat is natuurlijk veel heftiger voor ons dan als kleine klanten niet akkoord gaan.'

8. Wat is uw ervaring met klanten als het gaat om de algemene voorwaarden?

'Het komt bij mij eigenlijk nooit voor dat klanten een discussie hebben over de algemene voorwaarden. Mijn besprekingen met klanten zijn meer gericht op de prijs, hoeveelheid volume van boekingen en service. Ik heb nog nooit vernomen van klanten bij besprekingen dat zij het wel of niet eens zijn met de voorwaarden. Dit komt natuurlijk ook door onze snelle business en dat er op onze afdeling hierdoor geen contract voor wordt opgesteld.'

9. Welke efficiëntie verbetering is er volgens u mogelijk?

'Als het gaat om de algemene voorwaarden heb ik daar niet echt een antwoord op. Wat betreft de claims van klanten blijft het heel vervelend als we daar niet uit mee komen. Wij wijzen natuurlijk aansprakelijkheid vaak af, omdat wij goed ingedekt zijn door onze voorwaarden. Wat hieraan verbeterd kan worden, is wellicht beter contact hebben met klanten. Ik zie af en toe dat klanten nog nijldiger worden op het moment dat de afdeling Claims lang op zich laat wachten voor een reactie. Wellicht kan ik proactief de afdeling Claims benaderen één keer per maand om een korte update te vragen. Dan kan ik ook checken hoe het verloopt en bij springen waar nodig is. Zo gaan klanten makkelijker meewerken en zullen zij wellicht niet zo tegenwerken als het gaat om aansprakelijkheid wat in onze voorwaarden geregeld is.'

Geïnterviewde 3 – Susanne de Winter

1. Kunt u kort vertellen wat uw functie inhoudt?

'Ik werk op de afdeling Inside Sales door to door Benelux team. Op de afdeling komen offerteaanvragen binnen die wij behandelen. Zo sturen wij offertes uit naar de klanten en doen wij ondersteunende administratieve taken voor accountmanagers als het gaat om grote klanten. We hebben ook onze eigen portefeuille van klanten. Deze klanten hebben ongeveer tot 150 ladingen per jaar.'

2. Op welke wijze sluit u een overeenkomst met de klant?

'Bij (kleinere) klanten op basis van een offerte. Zij doen de aanvraag bijna altijd via de e-mail en af en toe telefonisch. De offerte en bevestiging zijn altijd per e-mail. Bij grotere klanten, die gebruik maken van tender(aanbesteding), wordt uiteindelijk een contract meegetekend. De onderscheid in klanten wordt gemaakt door de hoeveelheid ladingen per jaar die vervoerd worden. Klanten met een grote hoeveelheid ladingen per jaar maken bijna altijd gebruik van een tenderproces. Dan heb ik het over honderden/duizenden ladingen per jaar. Ik teken deze persoonlijk niet. Ik ondersteun en werk samen met de accountmanager.'

3. In hoeverre zijn de werkprocessen over het aangaan van overeenkomsten binnen Samskip geïnventariseerd en beschreven? Wordt er gebruik gemaakt van een standaard proces?

'Ik neem aan van wel. We hebben namelijk een tender applicatie, zodat we kunnen kijken of iets onder een tender valt of niet. Als hieruit blijkt dat het via een tender moet lopen, dan start het proces van onderhandelingen voor het contract. Verder tekenen we eigenlijk nooit voor kleine hoeveelheid ladingen. Ik denk dat dit geldt voor elke afdeling. Ik kan echter alleen spreken voor de team Benelux natuurlijk. Binnen onze team werken wij op dezelfde manier.'

4. Op welk moment komen de algemene voorwaarden aan de orde bij het aangaan van een overeenkomst?

'In een begeleidende e-mail verwijs ik altijd naar de offerte en de algemene voorwaarden. Wij sturen de voorwaarden namelijk met de offerte samen toe naar de klant. De opgestelde offertes rollen uit het systeem Mysamskip in een e-mail met twee bijlagen, namelijk de offerte en de algemene voorwaarden. De e-mail is dan blanco. Ik kies er daarom voor om de e-mail eerst naar mezelf te sturen en een begeleidende tekst in de e-mail te versturen. Bij grotere klanten, die gebruik maken van tender, komen de voorwaarden al voordat wij hun contract tekenen aan de orde. Zij verwijzen op de tenderplatforms als eerste al dat hun voorwaarden van toepassing zijn. Wij gaan meestal met hun voorwaarden akkoord. Het kan niet anders, als wij dat niet doen krijgen we de business niet. Wel gaan akkoord op voorwaarde dat onze side letter met bepaalde aanpassingen zoals tegenstrijdige bedingen wordt geaccepteerd.'

5. Hoe zijn de algemene voorwaarden van toepassing verklaard?

'Zodra een klant een boeking plaatst gaan zij akkoord met onze voorwaarden. Bij offerteaanvragen sturen wij offertes waarin is opgenomen dat onze voorwaarden van toepassing zijn. Bovendien staat er in mijn handtekening altijd: *'All our activities are subject to the latest version of [our terms and conditions](#). The aforementioned terms and conditions will be sent upon request free of charge. The Court of Rotterdam will be competent regarding any dispute with Dutch law to apply.'* Daarnaast staat op de laatste bladzijde van de offerte nog een uittreksel van de voorwaarden. Als je te maken hebt met tenderinschrijvingen, dan blijkt al snel dat de klant als eerst verwijst naar haar eigen algemene

voorwaarden. Wij doen daar niet echt iets aan, tenzij de bedingen in strijd zijn met onze voorwaarden.'

6. Op welke manier bieden jullie de mogelijkheid om kennis te nemen van de algemene voorwaarden?

'De algemene voorwaarden worden altijd naar de klant verstuurd per e-mail. Dit wordt gedaan op het moment dat wij ook de offerte toesturen.'

7. Als er een discussie ontstaat over de algemene voorwaarden hoe lossen jullie deze op?

'Kleinere klanten krijgen een offerte en als zij akkoord gaan dan boeken ze gewoon. Met deze klanten zijn er pas problemen op het moment dat er schade is ontstaan. Meestal vragen we de afdeling Legal om ons er bij te helpen. Achteraf gezien heeft de klant de voorwaarden geaccepteerd op het moment dat offerte is aanvaard en de klant een boeking heeft geplaatst, omdat wij de voorwaarden duidelijk van toepassing hebben verklaard. Het komt voor dat klanten hun eigen voorwaarden hanteren. Zij boeken dan onder eigen voorwaarden, nadat wij voorwaarden al van toepassing hebben verklaard. Bij de totstandkoming van een overeenkomst betwisten klanten eigenlijk bijna nooit dat de algemene voorwaarden niet van toepassing kunnen zijn. Alleen bij grote klanten is het proces van de totstandkoming van de overeenkomst zo langdradig en complexer. Contracten die wij binnen krijgen van klanten worden gecontroleerd door meerdere afdelingen. De afdeling Legal zorgt voor het juridische aspect en als er discussie is over de voorwaarden zijn zij daarmee bezig.'

8. Wat is uw ervaring met klanten als het gaat om de algemene voorwaarden?

'Tot u toe heb ik maar één keer een klant gehad die voordat een overeenkomst tot stand was gekomen en een boeking had gedaan, dat zij wilde dat wij hun voorwaarden van toepassing zouden verklaren. Ik heb heel duidelijk aangegeven dat wij daar niet akkoord meegaan en dat alleen onze van toepassing zijn. Bij grote klanten ben ik er bij wanneer de accountmanager afspraken gaat maken en gaat onderhandelen. Tijdens zulke gesprekken zie ik vaak dat het gaat om de voorwaarden waar wij niet akkoord meekunnen gaan. Meestal komen we er uiteindelijk wel uit.'

9. Welke efficiëntie verbetering is er volgens u mogelijk?

Geen.

Geïnterviewde 4 – Tim Ouwerkerk

1. Kunt u kort vertellen wat uw functie inhoudt?

'In Rotterdam ben ik de Corporate Key Accountmanager en verantwoordelijk voor de grote klanten zoals Mars, Kuehne+Nagel en Hillebrand. Het grootste deel van je werkzaamheden als key accountmanager wordt ingevuld door het onderhouden en uitbouwen van relaties met klanten.'

2. Op welke wijze sluit u een overeenkomst met de klant?

'De grote klanten sturen een tender uit naar al hun vervoerders, onze concurrenten. Elk jaar wordt z'n tenderproces gestart met meerdere rondes. Bedrijven maken gebruik van speciale platforms hiervoor. Op het moment dat wij de business krijgen, wordt er onderhandeld en uiteindelijk een fysiek contract gemaakt en ondertekend verstuurd per e-mail, aangetekende post of ik ga lekker conservatief zelf langs bij klanten om het te overhandigen. Bij kleinere klanten wordt gebruik gemaakt van offertes, die uiteindelijk ernaar toe leiden dat een contract wordt gemaakt.'

3. In hoeverre zijn de werkprocessen over het aangaan van overeenkomsten binnen Samskip geïnterviewd en beschreven? Wordt er gebruik gemaakt van een standaard proces?

'Ja, het ligt eraan om welke klant het gaat. Bij kleinere klanten, waarbij de ladingen tot 250 zijn per jaar, is het over het algemeen duidelijk dat wij opereren onder onze eigen algemene voorwaarden en deze boekingen zijn ook makkelijker af te handelen. Bij grotere klanten heb je te maken met grote tender en met het contract en de algemene voorwaarden van de klant. Hier is eigenlijk het proces ook best simpel en wordt hier ook een standaard procedure gevolgd. Het contract en de voorwaarden worden altijd gecheckt door de Legal afdeling (Frank de Lint) voor akkoord is gegeven.'

4. Op welk moment komen de algemene voorwaarden aan de orde bij het aangaan van een overeenkomst?

'Gelijk bij het begin. Bij grote klanten al voordat wij de business krijgen. Op de tenderplatforms van de klanten wordt al verwezen naar hun eigen algemene voorwaarden. Bij een offerteaanvraag (meestal kleinere klanten of eenmalige losse opdrachten) sturen wij de algemene voorwaarden met de offerte per e-mail.'

5. Hoe zijn de algemene voorwaarden van toepassing verklaard?

'Het ligt aan de grote van de klant. Grote bedrijven hebben eigen algemene voorwaarden, vaak zijn deze ook veel uitgebreider dan die van Samskip. Wat de bedrijven doen als je mee wilt doen met een tender kan je je

inschrijven. Op het moment dat je een overzicht met prijzen wilt uploaden staat er automatisch bij 'by uploading this document you are accepting our terms and conditions'. Bij kleinere bedrijven daarentegen overhandigen wij offertes waarin de algemene voorwaarden van toepassing zijn verklaard en meegestuurd.'

6. Op welke manier bieden jullie de mogelijkheid om kennis te nemen van de algemene voorwaarden?

'Alleen bij kleinere klanten sturen wij de algemene voorwaarden altijd per e-mail toe.'

7. Als er een discussie ontstaat over de algemene voorwaarden hoe lossen jullie deze op?

'Contracten van grote klanten, die zijn niet altijd 100 procent reëel. In de contracten staan soms veel eisen van klanten die botsen met Samskip's aansprakelijkheidsverzekering en onze eigen algemene voorwaarden. Daar zie je dan vaak dat daar issues overkomen. Wat wij meestal doen bij zulke gevallen, is dat we onze prijsoverzicht en overeenkomst doorsturen naar Frank de Lint van de Legal afdeling met de vraag om het te checken en of we daarmee akkoord kunnen gaan. Wanneer wij niet akkoord kunnen gaan op advies van Frank dan wordt ons de instructie gegeven om de klant te informeren dat wij het contract niet integraal kunnen accepteren en dat er een aantal aanpassingen zijn in de side letter. In de side letter wordt genoteerd welke artikelen niet geaccepteerd kunnen worden met uitleg waarom. Nadat wij ons overzicht van prijzen hebben geüpload op het platform sturen wij de side letter direct toe naar de klant per e-mail. Op het platform kan namelijk maar één document geüpload worden. Dan kom je op het punt dat de business van ons wordt of niet. Als het wel zo het geval is dan beginnen de discussies met de klant meestal over de side letter. De ene keer accepteert de klant het wel en soms niet. Zo ben ik nu met een klant bezig waarmee wij al zeker minimaal 8 á 9 jaar diensten voor doen. Elke keer hebben wij ook bij deze klant een side letter per e-mail verstuurd en geaccepteerd gekregen. Ze gaan nu echter niet akkoord en de overeenkomst is nog niet ondertekend. Als wij niet akkoord gaan, krijgen wij de business niet. Onze algemene voorwaarden worden gewoon van de tafel geveegd. De stap hierna is dan dat we Frank in contact brengen met de legal persoon van de klant. Zij spreken immers dezelfde taal en zij gaan dan in onderhandeling met elkaar. Meestal komen ze er uiteindelijk dan wel uit. Op het moment dat de klant wel de side letter heeft geaccepteerd dan voegen wij nog een opmerking toe aan het contract. De volgende zin: *'The acceptance of this agreement and signature is subject of the side-letter of Samskip dated .. 2020. The side-letter will prevail over this document.'*

Bij kleinere klanten is het anders. Als zij onze tarieven/ offerte accepteren dan hebben zij onze voorwaarden ook geaccepteerd. Dan kan hier ook weinig discussie over zijn. Ik heb ze nog niet echt meegemaakt.'

8. Wat is uw ervaring met klanten als het gaat om de algemene voorwaarden?

'Zoals eerder aangegeven ligt het aan de grote van de klant, wanneer het een grote betreft dan zijn wij eerder geneigd akkoord te gaan met hun voorwaarden, zodat we de business krijgen. Het moet alleen niet in strijd zijn met onze voorwaarden en verzekering. Als dit wel het geval is wordt er een side letter gemaakt. Bij kleinere klanten verloopt het best soepel. Het komt dan ook niet echt voor dat zij voor dat we diensten voor hen hebben verricht dat ze de algemene voorwaarden betwisten.'

9. Welke efficiëntie verbetering is er volgens u mogelijk?

'Ja, dat is moeilijk. In zoverre je hebt natuurlijk bij tender klanten dat zij gebruik maken van eigen algemene voorwaarden en hierdoor heb je altijd iemand van de Legal afdeling nodig. De juridische kennis hebben wij als accountmanager gewoon niet. Het liefst zou ik gewoon onze eigen voorwaarden van toepassing willen hebben, maar dat gaat nooit gebeuren met grote klanten. Wat wellicht een verbetering zou kunnen zijn, is dat iemand naast Frank de Lint zulke kwesties opvangt. Het is namelijk zo als hij wegvalt, hebben we niemand waar we naar toe kunnen. Het zorgen voor een back-up is dan mijn suggestie.'

Bijlage 3 – Jurisprudentieanalyse 1

Bijlage 4 – Jurisprudentieanalyse 2