

ECLI:NL:RBARN:2009:BJ1754

Instantie	Rechtbank Arnhem
Datum uitspraak	17-06-2009
Datum publicatie	07-07-2009
Zaaknummer	175459
Rechtsgebieden	Civil recht
Bijzondere kenmerken	Eerste aanleg - enkelvoudig
Inhoudsindicatie	Tussenvonnis in bevoegdheidsincident in vrijwaringszaak. Bewijsopdracht aan eiseres in het incident dat zij haar algemene voorwaarden al vóór het sluiten van de overeenkomst aan haar wederpartij heeft toegezonden.
Wetsverwijzingen	Burgerlijk Wetboek Boek 6 Burgerlijk Wetboek Boek 6 233 Burgerlijk Wetboek Boek 6 234
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl JOR 2009/311

Uitspraak

vonnis

RECHTBANK ARNHEM

Sector civil recht

zaaknummer / rolnummer: 175459 / HA ZA 08-1625

Vonnis in incident in vrijwaring van 17 juni 2009

in de zaak van

WILHELMUS HENRICUS BERNARDUS MARIA LITJENS

in hoedanigheid van curator in het faillissement van Wabru-Gejo Infra B.V.,

wonende te Nijmegen,

eiser in de hoofdzaak tot vrijwaring,

verweerder in het incident,

advocaat mr. W.H.B.M. Litjens te Elst,

tegen

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

BNR BOUWSTOFFEN B.V.,

gevestigd te Gendt,

gedaagde in de hoofdzaak tot vrijwaring,

eiseres in het incident,

advocaat mr. F.R.H. Kuiper te Hattem.

Partijen zullen hierna de curator en BNR genoemd worden. De gefailleerde vennootschap zal hierna Wabru worden genoemd.

1. De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- het tussenvonnis van 4 maart 2009
- de akte van BNR
- de akte van de curator
- de akte overlegging producties van BNR.

1.2. Ten slotte is vonnis bepaald in het incident.

2. De verdere beoordeling

2.1. De rechtbank blijft bij hetgeen zij heeft overwogen en beslist in het tussenvonnis van 4 maart 2009 (hierna aan te duiden als het tussenvonnis). In dit tussenvonnis heeft de rechtbank ten aanzien van een aantal geschilpunten tussen partijen beslist.

2.2. BNR is in de gelegenheid gesteld om te reageren op de stelling van de curator dat de algemene voorwaarden niet van toepassing zijn gezien artikel 1 van de algemene voorwaarden. Daarnaast is BNR in de gelegenheid gesteld om te reageren op de stelling van curator dat de algemene voorwaarden niet ter hand zijn gesteld. BNR heeft bij akte gereageerd op het tussenvonnis. De curator heeft vervolgens bij akte op de stellingen van BNR gereageerd. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

de toepasselijkheid van de algemene voorwaarden

2.3. De eerste vraag die thans beantwoord moet worden is of de algemene voorwaarden van BNR van toepassing zijn tussen partijen gezien hetgeen is bepaald in artikel 1 van de algemene voorwaarden. BNR is bij tussenvonnis in de gelegenheid gesteld te reageren op de stelling van de curator dat de lava bestemd was voor de tuinbouwsector, welke sector niet als zodanig in de algemene voorwaarden wordt genoemd.

2.4. BNR heeft bij akte gereageerd. Zij stelt zich op het standpunt dat BNR leverancier is van bouwstoffen aan gebruikers van deze bouwstoffen. Een tuinbouwer die aardbeien kweekt, betreft geen bouwstoffen van BNR en is dan ook geen adreassaant van de algemene voorwaarden van BNR. In casu is er echter sprake van levering van bouwstoffen aan een grote bouwonderneming (Wabru). Deze grote bouwonderneming heeft op industriële wijze lavavelden aangelegd die alleen al wegens hun grootte geen tuinbouw, maar industrie betreffen.

2.5. Door de curator is aangevoerd dat Presikhaaf een instelling is die belast is met de uitvoering van de Wet Sociale Werkvoorziening, waarbij medewerkers aan het werk worden gezet voor werkzaamheden met betrekking tot eenvoudige handelingen. Opzet van het project Bergerden is louter en alleen bestemd voor de tuinbouw, waarbij medewerkers van Presikhaaf werkzaamheden kunnen verrichten van eenvoudige aard. Van enige industriële omgeving is geen enkele sprake, laat staan dat gesproken kan worden van industrie.

2.6. De rechtbank is van oordeel dat BNR heeft aangetoond dat er sprake is van levering van de lava aan een grote bouwonderneming. Immers in deze gaat het om levering van lava aan een grote bouwonderneming, namelijk aannemingsbedrijf Wabru zelf. Dat Wabru de lava vervolgens heeft geleverd

aan Presikhaaf staat los van de overeenkomst tussen BNR en Wabru van levering van lava. Dat de lava uiteindelijk bestemd is voor de tuinbouw doet aan het voorgaande niet af. Artikel 1 van de algemene voorwaarden is derhalve van toepassing op de overeenkomst. Geconcludeerd wordt dus dat de algemene voorwaarden van toepassing zijn.

verjaring

2.7. Alvorens in te gaan op de vraag of de algemene voorwaarden ter hand zijn gesteld bespreekt de rechtbank de vraag of het beroep van de curator op de vernietigbaarheid van de algemene voorwaarden inmiddels is verjaard.

BNR heeft bij akte aangevoerd dat de mogelijkheid van Wabru een beroep te doen op de vernietigbaarheid van de algemene voorwaarden verjaard is. BNR heeft namelijk bij brief van 11 oktober 2005 een expliciet beroep gedaan op haar algemene voorwaarden. Door de curator is eerst op 4 februari 2009 een beroep gedaan op de vernietiging.

De curator heeft zich verweerd en stelt dat hij in de dagvaarding van 24 september 2008 zich erop heeft beroepen dat hem niet bekend is dat de leveringsvoorwaarden van BNR in deze van toepassing zijn. Vervolgens heeft BNR zich in de incidentele conclusie expliciet beroepen op de toepasselijkheid van de algemene voorwaarden. De mogelijkheid zich te verweren door in rechte een beroep te doen op een vernietigingsgrond blijft blijkens artikel 3:51 lid 3 BW te allen tijde bestaan.

2.8. Blijkens artikel 6:235 lid 4 BW begint de verjaringstermijn van artikel 3:52 BW van drie jaar eerst te lopen vanaf het moment dat er een beroep wordt gedaan op een bepaald beding. In deze heeft BNR zich weliswaar in haar brief van 11 oktober 2005 beroepen op haar algemene voorwaarden, maar eerst in haar incidentele conclusie van 7 januari 2009 heeft zij zich op het desbetreffende arbitraal beding in de algemene voorwaarden beroepen. Het beroep op verjaring faalt derhalve.

rechtspersoon als in artikel 2:360 BW

2.9. BNR heeft voorts aangevoerd dat Wabru een rechtspersoon is als bedoeld in artikel 2:360 BW waardoor ex artikel 6:235 BW een beroep op de vernietigbaarheid strand. BNR heeft ter onderbouwing hiervan een uittreksel uit het handelsregister overgelegd.

De curator heeft gesteld dat Wabru ten tijde van het sluiten van de overeenkomst niet haar jaarrekening openbaar heeft gemaakt. Wabru heeft slechts enkele algemene gegevens en/of kengetallen gepubliceerd maar niet haar gehele jaarrekening. Wabru is dus geen rechtspersoon als bedoeld in artikel 2:360 BW.

2.10. Nu de algemene voorwaarden van toepassing zijn komt de curator in beginsel een beroep toe op de vernietigingsgronden van art. 6:233 BW, tenzij BNR een grote wederpartij is als bedoeld in art. 6:235 lid 1 BW.

Uit de parlementaire geschiedenis bij dit artikelonderdeel is af te leiden dat naar de bedoeling van de wetgever onder dat criterium alleen valt een rechtspersoon bedoeld in art. 2:360 BW, die ten tijde van het sluiten van de overeenkomst daadwerkelijk laatstelijk zijn gehele jaarrekening heeft gepubliceerd; verg. Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), blz. 1631, en vooral blz. 1642 en 1644. Het gaat dan om ondernemingen die een volledige jaarrekening hebben gepubliceerd, inclusief winst- en verliesrekening en niet om ondernemingen die op grond van artikel 2:396 lid 7 BW slechts een balans hebben gepubliceerd.

Uit het door BNR overgelegde uittreksel uit het handelsregister blijkt dat Wabru alleen een balans heeft gepubliceerd en niet ook een winst- en verliesrekening.

Op die grond oordeelt de rechtbank dat Wabru niet kan worden aangemerkt als een grote wederpartij in de zin van art. 6:235 lid 1 BW en dat de curator in beginsel een beroep toekomt op de vernietigingsgronden van art. 6:233 BW.

beroep op artikel 6:235 lid 3 BW

2.11. Vervolgens beroept BNR zich op artikel 6:235 lid 3 BW nu Wabru nagenoeg dezelfde algemene voorwaarden hanteert als BNR. BNR heeft ter onderbouwing hiervan de algemene voorwaarden van Wabru Gejo, versie september 1998 overgelegd. BNR heeft het desbetreffende artikel van de algemene voorwaarden dat ziet op de keuze van het rechtsforum geciteerd in haar akte.

De curator stelt zich op het standpunt dat het om twee verschillende voorwaarden gaat. Het doet er ook niet toe of de ene bepaling enigszins lijkt op de andere bepaling, maar het gaat om het geheel van de voorwaarden. Daarbij is het rechtsforumbeding niet juist geciteerd omdat BNR een zin heeft nagelaten te vermelden. In het beding van Wabru blijft juist de mogelijkheid openstaan een geschil niet uitsluitend voor te leggen aan de Raad voor Arbitrage voor het Bouwbedrijf, zoals bij de voorwaarden van BNR het geval is.

2.12. De door BNR en Wabru gebruikte algemene voorwaarden dienen in zijn geheel met elkaar te worden vergeleken en niet, zoals BNR doet, enkel de arbitrale bedingen in die voorwaarden. Bij vergelijking van de beide algemene voorwaarden valt op dat de algemene voorwaarden van elkaar verschillen qua opbouw maar ook qua inhoud. Waar BNR ([betrokkene] Bouwstoffen bv) bijvoorbeeld in haar algemene voorwaarden een beding heeft opgenomen omtrent laagwatertoeslag komt dit beding in de algemene voorwaarden van Wabru niet voor. Reeds daarom is de rechtbank van oordeel dat niet gezegd kan worden dat de door beide partijen gehanteerde algemene voorwaarden gelijk of nagenoeg gelijk aan elkaar zijn. Het beroep op artikel 6:235 lid 3 BW faalt derhalve. De curator komt, nu alle weren van BNR zijn behandeld, in beginsel een beroep toe op de vernietigingsgronden van art. 6:233 BW.

terhandstelling

2.13. De vraag die vervolgens beantwoord moet worden is of de algemene voorwaarden ter hand zijn gesteld als bedoeld in artikel 6:234 lid 1 sub a BW. BNR heeft zich primair op het standpunt gesteld dat overhandiging redelijkerwijs niet mogelijk was, omdat partijen veelal telefonisch en per fax zaken met elkaar deden. Het was in dit contact niet mogelijk steeds de algemene voorwaarden ter hand te stellen. Daarbij heeft BNR door het steeds aanbieden van haar algemene voorwaarden op eerste verzoek kosteloos toe te zenden en de deponering bij de rechtbank voldaan aan artikel 6:234 lid 1 sub b BW. Subsidiair heeft BNR aangevoerd dat alle klanten van BNR, dus ook Wabru, periodiek de algemene voorwaarden toegezonden kregen. BNR heeft hier uitdrukkelijk bewijs van aangeboden.

2.14. De curator heeft het standpunt van BNR bestreden en stelt dat het bepaalde in artikel 234 lid 1 sub b BW met name op het oog heeft het kopen van een trein- of buskaartje, waarbij het praktisch onmogelijk is om telkens de algemene voorwaarden ter hand te stellen. Ook bij overeenkomsten via telefoon, fax en schriftelijk is het overhandigen van algemene voorwaarden vrij eenvoudig mogelijk. In de regel worden bij offertes de algemene voorwaarden bijgevoegd respectievelijk op de achterzijde van de offerte afgedrukt en wordt daarnaar verwezen. Verder bestrijdt de curator dat BNR periodiek en dus ook aan Wabru de algemene voorwaarden heeft toegezonden. Er is niet onderbouwd op welke wijze dit is gedaan of een geschrift overgelegd waar dit uit zou blijken.

2.15. Met de curator is de rechtbank van oordeel dat het redelijkerwijs wel mogelijk was geweest om de algemene voorwaarden te zenden ook al was er veelal contact per fax of per telefoon. Gebleken is dat het contact tussen partijen niet alleen per telefoon plaats heeft gevonden nu [betrokkene], zoals is overwogen in het tussenvonnis, in 2002 en 2003 offertes en facturen aan Wabru heeft verzonden. De algemene voorwaarden hadden op die manier ook verzonden kunnen worden. Het beroep op artikel 6:234 lid 1 sub b BW faalt derhalve.

2.16. BNR heeft echter daarnaast gesteld dat alle klanten van BNR periodiek de algemene voorwaarden toegezonden kregen en dat op deze manier de algemene voorwaarden ter hand heeft gesteld.

Op zichzelf is juist dat volgens rechtspraak van de Hoge Raad in een situatie waarin partijen regelmatig zaken met elkaar doen de gebruiker van algemene voorwaarden deze niet bij elke afzonderlijke overeenkomst ter hand behoeft te stellen. In een dergelijk geval is dan echter wel vereist dat de wederpartij geacht kan worden met de algemene voorwaarden bekend te zijn, bijvoorbeeld omdat de gebruiker de algemene voorwaarden op enig moment aan de wederpartij ter hand heeft gesteld (HR 1 oktober 1999, NJ 2000, 207).

Door de curator is niet betwist dat partijen veelal telefonisch en per fax zaken met elkaar deden. De rechtbank concludeert hieruit dat partijen regelmatig zaken met elkaar hebben gedaan. Het voorgaande blijkt ook uit de incidentele conclusie van antwoord onder 4. waar de curator zelf aangeeft dat partijen in het verleden zaken met elkaar hebben gedaan. De vraag is of BNR inderdaad de algemene voorwaarden periodiek toezond aan al haar klanten maar vooral of ook voorafgaand aan het sluiten van de onderhavige overeenkomst de algemene voorwaarden zijn toegestuurd. Vast dient komen te staan of Wabru ten tijde van het sluiten van de overeenkomst tot het leveren van lava reeds bekend was met de algemene voorwaarden van BNR ([betrokkene] Bouwstoffen bv). BNR, op wie de bewijslast rust, zal haar stelling, dat zij de algemene voorwaarden periodiek rond zond aan haar klanten en deze ook op enig moment voor het sluiten van de overeenkomst aan Wabru heeft gezonden, mits niet te lang daarvoor, dienen te bewijzen.

Nu uitdrukkelijk bewijs wordt aangeboden van het toezenden van de algemene voorwaarden zal de rechtbank BNR in de gelegenheid stellen om bewijs te leveren van haar weergegeven stellingen die er toe strekken dat zij, door de algemene voorwaarden aan BNR ter hand te stellen op enig moment voor of bij het sluiten van de overeenkomst (artikel 6:234 lid 1 onder a BW), de wederpartij een redelijke mogelijkheid heeft geboden om daarvan kennis te nemen zodat bedingen in die algemene voorwaarden niet op die grond (artikel 6:233 aanhef en onder b BW) vernietigbaar zijn. De zaak zal daartoe naar de rol worden verwezen.

2.17. Als BNR erin slaagt bewijs te leveren dat zij de algemene voorwaarden reeds voor het sluiten van de overeenkomst tussen partijen aan Wabru heeft gezonden, volgt daaruit dat Wabru bij het sluiten van de overeenkomst bekend was met artikel 12 van de voorwaarden of kon zij althans geacht worden daarmee bekend te zijn. Naar het oordeel van de rechtbank zal in dat geval het beroep van de curator op artikel 6:233 aanhef en onder b BW juncto artikel 6:234 lid 1 onder a BW, onder verwijzing naar HR 1 oktober 1999, NJ 2000, 207, niet kunnen slagen. De rechtbank zal zich in dat geval onbevoegd verklaren van de vordering in de hoofdzaak tot vrijwaring kennis te nemen.

Als BNR niet slaagt in haar bewijsoverlevering heeft in dat geval de curator terecht een beroep gedaan op artikel 6:233 aanhef en onder b BW juncto artikel 6:234 lid 1 onder a BW. De rechtbank zal zich dan bevoegd verklaren van de vordering in de hoofdzaak tot vrijwaring kennis te nemen.

2.18. Bij het oproepen van de getuigen moet er rekening mee worden gehouden dat het verhoor van een getuige gemiddeld 60 minuten duurt. De namen en woonplaatsen van de getuigen en de tijdstippen waartegen zij zijn opgeroepen, dienen ten minste een week voor het verhoor aan de wederpartij en aan de griffier van de rechtbank te worden opgegeven.

2.19. Partijen moeten er op voorbereid zijn dat de rechtbank op een zitting bepaald voor de getuigenverhoren een mondeling tussenvonnissen kan wijzen waarbij een verschijning van partijen op diezelfde zitting wordt bevolen om inlichtingen over de zaak te vragen en om te onderzoeken of partijen het op een of meer punten met elkaar eens kunnen worden. Zij moeten daarom in persoon op de getuigenverhoren verschijnen.

2.20. De rechtbank houdt iedere verdere beslissing aan.

3. De beslissing

De rechtbank

3.1. draagt BNR op te bewijzen dat zij haar algemene voorwaarden reeds op enig moment voor, mits niet te lang daarvoor, dan wel tijdens het sluiten van de overeenkomst tussen partijen aan Wabru heeft gezonden,

3.2. bepaalt dat, indien BNR het bewijs door middel van getuigen wil leveren, het getuigenverhoor zal plaatsvinden op de terechtzitting van mr. F.J. de Vries in het paleis van justitie te Arnhem aan de Walburgstraat 2-4 op 7 oktober 2009 van 13.30 uur tot 16.30 uur,

3.3. bepaalt dat BNR binnen twee weken na de datum van dit vonnis schriftelijk aan de rechtbank -ter attentie van de enquêtegriffie van de sector civiel (e-mail: rc.civiel.rb.arnhem@rechtspraak.nl)- en aan de wederpartij moet berichten of hij bewijs door getuigen wil leveren en zo ja, onder opgave van het aantal en de namen van de te horen getuigen.

3.4. bepaalt dat de partij die op genoemd tijdstip niet kan verschijnen, binnen twee weken na de datum van dit vonnis schriftelijk en gemotiveerd aan de rechtbank -ter attentie van de enquêtegriffie van de sector civiel (e-mail: rc.civiel.rb.arnhem@rechtspraak.nl)

- om een nadere dag- en uurbepaling dient te vragen onder opgave van het aantal en de namen van de te horen getuigen en de verhinderdata van alle partijen in de drie maanden volgend op genoemde datum,

3.5. bepaalt dat alle partijen uiterlijk twee weken voor het eerste getuigenverhoor alle bewijsstukken die zij nog in het geding willen brengen aan de rechtbank en de wederpartij moeten toesturen,

3.6. houdt iedere verdere beslissing aan.

Dit vonnis is gewezen door mr. F.J. de Vries en in het openbaar uitgesproken op 17 juni 2009.

Coll: AMZ