



Universiteit
Leiden
The Netherlands

De aansprakelijkheid van de expediteur

Claringbould, M.H.

Citation

Claringbould, M. H. (2008). De aansprakelijkheid van de expediteur. *Nederlands Tijdschrift Voor Handelsrecht*, 2, 55-68. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/13634>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/13634>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

De aansprakelijkheid van de expediteur Over 'vervoer of expeditie' en gewoonte

**Artikel voor NTHR
11 april 2008**

**Prof. mr M.H. Claringbould
Van Traa Advocaten
Rotterdam**

De aansprakelijkheid van de expediteur Over 'vervoer of expeditie' en gewoonte

1. Inleiding
2. Vervoer of expeditie?
 - 2.1 Het verschil tussen vervoerovereenkomst en expeditieovereenkomst
 - 2.2 Wat is overeengekomen: Vervoer of expeditie?
 - 2.3 Steeds vaker expeditie!
3. De toepasselijkheid van de expeditievoorwaarden
 - 3.1 Toepasselijkheid algemeen
 - 3.2 Het verschil tussen 'bestendig gebruikelijk beding' en 'gewoonte'
 - 3.2.1 Gewoonte nader gedefinieerd
 - 3.2.2 Het bestendig gebruikelijk beding
 - 3.2.3 De Fenex-condities en gewoonte
 - 3.3 Vernietigbaarheid wegens schending van de informatieplicht

De aansprakelijkheid van de expediteur Over 'vervoer of expeditie' en gewoonte¹

1. Inleiding

Het kan niet vaak genoeg gezegd worden: wanneer de goederen worden gestolen tijdens het wegvervoer, is de echte expediteur daarvoor in het geheel niet aansprakelijk. De expediteur moet immers *doen* vervoeren, dat wil zeggen het sluiten van een vervoerovereenkomst met een (weg)vervoerder. Dat heeft de expediteur hier gedaan en als er ladingschade door diefstal tijdens het wegvervoer is, dan heeft de expediteur geen enkele wanprestatie gepleegd.

Die expediteur behoeft ook niet in pavlovreactie een beroep te doen op de beperking van zijn aansprakelijkheid in art. 11 lid 3 Fenex-condities; die expediteur is gewoon niet aansprakelijk voor deze ladingschade jegens zijn opdrachtgever.

Iets anders is dat de expediteur zijn opdrachtgever behulpzaam moet zijn bij het regres (art. 8:63 BW); zie daarover het recente arrest van de Hoge Raad van 25 januari 2008 inzake 'GMS/Peterson'.²

Het wordt echter wel pijnlijk voor de expediteur als hij later geen expediteur blijkt te zijn maar (papieren) vervoerder. Is hij door de rechter toch tot vervoerder gebombardeerd, dan komt er immers vervoerdersaansprakelijkheid op hem te rusten. Dan wordt ook essentieel het antwoord op de vraag: "Wat is er overeengekomen? Vervoer of expeditie?" Over het antwoord op die vraag gaat paragraaf 2.

Toch kan ook op de expediteur aansprakelijkheid komen te rusten als hij in zijn hoedanigheid van expediteur een fout maakt. Het gemakkelijkste voorbeeld is dat hij twee zendingen verwisselt waardoor schade ontstaat. Zie daartoe de al wat oudere maar niet minder aardige zaak waar de expediteur een pakket hormonen ter waarde van fl. 480.000,- verwisselde met een pakket chemicaliën. De hormonen raakten zoek en toch mocht de expediteur zich op de toenmalige Fenex-limiet van in casu fl. 48,- beroepen.³ Maar in de praktijk van alledag zien we veel vaker dat een expediteur – al dan niet in afwachting van het vervoer – de goederen gedurende een bepaalde periode opslaat. En als dan de goederen uit de loods worden gestolen, wordt het voor die expediteur heel belangrijk dat hij zich op de toepasselijkheid van de Fenex-condities kan beroepen en meer in het bijzonder op de Fenex-limieten. Meestal wordt de expediteur dan als bewaarnemer aangemerkt maar kan hij toch zijn aansprakelijkheid beperken mits die Fenex-condities maar van toepassing zijn. Voor een kras voorbeeld zie Hof Den Haag in 'Malenstein/Kappé', diefstal door eigen personeel.⁴

In paragraaf 3 komt de toepasselijkheid van de expeditievoorwaarden aan de orde. Daarbij concentreer ik mij niet zozeer op het leerstuk van toepasselijkheid van algemene voorwaarden (en in het bijzonder de Fenex-condities) maar probeer ik een antwoord te geven of de Fenex-condities 'krachtens gewoonte' of 'krachtens bestendig gebruikelijk beding' van toepassing kunnen zijn. Daarover gaat – heel uitgebreid – paragraaf 3.2. De lezer zal bemerken dat die term 'gewoonte' heel anders moet worden uitgelegd dan de gewone jurist gewoonlijk doet (zie par. 3.2.3).

¹ Deze tekst is een volledig aangepaste versie van mijn voordracht 'Wie is aansprakelijk voor diefstal bij expeditie of transport?', Euroforum Studiedag 26 januari 2006.

² Hoge Raad, 25 januari 2008, LJN BC2657, RvdW 2008, 148.

³ Rechtbank Haarlem, 9 februari 1993, S&S 1993, 133.

⁴ Hof Den Haag, 18 juli 1996, S&S 1997, 106.

Tot slot wordt nog kort aandacht besteed aan de vernietigbaarheid van algemene voorwaarden (AV) wegens schending van de informatieplicht. Die kwestie wordt met name behandeld vanuit de vraag of die vernietiging van Fenex-condities ex art. 6:233 sub b BW ook werkt wanneer de condities ‘krachtens gewoonte’ van toepassing zijn en dus niet, zoals voorgeschreven door art. 6:234 lid 1 sub a BW, door de gebruiker aan de wederpartij ter hand zijn gesteld (par. 3.3).

2. Vervoer of expeditie?

2.1. Het verschil tussen vervoerovereenkomst en expeditieovereenkomst

De definitie van de vervoerovereenkomst luidt (art. 8:20 BW):

“De overeenkomst van goederenvervoer is de overeenkomst, waarbij de ene partij (de vervoerder) zich tegenover de andere partij (de afzender) verbindt zaken te vervoeren.”

In deze definitie wordt aangegeven wie vervoerder is (namelijk hij die vervoer van goederen *overeenkomt*) en wie afzender is (de contractuele wederpartij van de vervoerder).

Naar Nederlands recht is geen element van de vervoerovereenkomst dat er vracht wordt bedongen; dus ook gratis vervoer valt onder de definitie.

Evenmin vereist de definitie dat er van A naar B wordt vervoerd; ook vervoer van A naar B en weer terug naar A valt onder de definitie van de vervoerovereenkomst.⁵

Als allerbelangrijkste element van deze definitie van de vervoerovereenkomst geldt dat ook de ‘papieren’ vervoerder valt onder deze definitie. Het gaat er om dat de vervoerder contractueel het vervoer overeenkomt en hij hoeft dus niet zelf met eigen wagens te rijden. In het wegvervoer is de ‘papieren’ of ‘hoofdvervoerder’ eerder regel dan uitzondering; de wegvervoerder werkt heel vaak met ondervervoerders.⁶

De definitie van de expeditieovereenkomst luidt (art. 8:60 BW):

“De overeenkomst tot het doen vervoeren van goederen is de overeenkomst, waarbij de ene partij (de expeditiegever) zich jegens zijn wederpartij (de opdrachtgever) verbindt tot het te haren behoefte met een vervoerder sluiten van een of meer overeenkomsten van vervoer van door deze wederpartij ter beschikking te stellen zaken”.

Bij expeditie gaat het dus om *doen vervoeren*; de expeditiegever regelt het vervoer: hij sluit een vervoerovereenkomst met een vervoerder, hetzij op eigen naam (de expeditiegever wordt dan ook afzender) hetzij op naam van zijn opdrachtgever. Omdat een expeditiegever niet zelf vervoert net zomin als een ‘papieren’ vervoerder (die immers ook weer een vervoerovereenkomst sluit met een (onder)vervoerder), lijken de expeditiegever en de

⁵ Een mooi voorbeeld van dergelijk ‘hoefijzer’-vervoer is te vinden in Hof Den Haag, 29 september 1998, S&S 1999, 33: Vervoer van Alphen naar Como (waar de textiel i.v.m. de contingentering werd ingeklaard) en vandaar weer terug naar Alphen (althans dat was de bedoeling; het textiel werd in Italië gestolen). Op dergelijk ‘hoefijzer’-vervoer is de CMR niet van toepassing.

⁶ Zie over de positie van papieren vervoerders en ondervervoerders in het wegvervoer mijn bijdrage in de sVa Syllabus ‘Grensverleggend congres 2008’, 27 maart 2008, par. 1.5 en 1.6.

‘papieren’ vervoerder door lekenogen gezien nogal op elkaar, maar juridisch gezien is er een wereld van verschil: wanneer tijdens het transport ladingschade ontstaat, is de expediteur normaal gesproken niet aansprakelijk voor een dergelijke ladingschade en de ‘papieren’ vervoerder is dat wel (tenzij de vervoerder zich op vervoerdersovermacht kan beroepen, maar dat is tegenwoordig vrijwel niet meer mogelijk⁷).

Het zij nog eens benadrukt dat de expediteur bij een gewone ladingschade die is ontstaan tijdens het (weg)vervoer, ‘er tussen uit valt’, en dat de expediteur niet aansprakelijk is voor deze ladingschade. Eventuele vorderingsrechten tegen de vervoerder draagt hij over aan zijn opdrachtgever door de zogenoemde ‘expediteursverklaring’ af te geven, zie art. 8:63 lid 2 BW.⁸

Wanneer een expediteur toch door zijn opdrachtgever wordt belaagd met een ladingclaim, hoeft hij zich niet krampachtig te beroepen op toepasselijkheid van de Fenex-condities met de daarin opgenomen limieten van 4 SDR per kilo met een maximum van 7500 SDR per zending (art. 11 lid 3 Fenex), maar kan hij volstaan met het aanbod om de expediteursverklaring af te geven op basis waarvan zijn opdrachtgever zich rechtstreeks tot de vervoerder kan wenden en ladingschade kan vorderen onder de vervoerovereenkomst.

Het is dan wel zaak dat die expediteur ook echt expediteur is en niet ‘papieren’ vervoerder want dan komt op deze vermeende expediteur gewoon vervoerdersaansprakelijkheid te rusten. Daarom is het essentieel om te weten wat is overeengekomen: Vervoer of expeditie?

2.2. Wat is overeengekomen: Vervoer of expeditie?

Wanneer er een ladingschade is en een expeditiebedrijf heeft het vervoer geregeld, zal dat expeditiebedrijf als in een soort pavlovreactie roepen dat hij niet aansprakelijk is, dat de Fenex-condities van toepassing zijn en dat hij alleen maar expediteur was.

Maar als het onduidelijk is of we met een echte expediteur dan wel een ‘papieren’ vervoerder van doen hebben, is het inmiddels vaste rechtspraak geworden dat hij, die stelt expediteur te zijn, dat dan ook maar moet bewijzen⁹. Dit principe is mooi en kernachtig verwoord door Haak in zijn oratie¹⁰: “De expediteur moet zeggen wat hij doet en doen wat hij zegt”.

Om vast te stellen of partijen nu vervoer dan wel expeditie zijn overeengekomen, moeten we de volgende regel betreffende het uitleggen van ‘vage’, niet duidelijke overeenkomsten (zowel mondeling als schriftelijk gesloten) als uitgangspunt nemen¹¹:

“Steeds komt het aan op de zin die partijen over en weer redelijkerwijs aan elkaars verklaringen en gedragingen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten.”

⁷ Zie de formulering van de Hoge Raad van vervoerdersovermacht in ‘Brada/Oegema’, 17 april 1998, S&S 1998, 75: er is vervoerdersovermacht wanneer de vervoerder aantoonbaar dat hij *alle* in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs van een zorgvuldig vervoerder te vergen maatregelen heeft genomen om de schade of het verlies te voorkomen. Zie ook de bijdrage van K.F. Haak in de sVa Syllabus ‘Grensverleggend congres 2008’, 27 maart 2008, hoofdstuk 3.

⁸ Onder het trefwoord ‘expediteursverklaring’ zijn inmiddels vijf uitspraken in S&S gepubliceerd.

⁹ Het standaardarrest op dit punt is Hof Den Haag, 4 augustus 1993, S&S 1994, 21: “Al eerder heeft het hof in een dergelijk geval van twijfel beslist dat het op de weg van de prentense expediteur ligt bewijs van zijn stelling bij te brengen.” Dit arrest wordt ook uitgebreid aangehaald in Haak en Zwitser “Opdracht aan hulppersonen”, Kluwer, 2003, p. 464.

¹⁰ K.F. Haak “De expediteur: een grensgeval”, oratie Rotterdam, W.E.J. Tjeenk Willink, 1992, p. 8.

¹¹ De regel van uitleg is gebaseerd op het Haviltex-arrest, Hoge Raad, 13 maart 1981, NJ 1981, 635.

Deze regel van uitleg over hetgeen partijen met elkaar zijn overeengekomen, noemen we ook wel het Haviltex-criterium waarbij drie factoren bij de toepassing van dat criterium van belang zijn:

- de verklaringen van beide partijen;
 - de gedragingen van beide partijen;
 - de verwachtingen die partijen van elkaar mochten hebben
- en dit alles overgoten met het sausje van ‘redelijkheid’.

Een handig overzicht van de factoren die bepalen of er sprake is van ‘vervoer of expeditie’ vinden we in de losbladige Kluwer Bijzondere Overeenkomsten.¹²

2.3. Steeds vaker expeditie!

In Schip & Schade zijn tot en met 2007 68 zaken gepubliceerd onder het trefwoord ‘vervoer of expeditie’. Wat opvalt is dat van de 58 uitspraken gepubliceerd in S&S tot en met 2005 er slechts zes zijn waarin de rechter tot het oordeel komt dat er inderdaad sprake is van expeditie. In S&S 2006 en S&S 2007 staan vervolgens nog eens tien uitspraken met het trefwoord ‘vervoer of expeditie’ en van die tien uitspraken komt de rechter vier keer tot het oordeel dat het zonder meer expeditie is¹³ en in één geval ziet de rechtbank meer aanwijzingen voor expeditie maar laat aan ladingbelanghebbenden de mogelijkheid open om vervoer te bewijzen.¹⁴

Of hier sprake is van een tendens dat in de afgelopen jaren (vanaf 2003) sneller tot expeditie wordt besloten dan voorheen, zal ik bespreken na eerst een aantal ‘expeditie-uitspraken’ te hebben behandeld.

Vervoer

Alvorens aandacht te besteden aan een aantal ‘expeditie-uitspraken’, eerst nog even een recente uitspraak waar uiteindelijk geoordeeld wordt dat het (toch) om vervoer gaat. Het betreft het zeer uitvoerig gemotiveerde (r.o. 4.5.1 – r.o. 4.5.4) arrest van het Hof Den Bosch¹⁵, waarin het hof, anders dan de Rechtbank Breda, oordeelt dat er sprake is van vervoer.

In r.o. 4.5.1 begint het hof op te merken dat aan de taalkundige betekenis van de woorden in de overeenkomst geen doorslaggevende betekenis kan worden toegekend aangezien de termen vervoer(der) en expeditie/expediteur vaak willekeurig door elkaar worden gebruikt.

Vervolgens past het hof voor de vraag van uitleg of in een concreet geval sprake is van een vervoer- of expeditieovereenkomst, het hiervoor genoemde Haviltex-criterium toe.

In r.o. 4.5.2 kijkt het hof naar de feiten. In de offerte staat: “Betreft: offerte autotransport Istanbul”; in die offerte wordt per zending steeds één bedrag aan vrachtkosten berekend. De factuur vermeldt “transportkosten Istanbul-Oisterwijk”.

Vervolgens geeft het hof in r.o. 4.5.3 de belangrijke regel dat het de expediteur is die duidelijkheid moet verschaffen over zijn positie: “Hij dient zich bij het aangaan van de overeenkomst duidelijk als expediteur te presenteren aan zijn wederpartij, bij gebreke waarvan er in beginsel van moet worden uitgegaan dat een vervoerovereenkomst tot

¹² Losbl. Kluwer, Bijzondere overeenkomsten, Art. 8:60 BW, bewerkt door J.B. Huizink (bijgewerkt tot januari 2003).

¹³ Rechtbank Amsterdam, 14 mei 2003, S&S 2006, 15 ‘Heike’;
Rechtbank Rotterdam, 23 februari 2005, S&S 2006, 103 ‘Hamburg Senator’;
Hof Den Haag, 30 mei 2006, S&S 2006, 131, ‘GMS/Peterson’;
Hof Amsterdam, 5 juni 2003, S&S 2007, 14.

¹⁴ Rechtbank Rotterdam, 16 februari 2005, S&S 2006, 118.

¹⁵ Hof Den Bosch, 8 juni 2004, S&S 2005, 23 ‘Bremtex/Ritra’.

stand is gekomen.” Van die duidelijkheid tijdens de expediteur is hier niet gebleken. Zowel de offerte als de factuur – en dat geldt ook voor de eerdere offertes en facturen – vermelden één all-in bedrag en geen expediteurshonorarium. Dat de vermeende expediteur, Ritra, de opdracht van haar opdrachtgever Bremtex (kennelijk) heeft doorgegeven aan een ondervoerder, betekent niet dat Ritra niet rechtens is opgetreden als vervoerder. Ook het feit dat Ritra als ‘agent’ in het handelsregister staat ingeschreven, maakt dat niet anders.

En, zo voegt het hof er tot slot nog aan toe, dat de Fenex-condities in casu op offertes en facturen van toepassing zijn verklaard, brengt niet mee dat er in dit geval van een expeditieovereenkomst sprake is. Die voorwaarden zijn in het algemeen van toepassing in het geval van een expeditieovereenkomst, maar zij bewerkstelligen op zichzelf niet dat een overeenkomst als expeditieovereenkomst moet worden aangemerkt.

De slotconclusie van het hof, r.o. 4.5.4, is dan ook dat – en het zij nog eens benadrukt: anders dan de Rechtbank Breda, die van mening was dat er wel expeditie was – in dit geval sprake is van een vervoerovereenkomst en niet van een expeditieovereenkomst.

Ik denk dat dit arrest een mooi voorbeeld is van het afwegen van alle factoren die van belang zijn bij de vraag “Is er vervoer of expeditie?” en ik ben het evenzeer met het hof eens dat hier de balans ten gunste van vervoer doorslaat. Het ging voor Ritra al verkeerd toen zij in haar offerte vermeldde: ‘Autotransport Istanbul’; op zich zou dat kopje ‘Autotransport’ nog wel gekund hebben, maar dan had er tenminste verder in de offerte heel duidelijk moeten staan dat het om expeditie ging. Wat dat betreft hecht ik, anders dan de rechtbank, ook minder waarde aan de anderhalf jaar voor de onderhavige opdracht opgestelde ‘Routingorder’. In dit document, waarvoor weliswaar het briefpapier van Ritra is gebruikt, richt Bremtex zich tot zijn verkoper in Istanbul met de instructie “to forward our consignments in accordance with the instructions you will receive from our forwarding agent”. Deze ‘Routingorder’ beheerst strikt genomen de relatie tussen Bremtex en zijn verkoper. Kortom, bij het offreren van de afzonderlijke transporten moet Ritra nog meer duidelijkheid verschaffen over haar hoedanigheid.

Een andere zaak waar de rechter na ampele overwegingen tot vervoer concludeerde, is ‘CTM/Steinweg’.¹⁶ De rechtbank stelt vast dat gelet op de afspraken tussen partijen hier zonder twijfel vervoer is overeengekomen, waarbij het er niet aan afdoet dat Steinweg (de opdrachtgever/afzender) wel wist dat CTM niet over eigen vervoermiddelen beschikte en nimmer zelf het vervoer uitvoerde.

Dat CTM als vervoerder werd aangemerkt, was in dit geval extra pijnlijk voor CTM omdat de procedure in feite ging over de vraag of CTM onder haar expediteuraansprakelijkheidsverzekering wel dekking had. Dat bleek dus niet het geval omdat deze expediteuraansprakelijkheidsverzekering alleen de aansprakelijkheid van de expediteur dekte en niet de aansprakelijkheid van de verzekerde als later mocht blijken dat zij toch als vervoerder moest worden aangemerkt. Aan dat soort ‘kale’ expediteuraansprakelijkheidsverzekeringen heb je in de praktijk niet zoveel omdat in de praktijk een expediteur zelden voor ladingschade aansprakelijk zal zijn; zie het begin van mijn betoog.

Nog zo’n zaak waar tot vervoer werd besloten.¹⁷ Het mag dan wel zo zijn dat Dacotrans in het verleden als expediteur is opgetreden, deze keer (vervoer van biertanks naar Kazakhstan) concludeert de rechtbank tot vervoer. Dat zit hem vooral in het feit dat in

¹⁶ Rechtbank Rotterdam, 26 januari 2005, S&S 2007, 12.

¹⁷ Rechtbank Rotterdam, 16 februari 2005, S&S 2007, 102 ‘Holvrieka/Dacotrans’.

de offerte naar de FIATA-voorwaarden wordt verwezen (en niet de Fenex-condities) en lezing van die FIATA-voorwaarden laat zien dat het gaat om een ‘Multimodal Transport Operator who (...) assumes liability for the multimodal transport contract as a carrier’. Kortom, met toepasselijkverklaring van de FIATA-voorwaarden ben je geen expediteur meer maar word je vervoerder.

En om het plaatje van ‘vervoer’ compleet te maken verwijs ik ook nog even naar het recente vonnis van de Rechtbank Rotterdam.¹⁸ De rechtbank begint keurig met de Haviltex-formule en oordeelt dan aan de hand van de omstandigheden dat partijen een vervoerovereenkomst hebben gesloten. De rechtbank hecht met name veel waarde aan de bewoordingen van de opdrachtbevestiging, het feit dat één (all-in) bedrag in rekening wordt gebracht en dat in het verleden tussen opdrachtgever en gedaagde een ‘Contract of Carriage (of Goods by Road)’ was getekend.

De rechtbank voegt er nog aan toe dat als gedaagde zich slechts als expediteur tot het doen vervoeren van zaken had willen verbinden, het op haar weg had gelegen dat bij of voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomst duidelijk tot uiting te brengen. De rechter was kennelijk goed op de hoogte van het adagium van Haak: “De expediteur moet zeggen wat hij doet en doen wat hij zegt.”

Expeditie

Hieronder volgt een kort overzicht van de zaken waar tot expeditie is besloten.

1. Rechtbank Roermond, 27 november 1986, S&S 1988, 97

De verwijzingen naar de Fenex-condities in de offerte uit 1976 en in de daarop gebaseerde afspraak uit 1982, worden telkens voorafgegaan en gemotiveerd door de mededeling “onze werkzaamheden zijn expeditiewerkzaamheden”.

2. Hof Amsterdam, 10 januari 1991, S&S 1991, 55

De expediteur Bleckmann had voldoende duidelijk gemaakt expediteur te zijn: “Niet alleen noemt Bleckmann zich expeditiebedrijf, maar ook vermeldt het briefpapier waarop de offerte is gesteld uitdrukkelijk dat haar werkzaamheden expediteurswerkzaamheden zijn en dat derhalve hierop van toepassing zijn de Fenex-condities. De inhoud van de offerte is hiermee in overeenstemming”.

3. Hof Den Bosch, 19 juni 2000, S&S 2001, 34

In een uitvoerige overweging laat het Hof de volgende factoren meewegen:

- niet vrachtprijs en provisie afzonderlijk in de factuur gespecificeerd: wijst op vervoer;
- op facturen wordt vermeld: “in uw opdracht (had) laten vervoeren”: wijst op expeditie;
- uit de door de opdrachtgever overgelegde ‘international waybill’ blijkt niet van enige betrokkenheid van Burando als vervoerder;

Mitsdien zijn de aanwijzingen dat er sprake was van expeditie sterker dan de aanwijzingen die in de richting van vervoer wijzen.

4. Rechtbank Leeuwarden, 13 juni 2001, S&S 2004, 99

Aan de hand van het Haviltex-criterium waardeert de Rechtbank een tweetal getuigenverklaringen, waarbij elk van de twee getuigen uitdrukkelijk heeft

¹⁸ Rechtbank Rotterdam, 17 januari 2007, LJN AZ 8549.

verklaard dat RP optrad als expediteur van Philips.

De getuige De Bruijn, voormalig werknemer van RP verklaart onder meer dat RP uitsluitend als expediteur optrad en dat zulks ook blijkt uit het door haar gehanteerde briefhoofd en uit de verwijzing in alle stukken, waaronder de offerte, naar de Fenex-condities.

Ook de andere getuige, een gepensioneerd Philips werknemer en destijds werkzaam op de afdeling Logistiek, heeft betoogd dat RP altijd optrad als expediteur en dus ook in dit geval optrad als expediteur van Philips.

Interessant is te vermelden dat de beide getuigen ook hebben verklaard dat de vrachtbrief is opgesteld door Philips en dat RP daarin ten onrechte is aangeduid als vervoerder. Dat Philips later RP als vervoerder aansprakelijk heeft gesteld is volgens de gepensioneerde Philips werknemer op deze fout terug te voeren. De rechtbank acht RP geslaagd in het bewijs dat RP slechts is opgetreden als expediteur.

Ik vind dit typisch een geval van ‘kantje boord’. Wat zeker zal hebben meegespeeld is dat opdrachtgever Philips en RP Forwarding B.V. gezamenlijk optrokken tegen de CMR-vervoerder Groborz en de procedure in feite ging tussen ladingbelanghebbende Philips tegen de CMR-vervoerder wiens Poolse ondervervoerder de zending elektrische apparaten aan onbekenden in een fruit en groenten loads in Moskou heeft afgeleverd.¹⁹

5. Rechtbank Rotterdam, 20 augustus 2003, S&S 2004, 125 ‘Arabella C.’

Ook hier CMR-vervoer naar Moskou met tussenkomst van een expediteur DBS. De multimodaal vervoerder KNSM-Kroonburgh twijfelt eraan dat DBS (de afzender onder de vervoerovereenkomst met KNSM) handelde als expediteur voor Emborg; KNSM was van mening dat er tussen Emborg en DBS ook een vervoerovereenkomst was gesloten.

DBS legt echter een expediteursverklaring over, waarin wordt verklaard dat DBS van Emborg opdracht heeft gekregen tot het doen vervoeren van een vijftal containers met boter. DBS verklaart ook nog schriftelijk dat zij sedert vele jaren werkzaam is als expediteur voor Emborg in het doen vervoeren van goederen en die verklaring wordt door Emborg weer schriftelijk bevestigd.

Met andere woorden, Emborg en DBS zijn het roerend met elkaar eens dat er tussen hen een ‘expeditieverhouding’ was en de rechtbank neemt dan ook aan dat er in casu sprake was van een expeditieopdracht.

Vervolgens gaat de procedure over de aansprakelijkheid van multimodaal vervoerder KNSM-Kroonburgh. Die aansprakelijkheid (als CMR-vervoerder) wordt aangenomen maar tot een doorbreking van de limiet komt het niet.

6. Rechtbank Rotterdam, 14 april 2004, S&S 2005, 103

Vervolgens een wat wonderlijke verklaring voor recht procedure.

TCM Expeditie vordert voor recht te verklaren dat zij jegens Metaal Transport is

¹⁹ Deze zaak gaat in feite om de vraag of de CMR-vervoerder zich op de limiet mag beroepen. Uiteindelijk komt het Hof Leeuwarden tot het oordeel dat bij de Poolse chauffeur de bekendheid en bewustheid aanwezig was dat de Russische maffia levensgevaarlijk is en hij zich derhalve ‘bewust roekeloos’ heeft gedragen door de goederen in strijd met de instructies aan onbekenden af te leveren; het hof gelooft niet de veel later door de chauffeur afgelegde schriftelijke verklaring dat hij destijds met een pistool werd bedreigd. Hof Leeuwarden, 21 januari 2004, S&S 2004, 99.

opgetreden als expediteur en niet als vervoerder. Metaal Transport heeft buitengerechtelijk al verklaard dat dit zo is. De rechter heeft er dan ook geen moeite mee voor recht te verklaren dat TCM inderdaad als expediteur is opgetreden; TCM wordt in de kosten van deze procedure veroordeeld.

Voor expediteur TCM had dit declaratoire vonnis, in de internationale context waarin het geschil zich afspeelt, kennelijk meer waarde dan de buitengerechtelijke verklaring van haar opdrachtgever Metaal Transport.

7. Rechtbank Amsterdam, 14 mei 2003, S&S 2006, 15 ‘Heike’

Het gaat om de export van Grolsch bier van Groenlo naar Liepaja in Letland. Voor de export van het bier doet Grolsch zaken met Thor Shipping B.V.

Tussen Grolsch en Thor is er een raamovereenkomst die vrijwel geheel wordt weergegeven in r.o. 1 sub b van het vonnis. Helaas kwamen in de tekst (het was niet een (door juristen opgestelde) overeenkomst, maar een rapport van een bespreking tussen partijen) niet de sacrale woorden ‘expeditie’ of – beter nog – ‘doen vervoeren’ voor.

De rechtbank begint dan ook (r.o. 8) met het Haviltex-criterium en vervolgens somt de rechtbank de omstandigheden op die bij de uitleg van de overeenkomst een rol spelen. Vervolgens komen die omstandigheden in de rechtsoverwegingen 9 t/m 15 aan de orde:

- (a) Thor heeft zowel vóór als na de totstandkoming van de raamovereenkomst in dezelfde hoedanigheid werkzaamheden ten behoeve van de export van bier verricht. Vast staat dat zij nimmer zelf het feitelijk vervoer heeft verricht;
- (b) Er werd telkens een kopie van de condities, waaronder de verschillende feitelijke vervoerders werkten, verstrekt aan Grolsch International; daarin kan een aanwijzing zijn gelegen dat Thor niet als vervoerder optrad, omdat voor Grolsch niet relevant was onder welke condities de ondervoerders werkten als zij een vervoerovereenkomst had gesloten met Thor;
- (c) Ook in de bewoordingen van de raamovereenkomst kan een aanwijzing worden gevonden dat Thor optrad als expediteur; zowel het voortransport als de ‘handling’ geschiedt via Thor, maar niet door Thor; in the booking notes is vermeld dat ‘booking will be forwarded for your account’ terwijl Thor zichzelf duidt als ‘agent’;
- (d) In de factuur is geen apart bedrag voor expeditie of commissieloon in rekening gebracht, maar in de raamovereenkomst is vermeld dat de prijs voor de zeevracht inclusief administratie/verzekering/winst is; daarin kan een aanwijzing zijn gelegen dat Thor expeditieloon in rekening bracht onder de benaming ‘winst’; de vermelding van de vrachtprijs in de factuur sluit niet uit dat sprake is van een expeditieovereenkomst;
- (e) Naam en doelomschrijving bieden geen uitkomst, zij zijn geen belangrijke factor bij de kwalificatie van de overeenkomst aangezien het er om gaat wat partijen zijn overeengekomen;
- (f) De door Grolsch ingeschakelde schade-expert heeft Thor beschouwd als expediteur;
- (g) In het cognossement dat voor het onderhavige zeevervoer is afgegeven staat Grolsch vermeld als afzender, waartegen zij niet geprotesteerd heeft;
- (h) De omstandigheid dat de ladingverzekeraars zelf de rederij hebben aangesproken en Thor daarin niet hebben betrokken, kan erop wijzen dat Thor niet als vervoerder, maar als expediteur is opgetreden.

De rechtbank eindigt dan ook met de mooie volzin (r.o. 16): “Alle hiervoor vermelde omstandigheden, in onderling verband en samenhang beschouwd, wijzen meer in de richting van een expeditieovereenkomst dan van een vervoerovereenkomst”. Maar de rechtbank voegt er voorzichtigheidshalve aan toe dat als Grolsch redelijkerwijze heeft mogen begrijpen, op grond van uitlatingen en/of gedragingen van Thor, dat zij een vervoerovereenkomst met Thor was aangegaan, de overeenkomst toch als een vervoerovereenkomst moet worden gekwalificeerd. Het is aan Grolsch om haar stelling op dit punt te bewijzen. Zover is het echter niet meer gekomen; partijen hebben deze zaak inmiddels geschikt.

Volgens mij is dit de eerste zaak waarbij een rechtbank aan de hand van een afweging van een groot aantal omstandigheden tot het oordeel is komt dat er voorshands sprake is van expeditie. Dat Grolsch alsnog in de gelegenheid wordt gesteld om te bewijzen dat het toch om vervoer ging, lijkt mij procestechnisch gezien wel juist, maar praktisch gezien een zeer lastige opgave, omdat Grolsch waarschijnlijk al alle omstandigheden die wijzen op vervoer uit de kast heeft gehaald!

8. Rechtbank Rotterdam, 23 februari 2005, S&S 20006, 103 ‘Hamburg Senator’
Ook hier opent de rechtbank met de Haviltex-formule. Vervolgens stelt de rechtbank vast dat Kühne & Nagel in de periode van november 2001 tot oktober 2002, de maand waarin het onderhavige transport plaatsvond, zes transporten voor het tentoonstellingsbedrijf heeft doen verzorgen en zich in deze periode jegens het bedrijf regelmatig heeft gepresenteerd als expediteur, hetgeen blijkt uit de facturen die voor deze werkzaamheden zijn verzonden en die steeds een verwijzing naar de Fenex-voorwaarden bevatten. Niet gebleken is dat het bedrijf daartegen ooit bezwaar heeft gemaakt en derhalve komt de rechtbank tot de slotsom dat de onderhavige overeenkomst als een expeditieovereenkomst moet worden gekwalificeerd.
9. Rechtbank Rotterdam, 16 februari 2005, S&S 2006, 118
Het wordt eentonig: eerst de Haviltex-formule en dan stelt de rechtbank de volgende feiten vast. Tussen C&A en Ribro bestond een jarenlange relatie. Ribro verrichtte volgens een jaren eerder geschreven fax uiteenlopende werkzaamheden voor C&A, waaronder het in ontvangst nemen in Rotterdamse haven van per zeeschip aangevoerde goederen, het opslaan van die goederen in loodsruimte van Ribro, het sorteren van de goederen in die loods en het verzorgen van aansluitend vervoer naar de eindbestemming in diverse landen buiten Nederland. Ook deed Ribro de inkleding bij de douane. Zo’n pakket van werkzaamheden, zo oordeelt de rechtbank, past meer bij expeditie dan bij vervoer. Daaraan doet niet af, vervolgt de rechtbank, dat in de facturen door Ribro werd gefactureerd als volgt: “We herewith charge you for transport-charges made on your behalf for the amount of”. Ook hiervan vindt de rechtbank, nu die transportkosten *on behalf of* C&A werden gemaakt dat het meer ging om expeditie dan om vervoer. Hier doet evenmin aan af dat in de naam van Ribro (Ribro Internationaal Transport B.V.) het woord transport staat en niet het woord expeditie. Dit is niet doorslaggevend ten aanzien van de rol van Ribro, ook omdat het in de praktijk voorkomt dat bedrijven die zich als expediteur aankondigen, juridisch gezien als vervoerder optreden, terwijl bedrijven die zich als vervoerder aandienen, soms als expediteur optreden. Al met al acht de rechtbank de

aanwijzingen dat Ribro als expediteur is opgetreden sterker dan die dat zij als vervoerder handelde, en derhalve ontleent de rechtbank daaraan het vermoeden dat Ribro als expediteur is opgetreden, zulks echter behoudens tegenbewijs waartoe de rechtbank C&A zal toelaten.

Als ik de feiten zo lees, dan lijkt het mij toe dat de rechtbank hier een juiste keuze heeft gemaakt om uiteindelijk tot expeditie te besluiten met het ontsnappingsgaatje dat C&A alsnog mag bewijzen – maar dat zal niet meevallen – dat zij vervoer met Ribro was overeengekomen.

10. Hof Den Haag, 30 mei 2006, S&S 2006, 131 ‘GMS/Peterson’,²⁰

De Rechtbank Rotterdam heeft zich niet uitgelaten over de vraag ‘vervoer of expeditie?’ en zij heeft zich onbevoegd verklaard op grond van de volgens haar van toepassing zijnde arbitrageclausule in de Fenex-condities.

Het hof laat zich daarentegen zeer uitgebreid in met de vraag of Peterson hier expediteur dan wel vervoerder was.

Door het kantelen van de vrachtwagen is de lading geheel verloren gegaan. Opdrachtgever GMS is van mening dat Peterson zich niet kan beroepen op de FENEX-voorwaarden en het FENEX-arbitragebeding omdat Peterson niet als expediteur maar als vervoerder zou zijn opgetreden. Het hof is van mening dat “GMS er *niet* redelijkerwijs vanuit mocht gaan dat Peterson de contractuele vervoerder was en dat daarentegen Peterson *wèl* mocht menen zich tot “doen vervoeren” te hebben verbonden en dit ook zo te hebben uitgedragen”. GMS heeft aangevoerd dat niet duidelijk uit de offertes bleek dat het om een ‘doen vervoeren’ ging maar dit vormt, aldus het hof, geen aanleiding om uit te gaan van vervoer daar uit de besprekingen en de nadrukkelijke verwijzing naar de expeditievoorwaarden duidelijk blijkt dat sprake is van expeditie. Peterson had GMS daarnaast duidelijk gemaakt niet over vrachtwagens te bezitten en evenmin chauffeurs in dienst te hebben.

De expediteur heeft in dit geval voldaan aan de door het hof geformuleerde vuistregel “De expediteur moet zeggen wat hij doet en doen wat hij zegt”, zulks met verwijzing naar de oratie van Haak.

11. Hof Amsterdam, 5 juni 2003, S&S 2007, 14 ‘Mondial/Copex’

Het hof somt een hele trits factoren op die – na weging – het hof (evenals de rechtbank) tot expeditie doen besluiten. Ik haal aan uit het cursief van S&S: “(a) op de vrachtbrief staat Copex als afzender vermeld en niet als vervoerder; (b) Copex heeft op haar facturen steeds een specifieke kostenvergoeding (commissie) voor haar expediteurswerkzaamheden in rekening gebracht; (c) zowel de naam van de onderneming van Copex (‘Internationaal Expeditiebedrijf’) als de omschrijving van haar werkzaamheden in het handelsregister omvat slechts expediteurswerkzaamheden; (d) Copex beschikt in het geheel niet over eigen vervoerscapaciteit; (e) de vervoerswerkzaamheden zijn uitgevoerd door de in de vrachtbrief vermelde vervoerder.”

12. Rechtbank Utrecht, 27 februari 2008, LJN BC5052 ‘Frans Maas Expeditie B.V./gedaagde’

²⁰ In deze zaak heeft de Hoge Raad inmiddels arrest gewezen (HR 25 januari 2008, LJN BC 2657, RvdW 2008, 148) maar in dat arrest kwam de vraag ‘vervoer of expeditie’ niet meer aan de orde.

Tot slot van deze opsomming van ‘expeditieuitspraken’ een zeer uitgebreid vonnis van de Rechtbank Utrecht die tot expeditie (inklaring van een container en vervolgens gewone expeditie) besluit. De opdracht aan Frans Maas Expeditie B.V. luidt: “Hierbij geven wij (...) jullie opdracht om de container vanuit China via Antwerpen in te klaren en verder af te handelen.”. Frans Maas heeft als volgt bevestigd: “De transportopdracht heb ik zojuist binnen gekregen, en onder voorbehoud zullen we deze container woensdag 9 maart 2005 bij jullie kunnen afleveren!”.

De rechtbank zegt dan heel terecht dat de ‘bevestigingsfax’ van Frans Maas er op zichzelf duidt dat Frans Maas heeft beoogd een verplichting tot vervoer op zich te nemen. Maar dan gaat de rechtbank verder en onder aanhaling van de Haviltex-formule overweegt zij dat de verwachting die gedaagde aan de inhoud van de fax van Frans Maas heeft mogen ontlenen, wordt bepaald door alle omstandigheden van het geval, in het bijzonder door de wijze waarop partijen in het verleden zaken met elkaar hebben gedaan. En dan duikt de rechtbank in r.o. 5.5 diep in dat verleden en hoe partijen zaken met elkaar hebben gedaan (3 bladzijden tekst!) en komt dan in r.o. 5.6 tot de conclusie dat de hiervoor weergegeven omstandigheden (waarbij de rechtbank veel waarde hecht aan het feit dat facturen vermelden “kosten voor het doen vervoeren” en ook waarde hecht aan de getuigenverklaringen) in overwegende mate op het bestaan duiden van een verplichting van Frans Maas Expeditie B.V. om op te treden als expediteur voor gedaagde. In het licht van die omstandigheden heeft gedaagde aan de inhoud van de opdrachtbevestiging dan ook niet de verwachting kunnen en mogen ontlenen dat Frans Maas daarmee een contractuele verplichting tot vervoer op zich had genomen.

Dit overzicht van ‘vervoer of expeditie’ blijft een momentopname. Toch meen ik dat er wel een lijn te ontwaren valt, zeker als je de twaalf ‘expeditie-uitspraken’ bekijkt. Steeds meer – trouwens ook bij de ‘vervoer-uitspraken’- begint de rechter met de volledige Haviltex-formule aan te halen en vervolgens de omstandigheden (factoren) op te sommen.²¹ Die factoren worden òf links op het schaalte ‘vervoer’ gelegd, dan wel rechts op het schaalte ‘expeditie’, en dan kijkt de rechter naar welke kant de balans doorslaat. Tot en met 2005 was dat wel heel vaak vervoer en bij de jurisprudentie gepubliceerd in S&S in 2006 en 2007 was het bijna ‘half/half’.

Dat de afgelopen jaren wat vaker expeditie wordt vastgesteld, komt mijns inziens ook omdat men zich ‘in het veld’, dat wil zeggen de logistieke mensen die feitelijk de afspraken maken, wat meer bewust wordt van het juridische belang om je als expediteur te profileren in plaats van een papieren vervoerder. Toegegeven, de zaak van de Rechtbank Utrecht (nr. 12) bewijst weer het tegendeel want de rechter moet zich bladzijden lang verdiepen in het verleden om in strijd met de taalkundige uitleg²², die maar op één ding wees (vervoer!), tot de conclusie te kunnen komen dat beide partijen wel wisten dat het expeditie was en niet vervoer. Als ik het vonnis lees denk ik dat de rechter met zijn analyse gelijk heeft maar als advocaat van gedaagde – en dat is altijd achteraf, als de schade zich heeft voorgedaan – ga je natuurlijk hameren op hetgeen partijen schriftelijk met elkaar hebben afgesproken.

²¹ Zie ook K.F. Haak en R. Zwitter ‘Opdracht aan hulppersonen’ Kluwer 2003, m.n., p. 463.

²² Het Haviltex-arrest (NJ 1981, 635) begint met de overweging die bij het aanhalen van de formule nogal eens wordt weggelaten: “De vraag hoe in een schriftelijk contract de verhouding van partijen is geregeld en of dit contract een leemte laat die moet worden aangevuld, kan niet worden beantwoord op grond van alleen maar een zuiver taalkundige uitleg van de bepalingen van dat contract.”

Mijn slotconclusie met betrekking tot de kwestie van ‘vervoer of expeditie’ is dan ook dat niet alleen de advocaten en rechters doordrongen moeten zijn van het adagium van Haak (“De expediteur moet zeggen wat hij doet en doet wat hij zegt”) maar vooral ook al die mensen die werkzaam zijn in de expeditiebranche. Als zij duidelijk in de eerste contacten zeggen/schrijven dat zij expeditie/forwarding doen én de Fenex-condities (elektronisch) meesturen dan moet het gek lopen als zij later – bij ladingschade – niet als expediteur worden gekwalificeerd. En als diezelfde mensen om commerciële redenen vaag willen blijven en de indruk willen wekken dat zij het gehele transport uit handen nemen zonder aan te geven dat zij dat als expediteur doen, dan moeten zij later ook niet klagen als zij op de ‘vervoersblaren’ moeten zitten.

3. De toepasselijkheid van de expeditievoorwaarden

3.1. Toepasselijkheid algemeen

Met betrekking tot de vraag of de Fenex-condities van toepassing zijn op een logistieke overeenkomst, bouw ik voort op mijn artikel “Algemene voorwaarden in de logistiek (deel I)”²³, en deel II.²⁴

Inmiddels is ook het belangwekkende proefschrift verschenen van Van Wechem “Toepasselijkheid van algemene voorwaarden”.²⁵ Van Wechem breekt een lans voor een herwaardering van ‘Holleman/De Klerk’²⁶ en Van Wechem is van mening dat de ‘snelle gebondenheid’ van art. 6:232 BW er alleen maar zou moeten zijn als i) de wederpartij daadwerkelijk; mijn toevoeging) met de inhoud van de algemene voorwaarden bekend was of ii) de wederpartij de gelding van de algemene voorwaarden (duidelijk) heeft aanvaard.²⁷

Loos²⁸, die in een helder commentaar het proefschrift van Van Wechem bespreekt, eindigt die bespreking aldus: “Het boek van Van Wechem biedt in ieder geval voldoende aanknopingspunten voor de rechtspraak om het automatisme waarmee algemene voorwaarden van toepassing worden geacht op overeenkomsten, nog eens ter toetsing aan de rechter voor te leggen. Voor mij vormt het boek in ieder geval een aansporing om de materie opnieuw te overdenken.”

In deze bijdrage voel ik mij dan ook niet geroepen, de kwestie over de toepasselijkheid van algemene voorwaarden en met name de al dan niet toepasselijkheid van enkele (verrassende) bepalingen van die AV weer over te doen. Ik wil mij eigenlijk beperken tot de vraag of AV en dan in het bijzonder de Fenex-condities van toepassing kunnen zijn ‘krachtens gewoonte’ ofwel ‘krachtens bestendig gebruikelijk beding’. Voor zover ik dat kan bezien, stelt Van Wechem die vraag niet aan de orde, terwijl er in S&S regelmatig expeditie jurisprudentie wordt gepubliceerd met het trefwoord ‘gewoonte (gebruikelijk) beding’. Enige recente jurisprudentie behandel ik aan het eind van mijn betoog.

²³ TVR, augustus 2005, p. 175-187.

²⁴ TVR, oktober 2005, p. 201-206.

²⁵ T.H.M. van Wechem “Toepasselijkheid van algemene voorwaarden”, Kluwer 2007 (Recht en Praktijk 152).

²⁶ Hoge Raad, 20 november 1981, NJ 1982, 517 m.nt CJHB.

²⁷ Van Wechem, a.w., nr. 104, p. 58.

²⁸ M.B.M. Loos “Toepasselijkheid van algemene voorwaarden, Proefschrift van Mr T.H.M. van Wechem” MvV januari 2008, nr. 1; Loos opent zijn bespreking met de vermelding van acht proefschriften die over AV zijn verschenen plus nog wat recente literatuur.

Fenex-arbitrage bij vervoer?

Op het ogenblik is er in de natte balie een verhitte strijd gaande over de vraag of de Fenex-condities ook van toepassing kunnen zijn op een (CMR) wegvervoerovereenkomst en meer in het bijzonder of de rechter in dat soort geschillen niet bevoegd is vanwege de (toepasselijke?) arbitrageclausule van art. 23 Fenex. Haak heeft hierover een prikkelende beschouwing geschreven²⁹ en ook in het al genoemde arrest ‘GMS/Peterson’³⁰ was dit in feite de kern van het geding, maar kwam die vraag niet meer aan de orde bij de Hoge Raad omdat het hof³¹ al in feitelijke instantie had beslist dat er hier expeditie was en derhalve, nu de Fenex-condities van toepassing waren, het arbitragebeding ook van toepassing was. De Hoge Raad was het met het hof eens dat GMS expeditie was en daarom hoefde het hof ook niet te onderzoeken of tussen partijen ook wilsovereenstemming bestond om geschillen met betrekking tot vervoer (cursief MHC) aan de Fenex-arbitrage te onderwerpen.

Mijns inziens biedt die laatste rechtsoverweging samen met het proefschrift van Van Wechem, mogelijkheden om in vervoerssituaties de toepasselijkheid van specifiek de arbitrageclausule aan te tasten. Bijvoorbeeld, de Fenex-condities zijn weliswaar door verwijzing van toepassing maar de wederpartij was er helemaal niet mee bekend dat die Fenex-condities een arbitraal beding bevatten en met behulp van de wilsvertrouwensleer komt men tot niet-toepasselijkheid van die specifieke clausule. Ik laat dit punt nu verder rusten, want deze kwestie is nog volop in beweging en de Hoge Raad zal hier ongetwijfeld – maar dan zijn we weer een paar jaar verder – het laatste woord krijgen.

Nog even kort over toepasselijkheid van AV

De toepasselijkheid van algemene voorwaarden (AV) moet worden overeengekomen door middel van aanbod en aanvaarding (art. 6:217 lid 1 BW).

Dat ‘overeengekomen’ kan zowel schriftelijk, in een door beide partijen ondertekend contract, als mondeling.³²

Dikwijls is er wel duidelijk een schriftelijk aanbod om AV van toepassing te doen zijn, namelijk door verwijzing op het briefpapier naar die voorwaarden, maar is er geen duidelijke aanvaarding door de wederpartij van dat schriftelijke aanbod. Dan komt het leerstuk van het gerechtvaardigd vertrouwen om de hoek kijken (art. 3:35 BW), dat wil zeggen dat de wederpartij zich zodanig gedraagt dat degene die de AV op zijn briefpapier van toepassing verklaarde, daaruit het gerechtvaardigde vertrouwen mocht putten dat die wederpartij met de toepasselijkheid van die voorwaarden instemde.³³

Het kan ook zo zijn dat de expeditie een expeditieovereenkomst sluit zonder dat hij op enigerlei wijze toepasselijkheid van de AV bedingt. De enige manier waarop dan nog tot toepasselijkheid van die voorwaarden kan worden gekomen, is om na te gaan of bij het sluiten van dat soort overeenkomsten het tussen partijen of in de branche waar zij werkzaam zijn, gebruikelijk is dergelijke voorwaarden van toepassing te verklaren.

²⁹ K.F. Haak “De rol van arbitrageclausules in de logistieke dienstverlening”, NJB 2005, p. 1510-1515 (26 augustus 2005).

³⁰ Hoge Raad, 25 januari 2008, LJN BC 2657, RvdW 2008, 148.

³¹ Hof Den Haag, 30 mei 2006, S&S 2006, 131, besproken in par. 2.3 onder nr. 10.

³² ‘Holleman/De Klerk’, uitgebreid besproken in “Algemene voorwaarden in de logistiek (deel I)”, TVR 2005, p. 176, en natuurlijk ook bij Van Wechem, a.w., p. 32. Zie ook B. Wessels/R.H.C. Jongeneel/M.L. Hendrikse “Algemene voorwaarden”, Kluwer 2006 (Recht en Praktijk 143), m.n. par. 7.3.

³³ Hoge Raad, 2 februari 2001, NJ 2001, 200, S&S 2001, 74 ‘Petermann/Frans Maas’, ook besproken in TVR 2005, p. 177.

Gewoonlijk spreken wij dan van toepasselijkheid van bijvoorbeeld de Fenex-condities krachtens bestendig gebruikelijk beding. Het bestendig gebruikelijk beding wordt nader uitgewerkt in paragraaf 3.2.2.

3.2. Het verschil tussen ‘bestendig gebruikelijk beding’ en ‘gewoonte’

Hierna zullen wij zien dat de rol van het bestendig gebruikelijk beding is overgenomen door de wilsverklaring van art. 3:33 BW³⁴ en de wilsvertrouwensleer van art. 3:35 BW³⁵.

Sinds het ‘bestendig gebruikelijk beding’ (art. 1383 (oud) BW) niet meer in ons Burgerlijk Wetboek voorkomt, is daarover toch de nodige verwarring ontstaan. Juristen zeggen wel eens dat de rol van het bestendig gebruikelijk beding is overgenomen door de gewoonte van art. 6:248 lid 1 BW. Een saillant voorbeeld van die redenering vinden we in een recent vonnis van de Rechtbank Rotterdam³⁶ over Algemene Duwconditiën (r.o. 4.2):

“Het gebruik van Algemene Duwconditiën in de duwvaart is zodanig gebruikelijk, dat ook als deze niet door partijen bij het sluiten van de overeenkomst uitdrukkelijk zijn overeengekomen, partijen ervan uit moeten gaan dat deze voorwaarden deel uitmaken van de overeenkomst. De regeling van de Algemene Duwconditiën 1994 valt dan ook aan te merken als “gewoonterecht” in de zin van art. 6:248 BW en geldt derhalve tussen partijen. Partijen worden geacht het gewoonterecht te kennen. De stelling van Van Vliet dat aan haar een redelijke mogelijkheid had moeten worden geboden om van de Algemene Duwconditiën kennis te nemen door de condities voor of bij het sluiten van de overeenkomst aan haar ter hand te stellen, en dat – nu zulks niet is gebeurd – deze condities vernietigbaar zijn, gaat dan ook niet op.”

Onderstaand zal ik uiteenzetten waarom de inhoud van branchevoorwaarden, zoals de hierboven genoemde Algemene Duwconditiën en de voor dit artikel meer van belang zijnde Fenex-condities, niet zomaar als ‘gewoonterecht’ in de zin van art. 6:248 lid 1 BW moeten worden gezien. Als de Fenex-condities toch van toepassing worden geacht ‘krachtens gewoonte’, rijst de volgende vraag of die Fenex-condities toch vernietigd kunnen worden omdat zij – uiteraard – niet ter hand zijn gesteld. Zie daarvoor nader bij par. 3.3 ‘Vernietigbaarheid wegens schending van de informatieplicht’.

3.2.1. Gewoonte nader gedefinieerd

Hartkamp³⁷ begint zijn beschouwing over de aanvulling van de inhoud der overeenkomst door de wet, de gewoonte en redelijkheid en billijkheid (Hoofdstuk XV)

³⁴ Art. 3:33 BW: “Een rechtshandeling vereist een op een rechtsgevolg gerichte wil die zich door een verklaring heeft geopenbaard.”

³⁵ Art. 3:35 BW: “Tegen hem die eens anders verklaring of gedraging, overeenkomstig de zin die hij daaraan onder de gegeven omstandigheden redelijkerwijze mocht toekennen, heeft opgevat als een door die ander tot hem gerichte verklaring van een bepaalde strekking, kan geen beroep worden gedaan op het ontbreken van een met deze verklaring overeenstemmende wil.”

³⁶ Rechtbank Rotterdam, 1 december 2004, S&S 2005, 90 ‘Torro en Monique en Zaanstad’.

³⁷ Asser-Hartkamp 4-II (2005), nr. 289, p. 293. Zie ook Asser-Hijma 5-I (2007), nr. 26, die ook weer verwijst naar Asser-Hartkamp 4-II, nr. 294.

met de opmerking dat over de grondslagen en de toepassing van art. 1375 (oud)³⁸ (en het daarmee samenhangende, in het huidige BW geschrapte art. 1383³⁹) in de doctrine onder het oude wetboek weinig eenstemmigheid bestond en dat de jurisprudentie hiervan een weerspiegeling geeft; zij is vaag, onzeker en verward.

Ik wil proberen aan de hand van het betoog van Hartkamp enige duidelijkheid op dit punt te scheppen, waarbij ik mij concentreer op de vraag of de Fenex-condities nu krachtens bestendig gebruikelijk beding van toepassing zijn op een expeditieovereenkomst, dan wel of de Fenex-condities krachtens gewoonte de inhoud van de expeditieovereenkomst aanvullen.

Van gewoonte of gebruik⁴⁰ kan men spreken indien in een bepaalde kring met betrekking tot een bepaalde soort overeenkomst een bepaalde *gedragslijn* (cursief MHC) algemeen en bij herhaling wordt gevolgd en op *naleving* (cursief MHC) daarvan wordt gerekend. Het zijn in de meerderheid gebruiken in een bepaalde tak van handel, industrie, nijverheid en beroep die men in de jurisprudentie aantreft. De gewoonte is een objectieve rechtsbron en zij schept, evenals de wet, verbintenissen tussen de partijen, onverschillig of deze met de gewoonte bekend waren of niet.⁴¹ Bij gewoonte gaat het dus veeleer om de uitvoeringsfase van de overeenkomst (het gewoonlijk doen of nalaten); hoe pleegt men de overeenkomst uit te voeren? De gewoonte waarmee de inhoud van een bepaalde overeenkomst wordt aangevuld, leidt tot een bepaalde gedragslijn van een of beide partijen. Een voorbeeld uit de literatuur is het een eeuw geleden te Amsterdam bestaand gebruik dat de huurschuld tot een haalschuld maakt⁴², terwijl het volgens de wet een brengschuld is. Scholten⁴³ vat gewoonterecht als volgt samen: “Het is dan aanwezig indien er een zodanige herhaling van handelen is, dat in het maatschappelijk leven op voortzetting daarvan wordt gerekend”.

3.2.2. Het bestendig gebruikelijk beding

Vervolgens laat Hartkamp (in nr. 294) heel mooi zien dat gewoonte en bestendig gebruikelijk beding twee verschillende begrippen zijn.

“Het verschil tussen een bestendig gebruikelijk beding en een gewoonte zou men aldus kunnen formuleren, dat een bestendig gebruikelijk beding is een beding, dat men bij het sluiten van een zeker soort overeenkomst pleegt te maken, terwijl een gewoonte is een gedragslijn, die men na het sluiten van gelijksoortige overeenkomsten pleegt te volgen.”

³⁸ Art. 1375 (oud) BW: “Overeenkomsten verbinden niet alleen tot datgene hetwelk uitdrukkelijk bij dezelfde bepaald is, maar ook tot al hetgeen dat, naar den aard van dezelfde overeenkomsten, door de billijkheid, het gebruik, of de wet, wordt gevorderd.”

³⁹ Art. 1383 (oud) BW: “Bestendig gebruikelijke bedingen worden geacht stilzwijgend in de overeenkomst te zijn begrepen, schoon dezelfde daarbij niet zijn uitgedrukt.”

⁴⁰ Art. 1375 (oud) BW bezigde de term ‘gebruik’. *Gewoonte* en *gebruik* kunnen worden beschouwd als identieke begrippen. Asser-Hartkamp 4-II, nr. 292.

⁴¹ Al deze passages zijn letterlijk aangehaald uit Asser-Hartkamp 4-II, nr. 292.

⁴² Asser-Hartkamp 4-II, nr. 298. Scholten, in Asser-Scholten (Algemeen deel) 1974, p. 109, geeft nog meer voorbeelden, ondermeer “De scheepvaart trof internationale ordeningen: de York-Antwerp Rules beheersen al jaren het avarij-grosse recht”.

⁴³ Asser-Scholten (Algemeen deel) 1974, p. 111.

Vervolgens merkt Hartkamp nog op dat het regelmatig maken van een beding zelf als een gewoonte kan worden beschouwd, terwijl het verder denkbaar is dat een gewoonte bij het sluiten van een overeenkomst wordt in acht genomen. Hierop kom ik in de volgende paragraaf terug.

Even verder, nog steeds in nr. 294, geeft Hartkamp aan dat in de praktijk een beroep op een bestendig gebruikelijk beding vooral pleegt te worden gedaan in verband met de toepasselijkheid van algemene voorwaarden. Volgens Hartkamp is het wenselijk de vraag of dergelijke voorwaarden inhoud van de overeenkomst zijn geworden, ervan te laten afhangen of zij door partijen zijn aanvaard in de zin van de art. 6:231 onder c (definitie van wederpartij) en 6:232 (gebondenheid aan algemene voorwaarden als de wederpartij de inhoud daarvan niet kende) in verbinding met de art. 3:33 (wil en verklaring) en 3:35 BW (gerechtvaardigd vertrouwen).

Hieruit maak ik op dat Hartkamp ervoor kiest om de vraag of algemene voorwaarden van toepassing zijn krachtens bestendig gebruikelijk beding te beantwoorden aan de hand van de criteria van aanbod en (stilzwijgende) aanvaarding. Hartkamp werkt dit verder uit in nr. 353. En wanneer die algemene voorwaarden aldus van toepassing zijn, kan de wederpartij zich wel degelijk bevrijden van haar gebondenheid aan de algemene voorwaarden, door een beroep te doen op de schending van de informatieplicht van art. 6:233 sub b jo. 234 BW (dit wordt besproken in nr. 353 a).

Aan dat toepasselijk zijn van de Fenex-condities krachtens bestendig gebruikelijk beding zitten eigenlijk twee kanten: de ene partij moet iets bedingen (aanbod) en de andere partij moet dat beding aanvaarden. In ons voorbeeld: de expediteur bedingt toepasselijkheid van de Fenex-condities op de expeditieovereenkomst en de andere partij, de opdrachtgever, aanvaardt die toepasselijkheid van de Fenex-condities.

Wanneer de expediteur op zijn briefpapier een voorgedrukte verwijzing heeft naar de Fenex-condities, dan bedingt de expediteur die toepasselijkheid schriftelijk; aan de hand van de wilsvertrouwensleer van art. 3:35 BW kan dan bepaald worden of de opdrachtgever die toepasselijkheid van de Fenex-condities *stilzwijgend* heeft aanvaard. Die situatie doet zich voor in de ‘Petermann/Frans Maas’-zaak⁴⁴ en in de meeste uitspraken over toepasselijkheid van de Fenex-condities.⁴⁵

In die situatie zou ik niet willen zeggen dat de Fenex-condities van toepassing zijn krachtens bestendig gebruikelijk beding, immers één der partijen bedingt met zoveel woorden die toepasselijkheid *schriftelijk* en het gaat er dan alleen nog maar om vast te stellen of de andere partij die toepasselijkheid *stilzwijgend* heeft aanvaard.

Ik zou de term ‘de Fenex-condities zijn van toepassing krachtens bestendig gebruikelijk beding’ willen reserveren voor de situatie dat zowel het beding door de expediteur omtrent de toepasselijkheid van de Fenex-condities op de te sluiten

⁴⁴ Hoge Raad, 2 februari 2001, NJ 2001, 200, S&S 2001, 74; ook uitvoerig besproken door Haak en Zwitser, a.w., p. 249-250 en Van Wechem, a.w., p. 107-111.

⁴⁵ Enige recente jurisprudentie waarbij de expediteur schriftelijk toepasselijkheid van de Fenex-condities heeft bedongen: Arbitrale beslissing, 9 maart 2004, S&S 2005, 92; Rechtbank Rotterdam, 11 februari 2004, S&S 2005; Hof Den Bosch, 8 juni 2004, S&S 2005, 23 ‘Bremtex/Ritra’; Rechtbank Middelburg, 23 april 2003, S&S 2005, 21; Hof Den Bosch, 30 september 2003, S&S 2004, 138 ‘Trade-Link/Road Air’ en Hof Den Haag, 8 februari 2005, S&S 2008, 13.

expeditieovereenkomst *stilzwijgend* wordt gedaan als de aanvaarding van dat beding door de andere partij *stilzwijgend* wordt gedaan.

In de Parlementaire Geschiedenis van Boek 6 BW (p. 920) wordt het als volgt geformuleerd:

“Of bij niet uitdrukkelijk opnemen van een bestendig gebruikelijk beding in een overeenkomst dit beding stilzwijgend in de overeenkomst werd geïncorporeerd dan wel geen deel van de overeenkomst uitmaakt, is een vraag die door interpretatie van de wilsverklaringen der partijen en door hantering van het vertrouwensbeginsel moet worden beantwoord. Er is geen enkele reden om een partij gebonden te achten aan een niet in het contract opgenomen beding, dat geen van beide partijen als een bestendig gebruikelijk beding kende of dat de ene partij niet als zodanig kende, terwijl de wederpartij zulks begreep.”

Naar aanleiding van deze opmerking in de PG Boek 6 BW schrijft Hartkamp dat hij het met deze opvatting eens is, daar in de praktijk een beroep op bestendig gebruikelijke bedingen vooral pleegt te worden gedaan in verband met de *toepasselijkheid van algemene voorwaarden* (cursief MHC). Hartkamp vindt het wenselijk de vraag of dergelijke voorwaarden inhoud van de overeenkomst zijn geworden ervan te laten afhangen of zij door partijen zijn aanvaard in de zin van art. 6:231 onder c en 232 in verband met de art. 3:33 en 35. Van Wechem geeft op dat punt een beslissende stem aan de wilsvertrouwensleer van art. 3:35 BW met dien verstande dat Van Wechem er terecht van uitgaat dat die wilsvertrouwensleer alleen de stilzwijgende acceptatie van de wederpartij omvat, zie zijn reeds genoemde proefschrift, p. 14 e.v.

Hijma⁴⁶ wijst er echter nog op dat in de TM bij de Parl.Gesch. Boek 6, p. 920 direct daarna nog een observatie wordt gemaakt:

“Indien echter de inhoud van het beding tot een gebruik met kracht van gewoonterecht is geworden – in welk geval het overbodig is geworden het beding in de overeenkomst op te nemen – schept dit gebruik ook recht voor hen die ermee onbekend waren en zal het door de rechter ambtshalve moeten worden toegepast.”

Zou je uit deze opmerking kunnen opmaken dat de ‘inhoud van het beding’ (te weten: de Fenex-condities worden van toepassing verklaard) als een gebruik – met kracht van gewoonterecht – kan worden aangemerkt? Die vraag werk ik verder uit in par. 3.2.3 ‘Fenex-condities en gewoonte.’

Tot slot van deze beschouwing over de betekenis van het bestendig gebruikelijk beding merk ik op dat de toepasselijkheid van algemene voorwaarden zich in twee situaties kan voordoen:

1. Subjectieve variant⁴⁷

Partijen hebben een langdurige relatie met elkaar en in ieder geval een keer zijn de algemene voorwaarden van toepassing verklaard; vervolgens sluiten partijen weer

⁴⁶ Asser-Hijma 5-I (2007), nr. 26.

⁴⁷ G.J. Knijp maakt in zijn artikel “De sluipende terugkeer van het bestendig gebruikelijk beding” NbBW nr. 9, sept. 1996, p. 86-88, dit onderscheid tussen een subjectieve en objectieve variant.

een overeenkomst met elkaar en zwijgen zij beiden over de toepasselijkheid van algemene voorwaarden. Toch kunnen die voorwaarden dan van toepassing zijn op de betreffende overeenkomst en wel op grond van de wilsvertrouwensleer. Ik haal als voorbeeld de betreffende passage aan uit het vonnis van de Rechtbank Rotterdam⁴⁸ inzake ‘Carrier II/Ajax’, waarin Lehnkering aan Hapo een opdracht tot het verrichten van hijswerkzaamheden heeft gegeven:

“Op de rechtsverhouding tussen Lehnkering en Hapo zijn naar het oordeel van de rechtbank Hapo’s algemene voorwaarden van toepassing. Hoewel Hapo bij de mondelinge totstandkoming van de onderhavige overeenkomst niet uitdrukkelijk naar die voorwaarden heeft verwezen, moest het Lehnkering uit de regelmatig voorkomende eerdere schriftelijke aanbiedingen van Hapo aan Lehnkering, waarop steeds naar de gedeponeerde algemene voorwaarden van Hapo werd verwezen, duidelijk zijn dat Hapo wenste dat deze voorwaarden op door haar te sluiten overeenkomsten van toepassing zouden zijn. Niet is gebleken dat daartegen van de zijde van Lehnkering ooit bezwaar is gemaakt, zodat bij Hapo het gerechtvaardigde vertrouwen kon ontstaan dat Lehnkering ook ten aanzien van de onderhavige overeenkomst toepasselijkheid van deze voorwaarden aanvaardde.”

Terecht wordt niet de term bestendig gebruikelijk beding gebruikt, maar wordt de toepasselijkheid van de Hapo Algemene Voorwaarden geheel gezet in de sleutel van het gerechtvaardigd vertrouwen: het moest aan Lehnkering duidelijk zijn dat Hapo wenste dat haar voorwaarden van toepassing zouden zijn en bij Hapo kon het gerechtvaardigd vertrouwen ontstaan dat Lehnkering ook nu toepasselijkheid aanvaardde.⁴⁹

2. Objectieve variant

Partijen doen voor het eerst zaken met elkaar of hebben bij eerdere overeenkomsten nog nooit over toepasselijkheid van algemene voorwaarden gesproken of geschreven. Het kan dan zijn dat bepaalde branchevoorwaarden die algemeen bekend zijn in de branche en normaal gesproken van toepassing worden verklaard op een bepaald soort overeenkomsten, ook van toepassing worden verklaard op een dergelijke overeenkomst hoewel partijen bij het sluiten van die betreffende overeenkomst beiden gezwezen hebben over die toepasselijkheid. Zo werd vroeger zonder meer aangenomen dat de Fenex-condities krachtens bestendig gebruikelijk beding van toepassing waren op iedere expeditieovereenkomst. Zo ook Haak en Zwitser⁵⁰ die schrijven dat ook zonder dat partijen erover spreken de Fenex-condities deel uitmaken van de expeditieovereenkomst.

De grote vraag waarvoor wij ons nu gesteld zien is of, nu art. 1383 (oud) BW waarin gezegd werd dat bestendig gebruikelijke bedingen geacht worden stilzwijgend in de overeenkomst te zijn begrepen, niet in ons huidige BW is teruggekeerd, de Fenex-condities die als branchevoorwaarden *gewoonlijk* op expeditieovereenkomsten van toepassing worden verklaard, nog immer van toepassing zijn op iedere

⁴⁸ In TVR 2005, p. 177 verwijs ik naar Rechtbank Rotterdam, 7 september 2003, S&S 2005, 29 ‘Carrier II/Ajax’ (r.o. 6.2).

⁴⁹ Zie ook T.H.M. van Wechem, a.w., Hoofdstuk 2 ‘Algemene voorwaarden, gebondenheid en informatieplicht’.

⁵⁰ Haak en Zwitser, t.a.p., p. 250.

expeditieovereenkomst ook al hebben partijen *beiden* gezwegen over de toepasselijkheid van die Fenex-condities op de door hen gesloten expeditieovereenkomst.

3.2.3. De Fenex-condities en gewoonte

Hartkamp (nr. 294, p. 297) schrijft:

“Men kan (...) aanvoeren dat het regelmatig maken van een beding zelf als een gewoonte kan worden beschouwd, terwijl het denkbaar is dat een gewoonte bij het sluiten van een overeenkomst wordt in acht genomen, vgl. art. 6:217 lid 2.”

Deze opmerking van Hartkamp zou in ons voorbeeld gelezen kunnen worden als: Het regelmatig maken van een beding omtrent de toepasselijkheid van de Fenex-condities door de expediteur bij het sluiten van de expeditieovereenkomst kan als een gewoonte worden beschouwd. De expediteur volgt hier een gedragslijn: *stilzwijgend* bedingt hij toepasselijkheid van de Fenex-condities. Vervolgens kan de toepasselijkheid van die Fenex-condities evenzeer *stilzwijgend* worden aanvaard, maar die aanvaarding moet dan worden geplaatst in het kader van de wilsvertrouwensleer.

Daarmee mag echter niet geconcludeerd worden dat de inhoud van die Fenex-condities krachtens gewoonte tussen partijen gelding heeft of nog sterker uitgedrukt dat de regeling van de Fenex-condities zelf valt aan te merken als ‘gewoonterecht’ in de zin van art. 6:248 lid 1 BW en derhalve tussen partijen geldt.⁵¹ Ook de Rechtbank Rotterdam⁵² oordeelt dat tussen partijen in die zaak de Fenex-condities geen voorschriften en/of gedragslijnen bevatten dat sprake is van regels van gewoonterecht.

Het telkens stilzwijgend bedingen en aanvaarden van de toepasselijkheid van de Fenex-condities, moet geplaatst worden in het kader van het totstandkomen van een overeenkomst⁵³ en niet in het kader van de gewoonte waarmee de inhoud van een overeenkomst kan worden aangevuld.⁵⁴

Hartkamp verwijst niet voor niets naar art. 6:217 lid 2 BW⁵⁵, waarover Valk⁵⁶ heel kernachtig in T&C BW schrijft:

“Het begrip ‘gewoonte’ moet – net zoals in art. 6:248 – worden opgevat in de zin van gewoonterecht. Is slechts sprake van een door partijen herhaaldelijk gevolgde gedragslijn (in ons voorbeeld het telkens bedingen van de toepasselijkheid van de Fenex-condities, MHC), dan is de wilsvertrouwensleer van art. 3:33-35 bepalend: mocht de andere partij (in ons voorbeeld de opdrachtgever, MHC) erop vertrouwen dat het aanbod gebondenheid aan die gedragslijn stilzwijgend veronderstelde?”

⁵¹ Zie het onder 3.2 aangehaalde vonnis van de Rechtbank Rotterdam, 1 december 2004, S&S 2005, 90. Zie ook J.G.J. Rinkes in “Algemene voorwaarden”, red. Wessels/Jongeneel/Hendrikse, Kluwer 2006, p. 159.

⁵² Rechtbank Rotterdam, 21 maart 2007, S&S 2008, 14.

⁵³ Art. 1383 Oud BW (over het bestendig gebruikelijk beding) stond in de afdeling ‘van de uitlegging der overeenkomsten’.

⁵⁴ Art. 1375 Oud BW (over het gebruik van de gewoonte) stond in de afdeling ‘Van het gevolg der overeenkomsten’.

⁵⁵ Art. 6:217 lid 2 BW: “De artikelen 219-225 (over aanbod en aanvaarding, MHC) zijn van toepassing, tenzij iets ander voortvloeit uit het aanbod, uit een andere rechtshandeling of uit een *gewoonte* (cursief MHC)”.

⁵⁶ Valk 2005 (T&C BW) art. 6:217 BW; aant. 3.

Kortom, het mag dan wel gewoonte zin om bij het sluiten van een expeditieovereenkomst telkens toepasselijkheid van de Fenex-condities te bedingen, of die Fenex-condities daadwerkelijk op die manier van toepassing zijn op de gesloten expeditieovereenkomst zal wat betreft de aanvaarding van die toepasselijkheid getoetst moeten worden aan de beginselen van de wilsvertrouwensleer van art. 3:33-35 BW.

Met andere woorden, het van toepassing zijn van de Fenex-condities ‘krachtens bestendig gebruikelijk beding’ of ‘krachtens gewoonte’ blijft een moeizame zaak, met name wanneer *beide* partijen over de toepasselijkheid hebben gezwezen. Het kan een gewoonte zijn om bij het sluiten van een expeditie-overeenkomst⁵⁷ de Fenex-condities van toepassing te verklaren, dan moet mijns inziens nog steeds aan de hand van de wilsvertrouwensleer worden vastgesteld of de wederpartij (de opdrachtgever) met die toepasselijkheid heeft ingestemd. Let op, het gebruik is in onze casus het telkens van toepassing verklaren van de Fenex-condities bij expeditie en met *dat* gebruik hoeft de opdrachtgever niet bekend te zijn om hem er toch aan gehouden te achten.⁵⁸ Maar de rechter zal altijd nog moeten vaststellen of de toepasselijkverklaring van de Fenex-condities door de opdrachtgever stilzwijgend is aanvaard.

Dat is ook precies wat de rechter doet in de recent gepubliceerde jurisprudentie in S&S waar de rechter moet bepalen of de Fenex-condities van toepassing zijn.⁵⁹ In al die gevallen is er op zich het aanbod om tot toepasselijkheid van de Fenex-condities te komen door verwijzing naar de toepasselijkverklaring van de Fenex-condities op de facturen, op het briefpapier of krachtens een bestendige relatie tussen partijen. Nergens wordt het aanbod tot toepasselijkheid krachtens gewoonte (een gedragslijn!) geconstrueerd⁶⁰; in alle zaken gaat het om de vraag of de opdrachtgever stilzwijgend de toepasselijkheid heeft aanvaard. Daartoe worden alle elementen die horen bij de wilsvertrouwensleer van stal gehaald.

Opvallend genoeg heb ik geen recente jurisprudentie gevonden waarin kortweg gezegd wordt dat de regeling van de Fenex-condities als ‘gewoonterecht’ is aangemerkt⁶¹, gelijk de Rechtbank Rotterdam wel deed bij de Duwcondities (zie bij 3.2) en evenmin is er recente jurisprudentie waarin staat dat de Fenex-condities krachtens bestendig gebruikelijk beding deel uitmaken van de expeditieovereenkomst.

Dit lijkt mij een volstrekt juiste benadering. Het enige waar de gewoonte van art. 6:248 lid 1 BW de expeditieovereenkomst kan aanvullen, is de gewoonte van expediteurs om op echte expeditieovereenkomsten telkenmale de Fenex-condities van toepassing te verklaren. Of die condities vervolgens daadwerkelijk op de betreffende expeditieovereenkomst van toepassing zijn, hangt af van de vraag of de opdrachtgever

⁵⁷ Als er een vervoer- of opslagovereenkomst wordt gesloten kan je moeilijk van een dergelijke gewoonte spreken.

⁵⁸ Zie Parl. Gesch. Boek 6, p. 920.

⁵⁹ Rechtbank Haarlem, 27 februari 2008, HA ZA 06-1502, nog niet gepubliceerd; Rechtbank Utrecht, 27 augustus 2003, S&S 2007, 104; Hof Amsterdam, 5 juni 2003, S&S 2007, 14; Rechtbank Rotterdam, 28 september 2005, S&S 2006, 71.

⁶⁰ Het Hof Amsterdam, S&S 2007, 14, wijst er wel op dat de Fenex-condities in de Nederlandse expediteursbranche zeer gebruikelijk zijn, maar dat is alleen een steunargument om tot toepasselijkheid te komen, want op de facturen van Copex wordt steeds naar de Fenex-condities verwezen.

⁶¹ De Rechtbank Rotterdam, 21 maart 2007, S&S 2008, 14, doet dat uiteindelijk ook niet in de verhouding tussen Pompa en MTC.

die gebruikelijke toepasselijkverklaring heeft aanvaard. De stilzwijgende aanvaarding kan alleen aan de hand van de wilsvertrouwensleer (art. 3:35 BW) worden vastgesteld.

Overigens merkt Van Huizen⁶² op dat de Fenex-condities zich wel als bestendig gebruikelijk beding (gewoonterecht) kwalificeren, zonder dat nader te onderbouwen. Vervolgens richt hij zijn aandacht op de vraag of de AV die de kwalificatie verdienen van gewoonterecht niet buiten de werkingssfeer van de informatieplicht vallen. Daarover gaat de volgende paragraaf.

Mijns inziens kan men niet meer zeggen dat de Fenex-condities krachtens bestendig gebruikelijk beding of krachtens gewoonte op expeditieovereenkomsten van toepassing zijn!

3.3. Vernietigbaarheid wegens schending van de informatieplicht

Uit het bovenstaande is wel naar voren gekomen, dat de Fenex-condities op zichzelf geen kracht van gewoonterecht hebben; gewoonterecht is immers een gedragslijn die door allen in de branche gevolgd wordt. Een aansprakelijkheidsregime met limieten is trouwens op zich al moeilijk onder een te volgen gedragslijn te brengen.

Hoogstens kan men zeggen dat er een gewoonte bestaat om bij het sluiten van een expeditieovereenkomst telkens toepasselijkheid van de Fenex-condities te bedingen. Dan moet worden nagegaan of men uiteindelijk kan komen tot toepasselijkheid van de Fenex-condities krachtens aanbod en aanvaarding zoals hiervoor uiteengezet.

Als aldus tot toepasselijkheid is besloten, is de opdrachtgever aan de Fenex-condities gebonden ook al kende hij de inhoud niet (art. 6:232 BW) en evenzeer is dan het mechaniek van de vernietigbaarheid wegens schending van de informatieplicht van toepassing (art. 6:233 sub b jo. 234 BW).

Die benaderingswijze was trouwens al gevolgd door het Hof Den Bosch in de ‘Trade-Link zaak’⁶³ en kort herhaald in de ‘Bremtex-zaak’, eveneens van het Hof Den Bosch⁶⁴, namelijk dat het dan wel zo mag zijn dat de Fenex-condities naar Nederlands recht een bestendig gebruikelijk beding vormen⁶⁵, dit is alleen van belang bij de vraag naar de *toepasselijkheid* (cursivering Hof Den Bosch) van die voorwaarden, maar niet voor de vraag of de wederpartij van de gebruiker van de Fenex-condities bij schending van de informatieplicht (art. 6:233 sub b jo. 6:234 BW) de *vernietigbaarheid* (wederom cursivering van het Hof Den Bosch) van (een of meer bedingen van) die voorwaarden mag inroepen.

Haak en Zwitser⁶⁶ stellen ook vast dat wanneer de Fenex-condities van toepassing zijn bij wege van bestendig gebruikelijk beding de mogelijkheid tot vernietiging wegens schending van de informatieplicht open blijft. En iets verder⁶⁷ – bij de behandeling van de informatieplicht – dat op grond van bestendig gebruikelijk beding van toepassing zijnde Fenex-condities in veel gevallen onmiddellijk vernietigd kunnen worden (de Fenex-condities zijn uiteraard niet aan de opdrachtgever ter hand gesteld, MHC), zodat

⁶² Ph.H.J.G. van Huizen “Algemene voorwaarden en logistiek” in “Algemene voorwaarden”, red. Wessels/Jongeneel en Hendrikse, p. 610-611.

⁶³ Hof Den Bosch, 30 september 2003, S&S 2004, 138; door mij besproken in ‘Algemene voorwaarden in de logistiek (deel II)’, TVR oktober 2005, p. 204.

⁶⁴ Hof Den Bosch, 8 juni 2004, NJ 2004, 692, S&S 2005, 23; TVR 2005, p. 205.

⁶⁵ Zoals hierboven betoogd, is dit door het hof te kort geformuleerd.

⁶⁶ T.a.p., p. 251.

⁶⁷ T.a.p., p. 292.

het bestendig gebruikelijk beding leidend tot de toepasselijkheid van de Fenex-condities de facto wordt uitgehold. Ik ben dat met Haak en Zwitser wel eens.

Anders echter Van Huizen⁶⁸ die schrijft dat als de voorwaarden zich kwalificeren als gewoonterecht in de zin van art. 6:248 BW, we niet meer toekomen aan Titel 5, afd. 3 (schending informatieplicht).

Stel dat de Fenex-condities van toepassing worden geacht krachtens gewoonte waarbij de opdrachtgever de Fenex-condities stilzwijgend heeft aanvaard.

Vervolgens kan de 'kleine'⁶⁹ opdrachtgever de vernietiging inroepen van (bedingen van) die Fenex-condities omdat zij hem niet ter hand zijn gesteld (art. 6:233 sub b jo. 234 BW). Ik vrees dat dat inderdaad kan en dat op die kwestie gewoon de beginselen omtrent het kenbaarheidsvereiste van 'Geurtzen/Kampstaal'⁷⁰ moeten worden toegepast. Maar dan verwijs ik graag naar mijn betoog in TVR⁷¹ waar ik onder het kopje 'Een kentering met betrekking tot bekendheid in de logistieke wereld' voor een versoepeling met betrekking tot het kenbaarheidsvereiste van met name branchevoorwaarden pleit. Van Huizen⁷² bepleit daarentegen een tamelijk restrictieve toepassing van het kenbaarheidsvereiste en hij wil graag vasthouden aan de strikte uitleg van 'Geurtzen/Kampstaal'.

Met betrekking tot dat kenbaarheidsvereiste gaat het om de *inhoud* van de Fenex-condities, met name de aansprakelijkheidsregeling (de limieten). Even tussendoor, de kwestie van de vernietiging van de arbitrageclausule op grond van art. 6:233 sub b jo. 234 BW komt niet aan de orde omdat in ons voorbeeld de Fenex-condities niet schriftelijk van toepassing zijn verklaard, maar krachtens gewoonte en stilzwijgende aanvaarding.

Als subjectief kan worden vastgesteld dat de betreffende wederpartij bekend was met de inhoud van de Fenex-condities (hij is zelf expediteur etc.) dan kan hij zich niet meer op vernietiging beroepen. Van Wechem⁷³ merkt op dat Snijders in zijn noot bij 'VPV/Havrij' met de inhoud nog enigszins objectiveert door te volstaan met een *vermoeden* van wetenschap van de inhoud; daarvoor is daadwerkelijke lezing van de voorwaarden niet nodig maar zal het enige tijd in handen hebben gehad van de algemene voorwaarden in de regel toereikend zijn. Van Wechem heeft hier enige moeite mee, maar ik zou voor de logistieke branche en zeker voor de expeditiebranche willen bepleiten dat die bekendheid er bij de wederpartij al is indien kan worden aangetoond (met een (voorlopig) getuigenverhoor?) dat de wederpartij, de opdrachtgever van de expediteur, goed bekend is met de gang van zaken in de logistieke wereld en derhalve met het bestaan van de Fenex-condities die limieten bevatten. In die gevallen zou vernietiging van de Fenex-condities ex art. 233 sub b jo. 234 lid 1 BW niet meer mogelijk moeten zijn.

Wat dat betreft vind ik de redenering van de Rechtbank Haarlem⁷⁴ in r.o. 4.3 van praktisch inzicht getuigen. De rechtbank stelt dat het beroep van de opdrachtgever op de

⁶⁸ Van Huizen, t.a.p., p. 611.

⁶⁹ Niet vallend onder de criteria van art. 6:235 BW.

⁷⁰ Hoge Raad, 6 april 2001, NJ 2002, 385 m.nt. HJS (Snijders).

⁷¹ TVR 2005, p. 204-206.

⁷² Van Huizen, t.a.p., par. 31.4 en par. 31.5, p. 613-620.

⁷³ Van Wechem, a.w., par. 2.5 Informatieplicht, p. 46-58 en met name 2.5.4 over 'Geurtzen/Kampstaal', NJ 2000, 207 m.nt. Hijma en 'VPV/Havrij', NJ 2002, 385 m.nt. Snijders.

⁷⁴ Rechtbank Haarlem, 27 februari 2008, HA ZA 06-1502, nog niet gepubliceerd.

vernietigbaarheid van de Fenex-condities faalt omdat de Fenex-voorwaarden in de logistieke sector immers gebruikelijke voorwaarden zijn en de opdrachtgever een ervaren ondernemer is, die handelend vanuit haar professionele bedrijfsuitoefening, veelvuldig gebruik maakt en heeft gemaakt van de logistieke diensten en dus geacht moet worden bekend te zijn met deze voorwaarden. Mijns inziens moet het dan wel gaan om de bekendheid met de inhoud van de Fenex-condities.