

ARBITRAAL VONNIS

inzake

De besloten vennootschap met
beperkte aansprakelijkheid:

[Verz],

[REDACTED],

verzoekster,

gemachtigde: dhr. mr. W.M. Bijloo

tegen:

[Verw],

[REDACTED],

verweerder,

gemachtigde: dhr. mr. K.A.M.J. Horsch,

dhr. mr. S.J.M. Peters en mw. mr. M.J. Deuss

ARBITRAAL VONNIS NR. 54

De heren mr. dr. J.G.A. Linssen, wonende te Tilburg, drs. W.C. van Dis, wonende te Breda, A.J.M. Jansen, wonende te Tilburg, benoemd tot respectievelijk voorzitter-arbiter, arbiter en arbiter door het Arbitragebureau als bedoeld in artikel 2 van het Arbitragereglement behorende bij de Algemene Handelsvoorwaarden vastgesteld door de V.B.N.A. en de VENEXA van 1 september 1986 (Gedeponneerd bij de Griffie van de Arrondissementsrechtbank te 's-Gravenhage op 15 juli 1986) overwegen/beslissen als volgt:

Verloop van de procedure

1. Bij verzoekschrift gedateerd 26 oktober 2011 heeft verzoekster, hierna kortweg te noemen: "[Verz]", een verzoek tot arbitrage ingediend en een vordering ingesteld tegen verweerder, hierna kortweg te noemen: "[Verw]". [Verz] verzoekt de arbitragecommissie, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:
 - primair: voor recht te verklaren dat de tussen [Verz] en [Verw] op 31 januari 2011 gesloten overeenkomst (terecht) is ontbonden omdat de aardappelen niet aan de contractuele eisen voldeden;
 - subsidiair: de tussen [Verz] en [Verw] op 31 januari 2011 gesloten overeenkomst alsnog te ontbinden;
 - voor recht te verklaren dat [Verz] uit hoofde van de ontbonden overeenkomst van 31 januari 2011 niets meer aan [Verw] verschuldigd is;
 - veroordeling van [Verw] in de kosten van de procedure, waaronder kosten van de expert (€ 385,00) en de kosten van de raadsman van [Verz].
2. Bij aangetekend schrijven van 10 november 2011 aan het arbitragebureau heeft de advocaat van [Verw] mevrouw mr. M.J. Deuss, kantoorhoudende te België, verklaard niet akkoord te gaan met arbitrage door het arbitragebureau.
3. Op 26 december 2011 heeft [Verw] een conclusie van antwoord tevens houdende een voorwaardelijke eis in reconventie ingediend:

in conventie strekkende tot niet-ontvankelijkheid van [Verz] in haar vordering, althans afwijzing van de vordering van [Verz] met veroordeling van [Verz] in de kosten van de procedure;

in voorwaardelijke reconventie - indien de arbitragecommissie bevoegd is van het onderhavige geschil kennis te nemen - vordert [Verw], voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad, de op 31 januari 2011 tussen [Verz] en [Verw] gesloten overeenkomst te ontbinden wegens tekortkomingen in de nakoming door [Verz], alsmede [Verz] te veroordelen om binnen twee dagen na betekening van de in dezen te wijzen uitspraak aan [Verw] te voldoen, tegen behoorlijk bewijs van kwijting, het bedrag van € 42.194,47, althans een door de arbitragecommissie in goede justitie te bepalen bedrag, te vermeerderen met de wettelijke rente ex artikel 6:119a BW, althans ex artikel 6:119 BW, althans de gerechtelijke interesten naar Belgisch recht, te berekenen vanaf 10 oktober 2011, althans vanaf datum van indiening van de conclusie van antwoord tevens houdende voorwaardelijke eis in reconventie, tot aan de dag der algehele voldoening, te vermeerderen met de kosten van deze procedure.

4. Op 21 februari 2012 heeft [Verz] een conclusie van repliek in conventie tevens antwoord in voorwaardelijke reconventie ingediend: in conventie strekkende tot handhaving van haar verzoeken en in voorwaardelijke reconventie strekkende tot niet-ontvankelijk verklaring van [Verw] in zijn vordering, althans [Verw] zijn vordering te ontzeggen, met veroordeling van [Verw] in de kosten van de procedure.
5. Op 4 april 2012 heeft [Verw] een conclusie van dupliek tevens inhoudende conclusie van repliek in voorwaardelijke reconventie ingediend waarin hij volhardt in zijn standpunten.
6. Op 8 mei 2012 heeft [Verz] een conclusie van dupliek in voorwaardelijke reconventie tevens wijziging (vermindering) van eis ingediend waarin zij volhardt — buiten voornoemde wijziging van eis - in haar standpunten.
7. De mondelinge behandeling vond plaats op 21 augustus 2012. Namens [Verz] is verschenen [REDACTED], bijgestaan door haar gemachtigde mr. W.M. Bijloo. Namens [Verw] zijn verschenen [REDACTED] bijgestaan door zijn gemachtigden mr. K.A.M.J. Horsch en mr. M.J. Deuss. Beide partijen hebben hun standpunten toegelicht aan de hand van pleitaantekeningen die door hen tijdens de mondelinge behandeling zijn overgelegd. [Verz] heeft tijdens de mondelinge behandeling tevens een akte vermindering van eis genomen. [Verz] vermindert haar eis in die zin dat zij de arbitragecommissie verzoekt voor recht te verklaren dat [Verz] uit hoofde van de ontbonden overeenkomst van 31 januari 2011 een bedrag van € 3.420,12 aan [Verw] verschuldigd is.

8. Tijdens de mondelinge behandeling op 21 augustus 2012 zijn op verzoek van [Verz] vier personen gehoord door de arbitragecommissie, te weten [REDACTED]. Op verzoek van [Verw] is één persoon gehoord door de arbitragecommissie, te weten [REDACTED].

Bevoegdheid

9. [Verz] stelt dat de arbitragecommissie bevoegd is van het tussen partijen gerezen geschil kennis te nemen, omdat op de op 31 januari 2011 tussen partijen gesloten 'Teelt-, leverings- en afname overeenkomst consumptieaardappelen oogst 2011' de bijgevoegde 'Kondities en voorwaarden oogst 2011' van toepassing zijn. In de 'Kondities en voorwaarden oogst 2011' worden in artikel 17 de Algemene Handelsvoorwaarden, vastgesteld door V.B.N.A. en VENEXA, (hierna te nemen: "AHV") van toepassing verklaard. In artikel 17 van de 'Kondities en voorwaarden oogst 2011' is tevens opgenomen dat bij eventuele geschillen alleen de arbitragecommissie bevoegd is.
10. De bevoegdheid van de arbitragecommissie is door [Verw] betwist. Daartoe voert [Verw] het volgende aan. [Verw] betwist dat de AHV van toepassing zijn op de tussen partijen gesloten overeenkomst van 31 januari 2011, omdat [Verw] geen kennis heeft genomen van de AHV. De AHV zijn niet aan [Verw] overgelegd of aan hem ter hand gesteld. Aldus is aan [Verw] niet een redelijke mogelijkheid geboden om van de AHV kennis te nemen en om die reden maken de AHV geen onderdeel uit van de tussen partijen gesloten overeenkomst. Indien en voor zover nodig beroept [Verw] zich op de vernietigbaarheid van de AHV op grond van artikel 6:223 aanhef en sub b juncto 6:234 lid 1 aanhef en sub a BW. Voorts is, aldus [Verw], de bepaling onder artikel 17 van de 'Kondities en voorwaarden oogst 2011' te algemeen en blijkt daaruit niet welke arbitragecommissie bevoegd is.
11. [Verz] betwist dat [Verw] niet bekend is met de AHV, onder andere op grond dat partijen eerder met elkaar hebben gecontracteerd. Op de overeenkomst die [Verw] en [Verz] voor het oogstjaar 2010 hebben gesloten waren eveneens de AHV van toepassing verklaard. Voorts stelt [Verz] dat [Verw] als professionele aardappelteler bekend mag worden verondersteld met de AHV die gebruikelijk zijn in de branche. [Verz] stelt dat aan [Verw] geen beroep toekomt op artikel 6:233 en artikel 6:234 BW op grond van artikel 6:247 lid 2 BW: genoemde artikelen zijn opgenomen in afdeling 3 van titel 5 van boek 6 BW, welke afdeling niet van toepassing is op overeenkomsten tussen partijen die handelen in uitoefening van een beroep of bedrijf en die niet beiden in Nederland zijn gevestigd, ongeacht het recht dat de overeenkomst beheerst. [Verw]

is niet in Nederland, maar in België gevestigd, om welke reden de artikelen 6:233 en 6:234 BW niet van toepassing zijn op de tussen partijen gesloten overeenkomst. [Verw] erkent in zijn conclusie van dupliek tevens inhoudende conclusie van repliek in voorwaardelijke reconventie dat hem geen beroep toekomt op vernietiging van de algemene voorwaarden op grond van het Burgerlijk Wetboek, omdat de desbetreffende afdeling van het Burgerlijk Wetboek niet van toepassing is op de tussen partijen gesloten overeenkomst.

12. [Verw] stelt dat [Verz] eraan voorbij gaat dat [Verw] een Belgische aardappelteler is, terwijl de AHV zijn opgesteld door de Vereniging ter Behartiging van den Nederlandschen Aardappelhandel (V.B.N.A.) en de Vereniging van Nederlandse Exporteurs van Aardappelen (VENEXA). Van [Verz] mag volgens [Verw] verwacht worden dat de door [Verz] gewenste toepasselijke algemene voorwaarden aan [Verw] ter hand gesteld worden.
13. [Verw] stelt dat de vraag of partijen de AHV zijn overeengekomen dient te worden beantwoord aan de hand van de algemene regels van aanbod en aanvaarding. Hij verwijst naar de uitspraken: Hoge Raad Bouma/Cavo 1 juli 1993, *NJ* 1993, 668 en rechtbank Rotterdam 7 maart 2007, *LJN*: BB0590. Er is volgens [Verw] geen sprake geweest van wilsovereenstemming tussen partijen over de toepasselijkheid van de AHV, nu [Verz] deze AHV niet aan [Verw] ter hand heeft gesteld.
14. Vervolgens stelt [Verw] dat de vraag of [Verw] stilzwijgend heeft ingestemd met de AHV dient te worden beantwoord aan de hand van het Verdrag der Verenigde Naties inzake Internationale Koopovereenkomsten betreffende Roerende Zaken, hierna te noemen: "het Weens Koopverdrag".
15. [Verw] verwijst naar de uitspraak van het Duitse Bundesgerichtshof van 31 oktober 2001 (*IHR* 2002/1, p. 14-16). Het Bundesgerichtshof heeft in dit verband geoordeeld dat het ter hand stellen van de algemene voorwaarden een voorwaarde is voor de toepasselijkheid ervan. Volgens het Bundesgerichtshof volgt uit de artikelen 14, 18 en 8 van het Weens Koopverdrag dat de wederpartij van de gebruiker van de algemene voorwaarden de mogelijkheid moet hebben op een redelijke wijze van de algemene voorwaarden kennis te nemen. Hiervan kan slechts sprake zijn indien de gebruiker haar algemene voorwaarden (in zijn geheel) voorafgaand aan of tijdens het sluiten van de overeenkomst verstrekt aan de andere partij. De andere partij kan immers meestal niet weten met welke inhoud van de bepalingen hij in een bepaald geval akkoord gaat. Dit vanwege het feit dat door de verschillen tussen bestaande rechtssystemen en de verschillende gebruiken wereldwijd, algemene voorwaarden die in het ene land

gebruikt worden, vaak in belangrijke mate verschillen van de algemene voorwaarden die gebruikt worden in een ander land. Bovendien is het voor de gebruiker van de algemene voorwaarden — voor wie de algemene voorwaarden regelmatig voordelig zijn — een kleine moeite ("unschwer möglich") de voorwaarden ter hand te stellen. De Nederlandse rechters volgen naar de mening van [Verw] de koers van het Bundesgerichtshof. [Verw] verwijst daarbij naar recente uitspraken: rechtbank 's-Hertogenbosch 26 januari 2011, *LJN*: BP3102, rechtbank Breda 29 juni 2011, *LJN*: BQ9897 en rechtbank Rotterdam 25 februari 2009, *LJN*: BH6416.

16. [Verz] voert aan dat in de op 31 januari 2011 tussen partijen gesloten overeenkomst de bevoegdheid van de Nederlandse rechter is uitgesloten, nu in de AHV is bepaald dat geschillen uitsluitend door arbiters worden beslecht. [Verz] betwist tevens dat zij op grond van het Weens Koopverdrag de AHV aan [Verw] ter hand moest stellen. Het Weens Koopverdrag verplicht niet tot het overhandigen van de AHV. [Verz] verwijst daarbij naar de artikelen 8, 14 en 18 van het Weens Koopverdrag. Uit artikel 8 lid 3 en artikel 18 lid 3 van het Weens Koopverdrag volgt dat de handelwijzen die tussen partijen gebruikelijk zijn en de branchegewoonten bepalend zijn voor de vraag of het aanbod van de een aanvaard is door de ander. In de (internationale) aardappelbranche is het volgens [Verz] gebruikelijk dat partijen naar de in de koopbevestiging toepasselijke branchevoorwaarden verwijzen zonder die voorwaarden mee te zenden. Het is redelijkerwijs niet mogelijk de voorwaarden te faxen, daar de AHV een boekwerkje is. Dergelijke voorwaarden zijn niet eenvoudig ter hand te stellen. Tevens heeft [Verw] nimmer gevraagd om toezending van de AHV. Partijen deden al jaren zaken samen en in alle overeenkomsten zijn door [Verz] de AHV van toepassing verklaard. [Verw] heeft deze overeenkomsten ondertekend. Doordat [Verw] deze overeenkomsten van jaar tot jaar door ondertekening uitdrukkelijk heeft aanvaard, heeft [Verw] bij [Verz] het gerechtvaardigd vertrouwen opgewekt dat [Verw] die voorwaarden kende en aanvaardde. Het beroep van [Verw] op het niet ter hand stellen van de AHV is naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar.
17. De jurisprudentie waar [Verw] naar verwijst is volgens [Verz] niet van toepassing omdat het om andere type partijen en feiten ging. Wel vergelijkbaar is de zaak rechtbank 's-Gravenhage 7 juli 2010, *LJN*: BN0572. In die zaak ging het ook om "agrarische handel". De rechtbank behandelt in die uitspraak de jurisprudentie waarop [Verw] zich beroept, maar komt tot een ander oordeel. Het was volgens [Verz] voor [Verw] duidelijk dat [Verz] de AHV van toepassing wilde laten zijn op de tussen partijen gesloten overeenkomst en dat zij arbitrage wilde. [Verz] heeft meerdere keren in contracten naar de AHV verwezen. De contracten zijn in het Nederlands opgesteld

en [Verw] spreekt Nederlands. Voorts is [Verw] een internationaal professionele teler waarvan verwacht mag worden dat hij begrijpt dat verwijzing naar de voorwaarden betekent dat [Verz] die van toepassing wilde laten zijn. [Verw] heeft daartegen nimmer geprotesteerd. Eveneens is bepalend de jurisprudentie van de arbitragecommissie. De arbitragecommissie gaat steeds uit van het branchegebruik, hetgeen uitgangspunt is van het Weens Koopverdrag en artikel 1054 lid 4 Rv. De vaste lijn van de jurisprudentie is dat de AHV van toepassing zijn als partijen in een overeenkomst naar de AHV hebben verwezen.

18. Tijdens de mondelinge behandeling heeft [Verw] betwist dat hij een internationaal georiënteerde teler is. [Verw] is eigenaar van een familiebedrijf. Tevens heeft [Verw] betwist dat hij al jaren zaken deed met [Verz]. Partijen deden pas voor de tweede maal zaken met elkaar en ook in 2010 zijn de AHV niet ter hand gesteld of besproken. [Verw] kan naar zijn mening derhalve niet het gerechtvaardigd vertrouwen hebben gewekt bij [Verz] dat [Verw] de voorwaarden kende en aanvaardde. [Verw] betwist dat het in de aardappelbranche gebruikelijk is dat de algemene voorwaarden niet ter hand worden gesteld. De uitspraak waar [Verz] in dat kader naar verwees is volgens [Verw] niet vergelijkbaar met de huidige zaak. [Verw] heeft aangegeven niet bekend te zijn met de jurisprudentie van de arbitragecommissie waarnaar [Verz] verwees, daar [Verz] deze jurisprudentie niet heeft overgelegd en deze niet openbaar te raadplegen is. Voorts heeft [Verw] aangevoerd dat de voorwaarden wel degelijk op andere wijze ter hand gesteld hadden kunnen worden, door middel van email of terhandstelling bij een van de bezoeken van [redacted] aan [Verw].
19. De arbitragecommissie stelt vast dat uit de processtukken en de mondelinge behandeling is komen vast te staan dat partijen met elkaar op 31 januari 2011 een teelt- leverings- en afname overeenkomst consumptieaardappelen oogst 2011 hebben gesloten. Tevens staat vast dat op deze overeenkomst door [Verz] de 'Kondities en voorwaarden oogst 2011' van toepassing zijn verklaard. De 'Kondities en voorwaarden oogst 2011' zijn aan te merken als algemene voorwaarden. De overeenkomst is ter ondertekening door [Verz] aan [Verw] toegezonden met gelijktijdige toezending van de 'Kondities en voorwaarden oogst 2011' aan [Verw]. [Verw] heeft de overeenkomst met voornoemde condities ontvangen. De overeenkomst is door [Verw] ondertekend en aan [Verz] geretourneerd. Daarmee heeft [Verw] de toepasselijkheid van de 'Kondities en voorwaarden oogst 2011' aanvaard.
20. In artikel 17 van de toepasselijke 'Kondities en voorwaarden oogst 2011' worden de AHV van toepassing verklaard. Tevens is hierin het desbetreffende artikel opgenomen dat bij eventuele geschillen alleen de arbitragecommissie bevoegd is.

21. Voor wat betreft de bepaling "*Bij eventuele geschillen is alleen de arbitragecommissie bevoegd (lees: bevoegd, toevoeging arbiters)*" oordeelt de arbitragecommissie dat zij op grond van enkel deze bepaling niet bevoegd is kennis te nemen van het tussen partijen gerezen geschil. De arbitragecommissie volgt [Verw] in zijn stelling dat deze bepaling te algemeen is geformuleerd en dat daaruit niet blijkt welke arbitragecommissie bevoegd is om van het geschil kennis te nemen. De toepasselijkheid van de hiervoor geciteerde bepaling uit de AHV acht de arbitragecommissie in beginsel dan ook als nog (steeds) onvoldoende om te kunnen concluderen dat arbiters bevoegd zijn kennis te nemen van het tussen partijen gerezen geschil.
22. Tussen partijen is niet meer in geschil dat het bepaalde in artikel 6:247 lid 2 BW er toe leidt dat afdeling 3 van boek 6 BW op het onderhavige geval niet van toepassing is.
23. De arbitragecommissie dient eerst te beoordelen of partijen arbitrage zijn overeengekomen op grond waarvan de arbitragecommissie bevoegd is van het onderhavige geschil tussen partijen kennis te nemen. Artikel 1021 Wetboek van Rechtsvordering ziet op het bewijs van een overeenkomst tot arbitrage. Aan het bewijs dat arbitrage is overeengekomen stelt artikel 1021 Rv drie voorwaarden:
- a) de verwijzing naar de algemene voorwaarden moet in geschrift plaatsvinden;
 - b) de algemene voorwaarden moeten in arbitrage voorzien;
 - c) het onder a bedoelde geschrift moet door of namens de wederpartij uitdrukkelijk of stilzwijgend zijn aanvaard.

De arbitragecommissie stelt vast dat aan de onder a) en b) genoemde voorwaarden is voldaan. In de op de tussen partijen gesloten overeenkomst van toepassing verklaarde 'Kondities en voorwaarden oogst 2011' wordt — zoals in het voorafgaande reeds toegelicht - verwezen naar de AHV, die in arbitrage voorzien.

24. [Verz] is gevestigd in Nederland en [Verw] woont in België. Nu beide landen ten tijde van het sluiten van de overeenkomst partij waren bij het Weens Koopverdrag en de overeenkomst tussen partijen betrekking heeft op de koop en verkoop van roerende zaken, gaan partijen er terecht vanuit dat de vraag of de derde voorwaarde genoemd in artikel 1021 Rv - of [Verw] de toepasselijkheid van de AHV (stilzwijgend) heeft aanvaard - dient te worden beoordeeld aan de hand van de bepalingen van het Weens Koopverdrag. Zo volgt ook uit het arrest van de Hoge Raad van 28 januari 2005, *NJ* 2006, 517.

25. Tot de door het Weens Koopverdrag geregelde onderwerpen behoort ook de vraag of de door partijen gebezigde algemene voorwaarden van toepassing zijn op de koopovereenkomst, zodat naar het oordeel van de arbitragecommissie de vraag, of [Verz] [Verw] de redelijke mogelijkheid heeft geboden om kennis te nemen van de AHV, dient te worden beantwoord aan de hand van de daarop betrekking hebbende regeling in het Weens Koopverdrag.
26. Nu de toepasselijkheid van algemene voorwaarden niet expliciet in het Weens Koopverdrag is geregeld, worden voornoemde vragen ingevolge artikel 7 lid 2 van het Weens Koopverdrag beantwoord aan de hand van de algemene beginselen waarop het verdrag berust en slechts bij gebreken hiervan in overeenstemming met het krachtens de regels van internationaal privaatrecht toepasselijke recht. Hierbij dient de arbitragecommissie op grond van artikel 7 lid 1 van het Weens Koopverdrag rekening te houden met het internationale karakter van het verdrag, met de noodzaak tot eenvormigheid in de toepassing ervan en met het bevorderen van de naleving van de goede trouw in de internationale handel. Het is derhalve een vraag van uitleg van het Weens Koopverdrag of in dit verband noodzakelijk was dat [Verz] de AHV bij het sluiten van de overeenkomst op 31 januari 2011 aan [Verw] ter hand diende te stellen, dan wel op andere wijze ter beschikking diende te stellen aan [Verw].
27. Zoals vermeld onder overweging 9 tot en met 18 stelt [Verz] zich op het standpunt — overeenkomstig het oordeel van het Oostenrijkse Oberste Gerichtshof van 6 februari 1996 en van het Belgische Hof van Beroep Gent van 4 oktober 2004 — dat voor het van toepassing doen zijn van de AHV op de overeenkomst, de partij die de AHV wenst te gebruiken ingevolge artikel 8 van het Weens Koopverdrag kan volstaan met een verwijzing naar deze voorwaarden indien deze verwijzing voor een redelijk persoon begrijpelijk is. [Verz] heeft voorts aangevoerd dat uit artikel 8 lid 3 en artikel 18 lid 3 van het Weens Koopverdrag volgt dat de handelswijze die tussen partijen gebruikelijk zijn en de branchegewoonten bepalend zijn voor de vraag of het aanbod van de een aanvaard is door de ander. In de (internationale) aardappelbranche is het volgens [Verz] gebruikelijk dat partijen naar de in de koopbevestiging toepasselijke branchevoorwaarden verwijzen zonder die voorwaarden mee te zenden. [Verz] heeft zich tevens beroepen op de zaak rechtbank 's-Gravenhage 7 juli 2010 (*LJN*: BN0572).
28. [Verw] daarentegen beroept zich op de uitspraak van het Duitse Bundesgerichtshof (hierna: BGH) van 31 oktober 2001. Het BGH is van oordeel dat het voor de toepasselijkheid van de algemene voorwaarden onvoldoende is — mede gelet op het in artikel 7 lid 1 van het Weens Koopverdrag verwoorde beginsel van goede trouw — om in het aanbod tot het sluiten van een overeenkomst enkel daarnaar te verwijzen.

Volgens het BGH volgt immers uit de artikelen 8, 14 en 18 van het verdrag dat de wederpartij van de gebruiker van de algemene voorwaarden de mogelijkheid moet hebben op een redelijke wijze van de voorwaarden kennis te nemen. Hiervan kan slechts sprake zijn indien de ene partij haar algemene voorwaarden (in volle omvang) voorafgaand aan of tijdens het sluiten van de overeenkomst verstrekt aan de andere partij. Van degene tot wie het aanbod is gericht kan niet worden verlangd naar de inhoud ervan te informeren, aangezien een dergelijke overeenkomst, terwijl het voor de gebruiker van de voorwaarden, die meestal gebaat is bij het gebruik ervan, in de regel een kleine moeite is de tekst van de algemene voorwaarden te doen toekomen, aldus het BGH. Voorts heeft [Verw] zich beroepen op diverse uitspraken: rechtbank 's-Hertogenbosch 26 januari 2011 (*LJN*: BP3102) rechtbank Breda 29 juni 2011 (*LJN*: BQ9897) en rechtbank Rotterdam 25 februari 2009 (*LJN*: BH6416).

29. Naar aanleiding van voornoemde uitspraak van het BGH van 31 oktober 2001 bestaat er ook in Nederland discussie over de vraag of onder het Weens Koopverdrag het overhandigen, ter hand stellen, van de voorwaarden moet worden beschouwd als een vereiste om van toepasselijkheid daarvan te kunnen spreken. In de feitenrechtspraak wordt dit soms aangenomen, maar in de literatuur wordt dit bestreden.
30. De arbitragecommissie stelt in de onderhavige zaak vast dat partijen eenmaal eerder zaken hebben gedaan in 2010 en dat op deze overeenkomst eveneens de AHV van toepassing waren verklaard. [Verw] heeft tegen de toepassing van de AHV op de in 2010 tussen partijen gesloten overeenkomst niet geprotesteerd.
31. Uit de tussen partijen op 31 januari 2011 gesloten overeenkomst en de daarop van toepassing verklaarde 'Kondities en voorwaarden oogst 2011' blijkt naar het oordeel van de arbitragecommissie dat [Verz] in artikel 17 van deze condities en voorwaarden de AHV van toepassing heeft verklaard op de tussen partijen gesloten overeenkomst.
32. [Verw] kan de Nederlandse taal lezen en begrijpen en de arbitragecommissie oordeelt dat uit de processtukken en de mondelinge behandeling voldoende is komen vast te staan dat [Verw] de verwijzing naar de AHV begreep. [Verw] heeft vervolgens niet geprotesteerd tegen de toepasselijkheid van de AHV op de overeenkomst van 31 januari 2011.
33. [Verz] heeft tijdens de procedure niet aangetoond en ook niet aannemelijk gemaakt dat zij voorafgaande aan of ten tijde van het sluiten van de overeenkomst in 2011 met [Verw] de AHV aan [Verw] ter hand heeft gesteld of heeft toegezonden. [Verz] heeft nagelaten in de overeenkomst te verwijzen naar de plaats waar [Verw] de AHV kan

raadplegen en tevens ontbreekt de mededeling dat [Verw] op verzoek een exemplaar van de AHV toegestuurd kan krijgen. De volledige AHV beslaat 26 pagina's. [Verw] heeft vervolgens op geen enkel moment verzocht om een exemplaar van de AHV.

34. De arbitragecommissie oordeelt dat zowel [Verz], als [Verw] internationaal opererende partijen zijn, nu zij een overeenkomst hebben gesloten met een partij die is gevestigd, respectievelijk woonachtig is, in een ander land dan zij/hij zelf gevestigd, respectievelijk woonachtig is. Van beide partijen mag alertheid worden verwacht bij het sluiten van een internationale overeenkomst waarbij de wederpartij verwijst naar algemene voorwaarden. [Verw] heeft aan [Verz] geen vragen gesteld over de verwijzing of de inhoud van de AHV. [Verz] mocht er mede om die reden van uitgaan dat [Verw] bekend was met de AHV en om die reden behoeft [Verz] de AHV niet meer ter hand te stellen aan [Verw]. Voorts is de arbitragecommissie bekend dat het in de Nederlandse aardappelbranche gebruikelijk is om de AHV van toepassing te verklaren op overeenkomsten. Tevens is het branchegebruik om de van toepassing verklaarde algemene voorwaarden niet ter hand te stellen als deze een grote omvang heeft, zoals de AHV.
35. Mede gelet op hetgeen de arbitragecommissie heeft overwogen in vorenstaande overwegingen 29 tot en met 34 en het feit dat het Weens Koopverdrag niet de verplichting stelt om de algemene voorwaarden ter hand te stellen, oordeelt de arbitragecommissie dat voor de toepasselijkheid van de AHV op de overeenkomst, de partij die de AHV wenst te gebruiken, ingevolge artikel 8 van het Weens Koopverdrag en onder de gegeven feiten en omstandigheden kan volstaan met een verwijzing naar deze voorwaarden nu die verwijzing zodanig duidelijk is dat een redelijk handelende wederpartij haar kan begrijpen en komt de arbitragecommissie tot het oordeel dat de AHV van toepassing zijn op de tussen partijen op 31 januari 2011 gesloten overeenkomst. Vergelijkbare uitkomsten zien we in de uitspraken van het Oostenrijkse Oberste Gerichtshof van 6 februari 1996 en van het Belgische Hof van Beroep Gent van 4 oktober 2004.
36. De arbitragecommissie hecht onder meer veel waarde aan het feit dat [Verw] de verwijzing in de 'Kondities en voorwaarden oogst 2011' heeft begrepen althans heeft moeten begrijpen en hij op geen enkel moment geprotesteerd heeft tegen de toepasselijkheid van de AHV. Mede op grond hiervan is de arbitragecommissie van oordeel dat [Verw] stilzwijgend de toepasselijkheid van de AHV op de tussen partijen op 31 januari 2011 gesloten overeenkomst heeft aanvaard.

37. Nu de arbitragecommissie heeft geoordeeld dat de AHV van toepassing zijn op de tussen partijen op 31 januari 2011 gesloten overeenkomst omdat [Verw] de toepasselijkheid van de AHV heeft aanvaard, is aan alle voorwaarden van artikel 1021 Rv voldaan en acht de arbitragecommissie zich bevoegd om van het onderhavige geschil kennis te nemen.

Feiten

38. Tussen partijen staat als enerzijds gesteld en anderzijds niet of onvoldoende gemotiveerd betwist het navolgende vast. Partijen hebben op 31 januari 2011 een 'Teelt-, levering- en afnameovereenkomst consumptieaardappelen oogst 2011' gesloten, inhoudende dat [Verz] als koper koopt en afneemt van [Verw] als verkoper de opbrengst van 7,5 hectare consumptieaardappelen van het ras [REDACTED] van oogst 2011. Op de overeenkomst zijn van toepassing de 'Kondities en voorwaarden oogst 2011', waarbij de overeenkomst vermeldt: *"indien de partij niet voldoet aan deze normen kan deze worden afgekeurd"*. [Verw] heeft de overeenkomst en de 'Kondities en voorwaarden oogst 2011' ontvangen en de overeenkomst ondertekend aan [Verz] retour gestuurd.
39. Artikel 1 van de 'Kondities en voorwaarden oogst 2011' bepaalt dat de levering geschiedt franco op auto, op kopers afroep, in onderling overleg en dat levering in principe geschiedt in de periode vanaf juli 2011 tot en met oktober 2011. Ingevolge artikel 13 van de 'Kondities en voorwaarden oogst 2011' bedraagt de afgesproken prijs per 100 kilogram aardappelen € 12,00 inclusief BTW.
40. [Verw] heeft op 17 augustus 2011 twee hectare aardappelen geroid. Na het rooien van de aardappelen hebben partijen contact gehad over opslag van de aardappelen in een loods, omdat gebleken was dat de aardappel oogst 2011 in het algemeen veel problemen had met besmetting door de Erwinia-bacterie. [Verw] slaat de aardappelen vervolgens op in een loods. Partijen maken geen afspraken over de kosten die gepaard gaan met de opslag en evenmin over wie deze kosten voor zijn rekening zal nemen.
41. Op 29 augustus 2011 bezoekt [REDACTED], directeur van [Verz], samen met zijn afnemer, [REDACTED], [Verw] en neemt een monster mee van de opgeslagen aardappelen in de loods.
42. De heer [REDACTED] heeft het monster ter beoordeling meegenomen naar zijn afnemer, het bedrijf [REDACTED]. [REDACTED] heeft op 30 augustus 2011 een email

gestuurd aan [redacted] waarin de bevindingen van het monster zijn opgenomen. De email is op 30 augustus door [redacted] doorgestuurd aan [Verz].

43. Op 2 september 2011 heeft [Verz] [Verw] bezocht. Op 6 september 2011 heeft [redacted] een vracht aardappelen bij [Verw] geladen. Deze eerste lading is door [redacted] goedgekeurd.
44. [redacted] [Verw], heeft op 13 september 2011 telefonisch contact gehad met de heer [redacted].
45. Op 22 september 2011 heeft [Verz] een vracht geladen bij [Verw] en ook [redacted] heeft toen een vracht geladen. Beide vrachten waren bestemd voor [redacted]. Een vracht is uiteindelijk afgenomen door de firma [redacted] voor een bedrag van € 4,50 per 100 kilogram. De andere vracht is door [redacted] zelf verwerkt en verkocht aan een derde voor € 4,50 per 100 kilogram.
46. [redacted] heeft op 26 september 2011 een vierde vracht geladen bij [Verw]. Deze vierde vracht kwam van een ander perceel dan de eerste drie vrachten.
47. [Verz] heeft [Verw] op 27 september 2011 wederom bezocht en hem medegedeeld dat de afnemer van [Verz] geen verdere vrachten wilde komen laden omdat er teveel beschadigde aardappelen zouden zijn. [Verz] heeft aan [Verw] enkele foto's laten zien. [Verz] heeft vervolgens twee monsters van de aardappelen van [Verw] meegenomen.
48. De Belgische gemachtigde van [Verw], mevrouw mr. M.J. Deuss, heeft [Verz] op 5 oktober 2011 per brief in gebreke gesteld en [Verz] verzocht binnen 5 dagen de afname- en informatieplicht na te komen, bij gebreke waarvan [Verw] een gerechtelijke procedure zal opstarten gericht op ontbinding en schadevergoeding voor alle geleden en nog te lijden schade.
49. Bij faxbericht van 12 oktober 2011 aan de gemachtigde van [Verw], heeft mr. W.M. Bijloo, gemachtigde van [Verz], op de brief van mevrouw mr. M.J. Deuss gereageerd. [Verz] heeft een beroep gedaan op ontbinding van de overeenkomst en aan [Verw] bericht dat [Verw] vrij is de aardappelen zelf te vermarkten en voorts dat [Verz] de VBNA/VENEXA zal verzoeken een expertiserapport op te laten maken. Tot slot heeft [Verz] in hetzelfde faxbericht aangegeven dat de expertise op 14 oktober 2011 te 11:00 uur zal plaatsvinden op het bedrijf van [Verw]. Mr. W.M. Bijloo heeft ook in een brief van 12 oktober 2011 rechtstreeks aan [Verw] de koopovereenkomst ontbonden en

laatstgenoemde tevens op de hoogte gesteld van de datum, tijdstip en locatie van de expertise.

50. Bij faxbericht van 13 oktober 2011 heeft mr. M.J. Deuss namens [Verw] bevestigd kennis genomen te hebben van de ontbinding van de overeenkomst door mr. W.M. Bijloo en van diens mededeling dat [Verw] vrij is de aardappelen zelf te vermarkten en zij heeft tevens medegedeeld dat [Verw] geen expertise op zijn bedrijf zal toelaten.
51. Op 14 oktober 2011 is de heer [REDACTED] (hierna te noemen: [REDACTED]), aardappelexpert bij de Nederlandse Aardappelorganisatie, samen met [Verz] afgereisd naar [Verw]. Aldaar heeft [REDACTED] [Verz] de toegang tot het terrein geweigerd. Na overleg tussen [REDACTED], [Verz] en mr. Bijloo, hebben [Verz] en [REDACTED] drie percelen van [Verw] bekeken. De aardappelen die op deze percelen waren geteeld, waren al gerooid.
52. Nadat [Verw] de expertise had geweigerd heeft mr. W.M. Bijloo bij faxbericht van 14 oktober 2011 namens [Verz] aan mevrouw mr. M.J. Deuss medegedeeld een kort geding procedure op te starten, omdat [Verw] de expertise had geweigerd.
53. Op 15 oktober 2011 verkoopt [Verw] circa 220.000 kilogram aardappelen aan [REDACTED] tegen een prijs van € 15,00 per 1000 kilogram inclusief BTW vermeerderd met € 4,00 transportkosten per 1000 kilogram inclusief BTW. Op dezelfde datum verkoopt [Verw] 23.940 kilogram aardappelen aan [REDACTED] tegen een prijs van € 17,86 per 1000 kilogram.
54. Bij brief van 18 oktober 2011 aan mr. W.M. Bijloo bericht mr. M.J. Deus namens [Verw] dat [Verw] onderzoeken heeft laten verrichten naar zijn aardappelen en dat daaruit is gebleken dat de aardappelen niet besmet zijn met de Erwinia-bacterie en behoudt [Verw] zich voor de schade die hij lijdt en nog zal lijden op [Verz] te verhalen.
55. Op 19 oktober 2011 heeft [Verz] [Verw] in kort geding gedagvaard voor de rechtbank in eerste aanleg te Tongeren en gevorderd [Verw] te bevelen om mee te werken aan de VBNA/VENEXA expertise. Bij vonnis van 22 november 2011 heeft de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg te Tongeren, na [Verz] in haar vordering ontvankelijk te hebben verklaard, de vordering afgewezen.
56. Bij brief van 26 oktober 2011 heeft [Verz] aan [Verw] ter beoordeling een afrekening toegestuurd van - € 3.420,12. Tegen deze afrekening heeft [Verw], middels mr. M.J.

Deuss, op 4 november 2011 schriftelijk bezwaar gemaakt en medegedeeld niet akkoord te kunnen gaan met de voorgestelde afrekening.

Het geschil

57. De vorderingen van [Verz] zien op een verklaring voor recht dat de tussen partijen op 31 januari 2012 gesloten overeenkomst ontbonden is vanwege het niet voldoen van de aardappelen aan de contractuele eisen, subsidiair de overeenkomst te ontbinden met een verklaring voor recht dat [Verz] aan [Verw] uit hoofde van de overeenkomst niets meer verschuldigd is. De voorwaardelijke vordering van [Verw] in reconventie ziet op ontbinding van de overeenkomst wegens tekortkomingen in de nakoming aan de zijde van [Verz] en vergoeding van de door [Verw] geleden schade.
58. In casu liggen diverse vragen voor, waaronder de vraag of er sprake is van een tekortkoming aan de zijde van [Verz] dan wel aan de zijde van [Verw], die een ontbinding van de overeenkomst tussen partijen rechtvaardigt. Voorts ligt de vraag voor of de tussen partijen gesloten overeenkomst van 31 januari 2011 is ontbonden, en als deze vraag bevestigd wordt beantwoord, op welke datum de overeenkomst is ontbonden. Tenslotte dient de vraag beantwoord te worden of partijen over en weer nog iets van elkaar te vorderen hebben.

De beoordeling

59. [Verz] heeft binnen drie maanden nadat is gebleken dat het geschil niet in der minne tussen partijen kon worden opgelost, arbitrage aangevraagd. [Verz] heeft derhalve overeenkomstig artikel 4 lid 1 van het van toepassing zijnde arbitragereglement tijdig arbitrage aangevraagd.

In conventie

De percelen

60. Uit de mondelinge behandeling en het getuigenverhoor van [REDACTED] is gebleken dat de 7,5 hectare die onderwerp is van de tussen partijen gesloten overeenkomst van 31 januari 2011, is verdeeld in vijf percelen. Het eerste perceel is gelegen voorbij [REDACTED] en is ongeveer 1 hectare groot. Het tweede en derde perceel liggen voorbij [REDACTED] en zijn respectievelijk en bij benadering 1,30 hectare en 0,70 hectare groot. Het vierde perceel is gelegen in de buurt van [REDACTED]

█ en is ongeveer 1,30 hectare groot. Het vijfde perceel is gelegen naast het perceel, waarop de tussen partijen gesloten overeenkomst van 2010 betrekking had, en is ongeveer 3 hectare groot.

61. Uit de processtukken en het getuigenverhoor van █ is gebleken dat partijen op 11 juli 2011 samen de percelen en de aardappelen van [Verw] hebben bekeken. Naar het oordeel van de arbitragecommissie is voldoende komen vast te staan dat op 11 juli 2011 door partijen is geconstateerd dat de aardappelen, die werden geteeld op het tweede en vierde perceel, schurft bevatten. Partijen zijn op dat moment overeengekomen dat [Verz] de aardappelen van het tweede en vierde perceel niet zou afnemen en dat deze derhalve buiten de overeenkomst vallen.

Gebreken?

62. [Verz] stelt zich op het standpunt dat de aardappelen die [Verw] aan [Verz] heeft geleverd niet aan de overeenkomst beantwoordden omdat er (inwendige en uitwendige) gebreken zoals roest, stip en schurft zijn geconstateerd. Voorts stelt [Verz] dat een deel van de aardappelen zijn afgekeurd wegens spruiten. De gebreken blijken volgens [Verz] uit de onderzoeksresultaten van █ en de foto's die zijn genomen door de afnemer █. Nu de aardappelen niet aan de overeenkomst beantwoordden heeft [Verz] de tussen partijen gesloten overeenkomst op 2 september 2011 mondeling ontbonden, dan wel op 12 oktober 2011 schriftelijk ontbonden.
63. [Verw] betwist dat de door hem geleverde aardappelen inwendige gebreken bevatten. [Verw] verwijt [Verz] in zijn conclusie van antwoord tevens voorwaardelijke eis in reconventie dat [Verz] heeft nagelaten een objectief onderzoek en tevens onderzoek op tegenspraak te verzoeken alvorens [Verz] de tussen partijen gesloten overeenkomst als ontbonden beschouwde en [Verw] toestemming gaf om de aardappels alsnog elders te vermarkten. Het onderzoek dat is verricht door █ is naar de mening van [Verw] een volledig eenzijdig en niet objectief onderzoek. [Verw] stelt dat █ het monster dat is onderzocht niet zelf heeft genomen, waardoor de mogelijkheid bestaat dat het monster verwisseld is geraakt met een monster van een andere partij aardappelen. Voorts betwist [Verw] dat de door [Verz] overgelegde foto's de door hem geteelde aardappelen betreffen. De foto's bevatten geen datum en kunnen betrekking hebben op elke willekeurige partij aardappelen van elke willekeurige teler. De onderzoeksresultaten kunnen volgens [Verw] tevens niet objectief bevonden worden doordat █, een groothandel in consumptieaardappelen, en █, een aardappelveredelingsbedrijf, gelijke activiteiten hebben als [Verz].

64. Over het onderzoek door [redacted] oordeelt de arbitragecommissie dat deze bevindingen om meerdere redenen niet tot objectief bewijs kunnen dienen. Allereerst is [redacted] afnemer van [redacted] en is [redacted] afnemer van [Verz]. Voorts staat vast dat het door [redacted] onderzochte monster niet door [redacted] zelf is genomen, zodat niet onomstotelijk kan worden vastgesteld dat de overgelegde onderzoeksresultaten daadwerkelijk de door [Verw] geteelde aardappelen betreffen.
65. [Verz] heeft getracht door middel van een VBNA/VENEXA expertise aan te tonen dat de aardappelen gebreken vertoonden. [Verz] is niet in dit bewijs geslaagd, omdat [Verw] de expert van de Nederlandse Aardappelorganisatie, [redacted], niet heeft toegelaten om een expertise te verrichten. Vervolgens heeft [Verz] de juistheid van haar stellingen getracht to onderbouwen door [redacted] tijdens de mondelinge behandeling door de arbitragecommissie als getuige te doen horen.
66. Tijdens de mondelinge behandeling is door [Verw] medegedeeld dat [Verw] op 18 oktober 2011 een Belgische expert onderzoek heeft laten verrichten naar de gestelde gebreken aan de aardappelen van [Verw]. Uit dit onderzoek blijkt volgens [Verw] dat de aardappelen geen gebreken bevatten. [Verw] heeft nagelaten de onderzoeksresultaten voorafgaand aan de mondelinge behandeling aan de arbitragecommissie en [Verz] te overleggen. Tijdens de mondelinge behandeling heeft [Verw] aangeboden het rapport alsnog in te brengen. [Verz] heeft hiertegen bezwaar gemaakt. De arbitragecommissie heeft het rapport om reden van "hoor en wederhoor" en goede procesorde niet toegelaten.
67. Tevens is tijdens het getuigenverhoor van [redacted] vast komen te staan dat [redacted] de kwaliteit van de aardappelen beoordeelt aan de hand van een puntensysteem en van de keuring een zogeheten keuringsrapport opmaakt, dat door [redacted] niet automatisch aan de leveranciers wordt verstrekt. [redacted] heeft verklaard de door [Verw] geteelde aardappelen te hebben afgekeurd. [Verw] heeft het keuringsrapport opgevraagd bij [redacted], echter [redacted] heeft geweigerd dit keuringsrapport aan [Verw] te overhandigen, omdat [Verw] geen rechtsbetrekking heeft met [redacted]. [Verz] heeft tijdens de mondelinge behandeling aangeboden het keuringsrapport alsnog in te brengen. De arbitragecommissie heeft ook dit rapport om reden van hoor en wederhoor en goede procesorde niet toegelaten.
68. [Verz] heeft zich tijdens de mondelinge behandeling op het standpunt gesteld dat de weigering van [Verw] om de expert van de Nederlandse Aardappelorganisatie toe te laten, waardoor geen VBNA/VENEXA expertise kon plaatsvinden, ertoe moet leiden dat er omkering van de bewijslast plaatsvindt. [Verw] betwist dat hij gehouden is aan te

tonen dat de door hem geteelde aardappelen geen gebreken bevatten en houdt vast aan de hoofdregel "wie stelt moet bewijzen".

69. Een aantal bepalingen van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering verbindt aan bepaald gedrag de consequentie dat de rechter daaruit de gevolgtrekking kan maken die hij geraden acht. Enkele van die bepalingen zijn artikel 21, 22, 162 lid 2, 164 lid 3, 179 lid 4, 196 lid 2 en 198 lid 3 Rv. Aan partijen in de civiele procedure is de verplichting opgelegd aan het onderzoek naar de waarheid mee te werken op straffe van gevolgtrekkingen die de rechter geraden voorkomen. De woorden in artikel 22 Rv "bepaalde stellingen toe te lichten of op bepaalde, op de zaak betrekking hebbende bescheiden over te leggen" zijn niet limitatief bedoeld. Uit de wetsgeschiedenis en uit de samenhang met andere genoemde bepalingen volgt dat de wetgever heeft bedoeld een algemene medewerkingsverplichting te formuleren. Voor zover het te sanctioneren partijgedrag ziet op de feitengaring kan de mogelijke gevolgtrekking een vermoeden ten nadele van de verzakende partij zijn of omkering van de bewijslast. Voor wat betreft het sanctioneren wordt de rechter grote vrijheid gelaten, zo volgt uit de parlementaire geschiedenis: artikel 21 Rv (Van Mierlo-Bart, 2002, p. 149, Nota):

"Wel is het natuurlijk zo dat de nalatige partij ook processueel moet kunnen worden 'afgerekend' op zijn gedrag. Artikel 21 (...) biedt daartoe ook ruimte. Zo zal de rechter de bewijslast van de nalatige partij kunnen verzwaren, of die partij bij de beslissing over de proceskosten de rekening voor zijn gedrag kunnen presenteren. Ook kan de rechter, wanneer de onjuistheid of onvolledigheid van de stelling is gebleken en de nalatige partij zijn stellingen wenst uit te breiden met nieuwe feiten, deze buiten beschouwing laten wegens strijd met de goede procesorde."

en artikel 22 Rv (Van Mierlo-Bart, 2002, p. 156, Nota):

"Aan de orde kwam reeds dat in het voorgestelde stelsel de naleving van de processuele plichten van partijen niet voornamelijk door middel van strikte en scherpe sancties geschiedt. Evenzo menen wij dat de nieuwe procesregels met betrekking tot de taken en bevoegdheden van de rechter niet in hoofdzaak uit scherpe normen kunnen bestaan. Wat ten aanzien van het sanctiestelsel is opgemerkt, geldt ook hier: het voorgestelde stelsel biedt ruimte voor de flexibiliteit die nodig is om rekening te houden met, bijvoorbeeld, de aard van de zaak en de hoedanigheid van procespartijen. (...).

70. Naar het oordeel van de arbitragecommissie levert de weigering van [Verw] om mee te werken aan de VBNA/VENEXA expertise en ook anderszins de weigering nadien een

ernstige schending van redelijkheid en billijkheid en tevens een inbreuk op de goede procesorde op, die zich bovendien niet leent voor herstel. [Verw] heeft de bewijsgaring aan de zijde van [Verz] gefrustreerd en zelfs tegengewerkt. De bewijspositie van [Verz] is hierdoor onherstelbaar geschaad. [Verz] heeft door de weigerachtige houding van [Verw] geen objectief bewijs kunnen vergaren omtrent de kwaliteit van de aardappelen. De aardappelen zijn door [Verw] verkocht, waardoor [Verz] ook geen mogelijkheid meer heeft om alsnog een expertise te verrichten of een objectieve expertise te laten verrichten.

71. De arbitragecommissie acht het onbegrijpelijk dat [Verw] de expertise heeft geweigerd, nu expertise ook voor [Verw] het objectief bewijs had kunnen opleveren van zijn stelling dat de aardappelen geen gebreken vertoonden. Daarnaast acht de arbitragecommissie het onbegrijpelijk dat [Verw] [Verz] het verwijt maakt dat [Verz] heeft nagelaten een objectief onderzoek en tevens onderzoek op tegenspraak te verzoeken alvorens [Verz] de tussen partijen gesloten overeenkomst als ontbonden beschouwde en [Verw] toestemming gaf om de aardappels te vermarkten. [Verz] heeft bij de NAO een objectief onderzoek verzocht, echter [Verw] is degene geweest die heeft geweigerd de expert van de NAO toe te laten. Ook een gerechtelijke procedure mocht er niet toe leiden dat er een expertise kon worden uitgevoerd. Door de weigering van [Verw] heeft [Verw] de waarheidsvinding onherstelbaar onmogelijk gemaakt. Voor deze ernstige inbreuk is naar het oordeel van de arbitragecommissie een omkering van de bewijslast — mede gelet op het feit dat door gedragingen van [Verw] een objectieve expertise geheel onmogelijk is gemaakt — een te lichte sanctie en oordeelt de arbitragecommissie dat in casu een meer ingrijpende sanctie gepast en in de gegeven situatie — lees: de onherstelbaarheid van de actuele situatie — bovendien proportioneel is. (Zie ook Gerechtshof 's-Hertogenbosch 14 december 2004 *LJN*: AS6385). De arbitragecommissie acht het onder de gegeven omstandigheden in dezen proportioneel, passend en geboden om aan [Verw] zijn voorwaardelijk reconventionele vordering tot schadevergoeding — in verband met de niet geleverde aardappelen ~ te ontzeggen.

Reclame

72. [Verz] stelt dat zij op meerdere momenten heeft gereclameerd bij [Verw] over de kwaliteit van de aardappelen. [Verz] stelt tijdens haar bezoek aan [Verw] op 2 september 2011 de email van 30 augustus 2011 van [REDACTED] — waarin de bevindingen van een monster aardappelen zijn opgenomen en de desbetreffende aardappelen vanwege inwendige gebreken zijn afgekeurd — aan [Verw] ter hand te

hebben gesteld en de aardappelen van [Verw] te hebben geweigerd. [Verw] betwist dat [Verz] de email aan [Verw] heeft overhandigd.

73. Voorts stelt [Verz] dat, van de twee vrachten die op 22 september 2011 zijn geladen bij [Verw], er een door [Verz] is afgekeurd wegens kwaliteitsgebreken. De andere vracht is wel goedgekeurd. [Verz] stelt dat zij over deze afkeuring wederom contact heeft gehad met [Verw]. [Verw] betwist dat hij hiervan op de hoogte is gesteld. Ook de vierde vracht die op 26 september 2011 bij [Verw] is geladen, is volgens [Verz] afgekeurd door [REDACTED].
74. Tussen partijen staat vast dat [Verz] op 27 september 2011 mondeling aan [Verw] heeft medegedeeld dat de afnemer van [Verz] de door [Verw] geteelde aardappelen niet wilde komen laden omdat er teveel beschadigde aardappelen tussen zaten.
75. Tevens staat tussen partijen vast dat [Verz] op 12 oktober 2011, middels haar gemachtigde, schriftelijk heeft gereclameerd.
76. Op de tussen partijen gesloten overeenkomst zijn de AHV van toepassing. Klachten dienen ingevolge artikel 37 lid 2 AHV door de koper, op straffe van verlies van rechten, onmiddellijk mondeling, telefonisch, per telefax of per telegram aan de verkoper kenbaar gemaakt te worden. Mondeling of telefonisch gedaan protest dient uiterlijk de volgende werkdag schriftelijk aan de verkoper te worden bevestigd.
77. [Verz] heeft in verband met de door [Verw] geleverde aardappelen niet aangetoond dat zij onmiddellijk (schriftelijk) heeft gereclameerd bij [Verw]. Indien en voor zover de mondelinge mededeling van [Verz] aan [Verw] op 27 september 2011, zoals in het voorgaande verwoord in punt 73, is te duiden als "een mondeling reclameren", geldt dat deze klacht niet schriftelijk is bevestigd, zodat niet conform art. 37 lid 2 AHV is gereclameerd. Voor wat betreft de reclame van 12 oktober 2011 oordeelt de arbitragecommissie dat deze niet onmiddellijk aan [Verw] is toegestuurd en derhalve evenmin in overeenstemming met het bepaalde in artikel 37 AHV heeft plaatsgevonden. De arbitragecommissie is van oordeel dat in verband met de door [Verw] aan [Verz] geleverde aardappelen door [Verz] niet is gereclameerd in overeenstemming met het bepaalde in artikel 37 AHV. Als gevolg hiervan is de arbitragecommissie ten aanzien van de door [Verw] aan [Verz] geleverde aardappelen van oordeel dat [Verz] haar recht tot reclameren ten aanzien van deze aardappelen heeft verloren en dat [Verz] geen beroep kan doen op de beweerdelijke klachten in verband met de door [Verw] geleverde aardappelen.

78. De stelling van [Verz] dat [Verw] de reclames van [Verz] heeft aanvaard, daar [Verw] niet overeenkomstig artikel 37 lid 3 AHV binnen zes werkuren heeft aangegeven of hij de klacht aanvaardt, gaat naar het oordeel van de arbitragecommissie niet op. Nu [Verz] niet overeenkomstig de tussen partijen van toepassing zijnde AHV heeft gereclameerd, kan [Verw] niet worden verweten niet tijdig op de beweerdelijke reclames te hebben gereageerd.

Ontbinding van de overeenkomst

79. [Verw] betwist dat [Verz] de overeenkomst op 2 september 2011 mondeling heeft ontbonden en stelt dat [Verz] tijdens het telefonisch contact op 13 september 2011 tussen [REDACTED] en [REDACTED] het bestaan van de overeenkomst heeft bevestigd. Tevens betwist [Verw] dat [Verz] de overeenkomst op 12 oktober 2011 schriftelijk heeft ontbonden, daar [Verz] heeft nagelaten om [Verw] in gebreke te stellen en hem een laatste termijn voor nakoming te geven ex artikel 6:82 BW. Voorts doet [Verw] een beroep op artikel 40 AHV waarin eveneens de eis van een voorafgaande schriftelijke ingebrekestelling is opgenomen.
80. [Verz] betwist dat zij [Verw] voor ontbinding van de overeenkomst eerst in gebreke had moeten stellen, omdat nakoming niet weer mogelijk was, zodat [Verw] op grond van artikel 6:74 lid 2 BW in verzuim was en [Verz] de overeenkomst kon ontbinden. [Verw] kon volgens [Verz] niet nakomen doordat [Verz] van [Verw] aardappelen had gekocht die [Verw] zelf geteeld had. Nu de aardappelen allen ongeschikt waren, kon [Verw] niet nakomen.
81. Indien en voor zover de overeenkomst tussen partij en niet op 12 oktober 2011 is ontbonden, stelt [Verz] zich op het standpunt dat de overeenkomst op 13 oktober 2011 is ontbonden met wederzijds goedvinden, nu [Verw] aangaf de overeenkomst als ontbonden te beschouwen.
82. [Verw] betwist dat de overeenkomst met wederzijds goedvinden is ontbonden en stelt zich op het standpunt dat de door [Verz] uitgebrachte ontbindingsverklaring van 12 oktober 2011 niet gerechtvaardigd en derhalve nietig is, omdat de aardappelen geen gebreken vertoonden en [Verz] geen ingebrekestelling heeft verzonden aan [Verw]. [Verw] betwist voorts de ontbinding van [Verz] te hebben aanvaard. [Verw] heeft geconstateerd dat [Verz] de overeenkomst als ontbonden beschouwde en heeft zich erbij neergelegd dat [Verz] de overeenkomst niet (verder) zal uitvoeren, zulks onder verwijzing naar Hoge Raad 8 juli 2011, *RvdW* 2011, 905.

83. Op 5 oktober 2011 heeft [Verw] [Verz] schriftelijk in gebreke gesteld en haar een termijn gegeven van 5 dagen voor nakoming. [Verz] heeft aan deze ingebrekestelling geen gehoor gegeven. [Verw] verzoekt de arbitragecommissie de tussen partijen op 31 januari 2011 gesloten overeenkomst te ontbinden.
84. Nog afgezien van de omstandigheid dat voor de arbitragecommissie in de procedure niet is komen vast te staan dat [Verz] de overeenkomst op 2 september 2011 mondeling heeft ontbonden, geldt dat een overeenkomst ingevolge artikel 6:267 lid 1 BW enkel door middel van een schriftelijke verklaring kan worden ontbonden.
85. De arbitragecommissie stelt vast dat uit de overeenkomst, noch uit de daarop van toepassing verklaarde 'Kondities en voorwaarden oogst 2011', blijkt dat partijen uitdrukkelijk zijn overeengekomen dat [Verw] de aardappelen zelf moest telen, zodat niet geconcludeerd kan worden dat het voor [Verw] blijvend onmogelijk was om de overeenkomst na te komen. Ingevolge artikel 6:265 lid 2 BW juncto artikel 6:82 BW, alsmede ingevolge artikel 30 AHV diende [Verz] [Verw] schriftelijk in gebreke te stellen middels een schriftelijke aanmaning en hem een redelijke termijn voor nakoming te stellen. Nu [Verz] dit heeft nagelaten, is [Verw] niet in verzuim en is de overeenkomst niet op 12 oktober 2011 door [Verz] ontbonden.
86. De overeenkomst is naar het oordeel van de arbitragecommissie, in navolging van Hoge Raad 8 juli 2011, *RvdW* 2011, 905, ook niet met wederzijds goedvinden ontbonden. De ontbindingsverklaring van [Verz] was niet gerechtvaardigd, nu [Verw] niet in verzuim was. Nu [Verw] de gerechtvaardigheid van de ontbindingsverklaring heeft betwist, heeft [Verw] daarmee ook het met de ontbindingsverklaring beoogde rechtsgevolg bestreden. In de brief van 5 oktober 2011 geeft [Verw] enkel aan dat hij noteert dat [Verz] de overeenkomst die partijen aangingen als ontbonden beschouwt. De arbitragecommissie oordeelt de ontbindingsverklaring niet-gerechtvaardigd. Tevens oordeelt de arbitragecommissie dat uit de brief van 5 oktober 2011 van [Verw] blijkt dat [Verw] zich erbij neer heeft gelegd dat [Verz] de overeenkomst niet meer uit wilde voeren. Om voornoemde redenen wijst de arbitragecommissie de primaire vordering van [Verz] af.
87. Partijen hebben de arbitragecommissie verzocht de overeenkomst tussen partijen te ontbinden indien de arbitragecommissie oordeelt dat de overeenkomst niet buitengerechtelijk is ontbonden. Op 5 oktober 2011 heeft [Verw] [Verz] schriftelijk in gebreke gesteld en haar een termijn gegeven van 5 dagen voor nakoming. Nu [Verz] niet binnen de door [Verw] gestelde termijn van vijf dagen na 5 oktober 2011 de overeenkomst is nagekomen, is [Verz] overeenkomstig artikel 6:82 BW in verzuim.

Daarnaast leidt het oordeel van de arbitragecommissie, dat de ontbindingsverklaring van [Verz] niet-gerechtigd was, ertoe dat het schrijven van [Verw] aan [Verz] van 5 oktober 2011 heeft geleid tot verzuim van [Verz]. De arbitragecommissie oordeelt dat [Verz] is tekortgeschoten in de nakoming van de tussen partijen op 31 januari gesloten overeenkomst, nu zij de aan haar geleverde aardappelen niet (tijdig) heeft betaald en zij in verband met die betalingen tevens in verzuim is. De tekortkoming van [Verz], namelijk het nalaten van het verrichten van enige betaling aan [Verw] voor de door [Verz] afgenomen aardappelen, rechtvaardigt naar het oordeel van de arbitragecommissie de ontbinding van de tussen partijen gesloten overeenkomst. Om die reden ontbindt de arbitragecommissie de tussen partij en op 31 januari 2011 gesloten overeenkomst met ingang van de datum van dit arbitraal vonnis.

88. Op grond van artikel 6:269 BW heeft de ontbinding geen terugwerkende kracht en ingevolge artikel 6:271 BW blijft de rechtsgrond voor de door de ontbinding getroffen doch reeds nagekomen verbintenissen in stand, maar legt op partijen de verplichting tot ongedaanmaking van de door hen ontvangen prestaties. Nu de aard van de prestatie uitsluit dat zij ongedaan wordt gemaakt, treedt daarvoor een vergoeding in de plaats ten belope van haar waarde op het tijdstip van de ontvangst.
89. [Verz] stelt zich op het standpunt dat partijen op 2 september 2011 andere afspraken hebben gemaakt over het vermarkten van de afgekeurde aardappelen, zoals overeengekomen in artikel 12 van de op de tussen partijen gesloten overeenkomst van toepassing verklaarde condities en voorwaarden oogst 2011. [Verw] betwist dat partij en op 2 september 2011 of enige moment later andere afspraken hebben gemaakt over het vermarkten van de aardappelen door [Verz].
90. Zoals in het voorafgaande opgemerkt, is de arbitragecommissie van oordeel dat [Verz] niet heeft gereclameerd in overeenstemming met het bepaalde in artikel 37 AHV. In het verlengde hiervan geldt dat niet is komen vast te staan dat de door [Verw] geleverde aardappelen gebreken vertoonden en oordeelt de arbitragecommissie dat [Verz] - let wel: uitsluitend(!) - voor de door haar afgenomen aardappelen van [Verw] de tussen partijen overeengekomen prijs van EURO 12,00 per 100 kilogram inclusief BTW aan [Verw] moet voldoen. Uit de processtukken, waaronder de afrekening van [Verz], is komen vast te staan dat [Verz] vier vrachten heeft afgenomen van [Verw]:
- I. vracht op 6 september 2011, 29,334 netto kilogram;
 - II. vracht op 22 september 2011, 23.178 netto kilogram;
 - III. vracht op 22 september 2011, 24.677 netto kilogram;
 - IV. vracht op 26 september 2011, 23.058 netto kilogram.

In totaal heeft [Verz] 100.247 netto kilogram aardappelen van [Verw] afgenomen. 100.247 vermenigvuldigd met de overeengekomen verkoopprijs van € 12,00 per 100 kilogram inclusief BTW maakt een totaal bedrag van € 12.029,64 inclusief BTW. De arbitragecommissie oordeelt dat [Verz] aan [Verw] moet voldoen een bedrag van € 12.029,64 inclusief BTW.

In reconventie

Schadevergoeding

91. In voorwaardelijke reconventie vordert [Verw] van [Verz] schadevergoeding ten belope van € 42.194,47, te vermeerderen met de wettelijke rente ex artikel 6:119a BW, althans ex artikel 6:119 BW, althans de gerechtelijke interesten naar Belgisch recht, te berekenen vanaf 10 oktober 2011. De schade is door [Verw] als volgt begroot:
- kosten voor het inschuren van de aardappelen € 1.500,00 exclusief BTW;
 - kosten voor het rooien/inschuren van de aardappelen € 1.200,00;
 - kosten voor het opnieuw laden van de aardappelen in verband met het inschuren € 492,00;
 - afschrijving op de heftruck van [Verw] in verband met het inschuren € 1.000,00;
 - kosten voor de door [Verz] afgenomen aardappelen € 12.029,64 inclusief BTW;
 - gewichtsverlies van de aardappelen € 295,48 exclusief BTW;
 - verschil tussen de (ver)koopprijs en de dagprijs € 25.677,35 exclusief BTW;
92. Gezien hetgeen de arbitragecommissie heeft overwogen in overwegingen 68 tot en met 71 wijst de arbitragecommissie de vordering tot schadevergoeding van [Verw] af. [Verw] heeft zijn recht tot het vorderen van schadevergoeding verloren door niet mee te werken aan een onafhankelijke expertise.

Rente en proceskostenveroordeling

93. [Verz] verzoekt de arbitragecommissie om [Verw] te veroordelen in de kosten van onderhavige procedure. [Verw] vordert veroordeling van [Verz] in de kosten van de onderhavige procedure. Tevens vordert [Verw] betaling van de wettelijke rente ex artikel 6:119a BW, althans ex artikel 6:119 BW, althans de gerechtelijke interesten naar Belgisch recht, over de aan [Verw] toe te wijzen schadevergoeding met ingang van 10 oktober 2011.
94. Tijdens de mondelinge behandeling heeft [Verz] gesteld dat het niet betalen van de aardappelen binnen 30 dagen na levering is toe te rekenen aan [Verw]. [Verz] stelt dat zij pas kan overgaan tot betaling van de afgenomen aardappelen wanneer [Verw] de

door [Verz] op 26 oktober 2011 opgestelde afrekening akkoord bevindt en ondertekend aan [Verz] retourneert, dit met het oog op de BTW. [Verz] heeft daarbij tevens verwezen naar artikel 16 van de op de tussen partijen gesloten overeenkomst van toepassing verklaarde 'Kondities en voorwaarden oogst 2011'.

95. [Verw] heeft schriftelijk op 4 november 2011 middels zijn advocaat bezwaar gemaakt tegen de afrekening van [Verz]. Tijdens de mondelinge behandeling heeft [Verw] wederom aangegeven **pertinent niet akkoord** te gaan met de door [Verz] gemaakte afrekening en om die reden **heeft hij de afrekening niet ondertekend**. [Verw] was in de veronderstelling dat indien hij de afrekening wel zou ondertekenen hij impliciet het bedrag zou erkennen en zijn bezwaren daarmee zou prijsgeven.
96. De arbitragecommissie is van oordeel dat van [Verw] niet verwacht kon en mocht worden dat hij de door [Verz] opgestelde afrekening van 26 oktober 2011 zou ondertekenen. De door [Verz] opgestelde afrekening bedroeg een aanzienlijk lager bedrag dan de verkoopprijs die partijen in de overeenkomst van 31 januari 2011 zijn overeengekomen. Van [Verw] mag als crediteur niet verwacht worden dat hij zijn medewerking verleent aan iets dat niet tussen partijen is afgesproken, anders levert dit strijdigheid op met de maatstaven van redelijkheid en billijkheid. [Verz] heeft nagelaten op uiterlijk 10 oktober 2011 de afgenomen aardappelen te betalen. De arbitragecommissie wijst de vordering van [Verw] ten aanzien van de gevorderde wettelijke rente ex artikel 6:119a BW toe.
97. Gelet op de omstandigheid dat de vorderingen in conventie van [Verz] en vorderingen van [Verw] in reconventie slechts voor een beperkt gedeelte zijn toegewezen, acht de arbitragecommissie het redelijk en billijk dat de kosten van de arbitrageprocedure ad in totaal € 4.250,00 tussen partijen bij helften worden verdeeld. In verband met de voldoening hierover het navolgende: [Verz] heeft € 4.250,00 reeds als voorschot aan het arbitragebureau voldaan, zodat — ter vereffening van de arbitragekosten door partijen - [Verw] zal warden veroordeeld te dier zake het bedrag ad € 2.125,00 aan [Verz] te voldoen.

DE BESLISSING

De arbitragecommissie, rechtdoende als goede mannen naar billijkheid:

In conventie en reconventie

- I. ontbindt de tussen partijen op 31 januari 2011 gesloten overeenkomst met ingang van de datum van dit vonnis;

- II.** veroordeelt, uitvoerbaar bij voorraad, [Verz] om aan [Verw] te betalen een bedrag van € 12.029,64;
- III.** veroordeelt, uitvoerbaar bij voorraad, [Verz] om aan [Verw] te betalen de wettelijke rente 6:119a BW te berekenen vanaf 10 oktober 2011 tot aan de dag der algehele voldoening over voornoemd (in sub II) bedrag ad € 12.029,64;
- IV.** **A.** veroordeelt, uitvoerbaar bij voorraad, [Verz] in de helft van de kosten van de arbitrageprocedure, begroot op € 2.125,00, zijnde de helft van de door het arbitragebureau begrote kosten scheidsgerecht;
B. veroordeelt, uitvoerbaar bij voorraad, [Verw] ter zake van de kosten van de arbitrageprocedure aan [Verz] te betalen een bedrag van € 2.125,00.

wijst of het meer of anders gevorderde.

Aldus gewezen te 's Gravenhage, op 31 oktober 2012

Mr. J.G.A. Linssen, voorzitter-arbiter

Drs. W.C. van Dis, arbiter

A.J.M. Jansen, arbiter