

Mw. mr. S.A. Kruisinga*

25 jaar (uitsluiting van het) Weens Koopverdrag in Nederland

Op 1 januari 2017 was het precies 25 jaar geleden dat het Weens Koopverdrag (CISG) in Nederland in werking trad. Partijen bij een internationale koopovereenkomst kunnen de toepassing van dit verdrag geheel of gedeeltelijk uitsluiten (art. 6 CISG). Van deze mogelijkheid wordt in de praktijk veelvuldig gebruikgemaakt. Een clause die tot doel heeft het verdrag uit te sluiten, heeft echter niet in alle gevallen het beoogde effect. Is, bijvoorbeeld, sprake van een geldige uitsluiting van het verdrag als de overeenkomst een rechtskeuze voor Nederlands recht bevat? Welk effect heeft de uitsluiting van de CISG in algemene voorwaarden? In deze bijdrage staat de vraag centraal welke vereisten gelden voor de rechtsgeldige uitsluiting van het Weens Koopverdrag.

1. INLEIDING

Op 1 januari 2017 was het precies 25 jaar geleden dat het Weens Koopverdrag (CISG) in Nederland in werking trad.¹ Dit verdrag is, zoals bekend, van toepassing op koopovereenkomsten betreffende roerende zaken, gesloten tussen partijen die in verschillende staten gevestigd zijn, mits beide contractspartijen gevestigd zijn in verdragsluitende staten of indien, volgens de regels van het internationaal privaatrecht, het recht van een verdragsluitende staat van toepassing is (art. 1 CISG). Het verdrag is inmiddels (juni 2017) in 84 staten in werking getreden.² Partijen bij een internationale koopovereenkomst kunnen de toepassing van het verdrag geheel of gedeeltelijk uitsluiten (art. 6 CISG). Van deze mogelijkheid wordt in de praktijk veelvuldig gebruikgemaakt.

Drion³ heeft de positie van de CISG in Nederland een paar jaar geleden treffend verwoord:

‘Er zijn van die gebieden in ons recht waar de meesten van ons – de ware specialisten natuurlijk daargelaten – niet vaak en vooral ongaarne komen; je zou ze onze juridische winkeldochters kunnen noemen. Het Weens Koopverdrag is zo’n exemplaar. En het interessante en fascinerende is dat we een collectief mechanisme in stand weten te houden op grond waarvan deze dochter, hoewel reeds zo’n 33 jaren oud, maar niet een populairder plekje in onze winkel kan krijgen. Massaal sluiten contractenmakers het Weens Koopverdrag uit, misschien bijna even massaal procederen en beslissen we liever naar gewoon Nederlands recht of schikken we zo’n zaak, ook als het Weens Koopverdrag wel van toepassing is, met als gevolg

dat er maar zeer weinig zaken bij onze hoogste rechters terecht komen. Hetgeen betekent dat er nauwelijks rechtsontwikkeling plaatsvindt en dat het onbekende al maar even onbemind dreigt te blijven.’

Deze observatie vormt een goede aanleiding om deze bijdrage niet te wijden aan 25 jaar Weens Koopverdrag in Nederland, maar aan 25 jaar uitsluiting van het Weens Koopverdrag in Nederland. Een clause die tot doel heeft het verdrag uit te sluiten, heeft namelijk niet in alle gevallen het beoogde effect. Is, bijvoorbeeld, sprake van een geldige uitsluiting van het verdrag als de overeenkomst een rechtskeuze voor Nederlands recht bevat? Welk effect heeft de uitsluiting van de CISG in algemene voorwaarden? Om deze vragen goed te kunnen beantwoorden is allereerst van belang om na te gaan welke rol Nederland heeft gespeeld bij de unificatie van het kooprecht. Dit laat namelijk zien welk belang de Nederlandse regering hieraan hecht (par. 2). In deze bijdrage zal vervolgens aan de orde komen welke vereisten gelden voor de rechtsgeldige uitsluiting van het verdrag (par. 3).

Daarnaast rijst de vraag of er überhaupt aanleiding is, of kan zijn, om de CISG uit te sluiten. In een voetnoot voegde Drion⁴ aan zijn eerdergenoemde analyse toe:

‘Een beetje provocerend zou je kunnen zeggen dat dit uitsluiten [van het Weens Koopverdrag, SK] althans voor zover voor leveranciers wordt opgetreden, behoort tot de grotere categorieën beroepsfouten van juristen, omdat het Weens Koopverdrag op ten minste drie belangrijke punten gunstiger is voor leveranciers dan ons nationale kooprecht: op het gebied van het overmachtsbegrip, op

* Mw. mr. S.A. Kruisinga is als universitair hoofddocent verbonden aan het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht van de Universiteit Utrecht en redacteur van dit tijdschrift.

1. Verdrag der Verenigde Naties inzake internationale koopovereenkomsten betreffende roerende zaken (*Trb.* 1981, 184; Nederlandse vertaling *Trb.* 1986, 61). De Engelse naam van het verdrag luidt: United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, hierna: de CISG.
2. UNCITRAL, de United Nations Commission on International Trade Law, houdt het register bij van verdragsluitende staten dat via internet te raadplegen is: www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html.
3. C.E. Drion, ‘Het Weens Koopverdrag, een winkeldochter?’, *NJB* 2013/1857, afl. 30, p. 2049.
4. *Ibid.*

het terrein van de ontbinding, alsmede ter zake van een aantal vervaltermijnen.’

De door Drion genoemde thema’s illustreren dat de CISG een aantrekkelijk alternatief voor het Nederlandse recht kan vormen voor leveranciers. Deze drie onderwerpen komen aan de orde in par. 4.

2. TOTSTANDKOMING VAN HET EENVORMIG KOOPRECHT EN DE ROL VAN NEDERLAND

Nederland heeft van oudsher een voortrekkersrol gespeeld bij de totstandkoming van het eenvormig kooprecht. In 1964 riep de Nederlandse regering een diplomatieke conferentie bijeen, tijdens welke de zogenaamde Haagse Koopverdragen tot stand kwamen (LUF en LUVI).⁵ Nederland fungeerde als *depository* voor deze verdragen. Vervolgens nam UNCITRAL het initiatief om op basis van de tekst van LUF en LUVI een nieuw verdrag op te stellen. Dit initiatief mondde uit in de CISG. Hoewel de CISG in Nederland pas op 1 januari 1992 in werking trad, was het verdrag als zodanig al op 1 januari 1988 in werking getreden.⁶ Omdat ratificatie van de CISG de opzegging van de Haagse Koopverdragen impliceerde, wilde Nederland hierbij niet vooroplopen.

In Nederland trad de CISG dus op hetzelfde moment in werking als het Nieuw Burgerlijk Wetboek. Over deze samenloop schreef Struycken⁷ destijds:

‘Dat de CISG gelijktijdig met het nieuwe vermogensrecht in werking treedt, zou de gedachte ingang kunnen doen vinden dat er een samenhang is die tot die gelijktijdigheid dringt. De samenhang is er echter niet. Integendeel. Het is van groot belang nog eens te onderstrepen (...) dat voor het eenvormig privaatrecht het uitlegbeginsel van de autonomie geldt, zo ook voor de CISG. Het is onjuist zulk een regeling te lezen en uit te leggen tegen de achtergrond van het systeem van het eigen privaatrecht.’

Deze door Struycken genoemd autonome uitleg komt hierna (in par. 3.1) aan de orde. Hoewel in 1992 vrijwel alle aandacht uit leek te gaan naar de invoering van het Nieuw Burgerlijk Wetboek in plaats van naar het in werking treden van de CISG, speelt het verdrag inmiddels toch een belangrijke rol in Nederland. Zo verschijnt er met zekere regelmaat rechtspraak over de CISG. Een zoekopdracht in de uitspraken die gepubliceerd zijn via rechtspraak.nl levert in totaal (op 30 juni 2017) 348 hits op met uitspraken, vooral van rechtbanken en hoven.⁸

Zoals volgt uit de eerdergenoemde woorden van Drion zijn er (helaas) maar weinig arresten van de Hoge Raad over internationale koop en de toepassing van de CISG.⁹

3. WELKE VEREISTEN GELDEN VOOR DE RECHTSGELDIGE UITSLUITING VAN DE CISG?

3.1. Uniforme uitleg en de rol van de CISG Advisory Council

De CISG bevat bepalingen van aanvullend recht; partijen kunnen hiervan afwijken (art. 6 CISG).¹⁰ Bij de uitleg van deze en andere bepalingen in de CISG staat voorop dat er geen supranationaal hof bestaat dat de uniforme interpretatie van de CISG kan waarborgen. De CISG geeft zelf wel enige algemene regels voor de uitleg van het verdrag. Zo stelt art. 7 lid 1 CISG dat bij de uitleg van het verdrag ‘rekening [dient] te worden gehouden met het internationale karakter ervan en met de noodzaak eenvormigheid in de toepassing ervan (...) te bevorderen’. Hierbij kunnen de opinies van de CISG Advisory Council van belang zijn. De CISG Advisory Council is een adviescommissie opgericht op basis van een eigen initiatief van een aantal vooraanstaande experts op het terrein van het internationaal commercieel recht.¹¹ Een belangrijke functie van dit adviesorgaan is het verstrekken van opinies over de uitleg van het Weens Koopverdrag. De opinies bevatten een aantal bepalingen, de zgn. *black letter rules*, met een uitgebreide toelichting met verwijzingen naar rechtspraak en literatuur. In de rechtspraak wordt met enige regelmaat verwezen naar deze opinies. Voor de praktijk vormen ze immers een uitstekend handvat voor de toepassing en uitleg van de bepalingen in de CISG. In 2014 publiceerde de CISG Advisory Council een opinie over de uitsluiting van de CISG (‘Exclusion of the CISG under Article 6’).¹²

Welke eisen stelt de opinie van de CISG Advisory Council aan de uitsluiting van de CISG? Vooropstaat dat de vraag of partijen overeenstemming hebben bereikt over de uitsluiting van het verdrag zal moeten worden beantwoord aan de hand van de CISG indien sprake is van een koopovereenkomst betreffende roerende zaken, gesloten tussen partijen die in verschillende, verdragsluitende staten zijn gevestigd. In dat geval is de CISG immers van toepassing op grond van art. 1 lid 1 sub a CISG. Dat betekent dat een rechter in een verdragsluitende staat aan de hand van de bepalingen in de CISG zal moeten beoordelen of partijen overeenstemming hebben bereikt over de uitsluiting van het verdrag. Uitsluiting van het verdrag kan niet alleen expliciet, maar ook impliciet zijn

5. Vgl. daarover A.V.M. Struycken, ‘Ook het Weense koopverdrag treedt in werking op 1 januari 1992’, in: W.C.L. van der Grinten e.a. (red.), *Onderneming en nieuw burgerlijk recht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991 (hierna: Struycken 1991), p. 449.

6. *Trb.* 1991, 30.

7. Struycken 1991, p. 449.

8. Zoeken op de term ‘CISG’ levert in rechtspraak.nl in totaal 139 hits op (op 30 juni 2017).

9. De twee meest recente arresten waarin de toepassing van de CISG aan de orde is, zijn HR 17 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:1076, *RvdW* 2015/566 en HR 15 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:70, *NJ* 2016/51.

10. De CISG bevat geen dwingendrechtelijke bepalingen; een uitzondering hierop vormt het in art. 12 CISG bepaalde dat overigens slechts van toepassing is wanneer een verdragsluitende staat het voorbehoud in de zin van art. 96 CISG heeft gemaakt.

11. Vgl. www.cisgac.com.

12. CISG Advisory Council Opinion No. 16, Exclusion of the CISG under Article 6, Rapporteur: Dr. Lisa Spagnolo, Monash University, Australia. Adopted by the CISG Advisory Council following its 19th meeting, in Pretoria, South Africa on 30 May 2014.

overeengekomen.¹³ Het toetsingskader daarvoor wordt gevormd door de regeling inzake de totstandkoming en uitleg van overeenkomsten (art. 8, 14-24 en 29 CISG).¹⁴

3.2. Uitsluiting van de CISG door middel van een rechtskeuze

Wat nu als de overeenkomst een rechtskeuze bevat? De vraag rijst of de toepassing van de CISG rechtsgeldig is uitgesloten als een internationale koopovereenkomst een rechtskeuze bevat voor het recht van een verdragsluitende staat. Zowel in de literatuur als in de rechtspraak wordt algemeen aangenomen dat een rechtskeuze voor het recht van een verdragsluitende staat in de regel niet leidt tot een rechtsgeldige uitsluiting van de CISG.¹⁵ Het recht van een verdragsluitende staat omvat immers ook de bepalingen van de CISG.¹⁶ Zonder aanwijzingen die duiden op een stilzwijgende uitsluiting van de CISG is dit verdrag in een dergelijk geval dus wel van toepassing.

In geval van een rechtskeuze voor het recht van een verdragsluitende staat zal veelal de conclusie zijn dat het gekozen recht van toepassing is (vgl. art. 3 Rome I). Dat betekent dat in een dergelijk geval de CISG ook van toepassing is.¹⁷ Een rechtskeuze voor het recht van een staat die geen verdragsluitende staat is bij het verdrag, wordt daarentegen in de regel wel aangemerkt als een geldige uitsluiting van de CISG.¹⁸ Zo zal een rechtskeuze voor Engels recht een uitsluiting van de CISG impliceren, omdat Engeland geen verdragsluitende staat is.¹⁹

Is een rechtskeuze voor het recht van een verdragsluitende staat dan overbodig? Nee, zeker niet. De CISG regelt immers slechts een beperkt aantal onderwerpen. Het verdrag bevat in totaal iets meer dan honderd bepalingen. Dat is vele malen minder dan het BW. Onderwerpen die niet door de CISG zijn geregeld (zoals verjaring en vertegenwoordiging), zullen in de regel moeten worden beoordeeld aan de hand van het gekozen recht.

In de praktijk komen allerlei verschillende rechtskeuzeclausules voor. Wat bijvoorbeeld te denken van de volgende clausule? ‘Australian law applicable under exclu-

sion of UNCITRAL law.’ In een procedure voor de Federal Court of Australia²⁰ rees de vraag welk effect deze clausule had in geval van een internationale koopovereenkomst tussen partijen die beide gevestigd waren in verdragsluitende staten. De Federal Court of Australia overwoog dat deze clausule een rechtsgeldige uitsluiting van de CISG vormde. Nu de onderhavige overeenkomst een internationale koopovereenkomst betrof, overwoog de Federal Court of Australia dat ‘the more likely construction of “UNCITRAL law” is that it was intended to be a reference to the particular UNCITRAL convention that governed the international sale of goods, ie the Vienna Convention’. Kortom, de CISG was rechtsgeldig uitgesloten, nu het zeer waarschijnlijk was dat partijen met de term ‘UNCITRAL Law’ de CISG op het oog hadden.

Het Hof 's-Hertogenbosch²¹ had in 2007 te oordelen over de volgende contractuele bepaling: ‘To all legal relations between (...) and the counterpart Netherlands law is exclusively applicable.’ Deze bepaling was opgenomen in de algemene voorwaarden van de, in Nederland gevestigde, verkoper. Deze algemene voorwaarden waren van toepassing verklaard en de, in Engeland gevestigde, koper had uitdrukkelijk ingestemd met de toepassing van die voorwaarden. De vraag wat de betekenis is van een rechtskeuzeclausule in algemene voorwaarden in het geval betwist wordt dat de desbetreffende algemene voorwaarden deel uitmaken van de overeenkomst komt hierna aan de orde (par. 3.4). Voor het Hof 's-Hertogenbosch was uitsluitend de vraag aan de orde of de genoemde clausule leidde tot een rechtsgeldige uitsluiting van de CISG. Het hof overwoog dat de gebruikte bewoordingen er sterk op duiden dat de verkoper ‘uitsluitend toepassing van het Nederlands Burgerlijk Wetboek, en niet enige andere regeling, ook niet van het Weens Koopverdrag, wenste’. Dit volgt, naar het oordeel van het hof, uit het gebruik van het woord ‘exclusively’. Ik zou echter menen dat, mede op basis van hetgeen ik hiervoor in par. 3.2 besprak, een rechtskeuze voor het recht van een verdragsluitende staat in het algemeen niet een rechtsgeldige uitsluiting vormt van de CISG. In de onderhavige procedure heeft

13. I. Schwenzer & P. Hachem, in: I. Schwenzer (red.), *Commentary on the UN Convention on the international sale of goods (CISG)*, Oxford: Oxford University Press 2016 (hierna: Schwenzer & Hachem 2016), Art. 6, par. 2-3, p. 102-103. Vgl. ook G. Schroeter, *ibid.* (hierna: Schroeter 2016), Intro to Arts 14-24, par. 29-30, p. 238-240.

14. Vgl. onderdeel 2 en 3 van *Opinie 16 van de CISG-AC*. Vgl. ook Schwenzer & Hachem 2016, Art. 6, par. 4, p. 103-104.

15. Vgl. Schwenzer & Hachem 2016, Art. 6, par. 14, p. 107: ‘it is now to be considered constant court practice and the position of the overwhelming majority of scholarly writings that a choice of law clause designating the law of any Contracting State (...) without further specifications does not sufficiently indicate an intention of the parties to exclude the CISG’. Vgl. ook I. Schwenzer, P. Hachem & C. Kee, *Global Sales and Contract Law*, Oxford: Oxford University Press 2012 (hierna: Schwenzer, Hachem & Kee 2012), p. 60-61: het is ‘nearly undisputed’ dat een rechtskeuze voor het recht van een verdragsluitende staat niet een uitsluiting van de CISG met zich meebrengt. Vgl. ook Hof Arnhem-Leeuwarden 7 mei 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:CA3329; Rb. Midden-Nederland 20 januari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:412 en de uitspraken van de hoogste rechtscollleges in Frankrijk (Cour de Cassation 17 december 1996, *Recueil Dalloz* 1997, *Jurisprudence*, 337), Duitsland (Bundesgerichtshof 25 november 1998, *NJW* 1999, 1259-1261) en Oostenrijk (Oberster Gerichtshof 14 januari 2002, *IHR* 2002, p. 76-81 en Oberster Gerichtshof 2 april 2009, *IHR* 2009/6, p. 246-250).

16. Vgl. ook Hof Arnhem 7 mei 1996, *NIPR* 1996/397 dat over de mogelijke uitsluiting van de CISG opmerkt: ‘(m)et een rechtskeuze voor Oostenrijks recht [Oostenrijk is een verdragsluitende staat, SK] zonder meer is deze toepassing (...) [van de CISG, SK] niet uitgesloten, nu de bepalingen van dit verdrag op grond van art. 1 lid 1 aanhef en onder b CISG in Oostenrijks recht zijn geïncorporeerd. Feiten of omstandigheden waaruit volgt dat de partijen hebben beoogd de toepassing van het verdrag uit te sluiten zijn niet gesteld of gebleken’.

17. Vgl. Schwenzer, Hachem & Kee 2012, p. 62-63.

18. Vgl. Schwenzer & Hachem 2016, Art. 6, par. 12, p. 106 en onderdeel 4 van *CISG-AC Opinie 16*.

19. Vgl. Schwenzer, Hachem & Kee 2012, p. 62-63.

20. Federal Court of Australia 20 mei 2009, *IHR* 2009/4, p. 160.

21. Hof 's-Hertogenbosch 13 november 2007, ECLI:NL:GHSHE:2007:BB7736, *NIPR* 2008/41.

wellicht een rol gespeeld hetgeen volgt uit een overweging ten overvloede. Hierin overwoog het hof dat de Engelse koper in de conclusie van antwoord uitsluitend wetsartikelen uit het BW heeft aangehaald, zonder ook maar te reppen over de mogelijke toepassing van de CISG. Pas bij conclusie van dupliek heeft de koper zich voor het eerst op het standpunt gesteld dat de CISG van toepassing was, terwijl de koper daarbij aangaf ook zelf tot op dat moment ervan te zijn uitgegaan dat uitsluitend het BW van toepassing zou zijn. Dit lijkt er, naar het oordeel van het hof, op te duiden dat de desbetreffende koper de bepaling in de algemene voorwaarden ‘ook daadwerkelijk in die zin heeft begrepen dat uitsluitend het Nederlands Burgerlijk Wetboek en dus niet het Weens Koopverdrag van toepassing zou zijn’.

3.3. Uitsluiting van de CISG in algemene voorwaarden?

Heeft een van beide partijen bij een internationale koopovereenkomst algemene voorwaarden gehanteerd die een rechtskeuze bevatten (al dan niet met een expliciete uitsluiting van de CISG), of hanteerden beide partijen algemene voorwaarden met een dergelijke rechtskeuze, dan rijst de vraag welke betekenis in een dergelijk geval aan de CISG toekomt. Hoewel de CISG geen uitdrukkelijke regeling bevat inzake algemene voorwaarden, wordt algemeen aangenomen dat vragen betreffende algemene voorwaarden moeten worden beantwoord aan de hand van de bepalingen in de CISG inzake de totstandkoming van overeenkomsten en de bepaling over uitleg.²² Dit brengt mij op de vraag welk effect een uitsluiting van de CISG via algemene voorwaarden heeft, of kan hebben. In de zojuist genoemde uitspraak van het Hof 's-Hertogenbosch was niet in geschil of algemene voorwaarden deel uitmaakten van de overeenkomst.

Maar wat nu als wordt betwist dat de algemene voorwaarden van toepassing zijn? In een dergelijk geval moet eerst worden bepaald of de algemene voorwaarden van toepassing zijn. Dat betekent dat de bevoegde rechter aan de hand van het toepasselijke recht – mogelijk aan de hand van de bepalingen in de CISG – zal moeten beoordelen of de algemene voorwaarden deel uitmaken van de overeenkomst.²³ Vooropstaat dus dat ook in het geval een partij algemene voorwaarden hanteert die een rechtskeuze bevatten, de CISG in beginsel van toepassing is wanneer beide partijen bij de internationale koopovereenkomst zijn gevestigd in verschillende, verdragsluitende staten.²⁴ Dat geldt ook indien de genoemde algemene voorwaarden

de toepassing van de CISG uitdrukkelijk uitsluiten, en zelfs in het geval dat beide contractspartijen in hun algemene voorwaarden de toepassing van de CISG hebben uitgesloten.²⁵ Mijns inziens moet de vraag of het verdrag is uitgesloten dus in de regel worden beantwoord aan de hand van het verdrag zelf. Dit volgt ook uit *Opinie 16 van de CISG Advisory Council*.

Kortom, pas wanneer duidelijk is of (een van de sets) algemene voorwaarden van toepassing zijn, kan de conclusie luiden dat de CISG is uitgesloten op grond van de in de algemene voorwaarden opgenomen rechtskeuze met uitdrukkelijke uitsluiting van de CISG.²⁶ Luidt de conclusie daarentegen dat de algemene voorwaarden geen deel uitmaken van de overeenkomst, dan is de toepassing van de CISG niet uitgesloten en zal het verdrag van toepassing zijn.²⁷ Zo oordeelde de Rechtbank Overijssel dat het toepasselijke recht diende te worden bepaald aan de hand van de CISG, en zonder acht te slaan op de in de algemene voorwaarden van partijen opgenomen rechtskeuzes, in een geval waarin de ene set algemene voorwaarden bepaalde dat Duits recht met uitzondering van de CISG van toepassing was en de andere set algemene voorwaarden bepaalde dat Nederlands recht van toepassing was.²⁸

Dit geldt zelfs in het geval beide contractspartijen in hun algemene voorwaarden de toepassing van de CISG uitdrukkelijk hebben uitgesloten. Ook in dat geval moet immers eerst beoordeeld worden of de algemene voorwaarden deel uitmaken van de overeenkomst. Dit volgt ook uit het arrest van het Hof 's-Hertogenbosch van 22 juni 2010,²⁹ waarin het hof overweegt:

‘De omstandigheid dat beide partijen in hun Algemene Voorwaarden een rechtskeuze hebben gedaan waarbij zij de toepasselijkheid van de bepalingen van het Weens Koopverdrag hebben uitgesloten, doet naar het oordeel van het hof aan de voorvraag of en in hoeverre de Algemene Voorwaarden van een van beide of beide partijen van toepassing zijn niet af.’

Het voorgaande is overigens uitsluitend relevant wanneer beide partijen bij de internationale koopovereenkomst zijn gevestigd in verschillende, verdragsluitende staten. Wat is rechtens in het geval slechts een van de contractspartijen in een verdragsluitende staat is gevestigd? De CISG is ook van toepassing op koopovereenkomsten betreffende roerende zaken tussen partijen die in verschillende staten zijn gevestigd wanneer volgens de regels van

22. Vgl. CISG Advisory Council Opinion No. 13, te raadplegen via www.cisgac.com; Schroeter 2016, Intro to Arts 14-24, par. 5, p. 226 en Hof Den Haag 22 april 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:1341.

23. De bepalingen in het Nederlandse recht inzake algemene voorwaarden bieden hiervoor geen aanknopingspunt. Art. 6:247 lid 2 BW bepaalt immers dat wanneer niet beide partijen in Nederland gevestigd zijn, de bepalingen in afdeling 3 van titel 5 van het BW niet van toepassing zijn. Kritisch daarover: H.N. Schelhaas, *Algemene voorwaarden in handelstransacties*, Deventer: Kluwer 2011, p. 41-42.

24. Vgl. Schwenzer & Hachem 2016, Art. 6, par. 4, p. 103.

25. Vgl. Schwenzer & Hachem 2016, Art. 6, par. 12, p. 107 en recentelijk Rb. Limburg 12 april 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:3223, r.o. 2.9. Hof 's-Hertogenbosch 22 juni 2010, ECLI:NL:GHSHE:2010:BM9531, *JOR* 2010/370.

26. Vgl. Rb. Midden-Nederland 16 november 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:6005.

27. Vgl. Rb. Den Haag 19 augustus 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:10144 en Rb. Rotterdam 1 oktober 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:8295.

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

29. Hof 's-Hertogenbosch 22 juni 2010, ECLI:NL:GHSHE:2010:BQ5298. Vgl. ook Rb. 's-Hertogenbosch 1 augustus 2012, ECLI:NL:RBSHE:2012:BX3380. Anders: Rb. Leeuwarden 3 september 2008, ECLI:NL:RBLEE:2008:BF0362. Vgl. ook Rb. Utrecht 15 april 2009, ECLI:NL:RBUTR:2009:BI1182.

internationaal privaatrecht het recht van een verdragsluitende staat van toepassing is (art. 1 lid 1 sub b CISG). Is de verkoper in een verdragsluitende staat gevestigd, dan zal de CISG in veel gevallen van toepassing zijn. Bij gebreke van een rechtskeuze zal de Nederlandse rechter in een dergelijk geval immers veelal concluderen dat het recht van het land waar de verkoper zijn gewone verblijfplaats heeft van toepassing is (art. 4 lid 1 sub a Rome I).

Heeft in een dergelijk geval een van beide contractspartijen algemene voorwaarden gehanteerd en is daarin een rechtskeuze voor het Nederlandse recht met uitsluiting van het Weens Koopverdrag opgenomen, dan zal de Nederlandse rechter (indien bevoegd) de vraag of deze algemene voorwaarden van toepassing zijn, mijns inziens moeten beantwoorden naar Nederlands recht met uitsluiting van de CISG. Art. 10 Rome I bepaalt immers dat het bestaan en de geldigheid van bepalingen in een overeenkomst worden beheerst door het recht dat op grond van Rome I van toepassing zou zijn indien de bepaling geldig zou zijn.³⁰ Aangezien de bepalingen in het Nederlandse recht inzake algemene voorwaarden (in afdeling 3 van titel 5 van Boek 6 BW) niet van toepassing zijn op een internationaal geschil op grond van art. 6:247 lid 2 BW, zal de rechter deze vraag moeten beantwoorden aan de hand van de algemene bepalingen in het BW inzake de totstandkoming van overeenkomsten.

Kortom, oplettendheid is dus geboden bij het uitsluiten van de CISG. Het verdient dan ook de voorkeur, als men de toepassing van de CISG wenst uit te sluiten in een internationale koopovereenkomst, om de toepassing van dit verdrag uitdrukkelijk uit te sluiten in de overeenkomst zelf en niet in de algemene voorwaarden.

4. IS ER AANLEIDING OM DE CISG (NIET) UIT TE SLUITEN?

De vraag rijst of er überhaupt aanleiding is, of kan zijn, om de CISG uit te sluiten. Zoals gezegd kan de CISG op een aantal punten gunstiger zijn voor leveranciers dan ons nationale kooprecht. Voorbeelden hiervan zijn de toepassing van de vervaltermijnen, het terrein van de ontbinding en de invulling van het begrip 'overmacht'. Deze thema's illustreren dat de CISG een aantrekkelijk alternatief voor het Nederlandse recht kan vormen voor leveranciers. Deze drie onderwerpen komen hierna aan de orde.

4.1. Waarom de reclametermijn in de CISG voor leveranciers een aantrekkelijk alternatief kan vormen voor het BW

Een belangrijke grondslag voor aansprakelijkheid in geval van een internationale koopovereenkomst is non-confor-

miteit. Nu is het zo dat een partij bij een internationale koopovereenkomst die een geslaagd beroep wil doen op de non-conformiteit van het geleverde zich moet houden aan vrij korte reclametermijnen. Het adagium hierbij is: zonder tijdig klagen word je overgeslagen. Zo is het niet mogelijk om geruime tijd na aflevering alsnog te reclameren over de kwaliteit van hetgeen geleverd is. Wanneer de koper het recht verliest zich te beroepen op de non-conformiteit van het geleverde is niet exact bepaald. Art. 7:23 BW en art. 39 CISG bepalen dat dit het geval is indien de koper niet binnen bekwame tijd (BW) of binnen een redelijke termijn (CISG) nadat hij de non-conformiteit heeft ontdekt of had behoren te ontdekken de verkoper hiervan in kennis stelt.³¹

Hoewel er vele verschillen bestaan tussen beide bepalingen, is er één verschil dat direct in het oog springt. Art. 39 lid 2 CISG bepaalt dat de koper het recht om zich te beroepen op de non-conformiteit in ieder geval verliest indien hij niet uiterlijk binnen een termijn van twee jaar na de datum waarop de zaken feitelijk aan hem werden afgegeven, de verkoper hiervan in kennis stelt. Dit is dus een vervaltermijn. Verjaring wordt in de CISG niet geregeld.³² Het betreft een vervaltermijn van twee jaar na feitelijke afgifte van de geleverde goederen. Met 'feitelijke afgifte' wordt niet bedoeld op de aflevering, maar op het fysiek overhandigen van de zaken aan de koper. Het Nederlandse recht daarentegen kent een dergelijke vervaltermijn niet. De verjaringstermijn van twee jaar in art. 7:23 lid 2 BW is daarmee ook niet te vergelijken. Deze termijn begint namelijk pas te lopen op het moment dat aan de verkoper de kennisgeving is gedaan dat hetgeen is geleverd niet aan de overeenkomst beantwoordt. Bovendien behoudt de koper de bevoegdheid om aan een vordering tot betaling van de prijs zijn recht op vermindering daarvan of op schadevergoeding tegen te werpen. Al met al kan de bepaling in art. 39 lid 2 CISG dus zeer nadelig zijn voor een partij die in het buitenland duurzame goederen heeft gekocht met een te verwachten levensduur van meer dan twee jaar. Immers, na verloop van twee jaar is de klachttermijn verstreken en kan de koper geen beroep meer doen op enige non-conformiteit. Voor de leverancier kan deze regeling juist voordelig uitpakken.

4.2. Vormt de regeling inzake ontbinding in de CISG aanleiding om de CISG uit te sluiten?

Is de CISG van toepassing op een overeenkomst, dan geldt dat deze overeenkomst in beginsel slechts kan worden ontbonden als sprake is van een wezenlijke

30. Vgl. R.I.V.F. Bertrams & S.A. Kruisinga, *Overeenkomsten in het internationaal privaatrecht en het Weens Koopverdrag*, Deventer: Kluwer 2014, p. 221.

31. Vgl. hierover ook S.A. Kruisinga, 'De wezenlijke tekortkoming als grond voor ontbinding in het Weens Koopverdrag', *NTBR* 1998, afl. 8, p. 267-274 (hierna: Kruisinga 1998).

32. Verjaring wordt in de CISG niet geregeld en moet aan de hand van het toepasselijke nationale recht worden beoordeeld. Hierbij kan het VN-Verjaringsverdrag een rol spelen. De Engelse benaming van dit verdrag luidt United Nations Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods. Nederland is geen partij bij dit verdrag, vgl. www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1974Convention_status.html. Vgl. daarover K. Boele, 'De verjaring van vorderingen uit internationale koopovereenkomsten', in: K. Boele & F.W. Grosheide (red.), *Molengrafica Europees privaatrecht*, Lelystad: Koninklijke Vermande 1996, p. 99-146.

tekortkoming in de nakoming van de overeenkomst.³³ Art. 49 lid 1 sub a en art. 64 lid 1 sub a CISG bepalen dat de schuldeiser de overeenkomst ontbonden kan verklaren indien de tekortkoming in de nakoming door de schuldenaar van de krachtens de overeenkomst of het verdrag op hem rustende verplichtingen een wezenlijke tekortkoming vormt. Het verdrag definieert het begrip ‘wezenlijke tekortkoming’ in art. 25 CISG als volgt:

‘Een tekortkoming van een der partijen in de nakoming van de uit de overeenkomst voortvloeiende verbintenissen is wezenlijk, indien zij leidt tot zodanige schade voor de andere partij dat haar in aanmerkelijke mate wordt onthouden wat zij uit hoofde van de overeenkomst mag verwachten, tenzij de partij die tekort schiet, dit gevolg niet heeft voorzien en een redelijk persoon van dezelfde hoedanigheid in dezelfde omstandigheden het evenmin zou hebben voorzien.’

Hiervoor is in ieder geval vereist dat de schade voor de benadeelde partij zodanig moet zijn dat haar in aanmerkelijke mate wordt onthouden wat zij uit hoofde van de overeenkomst mocht verwachten. Het begrip ‘wezenlijke tekortkoming’ moet restrictief worden uitgelegd. Dat betekent dat ontbinding wordt gezien als een ‘ultimum remedium’, een laatste redmiddel. Gebreken die met redelijk te nemen moeite binnen een redelijke termijn verholpen kunnen worden, zullen niet kwalificeren als een wezenlijke tekortkoming. In beginsel bestaat daarom geen recht op ontbinding in gevallen waarin verwacht kan worden van de verkoper dat hij de zaken herstelt of vervangende zaken levert binnen een termijn die redelijk is.³⁴

Het Nederlandse BW daarentegen bepaalt in art. 6:265 BW:

‘Iedere tekortkoming van een partij in de nakoming van een van haar verbintenissen geeft aan de wederpartij de bevoegdheid om de overeenkomst geheel of gedeeltelijk te ontbinden, tenzij de tekortkoming, gezien haar bijzondere aard of geringe betekenis, deze ontbinding met haar gevolgen, niet rechtvaardigt.’

Een vergelijking van deze beide regelingen laat zien dat op de koper die de overeenkomst wil ontbinden een zwaardere bewijslast rust bij toepassing van het Weens Koopverdrag dan bij toepassing van het Nederlandse recht. Op grond van de CISG dient hij immers te bewijzen dat de tekortkoming voor hem tot zodanige schade leidt dat hem in aanmerkelijke mate is onthouden wat hij uit hoofde van de overeenkomst mocht verwachten. Voor de leverancier kan dat voordelig uitpakken.

4.3. Waarom de regeling inzake overmacht in de CISG voor leveranciers een aantrekkelijk alternatief kan vormen voor het BW

Is sprake van een tekortkoming in de nakoming van een verbintenis, dan is de tekortschietende contractspartij verplicht de schade die de schuldeiser daardoor lijdt te vergoeden (art. 6:74 BW). De uitzondering op deze regel vormt het geval waarin de tekortkoming de schuldenaar niet kan worden toegerekend. Een tekortkoming kan de schuldenaar niet worden toegerekend, indien zij niet te wijten is aan zijn schuld, noch krachtens wet, rechtshandeling of in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komt (art. 6:75 BW).

Ook op grond van de CISG kan de koper respectievelijk de verkoper schadevergoeding vorderen ‘indien de verkoper respectievelijk de koper tekort schiet in de nakoming van een krachtens de overeenkomst of dit verdrag [CISG, SK] op hem rustende verplichting’ op grond van art. 45 lid 1 sub b respectievelijk art. 61 lid 1 sub b CISG. Art. 74 CISG bepaalt dat de schadevergoeding bestaat uit een bedrag ‘gelijk aan de schade (...) die door de andere partij als gevolg van de tekortkoming wordt geleden’. Hieruit vloeit voort dat een causaal verband vereist wordt tussen de tekortkoming en de geleden schade. Ook bepaalt art. 74 CISG dat een schadevergoeding ‘niet hoger (kan) zijn dan de schade die de partij die in de nakoming is tekort geschoten bij het sluiten van de overeenkomst voorzag of had behoren te voorzien als mogelijk gevolg van de tekortkoming’.

Op grond van de CISG kan de koper dus schadevergoeding vorderen in geval van een tekortkoming. Niet vereist is dat sprake is van een toerekenbare tekortkoming. Toch kent de CISG een uitzondering op de regel dat een tekortkoming leidt tot schadeplichtigheid.³⁵ Op grond van art. 79 CISG geldt dat een tekortschietende partij geen schadevergoeding verschuldigd is indien zij kan aantonen dat de tekortkoming in de nakoming veroorzaakt is door een verhindering die buiten haar macht lag. Voor een geslaagd beroep op art. 79 CISG is tevens vereist dat van de tekortschietende partij in redelijkheid niet verwacht mocht worden dat zij bij het sluiten van de overeenkomst met die verhindering rekening zou hebben gehouden, of dat zij deze verhindering of de gevolgen ervan zou hebben vermeden of te boven zou zijn gekomen. Omstandigheden die buiten de macht van een contractspartij liggen, zijn veelal externe gebeurtenissen, zoals natuurrampen, overstroming of aardbeving, oorlog, een boycot of een embargo. Omstandigheden waarmee een partij geacht kan worden rekening te houden, zijn bijvoor-

33. Vgl. Kruisinga 1998.

34. Vgl. M. Müller-Chen, in: I. Schwenzer (red.), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Oxford: Oxford University Press 2016, Art. 49, par. 7-9, p. 779-780.

35. De CISG bevat nog een andere uitzondering op de regel dat een tekortkoming leidt tot schadeplichtigheid. Art. 80 CISG bepaalt dat een contractspartij geen beroep kan doen op een tekortkoming van een wederpartij wanneer deze tekortkoming wordt veroorzaakt door een handeling of nalatigheid van eerstgenoemde. Deze uitzondering laat ik hier, gezien de omvang van deze bijdrage, onbesproken.

beeld de mogelijkheid van wanprestatie door een leverancier.³⁶

Een vergelijking van de beide regelingen laat ook op dit punt zien dat er een verschil bestaat in de verdeling van de bewijslast. Hierbij geldt dat op de schuldenaar naar het Weens Koopverdrag een zwaardere bewijslast rust dan bij toepassing van het Nederlandse BW. Een schuldenaar die wil aanvoeren dat een tekortkoming niet toerekenbaar is, zal naar het Weens Koopverdrag het nodige moeten bewijzen. Ook dat kan, afhankelijk van de omstandigheden, voor de leverancier gunstig uitpakken.

5. CONCLUSIE

Oplettendheid is geboden bij het opstellen van een overeenkomst die mogelijk onder het toepassingsgebied van de CISG valt. Het verdrag is immers van toepassing totdat duidelijk is dat partijen overeenstemming hebben bereikt dat zij het verdrag willen uitsluiten. Dat de CISG in Nederland precies tegelijk met het BW in werking trad, zal de positie van de CISG hier te lande geen goed hebben gedaan. Het is goed denkbaar dat de gelijktijdige introductie van zowel de CISG als het BW ertoe heeft geleid dat de CISG destijds nauwelijks aandacht heeft gekregen.

Dit klemmt temeer, nu de CISG een andere benadering vergt dan het nationale recht: voor de CISG geldt immers het uitgangspunt van de autonome uitleg. Dat betekent dat men de CISG niet tegen de achtergrond van het BW, of ander nationaal kooprecht, mag uitleggen.

Als de CISG van toepassing is, of kan zijn, is het van belang voor partijen (en hun adviseurs) om een zorgvuldige afweging te maken over de vraag of er aanleiding is om de CISG uit te sluiten. Mochten partijen de CISG willen uitsluiten, dan verdient het de voorkeur om dit uitdrukkelijk te doen, en wel in de overeenkomst zelf en niet in de algemene voorwaarden. Een clause die tot doel heeft het verdrag uit te sluiten, heeft immers niet in alle gevallen het beoogde effect. Zo zal een rechtskeuze voor het recht van een verdragsluitende staat in de regel niet kwalificeren als een rechtsgeldige uitsluiting van de CISG.

Bovendien is het verstandig om deze afweging ook inhoudelijk goed te overdenken, aangezien het in sommige gevallen juist heel voordelig kan zijn de CISG wel van toepassing te laten zijn. Dat voorkomt ook dat het onbekende voor altijd onbemind blijft. Het Weens Koopverdrag verdient het namelijk om serieus genomen te worden.

36. I. Schwenzer, in: I. Schwenzer (red.), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Oxford: Oxford University Press 2016, Art. 79, par. 11-34, p. 1133-1143.