

Mr. dr. S.A. Kruisinga*

De vordering van de koper tot vervanging of herstel op grond van de CISG

Over Opinie no. 21 van de CISG-Advisory Council ‘Delivery of Substitute Goods and Repair under the CISG’

De CISG-Advisory Council heeft als belangrijkste functie het opstellen van *Opinions* over onderwerpen die van belang zijn voor de toepassing van het Weens Koopverdrag (de CISG). In februari 2020 publiceerde de CISG-AC *Opinion No. 21* over de vordering van de koper tot herstel van gebrekkige zaken (art. 46 lid 3 CISG) en de vordering tot levering van vervangende zaken (art. 46 lid 2 CISG). Deze bijdrage bevat een analyse van de lijn die de CISG-AC voorstelt te volgen ten aanzien van de vorderingen tot vervanging en herstel. Een interessant onderdeel van deze Opinie is de constatering dat de verkoper in veel gevallen een keuze zal mogen maken uit de vordering tot levering van vervangende zaken en de vordering tot herstel én dat als criterium bij die keuze van belang kan zijn de vraag of een van deze beide vorderingen beter aansluit bij de eisen van duurzaamheid indien de overeenkomst expliciet verwijst naar dergelijke vereisten. Deze toevoeging sluit goed aan bij de huidige tijdsgeest waarin de zorgen rondom klimaatverandering een grote rol spelen en waarin, ook in het contractenrecht, het algemeen belang soms zal moeten prevaleren boven individuele belangen van partijen.

1. INLEIDING

Het was op 1 januari 2022 op de kop af dertig jaar geleden dat het Weens Koopverdrag (hierna: de CISG) in Nederland in werking trad.¹ De CISG is van toepassing op koopovereenkomsten betreffende roerende zaken die zijn gesloten tussen partijen die in verschillende staten zijn gevestigd, mits deze beide staten Verdragsluitende Staten zijn bij de CISG (art. 1 lid 1 sub a CISG) of indien op grond van de regels van internationaal privaatrecht het recht van een Verdragsluitende Staat van toepassing is (art. 1 lid 1 sub b CISG).² Partijen kunnen de toepassing van de CISG – geheel of gedeeltelijk – uitsluiten (art. 6 CISG).³ De CISG-Advisory Council (hierna: de CISG-AC), die meer dan twintig jaar geleden werd opgericht, heeft als belangrijkste functie het opstellen van *Opinions* over onderwerpen die van belang zijn voor de toepassing

van de CISG.⁴ In februari 2020 publiceerde de CISG-AC *Opinion No. 21* over de vordering van de koper tot herstel van gebrekkige zaken (art. 46 lid 3 CISG) en de vordering tot levering van vervangende zaken (art. 46 lid 2 CISG).⁵

Het doel van deze bijdrage is om een analyse te geven van de lijn die de CISG-AC voorstelt te volgen ten aanzien van de vorderingen tot vervanging en herstel. Daarbij zal op een enkele plaats een vergelijking worden gemaakt met de regeling in het Nederlandse recht inzake de vorderingen tot vervanging en herstel (art. 7:21 BW). Deze regeling is, net als de CISG, van regelend recht waar het overeenkomsten tussen professionele partijen betreft. Omdat de vorderingen tot vervanging en herstel nauw aansluiten bij de vordering tot nakoming, zullen ook over die laatstgenoemde vordering enkele opmerkingen wor-

* **Sonja Kruisinga** is universitair hoofddocent bij het Molengraaff Instituut (UU), Professional Support Lawyer bij Van Benthem & Keulen B.V. en redacteur van dit tijdschrift.

1. Verdrag der Verenigde Naties inzake internationale koopovereenkomsten betreffende roerende zaken (*Trb.* 1981, 184; Nederlandse vertaling *Trb.* 1986, 61), in Nederland in werking getreden op 1 januari 1992. De Engelse naam van het verdrag luidt: United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, hierna: de CISG.
2. Vgl. voor een recent overzicht van de Verdragsluitende Staten bij de CISG: uncitral.un.org (via Texts and Status, CISG, Status). Hieruit volgt dat er inmiddels 94 Verdragsluitende Staten zijn.
3. Vgl. Rb. Rotterdam 3 november 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:10738 waarin de vraag rees of de CISG was uitgesloten, nu was bepaald dat de overeenkomst zou worden beheerst door ‘Dutch substantial law’. De rechtbank overweegt in r.o. 4.15 dat het in dit geval het meest voor de hand ligt dat in deze clausule ‘substantial’ de betekenis heeft van ‘materieel’ en oordeelt dat in dit geval de toepasselijkheid van de CISG is uitgesloten conform art. 6 CISG.
4. Vgl. over de functie van de CISG-AC I. Schwenger, ‘The CISG Advisory Council’, *NTHR* 2012, afl. 2, p. 46-51. De *Opinions* zijn te raadplegen via ciscgac.com.
5. CISG-AC Opinion No. 21, Delivery of Substitute Goods and Repair under the CISG, Rapporteurs: Professor (em.) Dr. Ingeborg Schwenger, LL.M., University of Basel, Switzerland, and Dr. Ilka H. Beimel, Germany. Adopted unanimously by the CISG Advisory Council following its 27th meeting in Puerto Vallarta, Mexico, on 3 and 4 February 2020 (hierna: CISG-AC Op. 21).

den gemaakt. Dat de regelingen in art. 46 CISG en art. 7:21 BW bijzonder veel gelijkenissen vertonen, is overigens goed begrijpelijk, nu beide regelingen zijn ontleend aan een voorloper van de CISG.⁶

De CISG-AC benadrukt in haar meest recente *Opinion* dat het bij de uitleg en toepassing van de bepalingen inzake de door de koper in te stellen vorderingen tot herstel of vervanging van belang is een balans te vinden tussen de belangen van koper en verkoper. Illustratief voor de benadering die de CISG-AC voorstaat, is het citaat van Honnold, waarnaar de CISG-AC verwijst en waarin Honnold stelt: de vorderingen tot herstel of vervanging zijn ‘opportunities sought by sellers – to preserve good will, reduce damage liability and avoid the drastic remedy of avoidance’.⁷ De CISG-AC stelt aldus dat de vorderingen tot herstel en vervanging de verkoper een kans bieden de relatie met de koper goed te houden, schade te beperken en de drastische vordering tot ontbinding van de overeenkomst (proberen) te voorkomen.

2. NAKOMING, HERSTEL EN VERVANGING IN DE OPTIEK VAN DE CISG-AC

2.1. Nakoming

Komt de verkoper zijn contractuele verplichtingen niet (correct) na, dan kan de koper op grond van de CISG een vordering instellen, bijvoorbeeld tot nakoming van de verplichtingen van de verkoper (art. 46 lid 1 CISG), tot levering van vervangende zaken (art. 46 lid 2 CISG), tot herstel van de gebreken (art. 46 lid 3 CISG), tot vermindering van de koopprijs (art. 50 CISG), tot ontbinding van de koopovereenkomst (art. 49, 72 of 73 CISG) of tot vergoeding van de geleden schade (art. 74 CISG).

Dat de vordering tot nakoming als eerste wordt genoemd, is een voorbeeld van de invloed van de typische *civil law*-benadering van *pacta sunt servanda*. In de voor de *common law* typerende benadering zal een vordering tot nakoming (*specific performance*) immers slechts in uitzonderlijke omstandigheden worden toegewezen.⁸ Vanwege deze tegenstelling is in art. 28 CISG bepaald dat een rechter die werkzaam is in een rechtssysteem dat gebaseerd is op *common law* niet gehouden is om ‘tot nakoming te veroordelen, tenzij de rechter dit op grond van zijn eigen recht eveneens zou doen met betrekking tot soortgelijke koopovereenkomsten, waarop dit Verdrag niet van toepassing is’. Dit betekent dat de vordering tot nakoming op grond van de CISG ten overstaan van een rechter die werkzaam is in een rechtssysteem dat gebaseerd is op *common law* in de regel minder kans van sla-

gen zal hebben dan bij een rechter die werkzaam is in een rechtssysteem dat gebaseerd is op *civil law*.

Daarbij rijst de vraag hoe (ruim) het begrip ‘nakoming’ in de zin van art. 28 CISG moet worden opgevat. Onzekerheid kan bestaan over de vraag of de vordering tot aflevering van vervangende zaken op grond van art. 46 lid 2 CISG en de vordering tot herstel op grond van art. 46 lid 3 CISG ook worden bestreken door de regeling in art. 28 CISG. Het antwoord van de CISG-AC op deze vraag luidt ontkennend: voor de vordering tot aflevering van vervangende zaken en voor de vordering tot herstel van geleverde zaken geldt de regeling in de zin van art. 28 CISG niet.⁹

2.2. Herstel

Beantwoordt hetgeen door de verkoper is geleverd niet aan de overeenkomst, dan is sprake van non-conformiteit in de zin van art. 35 CISG. In een dergelijk geval, zo bepaalt art. 46 lid 3 CISG, ‘kan de koper van de verkoper herstel eisen, tenzij zulks, alle omstandigheden in aanmerking genomen, onredelijk is’. Teneinde te kunnen bepalen of deze vordering in een specifiek geval onredelijk is, moet een belangenafweging worden gemaakt. Daarbij zijn, in de optiek van de CISG-AC, de volgende vragen van belang.¹⁰ Is de koper wellicht beter in staat om te zorgen voor herstel van de zaken? Heeft de verkoper aangeboden om de kosten voor herstel door de koper of door een derde partij voor te schieten?

Deze twee vragen hangen met elkaar samen: heeft de verkoper het geleverde niet zelf geproduceerd en is hij dus niet zelf in staat om tot herstel over te gaan, dan zal het meer voor de hand liggen dat de koper zorgt voor herstel, zeker indien de verkoper in staat is om de kosten hiervoor voor te schieten. Een derde vraag die moet worden beantwoord om te bepalen of herstel van de verkoper kan worden geveerd, is of herstel kosten voor de verkoper met zich brengt die onevenredig zijn in verhouding tot het (te verwachten) verlies of de (te verwachten) winst voor de koper.¹¹ De CISG-AC stelt voor om bij deze beoordeling de bepaling over de schadebeperkingsplicht (art. 77 CISG) analoog toe te passen.¹² Dat betekent dat bij de beantwoording van de vraag of herstel van de verkoper kan worden geveerd ook moet worden gekeken naar alternatieve scenario’s voor de koper. Als, bijvoorbeeld, een dekkingskoop minder kostbaar is dan herstel van de gebrekkige zaken, mag de verkoper herstel weigeren. In ieder geval zal de koper in een dergelijk geval niet de volledige kosten van herstel kunnen vorderen, maar uitsluitend de kosten van de dekkingskoop.

6. Deze beide regelingen zijn ontleend aan de LUVI, vgl. Asser/Hijma 7-I 2019/538.

7. CISG-AC Op. 21, p. 6 verwijzend naar J.O. Honnold/H. Flechtner, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2009, art. 46, par. 286.

8. CISG-AC Op. 21, p. 7. Vgl. ook Asser/Hijma 7-I 2019/525.

9. CISG-AC Op. 21, p. 10 en *black letter rule* 1: ‘Delivery of substitute goods (Article 46(2) CISG) and repair (Article 46(3) CISG) are remedies not subject to Article 28 CISG’.

10. CISG-AC Op. 21, p. 20.

11. *Black letter rule* 6 luidt: ‘The buyer may require the seller to remedy the non-conformity by repair unless this is unreasonable. In determining whether repair by the seller is unreasonable regard is to be had to: a. whether the buyer is better placed to arrange for repair of the goods; b. whether the seller offers to advance the costs for repair by the buyer or a third party; c. whether repair imposes costs on the seller that are disproportional to the actual or prospective loss of or benefit to the buyer’.

12. CISG-AC Op. 21, p. 21.

Naar Nederlands recht geldt dat de koper in geval van non-conformiteit herstel van de afgeleverde zaak kan vorderen, 'mits de verkoper hieraan redelijkerwijs kan voldoen' (art. 7:21 lid 1 sub b BW). Terecht merkt Hijma¹³ op dat met het gebruik van de 'tenzij-formule' de CISG het recht van de koper op herstel 'meer fundamenteel op de voorgrond' stelt dan het BW. Ook naar Nederlands recht moet een belangenafweging worden gemaakt waarbij onder meer gewicht kan toekomen aan de aard van het geleverde en van de non-conformiteit, de kosten van herstel en de woonplaats van partijen.¹⁴ Bovendien moet herstel ook, mede bedrijfseconomisch gezien, in redelijkheid van de verkoper kunnen worden gevergd: dat betekent dat de kosten van herstel in een redelijke verhouding moeten staan tot de waarde van de zaak.¹⁵

2.3. Vervanging

Als alternatief kan de koper in geval van non-conformiteit op grond van de CISG een vordering instellen tot aflevering van vervangende zaken. Hiervoor is vereist dat sprake is van een wezenlijke tekortkoming in de nakoming door de verkoper (art. 46 lid 2 jo. art. 25 CISG). Het begrip 'wezenlijke tekortkoming' is in art. 25 CISG gedefinieerd als een tekortkoming van een van de bij de overeenkomst betrokken partijen in de nakoming van de uit de overeenkomst voortvloeiende verbintenissen die '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'.¹⁶

Voor een succesvolle vordering tot levering van vervangende zaken is dus een wezenlijke tekortkoming vereist (art. 46 lid 2 CISG).¹⁷ Uit *black letter rule 3* volgt dat van een wezenlijke tekortkoming in dit verband slechts sprake is indien de gebrekkige zaken niet kunnen worden

gebruikt voor het doel waarvoor zij zijn aangeschaft en het redelijk is dat de koper herstel weigert.¹⁸ Als aanvullende eis stelt de CISG-AC dat het recht van de koper op levering van vervangende zaken in de regel zal zijn uitgesloten indien levering van vervangende zaken redelijkerwijs niet van de verkoper verwacht mag worden in gegeven omstandigheden (in de bewoordingen van de CISG-AC: wanneer deze vordering *disproportionate* zou zijn).¹⁹ Een dergelijke uitzondering doet zich voor, zo stelt de CISG-AC, indien vervangende zaken niet, of alleen tegen zeer hoge kosten, beschikbaar zijn.

Ook stelt de CISG-AC dat bij de beantwoording van de vraag of levering van de vervangende zaken in de gegeven omstandigheden van de verkoper kan worden gevergd een rol kan spelen dat de verkoper zijn aansprakelijkheid heeft beperkt tot een maximumbedrag (een *cap*).²⁰ Mocht levering van vervangende zaken voor de verkoper meer kosten met zich brengen dan dit maximum, dan is denkbaar dat levering van vervangende zaken in dat geval niet van de verkoper kan worden gevergd. Hierbij is vanzelfsprekend van belang hoe de in de overeenkomst gehanteerde bewoordingen moeten worden uitgelegd.

De term 'vervanging' impliceert dat de koper de reeds ontvangen zaak of zaken aan de verkoper moet teruggeven. Wat betreft de positie van de eerst afgeleverde zaak of zaken sluit vervanging nauw aan bij wat na ontbinding van de koopovereenkomst zou gelden.²¹ Op grond van de CISG geldt dat de koper het recht verliest om van de verkoper te eisen dat deze vervangende zaken aflevert indien het hem onmogelijk is de zaken goeddeels in dezelfde staat terug te geven als waarin hij deze heeft ontvangen (art. 82 lid 1 CISG).²² Uitzonderingen op deze regel zijn overigens opgenomen in art. 82 lid 2 CISG; zo is art. 82 lid 1 CISG bijvoorbeeld niet van toepassing indien de koper de zaken in de normale uitoefening van zijn bedrijf heeft verkocht of verwerkt voordat hij de non-conformiteit ontdekte.

13. Asser/Hijma 7-I 2019/544.

14. Asser/Hijma 7-I 2019/544.

15. M.M. van Rossum, in: *Groene Serie Bijzondere Overeenkomsten*, art. 7:21 BW, aant. 3.

16. Vgl. over het begrip 'wezenlijke tekortkoming' onder meer CISG-AC Op. 21, p. 115-116 en CISG-AC Opinion No. 5, The buyer's right to avoid the contract in case of non-conforming goods or documents, 7 May 2005, Badenweiler (Germany), Rapporteur: Professor Dr. Ingeborg Schwenzer, LL.M., Professor of Private Law, University of Basel; en S.A. Krusinga, 'De wezenlijke tekortkoming als grond voor ontbinding in het Weens Koopverdrag', *NTBR* 1998, afl. 8, p. 267-274.

17. Vgl. daarover CISG-AC Op. 21, p. 15-16.

18. *Black letter rule 3*: 'Under Article 46(2) CISG, a fundamental breach of contract can only be found if the non-conforming goods cannot be used as intended and if it is reasonable for the buyer to refuse repair'. Vgl. voor een vergelijkbare redenering voor de afwijzing van de vordering tot ontbinding: Rb. Limburg 10 november 2021, ECLI:NL:RBLIM:2021:8370. In dit geval had de verkoper erkend dat de bij de verkochte sloten behorende batterijen de overeengekomen levensduur niet haalden; de verkoper stelde onder meer te hebben aangeboden om op eigen kosten de batterijen van de sloten te vervangen. De koper heeft in reactie daarop aangevoerd dat het vervangen van een batterij niet tot oplossing van de problemen zou leiden; bovendien was het vertrouwen dermate geschaad dat de koper in de tussentijd al met een nieuwe leverancier afspraken had gemaakt over de levering van een ander type slot. De rechtbank overweegt (in r.o. 4.8.15) onder meer dat indien de koper gebruik had gemaakt van het aanbod van de verkoper om de batterijen op kosten van de verkoper te vervangen er naar verwachting geen sprake was geweest van een tekortkoming, laat staan een wezenlijke tekortkoming.

19. CISG-AC Op. 21, p. 19 en *black letter rule 5*: 'The buyer's right to require delivery of substitute goods is excluded if it is disproportionate having regard to all the circumstances'.

20. CISG-AC Op. 21, p. 19-20.

21. Asser/Hijma 7-I 2019/552.

22. *Black letter rule 4* bepaalt: 'A buyer requiring delivery of substitute goods is subject to Article 82 CISG'. Dat de titel van Afdeling V (waarin art. 82 CISG is opgenomen) luidt 'Gevolgen van de ontbinding' doet hieraan niet af, nu de desbetreffende bepaling uitdrukkelijk ziet op de vordering tot levering van vervangende zaken.

Naar Nederlands recht geldt dat de koper in geval van non-conformiteit aflevering van vervangende zaken kan vorderen, tenzij de tekortkoming in de nakoming te gering is om dit te rechtvaardigen (art. 7:21 lid 1 sub c BW). Dat betekent dat de koper naar Nederlands recht, anders dan op basis van de CISG, in beginsel recht heeft op vervanging en het op de weg van de verkoper ligt om aannemelijk te maken dat de afwijking te gering is om vervanging te rechtvaardigen.²³ Voor een geslaagde vordering tot levering van vervangende zaken is ook naar Nederlands recht vereist dat de koper als een redelijk schuldenaar voor het behoud van de afgeleverde zaak heeft gezorgd vanaf het moment dat hij met teruggave vanwege de vervanging rekening moest houden (vgl. art. 7:10 lid 4 BW).

3. BIJZONDERE ASPECTEN VAN DE VORDERING TOT VERVANGING OF HERSTEL

3.1. De strekking van het begrip 'non-conformiteit' in de zin van art. 46 lid 2 en 3 CISG

Zoals hiervoor benoemd geldt dat indien de geleverde zaken niet beantwoorden aan de overeenkomst, de koper een vordering tot herstel van de zaken kan instellen of een vordering tot levering van vervangende zaken. De vraag rijst wat in deze context wordt verstaan onder het begrip 'non-conformiteit'. Is dit uitsluitend non-conformiteit in de zin van art. 35 CISG dat onder meer bepaalt dat de verkoper gehouden is zaken af te leveren die voldoen aan de in de overeenkomst gestelde eisen? Op grond van art. 41 CISG dient de verkoper zaken af te leveren waarop geen rechten of aanspraken van derden rusten, tenzij de koper ermee heeft ingestemd om de zaken onder die beperkingen aan te nemen.²⁴ Voorts bepaalt de CISG dat de verkoper zaken dient af te leveren waarop in beginsel geen rechten of aanspraken van derden rusten die zijn gebaseerd op industriële eigendom of andere intellectuele eigendom, waarmee de verkoper op het tijdstip waarop de overeenkomst werd gesloten bekend was of waarvan hij niet onkundig had kunnen zijn (art. 42 CISG).

De vraag rijst of de vordering tot herstel en de vordering tot levering van vervangende zaken alleen kunnen worden ingesteld in geval van non-conformiteit in de zin van art. 35 CISG, of ook in geval van schending van (een van) de verplichting(en) in art. 41 of 42 CISG. De CISG-AC kiest voor een praktische benadering en stelt dat art. 46 lid 2 en 3 CISG hetzij direct hetzij bij analogie van toepassing zijn indien sprake is van levering van zaken waarop rechten van derden rusten in de zin van art. 41 en 42 CISG.²⁵

3.2. Een tijdig verzoek tot vervanging of herstel

Indien sprake is van non-conformiteit in de zin van art. 35 CISG, dient de koper de verkoper hiervan tijdig in kennis te stellen; dit geldt zowel op basis van de CISG als het BW (art. 39 CISG en art. 7:23 BW). Zowel voor een vordering tot herstel als voor een vordering tot levering van vervangende zaken geldt dat een dergelijk verzoek op grond van de CISG dient te worden gedaan hetzij in combinatie met de ingevolge art. 39 CISG gedane kennisgeving, hetzij binnen een redelijke termijn daarna. Bij het beoordelen van de duur van deze redelijke termijn moet acht worden geslagen op het belang van de koper om voldoende tijd te hebben om te beslissen welke vordering hij wil instellen en het belang van de verkoper om spoedig helderheid te verkrijgen over de mogelijke vordering. Daarbij spelen alle omstandigheden van het geval een rol, waaronder de aard van de geleverde zaken. Stelt de koper de vordering tot vervanging of herstel niet tijdig in, dan staan uitsluitend de overige vorderingen tot zijn beschikking (schadevergoeding, kooprijksvermindering en ontbinding).²⁶

Ten aanzien van de klachtplicht in de zin van art. 39 CISG geldt een uitzondering indien de verkoper te kwader trouw is, dat wil zeggen indien hij wist, of niet onkundig had kunnen zijn, van de gestelde non-conformiteit (art. 40 CISG). In dat geval kan de verkoper geen verweer ontleenen aan de eventuele schending van de klachtplicht door de koper. De vraag rijst binnen welke termijn de koper in een dergelijk geval een vordering tot vervanging of herstel dient in te stellen. De CISG-AC stelt dat de redelijke termijn in de zin van art. 46 lid 2 en 3 CISG dan begint te lopen vanaf het moment waarop de koper de verkoper in kennis zou hebben moeten stellen omtrent de non-conformiteit.²⁷

3.3. Aanvullende kosten vorderen als schade?

Zijn de verkochte zaken samengevoegd of vermengd met andere zaken, of zijn ze geïnstalleerd in een groter geheel, dan is denkbaar dat in geval van herstel of vervanging van gebrekkige onderdelen extra kosten moeten worden gemaakt: het verwijderen van gebrekkige onderdelen en het opnieuw installeren van de juiste onderdelen kan immers kosten met zich brengen. De CISG-AC stelt dat dergelijke kosten in de regel niet voor rekening van de verkoper komen als onderdeel van de vordering tot vervanging of herstel. Wel is denkbaar dat de koper vergoeding van dergelijke kosten kan vorderen als schadevergoeding op grond van art. 74 CISG. Echter, in geval van een gemengde overeenkomst waarbij de verkoper de verplichting op zich heeft genomen de zaken samen te voegen of te installeren, zal de verkoper gehouden zijn dergelijke extra

23. Vgl. Asser/Hijma 7-I 2019/554.

24. Een enigszins vergelijkbaar onderscheid is ook gemaakt in het BW, waar onderscheid wordt gemaakt tussen art. 7:17 BW (non-conformiteit) en art. 7:15 BW op grond waarvan de verkoper gehouden is de verkochte zaken over te dragen vrij van alle bijzondere lasten en beperkingen, met uitzondering van die welke de koper uitdrukkelijk heeft aanvaard. Anders dan de CISG verbindt het BW hieraan een eigen vordering in art. 7:20 BW op grond waarvan de koper, indien een geleverde zaak behept is met een last of beperking die er niet op had mogen rusten, kan eisen dat de last of beperking wordt opgeheven, mits de verkoper hieraan redelijkerwijs kan voldoen.

25. CISG-AC Op. 21, p. 12 en *black letter rule* 2: "These remedies apply not only to non-conformity of the goods (Article 35 CISG) but also in cases of third party rights or claims (Article 41 CISG), as well as third party rights or claims based on industrial or intellectual property (Article 42 CISG)".

26. CISG-AC Op. 21, p. 14.

27. CISG-AC Op. 21, p. 14.

kosten te dragen als onderdeel van de vordering tot vervanging of herstel.²⁸

3.4. De teruggave van gebrekkige (onderdelen van de) zaken aan de verkoper

In geval van levering van vervangende zaken, of herstel van de zaken door de levering van vervangende onderdelen, moet de koper aan de verkoper de (onderdelen van de) zaken teruggeven die initieel geleverd waren door de verkoper (art. 82 CISG). De verkoper dient deze (onderdelen van de) zaken terug te nemen en de kosten van deze restitutie moeten worden gedragen door de verkoper. Dit vloeit voort uit de vordering tot levering van vervangende zaken en is geen vordering tot vergoeding van schade.²⁹ Art. 46 CISG bevat hiervoor geen regeling, maar art. 81-84 CISG voorzien hierin wel. De uitgangspunten die aan deze bepalingen ten grondslag liggen, moeten worden toegepast in geval van levering van vervangende zaken of herstel van de geleverde zaken door levering van vervangende onderdelen.

3.5. De koper is niet gehouden tot afdracht van eventueel genoten voordelen

In geval van ontbinding van een internationale koopovereenkomst waarop de CISG van toepassing is, geldt dat de koper aan de verkoper de waarde dient te vergoeden van elk voordeel dat hij (de koper) van (een gedeelte van) de zaken heeft genoten (art. 84 lid 2 CISG). De vraag rijst of art. 84 lid 2 CISG van toepassing is in geval van vervanging of herstel. Het antwoord van de CISG-AC op deze vraag luidt ontkennend: de koper is niet gehouden tot teruggave of terugbetaling van eventuele voordelen die hij heeft genoten van de (onderdelen van de) zaken die zijn vervangen.³⁰ Dit geldt eveneens indien de koper als gevolg van de levering van vervangende zaken of het herstel van de zaken door levering van vervangende onderdelen in een betere positie is gekomen dan voorheen, bijvoorbeeld omdat de nieuw verkregen producten een langere levensduur hebben dan de oorspronkelijk geleverde.

In de literatuur over de CISG is echter wel gesteld dat voor zover de vervangende levering leidt tot verrijking van de koper, deze gehouden zal zijn tot het betalen van

een vergoeding daarvoor.³¹ Desondanks stelt de CISG-AC dat de koper niet gehouden is tot teruggave of terugbetaling van genoten voordelen, nu de overeenkomst in stand is gebleven. Uit de aard van de overeenkomst vloeit voort dat eventuele voordelen voor rekening van de koper zijn. Bovendien geldt dat een eventuele verbeterde positie van de koper een uitvloeisel is van de door de verkoper verzorgde vervangende levering. Mijns inziens is echter niet uitgesloten dat in uitzonderingsgevallen uit de toepassing van een algemeen leerstuk kan voortvloeien dat aan de verkoper jegens de koper toch een recht op een gebruiksvergoeding toekomt, bijvoorbeeld op grond van ongerechtvaardigde verrijking.³²

3.6. Toepassing van de klachtplicht na herstel of vervanging?

Ook na vervanging of herstel dient de koper de verkoper opnieuw te informeren over eventuele gebreken. Dat betekent dat de koper na vervanging of herstel (opnieuw) gehouden is het geleverde binnen een, gelet op de omstandigheden, zo kort mogelijke termijn te keuren (art. 38 CISG) en (opnieuw) de verkoper in kennis zal moeten stellen van eventuele gebreken binnen een redelijke termijn nadat de koper deze heeft ontdekt of had behoren te ontdekken (art. 39 lid 1 CISG). De uiterlijke termijn van twee jaar in de zin van art. 39 lid 2 CISG begint te lopen na de feitelijke afgifte van de vervangende zaken of na het herstel.³³

3.7. Mag de verkoper kiezen tussen vervanging en herstel?

Uit art. 48 lid 1 CISG volgt dat de verkoper, zelfs na de voor aflevering bepaalde datum, een eventuele tekortkoming in de nakoming van zijn verplichtingen mag herstellen, mits hij dit kan doen zonder onredelijke vertraging en zonder onredelijk ongerief (*unreasonable inconvenience*) voor de koper te veroorzaken. Onredelijk ongerief in de zin van art. 48 lid 1 CISG doet zich voor als herstel bijvoorbeeld een onderbreking van de productie bij de koper veroorzaakt of als de koper, in redelijkheid, het vertrouwen heeft verloren in de mogelijkheden of bereidheid van de verkoper om tot herstel over te gaan. Beslissend is daarbij niet het perspectief van de koper, maar het gezichtspunt van een redelijke persoon in de

28. CISG-AC Op. 21, p. 24-25 en *black letter rule* 7: 'If the goods have been combined with other goods or installed, the costs of retrofitting may be recovered as damages but in general are not borne by the seller as part of the remedy of delivery of substitute goods or repair. However, if in a mixed contract the seller has also assumed the obligation of combining or installing the goods the costs of retrofitting are borne by the seller as part of the remedy of delivery of substitute goods or repair'.

29. CISG-AC Op. 21, p. 25-26 en *black letter rule* 8: 'In cases of delivery of substitute goods, or repair of the goods by delivery of substitute parts, a. the buyer must make restitution to the seller of the goods or parts first delivered; b. the seller must take back the goods or parts first delivered; c. the costs of restitution must be borne by the seller'.

30. CISG-AC Op. 21, p. 27 en *black letter rule* 9: 'The buyer is not bound to a. make restitution of benefits derived from the substituted non-conforming goods or parts first delivered; b. account for any betterment caused by the delivery of substitute goods, or repair of the goods by delivery of substitute parts'.

31. C. Fountoulakis, in: I. Schwenzer (red.), *Schlechtriem & Schwenzer: Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Oxford: Oxford University Press 2016, art. 84, par. 5, p. 1203.

32. Vgl. naar Nederlands recht Asser/Hijma 7-I 2019/558.

33. *Black letter rule* 10: 'After substitution or repair, the buyer has to comply with the examination and notice requirements of Articles 38, 39 and 43 CISG. In case of non-conformity of the goods the two year cut off period (Article 39(2) CISG) starts to run with the actual handing over of the substituted goods or repair'. Ook naar Nederlands recht geldt dat na vervanging ten aanzien van de nieuw afgeleverde zaak een nieuwe klachttermijn zal gaan lopen in de zin van art. 7:23 lid 1 BW, vgl. Asser/Hijma 7-I 2019/552 en bijv. HR 15 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP0630, NJ 2013/139 (Bloemert/Hoorenberg). Vgl. daarover ook M. van Kogelenberg, 'Wie niet komt klagen, word overgeslagen', WPNR 2007, afl. 6733, p. 1010-1011 en S. Tamboer, *De klachtplicht bij koop. Een pleidooi voor inperking van het toepassingsbereik in het licht van het pacta sunt servanda-beginsel* (diss. Amsterdam UvA), 2021, p. 300-303.

positie van de koper. Dat betekent dat de aanwezigheid van onredelijk ongerief niet mag worden afgeleid uit het enkele feit dat herstel door de koper, of een derde, voor de koper minder belastend zou zijn. Op dezelfde manier zal een onsuccesvol(le) eerste (poging tot) herstel door de verkoper niet direct leiden tot onredelijk ongerief.³⁴

Het in art. 48 lid 1 CISG bepaalde geldt '(b)ehoudens het bepaalde in artikel 49' CISG. De vraag rijst hoe een dergelijke mogelijkheid tot herstel zich verhoudt tot een vordering tot ontbinding van de overeenkomst op grond van art. 49 CISG. De CISG-AC stelt dat het recht van de verkoper om over te gaan tot herstel is uitgesloten in geval van een wezenlijke tekortkoming, dat wil zeggen indien de geleverde zaken niet bruikbaar zijn en de non-conformiteit niet tijdig kan worden verholpen.³⁵ Met andere woorden, indien tijdige levering belangrijk was voor de koper (*time was of the essence*) en het geconstateerde gebrek niet tijdig kan worden hersteld, heeft de verkoper geen recht om de zaken te herstellen in de zin van art. 48 lid 1 CISG.

Mocht het zo zijn dat zowel herstel als vervanging mogelijk is, dan zal de verkoper in de regel de keuze hebben, mits beide vorderingen in de gegeven omstandigheden passend zijn om de non-conformiteit op te lossen of te verhelpen.³⁶ Daaraan voegt de CISG-AC, tot mijn verrassing, nog een criterium toe, namelijk de *sustainability* van de mogelijke vordering. De CISG-AC stelt: '(a)t least where sustainability is a principle underlying the contractual relationship in question – for example where the contract explicitly refers to sustainability goals –, the method that is more sustainable may be the only adequate one'.³⁷ De CISG-AC introduceert dus als extra criterium de vraag of herstel dan wel vervanging beter aansluit bij de eisen van duurzaamheid, mits de overeenkomst expliciet verwijst naar dergelijke vereisten.³⁸ In hoeverre een overeenkomst verwijst naar eisen van duurzaamheid (*sustainability goals*) zal een vraag van uitleg van de overeenkomst zijn. Dit hiervoor besproken aanvullende criterium is mijns inziens een passende aanvulling in het huidige tijdsgewricht waarvan ik hoop dat deze ook de weg naar de rechtspraak zal vinden.

3.8. Geen verplichting voor de koper tot het stellen van een aanvullende termijn

De koper is niet gehouden tot het stellen van een aanvullende termijn voor levering van vervangende zaken of voor herstel. Onder het voorbehoud van de verplichting tot schadebeperking (art. 77 CISG) en van het recht van de verkoper tot herstel op basis van art. 48 CISG mag de koper in plaats daarvan direct een vordering instellen, zoals de vordering tot vergoeding van schade of vermindering van de koopprijs.³⁹ Het is immers denkbaar dat sprake is van omstandigheden die vragen om onmiddellijk herstel of directe doorverkoop van de zaken. Zulke omstandigheden kunnen een factor zijn bij het beantwoorden van de vraag of het redelijk is dat de verkoper de tekortkoming herstelt. Ook als herstel door de verkoper niet onredelijk bezwarend is voor de koper mag de koper overigens in beginsel een andere vordering instellen.

Als de koper het aanbod van de verkoper tot herstel op basis van art. 48 lid 1 CISG echter op onredelijke gronden afwijst, dan zal zijn vordering tot schadevergoeding beperkt worden doordat hij in dat geval niet voldoet aan zijn verplichting tot schadebeperking (art. 77 CISG). Als de verkoper in staat was tot herstel, maar de koper direct zijn toevlucht heeft genomen tot andere vorderingen, dan zal de vordering van de koper tot vergoeding van schade worden beperkt in gevallen waarin kopers toevlucht tot andere vorderingen onredelijk was.⁴⁰ Een voorbeeld hiervan biedt een recent vonnis van de rechtbank Gelderland⁴¹ in een geval waarin de verkoper stelt dat hij geen mogelijkheid heeft gekregen om het verkochte te herstellen en de koper zonder overleg heeft gekozen om het gekochte te laten herstellen door een derde. De rechter overweegt: '(...) (o)m aanspraak te maken op schadevergoeding op grond van het Weens Koopverdrag hoeft (de koper) (de verkoper) niet in de gelegenheid te stellen om (het gekochte) zelf te herstellen'. Vervolgens oordeelt de rechter: '(n)u de kosten van de reparatie (...) de kosten van (het gekochte) overstijgen (...), heeft (de koper) onvoldoende maatregelen getroffen tot het beperken van de schade. Het had op de weg van (de koper) gelegen om te onderzoeken of de kosten elders lager zouden zijn voor dezelfde reparatie'.⁴² De vordering wordt toegewezen voor een (aanzienlijk) lager bedrag dan gevorderd.

34. CISG-AC Op. 21, p. 35.

35. *Black letter rule* 11: 'Under Article 48 CISG the seller has a right to cure "subject to article 49". The seller's right to cure is excluded in case of a fundamental breach of contract, i.e., the goods are not usable and the non-conformity is not curable in time'.

36. *Black letter rule* 12: 'If both delivery of substitute goods and repair are adequate to remedy the non-conformity of the goods the seller may choose between the two remedies'.

37. CISG-AC Op. 21, p. 33.

38. Dit sluit aan bij het pleidooi van C.M.D.S. Pavillon, 'Herijking van consumentencontractenrecht: duurzaamheid als nieuw ijkpunt?', in: C.M.D.S. Pavillon & W.H. van Boom, *Privaatrechtelijke bescherming herijkt. Preadviezen Nederlandse Vereniging voor Burgerlijk Recht*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2021 waar zij op p. 96-100 toelicht dat in het consumentencontractenrecht herstel vanuit duurzaamheidsperspectief de voorkeur verdient boven vervanging of ontbinding.

39. *Black letter rule* 13 luidt: 'The buyer may fix an additional period of time of reasonable length for delivery of substitute goods or repair (Article 47(1) CISG). However, it is not obliged to do so. Subject to Article 77 CISG and the seller's right to cure under Article 48 CISG, the buyer may instead immediately have recourse to other remedies available, such as damages or reduction of the purchase price'.

40. CISG-AC Op. 21, p. 38.

41. Rb. Gelderland (ktr.) 25 januari 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:1131.

42. Rb. Gelderland (ktr.) 25 januari 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:1131, r.o. 3.12.

3.9. Gedurende een redelijke termijn gesteld door de koper op basis van art. 47 CISG of door de verkoper op basis van art. 48 lid 2 CISG mag de koper niet zijn toevlucht nemen tot een vordering die in de weg staat aan ('inconsistent is with') herstel

Indien naar de stelling van de koper sprake is van non-conformiteit kan de koper een aanvullende termijn van redelijke duur stellen voor het nakomen door de verkoper van zijn verplichtingen (art. 47 CISG). Bij het beantwoorden van de vraag of sprake is van een redelijke termijn zijn alle omstandigheden van het geval van belang, waarbij vooral aandacht zal zijn voor de aard van de geleverde zaken, de initiële duur van de termijn voor levering en de plaats van vestiging van partijen.

Als de verkoper herstel aanbiedt en een langere periode voorstelt dan de koper op basis van art. 47 lid 1 CISG (en dus sprake is van een verzoek op basis van art. 48 lid 2 CISG), dan moet de koper binnen een redelijke termijn op dit tegenvoorstel reageren. Als de koper het aanbod van de verkoper afwijst, moet de verkoper herstellen binnen de redelijke termijn die was bepaald door de koper op basis van art. 47 lid 1 CISG. Echter, als de koper niet reageert op het verzoek van de verkoper ex art. 48 lid 2 CISG, mag de koper niet binnen die periode zijn toevlucht nemen tot een andere vordering die in de weg staat aan herstel door de verkoper. Gedurende een redelijke termijn gesteld door de koper op basis van art. 47 CISG of door de verkoper op basis van art. 48 lid 2 CISG mag de koper bovendien geen vordering instellen die inconsistent is met herstel.⁴³ De gedachte is immers dat de verkoper gedurende deze periode redelijkerwijs vertrouwt op zijn tweede kans om na te komen en uit dien hoofde bescherming verdient.

4. CONCLUSIE

In geval van non-conformiteit heeft de koper de keuze uit verschillende vorderingen op grond van de CISG. Voorop staat daarbij dat de koper in ieder geval ervoor moet zorgen dat hij de verkoper tijdig (binnen een redelijke termijn) in kennis stelt van de geconstateerde non-conformiteit. Heeft de koper voldaan aan deze klachtplicht, dan kan hij een vordering instellen op grond van non-conformiteit, bijvoorbeeld tot herstel van het geleverde of tot vergoeding van de geleden schade. Is sprake van een wezenlijke tekortkoming, dan kan de koper de overeenkomst ontbinden of de verkoper verzoeken vervangende zaken te leveren. De verkoper kan ook zelf aanbieden om het geleverde te herstellen; wijst de koper een dergelijk aanbod tot herstel op onredelijke gronden af, dan zal de vordering van de koper tot vergoeding van eventuele schade in de regel worden verminderd vanwege de schending van de schadebeperkingsplicht.

De relevante bepalingen in de CISG over de vordering tot herstel en de vordering tot levering van vervangende zaken heeft de CISG-Advisory Council uitgebreid besproken in haar recent gepubliceerde *Opinion No. 21*.

Een bijzonder interessant onderdeel van deze Opinie is mijns inziens de constatering dat de verkoper in veel gevallen een keuze zal mogen maken uit de vordering tot levering van vervangende zaken en de vordering tot herstel én dat als criterium bij die keuze van belang kan zijn de vraag of een van deze beide vorderingen beter aansluit bij de eisen van duurzaamheid indien de overeenkomst expliciet verwijst naar dergelijke vereisten. Deze toevoeging sluit mijns inziens goed aan bij de huidige tijdsgeest waarin de zorgen rondom klimaatverandering een grote rol spelen en waarin, ook in het contractenrecht, het algemeen belang soms zal moeten prevaleren boven individuele belangen van partijen.

43. *Black letter rule* 14 luidt: 'During a reasonable length of time fixed by the buyer under Article 47 CISG or by the seller under Article 48(2) CISG and expressly or implicitly accepted by the buyer, the buyer may not resort to any remedy inconsistent with cure'.