

CISG-online 6429	
Jurisdiction	Netherlands
Tribunal	Gerechtshof Den Haag (Court of Appeal The Hague)
Date of the decision	08 August 2023
Case no./docket no.	200.308.899/01
Case name	<i>United Auto Enterprises BVBA v. OC Group B.V.</i>

Het hof zal partijen hierna noemen UA en OCG. 1

1 De zaak in het kort

1.1 2

UA heeft auto's besteld bij OCG. Volgens UA zijn die niet tijdig geleverd. De vraag is welke partij als eerste in verzuim was: OCG, omdat zij een fatale leveringstermijn heeft overschreden, of UA, omdat die heeft laten weten dat zij de auto's niet meer wil afnemen?

1.2 3

De rechtbank heeft UA in het ongelijk gesteld en haar veroordeeld tot betaling van een contractuele boete, die de rechtbank heeft gematigd tot € 100.000. Het hof is het daarmee eens.

2 Procesverloop in hoger beroep

2.1 4

Het verloop van de procedure in hoger beroep blijkt uit de volgende stukken:

- de dagvaarding met grieven van UA van 29 maart 2022, waarmee UA in hoger beroep is gekomen van het vonnis van de rechtbank Den Haag van 5 januari 2022, met producties;
- de memorie van antwoord van OCG, met producties;
- de akte overlegging producties ten behoeve van de mondelinge behandeling van UA, met producties.

2.2 5

Op 20 maart 2023 heeft een mondelinge behandeling plaatsgevonden. De advocaten hebben de zaak toegelicht aan de hand van pleitaantekeningen die zij hebben overgelegd.

3 Feitelijke achtergrond

3.1 6

UA is een vennootschap naar Belgisch recht. Zij houdt zich bezig met de aan- en verkoop van personenauto's, met voornamelijk China als afzetmarkt. Bestuurder van UA is United Auto

Enterprises Inc., gevestigd in Californië, Verenigde Staten. De heer [vertegenwoordiger UA] (hierna: [vertegenwoordiger UA]) is bevoegd UA te vertegenwoordigen.

3.2

Ook OCG houdt zich bezig met de handel in personenauto's. Zij richt zich op exclusieve automerken. Indirect bestuurder van OCG is de heer [bestuurder OCG] (hierna: [bestuurder OCG]).

7

3.3

UA en OCG hebben sinds 2015 zaken met elkaar gedaan. UA nam van OCG auto's af, die OCG op haar beurt geleverd kreeg via verschillende tussenhandelaren. Het gaat om handel buiten de reguliere dealerkanalen om.

8

3.4

UA heeft (onder meer) in november 2016 en januari 2019 auto's besteld bij OCG. In de contracten die OCG hiervoor aan UA heeft gestuurd staat de volgende tekst over de algemene voorwaarden van OCG:

9

«By signing this document you

(...)

** Declare to have read the Online Car Group BV terms and conditions and accept that these apply.»*

En daaronder:

«The Online Car Group BV Terms and Conditions apply to all offers and contracts.»

[vertegenwoordiger UA] heeft deze contracten namens UA ondertekend.

3.5

De algemene voorwaarden van OCG (hierna: de algemene voorwaarden) bevatten de volgende bepalingen:

10

«12. Delivery and cancellation

12.1

None of the delivery times offered are absolute deadlines but are based on the plant's schedule at the time of the order. This may change, however, due to production shortage, technical problems, shutdown, delays in transport, strikes, riots, war, natural and/or environmental disasters, etc. that are beyond Online Car Group BV control. In that case the delivery date will change accordingly.

(...)

12.4

Orders accepted by Online Car Group B.V. cannot be cancelled unless Online Car Group B.V. had been notified in writing within 48 hours of receipt of the signed order.

12.5

If the other party fails to meet its (payment) obligations or fails to do so in time, Online Car Group B.V. reserves the right to claim (...) compensation in the amount of 40% of the purchase price and any additional amounts due.

(...)

14. Liabilities

14.1

Save in the event of willfulness or gross negligence Online Car Group will not be liable for loss or damage sustained by the other party, of whatever nature or however caused, including but not restricted to loss and damage sustained by the other party as a result of non-delivery, late delivery and/or inadequate delivery.

(...)

19. Final Provision

19.1

The legal relations between Online Car Group B.V. and the other parties will be governed by Dutch law exclusively, with the exception of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG).

19.2

Any dispute arising from said legal relations will be resolved only to the competent court of The Hague. (...).»

3.6

Op 17 april 2019 heeft UA bij OCG 46 auto's besteld. Het ging om auto's die nog geproduceerd moesten worden. OCG heeft contracten opgesteld en naar UA gestuurd. Een deel vermeldt als leveringsdatum «juli», een ander deel «september/oktober».

11

3.7

Op 19 april 2019 heeft OCG aan UA een factuur gestuurd voor de aanbetaling van € 506.000 voor de 46 auto's. Op 22 april 2019 heeft UA dit bedrag aan OCG betaald.

12

3.8

Op 3 juni 2019 heeft UA 10 auto's besteld bij OCG. Ook dit betrof auto's die nog geproduceerd moesten worden. Weer heeft OCG hiervoor contracten opgesteld en aan UA gestuurd. In deze contracten is geen leveringsdatum vermeld.

13

3.9

Op 3 juni 2019 heeft van OCG ook een factuur gestuurd voor de aanbetaling van € 110.000 voor de 10 auto's. Op 6 juni 2019 heeft UA ook dit bedrag aan OCG betaald.

14

3.10

De contracten van 17 april 2019 en van 3 juni 2019 (hierna samen: de koopovereenkomsten) bevatten ook alle de hiervoor bij 3.4 vermelde passages over de algemene voorwaarden van OCG. UA heeft de koopovereenkomsten niet getekend.

15

- 3.11 16
 OCG zou alle door UA bestelde 56 auto's afnemen van het in Liechtenstein gevestigde Elfbox Trading GmbH (hierna: Elfbox), die op haar beurt de auto's zou afnemen van het in Duitsland gevestigde Bavaria Leasing GmbH (hierna: Bavaria).
- 3.12 17
 Uit bankafschriften blijkt dat OCG op 30 april 2019 € 499.626 heeft betaald aan Elfbox en op 11 juni 2019 een bedrag van € 108.577,60.
- 3.13 18
 Eind augustus 2019 heeft een bespreking plaatsgevonden tussen [bestuurder OCG], [vertegenwoordiger UA] en vertegenwoordigers van Elfbox en Bavaria in verband met leveringsproblemen.
- 3.14 19
 Bij e-mail van 20 september 2019 heeft UA OCG als volgt bericht:
- «Hi [voornaam] [hof: [bestuurder OCG]].*
- (...) Did you get the money? My client have been asking me. It is very difficult to deal with this situ=tion. Please reply to me as soon as possible.*
- Thanks.*
- [vertegenwoordiger UA]»*
- 3.15 20
 Hierop heeft OCG gereageerd per e-mail van 23 september 2019:
- «We are bussy too find a solution. Like in last conversation [vertegenwoordiger Bavaria] [hof: vertegenwoordiger van Bavaria], and [vertegenwoordiger Elfbox] (hof: vertegenwoordiger van Elfbox) are bussy to get the money bac= or to deliver other cars.»*
- 3.16 21
 In een e-mail van 7 oktober 2019 heeft OCG het volgende aan UA geschreven:
- «I am bussy to get back the =eposit.»*
- 3.17 22
 Op 8 oktober 2019 heeft UA aan OCG per e-mail geschreven:
- «My situation is very difficult now. My client has lost trust in me. Urgently you will be required to refund the deposit of €506000 and €110,000. At the end of August, we met in the Netherlands, and you promised that I would return the deposit immediately without a car supply within a week. It's been more than a month now, and you can't provide the vehicles I can accept. (...) I can't take it any more. Now we must pay nearly €10,000 per month to our customers. I hope you can value my mail. I hope you will return all these two funds as soon as possible.»*

3.18 23
OCG heeft per e-mail van 23 oktober 2019 aan UA geschreven:

«I totally understand the problem and your situation. [vertegenwoordiger Elfbox] and I are busy to organise that [vertegenwoordiger Bavaria] returns the money.»

3.19 24
Op 24 oktober 2019 heeft UA hierop als volgt gereageerd:

«I hope that you can understand my situation. My client is asking me about the deposit almost every day, and I can't handle it. I will fly to the Netherlands tomorrow to discuss with you in detail. I hope that you can settle some of the deposit before the end of this month. I can also have the opportunity negotiating with the client. Otherwise, the customer will sue me.»

3.20 25
Op 29 oktober 2019 heeft weer een bespreking plaatsgevonden tussen UA en OCG. Ook toen is erover gesproken dat OCG zich zou inspannen om bedrag dat door UA was aanbetaald terug te halen.

3.21 26
Op 1 november 2019 heeft OCG het volgende aan UA geschreven:

«The last couple of days, I made the guys under pressure and now they start deliver the first 3 cars, I will send you details later.

Concern the contract we have to take the cars there is no other possibility.»

3.22 27
Op 5 november 2019 heeft UA per e-mail het volgende aan OCG geschreven:

«I want you to know that a car was unpacked yesterday (...) and we found that its hood and left and right guards were repainted, and the original paint was clearly visible on the hood. It was confirmed by dealer that it was indeed repainted. But you didn't tell us. The production date of this car was September 2018, but the actual arrival to DSV was on July 9, 2019. According to the price of the market at that time, the price of the same configuration vehicle was about 114,000 Euros, but we still paid you at the original agreed price of 121,000 Euros. This price has been much higher than the market price at the time. I think we have been working together for so long, I believe in you very much. For our future cooperation, I still paid the full amount to you.

But your current practice, I really can't accept it. I will not take your vehicle any more because you have exceeded our agreed deadline.

My client has been suing me this month, and your behavior had put me in such a passive situation.»

De auto waar het in de eerste alinea over gaat, betreft niet een auto die onder de koopovereenkomsten valt; het gaat om een auto die UA al eerder had besteld. 28

3.23

29

Per brief van 8 november 2019 heeft incassobureau Atradius Collections B.V. (hierna: Atradius) in opdracht van UA OCG gesommeerd om binnen drie dagen een bedrag van € 747.907,25 te betalen, zijnde (terugbetaling van) de door UA gedane aanbetalingen van € 616.000, vermeerderd met rent en incasso- en administratiekosten.

3.24

30

De advocaat van OCG heeft hierop per e-mail van 18 november 2019 geantwoord:

«Uw cliënte heeft bij cliënte meerdere orders geplaatst voor een groot aantal voertuigen. Op basis van heldere contracten, waarop de Terms & Conditions ('TC') van Online Car Group BV (...) van toepassing zijn, en op basis van op basis van die contracten verzonden voorschot/aanbetalings facturen van cliënte, heeft uw cliënte een bedrag van EUR 506.000 (19 april 2019) en EUR 110.000 (3 juni 2019) als voorschot betaald, waarna de voertuigen door cliënte zijn besteld.

Uw cliënte wenst kennelijk deze orders om haar moverende redenen te annuleren en het betaalde voorschot retour te krijgen. Daarvoor ontbreekt echter iedere contractuele of wettelijke grondslag. Ik verwijs u daarbij niet limitatief op de artikelen 12.4 en 12.5 TC. Op basis daarvan kunnen reeds geplaatste orders niet worden geannuleerd (tenzij binnen 48 uur nadat de orders zijn geplaatst, waarvan hier geen sprake is).»

3.25

31

Atradius heeft daarop per e-mail van 20 november 2019 gereageerd:

«Voor de duidelijkheid cliënte heeft de orders nimmer geannuleerd. (...)

Partijen doen al geruime tijd zaken. (...) Normaal duurde het altijd een paar weken wanneer de auto's aankwamen.

In dit geval duurde het en duurde het maar (...)

Echter, hoe ook gewend of gekeerd, de auto's zijn simpelweg niet gekomen. Cliënte heeft dan ook geheel terecht uiteindelijk de onderhavige voorschotten teruggeëist.»

3.26

32

Op 26 november 2019 heeft de advocaat van OCG een e-mail naar Atradius gestuurd waarin hij onder meer schrijft:

«Mijn advies aan u om eerst bij cliënte het volledige dossier op te vragen, ziet ook op uw stelling dat uw cliënte de orders niet zou hebben geannuleerd. Uit de e-mail van uw cliënte van 5 november blijkt namelijk het tegendeel. Daarin stelt uw cliënte letterlijk dat hij de voertuigen niet meer zal afnemen.

(...)

Concluderend: Ik verzoek u mij vooreerst helderheid te verschaffen of uw cliënte nu wel of niet heeft beoogd de orders te annuleren. Daarna stel ik voor om met elkaar in overleg te treden. Cliënte behoudt zich terzake overigens alle rechten voor, ook in het

licht van het enkele weken geleden gedane aanbod van cliënte om 4 voertuigen uit te leveren, hetgeen de uwe heeft geweigerd.»

3.27

33

Bij brief van 18 december 2019 heeft de (toenmalige) advocaat van UA vervolgens aan de advocaat van OCG het volgende geschreven:

«Uit de gedragingen en berichten van uw cliënte volgt dat uw cliënte reeds ex artikel 6:83 sub c BW in de nakoming van haar verbintenissen tekort zal schieten en verkeert zij reeds in verzuim (...).

*Indien en voor zover het verzuim nog niet mocht zijn ingetreden stel ik uw cliënte namens cliënte zekerheidshalve ex artikel 6:82 BW formeel in gebreke en verzoek ik uw cliënte om **uiterlijk aanstaande vrijdag 20 december te 12.00 uur** schriftelijk aan mij te bevestigen dat de door cliënte bestelde voertuigen (...) **binnen twee weken na dagtekening van deze brief** aan cliënte geleverd zullen worden (...).*

Mocht deze bevestiging uitblijven dan acht ik mij namens cliënte vrij om in rechte ontbinding van de overeenkomst(en) te vorderen en terugbetaling van de reeds door cliënte aan uw cliënte verrichte betalingen, inclusief rente en kosten.»

3.28

34

Per e-mail van 24 december 2019 heeft de (toenmalige) advocaat van UA aan de advocaat van OCG het volgende geschreven:

*«Uw cliënte verkeert reeds geruime tijd in verzuim doch cliënte is bereid om uw cliënte nog eenmaal in de gelegenheid te stellen haar verplichtingen na te komen. (...) Namens cliënte verzoek ik uw cliënte om **uiterlijk maandag 30 december 2019 te 12.00 uur** schriftelijk aan mij te bevestigen dat de door cliënte bestelde voertuigen **binnen twee (2) weken na heden, aldus uiterlijk dinsdag 7 januari 2020** aan cliënte geleverd zullen worden. (...)*

Indien de verzochte bevestiging wederom uitblijft zal ik namens cliënte de overeenkomst(en) ontbinden (...).»

3.29

35

Per brief van 31 december 2019 heeft de (toenmalige) advocaat van UA de koopovereenkomsten ontbonden en OCG gesommeerd om het bedrag van € 616.000 uiterlijk 8 januari 2020 terug te betalen.

4 Procedure bij de rechtbank

Vorderingen van UA (in conventie)

4.1

36

UA heeft OCG gedagvaard en heeft gevorderd, kort gezegd:

- 1) verklaring voor recht dat de koopovereenkomsten voor de afname van 56 auto's door UA per 31 december 2019 buitengerechtelijk zijn ontbonden, althans ontbinding van deze overeenkomsten;
- 2) veroordeling van OCG tot betaling aan UA van € 616.000, te vermeerderen met rente;
- 3) voordeling van OCG tot betaling van schadevergoeding aan UA, nader op te maken bij staat;
- 4) veroordeling van OCG tot vergoeding aan UA van de buitengerechtelijke incassokosten van € 4.855.

4.2

37

UA heeft hieraan het volgende ten grondslag gelegd. OCG is toerekenbaar tekort geschoten in de nakoming van de koopovereenkomsten door niet binnen de afgesproken leveringstermijn de 56 auto's te leveren. UA heeft de koopovereenkomsten na ingebrekestelling ontbonden op 31 december 2019, althans die koopovereenkomsten moeten door de rechter alsnog worden ontbonden. OCG is daarom gelet op artikel 6:271 BW gehouden om de ontvangen aanbetalings van totaal € 616.000 terug te betalen, met rente. UA heeft ook schade geleden die OCG moet vergoeden. Die schade bestaat uit rente over € 616.000 die zij moet betalen aan haar klanten en gederfde winst doordat zij de bestelde auto's niet met winst heeft kunnen doorverkopen en leveren aan haar klanten.

4.3

38

De rechtbank heeft de vorderingen van UA afgewezen. De rechtbank heeft, samengevat, het volgende overwogen. De algemene voorwaarden zijn van toepassing. OCG mocht de e-mail van UA van 5 november 2019, in combinatie met de brief van Atradius van 8 november 2019, zo begrijpen dat UA verklaarde dat zij de auto's niet meer wilde afnemen. Daarmee is UA in verzuim geraakt (artikel 6:83 aanhef en sub c BW). Annulering was gelet op artikel 12.4 van de algemene voorwaarden immers niet meer mogelijk. Onvoldoende gesteld of gebleken is dat OCG op 5 november 2019 van haar kant was tekortgeschoten in de nakoming van haar verplichtingen uit de koopovereenkomst. Tussen partijen waren namelijk geen strikte (fatale) levertermijnen afgesproken. Voor zover in de koopovereenkomsten levertermijnen waren afgesproken, bepalen de algemene voorwaarden dat die leverdata kunnen wijzigen. Onbetwist is dat OCG kort na de e-mail van 5 november 2019 haar leverancier heeft laten weten de auto's niet meer te zullen afnemen. Voor zover UA haar verzuim op 19 (18, begrijpt het hof) december 2019 heeft willen zuiveren, door te schrijven alsnog te willen nakomen, mocht OCG dit weigeren op grond van artikel 6:86 BW.

Vordering van OCG (in reconventie)

4.4

39

OCG heeft een tegenvordering ingesteld die, kort weergegeven en voor zover in hoger beroep nog van belang, het volgende inhoudt:

- veroordeling van UA tot betaling aan OCG van € 1.848.000, te vermeerderen met rente.

4.5

40

OCG heeft deze vordering gebaseerd op artikel 12.5 van de algemene voorwaarden, op basis waarvan UA een compensatie van 40% van de aankoop prijs is verschuldigd aan OCG indien UA niet voldoet aan haar verplichtingen. UA is tekort geschoten doordat zij de koopovereenkomsten heeft geannuleerd op een moment dat dat contractueel gezien niet meer kon. OCG vordert daarom 40% van de koopprijs, verminderd met het bedrag van de aanbetalingen van € 616.000. Dat komt uit op een bedrag van € 1.848.000.

4.6

41

De rechtbank heeft UA veroordeeld tot betaling van € 100.000, te vermeerderen met wettelijke rente. De rechtbank heeft daartoe het volgende overwogen. Artikel 12.5 van de algemene voorwaarden is een boetebeding en de door UA te betalen boete moet worden gematigd tot een bedrag van € 100.000.

5 Beoordeling in hoger beroep

5.1

42

UA is in hoger beroep gekomen omdat zij het niet eens is met het vonnis van de rechtbank. UA heeft verschillende bezwaren tegen het vonnis aangevoerd. Deze zullen hieronder worden besproken voor zover ze voor de beslissing in hoger beroep van belang zijn.

De Nederlandse rechter is bevoegd

5.2

43

Het gaat om een internationale zaak, omdat UA is gevestigd in België. Het hof moet daarom ambtshalve nagaan of de Nederlandse rechter bevoegd is in deze zaak. Die vraag moet worden beoordeeld aan de hand van de Verordening Brussel I bis. In de algemene voorwaarden van OCG, die om de hierna in 5.6 e.v. uiteengezette redenen op de koopovereenkomsten van toepassing zijn, is de bevoegde rechter te Den Haag aangewezen om kennis te nemen van alle geschillen die uit de overeenkomsten voortvloeien. Deze forumkeuze voldoet aan de eisen van artikel 25 van de verordening. Bovendien is de Nederlandse rechter bevoegd op grond van artikel 26 van deze verordening (impliciete forumkeuze): OCG heeft de zaak aanhangig gemaakt bij de Nederlandse rechter, UA is verschenen en heeft de bevoegdheid van de Nederlandse rechter niet betwist.

Toepasselijk recht: Nederlands BW (niet Weens Koopverdrag)**- Weens Koopverdrag**

5.3

44

In hoger beroep is tussen partijen in geschil welk recht van toepassing is: het Weens Koopverdrag (United Nations Convention on the International Sales of Goods; hierna: WKV) of de bepalingen van het Nederlands Burgerlijk Wetboek. OCG betoogt dat de algemene voorwaarden van toepassing zijn en dat het rechtskeuzebeding van artikel 19.1 bepaalt dat het Nederlandse recht van toepassing is met uitzondering van het WKV, zodat het Nederlandse interne recht moet worden toegepast. UA meent daarentegen dat de zaak moet worden beslist aan de hand van de bepalingen van het WKV. Zij betwist dat de algemene voorwaarden van toepassing zijn, en als die wel van toepassing zijn dan geldt volgens UA dat in artikel 19.1 van die voorwaarden niet kan worden gelezen dat het WKV is uitgesloten.

5.4

45

Het hof overweegt als volgt. De zaak valt binnen het toepassingsbereik van het WKV: het is materieel van toepassing omdat het gaat om de koop van roerende zaken tussen twee bedrijven die in verschillende landen zijn gevestigd, het is formeel van toepassing omdat beide partijen zijn gevestigd in verdragsluitende staten en ook temporeel is het WKV van toepassing.

5.5

46

Artikel 6 WKV bevat een «opt-out»-bepaling, wat inhoudt dat partijen de toepassing van het WKV kunnen uitsluiten. De vraag is of partijen zijn overeengekomen dat het WKV niet van toepassing is. Beslissend hiervoor is het antwoord op de vraag (i) of de algemene voorwaarden van toepassing zijn, en zo ja, (ii) of in artikel 19.1 van deze voorwaarden toepassing van het WKV is uitgesloten.

- de algemene voorwaarden van OCG zijn van toepassing

5.6

47

De vraag of de algemene voorwaarden van toepassing zijn, moet worden bepaald aan de hand van het WKV. Op grond van het WKV kunnen algemene voorwaarden van toepassing zijn wanneer, kort gezegd, (i) de toepasselijkheid van de algemene voorwaarden uitdrukkelijk of stilzwijgend is aanvaard (bijvoorbeeld door in de overeenkomst te verwijzen naar de algemene voorwaarden) en (ii) de andere partij voldoende mogelijkheid heeft gehad om van de algemene voorwaarden kennis te nemen.¹

5.7

48

Vast staat dat UA en OCG sinds 2015 heel regelmatig zaken met elkaar hebben gedaan, waarbij OCG auto's aan UA leverde. [vertegenwoordiger UA] heeft in ieder geval in november 2016 en ook nog januari 2019 namens UA koopovereenkomsten ondertekend waarop niet alleen staat dat de algemene voorwaarden van toepassing zijn op alle aanbiedingen en alle contracten, maar ook dat UA door ondertekening verklaart dat zij de algemene voorwaarden

¹ Zie Opinion 13 van de CISG Advisory Council.

heeft gelezen en deze accepteert (zie 3.4). Uit het feit dat UA de koopovereenkomsten van april en juni 2019, met dezelfde passages over de algemene voorwaarden, niet heeft getekend, kan niet worden afgeleid dat de algemene voorwaarden daarom niet van toepassing (kunnen) zijn op de daarbij gesloten transacties. Gelet op de bestendige relatie tussen partijen, de hiervoor genoemde ondertekening van eerdere koopovereenkomsten, en het feit dat UA uitvoering heeft gegeven aan de latere koopovereenkomsten van april en juni 2019 (met name door de betreffende aanbetalingen te verrichten), mocht OCG afleiden dat UA ook instemde met de identieke passages over de algemene voorwaarden die op die latere koopovereenkomsten van april en juni 2019 waren opgenomen.

5.8

49

[bestuurder OCG] van OCG heeft de algemene voorwaarden in oktober 2015 gestuurd naar het e-mailadres van [naam] (hierna: [naam]), met de tekst «*Here are my terms and conditions from Online Car Group*». Vast staat dat [naam] op dat moment werkzaam was voor United Auto Enterprises Inc., de bestuurder van UA. Uit een uitgebreide reeks e-mail berichten die OCG in hoger beroep heeft overgelegd (bijlage 2 bij memorie van antwoord), blijkt dat [naam] in die periode de contactpersoon was voor de verkopen van OCG aan UA en dat de contacten met [vertegenwoordiger UA] in die tijd via [naam] liepen. UA heeft dat niet gemotiveerd weersproken. De blote stelling van UA dat [naam] nooit met UA of de heer [vertegenwoordiger UA] over deze mail en de algemene voorwaarden heeft gesproken kan niet gelden als een gemotiveerde betwisting. Gelet op het voorgaande gaat het hof ervan uit dat UA voldoende gelegenheid heeft gehad om kennis te nemen van de algemene voorwaarden.

5.9

50

De conclusie is dat de algemene voorwaarden van toepassing zijn op de koopovereenkomsten.

- uitleg rechtskeuzebeding: WKV uitgesloten, intern Nederlands recht van toepassing

5.10

51

Vervolgens moet worden beoordeeld hoe het rechtskeuzebeding van artikel 19.1 van de algemene voorwaarden moet worden begrepen. Dit artikel bepaalt:

«The legal relations between Online Car Group B.V. and the other parties will be governed by Dutch law exclusively, with the exception of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG).».

5.11

52

Het WKV vormt onderdeel van het Nederlandse rechtstelsel, maar op grond van artikel 6 WKV kunnen partijen ervoor kiezen om het WKV uit te sluiten. Bij een rechtskeuze voor Nederlands recht kan bij koopovereenkomsten daarom de vraag rijzen of daarmee is bedoeld het WKV aan te wijzen of juist het interne Nederlandse recht.

5.12

53

Het hof is van oordeel dat met «*Dutch law exclusively, with the exception of (...) CISG*» niets anders kan zijn bedoeld dan dat Nederlands recht van toepassing wordt verklaard met

uitzondering van het WKV. Een interpretatie waarbij «*with the exception of (...) CISG*» zou betekenen dat juist (ook) het WKV van toepassing wordt verklaard – zoals UA beweert – is in de context van het hele beding onbegrijpelijk. Partijen hebben de toepassing van het WKV dus uitgesloten.

5.13

54

De conclusie is dat het Nederlandse interne recht van toepassing is. Dat betekent dat de zaak beslist moet worden van aan de hand van de bepalingen van het Burgerlijk Wetboek.

UA is tekortgeschoten in de nakoming van de koopovereenkomsten en was in verzuim

5.14

55

Partijen verschillen van mening over de vraag wie van hen als eerste tekort is geschoten in de nakoming van de koopovereenkomsten. Uit wat hierboven is overwogen volgt dat dit moet worden beoordeeld volgens de bepalingen van Nederlands Burgerlijk Wetboek.

- geen fatale leveringstermijn

5.15

56

UA betoogt dat de rechtbank heeft miskend dat OCG als eerste tekort is geschoten in de nakoming van haar verplichtingen en als eerste in verzuim is geraakt. UA heeft daartoe het volgende aangevoerd. Partijen hebben mondeling afgesproken dat de auto's die UA in april en juni 2019 had besteld, in augustus 2019 zouden worden geleverd en dat OCG anders de door UA betaalde voorschotten zou terughalen. Dit was een strikte, fatale leveringstermijn waaraan OCG niet heeft voldaan. Uit de e-mails van 7 en 23 oktober 2019 en de bespreking van 29 oktober 2019 (zie 3.16, 3.18, 3.20) waaruit blijkt dat OCG zich inspant om de door UA gedane aanbetalen bij haar toeleveranciers terug te halen, volgt dat ook OCG ervan uitging dat zij was tekortgeschoten in de nakoming van haar leveringsverplichtingen en dat de koopovereenkomsten waren ontbonden. Artikel 12.1 van de algemene voorwaarden maakt dit alles niet anders. Dat artikel bepaalt weliswaar dat leveringstermijnen geen absolute deadlines zijn, maar die bepaling is onredelijk bezwarend: dat OCG zich slechts in een dergelijk vrijblijvende mate aan een door partijen overeengekomen termijn zou moeten houden is redelijk noch billijk. Dat OCG in de e-mail van 1 november 2019 aankondigde dat er alsnog zou worden geleverd, brengt niet mee dat UA verplicht zou zijn om de auto's toch nog af te nemen: omdat de overeengekomen strikte leveringstermijn al enige tijd was verstreken, had UA met die (latere) levering moeten instemmen en dat heeft zij niet gedaan.

5.16

57

Het hof oordeelt dat het betoog van UA dat artikel 12.1 van de algemene voorwaarden onredelijk bezwarend is en daarom buiten toepassing moet blijven faalt. Dit al omdat uit artikel 6:247 lid 2 BW volgt dat de wettelijke bepalingen hierover niet van toepassing zijn op overeenkomsten tussen professionele partijen die niet beide in Nederland gevestigd zijn. Ten overvloede overweegt het hof dat niet valt in te zien waarom deze bepaling onredelijk bezwarend zou zijn jegens een professionele partij die er bewust voor kiest om auto's te kopen buiten de reguliere dealerkanalen om, waarbij de auto's via verschillende tussenschakels geleverd moeten worden.

5.17

58

Voor zover UA heeft bedoeld te betogen dat partijen in afwijking van artikel 12.1 van de algemene voorwaarden waren overeengekomen dat augustus 2019 een fatale leveringstermijn was en dat OCG in verzuim zou zijn als de auto's dan niet zouden zijn geleverd, gaat dat betoog niet op. Het is aan UA om voldoende onderbouwd te stellen dat een dergelijke afspraak is gemaakt, en dat heeft zij niet gedaan. Dit wordt als volgt toegelicht.

5.18

59

Anders dan UA meent, kan uit de uitspraak van [bestuurder OCG] tijdens de zitting bij de rechtbank dat «levering zou plaatsvinden in augustus» en uit de omstandigheid dat OCG zich in oktober 2019 heeft ingespannen om de door UA betaalde voorschotten van de eerdere tussenschakels (Elfbox en Bavaria) terug te krijgen, nog niet worden afgeleid dat tussen OCG en UA een fatale leveringstermijn van augustus 2019 gold. OCG heeft uitgelegd dat [bestuurder OCG] met de uitspraak tijdens de comparitie over levering in augustus alleen aangaf wat Elfbox en Bavaria hadden gezegd qua (mogelijke) leveringsdatum en dat dit niets zegt over wat binnen de contractuele relatie tussen OCG en UA is overeengekomen. Wat betreft het terugvragen van de aanbetaling heeft OCG uitgelegd dat UA onder druk werd gezet door haar klanten, dat UA daarom dringend heeft verzocht om terugbetaling van de – door OCG doorbetaalde – voorschotten, en dat OCG dat uit coulanace heeft gedaan om de goede zakelijke verstandhouding met UA in stand te houden. Deze uitleg van OCG is niet onaannemelijk. Bovendien is de e-mail van OCG van 1 november 2019, waarin OCG schrijft dat alsnog geleverd gaat worden en dat OCG en UA volgens de overeenkomsten moeten afnemen, niet te rijmen met het betoog van UA dat partijen het er al over eens waren dat een fatale termijn was overschreden en dat de koopovereenkomsten waren ontbonden. Al met al heeft UA onvoldoende weten te onderbouwen dat tussen partijen – in afwijking van de algemene voorwaarden – een fatale termijn was overeengekomen en dat UA er redelijkerwijs vanuit mocht gaan dat partijen het er al enige tijd over eens waren dat de levering te laat was en dat de koopovereenkomsten waren ontbonden.

5.19

60

Het gevolg van het voorgaande is dat toen OCG op 1 november 2019 aan UA berichtte dat de eerste auto's geleverd zouden gaan worden, nog geen fatale leveringstermijn was overschreden. OCG was toen dus ook nog niet in verzuim vanwege het laten verstrijken van een dergelijke termijn.

- e-mail van 5 november 2019 en brief van 8 november 2019: mededeling van UA dat zij niet meer zal nakomen, UA is in verzuim

5.20

61

Vaststaat dat OCG in de e-mail van 1 november 2019 aan UA heeft bericht dat een begin wordt gemaakt met de levering van de bestelde auto's en dat OCG en UA contractueel verplicht zijn om de auto's af te nemen. Vaststaat dat UA vervolgens de e-mail van 5 november 2019 aan OCG heeft gestuurd (zie 3.22) en dat Atradius kort daarna, op 8 november 2019, in opdracht van UA aan OCG een sommatie heeft gestuurd tot terugbetaling van het voorschot van € 616.000 dat UA had betaald voor de 56 auto's die zij in april en juni 2019 had besteld.

5.21

62

Volgens UA heeft de rechtbank ten onrechte geoordeeld dat OCG uit de e-mail van UA van 5 november 2019, in combinatie met de brief van Atradius van 8 november 2019, mocht begrijpen dat UA verklaarde dat zij de koopovereenkomsten niet meer zou nakomen en dat UA, gelet op artikel 6:83 aanhef en onder c BW, daardoor in verzuim is geraakt. OCG blijft daarentegen bij haar standpunt dat zij de e-mail van 5 november en de brief van 8 november 2019 wel zo heeft begrepen en ook mocht begrijpen, en dat zij vervolgens niet anders kon dan haar leverancier informeren en de orders annuleren om te voorkomen dat OCG met de 56 bestelde auto's en bijbehorende betalingsverplichting zou worden opgezadeld.

5.22

63

UA heeft ook in hoger beroep meer specifiek betoogd dat de e-mail van 5 november 2019 die zij aan OCG heeft gestuurd, waarin UA schrijft dat zij niet meer wil afnemen omdat de leveringstermijn is overschreden, geen betrekking heeft op de 56 auto's die UA in april en juni 2019 had besteld, maar slechts op één auto, die bovendien niets te maken had met de in april en juni bestelde auto's.

5.23

64

Het hof overweegt hierover dat de eerste alinea van deze e-mail inderdaad gaat over een auto die niets met de koopovereenkomsten te maken had, maar de opmerking in de latere alinea «*I will not take your vehicle any more*» heeft naar het oordeel van het hof wel degelijk betrekking op de auto's van de koopovereenkomsten. Het probleem met de auto in de eerste alinea was dat deze wel was geleverd, maar volgens UA niet voldeed omdat die overgespoten was. Daarentegen is de reden waarom UA de «*vehicle*» in de alinea daarna niet meer wil afnemen dat de overeengekomen leveringstermijn is overschreden, waarbij UA opmerkt dat zij inmiddels gedagvaard is door de klant. Dat laatste sluit aan bij de eerdere e-mails van UA waarin zij aandringt op terugbetaling van de aanbetalingen omdat zij onder druk wordt gezet door een van haar klanten, waarbij UA opmerkt dat zij bang is dat zij door die klant gedagvaard zal worden (zie e-mail van 24 oktober 2019, 3.19). Daarbij komt dat UA, drie dagen na die e-mail van 5 november, via incassobureau Atradius OCG sommeert om de aanbetalingen voor de 56 auto's waar de koopovereenkomsten op zagen terug te betalen, wat bevestigt dat UA niet meer van plan is om die auto's af te nemen.

5.24

65

Ook het hof is van oordeel dat OCG de combinatie van de e-mail van 5 november 2019 en de sommatie tot terugbetaling van de aanbetalingen op 8 november 2019 – kort nadat OCG op 1 november 2019 had laten weten dat met levering van de auto's zou worden begonnen en partijen contractueel gehouden waren om deze af te nemen – mocht opvatten als een duidelijke verklaring van UA dat zij de auto's van de koopovereenkomsten niet meer zou afnemen. Er was dan ook sprake van een mededeling waaruit OCG moest afleiden dat UA in de nakoming van haar verplichting uit hoofde van de koopovereenkomsten zal tekortschieten, zoals bedoeld in artikel 6:83 aanhef en onder c BW. Het gevolg hiervan is dat UA daardoor in verzuim is geraakt.

5.25

66

Dat in de periode van 18 tot 26 november 2019 tussen Atradius (namens UA) en de advocaat van OCG een discussie is ontstaan over de vraag of UA de bestellingen heeft geannuleerd (terwijl dat contractueel niet meer mogelijk was) dan wel UA afname van de auto's heeft geweigerd omdat OCG volgens UA te laat was met de levering (zie 3.24–3.26), doet niet terzake. Duidelijk is hoe dan ook dat UA begin november 2019 aan OCG had laten weten dat zij de auto's van de koopovereenkomsten niet meer wilde afnemen, en het hof heeft hiervoor geconcludeerd dat UA daarmee in verzuim is geraakt.

- gevolg verzuim van UA: UA kon de koopovereenkomsten daarna niet meer ontbinden

5.26

67

De conclusie dat UA in november 2019 al (als eerste) in verzuim was, heeft tot gevolg dat de ingebrekestelling die zij in december 2019 aan OCG heeft gestuurd geen effect meer kon hebben en dat UA de koopovereenkomsten niet meer kon ontbinden. Dit betekent dat de gevraagde verklaring voor recht dat UA de koopovereenkomsten in december 2019 buitengerechtigd heeft ontbonden, althans de vordering dat de rechter die alsnog ontbindt, terecht is afgewezen.

Geen terugbetaling van de aanbetalingen van € 616.000 en geen schadevergoeding voor UA

5.27

68

Het gevolg is dat UA haar vordering tot terugbetaling van € 616.000 en vergoeding van verdere schade niet kan baseren op ontbinding van de koopovereenkomst door UA en/of op het door haar gestelde verzuim van OCG. De poging tot ontbinding van UA in december 2019 heeft namelijk geen effect gehad, omdat UA begin november 2019 zelf al in verzuim was geraakt. Om die reden is ook geen sprake van verzuim van OCG.

5.28

69

UA heeft verder aangevoerd dat als het dan zo is dat OCG van haar kant de koopovereenkomsten rechtsgeldig heeft ontbonden, een verplichting tot terugbetaling van de door UA betaalde voorschotten van € 616.000 dan volgt uit die ontbinding. Ook dat gaat niet op omdat nergens uit blijkt dat OCG de koopovereenkomsten heeft ontbonden op de in artikel 6:267 BW voorgeschreven wijze. Het enkele feit dat UA in november 2019 van haar kant in verzuim is geraakt omdat zij aan OCG had meegedeeld dat zij niet meer zal nakomen, betekent niet dat de koopovereenkomsten daarmee automatisch zijn ontbonden.

5.29

70

UA heeft in hoger beroep als grondslag voor haar vordering tot terugbetaling van het bedrag van € 616.000 aanvullend aangevoerd dat OCG ongerechtvaardigd is verrijkt met dat bedrag, in de zin van artikel 6:212 BW. Het hof overweegt dat voor een geslaagd beroep op dit artikel in ieder geval moet komen vast te staan dat OCG is verrijkt; UA heeft daarvan de stelplicht en bewijslast. OCG heeft door overlegging van bankafschriften afdoende onderbouwd dat zij de voorschotten in april en juni 2019 – op een kleine commissie voor OCG na – aan haar toeleverancier Elfbox heeft doorbetaald (zie 3.12). OCG heeft daarnaast tijdens de zitting bij het hof verklaard dat zij deze doorbetaalde bedragen nooit heeft teruggekregen, niet in geld

en ook niet in de vorm van enige andere prestatie. Daartegenover heeft UA niet weten aan te tonen dat OCG wel is verrijkt. Het beroep op ongerechtvaardigde verrijking faalt dan ook.

5.30

UA heeft tot slot aangevoerd dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn als OCG het door UA betaalde voorschot van totaal € 616.000 niet terug zou hoeven betalen. Ook dat argument faalt. Vast staat immers dat OCG de voorschotten heeft doorbetaald aan haar toeleverancier en niet gebleken is dat OCG daar iets van heeft terugontvangen. Onder die omstandigheden valt niet in te zien waarom OCG de voorschotten zou moeten terugbetalen aan UA, de partij die zelf tekort is geschoten in de nakoming van haar verplichtingen doordat zij de bestelde auto's niet meer wilde afnemen.

71

Boete van € 100.000 voor UA

5.31

Ook ten aanzien van de contractuele boetebeding van artikel 12.5 van de algemene voorwaarden heeft UA zich erop beroepen dat dat beding onredelijk bezwarend is. Zoals het hof hiervoor heeft overwogen, kan dat beroep al niet slagen omdat uit artikel 6:247 lid 2 BW volgt dat de wettelijke bepalingen die daarover gaan niet van toepassing zijn op overeenkomsten tussen professionele partijen die niet beide in Nederland gevestigd zijn.

72

5.32

Verder heeft UA aangevoerd dat het bedrag van de boete dan in ieder geval verder gematigd moet worden, tot beneden het door de rechtbank toegewezen bedrag van € 100.000. Het hof ziet geen aanleiding om de boete verder te matigen, of toepassing te geven aan het bepaalde in artikel 6:248 lid 2 BW, temeer omdat OCG heeft onderbouwd (bijlage 4 bij memorie van antwoord) dat alleen al de declaraties van haar advocaat tot 19 juli 2022 ruim € 70.000 bedragen, waarvan een groot deel niet wordt gedekt door de proceskostenveroordelingen. Aannemelijk is dat OCG daarnaast andere kosten heeft gemaakt als gevolg van de niet-nakoming door UA. Al met al acht het hof een boete van € 100.000 passend.

73

Conclusie en proceskosten

5.33

De conclusie is dat het hoger beroep van UA niet slaagt. Daarom zal het hof het vonnis bekrachtigen. Het hof zal UA als in het ongelijk gestelde partij veroordelen in de proceskosten van het hoger beroep.

74

6 Beslissing

Het hof:

75

- bekrachtigt het vonnis van de rechtbank Den Haag van 5 januari 2022;
- wijst af wat UA in hoger beroep meer of anders heeft gevorderd;

- veroordeelt UA in de proceskosten van de procedure in hoger beroep, aan de zijde van OCG tot nu toe begroot op € 5.689 aan griffierecht en € 15.456 aan kosten voor de advocaat, te voldoen binnen veertien dag na de datum van dit arrest, en – voor het geval voldoening niet binnen die termijn plaatsvindt – te vermeerderen met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW, te rekenen vanaf die termijn tot aan de dag van voldoening;
- verklaart de proceskostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

Dit arrest is gewezen door mr. H.J.M. Burg, mr. A.D. Kiers-Becking en mr. R.M. Hermans en is in het openbaar uitgesproken op 8 augustus 2023 in aanwezigheid van de griffier.