

CISG-online 2590	
Jurisdiction	Netherlands
Tribunal	Rechtbank Gelderland (District Court Gelderland)
Date of the decision	06 November 2013
Case no./docket no.	HA ZA 12-433
Case name	<i>Fleck Elektroinstallation GmbH v. Transquest Tag & Tracing Solutions B.V.</i>

Partijen zullen hierna FLECK en Transquest genoemd worden.

1

1 De procedure

1.1.

2

Het verloop van de procedure blijkt uit:

- het tussenvonnis van 16 januari 2013
- het proces-verbaal van comparitie van 18 april 2013.

1.2.

3

Ten slotte is vonnis bepaald.

2 De feiten

2.1.

4

Fleck exploiteert in Oostenrijk een onderneming die zich bezighoudt met high tech-automatisering en technologie. Transquest is een onderneming op het gebied van actieve RFID (radio frequentie identificatie) en een leverancier van totaaloplossingen van onder andere toegangscontrole, aanwezigheidsregistratie, veiligheid en logistieke processen.

2.2.

5

De Magistrat der Stadt Wien, Magistratsabteilung 48, hierna: Stadt Wien, heeft in of rond 2008 een internationale aanbesteding uitgeschreven. Stadt Wien wilde het bestaande RFID-Smartpass System vervangen door een nieuw video-herkenningssysteem voor toegangs- en aanwezigheidscontrole van auto's en personen.

2.3.

Fleck heeft aan de aanbesteding meegedaan en in dat kader met Transquest contact gezocht. Zij heeft daarbij de aanbestedingsvoorwaarden van Stadt Wien aan Transquest ter beschikking gesteld. In die aanbestedingsvoorwaarden staat onder meer het volgende:

«(...)

7.3.

LEISTUNGSKATALOG

7.3.1.

PROJEKTUMFANG

Die Magistratsabteilung 48 (MA 48) der Stadt Wien setzt seit vielen Jahren die RFID-Technologie in den Bereichen Zufahrtskontrolle für Fahrzeuge, Identifikation von Fahrzeugen zu Abrechnungszwecken und Einsatz von RFID-Transpondern (RFID-Tags, Chipkarten) für bestimmte Berechtigungen (Autowaschen, Zufahrtskontrolle etc.) ein.

Mit der vorliegenden Ausschreibung sollen die vorhandenen Systeme durch neue RFID-Systeme und Video-Systeme zur automatischen Erkennung von Kfz-Kennzeichen und Mulden (nachfolgend auch Video-Erkennungssysteme genannt) ersetzt werden. Dabei sind schon vorhandene Software- und Hardware-schnittstellen zu den übergeordneten Systemen zu berücksichtigen. Weiters können bei Bedarf die vorhandene Verkabelung und die vorhandenen Komponenten zur Befestigung der RFID-Lesestationen bzw. Video-Erkennungssysteme weiter verwendet werden.

Komplett neu ist der Einsatz von RFID für die privaten Fuhrwerker und Waschfahrzeuge.

7.3.2.

TECHNISCHE BESCHREIBUNG**7.3.2.1 Hardware – Allgemeine Anforderungen**

(...)

RFID-Tags und RFID-Lesestationen

(...)

- M-6 *Die angegebenen Mindest-Leseentfernungen bei den RFID-Tags U/E müssen bei allen Wetterverhältnissen (Sonne, Regen, Schneefall) im Temperaturbereich von -20 °C bis + 80 °C, bei einer relativen Luftfeuchtigkeit von max. 95% durch eine mit einer Heizfolie ausgestattete Windschutzscheibe eines Fahrzeuges hindurch erfüllt werden.*

Wenn sich auf der Windschutzscheibe an der Außenseite der Stelle, wo sich das RFID-Tag befindet, Schnee und/oder Eis befinden, darf bei aktiven RFID-Tags eine Reduktion der Leseentfernung von max. 20% eintreten.

(...)

M-9 Alle vom Auftragnehmer gelieferten RFID-Tags und Kontaktlos-Chipkarten müssen auch auf der Außenseite mit dem Auge deutlich sichtbar diese eindeutige RFID-Nummer enthalten.

(...)

M-11 Aktive RFID-Tags müssen bei durchschnittlich 20 Lesungen pro Arbeitstag und den genannten Umgebungsverhältnissen eine Lebensdauer von mindestens 5 Jahren aufweisen. E

M-12 Bei niedrigem Batteriestand muss das aktive RFID-Tag eine Warnmeldung abgeben (Batteriestatus-Anzeige). Diese Warnmeldung muss durch ein durch den Fahrer zu sehendes Lämpchen am RFID-Tag erfolgen.

Portable RFID-Terminals

(...)

M-16 Das portable RFID-Terminal muss ein portables Gerät (z.B. PDA oder portabler RFID-Leser) mit einer integrierten RFID-Schreib-/Lesestation mit dem Betriebssystem MS Windows Mobile sein. U/T

Die zugehörige Anwendungssoftware ist in Pkt. Software beschrieben.

(...)

M-18 Die Stromversorgung (Akku) des portable RFI-Terminals muss bei Dauerbetrieb und durchschnittlich 20 Lesungen pro Arbeitstag eine Betriebsdauer von mindestens 10 Stunden aufweisen T

(...)

Login-/Logout-Funktion

M-65 Jeder Benutzer muss sich im System am Beginn mit User-ID und Passwort einloggen und am Ende der Arbeit wieder ausloggen können. E
Nur im System durch einen Administrator angelegte Benutzer dürfen sich einloggen können. In der Login-/Logout-Funktion muss ein Benutzer sein Passwort ändern können.

(...)

(...)

10.9

GERICHTSSTAND

Bei Streitigkeiten aus diesem Vertrag gilt das sachlich zuständige Gericht in Wien als vereinbarter Gerichtsstand. Das Vertragsverhältnis unterliegt österreichischem Recht, ausgenommen die internationalen Verweisungsnormen und das Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf.»

2.4.

7

Transquest heeft een op 29 juli 2008 ondertekende verklaring afgegeven, als opgenomen in bijlage 2.2. van het aanbod bij de aanbesteding. Daarin staat het volgende (productie 2 bij dagvaarding)

«ERKLÄRUNG DES SUBUNTERNEHMERS

gemäß § 74 (1) Z 4 BVerG 2006

Ich erkläre, dass ich im oben angeführten Vergabeverfahren und im Falle einer daraus resultierenden Beauftragung meine

(...)

technische Leistungsfähigkeit (Spalte B in Beilage 2.1)

(...)

dem Unternehmen

FLECK (...)

für den Leistungsteil (Leistungsgruppe) 1

Hardware –PSC – Variante ‘RFID’

Hardware – Winterdienst

zur Verfügung stelle.

Ich nehme zur Kenntnis, dass ich als beantragter Subunternehmer die Kriterien der erforderlichen Bieterprüfung beim Auftraggeber erfüllen muss.

Mit der rechtsgültigen Unterfertigung erkläre ich mich für den Fall, dass ich dem o.a. Unternehmen auch die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit zur Verfügung stelle, damit einverstanden, im Falle seines Ausfalles für sämtliche Schäden, insbesondere auch bei Inanspruchnahme durch Dritte, den Auftraggeber Stadt Wien schad- und klaglos zu halten!

(...))»

2.5.

8

Op 29 juli 2008 heeft Transquest daarnaast aan Fleck een offerte uitgebracht voor het video-herkenningssysteem. In punt 6.4. van deze offerte staat onder het kopje «Allgemeine Geschäftsbedingungen» het volgende:

«Alle Angebote der TransQuest Tag & Tracing Solutions B.V. unterliegen den allgemeinen Geschäftsbedingungen, wie unter Nummer 08117397 im Handelsregister der Niederlande hinterlegt. Die Bedingungen dieses Dokuments ergänzen/ändern die allgemeinen Geschäftsbedingungen im Falle einer Diskrepanz. Im Falle von ungültigen Bedingungen in diesem Angebot oder den allgemeinen Geschäftsbedingungen wird die betreffende Bedingung für ungültig erklärt. Alle anderen Bedingungen bleiben gültig.»

9

2.6.

In een verklaring van 5 september 2008 (productie 10 Fleck) met als referentie «TTS/TGS/080905» staat het volgende:

«DECLARATION

Hereby we declare, Transquest Tag&Tracing Solutions, concerning the tender no AUS08D011 for Magistrat der Stadt Wien, the following:

- *Transquest offered 2 different types of tags the TTS-501 tag and the TW-TA800. Both tags comply with the ISO 18000-7 Part 7-Parameters for Air Interface Communications at 433 MHz standard*
- *The TTS-501 tag, which is a secure card for persons complies with the ISO 7810 ID-1 (bankcard format) norm*
- *The ISO 7810 is a norm for identity cards. Therefore the TW-TA800, which is an object tag, does not have to comply with this norm*
- *The offered tags are HERO compliant. Please find attached the Hero compliance report*
- *We can guarantee that the L-AN300U antenna operates between -20C and +80C temperature*
- *We can guarantee that the TW-RX201 reader build in an IP67 housing will operate between -20C and +80C*
- *The offered tags operate between -20C and +80C. A tag will last 5 till 7 years with a send frequency of every 1,5 seconds. When operating between the given temperatures on the technical sheet of -10C and +60C. Only when tags operate constantly in cold conditions between -10C and -20C the lifespan of the tag is reduced under 5 year.*
- *Tags are ultrasonic sealed and can therefore operate under humid conditions up to 95%. The IP67 housing for readers is waterproof*

(...)»

2.7.

Stadt Wien heeft op 26 november 2008 aan Fleck de opdracht gegeven om het systeem te installeren.

2.8.

Transquest heeft op 15 december 2008 een tweede (versie van de) offerte, met kenmerk TGS-081215 Fleck, aan Fleck (productie 2 bij conclusie van antwoord) gestuurd.

10

11

In deze offerte staat onder meer het volgende:

12

«(...)

4.2

Excludes

Components not included in our offer are Physical cabling and installation of the equipment. All support (time based) services are estimated. Only the actual time spend will be charged.

(...)

5 Project set-up and support

5.1

Installation support

Transquest delivers on a time and material basis all support to allow the installing team to design, build and connect the complete system architecture: hardware, cabling, software etc. Also, Transquest will deliver all actual documentation e.g. cabling guide, specifications, Ö after the signature of a non-disclosure agreement.

(...)

6 Specific conditions

(...)

6.4

Standard Terms and Conditions

All proposals from TransQuest Tag & Tracing Solutions B.V. are subject to the standard Terms and Conditions als deposited under number 08117397 at the chamber of commerce Midden Nederland en Twente. The conditions of this document overrule the standard terms and conditions in case of discrepancy. In case of invalid terms in either this agreement or the standard terms and conditions, the term(s) in question will be declared invalid. All other terms remain in tact.

(...))»

2.9.

In een fax van 2 januari 2009 van Fleck aan Transquest (productie 32 Transquest) staat het volgende:

13

«PURCHASE ORDER

*Under reference to your Offer Ref.: **TGS-081215 Fleck** dated 15.12.2008 and your Declaration Ref.: **TTS/TGS/080905** dated 05.09.2008*

we order

the offered items according to both documents, which are an integrate part of this Order, but with following amendments and additional conditions:

- *All prices concerning deliveries are to be understood free delivered premises of Stadt Wien and/or Messrs. Fleck, 1100 Vienna*
- *Warranty (point 6.7 of your Offer) has to be at least 24 months (instead of 1 year) from the date of our Buyer's final acceptance*
- *Delivery time: to be agreed upon*

All other terms and conditions are considered as accepted.

(...)

Enclosure:

Financial Overview

Specific conditions

Declaration»

De bijlagen bij deze fax heeft Fleck voorzien van een stempel en een paraaf. Op de bladzijde met de «Specific conditions» heeft Fleck de garantietermijn van doorgestreept en veranderd in 24 maanden.

14

3 Het geschil

3.1.

15

Fleck vordert na voorwaardelijke wijziging van eis – samengevat - veroordeling van Transquest tot betaling van € 165.409,56, vermeerderd met rente en kosten, subsidiair berekening van de prijsvermindering als bedoeld in artikel 50 Weens Koopverdrag op te maken bij staat en te vereffenen volgens de Wet, alsmede een verklaring voor recht dat Transquest aansprakelijk is voor de meerdere door Fleck geleden en nog te lijden schade.

3.2.

16

Fleck legt aan haar vordering, tegen de achtergrond van de vaststaande feiten, het navolgende ten grondslag.

Transquest heeft met de in bijlage 2.1. van het aanbod tot aanbesteding ondertekende verklaring bevestigd dat zij aan de criteria van de betreffende aanbesteding zal voldoen en zo nodig (ook) de opdrachtgever Stadt Wien zal vrijwaren voor schade. De aanbestedingsvoorwaarden van Stadt Wien, waarin de afleveringstermijn als onverbreekelijk onderdeel was opgenomen, zijn onderdeel van de overeenkomst.

17

De leveringen en diensten die Transquest heeft verricht, voldeden niet aan de aanbestedingsvoorwaarden. De afleveringstermijn was bepaald in de week van 22–26 juni 2009, maar werd door toedoen van Transquest verschoven naar 18 september 2009. Het verzuim is ingetreden toen ook deze termijn door toedoen van Transquest niet haalbaar bleek. Stadt Wien had daarnaast nog diverse klachten over de functionaliteit van het door Transquest geleverde en geplaatste. Fleck heeft Transquest meermaals verzocht deze gebreken te verhelpen. Transquest bleek niet in staat te zijn de geleverde producten volgens de Mußvoorwaarden en binnen de afgesproken leveringstermijn te laten werken. Fleck zag

18

zich daarom gedwongen ter beperking van schade deze gebreken deels zelf en deels door derden te laten verhelpen. Fleck heeft onder protest de facturen van Transquest betaald en aldus dubbele kosten gemaakt.

De schade die Fleck door de tekortkoming in de prestatie van Transquest heeft geleden wordt begroot op in ieder geval € 165.409,56 inclusief BTW.

19

Art. 50 Weens Koopverdrag voorziet erin dat de koper bij non-conformiteit prijsvermindering kan vorderen. De koopprijs dient tot nihil te worden gereduceerd, nu Fleck kosten heeft gemaakt tot een veelvoud van de koopprijs/aanschafwaarde om de gebreken in het geleverde te herstellen.

20

3.3.

Transquest voert verweer.

21

3.4.

Op de overige stellingen van Fleck en de verweren van Transquest wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

22

4 De beoordeling

4.1.

Nu Fleck een rechtspersoon naar vreemd recht is en haar vordering uit dien hoofde een internationaal karakter draagt, dient allereerst de vraag te worden beantwoord of de Nederlandse rechter bevoegd is van de vordering kennis te nemen. De rechtbank beantwoordt die vraag bevestigend en wel op grond van artikel 2 van de in deze zaak toepasselijke Verordening (EG) nr. 44/2001 van de Raad van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, nu Transquest woonplaats heeft in Nederland.

23

4.2.

Tijdens de comparitie van partijen hebben partijen eenstemmig aan de rechtbank verzocht om een oordeel te geven over het toepasselijke recht en de toepasselijkheid van de algemene voorwaarden van Transquest. De rechtbank zal in het navolgende aan dit verzoek gevolg geven.

24

4.3.

Bij de beantwoording van de vraag naar welk recht het geschil tussen partijen dient te worden beoordeeld, stelt de rechtbank voorop dat partijen beide gevestigd zijn in staten die partij zijn bij het Verdrag der Verenigde Naties inzake internationale koopovereenkomsten betreffende roerende zaken, Wenen, 11 april 1980, Trb. 1986, 61, hierna: Weens Koopverdrag. De overeenkomst tussen partijen heeft betrekking op de verkoop/koop en levering van een video-herkenningssysteem voor toegangs- en aanwezigheidscontrole van auto's en personen en het leveren van support in het kader hiervan. Niet in geschil is dat de belangrijkste verplichting van Transquest bestond uit het leveren van hardware met bijbehorende software, terwijl uit de door Transquest als productie 2 overgelegde offerte blijkt dat het grootste deel

25

van het geoffreerde bedrag betrekking heeft op de aanschaf van hardware. Anders dan door Transquest is betoogd, is dan ook geen sprake van een omstandigheid als bedoeld in artikel 3 lid 2 van het Weens Koopverdrag, zodat de gehele overeenkomst onder het toepassingsbereik van het Weens Koopverdrag valt.

4.4.

Beide partijen hebben primair betoogd dat desalniettemin een ander nationaal recht op de overeenkomst van toepassing is. Naar de rechtbank begrijpt, doen partijen hiermee een beroep op artikel 6 Weens Koopverdrag.

26

Fleck stelt zich op het standpunt dat Transquest zich door het uitgeven van de onderaannemerverklaring heeft gebonden aan de aanbestedingsvoorwaarden van Stadt Wien, waarin in artikel 10.9 wordt voorzien in de toepasselijkheid van Oostenrijks recht, met uitsluiting van ander recht of het Weens Koopverdrag. Daarnaast stelt Fleck dat op grond van artikel 4 van het Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst, Trb. 1980, 156, hierna: EVO, Oostenrijks recht van toepassing is. Volgens Fleck diende de prestatie (tot levering van hard- en software en implementatie daarvan) evident door Transquest in Wenen te worden verricht.

27

Transquest betoogt daarentegen dat Nederlands recht van toepassing is, in de eerste plaats op grond van haar Algemene Voorwaarden en in de tweede plaats op grond van het bepaalde in artikel 3 EVO.

28

4.5.

Zoals ook uit het vorenstaande volgt, verschillen partijen van mening over de inhoud van de overeenkomst. Daarmee verband houdt de vraag op welke wijze de koopovereenkomst tot stand is gekomen. Deze laatste vraag dient, evenals de inhoud van de overeenkomst, te worden beantwoord aan de hand van de artikelen 14 e.v. van het Weens Koopverdrag. Volgens artikel 14 lid 1 komt een overeenkomst tot stand door aanvaarding van een voorstel tot het sluiten van een overeenkomst dat voldoende bepaald is en waaruit blijkt van de wil van de aanbieder om in geval van aanvaarding gebonden te zijn. Een voorstel is voldoende bepaald, indien daarin de zaken worden aangeduid en de hoeveelheid en de prijs uitdrukkelijk of stilzwijgend worden vastgesteld of bepaalbaar zijn.

29

4.6.

Zonder nadere toelichting, die ontbreekt, valt niet in te zien dat de «*Declaration*» van 5 september 2008, hiervoor weergegeven onder 2.6., de overeenkomst tussen partijen betreft, zoals Fleck stelt. Naar de rechtbank begrijpt, bevat het stuk, waarin verwezen wordt naar eerder aangeboden goederen, een toelichting op of deels wellicht een uitbreiding van (een deel van) de prestaties van Transquest. Wat Transquest precies moet leveren en welke prestatie Fleck daartegenover heeft te verrichten, kan echter niet uit dit stuk worden opgemaakt.

30

4.7.

Transquest voert aan dat zij twee offertes heeft uitgebracht en dat de laatste, van 15 december 2008, door Fleck is geaccepteerd. Tijdens de comparitie van partijen is namens Transquest verwezen naar het unieke documentnummer in de kop van die brief (TGS-081215

31

Fleck) dat ook in de fax van 2 januari 2009 is vermeld. Namens Fleck is vervolgens erkend dat de (naar de rechtbank begrijpt: laatste) offerte is geaccepteerd, maar dat dit niet betekent dat aanbestedingsvoorwaarden hiervan geen deel uitmaken. Volgens Fleck zijn deze voorwaarden eveneens met Transquest overeengekomen. Op dit laatste zal de rechtbank hierna terugkomen.

4.8.

32

Gelet op de overgelegde offerte, die voldoende bepaald is, en de fax van 2 januari 2009, bezien in samenhang met de verklaring van Fleck tijdens de comparitie van partijen, wordt geoordeeld dat Fleck met haar fax van 2 januari 2009 de offerte van 15 december 2008 van Transquest heeft aanvaard en dat aldus tussen partijen een koopovereenkomst tot stand is gekomen. Nu niet is gesteld of gebleken dat Transquest daartegen bezwaar heeft gemaakt, zijn de in de fax van 2 januari 2009 genoemde aanpassingen en aanvullende voorwaarden, evenals de bij de fax gevoegde verklaring van 5 september 2008 met kenmerk TTS/TGS/080905, deel gaan uitmaken van de overeenkomst.

4.9.

33

Vervolgens is de vraag of de algemene voorwaarden van Transquest deel zijn gaan uitmaken van de overeenkomst. Transquest beantwoordt deze vraag bevestigend. Zij stelt dat in artikel 6.4. van zowel de eerste in het Duits gestelde als in de tweede in het Engels gestelde offerte duidelijk staat dat naast de offerte de algemene voorwaarden van Transquest van toepassing zijn, dat deze algemene voorwaarden met de offertes zijn overhandigd en dat Fleck in haar fax van 2 januari 2009 deze algemene voorwaarden uitdrukkelijk heeft aanvaard in de zin van artikel 18 Weens Koopverdrag. Fleck betwist de toepasselijkheid van de algemene voorwaarden van Transquest. Zij stelt dat de algemene voorwaarden nooit aan haar ter hand zijn gesteld en dat deze voorts in het voor haar onbegrijpelijke Nederlands zijn opgesteld, terwijl de Duitse en de Engelse taal de voertalen tijdens de onderhandelingen waren.

4.10.

34

Ook de vraag of de algemene voorwaarden van toepassing zijn dient aan de hand van het Weens Koopverdrag te worden beantwoord. Anders dan het Nederlandse Burgerlijk Wetboek bevat het Weens Koopverdrag hierover geen expliciete regeling. Bij de uitleg van het Weens Koopverdrag is, zoals neergelegd in artikel 7 lid 1 van dit verdrag, uitgangspunt dat rekening wordt gehouden met het internationale karakter ervan en met de noodzaak eenvormigheid in de toepassing ervan en naleving van de goede trouw in de internationale handel te bevorderen. Het Weens Koopverdrag beoogt eenvormige, voor partijen eenvoudige en overzienbare rechtsregels voor het internationale handelsverkeer op te stellen. Snelle toepasselijkheid van algemene voorwaarden, zoals in het Nederlandse recht, zou hieraan in de weg staan. Dit geldt te meer nu het Weens Koopverdrag onder meer geen betrekking heeft op de geldigheid van de overeenkomst, van de daarin vervatte bedingen, waaronder de algemene voorwaarden of de bindende kracht van gewoonten, maar in zoverre naar het nationale recht verwijst (art. 4 Weens Koopverdrag). Daarbij rijst immers voor de wederpartij van de gebruiker van de algemene voorwaarden het gevaar van een voor haar nauwelijks overzienbare aantasting van haar rechtspositie. Dit is alleen dan niet in strijd met het doel van het Weens Koopverdrag, dat in artikel 6 partijen de mogelijkheid biedt van het Weens Koopverdrag af te wijken, en het in het internationale handelsverkeer geldende beginsel van

de goede trouw, indien tussen partijen uitdrukkelijk overeenstemming bestaat over de toepasselijkheid van de algemene voorwaarden van gebruiker. Hiervoor is vereist dat de wederpartij van de gebruiker van de algemene voorwaarden de inhoud van de bewuste algemene voorwaarden kent of op eenvoudige wijze hiervan kennis kan nemen (vgl. OLG Düsseldorf, 21 april 2004, CISG-online 915; regel 2 van de CISG-AC Opinion No. 13).

4.11.

35

In het midden kan worden gelaten of Transquest haar algemene voorwaarden aan Fleck heeft doen toekomen, zoals door Transquest wordt gesteld en door Fleck wordt betwist. Niet in geschil is immers dat de algemene voorwaarden in het Nederlands zijn opgesteld, dat deze taal niet tijdens de onderhandelingen is gebruikt en dat geen van de voor de overeenkomst verantwoordelijke medewerkers van Fleck deze taal machtig was. Transquest mocht in redelijkheid dan ook niet verwachten dat Fleck de in het Nederlands opgestelde algemene voorwaarden zou begrijpen (vgl. regels 5 en 6 van de CISC-AC Opinion No. 13). In het licht van het uitgangspunt dat op eenvoudige wijze van de inhoud van de algemene voorwaarden kennis kan worden genomen, kon evenmin van Fleck worden gevergd dat zij zelf deze algemene voorwaarden zou laten vertalen. Conclusie is dan ook dat de algemene voorwaarden van Transquest geen deel zijn gaan uitmaken van de overeenkomst tussen partijen.

4.12.

36

Fleck stelt zich op het standpunt dat de aanbestedingsvoorwaarden van Stadt Wien met de rechtskeuze voor het Oostenrijkse recht een onverbrekelijk onderdeel van de overeenkomst vormen. Voor zover Fleck bedoelt te betogen, dat zij de overeenkomst gezamenlijk met Transquest is aangegaan, geldt dat zij dit betoog in het licht van de overgelegde stukken onvoldoende heeft onderbouwd, zodat daaraan voorbij moet worden gegaan. De als productie 2 bij dagvaarding overgelegde brief van 26 november 2008, waarin Stadt Wien aan Fleck opdracht gunt, is alleen aan Fleck gericht en bevat geen enkele verwijzing naar Transquest. Evenmin blijkt uit het door Fleck gedane aanbod van 1 augustus 2008 dat het aanbod mede namens Transquest wordt gedaan. Integendeel, in het schrijven wordt Transquest als onderaannemer aangeduid.

4.13.

37

Fleck heeft verder betoogd dat zij de aanbestedingsvoorwaarden van Stadt Wien voorafgaand aan de overeenkomst uitgebreid met Transquest heeft doorgenomen en dat Transquest met ondertekening van de hiervoor onder 2.4. weergegeven verklaring zich aan de inhoud van de aanbestedingsvoorwaarden heeft gebonden. Ook dit betoog slaagt niet. Volgens artikel 8 lid 2 Weens Koopverdrag dienen verklaringen van een partij te worden uitgelegd overeenkomstig de zin die een redelijk persoon van gelijke hoedanigheid als de andere partij in dezelfde omstandigheden hieraan zou hebben toegekend. Daarbij dient naar behoren rekening te worden gehouden met alle ter zake dienende omstandigheden van het geval, waaronder begrepen de onderhandelingen, eventuele handelwijzen die tussen partijen gebruikelijk zijn, gewoonten en alle latere gedragingen van partijen (artikel 8 lid 3 Weens Koopverdrag). Hiervoor is onder 4.11 reeds overwogen dat Transquest geen partij was bij de overeenkomst met Stadt Wien, maar zich heeft verbonden om als onderaannemer voor Fleck de met Stadt Wien overeengekomen werkzaamheden te verrichten. De tussen Fleck en Transquest

geldende rechten en verplichtingen dienen dan ook in de eerste plaats aan de hand van de tussen hen geldende overeenkomst te worden vastgesteld. De offerte noch de fax van 2 januari 2009 bevat een verwijzing naar de aanbestedingsvoorwaarden van Stadt Wien. De als bijlage 2.2. opgenomen «*Erklärung des Subunternehmers*», hiervoor weergegeven onder 2.4., bevat wel een verwijzing naar die voorwaarden. Anders dan Fleck bepleit, kan zonder nadere toelichting, die ontbreekt, uit de verklaring niet worden afgeleid dat Transquest instemde met toepasselijkheid van alle aanbestedingsvoorwaarden op de rechtsverhouding tussen haar en Fleck. Transquest verklaart door ondertekening immers enkel dat zij ervan kennis neemt dat zij als onderaannemer moet voldoen aan de criteria van de «*erforderlichen Bieterprüfung*». Een redelijke uitleg naar de maatstaf van artikel 8 lid 2 Weens Koopverdrag brengt mee dat Transquest, die in de verklaring alleen bevestigt dat zij haar «*technische Leistungsfähigkeit*» aan Fleck ter beschikking stelt en niet de «*finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit*», zich enkel heeft verbonden als onderaannemer aan de in de overeenkomst tussen Fleck en Stadt Wien neergelegde technische vereisten te voldoen. In de verklaring kan niet worden gelezen dat Transquest zich ook heeft verbonden aan de voorwaarden die onder meer zien op de rechtsverhouding tussen Fleck en Stadt Wien. Slotsom is dan ook dat artikel 10.9 van de aanbestedingsvoorwaarden, waarin het Oostenrijkse recht als toepasselijke recht is aangewezen, niet geldt in de rechtsverhouding tussen Fleck en Transquest.

4.14.

Uit het vorenstaande volgt dat partijen geen rechtsgeldige keuze voor toepasselijk recht hebben gemaakt. In het geval zich vragen voordoen die niet uitdrukkelijk door de verdragsregels worden beslist en niet kunnen worden beantwoord aan de hand van de algemene beginselen waarop het verdrag berust, zullen deze vragen ingevolge artikel 7 lid 2 Weens Koopverdrag moeten worden beantwoord in overeenstemming met het krachtens de regels van internationaal privaatrecht toepasselijke recht. Volgens artikel 4 lid 1 van het hier toepasselijke EVO wordt de overeenkomst beheerst door het recht van het land waarmee zij het nauwst is verbonden. Niet in geschil is dat de kenmerkende prestatie, bestaande uit de levering van hard- en software en van support, door Transquest diende te worden geleverd en dat zij gevestigd is in Nederland. Dit brengt op grond van het bepaalde in art. 4 lid 2 EVO het vermoeden met zich dat de overeenkomst het nauwst verbonden is met Nederland. Dit vermoeden geldt op grond van het bepaalde in lid 5 van genoemd artikel niet indien uit het geheel van omstandigheden blijkt dat de overeenkomst nauwer is verbonden met een ander land. Volgens Fleck is dit laatste het geval. Zij betoogt dat de overeenkomst nauwer met Oostenrijk verbonden is omdat de prestatie in Wenen moest worden verricht. De rechtbank volgt Fleck hierin niet. Zowel de bewoordingen en de structuur van artikel 4 EVO als de met het verdrag beoogde eenvormigheid van rechtstoepassing brengen mee dat de in lid 5 vervatte uitzondering op de hoofdregel van lid 2 restrictief moet worden gehanteerd, in dier voege dat eerst dan van de hoofdregel behoort te worden afgeweken indien, gegeven de bijzonderheden van het geval, geoordeeld moet worden dat de plaats van vestiging van de partij die de kenmerkende prestatie moet verrichten geen reële aanknopingswaarde heeft. Het enkele feit dat de hard- en software in Wenen moest worden geïmplementeerd, maakt niet dat aan deze laatste voorwaarde is voldaan. Conclusie is dan ook dat Nederlands recht van toepassing is, voor zover vragen niet aan de hand van het Weens Koopverdrag en de daaraan ten grondslag liggende beginselen kunnen worden opgelost.

4.15.

39

Overeenkomstig het verzoek van partijen zal de rechtbank de zaak verwijzen naar de rol van 4 december 2013 voor het nemen van een nadere conclusie aan de zijde van Fleck. Transquest zal in de gelegenheid worden gesteld een antwoordconclusie te nemen. De rechtbank verzoekt partijen in hun conclusies nader in te gaan op de vraag of alle door Transquest verrichte/te verrichten prestaties onder de op 2 januari 2009 tot stand gekomen overeenkomst vallen of dat een deel daarvan aanvullende opdrachten betreft, zoals Transquest in haar conclusie van antwoord stelt, nu deze vraag onvoldoende in het debat tijdens de comparitie van partijen aan de orde is gekomen. Indien en voor zover geconcludeerd wordt dat het aanvullende opdrachten betreft, wordt partijen verzocht gemotiveerd aan te geven welk recht daarop van toepassing is.

4.16.

40

Iedere verdere beslissing zal worden aangehouden.

5 De beslissing

De rechtbank

41

5.1.

bepaalt dat de zaak weer op de rol zal komen van **4 december 2013** voor het nemen van een nadere conclusie door Fleck, waarna de wederpartij op de rol van vier weken daarna een antwoordconclusie kan nemen,

5.2.

houdt iedere verdere beslissing aan.

Dit vonnis is gewezen door mrs. D. Vergunst, K.H.A. Heenk en M. Stempher en in het openbaar uitgesproken op 6 november 2013.