

Mitsdien, toepassing makend van artikel 1068 van het Gerechtelijk Wetboek, oordeelt opnieuw, en:

Stelt vast dat de eerste rechter internationaal en nationaal bevoegd was om van de zaak kennis te nemen.

Verklaart de oorspronkelijke hoofdeis en tegeneis beiden toelaatbaar, de hoofdeis ongegrond en de tegeneis gedeeltelijk gegrond. (...)

D.d. 15 mei 2002 – Gent

Zet.: **B. Schoonjans** (kamervoorzitter), **Deene** en **Thabert** (raadsheren)

Pl.: **Mrs. De Vlieghe**, **Linsmeau** en **Van Parijs**

Noot

De positieve of negatieve betekenis van het stilzwijgen in het internationaal handelsverkeer

Door E. Bodson en Thalia Kruger

Totstandkoming van de overeenkomst

Men kan zich afvragen of de vaststelling van het bestaan van een definitieve verkoopovereenkomst tussen partijen noodzakelijk door het Hof moest gemaakt worden. Weliswaar is de uitkomst met name dat de koper zijn voorschot terugkrijgt als billijk te duiden maar om dat resultaat te bereiken wordt een grote omweg gemaakt. Ware het ook niet billijk geweest de verkoper te vergoeden voor de kosten gemaakt voor de ontwikkeling van de prototypes?

Uit de feiten blijkt dat partijen op 29 juli 1997 een "Letter of Intent" ondertekend hadden "subject to contract". Partijen hadden hierin met name duidelijk aangegeven dat zij nog verder moesten onderhandelen over een definitieve verkoopovereenkomst die tegen een bepaalde datum afgesloten diende te worden. Hoewel de definitieve overeenkomst niet werd afgesloten op het voorziene tijdstip bleven partijen verder onderhandelen over de presentatie van het product (kleur en andere kenmerken) en over de leveringstermijnen. Herhaaldelijk drong de koper bij de verkoper aan op de levering van de afgesproken prototypes in de juiste kleur en op een duidelijk productie- en leveringsschema voor de voorgenomen levering van 30.000 semafoons.

Uit de inhoud van de "Letter of Intent" leidt het Hof af dat partijen reeds zeer ver gevorderd waren in hun onderhandelingen en ondanks hun uitdrukkelijk voorbehoud reeds verbonden waren door een beginselakkoord omtrent een aantal wezenlijke elementen van de geplande verkoop. Het Hof constateert dat het voorbehoud met betrekking tot een toekomstig te ondertekenen definitieve overeenkomst werd tegengesproken door het feit dat partijen in onderling akkoord reeds overgegaan waren tot een begin van uitvoering (start productie en betaling voorschot). Er wordt in het

arrest echter niet duidelijk aangegeven onder welke modaliteiten de productie een aanvang kon nemen en op welke schaal. Men mag echter aannemen op grond van het verdere feitenrelaas dat het hier enkel om de productie van een aantal prototypes ging en niet over de 30.000 semafoons.

Partijen bleven ondertussen verder onderhandelen over de diverse aspecten in verband met de te leveren producten. Volgens het Hof betrof het hier enkel uitvoeringsmodaliteiten en de afwezigheid van een akkoord hierover zou niet beletten dat de partijen reeds "de grens van de contractuele binding overschreden hadden" (par. 6.3).

Het Hof situeerde het moment van de totstandkoming van de verkoop tussen partijen op een bespreking van 24 november 1997 voornamelijk op basis van de bewoordingen van het verslag van die bespreking waarin sprake is van wijzigingen aan de "contractuele bepalingen" met name een overeengekomen prijsverlaging.

De door het Hof gevolgde redenering is echter voor de rechtspraak tamelijk onbevredigend (koper en verkoper vallen om beurten in de contractuele "val") en betwistbaar in het licht van zowel de bepalingen van het Weens Koopverdrag als van het Burgerlijk Wetboek. Partijen kunnen immers naast de objectief essentiële elementen van een overeenkomst bepaalde subjectieve elementen eveneens als wezenlijk beschouwen en een algeheel akkoord afhankelijk maken van een akkoord over deze punten. Zij kunnen ook overeenkomen dat hun definitief akkoord enkel kan totstandkomen in een bepaalde vorm. In de rechtspraak en de rechtsleer wordt in dit verband couraer gesproken van subjectief essentiële of *substantiële* elementen zoals betalingsmodaliteiten, leveringstermijn, kleur in geval van koopverkoop.¹ Uit de houding van de koper en met name diens herhaald mondeling en schriftelijk aandringen bij de verkoper op een duidelijk en vastliggend productie- en leveringschema, op het versturen van de overeengekomen prototypes in de juiste kleur en het juiste aantal en op het bekomen van de benodigde informatie voor het opstellen van een handleiding moet men m.i. afleiden dat vernoemde aspecten alvast in hoofde van de koper een substantieel element van de verkoop vormden. Verkoper bleek de aanvankelijk door hem vooropgestelde termijnen niet te kunnen halen en heeft zich later ook niet verzet tegen een herziening van de reeds aangepaste termijnen op vraag van de koper. Ook op het vlak van de kleur en de prototypes was het duidelijk dat de voorstellen van de verkoper niet voldeden. Met andere woorden de verkoper was ongetwijfeld op de hoogte van het belang van een bepaalde leveringstermijn en de andere vermelde elementen voor de koper. Uit het arrest blijkt verder dat verkoper weliswaar diverse nieuwe voorstellen in verband met de leveringstermijn heeft geformuleerd en prototypes heeft opgestuurd maar het valt niet eenduidig op te

1. Zie o.m. J.H. Herbots, S. Stijns, E. Degroote, W. Lauwers en I. Samoy, "Overzicht van rechtspraak Bijzondere Overeenkomsten 1995-1998", *T.P.R.* 2002, 106.

maken uit de beschikbare feitengegevens of er uiteindelijk al dan niet een definitief akkoord tussen partijen tot stand is gekomen over deze substantiële elementen van de overeenkomst voordat de levering werd afgeblazen.

Het Hof is er echter van uitgegaan dat er over de leverings-termijnen wel degelijk een akkoord bestond en dat de andere overblijvende elementen waarover partijen nog geen akkoord hadden slechts uitvoeringsmodaliteiten vormden en heeft niet nader onderzocht of *in casu* deze elementen al dan niet een substantieel element van de overeenkomst vormden.

Het substantieel karakter van de overblijvende elementen had het Hof nochtans kunnen afleiden uit gedragingen en verklaringen van partijen conform artikel 8 van het Weens Koopverdrag. Hetzelfde geldt met betrekking tot de bepaling van de "Letter of Intent" dat partijen slechts gebonden waren na de ondertekening van een definitief akkoord. In deze optiek is er slechts sprake van een wilsovereenstemming als er ook een akkoord is over alle substantiële elementen van de overeenkomst en in een door partijen gekozen vorm. Deze redenering is trouwens conform artikel 2.13 van de Unidroit-principes: "*Staat een van de partijen er tijdens de onderhandelingen op dat de overeenkomst niet is gesloten voordat er overeenstemming is over bepaalde zaken of in een bepaalde vorm, dan is geen overeenkomst gesloten voordat er overeenstemming is over deze zaken of in deze vorm*".² Een sterk vergelijkbare regeling wordt weerhouden in de Beginselen van Europees Overeenkomstenrecht, artikel 2:103.³ De officiële commentaar bij de Unidroit-principes voegt hier aan toe dat de partij die in dit kader een voorbehoud wenst te maken dit moet doen op een ondubbelzinnige manier en dat een terloopse opmerking hiertoe niet volstaat. Een uitdrukkelijke clause in een "Letter of Intent" waarvan de bepalingen volgens het Hof de waarde hebben van een beginselakkoord en het herhaald aandringen van de koper in verband met elementen waarover nog geen akkoord bestond, voldoen m.i. aan de vereiste van *ondubbelzinnigheid*.

Het feit dat de verkoper reeds was overgegaan tot de aanmaak van prototypes en vervolgens op eigen initiatief en risico zelfs de 30.000 semafoons al zou geproduceerd hebben, kan op zich aan deze vaststelling geen afbreuk doen.

Dat er ook geen spoor is van een bestelbon – nochtans een gebruikelijke praktijk in het zakenleven – wijst verder in de richting van de afwezigheid van een volledige wilsovereenstemming.

Tenslotte beslissen partijen, na diverse malen de leverings-termijnen te hebben aangepast, op 13 januari 1998 defini-

tief de levering af te blazen omdat de "window of opportunity" in de markt ondertussen door het veelvuldige uitstel blijkbaar verstreken was en een minnelijke regeling te zoeken voor de gevolgen hiervan. Oplossing die verkoper later negeerde om vooralsnog aan te dringen op de levering en betaling van de 30.000 semafoons.

Het Hof stelde vast dat partijen hun oorspronkelijke overeenkomst op de bewuste datum van 13 januari 1998 hadden beëindigd en dat ze nog slechts overeenstemming dienden te vinden over de manier waarop de zaak minnelijk kon worden afgerond.

De omweg van een minnelijke beëindiging van de overeenkomst ware niet nodig geweest indien het Hof in eerste instantie had besloten tot de afwezigheid van een substantieel element in de wilsovereenstemming. In die hypothese had het leerstuk van de "*culpa in contrahendo*" toegepast kunnen worden op het gedrag van de verkoper dat het Hof omschrijft als "zeer merkwaardig en wispelturig" en van aard om het "gerechtvaardigd vertrouwen van geïntimeerde (koper) te verschalken" om de verkoper te veroordelen tot een terugbetaling van het ontvangen voorschot.

Het afbreken door de verkoper van de verdere besprekingen tussen partijen over een minnelijke oplossing kan in dit licht als een fout bekeken worden naast het feit dat verkoper niet reageerde op de voorstellen van de koper.

Stilzwijgende aanvaarding

Het hof volgt echter een andere redenering en stelt categoriek dat het stilzwijgen van de verkoper naar aanleiding van het verslag van de vergadering van 13 januari 1998 met daarin drie alternatieve schikkingsvoorstellen hem toegestuurd door de koper aanvaarding impliceert. Het hof stelt dit als volgt (par. 6.6):

"Teneinde een vlot (internationaal) handelsverkeer mogelijk te maken, rust ongetwijfeld op een handelaar de verplichting om onmiddellijk, zoniet binnen een redelijke termijn te protesteren wanneer hij een schrijven/bericht ontvangt waarmede hij het niet eens kan zijn. Deze verplichting is gewoon het gevolg van de positieve betekenis die in het handelsverkeer aan het stilzwijgen wordt gehecht bij ontvangst van allerlei documenten, briefwisseling en dergelijke".

Toch wel een merkwaardige overweging in het licht van artikel 18(1) van het Weens Koopverdrag dat uitdrukkelijk stelt dat een louter stilzwijgen op zichzelf geen aanvaarding uitmaakt. Dit principe kan men ook terugvinden in gelijkwaardige bewoordingen in recente private codificeringen met name de Unidroit-principes (artikel 2.6) en de Beginselen van Europees Overeenkomstenrecht (artikel 2:204 (2)).

Enkel in het licht van bijkomende omstandigheden op basis van artikel 8(3) of van een bestaande praktijk tussen partijen of van een internationaal erkend gebruik op basis van

2. Vertaling gepubliceerd op het internet door M.E. Storme: <http://www.ufsia.ac.be/~estorme/PECL2nl.html>.

3. M.E. Storme, "Beginselen van Europees Overeenkomstenrecht Nederlandse Tekst", *T.P.R.* 2001, 1311-1352.

artikel 9(1) of (2) van het Weens Koopverdrag had het hof kunnen besluiten tot een stilzwijgende aanvaarding. Ondanks het feit dat de verkoper het verslag van de vergadering niet uitdrukkelijk heeft aanvaard, besluit het hof dat partijen overeengekomen zijn om de bestelling van de 30.000 semafoons niet te laten doorgaan. De enige motivering hiervoor is de verplichting om te protesteren binnen een redelijke termijn (zoniet onmiddellijk) tegen een bericht waarmee men het niet eens kan zijn en dit in het kader van de noden van een vlot internationaal handelsverkeer. Men kan zich niet ontdoen van het gevoel dat het hof deze verplichting verheft tot de rang van een internationaal handelsgebruik.

Bevestigingsschrijven

De verplichting tot (onmiddellijk) reageren op een voorstel of een aanbod is echter niet de algemene regel in het handelsverkeer. Diverse rechtssystemen kennen weliswaar de handelsrechtelijke gewoonte dat handelaars die niet reageren op een zogenaamd bevestigingsschrijven onder bepaalde voorwaarden geacht worden dit stilzwijgend te aanvaarden (b.v. Duitsland, Oostenrijk, Zwitserland). Maar een dergelijke gewoonte kan de regel van artikel 18(1) Weens Koopverdrag slechts buiten werking stellen als voldaan is aan de voorwaarden van artikel 9(2):

- bekend zijn in de internationale handel;
- regelmatig toegepast worden in de betreffende sector;
- door partijen gekend zijn of bekend dienen te zijn.

Nergens toont het hof aan dat voldaan is aan deze voorwaarden. Uit de literatuur blijkt trouwens dat het hier niet om een algemeen geldend handelsgebruik gaat en dat bovendien verschillende voorwaarden en rechtsgevolgen verbonden zijn aan dit gebruik.⁴ Met name wordt een onderscheid gemaakt tussen de declaratieve en constitutieve werking van een bevestigingsbrief. In het eerste geval gaat het in wezen om een bewijskwesitie: het schrijven herneemt enkel de termen van een mondeling akkoord tussen partijen. In het tweede geval is het schrijven van aard een bijna-akkoord af te ronden of te wijzigen.

Het hof had met name de declaratieve betekenis van het bevestigingsschrijven van de koper en het stilzwijgen van de verkoper in aanmerking kunnen nemen als bewijs om te besluiten tot het bestaan van een mondeling principiële akkoord (om de levering af te blazen) op basis waarvan partijen verplicht zouden zijn verdere onderhandelingen te voeren over een definitieve regeling van hun betwisting. Het afbreken van deze onderhandelingen zou dan in hoofde van de koper als een contractuele wanprestatie of een *culpa*

in contrahendo beschouwd kunnen worden (afhankelijk van de draagwijdte van het principiële akkoord).

De declaratieve werking van een bevestigingsschrijven had het hof kunnen beoordelen volgens de *lex fori* aangezien het Weens Koopverdrag deze kwestie van procesrecht niet behandelt.⁵

Wanneer het hof tot de vaststelling was gekomen dat de voorstellen van de koper de neerslag vormden van een mondeling principiële akkoord tussen partijen (waarvan die voorstellen het begin van bewijs vormden) had verkoper dan desgevallend het tegenbewijs kunnen leveren.

Het hof gaat echter uit van het bestaan van een bindende wilsovereenstemming zonder te onderzoeken of aanbod en aanvaarding op elkaar aansloten en leidt in feite de stilzwijgende aanvaarding af op grond van een *culpa in contrahendo*: het gebrek aan reactie van de verkoper of "zwijgen is toestemmen".

Aanbod-aanvaarding

Tenslotte verdient nog een ander passus van het arrest de aandacht (par. 6.1):

"Het tot stand komen van een koopovereenkomst wordt in deel II van het CISG vereenvoudigd en tamelijk abstract benaderd, met name als de opeenvolging van duidelijk af te lijnen aanbod en aanvaarding. Nochtans betekent dit niet dat partijen de koopovereenkomst niet op een andere wijze tot stand kunnen laten komen". Volgens het Hof kunnen partijen ook geleidelijk overeenstemming bereiken als gevolg van een onderhandelingsproces waarin aanbod en aanvaarding niet duidelijk te onderscheiden zijn.

Op vele plaatsen werd reeds gewezen op de minimalistische regeling inzake totstandkoming van de koopovereenkomst onder het Weens Koopverdrag.⁶ Dit gegeven zou er echter niet toe mogen leiden dat gemakkelijks halve maar teruggesprepen wordt naar het nationale recht indien de oplossing van het Weens Koopverdrag niet vanzelfsprekend kan worden toegepast in een gegeven situatie. Men kan zich naar aanleiding van het besproken arrest niet van de indruk ontdoen dat het Hof noch partijen de moeite genomen hebben de aanbod-aanvaardinganalyse toe te passen en zo deel II van het Weens Koopverdrag geheel negeerden.

Het Weens Koopverdrag sluit niet uit dat verkoopovereenkomsten op diverse manieren tot stand kunnen komen maar biedt door het gebruikte begrippenschema en de specifieke regelgeving een nuttig analyserooster voor een zeer groot aantal gevallen. Men mag dus niet zonder meer besluiten

4. M. Esser, "Commercial Letters of Confirmation in International Trade: Austrian, French, German and Swiss Law and Uniform Law under the 1980 Sales Conventions", *Georgia Journal of International and Comparative Law* 1988, 427-460; zie ook <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg.biblio/esser.html>.

5. H. Van Houtte, in H. Van Houtte, J. Erauw en P. Wautelot, *Het Weens Koopverdrag*, Antwerpen, Intersentia, 1997, 83.

6. Zie o.m. V. Heuze, "La formation au contrat selon la CVIM: quelques difficultés", *Revue de Droit des Affaires Internationales* 2001, n° 3/4, 277-279.

uit de complexiteit van het contractuele totstandkomingsproces dat partijen op grond van artikel 6 van het Weens Koopverdrag een wijze van totstandkoming hebben gekozen die de toepassing van deel II van het Weens Koopverdrag uitsluit.⁷

De contractuele val

Een haalbare werkwijze zou er kunnen in bestaan het betreffende analyseschema van aanbod en aanvaarding uitsluitend toe te passen met betrekking tot de elementen die voorwerp van het geschil uitmaken én die wezenlijk of substantieel zijn voor het bereiken van de wilsovereenstemming. Door deze elementen te lichten uit het geheel van het onderhandelingsproces wordt het een stuk gemakkelijker om aanbod en aanvaarding te onderscheiden en na te gaan of er al dan niet overeenstemming tussen partijen bestond. Het voordeel van de toepassing van een dergelijke (beperkte) analyse is dat partijen aangemoedigd worden in hun onderhandelingen een zekere discipline te hanteren en minder gemakkelijk de tegenpartij in de contractuele "val" kunnen lokken door onzorgvuldig geformuleerde voorstellen of presumptieve gedragingen.

Anders dan het Weens Koopverdrag stellen de Unidroit-principes met in artikel 2.1 uitdrukkelijk dat het schema aanbod-aanvaarding niet onmisbaar is voor het tot stand komen van contractuele verbintenissen: "*Een overeenkomst kan worden gesloten door de aanvaarding van een aanbod of door gedragingen van partijen waaruit op voldoende wijze overeenstemming blijkt.*" (vert. Matthias E. Storme).

De commentaar op de Unidroit-principes waarschuwt echter dat de concepten aanbod en aanvaarding essentiële analysetools blijven.

M. Fontaine wijst erop dat het opzij schuiven van de traditionele (aanbod-aanvaarding)analyse het haast onmogelijk maakt om in complexe onderhandelingsituaties met zekerheid het moment van contractsluiting te bepalen (tenzij dit een element is van de uitdrukkelijke overeenstemming tussen partijen).⁸

Wie niet onverhoeds in de contractuele "val" wil lopen doet er daarom goed aan om tijdens onderhandelingen duidelijk te verklaren wanneer het aanvaarden van een voorstel door de tegenpartij tot een akkoord leidt en over welke wezenlijke punten nog een akkoord moet bereikt worden om te kunnen spreken van een definitieve volledige overeenkomst. In dit kader pleit I. Moreau-Margrève voor taalpurisme en het gebruik van een specifieke term om aan te duiden wanneer een eenzijdig voorstel van een partij bedoeld

is om bij aanvaarding door de andere partij tot een akkoord te leiden.⁹

De door de auteur voorgestelde term ("pollicitatie") lijkt mij toch wat zwaar op de hand. Een consequent onderscheid maken tussen de termen "voorstel" en "aanbod" is in de praktijk wellicht beter haalbaar.

Het bindend karakter van een overeenkomst hangt weliswaar niet af van de vraag of men het ogenblik van haar totstandkoming kan bepalen. Maar deze vraag blijft wel relevant bijvoorbeeld met het oog op het bepalen van de toepasselijke rechtsregels of de bevoegde rechter.¹⁰

Relevantie van een contractdatum

In zijn conclusie onderzoekt de Advocaat-generaal in het kader van artikel 5 EEX of er in de voorliggende zaak die verband hield met het afbreken van onderhandelingen en kwesties van precontractuele aansprakelijkheid sprake was van een schending van een contractuele verbintenis (art. 5.1) of van een onrechtmatige daad (art. 5.3). Dit onderscheid is met name van belang voor de rechterlijke bevoegdheid.

Het criterium is hier volgens de Advocaat-generaal (hierin gevolgd door het Hof van Justitie) de vraag of partijen al dan niet in de loop van hun onderhandelingen vrijwillig een verbintenis hadden aangegaan. Hierbij speelt volgens de Advocaat-generaal het beginsel van de rechtszekerheid een rol en met name de vraag of een gemiddeld oordeelkundig justitiabel kan voorzien dat hij een verbintenis heeft aangegaan (par. 73). De Advocaat-generaal geeft toe dat bepalen of partijen zich al dan niet verplicht hebben jegens elkaar niet altijd een eenvoudige zaak is en suggereert enkele onderscheidingen en beoordelingsrichtlijnen die ook voor de rechtspraktijk verhelderend kunnen zijn (par. 77-84).

Een eerste onderscheid betreft verplichtingen vs. (al dan niet) gerechtvaardigde verwachtingen. Het schenden van een gerechtvaardigde verwachting op het slagen van de onderhandelingen of de exclusiviteit ervan is een kwestie van onrechtmatige daad. Daartegen is het niet-naleven van afspraken uit een voorovereenkomst op basis waarvan een partij een aanvang neemt met de uitvoering (b.v. door het vervaardigen van een prototype of een matrijs of door het bestellen van materialen) een contractuele wanprestatie.

7. Zie B. Tilleman, "Bijzondere Overeenkomsten, A. Verkoop. Deel 1. De totstandkoming en de kwalificatie van de koop", in *Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Antwerpen, E. Story-Scientia, 2001, 27.

8. M. Fontaine, "Offre et acceptation, approche dépassée du processus de formation des contrats", in *Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe*, Brussel, Bruylant, 2000, 128.

9. I. Moreau-Margrève, "Quelques illustrations du décalage entre le langage des praticiens du droit et celui des juristes universitaires", in *Liber Amicorum Commission Droit et Vie des Affaires, 40^{ème} Anniversaire (1957-1997)*, Brussel, Bruylant, 1998, 12-13.

10. Dit wordt geïllustreerd in de conclusie van Advocaat-generaal L.A. Geelhoed van 31 januari 2002 in de zaak C-334/00, Tacconi/WH5 van het Hof van Justitie: arrest van 17 september 2002.

Fasen in het onderhandelingsproces

Vervolgens geeft de Advocaat-generaal drie verschillende fasen aan in een onderhandelingsproces. Tijdens de eerste vrijblijvende fase primeert de vrijheid van contracten zodat partijen zonder risico op aansprakelijkheid onderhandelingen kunnen afbreken. In een tweede fase van de besprekingen komen partijen terecht wanneer zij bij hun wederpartij een gerechtvaardigd vertrouwen hebben opgewekt dat tot schade kan leiden (b.v. door te laten geloven dat er een ernstige kans is op contracteren). Het onverwacht afbreken van onderhandelingen vormt dan een onrechtmatige daad.

In de derde fase is er weliswaar nog geen definitief ondertekend akkoord maar kwamen reeds bepaalde deelafspraken tot stand in het kader van een bijna-akkoord (b.v. een beginselakkoord). De schending van die afspraken vormen reeds een contractuele wanprestatie op zich.

Indien die deelafspraken alle essentiële en substantiële elementen van een overeenkomst bevatten is er al sprake van een definitieve overeenkomst zelfs als er nog over modaliteiten onderhandeld dient te worden. In dat geval kan de rechter partijen bevelen voort te onderhandelen of een ontbrekende overeenstemming in verband met deze modaliteiten zelf aanvullen.

Binnen dit analyserooster kan er vervolgens nuttig toepassing gemaakt worden van het schema aanbod-aanvaarding. Zolang er geen sprake is van enig aanbod of aanvaarding bevinden partijen zich in de fase van de precontractuele en vrijblijvende voorstellen. In de tweede fase engageren partijen zich reeds een stap verder tegenover elkaar. Het zijn geen louter vrijblijvende voorstellen meer die partijen uitwisselen maar er is ook nog geen overeenstemming over alle essentiële en substantiële punten van de overeenkomst. De aanbod-aanvaardinganalyse speelt dan een nuttige rol bij het bepalen van het al dan niet bestaan van een overeenstemming over de afzonderlijke elementen van een overeenkomst en dus bij de vraag wanneer men van de tweede fase naar de derde fase overgaat. Partijen doen er daarom goed aan duidelijk te laten verstaan of een definitief akkoord al dan niet afhankelijk is van een overeenstemming over bepaalde punten. Het nut van een goede en volledige checklist kan in dit verband niet voldoende onderstreept worden. Een scherpe waarnemer zal in deze fase van de onderhandelingen trouwens vaststellen dat partijen bewust hun voorstellen zorgvuldiger gaan formuleren en vaak in termen die verwijzen naar de begrippen "aanbod" en "tegenaanbod" als de besprekingen zich toespitsen op essentiële of substantiële elementen van de overeenkomst (b.v. "dit is ons laatste bod, het is te nemen of te laten").

In de derde fase, als het nog enkel over uitvoeringsmodaliteiten gaat waarbij doorgaans over en weer globale voorstellen gedaan worden tot er over alles overeenstemming bestaat kan de aanbod-aanvaardinganalyse meer globaal toegepast worden op het geheel van de overblijvende dis-

cussiepunten. Het zijn echter geen breekpunten meer die een definitieve overeenkomst in de weg mogen staan.

Koopovereenkomst?

Naast de vraag of er al dan niet sprake was van een definitieve overeenkomst tussen partijen kan men *in casu* zich ook afvragen of de beoogde overeenkomst wel degelijk een koopovereenkomst was onder het Weens Koopverdrag.

In tegenstelling tot het Belgisch recht (art. 1852 en 1853 B.W.) biedt het Weens Koopverdrag geen uitdrukkelijke bepaling van het begrip koop. De Belgische rechter die het Weens Koopverdrag moet toepassen zou geneigd kunnen zijn criteria van nationaal recht toe te passen om de koop te onderscheiden van andere overeenkomsten zoals het contract voor aanneming van werken of het leveren van diensten. Hij is echter verplicht om een autonome interpretatie te geven aan dit begrip en zal daarvoor bij voorkeur verwijzen naar (buitenlandse) rechtspraak in verband met het Weens Koopverdrag.

Hij zal daarbij uitgaan van de richtlijnen vervat in artikel 3 van het Weens Koopverdrag:

- "1) *Met koopovereenkomsten staan gelijk overeenkomsten tot levering van te vervaardigen of voort te brengen roerende zaken, tenzij de partij die de zaken bestelt een wezenlijk deel van de voor de vervaardiging of voortbrenging benodigde grondstoffen moet verschaffen.*
- 2) *Dit Verdrag is niet van toepassing op overeenkomsten waarin het belangrijkste deel van de verplichtingen van de partij die de roerende zaken levert, bestaat in de verstrekking van arbeidskracht of de levering van andere diensten.*"

De toepassing van artikel 3 sluit echter in de praktijk het bestaan van een grijze zone bij de afbakening van de koop ten opzichte van levering van werk of van diensten niet uit.¹¹ In deze noot zullen wij ons beperken tot een bespreking van artikel 3(1).

Nog te vervaardigen goederen

Uit de internationale rechtspraak opgenomen in de databank van Pace University (www.cisg.law.pace.edu) blijkt dat artikel 3(1) vooral ingeroepen wordt bij verkoop van nog te vervaardigen goederen.¹² De uitkomst is meestal dat

11. Zie J.O. Honnold, *Uniform Law for International Sales (3rd ed.)*, Den Haag, Kluwer Law International, 1999, 56-62.
12. Zie b.v. Duitse Bundesgerichtshof 4 december 1996, Pace databank: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/961204g1.html>, waar het ging over een printer en software; Oberlandesgericht Saarbrücken 13 januari 1993, Pace databank: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/930113g1.html>, waar het ging over deuren; Oberlandesgericht Saarbrücken 24 februari 2001, Pace databank: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/010214g1.html>, waar deuren en ramen verkocht werden; Kanton St. Gallen, Gerichtskommission Oberrheintal 30 juni 1995, Pace databank: <http://cisgw3.law.pace.edu/case/950630s1.html>, waar schuifhekkens verkocht werden; Handelsgericht Zürich 9 september 1993, Pace databank: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/930909s1.html>, waar de goederen nog te vervaardigen meubels waren.

de verkoop van de te vervaardigen goederen onder het Weens Koopverdrag valt. De verkoop van te vervaardigen goederen komt veel voor in de modesector waar de koper de nodige stoffen en ontwerpen aan de verkoper verschafft voor de vervaardiging van de kledingstukken of schoenen.¹³

Het is dus duidelijk dat er geopteerd wordt voor een ruim toepassingsgebied van het Weens Koopverdrag. Verschillende onderscheidingscriteria worden gebruikt bij het onderzoek naar de al dan niet toepasbaarheid van het Weens Koopverdrag op grond van artikel 3(1).

Waardebepaling

De rechtbanken beoordelen de toepassing van artikel 3 op verschillende wijzen. In sommige gevallen maakt de rechter een mathematische of economische afweging: is de waarde van de goederen geleverd door de verkoper of door de koper groter? Deze test kan gebruikt worden bij artikel 3(1) voor het bepalen van het “wezenlijke deel”.

In het vonnis van het Handelsgericht Zürich van 8 april 1999¹⁴ ging het geschil over een verkoop van wieken van een windmolen. De “koper” argumenteerde dat het geen koopovereenkomst was, maar eerder een dienstencontract omdat de waarde van de ingenieurswerken groter was dan dat van de grondstoffen. De rechtbank vond dit echter niet doorslaggevend, maar oordeelde dat alleen wanneer de koper materialen voor de vervaardiging levert die meer kosten dan de materialen die de verkoper levert, de toepassing van het Weens Koopverdrag uitgesloten is.

In de Boedapest Arbitrale uitspraak Vb 94131 van 5 december 1995¹⁵ heeft de koper metaal en andere benodigdheden geleverd voor de vervaardiging door de verkoper van metalen dozen. Om te bepalen of de overeenkomst een koopovereenkomst is die onder het Weens Koopverdrag valt, neemt het tribunaal de waarde van de geleverde goederen in acht. Het stelt dat die waarde op zich niet doorslaggevend is, maar wel een overweging op die basis waarvan het Weens Koopverdrag *in casu* van toepassing kon worden verklaard.

Aard van de verplichting van de verkoper

Soms wordt gekeken naar de aard van de verplichtingen van de verkoper waarbij verschillende factoren in acht kunnen worden genomen. Deze test heeft echter meer gebruikswaarde voor artikel 3(2).

In het arrest van het Oberster Gerichtshof, Oostenrijk, 27 oktober 1994 (nummer 8 Ob 509/93)¹⁶, werd een contract gesloten tussen een Oostenrijkse en een Joegoslavische vennootschap en een Joegoslavisch staatsorgaan, ten gevolge waarvan de Oostenrijkse vennootschap grondstoffen aan de Joegoslavische vennootschap zou voorzien voor de vervaardiging van bezems en borstels. De afgewerkte producten moesten dan door het Joegoslavische staatsorgaan terug aan de Oostenrijkse vennootschap geleverd worden. Het Oberster Gerichtshof van Oostenrijk vond in eerste instantie dat het Weens Koopverdrag niet van toepassing was omdat de “koper”, de Oostenrijkse vennootschap, een wezenlijk deel van de goederen zou verschaffen. Het Hof vond echter ook steun voor haar argument in artikel 3(2): het belangrijkste deel van de verplichtingen van de Joegoslavische vennootschap bestond in de verstrekking van arbeidskracht of andere diensten.

In de meerderheid van gepubliceerde vonnissen en arresten zal de rechter bij twijfel argumenten vinden om het Weens Koopverdrag toch toe te passen. Een uitspraak die niet in die lijn ligt, is die van het Cour d'appel te Chambéry van 25 mei 1993.¹⁷ Hier moesten de goederen aan strikte specificaties van de koper voldoen en de koper leverde ook een deel van de materialen. Het Hof vond dat *in casu* artikel 3 de toepassing van het Weens Koopverdrag uitsluit. Wij moeten ook wel in acht nemen dat een aantal vonnissen en arresten waarin artikel 3 leidde tot de niet-toepassing van het Weens Koopverdrag wellicht niet in databanken over het Weens Koopverdrag worden opgenomen en het dus moeilijk is een oordeel te vellen over de werkelijke toepassing van dit artikel.

In het geannoteerde geval is het mogelijk te argumenteren dat het niet ging om een koopovereenkomst. De koper leverde essentiële elektronische apparatuur. De verkoper moest die integreren in een plastic omhulsel dat hij diende te ontwerpen en te produceren op instructie van de koper. Op basis van de feitengegevens is het niet eenvoudig te bepalen welke transactie nu doorslaggevend was. Blijkbaar hebben de partijen noch het Hof dit kwalificatieprobleem opgeworpen; het Hof heeft wel naar artikel 3(1) verwezen, maar ging niet verder in op het probleem.

Een mathematische beoordeling met name op grond van de respectieve toegevoegde waarde van de materialen en het omhulsel is moeilijk aangezien de gegevens van het verschil in prijs tussen de goederen en de diensten, niet bekend zijn. De mathematische test op basis van artikel 3(1) zou erin bestaan dat een vergelijking gemaakt wordt tussen de goederen die de verkoper en de koper verschaffen om te bepalen of de koper een “wezenlijk deel” verschafft. Hier lijkt het alsof artikel 3(1) wel kan worden toegepast om het Weens Koopverdrag uit te sluiten. Er zijn geen cijfers, maar

13. Zie b.v. Amtsgericht Oldenburg in Holstein 24 april 1990; Pace databank: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/900424g1.html>; Oberlandesgericht Frankfurt 17 september 1991; <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/910917g1.html>.

14. Zie Pace databank: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/990408s1.html>.

15. Zie Pace databank: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/951205h1.html>.

16. Zie Pace databank: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/941027a3.html>.

17. Zie Pace databank: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/930525f1.html>.

het lijkt me veilig aan te nemen dat het elektronische deel van een semafoon meer waard is dan het omhulsel. Op basis van deze conclusie zou de Belgische rechter Frans nationaal recht moeten toepassen en niet het Weens Koopverdrag.

Toepasselijk recht

Het hof past het Weens Koopverdrag toe op basis van de uitdrukkelijke rechtskeuze van partijen in hun "Letter of Intent" voor het Franse recht. De Rechtbank van Koophandel te Ieper had zich in het vonnis *a quo* uitgesproken voor de toepassing van het Frans recht maar met uitsluiting van het Weens Koopverdrag. Het hof volgt in deze de meerderheidsrechtspraak dat de aanwijzing van het nationale recht van een verdragsluitende staat als toepasselijk recht de toepassing inhoudt van het Weens Koopverdrag. Volgens het meerderheidsstandpunt is de aanwijzing van het recht van een land dat partij is bij het Weens Koopverdrag, een aanwijzing die de toepassing impliceert van het Weens Koopverdrag. Dit argument is gesteund op artikel 1(1)(b).¹⁸ Volgens dit artikel is het Weens Koopverdrag van toepassing indien volgens de regels van het internationaal privaatrecht het recht van een verdragsluitende staat wordt aangegeven. Indien de partijen het recht van een verdragsluitende staat aanduiden, is dat recht van toepassing volgens de IPR-regels. Daarom is, in principe, het Weens Koopverdrag van toepassing. Het argument stelt ook dat de partijen het recht in zijn volledigheid aanwijzen, *i.e.* met inbegrip van de regels vervat in het Weens Koopverdrag die van toepassing zijn voor internationale koop van roerende lichamelijke zaken.

Bevoegdheid

Het Hof verklaart zich in tegenstelling tot de bodemrechter internationaal bevoegd op grond van artikel 5(1) EEX dat de verkoper toelaat de koper te dagvaarden voor het gerecht van de plaats waar de betalingsverbintenis volgens het toepasselijk recht moet worden uitgevoerd. Op grond van het Weens Koopverdrag zijn schulden immers draagbaar. De verkoper kan de koper dus dagvaarden op de plaats van de betaling d.i. de woonplaats van de verkoper. Echter op grond van het Franse (zoals het Belgische) recht zijn schulden haalbaar.¹⁹ De plaats van betaling is dus de woonplaats van de koper, namelijk Guyancourt, Frankrijk. De Belgische rechter had zich m.a.w. onbevoegd moeten verklaren gezien het Weens Koopverdrag op grond van artikel 3(1) niet kon worden toegepast.

De EEX-Vo heeft artikel 5(1) gewijzigd door de toevoeging van vermoedens voor koop- en dienstcontracten (de meest voorkomende overeenkomsten): voor koop is het vermoede-

den dat de plaats van uitvoering van de verbintenis de plaats van de levering is. Het maakt dus niet meer uit wat het toepasselijk recht is. Het is echter nog steeds nodig de vraag te stellen of het om een koopovereenkomst of een dienstovereenkomst gaat. Volgens welk recht moet dat bepaald worden: volgens het nationaal recht? Dan komt men toch terug voor een probleem te staan omdat Belgisch recht niet dezelfde scheidingslijn tussen koopovereenkomsten en dienstovereenkomsten hanteert als alle ander Europese landen, of als het Weens Koopverdrag.

18. Zie b.v. ICC Arbitrale uitspraak nr. 7660 van 1994; Pace databank: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/947660i1.html>.

19. Zie P.-H. Antonmattei & J. Raynard, *Droit civil contrats spéciaux* (2^{ème} éd.), Parijs, Litec, 2000, 194.