

C.V. ANTWERPS BEROEPSKREDIET

ABK = PROFESSIONELE ONDERSTEUNING !

ABK is sedert meer dan 65 jaar gespecialiseerd in de kredietverlening voor zowel uw professionele als privé-investeringen.

Veel starters en snelgroeiers konden via het **ABK** en specifieke overheidsinitiatieven, zoals het WAARBORGFONDS en RENTETOELAGEN, hun bedrijf uitbouwen tot gezonde, winstgevendende entiteiten.

ABK = CORRECTE BANKSERVICE !

ABK zorgt optimaal voor uw betalingsverkeer en biedt U een vrij geavanceerd telbankingsysteem aan.

ABK past geen tarificatie toe, geen frank beheerskosten op de depositorekeningen, bovendien worden alle betaalkaarten KOSTELOOS ter beschikking gesteld.

ABK = RENDEREND EN VEILIG BELEGGEN !

Onze depositoboekjes geven de hoogste intrestvergoeding. Onze depositocertificaten garanderen U op langere termijn vaak hogere opbrengsten dan de klassieke kasbons en zijn bovendien veel veiliger.



**UW PARTNER IN DE UITBOUW VAN
UW TOEKOMST ALS ZELFSTANDIGE !**

C.V. ANTWERPS BEROEPSKREDIET

Frankrijklei 136

2000 ANTWERPEN

tel. : 03/233.89.35

fax : 03/233.58.20

Agentschappen over gans de provincie (zie Gouden Gids onder nr. 6085).

Patrick Wautelet *

Juridische aspecten van internationale koopovereenkomsten

Trefwoorden: internationale koop; juridische aspecten; internationale bevoegdheid; toepasselijk recht; wilsautonomie; Weens Koopverdrag; praktisch belang; opstellen van contracten

Kooptransacties kunnen hetzij door nationaal, hetzij door transnationaal recht beheerst worden. Het belangrijkste voorbeeld van transnationale regeling vindt men in het Weens Koopverdrag. Dit verdrag werd in België van kracht in november 1997. Bedrijven zullen zich zeer snel moeten afvragen of ze hun algemene voorwaarden aan deze nieuwe regeling willen aanpassen. In andere landen is gebleken dat ondernemingen slechts een geringe belangstelling hebben voor het verdrag. Veelal kiezen ze voor de toepassing van hun eigen nationaal recht. Het verdrag biedt echter talrijke voordelen. Vooral de voor- en nadelen van de toepassing van het verdrag te bespreken, behandelt dit artikel kort de rol van de wilsautonomie in het internationaal contractenrecht. Partijen beschikken over de vrijheid om zelf hun rechter te kiezen, alsmede het recht dat hij zal toepassen. Tot de wilsautonomie behoort ook de bevoegdheid om het Weens Koopverdrag al dan niet uit te sluiten. De uitoefening van deze bevoegdheid veronderstelt evenwel dat ondernemingen zich de vraag stellen of ze belang hebben bij de toepassing van dit verdrag.

Inleiding

Gezien de geringe omvang van hun thuismarkt, zijn Belgische ondernemingen aangewezen op buitenlandse markten. Export is de minst intensieve en risicovolle vorm van toetreding tot die andere markten. Andere

* K.U. Leuven, Faculteit Rechtsgeleerdheid

wijzen waarop een onderneming aan een buitenlandse markt kan deelnemen – verlenen van licenties, franchising, managementovereenkomsten, contractmanufacturing, oprichten van joint ventures en ten slotte directe investering – stellen specifieke juridische problemen die buiten het bestek van deze bijdrage vallen. Het exporteren van goederen naar het buitenland neemt, in zijn eenvoudigste vorm, juridisch gestalte aan via het afsluiten van koop-verkoopcontracten. De onderhavige bijdrage behandelt twee aspecten van internationale kooptransacties. Deze vragen zijn enerzijds die van de internationale bevoegdheid – wie gaat eventuele geschillen oplossen – en anderzijds de vraag naar het toepasselijk recht – volgens welk nationaal recht zullen deze geschillen beslecht worden.

Het antwoord op deze vragen moet in de eerste plaats worden gezocht in de door partijen, koper en verkoper, gemaakte afspraken. De wilsautonomie, een grondbeginsel van het Belgisch recht, geldt eveneens voor internationale contracten. Dit beginsel houdt in dat eenieder vrij is om al dan niet te contracteren, dat elkeen vrij zijn contractpartner mag kiezen en dat partijen ook vrij zijn om aan hun overeenkomsten de inhoud te geven die hun goeddunkt. Partijen kunnen bepalen welke instantie als enige bevoegd is om over hun geschillen te oordelen. Zij kunnen eveneens beslissen op grond van welk nationaal recht deze instantie haar beslissing neemt. Deze beslissingen - keuze voor een bepaalde rechter, keuze voor een nationaal recht - geven partijen zekerheid over het verloop van eventuele gerechtelijke procedures. Het is bijgevolg in het voordeel van ondernemingen zelf om gebruik te maken van deze bevoegdheid. De wilsautonomie van partijen is evenwel niet onbeperkt. In sommige omstandigheden zal op objectieve manier, zonder rekening te houden met partijafspraken, worden vastgesteld welke rechter bevoegd is resp. volgens welk recht het geschil beslecht moet worden. Bovendien dienen partijen bij hun keuze voor een bepaalde rechter dan wel voor een rechtsstelsel specifieke (vorm-)voorwaarden in acht te nemen. Indien die voorwaarden niet nageleefd worden, zal aan hun keuze geen uitwerking worden verleend. In plaats van voor een nationaal recht te kiezen, kunnen exporterende bedrijven ook opteren voor de toepasselijkheid van het Weens Koopverdrag. De opzet van dit verdrag is het internationaal rechtsverkeer te bevorderen door de verschillende rechtsstelsels te vervangen door een eenvormig kooprecht. Om verschillende redenen heeft dit verdrag tot nu toe slechts een matig onthaal gekregen van de ondernemingswereld. Daarom zal worden onderzocht in welke mate bedrijven baat hebben bij de toepassing van het verdrag.

1. De wilsautonomie in internationale contracten

Een Vlaams staalbedrijf sluit een contract met een Italiaanse onderneming voor de levering van staalplaten. Na de levering ontdekt de Italiaanse koper dat het geleverde staal niet de gewenste kwaliteiten bezit. Indien onderhandelingen tussen de twee bedrijven niets opleveren, dienen twee vragen onderzocht te worden: voor welke rechtbank de Italiaanse koper zijn contractpartij moet dagvaarden en, eens uitgemaakt welke rechtbank bevoegd is, moet nog worden vastgesteld welk recht het geschil beheerst. De internationale dimensie van de transactie brengt immers onzekerheid over het nationale recht waarin de rechtbank de oplossing van het geschil zal vinden.

Elk rechtsstelsel biedt zijn eigen, specifieke antwoorden op deze twee vragen. In alle Europese landen wordt echter voorrang gegeven aan de keuze van partijen. Het geschil zal door de rechtbank worden beslecht die door partijen werd aangeduid. Deze rechtbank zal oordelen volgens het door partijen gekozen recht.

A. Rechterkeuze

De vrijheid van contractpartijen om te beslissen welke rechter rechtsprekende bevoegdheid toekomt, wordt algemeen erkend. Zij werd bijvoorbeeld wettelijk vastgesteld in het verdrag van Brussel waarbij alle Europese lidstaten partijen zijn.¹ Artikel 17 van dit verdrag bepaalt: "wanneer de partijen (...) een gerecht (...) hebben aangewezen voor de kennisneming van geschillen (...) is dit gerecht (...) bij uitsluiting bevoegd". Ook buiten Europa wordt deze vrijheid erkend. Sterker, partijen kunnen een geschil aan de bevoegdheid van staatsrechters onttrekken om het aan (een) arbiter(s) toe te vertrouwen. In het eerste geval spreekt men van een forumkeuze, in het tweede geval heeft men te maken met een arbitragebeding of overeenkomst tot arbitrage. Partijen kunnen kiezen tussen deze twee vormen van geschillenbeslechting, nl. binnen of buiten de staatsstructuur. Naast de algemene optie tussen arbitrage en

¹ Verdrag betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken van 27 september 1968, Wet van 13 januari 1971, B.S. 31 maart 1971, zoals al herhaaldelijk gewijzigd. Dit verdrag wordt regelmatig bijgewerkt.

overheidsrechtspraak, kunnen partijen nog verder kiezen voor een specifieke rechter respectievelijk arbiter.

1. Forumkeuze

Met een forumkeuze of forumbeding geven partijen een bepaalde rechtbank de bevoegdheid om tussen hen gerezen of te rijzen geschillen te beslechten. De aangeduide rechtbank verkrijgt aldus exclusieve bevoegdheid. Indien de vordering is ingeleid voor deze rechtbank, kan de verweerder deze bevoegdheid niet betwisten. Wanneer een partij een vordering instelt voor een andere rechtbank, moet deze laatste zich normaliter onbevoegd verklaren.

Partijen kunnen de rechter vrij kiezen. Zij kunnen aldus een rechter aanduiden die geen enkele band heeft met het geschil. Toch zal de "lokale" rechter, bijvoorbeeld die van de plaats van uitvoering van de overeenkomst, zich makkelijker een oordeel kunnen vormen over de zaak. Een door hem aangestelde deskundige hoeft dan niet naar het buitenland te gaan om vaststellingen te doen. Bij hun keuze kunnen partijen zich laten leiden door overwegingen van snelheid en deskundigheid. Sommige rechters beschikken inderdaad over een grote deskundigheid in bepaalde materies. De Londense rechtbanken hebben bijvoorbeeld een grote expertise inzake zeerecht. Andere rechtbanken zullen dan wel sneller een beslissing nemen, of, integendeel, geplaagd worden door overbelasting en achterstand. Behalve deskundigheid en vlotheid kan de neutraliteit een rol spelen. Dat is in het bijzonder het geval wanneer de transactie een internationaal karakter vertoont. Het spreekt immers vanzelf dat de rechter van het land van een partij door de andere als minder neutraal zal worden ervaren. Rechters uit derde landen, of uit als neutraal bekende staten zoals Zwitserland of Zweden, bieden dan een uitweg.

Partijen kunnen een specifieke rechtbank aanduiden, bijvoorbeeld de rechtbank van koophandel van Brussel, dan wel algemeen de rechtbanken van een staat bevoegd maken. In dit geval zal volgens het recht van dit land bepaald worden welke specifieke rechter bevoegd is. De forumkeuze kan deel uitmaken van een contractuele strategie. Soms wordt bijvoorbeeld bepaald dat het geschil voor de rechtbank moet worden gebracht van de partij die de vordering instelt. Het achterliggende idee is dat de juridische machine op gang wordt gebracht wanneer een partij in

gebreke blijft haar verplichtingen na te komen. Als sanctie mag de andere partij het geding inleiden voor haar thuisrechter.

2. Overeenkomst tot arbitrage

Arbitrage is een vorm van particuliere rechtspraak, d.w.z. rechtspraak door anderen dan de door de overheid georganiseerde rechterlijke instanties. Arbitrage is ontstaan als bemiddeling in een geschil door bevriende relaties of vertrouwenspersonen. Vandaag wordt arbitrage op professionele wijze bedreven.

Arbitrage biedt tal van voordelen in vergelijking met rechtspraak door de overheid. Een arbitrale procedure verloopt doorgaans sneller dan een procedure voor de staatsrechter. Volgens een onderzoek van CEPINA, een Belgische arbitrage-instelling, bedraagt de gemiddelde duur van arbitrage 18 maanden, met een minimum van 3 maanden en een maximum van 3 jaar. Hoger beroep is niet mogelijk bij arbitrage. De verliezende partij moet zich bij het oordeel van de arbiter(s) neerleggen. Institutionele arbitrage biedt in dit opzicht meer zekerheid op een snelle behandeling dan *ad hoc* arbitrage. De procedure is bij institutionele arbitrage op voorhand vastgesteld, er bestaan dringende termijnen (voor het neerleggen van dossiers, conclusies enz.) en er is een basisinfrastructuur die het geschil begeleidt. De duur van een arbitrage kan nog verder worden verminderd wanneer partijen strikte termijnen vaststellen. Naast de snelheid pleit de vlotheid van uitvoering in het voordeel van arbitrage. In vrijwel alle gevallen gebeurt de uitvoering van de uitspraak vrijwillig. Arbitrage-uitspraken zijn weliswaar niet met staatsgezag bekleed. Zij kunnen alleen met dwangmaatregelen worden afgedwongen nadat zij van de rechter het *exequatur*, d.i. een verklaring van uitvoerbaarheid, hebben gekregen. Maar wanneer de arbitrageprocedure tot een degelijke beslechting leidt, is zij voor de partijen aanvaardbaar en zal er dan ook geen behoefte zijn aan *exequatur* voor de tenuitvoerlegging van de uitspraak. Tegenover verhoogde snelheid en vlotheid staan hogere kosten, zeker voor internationale arbitrage. Voor een eenvoudig geval van niet-betaling blijft een gewone rechterlijke procedure de meest aangewezen oplossing. Bovendien moeten partijen bereid zijn loyaal samen te werken om een oplossing voor het geschil te vinden. De arbiter is inderdaad een *reus op lemen voeten*: hij kan slechts handelen bij gratie van de partijen. Arbitrage moet door de daarbij betrokken partijen uitdrukkelijk

worden overeengekomen, anders is een overheidsrechter de enige bevoegde instantie.

De keuze voor arbitrage kan van meetaf aan gebeuren, bij het sluiten van de overeenkomst. De overeenkomst tot arbitrage vormt in dit geval een onderdeel van een groter geheel van afspraken. Van in het begin is bepaald dat staatsrechters geen bevoegdheid zullen hebben om eventuele geschillen te beslechten. Partijen kunnen ook overeenkomen tot arbitrage ná het ontstaan van het conflict, als de gemoederen nog niet te verhit zijn. In dat geval zal het akkoord van partijen de vorm aannemen van een aparte overeenkomst.

De keuze voor arbitrage sluit in de regel een optreden van de gewone rechter uit. Volgens artikel 1979 van het Belgisch Gerechtelijk Wetboek moet de magistraat zich – weliswaar op verzoek van een der partijen – onbevoegd verklaren, indien een geldige arbitrageovereenkomst werd gesloten. Arbitrage en rechtspraak door de overheid zijn evenwel geen volkomen zelfstandige wegen. De medewerking van de beroepsrechter is bijvoorbeeld vereist om voorlopige maatregelen te bevelen, of wanneer de uitspraak van de arbiter betwist wordt. Nadat de arbiter zijn beslissing genomen heeft, kan de rol van de gewone rechter belangrijk worden. De arbitrale beslissing is inderdaad, zoals gezegd, enkel executoir indien zij door de rechter met het exequatur wordt bekrachtigd. De beroepsrechter kan in bepaalde gevallen de scheidsrechterlijke uitspraak zelf vernietigen. Al bij al blijven de tussenkomsten van beroepsrechters bij arbitrageprocedures vrij beperkt.

B. Rechtskeuze

De internationaal bevoegde instantie - rechter of arbiter - moet een keuze maken tussen de verschillende in aanmerking komende rechtsstelsels. In de eerste plaats zal hierbij met de wensen van partijen rekening worden gehouden. De rechter respectievelijk arbiter moet zich in zijn onderzoek naar het toepasselijke recht inderdaad door de beslissing van partijen laten leiden. Het beginsel dat partijen vrij kunnen bepalen welk recht van toepassing is op hun verhouding, wordt algemeen aanvaard. Het verdrag van Rome² dat tussen de Europese lidstaten geldt, bepaalt bijvoor-

² Verdrag van Rome inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomsten van 19 juni 1980, Wet van 14 juli 1987, B.S. 9 oktober 1987.

beeld dat "een overeenkomst wordt beheerst door het recht dat partijen hebben gekozen" (artikel 3). Artikel 13-3° van de ICC Rules of Arbitration bevat een gelijklopende bepaling.³

Een rechtskeuze geeft de partijen zekerheid over het rechtsstelsel dat hun verhouding zal beheersen. Zij zijn niet meer afhankelijk van het oordeel van de rechter. Bij gebrek aan rechtskeuze blijft het immers onzeker door welk recht het contract beheerst wordt totdat de rechter uitspraak heeft gedaan.

Een rechtskeuze kan in de oorspronkelijke overeenkomst worden opgenomen. Partijen kunnen ook met het kiezen voor het toepasselijke recht wachten tot er een geschil ontstaan is. Gewoonlijk wordt dan voor het recht van de gevatte rechter gekozen. Deze rechter is inderdaad het best vertrouwd met zijn eigen recht. Doorgaans zullen partijen het recht van een van hen kiezen, of een derde, neutraal recht. Zij kunnen een recht kiezen dat in een bepaalde branche gebruikelijk is, Engels recht voor zeeverzekeringsspolissen bijvoorbeeld.

2. Grenzen aan de wilsautonomie

De wil der partijen krijgt in het internationaal contractenrecht een centrale plaats. Dit betekent echter niet dat de vrijheid van partijen onbegrensd is. Sommige geschillen worden op dwingende manier aan bepaalde rechters toegewezen. Arbitrage is in bepaalde omstandigheden uitgesloten. Ten slotte zullen partijregelingen in verband met het toepasselijke recht niet steeds uitwerking krijgen.

A. Beperkingen van de vrijheid om een rechter te kiezen

Een forumkeuze geeft partijen geen absolute zekerheid dat de door hen gekozen rechter werkelijk van het geschil kennis zal nemen. Met betrekking tot sommige conflicten kan een forumkeuze terzijde worden geschoven. Onder het reeds aangehaalde verdrag van Brussel is dat bijvoorbeeld het geval wanneer het geschil onroerende goederen betreft. De rechter van de plaats van ligging van het goed is in dit geval immers

³ Deze rules zijn verkrijgbaar bij CEPINA, de Belgische correspondent van het Arbitragehof van de Internationale Kamer van Koophandel (Stuiversstraat 8, 1000 Brussel, tel. 02/515.08.35).

het best geplaatst om over een eventueel geschil te oordelen. Partijen mogen bijgevolg geen andere rechter bevoegd maken. Dit is eveneens het geval voor geschillen met betrekking tot intellectuele rechten. De rechters van de plaats van deponering of registratie van die rechten beschikken over een speciale band met die geschillen. Een forumkeuze kan geen afbreuk doen aan hun exclusieve bevoegdheid. Behalve de nauwe verbondenheid met een bepaalde rechter kan de wens om "zwakke" personen te beschermen, de onttrekking aan de door partijen gekozen rechter eveneens rechtvaardigen. Werknemers en consumenten worden bijvoorbeeld beschermd door het verdrag van Brussel. Alleen in uitzonderlijke gevallen kunnen ze gedagvaard worden voor een andere rechter dan hun "lokale" rechter. Voor deze personen betekent het voeren van een procedure in het buitenland immers een bijna onoverkomelijk obstakel.

Ook de vrijheid om voor arbitrage te opteren kent uitzonderingen. Niet alle geschillen zijn arbitreerbaar. De beperkingen op deze vrijheid vloeien voort hetzij uit de aard van het geschil, hetzij uit de hoedanigheid van partijen. Arbitrage kan in de eerste plaats uitgesloten zijn wegens het onderwerp van het geschil. Welke geschillen ontsnappen aan de bevoegdheid van arbiters? Als algemene regel kan worden gesteld dat alleen geschillen waarover partijen een dading of transactie kunnen aangaan, het voorwerp van arbitrage kunnen uitmaken. Het moet m.a.w. gaan om rechten waarover partijen kunnen beschikken, aldus bijvoorbeeld artikel 1676 van het Gerechtelijk Wetboek. De volgende geschillen kunnen derhalve niet het voorwerp uitmaken van een overeenkomst tot arbitrage: geschillen in verband met onderhoudsvorderingen, nationaliteit van partijen, goederen die tot het openbare domein behoren, openbare ambten, belastingen enz. Geschillen in verband met inbreuken op mededingingsregels (kartelvorming, misbruik van machtsposities en concentratie van ondernemingen), intellectuele rechten, beurstransacties en faillissementen kunnen evenmin rechtstreeks worden voorgelegd aan arbiters. Met betrekking tot de arbitrabiliteit van geschillen zullen er soms meer, soms minder barrières bestaan in de verschillende landen. In België bijvoorbeeld wordt arbitrage ten aanzien van concessieovereenkomsten met uitwerking op het Belgisch grondgebied slechts beperkt toegelaten. De wet van 27 juli 1961 lijkt arbitrage te hebben uitgesloten, zeker wanneer de overeenkomst reeds eenzijdig opgezegd werd. Als sanctie op de niet-eerbiediging van de niet-arbitrabiliteit van een geschil kan de tenuitvoerlegging van de arbitrale uitspraak daarna in een ander land geweigerd worden.

Een tweede beperking op de mogelijkheid een geschil aan arbitrage te onderwerpen, vloeit voort uit de bekwaamheid van partijen. Krachtens artikel 1676 lid 2 van het Gerechtelijk Wetboek kan ieder die bekwaam is om een dading aan te gaan, een overeenkomst tot arbitrage sluiten. Hier ook werd het criterium van de "beschikbaarheid" gekozen. Minderjarigen en gefailleerden zijn onbekwaam om een arbitrageovereenkomst aan te gaan. De staat, staatsinstellingen en overheidsondernemingen worden ook verhinderd deel te nemen aan arbitrage. Op de onbekwaamheid van de staat wordt in bepaalde omstandigheden uitzondering gemaakt.

B. Beperkingen van de rechtskeuzevrijheid

De rechtskeuzevrijheid van partijen kent eveneens grenzen. Om deze grenzen te illustreren vertrekken we hier van het reeds aangehaalde verdrag van Rome. De vrije rechtskeuze wordt in de eerste plaats beperkt bij sommige door "zwakke" partijen gesloten overeenkomsten. Dit is met name het geval voor arbeidsovereenkomsten en consumentenovereenkomsten. Voor deze categorieën personen bestaan in de meeste rechtsstelsels beschermende regels. Een rechtskeuze zou ertoe kunnen leiden dat de consument of de arbeider deze bescherming verliest. Om dit te vermijden wordt de rechtskeuzevrijheid beknot. Afgezien van de keuze van partijen zullen bepaalde regels steeds van toepassing blijven. Zodoende wordt de bescherming die deze zwakke partijen genieten a.h.w. geïnternationaliseerd. Eenzelfde internationale bescherming wordt ook aan bepaalde verzekeringsnemers geboden.

Naast deze bijzondere beperkingen wordt de rechtskeuzevrijheid algemeen begrensd door de vereiste van goede trouw. Kiezen partijen een recht zonder enige band met de overeenkomst, met de enkele bedoeling bezwaarlijke bepalingen van het anders toepasselijke recht buitenspel te zetten, dan kan de rechter niettemin een beroep doen op deze bepalingen. De rechtskeuze kan inderdaad niet gehonoreerd worden wanneer ze met frauduleus opzet gedaan werd.

Hebben partijen geen rechtskeuze gedaan, of kan aan hun rechtskeuze geen gevolg worden toegekend, dan zal de rechter via objectieve verwijzingsregels het toepasselijke recht bepalen. Hierbij zal hij zich laten leiden door de regel van de karakteristieke prestatie. Volgens deze regel krijgt het nationaal recht van de partij die de kenmerkende prestatie levert, voorrang over het recht van de andere partij. Deze prestatie onder-

scheidt de overeenkomst als type van andere types van overeenkomsten. Om de kenmerkende prestatie te bepalen, dient de rechter zich bijgevolg af te vragen welke prestatie het betrokken contract onderscheidt van andere soorten overeenkomsten. Voor koopcontracten geldt dat de verplichting van de verkoper om het goed te leveren de overeenkomst typeert. Aldus zal het recht van de verkoper toepassing vinden, wat een belangrijk voordeel is voor exporterende bedrijven.⁴ Onderhandelingen over een rechtskeuze zijn dus niet steeds noodzakelijk.

3. Voorwaarden voor de uitoefening van de wilsautonomie

De keuze voor een bepaalde rechter dan wel voor de toepasselijkheid van een bepaald recht kan een beslissende invloed hebben op de uitkomst van een geschil. Het behoeft immers geen betoog dat een proces voeren in een ander land (zelfs al behoort dit land tot de Europese Unie) nog steeds minder evident is dan een thuismatch te spelen. Bovendien is elke rechter geneigd om eerder zijn recht toe te passen dan buitenlands recht, zelfs al moet de verwijzingsregels daarvoor geweld worden aangedaan. De rechter aanduiden betekent daarom vaak ook het toepasselijk recht bepalen.

Gezien de vergaande gevolgen van een rechts- of rechterkeuze, dient met zekerheid vastgesteld te worden dat over deze onderwerpen wils-overeenstemming werd bereikt tussen partijen. Aan een rechts- dan wel rechterkeuze zal daarom alleen gevolg worden toegekend indien bepaalde grond- en vormvoorwaarden in acht werden genomen.

A. Keuze voor een rechter resp. een arbiter

De vereisten die voor een forumkeuze worden gesteld, zijn strenger dan voor een overeenkomst tot arbitrage.

De geldigheid van een *arbitragebeding* zal afhangen van de eisen gesteld door de wet die de arbitrage regelt. Volgens het recht van de meeste landen dient de overeenkomst tot arbitrage schriftelijk te worden vastgesteld. Ook artikel II van het verdrag van New York⁵ eist voor de erken-

⁴ Het Haagse Koopverdrag van 1955 leidt tot hetzelfde resultaat.

ning van een overeenkomst tot arbitrage dat die overeenkomst schriftelijk wordt vastgesteld. Artikel 1677 van het Gerechtelijk Wetboek bepaalt dat een overeenkomst tot arbitrage behoort te zijn vervaardigd door partijen ondertekend geschrift, of in andere hen bindende stukken, waarin ze blijk hebben gegeven van hun wil om het geschil aan arbitrage te onderwerpen. In het algemeen wordt aangenomen dat verwijzingen naar algemene voorwaarden, waarin een arbitraal beding opgenomen is, voldoende is om de gebondenheid van partijen aan dit arbitraal beding aan te nemen. Het is niet vereist dat de andere partij schriftelijk en uitdrukkelijk met het arbitragebeding zelf ingestemd zou hebben. Het volstaat dat zij akkoord is geweest met een document waarin naar de algemene voorwaarden wordt verwezen. Een specifieke verwijzing naar de clause van de algemene voorwaarden waarin een arbiter wordt gekozen, is niet vereist. Men kan zich inderdaad afvragen wat het nut van algemene voorwaarden zou zijn, indien voor de toepasselijkheid van een in die algemene voorwaarden opgenomen arbitraal beding, een expliciete verwijzing naar dit beding vereist zou zijn.

Het is belangrijk op te merken dat de nietigheid van het arbitragebeding geen gevolg heeft voor de geldigheid van de overeenkomst waarin het werd opgenomen, en vice versa. Het arbitraal beding wordt beschouwd als een op zichzelf staande, afzonderlijke overeenkomst, ook al maakt het deel uit van een groter geheel van bedingen (*séparabilité* of *autonomie de la clause compromissoire*). Daarmee wordt bereikt dat arbiters toch over een geschil kunnen oordelen, ook al wordt het bestaan of de geldigheid van de rechtsverhouding in het geschil betwist of ontkend.

De geldigheidsvereisten van een *forumbeding* zullen worden toegelicht aan de hand van het eerder aangehaalde verdrag van Brussel. Artikel 17 van dit verdrag stelt de geldigheid van een clause tot aanwijzing van de bevoegde rechter afhankelijk van een overeenkomst tussen partijen. Concreet kan de wilsovereenstemming drie verschillende vormen aannemen. Het enkel bestaan van één van die vormen bewijst op afdoende wijze, volgens het verdrag, dat partijen over de forumkeuze akkoord waren. De inachtneming van deze vormvereisten volstaat m.a.w. om te bewijzen dat er wilsovereenstemming is geweest.

⁵ Verdrag betreffende de erkenning en tenuitvoerlegging van buitenlandse scheidsrechtelijke uitspraken, gesloten te New York op 10 juni 1958, Wet 5 juni 1975, B.S. 15 november 1975. Dit verdrag is in meer dan 100 landen van kracht.

Het forumbeding is ten eerste geldig als het in een schriftelijke overeenkomst is vervat. Het ondertekende geschrift is immers een vormvereiste die de instemming van partijen voldoende bewijst. Niet alleen een van de twee partijen uitgaand contract kan dienst doen als geschrift. Ook een door één partij eenzijdig opgesteld document volstaat wanneer vaststaat dat de andere partij ermee ingestemd heeft. Dit is bijvoorbeeld het geval met de bestelbon van de koper wanneer de verkoper een door hem ondertekende kopie naar de koper terugstuurt. Een van de verkoper uitgaande orderbevestiging zal eveneens volstaan indien de koper daar een ondertekende kopie van naar de verkoper stuurt. Indien het forumbeding vervat is in de algemene voorwaarden op de achterzijde van het contract, moet de ondertekende tekst uitdrukkelijk verwijzen naar de algemene voorwaarden. Een specifieke verwijzing naar de clause van de algemene voorwaarden waarin een rechter wordt gekozen is niet vereist, doch vermindert het risico dat het forumbeding aan de aandacht van de tegenpartij ontsnapt. Het volstaat niet dat het document waarin naar de algemene voorwaarden wordt verwezen, door de andere partij ondertekend wordt. Vereist is tevens dat deze partij de algemene voorwaarden daadwerkelijk heeft kunnen inzien. De verwijzing naar algemene voorwaarden die bij de Kamer van Koophandel gedeponneerd zijn - zoals gebruikelijk in Nederland - is dus onvoldoende.

Naast de schriftelijke overeenkomst geldt ook de mondelinge overeenkomst als mogelijke vorm waaronder een forumbeding kan totstandkomen. Een mondelinge afspraak moet echter bevestigd worden. In dit verband onderscheidt men twee hypothesen. Ofwel slaat het mondelinge akkoord uitdrukkelijk op de bevoegdheid. In dit geval volstaat dat één der partijen, eender welke, de specifieke afspraak schriftelijk bevestigt. Het zal zich evenwel zelden voordoen dat partijen mondeling de vraag naar de bevoegdheid regelen. Meer denkbaar is dat zij mondeling de transactie hebben gesloten, zonder zich over de bevoegdheid in het bijzonder uit te spreken. In deze hypothese is er nog geen geldige rechterkeuze tussen partijen. Een forumkeuze zal pas totstandkomen wanneer een voorstel in die zin van een partij - bijvoorbeeld een orderbevestiging waarbij algemene voorwaarden gevoegd zijn - door de andere schriftelijk wordt aanvaard. Indien partijen in een langdurige contractuele relatie staan, waarbij telkens van dezelfde algemene voorwaarden gebruik werd gemaakt, volstaat het dat het algemene mondelinge akkoord door een partij schriftelijk wordt bevestigd. De andere partij kan zich niet beroepen op de afwezigheid in haren hoofde van schriftelijke reactie op deze bevestiging om de geldigheid van het forumbeding te be-

twisten. Deze partij werd immers regelmatig geconfronteerd met dezelfde algemene voorwaarden. Door het uitblijven van protest hiertegen, wordt ze geacht kennis te hebben gekregen van het forumbeding dat in deze algemene voorwaarden vervat is.

Ten slotte kan een forumbeding ook nog gesloten worden conform de gewoonten van de internationale handel of de handelwijzen die tussen partijen gebruikelijk zijn geworden. Het is nog onduidelijk wanneer een bepaald gebruik als gewoonte van de internationale handel beschouwd mag worden. Mogelijk zal het uitblijven van reactie van een partij tegen een bevestigingsbrief van de andere partij waarbij deze haar algemene voorwaarden gevoegd heeft, als een aanvaarding worden beschouwd onder deze derde mogelijkheid, zelfs indien partijen voor de eerste keer samen contracteren.

B. Rechtskeuze

Partijen kunnen uitdrukkelijk overeenkomen dat een bepaald recht toepassing zal vinden. Een uitdrukkelijke rechtskeuze is meestal opgenomen in een van de contractclausules of maakt deel uit van de algemene voorwaarden van een partij. Partijen kunnen ook mondeling het toepasselijk recht afspreken. Gezien de inherente bewijsproblemen, komt een dergelijke rechtskeuze in de praktijk niet veel voor. Met de uitdrukkelijke rechtskeuze moet men de stilzwijgende keuze gelijkstellen. Als gevallen van impliciete keuze worden gewoonlijk vermeld de clause waardoor bevoegdheid wordt verleend aan de rechtbanken en het gebruik van technisch-juridische begrippen of instellingen die kenmerkend zijn voor een bepaald rechtssysteem.

In tegenstelling tot een arbitragebeding wordt een rechtskeuzebeding niet beschouwd als een zelfstandige overeenkomst. Een bijkomende moeilijkheid doet zich voor wanneer één partij betwist dat de rechtskeuze geldig totstandgekomen is. Mag de rechter zijn oordeel over de geldigheid van de rechtskeuze baseren op het door de partijen gekozen recht? Artikel 8 van het eerder aangehaalde verdrag van Rome onderwerpt de geldigheid van de rechtskeuze aan de voorwaarden die door het door partijen zelf gekozen recht worden gesteld. Concreet betekent dit dat de rechter anticipatief zal oordelen alsof de rechtskeuze geldig was.

4. Het Weens Koopverdrag

In dit laatste deel volgen enkele bedenkingen over het praktisch belang van het Weens Koopverdrag. Het Weens Koopverdrag (United Nations Convention on the International Sale of Goods, gesloten te Wenen op 11 april 1980) zag het licht tijdens een internationale conferentie die gehouden werd onder de auspiciën van de Verenigde Naties. Dit verdrag wil een internationaal kooprecht totstandbrengen, dat eenvormig van toepassing is in alle betrokken landen. Op termijn moet het verdrag de nationale rechtsstelsels overbodig maken op het vlak van de internationale kooptransacties. Het verdrag is op 1 november 1997 in werking getreden in België. Thans geldt het reeds in 48 landen. Het Weens Koopverdrag bevat een volledig uitgewerkte regeling van haast alle aspecten van de koopovereenkomst, van de totstandkoming tot aan de ontbinding. Het verdrag kan op twee manieren toepassing vinden. Het kan rechtstreeks toegepast worden wanneer de twee partijen in verdragstaten gevestigd zijn. Is dat niet het geval, dan kan het nog toegepast worden indien het conflictenrecht van de rechter tot het recht van een verdragstaat leidt. Belangrijk om weten is dat het verdrag slechts de verkoop van roerende lichamelijke zaken regelt. Verkoop van gebouwen of van effecten komt niet in aanmerking. Het verdrag is evenmin van toepassing op aanneming van werk, bijvoorbeeld de verkoop van een nog te bouwen hotel.

A. Het verdrag als subsidiaire regeling

Het verdrag stelt zich zeer bescheiden op: het is niet te nemen of te laten. Partijen kunnen van de verdragsbepalingen afwijken. Ze kunnen zowel van één of meer bepalingen afwijken als volledige hoofdstukken van het verdrag wijzigen. Het Weens Koopverdrag blijft in die gevallen gelden in de mate dat daarvan niet werd afgeweken. Het achterliggende idee is dat partijen die bepalingen zullen wijzigen die ze niet geschikt vinden. Indien ze de hele regeling willen verwerpen, kunnen partijen het verdrag eveneens uitsluiten. De uitsluiting kan *uitdrukkelijk* gebeuren. Dat is bijvoorbeeld het geval wanneer partijen overeenkomen dat "op dit contract is het Weens Koopverdrag van 11 april 1980 niet van toepassing". Een dergelijk beding laat geen twijfel over de bedoeling van partijen. De uitsluiting kan ook *stilzwijgend* gebeuren. Dit wordt niet als dusdanig vermeld in het verdrag. Onder de Haagse Eenvormige Koopwetten van 1964, de voorganger van het Weens Koopverdrag, was dit wel zo. Het

wegvallen van deze vermelding betekent echter niet dat de uitsluiting altijd uitdrukkelijk bedongen moet worden. Volgens de voorbereidende werken wenste de Weense Conferentie vooral te vermijden dat rechters een stilzwijgende uitsluiting al te snel zouden aannemen.

De impliciete uitsluiting van het verdrag blijkt bijvoorbeeld uit de clause dat "op de overeenkomst de bepalingen van het Belgisch Burgerlijk Wetboek van toepassing zijn". Minder duidelijk is het lot van een algemene verwijzing naar een nationaal recht. Gaat het om het recht van een niet-verdragsstaat, dan geldt de verwijzing natuurlijk niet naar het Weens Koopverdrag. De keuze voor het recht van een verdragsstaat levert meer moeilijkheden op. Het probleem is dat het als toepasselijk aangewezen rechtsstelsel twee materiële regelingen van de koop bevat, een interne en een internationale, zodat de rechtskeuze voor tweemaal uitleg vatbaar is. Hijma (nr. 55) stelt dat wanneer contra-indicaties ontbreken, partijen met een formule als "het recht van Spanje" of "het Frans recht" veelal het eigen recht van die staat (en niet het verdragsrecht) op het oog hebben gehad. Strikwerda (1995, blz. 197) en Neumayer en Ming (1993, blz. 89) verdedigen dat de ware bedoeling van partijen achterhaald moet worden. Deze juridisch verdedigbare stelling is in de praktijk moeilijk hanteerbaar. Ingaan op de vraag wat de werkelijke bedoeling van partijen is, brengt ernstige bewijsproblemen mee. Bovendien zal dit haast altijd in de uitsluiting van het verdrag resulteren. Weinig partijen zijn immers op de hoogte van het bestaan van het verdrag. De keuze voor het recht van een verdragsstaat moet m.i. bijgevolg geïnterpreteerd worden als een keuze voor het verdrag. De bekrachtiging van het verdrag impliceert immers dat de regels ervan deel zijn gaan uitmaken van het nationaal recht van de betrokken staat. Het verdrag heeft daarom de pretentie om alle gevallen van internationale koop te regelen. Het interne kooprecht kan daar geen aanspraak meer op maken. Dit was reeds de gangbare interpretatie van een verwijzing naar het recht van een verdragsstaat onder de Haagse Eenvormige Koopwetten, aldus Schlechtriem (1986, blz. 36). De rechtspraak sluit zich aan bij deze stelling.

Uitsluiting kan evenmin aanvaard worden wanneer partijen een *exclusieve* rechtskeuze voor nationaal recht hebben gemaakt. Een exclusieve rechtskeuze luidt bijvoorbeeld als volgt: "Op deze overeenkomst is uitsluitend Frans recht van toepassing."

Kortom, partijen die het verdrag willen uitsluiten, dienen dat voor alle zekerheid in expliciete bewoordingen te doen.

B. Wat is het praktisch belang van het Weens Koopverdrag?

Partijen kunnen van de verdragsregels afwijken, ze kunnen ook het verdrag regelrecht uitsluiten. Gebruiken ondernemingen effectief de mogelijkheid om van het verdrag af te wijken resp. het uit te sluiten? Zo ja, betekent dit dat het verdrag in de praktijk zelden toepassing zal vinden? Aansluitend bij deze vragen dient er ook bepaald te worden wat de beste strategie is voor bedrijven, het verdrag uitsluiten dan wel voor de toepassing ervan kiezen.

1. Praktisch belang en afwijking

Dat partijen zeer vaak van de regels van het verdrag afwijken, staat buiten kijf. In haast alle contracten nemen partijen, zelfs zonder zich daar bewust van te zijn, afwijkende regelingen op. Ondanks de veelvuldige afwijkingen, blijft het verdrag echter in twee opzichten relevant.

Het verdrag vervult in de eerste plaats een "ordenende" functie. Het schept immers orde in de talrijke regelingen die er aanspraak op maken de internationale koop te regelen. Het bepaalt in welke gevallen er sprake is van afwijking. Het regelt de toepasselijkheid van de algemene voorwaarden van partijen en van de sector (zgn. "branchevoorwaarden", opgesteld door beroepsorganisaties op nationaal niveau, zoals Fabrimetal, of op internationaal niveau, zoals de Economische Commissie van de Verenigde Naties voor Europa) en het bepaalt wanneer partijen gebonden zijn door de gewoonten van hun handelsbranche. Staat op grond van de bepalingen van het verdrag eenmaal vast dat algemene voorwaarden overeengekomen zijn, dan is de rol van het verdrag echter voor een belangrijk deel uitgespeeld. Partijregelingen en -gebruiken zullen de oplossing van het geschil dicteren. Dat is bijvoorbeeld opvallend in het arrest van het Hof te Den Bosch (Hof 's-Hertogenbosch, 24 april 1996, N.I.P.R., 1996, 323, nr. 235): de regels van het Weens Koopverdrag worden gebruikt om te beslissen of de algemene voorwaarden van de verkoper deel zijn gaan uitmaken van de overeenkomst. Daarna wordt van het verdrag geen melding meer gemaakt. Een soortgelijk voorbeeld vindt men in een arrest van het Hof te Arnhem (Hof Arnhem, 7 mei 1996, N.I.P.R., 1996, 508, nr. 397).

Deze beperkte functie van het Weens Koopverdrag is echter essentieel: dankzij het verdrag kan op eenvormige wijze worden beslist welke van

de verschillende regelingen die er aanspraak op maken om een concreet geval te beheersen, toepassing mag vinden.

Naast deze ordenende functie wordt het Weens Koopverdrag eveneens gebruikt als "restrecht". "The Convention's rules play a supporting role, supplying the answers to problems that the parties have failed to solve by contracts", aldus J. Honnold (blz. 48). De verdragsregels zullen in de eerste plaats gelden wanneer partijen geen bijzondere regeling hebben getroffen. Kleinere of beginnende ondernemingen zullen bijvoorbeeld vaak geen eigen algemene voorwaarden hebben. De bepalingen van het verdrag zullen dan de leemten van de eigenlijke contractbepalingen vullen. Zelfs indien algemene (individuele of branche-)voorwaarden voorhanden zijn, kan een beroep op het verdrag noodzakelijk blijken. Dat zal het geval zijn indien voor een specifiek probleem geen antwoord in de standaardbedingen wordt gevonden. Zo bevatten weinig standaardvoorwaarden bijvoorbeeld bijzondere bepalingen in verband met overmacht.

Voorts zullen de algemene voorwaarden van partijen in bepaalde gevallen geen toepassing vinden. Wanneer beide partijen met hun eigen algemene voorwaarden werken, is het gevaar reëel dat de twee, elkaar tegensprekende standaardformulieren genegeerd zullen worden (zie infra).

Het Weens Koopverdrag zal bijgevolg niet altijd door de eigen regelingen van partijen worden teruggedrongen. Alleen transacties gesloten door "repeat players" - grote ondernemingen die dagelijks export-importcontracten sluiten - zullen zelfstandig, zonder beroep op het verdrag afgehandeld kunnen worden. Hetzelfde fenomeen deed zich voor onder de Haagse Eenvormige Koopwetten: "les décisions judiciaires portant sur les Conventions de La Haye concernent plutôt des ventes occasionnelles de commerçants de taille moyenne, peu versés dans les relations internationales, soumis, souvent par surprise, à l'application d'une nouvelle législation à laquelle ils ne se sont pas attendus" (Ming en Neumayer, blz. 32-33).

2. Praktisch belang en uitsluiting

De opvatting dat het Weens Koopverdrag in de praktijk vaak en op grote schaal uitgesloten wordt, is wijdverspreid (zie bijv. Van De Paverd, blz. 74; Ming en Neumayer, blz. 32-33; Zwolve, blz. 183; Boele-Woelki, blz. 11-12; Hijma, nr. 55). Is dat inderdaad zo? De resultaten van empirisch onderzoek (Bertrams, Kanning) leren ons dat het verdrag in algemene

branchevoorwaarden overwegend wordt uitgesloten. Dat is eveneens het geval in de algemene voorwaarden van grote ondernemingen. Kleinere ondernemingen blijken het verdrag veel minder buiten spel te zetten. Dat komt echter niet voort uit een bewuste keuze voor het verdrag, maar wel uit een verwijzing naar het eigen nationaal recht. Dat dit ook tot de toepassing van het verdrag kan leiden - wanneer het verdrag deel uitmaakt van dit nationaal recht - wordt vaak vergeten of is gewoonweg niet geweten. Bertrams concludeert dat "wie zal verkondigen dat (het verdrag) op grote schaal wordt uitgesloten, (...) zal ik niet direkt vierkant tegenspreken."

Waarom is het verdrag zo vaak uitgesloten? In veel gevallen heeft de uitsluiting meer te maken met drempelvrees dan met gefundeerde kritieken, aldus Van de Paverd (blz. 74). Boele-Woelki spreekt over "de onwetendheid over het verdrag (...) en de daarmee gepaard gaande scepsis." (blz. 11-12). Het verdrag is inderdaad een nieuwe regeling die nog niet goed bekend is. De vrees voor het onbekende kan echter zeer makkelijk verdwijnen. Daartoe is de bestudering van de verdragstekst voldoende. Volgens Lavers, "many lawyers tend to opt out of the CISG according to the maxim *The devil you know is better than the devil you do not know*" (blz. 10).

Uitsluiting kan ook worden verklaard door het feit dat het Weens Koopverdrag slechts een geschikte regeling biedt voor een standaardkoop. Partijen zien liever hun eigen algemene voorwaarden of de branchevoorwaarden toepassing vinden. Deze bieden immers zeer specifieke antwoorden op specifieke vragen. Naast het gedetailleerd karakter bieden eigen regelingen ook het voordeel dat ze er specifiek op afgestemd zijn om de belangen van de onderneming te dienen. Zo zal een verkoper zijn aansprakelijkheid steeds beperken om de risico's verzekeraar te houden. Beide partijen zullen eveneens hun eigen rechtbanken bevoegd maken. Het Weens Koopverdrag is daarentegen een uitgebalanceerd stuk regelgeving dat koper noch verkoper bevoordeelt. Deze neutraliteit kan eveneens leiden tot uitsluiting. Alleen "repeat players", bedrijven die zeer vaak internationale koopovereenkomsten sluiten, zullen echter het verdrag terzijde schuiven vanwege het bestaan van gedetailleerde en naar eigen goedgevoelen opgestelde regelingen.

Bertrams waarschuwt dat de uitsluiting van het verdrag in dit geval geen voordeel oplevert (blz. 76). Het verdrag doet immers op geen enkele wijze afbreuk aan de eigen algemene voorwaarden.

Het argument dat het Weens Koopverdrag "pro-koper" of "pro-verkoper" is, berust op een misverstand. "Beauty is in the eye of the beholder", herinnert Lavers (blz. 12). Een Belgische of een Franse jurist zal sneller denken dat het verdrag pro-verkoper is, omdat bepalingen als artikel 1602 BW ("ieder duister of dubbelzinnig beding wordt tegen de verkoper uitgelegd") in het verdrag ontbreken. Een Duitse jurist zal integendeel argumenteren dat de bepalingen van het verdrag in verband met schadevergoeding pro-koper zijn. Gevolgschade is inderdaad onbeperkt vergoedbaar onder het Weens Koopverdrag, zij het dat de (omvang van de) schade voorzienbaar moest zijn bij het sluiten van de overeenkomst (art. 74). Dit lijkt zeer gul in vergelijking met de regeling van het BGB.

Het meest gehoorde bezwaar betreft de regeling van de zgn. "formulierenstrijd." Daarmee wordt bedoeld de patstelling die kan ontstaan wanneer koper en verkoper met hun eigen algemene voorwaarden werken. Artikel 19 van het verdrag bepaalt dat er geen overeenkomst totstandkomt wanneer er tussen de twee standaardbedingen wezenlijke verschillen bestaan. Het aanbod van de verkoper, waarbij hij zijn algemene voorwaarden gevoegd heeft, wordt door de koper niet aanvaard indien deze op zijn beurt naar zijn eigen algemene voorwaarden verwijst in zijn antwoord. Dit antwoord geldt als een verwerping van het aanbod, en vormt een tegenaanbod, dat door de verkoper echter aanvaard kan worden. Vaak zal de verkoper ingaan op het antwoord van de koper, en de overeenkomst beginnen uit te voeren. In dit geval wordt hij geacht de algemene voorwaarden van zijn tegenpartij aanvaard te hebben.

Deze regeling wordt in de eerste plaats onduidelijkheid verweten. Er kan inderdaad getwijfeld worden over de gelijkstelling tussen uitvoering door de oorspronkelijke aanbieder en instemming met de algemene voorwaarden van de tegenpartij. Artikel 18(1) heeft het immers over "een andere gedraging van de wederpartij waaruit *blijkt van instemming met een aanbod*" (cursivering toegevoegd). De oorspronkelijke aanbieder zal zich echter zelden bewust zijn van de gewijzigde voorwaarden in het antwoord. Naast onduidelijkheid wordt het Weens Koopverdrag in dit verband eveneens verweten dat het te sterk aan de zgn. *self image mirror rule* vasthoudt. Aanbod en aanvaarding moeten haast identiek zijn. In artikel 19(3) worden een aantal verschillen als wezenlijk bestempeld, bijvoorbeeld met betrekking tot de prijs, betaling, kwaliteit en hoeveelheid van de zaken, enz. Deze opsomming dekt bijna alle aspecten van de overeenkomst. Veel ruimte voor verschillen blijft er bijgevolg niet. Haast

alle afwijkingen zullen de totstandkoming van de overeenkomst verhinderen, en dit zelfs wanneer vaststaat dat partijen wenselijk gebonden te zijn door een overeenkomst. Deze strakke regeling kan tot misbruiken leiden. Een partij die van een al bij al niet zo voordelige overeenkomst wenst af te zien, kan zich op de discrepantie tussen de algemene voorwaarden beroepen. Dit oneigenlijke gebruik van artikel 19 is echter slechts mogelijk indien de algemene voorwaarden van de tegenpartij niet impliciet aanvaard werden.

Hoe dan ook, van deze regeling kan steeds worden afgeweken. Het verdrag uitsluiten alleen vanwege het wankelende artikel 19 is op zijn minst te radicaal.

Bertrams wijst op een ander minpunt van het verdrag, nl. de onduidelijkheid in verband met de prijsbepaling. De discrepantie tussen artikel 14 en artikel 55 is moeilijk te begrijpen. Volgens de eerste bepaling is een voorstel tot contracteren alleen een aanbod indien "de prijs uitdrukkelijk of stilzwijgend (wordt) vastgesteld of bepaalbaar (is)." Artikel 55 gaat er daarentegen van uit dat een koop rechtsgeldig gesloten kan worden "zonder dat de overeenkomst uitdrukkelijk of stilzwijgend de prijs bepaalt of in de wijze van bepaling daarvan voorziet." Meerdere theorieën werden voorgesteld om aan deze patstelling te ontsnappen. Uiteindelijk blijkt dat aan de geldigheid van de overeenkomst niet mag worden getwijfeld wanneer duidelijk is dat partijen de wil hadden gebonden te zijn door een contract, zelfs al hebben ze nog geen definitieve afspraken gemaakt omtrent de prijs.

Er wordt het verdrag ook wel eens verweten dat het te veel een "proactieve" houding van partijen vereist. Bij elke moeilijkheid die in de loop van de overeenkomst ontstaat, wordt van de partijen verwacht dat ze zelf de plooiën gladstrijken "in een geest van samenwerking". Daartoe legt het verdrag in de eerste plaats de verplichting op om de andere partij op de hoogte te brengen van de gerezen moeilijkheden, en dit meestal binnen een "korte" of "redelijke" termijn (zie in dit verband de artikelen 21; 32-1°; 39-1°; 43-1°; 46-3°; 47-2°; 48-2°; 63-2°; 65-2°; 71-3°; 72-2°; 79-4°). De samenwerkingsplicht reikt nog verder dan deze kennisgevingsverplichting. Het beste voorbeeld daarvan vindt men in de door artikel 77 bepaalde schadebeperkingsplicht. Krachtens dit artikel moet het slachtoffer van een contractuele tekortkoming zijn schade beperken. Daarvoor moet hij alle in de gegeven omstandigheden redelijke maatregelen treffen. Als sanctie op deze verplichting zal de schadevergoeding vermin-

derd worden ten belope van het bedrag waarmee het verlies beperkt had moeten worden. Concreet betekent dit dat, indien de verkoper bijvoorbeeld mozzarella levert in plaats van de door de koper bestelde mascarpone, de koper de mozzarella moet proberen te verkopen. Hij mag niet zomaar schadevergoeding vragen voor de winst die hij op de verkoop van mascarpone hoopte te verwezenlijken. De effectieve schadevergoeding zal gelijk zijn aan het verschil tussen deze verhoopte winst en de uiteindelijk winst die op de mozzarella gemaakt werd. Dit gaat veel verder dan wat bijvoorbeeld het Belgisch kooprecht vereist.

Een laatste argument om het verdrag uit te sluiten is het gebrek aan rechtszekerheid waartoe het verdrag zou leiden. Het verdrag zou met name een te grote plaats laten aan handelwijzen en gewoonten die partijen op een voor hen verrassende manier zouden kunnen binden tegen de bepalingen van hun overeenkomst in. Voor de werking van gebruiken en gewoonten gelden echter strenge voorwaarden. Handelwijzen binden bijvoorbeeld partijen slechts wanneer ze tussen hen "gebruikelijk" zijn geworden. Gewoonten zijn op de overeenkomst slechts van toepassing wanneer partijen met deze toepassing ingestemd hebben (artikel 9). Bovendien verwijst deze bepaling alleen naar gewoonten van de internationale handel. Dit betekent evenwel niet dat lokale gewoonten steeds uitgesloten worden. Lokale gewoonten kunnen uitwerking krijgen indien ze regelmatig nageleefd worden in transacties tussen de lokale en buitenlandse handelaren. In de Antwerpse haven geldt bijvoorbeeld dat onder een FOB-beding het risico van de goederen niet bij het passeren van de scheepsreling op de koper overgaat, maar wel bij het passeren van de "blauwe steen", dus bij het verlaten van de uit blauwe steen gemaakte kade. Een dergelijke interpretatie wordt algemeen aanvaard in Antwerpen, ook voor contracten met buitenlandse tegenpartijen. De "blauwe steen-FOB" komt bijgevolg in aanmerking als gewoonte van de internationale handel, zelfs al blijft het gebruik ervan beperkt tot de haven van Antwerpen.

De strenge voorwaarden gesteld voor de uitwerking van gewoonten beletten evenwel niet dat partijen soms verrast zullen zijn door de bindende werking van gewoonten en handelwijzen. In de overeenkomst kan bijvoorbeeld afgesproken zijn dat elke levering na 30 dagen betaald dient te worden. Indien de verkoper nooit bezwaar heeft gemaakt tegen de herhaalde laattijdige betalingen van de koper, zal het verdrag zich verzetten tegen zijn verzoek om de contractuele betalingstermijn stipt te

respecteren. Dit kan een onaangename verrassing zijn wanneer de koper op de rand van het faillissement staat.

Om dergelijke verrassingen uit te sluiten spreken partijen het best af dat ze alleen gebonden zijn door hun schriftelijke overeenkomst, niettegenstaande elke gedraging van een van hen. Voor alle zekerheid dienen ze ook artikel 29 van het verdrag uit te sluiten, dat dergelijke clausules neutraliseert.

Het gebrek aan rechtszekerheid vloeit ook voort uit de afwezigheid van een uitleggingsorgaan. In tegenstelling tot andere verdragen, werd in het Weens Koopverdrag de zorg voor de eenvormige interpretatie van het verdrag niet aan één overkoepelende instantie toevertrouwd. Alle nationale rechters dienen, luidens artikel 7, bij de toepassing van het verdrag rekening te houden met het internationale karakter ervan met de noodzaak eenvormigheid in de toepassing ervan te bevorderen. Dit is slechts een aanmaning, zonder de mogelijkheid om rechters een sanctie op te leggen. Daarom wordt gevreesd dat dit aanleiding zal geven tot het ontstaan van nationaal-gekleurde interpretaties. Volgens Prof. C. Witz blijven misstappen in dit verband tot een aanvaardbaar minimum beperkt: "la jurisprudence existante incite à un optimisme mesuré. L'on n'a pas observé de graves dérives dans l'application de la Convention" (blz. 114). De onzekerheid is verder geen typisch fenomeen van het Weens Koopverdrag: ook het Belgisch recht verleent bindende kracht aan gewoonten en gebruiken (artikel 1135 Burgerlijk Wetboek). Tegenstrijdigheden en vage begrippen zoals "goede trouw" vindt men eveneens in het intern kooprecht. Ten slotte zal de onzekerheid over de betekenis van verdragsbepalingen met de tijd verdwijnen als overzichten van de verschillende nationale jurisprudenties gepubliceerd worden.

De argumenten en bezwaren die voor de uitsluiting van het Weens Koopverdrag pleiten zijn m.i. overtuigend. Het verdrag automatisch uitsluiten gaat evenwel te ver. Er zijn immers eveneens redenen die in het voordeel van het verdrag pleiten.

In de eerste plaats is het verdrag een *moderne wet*. De meeste nationale regelingen, met uitzondering van Nederland, dateren van de vorige eeuw. Het verdrag heeft daarentegen afgedaan met de "awesome relics that populate in amazing multitude the older codifications of sales law", om Ernst Rabel te parafaseren. Om er maar één te noemen, het onderscheid tussen gebrek in de zaak en niet-nakoming van de leveringsverplichting

is verdwenen. De eigenlijke leveringsplicht omvat m.a.w. geen verplichting voor de verkoper om conforme zaken te leveren. De conformiteit wordt als een verplichting op zich beschouwd. Een andere verbetering vloeit daar logisch uit voort: in geval van niet-conformiteit staat de koper slechts één vordering ter beschikking. Het moeilijke onderscheid tussen een vordering op grond van gebrek in de zaak, dwaling in hoofde van de koper en miskenning van de leveringsplicht is verdwenen.

Van de Paverd (blz. 100) wijst op een ander voordeel van het verdrag: het biedt een *op maat van internationale gevallen gesneden regeling*. Het alternatief is immers dat een *nationaal* kooprecht, ontworpen voor interne transacties, op een *internationale* transactie toegepast zal worden. Zoals Van de Paverd het kernachtig formuleert "vraagt internationale handel om internationaal recht."

Het verdrag is bovendien *neutraal recht*. Indien beide partijen in hun algemene voorwaarden naar hun eigen nationaal recht verwijzen, kan een patstelling vermeden worden door voor het verdrag te kiezen. Het verdrag kan bijgevolg de totstandkoming van overeenkomsten vergemakkelijken. Kanning komt op basis van een rechtseconomische analyse tot dezelfde conclusie: het Weens Koopverdrag verlaagt de transactiekosten.

Niet alleen de totstandkoming van contracten, maar ook de taak van rechters resp. arbiters wordt door het verdrag vergemakkelijkt. Moeilijkheden in verband met de vaststelling van de inhoud van vreemd recht behoren tot het verleden. Het verdrag is voor iedereen toegankelijk, opgesteld in zes authentieke talen, en ondersteund door talrijke handboeken. Dit geldt eveneens voor advocaten: opzoeking en advieswinning over vreemd recht worden overbodig. Dit is zeker niet te verwaarlozen wanneer men niet bij machte is zijn eigen recht op te leggen. In dat geval is het verdrag te verkiezen boven de toepassing van het recht van de tegenpartij.

Hieruit volgt tevens dat een vreemd vonnis of arrest sneller exequatur zal verkrijgen wanneer de vreemde rechter zijn oordeel op het verdrag gebaseerd heeft. De exequaturrechter zal immers meer vertrouwd zijn met het verdrag dan met een exotisch recht.

De afweging van de voor- en de nadelen van de toepassing van het verdrag leert ons dat er in deze materie geen plaats is voor een automatis-

me. Het verdrag altijd uitsluiten dan wel verkiezen zal de belangen van de betrokken onderneming niet dienen. Afhankelijk van de concrete omstandigheden moet worden onderzocht of de uitsluiting, specifieke afwijkingen dan wel de toepassing van het verdrag de geschikte oplossing is. In het laatste deel volgen een paar bedenkingen over de keuze voor het verdrag.

C. Keuze voor het Weens Koopverdrag

De keuze voor de toepassing van het verdrag dient een beredeneerde keuze te zijn. Daarbij dienen een aantal voorzorgsmaatregelen in acht genomen te worden.

Ten eerste dient de keuze in uitdrukkelijke bewoordingen te worden opgesteld. Een voorbeeld van een dergelijke clausule luidt: "The present agreement shall be governed by the CISG (Vienna, 11 april 1980)." De keuze voor een nationaal recht biedt, zoals gezegd, minder rechtszekerheid.

Daarnaast rijst de vraag of aan de rechtskeuze gevolg zal worden verleend. Met name moet worden nagekeken of de keuze voor het verdrag geoorloofd is. De grenzen van de rechtskeuzevrijheid worden niet in het Weens Koopverdrag bepaald, maar vallen onder het nationaal recht. Meer bepaald dicteert het recht van de forumrechter of voor het verdrag gekozen kan worden. Traditioneel wordt in het Belgisch recht geleerd dat de autonomie van partijen beperkt is tot een keuze voor een bestaand nationaal recht. Partijen mogen bijgevolg niet kiezen voor een internationaal verdrag. Om dit probleem te vermijden, wordt partijen aangeraden om voor het Weens Koopverdrag te kiezen zoals bekrachtigd door een specifieke verdragsstaat. Daarmee wordt tevens automatisch een residuair recht vastgelegd. In Nederland wordt sedert een arrest van de Hoge Raad van 26 mei 1989 geleerd dat de vrijheid van rechtskeuze ook de mogelijkheid biedt om voor een internationaal verdrag te opteren. Dit is evenwel niet mogelijk wanneer het verdrag zelf zijn toepassing uitgesloten heeft.

Het Weens Koopverdrag heeft beperkte ambities. Het biedt geen allesomvattende regeling van de koopovereenkomst. Bepaalde aspecten van deze overeenkomst, waaronder de geldigheid ervan en vragen van eigendomsovergang, worden in het verdrag niet geregeld. De keuze voor

de toepassing van het verdrag gaat daarom het best gepaard met de keuze voor een residuair recht. De rechtskeuzebepaling kan in die zin aangepast worden en luiden: "The present agreement shall be governed by the CISG (Vienna, 11 april 1980) supplemented by the laws of Belgium." Geen bijkomende rechtskeuze maken betekent dat partijen van de beslissing van de rechter afhankelijk zijn om zekerheid te krijgen omtrent het toepasselijk recht.

Staat eenmaal vast dat de keuze voor het verdrag uitwerking zal krijgen, dan kan de vrijheid die het verdrag biedt maximaal worden benut. Partijen kunnen bepalingen van het verdrag aanpassen om duidelijkheid te scheppen. Termijnen kunnen bijvoorbeeld worden vastgelegd. Het verdrag spreekt vaak van "redelijke" of "korte" termijnen. Indien daarover tussen partijen een akkoord kan worden gevonden, zal iedereen weten waar hij zich aan moet houden. Dit geldt voor de termijn waarbinnen een aanbod aanvaard moet worden (art. 18-2°), de termijn voor keuring en protest tegen niet-conforme levering (artt. 38-39) enz. Andere begrippen kunnen ook nader bepaald worden: bijvoorbeeld het begrip "wezenlijke tekortkoming" (art. 25) of het begrip "overmacht" (art. 79). Een limitatieve opsomming van de omstandigheden die als wezenlijke tekortkoming aanvaard zullen worden, zal interpretatiegeschillen vermijden. De koper kan bijvoorbeeld benadrukken dat de leveringstermijn strikt moet worden nageleefd. Bij een laattijdige levering zal dit elke discussie vermijden over de mogelijkheid voor de koper om van de koop af te zien. Deze operatie kan de gelegenheid zijn om de afspraken nogmaals te preciseren. Wat zijn de exacte wensen van de koper? Wanneer verwacht de verkoper betaling? Wie zal oordelen of de goederen conform zijn? Een laatste mogelijke afspraak betreft de taal. Het verdrag bestaat in zes authentieke talen. Verschillen tussen de verschillende versies moeten worden overbrugd "rekening houdend met het voorwerp en doel van het verdrag" (Artikel 33-4° van het Verdrag van Wenen van 23 mei 1969 inzake het verdragenrecht). Deze interpretatieregel kan moeilijkheden opleveren. Daarom is het raadzaam één authentieke versie te kiezen die alle geschillen zal beheersen. Een dergelijke taalkeuze kan luiden: "De rechten en verplichtingen van partijen onder deze overeenkomst zullen worden geregeld door de Engelstalige tekst van het V.N. Koopverdrag (Wenen, 11 april 1980), met uitsluiting van andere authentieke versies."

Bij het aanpassen van verdragsbepalingen dienen partijen coherent te blijven. De gebruikte terminologie moet bijgevolg stroken met die van het verdrag.

Besluit

In deze bijdrage werd onderzocht in welke mate de wilsautonomie een rol speelt in internationale transacties. Partijen kunnen zelf regelingen treffen omtrent de bevoegdheid en het toepasselijk recht. Daarmee kunnen ze in belangrijke mate het verloop van eventuele gerechtelijke procedures bepalen. Ondernemingen moeten er echter steeds op toezien dat aan hun afspraken gevolg kan worden verleend. De naleving van de verschillende (vooral vorm-)voorwaarden is daarom cruciaal.

Over het praktisch belang van het Weens koopverdrag moet men geen al te hoge verwachtingen koesteren. Veelal wordt het uitgesloten. Wanneer dit niet het geval is, geldt het alleen als residuaire regeling, ondergeschikt aan de individuele contracten en de algemene voorwaarden van partijen. Dit neemt niet weg dat het verdrag een rol kan spelen. Automatische uitsluiting is niet aan te raden. Bij het opstellen van contracten en algemene voorwaarden moet telkens worden nagegaan of de voordelen van de toepassing van de eenvormige verdragsregeling niet zwaarder wegen dan de nadelen ervan. Dit vergt een onderzoek naar de bepalingen van het verdrag zelf.

Bibliografie

- BERTRAMS, R.I.V.F. (1995), *Enige aspecten van het Weens Koopverdrag*, Preadvies Vereniging voor Burgerlijk Recht, Lelystad, Koninklijke Vermande, blz. 1-80.
- BOELE-WOELKI, K. (1996), "Geünificeerd materieel recht gaat vóór een conflictenrechtelijke benadering. Het formele toepassingsgebied van het Weens Koopverdrag", in: S. KORTMANN, J. MAEIJER, A. NUYTINCK en S. PERRICK, eds., *Op recht. Bundel opstellen aangeboden aan Prof. mr. A.V.M. Struycken*, Zwolle, Tjeenk Willink, blz. 11-18.
- COUWENBERG, I. (1997), "De lex contractus onder het Europees Overeenkomstenverdrag", in: H. VAN HOUTTE en M. PERTEGAS, eds., *Europese IPR-verdragen*, Leuven, Acco, blz. 201-234.
- ERAUW, J., H. VAN HOUTTE en P. WAUTELET, eds. (1997), *Het Weens Koopverdrag*, Antwerpen, Intersentia Rechtswetenschappen, 375 blz.
- FARNSWORTH, E.A. (1988), "Review of Standard Forms or Terms under the Vienna Convention", *Cornell Int. L.J.*, blz. 439-447.
- FROHN, E. (1995), "Toepassing Weens Koopverdrag 1980 door de Nederlandse rechter", in: F. GROSHEIDE en K. BOELE-WOELKI, eds., *Europees Privaatrecht 1995. Opstellen over Internationale Transacties en Intellectuele Eigendom*, Lelystad, Koninklijke Vermande, blz. 199-221.

- HITMA, J. (1994), *Koop en Ruil*, Asser Serie - Bijzondere Overeenkomsten, Zwolle, Tjeenk Willink, 549 blz.
- HOLTHAUSEN, R. (1989), "Vertraglicher Ausschluss des UN-Übereinkommens über internationale Warenkaufverträge", *Recht der internationalen Wirtschaft*, blz. 513-518.
- HONNOLD, J. (1991), *Uniform Law for International Sale under the 1980 United Nations Convention*, Deventer, Kluwer, 717 blz.
- KANNING, A. (1996), "Het Weens Koopverdrag: een transactie-kosten-benadering", *Tijdschrift voor Privaatrecht*, blz. 883-902.
- KAROLLUS, M. (1995), "Judicial interpretation and application of the CISG in Germany 1988-1994", in: *Cornell Int. L. Journal*, ed., *Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*, Boston, Kluwer, blz. 51-95.
- LAVERS, R.M. (1993), "CISG: to use or not to use", *International Business Lawyer*, januari, blz. 10-14.
- NEUMAYER, K.H. en C. MING (1993), *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises*, Lausanne, CEDIDAC, 763 blz.
- SCHLECHTRIEM, P. (1986), *Uniform Sales Law: The UN-convention on Contracts for the International Sales of Goods*, Wenen, Manz, 120 blz.
- SCHLECHTRIEM, P. (1996), *Internationales UN-Kaufrecht: ein Studien- und Erläuterungsbuch zum Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf*, Tübingen, Mohr, 259 blz.
- STORME, M. en B. DEMEULENAERE (1989), *International commercial arbitration in Belgium: a handbook*, Deventer, Kluwer, 306 blz.
- STRIKWERDA, L. (1995), *Inleiding tot het Nederlandse Internationaal Privaatrecht*, Groningen, Wolters-Noordhoff, 317 blz.
- STRIKWERDA, L. (1996), "Rechtskeuze tussen ipr en epr", in: G.E. SCHMIDT en J.A. FREEDBERG-SWARTZBURG, eds., *Het NIPR geannoteerd. Annotaties opgedragen aan Dr. Mathilde Sumampouw*, Den Haag, T.M.C. Asser Instituut, blz. 140-143.
- VAN DE PAVERD, C.A.M. (1994), "Internationale koop en het Weens Koopverdrag", in: B. WESSELS en T. VAN WEICHEM, eds., *Contracteren in de internationale praktijk*, Deventer, Kluwer, blz. 72-101.
- VANHEUSDEN, K. (1996), "Juridische aspecten van de export", *Berichten over de Buitenlandse Handel*, middenkatern, nr. 8/96.
- VAN HOUTTE, H. (1997), "Uitsluitende bevoegdheidsgronden", in: H. VAN HOUTTE en M. PERTEGAS, eds., *Europese IPR-verdragen*, Leuven, Acco, blz. 43-70.
- VAN HOUTTE, H. (1995), *The law of international trade*, Londen, Sweet & Maxwell, 429 blz.
- WINSHIP, P. (1995), "Changing contract practices in the light of the United Nations Sales Convention: a guide for practitioners", *International Lawyer*, blz. 525-554.
- WITZ, C. (1995), *Les premières applications jurisprudentielles du droit uniforme de la vente internationale*, Parijs, L.G.D.J., 175 blz.
- ZWALVE, W.J. (1994), "Het privaatrecht naar 2100", *N.T.B.R.*, blz. 180-185.

Abstract

Legal Aspects of International Sales

International sales give rise to two important legal issues, i.e. that of jurisdiction and of applicable law. These issues will first and foremost be resolved taking into account what parties have agreed. Most legal systems recognize parties' freedom to give jurisdiction to the judge or arbiter of their choice. Similarly, their freedom of choice allows them to decide which national law will apply. The Vienna Sales Convention elaborates further on this freedom. It lets the parties agree on a total or partial exclusion of its provisions. In this article it is argued that private parties should not automatically disregard the Vienna Convention. A well thought of choice for its application can be in the parties' interest.

Renaat Berckmoes *

Marleen Stas *

Het documentair krediet als instrument om het betalingsrisico te beperken

Trefwoorden: incoterms; documentaire kredieten; documentary credits; internationale handel; trade finance; internationale betalingen

In de internationale handel worden koper en verkoper met risico's van zeer uiteenlopende aard geconfronteerd. Bovendien kennen beide partijen elkaar meestal nauwelijks. De exporteur wil vooral de zekerheid dat betaling zal volgen nadat hij de goederen heeft geleverd. De importeur daarentegen wenst de zekerheid dat hij de bestelde goederen zal ontvangen nadat hij betaald heeft. De meeste betalingstechnieken in de internationale handel berusten volledig op het wederzijds vertrouwen tussen beide handelpartijen. Er is evenwel een betalingsinstrument dat de tegenstrijdige belangen van de leverancier-exporteur en van de koper-importeur met elkaar verzoent: door te betalen door middel van een documentair krediet wordt het probleem van het "gelijk oversteken" grotendeels opgelost. "The letter of credit is intended to grease the wheels of commerce and trade" en dat doet het documentair krediet ook, mede onder de sterke impuls van de Internationale Kamer van Koophandel in Parijs.

In dit artikel vertrekken we van een typologie van de risico's die inherent zijn aan het internationaal handelsverkeer en staan vervolgens kort stil bij de incoterms en de verschillende documenten die onder het documentair krediet worden aangeboden. Daarna wordt de structuur van het documentair krediet zelf onder de loep genomen. Daarbij wordt ruime aandacht besteed aan de diverse types van documentaire kredieten, aan de manier waarop het documentair krediet de eerder opgesomde risico's weet te ondervoanngen of te beperken, en aan de verschillende financieringsmogelijkheden die ermee gepaard gaan.

* Kredietbank