

worden uitgegeven door middel van een *onderhandse* akte, conform de als bijlage aangehechte akte van uitgifte. Daar aan ligt ten grondslag dat de omstandigheden zoals die zijn beschreven in de beschikking van 15 juli 2022 en de op basis daarvan gemaakte belangenafweging ten tijde van de onderhavige beschikking nog steeds bestaan en dat de weigering van de notaris om de uitgifteakte te passeren zou betekenen dat de aanvullende financiering tegen uitgifte van nieuwe aandelen, die noodzakelijk is voor de continuïteit van Cicerone, alsnog niet kan worden verstrekt (zie r.o. 3.3-3.4). Een en ander maakt het treffen van aanvullende onmiddellijke voorzieningen volgens de OK noodzakelijk.

Tegen de achtergrond van de geschetste feiten en omstandigheden lijkt de beslissing van de OK mij goed te begrijpen. Wel maak ik enkele opmerkingen. Als eerste valt op dat het primaire verzoek van Cicerone, te weten het verzoek om te bepalen dat de beschikking in de plaats treedt van de notariële akte en om de doorlopende tekst van de bijgevoegde akte op te nemen in de beschikking, wordt afgewezen, maar niet uitdrukkelijk wordt besproken. De reden van de afwijzing is niet duidelijk, maar het valt aan te nemen dat de OK met de verwijzingen naar de *Skygate*-beschikking en de *Versatel*-beschikking heeft willen kiezen voor de minst ingrijpende maatregel om het beoogde doel te bereiken. Het toegewezen subsidiaire verzoek betreft naar zijn aard namelijk een tijdelijke maatregel, omdat deze vooralsnog alleen voor de duur van het geding wordt getroffen, terwijl het primaire verzoek, gelet op de formulering daarvan en het bepaalde in art. 3:300 lid 2 BW, naar zijn aard een permanente maatregel is. Dat laatste ging de OK dus kennelijk te ver.

Als tweede merk ik op dat het toestaan van een aandelenuitgifte 'voor de duur van het geding' mijns inziens een merkwaardig fenomeen is. Naar mijn weten is dit ook de eerste keer dat de OK bij onmiddellijke voorziening een aandelenuitgifte toestaat die in afwijking van art. 2:196 lid 1 BW niet bij notariële akte, maar krachtens een onderhandse akte tussen de vennootschap en de begunstigde aandeelhouder – en dus feitelijk met terzijdestelling van de andere aandeelhouder – wordt geëffectueerd. Dit gaat ver en leidt tot verwatering van Todwicks aandelenbelang van 49% naar circa 29%, maar is wel verklaarbaar tegen de achtergrond van de eveneens uit de *Skygate*-beschikking voortvloeiende regel dat (kort gezegd) voorlopige voorzieningen tevens kunnen leiden tot onomkeerbare gevolgen en de omstandigheid dat een minder ingrijpende maatregel in dit spoedgeval waarschijnlijk niet effectief zou zijn. Het merkwaardige zit hem in de tussen aanhalingstekens geplaatste woorden. De aandelenuitgifte zal namelijk bij het eindigen van het geding bezwaarlijk ongedaan gemaakt kunnen worden, aangezien de aanvullende financiering tegen die tijd geheel of gedeeltelijk zal zijn besteed en in de tussentijd ook besluiten kunnen worden genomen op basis van de nieuwe verdeling van aandelen, zodat de vraag is welke waarde nog aan de woorden 'voor de duur van het geding' toekomt. Daar staat tegenover dat Todwick geen verweer heeft gevoerd tegen het onderhavige verzoek. Ook ligt het voor de hand dat aangezien deze onmiddellijke voorziening het geschil (vooralsnog) lijkt te hebben opgelost, er geen onderzoek meer zal worden bevolen, hetgeen bij enquêteprocedures regelmatig voorkomt (vgl. J. van Bekkum e.a. (red.), *Geschriften vanwege Vereniging Corporate Litigation 2021-2022*, VDHI nr. 178, 2022/3.14.2). Een en ander beperkt mogelijk het risico dat Todwick cassatieberoep zal instellen of de aandelenuitgifte in een later stadium op een andere manier zal proberen ongedaan te maken.

Mijn derde opmerking ziet op de noodzaak van de aandelenuitgifte. Uit de beschikking van 15 juli 2022 blijkt dat Shell voorafgaand aan en tijdens de enquêteprocedure meerdere keren grote bedragen aan de Cicerone-groep c.q. Alliance ter beschikking heeft gesteld zonder dat daar een aandelenuitgifte tegenover stond. Shell was later alleen bereid om aanvullende financiering te verstrekken als daar uitgifte van nieuwe aandelen aan haar tegenover stond. Uit de beschikkingen blijkt niet duidelijk waarom dat zo is. Duidelijk is dat er haast geboden was bij de aanvullende financiering en het is begrijpelijk dat Shell vanwege de verrichte en nog nader te verrichten financiële injecties – Shell verwachtte tot eind 2022 nog circa € 20 miljoen aanvullend te moeten financieren – haar aandelenbelang wilde vergroten, maar gelet op de verwatering die de uitgifte voor Todwick tot gevolg heeft, had de noodzaak van de uitgifte (in deze omvang) wat mij betreft beter mogen worden gemotiveerd.

mr. E.P.C. Duinkerke
De Kempenaer Advocaten N.V.

Civiel recht

47

Geen toetsing toegestaan op basis van het Weens Koopverdrag indien de rechtbank enkel toepassing heeft gegeven aan Nederlands recht met uitsluiting van dit verdrag en er geen grieven zijn gericht tegen het oordeel van de rechtbank dat Nederlands recht van toepassing is

Hoge Raad
24 februari 2023, nr. 22/00265, ECLI:NL:HR:2023:313
(mr. Polak, mr. Du Perron, mr. Wattendorff, mr. Ter Heide, mr. Teuben)
(Concl. A-G Hartlief)
Noot mr. drs. ir. E.J.H. Zandbergen en mr. S. Lubberhuizen

Grievensstelsel. Grenzen van rechtsstrijd. Uitleg van uitspraak. Toepasselijkheid Weens Koopverdrag.

[Rv art. 24, 25; BW art. 10:2; Weens Koopverdrag art. 1, 6]

Essentie: Het stond het hof niet vrij om het Weens Koopverdrag (WKV) toe te passen, nu (i) de rechtbank toepassing heeft gegeven aan Nederlands recht met uitsluiting van het WKV en (ii) het hof (in cassatie onbestreden) heeft geoordeeld dat geen grief is gericht tegen de beslissing van de rechtbank dat Nederlands recht van toepassing is.

Samenvatting: In de algemene voorwaarden die van toepassing zijn op een internationale koopovereenkomst is Nederlands recht van toepassing verklaard, waarbij het Weens Koopverdrag (WKV) niet is uitgesloten. De rechtbank oordeelt dat inderdaad Nederlands recht van toepassing is. Eiseres baseert haar vorderingen op zowel het WKV als het Burgerlijk Wetboek (BW), maar de rechtbank beoordeelt de vorderingen enkel op basis van het BW. In appel worden geen grieven gericht tegen het oordeel van de rechtbank dat Nederlands recht

van toepassing is, maar wordt door appellante in haar memorie van grieven wederom een beroep gedaan op het WKV. Het hof beoordeelt de vorderingen van appellante op basis van het WKV. In cassatie dient de Hoge Raad (onder meer) te beoordelen of het hof terecht de vorderingen aan de hand van het WKV heeft beoordeeld (nu niet is gegriefd inzake toepasselijkheid van Nederlands recht). De Hoge Raad oordeelt dat het hof niet vrijstond om de vorderingen op basis van het WKV te beoordelen, nu (i) de rechtbank toepassing heeft gegeven aan Nederlands recht met uitsluiting van het WKV en (ii) het hof (in cassatie onbestreden) heeft geoordeeld dat geen grief is gericht tegen de beslissing van de rechtbank dat Nederlands recht van toepassing is. Bij die stand van zaken had het hof volgens de Hoge Raad het WKV buiten toepassing dienen te laten.

Willemen Infra N.V. (voorheen genaamd Aswebo N.V.), gevestigd te Drongen-Gent, België,
eiseres tot cassatie,
hierna: Aswebo,
advocaat: A.C. van Schaick,
tegen
Jura B.V., gevestigd te Meerssen,
verweerster in cassatie,
hierna: Jura,
advocaten: D.M. de Knijff en M.S. van der Keur.

Conclusie Advocaat-Generaal (mr. Hartlief)

Dit geschil gaat over een koopovereenkomst ten aanzien van lijngoten ten behoeve van de renovatie van een start-/landingsbaan van Brussels Airport (ook bekend als Zaventem). In de kern gaat het over het volgende. Jura vordert schadevergoeding van Aswebo, omdat Aswebo niet alle bestelde lijngoten heeft afgenomen. Aswebo voert aan dat zij daartoe niet gehouden was en dat Jura juist aan Aswebo geld moet (terug) betalen, omdat de leverancier van de lijngoten bij het aangaan van de overeenkomst nog niet beschikte over het overeengekomen KOMO-attest en/of omdat de lijngoten niet op tijd konden worden geleverd.

De rechtbank heeft met toepassing van enkel het Burgerlijk Wetboek de vorderingen over en weer afgewezen. Het hof heeft – deels met toepassing van het Weens Koopverdrag – Aswebo veroordeeld tot betaling van schadevergoeding aan Jura nader op te maken bij staat, en de vorderingen van Aswebo afgewezen. In cassatie klaagt Aswebo dat het hof het Weens Koopverdrag niet had mogen toepassen, dat het hof haar beroep op dwaling ten onrechte heeft verworpen, en dat het hof geen veroordeling tot schadevergoeding op te maken bij staat had mogen uitspreken, omdat bindende eindbeslissingen in de tussenarresten daaraan in de weg zouden staan.

1. Feiten

1.1. In cassatie kan van de volgende feiten worden uitgegaan.¹

1 Zie rov. 3.1.1.-3.1.20. van hof 's-Hertogenbosch 30 juni 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:1977 (hierna: 'tussenarrest I'). In hof 's-Hertogenbosch 15 juni 2021, ECLI:NL:GHSHE:2021:1805 (hierna: 'tussenarrest II') en hof 's-Hertogenbosch 9 november 2021, ECLI:NL:GHSHE:2021:3345, *JBP* 2022/40 m.nt. R.M. Andes (hierna: 'eindarrest') is het hof van deze feiten uitgegaan. Zie voor deze zaak in eerste aanleg Rb. Limburg 9 mei 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:4662, zaaknummer/rolnummer:

1.2. Brussels Airport Company N.V. (hierna: 'BAC') exploiteert in opdracht van de Belgische Staat de nationale luchthaven Brussels Airport. BAC heeft een werk, bestaande uit de renovatie van de start-/landingsbaan 07R-25L op Brussels Airport openbaar aanbesteed. Onderdeel van het programma van eisen van BAC is het aanbrengen van een lijnafwateringssysteem, in hoofdzaak bestaande uit verholen lijngoten die moeten zijn voorzien van een KOMO-attest met productcertificaat. Onderdeel van het programma van eisen van BAC is ook dat de werkzaamheden aanvangen op 27 mei 2015 en binnen de gestelde uitvoeringstermijnen worden uitgevoerd.

1.3. Het werk is aan Aswebo gegund. Op 6 februari 2015 heeft BAC een overeenkomst met Aswebo gesloten. De overeenkomst bevat de verplichting voor Aswebo om verholen lijngoten aan te brengen, voorzien van een KOMO-attest met productcertificaat.

1.4. De overeenkomst bevat ook de verplichting voor Aswebo het werk binnen de gestelde uitvoeringstermijnen uit te voeren. Voor de Fase East en de Fase West geldt een uitvoeringstermijn van 27 mei 2015 05.00 uur tot en met 3 augustus 2015 05.00 uur.

1.5. Voor de Fase Crossing geldt in geval van volcontinu werk, behoudens indien bij aanvang van het werk van deze fase de weersomstandigheden het gebruik van baan 01/19 vereisen, een uitvoeringstermijn van 3 augustus 2015 05.00 uur tot en met 13 augustus 2015 05.00 uur en in geval van nachtwerk een uitvoeringstermijn van 13 augustus 2015 22.00 uur tot en met 7 september 2015 05.00 uur. In de overeenkomst is opgenomen dat de naleving van de uitvoeringstermijnen van essentieel belang is voor BAC en dat de loutere overschrijding van de uitvoeringstermijnen daarom een ernstige tekortkoming van Aswebo betekent die van rechtswege en zonder voorafgaande ingebrekestelling grond biedt een schadevergoeding van Aswebo te vorderen van € 10.000 per begonnen uur vertraging.

1.6. Jura heeft op verzoek van Aswebo op 26 februari 2015 aan Aswebo een offerte voor de levering van materialen voor een verholen lijnafwateringssysteem gezonden. Deze offerte met nummer 1502018A vermeldt dat Jura de geoffreerde producten aanbiedt volgens de algemene verkoopvoorwaarden van Jura, die zowel als bijlage als via www.jurabv.nl zijn terug te vinden, tegen een koopsom van in totaal € 3.637.500,00. In de offerte is onder meer opgenomen dat de levertermijn en de leveringsdatum bij opdracht overeen zijn te komen en dat er na ondertekening van het contract een verplichting is tot afname door Aswebo.

1.7. De offerte vermeldt verder onder andere dat voor Aswebo een maximale kredietlimiet van € 500.000,00 geldt en dat Aswebo een werkelijke hoeveelheid te leveren materialen dient op te geven in verband met de productie.

1.8. De typeaanduidingen van de producten (verholen lijngoten, zandvangers en hoeklementen) die Jura aan Aswebo heeft geoffreerd beginnen telkens met de hoofdletters SR en de artikelnummers van die producten hebben de toevoeging 'fu', hetgeen betekent dat de desbetreffende producten zijn voorzien van een geïntegreerde funderingsvoet. Bij de geoffreerde producten is telkens vermeld dat de materialen zijn voorzien van een KOMO-attest met productcertificaat.

C/03/233051 / HA ZA 17-143 (hierna: 'eindvonnis') (niet gepubliceerd). De citaten uit producties heb ik weergegeven conform de originele stukken.

1.9. De offerte is door beide partijen van een handtekening voorzien en bevat bij de prijzen van de diverse geoffreerde producten handgeschreven de toevoeging ‘-9,3%’.

1.10. Artikel 4 van de algemene voorwaarden van Jura, waarnaar in de offerte wordt verwezen, bepaalt onder andere dat overschrijding van overeengekomen levertijden door Jura geen wanprestatie oplevert en de klant geen recht geeft om de overeenkomst geheel of gedeeltelijk te annuleren of te beëindigen en/of vergoeding van schade door hem of derden geleden, te vorderen.

1.11. Op 27 februari 2015 hebben Jura en Aswebo een bespreking gehouden. Een besprekingsverslag, dat niet voor akkoord is ondertekend, luidt, voor zover thans van belang, als volgt:

‘(...) Onderstaand de zaken die zijn overeengekomen in de bespreking.

– Eind volgende week (wk10) is de planning van aannemer bekend. (...)

– Transport producent – bouwplaats kan met max. 10 vrachtwagens per dag = 200m1 per dag.

– Leveranties 5 dagen per week, niet in weekend.

– Uitvoering aannemer in 3 fasen. Fase 1 en 2 gelijktijdig met 2 ploegen. Fase 3 is de crossing, die staat voor laatste week augustus gepland (wk35).

– Start plaatsen goten 29 mei (eind wk22). In week 25/26 moet tussen 5km en 6km aanwezig zijn op het werk, eind juni moeten die staan ingebouwd. De crossing is ca. 1km goot.

– Er is een prijsakkoord voor de elementen die zijn genoemd in de offerte (...) voor EURO 3.637.500,00 (dat betekent een korting van 9,3% op de eenheidsprijzen in de offerte). De aannemer betaalt binnen 8 dagen en ontvangt daarvoor nog 2% extra korting op voornoemd bedrag. Het akkoord geldt voor de eenheidsprijzen, die worden aangepast n.a.v. nieuwe prijs en korting.

– Jura stuurt nieuwe offerte aan Aswebo met de aangepaste eenheidsprijzen. (...)

– Afhankelijk van de installatieplanning van de aannemer, de planning van de productie en de transportcapaciteit zal een bepaalde hoeveelheid voorraad op de bouwlocatie moeten zijn voor de uitvoering. Dit wordt in overleg nader afgestemd. (...)’²

1.12. Bij e-mail van 4 maart 2015 heeft Aswebo aan Jura als volgt bericht:

‘(...) Hierbij onze opmerkingen/aanvullingen bij dit verslag: Puntje 4: Correctie wat uitvoeringsperiode fase 3 betreft: deze is voorzien in week 32 (vanaf 03/08-2015!!), dus de eerste week augustus en niet de laatste week augustus (wk 35) (...)’³

1.13. Jura en Aswebo hebben op 9 maart 2015 opnieuw een bespreking gehouden. Het verslag daarvan vermeldt onder andere dat de officiële bestelling zo spoedig mogelijk in bezit van Jura dient te komen. Op 16 maart 2015 hebben Jura en Aswebo een bezoek aan de werf in Duitsland gebracht. Het verslag daarvan vermeldt onder andere dat Aswebo ‘woensdag’ de nieuwe totale planning op basis van de nieuwe tekeningen stuurt en dat Jura ‘donderdag’ de wenselijke planning van de aannemer met de producent bespreekt en terugkoppelt wat qua productie en levering mogelijk is.

1.14. Bij e-mail van 3 april 2015 heeft Aswebo aan Jura een bestelling opgegeven. De typeaanduidingen van de bestelde

materialen beginnen evenals in de offerte van 26 februari 2015 met de hoofdletters SR. Bij de bestelde verholten lijngoten en zandvangers staat telkens vermeld: ‘& KOMO Attest met product certificaat’. De bestelling bevat diverse clausules van Aswebo waaronder die voor de leveringstermijn. Deze luidt:

‘(...) *Leveringstermijn*: volgens het in onderling overleg vastgelegde leveringschema/planning en in overleg met de werfleider, (...). Deze afgesproken planning is bindend en essentieel. JURA BV verbind[t] zich ertoe de leveringen zo uit te voeren dat de vooropgestelde planning zal gehaald worden. (...)’⁴

1.15. Bij e-mail van 10 april 2015 heeft Jura aan Aswebo als volgt bericht:

‘(...) Gezien het feit dat de opdrachtverstrekking vertraagd is en officieel pas op 03-04-2015 per mail is ontvangen, willen wij U informeren dat de productomschrijvingen zoals vermeld in de bestelling niet correct zijn. (...)

U ziet dat er geen KOMO bij vermeld staat.

Producent [A] is in het bezit van het KOMO certificaat op het product SR30U en SR30/40U (Zie bijlage KOMO).

Bij de periodieke audit van KIWA bij [A] op 02-04-2015 is gebleken dat er een uitbreiding op het certificaat moet worden gemaakt voor het type goot met geïntegreerd fundament; te weten het type SR30U-Fu & SR30/40U-Fu.

Het bezoek voor deze aanvullende certificatie zal in Week 22 (28-05-2015) op de fabriek plaatsvinden.’⁵

1.16. Bij e-mail van 14 april 2015 heeft Jura aan Aswebo het volgende bericht:

‘(...) We kunnen en willen graag leveren conform de eerder uitgebrachte offerte nr. 1502018A zoals door U gezien en akkoord bevonden.

Hetgeen dan inhoud[t] dat wij dan in afwachting zijn van uw Officiële bestelling wanneer levering kan plaatsvinden.

Uw eerdere Officiële bestelling 03-04-2015 met kenmerk was niet conform offerte hetgeen we ook aan U hebben opgemerkt.

Alle handen suggesties die gedaan zijn om het proces te versnellen leiden klaarblijkelijk tot verwarring en om misverstanden te voorkomen wil ik even benadrukken dat we kunnen leveren conform oorspronkelijke offerte van 26-02-2015 zoals door U gezien en akkoord bevonden is.

Hetgeen dus inhoud[t] dat wij op basis van uw nieuwe officiële bestelling kunnen gaan leveren, we zijn dus in afwachting van uw officiële bestelling.’⁶

1.17. Bij e-mail van 16 april 2015 heeft Aswebo daarop aan Jura de volgende reactie gegeven:

‘(...) 1. De verkoopsovereenkomst is tussen partijen volwaardig tot stand gekomen op basis van uw offerte van 26/2/2015, welke door Aswebo is aanvaard en door partijen is geparafeerd en ondertekend voor akkoord. Deze aldus tot stand gekomen overeenkomst houdt de officiële bestelling in, en er was en is dus ook geen “nieuwe bestelling” nodig.

Het document van 3 april 2015, dat op uw verzoek aan u werd doorgestuurd, was in feite overbodig en niet meer dan een bevestiging van de reeds gesloten overeenkomst en de daarin reeds vervatte bestelling.

2. Om de uitvoering van de werken niet in het gedrang te brengen, wat ongeziene gevolgen zou teweeg brengen zoals u wel bekend, dienen de leveringen van de goten *uiterlijk vanaf*

2 Productie 6 bij conclusie van antwoord, tevens conclusie van eis in reconventie van Aswebo.

3 Productie 10 op 30 oktober 2017 door Jura ingebracht ter gelegenheid van de mondelinge behandeling.

4 Productie 3 bij dagvaarding in eerste aanleg van Jura.

5 Productie 4 bij dagvaarding in eerste aanleg van Jura.

6 Productie 5 bij dagvaarding in eerste aanleg van Jura.

week 17 (aankomst in Zaventem vanaf dinsdag 21/4/2015 zoals afgesproken na uw laattijdige afmelding van de levering van 16/4 daags voordien pas rond 17 uur met alle verloren kosten hierdoor) door te gaan conform de overeenkomst en principieel met KOMO-attest. De leveringen die gebeuren zonder KOMO-attest dienen een KOMO-attest of een door BAC te aanvaarden gelijkwaardig attest te bekomen, desgevallend via een partijkeuring door KIWA op de werf zoals vermeld in uw mail van 15/4/2015. De levering met KOMO-attest is uw contractuele verplichting en verantwoordelijkheid. Bij ontstentenis hiervan, zijn wij genoodzaakt alle kosten en schade hierdoor aan u in rekening te brengen. (...)»⁷

1.18. Bij e-mail van 30 april 2015 heeft Aswebo aan Jura meegedeeld betaling van de facturen van Jura op te schorten tot dat BAC een partijkeuring van de lijngoten heeft aanvaard.

1.19. Bij brief van 6 mei 2015 heeft Aswebo aan Jura het volgende gemeld:

‘(...) Op 30 april 2015 ontving Aswebo m.b.t. de bovenvermelde werf een aangetekende ingebrekestelling van haar opdrachtgever Brussels Airport Company (BAC) i.v.m. de door Jura BV geleverde en te leveren verholde lijngoten met verbrede voet.

Naar aanleiding daarvan en onder verwijzing naar alle reeds voorgaande briefwisseling per email, dienen wij u eveneens nogmaals en formeel in gebreke te stellen: (...)»⁸

1.20. Bij e-mail van 7 mei 2015 heeft Jura aan Aswebo het volgende bericht:

‘1. In de eerste plaats stellen wij vast dat de overeengekomen maximale kredietlimiet overschreden wordt ten gevolge van de niet-correcte betalingen door Aswebo aan Jura.

Zoals blijkt uit de offerte van 26 februari 2015 waren de leveringen aan Aswebo afhankelijk van een kredietlimiet van 500.000 euro, waarvan vandaag reeds voor een bedrag van 450.000 euro werd geprefinancierd door Jura.

Door het opschorten van de betalingen door Aswebo, ziet Jura zich dan ook genoodzaakt om, tot zolang deze opschorting duurt, alle bijkomende leveringen op te schorten.

Zonder een correcte vrijgave van de gelden kan er immers niet worden geproduceerd, met een onvermijdelijke vertraging van de werken tot gevolg.

Het is overigens voor Jura onmogelijk om verder te leveren zolang zij niet in het bezit wordt gesteld van de technische fiches en werktekeningen uitgaande van Aswebo en Brussels Airport Company.

Zonder deze documenten kunnen onmogelijk speciale elementen worden geproduceerd door onze fabrikant.

Van dit feit is zowel Aswebo als de luchthaven op de hoogte, zodat Jura hiervoor dan ook nu reeds alle voorbehoud maakt.

2. Op woensdag 6 mei 2015 werd een partijkeuring verricht door een gecertificeerde instelling voor keuringen (KIWA Nederland).

Jura vernam dat deze keuring goed is verlopen en dat KIWA dienvolgens een positief verslag zal uitbrengen waaruit blijkt dat de door Jura geleverde producten wel degelijk werden geproduceerd volgens de norm en dat aldus de kwaliteit ervan gegarandeerd is.

Gelet op het feit dat de resultaten van deze goedkeuring binnen een zeer korte termijn ter kennis zullen worden gebracht van Aswebo en de luchthaven, zijn wij dan ook zeer verrast

over de inhoud van het aangetekend schrijven van 6 mei 2015 (...)»⁹

1.21. Jura heeft bij e-mail van 11 mei 2015 aan Aswebo een concept leveringsvoorstel voor de nog resterende producten verstrekt. Bij e-mail van 13 mei 2015 heeft Aswebo aan Jura de volgende reactie gegeven:

‘Ondanks formele afspraken en verbintenissen aangaande de nodige leveringen vereist voor een tijdige uitvoering wat jullie op zich genomen hebben (zie ook o.a. het mail-verkeer hier voorafgaand) stellen wij terug vast dat de gedane afspraken geenszins worden nageleefd. Waar er op uw leveringsschema sprake was van 25 vrachten deze week blijken er slechts 6 vrachten voorzien. Voor volgende week maandag zijn er 7 vrachten voorzien daar waar u, als de achterstand van deze week volgende week wordt weggewerkt er 72 of gemiddeld 14,5 vrachten per dag vereist zijn. Dergelijke handelwijze is volledig in strijd met de aangegane verbintenissen en met wat absoluut vereist is om de werken op de startbaan tijdig te kunnen afwerken. Dit was u welbekend en we dienen u dan ook aansprakelijk te stellen voor alle gevolgen die hieruit voortvloeien, rechtstreeks of onrechtstreeks.

Gezien ook de opdrachtgever volledige duidelijkheid wil hebben aangaande het niet naleven van de verbintenissen volgens het door u aan ons en aan BAC doorgestuurd leveringsschema eist de opdrachtgever dat er maandag a.s. met een vertegenwoordiger van BAC, met iemand van Aswebo en iemand van Jura ter plaatse bij [A] wordt vastgesteld welke hoeveelheid er is geproduceerd, hoeveel er dagelijks gegarandeerd kan geproduceerd worden en wat er dagelijks gegarandeerd kan en zal aangevoerd worden. (...)»¹⁰

1.22. Op 18 mei 2015 hebben Jura, Aswebo en BAC gezamenlijk in Duitsland een bezoek gebracht aan [A] (hierna: ‘[A]’), de producent van de verholde lijngoten. Vervolgens heeft Jura op 19 mei 2015 bij e-mail aan Aswebo het volgende meegedeeld:

‘Aanvullend aan de informatie die u gisteren ter plaatse van producent [A] heeft ontvangen aangaande de productieplanning, stuur ik u hierbij nog een overzicht van de productieplanning met de inzet van een extra zesde mal. Daarbij is nog een significante versnelling van de productie realiseerbaar.

De keuze voor de inzet van de extra mal dient zo spoedig mogelijk – vandaag – te worden genomen.»¹¹

1.23. Bij e-mail van 21 mei 2015 heeft Aswebo aan Jura het volgende bericht:

‘In bijlage vind je de aangepaste planning. De productie van de 30/40 ligt op het kritieke pad, dus daar dient extra aandacht aan gegeven worden. Heb je hier een extra mal voor nodig dan dien je deze te voorzien, maar ik vrees dat die gezien de opgelegde timing niet veel zal kunnen gebruikt worden.

Voor de East- en de West-side dient alles (inclusief hulpstukken en zandvangsters) geleverd te zijn tegen uiterlijk 12/6/2015, voor de Crossing alles tegen uiterlijk 30/07/2015 zoals afgesproken op onze vruchtbare bijeenkomst in [plaats] bij [A] op maandag 18/5.

7 Productie 6 bij dagvaarding in eerste aanleg van Jura.

8 Productie 19 bij conclusie van antwoord, tevens conclusie van eis in reconventie van Aswebo.

9 Productie 20 bij conclusie van antwoord, tevens conclusie van eis in reconventie van Aswebo.

10 Productie 24 bij conclusie van antwoord, tevens conclusie van eis in reconventie van Aswebo.

11 Productie 26 bij conclusie van antwoord, tevens conclusie van eis in reconventie van Aswebo.

Ook volgens onze laatste besprekingen van maandag 18/5 en rekening houdend met wat tijdig door [A] kan gefabriceerd worden is de hoeveelheid verholten goten (volgens ons gezamenlijk overleg) gevoelig aangepast.

Mede door de constructieve opstelling van alle partijen en van BAC is op deze manier een haalbare oplossing uit de bus gekomen. Wij rekenen er dan ook op dat de gemaakte afspraken stipt nageleefd worden zodat dit uitdagend project tot ieders voldoening en tevredenheid binnen de vooropgestelde timing kan afgewerkt worden.¹²

1.24. KIWA heeft op 28 mei 2015 aan [A] het KOMO-attest voor de beide typen lijngoten verstrekt.

1.25. Bij e-mail van 12 juni 2015 heeft [betrokkene 1] van Aswebo als volgt verslag gedaan aan de toenmalige advocaat van Aswebo:

‘Hierbij de mail die Jura toen rechtstreeks naar BAC heeft gestuurd (en die wij ook van hen hebben gekregen). Hier gaat het enkel over de oost- en westkant met de hoeveelheid die daarvoor nodig was. Het was omdat we na een of twee dagen reeds merkten dat dit enkel een papier was en totaal niet werd gevolgd (12 tot zelfs 40 vrachtwagens per dag) dat we een afspraak belegd hebben bij [A]. Ongetwijfeld was dat het beste wat we konden doen, want daar bleek o.a. dat het voor de fabriek niet mogelijk was meer dan 11 vrachtwagens te laden per dag en dat terwijl zij op hun planning tot 40 vrachtwagens per dag opgaven. Een bewijs van valse informatie.

De realiteit leert dat we de juiste beslissing hebben genomen. Met de 2300 meter minder komen ze nog maar met de hakken over de sloot wat hun leveringen betreft (volgende week dienen nog leveringen te gebeuren terwijl 12 juni als laatste dag was opgegeven). Tevens houdt hun verhaal van die bewuste zesde mal geen steek: als die er wel was geweest dan scheelde dit 8 m per productiedag (2 keer 4 m), dus dit kon hooguit maximaal 160 m verschil gemaakt hebben. Hadden we voor die 2300 m geen andere oplossing gevonden dan was het een catastrofe geweest, we mogen er niet aan denken (...)’¹³

1.26. De toenmalige advocaten van partijen hebben van 27 mei 2015 tot 10 juni 2015 met elkaar gecorrespondeerd. Bij brief van 2 juni 2015 heeft de advocaat van Jura nog gemeld dat Jura in staat is tijdig alle overeengekomen producten te leveren.

1.27. Aswebo heeft tot in juli 2015 nog bestellingen bij Jura geplaatst, maar zij heeft niet alle in de door haar voor akkoord ondertekende offerte van Jura van 26 februari 2015 vermelde producten afgenomen. Aswebo heeft het werk wel binnen de in de overeenkomst tussen BAC en Aswebo opgenomen termijn opgeleverd.

2. Procesverloop

Eerste aanleg

2.1. Bij dagvaarding van 3 februari 2017 heeft Jura bij de rechtbank Limburg in conventie gevorderd primair veroordeling van Aswebo tot betaling van ruim € 644.000 ter zake van gedeelde winst, subsidiair veroordeling tot betaling van een door de rechtbank te begroten bedrag, in beide gevallen te vermeerderen met buitengerechtelijke incassokosten, wettelijke handelsrente en verdere kosten. Jura heeft aan die vorde-

ringen ten grondslag gelegd dat zij winst heeft gederfd, doordat Aswebo zonder deugdelijke grond heeft geweigerd voor een bedrag van ruim € 1,5 miljoen aan producten af te nemen, hoewel Aswebo daartoe op grond van de overeenkomst wel was gehouden.

2.2. In reconventie heeft Aswebo gevorderd (i) ontbinding van de overeenkomst en veroordeling van Jura tot terugbetaling van ruim € 1,2 miljoen op grond van ‘onverschuldigde betaling’ (voortvloeiende uit de ongedaanmakingsverbintenis), althans betaling van dit bedrag als schadevergoeding, en een bedrag van ruim € 55.000 aan aanvullende schadevergoeding, en voor het geval de vordering onder (i) niet wordt toegewezen, (ii) veroordeling van Jura tot het opheffen van het nadeel (bestaande uit de hiervoor genoemde bedragen) dat voortvloeit uit dwaling aan de zijde van Aswebo, in beide gevallen te vermeerderen met wettelijke rente en kosten.

2.3. De rechtbank heeft de vorderingen in conventie en reconventie afgewezen. In het eindvonnis heeft de rechtbank vooropgesteld dat de overeenkomst tussen partijen op grond van de algemene voorwaarden van Jura wordt beheerst door Nederlands recht.¹⁴ In conventie heeft de rechtbank geoordeeld dat Aswebo niet zonder redelijke grond heeft geweigerd de door Jura bedoelde producten af te nemen, omdat Aswebo zich tegenover de conventionele vordering terecht beroept op de (partiële) ontbinding van het deel van de overeenkomst dat nog niet was uitgevoerd. Daartoe heeft de rechtbank geoordeeld dat partijen strikte leveringstermijnen zijn overeengekomen, die moeten worden gekwalificeerd als fatale termijnen. Bij overschrijding van deze termijnen treedt verzuim zonder ingebrekestelling in. Uit een – door Jura niet (voldoende) weersproken – verklaring van de zijde van Aswebo volgt dat de overeengekomen fatale leveringstermijnen door Jura niet konden worden gehaald. De tekortkoming van Jura is van dien aard dat Aswebo een beroep op (partiële) ontbinding toekomt en Aswebo is bevrijd van haar verplichting tot afname van de producten die zij nog niet van Jura heeft afgenomen.¹⁵

2.4. In reconventie heeft de rechtbank geoordeeld dat Aswebo geen beroep toekomt op ontbinding van het deel van de overeenkomst dat wel al was uitgevoerd. De grond voor ontbinding was volgens Aswebo dat Jura niet heeft voldaan aan haar verplichting om goten (van het Fu-type) te leveren met KOMO-attesten en dat de wel uitgevoerde partijkeuringen hiervoor geen gelijkwaardige oplossing waren. De rechtbank heeft echter geoordeeld dat partijen afspraken hebben gemaakt om te komen tot een oplossing voor de afwezigheid van het KOMO-attest, in de vorm van een partijkeuring ter plaatse en aanpassing van de planning. De tekortkoming van Jura rechtvaardigde daarom niet de ontbinding van de overeenkomst.¹⁶ Vervolgens heeft de rechtbank ook het beroep op dwaling, dat volgens de rechtbank op dezelfde argumenten berust, verworpen, omdat Aswebo onvoldoende heeft onderbouwd dat zich één van de gevallen uit art. 6:228 lid 1 BW heeft voorgedaan.¹⁷

Hoger beroep

2.5. Jura heeft bij dagvaarding van 18 juni 2018 bij het Hof 's-Hertogenbosch hoger beroep ingesteld tegen het eindvon-

12 Productie 27 bij conclusie van antwoord, tevens conclusie van eis in reconventie van Aswebo.

13 Productie 28 bij conclusie van antwoord, tevens conclusie van eis in reconventie van Aswebo.

14 Eindvonnis, rov. 4.3.1.-4.3.2.

15 Eindvonnis, rov. 4.6.3. en 4.6.11.-4.6.12.

16 Eindvonnis, rov. 4.7.1. e.v. (in het bijzonder rov. 4.7.5.).

17 Eindvonnis, rov. 4.8.1.-4.8.2.

nis van de rechtbank Limburg van 9 mei 2018. Aswebo heeft incidenteel hoger beroep ingesteld.

Tussenarrest I

2.6. In tussenarrest I heeft het hof vooropgesteld dat partijen geen grief hebben gericht tegen de beslissing van de rechtbank dat in deze zaak Nederlands recht van toepassing is. Vervolgens heeft het hof overwogen dat de vorderingen moeten worden beslist op basis van Nederlands recht, en dat daarbij ook het Weens Koopverdrag van toepassing is, omdat partijen de toepasselijkheid daarvan niet hebben uitgesloten:

‘3.5. Het hof stelt vast dat partijen geen grief hebben gericht tegen de beslissing van de rechtbank dat de Nederlandse rechter bevoegd is om in deze zaak te beslissen op basis van Nederlands recht. Het hof deelt het oordeel van de rechtbank. Op de overeenkomst tussen partijen zijn de algemene voorwaarden van Jura van toepassing. Artikel 12 van die voorwaarden bepaalt dat geschillen tussen partijen worden beslecht door de rechtbank, locatie Maastricht op basis van Nederlands recht.

3.5.1. Het gaat hier om een koopovereenkomst van roerende zaken tussen partijen die in verschillende staten gevestigd zijn, terwijl die staten, België en Nederland, partij bij het WKV [*Weens Koopverdrag, A-G*] zijn. Op grond van artikel 1 aanhef en sub a WKV is het WKV op de overeenkomst tussen Jura en Aswebo van toepassing. Een van de uitzonderingen genoemd in de artikelen 2, 3 en 6 WKV doet zich niet voor. Slechts wanneer partijen de toepasselijkheid van het WKV zouden hebben uitgesloten, zou uitsluitend nationaal Nederlands recht van toepassing zijn. Dat hebben zij echter niet gedaan. Dat betekent dat het WKV op de overeenkomst tussen partijen van toepassing is, en dat wanneer een regel van nationaal Nederlands recht strijdig is met het WKV, het WKV voorgaat.

Wel kan bij overeenkomst, inclusief de daarop toepasselijke algemene voorwaarden, van het WKV worden afgeweken. Waar relevant zal het hof daarom in de beoordeling betrekken of en zo ja op welke wijze partijen bij de overeenkomst zijn afgeweken van bepalingen van het WKV, dan wel of een regel van nationaal Nederlands recht van toepassing is omdat het WKV op een onderdeel geen regeling bevat.’

2.7. Daarna heeft het hof, met toepassing van het Weens Koopverdrag, geoordeeld dat op 27 februari 2015 tussen partijen een overeenkomst tot stand is gekomen, en dat geen sprake is van een opschortende voorwaarde, inhoudende dat de overeenkomst pas tot stand komt als Aswebo een bestelling doet:

‘3.9. Allereerst ligt de vraag voor op welk tijdstip tussen partijen een koopovereenkomst is tot stand gekomen en of deze overeenkomst een overeenkomst onder opschortende voorwaarde van bestelling van producten is, dan wel of deze overeenkomst inhoudt dat levering van producten op afroep geschiedt in die zin dat Aswebo zelf mag bepalen welke aantallen van welke producten zij van Jura afneemt. Zowel Jura als Aswebo verwijzen ter toelichting op hun stellingen naar de offerte van 26 februari 2015 als het gaat om de inhoud van diverse verplichtingen. Beide partijen stellen dat Aswebo die offerte voor akkoord heeft ondertekend en dat zij op 27 februari 2015 een bespreking hebben gevoerd. Uit het besprekingsverslag van 27 februari 2015 leidt het hof af dat partijen in aanvulling op en in afwijking van de offerte van 26 februari 2015 een aantal zaken met elkaar zijn overeengekomen, zoals op het punt van de planning – wat betreft de crossing later gecorrigeerd door Aswebo – en op het punt van de prijs van de pro-

ducten, ten dele tot uitdrukking gebracht door handgeschreven toevoegingen op de offerte van 26 februari 2015. Met inachtneming van artikelen 14, 19 en 23 WKV kan deze feitelijke gang van zaken aldus worden gekwalificeerd dat Jura op 26 februari 2015 aan Aswebo een aanbod heeft gedaan (art. 14 lid 1), dat Aswebo dat aanbod vanwege een wezenlijke aanpassing van de voorwaarden, te weten op het punt van de prijs (korting), heeft verworpen en een tegenaanbod heeft gedaan (art. 19 leden 1 en 3), dat op 27 februari 2015 weer door Jura is aanvaard (art. 23) – waarna Jura de gewijzigde eenheidsprijzen aan Aswebo bekend heeft gemaakt op 9 maart 2015 (productie A12, tweede blad). Aldus is op 27 februari 2015 een overeenkomst tussen partijen tot stand gekomen. Het hof ziet in de correspondentie van na 27 februari 2015 geen aanknopingspunten om te kunnen oordelen dat beide partijen die overeenkomst op enig moment als vervallen hebben aangemerkt (art. 29 lid 1).

3.9.1. De offerte van 26 februari 2015 vermeldt dat er na ondertekening van het contract een verplichting tot afname is. Van een opschortende voorwaarde, inhoudende dat de overeenkomst pas tot stand komt met een bestelling van Aswebo, is dan geen sprake. De offerte is gebaseerd op het bestek van BAC als het gaat om aantallen en soorten producten. De offerte vermeldt dat Aswebo een werkelijke hoeveelheid te leveren materialen dient op te geven in verband met de productie daarvan. Uit de offerte volgt dat een geringe afwijking van de vermelde hoeveelheden mogelijk wordt geacht. Daarmee is geen sprake van een overeenkomst op afroep in die zin dat Aswebo zelf mag bepalen welke aantallen van welke producten zij wenst af te nemen. Aswebo dient de op grond van het bestek van BAC benodigde producten van Jura af te nemen.’

2.8. Vervolgens is het hof toegekomen aan een beoordeling – in de volgorde van verstrekkend naar minder verstrekkend – van het beroep van Aswebo op algehele ontbinding van de overeenkomst, het beroep op opheffing van het door Aswebo geleden nadeel, en het beroep op gedeeltelijke ontbinding.

2.9. Ten aanzien van het beroep op algehele ontbinding heeft het hof geoordeeld dat van een tekortkoming van Jura geen sprake (meer) is, omdat Jura die tekortkoming heeft hersteld binnen de termijn die Aswebo daarvoor heeft toegestaan:

‘3.10. Het meest verstrekkend is het beroep van Aswebo op algehele ontbinding van de overeenkomst tussen partijen. De vraag die in dit verband ter beantwoording voorligt, is of Jura is tekortgeschoten in de nakoming van de op haar rustende verbintenis om producten voorzien van een KOMO-attest met product certificaat te leveren en zo ja of dat grond biedt voor algehele ontbinding van de overeenkomst tussen partijen.

3.10.1. Niet in geschil is dat de aanwezigheid van een KOMO-attest met product certificaat voor de lijngoten door de aanbestedende dienst BAC als bestekseis is gesteld, en dat BAC die eis in de overeenkomst met Aswebo heeft opgenomen. De offerte van Jura van 26 februari 2015 vermeldt dat de lijngoten, zandvangers en hoekelementen zijn voorzien van een KOMO-attest met product certificaat. Met het tot stand komen van de overeenkomst tussen Jura en Aswebo is op Jura de verplichting komen te rusten om producten te leveren voorzien van een KOMO-attest met product certificaat.

3.10.2. Op 10 april 2015, toen Jura nog geen producten aan Aswebo had geleverd, heeft Jura aan Aswebo meegedeeld dat zij op dat moment niet in staat was de lijngoten te leveren voorzien van een KOMO-attest met product certificaat, terwijl zij daartoe op grond van de overeenkomst tussen partijen

wel was gehouden. Artikel 45 lid 1 sub a WKV bepaalt dat indien de verkoper tekort schiet in de nakoming van een krachtens de overeenkomst of dit Verdrag op hem rustende verplichting, de koper de in de artikelen 46 tot en met 52 WKV vervatte rechten kan uitoefenen. Artikel 46 lid 1 WKV bepaalt dat de koper nakoming door de verkoper van zijn verplichtingen kan eisen. Op grond van artikel 47 lid 1 WKV kan de koper daarbij een aanvullende termijn van redelijke duur stellen voor het nakomen door de verkoper van zijn verplichtingen. Uit de reactie van Aswebo van 16 april 2015, hierboven weergegeven in 3.1.11. [randnummer 1.17 hiervoor, A-G], op de mededeling van Jura van 10 april 2015 leidt het hof af dat Aswebo jegens Jura aanspraak maakt op nakoming van de verplichting tot levering van lijngoten voorzien van een KOMO-attest met product certificaat, zoals bedoeld in artikel 46 lid 1 WKV. Uit de correspondentie tussen partijen volgt dat Aswebo aan Jura een termijn heeft toegestaan als bedoeld in artikel 47 lid 1 WKV om een keuring door KIWA te laten verrichten. Die keuring heeft een positief resultaat gehad; de lijngoten voldoen aan de daaraan te stellen eisen. KIWA heeft op 28 mei 2015 aan [A] het KOMO product certificaat voor de beide typen lijngoten verstrekt. Daarmee is de tekortkoming hersteld. De geleverde en te leveren lijngoten hebben een KOMO-attest met product certificaat. Ten overvloede geldt nog dat Jura op grond van artikel 48 lid 1 WKV zelfstandig tot herstel van de tekortkoming mocht overgaan als dat op eigen kosten, zonder onredelijke vertraging en zonder onredelijk ongerief voor Aswebo zou zijn en Jura Aswebo niet in het ongewisse zou laten over de vergoeding door Aswebo reeds gemaakte kosten. Geen van deze aan zelfstandig herstel in de weg staande omstandigheden is aan de orde.

3.10.3. De slotsom is dat het beroep van Aswebo op algehele ontbinding van de overeenkomst een deugdelijke grondslag ontbeert en verder niet (voldoende) is onderbouwd.

2.10. Aswebo heeft haar beroep op dwaling, en in het verlengde daarvan opheffing van nadeel op grond van art. 6:230 lid 2 BW in hoger beroep gebaseerd op twee afzonderlijke gronden. Aswebo stelt te hebben gedwaald ten aanzien van (i) de aanwezigheid (of afwezigheid) van een KOMO-attest voor de door Jura aan Aswebo te leveren producten en (ii) de (on)mogelijkheid van Jura om de producten binnen de overeengekomen termijnen te leveren. Ten aanzien van de grond onder (i) heeft het hof geoordeeld dat niet is gebleken dat Aswebo als gevolg van de gestelde dwaling enig financieel nadeel heeft geleden en ten aanzien van de grond onder (ii) dat geen sprake is van een onjuiste voorstelling van zaken waarop art. 6:228 BW ziet, maar van oneigenlijke dwaling:

‘3.11. Ook verstrekkend is het beroep van Aswebo op artikel 6:230 lid 2 BW. Aswebo voert aan dat zij bij het aangaan van de overeenkomst met Jura heeft gedwaald om twee redenen. In de eerste plaats doordat Jura in haar offerte van 26 februari 2015 heeft meegedeeld dat haar producten over een KOMO-attest zouden beschikken, hetgeen niet het geval was. In de tweede plaats doordat Jura tijdens de bespreking van 27 februari 2015 heeft meegedeeld dat zij aanvaardt dat in week 25/26 tussen 5 en 6 km aan goten op het werk aanwezig moeten zijn, hetgeen niet het geval was.

3.11.1. Het WKV kent geen regeling voor dwaling. Voor de toepassing van artikel 6:230 lid 2 BW is vereist dat een dwaling voor de dwalende nadeel heeft meegebracht. Uit niets blijkt dat Aswebo enig financieel nadeel heeft ondervonden van het feit dat, met instemming van BAC, niet bij het sluiten van de overeenkomst tussen partijen, maar in een later stadium het overeengekomen KOMO certificaat is verstrekt. De

producten voldoen alsnog aan de door BAC gestelde en tussen Aswebo en Jura overeengekomen voorwaarden. Aswebo heeft uiteindelijk dan ook producten gekregen voorzien van een KOMO certificaat, en waarvoor zij om die reden een hogere prijs heeft betaald dan producenten vragen die niet KOMO gecertificeerd zijn.

Ten overvloede geldt voorts nog het volgende. Aswebo berekent het nadeel dat zij vordert aan de hand van de prijs die een andere fabrikant, die niet KOMO gecertificeerd is, voor haar producten zou hebben berekend. Gelet op de bestekseis van BAC zou Aswebo nooit de producten van die andere producent hebben mogen afnemen. Die berekening is dan ook ondeugdelijk. Het aanvankelijk ontbreken van een KOMO certificaat biedt geen grond voor toepassing van artikel 6:230 lid 2 BW.

3.11.2. Wat betreft de stelling van Aswebo dat zij heeft gedwaald door de mededeling van Jura op 27 februari 2015 dat de producten op een bepaald tijdstip zouden zijn geleverd, terwijl dat niet het geval bleek te zijn, geldt dat deze omstandigheid niet is aan te merken als een verkeerde voorstelling van zaken van de eigenschappen van de te leveren producten, waarop artikel 6:228 BW ziet. Aswebo stelt dat zij een mededeling van Jura op een bepaalde wijze, en anders dan Jura, heeft opgevat. Dat is een geval van oneigenlijke dwaling, waarop artikel 6:228 BW niet ziet. Deze stellingname is als zodanig onvoldoende onderbouwd om een beroep op artikel 6:230 lid 2 BW op te baseren.

2.11. Vervolgens is het hof toegekomen aan het beroep van Aswebo op gedeeltelijke ontbinding, waarmee Aswebo in conventie wil worden bevrijd van haar verplichting om de producten af te nemen die zij nog niet had afgenomen, en in reconventie beoogt schadevergoeding te vorderen. Dit beroep is gebaseerd op de stelling dat Jura is tekortgeschoten in de nakoming van haar verbintenis tot het tijdig leveren van de overeengekomen producten. Aswebo heeft daartoe aangevoerd dat (a) sprake is van fatale termijnen die Jura niet heeft nageleefd, (b) zij Jura in gebreke heeft gesteld waarna nakoming is uitgebleven, en (c) zij uit mededelingen tijdens de bijeenkomst bij [A] op 18 mei 2015 heeft opgemaakt dat Jura niet tijdig zou (kunnen) nakomen. Het hof heeft in dit verband vooropgesteld dat het toetsingskader (onder meer) bestaat uit art. 72 Weens Koopverdrag:

‘3.12.2. Artikel 33 WKV bepaalt dat de verkoper de zaken moet afleveren:

- a) indien er een datum is bepaald of bepaald kan worden op grond van de overeenkomst, op die datum;
- b) indien er een termijn is bepaald in of bepaald kan worden op grond van de overeenkomst, op enig tijdstip binnen de termijn, tenzij uit de omstandigheden blijkt dat de koper een datum moet kiezen; of
- c) in alle andere gevallen, binnen een redelijke termijn na het sluiten van de overeenkomst.

3.12.3. Artikel 49 WKV bevat een regeling over ontbinding in een situatie dat een verkoper de verkochte zaken niet aflevert binnen de overeengekomen en vervolgens gestelde aanvullende termijn. Die situatie is in deze zaak niet aan de orde. Aan de orde is de – door Aswebo gestelde – situatie zoals die is geregeld in artikel 72 WKV. Artikel 72 WKV luidt als volgt.

1) Indien het vóór de datum van nakoming duidelijk is dat één van de partijen zich schuldig zal maken aan een wezenlijke tekortkoming, kan de andere partij de overeenkomst ontbonden verklaren.

2) Indien de tijd dit toelaat, moet de partij die van plan is de overeenkomst ontbonden te verklaren, hiervan op redelijke

wijze kennisgeving doen aan de andere partij, ten einde deze in staat te stellen voldoende zekerheid te stellen voor de nakoming van haar verplichtingen.

3) Het voorgaande lid is niet van toepassing indien de andere partij heeft verklaard dat zij haar verplichtingen niet zal nakomen.¹⁷

2.12. Het hof heeft allereerst beoordeeld of de overeenkomst fatale termijnen bevat. Als sprake is van overeengekomen fatale termijnen, dan kan volgens het hof niet worden geoordeeld dat de tijd toelaat dat Aswebo aan Jura mededeling doet van haar voornemen tot ontbinding als bedoeld in art. 72 lid 2 Weens Koopverdrag, zodat een dergelijke mededeling niet vereist zou zijn. Aswebo heeft in dit verband een beroep gedaan op de inhoud van de offerte van 26 februari 2015 en de bespreking van 27 februari 2015, in samenhang met de kennis van Jura van de besteisen van BAC en het belang van Aswebo om het werk voor BAC tijdig te kunnen voltooien en opleveren. Het hof heeft vooropgesteld dat hij de uitleg van de afspraken moet baseren op de schriftelijke stukken van partijen en de omstandigheden van het geval, omdat geen van partijen heeft gesteld welke verklaringen zij voor of bij het aangaan van de overeenkomst hebben afgelegd. De schriftelijke stukken en de omstandigheden van het geval duiden er volgens het hof niet op dat fatale termijnen zijn afgesproken.¹⁸

2.13. Omdat volgens het hof geen sprake is van fatale termijnen, is het hof vervolgens overgegaan tot beoordeling of voldaan is aan de eisen van art. 72 lid 2 en 3 Weens Koopverdrag. Allereerst heeft het hof geoordeeld dat niet is voldaan aan de eis van art. 72 lid 2 Weens Koopverdrag:

‘3.12.9. Aan de orde is nu of aan artikel 72 lid 2, dan wel lid 3 WKV is voldaan. Geen enkel schriftelijk stuk dat Aswebo in dit kader heeft genoemd, bevat een redelijke kennisgeving aan Jura van het voornemen tot ontbinding, noch strekt ertoe Jura in staat te stellen alsnog een bepaalde prestatie binnen een concrete gestelde termijn te verrichten. Aswebo deelt wel mee dat zij Jura aansprakelijk houdt voor schade, maar dat is geen mededeling in de zin van artikel 72 lid 2 WKV.’

2.14. Voor wat betreft het beroep van Aswebo op art. 72 lid 3 Weens Koopverdrag heeft het hof Aswebo toegelaten te bewijzen dat tijdens de bijeenkomst bij [A] op 18 mei 2015 is gebleken dat Jura niet in staat zou zijn om voor het einde van week 26 tenminste 5 km aan lijngoten te hebben geleverd, en dat Jura op 18 mei 2015 aan Aswebo heeft meegegeeld die verbintenis niet te zullen nakomen:

‘3.12.10. Alleen indien aan artikel 72 lid 1 en 3 WKV is voldaan, zou het beroep op (gedeeltelijke) ontbinding van Aswebo kunnen worden gehonoreerd. Blijkens het verslag van 27 februari 2015 heeft Jura toen zich verbonden er zorg voor te dragen dat er in week 25/26 5 tot 6 km aan lijngoten op het werk was geleverd. Hiermee is sprake van een overeengekomen bepaalde (maar niet fatale) termijn als bedoeld in artikel 33 sub b WKV. Partijen spreken in hun stukken over diverse plannings, maar zoals hierboven al is overwogen stellen zij nergens voldoende gemotiveerd dat en zo ja welke andere afspraak zij hebben gemaakt dan de voormelde. Jura stelt wel dat voormelde afspraak achterhaald is, maar ook zij heeft geen feiten of omstandigheden aangereikt die tot de gevolgtrekking kunnen leiden dat partijen een andere concrete leveringsafspraken hebben gemaakt. Voor een geslaagd beroep op (gedeeltelijke) ontbinding is, gelet op de ruimte die de afspraak van 27 februari 2015 aan Jura biedt, vereist dat vast komt te staan

dat op 18 mei 2015 duidelijk is geworden dat Jura zal tekortschieten doordat Jura niet vóór het einde van week 26, dat is 28 juni 2015, ten minste 5 km aan lijngoten zal hebben geleverd en dat komt vast te staan dat Jura op 18 mei 2015 heeft verklaard dat zij haar verplichtingen niet zal nakomen. Het hof is van oordeel dat Aswebo niet voldoende concreet heeft gesteld welke hoeveelheid lijngoten zij op welke tijdstippen wel geleverd heeft gekregen. In de memorie van antwoord (nr. 44) heeft Aswebo wel een berekening gemaakt van de benodigde en de daadwerkelijke capaciteit vanaf 18 mei 2015 tot 12 juni 2015 bij de producent van de goten en volgt daaruit volgens Aswebo dat Jura nooit aan haar verplichtingen zou hebben kunnen voldoen. Aswebo stelt dat tijdens de bespreking op 18 mei 2015 is gebleken dat Jura niet tijdig aan haar verplichtingen kon voldoen en dat toen ook verklaarde. Jura stelt daarentegen, eveneens zonder onderbouwing, dat er 5 tot 6 km lijngoten aanwezig waren op het werk in week 24. Jura stelt in dat verband ook dat de berekening van Aswebo niet klopt omdat een deel van de goten als voorraad aanwezig was bij de producent en dat het derhalve onjuist is om uit te gaan van de productiecapaciteit over 18 mei 2015 tot 12 juni 2015. Jura heeft betwist dat zij op 18 mei 2015 zou hebben verklaard dat zij niet aan haar verplichtingen kon voldoen. Geen van partijen stelt wat er nu concreet door wie is verklaard tijdens de bespreking op 18 mei 2015.

Het hof zal, ondanks dat de stellingen van Aswebo algemeen zijn geformuleerd, ten behoeve van de waarheidsvinding Aswebo conform haar aanbod toelaten te bewijzen dat op 18 mei 2015 tijdens de bijeenkomst bij [A] is gebleken dat Jura niet in staat zou zijn vóór het einde van week 26, dat is 28 juni 2015, ten minste 5 km aan lijngoten te hebben geleverd, en dat Jura op 18 mei 2015 aan Aswebo heeft meegegeeld die verbintenis niet te zullen nakomen. Dan zou er immers sprake zijn van een wezenlijke tekortkoming die maakt dat het beroep van Aswebo op een gedeeltelijke ontbinding gehonoreerd zou kunnen worden. De schriftelijke verklaring van [betrokkene 1] over de bespreking op 18 mei 2015 biedt niet reeds het verlangde bewijs. Deze verklaring is in algemene bewoordingen opgesteld en bevat geen nadere details over de voor de beslissing van deze zaak relevante concrete bevindingen ter plekke, over het aantal reeds geleverde producten, over het aantal benodigde producten en over concrete verklaringen van de betrokkenen over en weer.

3.12.11. Indien Aswebo mocht slagen in het leveren van het haar opgedragen bewijs, geldt dat, waar Jura op 2 juni 2015 bij monde van haar toenmalige advocaat meldt tijdig de benodigde producten te kunnen leveren, hetgeen als een toezegging is aan te merken, het beroep van Jura op artikel 4 van haar algemene voorwaarden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zal zijn.

3.12.12. Aswebo heeft in hoger beroep ook nog als verweer tegen de vordering van Jura aangevoerd dat partijen op 18 mei 2015 zijn overeengekomen dat de afnameverplichting Aswebo is verminderd met dat aantal producten dat Aswebo uiteindelijk niet heeft afgenomen. Jura heeft die stelling gemotiveerd betwist. Aswebo zal daarom ook worden toegelaten om de juistheid van deze stelling te bewijzen. Slaagt Aswebo in het bewijs dan leidt dit te zijner tijd tot afwijzing van de vordering van Jura.’

2.15. Tot slot heeft het hof in rov. 3.13. van tussenarrest I geoordeeld dat in het geval dat het resultaat van de bewijslevering blijkt te zijn dat Aswebo is tekortgeschoten in de nakoming van de krachtens de overeenkomst op haar rustende verplichting tot afname, Jura schadevergoeding als bedoeld in

18 Tussenarrest I, rov. 3.12.4.-3.12.8.

art. 74 Weens Koopverdrag bestaande uit gedeelde winst kan eisen op grond van art. 61 aanhef en onder b Weens Koopverdrag. Het hof heeft daarover opgemerkt dat indien begroting van de schade van Jura aan de orde mocht komen, Jura stukken zal moeten verstrekken die het hof in staat stellen de werkelijke door Jura geleden schade te begroten.

Tussenarrest II

2.16. Na de getuigenverhoren heeft Aswebo bij memorie na enquête en contra-enquête onder meer betoogd dat het hof in rov. 3.5.-3.5.1. van tussenarrest I een verrassingsbeslissing heeft gegeven door het Weens Koopverdrag toe te passen, en heeft zij het hof verzocht van die beslissing terug te komen. In rov. 2.3.1. van tussenarrest II heeft het hof zijn overwegingen uit rov. 3.5.1. van tussenarrest I (gedeeltelijk) herhaald. Vervolgens heeft het hof geoordeeld dat hij geen aanleiding ziet om terug te komen op zijn beslissing en evenmin om Aswebo in de gelegenheid te stellen om haar stellingen onder het Weens Koopverdrag aan te vullen:

‘2.4.1. Het hof verwerpt het betoog in de memorie van Aswebo, kort gezegd, dat het in zijn tussenarrest niet buiten de rechtsstrijd van partijen het WKV ambtshalve had mogen toepassen en dat het een verrassingsbeslissing heeft gegeven. Ingevolge art. 10:2 BW geldt dat de regels van het internationaal privaatrecht en het door die regels aangewezen recht ambtshalve worden toegepast (art. 25 Rv). Dit brengt mee dat het hof de inhoud van het toe te passen recht uit eigen beweging en onafhankelijk van de standpunten van partijen dient te achterhalen, zoals het hof in het tussenarrest heeft gedaan. Aswebo bestrijdt ook niet dat het WKV in deze zaak van toepassing is. Het gaat om een koopovereenkomst van roerende zaken tussen partijen die in verschillende staten gevestigd zijn, terwijl die staten, België en Nederland, partij bij het WKV zijn. Op grond van artikel 1 aanhef en sub a WKV is het WKV op de overeenkomst tussen Jura en Aswebo van toepassing. Het hof ziet geen aanleiding om terug te komen van deze eindbeslissingen in het tussenarrest, noch om Aswebo in de gelegenheid te stellen om haar stellingen onder het WKV aan te vullen (memorie na enquête en contra-enquête nr. 11).

2.4.2. Het hof neemt in dit verband in aanmerking dat toepassing van het WKV in de gegeven omstandigheden voor Aswebo binnen de rechtsstrijd in hoger beroep voorzienbaar was. Zoals Jura in haar memorie na enquête en contra-enquête aanvoert, heeft Jura al bij memorie van grieven op meerdere bepalingen van het WKV een beroep gedaan. Ingevolge artikelen 24 en 25 Rv was en is het hof reeds daarom gehouden te beslissen over hetgeen door Jura met een beroep op bepalingen van het WKV is aangevoerd. Gelet daarop is van Aswebo te vergen dat zij in haar memorie van antwoord verweer voert tegen hetgeen met een beroep op het WKV door Jura is aangevoerd. Het kon voor Aswebo dan ook geen “verrassing” zijn dat het hof de beoordeling op het in dit geschil toepasselijke recht van het WKV heeft verricht. Van strijd met het beginsel van hoor en wederhoor is dus geen sprake. De omstandigheid dat het hof ter zitting de vraag naar het toepasselijke recht niet aan de orde heeft gesteld – maar zich heeft geconcentreerd op het verder uitdiepen van de feiten – doet daar evenmin aan af.

2.17. Vervolgens is het hof toegekomen aan de vraag of Aswebo is geslaagd in het aan haar opgedragen bewijs. Het hof heeft deze vraag ontkennend beantwoord, en daaraan de conclusie verbonden dat Aswebo is tekortgeschoten in de nakoming van de verplichting om de afgesproken hoeveelheid lijngoten van Jura af te nemen en dat Aswebo schadeplichtig is jegens Jura:

‘2.6.8. [betrokkene 1] [voormalig directeur van Aswebo, A-G] verklaart in algemene bewoordingen, zonder concreet te worden. Hij verklaart meermalen “wij hebben geconstateerd” of “wij hebben vastgesteld”, zonder te vermelden wie welke constatering heeft gedaan of wie welke verklaring heeft afgelegd. Ook zijn verklaring “Ik merk op dat op 18 mei gezamenlijk is vastgesteld dat er te weinig goten waren en te weinig goten konden worden geleverd” is niet nader geconcretiseerd. De verklaringen van de overige getuigen bevatten in het geheel geen feitelijkheden over concrete afgelegde verklaringen en gedane mededelingen en concrete bevindingen van aanwezige personen gedurende het bezoek op 18 mei 2015. Het gevolg hiervan is dat Aswebo er niet in is geslaagd om te bewijzen dat Jura op 18 mei 2015 aan Aswebo heeft meegedeeld de verbintenis vóór het einde van week 26, dat is 28 juni 2015, ten minste 5 km aan lijngoten te hebben geleverd niet te zullen nakomen. Reeds daarom moet het beroep van Aswebo op gedeeltelijke ontbinding van de overeenkomst tussen partijen worden verworpen. Het hof heeft echter ook niet de overtuiging dat op 18 mei 2015 tijdens de bijeenkomst bij [A] is gebleken dat Jura niet in staat zou zijn vóór het einde van week 26, dat is 28 juni 2015, ten minste 5 km aan lijngoten te hebben geleverd. Geen van de getuigen van de zijde van Aswebo vermeldt concrete op 18 mei besproken aantallen lijngoten of concrete uitlatingen van een aanwezige persoon over het niet meer tijdig kunnen leveren van voldoende lijngoten. De getuige aan de zijde van Jura vermeldt dat op 18 mei 2015 een aan Aswebo overhandigde lijst is besproken en dat wel tijdig voldoende lijngoten konden worden geleverd. De schriftelijke verklaring van [A] is in lijn met deze verklaring. Tot slot verklaart ook geen van de getuigen dat op 18 mei tussen Jura en Aswebo is overeengekomen dat de afnameverplichting van Aswebo is verminderd met die producten die zij uiteindelijk niet heeft afgenomen. Bewijs voor deze stelling van Aswebo ontbreekt dan ook.

2.6.9. De slotsom is dat Aswebo niet in het haar opgedragen bewijs is geslaagd. Het hof gaat ervan uit dat de overeenkomst tussen partijen niet is ontbonden en dat Aswebo was gehouden de overeengekomen hoeveelheid lijngoten van Jura af te nemen, hetgeen zij heeft geweigerd. Dit betekent dat Aswebo is tekortgeschoten in de nakoming van de krachtens overeenkomst op haar rustende verplichting tot afname en schadeplichtig is jegens Jura.’

2.18. Verder heeft het hof in rov. 2.7.2. van tussenarrest II overwogen dat het hem ontbreekt aan voldoende feitelijke gegevens om de (mogelijke) schade van Jura te begroten, en dat Jura deze gegevens alsnog onderbouwd met schriftelijke stukken moet aanleveren, om het hof in staat te stellen te beoordelen of Jura schade heeft geleden en zo ja tot welk bedrag.

Eindarrest

2.19. In het eindarrest heeft het hof ten aanzien van de vraag of Jura schade heeft geleden, en zo ja, van welke omvang, het volgende vooropgesteld:

‘2.5. Voor het hof ligt nu voor de vordering tot schadevergoeding van Jura. Het hof overweegt het volgende. Ingevolge art. 6:97 BW dient de rechter de schade te begroten op de wijze die het meest met de aard ervan in overeenstemming is. Het gaat in dit geval om door Jura gestelde schade als gevolg van de gedeeltelijke niet nakoming van een overeenkomst tot koop en levering van lijngoten. Ten behoeve van de schadebegroting neemt het hof tot uitgangspunt een vermogensvergelijking tussen de hypothetische situatie waarin Aswebo de overeenkomst onberispelijk zou zijn nagekomen en de (werkelijke)

situatie dat Aswebo daarin gedeeltelijk is tekortgeschoten. Het is aan Jura om het hof alle relevante feiten en gegevens voor de beoordeling aan te reiken. Door middel van de hierboven weergegeven overwegingen van de twee voorgaande tussenarresten van het hof, heeft het hof al tweemaal Jura in de gelegenheid gesteld om dergelijke feiten en gegevens aan te reiken, onderbouwd met schriftelijke (bewijs)stukken, teneinde het hof in staat te stellen te laten beoordelen of en vaststellen dat Jura schade heeft geleden, en zo ja tot welk bedrag. Ook heeft het hof al tweemaal aan Jura voorgehouden dat het hof een toelichting verlangt over de betekenis van een e-mail van 26 februari 2015 van [betrokkene 2] van Indra bvba (productie A5 bij MvG), waarin [betrokkene 2] vermeldt dat Indra de facturatie zal overlaten aan Jura, importeur en partner van [A], omdat de marges zo scherp zijn. Dit, omdat deze mededeling van [betrokkene 2] bij het hof vragen oproept over de tussen Indra en Jura gemaakte afspraken over de overeenkomst tussen Jura en Aswebo.

2.20. Vervolgens heeft het hof in rov. 2.6.-2.8. vastgesteld dat Jura de door het hof gevraagde feitelijke toelichting niet heeft gegeven. Omdat het hem ook ontbrak aan voldoende gegevens om de schade te kunnen schatten, maar de mogelijkheid van schade wel aannemelijk is geworden, heeft het hof de zaak naar de schadestaatprocedure verwezen:

‘2.9. Jura heeft geen gevolg gegeven aan de door het hof gevraagde feitelijke toelichting, noodzakelijk bevonden om de door haar gestelde schade te kunnen begroten. Zoals de Hoge Raad in zijn arrest van 9 december 2011 (ECLI:NL:HR:2011:BR5211) heeft overwogen, heeft het hof gebruik gemaakt van zijn bevoegdheid om Jura om de relevante nadere feiten en gegevens te vragen omdat het hof niet in staat was om aanstonds de schade te begroten.

2.10. Schatten van de schade acht het hof ook thans niet mogelijk omdat het hof bij gebreke van toereikende feitelijke gegevens niet in staat is een beslissing te geven die ten minste zodanig is gemotiveerd dat zij voldoende inzicht geeft in de daaraan ten grondslag liggende gedachtegang om de beslissing zowel voor partijen als voor derden – in geval van openstaan van hogere voorzieningen: de hogere rechter daaronder begrepen – controleerbaar en aanvaardbaar te maken (Hoge Raad 13 juli 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA7215).

2.11. Het hof verbindt aan deze gebrekkige informatieverstrekking en ontoereikende wijze van onderbouwing door Jura niet de conclusie dat haar vordering tot schadevergoeding moet worden afgewezen. Dit acht het hof te verstrekend (temeer) nu de mogelijkheid (cursivering hof) dat Jura schade heeft geleden als gevolg van de tekortkoming van Aswebo, aannemelijk is geworden. Nu het hof zich als gevolg van de handelwijze van Jura niet in staat acht de schade aanstonds te begroten, zal het hof de zaak naar de schadestaatprocedure verwijzen.’

2.21. Het hof heeft het bestreden vonnis bekrachtigd voor zover in reconventie geweest, en heeft het vonnis voor zover in conventie geweest vernietigd en Aswebo veroordeeld tot betaling van schadevergoeding nader op te maken bij staat.

Cassatieberoep

2.22. Aswebo heeft bij procesinleiding van 26 januari 2022, derhalve tijdig, cassatieberoep ingesteld tegen de tussenarresten I en II en tegen het eindarrest van 9 november 2021. Jura heeft geconcludeerd tot verwerping van het cassatieberoep. Vervolgens hebben partijen hun standpunten schriftelijk toegelicht, waarna Aswebo heeft gerepliceerd en Jura heeft gedupliceerd.

3. Bespreking van het cassatiemiddel

Inleiding

3.1. Het cassatiemiddel bestaat uit drie onderdelen. Onderdeel 1 komt op tegen het oordeel van het hof, kort gezegd, dat in deze zaak het Weens Koopverdrag moet worden toegepast. Onderdeel 2 klaagt over de afwijzing van het beroep op dwaling door Aswebo. Onderdeel 3 is gericht tegen de verwijzing van de zaak naar de schadestaatprocedure. De toelichting op de (sub)onderdelen in de procesinleiding bevat soms ook nadere klachten. Deze klachten worden hierna behandeld tegelijk met de subonderdelen waarop zij een ‘toelichting’ vormen.

Onderdeel 1 – heeft het hof terecht het Weens Koopverdrag toegepast?

3.2. Dit onderdeel valt uiteen in drie subonderdelen, die opkomen tegen het oordeel van het hof dat deze zaak moet worden beoordeeld aan de hand van het Weens Koopverdrag.

3.3. *Subonderdeel 1.1* klaagt dat het hof met zijn oordeel in rov. 3.5.1. van tussenarrest I en rov. 2.3.1. en 2.4.1. van tussenarrest II dat het geschil moet worden beoordeeld aan de hand van het Weens Koopverdrag blijkt heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Daartoe voert het subonderdeel aan dat het hof de (negatieve zijde van de) devolutieve werking van het appel en de grenzen van de rechtsstrijd in hoger beroep heeft miskend, omdat partijen geen grieven hebben gericht tegen het oordeel van de rechtbank dat het geschil moet worden beoordeeld aan de hand van het (interne) Nederlandse recht, en het Weens Koopverdrag niet van openbare orde is.

3.4. In eerste aanleg heeft Jura over het toepasselijke recht betoogd dat partijen moeten worden gekwalificeerd als professionals die in verschillende verdragsluitende staten zijn gevestigd, en dat dit impliceert dat de overeenkomst wordt beheerst door het Weens Koopverdrag. Verder heeft Jura betoogd dat artikel 12 van haar algemene voorwaarden een rechtskeuze voor uitsluitend Nederlands recht bevat, en dat de overeenkomst daarom wordt beheerst door Nederlands recht. De toepasselijkheid van de algemene voorwaarden heeft Jura gebaseerd op bepalingen uit het Burgerlijk Wetboek.¹⁹ In het vervolg van de dagvaarding heeft Jura zich ter onderbouwing van haar vorderingen beroepen op zowel het Weens Koopverdrag als het Burgerlijk Wetboek.²⁰ Aswebo heeft in de conclusie van antwoord, tevens conclusie van eis in reconventie niets opgemerkt over het toepasselijke recht. Zowel in conventie als in reconventie heeft Aswebo zich beroepen op gehele en gedeeltelijke ontbinding en dwaling, steeds op basis van de daarvoor bestaande regelingen in het Burgerlijk Wetboek.²¹ Ver-

¹⁹ Zie randnummer 2.2. van de dagvaarding in eerste aanleg.

²⁰ Zie onder meer randnummer 3.3. (art. 14 Weens Koopverdrag én art. 6:217 lid 1 BW; art. 19 Weens Koopverdrag én art. 6:225 lid 1 BW; art. 21 Weens Koopverdrag én art. 6:223 BW), randnummer 3.4. (art. 6:83 sub c BW én art. 63 lid 2 Weens Koopverdrag; art. 78 Weens Koopverdrag jo. art. 6:119a BW). Bij de bespreking van het verweer van Aswebo – in het kader van de substantiëringplicht in de dagvaarding – in randnummers 5.3.-5.4. van de dagvaarding in eerste aanleg heeft Jura gesteld dat geen sprake is van bedrog (art. 3:44 lid 3 BW), dat Aswebo in schuldeisersverzuim verkeert (art. 6:58 e.v. BW), dat Jura daarom niet in verzuim is komen te verkeren (art. 6:61 lid 2 BW), dat Aswebo de overeenkomst daarom niet heeft kunnen ontbinden (art. 6:266 BW) en dat Jura aanspraak maakt op schadevergoeding (art. 6:74 BW).

²¹ Zie randnummers 40., 50., 55. en 59.-74. van de conclusie van antwoord, tevens conclusie van eis in reconventie.

volgens heeft Jura zich in haar conclusie van antwoord in reconventie (wederom) beroepen op zowel het Weens Koopverdrag als op het Burgerlijk Wetboek.²² Uit de pleitaantekeningen van beide partijen ten behoeve van de mondelinge behandeling in eerste aanleg volgt dat beide partijen tijdens die mondelinge behandeling over het beroep van Aswebo op ontbinding en dwaling hebben gedebatteerd op basis van het Burgerlijk Wetboek.²³

3.5. De rechtbank heeft bij eindvonnis over het toepasselijk recht geoordeeld:

‘4.3.1. Naar de mening van Jura wordt de overeenkomst tussen partijen beheerst door Nederlands recht. Jura heeft in dat kader verwezen naar haar algemene voorwaarden en toegelicht dat de vraag of deze algemene voorwaarden van toepassing zijn, naar Nederlands recht dient te worden beantwoord omdat in de leveringsvoorwaarden voor Nederlands recht is gekozen. Naar Nederlands recht zijn de algemene voorwaarden door partijen van toepassing verklaard. De door partijen ondertekende overeenkomst levert daarnaast op grond van art. 157 Rv dwingend bewijs op van het feit dat de algemene voorwaarden ter hand zijn gesteld. De overeenkomst wordt derhalve beheerst door Nederlands recht, aldus Jura.

4.3.2. De rechtbank begrijpt uit het feit dat Aswebo in haar stellingen aansluiting zoekt bij het Nederlandse recht, dat zij de gedachtegang van Jura volgt. De rechtbank sluit zich daarbij aan en zal Nederlands recht toepassen.’

Vervolgens heeft de rechtbank – onder meer – het beroep van Aswebo op gehele en gedeeltelijke ontbinding in rov. 4.6. en 4.7. van het eindvonnis beoordeeld aan de hand van het Nederlandse Burgerlijk Wetboek en niet aan de hand van Weens Koopverdrag.²⁴

3.6. Centraal staat de vraag of de rechtbank heeft geoordeeld dat partijen met de rechtskeuze voor uitsluitend Nederlands recht hebben bedoeld het Weens Koopverdrag uit te sluiten. Met Aswebo meen ik dat de meest voor de hand liggende lezing van rov. 4.3.1.-4.3.2. van het eindvonnis, mede in het licht van de verdere beoordeling door de rechtbank in rov. 4.6. en 4.7. van het eindvonnis, is dat de zaak gelet op de rechtskeuze van partijen moet worden beoordeeld naar het interne Nederlandse recht en dat toepasselijkheid van het Weens Koopverdrag is uitgesloten.²⁵ Hoewel de rechtbank zich niet

uitdrukkelijk heeft uitgelaten over de vraag of partijen het Weens Koopverdrag door middel van artikel 12 van de algemene voorwaarden van Jura hebben uitgesloten, ligt een bevestigende beantwoording van deze vraag besloten in het oordeel van de rechtbank in rov. 4.3.2. en 4.6.-4.7. van het eindvonnis. Allereerst heeft de rechtbank in rov. 4.3.2. van het eindvonnis uitdrukkelijk (mede) aansluiting gezocht bij de opvatting over het toepasselijk recht die volgt uit de stellingen van Aswebo. Uit de processtukken uit de eerste aanleg blijkt dat Aswebo zich zowel in conventie als in reconventie uitsluitend heeft gebaseerd op bepalingen uit het Burgerlijk Wetboek. Bovendien heeft de rechtbank in rov. 4.6.-4.7. van het eindvonnis het beroep van Aswebo op gehele en gedeeltelijke ontbinding uitsluitend op basis van het Burgerlijk Wetboek beoordeeld, hoewel het Weens Koopverdrag ook een regeling voor ontbinding bevat.²⁶

3.7. Het hof heeft in het midden gelaten hoe het eindvonnis in dit verband moet worden begrepen. Wel heeft het hof in rov. 3.5. van tussenarrest I vastgesteld dat in hoger beroep geen grieven zijn gericht tegen het oordeel van de rechtbank over het toepasselijke recht, en in rov. 2.4.2. van tussenarrest II heeft het hof overwogen dat hij ambtshalve heeft geoordeeld over de toepasselijkheid van het Weens Koopverdrag. Nu volgens de eigen vaststelling van het hof tegen het oordeel van de rechtbank over het toepasselijk recht (en het buiten toepassing laten van het Weens Koopverdrag) geen grieven zijn gericht, was het hof aan dat oordeel van de rechtbank gebonden en stond het hem niet vrij om ambtshalve tot toepassing van het Weens Koopverdrag over te gaan.²⁷

3.8. Ook op grond van art. 10:2 BW en art. 25 Rv had het hof niet die bevoegdheid. Voor zover het hof op grond van deze bepalingen de inhoud van het toepasselijke recht diende te achterhalen, was het daarbij wel gebonden aan de, door de rechtbank kennelijk aangenomen en op grond van art. 6 Weens Koopverdrag toegestane, keuze van partijen om het Weens Koopverdrag buiten toepassing te verklaren. Het feit dat Jura in de memorie van grieven op meerdere bepalingen

22 Zie randnummers 2.1., 2.2., 2.2.3, 2.4., 2.5.4 en voetnoten 10 en 22-24 van de conclusie van antwoord in reconventie.

23 Zie par. 5 en 6 van de pleitaantekeningen van Jura en de pleitnota van Aswebo.

24 Zie in het bijzonder rov. 4.6.5., 4.6.11. en 4.7.4. van het eindvonnis waar de rechtbank verwijst naar de relevante bepalingen uit het Burgerlijk Wetboek.

25 Een alternatieve lezing van het oordeel van de rechtbank zou kunnen zijn dat de rechtbank de (mogelijke) toepasselijkheid van het Weens Koopverdrag over het hoofd heeft gezien, en zij dus niet heeft bedoeld zich daarover uit te laten. Omdat Jura in zowel de dagvaarding in eerste aanleg als de conclusie van antwoord in reconventie herhaaldelijk ook bepalingen uit het Weens Koopverdrag heeft aangehaald, acht ik dat echter niet aannemelijk. Weer een andere lezing is dat de rechtbank het antwoord op de vraag of het Weens Koopverdrag van toepassing is in het midden heeft gelaten, omdat voor de uitkomst van de zaak niet uitmaakt of de beoordeling plaatsvindt op basis van het Weens Koopverdrag of op basis van het Burgerlijk Wetboek. Ook deze lezing ligt bij gebrek aan nadere aanwijzingen op dit punt niet voor de hand, al was het maar omdat niet evident is dat de uitkomsten op basis van het Weens Koopverdrag en het Burgerlijk Wetboek gelijk zijn.

26 In randnummers 4.6 e.v. van de schriftelijke toelichting van Jura en randnummer 1.1 van haar dupliek betoogt Jura dat de rechtbank niet heeft vastgesteld dat het interne Nederlandse recht van toepassing is, zodat het hof vrijstond om daar in hoger beroep een aanvullend oordeel over te geven. Daarmee wordt echter miskend dat een oordeel over het toepasselijk recht ook impliciet kan worden gegeven, bijvoorbeeld doordat de rechtbank een bepaalde regeling toepast of juist buiten toepassing laat. Vergelijk Asser Procesrecht/F.B. Bakels, A. Hammerstein en E.M. Wesseling-van Gent, *Deel 4. Hoger beroep*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, nr. 175: ‘Daarbij moet worden bedacht dat de beslissing besloten kan liggen in de motivering van de bestreden uitspraak: als de rechter bepalingen van nationaal recht heeft toegepast, ligt daarin besloten dat dit recht naar zijn oordeel op de verhouding tussen partijen van toepassing is.’

27 Zie bijvoorbeeld HR 31 mei 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE0632, *NJ 2003/344* m.nt. Th.M. de Boer (*Universal Services/[...]*), rov. 3.3.3, Asser Procesrecht/F.B. Bakels, A. Hammerstein en E.M. Wesseling-van Gent, *Deel 4. Hoger beroep*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, nr. 175 en Asser Internationaal privaatrecht/A.P.M.J. Vonken, *Deel 10-1. Algemeen deel IPR*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, nr. 398.

van het Weens Koopverdrag een beroep heeft gedaan (zie rov. 2.4.2. van tussenarrest II) maakt evenmin dat het hof alsnog het Weens Koopverdrag kon toepassen, laat staan dat hij daartoe gehouden was. Als een partij zich beroept op een bepaling die (als gevolg van een rechtskeuze) niet op het geschil van toepassing is, dan wordt die bepaling daardoor niet alsnog van toepassing. Dit zou anders kunnen zijn als het beroep van Jura op de bepalingen uit het Weens Koopverdrag moest worden opgevat als een grief tegen het oordeel van de rechtbank dat de toepasselijkheid van het Weens Koopverdrag is uitgesloten, maar het hof heeft in rov. 3.5. van tussenarrest I nu juist geoordeeld dat partijen geen grieven hebben gericht tegen het oordeel van de rechtbank over het toepasselijke recht, en heeft in rov. 2.4.2. van tussenarrest II overwogen dat hij ambtshalve, en dus niet naar aanleiding van een grief, heeft geoordeeld over de toepasselijkheid van het Weens Koopverdrag.

3.9. Het voorgaande betekent dat subonderdeel 1.1 slaagt. In het verlengde van subonderdeel 1.1. slaagt ook de onder randnummer 7. van de procesinleiding opgenomen voortbouwklacht voor het geval dat het hof ten onrechte is uitgegaan van de toepasselijkheid van het Weens Koopverdrag op de overeenkomst van partijen.

3.10. De subonderdelen 1.2 en 1.3 behoeven strikt genomen geen bespreking meer. Voor het geval dat Uw Raad anders zou oordelen over subonderdeel 1.1, behandel ik hierna de klachten van de subonderdelen 1.2 en 1.3, waarbij ik tot uitgangspunt neem dat subonderdeel 1.1 niet slaagt, en dat het hof (dus) *niet* was gebonden aan het oordeel van de rechtbank over de toepasselijkheid van het Weens Koopverdrag.

3.11. *Subonderdeel 1.2* klaagt dat het hof met zijn oordeel in rov. 2.4.1. van tussenarrest II dat het hof op grond van art. 10:2 BW ambtshalve regels van internationaal privaatrecht moet toepassen en dat het Weens Koopverdrag op grond van art. 1 lid 1 sub a Weens Koopverdrag op de overeenkomst tussen partijen van toepassing is, blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Daartoe voert het subonderdeel aan dat de vraag of partijen met hun rechtskeuze hebben beoogd het interne Nederlandse recht op hun overeenkomst van toepassing te verklaren en de toepasselijkheid van het Weens Koopverdrag uit te sluiten een vraag is van uitleg, en niet een vraag die wordt beheerst door art. 10:2 BW. De toepassing van het Weens Koopverdrag kan in dit geval slechts (eventueel) worden gebaseerd op art. 1 lid 1 sub b Weens Koopverdrag en niet op art. 10:2 BW jo. art. 1 lid 1 sub a Weens Koopverdrag.

3.12. Voordat ik aan bespreking van deze klacht toekom, eerst het volgende. Op grond van art. 10:2 BW (maar ook op grond van art. 25 Rv) moet de rechter de regels van het internationaal privaatrecht en het door die regels aangewezen recht ambtshalve toepassen. Het Weens Koopverdrag bevat regels van materieel privaatrecht voor, kort gezegd, internationale handelskoop van roerende zaken. Omdat Nederland een verdragsluitende staat is, maakt het Weens Koopverdrag rechtstreeks onderdeel uit van het Nederlandse privaatrecht. Dit betekent dat de rechter op grond van art. 10:2 BW ambtshalve moet achterhalen of een zaak valt binnen het materiële en formele toepassingsgebied van het Weens Koopverdrag.

3.13. Het formele toepassingsgebied, waar het in deze zaak om gaat, moet worden beoordeeld aan de hand van art. 1 en art. 6 Weens Koopverdrag. Uit deze bepalingen volgt dat de vraag of het Weens Koopverdrag formeel van toepassing is in twee stappen moet worden beantwoord. Allereerst moet worden beoordeeld of het verdrag op grond van art. 1 Weens Koopverdrag van toepassing is. Art. 1 lid 1 Weens Koopverdrag

bepaalt in dat verband dat het verdrag in de volgende twee gevallen van toepassing is:

‘This Convention applies to contracts of sale of goods between parties whose places of business are in different States:

(a) when the States are Contracting States; or

(b) when the rules of private international law lead to the application of the law of a Contracting State.’

Van een onderlinge rangorde tussen sub a en sub b is geen sprake.²⁸

3.14. Vervolgens moet op grond van art. 6 Weens Koopverdrag worden beoordeeld of partijen de toepasselijkheid van het Weens Koopverdrag geheel of gedeeltelijk hebben uitgesloten:

‘The parties may exclude the application of this Convention or, subject to article 12, derogate from or vary the effect of any of its provisions.’

3.15. In de eerste stap kan een rechtskeuze van partijen, en de uitleg daarvan, een rol spelen bij de beoordeling of het Weens Koopverdrag op grond van art. 1 lid 1 sub b van het verdrag formeel van toepassing is. Aan deze beoordeling wordt echter niet toegekomen als de rechter op grond van art. 1 lid 1 sub a van dat verdrag al tot het oordeel komt dat het Weens Koopverdrag formeel van toepassing is.²⁹ Omdat er geen sprake is van een onderlinge rangorde tussen sub a en sub b, althans in ieder geval niet in die zin dat sub b voorgaat op sub a, kan het hof eerst onderzoeken of het de formele toepasselijkheid van het Weens Koopverdrag kan baseren op art. 1 lid 1 sub a Weens Koopverdrag, zonder daarbij acht te slaan op de door partijen gemaakte rechtskeuze.³⁰ In de tweede stap kan de rechtskeuze van belang zijn bij de beoordeling of partijen het Weens Koopverdrag op grond van art. 6 van dat verdrag heb-

28 Zie ook J.O. Honnold & H.M. Fletcher, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2009, nr. 44, *T&C Vermogensrecht*, art. 1 Weens Koopverdrag (actueel tot en met 1 juli 2022), aant. 4 (C.R. Christiaans & T.H.M. van Wechem) en R.I.V.F. Bertrams, *Koop*, Apeldoorn/Antwerpen: Maklu 2014, nr. 15.

29 Zie ook J.O. Honnold & H.M. Fletcher, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2009, nr. 47.4.

30 Als al sprake zou zijn van een rangorde tussen sub a en b dan lijkt uit de literatuur (al dan niet impliciet) veeleer te volgen dat sub a voorgaat op sub b. Zie bijvoorbeeld A.G. Awesta, *Internationaal privaatrecht*, Den Haag: Boom juridisch 2020, p. 25-31 (‘De weg van artikel 1, lid 1, sub b wordt bewandeld op het moment dat een van de twee landen, waarin een van de twee partijen gevestigd is, niet een verdragsluitende staat is (...)’ (p. 26), J.O. Honnold & H.M. Fletcher, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2009, nr. 47.4 (‘As we have seen, Sub (1)(b) is irrelevant when both the seller and buyer are in Contracting States’), *GS Bijzondere overeenkomsten*, art. 1 Weens Koopverdrag (actueel tot en met 5 september 2022), aant. 18 (S.A. Kruisinga) (‘Is art. 1 lid 1 onder a niet van toepassing, dan zal de Nederlandse rechter op grond van art. 1 lid 1 onder b de CISG op een internationale koopovereenkomst hebben toe te passen’) en R.I.V.F. Bertrams, *Koop*, Apeldoorn/Antwerpen: Maklu 2014, nr. 13 (‘Indien de CISG niet rechtstreeks van toepassing is (...), kan het nog zijn dat toepasselijkheid voortvloeit uit art. 1(1) sub b), namelijk via de verwijzingsregels.’) en nr. 15 (‘Op grond van het algemene principe dat eenvormig recht prevaleert boven regels van het i.p.r. verdient het evenwel methodologisch de voorkeur om eerst de mogelijkheid van rechtstreekse toepasselijkheid sub a) te beproeven en pas indien zulks niet tot de CISG leidt, de tweede mogelijkheid van sub b) via de verwijzingsregels.’).

ben uitgesloten. Daarbij speelt de uitleg van het rechtskeuzebeding een rol (zie daarover nader subonderdeel 1.3). Dit doet er echter niet aan af dat art. 1 lid 1 sub a Weens Koopverdrag in zo'n geval de grondslag vormt voor de (in beginsel) formele toepasselijkheid van het Weens Koopverdrag.³¹

3.16. Ik kom nu toe aan een bespreking van subonderdeel 1.2. Het subonderdeel klaagt over rov. 2.4.1. van tussenarrest II. Het daar gegeven oordeel van het hof moet worden gelezen in samenhang met het oordeel van het hof in rov. 3.5.1. van tussenarrest I. Het hof geeft in rov. 2.4.1. van tussenarrest II immers een nadere onderbouwing van zijn oordeel in rov. 3.5.1. van tussenarrest I naar aanleiding van het verzoek van Aswbo aan het hof bij memorie na enquête en contra-enquête om van zijn oordeel uit tussenarrest I terug te komen. Uit deze overwegingen, in samenhang gelezen, volgt dat het hof bij het bepalen van de inhoud van het Nederlands recht heeft geoordeeld dat in de onderhavige zaak is voldaan aan de vereisten van art. 1 lid 1 sub a Weens Koopverdrag, zodat dit verdrag in beginsel (formeel) op deze zaak van toepassing is. Vervolgens heeft het hof geoordeeld dat in deze zaak de uitzonderingen van art. 2, 3 en 6 Weens Koopverdrag zich niet voordoen. Het hof heeft in dat verband uitdrukkelijk stilgestaan bij de vraag of partijen de toepasselijkheid van het Weens Koopverdrag op de voet van art. 6 van dat verdrag hebben uitgesloten, en is tot de slotsom gekomen dat dit niet het geval is. In dat oordeel ligt besloten dat de rechtskeuze van artikel 12 van de algemene voorwaarden van Jura niet moet worden gelezen als een uitsluiting van het Weens Koopverdrag. Gelet op het voorgaande geeft dit oordeel van het hof geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting.

3.17. Dit betekent dat subonderdeel 1.2, bij het hiervoor in randnummer 3.10 genoemde vertrekpunt, niet slaagt.

3.18. *Subonderdeel 1.3* klaagt dat het oordeel van het hof in rov. 2.3.1. van tussenarrest II dat het Weens Koopverdrag van toepassing is en de toepasselijkheid van het Weens Koopverdrag in deze zaak niet is uitgesloten, in het licht van artikel 12 van de algemene voorwaarden van Jura (dat de rechtskeuze voor 'uitsluitend het Nederlandse recht' bevat) onbegrijpelijk is, omdat mede gelet op het oordeel van de rechtbank³² zonder nadere motivering niet valt in te zien dat artikel 12 van de algemene voorwaarden van Jura toepassing van het Weens Koopverdrag toelaat.

3.19. Uit randnummer 6. van de procesinleiding blijkt dat deze klacht tot uitgangspunt neemt dat het hof de toepasselijkheid van het Weens Koopverdrag heeft gebaseerd op art. 1 lid 1 sub b Weens Koopverdrag.³³ Uit het voorgaande volgt echter dat het hof op grond van art. 1 lid 1 sub a Weens Koop-

verdrag heeft geoordeeld dat dit verdrag van toepassing is, en dat het daartegen gerichte subonderdeel 1.2 faalt. Bij die stand van zaken faalt subonderdeel 1.3 bij gebrek aan feitelijke grondslag.

3.20. Ook als de klacht tot uitgangspunt zou nemen dat het hof de toepasselijkheid van het Weens Koopverdrag heeft gebaseerd op art. 1 lid 1 sub a Weens Koopverdrag meen ik overigens dat de klachten van subonderdeel 1.3 niet kunnen slagen.

3.21. Voor het geval dat het Weens Koopverdrag op grond van art. 1 van toepassing is, bepaalt art. 6 Weens Koopverdrag dat partijen de toepassing van dat verdrag geheel of gedeeltelijk kunnen uitsluiten. Deze uitsluiting kan uitdrukkelijk of stilzwijgend plaatsvinden.³⁴

3.22. Als de overeenkomst op grond van art. 1 lid 1 sub a Weens Koopverdrag wordt beheerst door het Weens Koopverdrag, dan zijn de regels van het Weens Koopverdrag van toepassing totdat is vastgesteld dat partijen het Weens Koopverdrag hebben uitgesloten. Dit betekent dat op grond van het Weens Koopverdrag moet worden beoordeeld of partijen het verdrag op de voet van art. 6 hebben uitgesloten.³⁵ Als het Weens Koopverdrag is uitgesloten in algemene voorwaarden, dan zal de vraag of de algemene voorwaarden van toepassing zijn eveneens op grond van het Weens Koopverdrag moeten worden beantwoord.³⁶

3.23. In een geval als het onderhavige – waarin het Weens Koopverdrag op grond van art. 1 lid 1 sub a van dat verdrag van toepassing is, en partijen in algemene bewoordingen het recht van een verdragsluitende staat op hun overeenkomst van toepassing verklaren – kan de vraag rijzen of deze rechtskeuze moet worden beschouwd als (i) een keuze voor het interne recht van die staat *met uitsluiting* van het Weens Koopverdrag in de zin van art. 6 Weens Koopverdrag, of als (ii) een keuze voor het recht van die staat *inclusief* het Weens Koopverdrag. In de literatuur bestaan over deze vraag grofweg twee opvattingen.

31 Dat het Weens Koopverdrag op basis van de eerste stap in beginsel formeel toepasselijk is, is niet zonder belang. Zoals bij de bespreking van subonderdeel 1.3 zal worden toegelicht, brengt die toepasselijkheid van het Weens Koopverdrag bijvoorbeeld met zich dat de vraag (in de tweede stap) of partijen op de voet van art. 6 de toepasselijkheid van het Weens Koopverdrag hebben uitgesloten, moet worden beantwoord op basis van de regels die het Weens Koopverdrag daarvoor geeft.

32 De klacht vermeldt niet op welk oordeel van de rechtbank zij het oog heeft, maar uit randnummer 2. van de procesinleiding kan worden afgeleid dat het gaat om rov. 4.3.1.-4.3.2., 4.5.6., 4.6.11. en 4.7.4. van het eindvonnis.

33 In randnummer 6. van de procesinleiding wordt opgemerkt: 'Als zou moeten worden aangenomen dat het hof van de toepasselijkheid van het Weens Koopverdrag is uitgegaan op grond van art. 1 onder b van het Weens Koopverdrag, is zijn oordeel onbegrijpelijk (...)'

34 Asser Internationaal privaatrecht/A.P.M.J. Vonken, *Deel 10-I. Algemeen deel IPR*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, nr. 294, R.I.V.F. Bertrams, *Koop*, Apeldoorn/Antwerpen: Maklu 2014, nr. 25, R.I.V.F. Bertrams & S.A. Kruisinga, *Overeenkomsten in het internationaal privaatrecht en het Weens Koopverdrag*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, par. 19.2.2 en S.A. Kruisinga, '25 jaar (uitsluiting van het) Weens Koopverdrag in Nederland', *NTHR* 2017/4, par. 3.1, p. 166-167.

35 M. Bridge and others (red.), *The CISG Advisory Council Opinions*, Den Haag: Eleven 2021, p. 527 e.v. (in het bijzonder nrs. 2-3 van de opinie en nr. 2.3 van de toelichting), L. Strikwerda & S.J. Schaafsma, *Inleiding tot het Nederlandse internationaal privaatrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, nr. 233 onder verwijzing naar art. 12 lid 1 sub a Rome I-verordening, *GS Bijzondere overeenkomsten*, art. 6 Weens Koopverdrag (actueel tot en met 5 september 2022), aant. 6 (S.A. Kruisinga), S.A. Kruisinga, '25 jaar (uitsluiting van het) Weens Koopverdrag in Nederland', *NTHR* 2017/4, par. 3.1, p. 166-167 en P. Hachem, 'Applicability of the CISG – articles 1 and 6', in I. Schwenzer and others (eds.), *Current Issues in the CISG and Arbitration*, Den Haag: Eleven 2014, par. 3.4.2.

36 Vergelijk HR 28 januari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR4837, *NJ* 2006/517 m.nt. Th.M. de Boer (*Vergo/[...]*), rov. 3.3.2. Zie ook *SDU Commentaar Vermogensrecht Artikelsgewijs*, art. 1 en 6 Weens Koopverdrag (J.W. Bitter) en S.A. Kruisinga, '25 jaar (uitsluiting van het) Weens Koopverdrag in Nederland', *NTHR* 2017/4, par. 3.3, p. 169-169.

3.24. Allereerst is er de opvatting dat het een kwestie van uitleg van de overeenkomst is of in een dergelijk geval sprake is van een uitsluiting van de toepasselijkheid van het Weens Koopverdrag, waarbij als uitgangspunt geldt dat partijen in gelijke mate zowel (i) als (ii) bedoeld kunnen hebben.³⁷

3.25. Daarnaast is er de opvatting dat een algemene rechtskeuze voor een verdragsluitende staat in een geval waarin de overeenkomst zonder die rechtskeuze door het Weens Koopverdrag zou worden beheerd niet als een uitsluiting van de toepasselijkheid van het Weens Koopverdrag moet worden gezien. Aan een (verdere) uitleg van het rechtskeuzebeding wordt dan in beginsel (zie hierna) niet toegekomen. Het interne recht van de verdragsluitende staat waarnaar het rechtskeuzebeding verwijst kan in deze opvatting wel nog relevant zijn bij onderwerpen die niet door het Weens Koopverdrag worden geregeld; in zoverre is het rechtskeuzebeding dus niet 'overbodig'.³⁸ Deze opvatting lijkt in de rechtspraak en literatuur, zowel in Nederland als internationaal, het meest te worden aangehangen.³⁹ Overigens wordt ook in deze opvatting wel aanvaard dat er bijkomende factoren kunnen zijn die erop wijzen dat partijen een stilzwijgende uitsluiting van het Weens Koopverdrag hebben beoogd, zoals het feit dat partijen in de overeenkomst of in processtukken uitsluitend verwijzen naar bepalingen van het interne recht van de verdragsluitende

staat.⁴⁰ Tegelijkertijd wordt er ook op gewezen dat de (enkele) omstandigheid dat een of beide partijen ten onrechte geen aandacht schenken aan het Weens Koopverdrag, bijvoorbeeld omdat zij de toepasselijkheid daarvan over het hoofd zien, geen aanwijzing kan zijn voor de intentie van partijen om de toepasselijkheid van het Weens Koopverdrag uit te sluiten.⁴¹ In de praktijk zal echter niet steeds duidelijk zijn of bewust (alleen) naar bepalingen uit het interne recht wordt verwezen, of dat partijen de toepasselijkheid van het Weens Koopverdrag over het hoofd zien.

3.26. Ik sluit me aan bij de tweede opvatting, die ik aldus kenschets dat bij de uitleg van een rechtskeuzebeding als hier aan de orde is als uitgangspunt geldt dat geen sprake is van een uitsluiting van het Weens Koopverdrag, maar dat er bijkomende omstandigheden kunnen zijn die tot een ander oordeel kunnen leiden.⁴²

3.27. Het hof heeft in rov. 2.3.1. van tussenarrest II geen oordeel gegeven over de toepasselijkheid van het Weens Koopverdrag, maar heeft daar herhaald wat hij in rov. 3.5.1. van tussenarrest I over de toepasselijkheid van het Weens Koopverdrag al had geoordeeld. De klacht van subonderdeel 1.3 moet kennelijk zo worden begrepen dat deze (mede) is gericht tegen rov. 3.5.1. van tussenarrest I (voor zover herhaald in rov. 2.3.1. van tussenarrest II). In die rechtsoverweging oordeelde het hof als volgt:

'3.5.1. Het gaat hier om een koopovereenkomst van roerende zaken tussen partijen die in verschillende staten gevestigd zijn, terwijl die staten, België en Nederland, partij bij het WKV zijn. Op grond van artikel 1 aanhef en sub a WKV is het WKV op de overeenkomst tussen Jura en Aswebo van toepassing. Een van de uitzonderingen genoemd in de artikelen 2, 3 en 6 WKV doet zich niet voor. Slechts wanneer partijen de toepasselijkheid van het WKV zouden hebben uitgesloten, zou uitsluitend nationaal Nederlands recht van toepassing zijn. Dat hebben zij echter niet gedaan. Dat betekent dat het WKV op de overeenkomst tussen partijen van toepassing is, en dat wanneer een regel van nationaal Nederlands recht strijdig is met het WKV, het WKV voorgaat. (...)

3.28. In het licht van het voorgaande acht ik het oordeel van het hof dat partijen de toepasselijkheid van het Weens Koopverdrag in deze zaak niet op grond van art. 6 van dat verdrag hebben uitgesloten, niet onbegrijpelijk. Hiervoor heb ik toegelicht dat de rechtskeuze voor een verdragsluitende staat in beginsel geen uitsluiting van het Weens Koopverdrag impliceert. Er kunnen weliswaar bijkomende omstandigheden zijn die dit anders maken, maar het subonderdeel wijst niet op

37 L. Strikwerda & S.J. Schaafsma, *Inleiding tot het Nederlandse internationaal privaatrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, nr. 233, L. Strikwerda, 'Een kwestie van uitleg – Rechtskeuzevrijheid en de toepasselijkheid van het Weens Koopverdrag', in P. van der Grinten & T. Heukels (eds.), *Crossing Borders* (Van der Velden-bundel), Deventer: Kluwer 2006, p. 117-118, Asser Bijzondere overeenkomsten/Jac. Hijma, *Deel 7-I. Koop en ruil*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, nr. 69 en A.G. Awesta, *Internationaal privaatrecht*, Den Haag: Boom juridisch 2020, p. 25-31. Vergelijk Th.M. de Boer in zijn noot bij HR 28 januari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR4837, NJ 2006/517 (*Vergo* [...]).

38 Asser Internationaal privaatrecht/X.E. Kramer & H.L.E. Verhagen, *Deel 10-III. Internationaal vermogensrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2022, nr. 782 en S.A. Kruisinga, '25 jaar (uitsluiting van het) Weens Koopverdrag in Nederland', *NTHR* 2017/4, par. 3.2, p. 167-168.

39 Zie, met veel verwijzingen naar rechtspraak, Asser Internationaal privaatrecht/A.P.M.J. Vonken, *Deel 10-I. Algemeen deel IPR*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, nrs. 293-295, Asser/Internationaal privaatrecht/X.E. Kramer & H.L.E. Verhagen, *Deel 10-III. Internationaal vermogensrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2022, nr. 782, *SDU Commentaar Vermogensrecht Artikelsgewijs*, art. 1 en 6 Weens Koopverdrag (J.W. Bitter), *GS Bijzondere overeenkomsten*, art. 6 Weens Koopverdrag (actueel tot en met 5 september 2022), aant. 6 (S.A. Kruisinga), *T&C Vermogensrecht*, art. 6 Weens Koopverdrag (actueel tot en met 1 juli 2022) (C.R. Christiaans & T.H.M. van Wechem), R.I.V.F. Bertrams, *Koop*, Apeldoorn/Antwerpen: Maklu 2014, nr. 26, R.I.V.F. Bertrams & S.A. Kruisinga, *Overeenkomsten in het internationaal privaatrecht en het Weens Koopverdrag*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, par. 19.2.2 en 33.7, S.A. Kruisinga, '25 jaar (uitsluiting van het) Weens Koopverdrag in Nederland', *NTHR* 2017/4, par. 3.1, p. 166-167, M.H. ten Wolde, *Handboek internationaal privaatrecht*, Zutphen: Paris 2021, p. 281, J.O. Honnold & H.M. Fletcher, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2009, nr. 77.1, M. Bridge and others (eds.), *The CISG Advisory Council Opinions*, Den Haag: Eleven 2021, p. 527 e.v. (in het bijzonder nr. 4 van de opinion) en P. Hachem, 'Applicability of the CISG – articles 1 and 6', in I. Schwenzer and others (eds.), *Current Issues in the CISG and Arbitration*, Den Haag: Eleven 2014, par. 3.4.3.1.

40 Asser Internationaal privaatrecht/X.E. Kramer & H.L.E. Verhagen, *Deel 10-III. Internationaal vermogensrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2022, nr. 782, *T&C Vermogensrecht*, art. 1 Weens Koopverdrag (actueel tot en met 1 juli 2022) (C.R. Christiaans & T.H.M. van Wechem) en R.I.V.F. Bertrams & S.A. Kruisinga, *Overeenkomsten in het internationaal privaatrecht en het Weens Koopverdrag*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, par. 19.2.2.

41 M. Bridge and others (eds.), *The CISG Advisory Council Opinions*, Den Haag: Eleven 2021, p. 527 e.v. (in het bijzonder nr. 5 van de opinion), *SDU Commentaar Vermogensrecht Artikelsgewijs*, art. 1 en 6 Weens Koopverdrag (J.W. Bitter), *T&C Vermogensrecht*, art. 6 Weens Koopverdrag (actueel tot en met 1 juli 2022) (C.R. Christiaans & T.H.M. van Wechem) en P. Hachem, 'Applicability of the CISG – articles 1 and 6', in I. Schwenzer and others (eds.), *Current Issues in the CISG and Arbitration*, Den Haag: Eleven 2014, par. 3.4.2.

42 Overigens zal het verschil tussen beide opvattingen in de praktijk veelal beperkt zijn.

dergelijke omstandigheden, en ook overigens valt in deze zaak niet in te zien dat zich dergelijke omstandigheden voordoen. Het subonderdeel verwijst slechts naar het – impliciete en ongemotiveerde – andersluidende oordeel van de rechtbank op dit punt, maar het enkele feit dat de rechtbank artikel 12 van de algemene voorwaarden van Jura anders heeft uitgelegd dan het hof, maakt het oordeel van het hof nog niet onbegrijpelijk. Daar staat tegenover dat Jura in feitelijke instanties (mede) een beroep heeft gedaan op bepalingen uit het Weens Koopverdrag, zoals terecht wordt opgemerkt in randnummer 4.24 van de schriftelijke toelichting van Jura, hetgeen veeleer de uitleg van het hof ondersteunt.

3.29. Gelet op het voorgaande faalt subonderdeel 1.3, bij de hiervoor genoemde vertrekpunten (i) dat subonderdeel 1.1 niet slaagt en dat het hof dus *niet* gebonden was aan het oordeel van de rechtbank over de toepasselijkheid van het Weens Koopverdrag, en (ii) dat de klacht tot uitgangspunt neemt dat het hof de toepasselijkheid van het Weens Koopverdrag heeft gebaseerd op art. 1 lid 1 sub a Weens Koopverdrag.

Onderdeel 2 – heeft het hof terecht het beroep van Aswebo op art. 6:230 lid 2 BW verworpen?

3.30. Dit onderdeel valt uiteen in twee subonderdelen. Aswebo heeft in feitelijke instanties haar beroep op dwaling en, in het verlengde daarvan, opheffing van nadeel op grond van art. 6:230 lid 2 BW gebaseerd op twee afzonderlijke gronden. Aswebo stelt te hebben gedwaald ten aanzien van (i) de aanwezigheid (of afwezigheid) van een KOMO-attest voor de door Jura aan Aswebo te leveren producten en (ii) de (on)mogelijkheid van Jura om de producten binnen de overeengekomen termijnen te leveren.

3.31. Het hof heeft het beroep op de grond onder (i) afgewezen in rov. 3.11.1. Daartegen richt zich subonderdeel 2.2. Het hof heeft het beroep op de grond onder (ii) afgewezen in rov. 3.11.2. Dat oordeel wordt aangevallen door subonderdeel 2.1.

3.32. *Subonderdeel 2.1* klaagt dat het hof met zijn oordeel in rov. 3.11.2. van tussenarrest I dat art. 6:228 BW alleen van toepassing is op een verkeerde voorstelling van zaken met betrekking tot de eigenschappen van de te leveren producten, blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Het oordeel van het hof is onbegrijpelijk voor zover het heeft bedoeld dat de stellingen van Aswebo met betrekking tot de mededeling van Jura dat zij in week 25/26 tussen 5 km en 6 km aan goten op het werk zou afleveren, geen beroep op art. 6:228 BW rechtvaardigen. De afwijzing van het beroep van Aswebo op art. 6:230 lid 2 BW kan daarom niet op de overwegingen in rov. 3.11.2. worden gebaseerd.

3.33. Bij de beoordeling van deze klacht stel ik het volgende voorop. Voor een succesvol beroep op dwaling is op grond van art. 6:228 lid 1 BW vereist: (i) een onjuiste voorstelling van zaken; (ii) aanwezigheid van een van de dwalingsgevallen genoemd in lid 1 onder a tot en met c; (iii) causaal verband tussen de onjuiste voorstelling en het sluiten van de overeenkomst (bij juiste voorstelling van zaken zou de overeenkomst niet, of niet met deze inhoud, zijn gesloten); en (iv) kenbaarheid (de wederpartij weet of kan geacht worden te weten dat hetgeen waarover gedwaald wordt voor de ander essentieel is). Daarnaast bepaalt art. 6:228 lid 2 BW onder meer dat het niet moet gaan om een dwaling over een *uitsluitend* toekomstige omstandigheid.

3.34. In deze zaak heeft het hof het beroep op dwaling in rov. 3.11.2. afgewezen op de grond dat geen sprake is van een – voor de toepassing van art. 6:228 lid 1 BW relevante – verkeerde voorstelling van zaken (het vereiste onder (i)). Het

debat in cassatie is daartoe beperkt en ik beperk mij eveneens daartoe.⁴³

3.35. Van een onjuiste voorstelling van zaken is sprake als men van een bepaald feit in het geheel niet of slechts gedeeltelijk op de hoogte is, of als men een bepaald beeld heeft dat niet met de werkelijkheid overeenstemt. Deze onjuiste voorstelling kan betrekking hebben op de zaak of dienst waarop de overeenkomst ziet, maar ook op de identiteit van de wederpartij of eigenschappen of hoedanigheden van de wederpartij. Ook feiten en omstandigheden die buiten de contractsinhoud liggen, kunnen een beroep op dwaling rechtvaardigen, namelijk als deze tot een onjuiste voorstelling van de contractuele rechten en plichten leiden.⁴⁴ De dwaling moet bestaan ten tijde van het aangaan van de overeenkomst.⁴⁵

3.36. Van het leerstuk van dwaling moet worden onderscheiden dat van oneigenlijke dwaling. Bij oneigenlijke dwaling is sprake van een vergissing als gevolg waarvan de verklaring van een partij niet haar wil dekt, waardoor in beginsel geen wilsovereenstemming tot stand komt. Bij dwaling zijn wil en verklaring wel met elkaar in overeenstemming, maar heeft de wil van een partij zich gevormd onder de invloed van een valse voorstelling van zaken. Er is dan sprake van een wilsgebreuk en niet van wilsonbreken.⁴⁶ Sieburgh geeft de volgende voorbeelden van oneigenlijke dwaling:

‘A, die van B voor € 20 per eenheid wil kopen, schrijft bij vergissing € 25. Men kan zeggen dat A dwaalt, doordat hij ten onrechte in de mening verkeert € 20 te hebben geschreven en B, doordat hij ten onrechte meent dat A € 25 heeft bedoeld. Hetzelfde is het geval indien een telegram verminkt overkomt; indien een der contractanten een stuk tekent dat iets anders inhoudt dan hij denkt; indien de partijen aan een door beiden gebezigde uitdrukking een onderling afwijkende betekenis hechten; indien men een offerte aan een verkeerd adres toezendt.’⁴⁷

3.37. Tegen deze achtergrond klaagt subonderdeel 2.1 mijns inziens terecht dat het hof met zijn oordeel dat geen sprake is van een verkeerde voorstelling van zaken omtrent de eigenschappen van de te leveren producten waarop artikel 6:228 BW ziet, is uitgegaan van een te beperkte en daarmee onjuiste opvatting ten aanzien van de in art. 6:228 lid 1 aanhef BW

43 In de literatuur en parlementaire geschiedenis wordt aan de invulling van het vereiste van een onjuiste voorstelling van zaken beperkt aandacht gegeven en ligt de nadruk veelal op de vereisten die ik hiervoor noemde onder (ii) en (iii).

44 Zie onder veel meer M.Y. Schaub, *Wilsgebreken* (Mon. BW B3), Deventer: Wolters Kluwer 2015, nr. 11. Vergelijk Asser Verbintenissenrecht/C.H. Sieburgh, *Deel 6-III. Algemeen overeenkomstenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, nr. 221 die ten aanzien van het oude recht opmerkt dat een beroep op dwaling (onder meer) werd toegelaten als gedwaald was omtrent de zelfstandigheid van de zaak die het onderwerp van de overeenkomst uitmaakt, en dat onder ‘zaak die het voorwerp van de overeenkomst uitmaakt’ zijn te verstaan de rechten en verplichtingen die door de overeenkomst ontstaan. Dit vereiste is volgens Sieburgh, zij het in andere bewoordingen, teruggekeerd in art. 6:228 BW.

45 *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:228 BW (actueel tot en met 15 november 2019), aant. 3.3 (Jac. Hijma).

46 Asser Verbintenissenrecht/C.H. Sieburgh, *Deel 6-III. Algemeen overeenkomstenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, nrs. 218-219 en Jac. Hijma e.a., *Rechtshandeling en Overeenkomst* (SBR deel 3), Deventer: Wolters Kluwer 2022, nr. 160 (C.C. van Dam).

47 Asser Verbintenissenrecht/C.H. Sieburgh, *Deel 6-III. Algemeen overeenkomstenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, nr. 218.

opgenomen eis van een onjuiste voorstelling van zaken, voor zover daarin besloten ligt dat alleen een verkeerde voorstelling van zaken over de eigenschappen van de te leveren producten bij de toepassing van art. 6:228 BW relevant kan zijn. Art. 6:228 BW kan ook zien op een onjuiste voorstelling ten aanzien van rechten en verplichtingen die niet (rechtstreeks) betrekking hebben op de eigenschappen van de te leveren producten, waaronder de vraag of de wederpartij in staat zal zijn om het werk (tijdig) uit te voeren.

3.38. Ook de motiveringsklacht van subonderdeel 2.1 treft doel. Ter onderbouwing van deze klacht verwijst de procesinleiding in randnummer 8. onder meer naar randnummer 35. van de memorie van antwoord in principaal appel, tevens memorie van grieven in incidenteel appel, waar Aswebo haar beroep op dwaling als volgt heeft omschreven:

'35. De dwaling van Aswebo is voorts te wijten aan de inlichting van Jura dat zij de goten tijdig zou kunnen gaan leveren, waaronder de mededeling dat zij aanvaardt dat in de week 25/26 tussen 5 km en 6 km aan goten aanwezig moet zijn op het werk, welke mededeling is gedaan in de vergadering van 27 februari 2015.

Het gaat dan om een dwaling als genoemd in artikel 6:228 lid 1 onder a BW. De tijdige levering was het daarbij het tweede essentiële kenmerk van de Overeenkomst. Jura kon echter niet tijdig leveren en zij wist dit, althans had [zij] dit kunnen en behoren te weten. Jura had ook nimmer ervan uit mogen gaan dat de Overeenkomst zonder de betreffende leveringsgarantie zou zijn gesloten. Had Aswebo geweten dat Jura de termijn niet zou kunnen nakomen, althans dat zij haar leveringsgarantie zou schenden, dan had zij vanzelfsprekend de goten niet bij Jura besteld. Ook en zelfs indien men ervan uit zou gaan dat ook Jura niet wist dat de goten nimmer tijdig zouden worden geleverd – hetgeen evenmin aannemelijk is –, dan is sprake van een geval als beschreven in artikel 6:228 lid 1 sub c BW. Jura had moeten begrijpen dat Aswebo bij een onmogelijkheid van tijdige levering de Overeenkomst nimmer zou hebben gesloten. Jura wist als geen ander dat Aswebo dat niet zou hebben gedaan, getuige haar eigen bericht aan BAC van 5 januari 2015. Vaststaat dat Jura het Bestek kende en de daarin gestelde boetes op de late nakoming. Jura wist dus dat levering binnen de termijnen essentieel was voor Aswebo en de termijnen een fataal karakter hadden.'

3.39. Deze passage uit de memorie van Aswebo kan redelijkerwijs niet anders worden begrepen dan dat de gestelde dwaling van Aswebo erin bestond dat Jura aan Aswebo heeft medegedeeld dat zij de producten tijdig zou kunnen leveren, terwijl Jura op het moment van aangaan van de overeenkomst wist of had kunnen en behoren te weten dat de goten niet tijdig geleverd zouden kunnen worden. Als Aswebo had geweten dat Jura – vanaf het begin af aan – niet in staat zou zijn geweest om tijdig te leveren, dan was Aswebo de overeenkomst met Jura niet aangegaan, omdat de tijdige levering voor Aswebo essentieel was. De daarvan afwijkende uitleg die het hof in rov. 3.11.2. van tussenarrest I aan de stellingen van Aswebo heeft gegeven, namelijk dat Aswebo heeft gedwaald door de mededeling van Jura op 27 februari 2015 dat de producten op een bepaald tijdstip zouden zijn geleverd, terwijl dat niet het geval bleek te zijn, is onbegrijpelijk.

3.40. In de uitleg van de stellingen van Aswebo door het hof, is er geen ruimte voor een succesvol beroep op dwaling. Het enkele feit dat partijen overeenkomen dat voor een bepaalde datum een hoeveelheid goederen zal worden geleverd, maar die leveringsverplichting vervolgens niet wordt nagekomen, maakt immers nog niet dat bij het aangaan van de overeen-

komst sprake was van een onjuiste voorstelling van zaken. Aswebo stelt echter niet het geval aan de orde waarin achteraf wordt geconstateerd dat de verkoper niet heeft geleverd wat hij had toegezegd te leveren, maar het geval waarin vanaf het begin al duidelijk was, zij het niet voor Aswebo, dat niet tijdig zou *kunnen* worden geleverd. Doordat Jura desondanks heeft medegedeeld de goten tijdig te leveren, sloot Aswebo de overeenkomst op basis van de in haar ogen dus onjuiste voorstelling van zaken dat de verkoper tot tijdige levering in staat was. Als gevolg van de onbegrijpelijke uitleg van de stellingen van Aswebo is het hof ten onrechte niet toegekomen aan een beoordeling of in dit geval aan de vereisten voor een succesvol beroep op dwaling is voldaan.

3.41. In het verlengde van het voorgaande slaagt – tot slot – ook de klacht in randnummer 11. van de procesinleiding dat het oordeel van het hof dat sprake is van oneigenlijke dwaling onbegrijpelijk is. Uit het voorgaande volgt dat de stellingen van Aswebo niet aldus moeten worden begrepen dat Aswebo een mededeling van Jura heeft opgevat op een andere wijze dan Jura die mededeling heeft bedoeld.

3.42. De slotsom is dat subonderdeel 2.1 slaagt.

3.43. Jura heeft in randnummers 5.3-5.4 van haar schriftelijke toelichting als verweer gevoerd dat Aswebo geen belang heeft bij de klachten van subonderdeel 2.1. Uit rov. 2.6.6. e.v. van tussenarrest II volgt dat Aswebo niet is geslaagd in het in rov. 3.12.10. van tussenarrest I aan haar opgedragen bewijs dat op 18 mei 2015 is gebleken dat Jura niet in staat zou zijn voor het einde van week 26 ten minste 5 km aan lijngoten te hebben geleverd. Nu niet is aangetoond dat Jura op 18 mei 2015 niet in staat was om voor het einde van week 26 5 km lijngoten te hebben geleverd, kon Aswebo daarover ook niet (al bij het sluiten van de overeenkomst) dwalen, aldus Jura.

3.44. Het hof heeft in rov. 3.12.10. van tussenarrest I overwogen dat Jura zich blijkens het verslag van 27 februari 2015 ertoe heeft verbonden er zorg voor te dragen dat in week 25/26 5 tot 6 km aan lijngoten op het werk was geleverd. Vervolgens heeft het hof overwogen dat voor een geslaagd beroep op (gedeeltelijke) ontbinding, gelet op het partijdebat en art. 72 Weens Koopverdrag, vereist is dat komt vast te staan dat op 18 mei 2015 duidelijk is geworden dat Jura zal tekortschieten doordat Jura niet vóór het einde van week 26 ten minste 5 km aan lijngoten aan Aswebo zal hebben geleverd, én dat Jura op 18 mei 2015 aan Aswebo heeft medegedeeld die verplichting niet te zullen nakomen. Het hof heeft, nog steeds in rov. 3.12.10. van tussenarrest I, Aswebo toegelaten tot het bewijs daarvan. Na de getuigenverhoren heeft het hof in rov. 2.6.8. van tussenarrest II overwogen:

'(...) De verklaringen van de overige getuigen bevatten in het geheel geen feitelijkheden over concrete afgelegde verklaringen en gedane mededelingen en concrete bevindingen van aanwezige personen gedurende het bezoek op 18 mei 2015. Het gevolg hiervan is dat Aswebo er niet in is geslaagd om te bewijzen dat Jura op 18 mei 2015 aan Aswebo heeft medegedeeld de verbintenis vóór het einde van week 26, dat is 28 juni 2015, ten minste 5 km aan lijngoten te hebben geleverd niet te zullen nakomen. Reeds daarom moet het beroep van Aswebo op gedeeltelijke ontbinding van de overeenkomst tussen partijen worden verworpen. Het hof heeft echter ook niet de overtuiging dat op 18 mei 2015 tijdens de bijeenkomst bij [A] is gebleken dat Jura niet in staat zou zijn vóór het einde van week 26, dat is 28 juni 2015, ten minste 5 km aan lijngoten te hebben geleverd. (...)

3.45. De bewijslevering zag uitsluitend op wat er is voorgevallen en besproken tijdens de bespreking bij [A] op 18 mei 2015.

De vraag of bij het aangaan van de overeenkomst, dus ruim voor 18 mei 2015, al duidelijk kon zijn dat het uitgesloten was dat Jura tijdig zou kunnen leveren, was daarbij niet aan de orde. Het feit dat Aswebo niet is geslaagd in het bewijs dat op 18 mei 2015 is gebleken of uitgesproken dat Jura niet tijdig aan haar leveringsverplichtingen zou kunnen voldoen, sluit op zichzelf niet de mogelijkheid uit dat ten tijde van het sluiten van de overeenkomst voor Jura duidelijk was of had moeten zijn dat zij niet op tijd zou kunnen leveren. Aswebo stelt in randnummer 2. van de dupliek mijns inziens terecht dat een en ander een (feitelijk) oordeel vanuit een ander perspectief, en (zo voeg ik daar aan toe) een ander moment, vergt. Daarom kan mijns inziens niet worden gezegd dat het belang bij subonderdeel 2.1 ontbreekt.

3.46. *Subonderdeel 2.2* klaagt dat het hof met zijn oordeel in rov. 3.11.1. van tussenarrest I dat het aanvankelijke ontbreken van een KOMO-attest geen grond biedt voor toepassing van art. 6:230 lid 2 BW, omdat (i) niet is gebleken dat Aswebo financieel nadeel lijdt omdat de producten later alsnog een KOMO-attest hebben verkregen, respectievelijk (ii) de berekening van het door Aswebo geleden nadeel ondeugdelijk is, blijkt geeft van een onjuiste rechtsopvatting. Bij wijze van hypothetische feitelijke grondslag kan ervan worden uitgegaan dat sprake is van een gegrond beroep op dwaling. Het hof heeft immers niet de stelling van Aswebo verworpen dat zij bij het sluiten van de overeenkomst met Jura heeft gedwaald doordat zij in de ontrecte veronderstelling verkeerde dat de door Jura te leveren lijngoten zouden zijn voorzien van een KOMO-attest. Daarvan uitgaande mocht het hof het beroep van Aswebo op art. 6:230 lid 2 BW niet verwerpen op de hiervoor onder (i) en (ii) genoemde gronden. Het hof had de omvang van het nadeel van Aswebo moeten vaststellen, al dan niet na nader onderzoek en zo nodig schattenderwijs. In elk geval is de verwerping van het beroep van Aswebo op art. 6:230 lid 2 BW onbegrijpelijk gemotiveerd.

3.47. Bij de behandeling van deze klacht stel ik het volgende voorop. Art. 6:228 lid 1 BW bepaalt dat een overeenkomst die tot stand is gekomen onder invloed van dwaling, en bij een juiste voorstelling van zaken niet zou zijn gesloten, onder voorwaarden vernietigbaar is. Op grond van art. 6:230 lid 2 BW kan de rechter op verlangen van een van de partijen, in plaats van de vernietiging uit te spreken, de gevolgen van de overeenkomst wijzigen ter opheffing van het als gevolg van de dwaling geleden nadeel. Uit vaste rechtspraak van Uw Raad volgt dat voor een beroep op dwaling (art. 6:228 BW) op zichzelf niet is vereist dat degene die zich daarop beroept, door het aangaan van de overeenkomst onder invloed van dwaling is benadeeld.⁴⁸ De vraag of van benadeling sprake is, is vanzelfsprekend wel relevant bij een beroep op art. 6:230 lid 2 BW.

3.48. Recentelijk heeft Uw Raad geoordeeld over de wijze waarop de rechter in verband met art. 6:230 lid 2 BW te werk moet gaan bij de beoordeling van de vraag naar de omvang van het als gevolg van de dwaling geleden nadeel. In die zaak vorderde de koper (hierna: 'Maetis') van twee vennootschappen opheffing van het nadeel dat hij als gevolg van dwaling bij de koop had geleden, door middel van een verlaging van de koopprijs. Het hof heeft geoordeeld dat Maetis de overeenkomst onder invloed van dwaling heeft gesloten, maar dat de

wijze waarop zij het dwalingsnadeel heeft berekend niet geschikt is, en heeft de vordering afgewezen. Uw Raad vernietigde dit oordeel op basis van de volgende overweging:

'Onderdeel 1.5 betoogt dat het hof niet zonder meer de vordering van Maetis tot aanpassing van de koopprijs geheel had mogen afwijzen, en dat het de hoogte van het dwalingsnadeel zelf op andere wijze had behoren vast te stellen, zo nodig bij wege van schatting van de omvang daarvan.

Ook dit onderdeel slaagt. Het hof heeft geoordeeld dat Maetis de koopovereenkomst onder invloed van dwaling heeft gesloten. Maetis heeft op de voet van art. 6:230 lid 2 in verbinding met lid 1 BW gevorderd dat de gevolgen van de koopovereenkomst worden gewijzigd door verlaging van de koopprijs. Maetis heeft daartoe gesteld dat het nadeel dat zij bij ongewijzigde instandhouding van de koopovereenkomst zou lijden, erin bestaat dat zij een hogere koopprijs is overeengekomen dan zij zou hebben gedaan bij kennis van de juiste stand van zaken. Het hof heeft deze stelling niet verworpen; het heeft slechts geoordeeld dat de door Maetis voorgestelde wijze van berekening van de aanpassing van de koopprijs ter opheffing van dat nadeel niet geschikt is. Bij die stand van zaken mocht het hof niet zonder meer overgaan tot afwijzing van de vordering van Maetis tot aanpassing van de koopprijs, maar had het de omvang van dat nadeel moeten vaststellen, al dan niet na nader onderzoek en zo nodig schattenderwijs.⁴⁹

3.49. Uit dit arrest volgt dat er geen reden is om aan te nemen dat de rechter bij de vaststelling van nadeel als bedoeld in art. 6:230 lid 2 BW anders te werk moet gaan dan bij de vaststelling van schade, met dien verstande dat verwijzing naar de schadestaatprocedure bij art. 6:230 lid 2 BW niet mogelijk is. Over de begroting van schade heeft Uw Raad immers geoordeeld dat, als het bestaan van schade aannemelijk is maar de omvang van de schade niet nauwkeurig kan worden vastgesteld, de vordering niet mag worden afgewezen, maar dat de rechter de omvang van de schade, al dan niet na nadere instructie, op de voet van art. 6:97 BW moet schatten, dan wel de partijen naar de schadestaatprocedure moet verwijzen.⁵⁰

3.50. In de onderhavige zaak heeft het hof het voorgaande niet miskend. Het hof heeft in rov. 3.11.1. van tussenarrest I geoordeeld dat uit niets is gebleken dat sprake is van nadeel, en (slechts) 'ten overvloede' dat de wijze waarop Aswebo het nadeel heeft berekend onjuist is:

'3.11.1. Het WKV kent geen regeling voor dwaling. Voor de toepassing van artikel 6:230 lid 2 BW is vereist dat een dwaling voor de dwalende nadeel heeft meegebracht. Uit niets blijkt dat Aswebo enig financieel nadeel heeft ondervonden van het feit dat, met instemming van BAC, niet bij het sluiten van de overeenkomst tussen partijen, maar in een later stadium het overeengekomen KOMO certificaat is verstrekt. De producten voldoen alsnog aan de door BAC gestelde en tussen Aswebo en Jura overeengekomen voorwaarden. Aswebo

48 Zie onder meer HR 4 september 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH7854, NJ 2009/398 ([...]/*Alternatieve Bouw en Ontwikkelingscombinatie Wateringseveld B.V.*), rov. 3.4.2 en HR 19 januari 2001, ECLI:NL:LJN HR2001:AA9559, NJ 2001/159 ([...]/[...]), rov. 3.4.

49 HR 6 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1910, NJ 2020/18 en JOR 2020/78 m.nt. F.P.C. Strijbos (*Maetis N.V./[...]*), rov. 3.2.

50 Zie onder meer HR 18 februari 2022, ECLI:NL:HR:2022:272, NJ 2022/91 en JA 2022/63 m.nt. E.W. Bosch, rov. 3.1.2, HR 10 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1842, NJ 2022/1 en JA 2022/22 m.nt. J.J.A. Braspenning, rov. 3.2, HR 7 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1435, NJ 2018/378 en JIN 2018/187 m.nt. R.A.G. de Vaan (*WEA Randstad Accountants & Adviseurs*), rov. 4.1.2 en HR 9 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BR5211, NJ 2011/601 ([...]/[...]), rov. 3.5. Zie ook *Stelplicht & bewijslast*, commentaar op art. 6:97 (actueel tot en met 2 oktober 2017) (R.J.B. Boonekamp) en *GS Schadevergoeding*, art. 6:97 BW (actueel tot en met 15 juli 2022), aant. 2-3 (S.D. Lindenbergh).

heeft uiteindelijk dan ook producten gekregen voorzien van een KOMO certificaat, en waarvoor zij om die reden een hogere prijs heeft betaald dan producenten vragen die niet KOMO gecertificeerd zijn.

Ten overvloede geldt voorts nog het volgende. Aswebo berekent het nadeel dat zij vordert aan de hand van de prijs die een andere fabrikant, die niet KOMO gecertificeerd is, voor haar producten zou hebben berekend. Gelet op de bestekseis van BAC zou Aswebo nooit de producten van die andere producent hebben mogen afnemen. Die berekening is dan ook ondeugdelijk. Het aanvankelijk ontbreken van een KOMO certificaat biedt geen grond voor toepassing van artikel 6:230 lid 2 BW.

3.51. Daarmee wijkt deze zaak op een cruciaal punt af van de hiervoor weergegeven uitspraak van Uw Raad van 6 december 2019. In die zaak had het hof immers geoordeeld dat Maetis de overeenkomst onder invloed van dwaling had gesloten en had het hof *niet* de stelling verworpen dat Maetis als gevolg van die dwaling nadeel had geleden. Bij die stand van zaken mocht het hof de vordering niet afwijzen op de grond dat de door Maetis voorgestelde wijze van berekening van het nadeel ongeschikt was. In de onderhavige zaak heeft het hof kennelijk in het midden gelaten of Aswebo de overeenkomst onder invloed van dwaling heeft gesloten, maar heeft het hof de stelling dat sprake is van nadeel uitdrukkelijk verworpen. Die verwerping door het hof is niet gebaseerd op het oordeel dat Aswebo het nadeel op onjuiste wijze heeft berekend, maar op het oordeel dat er geheel geen sprake is van nadeel. Bij die stand van zaken, die dus afwijkt van de eerder door Uw Raad besliste zaak, kon het hof de vordering van Aswebo op grond van art. 6:230 lid 2 BW afwijzen.

3.52. Het oordeel van het hof is ook niet onbegrijpelijk. Ten aanzien van het gestelde nadeel van € 1.247.314,53 heeft het hof geoordeeld dat geen sprake is van nadeel, omdat Aswebo (uiteindelijk) producten geleverd heeft gekregen met een KOMO-attest, en zij om die reden voor die producten een hogere prijs heeft betaald dan de prijs die producenten vragen die geen producten met KOMO-attest leveren. Aan het gestelde nadeel bestaande uit € 55.000 aan door Aswebo gemaakte kosten heeft het hof geen uitdrukkelijke overweging gewijd. Dit maakt het oordeel van het hof echter nog niet onbegrijpelijk, omdat de kosten van € 55.000 volgens de eigen stellingen van Aswebo (randnummers 21.-22. van haar pleitnota in eerste aanleg) zijn gerelateerd aan het verwijt dat Jura niet tijdig alle lijngoten kon leveren, en niet aan het verwijt dat het KOMO-attest op een later moment dan overeengekomen is verstrekt.

3.53. Ook de onder randnummer 13. van de procesinleiding opgenomen aanvullende klacht – die erop neerkomt dat het hof art. 6 EVRM heeft miskend, althans dat het oordeel van het hof onbegrijpelijk is, gelet op de ongelijkheid in de behandeling van de berekening van het nadeel van Aswebo in het kader van zijn beroep op art. 6:230 lid 2 BW en de schadeberekening van Jura (zie over die schadeberekening onderdeel 3) – stuit op het voorgaande af. Daaruit volgt immers dat het hof heeft geoordeeld dat Aswebo als gevolg van haar mogelijke (door het hof in het midden gelaten) rechtens relevante dwaling geen nadeel heeft geleden, terwijl het hof in rov. 2.11. van het eindarrest heeft geoordeeld dat de mogelijkheid dat Jura schade heeft geleden aannemelijk is. Dit maakt dat de situatie van Aswebo niet gelijk is aan of vergelijkbaar is met de situatie van Jura, en dat de ongelijkheid in behandeling, wat daar verder ook van zij, niet meebrengt dat het hof art. 6 EVRM heeft miskend.

3.54. Voor zover het subonderdeel nog bedoelt te klagen over de overweging ten overvloede van het hof in de tweede alinea van rov. 3.11.1. van tussenarrest I (zie randnummer 3.50) faalt het bij gebrek aan belang.

3.55. Gelet op het voorgaande faalt subonderdeel 2.2.

Onderdeel 3 – heeft het hof de zaak terecht naar de schadestaatprocedure verwezen?

3.56. Dit onderdeel klaagt dat het hof met zijn oordeel in rov. 2.11. van het eindarrest dat het de zaak gelet op gebrekkige informatieverstrekking en ontoereikende wijze van onderbouwing van de schadeberekening door Jura verwijst naar de schadestaatprocedure, blijkt heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Het hof had zich in de tussenarresten I en II al vastgelegd voor het geval Jura onvoldoende feitelijke gegevens zou verschaffen die hem in staat zouden stellen om de schade van Jura te begroten, in die zin dat het dan de vordering van Jura zou afwijzen.⁵¹ Toen het hof in zijn tussenarrest II dan wel het eindarrest constateerde dat Jura onvoldoende feitelijke gegevens had verstrekt op basis waarvan het hof de schade van Jura kon begroten, kon het hof niet meer op die eindbeslissing terugkomen. Het hof had de vordering van Jura daarom moeten afwijzen. Naast deze rechtsklacht formuleert het onderdeel ook een motiveringsklacht: als het hof heeft gemeend dat het in zijn tussenarresten I en II niet uitdrukkelijk en zonder voorbehoud heeft overwogen hoe over de zaak zou worden beslist als het opgedragen bewijs al dan niet geleverd wordt, is dat onbegrijpelijk.

3.57. De leer van de bindende eindbeslissing houdt volgens vaste rechtspraak in dat de rechter in dezelfde instantie in beginsel gebonden is aan zijn eigen eindbeslissing. Een eindbeslissing is een uitdrukkelijke en zonder voorbehoud gegeven beslissing omtrent enig geschilpunt tussen partijen; die beslissing maakt dus een einde aan een geschilpunt tussen partijen.⁵² De vraag of sprake is van een eindbeslissing, hangt af van de bedoeling van de rechter, die mede kan blijken uit een latere tussenuitspraak of einduitspraak.⁵³ De rechter dient zelf

51 Uit randnummer 14. van de procesinleiding blijkt dat het gaat om rov. 3.13. van tussenarrest I en rov. 2.7.2. van tussenarrest II.

52 Zie nader over (de ontwikkeling van) deze leer W.D.H. Asser, 'De grondslag van de binding van de rechter aan zijn eigen eindbeslissing', in Th.M. Boer e.a. (red.), *Strikwerda's conclusies*, Deventer: Kluwer 2011, p. 17-33, Asser Procesrecht/E.B. Bakels, A. Hammerstein en E.M. Wesseling-van Gent, *Deel 4. Hoger beroep*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, nrs. 153, 156 en 158 en Asser Procesrecht/A.C. van Schaick, *Deel 2. Eerste aanleg*, Deventer: Wolters Kluwer 2022, nr. 107. Zie onder meer de volgende meer recente rechtspraak: HR 25 april 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC2800, NJ 2008/553 m.nt. H.J. Snijders en AB 2008/259 m.nt. R. Ortlep (*Gemeente Voorst*), rov. 3.3.3, HR 26 november 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN8521, NJ 2010/634 (*Kojen/ABB*), rov. 3.5, HR 30 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU3160, NJ 2012/582 m.nt. H.B. Krans (*[...]/[...]*), rov. 3.3.1 e.v., HR 8 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1224, NJ 2016/218 m.nt. H.J. Snijders en JBPr 2015/60 m.nt. H.W. Wiersma (*Gezamenlijk bewoonde woning*), rov. 3.6.1-3.6.2, HR 16 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2884, RvdW 2017/20, TBR 2017/152 m.nt. J.J. Dammingsh, JIN 2017/14 m.nt. P.H. Bossema-de Greef en TvAR 2017/14165 m.nt. W.J.E. van der Werf, rov. 3.3 en HR 17 mei 2019, ECLI:NL:HR:2019:575, NJ 2019/375 m.nt. E.W.J. de Groot (*Gemeente Eindhoven*), rov. 3.4.2.

53 Zie onder meer HR 25 september 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0693, NJ 1992/752, rov. 3 (*Amev*), HR 3 september 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2954, NJ 2001/405 m.nt. Th.M. de Boer (*[...]/*

door middel van uitleg van zijn eerder gegeven beslissing te bepalen of sprake is van een eindbeslissing, met dien verstande dat die uitleg niet onbegrijpelijk mag zijn.⁵⁴ De leer van de bindende eindbeslissing is gebaseerd op het beginsel dat eens een einde moet komen aan het geschil tussen partijen. Dit beginsel, dat het processuele debat beperkt, valt onder de eisen van de goede procesorde.⁵⁵ De rechter mag, mede geleet op de eisen van de goede procesorde, terugkomen van een bindende eindbeslissing als deze beruiste op een onjuiste juridische of feitelijke grondslag.⁵⁶

3.58. De rechtsklacht van onderdeel 3 gaat ervan uit dat rov. 3.13. van tussenarrest I en rov. 2.7.2. van tussenarrest II uitdrukkelijk en zonder voorbehoud gegeven oordelen bevatten, en dat het hof niet vrijstond van die oordelen bij zijn eindarrest terug te komen. In rov. 2.5. e.v. van het eindarrest ligt echter besloten dat naar het oordeel van het hof geen sprake is van uitdrukkelijk en zonder voorbehoud gegeven oordelen. Zo heeft het hof in rov. 2.5. van het eindarrest over zijn eerdere tussenarresten overwogen dat het hof Jura *in de gelegenheid heeft gesteld* om feiten en gegevens, onderbouwd met schriftelijke stukken, aan het hof aan te reiken, alsmede dat het aan Jura *heeft voorgehouden* dat het hof een nadere toelichting verlangt over de betekenis van de e-mail van Indra aan Jura van 26 februari 2015, maar niet dat daarmee ook de consequentie ingeval van het niet-verstrekken van deze gegevens reeds vastlag. Bovendien heeft het hof in rov. 2.11. van het eindarrest overwogen dat hij aan de gebrekkige informatieverstrekking en ontoereikende onderbouwing van de schade door Jura niet de conclusie verbindt dat de vordering tot schadevergoeding moet worden afgewezen, waarbij uit niets volgt dat het hof meent dat het daarmee is teruggekomen op een eerder gegeven eindbeslissing. Volgens vaste rechtspraak van Uw Raad kan de uitleg die het hof aan zijn eigen eerdere beslissing heeft gegeven in cassatie niet op juistheid, maar alleen op begrijpelijkheid worden getoetst.⁵⁷ De rechtsklacht, die ervan uitgaat dat sprake is van bindende eindbeslissingen, stuit hierop af.

3.59. Voor het geval dat het hof heeft gemeend dat het in rov. 3.13. van tussenarrest I en rov. 2.7.2. van tussenarrest II geen bindende eindbeslissingen heeft gegeven, bevat het onderdeel een motiveringsklacht.

3.60. In rov. 3.13. van tussenarrest I heeft het hof overwogen dat Jura, als de begroting van haar schade in deze zaak aan de orde komt, duidelijkheid over de door haar geleden schade zal moeten verstrekken:

‘3.13. Indien te zijner tijd het resultaat van de bewijslevering blijkt te zijn dat Aswebo is tekortgeschoten in de nakoming van de krachtens de overeenkomst op haar rustende verplichting tot afname dan geldt het volgende. Jura kan dan, zoals zij doet, op grond van artikel 61 aanhef en sub b WKV schadevergoeding eisen als bedoeld in artikel 74 WKV, bestaande uit gedeerde winst. Het hof merkt nu al op dat indien begroting van de schade van Jura aan de orde mocht komen, Jura stukken zal dienen te verstrekken die het hof in staat stellen de werkelijke door Jura geleden schade te begroten. In een e-mail van 26 februari 2015 van [betrokkene 2] van Indra bvba (productie A5 bij MvG) vermeldt [betrokkene 2] dat Indra de facturatie zal overlaten aan Jura, importeur en partner van [A], omdat de marges zo scherp zijn. Dat roept vragen op over de tussen Indra en Jura gemaakte afspraken en de door Jura in het kader van de overeenkomst voor het niet afgenomen deel van de producten gemaakte kosten. Jura zal, indien aan de orde, duidelijkheid over haar schade dienen te verschaffen.’

3.61. Uit tussenarrest II volgt dat de door Jura geleden schade in deze zaak daadwerkelijk aan de orde zal komen (zie randnummer 2.17 van deze conclusie). In rov. 2.7.2. van tussenarrest II heeft het hof Jura de instructie gegeven om (met schriftelijke stukken onderbouwde) feiten aan het hof aan te reiken, zodat het hof kan beoordelen of Jura schade heeft geleden, en zo ja tot welk bedrag:

‘2.7.2. Het ontbreekt het hof aan toereikende feitelijke gegevens om de (mogelijke) schade van Jura te begroten. Jura dient bij memorie na dit tussenarrest het hof feiten aan te reiken, onderbouwd met schriftelijke stukken, om het hof in staat te stellen te beoordelen of Jura schade heeft geleden en zo ja tot welk bedrag. Aswebo dient ook duidelijkheid te verschaffen over het hierboven in 2.7.1. vermelde. Het hof zal de zaak daartoe naar de rol verwijzen van 13 juli 2021. Aswebo zal vervolgens een antwoordmemorie mogen nemen, waarna het hof over de schadevordering van Jura zal oordelen en beslissen.’

3.62. Zoals hiervoor in randnummer 3.58 al is aangegeven, ligt in de rov. 2.5.-2.11. van het eindarrest het oordeel van het hof besloten dat zijn overwegingen in rov. 3.13. van tussenarrest I en rov. 2.7.2. van tussenarrest II geen eindbeslissingen zijn. Dit oordeel van het hof acht ik niet onbegrijpelijk, omdat in die rechtsoverwegingen redelijkerwijs geen uitdrukkelijk en zonder voorbehoud gegeven beslissing van het hof valt te lezen over wat het zal oordelen als Jura onvoldoende duidelijkheid over haar schade zal verstrekken. Dit wordt nader onderstreept door rov. 2.7.2. van tussenarrest II waar het hof overweegt dat het na de memoriewisseling over de schadevordering van Jura zal oordelen en beslissen, hetgeen impliceert dat het hof zich in zijn tussenarresten ter zake van de schadevordering nog niet had vastgelegd. Anders dan Aswebo stelt in randnummer 4. van haar repliek is de noodzakelijke keerzijde van de instructie van het hof niet, althans niet zonder meer, dat de vordering van Jura moest worden afgewezen als zij niet aan die instructie zou voldoen. Dat geldt te meer nu het hier gaat om het vaststellen van de door Jura geleden schade. Uit vaste rechtspraak van Uw Raad volgt immers dat de rechter die de mogelijkheid dat schade is geleden aannemelijk acht, maar die onvoldoende gegevens heeft om de schade te bepalen deze vordering in beginsel niet mag afwijzen, maar de schade, al dan niet na nadere instructie, op de voet van art.

RG Lease), rov. 3.7 en HR 17 mei 2019, ECLI:NL:HR:2019:757, NJ 2019/375 m.nt. E.W.J. de Groot (*Gemeente Eindhoven*), rov. 3.4.2.

54 Zie onder meer HR 16 juni 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA6233, NJ 2000/584 m.nt. C.J.H. Brunner en VR 2000/189 m.nt. H.J.J. de Bosch Kemper (*Sint Willibrord*), rov. 3.3, HR 12 april 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD9119, NJ 2002/411 m.nt. T. Koopmans (*.../.../...*), rov. 3.11 en HR 30 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU3160, NJ 2012/582 m.nt. H.B. Krans (*.../.../...*), rov. 3.3.1. e.v. Vergelijk HR 26 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI2042, RvdW 2009/811, rov. 3.3. Uit deze rechtspraak volgt ook dat de uitleg die de rechter aan zijn eigen eerdere uitspraak heeft gegeven in cassatie niet op juistheid, maar alleen op begrijpelijkheid kan worden getoetst.

55 Zie HR 4 mei 1984, ECLI:NL:HR:1984:AG4805, NJ 1985/3 m.nt. W.H. Heemskerk (*Van der Meer/S.K.S. Siller en Jamart BV*) en meer recent onder andere HR 26 november 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN8521, NJ 2010/634 (*Kojen/ABB*), rov. 3.5.

56 Zie onder meer HR 25 april 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC2800, NJ 2008/553 m.nt. H.J. Snijders en AB 2008/259 m.nt. R. Ortlep (*Gemeente Voorst*), rov. 3.3.3 en HR 26 november 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN8521, NJ 2010/634 (*Kojen/ABB*), rov. 3.5.

57 Zie de rechtspraak genoemd in randnummer 3.57.

6:97 BW moet schatten, dan wel partijen naar de schadestaat-procedure moet verwijzen.⁵⁸ Het is tegen deze achtergrond niet aannemelijk dat het hof zich in zijn tussenarresten aldus zou hebben vastgelegd dat het de schadevordering zou afwijzen als Jura niet voldoende gegevens zou verstrekken om de omvang van de schade te begroten of schatten, ook als de mogelijkheid van schade wel aannemelijk zou zijn geworden en de mogelijkheid van verwijzing naar de schadestaatprocedure dus zou openstaan. Gelet op het voorgaande faalt de motiveringsklacht.

3.63. Daarmee is onderdeel 3 vergeefs voorgesteld.

Slotsom

3.64. Ik kom tot de slotsom dat subonderdelen 1.1 en 2.1 slagen en dat de overige (sub)onderdelen falen. De bestreden arresten moeten worden vernietigd, en de zaak moet worden verwezen naar een ander gerechtshof ter verdere behandeling en beslissing.⁵⁹

4. Conclusie

De conclusie strekt tot vernietiging van de bestreden tussenarresten van 30 juni 2020 en 15 juni 2021, alsmede van het eindarrest van 9 november 2021, en tot verwijzing.

Hoge Raad

1. Procesverloop

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar:

- a. het vonnis in de zaak C/03/233051 / HA ZA 17-143 van de rechtbank Limburg van 9 mei 2018;
- b. de arresten in de zaak 200.241.641/01 van het gerechtshof 's-Hertogenbosch van 30 juni 2020, 15 juni 2021 en 9 november 2021.

Aswebo heeft tegen de arresten van het hof beroep in cassatie ingesteld.

Jura heeft geconcludeerd tot verwerping van het beroep.

De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten.

De conclusie van de Advocaat-Generaal T. Hartlief strekt tot vernietiging van de bestreden tussenarresten van 30 juni 2020 en 15 juni 2021, alsmede van het eindarrest van 9 november 2021, en tot verwijzing.

De advocaten van partijen hebben schriftelijk op die conclusie gereageerd.

2. Uitgangspunten en feiten

2.1. In cassatie kan worden uitgegaan van de feiten en omstandigheden vermeld in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 1.2-1.2.7. Deze komen, kort samengevat, op het volgende neer.

(i) Aswebo en Jura hebben in februari 2015 een overeenkomst gesloten op grond waarvan Jura medio 2015 aan Aswebo lijn-

goten zal leveren die zijn voorzien van een zogeheten KO-MO-atteest.

(ii) In de offerte die Jura aan Aswebo heeft toegezonden, is voorzien in een afnameverplichting voor Aswebo en wordt verwezen naar de algemene voorwaarden van Jura.

(iii) Tijdens of na een bespreking op 18 mei 2015 bij de producent van de lijngoten heeft Aswebo de conclusie getrokken dat Jura niet in staat zal zijn om tijdig de benodigde hoeveelheid lijngoten te leveren. Op die grond heeft Aswebo besloten niet alle bestelde goten van Jura af te nemen.

2.2. In het geding in conventie vordert Jura schadevergoeding wegens winstderving. Daaraan heeft Jura ten grondslag gelegd dat Aswebo toerekenbaar is tekortgeschoten in de nakoming van haar contractuele afnameverplichting.

Aswebo vordert in reconventie (partiële) ontbinding van de overeenkomst, althans wijziging of vernietiging van de overeenkomst op grond van dwaling, alsmede terugbetaling van hetgeen zij aan Jura heeft betaald, en schadevergoeding.

2.3. De rechtbank heeft de vorderingen in conventie en reconventie afgewezen.

2.4. Het hof heeft in zijn eerste tussenarrest⁶⁰ onder meer geoordeeld dat het de vorderingen van partijen moet beoordelen aan de hand van het Weens Koopverdrag⁶¹ (hierna: WKV), en dat het beroep van Aswebo op dwaling niet slaagt. Voorts heeft het hof onder meer beslist dat Aswebo wordt toegelaten tot het bewijs dat Jura in verzuim is geraakt doordat aan de eisen van art. 72 WKV is voldaan.

In zijn tweede tussenarrest⁶² heeft het hof onder meer geoordeeld dat Aswebo het hiervoor bedoelde bewijs niet heeft geleverd, dat Aswebo daarom is tekortgeschoten in haar afnameverplichting, en dat Jura op die grond recht heeft op schadevergoeding. Tot slot heeft het hof Jura toegelaten duidelijkheid te verschaffen over haar schade.

In zijn eindarrest⁶³ heeft het hof onder meer geoordeeld dat Jura haar schade onvoldoende heeft toegelicht en onderbouwd. Het hof heeft partijen verwezen naar de schadestaat-procedure.

3. Beoordeling van het middel

3.1.1. Onderdeel 1.1 van het middel keert zich tegen het oordeel van het hof (in rov. 3.5.1 van zijn eerste tussenarrest en rov. 2.3.1 en 2.4.1-2.4.2 van zijn tweede tussenarrest) dat het geschil tussen partijen moet worden beoordeeld aan de hand van het WKV. Het onderdeel voert aan dat partijen geen grieven hebben gericht tegen het oordeel van de rechtbank dat op het geschil tussen partijen het Nederlandse recht (met uitsluiting van het WKV) moet worden toegepast. Het hof had het geschil dan ook moeten beoordelen aan de hand van het Nederlandse recht en het WKV buiten toepassing moeten laten, aldus de klacht.

3.1.2. De rechtbank heeft over het toepasselijke recht als volgt geoordeeld.

‘Toepasselijk recht

58 Zie onder meer HR 18 februari 2022, ECLI:NL:HR:2022:272, NJ 2022/91 en JA 2022/63 m.nt. E.W. Bosch, rov. 3.1.2, HR 10 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1842, NJ 2022/1 en JA 2022/22 m.nt. J.J.A. Braspenning, rov. 3.2, HR 7 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1435, NJ 2018/378 en JIN 2018/187 m.nt. R.A.G. de Vaan (WEA *Randstaad Accountants & Adviseurs*), rov. 4.1.2 en HR 9 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BR5211, NJ 2011/601 ([...]/[...]), rov. 3.5. Zie ook *Stelplicht & bewijslast*, commentaar op art. 6:97 (actueel tot en met 2 oktober 2017) (R.J.B. Boonekamp) en *GS Schadevergoeding*, art. 6:97 BW (actueel tot en met 15 juli 2022), aant. 2-3 (S.D. Lindenbergh).

59 Zo ook randnummers 4.-5. van de procesinleiding (pagina 17).

60 Gerechtshof 's-Hertogenbosch 30 juni 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:1977.

61 Verdrag der Verenigde Naties inzake internationale koopovereenkomsten betreffende roerende zaken, Wenen, 11 april 1980, Trb. 1981, 184, en 1986, 61.

62 Gerechtshof 's-Hertogenbosch 15 juni 2021, ECLI:NL:GHSHE:2021:1805.

63 Gerechtshof 's-Hertogenbosch 9 november 2021, ECLI:NL:GHSHE:2021:3345.

4.3.1. Naar de mening van Jura wordt de overeenkomst tussen partijen beheerst door Nederlands recht. Jura heeft in dat kader verwezen naar haar algemene voorwaarden en toegelicht dat de vraag of deze algemene voorwaarden van toepassing zijn, naar Nederlands recht dient te worden beantwoord omdat in de leveringsvoorwaarden voor Nederlands recht is gekozen. Naar Nederlands recht zijn de algemene voorwaarden door partijen van toepassing verklaard. De door partijen ondertekende overeenkomst levert daarnaast op grond van art. 157 Rv dwingend bewijs op van het feit dat de algemene voorwaarden ter hand zijn gesteld. De overeenkomst wordt derhalve beheerst door Nederlands recht, aldus Jura.

4.3.2. De rechtbank begrijpt uit het feit dat Aswebo in haar stellingen aansluiting zoekt bij het Nederlandse recht, dat zij de gedachtegang van Jura volgt. De rechtbank sluit zich daarbij aan en zal Nederlands recht toepassen.⁶

3.1.3. In het vervolg van haar vonnis heeft de rechtbank op diverse plaatsen met zoveel woorden beslist op de grondslag van bepalingen van het BW, bijvoorbeeld in de rov. 4.6.5, 4.6.11, 4.7.1 en 4.7.4. De rechtbank heeft in haar vonnis niet verwezen naar enige bepaling van het WKV.

3.1.4. Mede in het licht van het partijdebat in eerste aanleg, zoals weergegeven in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 3.4, kunnen de hiervoor in 3.1.2-3.1.3 weergegeven oordelen van de rechtbank niet anders worden begrepen dan dat zij in haar vonnis toepassing heeft gegeven aan het Nederlandse recht met uitsluiting van het WKV.

3.1.5. De in cassatie relevante oordelen van het hof luiden als volgt.

Eerste tussenarrest:

‘3.5. Het hof stelt vast dat partijen geen grief hebben gericht tegen de beslissing van de rechtbank dat de Nederlandse rechter bevoegd is om in deze zaak te beslissen op basis van Nederlands recht. Het hof deelt het oordeel van de rechtbank. Op de overeenkomst tussen partijen zijn de algemene voorwaarden van Jura van toepassing. Artikel 12 van die voorwaarden bepaalt dat geschillen tussen partijen worden beslecht door de rechtbank, locatie Maastricht op basis van Nederlands recht.

3.5.1. Het gaat hier om een koopovereenkomst van roerende zaken tussen partijen die in verschillende staten gevestigd zijn, terwijl die staten, België en Nederland, partij bij het WKV zijn. Op grond van artikel 1 aanhef en sub a WKV is het WKV op de overeenkomst tussen Jura en Aswebo van toepassing. Een van de uitzonderingen genoemd in de artikelen 2, 3 en 6 WKV doet zich niet voor. Slechts wanneer partijen de toepasselijkheid van het WKV zouden hebben uitgesloten, zou uitsluitend nationaal Nederlands recht van toepassing zijn. Dat hebben zij echter niet gedaan. Dat betekent dat het WKV op de overeenkomst tussen partijen van toepassing is, en dat wanneer een regel van nationaal Nederlands recht strijdig is met het WKV, het WKV voorgaat.

Wel kan bij overeenkomst, inclusief de daarop toepasselijke algemene voorwaarden, van het WKV worden afgeweken. Waar relevant zal het hof daarom in de beoordeling betrekken of en zo ja op welke wijze partijen bij de overeenkomst zijn afgeweken van bepalingen van het WKV, dan wel of een regel van nationaal Nederlands recht van toepassing is omdat het WKV op een onderdeel geen regeling bevat.’

Tweede tussenarrest:

‘2.3. Bij (...) tussenarrest heeft het hof onder andere het volgende overwogen.

Over de toepasselijkheid van het WKV

2.3.1. [Volgt een herhaling van 3.5.1 van het eerste tussenarrest; HR]

(...)

2.4.1. Het hof verwerpt het betoog in de memorie van Aswebo, kort gezegd, dat het in zijn tussenarrest niet buiten de rechtsstrijd van partijen het WKV ambtshalve had mogen toepassen en dat het een verrassingsbeslissing heeft gegeven. Ingevolge art. 10:2 BW geldt dat de regels van het internationaal privaatrecht en het door die regels aangewezen recht ambtshalve worden toegepast (art. 25 Rv). Dit brengt mee dat het hof de inhoud van het toe te passen recht uit eigen beweging en onafhankelijk van de standpunten van partijen dient te achterhalen, zoals het hof in het tussenarrest heeft gedaan. Aswebo bestrijdt ook niet dat het WKV in deze zaak van toepassing is. Het gaat om een koopovereenkomst van roerende zaken tussen partijen die in verschillende staten gevestigd zijn, terwijl die staten, België en Nederland, partij bij het WKV zijn. Op grond van artikel 1 aanhef en sub a WKV is het WKV op de overeenkomst tussen Jura en Aswebo van toepassing. Het hof ziet geen aanleiding om terug te komen van deze eindbeslissingen in het tussenarrest, noch om Aswebo in de gelegenheid te stellen om haar stellingen onder het WKV aan te vullen (...).

3.1.6. In het licht van de hiervoor in 3.1.4 weergegeven uitleg van het vonnis van de rechtbank dat zij toepassing heeft gegeven aan het Nederlandse recht met uitsluiting van het WKV, en gegeven het in cassatie onbestreden oordeel van het hof (in rov. 3.5 van het eerste tussenarrest; zie hiervoor in 3.1.5) ‘dat partijen geen grief hebben gericht tegen de beslissing van de rechtbank dat de Nederlandse rechter bevoegd is om in deze zaak te beslissen op basis van Nederlands recht’, stond het hof niet vrij om ambtshalve te beslissen dat het geschil tussen partijen uitsluitend of mede moet worden beslecht aan de hand van het WKV.⁶⁴ Bij die stand van zaken had het hof het WKV buiten toepassing moeten laten, zoals onderdeel 1.1 terecht aanvoert.

3.1.7. Nu onderdeel 1.1 doel treft, behoeven de klachten van de onderdelen 1.2 en 1.3 geen behandeling.

3.2.1. Onderdeel 2.1 keert zich tegen het oordeel van het hof (in rov. 3.11.2 van het eerste tussenarrest) over het beroep van Aswebo op dwaling (art. 6:228 BW in verbinding met art. 6:230 lid 2 BW) voor zover dat beroep berust op de stelling dat Aswebo bij het aangaan van de overeenkomst met Jura ervan is uitgegaan dat Jura de lijngoten tijdig zou leveren – dat wil zeggen: dat in week 25/26 tussen 5 en 6 kilometer lijngoten op het werk aanwezig zouden zijn – terwijl die veronderstelling onjuist is gebleken. Het onderdeel klaagt onder meer dat het hof heeft blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting met betrekking tot art. 6:228 BW.

3.2.2. In de bestreden rov. 3.11.2 heeft het hof als volgt overwogen.

‘Wat betreft de stelling van Aswebo dat zij heeft gedwaald door de mededeling van Jura op 27 februari 2015 dat de producten op een bepaald tijdstip zouden zijn geleverd, terwijl dat niet het geval bleek te zijn, geldt dat deze omstandigheid niet is aan te merken als een verkeerde voorstelling van zaken van de eigenschappen van de te leveren producten, waarop artikel 6:228 BW ziet. Aswebo stelt dat zij een mededeling van Jura op een bepaalde wijze, en anders dan Jura, heeft opgevat. Dat is een geval van oneigenlijke dwaling, waarop artikel

64 Vgl. HR 10 februari 2023, ECLI:NL:HR:2023:200, rov. 3.2.3.

6:228 BW niet ziet. Deze stellingname is als zodanig onvoldoende onderbouwd om een beroep op artikel 6:230 lid 2 BW op te baseren.⁷

3.2.3. De hiervoor in 3.2.1 bedoelde klacht slaagt. Anders dan het hof tot uitgangspunt heeft genomen, ziet het in art. 6:228 lid 1, aanhef, BW gestelde vereiste dat de overeenkomst niet zou zijn gesloten bij 'een juiste voorstelling van zaken' niet slechts op de voorstelling die een partij heeft ten aanzien van de eigenschappen van de volgens de overeenkomst te leveren zaak zelf, maar kan dat vereiste ook zien op de voorstelling die een partij heeft ten aanzien van andere uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen, zoals de bij het sluiten van de overeenkomst bestaande (on)mogelijkheid van de wederpartij om te voldoen aan haar verplichting om de zaak tijdig te leveren.

3.2.4. De overige klachten van onderdeel 2.1 behoeven geen behandeling.

3.3. De klachten van de onderdelen 2.2 en 3 kunnen niet tot cassatie leiden. De Hoge Raad hoeft niet te motiveren waarom hij tot dit oordeel is gekomen. Bij de beoordeling van deze klachten is het namelijk niet nodig om antwoord te geven op vragen die van belang zijn voor de eenheid of de ontwikkeling van het recht (zie art. 81 lid 1 RO).

4. Beslissing

De Hoge Raad:

- vernietigt de arresten van het gerechtshof 's-Hertogenbosch van 30 juni 2020, 15 juni 2021 en 9 november 2021;
- verwijst het geding naar het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden ter verdere behandeling en beslissing;
- veroordeelt Jura in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van Aswebo begroot op € 957,27 aan verschotten en € 2.600,- voor salaris, vermeerderd met de wettelijke rente over deze kosten indien Jura deze niet binnen veertien dagen na heden heeft voldaan.

NOOT

1. De Hoge Raad oordeelt in deze zaak dat het hof niet vrijstond om ambtshalve te beslissen dat het geschil tussen partijen uitsluitend of mede moet worden beslecht aan de hand van het Weens Koopverdrag (WKV), nu (i) de rechtbank toepassing heeft gegeven aan het Nederlandse recht met uitsluiting van het WKV en (ii) het hof (in cassatie onbestreden) heeft geoordeeld dat geen grief is gericht tegen de beslissing van de rechtbank dat de Nederlandse rechter bevoegd is om in deze zaak te beslissen op basis van Nederlands recht. Op zich is het juist dat de appelrechter op grond van het grievenstelsel een in eerste aanleg gegeven en voor appellant nadelige beslissing dient te respecteren voor zover tegen die beslissing geen grief is gericht. Dit kan anders zijn in geval van openbare orde, maar het WKV is niet van openbare orde, hetgeen reeds blijkt uit het feit dat partijen toepassing van het WKV kunnen uitsluiten. Ook conflictregels over toepasselijk recht (anders dan regels over rechtsmacht) zijn niet van openbare orde. In dit geval is het bovendien geen punt van discussie dat Nederlands recht van toepassing is, maar enkel of het WKV eveneens van toepassing is. Bij het oordeel van de Hoge Raad over voormelde punten (i) en (ii) kunnen naar onze mening echter enkele kanttekeningen worden geplaatst. 2. De Hoge Raad oordeelt dat de rechtbank toepassing heeft gegeven aan het Nederlandse recht met uitsluiting van het WKV, nu de rechtbank in onder meer r.o. 4.6 en 4.7 van het

eindvonnis heeft verwezen naar bepalingen van het Burgerlijk Wetboek (BW) en niet heeft verwezen naar enige bepaling van het WKV. Het geschil zag onder meer op dwaling (waar het WKV niet op ziet) en voorts kunnen partijen op grond van art. 6 WKV afwijken van elk van de bepalingen van het WKV of het gevolg daarvan wijzigen. Louter het feit dat in het vonnis naar het BW wordt verwezen, impliceert naar onze mening niet dat het WKV niet (deels) van toepassing is geacht en een oordeel kan ook impliciet op het WKV zijn gebaseerd zonder dat de rechtbank daar concreet naar verwijst (al verdient dat niet de voorkeur). Waar het volgens ons om gaat, is of de rechtbank het in deze casus relevante punt van het WKV, zijnde de ontbindingsbepalingen (die onder meer kunnen verschillen ten opzichte van het BW inzake de in deze zaak cruciale vraag of een leveringsdatum een fatale termijn is), buiten toepassing heeft gelaten door het oordeel inzake ontbinding juist te baseren op het BW. Uit de conclusie van de A-G sub 3.5 blijkt dat r.o. 4.6 en 4.7 van het eindvonnis, waarnaar de Hoge Raad verwijst, inderdaad op de BW-bepalingen inzake ontbinding duiden (en daarmee impliciet de toepasselijkheid van het WKV ter zake van ontbinding uitsluiten), al blijkt dit niet uit de uitspraak van de Hoge Raad zelf. Blijkens de conclusie van de A-G sub 3.4 verwees Jura in haar processtukken in eerste aanleg naar zowel het WKV als het BW en verwees Aswebo enkel naar het BW. Tijdens de mondelinge behandeling is kennelijk alleen gedebatteerd op basis van het BW (dat lijkt ons ook voor de hand liggend, nu Aswebo enkel BW-verweren naar voren heeft gebracht). Het partijdebat in eerste aanleg zag naar ons idee dus mede op het WKV.

3. De uitspraak van de Hoge Raad zou dus duidelijker zijn geweest indien was geoordeeld dat de verwijzingen in het eindvonnis *inzake ontbinding* louter zijn gebaseerd op het BW, zodat daarmee impliciet is geoordeeld dat de ontbindingsbepalingen van het WKV niet van toepassing zijn. De Hoge Raad verwijst tevens naar voormeld partijdebat in eerste aanleg, maar zoals gezegd zag het partijdebat mede op het WKV, zodat het oordeel van de Hoge Raad ook op dit punt niet helemaal duidelijk is (mogelijk blijkt uit het proces-verbaal in eerste aanleg dat Jura tijdens de mondelinge behandeling alsnog instemde met een beoordeling op grond van louter het BW (met uitsluiting van het WKV), maar dit blijkt niet uit de gepubliceerde uitspraken en de conclusie van de A-G). Kortom, uit de uitspraak van de Hoge Raad volgt niet helemaal duidelijk dat de rechtbank het Nederlandse recht met uitsluiting van het WKV heeft toegepast, al lijkt dit uit de omstandigheden wel te volgen.

4. De Hoge Raad oordeelt voorts dat het hof (in cassatie onbestreden) heeft geoordeeld dat geen grief is gericht tegen de beslissing van de rechtbank dat de Nederlandse rechter bevoegd is om in deze zaak te beslissen op basis van Nederlands recht. Uit de conclusie van de A-G sub 2.16 blijkt dat Jura in haar memorie van grieven zich meerdere malen heeft beroepen op het WKV. Als grief worden gekwalificeerd alle gronden die appellant aanvoert ten betoeg dat de bestreden uitspraak behoort te worden vernietigd (HR 20 juni 2008, *NJ* 2009/21, HR 3 februari 2006, *NJ* 2006/120 en HR 5 december 2003, *NJ* 2004/76). Het hof oordeelde in r.o. 2.4.2 van het tweede tussenarrest dat het op grond van art. 24 en 25 Rv gehouden was over dit beroep op het WKV te beslissen en dat van Aswebo geveerd kon worden om daartegen in de memorie van antwoord verweer te voeren. Het hof oordeelde tevens dat Aswebo daartoe niet alsnog (dus nadat in het eerste tussenarrest reeds is geoordeeld dat het WKV van toe-

passing is) de gelegenheid krijgt. Aldus lijkt het hof het beroep van Jura op het WKV in de memorie van grieven als een grief te beschouwen, zulks te meer nu het hof in r.o. 2.4.2 van het tweede tussenarrest verwijst naar art. 24 en 25 Rv en op basis van deze artikelen diende het hof zich te baseren op hetgeen door partijen is aangevoerd (en zo nodig de rechtsgronden aan te vullen).

5. De Hoge Raad oordeelt in r.o. 3.1.6 van zijn arrest dat het hof in r.o. 3.5 van zijn eerste tussenarrest heeft geoordeeld 'dat partijen geen grief hebben gericht tegen de beslissing van de rechtbank dat de Nederlandse rechter bevoegd is om in deze zaak te beslissen op basis van Nederlands recht'. Het hof heeft dit in r.o. 3.5 van het eerste tussenarrest inderdaad geoordeeld en heeft daarna gemotiveerd waarom het hof het oordeel van de rechtbank deelt, namelijk omdat op de overeenkomst tussen partijen de algemene voorwaarden van Jura van toepassing zijn, welke algemene voorwaarden bepalen dat Nederlands recht van toepassing is. Het hof had overigens niet (gemotiveerd) hoeven te oordelen dat het hof het oordeel van de rechtbank over toepasselijk recht deelt, nu tegen dit oordeel van de rechtbank geen grief tegen is gericht en op grond van het grievenstelsel dus vaststaat dat Nederlands recht van toepassing is. Vervolgens heeft het hof echter in de daaropvolgende r.o. 3.5.1 van het eerste tussenarrest geoordeeld of ook het WKV van toepassing is. Partijen zijn gevestigd in Nederland en België en het hof oordeelt in r.o. 3.5.1, onder verwijzing naar art. 1 aanhef en sub a WKV, dat het WKV van toepassing is nu zowel Nederland als België verdragsluitende staten bij het WKV zijn. Het oordeel van het hof in r.o. 3.5.1 van het eerste tussenarrest over de toepasselijkheid van het WKV is dus een geheel ander oordeel dan diens oordeel in r.o. 3.5 van het eerste tussenarrest over de toepasselijkheid van Nederlands recht. Bovendien impliceert toepasselijkheid van Nederlands recht dat (zie ook art. 1 aanhef en sub b WKV) het WKV rechtstreeks onderdeel is van het Nederlands recht, nu Nederland hierbij een verdragsluitende staat is. Het (in cassatie onbestreden) oordeel van het hof dat niet is gegriefd tegen het oordeel dat Nederlands recht van toepassing is, staat er aldus niet aan in de weg dat wel (in cassatie onbestreden) door het hof lijkt te zijn geoordeeld dat door Jura is gegriefd dat het WKV van toepassing is. Aldus heeft naar onze mening het hof niet in strijd met het grievenstelsel over het WKV geoordeeld. De Hoge Raad oordeelt dat onderdeel 1.1 terecht aanvoert dat het hof niet buiten de rechtsstrijd van partijen het WKV ambtshalve had mogen toepassen. De rechtsklacht in onderdeel 1.1 (die op zich terecht is) lijkt echter, voor zover kan worden afgeleid uit de conclusie van de A-G, zoals gezegd voorbij te gaan aan het feit dat het hof lijkt te hebben geoordeeld dat in de memorie van grieven wel is gegriefd dat het WKV van toepassing is. Aldus had volgens ons de klacht in onderdeel 1.1 dienen te worden verworpen bij gebrek aan feitelijke grondslag.

6. Complicerend bij die gedachtelijn is wel dat de Hoge Raad niet alleen verwijst naar voormelde r.o. 3.5 van het eerste tussenarrest (inzake toepasselijkheid van Nederlands recht), maar tevens naar r.o. 2.4.1 van het tweede tussenarrest, alwaar het hof heeft geoordeeld dat het hof het beroep van Aswebo (inhoudende dat het hof in zijn eerste tussenarrest niet buiten de rechtsstrijd van partijen het WKV van toepassing had mogen verklaren en dat er een verrassingsbeslissing is gegeven) verwerpt. Het hof motiveert zijn verwerping met het betoog dat het op grond van art. 10:2 BW en art. 25 Rv ambtshalve de regels van het internationaal privaatrecht en het door die regels aangewezen recht dient toe te passen,

zulks dus uit eigen beweging en onafhankelijk van de standpunten van partijen, en voorts dat Aswebo niet heeft bestreden dat het WKV van toepassing is. Dit oordeel in r.o. 2.4.1 over ambtshalve toepassing is op zich (in zijn algemeenheid) juist, maar gaat niet in op het beroep van Aswebo dat er sprake is van strijd met het grievenstelsel. Het hof doet dat vervolgens wel in r.o. 2.4.2, door aldaar te oordelen: 'Het hof neemt in dit verband in aanmerking dat toepassing van het WKV in de gegeven omstandigheden voor Aswebo binnen de rechtsstrijd in hoger beroep voorzienbaar was', nu Jura al in haar memorie van grieven op meerdere bepalingen van het WKV is ingegaan en van Aswebo geveerd kon worden zich daartegen in haar memorie van antwoord te verweren. Het hof heeft dus in verband met het beroep van Aswebo geoordeeld dat in casu de toepasselijkheid van het WKV binnen de grenzen van de rechtsstrijd lag (en er aldus geen sprake is van strijd met het grievenstelsel). De Hoge Raad verwijst echter enkel naar r.o. 2.4.1, maar niet naar r.o. 2.4.2. Voor zover de Hoge Raad niet naar r.o. 2.4.2 heeft verwezen omdat dit louter zou zien op de vraag of er sprake is van een verrassingsbeslissing, zou het beter zijn geweest indien de Hoge Raad dat zou hebben gemotiveerd, nu naar onze mening r.o. 2.4.2 niet louter in die sleutel is geplaatst, maar (anders dan r.o. 2.4.1) ingaat op de vraag of in casu de ambtshalve verplichting van het hof om te beoordelen of het WKV van toepassing is, wordt beperkt door de werking van het grievenstelsel. Overigens verwijst de Hoge Raad wel naar r.o. 2.4.1 van het tweede tussenarrest, maar baseert hij zijn oordeel dat het hof niet vrijstond om ambtshalve te beslissen dat het WKV (deels) van toepassing is hier niet op, nu daarvoor louter is verwezen naar het eindvonnis en het eerste tussenarrest.

7. Op zich is het oordeel van de Hoge Raad juist dat het hof niet ambtshalve mag oordelen over de toepasselijkheid van het WKV als de rechtbank hier al over heeft geoordeeld en daartegen door Jura geen grief is gericht. Maar nu de Hoge Raad enkel lijkt te hebben geoordeeld dat niet is gegriefd inzake de toepasselijkheid van Nederlands recht (en niet heeft geoordeeld over de vraag of is gegriefd inzake de toepasselijkheid van het WKV) en het hof lijkt te hebben geoordeeld dat er wel aldus is gegriefd, lijkt het ons dat Jura in de verwijzingsprocedure alsnog zich erop kan beroepen dat dient te worden geoordeeld over de grief inzake toepasselijkheid van het WKV.

mr. drs. ir. E.J.H. Zandbergen en mr. S. Lubberhuizen
beiden advocaat bij Stonewater

48

Fataal karakter van overeengekomen termijn voor nakoming

Hoge Raad
24 februari 2023, nr. 22/00350, ECLI:NL:HR:2023:315
(mr. Polak, mr. Ter Heide, mr. Teuben)
(Concl. A-G Hartlief)
Noot mr. R.A.G. de Vaan

Verbintenissenrecht. Verzuim. Fatale termijn. Eisen die gesteld mogen worden aan ingebrekestelling. Procesrecht. Stelplicht en bewijslastverdeling. Passeren bewijsaanbod.

[BW art. 6:82, 6:83; Rv art. 24]

Essentie: Een overeengekomen termijn voor nakoming heeft in beginsel een fataal karakter (zie art. 6:82 sub a BW). Het fatale karakter van de termijn voor nakoming hoeft niet expliciet of afzonderlijk te zijn overeengekomen. Op de tekortschieten de partij rust stelplicht (en bewijslast) van het verweer dat een overeengekomen termijn géén fataal karakter heeft.

Samenvatting: Opdrachtgever en opdrachtnemer spreken een (vrij strakke) planning af voor de door opdrachtnemer uit te voeren werkzaamheden. Als de werkzaamheden niet volgens planning afgerond worden, spreekt opdrachtgever opdrachtnemer aan voor schade als gevolg van (onder meer) de opgetreden vertraging. De discussie tussen partijen spitst zich inmiddels toe op de vraag of de data die in de planning waren afgesproken fatale termijnen zijn, en of er éérs een ingebrekestelling nodig was alvorens het verzuim van de opdrachtnemer intrad. Het gerechtshof oordeelde onder meer dat de afgesproken termijnen in beginsel niet fataal waren en dat de opdrachtnemer onvoldoende gesteld had om aan bewijslevering toe te komen. Dit oordeel van het gerechtshof wordt vernietigd door de Hoge Raad. Een overeengekomen termijn heeft in beginsel juist wél een fataal karakter (zie art. 6:82 sub a BW). In het licht van de stellingen van de opdrachtnemer en de bewijsstukken die hij had ingebracht, was 's hofs oordeel dat de opdrachtnemer niet aan zijn stelplicht voldaan had onbegrijpelijk.

1. [De maatschap], gevestigd te [vestigingsplaats],
2. [eiser 2], wonende te [woonplaats],
3. [eiseres 3], wonende te [woonplaats],

eisers tot cassatie,

hierna: [eiser],

advocaat: A.C. van Schaick,

tegen

Engine Competence Services B.V., gevestigd te Drogeham, gemeente Achtkarspelen,

verweerster in cassatie,

hierna: ECS,

niet verschenen.

Conclusie Advocaat-Generaal

(mr. Hartlief)

In opdracht van [eiser] heeft ECS in 2015 onderhouds- en revisiewerkzaamheden uitgevoerd aan een gasmotor van een biogasinstallatie van [eiser]. Partijen hebben getwist over de vraag of deze werkzaamheden goed zijn uitgevoerd. In cassatie draait het uitsluitend nog om de vraag of ECS, toen de werkzaamheden niet ‘volgens planning’ werden afgerond, in verzuim is gekomen, zodat [eiser] in dat verband aanspraak kan maken op vergoeding van vertragingsschade. Het hof heeft deze vraag ontkennend beantwoord en daartegen richt [eiser] klachten. Daarbij staat centraal of het hof art. 6:83, aanhef en onder a, BW, dat betrekking heeft op het intreden van verzuim van rechtswege door het verstrijken van een fatale termijn, juist heeft toegepast.

1. Feiten

1.1. In cassatie kan van de volgende feiten worden uitgegaan.¹

1.2. ECS exploiteert een onderneming die zich bezighoudt met het uitvoeren van onderhoudswerkzaamheden aan en revisie van verbrandingsmotoren en bijbehorende apparatuur.

1.3. [eiser] exploiteert een agrarisch bedrijf met een biogasinstallatie. Die biogasinstallatie bestaat mede uit een gasmotor uit 2009 met zestien cilinders (hierna ook: ‘de motor’).

1.4. Partijen hebben een overeenkomst gesloten in overeenstemming met de offerte met bijlagen van 6 augustus 2015 van ECS (hierna: ‘de overeenkomst’). Overeengekomen werd dat ECS aan de motor verschillende werkzaamheden zou verrichten, waaronder het reviseren van de cilinderkoppen, het in- en uitbouwen van de warmtekrachtkoppelinginstallatie en de inbedrijfstelling van de installatie (terugplaatsen en aansluiten).

1.5. Eveneens op 6 augustus 2015 heeft ECS aan [eiser] een e-mail gestuurd met onder meer de volgende inhoud:²

‘Dank voor de telefonisch verstrekte opdracht hedenmiddag inclusief transport door ECS. In aanvulling op onze offerte bij dezen nog de bevestiging van de volgende punten:
Planning: 7/8 monteur ECS + plus deels inzet monteur [eiser] WKK [warmtekrachtkoppelinginstallatie, A-G] losnemen. Zaterdag 8/8 laatste werkzaamheden losnemen en laden voor transport naar revisiewerkplaats ECS in Friesland.

Maandagmorgen met 3 man aanvang revisie met uitloop naar 15/8/2015. Maandag 17/8 laden en transport naar Axel en zover mogelijk inbouwen.

Inbed[r]ijfstelling door ECS optioneel in regie mits voldoende besturingstoegang

Aanvullende regiewerkzaamheden: Uitlaatspruitstuk zo mogelijk lassen, indien nodig vervangen, oliepomp reviseren

1 Het feitenoverzicht is – met redactionele aanpassingen en toevoegingen op basis van later, in het eindarrest, vastgestelde feiten – ontleend aan het tussenarrest van het hof 's-Hertogenbosch van 20 oktober 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:3235, rov. 3.1 (waar de door de rechtbank vastgestelde feiten zijn overgenomen, met nummering van 2.1 tot en met 2.8). Enkele feiten, die in cassatie niet van belang zijn, heb ik verkort weergegeven. De citaten uit producties heb ik weergegeven conform de originele stukken.

2 Zie rov. 6.2 van het bestreden arrest: hof 's-Hertogenbosch 7 december 2021, ECLI:NL:GHSHE:2021:3662. De bewuste e-mail is opgenomen in productie 18 bij de memorie van antwoord in incidenteel appel van [eiser].