

# ENIGE ASPECTEN VAN HET WEENS KOOPVERDRAG

Mr. R.I.V.F. Bertrams

# SPECIFIC TOPICS OF THE CISG IN LIGHT OF JUDICIAL APPLICATION AND SCHOLARLY WRITING

Prof. dr. F. Ferrari, LL.M.

Preadviezen, uitgebracht voor de Vereniging voor  
Burgerlijk Recht

1995  
Koninklijke Vermande bv  
*Uitgevers sinds 1750*



Omslag: C. Koevoets

ISBN 90 5458 2596/CIP

© 1995, R.I.V.F. Bertrams, F. Ferrari  
Koninklijke Vermande bv, Lelystad

De uitgever is zich ervan bewust dat, ondanks de zorg die redactie en uitgever besteden aan de samenstelling van de uitgave, onvolkomenheden kunnen ontstaan. Hiervoor kunnen de uitgever en de redactie helaas geen enkele aansprakelijkheid aanvaarden.

Voor suggesties aangaande verbetering van de uitgave houdt de uitgever zich aanbevolen.

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen, of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16B Auteurswet 1912 j° het Besluit van 20 juni 1974, Stb. 351, zoals gewijzigd bij het Besluit van 23 augustus 1985, Stb. 471 en artikel 17 van de Auteurswet 1912, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 882, 1180 AW Amstelveen). Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (artikel 16B Auteurswet 1912) dient men zich tot de uitgever te wenden.

## INHOUD

	Blz.
Verkort aangehaalde literatuur .....	XI
Voorwoord .....	XIII
<b>Enige aspecten van het Weens Koopverdrag</b>	
mr. R.I.V.F. Bertrams	
1. 'The Rise' van het Weens Koopverdrag .....	1
1.1 Van Den Haag met de Haagse Koopverdragen van 1964 als vertrekpunt .....	1
1.1.1 Totstandkoming .....	1
1.1.2 Het beperkte succes van de Haagse Verdragen .....	1
1.1.3 Invloed van de Haagse Koopverdragen op het Nederlandse interne kooprecht .....	2
1.2 Naar Wenen in 1980 als eindpunt .....	3
1.2.1 Totstandkoming .....	3
1.2.2 Het grote succes. Ratificaties .....	3
1.3 Andere Verdragen .....	4
2. Het Weens Koopverdrag in vogelvlucht .....	5
2.1 Inleiding .....	5
2.2 Deel I. Toepassingsgebied en algemene bepalingen .....	5
2.2.1 Toepassingsgebied .....	5
2.2.2 Algemene bepalingen .....	6
2.3 Deel II. Totstandkoming van de koopovereenkomst .....	7
2.4 Deel III. Rechtsgevolgen van de totstandgekomen koop .....	7
2.5 Toepasselijkheid in temporele zin en overgangsrecht .....	9
3. Betrekkelijkheid van de uniformering. Het beginsel van subsidiariteit; uitgesloten en niet door de CISG geregelde onderwerpen; interpretatie; wat blijft wel/niet over van Boek 6 BW .....	9
3.1 Inleiding .....	9
3.2 Het beginsel van subsidiariteit .....	10
3.2.1 Voorrang van door partijen overeengekomen bepalingen en algemene voorwaarden, en van gebruiken .....	10
3.2.2 Praktisch belang van de CISG .....	11
3.3 Geldigheid van de koopovereenkomst en clausules .....	12
3.3.1 Algemeen .....	12
3.3.2 Dwaling .....	13
3.3.3 Toetsing en uitleg van algemene voorwaarden en individuele contractuele bepalingen .....	14
3.4 Goederenrechtelijke aspecten .....	15
3.5 'Gap Filling' volgens de algemene beginselen van het Verdrag of naar intern recht, art. 7(2) CISG .....	15
3.5.1 Algemeen .....	15
3.5.2 Enige overpeinzingen .....	17

3.5.3	Analoge en extensieve interpretatie van Verdragsbepalingen. Betekenis van zwijgen	18
3.6	Wat blijft wel en wat blijft niet over van Boek 6 BW?	19
	Titel 1	19
	Titel 2	23
	Titel 3	23
	Titel 4	23
	Titel 5	23
4.	Toepassingsgebied van de CISG. Enige bijzondere typen van koop	24
4.1	Inleiding	24
4.2	Uitbesteding, art. 3 lid 1 CISG	25
4.3	Software; een kwestie van interpretatie	27
4.3.1	Het probleem	27
4.3.2	Software als roerende stoffelijke zaak; nationaal intern recht	27
4.3.3	Software als 'zaken/goods' in de zin van de CISG	28
4.3.4	De aanschaf van software als koopovereenkomst in de zin van de CISG	29
4.3.5	Conclusie	30
4.4	Ruilhandel, countertrade	30
4.5	Exclusieve distributie- en franchiseovereenkomsten	31
4.6	Huurkoop	32
4.7	Financial lease	34
4.7.1	Inleiding	34
4.7.2	Operational en financial lease	34
4.7.3	Financial lease met fabrikant	35
4.7.4	Financial lease met een financiële instelling	35
4.7.4.1	Algemene kenmerken	35
4.7.4.2	De CISG	36
4.7.4.3	Unidroit Convention international financial leasing	38
4.7.5	Sale en financial lease-back	38
5.	Eén minpunt van het BW, twee van de CISG	39
5.1	Afnameplicht (?) in ons BW	39
5.2	Het vereiste van een prijsbepaling in de CISG, art 14(1); kneedbaarheid van tekst en Verdragsgeschiedenis	40
5.2.1	Het vereiste van een prijsbepaling in art. 14(1) CISG tweede zin en de Verdragsgeschiedenis	40
5.2.2	Het weginterpreteren van art. 14(1) tweede zin	41
5.2.3	Enige randopmerkingen	42
5.3	Battle of forms en de CISG	43
5.3.1	De casus	43
5.3.2	Art. 19(1) en 18 CISG	44
5.3.3	De reactie en alternatieven	44
5.3.4	Hoe zijn de alternatieven in de CISG in te passen?	45
5.3.5	Welk alternatief is het meest aantrekkelijk?	46
5.3.6	Maar toch...	47
6.	Overmacht en 'hardship' (onvoorziene omstandigheden), art 79 CISG	48
6.1	Overmacht in art. 79 CISG	48
6.2	Overmacht van art. 79 CISG en vergelijking met Nederlands recht	50

6.3	Interpretatie en problemen bij toepassing van art. 79(1) CISG	53
6.4	Hardship (onvoorziene omstandigheden)	54
6.4.1	Omschrijving van het begrip	54
6.4.2	Hardship in het nationale recht	56
6.4.3	Hardship en de praktijk	57
6.5	Hardship en de CISG	58
6.6	Hardship en de Verdragsgeschiedenis	59
6.7	Conclusie en gevolgen	59
6.8	De 'post-overmachtsituatie'	61
6.9	Drie casusposities	62
7.	Ontbinding, art. 25, 49, 48 CISG	63
7.1	Inleiding	63
7.2	Overzicht	64
7.2.1	Fundamental breach, art. 25 CISG	64
7.2.2	Ontbinding ex art. 49 CISG	65
7.2.3	De verhouding tussen art. 48 en 49 CISG	66
7.3.	Een suggestie voor een werkmodel en voor enige algemene gezichtspunten met betrekking tot fundamental breach	67
7.3.1	Werkmodel	67
7.3.2	Enige suggesties voor gezichtspunten met betrekking tot fundamental breach	68
7.4	Ontbinding, fundamental breach en de toekomst	70
8.	And 'Fall' (?) van het Weens Koopverdrag. Uitsluiting	71
8.1	Uitsluiting en art. 6 CISG	71
8.2	Uitsluiting en de Nederlandse praktijk	71
	Handelskoop	72
	Enige grote Nederlandse ondernemingen	72
	Kleinere ondernemingen	73
	Algemene branchevoorwaarden	73
	Overige	74
	Conclusies	74
8.3	Redenen, motieven en achtergronden voor uitsluiting	74
8.3.1.	Concrete bezwaren tegen de CISG	75
8.3.2.	Achtergronden van de uitsluiting	76
8.3.2.	Handelskoop	77
8.4	Motieven om de CISG niet uit te sluiten	78
9.	Ten slotte	79
<b>Specific Topics of the CISG in the Light of Judicial Application and Scholarly Writing</b>		
Prof. dr. F. Ferrari, LL.M.		
I.	Introduction	81
1.	Historical Remarks	81
2.	The Need for a Uniform Application of the CISG as Justification for this Paper	84
3.	The Scope of the Present Paper	88

II.	The Internationality of Sales Contracts under CISG .....	91
1.	The CISG and the Hague Conventions Compared.....	91
2.	The Internationality of Sales Contracts under the Hague Conventions.....	93
3.	The Internationality of Sales Contracts under CISG .....	96
4.	The 'Place of Business' under CISG .....	98
5.	Multiple Places of Business.....	99
6.	The Location of the Place of Business and the Knowledge of It .....	103
III.	The Criteria of Applicability of the Vienna Sales Convention.....	104
1.	The CISG's 'direct' Application ex Article 1(1)(a) .....	104
2.	The CISG's 'indirect' Application ex Article 1(1)(b).....	107
3.	The Impact of the Article 95 Reservation on the CISG's Applicability.....	112
4.	The Application of the CISG by Arbitrals Tribunals.....	116
IV.	The Sphere of Application Ratione Materiae .....	117
1.	The Sales Contracts .....	117
2.	Other Contracts Governed by the Vienna Sales Convention .....	120
3.	Contracts for the Sale of Made-to-Order Goods and Services .....	122
4.	Contracts for the Sale of Labor and Services.....	125
5.	The International Sale of 'Goods' .....	128
V.	Exclusions from the Convention's Sphere of Application by Virtue of Article 2 .....	130
1.	General Remarks .....	130
2.	Exclusions of Consumer Contracts: The Definition of Consumer Contracts.....	132
3.	The Recognizable Purpose of the Purchase of Goods and the Burden of Proof.....	135
4.	Exclusions of Sales based on the Nature of the Goods Sold: Negotiable Instruments and Money.....	138
5.	The Exclusions of Ships, Vessels, Hovercrafts, Aircraft and Electricity (Article 2(e) and (f)).....	140
VI.	CISG and Party Autonomy .....	143
1.	General Remarks .....	143
2.	Implied Exclusion of the CISG and Choice of Applicable Law .....	144
3.	Exclusion of the CISG by virtue of Standard Contracts Forms and Choice of Forum .....	148
4.	Express Exclusions of the Vienna Sales Convention.....	149
5.	Applicability of the CISG and Opting-In .....	151
6.	Summary .....	153
VII.	The Examination and Notification in Case of Non-Conformity of the Goods.....	154
1.	Introduction .....	154
2.	The Occasion which Triggers the Need to Notify.....	155

3.	The Discovery of the Defect (article 38).....	158
4.	The Time for Notice and Its Contents (Article 39).....	161
5.	The Mitigation of the Consequences of an Improper Notice (Article 40 and 44).....	164
VIII.	The Issue of the Rate of Interests on Sums in Arrears.....	167
1.	The Issue of the Rates in General .....	167
2.	Interest Rates and Gap-Filling.....	170
3.	The Issue of the Interest Rate in Scholarly Writing .....	170
4.	The Issue of the Rates of Interest in Judicial Applications .....	172
IX.	Conclusion.....	174

## VERKORT AANGEHAALDE LITERATUUR

Asser-Hartkamp 4-I, Verbintenissenrecht Deel I, De Verbintenis in het algemeen, Zwolle, 9e druk, 1992

Asser-Hartkamp 4-II, Verbintenissenrecht Deel II, Algemene leer der overeenkomsten, Zwolle, 9e druk, 1993

Asser-Hijma, Bijzondere Overeenkomsten Deel I, Koop en ruil, Zwolle, 5e druk, 1994

Bertrams/Van der Velden, Overeenkomsten in het internationaal privaatrecht en het Weense Koopverdrag, Zwolle, 1994

Bianca/Bonell (en anderen), Commentary on the International Sales Law, Milaan, 1987

Caemmerer/Schlechtriem (en anderen), Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, München, 1990

Hartkamp, A.S., het Weense Koopverdrag, Studiekring 'Professor Offerhaus', reeks Handelsrecht, nr. 16, Deventer, 1980

Honnold John, Uniform Law for International Sales, Deventer/Boston, 2e druk, 1991

Honnold John, Documentary History of the Uniform Law for International Sales, Deventer, 1989 (geciteerd: Honnold's Doc. History)

Meijer, R.S. : zie Preadviezen

Paverd, C.A.M. van der, Internationale koop en het Weense Koopverdrag, in Contracteren in de internationale praktijk (Wessels/van Wechem ed.), serie recht en praktijk nr. 74, Deventer, 1994, p. 73-102

Preadviezen Vereniging 'Handelsrecht', Internationale koop van roerende zaken, Zwolle 1982

Schlechtriem P., Uniform Sales Law, Wenen, 1986

Staudinger/Magnus (en anderen), J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Wiener UN-Kaufrecht (CISG), Berlijn, 13e druk, 1994

Velden, F.J.A. van der, Het Weense Koopverdrag 1980 en zijn rechtsmiddelen, Deventer, 1988

Vries, H de: Zie Preadviezen

## VOORWOORD

Het Weens Koopverdrag. Ik schat dat er geen ander internationaalrechtelijk onderwerp is waarover zo veel is geschreven. Voorzover mij bekend, bestaan er ten minste 15 omvangrijke en uiterst gedegen commentaren, waarvan die van Honnold, Bianca/Bonell, von Caemmerer/Schlechtriem, Staudinger/Magnus en Schlechtriem mij als leidraad hebben gediend. Het Unilex program — een databank bij het Verdrag — ontsluit honderden publicaties die verspreid over deze wereld zijn geschreven. In Nederland valt, onder meer, te wijzen op de de tand des tijds doorstaan hebbende preadviezen van de Vries, Meijer en den Drijver voor de Vereniging 'Handelsrecht' van 1982, de dissertatie van Van der Velden over de rechtsmiddelen van het Verdrag, de overzichten van Bertrams/Van der Velden en van van de Pavverd en de verwerking van het Verdrag in Asser-Hartkamp en met name Asser-Hijma.

Men begrijpe de aarzeling die ik uitte toen het bestuur van de Vereniging voor Burgerlijk Recht mij het eervolle verzoek deed een preadvies over het Verdrag te schrijven, afgezien van de traditionele, en in mijn geval terechte, zucht van verbazing 'waarom ik?'. In overleg met het bestuur en mede preadviseur Ferrari is mijn opdracht zo gesteld dat mijn bijdrage geschreven zou worden vanuit de Nederlandse optiek en de praktijk. Met name dit laatste bleek een goede greep, ook al zou het wel eens een doodsteek kunnen blijken te zijn. Er bestaat namelijk een kloof tussen de wetenschappelijke belangstelling voor het Verdrag en het belang daarvan in en voor de dagelijkse praktijk. Dat te moeten constateren, is evenwel een nuttige zaak. Voor mij zelf was er wel het probleem dat ik mij, als enerzijds advocaat en anderzijds universitair docent, precies in die kloof bevond. Dit maakte de opdracht wel fascinerend, zo zeer dat mijn persoonlijke betrokkenheid bij beide gebieden alleen maar toenam, soms in uiteenlopende soms in samenlopende, maar steeds in omhooglopende richting. Een dergelijk spanningsveld met het Weens Koopverdrag op de middenstip vormt, naar ik hoop, vruchtbare aarde voor wetenschap en praktijk tesamen.

# ENIGE ASPECTEN VAN HET WEENS KOOPVERDRAG

mr. R.I.V.F. Bertrams

## 1. 'The Rise' van het Weens Koopverdrag

### 1.1 Van Den Haag met de Haagse Koopverdragen van 1964 als vertrekpunt

#### 1.1.1 Totstandkoming

Een zo unieke prestatie als het Weens Koopverdrag (afgekort 'CISG' naar de Engelstalige afkorting van het verdrag) is en kan slechts zijn het resultaat van een langdurig groeiproces met intensief voorbereidend werk en voorafgaande stadia. De belangrijkste wortels van de CISG moeten gezocht worden in wat als zijn voorloper beschouwd kan worden, namelijk de Haagse Koopverdragen van 1964.

Onder de bezielende invloed van Ernst Rabel, die toen zijn rechtsvergelijkende studie *Recht des Warenkaufs* had voltooid, stelde UNIDROIT in 1931 een commissie in, met als taak te komen tot een ontwerp voor een uniform kooprecht. Nadat deze commissie in 1935 en 1939 enige ontwerp teksten het licht had doen zien, lag het project lange tijd stil. Mede op Nederlands initiatief werden de werkzaamheden in 1951 hervat, waarbij een splitsing werd aangebracht in een regeling voor de totstandgekomen koop en de totstandkoming van de koop. Via verdere tussenontwerpen van 1956 voor de totstandgekomen koop en van 1958 voor de totstandkoming van de koop, en ontwerpen voor beide onderdelen in 1963 mondde de werkzaamheden uiteindelijk in april 1964 uit in een Diplomatieke Conferentie in Den Haag waar de definitieve teksten zijn vastgesteld: de 'Loi uniforme sur la vente internationale des objets mobiliers corporels' (LUVI) voor de totstandgekomen koop en de 'Loi uniforme sur la formation des contrats de vente internationales des objets mobiliers corporels' (LUF) voor de totstandkoming van de koop. Deze twee verdragen zijn in 1972 in werking getreden. In Nederland geschiedde dat via de uitvoeringswetten van 15 december 1971 (Stb. 1971, 780, 781), waarbij de LUVI bekend staat als EKW en de LUF als EKW Totstandkoming of ook wel als TEK (Totstandkomingswet Eenvormige Koop).

#### 1.1.2 Het beperkte succes van de Haagse Verdragen

De Haagse Verdragen zijn in negen landen in werking getreden, te weten België, de Bondsrepubliek Duitsland, Gambia, Israël, Italië, Luxemburg, Nederland, San Marino, en het Verenigd Koninkrijk. Dit aantal is bepaald teleurstellend, zeker wanneer men bedenkt dat zich hieronder in economisch opzicht enige mini-staten bevinden en dat de ratificaties van het Verenigd Koninkrijk en Gambia van weinig geestdrift getuigen: door het voorbehoud van art. V te maken gelden in deze landen de Haagse Verdragen alleen indien zij door partijen van toepassing zijn verklaard.

Voor het naar het aantal ratificaties gemeten beperkte succes zijn van diverse zijden diverse argumenten naar voren gebracht. Het grootste bezwaar was dat aan de totstandkoming slechts een beperkt aantal, met name West-Europese landen heeft deelgenomen en dat, meer in het algemeen, de Verdragen als een West-Europees onderonsje werden beschouwd. Dit gold de *Common Law* landen die (te) weinig van hun eigen rechtsregels en begrippen terugvonden, en met name de toenmalige Comecon

landen, die voorts van mening waren dat de Haagse verdragen de verkopers te zeer begunstigen boven de kopers.<sup>1)</sup> Als nadeel kan ook genoemd worden de ingewikkelde structuur en enige bedenkelijke regels zoals met name de ontbinding van rechtswege waarbij het kan voorkomen dat de koop ontbonden is zonder dat partijen zich daarvan bewust zijn. Wat ook de realiteitswaarde van genoemde bezwaren moge zijn, het belangrijkste obstakel voor toetreding tot de Haagse Verdragen zal toch wel geweest zijn de omstandigheid dat ten tijde van de inwerkingtreding in 1972 de voorbereidingen voor een uniformering van het kooprecht uit de mondiale koker van de UNCITRAL al een eind op weg waren. Dat was voor de Haagse Verdragen geen gunstig gesternte.

Het kleine aantal ratificaties betekent evenwel niet dat de Haagse Koopverdragen als een mislukking beschouwd moeten worden. Allerm minst. In Den Haag in 1964 is aangetoond dat uniformering van een zo complex rechtsgebied als de koop een reële mogelijkheid is. En dat is ook metterdaad gebleken bij de CISG, waar bovendien de Haagse Koopverdragen tot uitgangspunt zijn genomen en voortdurend hun invloed hebben doen gelden. Laten we dat niet vergeten. Voor ons interne kooprecht zijn zij van nog meer en blijvende betekenis geweest.

### 1.1.3 Invloed van de Haagse Koopverdragen op het Nederlandse interne kooprecht

Uit de Parlementaire Geschiedenis blijkt overduidelijk hoe groot de invloed van de Haagse verdragen op ons intern kooprecht, als geregeld in Boek 7 Titel 1, is geweest. Zo is, bijvoorbeeld, te lezen in de Toelichting Meijers: 'Het Beneluxontwerp, en dus ook de onderhavige titel, volgt zoveel mogelijk de uniforme wet voor de internationale koop van roerende lichamelijke zaken (LUVI)'. En verder over de werkwijze: 'Het Beneluxontwerp en de onderhavige titel nemen dan ook wel de in de LUVI vervatte regels over, doch in beknopter en duidelijker formulering'.<sup>2)</sup> Uit de verdere Parlementaire Geschiedenis blijkt de vernieuwende en inspirerende invloed op tal van specifieke aspecten. Ik noem in het bijzonder de conformiteitsregel in art. 7:17 BW en de klachtplicht van de koper in art. 7:23 BW. Samenvattend wordt de grote betekenis van de Haagse verdragen het duidelijkst gedemonstreerd door de omstandigheid dat tussen LUVI en Titel 1 slechts twee materiële verschillen bestaan. Niet is overgenomen het in art. 10 LUVI omschreven begrip 'wezenlijke' tekortkoming als maatstaf voor het recht op ontbinding (een criterium dat wel in art. 25 CIG is overgenomen) en art. 19 lid 1 LUVI met betrekking tot de omschrijving van het begrip aflevering als afgifte van een zaak die aan de overeenkomst beantwoordt, hetgeen inderdaad een ongelukkige bepaling is.

Ten slotte, vergeleken met de LUVI is de directe invloed van de CISG op onze Titel 1 gering geweest. Daarbij speelde natuurlijk een rol dat ten tijde van de vaststelling van Titel 1 nog niet te voorzien was of, en in hoeverre de CISG wel een succes zou worden.

<sup>1)</sup> Hoe betrekkelijk de waarde van dit laatste argument is kan blijken uit het feit dat in vele branche en particuliere algemene voorwaarden de Haagse verdragen werden uitgesloten omdat deze voor verkopers nadelig zouden zijn.

<sup>2)</sup> Het Benelux-ontwerp inzake koop en ruil dateert van 1970 en was een product van de Raadgevende Interparlementaire Beneluxraad. Zie hierover Asser-Hijma, nr. 59.

## 1.2 Naar Wenen in 1980 als eindpunt

### 1.2.1 Totstandkoming

In 1966 werd een speciale commissie van de Verenigde Naties opgericht met als taak 'the promotion of the progressive harmonization and unification of the law of international trade', de UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Law). Deze UN Commision kent een beperkt aantal lidstaten, namelijk zesendertig, doch verdeeld over de diverse regio's: negen uit Afrika, zeven uit Azië, vijf uit Oost-Europa, 6 uit Latijns-Amerika en negen uit de Westerse landen. Deze samenstelling waarborgt dat alle culturen en rechtsstelsels bij het werk van de Commission betrokken zijn, hetgeen ongetwijfeld in belangrijke mate tot haar succes heeft bijgedragen. Tijdens de eerste sessie in 1968 werd met algemene stemmen het besluit genomen hoge prioriteit te geven aan de uniformering van het kooprecht. Bij de twee sessie in 1969 bleek dat een voorstel om er naar te streven tot zoveel mogelijk ratificaties van de Haagse Koopverdragen te komen, het niet haalde. De obstakels daarvoor zijn hierboven in nr. 1.1.2 reeds genoemd. Wel werd besloten om op basis van die Haagse verdragen aan een nieuw ontwerp te werken. Deze taak werd toevertrouwd aan een Working Group van 14 staten, die wederom was samengesteld naar regio. Op de basis van de LUVI kwam deze Working Group in 1976 tot een ontwerp voor de totstandgekomen koop (draft 'Sales') en in 1977 tot een ontwerp voor de totstandkoming van de koop (draft 'Formation') waarvoor de LUF model had gestaan. Vervolgens werden deze ontwerpen aan de Commission ter bestudering voorgelegd. Deze nam de ontwerpen over, doch combineerde ze in één document: de 1978 Draft Convention. Het sluitstuk vormde de Diplomatieke Conferentie die van 10 maart tot 11 april 1980 in Wenen is gehouden en waaraan tweënzestig staten hebben deelgenomen. Tijdens deze Conferentie zijn bijna alle bepalingen van de 1978 Draft overgenomen, al of niet met technische bijschavingen op het gebied van de precieze redactie. Slechts enkele bepalingen ondergingen substantiële wijzigingen. Twee speciale commissies belastten zich met het werk voor de uiteindelijke redactie en het doorvoeren van de gewenste wijzigingen. Op 11 april 1980 was het dan zo ver. Vierenzeventig van de achtentachtig materiële bepalingen (Deel I, II en III) werden met algemene stemmen en de overige met een ruime meerderheid goedgekeurd en aangenomen. Aldus kwam tot stand de 1980 United Nations Convention on the Uniform Law for International Sales op Goods (CISG).

### 1.2.2 Het grote succes. Ratificaties

Het Weens Koopverdrag is zonder meer een succes te noemen. Nadat tien landen het Verdrag hadden geratificeerd, trad het op 1 januari 1988 in werking. Vele volgden, waaronder Nederland per 1 januari 1992 (zie Trb. 1991, 30 en de Intrekkingwet van 18 december 1991, Stb. 1991, 753), op welke datum tevens bij genoemde Intrekkingwet de LUVI/EKW en de LUF/TEK zijn ingetrokken. Overigens verliep deze inwerkingtreding van de CISG in Nederland met aanmerkelijk minder tromgeroffel dan die andere gebeurtenis van 1 januari 1992: De goedkeuring door de Tweede Kamer van de CISG geschiedde stilzwijgend (Kamerstukken 21 724, vergaderjaar 1989-1990, nr. 278).



Volgens een opgave van de UNCITRAL van 2 mei 1995 is de CISG in vierenveertig landen in werking getreden.<sup>3)</sup> Daarbij is het verheugend te constateren dat, in overeenstemming met de samenstelling van de diverse UNCITRAL commissies, alle continenten ook inderdaad in de schare van toegetreden landen zijn vertegenwoordigd. In ieder geval behoren daartoe onze belangrijke handelspartners, ofschoon het Verenigd Koninkrijk en België, alsmede Japan zich tot nu toe opvallend afzijdig gehouden hebben.

Gegeven het aantal ratificaties in 1995 kan reeds nu gesproken worden over een mondiale uniformering van het internationale kooprecht (over de relativering later). Daarbij dient ook nog eens bedacht te worden dat de toepasselijkheid van de CISG niet beperkt is tot gevallen waarin beide partijen gevestigd zijn in Verdrag-Statens (art. 1 lid 1 sub (a)), maar zich uitstrekt tot gevallen waarin de conflictregels van het i.p.r. verwijzen naar het recht van een Verdrag-Staat (art. 1 lid 1 sub (b)).<sup>4)</sup>

### 1.3 Andere Verdragen

Een bijproduct van het Weens Koopverdrag is de UN Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods, New York, 14 juni 1974, dat de verjaring regelt. Volgens art. 8 is deze gesteld op een periode van vier jaar. Tijdens de Diplomatieke Conferentie van 1980 in Wenen is aan dit Verdrag een Protocol toegevoegd waarbij het toepassingsgebied van dit Verdrag zo is bijgesteld dat het spoort met het toepassingsgebied van de CISG. Het Verjaringsverdrag is op 1 augustus 1988 in werking getreden. Nederland heeft dit verdrag (nog) niet getekend.<sup>5)</sup>

Een ander bijproduct is het Haags Verdrag van 22 december 1985 inzake het toepasselijke recht op internationale koopovereenkomsten, zoals gewijzigd en opnieuw vastgesteld in 1986. Dit Verdrag is de internationaal privaatrechtelijke component van de CISG en is vooral van belang in verband met de toepasselijkheid van de CISG via art. 1 lid 1 sub (b).<sup>6)</sup> Nederland zal dit Verdrag naar alle waarschijnlijkheid niet ratificeren omdat dit dubbel op is en ook niet spoort met het EVO-Verdrag van 1980 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst, dat op 1 september 1991 in Nederland, en ook in de meeste EU-Statens in werking is getreden.<sup>7)</sup> Ook dit EVO-Verdrag is van direkt belang voor de toepasselijkheid van de CISG via art.

<sup>3)</sup> Note Secretariat UNCITRAL, Status of Conventions, Doc. A/CN.9/416, 2 mei 1995. Tussen haakjes is vermeld de datum van inwerkingtreding. Deze data zijn van belang in verband met de toepasselijkheid van de CISG in temporele zin: Argentinië (1-1-1988), Australië (1-4-1989), Bosnië en Herzegovina (6-3-1992), Bulgarije (1-8-1991), Canada (1-5-1992), Chilië (1-3-1991), China (1-1-1988), Cuba (1-12-1995), Denemarken 1-3-1990, Duitsland (1-1-1991), Ecuador (1-2-1993), Estland (1-10-1994), Egypte (1-1-1988), Finland (1-1-1989), Frankrijk (1-1-1988), Georgië (1-9-1995), Guinee (1-2-1992), Hongarije (1-1-1988), Irak (1-4-1991), Italië (1-1-1988), Joegoslavië (1-1-1988), Lesotho (1-1-1988), Litauwen (1-2-1996), Mexico (1-1-1989), Moldavië (1-11-1995), Nederland (1-1-1992), Nieuw Zeeland (1-10-1995), Noorwegen (1-8-1989), Oeganda (1-1-1988), Oekraïne (1-3-1993), Oostenrijk (1-1-1989), Roemenië (1-6-1992), Russische Federatie (1-9-1991), Singapore (1-3-1996), Slowakije (1-1-1993), Slovenië (25-6-1991), Spanje (1-8-1991), Syrië (1-1-1988), Tsjecho (1-1-1993), Verenigde Staten van Amerika (1-1-1988), Wit-Rusland (1-11-1990), Zambia (1-1-1988), Zweden (1-1-1989), Zwitserland (1-3-1991). Een regelmatig bijgehouden overzicht is te vinden in Bijzondere Overeenkomsten II.1 (i.p.r. koop)(Bertrams), aant. 23.

<sup>4)</sup> Zie nader nr. 2.2.1 en vooreen uitgebreide behandeling het preadvies van Ferrari.

<sup>5)</sup> De tekst is te vinden bij A.S. Hartkamp, Het Weense Koopverdrag, beschouwingen over het VN-verdrag inzake de internationale koop van roerende lichamelijke zaken (1980), Deventer 1980, bijlagen 2 en 3.

<sup>6)</sup> De tekst van dit Verdrag is te vinden in WPNR 1987, p. 138 140, en in Bijzondere Overeenkomsten II.1 (i.p.r. koop)(Bertrams), aant. 47.

<sup>7)</sup> Zie hierover Bertrams/van de Velden, Deel A, en Bijzondere Overeenkomsten (Bertrams), II (IPR) EVO, en, in verband met de CISG, II (IPR), I Koop, aant. 28.

1 lid 1 sub b).

Nederland is voorts toegetreden tot het op 17 februari 1983 te Genève gesloten UN-IDROIT Verdrag inzake de vertegenwoordiging bij de internationale koop van roerende zaken (Trb. 1993, 35). Dit Verdrag geeft materiële regels voor vertegenwoordiging. Het is (nog) niet in werking getreden. Verwijzingsregels ter vaststelling van het toepasselijke recht terzake vertegenwoordiging, maar dan niet beperkt tot de koop, vindt men in het Haags Vertegenwoordigingsverdrag van 1978, dat in Nederland op 1 oktober 1992 in werking is getreden.

## 2. Het Weens Koopverdrag in vogelvucht

### 2.1 Inleiding

Het Weens Koopverdrag geeft een volledige en op zich zelf staande regeling van de internationale koop. Dit betekent dat het veel meer bevat dan de bepalingen die wij aantreffen in onze Titel 1 van Boek 7. Daar gaat het immers om regels die specifiek voor de koop als bijzondere overeenkomst geschreven zijn. Het merendeel van de regels omtrent de koop betreft echter algemeen contractenrecht, dat wij bij ons aantreffen in Titel 1 (verbintenissen in het algemeen) en met name Titel 5 (overeenkomsten in het algemeen) van Boek 6. Onderwerpen die daar aan de orde komen vindt men ook terug in de CISG. Van onze Titel 1 gaat het dan met name om Afdeling 7 (op-schorting) en 10 (schadevergoeding), en van Titel 5 met name om Afdeling 2 (totstandkoming van de overeenkomst) en Afdeling 5 (wederkerige overeenkomsten).

Het Weens Koopverdrag bevat vier Delen. Aangezien in de Nederlandse literatuur reeds eerder min of meer uitgebreide beschrijvingen van de CISG zijn gegeven, waarbij op de overeenkomsten met ons intern recht is gewezen en (mogelijke al of niet beuiddende) verschillen zijn gesignaleerd,<sup>8)</sup> volsta ik met een korte samenvatting.

### 2.2 Deel 1. Toepassingsgebied en algemene bepalingen

#### 2.2.1 Toepassingsgebied

Deel 1 bevat twee hoofdstukken. Het eerste, zijnde de artikelen 1 tot en met 6, heeft betrekking op het toepassingsgebied. Volgens art. 1 lid 1 is de CISG van toepassing (sub a)) indien beide partijen gevestigd zijn in Verdrag-Statens, of (sub b)) indien de regels van het internationaal privaatrecht van het forum verwijzen naar het recht van een Verdrag-Staat. Het laatstgenoemde geval doet zich, bijvoorbeeld, voor indien de verkoper is gevestigd in Nederland en de koper in België (geen Verdrag-Staat) en er geen rechtskeuze is of een keuze voor Nederlands recht. Voor de sub b) situatie is voor Nederland het EVO-Verdrag van belang.

In de artikelen 2 en 3 worden bepaalde (koop)overeenkomsten van het toepassingsgebied uitgesloten. Bij art. 2 dient in het bijzonder de uitsluiting van de consumentenkoop genoemd te worden. De reden hiervoor is dat de nationale regelingen op dit gebied te zeer uiteenlopen en te veel dwingend recht bevatten om internationale uniformering van (regelend) recht te kunnen bewerkstelligen. De uitsluiting van art. 3 betreft de (koop)overeenkomst waarbij de koper een belangrijke inbreng op het pro-

<sup>8)</sup> Zie de preadviezen van de Vereeniging 'Handelsrecht' 1982 van de Vries, den Drijver (voor het internationale privaatrecht) en met name dat van Meijer, Bertrams/van der Velden, met name Deel C, van der Paverd, en van der Velden in het bijzonder voor wat betreft de rechtsmiddelen. Zie voorts Hartkamp, Het Weense Koopverdrag, beschouwingen over het VN-verdrag inzake de internationale koop van roerende lichamelijke zaken (1980), Deventer, 1980.

dukt heeft (zie nader nr. 4.2 van dit preadvies) en die waarbij het element van dienstverlening en het verstrekken van arbeidskracht een overwegende rol speelt. Blijkens art. 4 heeft de CISG betrekking op de verbintenismatige aspecten van de (totstandkoming van de ) koop. Kwesties omtrent de geldigheid van de overeenkomst of bepalingen daarvan en goederenrechtelijke aangelegenheden vallen er buiten. Volgens art. 5 ziet de CISG niet op aansprakelijkheid voor dood en letsel als gevolg van gebreken in de verkochte zaken. Ook hier is de reden dezelfde als die voor de uitsluiting van de consumentenkoop. Voor alle genoemde uitgesloten onderwerpen moet het nationale recht uitkomst bieden, waartoe weer het i.p.r. toegepast dient te worden. Hoofdstuk I besluit met het cruciale art. 6 dat een wezenlijk kenmerk van de CISG aangeeft: de CISG is regeland recht (het subsidiariteitsbeginsel). Dit wil zeggen dat partijen niet alleen van bepaalde artikelen van de CISG kunnen afwijken, maar ook de toepasselijkheid van het Verdrag als geheel kunnen uitsluiten.

### 2.2.2 Algemene bepalingen

Hoofdstuk 2 van Deel I bevat algemene bepalingen (art. 7 t/m 13), waarvan ik er drie in het bijzonder noem.

Uniformering van het internationale kooprecht is één ding, maar het zoveel mogelijk blijvend waarborgen van een uniforme toepassing van de diverse Verdragsbepalingen is nog een andere zaak. Bedacht dient te worden dat toepassing en derhalve in voorkomende gevallen ook de interpretatie van de Verdragsbepalingen geschiedt door de nationale rechter gesitueerd als deze is in zijn eigen en verscheiden rechtssysteem en zonder uiteindelijke toetsing door een supranationaal rechterlijk college. Daarom bevat lid 1 van art. 7 de aan de nationale rechter gerichte aansporing om bij de uitleg van de Verdragsbepalingen rekening te houden met het internationale karakter van het Verdrag en met de noodzaak uniformiteit bij de toepassing van het Verdrag te bevorderen. Het is in dit verband dat ook gerefereerd wordt aan de goede trouw. Dit principe fungeert derhalve als een richtsnoer voor de uitleg van de diverse Verdragsbepalingen, maar vormt, althans in beginsel, geen algemene en zelfstandige bron van verbintenissen die de rechtsverhouding tussen partijen in aanvullende of beperkende zin nader inhoud geeft, zoals dat bij ons geschiedt in art. 6:248 BW.

Lid 2 van art. 7 betreft een ander aspect van het streven de uniformiteit te bewaken, namelijk het opvullen van leemten met betrekking tot onderwerpen die wél door het Verdrag bestreken worden, maar niet uitdrukkelijk geregeld zijn. Ook hier loert het gevaar dat de rechter, zodra zich maar even een (ogenschijnlijk) geval van leemte in de CISG voordoet, zich schielijk terugtrekt op zijn eigen vertrouwde recht. In eerste instantie wordt die pas afgesneden door de regel dat in dat geval een oplossing gevonden dient te worden in overeenstemming met de algemene beginselen van het Verdrag. Eerst wanneer zulke beginselen ontbreken mag de oplossing gevonden worden via het toepasselijke nationale recht. Op dit punt breekt de CISG met de LUVI, dat een geheel gesloten systeem pretendeerde te zijn waaraan niet te ontsnappen viel. Dat was althans de gedachte.

Art. 8 geeft een regeling voor de interpretatie van verklaringen en gedragingen van ieder der partijen. De inhoud daarvan komt ons vertrouwd voor, nu zij overeenstemt met onze *Haviltex* formule als neergelegd in art. 3:35 BW. Enigszins verrassend blijkt deze bepaling niet alleen betrekking te hebben op eenzijdige verklaringen en gedragingen zoals die voorkomen in de fase van het sluiten van de overeenkomst en daarna in verband met mededelingen omtrent, bijvoorbeeld, klachten, herstel van gebreken, het stellen van een nadere termijn voor nakoming, of ontbinding, maar ook op de uitleg van contractuele bepalingen zelf (zie nader nr. 3.3.3).

Tenslotte noem ik art. 9 dat het al eerder gesignaleerde subsidiariteitsbeginsel versterkt. Tot de inhoud van de overeenkomst behoren ook de tussen partijen gegroeide gebruiken (lid 1) alsmede de gebruiken in de desbetreffende branche (lid 2). Deze prevaleren derhalve boven de bepalingen van het Verdrag. Het effect van branchegebruiken volgens lid 2 is beperkter dan dat van lid 2 van art. 9 LUVI. De achtergrond hiervan was de vrees van Derde-Wereld landen dat de ruime werking daarvan, zoals deze in de LUVI besloten lag, in hun nadeel zou werken: men zou met name ook gebonden kunnen zijn aan lokale gebruiken en gebruiken die in de geïndustrialiseerde landen gegroeid zijn en het belang van die landen dienen. Daarom is de werking van handelsgebruiken beperkt tot die waarmee partijen bekend waren of behoorden te zijn en die in de internationale handel op grote schaal bekend zijn aan, en regelmatig worden nageleefd door partijen in de desbetreffende handelsbranche.

### 2.3 Deel II. Totstandkoming van de koopovereenkomst

Deel II regelt de vraag of een koopovereenkomst tot stand is gekomen en, hetgeen van groot praktisch belang is, of algemene voorwaarden deel uit maken van de overeenkomst. Deel II vertoont grote gelijkenis met onze Afdeling 2 van Titel 5 Boek 6. Wel bevat Deel II, en dat geldt ook voor Deel III, gedetailleerdere bepalingen dan onze nationale wetgeving. Dit betekent evenwel niet dat sprake is van verschillen tussen deze twee stelsels. Zo bepaalt art. 6:217 BW dat een overeenkomst tot stand komt door een aanbod en de aanvaarding daarvan. Diezelfde regel vindt men in art. 18 lid 1 CISG, doch met de nadere verduidelijking dat de aanvaarding kan bestaan in een verklaring (mondeling of schriftelijk) of door een gedraging, zoals de verzending van de zaken of het betalen van de koopprijs (zie lid 3), en voorts dat stilzwijgen of niet-handelen op zichzelf niet duidt op aanvaarding. In ons nationale recht is het niet anders. Art. 6:225 BW bepaalt dat een van het aanbod afwijkende aanvaarding als een verwerping van dat aanbod geldt, tenzij de afwijking ondergeschikte punten betreft. In dat geval komt een overeenkomst tot stand op basis van het oorspronkelijke aanbod zoals bij de aanvaarding gewijzigd. Hetzelfde geldt onder het regime van de CISG, zie art. 19 lid 1 en 2. Lid 3 vervolgt dan met een enumeratieve opsomming van aanvullingen en afwijkingen die in ieder geval als wezenlijk dienen te worden beschouwd, zoals die betreffende de prijs, kwaliteit en hoeveelheid van de zaken, de aansprakelijkheid en de beslechting van geschillen, waaronder m.i. verstaan dient te worden een forumkeuze en arbitrageclausule. Naar intern recht zal het niet anders zijn.

Terwijl, zoals gezegd, de bepalingen van Deel II en die van ons intern recht zeer goed met elkaar sporen, bestaan er ook enige verschillen. Op twee daarvan wordt nader ingegaan in nr. 5, namelijk de regeling voor het geval partijen niet gesproken hebben over de prijs of aan een prijsformule gerefereerd hebben en de regeling omtrent kruisende algemene voorwaarden.

### 2.4 Deel III. Rechtsgevolgen van de totstandgekomen koop

Deel III vormt het kernstuk van de CISG. Het is onderverdeeld in vijf hoofdstukken die op hun beurt weer zijn uitgesplitst in secties. Ook voor Deel III, zij het in iets mindere mate, geldt dat de regelgeving in grote lijnen overeenkomt met ons intern recht en voorts specifiek en gedetailleerder is.

De belangrijkste bepaling van hoofdstuk I (algemene bepalingen) is art. 25. Daar wordt een omschrijving gegeven van het begrip 'wezenlijke' tekortkoming dat met name een rol speelt bij de vraag of ontbinding van de overeenkomst mogelijk is. Ons

art. 6:265 BW stelt niet als voorwaarde voor ontbinding dat de wanprestatie wezenlijk dient te zijn: *iedere* tekortkoming geeft de wederpartij de bevoegdheid te ontbinden, *tenzij* .... Men zou kunnen stellen dat onze uitzonderingsregel in de CISG de hoofdregel is. Hier stuiten wij derhalve op een belangrijk verschil, waarbij men overigens wel kan debatteren over de vraag in hoeverre dit verschil in uitgangspunt ook tot daadwerkelijke verschillen in uitkomst in concrete gevallen zal moeten leiden, zie nader nr. 7.

Hoofdstuk II betreft de verplichtingen van de verkoper. Art. 30 somt diens hoofdverplichtingen op: de verplichting tot aflevering met, waar relevant, de bijbehorende documenten en tot verschaffing van eigendom, vgl. art. 7:9 BW. In sectie I worden vervolgens regels gegeven omtrent de plaats en het tijdstip van de aflevering. Sectie 2 behandelt het belangrijke aspect van de conformiteit van de afgeleverde handelswaar, vgl. art. 7:17 BW. Art. 39 CISG bevat de belangrijke bepaling die wij bij ons vinden in art. 7:23 BW, namelijk dat de koper binnen een redelijke termijn nadat hij een gebrek heeft ontdekt of had behoren te ontdekken, bij de verkoper er over moet klagen dat de afgeleverde zaken niet aan de overeenkomst beantwoorden op straffe van het recht zich daarop later te kunnen beroepen. Terwijl in het interne recht nog wel getwijfeld kan worden of art. 7:23 dan ook een plicht aan de zijde van de koper impliceert dat hij binnen redelijke termijn moet keuren (ik neem aan van wel), stelt art. 38 CISG zulks uitdrukkelijk. Sectie 3 geeft een gedetailleerde regeling van rechtsmiddelen in geval van wanprestatie van de verkoper: nakoming, inclusief herstel of vervanging, ontbinding en prijsreductie. Het recht op schadevergoeding en de opschortingsrechten zijn geregeld in hoofdstuk 5 (bepalingen die zowel de verkoper als de koper betreffen).

Hoofdstuk III behandelt de verplichtingen van de koper. Art. 53 noemt diens hoofdverplichtingen: het betalen van de koopprijs en het in ontvangstnemen van de zaken. Deze laatste verplichting bestaat als zodanig niet in ons intern recht, zie nr. 5.1 hierna. Hoofdstuk IV, met name art. 67-69, regelt de overgang van het risico. Precies zoals bij onze bepaling art. 7:10, verloopt deze overgang via de scheidslijn die gevormd wordt door het moment van de aflevering door de verkoper. Onder de CISG vallen deze momenten niet steeds samen, althans behoeven dat niet te doen in geval van verkoop tijdens vervoer en indien de koop het vervoer niet mede omvat. Dit levert overigens geen verschil op met ons intern kooprecht omdat dat op deze punten geen specifieke regeling kent.

Hoofdstuk V geeft regels die zowel de verplichtingen van de verkoper als die van de koper betreffen. In art. 71 van Afdeling I herkent men ons opschortingsrecht van art. 6:263 en 6:52 BW, terwijl art. 72 van die Afdeling de mogelijkheid geeft tot ontbinding bij 'anticipatory breach', dat bij ons een plaats heeft gevonden in art. 6:80 BW. Afdeling II regelt de schadevergoeding. De algemene formule van art. 74 wijkt in zoverre van ons art. 6:98 BW af dat onder de CISG die schade vergoed moet worden die het gevolg is van de tekortkoming van de wederpartij en die voor deze redelijkerwijze voorzienbaar was, zonder te refereren aan ons toerekeningscriterium. Of dit in de praktijk een werkelijk verschil oplevert, valt nog maar te bezien. De enige bepaling van Afdeling III is art. 78, dat de verkoper recht geeft op rente bij niet tijdige betaling. Een rentepercentage of een maatstaf voor de berekening ontbreekt. Daartoe moet worden teruggegrepen op het nationale recht, zie daarover het preadvies van Ferrari. De belangrijkste bepaling van Afdeling IV is art. 79. Het geeft een gedetailleerde omschrijving van het begrip 'bevrijdende omstandigheden' (overmacht) en de gevolgen daarvan. Eén daarvan is dat de gehoudenheid tot het betalen van schadevergoeding komt te verhalen, maar dat de andere partij de overige rechtsmiddelen behoudt. Dat zijn dus ons vertrouwde bepalingen, zie nader nr. 6. Afdeling V regelt de gevolgen van

de ontbinding: het vervallen van de verplichtingen, een ongedaanmakingsverplichting voor reeds uitgevoerde verbintenissen en een verplichting voor de koper tot afdracht van de waarde van genoten voordeel indien de zaken niet kunnen worden teruggegeven, zie onze art. 6:271-275.

Afdeling VI tenslotte geeft een regeling met betrekking tot de zorg voor het behoud van de zaken: door de verkoper in het geval de koper niet afneemt, en voor de koper indien hij de zaken heeft ontvangen en deze wegens niet-conformiteit weigert, vgl. ons art. 7:10 lid 4 en 7:29 BW.

### 2.5 Toepasselijkheid in temporele zin en overgangsrecht

Een belangrijke bepaling van Deel IV (Slotbepalingen) van de CISG is art. 100. Het heeft betrekking op de toepasselijkheid van de CISG in temporele zin en geeft in samenhang met onze Intrekkingwet van 18 december 1991 het overgangsrecht van LUVI/EKW naar CISG. Vertaald komt art. 100(2) CISG hierop neer dat de in art. 1(1) sub a) en b) genoemde Staten alleen Verdragsluitende Staten zijn indien het Verdrag in die Staat in werking is getreden op het moment dat de koop is gesloten. Voor Nederland is dat 1 januari 1992. Aangezien ook deze vertaling wel enige toelichting zal behoeven, geef ik hieronder een voorbeeld en een voetnoot. De genoemde Intrekkingwet sluit op art. 100 CISG aan door te bepalen dat op een koop gesloten vóór 1 januari 1992 de LUVI/EKW van toepassing blijft. Nu dan het voorbeeld: een Nederlandse verkoper en een Franse koper, koop gesloten in 1991. Ofschoon Nederland en Frankrijk thans Verdragsluitende Staten zijn, was dat voor Nederland in 1991 niet het geval. Daarom is niet voldaan aan art. 1(1) sub a), terwijl de in sub b) bedoelde conflictregels naar Nederland verwijzen zodat ook op die grond de CISG niet van toepassing is. Deze koop blijft beheerst door de LUVI/EKW, zie art. 1 lid 2 Intrekkingwet j. art. 2 lid 1 EKW.<sup>9)</sup> Ook op koopovereenkomsten van vóór 1992 waarop Nederlands recht van toepassing is verklaard blijft de LUVI/EKW van toepassing. Art. 100(1) CISG en art. 1 lid 3 Intrekkingwet geven overeenkomstige regels voor de toestandkoning van de koop. Het voorgaande verklaart waarom ook in recente Nederlandse rechtspraak veeleer de LUVI/EKW dan de CISG een rol speelt.

### 3. Betrekkelijkheid van de uniformering.

Het beginsel van subsidiariteit; uitgesloten en niet door de CISG geregelde onderwerpen; interpretatie; wat blijft wel/niet over van boek 6 BW

#### 3.1 Inleiding

Bij de in nr. 1 losgelaten jubeltonen over de mondiale uniformering van het kooprecht past enige relativisering. Lang niet alle koopovereenkomsten en kwesties die verband (kunnen) houden met een koop worden namelijk door de CISG bestreken, zie de artikelen 2 t/m 5 CISG. In art. 2 en 3 gaat het om de uitsluiting van bepaalde typen van koop. Enige vraagpunten hieromtrent, namelijk met betrekking tot uitbesteding, software, huurkoop/financial lease, distributie- en franchiseovereenkomsten, en ruilhandel, komen in nr. 4 aan het bod. Blijkens art. 4 CISG is het Verdrag beperkt tot de verbintenisrechtelijke aspecten van de koop. Niet onder het Verdrag vallen derhalve goederenrechtelijke aspecten en de vraag of een koopovereenkomst of bepaalde clau-

<sup>9)</sup> Zie voor meer voorbeelden mijn artikel 'Haagse eenvormige koopwetten-Weens Koopverdrag-overgangsrecht-contractuele uitsluiting', Bb 1992, p. 42-44, Bertrams/van der Velden, nr. 19.1, en voor rechtspraak betreffende het overgangsrecht van der Velden, WPNR 1994, p. 546-547, 564-566, en Bijzondere Overeenkomsten II.1 (IPR Koop), aant. 4.

sules geldig zijn. Op bepaalde punten daarvan ga ik in in nr. 3.3 en 3.4. Nr. 3.5 behandelt de vraag hoe te handelen wanneer men geconfronteerd wordt met een kwestie betreffende een onderwerp dat in zijn algemeenheid wel door de CISG geregeld wordt, maar niet uitdrukkelijk en concreet wordt beslist. Mag of dient men zelfs in dergelijke situaties terug te grijpen naar intern recht?

Met betrekking tot alle van het Verdrag uitgesloten onderwerpen en verbinternisrechtelijke onderwerpen die in het geheel niet door het Verdrag worden geregeld, geldt dat geschillen daaromtrent beslecht dienen te worden door het nationale interne recht. Nr. 3.6 geeft een overzicht van hetgeen wel of niet overblijft voor Boek 6 BW.

Een tweede en wat mij betreft belangrijkste reden voor het relativiseren van de mondiale uniformering van het internationale kooprecht door middel van de CISG is evenwel het in het Verdrag verankerde beginsel van subsidiariteit.

### 3.2 *Het beginsel van subsidiariteit*

#### 3.2.1 *Voorrang van door partijen overeengekomen bepalingen en algemene voorwaarden, en van gebruiken*

Tamelijk verscholen in het tweede zinsdeel van art. 6 ligt een kernbeginsel van de CISG: het geeft regels van aanvullend recht waarvan partijen kunnen afwijken.<sup>10)</sup> Met ons BW is het niet anders, behoudens dan de regels voor de consumentenkoop. Dit 'afwijken' van de CISG bepalingen geschiedt heel gemakkelijkjes en waarschijnlijk zonder dat partijen zich hiervan bewust zijn. Iedere afspraak van partijen, schriftelijk of mondeling, prevaleert boven de CISG regel omtrent het onderwerp van de afspraak, ook zonder dat die CISG regel wordt uitgesloten. Hierbij gaat het, in hiërarchische volgorde, om alle individueel gemaakte afspraken of, wanneer deze zijn neergelegd in een schriftelijk contract, alle bepalingen van dat contract, alsmede, en dit is van belang, alle bepalingen van de toepasselijke algemene voorwaarden, ongeacht of het nu gaat om individuele of branche algemene voorwaarden. Wanneer men zich nu realiseert dat, althans naar mijn inschatting, het leeuwedeel van de 'run of the mill' koopovereenkomsten geschiedt op basis van algemene voorwaarden en dat deze in de regel zeer uitgebreid en gedetailleerd zijn, dan blijft er weinig over voor het aanvullend recht van de CISG. Dat is trouwens ook het geval voor het aanvullend recht van ons BW.

Men mag zich hierbij niet laten misleiden door, enerzijds, de schaarste aan gepubliceerde rechtspraak omtrent algemene voorwaarden bij koop (afgezien van toepasselijkheid en toetsing) en, anderzijds, de betrekkelijke omvang van gepubliceerde rechtspraak waarin gerefereerd wordt aan de LUVI/EKW of, maar dan vooral in de toekomst, aan de CISG. Meestal gaat het dan om de vraag of de LUVI/EKW of CISG in hun algemeenheid van toepassing zijn en de beantwoording van deze vraag is niet zelden op zich zelf reeds aanleiding voor publicatie.<sup>11)</sup> Meestal is de publicatie beperkt tot de vaststelling dat het uniforme recht wel of niet van toepassing is, waarna in de regel de rechter vervolgens overgaat tot de orde van de dag, namelijk de beslechting van het geschil op basis van de contractuele bepalingen en algemene voorwaar-

<sup>10)</sup> Voor de goede orde, het afwijken van de CISG bepalingen is heel iets anders dan het uitsluiten van de CISG. Dit laatste komt ter sprake in nr. 8.

<sup>11)</sup> Ik denk hier met name aan het periodiek *Nederlands Internationaal Privaatrecht (NIPR)* van het T.M.C. Asser Instituut.

den.<sup>12)</sup> Intussen dient wel vermeld te worden dat men voor de in de praktijk veel voorkomende vraag of en wiens algemene voorwaarden zijn overeengekomen, wel is aangewezen op de CISG, en wel Deel II over de totstandkoming. Ook voor bepalingen als 'de koper die éénmaal op basis van deze algemene voorwaarden heeft gecontracteerd wordt geacht dat ook in de toekomst te doen' geldt immers de vraag of deze is overeengekomen. Maar staat eenmaal op grond van de bepalingen van Deel II vast dat algemene voorwaarden overeengekomen zijn en dat een koop tot stand is gekomen, dan is de rol van de CISG voor een belangrijk deel uitgespeeld. Overigens is het spijtig dat Deel II geen specifieke bepalingen kent omtrent de vraag aan welke vereisten voldaan moet zijn om algemene voorwaarden van toepassing te doen zijn. Deel II volstaat met algemene bepalingen omtrent de totstandkoming van een koopovereenkomst. Op dit punt zouden dan ook wel eens problemen kunnen ontstaan die kunnen leiden tot in de diverse Lid-Staten van elkaar afwijkende ontkenningen.

Bij de voorrang van partij-regelingen blijft het niet. Ingevolge art. 9 CISG prevaleren ook partij- en branchegebruiken boven de CISG bepalingen. Dit is met name van belang voor de handelskoop waar vele specifieke gebruiken bestaan.

#### 3.2.2 *Praktisch belang van de CISG*

Het voorgaande leidt tot de vraag in welke situaties de CISG en met name Deel II daarvan nu werkelijk en rechtstreeks van belang blijft. Dat zal in ieder geval zo zijn waar algemene voorwaarden niet deel uit maken van de overeenkomst en dat kan het gevolg zijn van tal van factoren. In de eerste plaats kan men denken aan, waarschijnlijk, kleinere bedrijven die niet de moeite genomen hebben algemene voorwaarden op te stellen of zich de (advocaten)kosten daarvan hebben willen besparen. Voor ondernemingen die in een bedrijfstak opereren waar branche voorwaarden zijn opgesteld, levert dit overigens geen problemen op. Men dient er slechts voor te zorgen dat deze op de juiste wijze van toepassing zijn verklaard. Dit laatste geldt natuurlijk in het algemeen en hieraan kan het weleens schorten bij al te vlot totstandgekomen koopovereenkomsten ('een telefoontje hier en een faxje daar'). Men kan zich nog zo dure algemene voorwaarden hebben aangeschaft, men heeft er niets aan indien de regels van Deel II CISG (en dus niet die van art. 6:231 BW e.v.) niet in acht genomen zijn. In dat geval herneemt, wellicht per ongeluk, Deel III CISG de volledige zeggenschap. Het kan ook voorkomen dat beide partijen algemene voorwaarden hanteren, maar dat beide sneuvelen in 'the battle of forms', of dat de enkele set van voorwaarden van de één niet acceptabel is voor de andere partij. Soms wordt nog intensief onderhandeld over het al of niet schrappen van enkele clausules, waarbij met name die met betrekking tot de beperking van aansprakelijkheid van de verkoper en jurisdictie hete hangijzers zijn, maar naar mijn ervaring verdwijnen zij ook nog wel eens in hun totaliteit van tafel. Ik heb daarbij het gevoel dat partijen, wanneer zij de transactie willen laten doorgaan (en dat willen zij), de voortgang en sfeer niet willen laten vertroebelen door op het scherp van de snede gevoerde onderhandelingen en door de veel voorzigtiger influisteringen van hun juridische raadslieden. Op hun beurt realiseren deze zich veelal weer dat in dergelijke situaties er nog altijd het vangnet van de CISG is. Dan wordt in ieder geval gewaarborgd wat voor ondernemingen maar ook voor ad-

<sup>12)</sup> Een uitzondering hierop is de relevantie van art. 59 LUVI/EKW en art. 57 CISG betreffende de plaats van betaling (ter plekke van de verkoper). Materiële rechtelijk stellen deze bepalingen niet zoveel voor, maar voor de internationale jurisdictie zijn zij weer wel van groot belang in verband met art. 5(1) EEX Verdrag, voorzover de algemene voorwaarden niet reeds een bepaling omtrent de plaats van betaling bevatten.

vocaten bijkans heilig is, namelijk rechtszekerheid en de toegankelijkheid van regels. Aldus behoefst de vraag naar het toepasselijke nationale recht ook geen conflictstof op te leveren, hetgeen met name van belang is indien partijen afkomstig zijn uit sterk verschillende (rechts)culturen.<sup>13)</sup>

Wanneer het gaat om zeer omvangrijke kooptransacties met een groot financieel belang wordt vrijwel nooit gebruik gemaakt van algemene voorwaarden van hetzij de verkoper, hetzij de koper. Deze overeenkomsten worden volledig uitonderhandeld en steeds neergelegd in uitgebreide contractdocumenten. Ook hier zie ik weinig ruimte voor de CISG bepalingen.

Voor wat betreft het naar de achtergrond schuiven van de CISG regels door handelsgebruiken, vermoed ik dat dit geen of nauwelijks een rol speelt bij species zaken, maar wel bij de handelskoop en de koop van genus zaken in het algemeen. Overigens stelt art. 9(2) tamelijk stringente voorwaarden aan de toepasselijkheid van handelsgebruiken. Puur locale gewoonten staan in ieder geval buiten spel omdat ook de wederpartij met het gebruik bekend dient te zijn of behoorde te zijn en het gebruik ook nog eens in de internationale handel op grote schaal bekend moet zijn. Overigens zal het terugdringen van de CISG door gebruiken vrijwel steeds betrekking hebben op slechts enkele bepalingen daarvan, terwijl zij soms de CISG regel niet zozeer terzijde zullen stellen maar juist aanvullen door nadere precisering. Dit geldt ook voor overeengekomen INCOTerms.

### 3.3 Geldigheid van de koopovereenkomst en clausules

#### 3.3.1 Algemeen

Buiten het Verdrag vallen kwesties betreffende de geldigheid van de koopovereenkomst en de daarin voorkomende individuele clausules, zie art. 4 CISG onder a). Op dit punt lopen de nationale opvattingen te zeer uiteen om tot uniforme bepalingen te kunnen komen en bovendien stond de gehechtheid aan het eigen recht supranationaal recht in de weg.<sup>14)</sup> Deze materie wordt derhalve beheerst door het toepasselijke nationale recht. Voor wat betreft Nederlands recht gaat het om de bepalingen in Titel 2 van Boek 3, namelijk koopovereenkomsten die in strijd zijn met de goede zeden, de openbare orde (art. 3:40), die gesloten worden onder invloed van bedreiging, bedrog of misbruik van omstandigheden (art. 3:44), en koopovereenkomsten die vernietigd kunnen worden op grond van de actio Pauliana (art. 3:45, alsmede art. 42 en 47 F). Voorzover in enig nationaal recht de geldigheid van een koopovereenkomst mede afhangt van het in acht nemen van bepaalde vormvereisten, gelden die niet wanneer de

<sup>13)</sup> Of en in hoeverre het hier beschreven scenario zich ook steeds in concreto ontrolt, hangt natuurlijk af van vele factoren, zoals, bijvoorbeeld, de aard van het produkt, de omvang van de transactie en, indien algemene voorwaarden ter sprake komen in het kader van een raamovereenkomst, toekomstige transacties, alsmede de verwachtingen omtrent de betrouwbaarheid van de wederpartij, de kans op problemen en de beslechting daarvan. Wat betreft dit laatste blijft steeds van belang de kwestie van internationale jurisdictie en beslechting door de rechter of arbitrage, alsmede exoneraties voor met name gevolgschade.

<sup>14)</sup> UNIDROIT heeft eens opgesteld een 'Draft of a law for the unification of certain rules relating to validity of contracts of international sale of goods' (Etude XVI/B, Doc.22, U.D.P. van 31 mei 1972 en afgedrukt in Honnold's Doc. History, p. 268-273). Het opnemen van bepalingen uit dit ontwerp in de CISG is verworpen, en sindsdien is niets meer van het ontwerp vernomen. Hoofdstuk 3 van de Unidroit Principles bevat wel diverse bepalingen met betrekking tot de geldigheid van overeenkomsten.

koop beheerst wordt door de CISG. Onder dit regime geldt vormvrijheid, zie art. 11 CISG.

#### 3.3.2 Dwaling

Een beroep op dwaling (art. 6:228 BW) en, indien met succes bekrond, de daarop volgende vernietiging kan buiten het Verdrag vallen, maar in vele gevallen zal dat niet zo zijn. Men denke aan de volgende situaties: tijdens de besprekingen die aan de sluiting van de overeenkomst voorafgaan, verklaart de verkoper volkomen te goeder trouw dat de te verkopen machine geschikt is voor de produktie van zaken met specifieke eigenschappen, waar het de koper om te doen is. Dit blijkt achteraf niet het geval te zijn; of de koper laat aan de verkoper weten dat hij geïnteresseerd is in dergelijke machines, waarop de verkoper niet reageert terwijl hij weet dat de machines die hij verkoopt die specifieke zaken niet kunnen produceren. In beide gevallen kan volgens de maatstaven van Nederlands recht de koper de overeenkomst op grond van dwaling vernietigen, zie lid 1 onder a) en b) van art. 6:228 BW. Dezelfde feiten leveren naar Nederlands recht echter eveneens wanprestatie op, met de mogelijkheid de koop te ontbinden met eventueel een vordering tot schadevergoeding.<sup>15)</sup> Bij deze kwalificatie van de feiten bevinden wij ons evenwel weer op het terrein van de CISG en in het bijzonder van art. 35 CISG betreffende de conformiteit in verband met art. 8 CISG over de uitleg van verklaringen en gedragingen waardoor de genoemde eigenschappen zijn gaan behoren tot de inhoud van de overeenkomst. Moet of mag men nu in deze gevallen de nationale interne bepalingen en maatstaven met betrekking tot dwaling volgen en de CISG buiten toepassing laten? Deze vraag is van bijzonder belang indien de nationale maatstaven voor dwaling en de daarop gebaseerde vernietiging lichter zijn dan die van ontbinding volgens art. 49 CISG (wezenlijke tekortkoming). Het antwoord hierop moet ontkennend luiden: niet van belang is de juridische kwalificatie van de feiten (dwaling of wanprestatie) maar de vraag of de CISG regels geeft voor situaties als hierboven beschreven. Dat is hier het geval. Dit betekent in concreto dat de koper zich niet kan beroepen op dwaling en vernietiging volgens art. 6:228 BW lid 1 onder a) en b) (gesteld dat Nederlands recht het overigens toepasselijke recht is), en dat de koper zich uitsluitend kan beroepen op wanprestatie gebaseerd op de levering van zaken die niet aan de overeenkomst beantwoorden als bedoeld in art. 35 lid 1 en lid 2 onder b) CISG, met de rechtsmiddelen als opgesomd in art. 45 e.v. CISG.

Alleen indien we te doen hebben met wederzijdse dwaling (art. 6:228 lid 1 onder c)) blijft een beroep op dwaling naar interne maatstaven open, aangezien de CISG die situatie niet regelt. Maar ook dit kan mogelijk weer anders liggen wanneer beide partijen te goeder trouw ervan uitgaan dat de zaken geschikt zijn voor doeleinden waarvoor deze zaken gewoonlijk gebruikt worden en dat niet het geval blijkt te zijn. Deze situatie valt immers onder art. 35 lid 2 onder a) CISG als een geval van levering van niet-conforme zaken. Hier ligt wel een probleem op de loer. De genoemde CISG bepaling bestempelt deze zaken weliswaar tot niet-conforme zaken maar ziet niet, evenmin als enige andere CISG bepaling, op het aspect van wederzijdse dwaling en de goede trouw van beide partijen in dit verband. Ik zou er daarom moeite mee hebben om aan de levering van deze niet-conforme zaken het rechtsmiddel van nakoming, herstel of schadevergoeding te verbinden. Mijn inziens moet het blijven bij ontbinding (zonder schadevergoeding) mits de niet-conformiteit wezenlijk is in de zin van art. 49

<sup>15)</sup> Zie voor de samenloop van dwaling en wanprestatie Asser-Hartkamp, Verbintenissenrecht Deel II (1993), nr. 197.

j. art. 25 CISG, of vernietiging op grond van dwaling ex art. 6:228 BW lid 1 onder c) met als maatstaf dat de omstandigheid terzake waarvan gedwaald werd wezenlijk is in de zin van de CISG.

### 3.3.3 Toetsing en uitleg van algemene voorwaarden en individuele contractuele bepalingen

Aparte vermelding verdient de toetsing van algemene voorwaarden en individuele contractuele bepalingen. Ook dit geschiedt aan de hand van het toepasselijke nationale recht, niet volgens enige bepaling van de CISG. Daarbij maakt het niet uit tot welke sanctie deze toetsing leidt: nietigheid, vernietigbaarheid of het buiten toepassing blijven van een bepaalde clausule. Intussen dient wel bedacht te worden dat, op grond van art. 6:247(2) BW, Afdeling 3 Titel 5 van Boek 6 (algemene voorwaarden) niet van toepassing is in een internationaal geval zodat vernietiging ex art. 6:233 BW niet mogelijk is. Wat overblijft is de toetsing aan de open norm van redelijkheid en billijkheid van art. 6:248(2) BW. Wel zou ik menen dat gelet op het grote belang van zekerheid en duidelijkheid in internationale gevallen de toetsing aan deze norm met een nog grotere terughoudendheid dient plaats te vinden dan in interne situaties.<sup>16)</sup>

De uitleg van algemene voorwaarden, evenals trouwens van individuele clausules, geschiedt daarentegen weer wel naar de maatstaven van de CISG, zie daarvoor art. 8 CISG. Daarin herkennen wij de ons vertrouwde Haviltex formule. In dit verband bestaat nog een andere opvallende gelijkenis. In Nederland is de Haviltex formule ontstaan naar aanleiding van de uitleg van een contractuele clausule,<sup>17)</sup> om vervolgens terecht te komen in de zeer algemene afdeling over rechtshandelingen, art. 3:35 BW. Maar zij blijft evenzeer van belang voor de uitleg van contractuele bepalingen.<sup>18)</sup> En zo is het ook in de CISG waar een Haviltex formule is opgenomen in art. 8 bij de algemene bepalingen en waar, naar wordt aangenomen, de formule ook toegepast dient te worden op de uitleg van contractuele clausules.<sup>19)</sup>

Overigens zal het wel zo zijn dat, waar een rechter iets wil schaven aan een bepaalde clausule ten gunste van één der partijen, de grenzen tussen toetsing naar intern recht aan de redelijkheid en billijkheid met het buiten toepassing laten als mogelijk resultaat, en uitleg van die clausule naar uniform recht kunnen vervagen.

Intussen moet mij nog een algemene opmerking van het hart. Bij het lezen van art. 3:35 BW en nog meer van art. 8 CISG, waar het gaat om 'verklaringen of gedragingen', waaraan ik voor art. 3:35 BW toevoeg 'afkomstig van de ene partij en gericht aan de andere partij', vergt het mij een aanzienlijke inspanning om te aanvaarden dat deze bepalingen ook zien op de uitleg van clausules in een door beide partijen ondertekend schriftelijk contract. Dit geldt met name indien partijen over het contract hebben onderhandeld. In clausules bij een dergelijk contract kan ik met geen mogelijkheid verklaringen of gedragingen van de één gericht aan de ander ontwaren. Lid 3 van art. 8 CISG lijkt met deze situatie rekening te houden door in verband met de uitleg te refereren aan alle omstandigheden van het geval, waaronder de onderhandelingen, eventuele handelwijzen die tussen partijen gebruikelijk zijn en latere gedragingen van partijen. Ook met behulp 'van de redelijkheid en het gezond verstand' kunnen al naar

<sup>16)</sup> Zie hierover ook nr. 3.5.1.

<sup>17)</sup> HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635.

<sup>18)</sup> Asser-Hartkamp, 4-II, nr. 279 e.v.

<sup>19)</sup> Zie Bianca/Bonell, ad art. 8 CISG, Honnold no. 105, Staudinger/Magnus, Rdn. 7. Opmerkelijk zwijgzaam op dit punt is von Caemmerer/Schlechtriem.

gelang de omstandigheden van het geval ook nog andere voor de uitleg geldende principes worden geformuleerd.<sup>20)</sup>

### 3.4 Goederenrechtelijke aspecten

Blijkens art. 4 onder b) CISG ziet het Verdrag niet op de gevolgen die de overeenkomst kan hebben voor de eigendom van de verkochte zaken. Deze uitsluiting dient ruim gelezen te worden in die zin dat zij betrekking heeft op alle goederenrechtelijke aspecten, en dat niet alleen tussen verkoper en koper maar ook in de relatie tot derden.

Wat betreft de verhouding tussen de partijen bij de koop gaat het, bijvoorbeeld, om de vereisten voor overdracht, de wijze van levering, kwesties omtrent een causaal dan wel abstract stelsel en het eigendomsvoorbehoud. Ook de vraag of de verkoper een recht van reclame toekomt en of in geval van ontbinding de eigendom automatisch terugspringt naar de verkoper of dat daartoe een teruglevering vereist is, dient naar het toepasselijke nationale recht beantwoord te worden. Hetzelfde geldt voor een eventueel verkopersprivilege.

Ook derden kunnen te maken krijgen met de goederenrechtelijke aspecten van een koop. Men denke, bijvoorbeeld, aan het geval dat een crediteur van de verkoper of koper beslag legt op de verkochte zaak en waarbij het dan van belang is vast te stellen of ten tijde van het beslag de eigendom reeds is overgegaan of juist niet. Voorts is er de kwestie van derdenbescherming indien de eerste of een opvolgende koper de zaak verkreeg van een niet beschikkingsbevoegde, bijvoorbeeld wegens eigendomsvoorbehoud, of wanneer de zaak belast was met een pandrecht.

### 3.5 'Gap filling' volgens de algemene beginselen van het Verdrag of naar intern recht, art. 7(2) CISG

#### 3.5.1 Algemeen

Zoals bij ieder stuk wetgeving kan ook de CISG niet voorzien in allerlei zeer specifieke kwesties die nu en in de toekomst in concrete gevallen kunnen rijzen. Hoe dienen die vragen dan te worden opgelost voorzover partijen niet zelf een regeling voor die kwestie getroffen hebben en ook geen relevante gebruiken bestaan. Art. 7 lid 2 CISG geeft daartoe de volgende vuistregel: 'Vragen betreffende de door dit Verdrag geregelde onderwerpen, die hierin niet uitdrukkelijk zijn beslist, worden opgelost aan de hand van de algemene beginselen waarop dit Verdrag berust, of bij ontstentenis van zodanige beginselen, in overeenstemming met het krachtens de regels van internationaal privaatrecht toepasselijke recht'. Deze bepaling noopt ons er toe allereerst te trachten een rechtsuniforme oplossing vanuit het Verdrag te vinden teneinde een te snel teruggrijpen op nationaal recht en daardoor rechtsverscheidenheid te vermijden. Het systeem hierbij is als volgt.

– Allereerst zal moeten worden vastgesteld of de betreffende kwestie in zijn algemeenheid onder het Verdrag valt. Dit is, bijvoorbeeld, niet het geval voor vragen met betrekking tot onderwerpen die in de artikelen 2 tot en met 5 worden uitgesloten en die onmiddellijk aan het toepasselijke nationale recht zijn onderworpen. Ook vele andere onderwerpen worden in het Verdrag niet geregeld, waarbij met name te denken is aan onderwerpen die niet specifiek voor de koop zijn maar een meer algemeen karakter

<sup>20)</sup> Aldus terecht Asser-Hartkamp, 4-II, nr. 287.

hebben. Toch worden vele aspecten met een algemeen karakter duidelijk wel door de CISG bestreken, in het bijzonder de totstandkoming van de (koop)overeenkomst, ontbinding en schadevergoeding. Daartussenin ligt een groot grijs gebied waar het dikwijls moeilijk valt uit te maken of de betreffende kwestie nu wel of niet in zijn algemeenheid in het Verdrag geregeld wordt. Waar trekt men de grenzen? Het zou wel eens kunnen zijn dat naar mate men een grotere geneigdheid heeft te oordelen dat de kwestie in zijn algemeenheid wél door het Verdrag geregeld wordt, men de problemen voor zich uit schuift en deze in volle omvang in een later stadium opduiken, namelijk wanneer men voor de taak staat uit eventuele algemene beginselen van het Verdrag specifieke regels te distilleren.

– Indien de conclusie is dat de kwestie weliswaar niet expliciet doch wel in zijn algemeenheid binnen het toepassingsgebied van het Verdrag valt, dan zal men behoren te onderzoeken of in het Verdrag impliciet algemene beginselen besloten liggen die relevant zijn voor de beantwoording van niet expliciet in het Verdrag geregelde kwesties. Het bestaan van zulke algemene principes wordt in het algemeen afgeleid uit de aanwezigheid in het Verdrag van een reeks bepalingen die een concrete uitwerking geacht worden te zijn van een daaraan ten grondslag liggend algemeen beginsel.<sup>21)</sup> In dit verband worden wel genoemd het principe dat de ene partij mag vertrouwen op mededelingen van de andere partij en dat zulke mededelingen mede de inhoud van de overeenkomst kunnen bepalen; het beginsel dat men de andere partij dient te informeren omtrent voor die partij van belang zijnde feiten en omstandigheden; het beginsel dat men schade zoveel mogelijk dient te beperken; het beginsel dat men binnen het redelijke de andere partij ter wille behoort te zijn bij de uitvoering door die partij van zijn contractuele verplichtingen. Zo een algemeen beginsel is ook de goede trouw. Daarvan wordt algemeen aangenomen dat het niet slechts betrekking heeft op de uitleg van de bepalingen van de CISG zelf, zoals de tekst van lid 1 van art. 7 stelt, maar een verderstrekkende betekenis heeft, te meer daar talrijke CISG bepalingen expliciet refereren aan de redelijkheid.<sup>22)</sup> Deze vaststelling is van belang omdat het onderstreept dat de werking en het effect van het beginsel der goede trouw, of in de Nederlandse terminologie de ‘redelijkheid en billijkheid’, niet vastgesteld behoort te worden volgens nationale interne, doch volgens transnationale normen. Dit zou een geruststelling moeten zijn voor vele buitenlandse en met name Common Law landen die, terecht of niet terecht, met argwaan en vreze aankijken tegen de al of niet slechts ogenschijnlijk indringende rol die de redelijkheid en billijkheid (en met name dit laatste) in het Nederlandse recht speelt. Dit gezegd hebbende, ga ik er van uit dat bij de toepassing van het beginsel der goede trouw onder meer rekening wordt gehouden met het internationale karakter van de overeenkomst en het daaruit voortvloeiende bijzondere belang van zekerheid, de aard en het type van de koopovereenkomst, de branche en hetgeen in de betreffende branche als redelijk wordt ervaren, de hoedanigheid van partijen en de al of niet gedetailleerdheid van het contract. Ik kan echter niet nalaten op te merken dat m.i. met de bijl van de goede trouw uiterst behoedzaam omgesprongen dient te worden. Het is ook niet voor niets dat bij de beraadslagingen geen overeenstemming bereikt kon worden omtrent het opnemen van een algemene goede trouw bepaling, en dat men is uitgekomen op het compromis van lid 1 van art. 7.

– Is het bestaan van een relevant algemeen beginsel vastgesteld, dan is de volgende

<sup>21)</sup> Honnold, no. 99-102 ad art. 7 CISG, von Caemmerer/Schlechtriem, Rdn. 29 ad art. 7, Bianca/Bonell, no. 2.3.2.2 ad art. 7.

<sup>22)</sup> Zie Honnold, no. 94 e.v. ad art. 7, von Caemmerer/Schlechtriem, Rdn. 15-18, 33-37 ad art. 7, Bianca/Bonell, no. 1.5-1.7, 2.4.1-2.4.2, Schlechtriem, p. 39. Staudinger/Magnus, Rdn. 24-29, is terughoudender.

stap of daaruit een specifieke regel gedistilleerd kan worden die in staat is een oplossing te geven voor het concrete probleem. Ik verwacht dat dit stadium de grootste problemen oplevert met de grootste kans van mislukking.

— Indien de conclusie is dat een relevant algemeen beginsel ontbreekt of indien daaruit geen concrete, specifieke regels kunnen worden afgeleid die de vraag vermogen op te lossen (beide stappen vloeien overigens in elkaar over, zo zij al niet in feite op hetzelfde neerkomen), dan dient en mag de kwestie opgelost worden aan de hand van nationaal intern recht. Welk nationaal recht dat is volgt uit het internationaal privaatrecht van het forum.

Zoals steeds en zoals ook hierboven reeds bleek, is het opschrijven van een keurig en overzichtelijk systeem heel wat eenvoudiger dan het toepassen daarvan. Voortdurend is er de kwellende vraag waar men bij het proces van ‘gap filling’ de grenzen mag of moeten leggen, voor welke conclusie dan ook nog wel een concrete of juist een te speculatieve basis in het Verdrag te vinden is, en of de bovengenoemde stappen inderdaad wel steeds scherp onderscheiden kunnen worden. In deze staat van twijfel geef ik mij dan ook over aan ....

### 3.5.2 Enige overpeinzingen

Het zoeken en vinden van andere algemene beginselen in de CISG dan die welke hierboven genoemd zijn, zal geen eenvoudig proces zijn. En indien gevonden, dan zal het veelal nog moeilijker zijn om met nog enig fatsoen te kunnen concluderen dat daaruit concrete, specifieke regels af te leiden zijn die het geschil vermogen op te lossen. Ik spreek daarom maar uit wat ik heimelijk denk: het zal dikwijls een kwestie zijn van koffiedik kijken. Common Law juristen zullen zich van nog wel krassere taal bedienen.

Meer in het algemeen moet ik vrezen ik dat de beantwoording van de vraag of een bepaald onderwerp wel of niet in zijn algemeenheid onder het Verdrag valt, of er relevante algemene beginselen zijn te onderscheiden en of daaruit iets concreets gedistilleerd kan worden een speculatief karakter heeft waarbij vele wegen ingeslagen kunnen worden die lang niet alle naar Wenen leiden (maar wel, naar ik vermoed, veelal naar het thuisland). Illustratief in dit verband zijn twee beslissingen met betrekking tot de LUVI/EKW op het punt van verrekening. In het ene geval werd overwogen dat het niet een in de LUVI/EKW geregeld onderwerp betreft zodat de beantwoording niet hoeft te berusten op de algemene beginselen daarvan (welke dat ook in concreto moge zijn, zo voeg ik hier aan toe), doch op het toepasselijke interne (Nederlandse) recht.<sup>23)</sup> In het andere geval werd wel aansluiting bij die beginselen gezocht en gevonden. Dat beginsel bleek te zijn de redelijkheid, op grond waarvan werd beslist dat verrekening was toegestaan.<sup>24)</sup> Een overeenkomstige verscheidenheid valt waar te nemen in twee beslissingen omtrent de toerekening van betaling door de koper bij meerdere openstaande facturen.<sup>25)</sup>

Steeds gaat het om de vraag of het probleem opgelost mag worden aan de hand van een in de regel duidelijke en gemakkelijk toepasbare bepaling van nationaal recht of dat zulks behoort te geschieden aan de hand van veelal moeizaam te ontwaren algemene beginselen van het uniforme recht en de daaruit even moeizaam te distilleren

<sup>23)</sup> Rb. Arnhem 19 december 1991, NIPR 1992, 107.

<sup>24)</sup> Rb. Assen 24 november 1987, NIPR 1988, 153.

<sup>25)</sup> Hof Amsterdam, 4 november 1982, NIPR 1983, 215 (via algemene beginselen), Hof 's-Gravenhage 5 juni 1985, NJ 1987, 190 (niet via de algemene beginselen van de LUVI/EKW, doch volgens nationaal recht).

uniforme specifieke regel. Deze laatste zin teruglezend, valt mij een onmiskenbare geleurdheid op die ik noch wil ontveinzen noch wil afvlakken. Ik meen dit ook niet te hoeven doen ofschoon, of liever gezegd juist omdat ik mijzelf beschouw als uniform-rechtelijk en transnationaal georiënteerd en daarom als onverdachte bron mag worden aangemerkt, maar wel met oog voor de realiteit. Hoe dan ook, ik vermoed dat de rechtspraktijk, waaronder ook met name rechterlijke colleges in eerste instantie, een voorkeur aan de dag zal leggen voor de eerstgenoemde weg, terwijl andere groeperingen waarschijnlijk de geneigdheid zullen hebben de tweede weg tot het einde te bewandelen.<sup>26)</sup>

Uit het voorgaande kan worden afgeleid dat ik er geen overwegende bezwaren tegen heb wanneer, na enige weinig opleverende eerste verkenningen, de weg naar nationaal intern recht wordt ingeslagen. Als correctief hierop zou ik wel willen aanbevelen dat binnen het redelijke nagegaan wordt of de toe te passen nationale regel in de pas loopt met de overeenkomstige nationale regels van (enige) andere landen. Door deze rechtsvergelijkende methode wordt in ieder geval een zekere mate van uniformiteit gewaarborgd, ook al liggen de wortels daarvan niet in het Verdrag maar in het nationale recht van (enige) staten. Het voordeel van deze weg lijkt mij in ieder geval te zijn dat de specifieke kwestie aan traceerbaar en 'hard' recht wordt ontleend. Als correctief op het teruggrijpen naar nationaal recht, of wellicht reeds in een eerder stadium, zou ook, binnen het redelijke, onderzocht kunnen worden hoe andere landen met het probleem van gap filling met betrekking tot een specifieke, niet expliciet geregelde kwestie zijn omgegaan.<sup>27)</sup> Een andere controletechniek zou kunnen zijn het vergelijken van de Nederlands interne bepaling met de overeenkomstige bepaling, zo die er is, in de UNIDROIT Principles for International Contracts en de Principles of European Contract Law.<sup>28)</sup>

Bij deze wat sombere overpeinzingen mag niet onvermeld blijven dat het ook wel eens anders kan zijn. Ik doel op het geval waar het ging om de vraag vanaf welke tijdstip rente verschuldigd is bij te late betaling door de koper. In een fraai arrest van 13 september 1991, NJ 1992, 110, overwoog de Hoge Raad met betrekking tot de LUVI dat, gelet op de artikelen 60, 63 lid 2, 82 en 83 in onderling verband beschouwd, zulks het geval is vanaf de vervaldatum zonder dat daartoe een ingebrekestelling of renteaanzegging vereist is. Een ingebrekestelling met een aanzegging van een termijn waarbinnen alsnog nagekomen dient te worden is onder de LUVI, evenmin als onder de CISG, immers een voorwaarde voor het uitoefenen van rechtsmiddelen.<sup>29)</sup>

### 3.5.3 Analoge en extensieve interpretatie van Verdragsbepalingen. Betekenis van zwijgen

Bij alle problemen waartoe art. 7 lid 2 aanleiding kan geven dient er voorts nog op gewezen te worden dat ook de grenzen tussen dat lid 2 (gap filling) en lid 1 (uitleg van Verdragsbepalingen) wel eens kunnen komen te vervagen. Het kan voorkomen dat

<sup>26)</sup> Een voorbeeld hiervan is Diedrich, Lückenfüllung im Internationalen Einheitsrecht, RIW 1995, p. 353-363. Ik moet bekennen dat de abstraktheid van deze diepgaande studie op mij een beslist averchts effect had.

<sup>27)</sup> De software programma's 'Unilex' en 'Clout' (Case Law on UNCITRAL-Texts, ook op schrift beschikbaar) zouden hiertoe gebruikt kunnen worden. Ofschoon beide programma's in hun algemeen een zeer nuttige functie vervullen, is het probleem met betrekking tot gap filling evenwel dat zij zijn afgestemd op de CISG bepalingen en wel geregelde onderwerpen.

<sup>28)</sup> De teksten zijn opgenomen in 'Towards a European Civil Code', Hartkamp e.a. editors, 1994.

<sup>29)</sup> Behoudens bij ontbinding door de koper in het geval van niet-levering, zie art. 49(1) sub b) CISG. Zie ook de tekst bij noot 32.

een bepaald geval of een bepaalde vraag niet uitdrukkelijk door het Verdrag wordt beslist, maar dat het Verdrag wel een bepaling kent die een verwante kwestie regelt. De vraag die men zich dan kan stellen is of die bewuste bepaling zich leent voor analoge of extensieve toepassing op het niet expliciet in die bepaling geregelde geval. Een voorbeeld hiervan zou kunnen zijn de figuur van 'hardship' (imprévision, onvoorziene omstandigheden) in relatie tot de 'bevrijdende omstandigheden' (overmacht) van art. 79 CISG. De vraag is dan of dit laatstgenoemde begrip mede 'hardship' omvat, zie nader nr. 6.4. Waar mogelijk verdient deze methode de voorkeur omdat zij meer vastigheid geeft en een zoektocht naar algemene beginselen kan worden vermeden. Deze suggestie mag echter niet opgevat worden als een uitnodiging tot een stelselmatig analoge of extensieve uitleg van de Verdragsbepalingen.

Hiermee kom ik bij een tweede aspect dat werkt in een richting tegenovergesteld aan die van de zojuist genoemde analoge en extensieve interpretatie. Het kan zeer wel zijn dat het zwijgen van het Verdrag met betrekking tot een in het nationale recht bestaande regel of het niet-regelen van een specifiek geval betekent dat het Verdrag die regel niet kent of aan dat geval geen rechtsgevolgen verbindt. Een sprekend voorbeeld hiervan is de hierboven reeds genoemde figuur van ingebrekestelling en verzuim. Het Verdrag kent deze begrippen niet, maar dit betekent allerminst dat hier sprake is van een leemte die opgevuld mag worden door nationaal (Nederlands) recht. Integendeel, voor het instellen van de rechtsmiddelen van ontbinding en schadevergoeding is in het algemeen geen ingebrekestelling en verzuim vereist. Ook het zwijgen van het Verdrag met betrekking tot 'hardship' zou opgevat kunnen worden als een aanwijzing dat onder de CISG daaraan geen rechtsgevolgen worden verbonden, zie nr. 6.4.

### 3.6 Wat blijft wel en wat blijft niet over van Boek 6 BW ?

Na deze overpeinzingen is er reden eens na te gaan welke gedeelten van Boek 6 BW geheel door het Verdrag ter zijde worden gesteld en welke specifieke bepalingen van Boek 6 mogelijk een rol als gap filler kunnen blijven vervullen. Hierbij ga ik er van uit dat het Nederlandse recht het overigens toepasselijke recht is. Boek 6 BW telt 279 bepalingen. Het is voor mij niet doenlijk van al deze bepalingen na te gaan of zij niet of wel betrekking hebben op onderwerpen die in hun algemeenheid door de CISG bestreken zijn zodat, als uitgangspunt, naar een oplossing via de algemene beginselen van de CISG gezocht behoort te worden, en niet via Boek 6. Ik volsta daarom met een globaal overzicht met een minimum aan commentaar. Voorzover de conclusie luidt dat de desbetreffende bepalingen van Boek 6 wel van toepassing blijven, wil dit natuurlijk niet zeggen dat die conclusie steeds voor ieder geval relevant is.

#### Titel 1

– Afdeling 1 (Algemene bepaling). Deze blijft van toepassing. Over de inwerking van de redelijkheid en billijkheid van art. 6:2 en overigens ook van art. 6:248 is hierboven in nr. 3.5.1 reeds iets gezegd.

– Afdeling 2 en 3 (Pluraliteit van schuldenaren en schuldeisers). Pluraliteit wordt in het geheel niet geregeld in het Verdrag zodat deze Afdelingen van toepassing blijven.

– Afdeling 4 (Alternatieve verbintenissen). Deze blijft van toepassing, althans er lijkt geen algemeen beginsel in de CISG te zijn waaruit zou volgen dat de schuldenaar niet de keuzebevoegdheid, als vermeld in art. 6:17 lid 2, toekomt.

– Afdeling 5 (Voorwaardelijke verbintenissen). Deze blijft in zijn algemeenheid van toepassing. Wat betreft de ongedaanmakingsverplichting van art. 6:24/25 na de vervulling van een ontbindende voorwaarde, kan echter gesteld worden dat de soortge-



lijke bepalingen van art. 81(2) en 84 CISG (gevolgen van de ontbinding) toegepast dienen te worden.

– Afdeling 6 (Nakoming van verbintenissen). Uitgangspunt dient hier te zijn dat de bepalingen van deze Afdeling vervangen zijn door de bepalingen van de CISG. Dit geldt in het bijzonder voor art. 39-41 (tijdstip voor betaling en aflevering) en art. 6:27-30 (aflevering). Doch ook hier is twijfel mogelijk. Bijvoorbeeld, de CISG bevat geen expliciete regel voor de vraag of de verkoper in gedeelten mag afleveren en of hij de levering mag doen geschieden door een andere leverancier, terwijl een relevant algemeen beginsel van de CISG waaruit een concreet antwoord valt af te leiden, niet lijkt te bestaan. Hetzelfde geldt voor art. 6:40 met betrekking tot gevallen waarin de schuldenaar zich niet meer op een tijdsbepaling mag beroepen. In ieder geval bestaan er geen aanwijzingen dat de CISG noopt tot regels die anders luiden dan die van de genoemde Nederlandse bepalingen.

Art. 6:31-37 (betaling aan een door derden, etc.), art. 6:43-44 (toerekening van betaling)<sup>30)</sup> en art. 6:46-51 (specifieke kwesties rondom betaling) betreffen aspecten die niet door de CISG worden geregeld, terwijl de Nederlandse bepalingen in ieder geval niet strijdig zijn met de CISG, algemene beginselen of specifieke bepalingen daarvan.

– Afdeling 7 (Opschortingsrechten). Deze Afdeling is in zijn geheel vervangen door de CISG, zie art. 71 CISG. Hetzelfde geldt voor de *exceptio non adimpleti contractus* van art. 6:262 en de onzekerheidsceptie van art. 6:263 in Afdeling 5 BW. Een opschortingsrecht onder de CISG kan ook gelezen worden in art. 58 CISG. Daarin ligt besloten het principe dat de koper niet hoeft te betalen totdat de verkoper de zaken of documenten afgeeft en dat de verkoper niet hoeft af te leveren indien de koper niet betaalt.<sup>31)</sup> Deze regel geldt echter alleen indien partijen niet anders overeengekomen zijn en dat zal veelal het geval zijn, zoals, bijvoorbeeld, indien de verkoper krediet verstrekt (betaling binnen 8, 30, 60 of 90 dagen) of indien de koper een documentair krediet moet doen stellen, hetgeen dient te geschieden voordat de verkoper de overeenkomst uitvoert. Waar de tijdstippen van aflevering en betaling niet samen vallen, blijft een beroep op de opschorting ex art. 71 CISG evenwel in tact.

– Afdeling 8 (Schuldeisersverzuim). Deze Afdeling is niet van toepassing nu de CISG de figuur van schuldeisersverzuim niet kent, ofschoon deze verscholen in art. 80 CISG bij de bevrijdende omstandigheden toch weer, zij het in een beperkte betekenis, opduikt.

– Afdeling 9 (Gevolgen van niet nakoming). In het algemeen is deze Afdeling vervangen door de CISG. Dit geldt in het bijzonder voor paragraaf 1 (algemene bepalingen) met betrekking tot de verplichting tot schadevergoeding (zie art. 74-77 CISG) en de betekenis en gevolgen van overmacht (zie art. 79 CISG). Hetzelfde geldt voor paragraaf 2 (verzuim van de schuldenaar na ingebrekestelling en het verloop van een aanvullende termijn ('Nachfrist') voor nakoming) nu de CISG die figuur niet kent en ook niet wil kennen, zodat van een terugrijpen naar intern recht bij wijze van gap filling geen sprake kan zijn. Art. 45 CISG bepaalt immers dat de koper de in die bepaling genoemde rechtsmiddelen kan uitoefenen bij het enkele tekortschieten door de verkoper. Dat de koper de verkoper ex art. 47 CISG een aanvullende termijn kan stellen doet hier niet aan af.<sup>32)</sup> Wel zal de koper binnen een redelijke termijn de verkoper dienen te informeren omtrent zijn klachten, zie art. 39 CISG. Voor de verkoper bevat art. 61 CISG een bepaling die overeenkomt met art. 45 CISG.

Anders ligt het met het boetebeding als bedoeld in art. 6:91 van paragraaf 4 van Afdeling 9. Hierover bevat de CISG geen regeling. De reden is dat over de geldigheid,

de gevolgen en een eventuele rechterlijke matiging van het boetebeding zeer verschillend gedacht wordt. In Common Law landen wordt een dergelijk contractueel overeengekomen rechtsmiddel in het algemeen niet geldig geacht, terwijl naar Frans en Nederlands recht een boetebeding wel geldig is (zij het met de mogelijkheid van matiging door de rechter) en het Duitse recht een tussenpositie inneemt. Reeds hieruit kan afgeleid worden dat een algemeen beginsel in de CISG dat een oplossing naderbij kan brengen, ontbreekt.<sup>33)</sup> In ieder geval blijkt uit het arsenaal van wel in de CISG gegeven rechtsmiddelen, zoals met name het recht op schadevergoeding en het recht op nakoming, niet dat de CISG zich principieel verzet tegen de figuur van het boetebeding. Zo'n beding kan immers zowel de functie van het fixeren van de schadevergoeding vervullen als een middel zijn om nakoming feitelijk af te dwingen. De conclusie zal derhalve dienen te zijn dat de geldigheid en gevolgen van een boetebeding beoordeeld dienen te worden naar nationaal recht.<sup>34)</sup>

– Afdeling 10 (Wettelijke plicht tot schadevergoeding). Schadevergoeding wordt geregeld in Afdeling II van Hoofdstuk V CISG (art. 74-77) en deze bepalingen stellen die van Afdeling 10 ter zijde.

– Afdeling 11 (Verbintenissen tot betaling van een geldsom). Voor de verplichting tot betaling van een geldsom, in het bijzonder de koopprijs, geldt als uitgangspunt dat de regeling van de CISG, art. 53-59, van toepassing is en niet die van Afdeling 11. Dit geldt in het bijzonder voor de regel met betrekking tot de plaats van betaling, art. 57 CISG, welke regel in het bijzonder van belang is voor internationale jurisdictie.<sup>35)</sup> Ondanks het genoemde uitgangspunt blijven diverse bepalingen van Afdeling 11 van belang. Over betaling van het nominale bedrag (vgl. art. 6:111 BW), betaling in gangbaar geld (vgl. art. 6:113 BW) en de mogelijkheid van girale betaling (vgl. art. 6:114) zegt de CISG niets omdat, naar ik moet aannemen, de regels daaromtrent en zoals die bij ons uitdrukking hebben gevonden in de geciteerde artikelen van het BW, van universele gelding en vanzelfsprekend zijn. Om deze redenen kunnen de BW bepalingen dan ook worden toegepast.

Moeilijker te beantwoorden is de vraag of de koper de bevoegdheid heeft in locale valuta te betalen in plaats van een andere, in de overeenkomst genoemde valuta, zie art. 6:121 BW e.v. Dit is in de eerste plaats een kwestie van uitleg van de overeenkomst. Zo kan het zijn dat partijen betaling 'effectief' overeengekomen zijn, in welk geval die bevoegdheid in ieder geval niet bestaat (vgl. art. 6:121(2) BW). Het kan echter ook gebeuren dat een gebruik in een bepaalde branche de koper toestaat in een aantal gangbare valuta af te rekenen. Maar hoe te oordelen indien dergelijke aanknopingspunten ontbreken en nu vastgesteld moet worden dat de CISG omtrent het al of niet bestaan van een dergelijke keuzebevoegdheid aan de zijde van de koper geen specifieke regel bevat? Blijkens de Verdragshistorie zijn bepalingen omtrent valuta in het algemeen zelfs doelbewust achterwege gelaten omdat hierover verschillend wordt gedacht en hier publiekrechtelijke aspecten in het geding kunnen zijn alsmede wegens de complexiteit van deze kwestie.<sup>36)</sup> Volgens sommige bronnen mag in het genoemde geval teruggegrepen worden naar nationaal recht.<sup>37)</sup> Volgens andere bronnen is zulks niet toegestaan, met het gevolg dat de keuzebevoegdheid aan de zijde van de koper

<sup>33)</sup> Vgl. van der Velden, p. 364.

<sup>34)</sup> Ook van der Velden, p. 421, en von Caemmerer/Schlechtriem, Rdn. 16/55 ad art. 79 CISG en Rdn. 5 ad art. 4 CISG, gaan hier kennelijk van uit.

<sup>35)</sup> Men denke aan art. 5(1) van het EEX Verdrag op grond waarvan de verkoper de koper kan dagvaarden voor het gerecht van de plaats waar de koper diende te betalen.

<sup>36)</sup> Zie Honnold's Doc. History, p. 583/584, 692 ad art. 54.

<sup>37)</sup> Von Caemmerer/Schlechtriem, Rdn. 9 ad art. 54 CISG, onder verwijzing naar andere schrijvers en rechtspraak onder het regime van de LUVI. Zie ook Hof 's-Gravenhage 4 oktober 1985, NIPR 1986, 296.

<sup>30)</sup> Zie ook de rechtspraak vermeld in noot 17.

<sup>31)</sup> Vgl. Honnold, no. 335 ad art. 58 CISG, Bianca/Bonell, no. 2.1 ad art. 58 CISG.

<sup>32)</sup> Zie ook noot 29.

niet bestaat.<sup>38)</sup> Dit laatstgenoemde standpunt acht ik juist. Betaling en daarmee ook de vraag naar de valuta waarin betaald mag of moet worden, zijn in ieder geval onderwerpen die binnen het bereik van het Verdrag vallen, ook al is een expliciete regeling (doelbewust) achterwege gelaten. Daarom zal allereerst onderzocht moeten worden of een oplossing gevonden kan worden via in het Verdrag besloten liggende algemene beginselen of via andere specifieke Verdragsbepalingen. Een relevant algemeen beginsel zou kunnen zijn het primaat van partijafspraken boven het aanvullend recht van de CISG, zie art. 6 CISG en talloze andere CISG bepalingen die dit primaat nog eens onderstrepen ('....., tenzij anders is overeengekomen'). Hieruit mag m.i. de conclusie getrokken worden dat indien iets (de valuta) tussen partijen is overeengekomen, in het systeem van de CISG dat stuk van de overeenkomst ook prevaleert boven nationaal aanvullend recht. Hierbij dient bedacht te worden dat het toekennen van een keuzebevoegdheid, zoals in art. 6:121 BW, in weerwil van een overeengekomen valuta bepaald geen vanzelfsprekende zaak is. Dat wetsartikel lijkt niet zozeer te zijn een bepaling die aanvult waar partijen iets ongeregeld hebben gelaten als wel een bepaling die terzijde stelt wat partijen wel afgesproken hebben, ook al wordt dit vervolgens weer (enigszins) rechtgetrokken door art. 6:125 BW betreffende de vergoeding van geleden koersschade. Voorts is daar art. 53 CISG: 'De koper is verplicht de koopprijs te betalen ..... in overeenstemming met de eisen van de overeenkomst'. Deze bepaling lijkt toch boekdelen te spreken. Op grond van het voorgaande kom ik tot de conclusie dat de koper dient te betalen in de overeengekomen valuta en dat andersom de verkoper tegen de wil van de koper ook geen betaling in een andere, bijvoorbeeld locale valuta mag vorderen. Dit is slechts anders indien de koper niet in de overeengekomen valuta kan betalen, bijvoorbeeld wegens een gebrek aan buitenlandse deviezen of publiekrechtelijke beperkingen. Dan doet immers de situatie van bevrijdende omstandigheden als bedoeld in art. 79 CISG zich voor.<sup>39)</sup>

Art. 78 CISG bepaalt slechts dat rente bij te late betaling verschuldigd is doch vermeldt, anders dan art. 83 LUVI, niet een rentepercentage of een andere maatstaf voor de berekening van de rentevoet, hetgeen slechts van belang is indien partijen niet zelf een bepaald rentepercentage overeengekomen zijn. Bij gebreke hiervan is dit punt overgelaten aan het toepasselijke nationale recht.<sup>40)</sup> Indien dat Nederlands recht is, komt art. 6:120 BW betreffende de wettelijke rente in het beeld, maar niet meer dan dat. Niet van toepassing is het vereiste van verzuim als bedoeld in art. 6:119 BW en de beperking van de schadevergoeding tot de wettelijke rente, nu art. 78 CISG uitdrukkelijk een tegenovergestelde bepaling bevat: het recht op betaling van rente laat onverlet het recht op schadevergoeding overeenkomstig art. 74 CISG. Of samengestelde rente onder art. 78 CISG verschuldigd is, is niet duidelijk. Uit het feit dat volgens deze bepaling rente verschuldigd is over de prijs of een andere achterstallige termijn (dus zonder vermelding van rente over reeds vervallen rente), zou kunnen worden afgeleid dat dit niet het geval is.<sup>41)</sup> Bij deze benadering kent art. 78 CISG geen leemte die mag worden opgevuld door intern recht, zoals art. 6:119(2) BW. Ik zou in ieder geval menen dat er geen ruimte is voor samengestelde rente op basis van nationaal

<sup>38)</sup> Magnus, *Währungsfragen im Einheitlichen Kaufrecht*, RablZ 53 (1989), p. 116, 133, Bianca/Bonell, no. 3.1 ad art. 54 CISG.

<sup>39)</sup> Zie von Caemmerer/Schlechtriem, Rdn. 10 ad art. 54 CISG. Merkwaardigerwijs is een voorstel voor een expliciete bepaling ten gunste van de verkoper in genoemde situatie verworpen om redenen als in de tekst bij noot 36 vermeld.

<sup>40)</sup> Zie nader het preadvies van Ferrari.

<sup>41)</sup> Von Caemmerer/Schlechtriem, Rdn. 13 ad art. 78 CISG, en Honnold, no. 422 ad art. 78, zijn niet duidelijk in dit opzicht, terwijl Bianca/Bonell hierover zwijgt. Staudinger/Magnus, Rdn. 16, merkt op dat, indien Duits recht van toepassing is, rente op rente uitgesloten is, doch dit lijkt eerder een regel van Duits recht dan van de CISG te zijn.

recht, indien boven de rente tevens vergoeding wordt gevorderd van de werkelijke schade als gevolg van te late betaling.

– Afdeling 11 (Verrekening). De CISG heeft niet betrekking op verrekening zodat deze Afdeling in zijn geheel van toepassing blijft.<sup>42)</sup>

#### Titel 2

De onderwerpen van Titel 2, namelijk de gevolgen van overgang van vorderingen, subrogatie, schuld- en contractoverneming, afstand en vermenging, vallen buiten de CISG. Titel 2 blijft derhalve van toepassing.

#### Titel 3

Het Verdrag heeft uitsluitend betrekking op de contractuele verhouding tussen koper en verkoper, zie art. 4 CISG eerste zin, en niet op onrechtmatige daad. Voor wat betreft aansprakelijkheid voor dood en letsel bevat het Verdrag een expliciete uitsluiting, zie art. 5 CISG, welke zowel ziet op de relatie tot derden als tot de koper. Hiervan afgezien, is het toepasselijk blijven van Titel 3 niet of nauwelijks van belang wanneer partijen in een contractuele (koop)verhouding tot elkaar staan. Voorzover naar intern (Nederlands) recht de koper zijn vordering (mede) kan doen steunen op onrechtmatige daad, zal dit toch slechts mogelijk zijn binnen de grenzen die getrokken worden door hun overeenkomst. In dat verband blijft de CISG zijn werking behouden. Eventuele aansprakelijkheid wegens het afbreken van onderhandelingen met het oog op een koopovereenkomst valt eveneens buiten het toepassingsgebied van de CISG. Die kwestie blijft derhalve beheerst door het nationale recht, en zulks ongeacht de dogmatische grondslag van een dergelijke aansprakelijkheid.

#### Titel 4

Voorzover relevant in verband met een koopovereenkomst blijft deze Titel betreffende verbintenissen uit andere bron van toepassing.

#### Titel 5

– Afdeling 1 (Algemene bepalingen). Indien de CISG op de koopovereenkomst van toepassing is, zijn de in Afdeling 1 opgenomen algemene bepalingen niet meer van belang. Wat betreft de gemengde overeenkomsten als bedoeld in art. 6:215 BW, valt nog op te merken dat art. 3 CISG een eigen bepaling bevat met betrekking tot gemengde koopovereenkomsten ter beantwoording van de vraag of een dergelijke koop binnen of buiten de CISG valt.

– Afdeling 2 (Totstandkoming van overeenkomsten). Deze Afdeling is niet van toepassing nu Deel II van het Verdrag deze materie regelt. Hierbij is nog van belang te vermelden dat Deel II niet een bepaling kent als art. 6:225 lid 3, volgens welke in geval van kruisende algemene voorwaarden aan de tweede verwijzing geen werking toekomt, wanneer daarbij niet tevens de toepasselijkheid van de in de eerste verwijzing aangegeven algemene voorwaarden uitdrukkelijk van de hand wordt gewezen. Zie over de 'battle of forms' nader nr. 5.3.

Over dwaling als genoemd in art. 6:228 BW is hierboven in nr. 3.3.2 reeds iets gezegd.

– Afdeling 3 (Algemene voorwaarden). Hierover kan ik kort zijn. Deze Afdeling is niet van toepassing, niet omdat dit uit de CISG zou volgen, maar omdat art. 6:247 BW lid 2 zulks bepaalt voor het geval dat niet beide professionele partijen in Nederland zijn gevestigd. Andersom blijft deze Afdeling weer wel van toepassing bij de con-

<sup>42)</sup> Zie ook OLG Koblenz, 17 september 1993, RIW 1993, p. 934, 937.

sumentenkoop omdat deze van het toepassingsgebied van de CISG is uitgesloten, zie art. 2(a) CISG.

– Afdeling 4 (Rechtsgevolgen van overeenkomsten). In zijn algemeenheid is deze Afdeling niet van toepassing nu de rechtsgevolgen van de koop geregeld worden in Deel III van het Verdrag. Dit betekent derhalve ook, zoals hierboven in nr. 3.5.1 reeds is opgemerkt, dat het begrip ‘redelijkheid en billijkheid’ (art. 6:248 BW lid 2) of ‘goede trouw’ (art. 7(1) CISG) verdragsuniform en niet naar Nederlands intern recht geïnterpreteerd dient te worden.

De figuur van het derdenbeding als bedoeld in art. 6:253 BW betreft m.i. een materie die in het geheel niet geregeld is door het Verdrag en waarvoor in het Verdrag ook geen relevante algemene beginselen of andere aanknopingspunten te vinden zijn. Die bepaling blijft haar belang derhalve behouden.

Het Verdrag kent geen expliciete bepaling over de betekenis en gevolgen van onvoorziene omstandigheden als genoemd in art. 6: 258 BW. Niet geheel zeker is of dat begrip besloten geacht moet worden in art. 79 CISG betreffende bevrijdende omstandigheden of dat dit zwijgen van het Verdrag aldus verstaan dient te worden dat onder het regime van de CISG aan onvoorziene omstandigheden geen rechtsgevolgen worden verbonden, zie nader nr. 6.4.

– Afdeling 5 (Wederkerige overeenkomsten). Deze Afdeling is in haar geheel vervangen door Deel III van het Verdrag, met, waarschijnlijk, uitzondering van art. 6:279 BW betreffende de meerpartijenovereenkomst.

#### 4. Toepassingsgebied van de CISG. Enige bijzondere typen van koop

##### 4.1 Inleiding

Bij een aantal typen van overeenkomst komt men nog wel eens voor de vraag te staan of deze een koopovereenkomst in de zin van het Verdrag zijn. De twijfel kan zijn ingegeven door het object van de overeenkomst, waarbij het gaat om de vraag of dat een ‘zaak/goed’ is als bedoeld in art. 1 CISG, zoals software. De twijfel kan ook worden veroorzaakt door de aard van de overeenkomst wanneer die niet geheel spoort met het klassieke type van koop, zie onder meer de uitsluiting in art. 3 CISG. Indien met betrekking tot een bepaald type de conclusie uiteindelijk moet zijn dat deze niet onder het Verdrag valt, zou men in een internationaal geval, waarbij overigens aan de voorwaarden voor toepasselijkheid ex art. 1 (a)/(b) is voldaan, kunnen overwegen de Verdragsregels analoog toe te passen in plaats van die van het toepasselijke nationale recht. Vooropgesteld zij dat daartoe natuurlijk geen Verdragsverplichting bestaat. Wanneer een rechter hiertoe zou besluiten, dan doet hij dat op basis van toepasselijk nationaal recht. Vanuit de optiek van de praktijk zou ik daar echter geen voorstander van zijn. Voor zowel partijen als hun raadslieden is van groot belang dat zowel in de fase van de totstandkoming als daarna wanneer zich geschillen voordoen, zekerheid en duidelijkheid bestaat omtrent het complex van regels waarmee zij te doen hebben. Dit geldt in ieder geval voor de overeenkomsten die in art. 2 en 3 expliciet worden uitgesloten. Van ondergeschikt belang in dit verband is dat de Verdragsregels zich bij uitstek lenen voor toepassing in een internationaal geval of dat de Verdragsregels mogelijk anders is dat partijen de bevoegdheid hebben om op van het Verdrag uitgesloten overeenkomsten in hun contract toch de Verdragsregels van toepassing te verklaren

(‘opting in’), met uitzondering van consumentenovereenkomsten wegens het nationaal dwingend recht op dit gebied.<sup>43)</sup>

##### 4.2 Uitbesteding, art. 3 lid 1 CISG

Wegens hun bijzondere kenmerken sluit art. 3 twee typen van ‘koop’ van de werking van het Verdrag uit. In lid 2 gaat het om overeenkomsten waarbij het belangrijkste deel van de verplichtingen van de partij die de zaken levert, bestaat in de verstrekking van arbeidskracht of de verlening van diensten. Men kan hierbij denken aan een overeenkomst voor het leveren van gecompliceerde machinerieën waarbij de leverancier tevens verplicht is deze bij de afnemer in zijn productiefaciliteit te installeren, in bedrijf te stellen en te onderhouden en om gedurende een bepaalde periode technici ter beschikking te stellen om de apparatuur te bedienen en om personeel van de afnemer op te leiden.<sup>44)</sup> Wanneer nu de waarde van deze dienstverlening die van de machinerieën overtreft, dan valt deze overeenkomst buiten het Verdrag. Zo niet, dan valt deze overeenkomst in haar geheel, dus ook voor wat betreft de dienstverlening, wel onder het Verdrag.<sup>45)</sup> Men dient hierbij overigens wel te bedenken dat art. 3 alleen ziet op het geval dat beide elementen geregeld zijn in één contract. Wanneer het element van dienstverlening is neergelegd in een aparte overeenkomst, dan valt die overeenkomst buiten de werking van het Verdrag onverschillig de waarde daarvan in relatie tot die van de verkochte zaken.

Lid 1 van art. 3 sluit van het toepassingsgebied van het Verdrag uit overeenkomsten waarbij degene die de zaken bestelt een wezenlijk deel van de voor de productie van die zaken benodigde grondstoffen (in het Engels ‘materials’) verschaft.<sup>46)</sup> De term ‘grondstoffen’ dient m.i. ruim uitgelegd te worden zodat daaronder ook vallen halfabrikaten en onderdelen en zaken die bij de productie gebruikt of verbruikt worden. Bij deze uitsluiting in lid 1 kan men denken aan het geval waarbij de koper de jute, resp. suikerbieten, resp. chemische grondstoffen aanlevert die nodig zijn voor de productie van jutezakken, geraffineerde suiker of het chemische half- of eindproduct. Een ander voorbeeld is die waarbij de koper de onderdelen voor een bepaald produkt aanlevert die door de verkoper geassembleerd worden. Wanneer dan de waarde van de aangeleverde zaken in vergelijking met die van de afgenomen produkten wezenlijk is, valt deze overeenkomst buiten het Verdrag.

De kernvraag bij lid 1 is wat onder een ‘wezenlijk’ deel verstaan dient te worden. In de eerste plaats valt op dat waar de Nederlandse, Franse en Duitse tekst spreken over een ‘wezenlijk’ deel, de Engelse tekst aan een ‘substantial’ deel refereert, hetgeen minder lijkt dan ‘wezenlijk’. Interessant hierbij is dat de corresponderende bepaling van de LUVI (art. 6) in de Engelse tekst spreekt over ‘essential and substantial’, terwijl het adjectief ‘essential’ in de CISG is komen te vervallen. Voorts blijkt uit Honnold’s Documentary History dat lang geen eenstemmige voorstelling bestond over wat de term

<sup>43)</sup> Vgl. Honnold, no. 81 ad art. 6.

<sup>44)</sup> Dergelijke overeenkomsten worden ook wel ‘turn-key’ overeenkomsten genoemd. Deze term wordt echter met name gebruikt voor overeenkomsten voor de oplevering (aanneming van werk) van fabrieks- of productiecomplexen (onroerend goed), zodat die hoe dan ook buiten het Verdrag vallen.

<sup>45)</sup> Zie ICC arbitrage no. 7153/1992, J.D.I. 1992, p. 105, waar het installeren van de apparatuur van ondergeschikte betekenis was.

<sup>46)</sup> Voor de duidelijkheid noem ik degene die de produkten bestelt en daarvoor grondstoffen aanlevert ‘de koper’ en degene die deze grondstoffen verwerkt en het eindproduct teruglevert ‘de verkoper’ ook al gaat het nu juist om de vraag of sprake is van een koop in de zin van het Verdrag. Zie voor het onderwerp ‘uitbesteding’ voorts de Vries, preadvies Vereniging Handelsrecht 1982, p. 16-19.

'substantial' nu inhoudt en zelfs niet over de vraag of dit louter een kwestie van vergelijking van geldswaarde is. Wat betreft de geldswaarde van het begrip 'substantial' neemt men niettemin wel aan dat dit (beduidend?) minder kan zijn dan 50% van het afgenomen produkt, aangezien van het zwaardere vereiste van lid 2, dat spreekt over het belangrijkste ('preponderant') deel, wordt aangenomen dat de waarde van de dienstverlening (duidelijk?) meer dient te zijn dan 50%.<sup>47)</sup>

Bij de opvatting dat van een 'wezenlijk' deel reeds sprake kan zijn indien de geldswaarde van de aangeleverde zaken minder, jazelfs aanmerkelijk minder dan 50% van de prijs is sluit ik mij aan. Naar mijn indruk leeft in de praktijk de gedachte dat men al vlug te doen heeft met uitbesteding of aanneming van werk, veeleer dan met koop. Daarbij dient bedacht te worden dat een dergelijke uitbesteding veelal geschiedt naar lage lonen landen en dat een belangrijk gedeelte van de door de verkoper in rekening gebrachte prijs bestaat uit arbeidsloon. Dat dit een element is waarmee rekening gehouden dient te worden blijkt uit lid 2, ook al ziet dat lid op een andere situatie.

Lid 1 van art. 3 spreekt over het aanleveren van een wezenlijk deel van de 'grondstoffen'. Betekent dit nu dat buiten beschouwing dienen te blijven het terbeschikking stellen van octrooien en know-how door middel van opleiding van personeel bij de verkoper, tekeningen en modellen, specificaties en work manuals, het aanleveren van bijvoorbeeld mallen, gereedschappen of zelfs machines, etc., die voor het vervaardigen van de produkten noodzakelijk zijn? Ik meen van niet. Deze elementen kunnen bepalend zijn voor het vervaardigen van het eindprodukt dat de verkoper teruglevert. Ik kan mij zelfs voorstellen dat een overeenkomst waarbij deze elementen zo overheersend zijn en waarbij gewerkt wordt op basis van exclusiviteit, d.w.z. dat de verkoper de met deze know-how in ruime zin vervaardigde produkten alleen mag verkopen aan de betreffende koper, onder de uitsluiting van het Verdrag valt, zelfs indien de koper nauwelijks of zelfs helemaal geen grondstoffen aanlevert. Mijns inziens kunnen dergelijke overeenkomsten ook en niet zelden juist getypeerd worden als aanneming van werk, terwijl zij in de praktijk ook dikwijls uitmonden in joint-venture overeenkomsten.<sup>48)</sup> Hierbij is natuurlijk ook van belang hoe blijkens de tekst van het contract partijen zelf tegen de overeenkomst aankijken.

Het belang van de vraag of de beschreven typen van overeenkomst binnen of buiten het Verdrag vallen is van groot belang omdat zij in de praktijk veel voorkomen. Twee situaties verdienen daarbij bijzondere aandacht. Enerzijds kan het gaan om ondernemingen die het produkt eerst zelf vervaardigden en vervolgens besluiten om de feitelijke productie uit te besteden naar met name lage lonen landen, anderzijds kan sprake zijn van wat in modern jargon een 'product organizer' heet. Dit zijn ondernemingen die niet zelf beschikken over productiefaciliteiten, maar die het produkt bedenken en ontwerpen (waarbij het niet om nieuwe produkten behoef te gaan) en over de voor de feitelijke vervaardiging vereiste know-how in de meest ruime zin beschik-

<sup>47)</sup> Zie in het bijzonder Honnold, no. 59 ad art. 3, die stelt dat reeds 15% voldoende kan zijn, en voorts von Caemmerer/Schlechtriem, Rdn. 4 ad art. 3, Schlechtriem, p. 31/31, van der Velden, p. 107. Bij de gerezen onduidelijkheid dient voorts bedacht te worden dat gedurende de totstandkoming van de Verdragstekst de leden 1 en 2 zijn omgedraaid. Ik heb wel eens het gevoel dat men bij de discussies omtrent het huidige lid 1 betreffende het 'substantial' deel nog wel eens in gedachten had het 'preponderant' deel van het oorspronkelijke lid 1 (thans lid 2).

<sup>48)</sup> Een Engels voorstel om overeenkomsten waarbij de koper know-how aanlevert buiten het Verdrag te houden haalde de eindstreep niet, deels wegens definitieproblemen, deels wegens de vrees dat anders het toepassingsgebied van het Verdrag te zeer beperkt zou worden, zie Honnold's Doc. History, p. 464 e.v.. Ik teken hierbij aan dat blijkens de voorbeelden de gedelegeerden overeenkomsten met een veel geringere inbreng van de koper op het oog hadden dan die ik in de tekst noemde.

ken en tevens vertrouwd zijn met de aanvoerlijnen voor de benodigde grondstoffen, onderdelen, etc. alsmede met de uiteindelijke afzetkanalen.

Met betrekking tot de uitsluiting van art. 3 lid 1 zijn inmiddels twee vonnissen geweest, CA Chambery, 25 mei 1993, en OLG Frankfurt am Main, 17 september 1991. In beide gevallen verschafte de koper de 'schema's en normen' voor de productie van de elektronische componenten, respectievelijk de modellen voor de schoenen en mocht de verkoper de op basis van deze gegevens vervaardigde produkten uitsluitend aan de koper verkopen. In de Franse zaak oordeelde de rechter dat de uitsluiting van art. 3 lid 1 zich voordeed,<sup>49)</sup> terwijl de Duitse rechter tot een tegenovergestelde beslissing kwam.<sup>50)</sup> Ik merk op dat in geen van beide gevallen sprake was van uitbesteding als bedoeld in de vorige alinea.

### 4.3 Software; een kwestie van interpretatie

#### 4.3.1 Het probleem

Gelet op het toenemend belang van software is het nuttig stil te staan bij de vraag of software een roerende zaak is en of de aanschaf daarvan een koop is in de zin van het Verdrag.<sup>51)</sup>

De eerste aanleiding voor de vraagstelling is dat, naar wordt aangenomen, het Verdrag ziet op de koop van roerende stoffelijke zaken,<sup>52)</sup> terwijl in de literatuur en rechtspraak software wel is voorgesteld als uitsluitend informatie, niet zijnde een stoffelijke zaak, of als het voorwerp van dienstverlening op de aanschaf waarvan de normale regels van koop niet toepasselijk worden geacht. Het zou dan veeleer gaan om een overeenkomst sui generis, zoals het in gebruik geven of licenseren van know-how.

#### 4.3.2 Software als roerende stoffelijke zaak; nationaal intern recht

Bij de beantwoording van deze vraag kan van belang zijn hoe men hier tegenover staat in het nationale interne recht. In de Verenigde Staten spitste de vraag zich toe of software is te beschouwen als 'goods' in Section 2-105 van Article 2 (koop) van de UCC en of de aanschaf daarvan onder het begrip 'koop' valt. Na enig geharrewar zijn beide vragen uiteindelijk in een aantal beslissingen bevestigend beantwoord,<sup>53)</sup> waar-

<sup>49)</sup> No. 93-648, Soc. A.M.D. Electronique v. Rosenberger SIAM, Unilex ad art. 3(1) CISG.

<sup>50)</sup> RIW 1991, p. 950. Opmerkelijk is dat in verband met de vraag naar het toepasselijke recht wegens art. 1 lid 1 sub b) CISG de verhouding niet werd gekwalificeerd als een koop, maar als een 'Werklieferungsvertrag', hetgeen resulteerde in een verwijzing naar Italiaans recht zodat de CISG wegens de geciteerde bepaling van toepassing was. Vervolgens oordeelde de rechter dat de verhouding gekwalificeerd diende te worden als een koop in de zin van de CISG en dat de uitzondering van art. 3(1) zich niet voordeed.

<sup>51)</sup> Zie over diverse aspecten van deze vraag nader Primak, Computer Software: Should the U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods Apply?, 11 Computer Law Journal (1991), p. 197-231, Edler/Daub, Internationale Softwareüberlassung und UN-Kaufrecht, Computer und Recht 1993, p. 601-606, Diedrich, Anwendbarkeit des Wiener Kaufrechts auf Softwareüberlassungsverträge, RIW 1993, p. 441-452, R.J.J. Westerdijk, Produktaansprakelijkheid voor software, diss. Vrije Universiteit 1995, p. 126-134, p. 165-172, aan welke bronnen ik diverse van de hierna vermelde gegevens omtrent buitenlandse rechtspraak ontleen.

<sup>52)</sup> Von Caemmerer/Schlechtriem, Rdn. 20 ad art. 1, Honnold, no. 56 ad art. 2.

<sup>53)</sup> Zie *Triangle Underwriters v. Honeywell*, 604 F.2d 737 (1979), *Communications Groups v. Warner Communications*, 6 UCC Rep. Ser. 2d., p. 639 (1988), *RRX Industries v. Lab-Con*, 772 F.2d 543 (1985), *Neilson Business Equipment Center v. Italo Moneloneo*, 3 UCC Rep. Serv. 2d 1721, *Arlington Electrical Construction v. Schindler Elevator*, 1992 Ohio App. LEXIS 953, p. 45-47.

bij een enkele keer uitzondering is gemaakt voor het geval van individueel ontworpen maatwerk software.<sup>54)</sup> Voorzover van belang, is in een aantal zaken ook beslist dat software een roerende stoffelijke zaak is. Daarbij speelde met name een rol dat, om bruikbaar te zijn, de software overgebracht dient te worden op een drager en dat als geheel verkocht wordt.<sup>55)</sup> In de Duitse rechtspraak is een soortgelijke ontwikkeling te bespeuren. Nadat aanvankelijk in enige beslissingen software werd beschouwd als niet stoffelijke know-how en de overeenkomsten in verband daarmee niet werden getypeerd als koop, neemt de meer recente rechtspraak een tegengestelde positie in.<sup>56)</sup> Ook hier wordt een uitzondering gemaakt in geval van maatwerk, in welk geval de regels van het Werkverdrag van toepassing zijn.<sup>57)</sup> Ook in Nederland is de thans heersende opvatting dat met een functionele en met de tijd meegaande interpretatie van art. 3:2 BW software te vatten is onder het begrip 'stoffelijke' zaak als bedoeld in die bepaling en dat de aanschaf daarvan is te beschouwen als een koopovereenkomst in de zin van Titel 1 van Boek 7.<sup>58)</sup> Hierbij valt nog te bedenken dat onze Titel 1 mede omvat de koop van vermogensrechten, zie art. 7:47. Daarentegen valt niet met zekerheid te zeggen of software onder de Engelse Sale of Goods Act valt. In de zaak *Eurodynamics Systems Plc. v. General Automation Ltd.* weigerde de rechter een uitspraak te doen over de vraag of software 'goods' zijn in de zin van genoemde koopwet vanwege de ingewikkeldheid van die vraag en omdat een beantwoording in deze procedure niet strikt noodzakelijk was.<sup>59)</sup>

#### 4.3.3 Software als 'zaken/goods' in de zin van de CISG

Wat geldt nu voor de CISG? Om te beginnen, het begrip 'zaken/goods' is niet in de CISG gedefinieerd en ik heb in de Documentary History geen discussies aangetroffen omtrent de vraag wat dit begrip inhoudt. Het wordt derhalve een kwestie van uitleg. Hierbij gelden twee met elkaar samenhangende invalshoeken, namelijk de aard van het begrippenarsenaal in het Verdrag en de uitlegregel van art. 7(1). Terwille van het bereiken van uniforme regels die op basis van wederkerigheid acceptabel zijn voor de verschillende, soms met elkaar wedijverende rechtsculturen en het behoud van die uniformiteit, hebben de Verdragsopstellers er zo veel mogelijk naar gestreefd begrippen te gebruiken met geen of een zo gering mogelijke nationale 'connotation' en, waar dit onvoldoende mogelijk bleek, van die juridische begrippen een feitelijke omschrijving te geven. Zo is het begrip 'aflevering' op een zeer feitelijke wijze gedetailleerd omschreven in art. 31. Hetzelfde geschiedt in art. 67 met betrekking tot risico overgang. Een zeer tekenend voorbeeld is het vermijden van de in het nationale recht bekende term 'overmacht', 'force majeure', 'impossibility' of 'frustration' en, in plaats daarvan, het gebruik van de a-nationale term 'bevrijdende omstandigheden/exemptions' in art. 79 waarvan dan in die bepaling een gedetailleerde omschrijving wordt gegeven. De les uit het voorgaande is dat voor de uitleg van het begrip 'zaken/goods' in art. 1 CISG de betekenis daarvan in het nationale recht niet beslissend is. Derhalve, ook al zou software in het nationale recht niet beschouwd worden als een stoffelijke zaak, dan is dat op zich zelf geen reden om te concluderen dat het 'dus' ook

<sup>54)</sup> *Data Processing Services v. L.H. Smith Oil*, 1 UCC Rep. Serv. 2d. p. 33-34 (1986), *Micro-Managers v. Gregory*, 434 N.W. 2d 97 (1988).

<sup>55)</sup> *Communications Groups v. Warner Communications* (zie noot 6), *Advent Systems v. Unisys*, 925 F.2d 675 (1991).

<sup>56)</sup> BGH 2 mei 1985, DB 1985, 2603 (*Lignamat*) en de in noot 61 vermelde rechtspraak.

<sup>57)</sup> BGH 4 november 1987, NJW 1988, 406 (*Basic-Ubersetzungsprogramm*), BGH 7 maart 1990, NJW 1990, 3011 (*Geräteverwaltung*).

<sup>58)</sup> Zie Westerdijk, t.a.p., p. 192-195, met nadere verwijzingen.

<sup>59)</sup> 1983 Q.B. 2804 (1988).

niet een zaak in de zin van het Verdrag is. In het verlengde hiervan ligt m.i. dat de goederenrechtelijke aspecten van het begrip zaak in het nationale recht niet meegewogen behoren te worden bij de vraag of software een voorwerp van koop in de zin van het Verdrag is. Het Verdrag ziet op verbintenisrechtelijke, niet op goederenrechtelijke kwesties. Interessant hierbij is dat in de Franse tekst de term 'marchandise' wordt gehanteerd en niet de in het interne Franse recht gebruikelijke term 'objet mobilier', zoals in de LUVI. De term 'marchandise' of 'koopwaar' lijkt te duiden op een ruimer begrip, waarbij de al of niet stoffelijkheid van minder of geen belang is; alles wat in het handelsverkeer verkocht pleegt te worden en dat niet is een onroerend of register goed. Men hoeft niet intiem vertrouwd te zijn met de wereld van software om te weten dat verkoopovereenkomsten met betrekking tot software dagelijkse gebeurtenissen zijn met een enorm volume en die daarom ook als volledig normaal worden beschouwd. Naar mijn mening is software dan ook te beschouwen als 'goods/zaken' als bedoeld in art. 1 CISG.<sup>60)</sup> Daarbij is m.i. niet van belang of de software op een roerende stoffelijke zaak, namelijk de drager, wordt overgebracht of dat de software rechtstreeks in het computernet van de afnemer wordt ingebracht. Voor de koper is niet van belang hoe, maar dát hij het voorwerp van de koop, de software, verkrijgt en zodra dat het geval is, is de software in ieder geval in de termen van ons art. 3:2 BW ook 'vatbaar voor menselijke beheersing'.

Tot een ruime uitleg van het begrip 'zaken/goods' nopen ook de in de preambule uitgesproken doelstellingen van het Verdrag en de in art. 7(1) gegeven uitlegregeln, namelijk het wegnemen van juridische obstakels in de internationale handel, de bevordering van die handel, het internationale karakter van het Verdrag en de bevordering van eenvormigheid. Wat zou een modern koopverdrag waard zijn indien een in de internationale handel nu reeds zo belangrijk object als software buitengesloten zou zijn?

#### 4.3.4 De aanschaf van software als koopovereenkomst in de zin van de CISG

Een tweede vraag is of de aanschaf van software is te beschouwen als een koop in de zin van het Verdrag. Het probleem is dat de overdracht (het ter beschikking stellen) van software veelal geschiedt in de vorm van een onopzegbare licentie voor onbepaalde tijd tegen een betaling van een bedrag ineens, zonder eigendomsoverdracht van de software. Betekent dit nu dat deze gebruikelijke constructies geen koop opleveren omdat de leverancier geen eigendom (van de software) verschaft, hetgeen een kernverplichting is, zie art 30 CISG?

Onder nationale koopwetgeving is hiermee korte metten gemaakt in de hierboven geciteerde Engelse beslissing inzake *Eurodynamics Systems* en in een reeks van Duitse en Amerikaanse beslissingen, waarbij het kooprecht hetzij direct hetzij overeenkomstig werd toegepast.<sup>61)</sup>

Voor wat betreft de CISG acht ik deze opvatting, gelet op de twee hierboven in nr. 4.3.3 beschreven invalshoeken, evenzeer juist. Men kan hierbij ook voor een functionele benadering kiezen. Wat bij de genoemde constructie in feite beoogd en bewerkt wordt is de afnemer in de positie te brengen van een koper waarbij deze het volledige profijt van de software heeft en de leverancier deze ook nooit meer kan te-

<sup>60)</sup> Vgl. Endler/Daub, t.a.p., p. 603, en zie ook von Caemmerer/Schlechtriem, Rdn. 21 ad art. 1, Staudinger/Magnus, Rdn. 44 ad art. 1 CISG, een *obiter dictum* in *OLG Koblenz, 17 september 1993*, RIW 1993, p. 934, 936, *OLG Köln, 26 augustus 1994*, RIW 1994, p. 705, 708, Honnold, no. 56 ad art. 2 (aarzelend).

<sup>61)</sup> BGH 4 november 1987, NJW 1988, 406 (*Basic-Ubersetzungsprogramm*), BGH 18 oktober 1989, NJW 1990, 320 (*Abzahlungskauf*), OLG München 30 september 1987, Computer und Recht 1988, 130. Zie noot 53 voor Amerikaanse rechtspraak.

rugvorderen. Daarbij is eigendom van de software voor de afnemer niet van belang. Deze is slechts geïnteresseerd in een copie van de software en daar wordt hij in ieder geval eigenaar van. Ik realiseer mij dat in dit verband allerlei, op nationaal recht geschoede goederenrechtelijke vraagtekens geplaatst zouden kunnen worden. Bij een functionele benadering van de vraag of de aanschaf onder het Verdrag valt en om hierboven reeds genoemde redenen acht ik het inslaan van die weg evenwel minder zinvol, zo niet onjuist. Wat de afnemer alleen niet mag doen is de software via kopieën doorspelen naar anderen. De reden hiervan is dat de investeringskosten van software enorm hoog zijn, terwijl de prijs voor het eeuwigdurende eigen gebruik betrekkelijk laag is. Het behoud door de ontwerper van de intellectuele eigendom en het verbod voor de afnemer de software door te kopiëren naar derden heeft uitsluitend tot doel de ontwerper in staat te stellen deze intellectuele eigendom op basis van massaliteit op de markt te brengen en daarmee de investeringskosten terug te verdienen waardoor een betrekkelijk lage prijs per verkoop mogelijk is. Genoemde beperking op de (volledige) rechten die voortvloeien uit de eigendom van de copie van de software is m.i. allerminst fataal. Zo men dat nog nodig acht, kan ook geput worden uit de bron van art. 42(2) sub a) CISG. Daaruit blijkt dat rekening is gehouden met de mogelijkheid dat het eigendomsrecht van de koper onderhevig is aan beperkingen voortvloeiend uit intellectuele eigendom zonder dat de overeenkomst daardoor buiten de werking van het verdrag wordt geplaatst en zonder dat de verkoper wanpresteert. Gezond verstand helpt trouwens ook. Wie twijfelt eraan dat de aanschaf van een CD (compact disc) een koop is, ook al is de koper slechts eigenaar geworden van een plat stukje metaal en niet van de muziek zodat het hem niet zonder meer is toegestaan de muziek door te kopiëren.

#### 4.3.5 Conclusie

Mijn eindconclusie is dat software, resp. de copie daarvan een 'zaak' is in de zin van het Verdrag ongeacht of deze op een drager is overgebracht en dat een onherroepelijke eeuwigdurende licentie met betaling ineens een koop is in de zin van het Verdrag, ook al wordt de eigendom van de software niet overgedragen.

Een uitzondering dient evenwel gemaakt te worden voor het geval dat het niet om standaard software, maar om specifiek voor de afnemer ontwikkelde software gaat.<sup>62)</sup> Daar ligt het kenmerkende in het aspect van dienstverlening of aanneming van werk. Dit is niet een kwestie van uitleg (van het begrip 'zaak'), doch het gevolg van de uitsluiting in art. 3(2) CISG. Dit wordt niet anders indien op de aanschaf van maatwerk software in het nationale recht de regels van koop rechtstreeks, indirect of analoog zouden worden toegepast.

#### 4.4 Ruilhandel, countertrade

De ruilvereenkomst valt buiten het toepassingsgebied van de CISG, zoals dat ook onder de LUVI het geval was.<sup>63)</sup> De reden hiervan is dat betaling van 'de' of 'een' koopprijs als wezenlijk werd beschouwd. Geldt dit nu ook voor de moderne ruilhandelstransacties? De vraag wint aan actueel belang nu dit type van handel weer meer frequent en stelselmatig plaatsvindt met lan-

den in Centraal Europa, de Russische Federatie en de Republieken van de voormalige USSR. De achtergrond van deze figuur is veelal dat het importerend land met de terugverkoop de westerse valuta kan verdienen die nodig is om de aankoop te financieren. Ofschoon makro-economisch met elkaar verbonden, zijn ruilhandelstransacties vrijwel altijd gestructureerd als twee juridisch gescheiden koopovereenkomsten, de export- en importovereenkomst (ofwel terugkoopovereenkomst), waarbij beide segmenten een betalingsregeling, althans een betalingsmechanisme bevatten.<sup>64)</sup> Van betaling in geld is in de meeste gevallen wel degelijk sprake en in die zeldzame gevallen waarin dat niet gebeurt doordat volledige verrekening plaats vindt, wordt de hoeveelheid, kwaliteit, etc. van de teruggekochte produkten gerelateerd aan de prijs van de verkochte zaken. Ook overigens zien beide segmenten er uit als normale koopovereenkomsten, afgezien van de speciale, voor ruiltransacties eigen regelingen die dan in de terugkoopovereenkomst te vinden zijn. Bij deze terugkoopovereenkomst koopt de exporteur voor een waarde tot aan het compensatiebedrag bepaalde produkten die vrijwel steeds worden geleverd gedurende een uitgesmeerde periode, die wel kan oplopen tot 3 à 5 jaar. Meer gebruikelijk is evenwel dat de terugkoop gestructureerd is als een raamovereenkomst waarbij de exporteur zich verplicht om gedurende een bepaalde periode tot het compensatiebedrag al dan niet reeds aangewezen produkten terug te kopen volgens een bepaalde prijsformule. Voor mij leidt het dan ook geen twijfel dat beide segmenten van de ruilhandelstransactie onder het Verdrag vallen, met dien verstande dat indien de terugkoop is gesloten in de vorm van een raamovereenkomst, zulks eerst het geval is wanneer de daaruit voortvloeiende individuele terugkoopovereenkomsten tot stand komen.<sup>65)</sup>

#### 4.5 Exclusieve distributie- en franchiseovereenkomsten

Volgens inmiddels vaste (Nederlandse) rechtspraak bevatten exclusieve distributieovereenkomsten twee, gescheiden te houden elementen die beheerst worden door twee verschillende regelcomplexen.<sup>66)</sup> Het ene element betreft de exclusieve distributieverhouding tussen principaal en distributeur met (contractuele) regelingen omtrent, bijvoorbeeld, exclusiviteit van levering en afname en het territorium,<sup>67)</sup> opzegging en beëindiging en de eventuele vergoeding daarbij, het aanhouden van een voorraad, het maken van reclame, verplichting tot after-sale service, gebruik van merken, verplichting tot minimum afname, etc. Die verhouding wordt niet beheerst door enig uniform recht, doch door nationaal recht aangewezen door de regels van het i.p.r. (het gekozen recht of, bij gebreke daarvan, het recht van het land waar de distributeur gevestigd is). Het andere element betreft de individuele koopovereenkomsten die van tijd tot tijd uit de algemene distributieverhouding voortvloeien. Deze overeenkomsten onderscheiden zich niet van andere koopovereenkomsten die niet in het kader van een distributieverhouding zijn gesloten. Daarop kan derhalve wel uniform recht, zoals de CISG, van toepassing zijn, namelijk indien aan de algemene regels voor toepasselijkheid is voldaan, zie art. 1 voor de CISG.<sup>68)</sup>

<sup>64)</sup> Zie nader mijn artikel 'Internationale Ruilhandel', NJB 1985, p. 1389 e.v.

<sup>65)</sup> Evenzo von Caemmerer/Schlechtriem, Rdn. 18 ad art. 1, met verwijzing naar tegengestelde opvattingen, en vgl. Honnold, no. 56.1 ad art. 2.

<sup>66)</sup> Zie nader Bijzondere Overeenkomsten II.1 (i.p.r. koop) (Bertrams), aant. 79-86.

<sup>67)</sup> Overigens worden distributieovereenkomsten niet altijd op basis van exclusiviteit gesloten.

<sup>68)</sup> Zie Bijzondere Overeenkomsten, t.a.p., aant. 83 met rechtspraak waarbij de LUVI/EKW van toepassing is verklaard, en aant. 84 voor de CISG. Een vooraankondiging van de toepasselijkheid van de CISG is te vinden in Hof Amsterdam, 16 juli 1992, NIPR 1992, 420, waar overvogen werd dat, indien het geschil de individuele koopovereenkomsten zou betreffen (quod non) en afgezien van eventuele problemen van overgangsrecht, dat Verdrag van toepassing zou zijn.

<sup>62)</sup> Vgl. Endler/Daub, t.a.p., p. 606.

<sup>63)</sup> Van der Velden, p. 106, von Caemmerer/Schlechtriem, Rdn. 18 ad art. 1 CISG, Staudinger/Magnus, Rdn. 29 ad art. 1 CISG. Honnold, no. 56.1 ad art. 2, neemt echter, m.i. terecht, een ruimhartiger standpunt in. Ook Rb Arnhem, 26 april 1990, NIPR 1990, 465, zag geen enkel probleem met de toepassing van de LUVI/EKW op een ruilvereenkomst.

De distributie en afzet van produkten kan ook geschieden in de vorm van franchising. Dit is een veel verdergaande en intensievere vorm van samenwerking.<sup>69)</sup> Ook dit type bevat twee elementen. De franchiseovereenkomst zelf ziet op aspecten als ontwikkeling, terbeschikkingstelling en afname van produkten, handelsmerken en know-how, marketing en reclame, duurzame dienstverlening aan de franchisenemer voor bedrijfsvoering en administratie, toe- en uitreden uit de franchise organisatie, betaling van vergoedingen door de franchisenemer, etc. Hiervoor geldt het toepasselijke nationale recht. Voorzover het gaat om franchising van produkten zullen uit de algemene franchiseverhouding, net zoals bij een distributieovereenkomst, individuele koopovereenkomsten voortvloeien. Rechtspraak of literatuur met betrekking tot het toepasselijk recht op deze individuele overeenkomsten zijn mij niet bekend.<sup>70)</sup> Ik zou menen dat hierop, net zoals bij distributieovereenkomsten, de CISG van toepassing kan zijn. De omstandigheid dat de samenwerking tussen franchisegever en franchisenemer veel verder gaat en intensiever is, is geen reden voor een andere behandeling.

#### 4.6 Huurkoop

Naar Nederlands recht is de in Afdeling 2 van Titel 5A van Boek 7A (art 7A:1576(h) e.v.) geregelde huurkoop een koop op afbetaling met eigendomsvoorbehoud en mijn informatie is dat dit in andere landen niet wezenlijk anders is. Deze kwalificatie moet, me dunkt, tot de conclusie leiden dat huurkoop onder het Verdrag valt.<sup>71)</sup> Met deze vaststelling rijst de vraag naar de verhouding tussen de CISG en de dwingendrechtelijke bepalingen van art. 7A:1567h e.v.

Bij de beantwoording van deze vraag neem ik tot uitgangspunt a) dat het feit dat de meeste bepalingen van de huurkoop een dwingendrechtelijk karakter hebben er niet toe leidt dat het Verdrag, voorzover van toepassing, daarom zou moeten wijken en anderzijds b) dat de typische huurkoopbepalingen van kracht blijven omdat zij onderwerpen betreffen die niet in het Verdrag geregeld worden. Wat betreft het eerste punt hoeft niet gevreesd te worden voor een gespannen en onverkwikkelijke verhouding tussen Verdrag en intern dwingend recht. De ratio van het bestempelen tot dwingend recht is veelal de bescherming van de structureel zwakkere persoon, in het bijzonder de consument. Wanneer nu de huurkoper een consument is waarbij voldaan is aan de omschrijving in art. 2(a) CISG, valt de huurkoop buiten de werking van het Verdrag en blijft Afdeling 2 in haar geheel van toepassing.

Voor wat betreft het tweede uitgangspunt dient nagegaan te worden welke bepalingen van Afdeling 2 betrekking hebben op aspecten die specifiek zijn zijn voor de huurkoop. Voorzover dat niet het geval is, vinden deze bepalingen geen toepassing en worden deze aspecten beheerst door de Verdragsregels. Dit impliceert tevens dat het dwingendrechtelijke karakter komt te vervallen, aangezien partijen mogen afwijken

<sup>69)</sup> Zie A.J.J. van der Heiden, Franchising, serie Recht en Praktijk, nr. 63, Kluwer; F.W.J. Schalen, Franchising, een nieuw perspectief, Kluwer Bedrijfswijzers.

<sup>70)</sup> Het Unilex data bestand leverde niets op. No. 56.2 bij Honnold bevat een algemene vermelding van franchiseovereenkomsten die evenwel gericht lijkt te zijn op het franchise element.

<sup>71)</sup> Anders von Caemmerer/Schlechtriem(Herber), Rdn. 9 ad art. 3, die van oordeel is dat zowel huurkoop als leasing buiten het Verdrag vallen 'voorzover, zoals in de regel het geval is, het huurelement overweegt'. Zo ook Staudinger/Magnus, Rdn. 33-35 ad art. 1 CISG (met vermelding van tegenovergestelde opvattingen). Deze redenatie bevreedt mij omdat bij huurkoop en financial lease (in tegenstelling tot operational lease) het element van koop (op termijn) nu juist overweegt en het element van tijdelijke huur niet of nauwelijks aanwezig is. Zie voorts Honnold, no. 60.4 ad art. 3, die niet onderscheidt tussen operational and financial lease en die kennelijk concludeert tot selectieve toepasselijkheid van de CISG maar daar niet duidelijk over is. Zie voor financial lease nader nr. 4.7.

van de Verdragsregels. Voorzover de bepalingen van Afdeling 2 wel specifiek voor de huurkoop zijn, blijven zij van toepassing en wel dwingendrechtelijk, en wordt de betreffende kwestie niet door het Verdrag beheerst. Kernstuk hiervan zijn het gebruiksrecht van de huurkoper, het eigendomsvoorbehoud van de huurverkoper, het terugnemen van het object en kwesties die daarmee samenhangen. Naar mijn mening zijn dit aangelegenheden die in het geheel niet door het Verdrag zijn geregeld, zodat de zoektocht naar de algemene beginselen van het Verdrag niet ondernomen behoeft te worden, zie art. 7(2) CISG.

Ik loop nu de bepalingen van Afdeling 2 na.

– Art. 7A:1576(i) en (j) 'betreffen het vereiste van een schriftelijke akte en de inhoud daarvan. Dit is niet iets dat specifiek voor de huurkoop is, terwijl de CISG wel regels geeft met betrekking tot de vorm van overeenkomsten, zie art. 11 (geschrift niet vereist) en 29. Genoemde interne bepalingen blijven derhalve buiten toepassing.

– Art. 7A:1576(k) omtrent de gekozen woonplaats, hetgeen van belang is voor de rechterlijke bevoegdheid, betreft niet een materie die onder het Verdrag valt en blijft derhalve van toepassing.

– Lid 1 van art. 7:1576(l) ziet op de kernverplichtingen van de huurverkoper als verkoper zodat de CISG wel en deze bepaling geen toepassing heeft. De 'verkoop breekt geen huur' regel van lid 2 is specifiek voor de huurkoop en blijft van toepassing.

– De leden 1, 2 en 3 van art. 7A:1576(m) en art. 7A:1576(n) betreffen het genot en gebruik van de zaak alsmede de vruchten daarvan met het oog op het feit dat de huurkoper nog geen eigenaar is. Dit zijn typisch huurkooprechtelijke bepalingen zodat zij van toepassing blijven. Dit ligt anders voor de overgang van het risico zoals bepaald in lid 4 van art. 7A:1576(n).

– Art. 7A:1576(q) betreft het vereiste van een ingebrekestelling bij ontbinding en terugneming van het object in geval van wanprestatie van de huurkoper. Dit vereiste is niet specifiek voor de huurkoop, terwijl het Verdrag voor de ontbinding een uitgebreide regeling bevat. Conclusie: alleen het Verdrag is van toepassing.

– De hoofdzin van art. 7A:1576(r) geeft een procesrechtelijke regeling (voorlopige voorziening) door de kantonrechter en blijft van toepassing.

– Bij de regel 'terugneming bij wanprestatie van de huurkoper krachtens contractueel beding=ontbinding' van art. 7A:1576(s) aarzel ik. Men zou kunnen stellen dat het terugnemen van het object bij niet-betaling typisch huurkooprechtelijk is en dat de regel derhalve buiten het Verdrag valt. Dat overtuigt mij echter niet geheel. Een dergelijk beding kan immers ook voorkomen bij de gewone koop onder eigendomsvoorbehoud en die koop valt zeker onder het Verdrag, althans voor wat betreft de obligatoire aspecten zoals ontbinding. Voorts geeft het Verdrag, zoals gezegd, regels voor de vraag wanneer de (huur)verkoper kan ontbinden en welke omstandigheden ontbinding opleveren, maar weer niet voor het contractuele recht op terugneming (dat weer los staat van het eigendomsrecht van de huurverkoper). Art. 7A:1576(s) lijkt evenwel zelf de oplossing aan te reiken. Deze bepaling vooronderstelt dat er een contractuele clausule is die huurverkoper het recht geeft om bij niet-nakoming door de huurkoper het object terug te nemen. Naar mijn ervaring geven huurkoopovereenkomsten aan de huurverkoper steevast deze bevoegdheid, alsmede de bevoegdheid tot ontbinding en wel bij niet-nakoming van welke verplichting dan ook. Wanneer wij gelet op het voorgaande er nu vanuit moeten gaan dat de onderhavige materie niet onder het interne recht maar onder het Verdrag valt, behoeft de vraag of de wanprestatie van de huurkoper ook 'wezenlijk' is in de zin van art. 25 j. art. 64 CISG niet meer gesteld te worden, omdat partijen van die regels hebben afgeweken, hetgeen zij mogen doen. Anders dan onder het interne recht, levert het terugnemen van het object niet auto-

matisch ontbinding op. Daartoe is een verklaring nodig, zie art. 64 en 26 CISG en die regel blijft in stand (tenzij partijen ook van die regel zijn afgeweken, hetgeen bij mijn weten zelden geschiedt).

– Art. 7A:1576(t) en (v) betreffen de verrekeningsplicht van de huurverkoper na terugneming van het object en ontbinding, resp. de bevoegdheid van de huurkoper zulks ongedaan te maken door alsnog de verschenen huurtermijnen te voldoen. Dit zijn mijns inziens bepalingen die specifiek voor de huurkoop zijn zodat zij van toepassing blijven.

– De bepalingen van art. 7A:1576(u), (w) en (x) zijn procesrechtelijk van aard en blijven derhalve eveneens van toepassing.

#### 4.7 Financial lease

##### 4.7.1 Inleiding

Op het gebied van kapitaalgoederen, zoals machinerieën, computers, personen- en vrachtwagens, hijskranen, vliegtuigen, treinen, schepen, geldautomaten, etc., wordt in de afgelopen decennia en in nog steeds toenemende mate de traditionele koopovereenkomst verdrongen door de figuur van leasing. Dit is ook het geval op het internationale niveau nu ook de barrières voor grensoverschrijdende financiële dienstverlening goeddeels zijn komen te vervallen. Het is dan ook van belang na te gaan of en in hoeverre leasing onder het Verdrag valt. Voor de beantwoording van deze vraag is essentieel dat een onderscheid wordt gemaakt tussen de verschillende typen van leasing. Daarbij gaat het in de eerste plaats om het onderscheid tussen operationele en financiële lease,<sup>72)</sup> en vervolgens om een nader onderscheid bij financial lease.

##### 4.7.2 Operational en financial lease

Bij een operational lease stelt de lessor, die eigenaar van het object is, dat aan de lessee ter beschikking gedurende een bepaalde termijn die vrijwel altijd (beduidend) korter is dan de economische levensduur van dat object. Afgezien van een initiële periode, heeft de lessee meestal het recht de lease voortijdig te beëindigen, in welk geval hij schadeplichtig is of gehouden is een nieuwe vervangende leaseovereenkomst aan te gaan. Na afloop van de lease periode of na beëindiging dient de lessee het object aan de lessor terug te geven. Het tijdelijk gebruik van het object tegen betaling van lease termijnen staat hier voorop. Daarnaast verleent de lessor diensten, zoals met name onderhoud en reparaties. Met deze hoofdkenmerken is duidelijk dat operational lease een gemengde overeenkomst is met elementen van huur en dienstverlening, en in ieder geval geen koopovereenkomst oplevert. Hierop is derhalve de CISG nimmer van toepassing.

Een financial lease wordt aangegaan voor de geschatte economische levensduur en is in principe niet opzegbaar. Het totaal van de lease termijnen over deze gehele periode is gebaseerd op de waarde van het object, rente en een vergoeding voor de lessor. Na betaling daarvan heeft de lessee derhalve de aanschafprijs plus financieringstoeslag betaald. De lease overeenkomst bevat daarom in de regel een koopoptie voor de lessee voor een symbolisch bedrag die hij dan ook vrijwel zeker zal uitoefenen, omdat de restwaarde hoger zal zijn. Hiervan wordt in het volgende uitgegaan. Voorts ligt het

<sup>72)</sup> Zie hierover in het algemeen H. Beckman, A.W.A. Joossen, Leasing van roerend en onroerend goed, Stenfert Kroese (1988), A.M. Brandsma, A.W.A. Joossen, Leasing voor de praktijk, Kluwer Bedrijfsjuristen nr. 18 (1990), en de preadviezen van W.M. Kleijn c.s., Rijkels, voor de Vereniging 'Handelsrecht' (1989).

onderhoud van het object alsmede het risico bij de lessee, zodat deze het object ook zal moeten verzekeren, terwijl de lessor geen bemoeienis met de zaak meer heeft. De feitelijk enige relatie van de lessor met het object is dat hij daarvan de blote juridische eigenaar is, terwijl de economische eigendom bij de lessee berust. Deze is het niet te doen om tijdelijk gebruik maar om financiering van een object waarvan hij uiteindelijk ook de juridische eigendom zal verwerven.

Gelet op bovengenoemde kenmerken en wegens art. 7A:1576(h) lid 2 (overeenkomsten met dezelfde strekking als huurkoop) wordt financial lease in de regel beschouwd als een vorm van huurkoop, ofschoon na betaling van de laatste termijn de eigendom niet automatisch overgaat, doch eerst nog de koopoptie uitgeoefend moet worden. De kwalificatie van financial lease als huurkoop leidt er toe dat deze figuur in beginsel onder het Verdrag valt,<sup>73)</sup> afgezien van de specifieke huurkoopbepalingen als besproken in nr. 4.6. Met deze conclusie en in het bijzonder de concrete betekenis en uitwerking daarvan moet men echter voorzichtig zijn omdat een nader onderscheid gemaakt dient te worden tussen drie subtypen van financial lease.

##### 4.7.3 Financial lease met fabrikant

In diverse takken van industrie, met name die van computers, vrachtwagens, vliegtuigen en omvangrijke en kostbare machinerieën, ervaren fabrikanten dat zij hoe langer hoe minder in staat zijn hun produkten af te zetten via een recht toe recht aan koopovereenkomst met een directe betaling of een betaling uitgesmeerd over een korte periode, doch dat slechts kunnen doen via een financial lease constructie. Vergeleken met de twee hierna te bespreken subtypen is deze figuur voor wat betreft de toepasselijkheid van het Verdrag en de concrete uitwerking daarvan het eenvoudigst. Dit subtype komt overeen met de huurkoop als besproken in nr. 4.6. Afgezien van de typische lease/huurkoop aspecten,<sup>74)</sup> zijn op een financial lease met een fabrikant van toepassing de Verdragsregels, waarbij met name die van Deel III van belang zijn, zoals de regels omtrent aflevering en risico overgang, de conformiteitsbepalingen en de rechtsmiddelen van de lessee in geval van wanprestatie van de lessor, voorzover daarvan niet wordt afgeweken in de lease overeenkomst.

##### 4.7.4 Financial lease met een financiële instelling

###### 4.7.4.1 Algemene kenmerken

Voor een goed begrip van de complexiteit in verband met de toepasselijkheid van de CISG en de concrete uitwerking daarvan in geval van een financial lease met een financiële instelling is het noodzakelijk eerst de feitelijke gang van zaken te schetsen. Wanneer, bij dit subtype, een onderneming (de toekomstige lessee) besloten heeft een bepaald object aan te schaffen en dit wil laten financieren, zoekt hij eerst contact met een geselecteerde fabrikant, in jargon: de 'leverancier' of 'supplier'. Met deze leverancier treedt hij in onderhandelingen over de vereiste hoedanigheden en het beoogde gebruik van het object, fabrieksgaranties, de verdeling van aansprakelijkheid of de beperking daarvan, levertijden, de prijs en al het overige dat bij een koopovereenkomst te pas komt. Wanneer dan overeenstemming is bereikt, gaat de onderneming op zoek naar een financier, ofschoon het ook veel voorkomt dat de financier reeds in een eerder stadium in de transactie betrokken wordt. Deze financier kan zijn een aan een bank of aan de leverancier gelieerde instelling, of een onafhankelijke, in een bepaalde

<sup>73)</sup> Zie voorts noot 71.

<sup>74)</sup> Zie nr. 4.6. Overigens is art. 7A:1576h BW e.v. niet van toepassing op geregistreerde vliegtuigen en te boek gestelde schepen.



branche gespecialiseerde instelling. Indien de financier bereid is het object te financieren, komt vervolgens een koopovereenkomst tot stand, niet tussen de leverancier en onderneming, maar tussen de leverancier en de financier.<sup>75)</sup> Deze laatste gaat vervolgens een financiële lease met de onderneming/lessee aan. Deze lease heeft echter een geheel ander karakter dan die welke in nr. 4.7.3 besproken is. Wezenlijk is dat de lessor uitsluitend betrokken is in de financiering van het object, hetgeen ook uit het volgende blijkt. In zijn relatie tot de leverancier treedt hij niet op als een 'normale' koper: hij is als financier niet geïnteresseerd in de hoedanigheden van het object of het gebruik daarvan en oefent daarom ook een minimale invloed uit op de inhoud van de koopovereenkomst. Zoals we hierboven gezien hebben worden de onderhandelingen daarover gevoerd tussen de leverancier en onderneming/lessee en zijn zij het die in hoofdzaak de bepalingen van de koopovereenkomst vaststellen. De enige reden dat de koop (formeel) tot stand komt tussen leverancier en financier/lessor is dat de laatste de eigendom van het object wenst te verwerven, hetgeen vervolgens dient als zekerheid voor de nakoming van de verplichtingen van de onderneming/lessee onder de lease overeenkomst.<sup>76)</sup> In zijn relatie met de onderneming/lessee zien we iets overeenkomstigs: daarin vervult de financier/lessor niet de rol van een 'echte' (huur)verkoper. Dit blijkt uit de omstandigheid dat de financier in de lease overeenkomst stevast iedere aansprakelijkheid voor de hoedanigheden van het object uitsluit en dat de lessee verplicht blijft alle lease termijnen punctueel te voldoen ongeacht welke gebreken het object ook moge vertonen.<sup>77)</sup> Daartegenover draagt de lessor al zijn rechten uit zijn koopovereenkomst met de leverancier over aan de lessee, met uitzondering van het recht op eigendomsverschaffing. De gehele feitelijke afwikkeling van de koop geschiedt dan ook, zoals de bedoeling van alle betrokken partijen is, tussen leverancier en lessee. In geval van gebreken dient deze zich dan ook te wenden tot de leverancier die daarvoor jegens de lessee aansprakelijk is.<sup>78)</sup> Soms wordt dit nog versterkt door een derdenbeding ten gunste van de lessee in de koopovereenkomst tussen leverancier en lessor. Dit alles vindt zijn verklaring in de reeds eerder beschreven kenmerken.

#### 4.7.4.2 De CISG

Met de beschrijving van de gang van zaken bij een financial lease met een financiële instelling en het karakter daarvan liggen de fundamenten gereed voor de beantwoording van de vraag naar de positie van de CISG. Dat er bij deze transactie onder meer sprake is van een koopovereenkomst in de zin van het Verdrag leidt geen twijfel. Interessanter is de vraag tussen welke partijen die koop is gesloten met het oog op de toepassing van de CISG bepalingen, hetgeen tevens gevolgen heeft voor de toepasselijkheid van de CISG in verband met art. 1 CISG. Met het karakter van het hierbedoelde subtype verdraagt zich naar mijn mening niet een simpele vaststelling dat de CISG in zijn totaliteit van toepassing is op de koopovereenkomst tussen leverancier en financier/lessor en vervolgens ook op de lease/huurkoop verhouding tussen deze laatste en de lessee.

Beginnend met deze laatstgenoemde verhouding meen ik dat deze niet door de CISG

<sup>75)</sup> Het komt echter ook wel voor dat eerst een koop tussen leverancier en onderneming tot stand komt, gevolgd door een contractsovername door de financier. Deze constructie is meestal onnodig gecompliceerd en heeft tevens het nadeel dat de financier geen enkele invloed meer heeft op de bepalingen van de koop.

<sup>76)</sup> Voorzover er ooit enige gerede aanleiding heeft kunnen bestaan voor twijfel omtrent de geldige eigendomsoverdracht van de leverancier aan de financier/lessor in verband met art. 3:84 lid 3 BW, is die aanleiding komen te vervallen door het Sogelease arrest van HR 19 mei 1995, RvdW 1995, 116.

<sup>77)</sup> Vgl. art. 8(1) van de hieronder te bespreken Unidroit conventie.

<sup>78)</sup> Vgl. art. 10(1) Unidroit conventie.

beheerst wordt aangezien de lessor slechts als financier en niet als verkoper optreedt. Het valt ook niet goed in te zien welke bepalingen van de CISG relevant zouden kunnen zijn. Dat lijkt zelfs niet het geval te zijn indien aan het einde van de rit na betaling van alle lease termijnen en de uitoefening door de lessee van de koopoptie de lessor de juridische eigendom van het object dient te verschaffen.

Voor wat betreft de beantwoording van de vraag naar de rol van de CISG bij de koopovereenkomst lijkt het juist een functioneel/economische dan een formeel juridische benadering te kiezen. Er ontstaat dan een tweedeling. Daarbij gaat het niet zozeer om de vraag óf de CISG van toepassing is op de koop, maar om de vraag tussen welke partijen de CISG geldt. De rechtsverhouding tussen leverancier en financier/lessor bestaat in feite uit niets meer dan de verplichting van de leverancier tot verschaffing van de juridische eigendom aan de lessor en de verbintenis tot betaling door de laatste. Is dit voldoende om de CISG op die verhouding van toepassing te doen zijn? Die basis lijkt wat mager. Maar ook bij een bevestigend antwoord zouden slechts enkele van de CISG bepalingen van Deel III, namelijk die betreffende de twee genoemde aspecten, relevant zijn en dat zullen juist bepalingen zijn die niet zullen verschillen van het anders toepasselijke nationale recht. Wanneer ik mijzelf nu dwing tot een onomwonden antwoord, dan zou ik zeggen dat het beter is de CISG niet van toepassing te achten op de verhouding tussen leverancier en financier/lessor. Beslissend daarvoor acht ik dat de lessor zichzelf niet als een koper maar als een financier beschouwt en dat ook de leverancier zich hiervan bewust is, en dat anderzijds het toepasselijk achten van de CISG een in verregaande mate zinledig gebaar is. Wanneer men dogmatisch de verhouding tussen de leverancier en lessor onder het bereik van de CISG zou willen brengen, dan heb ik daar overigens geen moeite mee. Gevolg daarvan is wel dat men dan wel zelf het probleem omtrent de toepasselijkheid van de CISG in geografische zin zal moeten oplossen, waarover de laatste alinea van deze paragraaf gaat.

Wat betreft de verhouding tussen de leverancier en lessee roep ik in herinnering dat het gehele traject naar de koopovereenkomst, de bepaling van de inhoud daarvan en de afwikkeling een kwestie is die deze partijen aangaat. Tussen hen geldt naar mijn mening dan ook de CISG in volle omvang. Wat betreft Deel III leidt dit in zoverre uitzondering dat de vraag of ontbinding wegens wanprestatie van de leverancier mogelijk is weliswaar door de CISG wordt beantwoord (wezenlijke tekortkoming in de zin van art. 49 j. 25 CISG), maar dat de lessee dit recht niet zelfstandig kan uitoefenen. Daartoe is de instemming van de lessor vereist.<sup>79)</sup> Ontbinding zou immers leiden tot een verplichting van de lessor het object terug te geven aan de leverancier en daarmee zou de lessor zijn zekerheidseigendom verliezen. Dit is te meer bezwaarlijk nu de verplichting van de lessee de lease termijnen aan de lessor te betalen in stand blijft.

De algehele toepasselijkheid van de CISG tussen leverancier en lessee brengt tevens mee de toepasselijkheid van Deel II inzake de totstandkoming van de koop. Op het eerste gezicht is dit, ook voor mij, een merkwaardige conclusie dan wel vaststelling nu de koop, hoe men het wendt of keert, tot stand komt en gesloten wordt tussen leverancier en lessor. Bij nadere beschouwing blijkt deze frictie evenwel hoogstens dogmatische, maar nauwelijks reële problemen op te leveren. In de praktijk doet de vraag óf een koopovereenkomst tot stand is gekomen zich niet voor nu deze steeds en uitsluitend door middel van schriftelijke door leverancier en lessor ondertekende contracten gesloten worden. Waar wel geschillen over kunnen ontstaan is welke betekenis en gevolgen moeten worden toegekend aan eventuele mededelingen en toezeggingen van de

<sup>79)</sup> Vgl. art. 10(2) Unidroit conventie. Dezelfde regel geldt naar Nederlands intern recht.

zijde van de leverancier betreffende de hoedanigheid van het object en garanties die niet in het contract zijn opgenomen, en of algemene voorwaarden deel uit maken van de overeenkomst. Ook dit zijn kwesties die niet de verhouding tussen leverancier en lessor aangaan maar die tussen leverancier en lessee.

De bovenvermelde conclusie dat de verhouding tussen leverancier en lessor niet, en die tussen de leverancier en lessee wel wordt beheerst door de CISG heeft gevolgen voor de toepasselijkheid daarvan in geografische zin als bedoeld in art. 1 CISG. Bij de toepassing van die bepaling dient m.i. niet gekeken te worden naar de vestigingsplaats van de lessor, ofschoon deze formeel partij bij de koopovereenkomst is, maar naar die van de lessee als de economisch belanghebbende daarbij. Hieruit volgt dat indien, bijvoorbeeld, de leverancier en lessee in Nederland gevestigd zijn en de lessor in Frankrijk, de CISG niet van toepassing is, maar dat wel het geval is indien de lessee in Frankrijk en de lessor in Nederland gevestigd is.

#### 4.7.4.3 Unidroit Convention on international financial leasing

In de voetnoten is reeds enige malen gerefereerd aan dit Unidroit verdrag dat op 28 mei 1988 te Ottawa gesloten is.<sup>80)</sup> Het is inmiddels op 1 mei 1995 in werking getreden in Frankrijk, Italië en Nigeria. Blijkens de omschrijving in art. 1 ziet dit verdrag uitlopend op het subtype van lease als beschreven in dit nummer 4.7.4. Naast de bepalingen die het eigendomsrecht van de lessor, ook in de relatie met derden en in geval van faillissement van de lessee, onderstrepen, bevat het verdrag typisch leaserechtelijke bepalingen omtrent de verhouding tussen lessor en lessee, en tussen lessee en leverancier, waarnaar reeds enkele malen is verwezen.<sup>81)</sup> Op het terrein dat door de CISG bestreken wordt begeeft het Unidroit verdrag zich niet zodat beide in voorkomende gevallen naast elkaar kunnen worden toegepast, vgl. art. 90 CISG en art. 17 Unidroit verdrag.

#### 4.7.5 Sale en financial lease-back

Bij dit derde subtype verkoopt de lessee en draagt in eigendom over aan een financiële instelling/lessor een object dat reeds eigendom van de lessee was, om dat vervolgens terug te leasen. Aan deze constructie kunnen verschillende motieven ten grondslag liggen, zoals met name de wens van de lessee om herfinanciering van zijn onderneming en/of balansverkorting te bewerkstelligen of de mogelijkheid voor lessor en lessee fiscale voordelen en investeringspremies te benutten. Hierop hoeft nu niet nader te worden ingegaan. Het is voldoende vast te stellen dat dit type weinig of niets gemeen heeft een 'normale' koopovereenkomst. Op dit punt gebeurt in feite niets, behalve dat op papier, maar wel reëel de juridische eigendom overgaat van lessee naar lessor.<sup>82)</sup> Naar mijn gevoelen is het dan ook volstrekt zinledig om op de koop, die in deze financiële transactie besloten ligt, de CISG van toepassing te achten.

## 5. Een minpunt van het BW, twee van de CISG

### 5.1 Afnameplicht (?) in ons BW

Onder het regime van de CISG heeft de koper de plicht de zaken in ontvangst te nemen, zie art. 53, dat nader is uitgewerkt in art. 60 CISG. Doet hij dit niet, dan heeft de verkoper de normale rechtsmiddelen tot zijn beschikking waaronder een recht op schadevergoeding (art. 61(1) sub b), bijvoorbeeld wanneer de verkoper opslag-, behouds- of vervoerskosten heeft moeten maken, en het recht op ontbinding (art. 64). Een dergelijke verplichting, met de genoemde gevolgen bij niet-nakoming van die verplichting, bestond ook in de LUVI (art. 56), bestaat, bijvoorbeeld, in Duitsland (art. 433(2) BGB) en de *Common Law* landen. Een in algemene bewoordingen gestelde 'duty to cooperate' voor overeenkomsten in het algemeen is voorts vastgelegd in de Unidroit Principles for International Commercial Contracts, art. 5.3, en in de Principles for an European Contract Law (PECL), art. 1.107.<sup>83)</sup> Een specifieke plicht tot afname is evenwel niet opgenomen in ons art. 7:26 BW en schijnt ook niet in algemene zin in ons overeenkomstenrecht te bestaan.<sup>84)</sup> Hetzelfde geldt voor België en Frankrijk, maar die landen hebben ook geen grootschalige vernieuwing achter de rug. Ik heb niet kunnen achterhalen waaraan wij dit te danken hebben. De Parlementaire Geschiedenis van Titel 1 zwijgt hierover en dit is des te opvallender nu, zoals meermaals opgemerkt, deze Titel in het algemeen de LUVI volgt en de Parlementaire Geschiedenis in de regel vermeldt wanneer en waarom dat niet zo is. Ook al kan ik mij voorstellen dat voor een algemene verplichting tot het inontvangstnemen van de prestatie onvoldoende reden bestaat of dat zulks zelfs niet wenselijk is, dan had hierop een uitzondering kunnen worden gemaakt voor de koop. Dit klemt te meer nu naar Nederlands recht, anders dan onder de CISG, voor de afgifte door de verkoper bezitsverschaffing vereist is (art. 7:9(2) BW), hetgeen medewerking van de koper veronderstelt.<sup>85)</sup> De verkoper kan derhalve niet aan zijn afleveringsplicht voldoen indien de koper niet meewerkt.

Het aldus gecreëerde probleem heeft, teneinde aan de gevolgen daarvan te ontkomen, heel wat 'reparatie' wetgeving geëgd. Deze is geleid via de wat mij betreft moeizame weg van creditteursverzuim. Zo bepaalt art. 7:10 lid 2 BW dat het risico op de koper overgaat vanaf het moment dat hij in verzuim is met het verrichten van een handeling waarmede hij aan de aflevering 'moet'<sup>86)</sup> medewerken. Het ontbreken van een positieve plicht tot inontvangstneming heeft voorts geleid tot de noodzaak van de bijzondere bepalingen in art. 7:33/34 BW. Deze geven de verkoper in bepaalde omstandigheden alsnog het recht de overeenkomst te ontbinden indien de koper niet afneemt, namelijk indien aflevering op een bepaalde dag voor de verkoper essentieel is,<sup>87)</sup> of indien het achterwege blijven van inontvangstneming de verkoper goede grond geeft te vrezen dat de koopprijs niet betaald zal worden. Dergelijke bijzondere bepalingen

<sup>83)</sup> Het lijkt er evenwel op dat schending van deze plicht de wederpartij niet een recht op de normale rechtsmiddelen geeft, doch mogelijk tot een soort creditteursverzuim leidt, zie art. 7.1.2 Unidroit Principles en art. 3.101(3) PECL.

<sup>84)</sup> Zie Asser-Hartkamp, *Verbindenissenrecht* 4-1, 9e druk, nrs. 278a e.v., en Asser-Hijma, *Bijzondere Overeenkomsten*, 5-1, 5e druk, nr. 575 e.v., en nr. 623 e.v., beiden met bespreking van nuanceringen en beperkingen op de algemene regel.

<sup>85)</sup> Zie Asser-Hijma, t.a.p., nr. 290.

<sup>86)</sup> Bestaat er dan toch een verplichting aan de zijde van de koper of zoiets als een 'Obligendheid'?

<sup>87)</sup> Zie voor het problematische karakter van deze bepaling Asser-Hijma, t.a.p., nr. 627, die verzucht dat niets verloren zou zijn indien deze bepaling niet zou zijn opgenomen. En waarom? Omdat, zoals Hijma terecht opmerkt, wanneer afname essentieel is, het ook wel zo zal zijn dat, bij wijze van uitzondering op de regel, daartoe eveneens een verplichting bestaat.

<sup>80)</sup> De tekst is afgedrukt in *Revue Droit Uniforme* 1988 I, p. 134 e.v.

<sup>81)</sup> Een toelichting op dit Unidroit verdrag geeft Carsten, *Inkrafttreten der UNIDROIT-Konvention von Ottawa vom 28.5.1988 über Internationales Finanzierungsleasing*, *RfW* 1995, p. 265-268.

<sup>82)</sup> Het typisch Nederlandsrechtelijk probleem dat met art. 3:84 lid 3 BW is ontstaan is inmiddels opgelost door het in noot 76 genoemde arrest.

waren in de CISG niet nodig omdat de algemene bepaling voor ontbinding van art. 64 CISG daarin al voorziet. En hoe zit het bij ons met het recht van de verkoper op schadevergoeding, een recht dat, zoals gezegd, de verkoper onder de CISG in ieder geval wel toekomt? Art. 7:33/34 BW spreken niet over dat recht, terwijl onze algemene schadevergoedingsbepaling van art. 6:74 BW een tekortkoming veronderstelt in de nakoming van een verbintenis (tot inontvangstneming) aan de zijde van de koper die nu juist ontbreekt. Wij moeten ons nu behelpen met de wat mij betreft gewrongen constructie van schadevergoeding bij crediteursverzuim via art. 6:63 BW, dat dan weer doorverwijst naar art. 6:66-70 BW. Deze bepalingen leveren evenwel geen algemeen recht op schadevergoeding op. Dit is beperkt door de grenzen getrokken via de formule van de redelijkheid. Kan het ingewikkelder?

## 5.2 *Het vereiste van een prijsbepaling in de CISG, art 14(1); kneedbaarheid van tekst en Verdragsgeschiedenis*

De kwestie rondom het vereiste van een prijsbepaling in het aanbod stip ik aan niet alleen omdat het van direct praktisch belang is,<sup>88)</sup> maar ook omdat het laat zien hoe mistig en verwarrend de totstandkomingsgeschiedenis van de CISG kan zijn en hoe doelmatigheid en besef voor realiteit leidraad kunnen zijn bij de interpretatie van de CISG en de overeenkomst.

### 5.2.1 *Het vereiste van een prijsbepaling in art. 14(1) CISG tweede zin en de Verdragsgeschiedenis*

De CISG bevat een merkwaardige discrepantie, of op zijn minst een moeilijk te doorgronden regeling voor het geval dat het aanbod geen prijsbepaling bevat. Volgens art. 14(1) tweede zin van Deel II (Totstandkoming) dient in het aanbod, om voldoende bepaald te zijn, naast de zaaksomschrijving en de hoeveelheid ook de prijs uitdrukkelijk of stilzwijgend vastgesteld of bepaalbaar te zijn. Ontbreekt zo'n prijsbepaling, dan is het gevolg daarvan dat er geen geldig aanbod is gedaan en dat derhalve geen overeenkomst tot stand is gekomen. Daarnaast of daartegenover bevat art. 55 van Deel III (Gevolgen van de totstandgekomen koop) een bepaling, die samengevat op het volgende neerkomt: *'Wanneer de koop rechtsgeldig is gesloten zonder dat de overeenkomst in een prijsbepaling voorziet, worden de partijen geacht zich te hebben gehouden aan de prijs die in vergelijkbare omstandigheden in de betrokken branche wordt bedongen'*. Wat nu? Moet uit art. 55 van Deel III afgeleid worden dat het dan toch mogelijk is dat een koop tot stand komt zonder dat het aanbod voldoet aan het in art. 14(1) van Deel II genoemde vereiste omtrent een prijsbepaling?

Over de wenselijkheid van een gedetailleerde omschrijving in art. 14 CISG van wat een aanbod op zijn minst dient in te houden op straffe van niet-geldigheid, het nut van een bepaling als art. 55 en de onderlinge verhouding tussen die twee bepalingen is uitvoerig gedebatteerd.<sup>89)</sup> De meeste Westerse, maar ook vele niet-Westerse landen waren van oordeel dat de algemene omschrijving van een geldig aanbod in de eerste zin van art 14(1) voldoende was. Zij verklaarden zich tegen de gedetailleerde en dwingende regeling van de tweede zin, met als argument dat het dwingend vereiste van een prijsbepaling voor de praktijk te knellend is. Daarbij speelde ook zeker een rol dat het

<sup>88)</sup> Overeenkomsten waarbij niets over de prijs is afgesproken komen wel voor wanneer deze terloops via de telefoon of telefax zijn gesloten, zonder veel formaliteiten. Mij zijn ook gevallen bekend waarbij partijen zich dit zeer wel realiseerden, maar rustig doorgingen met leveranties in de verwachting dat zij er wel uit zouden komen.

<sup>89)</sup> Honnold, *Doc. History*, p. 32, 151-152, 344, 371, 411, 435, 496-497, 513-515, 584-588.

nationale recht van deze landen een dergelijke voorwaarde niet kent. Deze landen bepleitten dan ook ofwel het schrappen van de tweede zin of een aanpassing in die zin dat daaraan het dwingend karakter zou worden ontnomen. Vele Derde-Wereld landen waren daarentegen zeer gehecht aan de gedetailleerde en dwingende regeling uit het oogpunt van zekerheid. Hier speelde weer een rol dat deze landen beducht waren voor een schrapping of aanpassing omdat dat zou leiden tot een in de praktijk grotere betekenis van art. 55, die in de oorspronkelijke versie op de voet van art. 57 LUVI (overeenkomstig ons art. 7:4 BW) voorzorg in een prijsbepaling aan de hand van de prijzen die de verkoper ten tijde van de sluiting placht te bedingen. Als doorgaans importerende landen werd dit te nadelig geacht voor de koper. Enkele van deze Derde-Wereld landen waren dan ook voorstander van het schrappen van art. 55, zelfs in de uiteindelijke versie waarin niet wordt aangeknoopt aan de verkoper. Die suggestie haalde het bij lange na niet, aangezien het meer algemene gevoelen was dat art. 55 een nuttige functie vervult. De eerder genoemde voorstellen met betrekking tot de tweede zin van art. 14(1) konden evenmin rekenen op een meerderheid.

Daarmee bleef de vraag naar de verhouding tussen die twee bepalingen, nu naar het gevoelen van de meeste vertegenwoordigers sprake was van een tegenstrijdigheid. Sommige vertegenwoordigers, met name die van Westerse landen, bepleitten een aanpassing van de tweede zin van art. 14(1) in de richting van art. 55, andere, vooral die uit de Derde-Wereld landen, een aanpassing in tegenovergestelde richting. Ook waren er vertegenwoordigers die, gelet op de geconstateerde tegengestelde opvattingen, van mening waren dat men maar moest leven met de tegenstrijdigheid en dat de rechter wel een oplossing zou vinden. Een geheel andere benadering is die volgens welke tussen de twee bepalingen in het geheel geen tegenstrijdigheid bestaat omdat zij betrekking hebben op kwesties van verschillend niveau: art. 55 ziet uitsluitend op het geval dat één der partijen gevestigd is in een Staat die wel Deel III maar niet Deel II heeft geratificeerd en indien volgens het recht van die Staat een overeenkomst ook zonder prijsbepaling tot stand kan komen, aldus ook het Commentaar van het Secretariaat op de ontwerpakte van 1978.<sup>90)</sup> In die opvatting zou, in het geval dat ook Deel II van toepassing is, art. 14(1) een sluitende regeling geven, met het gevolg dat, wanneer het aanbod geen prijsbepaling bevat, geen koop tot stand is gekomen. Ook tijdens de Diplomatieke Conferentie van 1980 valt iets van die invalshoek te beluisteren, maar veel weerklink of merkelijk effect was er niet. Ondanks alle verwarring vermoed of, liever gezegd, vrees ik dat die benadering de juiste is.<sup>91)</sup>

### 5.2.2 *Het weginterpretieren van art. 14(1) tweede zin*

Hoe zijn de commentaren op de CISG hiermee omgegaan? Het heeft er veel van weg dat daarin het dwingend en sluitend karakter van de tweede zin van art. 14(1) wordt weggeschreven in de richting van een oplossing via art. 55. Ongetwijfeld speelt hierbij een rol dat het vereiste als te knellend en niet-doelmatig wordt ervaren en dat het nationale recht een meer algemene en werkbare regel bevat.<sup>92)</sup> Zie voor ons recht art. 7:4 BW, dat er van uitgaat dat, in geval van aanvaarding, wel een overeenkomst tot stand is gekomen en dat de koper een redelijke prijs dient te betalen waarbij rekening wordt gehouden met de door de verkoper gewoonlijk bedongen prijzen. Honnold is zeer luchtig. Hij stelt vast dat art. 14(1) tweede zin op zichzelf gelezen

<sup>90)</sup> Zie Honnold, *Doc. History*, p. 435.

<sup>91)</sup> Zo ook van de Paverd, p. 79.

<sup>92)</sup> Art. 2.1 van de *Undroit Principles for International Commercial Contracts* en art. 101 van de *Principles of European Contract Law* stellen evenmin als vereiste dat het aanbod een prijs(formule) bevat, doch volstaan met een algemene regel.

twijfel zou kunnen doen rijzen over het geldig bestaan van de koop bij het ontbreken van een prijsaanduiding, maar dat tijdens de Diplomatieke Conferentie een oplossing voor dat probleem is gevonden over de boeg van art. 55. Uit die bepaling, aldus Honnold, blijkt dat een koop ook tot stand kan komen zonder prijsbepaling door partijen.<sup>93)</sup> Volgens Bianca/Bonell is een voorstel zonder prijsbepaling weliswaar geen geldig aanbod, maar komt een geldige koop niettemin tot stand indien het voorstel wordt aanvaard en de 'aanbieder' niet onmiddellijk bezwaar maakt. In dat geval geschiedt de prijsbepaling volgens art. 55, zonedig via een royale toepassing van de criteria van art. 8(3) en 9 CISG.<sup>94)</sup> Ook van Caemmerer/Schlectriem<sup>95)</sup> en Staudinger/Magnus<sup>96)</sup> volgen in essentie deze weg.

### 5.2.3 Enige randopmerkingen

Ik schaar mij gaarne achter het weginterpretieren van art. 14(1) tweede zin in de genoemde commentaren. Wie zou durven volhouden dat, wanneer partijen overeenstemming hebben bereikt over de belangrijk(st)e elementen van de koop en wanneer partijen daaraan uitvoering hebben gegeven, waarbij met name is te denken aan verscheping van de produkten en de inontvangstneming daarvan, er desondanks geen koop tot stand is gekomen? Dat lijkt mij noch een realistische noch een doelmatige voorstelling van zaken. Partijen zelf zijn immers wel van een gesloten koop uitgegaan. Een conclusie dat geen koop tot stand is gekomen zou daarentegen kunnen leiden tot niet verdiende buitenkansjes. Bijvoorbeeld, de koper kan alsnog van de koop af, wanneer hij achteraf om hem moverende redenen van gedachte verandert, en de verkoper kan ontsnappen aan zijn schadevergoedingsplicht in geval van gebrekkige levering. Het grootste bezwaar is dat een reeds over de landsgrenzen heen uitgevoerde transactie teruggedraaid moet worden. Dat was precies de reden waarom tegen een al te vlugge ontbinding van de overeenkomst via het begrip 'wezenlijke' tekortkoming een dam is opgeworpen.

In dit soort situaties is het doelmatiger zich te concentreren op de vraag of en hoe op een bevredigende wijze in het ontbrekende element alsnog voorzien kan worden dan op de vraag of een overeenkomst tot stand is gekomen. Welnu, het antwoord op die vraag is reeds gegeven in art. 55: een prijsbepaling aan de hand van de gangbare prijzen voor vergelijkbare produkten in de betrokken branche. Dat hierbij niet het patroon van aanbod en aanvaarding zoals neergelegd in de tweede zin van art. 14(1) is gevolgd, kan hier niet aan afdoen. Het is bekend dat het al of niet totstandkomen van een overeenkomst in de praktijk veelal anders verloopt dan volgens het juridische patroon van aanbod en aanvaarding.

Overigens vrees ik dat de formule van art. 55 aanleiding zal geven tot praktische problemen daar waar vaste marktprijzen, zoals bij de handelskoop, ontbreken of waar geheel identieke produkten van verschillende producenten niet bestaan. De problematiek omtrent het ontbreken van een prijsafpraak zal zich ook juist kunnen voordoen bij produkten die door vele fabrikanten geleverd kunnen worden en in die zin vergelijkbaar zijn, maar toch niet geheel identiek zijn. Wat kost een potlood, een schroef, een ton KCO<sub>2</sub> amalgaam of een pot verf met bepaalde eigenschappen? Prijsverschillen duiden veelal op verschillen in kwaliteit, wijze van levering, etcetera, van welke

<sup>93)</sup> Honnold, p. 163, 164 bij art. 14 en p. 337 ad art. 55. Vermeldenswaard is dat volgens mijn lezing van de verslaggeving van de Diplomatieke Conferentie die oplossing allermint zo eenduidig was, vgl. de tekst hierboven.

<sup>94)</sup> Bianca/Bonell, ad art. 14, p. 141, 144, en ad art. 55, p. 407.

<sup>95)</sup> Rdn. 12 ad art. 14 CISG.

<sup>96)</sup> Rdn. 32-35 ad art. 14 CISG.

aard dan ook. Het overnemen van de gemiddelde prijs van een potlood, etc., met een bepaalde eigenschap is dan ook niet zonder bezwaren. De ontsnapping in art. 7:4 BW en art. 55 LUVI naar de gewoonlijk door de verkoper gehanteerde prijs is daarom zo gek nog niet.

Een geheel andere mogelijkheid is om al spoedig aan te nemen dat partijen stilzwijgend een prijsbepaling overeengekomen zijn. Op deze wijze is voldaan aan het vereiste als gesteld in de tweede zin van art. 14(1) en is een geldige koop volgens de in art. 14(1) vervatte regeling tot stand gekomen. Tegenstrijdigheid met art. 55 kan dan niet meer bestaan. Waar het bij dit soort kwesties natuurlijk op aankomt is de vraag wat die stilzwijgend overeengekomen prijsbepaling dan wel inhoudt. Er zijn in feite twee mogelijkheden: de door de verkoper gewoonlijk gehanteerde prijs of de marktprijs van vergelijkbare produkten. Het aannemen van de eerste mogelijkheid lijkt zeker gewettigd indien partijen reeds eerder zaken met elkaar gedaan hebben en daarbij de prijslijst van de verkoper of althans de door verkoper gehanteerde prijzen hebben gevolgd, eventueel met bepaalde kortingen. Is dat niet het geval, dan lijkt mij onder het regime van de CISG nauwelijks ruimte te bestaan voor die aanname, zeker gezien het bezwaar van niet-Westerse landen tegen die formule.

Hoe ligt de situatie indien partijen vóór de verscheping van de handelswaar zich realiseren de prijsbepaling over het hoofd gezien te hebben en zij het alsnog niet eens kunnen worden over de prijs? Moet men nu aannemen dat een koop tot stand is gekomen, waarbij de prijsbepaling door de aanvullende regel van art. 55 plaatsvindt, of moet men tot het tegendeel concluderen? Ik zou het laatste menen. Naar mijn gevoel is het zo dat, wanneer alsnog onenigheid ontstaat omtrent een zo belangrijk en niet eerder tussen partijen besproken element als de prijs en nog geen uitvoering is gegeven aan de overeenkomst, men zich nog bevindt in de fase van het al of niet sluiten van de overeenkomst. Een koop is dan niet tot stand gekomen. Het eerder genoemde argument ten gunst van een wel gesloten koop in het geval dat deze reeds was uitgevoerd, verkeert nu in zijn tegendeel. Het kan best zijn dat op deze manier een partij zich kan onttrekken aan een overeenkomst die hij bij nader inzien liever niet had willen sluiten, maar dan had de wederpartij maar beter moeten opletten. Deze benadering, waarbij ik de scheidslijn trek bij de al of niet uitvoering van de koop, zou ik ook voor ons interne recht willen bepleiten.

## 5.3 Battle of forms en de CISG

### 5.3.1 De casus

Het meest acute en controversiële probleem met betrekking tot met elkaar wedijverende algemene voorwaarden (A.V.) doet zich voor in de volgende, regelmatig voorkomende standaard casus:

Koper vraagt een offerte aan verkoper met betrekking tot zekere chemicaliën in een bepaalde hoeveelheid tegen een bepaalde levertijd (verzoek tot offerte, fase 1). De verkoper verstuurt zijn offerte volgens het verzoek en vermeldt de prijs. Onderaan de offerte staat de standaard, voorbedrukte verwijzing naar zijn A.V., die op de achterkant zijn afgedrukt (aanbod, fase 2). De koper 'aanvaardt' deze offerte via een bevestigingsformulier, waar onderaan een overeenkomstige mededeling is afgedrukt, namelijk de verwijzing naar kopers A.V. ('aanvaarding', fase 3).

Zeer tevreden met deze opdracht, verzendt de verkoper vervolgens de chemicaliën naar de koper (fase 4). De koper verwerkt dan de chemicaliën in zijn productiepro-

ces, evenwel, zo moet hij daarna vaststellen, met rampzalige gevolgen, hetgeen is terug te voeren op gebreken in die partij chemicaliën. De koper stelt dan een vordering in tot vergoeding van schade à fl. 100.000, inclusief de redelijkerwijs voorzienbare gevolgschade onder verwijzing naar zijn A.V.<sup>97)</sup> De verkoper betwist dit, eveneens met een beroep op zijn A.V., waarin de rechtsmiddelen van de koper zijn beperkt tot vervanging of restitutie van de koopprijs (à fl. 10.000), onder uitsluiting van iedere verdere aansprakelijkheid, dan wel op grond van de stelling dat in het geheel geen koopovereenkomst tot stand is gekomen. Is hier wel of niet een overeenkomst tot stand gekomen. Zo ja, is dat op basis van de A.V. van de verkoper of die van de koper, of zijn geen van beide van toepassing?

### 5.3.2 Art. 19(1) en 18 CISG

In het systeem van de CISG is de 'aanvaarding' van de offerte door de koper (fase 3) te beschouwen als een verwerping van die offerte en geldt de 'aanvaarding' als een tegenaanbod, zie lid 1 van art. 19.<sup>98)</sup> Dat tegenaanbod kan de verkoper uitdrukkelijk afwijzen, waardoor geen overeenkomst tot stand komt. Hetzelfde geschiedt indien de verkoper niet reageert, omdat stilzwijgen op zichzelf niet geldt als aanvaarding (van het tegenaanbod), zie art. 18(1) laatste zin. In de casus gaat de verkoper evenwel over tot verscheping van de produkten. En hier slaat de eerste zin van art. 18(1) toe.<sup>99)</sup> Van instemming (door de verkoper) met een (tegen)aanbod (van de koper) kan, afgezien van een verklaring, ook blijken door een andere gedraging, bijvoorbeeld, zoals hier, de verscheping van de chemicaliën. Zie daartoe ook lid 3 van art. 18. Het eindresultaat is dat wel degelijk een koopovereenkomst tot stand is gekomen, en wel op de A.V. van de koper. Dit staat bekend als de 'last shot' benadering: diegene van partijen die als laatste zijn A.V. van toepassing verklaart, trekt aan het langste eind.

### 5.3.3 De reactie en alternatieven

In de handboeken op de CISG wordt unaniem vastgesteld dat, in ieder geval als uitgangspunt, onder het regime van de CISG het eindresultaat inderdaad zo is als hierboven vermeld: een overeenkomst is tot stand gekomen, en wel, toegepast op onze casus, op basis van de A.V. van de koper (de 'last shot' benadering).<sup>100)</sup> Even eendrachtig zijn de geluiden van afkeer: het eindresultaat wordt ernstig betreurd en beschouwd als een manco van de CISG.<sup>101)</sup> Als beter alternatief wordt voorgesteld dat geen van beide A.V. van toepassing zijn, behoudens voorzover enige specifieke bepalingen van de twee sets A.V. met elkaar overeenstemmen. Dit leidt er toe dat de inhoud van de overeenkomst wordt bepaald door hetgeen partijen individueel overeenkomen zijn buiten de A.V. om en voor al het overige door de CISG als aanvullend recht (en dat is dus zeer veel), afgezien van eventuele gebruiken. Dit is de in het Duitse interne recht geldende oplossing, en dit schijnt ook de overheersende opvatting in

<sup>97)</sup> In inkoopvoorwaarden ontbreekt niet zelden een uitdrukkelijke bepaling omtrent verkoper's aansprakelijkheid voor gebreken. De reden is dat de koper tevreden is met het wettelijk systeem, d.w.z. dat van het interne recht of, in een internationaal geval, dat van de CISG.

<sup>98)</sup> Lid 2 verschijnt niet in beeld, omdat de 'aanvaarding' door de verwijzing naar de eigen A.V. wezenlijk afwijkt van het aanbod.

<sup>99)</sup> Zo lijkt het in ieder geval, doch zie hierna.

<sup>100)</sup> Honnold, nr. 170-170.4 ad art. 19 CISG, Bianca/Bonell, nr. 2.5 en 2.8 illustration 3, von Caemmerer/Schlechtriem, Rdn. 19-20, Staudinger/Magnus, Rdn. 20-25.

<sup>101)</sup> Slechts bij Bianca/Bonell blijft het bij het vaststellen van het eindresultaat.

Frankrijk en België te zijn.<sup>102)</sup> Enige Nederlandse schrijvers concluderen evenwel dat geen overeenkomst tot stand is gekomen, doch betreuren die uitkomst evenzeer. Een juistere oplossing zou zijn, aldus deze auteurs, dat wel een overeenkomst tot stand is gekomen en dat hetgeen waarover in ieder geval wel overeenstemming bestaat, wordt gecompliceerd door met alle factoren van het geval rekening te houden, waaronder de beide sets A.V., de respectievelijk belangen van partijen bij toepasselijkheid van hún A.V., de wijze waarop (de toepasselijkheid van) de A.V. ter kennis is gebracht van de wederpartij, etcetera.<sup>103)</sup>

### 5.3.4 Hoe zijn de alternatieven in de CISG in te passen?

Wanneer vastgesteld mag worden dat er een breedgevoeld onbehagen bestaat met betrekking tot het resultaat waartoe art. 19 CISG leidt, dan rijst de vraag hoe men via ontsnappingsconstructies daaraan binnen het systeem van de CISG kan ontkomen. In dit verband is de gedachte geopperd aan te nemen dat partijen stilzwijgend art. 19 hebben uitgesloten.<sup>104)</sup> Die constructie komt mij wel zeer geforceerd voor.

Een m.i. meer overtuigender benadering is om de vast en zekerheid met betrekking tot het bestaan van de 'last shot' regel in de CISG in twijfel te trekken. Daartoe kan gewezen worden op het feit dat de Verdragsgeschiedenis weinig aanknopingspunten biedt om voetstoots aan te nemen dat die regel zonder meer geldt. Er is eens een Belgisch voorstel geweest voor een nieuw lid 4 van art. 19 op basis van de in Duitsland geldende regel. Dat voorstel werd inderdaad afgestemd, doch zulks geschiedde zonder veel discussie en wegens complicaties van technische aard.<sup>105)</sup> Van der Velden merkt terecht op dat de gedelegeerden zich onvoldoende bewust waren van het belang van de problematiek en van het effect van het in art. 19 vervatte systeem.<sup>106)</sup> Hoogstens kan men zeggen dat de CISG de 'battle of forms' situatie geregeld heeft door het niet specifiek te regelen waardoor het algemene systeem van toepassing is, met als gevolg de wellicht niet (zonder meer) beoogde 'last shot' regel. Die regel is in ieder geval noch expliciet noch impliciet in art. 19 te vinden. Wanneer het dan inderdaad zo is dat de 'last shot' regel in de CISG voortvloeit uit een bedrijfsongevalletje bij de totstandkoming, dan wel dat het bestaan van die regel niet zonder meer kan worden aangenomen, dan is zeer goed verdedigbaar dat het wankel voetstuk van die regel geheel onderuit gehaald kan worden over de boeg van de voor de 'last shot' benadering cruciale regel van art. 18(1) CISG. Volgens deze bepaling kan, zoals gezegd, van instemming (met een tegenaanbod) ook blijken door een andere gedraging dan een verklaring. Zeer overtuigend acht ik van der Velden's argument, toegepast op onze casus, dat uit het verschepen van de produkten door de verkoper op zichzelf niet blijkt dat deze het tegenaanbod van de koper heeft aanvaard, voorzover het gaat om de A.V. van de koper.<sup>107)</sup> Het uiteindelijke resultaat is dat, daargelaten of de 'last shot' regel nu wel of

<sup>102)</sup> Zie het rechtsvergelijkende overzicht van De Ly en Burggraaf, in Contracteren in de internationale praktijk (Wessels en van Wechem ed.), Battle of forms en internationale contracten, p. 47, 56-65. In Engeland en de Verenigde Staten is het beeld diffuus, zie ook van der Velden, hierna geciteerd, p. 246-247. Zoals bekend, geldt in Nederland de 'first shot' benadering, tenzij de tweede declarant de A.V. van de eerste uitdrukkelijk afwijst, art. 6:225 lid 3 BW.

<sup>103)</sup> Zie met name van der Velden in zijn uitvoerige en diepgaande beschouwing over dit onderwerp, in Unification, Liber Amicorum J.G. Sauveplanne, Uniform sales Law and the Battle of Forms, p. 233, 242, 244-249, en voorts Sandee, Algemene Voorwaarden en Fabrikatenkoop, diss. 1995, p. 219 e.v.

<sup>104)</sup> Von Caemmerer/Schlechtriem, t.a.p., Staudinger/Magnus, t.a.p.

<sup>105)</sup> Zie Honnold's Doc. History, p. 509-510, 668.

<sup>106)</sup> t.a.p., p. 248.

<sup>107)</sup> t.a.p., p. 241, 245. Instemmend De Ly en Burggraaf, t.a.p., p. 49.

niet in de CISG besloten ligt, het geheel van art. 19 en 18 CISG geen specifieke oplossing aanreikt voor onze regelmatig terugkerende casus.

Tot slot vermeld ik dat in de rechtspraak onder de oude LUF, waar, evenals in de CISG, een specifieke regel voor de battle of forms ontbrak, geen eenduidige oplossing tot ontwikkeling is gekomen. Er zijn beslissingen waarin de koop gesloten werd geacht op basis van de A.V. van het tegenaanbod, die waarin de met elkaar wedijverende A.V. tegen elkaar werden weggestreept en die waarin werd beslist dat geen koop tot stand was gekomen.<sup>108)</sup>

### 5.3.5 Welk alternatief is het meest aantrekkelijk?

Waar iedereen, en terecht, het over eens is, is dat een koopovereenkomst tot stand is gekomen. De enige te beantwoorden vraag is wat de inhoud van die overeenkomst is. In ieder geval is het niet toegestaan om voor het gezochte alternatief zonder meer terug te grijpen op nationaal recht. De al of niet toepasselijkheid van A.V. bij schermutselingen tijdens de totstandkoming van de overeenkomst is immers een kwestie die wel in zijn algemeenheid, doch niet uitdrukkelijk (zo heb ik hierboven maar geconcludeerd) in het Verdrag is geregeld. Volgens de aansporing van lid 2 van art. 7 dient de oplossing in de eerste plaats gevonden te worden via de algemene beginselen van het Verdrag. Relevante algemene beginselen waaruit een oplossing valt te distilleren vermag ik niet te ontwaren, of het moest soms zijn het zeer algemene grondbeginsel van het streven naar uniformiteit. Enigszins omgevormd betekent dit dat naar een regel gezocht moet worden die, ook buiten het Verdrag om, op brede steun kan rekenen. Dan vallen onmiddellijk de onversneden 'last' en 'first shot' regel af. Van onze gekwalificeerde 'first shot' regel van art. 6:225(3) kan niet gezegd worden dat zij internationaal is doorgebroken, terwijl deze ook binnen Nederland niet op onverdeelde steun kan rekenen.<sup>109)</sup> De suggestie om de oplossing in handen te leggen van de rechter waarbij deze rekening dient te houden met alle factoren van het concrete geval, klinkt aantrekkelijk, doch is, zo vrees ik, moeilijk hanteerbaar, terwijl de consequenties daarvan weinig voorspelbaar zijn. Wat moeten partijen en raadslieden met een dergelijke regel wanneer zij in der minne tot een oplossing trachten te komen of hun kansen in een eventuele procedure als *ultimum remedium* willen inschatten? Blijft over de regel dat geen van beide A.V. van toepassing zijn voorzover zij tegenstrijdig zijn en dat de rechtverhouding van partijen gecompliceerd wordt door het aanvullend recht. In een internationaal geval is dat dan de CISG. Met grote voorzichtigheid zou men kunnen stellen dat, bij alle afvallers, die regel tenminste de breedste steun heeft. Van belang hierbij acht ik dat ook art. 2.21 van de Unidroit Principles for International Commercial Contracts die regel lijkt te bevatten.<sup>110)</sup> In zijn algemeenheid acht ook ik deze regel de meest aanvaardbare bij gebreke van een betere.

<sup>108)</sup> Zie Staudinger/Magnus, Rnd. 23 ad art. 19 CISG.

<sup>109)</sup> Zie Asser-Hijma, nr. 178.

<sup>110)</sup> Art. 2.21 (battle of forms): 'If both parties use standard terms and they reach an agreement except for those terms, a contract is concluded on the basis of the agreed terms and any standard terms which are common in substance unless one party clearly indicates in advance or later, without undue delay, informs the other that he does not intend to be bound by such a contract'. Daarbij begrijp ik het tweede gedeelte van deze bepaling aldus dat indien de 'tenzij' situatie zich voordoet, geen overeenkomst tot stand is gekomen. Maar geldt die regel ook indien de 'overeenkomst' reeds is uitgevoerd? Of moet men dat gedeelte zo verstaan dat, indien de overeenkomst is uitgevoerd, er nimmer sprake kan zijn van een 'without undue delay' gedane mededeling? Maar wat indien de mededeling bij voorbaat is gedaan?

### 5.3.6 Maar toch...

Ik vermoed dat in het algemeen zowel verkopers als kopers, wanneer de overeenkomst nu eenmaal is uitgevoerd, wel kunnen leven met de gedachte dat hun eigen A.V. niet van toepassing zijn, zodat zij geen beroep kunnen doen op hun eigen bepalingen omtrent, bijvoorbeeld, plaats en tijdstip van betaling, rente, de al of niet in gebrekestelling, tijdsduur voor het indienen van klachten, overmacht, het al of niet fatale karakter van overschrijding van leveringstermijnen, toepasselijk nationaal recht. Wat naar mijn ervaring voor verkopers evenwel nauwelijks aanvaardbaar is, is dat hun beperking van aansprakelijkheid tot herstel, vervanging of restitutie van de koopprijs niet meer van toepassing zou zijn. Bij onderhandelingen blijkt ook steeds weer dat verkopers op hun aansprakelijkheidsbeperking blijven insisteren, hetgeen ook verband houdt met de problemen van verzekeraarbaarheid van verdergaande aansprakelijkheid. Ook blijkt dat in het algemeen kopers uiteindelijk bereid zijn die beperking van aansprakelijkheid te aanvaarden, en meer in het algemeen de A.V. van verkopers te accepteren. Kennelijk is het risico van schade binnen de onderneming van de koper relatief gemakkelijker te verzekeren. De regel dat geen van beide A.V. van toepassing zijn werkt derhalve naar mijn vermoeden in het nadeel van de verkopers, zeker wanneer men bedenkt dat de meeste werkelijke geschillen als inzet hebben de aansprakelijkheid van de verkoper voor gebreken in de geleverde produkten. Vandaar ook het gekozen voorbeeld. Wellicht vormt dit in gevallen als het onderhavige extra aanleiding om eens indringend te toetsen aan het criterium van de voorzienbaarheid van de schade in art. 74 CISG.

Een tweede bedenking tegen de aan het slot van nr. 5.3.5. vermelde regel is dat geen rekening wordt gehouden met de duidelijkheid dan wel nadrukkelijkheid waarop een partij de wederpartij attendeert op zijn verwijzing naar zijn A.V. Dat element is van groot gewicht omdat de oorzaak van de problematiek omtrent de battle of forms in vele gevallen is terug te voeren op de omstandigheid dat, wegens het verscholen karakter van de verwijzing, partijen zich er niet van bewust waren dat zij beiden hun A.V. van toepassing hebben verklaard. Indien één der partijen zijn A.V. wel duidelijk dan wel uitdrukkelijk van toepassing verklaart en deze eventueel ook nog zijn afgedrukt op de achterkant van het aanbod of de aanvaarding/tegenaanbod of worden meegezonden, dan mag daar best een premie op staan. In dit opzicht is onze bepaling van art. 6:225(3) BW nog niet zo kwaad, zij het dat het element van nadrukkelijkheid in die bepaling zich slechts richt op degene die het aanbod aanvaardt (doch in feite een tegenaanbod doet). Ook in art. 2.21 van de Unidroit Principles wordt aan de duidelijkheid van de mededeling ('clearly') gewicht toegekend, ook al is dit kennelijk in een enigszins ander verband. Als een voorziet geef ik de volgende suggestie voor een regel die uitsluitend ziet op battle of forms gevallen als hier besproken.

'Indien beide partijen naar hun algemene voorwaarden verwijzen en zij overeenstemming bereiken behalve met betrekking tot die algemene voorwaarden, is, in het geval dat de overeenkomst is uitgevoerd, een overeenkomst tot stand gekomen op basis van de overeengekomen bepalingen en die bepalingen van beide algemene voorwaarden die in wezen met elkaar overeenstemmen. Indien evenwel één der partijen zijn algemene voorwaarden uitdrukkelijk van toepassing heeft verklaard (en deze ook zijn afgedrukt op of gevoegd zijn bij het aanbod of tegenaanbod), is de overeenkomst tot stand gekomen op basis van de overeengekomen bepalingen en die algemene voorwaarden'.

Bij deze suggestie voor een tekst trekt noch degene die als eerste, noch degene die als

laatste schiet aan het langste eind, doch degene die met open vizier zijn wederpartij onder vuur neemt. Over een antwoord op de vraag wat precies als een 'uitdrukkelijke' verwijzing heeft te gelden, wil ik niet te lang uitweiden. Het komt mij voor dat daaraan in ieder geval niet is voldaan indien het gaat om een standaard voorgedrukte verwijzing ergens onderaan het stuk. Daaraan is in het algemeen wel voldaan indien de verwijzing naar de A.V. op dezelfde wijze geschiedt als de vermelding van kernelementen, zoals de identiteit van de zaken, hoeveelheid, prijs, etcetera. Voor het stuk dat de aanvaarding (die dan in feite een tegenaanbod is) belichaamt, geldt mutatis mutandus hetzelfde. Aangezien in werkelijkheid de totstandkoming van een overeenkomst veelal anders verloopt dan via het juridisch model van aanbod en aanvaarding, zou wellicht ook bijzondere betekenis kunnen worden toegekend aan een uitdrukkelijke verwijzing naar A.V. in een uitnodiging tot het uitbrengen van een offerte (in onze casus fase 1). Onder uitvoering van de overeenkomst versta ik in ieder geval verschepping door de verkoper van de produkten en de inontvangstneming daarvan door de koper. Tot slot merk ik nog op dat de tweede zin niet van toepassing is waar beide partijen, dan wel geen der partijen aan het uitdrukkelijkheidsvereiste voldoet. De eis van een uitdrukkelijke afwijzing van de A.V. van de wederpartij, zoals in ons art. 6:225(3) BW, lijkt mij minder gewenst. Uit het oogpunt van gelijkheid zou dat vereiste dan ook dienen te gelden voor de degene die het aanbod doet. Deze weet echter nog niet of de andere partij ook A.V. hanteert, zodat de eis van een afwijzing bij voorbaat geforceerd aandoet.

## 6. Overmacht en 'hardship' (onvoorziene omstandigheden), art 79 CISG

### 6.1 Overmacht in art. 79 CISG

De op afstand langste bepaling van de CISG is art. 79 dat een regel geeft voor de figuur die bij ons bekend staat als overmacht. Met opzet hebben de Verdragopstellers deze term en de equivalenten daarvan in andere rechtssystemen zoals *force majeure*, *cause étrangère*, het Common Law begrip *frustration* en de Duitse *Unmöglichkeit/Zufall* vermeden teneinde zoveel mogelijk te voorkomen dat, bij toepassing van deze bepaling in de diverse landen, men te vlug en al te zeer beïnvloed zou worden door de eigen nationale concepties en bijklank. Vandaar dat gekozen is voor de nieuwe en neutrale term 'bevrijdende omstandigheden'.

De belangrijkste delen van art. 79 zijn lid 1 en lid 5. Lid 1 geeft een omschrijving van overmacht. In de eerste plaats dient het te gaan om een gebeurtenis die nakoming verhindert en die van buiten af komt en niet beheersbaar is (buiten de macht/beyond the control). Aan dit criterium is niet voldaan indien de gebeurtenis niet zozeer de toegezegde prestatie zelf in de weg staat, doch deze voor de debiteur bezwaarlijker maakt. In dit geval kan men op het terrein van 'hardship' komen, waarover nr. 6.4 e.v.. Voor toepassing van lid 1 is niet vereist dat nakoming in zijn totaliteit niet mogelijk is. Onder het overmachtsbegrip valt namelijk tevens het geval van gedeeltelijke niet-nakoming nu de tekst spreekt over een tekortkoming in de nakoming van 'any of his obligations'. Hierbij kan men denken aan het geval waarin de verkoper door een overheidverbod verhindert wordt een bepaalde contractueel overeengekomen verpakking te gebruiken of een bepaald ingrediënt aan het produkt toe te voegen.

Vervolgens stelt de bepaling drie nadere vereisten.

- Het eerste ziet hierop dat van degene die zich op overmacht beroept redelijkerwijs niet verwacht kon worden dat hij bij het sluiten van de overeenkomst met die verhindering rekening zou hebben gehouden. Met deze formulering verliezen enige aloude en overal bekende controversen hun belang, zoals de vraag of de verhinderende om-

standigheid ook betrekking kan hebben op gebeurtenissen die reeds bestonden ten tijde van het sluiten van de overeenkomst en het onvoorzienbaarheids criterium. Waar het bij art. 79 om gaat is of degene die zich op overmacht beroept rekening heeft gehouden met de verhindering en, indien hij dat niet heeft gedaan, of dat ook redelijk was, ongeacht of de verhindering reeds bij de contractssluiting bestond en of de verhindering (redelijkerwijs) onvoorzienbaar was.<sup>111)</sup>

- Voor degene die zich op overmacht beroept geldt als tweede nadere vereiste dat van hem redelijkerwijs niet kon worden verwacht dat hij de verhinderende gebeurtenis zou hebben vermeden. Door dit vereiste behoeft men zich niet meer te verdiepen in de vraag of de verhinderende gebeurtenis zich in absolute zin buiten de macht van de debiteur voltrokken heeft en zonder dat deze ook maar op enigerlei wijze invloed daarop had kunnen uitoefenen. Een voorbeeld. Zoals wij inmiddels uit recente ervaring weten, komen overstromingen of althans de acute dreiging daarvan in Nederland wel voor, met het noodzakelijke gevolg van evacuatie. In absolute zin zou ieder Nederlands bedrijf dat gevaar kunnen beheersen door om het eigen bedrijfsterrein aparte, metershoge dijken met pompinstallaties te bouwen. Maar dergelijke draconische maatregelen mag men (overigens om tal van redenen) natuurlijk niet verwachten.
- Tenslotte geldt als vereiste dat van de debiteur redelijkerwijs niet kon worden verwacht de gevolgen van de verhinderende gebeurtenis vermeden te hebben of te boven gekomen te zijn. Kortom, wanneer de gebeurtenis onvermijdelijk is, maar de debiteur wel degelijk in staat blijft zijn verplichtingen na te komen door het kiezen van alternatieven of alternatieve maatregelen, dan kan hij zich niet beroepen op overmacht. Aldus wordt ook op dit punt vermeden dat men zich de vraag dient te stellen of de gevolgen van de gebeurtenis in absolute zin onafwendbaar zijn. Twee voorbeelden. Een Nederlands bedrijf verkoopt produkten met een bepaalde chemische toevoeging en in een bepaalde verpakking aan een Turks bedrijf. Die toevoeging en die verpakking wordt vervolgens in Nederland verboden, doch een zusteronderneming in de Verenigde Staten kan dat produkt wel leveren. Er is dus een alternatief beschikbaar. Het kan ook zijn dat de Nederlandse onderneming gebruik maakt van een ander soort verpakking en toevoeging die in kwaliteit niet onder doen en die (laten we dat aannemen) voor de koper acceptabel zijn. De alternatieven in beide voorbeelden zullen ongetwijfeld duurder uitvallen. De vraag die in dergelijke gevallen dan steeds rijst, is of de debiteur gehouden is tot het gebruik maken van de alternatieven wanneer de kostprijs daardoor een beetje, aanmerkelijk, beduidend, drastisch, excessief, enzovoorts, oploopt. De beantwoording van deze vraag zal bij overmachtskwesties dikwijls centraal staan omdat in zeer veel gevallen van potentiële overmacht alternatieven in beginsel voorhanden zal zijn. De CISG trekt de scheidslijn via het redelijkheidscriterium. Persoonlijk zou ik er voor willen pleiten (ook voor het Nederlandse interne recht, waar hetzelfde vereiste gesteld wordt) die lijn niet te eng ten faveure van de debiteur te trekken. Is men te toegeeflijk, dan komt men in de praktische uitwerking al vlug op het gebied van 'hardship' dat in de CISG geen of een uiterst teruggedrongen rol speelt, zie hierna nr. 6.4 e.v. Voor wat betreft het Nederlandse interne recht moge het zo zijn dat die figuur in de vorm van 'onvoorziene omstandigheden' (in beginsel) wel erkend is, maar dat grote terughoudendheid betracht wordt.

Een geslaagd beroep op overmacht bevrijdt de debiteur alleen van zijn aansprakelijkheid voor schadevergoeding. Andere rechtsmiddelen, zoals met name prijsreductie en ontbinding blijven de crediteur ten dienste staan, zoals nog eens expliciet in lid 5

<sup>111)</sup> Als enige van de door mij geraadpleegde commentaren lezen Bianca/Bonell, nr. 2.6.3 ad art. 79 CISG, in dit vereiste wel het (redelijkerwijs) onvoorzienbaarheids criterium.

wordt verwoord. Een geslaagd beroep leidt er ook niet toe dat geen sprake meer is van een tekortkoming of dat de verbintenis komt te vervallen en nog minder dat de overeenkomst zelf teniet gaat of beëindigd wordt. Evenmin heeft de debiteur het recht de overeenkomst te ontbinden.

Zoals steeds, is ook art. 79 regelend recht. Partijen kunnen daarvan afwijken door een eigen regeling en in de praktijk geschiedt dit op grote schaal, met name wanneer algemene voorwaarden worden gehanteerd. Deze clausules bevatten in de regel een uitgebreide, maar niet-limitatieve opsomming van evenementen die als overmachtengebeurtenis hebben te gelden, gevolgd door een algemene formule. Het effect daarvan is vrijwel steeds dat de overmachtengebeurtenissen aan de zijde van de verkoper worden uitgebreid. Een mededelingsplicht als die van lid 4 van art. 79 CISG treft men ook veelal aan. De clausules regelen dan voorts de gevolgen van overmacht, waarbij dikwijls ook aan de debiteur/verkoper het recht wordt toegekend om de overeenkomst na verloop van een bepaalde periode te ontbinden. Daarentegen ontbreekt niet zelden een voorziening voor de vraag of en in hoeverre, gegeven de overmachtssituatie, de debiteur/verkoper gehouden is tot het treffen van alternatieve maatregelen. Dat is dan een kwestie van uitleg van de overmachtenclausule in zijn totaliteit. Ik zou mij kunnen voorstellen dat de eventuele fermheid van de clausule, het zwijgen over de gehoudenheid tot het nemen van alternatieve maatregelen en een eventueel recht voor de debiteur/verkoper de overeenkomst te ontbinden in hun totaliteit en in onderling verband een aanwijzing zouden kunnen vormen voor een interpretatie volgens welke de debiteur/verkoper niet of slechts in beperkte mate gehouden is de overmachtssituatie te boven te komen.

## 6.2 Overmacht van art. 79 CISG en vergelijking met Nederlands recht

Bij een vergelijking valt in ieder geval en onmiddellijk op dat de Nederlands interne bepaling van art. 6:75 BW<sup>112)</sup> uitblinkt in korthed en art. 79 CISG in gedetailleerdheid. Duidt dit nu ook op aanzienlijke verschillen? Ik meen van niet. Een zo beknopte en voor buitenlanders wellicht raadselachtige tekst als die van art. 6:75 BW vereist heel wat uitleg. Wanneer we er van uit mogen gaan dat die te vinden is bij Asser-Hartkamp,<sup>113)</sup> dan blijkt bij bestudering daarvan dat de vereisten voor een geslaagd beroep op overmacht sterk overeenkomen met die welke gesteld worden in lid 1 van art. 79 CISG. Ook de gevolgen van overmacht zijn dezelfde, namelijk beperkt tot een bevrijding van de aansprakelijkheid voor schadevergoeding zolang de overmachtssituatie zich voordoet. De aansprakelijkheid voor hulppersonen krachtens art. 6:76 BW is te vinden in lid 2 van art. 79 CISG. Een expliciete bepaling betreffende de aansprakelijkheid voor bij de uitvoering van de overeenkomst gebruikte zaken van art. 6:77 BW ontbreekt in art. 79 CISG, doch is begrepen te achten in het vereiste in lid 1, namelijk dat de verhinderende gebeurtenis van buiten af dient te komen. Anderzijds ontbreekt in ons recht de expliciete mededelingsplicht van lid 4 CISG. Een dergelijke plicht is in onze rechtspraak evenwel reeds zovele malen in zovele situaties aangenomen dat ik deze plicht als bedoeld in lid 4 van art. 79 CISG ook voor geldend Nederlands recht houd.

Volgens Asser-Hartkamp berust onze overmachtfiguur in grote lijnen op de schuld-

<sup>112)</sup> Art. 6:75 BW: Een tekortkoming kan de schuldenaar niet worden toegerekend, indien zij niet is te wijten aan zijn schuld, noch krachtens wet, rechtshandeling of in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komt.

<sup>113)</sup> Asser-Hartkamp, Verbintenissenrecht 4-II, 9e druk 1992, nrs. 309-355. Zie voorts speciaal met betrekking tot koop Asser-Hijma, Bijzondere Overeenkomsten 5-1, 5e druk 1994, nrs. 432-439.

leer, aangevuld met het risicobeginsel.<sup>114)</sup> Geen van beide begrippen komen voor in art. 79 CISG. Niettemin berust ook die bepaling op de afwezigheid van schuld. In voorafgaande ontwerp teksten kwam het criterium 'afwezigheid van schuld' wel voor, doch is al vrij spoedig geschrapt en wel om een aantal redenen. Voor Common Law landen en met name Engeland leverde dat criterium problemen op omdat aldaar afwezigheid van schuld op zich zelf geen overmacht oplevert, althans niet het leidend criterium is. Voorts bestond de vrees dat de rechter in Continentale stelsels vanwege de vertrouwde met dat criterium te vlug terug zou grijpen naar zijn interne recht. De belangrijkste overweging was evenwel dat de verwijzing naar afwezigheid van schuld overbodig was nu dit criterium reeds belichaamd was in en op objectieve wijze verwoord werd door de diverse vereisten als opgesomd in lid. 1.<sup>115)</sup> Art. 79 berust derhalve op de 'afwezigheid van schuld' leer.<sup>116)</sup>

Volgend op een korte omschrijving van de van oudsher bestaande tegenstellingen tussen de Common Law en Continentale stelsels wordt in Asser-Hijma herhaald, c.q. is blijven staan een zinsnede uit de eerdere bewerking van Asser-Schut, namelijk dat in LUVI en CISG voornamelijk aansluiting is gezocht bij het Engelse recht (doch met grotere mogelijkheden van bevrijding).<sup>117)</sup> Daaruit zou men de conclusie kunnen trekken dat er dus wel beduidende verschillen moeten bestaan met het Nederlandse recht. Uit het bovenstaande blijkt evenwel dat dat niet het geval is. Meer in het algemeen betwijfel ik ten eerste of de CISG meer of beter aansluit bij het Engelse recht.<sup>118)</sup> Er bestaan een aantal aanmerkelijke verschillen. Zo is, zoals vermeld, art. 79 CISG gebaseerd op de 'afwezigheid van schuld' benadering, terwijl het Engelse recht uitgaat van absolute aansprakelijkheid. Een belangrijk verschil is ook dat men bij het Engelse begrip van overmacht ('frustration') denkt aan de totale en permanente onmogelijkheid van de overeenkomst als geheel, in plaats van de, eventueel tijdelijke, overmacht van de verbintenissen of één daarvan aan de zijde van de debiteur. Hierdoor is frustration een veel beperkter begrip dan de overmacht van art. 79 CISG en Continentale recht. Hiermee samenhangend bestaat er ook een cruciaal verschil in rechtsgevolg. Frustration maakt van rechtswege een einde aan de overeenkomst, zodat ook de debiteur zich daarop kan beroepen en van zijn verplichtingen is bevrijd. Onder het regime van art. 79 CISG is dat niet het geval.<sup>119)</sup>

Dan nu twee mogelijke verschillen tussen het Nederlandse interne recht en art. 79 CISG.

– *Risicobeginsel en redelijkheid.* Het Nederlandse risicobeginsel kan ik niet terugvinden in de tekst van art. 79 CISG. Ook in de Verdragesgeschiedenis wordt hierover niet gerept.<sup>120)</sup> Men zou kunnen stellen dat die maatstaf ook ten grondslag ligt aan art. 79 CISG omdat, indien aan de daarin gestelde voorwaarden is voldaan, er geen toereke-

<sup>114)</sup> t.a.p., nr. 317.

<sup>115)</sup> Zie met name Honnold's Doc. History, p. 349.

<sup>116)</sup> Zie hierover met name Nicholas, Force Majeure and Frustration, 27 Am. Jo. Comp. Law 1979, p. 234, 237.

<sup>117)</sup> t.a.p. nr. 439 slot. Aldus ook Dölle, Kommentar zum Einheitlichen Kaufrecht, 1976, Rdn. 25 bij art. 74 LUVI.

<sup>118)</sup> Aardig is dat Nicholas, t.a.p., p. 231, 233, vermeldt dat de Engelse delegatie tijdens de LUVI conferentie van 1964 te kennen gaf dat de overmachtenbepaling in art. 74 LUVI overeenkwam met Engels recht, om vervolgens uitvoerig te beschrijven hoezeer deze Engelse delegatie door de schijn bedrogen was.

<sup>119)</sup> Zie uitvoerig over de verschillen tussen de Engelse frustration en de overmacht van art. 79 CISG het geciteerde artikel van Nicholas.

<sup>120)</sup> Op één uitzondering na, zie Honnold's Doc. History, p. 185, nr. 109, waar melding wordt gemaakt van een suggestie om de bepaling te redigeren vanuit de risico optiek. Daarbij is het gebleven.



ning aan de debiteur plaatsvindt. Maar zo moet het natuurlijk niet. Op die wijze kan men met evenveel (on)recht beweren dat ons risicobeginsel eigenlijk hetzelfde is als het redelijkheidscriterium van art. 79 CISG. Laten we het er maar gewoon op houden dat de twee systemen verschillende criteria hanteren, daargelaten of zulks ook daadwerkelijk tot verschillende uitkomsten leidt nu het ene criterium wel steeds een medebepalende factor zal zijn bij het andere criterium. Als ik het goed zie, dan ziet ons risicobeginsel met name op de al of niet toerekening aan de debiteur van de verhinderende omstandigheid. Op dit punt kan ik mij een daadwerkelijk verschil in uitkomst voorstellen. Het kan zijn dat voldaan is aan het vereiste van art. 79 CISG dat van de debiteur redelijkerwijs niet verwacht kon worden dat hij met het evenement rekening zou hebben gehouden, maar dat volgens het Nederlandse risicocriterium niettemin toerekening plaatsvindt op basis van verkeersmaatstaven. Of het risico- en toerekeningsbeginsel in het Nederlandse recht ook een rol speelt bij de beantwoording van de vraag in hoeverre de debiteur gehouden is alternatieven te ontwikkelen teneinde de gevolgen van overmacht te niet te doen, is (mij) niet duidelijk. Het zou wel eens kunnen zijn dat die vraag beantwoord wordt aan de hand van de redelijkheid, zodat op dat punt geen verschil met het Verdrag bestaat.

– *Onvoorzienbaarheid en redelijkerwijs rekening moeten houden met het evenement.*

Naar Nederlands recht geldt dat geen beroep op overmacht mogelijk is indien het evenement voorzienbaar is.<sup>121)</sup> Zoals in nr. 6.1 is vermeld, stelt art. 79 CISG als vereiste dat van de debiteur redelijkerwijs niet verwacht kon worden met dat evenement rekening gehouden te hebben. Deze benadering acht ik vooruitgang. Het vermijdt dat men komt te staan voor de nauwelijks te beantwoorden vraag of een bepaalde verhindering nu wel of niet voorzienbaar was: voor de eeuwige pessimist is ieder onheil voorzienbaar, terwijl de onverbeterlijke optimist van geen rampspoed wil weten. Natuurlijk, om zulke extremen gaat het bij het onvoorzienbaarheids criterium natuurlijk niet. Bepalend zal zijn wat 'redelijkerwijs' te voorzien is. Ook deze maatstaf levert echter zijn welbekende problemen op. Diezelfde problemen zullen zich overigens ook bij art. 79 CISG voordoen omdat daar dezelfde redelijkheidstoets wordt gehanteerd. Het object van die toets is echter een andere nu deze gericht is op de redelijkheid van het geen rekening hebben gehouden met de verhindering in plaats van het niet voorzien hebben van de gebeurtenis. Naar mijn gevoel bestaat het voordeel van art. 79 CISG dan hierin dat, bij de gelijkblijvende problemen op het punt van de redelijkheid, het object van die toets iets gemakkelijker te hanteren lijkt. Overigens zal het ontbreken van het (redelijkerwijs) onvoorzienbaarheids criterium in art. 79 CISG niet tot aanmerkelijke verschillen leiden. Naarmate een bepaalde gebeurtenis redelijkerwijs te voorzien is, ligt het eerder in de rede dat het ook redelijk is daarmee rekening te houden. Toch blijft er naar mijn gevoel een verschil bestaan. Ik kan mij voorstellen dat een bepaalde verhindering redelijkerwijs te voorzien was, maar dat dat niet automatisch betekent dat men daar ook redelijkerwijs mee rekening had behoren te houden. Zo weet ik, evenals menig ander, dat in het Caraïbisch gebied orkanen veelvuldig voorkomen, met name in september. Maar dit betekent nog niet dat ik er daadwerkelijk mee rekening moet houden dat een orkaan toeslaat juist op de dagen waarop en de plek waar ik moet nakomen. Onder het regime van de CISG lijkt het er dan ook op dat wat het onderhavige onderwerp betreft een beroep op overmacht (iets) eerder mogelijk zal zijn dan indien het onvoorzienbaarheids criterium gehanteerd zou zijn.

Mijn standpunt gevend heb ik tevens afdoende laten blijken van mijn onzekerheid omtrent de juistheid hiervan. Wellicht gaat het slechts om een kwestie van semantiek en komt het in werkelijkheid aan op de concrete toepassing van de twee verschillende

criteria, wars van subtiele en abstracte nuances. Zo lees ik bij Asser-Hartkamp dat het voorzienbaarheids criterium aldus verstaan dient te worden dat de verhindering *dermate* (cursivering R.B.) waarschijnlijk was te achten, dat een normaal, voorzichtig schuldenaar haar in zijn berekening zou hebben opgenomen.<sup>122)</sup> Met dit 'dermate' lijkt een beroep op overmacht toch weer heel wat gemakkelijker. Bovendien, indien dit voor de juiste formule gehouden mag worden, dan vraag ik mij af of wij het criterium van de (on)voorzienbaarheid niet beter kunnen vervangen door het kennelijke justere en beter hanteerbare criterium van de (on)waarschijnlijkheid. We zeggen dan tenminste wat we bedoelen. Maar wellicht zouden we er zelfs goed aan doen onmiddellijk door te stomen naar het (redelijkerwijs) rekening-moeten-houden criterium, dat tenslotte ook deel uit maakt van die formule. Dan slaan wij een aantal vliegen in één klap. Er bestaat dan congruentie met art. 79 CISG<sup>123)</sup> en genieten wij mee van de voordelen daarvan die ik hierboven voorzichtig schetste. Voorts wordt het mijns inziens ongerijmd grote verschil met art. 6:258 BW overbrugd. In tegenstelling tot overmacht<sup>124)</sup> gaat het bij die bepaling om 'onvoorzienbare' omstandigheden, d.w.z. niet in de overeenkomst verdisconteerde omstandigheden, ongeacht of die voorzienbaar waren.<sup>125)</sup> Mogelijkerwijs bestaat het verschil tussen overmacht en onvoorzienbare omstandigheden op dit punt dan hierin dat bij de eerste het criterium van het 'redelijkerwijs niet rekening behoeven te houden' zich richt op de debiteur, en dat de vraag of bepaalde evenementen niet in de overeenkomst zijn verdisconteerd beantwoord dient te worden vanuit de gezichtshoek van beide partijen.

### 6.3 Interpretatie en problemen bij toepassing van art. 79(1) CISG

Honnold noemt art. 79(1) één van de meest problematische bepalingen van het Verdrag. Hij stelt daarom voor om bij de toepassing en interpretatie daarvan steun te zoeken bij de 'common core' van de via rechtsvergelijking te vinden diverse nationale stelsels en bij overmachtsclausules zoals die te vinden zijn in in het internationale handelsverkeer gehanteerde algemene voorwaarden die opgesteld zijn door organisaties waarin zowel verkopers als kopers georganiseerd zijn.<sup>126)</sup> Deze suggestie acht ik gevaarlijk.<sup>127)</sup> Zeker, art. 79(1) is geen eenvoudige bepaling. Maar waarin liggen die problemen nu precies?

Mijns inziens zal men onderscheid dienen te maken tussen de problemen met betrekking tot het vaststellen van de criteria voor overmacht en de eventuele moeilijkheden van interpretatie daarvan enerzijds en anderzijds de problemen bij de toepassing van die criteria. Welnu, het vaststellen van die criteria kan en mag geen problemen opleveren: die zijn precies te lezen in art. 79(1) CISG. Daartoe behoeft en mag men niet te rade gaan bij het interne recht van de diverse stelsels, ook al zou daarin een 'common core' te vinden zijn. Dat betwijfel ik overigens, tenminste indien men zich ten doel stelt een 'common core' van criteria te vinden die niet geforceerd is en uitsteekt boven algemeenheden. Bovendien, is het niet zo dat de criteria van art. 79(1) reeds een

<sup>122)</sup> l.a.p., nr. 332.

<sup>123)</sup> En lopen wij bij voorbaat in de pas met art. 7.1.7 Unidroit Principles for International Commercial Contracts, en art. 3.108 Principles of European Contract Law.

<sup>124)</sup> Aldus Asser-Hartkamp, 4-II, nr. 332 slot.

<sup>125)</sup> Ik moet bekennen dat ik in mijn onwetendheid er reeds van uit gegaan was dat bij het Nederlandse overmachtbegrip het onvoorzienbaarheidsvereiste reeds lang vervangen was door het 'redelijkerwijs rekening houden met' dan wel het 'niet-verdisconteerd zijn' criterium totdat ik nr. 332 van Asser-Hartkamp opsloeg.

<sup>126)</sup> Honnold, no. 429 e.v.

<sup>127)</sup> Zie ook Bianca/Bonell, no. 3.3 ad art. 79 CISG, naar aanleiding van de nog veel ruimhartiger suggesties van Honnold in de eerste druk.

<sup>121)</sup> Asser-Hartkamp 4-II, nr. 332.

'common core' vertegenwoordigen? Dit wordt bevestigd door de omschrijving van overmacht in Publication No. 421 van de Internationale Kamer van Koophandel, art. 7.1.7 van de Unidroit Principles for International Commercial Contracts en in art. 3.108 van de Principles of European Contract Law. Die omschrijvingen komen nageoeg letterlijk overeen met die van art. 79(1) CISG.

Met betrekking tot de problemen van uitleg van de in art. 79(1) opgesomde criteria vraag ik mij af of die nu zo groot zijn. Wat mij betreft zijn deze duidelijk. Ik vrees eerder dat problemen gaan ontstaan wanneer men de criteria van art. 79(1) CISG tegen het licht van die van nationale rechtsstelsels houdt omdat dan onwillekeurig en onvermijdelijk omvorming ontstaat. Men zal al vlug geneigd zijn om, al interpreterend, te concluderen dat de criteria van art. 79(1) 'eigenlijk toch wel' dezelfde zijn als die van het eigen nationale recht of de veronderstelde 'common core'. Die kant moeten we beslist niet op.

Het probleem van art. 79(1) CISG is de term 'redelijkheid' waarmee die bepaling is doorspekt. Ofschoon het wellicht om een valse tegenstelling gaat, komt het mij voor dat het begrip 'redelijkheid' niet zozeer een probleem van uitleg als wel een probleem van toepassing in concreto stelt. Het is een kwestie van lijnen trekken en het zal dikwijls geen eenvoudige opgave zijn om te bepalen waar die lijn nu precies in een gegeven situatie moet komen te liggen. Die problemen rechtvaardigen evenwel niet een teruggrijpen naar een mogelijke 'common core' van het nationale interne recht. Het criterium 'redelijkheid' komt op vele plaatsen in de CISG voor en met betrekking tot die bepalingen wordt deze noodgreep ook niet, en terecht niet voorgestaan.

Mijn conclusie is dat het juister en beter is de criteria van art. 79(1) op een onbevangen wijze te volgen en toe te passen zoals zij in die bepaling zijn neergeschreven. Een zoektocht naar een 'common core' in de diverse rechtsstelsels is niet alleen onnodig, maar beschadigt waarschijnlijk ook de uniformering van het recht op basis van het Verdrag en het behoud daarvan. Te vrezen valt immers dat een dergelijke zoektocht dikwijls uitmondt bij het vertrouwde en daardoor geliefde eigen recht. Toepassing van het criterium 'redelijkheid' van art. 79(1) CISG zal ongetwijfeld voor veel hoofdbreken zorgen en er bestaat een reële kans dat verscheidenheid bij toepassing, met name tussen Engels (georiënteerd) recht en Continentaals recht, op dit punt op de loer ligt. Bestudering van rechtspraak uit andere landen, doch uitsluitend die welke gebaseerd is op de Verdragsbepaling en niet die ontleend aan intern recht, zal in de toekomst hopelijk dat gevaar verminderen.

Overigens zou ik er allerminst bezwaar tegen hebben indien ons intern begrip overmacht wordt geënt op dat van art. 79 (1) CISG. Het geeft een overzichtelijk lijstje van criteria.

#### 6.4 Hardship (onvoorziene omstandigheden)

##### 6.4.1 Omschrijving van het begrip

Hardship is een figuur die in het internationale handelsverkeer, met name in de context van langlopende contracten, sedert enige decennia tot ontwikkeling is gekomen. Met overmacht heeft het gemeen dat voor één der partijen nakoming bemoeilijkt wordt door externe omstandigheden. In de regeling van de Internationale Kamer van Koophandel als vervat in Publication No. 421 wordt hardship als volgt omschreven: 'the occurrence of events not contemplated by the parties which fundamentally alters the equilibrium of the present contract, thereby placing an excessive burden on one of the parties in the performance of its contractual obligations'. Art. 6.2.2. Unidroit

Principles for International Commercial Contracts definieert het begrip zo: 'There is a case of hardship where the occurrence of events fundamentally alters the equilibrium of the contract whether because the cost of a party's performance has increased or because the value of the performance a party receives has diminished, and a) the events occur or become known to the disadvantaged party after the conclusion of the contract; b) the events could not reasonably have been taken into account by the disadvantaged party at the time of the conclusion of the contract; c) the events are beyond the control of the disadvantaged party; and d) the risk of the events was not assumed by the disadvantaged party'.

Het onderscheidend criterium is dat bij overmacht de prestatie zelf direct en onmiddellijk verhinderd wordt, terwijl bij hardship nakoming op zich zelf niet verhinderd wordt en zeer wel mogelijk blijft, doch zulks excessief bezwaarlijk is. Deze tegenstelling is overigens niet een absolute. Verhindering bij overmacht is een relatief begrip. In vele gevallen kunnen althans de gevolgen daarvan worden opgeheven door het nemen van alternatieve maatregelen, zodat nakoming alsnog mogelijk wordt. Maar dat kan onredelijk bezwaarlijk zijn. Een ander voorbeeld van de vloeiende lijn tussen de beide begrippen is het geval van een acute en nijpende schaarste van bepaalde essentiële grondstoffen voor een produkt. Voor een deel zal zich dat vertalen in een weliswaar (sterke) prijsstijging van die grondstoffen, maar waarbij de productie op zich zelf niet (geheel) verhinderd wordt. Maar het kan ook zijn dat bepaalde producenten die grondstoffen in het geheel niet meer kunnen inkopen.

Wat men zich bij hardship moet voorstellen laat zich het eenvoudigst zeggen aan de hand van voorbeelden. Aan de zijde van verkoper kan men denken aan het geval dat de verkoper plotseling wordt geconfronteerd met een excessief scherpe stijging van de prijzen voor de benodigde grondstoffen en halffabrikaten; of aan het geval waarbij de verkoper zijn verkoopprijs zeer laag kon stellen wegens door de overheid verleende exportsubsidie die vervolgens wordt ingetrokken<sup>128)</sup>; en het geval van een West-Europese verkoper die zich heeft verbonden de verkochte zaken bij zijn koper in Iran in de loop van 1991 af te leveren en bemerkt dat zulks ondanks de uitgebroken oorlog nog wel mogelijk is, doch tegen een drastisch gestegen verzekeringspremie. Het interessante van hardship is dat die zich ook kan voordoen aan de kant van de koper. Bijvoorbeeld, de koper kan het aangekochte produkt (bestrijdingsmiddelen, asbest) niet gebruiken omdat dat door overheidsmaatregelen verboden wordt; de levering van de bestelde machines heeft zijn zin verloren doordat het fabriekscomplex van de koper in de as is gelegd of geteisterd wordt door burgeroorlog; of de levering van de aangekochte apparatuur is commercieel waardeloos geworden door het op de markt verschijnen van andere apparatuur met allerlei technische innovaties. Juist bij mogelijke hardship aan de zijde van koper spreekt het verschil met overmacht het duidelijkst: genoemde omstandigheden verhinderen de nakoming van de betalingsverplichting door de koper immers op geen enkele wijze.

<sup>128)</sup> Ontleend aan Rb. Rotterdam, 20 november 1990, KG 1990, 405, waar het ging om het wegvallen van staatsexportsubsidies van de voormalige DDR.

Het is hier niet de plaats en de tijd om nader in te gaan op het begrip 'hardship'. Daarvoor verwijs ik naar de literatuur.<sup>129)</sup> Het is voldoende om vast te stellen dat, waar en voorzover het fenomeen als zodanig in het nationale recht is erkend, uiterste terughoudendheid wordt betracht,<sup>130)</sup> en dat het rechtsgevolg in hoofdzaak is gericht op aanpassing van de overeenkomst door nadere onderhandelingen, en zo nodig door de rechter. Met name contractuele clausules bevatten meestal uitgebreide, gedetailleerde en meestal getrapte procedureregels voor aanpassing van de overeenkomst die dan slechts in laatste instantie uitmonden in een bindende arbitrale ingreep. Ontbinding van de overeenkomst in gevallen van hardship is een allerlaatste noodoplossing, waarbij enigerlei vergoeding voor het door de wederpartij ondervonden nadeel in het kader van een afwikkelingsregeling bepaald niet is uitgesloten.

#### 6.4.2 Hardship in het nationale recht

In het nationale recht is hardship als juridisch relevant begrip met zekere rechtsgevolgen erkend in Nederland (art. 6:258 BW), Duitsland (Wegfall der Geschäftsgrundlage), Italië (art. 1487 CC, 'eccessive onerosita sopravvenuta') en in de Verenigde Staten (art. 2-615 UCC, 'commercial impracticability', alsmede art. 261, 265 Restatement Contracts 2d).<sup>131)</sup> Ook in de hierboven reeds genoemde Unidroit Principles wordt hardship als juridisch relevant aangemerkt, art. 6.2.2, alsmede in de Principles of European Contract Law (PECL), art. 2.117(2).

Met betrekking tot Frankrijk en België wordt aangenomen dat hardship niet een zodanig juridisch relevant verschijnsel is, althans in het civiele recht, in tegenstelling tot het administratieve recht. Voorzichtigheid is hier geboden. Het is zeer wel denkbaar dat in deze en andere landen een soortgelijke oplossing wordt gevonden via een andere noemer, bijvoorbeeld uitleg van de overeenkomst, goede trouw of een opgerekt overmachtsbegrip. Met het omgekeerde moet ook ernstig rekening worden gehouden. Tussen het in beginsel erkennen van de figuur van hardship en de daadwerkelijke toe-

<sup>129)</sup> zie voor Nederland: Aser-Hartkamp, Verbintenissenrecht 4-II, 9e druk 1993, nos. 329-341, Dalhuisen, De betekenis van de 'hardship' clause, NJB 1976, p. 173-184, Van Dunné, De verplichting tot heronderhandelen in geval van 'hardship', in *Justitia et Amicitia* (1984), p. 117-136, dezelfde, in *Neth. Reports to the 12th Int. Congress of Comp. Law* (1986), p. 75-96, alsmede de artikelen van de Vries, WPNR 1990, p. 717-721, en Kw. Bericht NBW 1991, p. 35-37, Sichert, The legal effect of supervening events, AA 1994, p. 413-417, en in algemene zin Abas, *Rebus sic stantibus* (1989). Zie voorts op het internationale en vergelijkende niveau: Oppetit, *L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances: la clause de 'hardship'*, JDI 1974, p. 794-814, Schmitthoff, *Hardship and Intervener Clauses*, *Jo. of Bus. Law* 1980, p. 82-91, Lesguillons, *Frustration, Force Majeure, Imprévision*, *Wegfall der Geschäftsgrundlage*, DPCI 1981, p. 311-331, Delaume, *Change of circumstances and force majeure clauses in transnational loans*, DPCI 1981, p. 333-359, Fabre, *Les clauses d'adaptation dans les contrats*, *Rev. trim. dr. civ.* 1983, p. 1-30, Horn, *Changes in circumstances and the revision of contracts in some European laws and in international law, en Standard clauses on contract adaptation in international commerce*, beide in *Adaptation and Renegotiation of Contracts in International Trade*, Norbert Horn (ed.), *Studies in Transnational Economic Law*, vol. 3 (1985), p. 15-29, resp. p. 111-140. Dit boek is geheel gewijd aan het fenomeen 'hardship' naar nationaal recht en met betrekking tot contractuele clausules op dit gebied. het bevat voorts bijdragen met betrekking tot de Verenigde Staten (Buxbaum, p. 31-54), Zuid Amerika (Naon, p. 55-78), Zuid Oost Azie (Syquia, p. 79-98), Afrika en het Midden Oosten (El Sheikh, p. 99-107).

<sup>130)</sup> Zie voor Nederland HR 27 april 1984, NJ 1984, 679, HR 10 juli 1989, NJ 1989, 786, HR 19 november 1993, NJ 1994, 156, Rb. 's-Hertogenbosch 7 oktober 1991, KG 1991, 372, doch zie Rb. Roermond 1 juli 1993, KG 1993, 317, waar een beroep op art. 6:258 BW slaagde (sterke prijsval oud papier).

<sup>131)</sup> Voorts Egypte, art. 147 CC, Ethiopië, art. 3183 CC, Hongarije, art. 241 CC (bron: Schmitthoff, *Jo. of Buss. Law* 1980, p. 82, 84).

passing daarvan in een concreet geval bestaat een wereld van verschil. Zo is wel geconcludeerd dat de Amerikaanse bepaling van art. 2-615 UCC een dode letter is gebleven.<sup>132)</sup> Een ander voorbeeld is het Engelse begrip 'frustration'. Dit omvat 'impossibility', hetgeen vergelijkbaar is met het Continentale overmacht, en 'impracticability', hetgeen aan met name niet-Engelse auteurs voedsel heeft verschaft aan de veronderstelling dat Engels recht wel degelijk de figuur van hardship onderkent.<sup>133)</sup> Aan het begrip 'impracticability' is in de Engelse rechtspraak die betekenis gegeven dat het moet gaan om gevallen waarbij 'performance has become something radically different from what the parties contemplated when they entered into it', of waar 'to hold the parties to further performance would, in the light of changed circumstance, alter the fundamental nature of the contract' ('frustration of purpose'). Deze formules doen inderdaad sterk denken hardship. Men dient evenwel te bedenken dat deze formules worden gebezigd in gevallen waar sprake was van een verhinderende omstandigheid (overmacht) en de vraag rees in hoeverre alternatieve oplossingen, teneinde de gevolgen van de verhinderende omstandigheid te boven te komen, van de debiteur gevergd mochten worden, en in gevallen van post-overmacht. Ook in die situaties, waar dus eigenlijk geen sprake was van hardship in enge zin (de afwezigheid van een verhinderende omstandigheid) zoals hierboven omschreven, zijn genoemde formules niet of vrijwel niet in positieve zin toegepast. Waar dit wel geschiedde, berustte dat niet zozeer op de toepassing van het begrip 'frustration' of 'impracticability' uit het objectieve recht, doch op contractuele bepalingen, dan wel op de uitleg daarvan.<sup>134)</sup> Bij het voorgaande komt ook dat de Engelse rechter zich niet bevoegd acht tot aanpassing van de overeenkomst, hetgeen karakteristiek is voor hardship. De conclusie moet m.i. dan ook zijn dat het Engelse recht de figuur van hardship niet kent, althans niet in de betekenis die daaraan in andere landen wordt toegekend.

#### 6.4.3 Hardship en de praktijk

Hardship bevindt zich midden in een mijnenveld, met aan de ene kant het met name in het internationale rechtsverkeer zo belangrijke beginsel van rechtszekerheid en stabiliteit en aan de andere kant het beginsel van redelijkheid en billijkheid. Bij de beantwoording van de vraag of en in hoeverre de figuur van hardship zich ook voor daadwerkelijke toepassing leent past m.i. een tweedeling: gevallen waar, zoals bij grotere ondernemingen, interne of externe juridische adviseurs bij de opstelling van het contract worden ingeschakeld, en de gevallen waarbij dat niet zo is. Men kan er verzekerd van zijn dat genoemde adviseurs zich in belangrijke mate bezig houden met het voorzien van 'onvoorzienbare' situaties, met name bij langer lopende contracten. Men kan er evenzeer verzekerd van zijn dat zij daarin in het algemeen goed slagen. Deze gerichte aandacht vindt zijn weerslag door alle bepalingen van het contract heen.

<sup>132)</sup> Aldus Van Dunné, geciteerd in noot 129, p. 133.

<sup>133)</sup> In dit verband wordt nog wel eens verwezen naar *Krell v. Henry*, [1903] 2 KB 740, waar een overeenkomst voor het huren van een kamer met uitzicht op de Mall, teneinde van daaruit een goed zicht te hebben op de 'coronation' van Edward VII, werd ontbonden omdat deze kroning niet doorging. Afgezien van het excentrieke van het geval, is dit een slecht voorbeeld omdat in hetzelfde jaar in eenzelfde geval (het huren van een boot om een koninklijke vlootshow te bezichtigen, die niet doorging) de beslissing andersom uitpakte, *Herne Bay Co. v. Hutton*, [1903] 2 KB 683. Hetzelfde zien we in talloze andere beslissingen, vermeld in de in de volgende noot geciteerde literatuur, waar de prestatie voor de koper of huurder vrijwel waardeloos was geworden.

<sup>134)</sup> Zie voor het voorgaande Chitty on Contracts vol. 1, General Principles, 25 ed., Chapter 23, Chesire, Fifoot, Furnston's Law of Contract, 12 ed., Chapter 20, Collins, The Law of Contract, 2 ed., p. 274-280, Whincup, Contract Law and Practice (The English System and Continental Comparisons), p. 235-243, Anson's Law of Contract, 26 ed., Chapter XIV.

Voorts zijn er de bekende specifieke clausules, zoals prijsindexering ten gunste van de verkoper en annuleringsbepalingen voor de koper. In koersfluctuaties wordt voorzien door de talrijke technieken die de financiële markten daarvoor bieden. In de werkelijk onvoorzienbare situaties kan worden en wordt ook voorzien door contractuele hardshipclausules. Mijn conclusie is dan ook dat in gevallen waar sprake is geweest van juridische advisering wel haast iedere situatie verdisconteerd is, althans verdisconteerd geacht moet worden te zijn. Het kan natuurlijk wel zo zijn dat uit de overeenkomst onmiskenbaar blijkt dat partijen van de aanwezigheid, dan wel afwezigheid van bepaalde omstandigheden zijn uitgegaan. Dat is een kwestie van uitleg. Hiervan afgezien, wordt hardship wat mij betreft in feite beperkt tot die gevallen waar die advisering niet heeft plaats gevonden (en redelijkerwijs ook niet verwacht mocht worden) en ook dan blijft de normale 'grote terughoudendheid' in stand.

### 6.5 Hardship en de CISG

De CISG bevat geen, althans niet een onmiskenbare bepaling omtrent hardship. Met deze vaststelling dienen zich drie mogelijkheden aan.

a) Hardship is een in het geheel niet in het Verdrag geregeld onderwerp, dan wel een in algemene zin in Afdeling IV (Bevrijdende omstandigheden) geregeld onderwerp, doch waarover niet uitdrukkelijk is beslist, zodat men, bij gebreke van relevante algemene Verdragsbeginselen, mag terugvallen op nationaal intern recht (art. 7(2) CISG).

b) Art. 79 CISG dient aldus gelezen (opgerecht) te worden dat hardship onder die bepaling valt.

c) Het ontbreken van een bepaling omtrent hardship in art. 79 CISG, dan wel in de Afdeling IV (Bevrijdende omstandigheden) duidt er op dat daaraan geen rechtsgevolgen zijn verbonden.

Mogelijkheid a) dient zonder meer van de hand gewezen te worden. Blijkens art. 4 CISG heeft het Verdrag betrekking op contractuele aspecten van een koopovereenkomst, doch niet op kwesties zoals de geldigheid van de koop en eigendom. Hardship is een aangelegenheid die zonder meer onder het eerste valt. Daarentegen is het niet een in algemene zin geregeld onderwerp zonder dat daarover uitdrukkelijk beslist wordt in de zin van art. 7(2) CISG. Bij dit laatste dient men, bijvoorbeeld, te denken aan onderwerpen zoals rente: de verschuldigdheid daarvan bij te late betaling wordt geregeld in art. 78 CISG, de rentevoet evenwel niet. Daarvoor kan en moet men terugrijpen naar nationaal intern recht. Men mag derhalve niet de vergissing begaan om aan het feit dat een bepaald onderwerp dat wel binnen het algemene bereik van de CISG valt, maar niet specifiek geregeld is, de conclusie te verbinden dat er dus sprake is van een lacune dat door intern recht moet worden opgevuld. Het niet-regelen van een bepaalde situatie kan ook betekenen dat daaraan geen rechtsgevolgen verbonden zijn, zie mogelijkheid c).

Mogelijkheid b), namelijk het oprekken van art. 79 CISG zodanig dat hardship onder die bepaling komt te vallen, dient eveneens afgewezen te worden. Het vereiste van een 'verhinderend/impediment', als genoemd in die bepaling, in samenhang met de Verdragsgeschiedenis staat aan die ruime uitleg in de weg. Daarbij komt dat het Verdrag niet voorziet in de traditionele rechtsgevolgen van hardship, namelijk de plicht tot heronderhandelen en aanpassing van de overeenkomst. De inpassing van hardship in het Verdrag zou ook om die reden ernstige problemen opleveren.

Blijft over mogelijkheid c): het ontbreken van een bepaling over hardship, waar de verwante figuur van overmacht wel geregeld is, betekent dat daaraan geen rechtsge-

volgen verbonden zijn. De Verdragsgeschiedenis biedt aan deze veronderstelling steun.

### 6.6 Hardship en de Verdragsgeschiedenis

Gedurende het voorwerk tot het Verdrag is niet een afgebakende en doelgerichte discussie gevoerd omtrent het al of niet opnemen van een hardship bepaling. Uit de gedachtenwisselingen omtrent het begrip overmacht en de formulering van art. 79 CISG zijn nochtans voldoende duidelijke aanwijzingen te vinden die de conclusie rechtvaardigen dat onder het regime van de CISG geen rechtsgevolgen aan hardship verbonden worden. Centraal hierbij staat het vereiste van een 'verhinderend/impediment' in art. 79 dat kenmerkend is voor het klassieke begrip overmacht in tegenstelling tot hardship.

– Reeds in een vroeg stadium werd aan de orde gesteld of de huidige bepaling van art. 79 zou moeten refereren aan het begrip 'circumstances beyond the control' of aan het begrip 'impediments beyond the control'.<sup>135)</sup> De eerstgenoemde omschrijving is die van de LUVI (art. 74). Die omschrijving werd echter te ruim bevonden nu, naar algemeen werd aangenomen,<sup>136)</sup> deze niet alleen omvat omstandigheden die nakoming verhinderen, maar tevens persoonlijke omstandigheden die nakoming op zich zelf niet verhinderen, maar slechts bemoeilijken, zoals onvoorzien prijsstijgingen of de doorverkoop van produkten met gebreken die de verkoper redelijkerwijs niet had kunnen ontdekken. Het algemene gevoelen was dat de CISG zou moeten kiezen voor een beperkt begrip overmacht, althans beperkter dan dat van de LUVI. Daarom is toen een tekst voorgelegd waarin bewust werd gekozen voor het criterium 'impediment' in plaats van 'circumstances'.<sup>137)</sup> Die term is later niet meer ter discussie gesteld.

– Tijdens de Diplomatieke Conferentie in 1980 is van de zijde van Noorwegen het voorstel gedaan om ook aan de verkoper een ontbindingsrecht toe te kennen indien aan de overmachtssituatie een einde is gekomen, doch inmiddels de omstandigheden zozeer gewijzigd zijn dat nakoming een geheel andere verplichting zou opleveren. Een dergelijke post-overmacht bepaling kwam uitdrukkelijk voor in de LUVI, art. 74 lid 2. Dat voorstel werd afgewezen, met name onder aanvoering van Zweden en Frankrijk, omdat op die wijze de figuur van 'imprévision' (hardship) toch weer in het Verdrag zou insluipen, terwijl voor de bevrijdende omstandigheid van art. 79 ondubbelzinnig gekozen was voor het beperktere begrip overmacht in de zin van een verhinderende omstandigheid.

### 6.7 Conclusie en gevolgen

– Uit de Verdragsgeschiedenis blijkt dat het fenomeen hardship een punt van discussie is geweest, zij het dat die gedachtenwisseling een wat verscholen en weinig gericht karakter heeft gehad. Zo is niet duidelijk of alle gedelegeerden steeds een helder beeld

<sup>135)</sup> Se sessie van de Working Group (1974), Honnold's Doc. History, p. 185-187.

<sup>136)</sup> Zie het commentaar op art. 74 LUVI van Tunc, Dölle, Kommentar zum Einheitlichen Kaufrecht, 1976, Rdn. 101, van der Velden, LUVI, p. 162, Nicholas, t.a.p., p. 237, Secretariat Commentary, Honnold's Doc. History, p. 445. Hierop wijst ook dat de in een voorontwerp (1956) van de LUVI gebruikte term 'obstacles' uiteindelijk doelbewust vervangen werd door het ruimere begrip 'circumstances'.

<sup>137)</sup> Weliswaar is toen tevens een alternatief voorgelegd waarin, naast onmogelijkheid van nakoming, gesproken werd van een 'radical change as to amount to performance of an obligation quite different from that contemplated by the contract', doch van dat alternatief is sindsdien niets meer vernomen.

van de zeer beperkte reikwijdte van het begrip hardship (zeer uitzonderlijke, niet verdisconteerde gebeurtenissen resulterend in excessief nadeel) voor ogen stond, dan wel dachten aan alle gevallen waarin de overeenkomst door veranderingen in de markt of anderszins nadelig uitvalt. In ieder geval staat vast dat art. 79 CISG gericht is op het klassieke overmachtsbegrip en dat welbewust is besloten geen bepaling omtrent hardship (wat daar ook onder verstaan moet worden) in de Afdeling over Bevrijdende omstandigheden op te nemen. Een wat mij betreft duidelijke aanwijzing is ook en met name de bewuste keus voor de term 'impediment' in de tekst zelf, in plaats van het ruimere begrip 'circumstances'. Naar mijn gevoel dient de conclusie te zijn dat onder het regime van de CISG daaraan geen rechtsgevolgen verbonden zijn. De commentaren op de CISG zijn evenwel verdeeld.<sup>138)</sup>

– Het niet-toekennen van rechtsgevolgen aan hardship kan men betreuren of niet, maar men zal er toch mee moeten leven. Een vraag die men hierbij zou kunnen stellen is of toch niet voor een oplossing gezorgd kan worden over de boeg van de goede trouw, dat algemeen als een aan het Verdrag ten grondslag liggend algemeen beginsel wordt aangemerkt. Tegen die weg (truc) zou ik toch willen waarschuwen.<sup>139)</sup> Het gaat niet aan de eventueel betreunde gevolgen van het niet-erkennen van de figuur van hardship te omzeilen door die figuur van een ander naamkaartje te voorzien. Ook valt te vrezen dat zulks tot grote onvoorspelbaarheid en rechtsverscheidenheid zal leiden. Enerzijds zijn er landen die de figuur van hardship niet kennen en derhalve het ontbreken van een bepaling daaromtrent in de CISG ook niet als een probleem zullen ervaren, anderzijds zal men er ernstig rekening mee moeten houden dat onder de landen die dat begrip wel kennen aanmerkelijke verschillen bestaan in de concrete invulling en toepassing van dat begrip.

– Naar Nederlands recht geldt art. 6:258 BW als regel van dwingend recht, zie art. 6:250 BW. Beteekent dit nu dat, aangenomen dat Nederlands recht het overigens toepasselijke interne recht is, die bepaling het regime van de CISG doorbreekt? Beslist niet. In het internationaal privaatrecht geldt dat dwingende bepalingen van een bij de internationale casus betrokken land het toepasselijke recht (hier de CISG) niet terzijde vermogen te schuiven, tenzij het gaat om een voorrangsregel, en dan nog onder stringente voorwaarden, vgl. art. 7 van het EVO Verdrag. Ofschoon onzekerheid bestaat omtrent de vraag welke dwingende bepalingen in concreto als voorrangsregels beschouwd dienen te worden, staat wel vast dat niet iedere dwingende regel dat etiket verdient. Algemeen wordt aangenomen dat het moet gaan om regels van 'bijzonder' dwingende aard met veelal een semi-publiek karakter.<sup>140)</sup> Hieraan voldoet art. 6:258 BW m.i. beslist niet.<sup>141)</sup> Meer nog heeft te gelden dat door de CISG te ratificeren de Nederlandse wetgever de consequenties daarvan ook zal hebben te aanvaarden en ook heeft aanvaard.

– Hierboven in nr. 6.4.3. is er reeds op gewezen dat het kan voorkomen dat uit be-

<sup>138)</sup> Als in de tekst: Bianca/Bonell, nr. 3.1.2, van Caemmerer/Schlechtriem, Rdn. 39 (ofschoon in Rdn. 40 het in Rdn. 39 ingenomen standpunt wat wordt afgezwakt), Honnold, nr. 432.2 (doch niet zo ondubbelzinnig). Anders: Staudinger/Magnus Rdn. 24, Schlechtriem, p. 102. Opmerkelijk is overigens dat Bianca/Bonell, nr. 2.6.1, van Caemmerer/Schlechtriem, Rdn. 17, en Meijer, p. 158, 203, van mening zijn dat uit de wijziging van het LUVI begrip 'circumstances' in de term 'impediment' niet de conclusie mag worden getrokken dat de CISG voor een ander criterium heeft gekozen.

<sup>139)</sup> Doch zie Staudinger/Magnus, t.a.p., Rdn. 24, en van Caemmerer/Schlechtriem, Rdn. 40.

<sup>140)</sup> Zie Strikverda, Inleiding tot het Nederlandse Internationaal Privaatrecht, nr. 81, en Bertrams/van der Velden, nr. 7.

paalde contractuele bepalingen, zonodig in onderling verband, duidelijk blijkt dat beide partijen zijn uitgegaan van de aanwezigheid, dan wel afwezigheid van bepaalde omstandigheden. Wanneer de werkelijkheid dan later anders blijkt uit te pakken, kan zulks aanleiding zijn voor aanpassing van de overeenkomst. Die aanpassing vindt dan zijn grondslag in de overeenkomst zelf, en niet in het objectieve recht via de figuren van hardship of de goede trouw. Ook staat het ontbreken van een hardship bepaling in de CISG aan een aanpassing in de genoemde situatie niet in de weg aangezien het contract prevaleert boven de CISG. Of sprake is van een dergelijke gemeenschappelijke assumptie is een kwestie van uitleg. Men dient zich evenwel te hoeden voor iedere geneigdheid partijen te snel te veel toe te dichten. Hierbij komt dat bij iedere overeenkomst tal van gemeenschappelijke veronderstellingen met een meer of mindere mate van definiëerbaarheid kunnen leven, maar dat dat niet automatisch betekent dat, voor het geval van een anders uitvallende werkelijkheid, aanpassing van de overeenkomst partijen ook duidelijk voor ogen stond. Het ontbreken van een expliciete voorziening in de overeenkomst wijst in de eerste plaats op het tegendeel. Grote terughoudendheid is derhalve ook hier geboden.<sup>141)</sup>

– Is het nu zo dat onder het regime van de CISG geen enkele ruimte voor hardship bestaat? Dat behoeft wellicht niet zo te zijn. In nr. 6.4.1 is er op gewezen dat ondanks het op zich duidelijk onderscheidende criterium (verhinderende omstandigheid contra niet verhinderende, doch bezwarende omstandigheid) de scheidslijn tussen overmacht en hardship een vloeiende kan zijn. Het is daarom denkbaar dat, een mogelijke contradictio in terminis voor lief nemend, de in eerste instantie slechts bezwarende omstandigheid tevens een verhinderende omstandigheid oplevert, zodat het geval onder het overmachtsbegrip van art. 79 CISG komt te vallen. Maar ook hier geldt weer grote terughoudendheid.

### 6.8 De 'post-overmachtssituatie'

In nr. 6.6 kwam ter sprake het Noorse voorstel om in geval van een 'post-overmachtssituatie' ook aan de debiteur een recht op ontbinding toe te kennen indien na het einde van de verhinderende omstandigheid nakoming een geheel andere verplichting zou opleveren wegens inmiddels gewijzigde omstandigheden. Blijkens Honnold's Documentary History kon dat voorstel rekenen op de steun van een groot aantal landen: Nederland, Engeland, de Verenigde Staten, Duitsland, Australië, Italië en in beginsel ook Japan.<sup>142)</sup> Kennelijk onder aanvoering van Zweden en Frankrijk heeft dat voorstel om de genoemde redenen de eindstreep niet gehaald. Dit betreurt ik. Gelet op de uiteenlopende opvattingen met betrekking tot hardship acht ik het begrijpelijk dat daarover geen algemene bepaling in de CISG is opgenomen. Het Noorse voorstel was

<sup>141)</sup> Zie evenwel Hartkamp, Internationale overeenkomsten en nieuw dwingend recht, in 'Offerhaus-Kring 25 jaar (1987), p. 94, 97.

<sup>142)</sup> Stel dat een Nederlandse verkoper zich heeft verbonden om de verkochte bulkgoederen in Basel af te leveren, dat de desbetreffende afleveringsbepaling refereert aan vervoer per schip en dat de vervoerskosten in de prijs zijn inbegrepen en derhalve niet afzonderlijk in rekening zijn gebracht. Door overstroming wordt het scheepsvervoer over de Rijn gestremd, doch vervoer over de rails blijft mogelijk, zij het tegen aanzienlijk hogere kosten. Wat moet men met zo'n geval nu wel sprake lijkt te zijn van een gemeenschappelijke veronderstelling dat het vervoer per schip zou geschieden, maar niet van overmacht aangezien de verkoper de gevolgen van de verhinderende omstandigheid redelijkerwijs (ik neem dit aan) te boven kan komen? In het algemeen komt het mij voor dat voor een eventuele aanpassing van de prijs op zijn minst vereist is dat blijkt dat vervoer per schip een essentieel ingrediënt vormde dat een alternatieve wijze van vervoer uitsluit en dat tevens een rol behoort te spelen hoe aanzienlijk de vervoerskosten gestegen zijn. Het kan in ieder geval niet zo zijn dat de koper geacht mag worden er in toegestemd te hebben iedere stijging voor zijn rekening te nemen, in tegendeel.

qua strekking en gevolgen echter beperkt tot het specifieke geval waarin aan de hardship een overmachtssituatie was voorafgegaan.

In zijn preadvies vermeldt Meijer dat de verwerping van het Noorse voorstel niet betekent dat de pas naar een eventuele aanpassing wegens grondig gewijzigde omstandigheden na afloop van de verhinderende geheel is afgesneden. Die kwestie is overgelaten aan het overigens toepasselijke nationale recht. Daaraan voegt hij toe dat 'men er haast bij geweest moet zijn om het te weten'.<sup>143)</sup> Anderen zijn er kennelijk ook bij geweest en bevestigen dit.<sup>144)</sup> Deze terugverwijzing leidt er toe dat, aannemend dat Nederlands recht het overigens toepasselijke recht is, een eventuele aanpassing van de overeenkomst op basis van art. 6:258 BW in geval van een post-overmacht situatie niet strijdig is met het Verdrag.<sup>145)</sup>

### 6.9 Drie casusposities

Graag leg ik drie casusposities voor in de hoop dat U met mij meedenkt.

#### Geval 1

Koper koopt voor een bedrag van fl. 5.000 pesticiden die na sluiting van de overeenkomst, doch vóór aflevering in zijn land verboden worden. De verkoper beschikt over alternatieve bestrijdingsmiddelen. Mag de koper levering daarvan van de verkoper verlangen?

Van overmacht aan de zijde van de koper is geen sprake, nu niets hem belemmert te betalen. Daargelaten de vraag of, in verband met de mogelijke toepasselijkheid van de CISG, aan hardship in het algemeen rechtsgevolgen zijn verbonden, is daar evenmin sprake van aangezien het nadeel niet excessief is. Toch zou ik de vraag bevestigend willen beantwoorden. Een andere grondslag dan de goede trouw kan ik niet bedenken. Daarbij vergeet ik niet dat ik eerder te kennen heb gegeven op niet al te vriendschappelijke voet te staan met het fenomeen goede trouw. Maar liever inconsistent dan een bezwaard gemoed.

Als voorwaarde geldt wel dat de verkoper door het leveren van de alternatieve middelen geen nadeel mag ondervinden. Dat zou het geval zijn indien, wegens overheidsmaatregelen in een groot aantal landen, de verkoper de oorspronkelijke partij niet of tegen een lagere prijs elders kwijt kan raken. Het prijsverschil komt dan voor rekening van de koper.

#### Geval 2

Verkoper verkoopt plastic vaten waarin ter versteviging een bepaald chemisch middel is verwerkt. Dat middel wordt verboden (overmacht) en de verkoper biedt een alternatief aan dat, stellerwijs, in kwaliteit niet of nauwelijks onderdoet. De koper voelt hier niet voor, aangezien hij het oorspronkelijk produkt elders kan betrekken, zij het tegen een iets hogere prijs. Mag de koper ontbinden en heeft hij recht op schadevergoeding of dient hij het alternatief te accepteren?

Het probleem is dat ook voor ontbinding in geval van overmacht de voorwaarde geldt

<sup>143)</sup> p. 602-603.

<sup>144)</sup> Meijer, p. 162.

<sup>145)</sup> Zie de opmerkingen van de Zweedse gedelegeerde, Honnold's Doc. History, p. 602, Nicholas, t.a.p. 234, Schlechtriem, p. 102 noot 423. Vgl. ook von Caemmerer/Slechtriem, Rdn. 52, en Schlechtriem, zojuist geciteerd, die zelfs binnen het regime van de CISG aanpassing voor mogelijk houden.

dat de tekortkoming wezenlijk dient te zijn.<sup>146)</sup> In de aanname van deze casus lijkt dat niet het geval te zijn. Het probleem is evenwel dat dergelijke aannames in bedachte casusposities gemakkelijk zijn in te voeren. Ook in een beoordeling achteraf zal veelal op betrekkelijk eenvoudige wijze zijn vast te stellen of het alternatief in kwaliteit inderdaad gelijkwaardig is. Maar dat is niet de positie waarin de koper zich op dat moment bevindt. Die kan daarover zijn twijfels hebben, terwijl hij wel de zekerheid heeft dat hij de gewenste vaten elders kan betrekken. In andere gevallen dient ook bedacht te worden dat de eerste koper het gekochte wel eens kan hebben doorverkocht en hij niet geconfronteerd wenst te worden met discussies omtrent de kwaliteit met de tweede koper. Een recht op ontbinding komt hem dan ook naar mijn gevoel toe. In gevallen als deze zou ik iedere discussie over de al of niet wezenlijkheid van de tekortkoming willen ecarteren. Argumenten hiervoor zijn dat wij hier niet te doen hebben met een reeds uitgevoerde overeenkomst en dat de regels omtrent overmacht er niet toe mogen leiden dat de verkoper de koper een ander en niet gewenst produkt kan opdringen. Een recht op schadevergoeding komt de koper wegens overmacht m.i. niet toe. Ook dat is een reden om de koper dan tenminste een recht op ontbinding toe te kennen.

#### Geval 3

Als geval 2, doch nu accepteert de koper het alternatief. Dat alternatief blijkt toch van wat mindere kwaliteit te zijn. Kan de koper ontbinden of heeft hij een recht op schadevergoeding?

Deze casus zou ik niet meer als een geval van overmacht willen kwalificeren. Het gaat hier om een nieuwe overeenkomst, waarbij de koper plastic vaten van dezelfde kwaliteit mag verwachten. Nu het gebrek niet wezenlijk is, kan de koper niet ontbinden, maar heeft hij wel recht op schadevergoeding.

## 7 Ontbinding, art. 25, 49, 48 CISG

### 7.1 Inleiding

Ontbinding onder de CISG stelt de gebruiker voor formidabele problemen. Daar is allereerst het begrip 'fundamental breach' dat bij ontbinding een cruciale rol speelt, doch met weinig precisie in art. 25 is gedefinieerd en zich waarschijnlijk ook niet exacter laat omschrijven. Voorts is er de gecompliceerde structuur van art. 49 dat aangeeft in welke gevallen de koper een recht op ontbinding heeft. Dan is er de niet geheel duidelijke relatie tussen dat art. 49 en art. 48, waarin de verkoper de mogelijkheid wordt gelaten gebreken te herstellen.

Wie zou niet graag het definitieve artikel schrijven waarin voorgoed alle mysteries worden opgelost en volstrekte duidelijkheid voor alle gevallen wordt verschaft? Van een poging daartoe heb ik maar wijselijk afgezien, en niet alleen wegens een nijpend tijdgebrek. Wie de literatuuroverzichten bij deze bepalingen in de commentaren en vooral die in het Unilex program bij de CISG soms mocht raadplegen, zal de schrik om het hart slaan en begrijpen dat dat artikel nimmer geschreven kan worden.<sup>147)</sup> Hiervan nog afgezien, hoort men wel eens de verzuchting dat hoe meer men zich in

<sup>146)</sup> Zie voor een uitwerking hiervan naar Nederlands recht Asser-(Hartkamp, Verbintenissenrecht 4-1, nr. 354, en Meijer, p. 205.

<sup>147)</sup> De alternatieve ontbindingsmogelijkheid van art. 49 lid 1 sub b), namelijk waarbij de verkoper niet levert binnen een door de koper gestelde aanvullende termijn, kan niet bedoeld zijn voor overmachtsgevallen. Het stellen van zo'n termijn is immers zinloos omdat de verkoper zijn oorspronkelijke verbintenis nu eenmaal wegens overmacht niet kan nakomen.

deze materie verdiept, hoe minder men er van gaat begrijpen. Ik volsta daarom met een bewust kort gehouden (en hopelijk overzichtelijk) overzicht (nr. 7.2) en een suggestie voor een werkmodel (nr. 7.3), waarbij ik hoop dat deze bruikbaar zijn voor zowel praktijk als wetenschap. Nr. 7.4 betreft toekomstmuziek.

## 7.2 Overzicht

### 7.2.1 Fundamental breach, art. 25 CISG

Het begrip 'fundamental breach' speelt een belangrijke rol in het Verdrag. Het is van belang in verband met het recht van de koper op levering van vervangende zaken, art. 46(2), de overgang van het risico, art. 70, en met name in verband met ontbinding door de koper, art. 49.<sup>148)</sup>

Het eerste gedeelte van art. 25 geeft een omschrijving van fundamental breach (F.B.). Daarvan is sprake indien de tekortkoming 'results in such detriment to the other party as substantially to deprive him of what he is entitled to expect under the contract'. De omschrijving bevat drie elementen.

– Het element 'detriment' is op zichzelf ook nieuw. Het is beurtelings wel gekenschetst als 'vaag', 'subjectief' en 'objectief'. Uit de Verdragsgeschiedenis en volgens de commentaren heeft het in ieder geval een zeer ruime betekenis en is het niet beperkt tot het begrip 'schade', als, bijvoorbeeld, bedoeld in art. 74 m.b.t. tot schadevergoeding. In werkelijkheid gaat het om iedere vorm van nadeel. De Franse vertaling 'préjudice' in mijns inziens dan ook te verkiezen boven de Nederlandse 'schade'.

– Het tweede element geeft aan dat niet ieder nadeel F.B. oplevert, maar dat dit alleen zo is indien dit nadeel 'substantial' of 'aanmerkelijk' is. De cardinale vraag is natuurlijk 'hoe substantial' het nadeel moet zijn? De Verdragsgeschiedenis geeft hiervoor nauwelijks of geen leidraad en de commentaren en talloze publikaties kunnen dan ook niet anders constateren dan dat op dit punt grote onduidelijkheid bestaat en vele, uiteenlopende opvattingen mogelijk zijn. Hiermee is dan tevens het meest problematische aspect van de ontbindingsregel in de CISG aangegeven. In ieder geval staat vast dat niet noodzakelijk is dat de zaak voor de koper volstrekt waardeloos is, dat geen kwantitatieve maatstaf geldt (bijv. 'substantial' nadeel vereist altijd dat de afwijking meer is dan, b.v. 30% of 50%), en dat alle omstandigheden van het geval in aanmerking genomen dienen te worden. Bij alle onduidelijkheid constateer ik in ieder geval dat het hooghrenpelige fundamental breach gedefinieerd is als *substantial* detriment, hetgeen toch voor beduidend minder hooghrenpelig gehouden moet worden.

– Het element van substantial detriment wordt vervolgens gerelateerd aan hetgeen de koper uit hoofde van de overeenkomst mag verwachten. Dit wordt in de eerste plaats bepaald door hetgeen overeengekomen is en door eventuele gebruiken, doch ook hier dienen alle omstandigheden van het geval in aanmerking genomen te worden. Dit kan er toe leiden dat een ogenschijnlijk onbeduidend gebrek toch substantial is (zie voorbeeld f) in nr. 7.3.2) of, omgekeerd, dat een ogenschijnlijk substantial gebrek dat uiteindelijk niet is, zoals waar door de verkoper niet verzekerde zaken onbeschadigd aankomen.

De achtergrond voor het stellen van een zekere drempel aan de ernst van de wanprestatie is gelegen in het feit dat ongedaanmaking van de overeenkomst na ontbinding economisch en financieel niet verantwoord is bij kleine en onbeduidende gebreken.

<sup>148)</sup> Voor de mogelijkheid tot ontbinding door de verkoper is fundamental breach evenzeer van belang, zie art. 64. Dat recht is in de praktijk evenwel van minder belang, nu de verkoper in de regel nakoming, nl. betaling, zal vorderen, zeker wanneer de goederen reeds verscheept zijn.

Men denke hierbij met name aan de hoge kosten van terugvervoer of de zeer lage prijzen die bij verkoop ter plekke van de koper gerealiseerd kunnen worden reden.<sup>149)</sup> Deze achtergrond verklaart ook waarom in art. 49 twee situaties worden onderscheiden: in het geval dat niet geleverd is, kan de koper ontbinding bewerkstelligen ongeacht F.B., terwijl dat wel een vereiste is voor het geval dat de zaken vervoerd en afgeleverd zijn.

Art. 25 eindigt met een 'tenzij' bepaling: er is geen F.B. indien de wanprestant (verkoper) aantoont dat hij 'dit gevolg', d.w.z. de substantial detriment in het concrete geval, niet voorzien heeft en een redelijke persoon in dezelfde omstandigheden dat ook niet zou hebben voorzien. Er bestaat derhalve een ontsnappingsmogelijkheid voor de wanprestant, doch de voorwaarden zijn stringent door de bewijslast en de subjectieve plus objectieve test met betrekking tot de niet-voorzienbaarheid.

Tot slotte vermeld ik dat ontbinding nimmer van rechtswege plaats vindt. Daartoe is een mededeling vereist, zie art. 26.

### 7.2.2 Ontbinding ex art. 49 CISG

Volgens art. 49 lid I zijn er twee situaties waarin de koper een recht op ontbinding heeft: één waarbij het begrip fundamental breach centraal staat (sub a)), de ander waar de zogeheten Nachfrist een rol speelt, ongeacht fundamental breach (sub b)). Ik begin met deze laatste mogelijkheid.

– De sub b) situatie ziet uitsluitend op het geval dat op de overeengekomen leverdatum of na het verstrijken van de overeengekomen periode (b.v. levering tussen 15 september en 1 oktober) niet geleverd is. In dat geval kan de koper aan de verkoper een nadere termijn voor levering stellen (Nachfrist). Indien na het verstrijken van die periode nog steeds niet geleverd is, heeft de koper steeds de bevoegdheid tot ontbinding, ongeacht de vraag of de wanprestatie van de verkoper fundamental breach oplevert (F.B.). F.B. en de hierboven beschreven bijkomende problematiek van dit begrip spelen derhalve niet in de b) situatie. Vanuit de Nederlandse optiek dient men in dit verband niet de vergissing te begaan te denken dat uit deze bepaling zou blijken dat de CISG werkt met de begrippen verzuim en ingebrekestelling, zoals wij die kennen. Het stellen van een nadere termijn is slechts een bevoegdheid voor de koper om ontbinding te bewerkstelligen waaraan anders de eis van F.B. gesteld zou worden.

Volgens de verwijzing in lid 1 sub b) naar art. 47 lid 1 dient de door koper gestelde nadere termijn redelijk te zijn. Ook hier is niet duidelijk wat onder redelijk moet worden verstaan. Ik zou menen dat de maatstaf daarvoor in ieder geval niet kan zijn de optiek van verkoper. Het kan best zo zijn dat het voor de verkoper onmogelijk is om te leveren binnen de door koper gestelde nadere termijn van, zeg, 10 dagen, doch dat blijft het probleem van de verkoper, die immers toch al wanpresteert. Het kan niet zo zijn dat het tijdstip van de aflevering in feite bepaald wordt door hetgeen al of niet redelijk is vanuit het standpunt van de verkoper. Aan de andere kant mag de koper de termijn niet onredelijk kort stellen, dat wil zeggen korter dan voor hem werkelijk van belang is.

Indien de verkoper als nog binnen de gestelde nadere termijn levert, dan behoudt de koper in ieder geval zijn recht op schadevergoeding.

<sup>149)</sup> Wie kent trouwens niet het verschijnsel dat de oorspronkelijke koper op deze wijze kans ziet de zaken voor een prikje als nog te kopen?.

– De andere situatie waarin de koper kan ontbinden is het geval van sub a) van lid 1, namelijk waar de wanprestatie zodanig is dat sprake is van fundamental breach. Daarover is reeds iets gezegd in nr. 7.2.1. Meestal zal het gaan om situaties waar wél geleverd is, doch gebrekkig. Met nadruk dient echter vastgesteld te worden dat niet-tijdige levering op zichzelf F.B. kan opleveren. Dat doet zich met name voor bij de handelskoop, waar de regel time is of the essence geldt. In dat geval behoeft de koper dus niet eerst een nadere termijn als bedoeld bij sub b) te stellen en af te wachten of de verkoper niet als nog levert. Ook buiten de handelskoop laten zich gevallen denken waarbij niet-tijdige levering op zichzelf reeds F.B. is, bijvoorbeeld bij seizoengevoelige producten, zaken die bij een bepaalde gelegenheid gebruikt moeten worden (de bruidsjaponnen) of zaken die reeds zijn doorverkocht met een bepaalde levertijd. Tenzij bij deze andere gevallen het F.B. gehalte van de wanprestatie evident is, loopt de koper natuurlijk wel het risico dat een rechter achteraf zal oordelen dat, op het moment van ontbinding, nog geen sprake van F.B. was. De koper kan er daarom voor kiezen de veilige weg van sub b) te volgen. Hierbij speelt m.i. nog iets anders een rol. In verband met de algemene, op partijen rustende informatieplicht gaat het niet aan wanneer, na het verstrijken van de levertermijn, de koper stil zit en rustig geruime tijd laat verlopen teneinde de vertraging tot een voor koper wezenlijke vertraging te laten uitgroeien, om daarna de ontbinding uit te spreken. Het kan zeer wel zijn dat de verkoper zich niet realiseerde en zich ook niet behoeft te realiseren dat een zekere vertraging onaanvaardbaar voor koper was, en dat de verkoper, indien hij maar zonder onnodig dralen geïnformeerd was, ook onmiddellijk stappen ondernomen zou hebben. Evenals bij gebrekkige levering, geldt ook hier dat de koper zijn klachten zo spoedig mogelijk kenbaar dient te maken.

De koper dient binnen redelijke termijn van zijn bevoegdheid tot ontbinding gebruik te maken en dat aan de verkoper mede te delen. Deze regel wordt op een buitensporig en onnodig ingewikkelde wijze verwoord in lid 2 van art. 49. Lid 2 stelt namelijk koudweg dat het recht van de koper tot ontbinding – dat hij nu net via de moeizame weg van F.B. heeft verkregen – weer vervalt; om vervolgens te bepalen dat dat recht weer niet vervalt indien hij van zijn bevoegdheid binnen redelijke termijn gebruik maakt. Dit laatste wordt vervolgens op een zodanig ingewikkelde wijze uitgewerkt dat het zich niet laat samenvatten (of misschien zich ook niet laat begrijpen).

Tot slot vermeld ik nog dat, indien de zaken zijn geleverd en de gebreken niet van dien aard zijn dat zij F.B. opleveren, de koper, anders dan onder de LUVI/EKW, niet de bevoegdheid toekomt om ontbinding te bewerken door het stellen van een nadere termijn voor herstel als bedoeld in lid 1 sub b). Die extra mogelijkheid ongeacht F.B. bestaat alleen in geval van niet-levering.

### 7.2.3 De verhouding tussen art. 48 en 49 CISG

Volgens art. 49 heeft de koper het recht om onmiddellijk tot ontbinding over te gaan indien de gebreken zodanig zijn dat sprake is van F.B. Ingevolge art. 48 heeft de verkoper het recht om eventuele gebreken als nog te herstellen met inachtneming van de in die bepaling genoemde voorwaarden. De vraag rijst dan naar de verhouding tussen die twee bepalingen. Een eerste belangrijke aanwijzing daarvoor zijn de beginwoorden van art. 48: subject to art. 49. Dit zou er op duiden dat de bevoegdheid van de verkoper tot herstel op geen enkele wijze afbreuk doet aan de bevoegdheid van koper om

onmiddellijk tot ontbinding over te gaan. Toch is dit niet zonder meer het geval.<sup>150)</sup> Kort samengevat komt het hierop neer dat kopers recht op ontbinding wordt opgeschort indien de koper de zekerheid (en dus niet een beetje zekerheid) heeft dat de verkoper ook daadwerkelijk op genoegzaam korte termijn de gebreken herstelt. Factoren die hierbij van belang zijn, zijn, onder meer, de mate van herstelbaarheid van de gebreken, de ervaring van koper met de verkoper, de snelheid en het actieve en vertrouwenwekkend karakter van verkopers response op de ontstane situatie en de overige in art. 48 genoemde factoren. Kortom, van de verkoper wordt zeer veel verwacht.

### 7.3 Een suggestie voor een werkmodel en voor enige algemene gezichtspunten met betrekking tot fundamental breach

Bij alle ingewikkeldheden in verband met ontbinding is het wellicht nuttig, met name voor de praktijk, een suggestie te doen voor een werkmodel. Het gaat hierbij inderdaad om niet meer dan een suggestie en het pretendeert niet, en kan dat ook nimmer doen, volledig sluitend te zijn en in alle situaties te voorzien. Daarna geef ik enige suggesties voor algemene gezichtspunten met betrekking tot fundamental breach.

#### 7.3.1 Werkmodel

A. Er is niet geleverd op het overeengekomen tijdstip.

1. Indien vaststaat dat er ook niet geleverd zal worden, b.v. wegens faillissement van de verkoper, overmacht of blijkend uit een verklaring van de verkoper, dan kan onmiddellijk de koop ontbonden worden. Niet-levering levert steeds fundamental breach (F.B.) op in de zin van lid 1 sub a) en het is niet nodig een nadere termijn volgens lid 1 sub b) te stellen.

2. Indien levering op zichzelf nog mogelijk is, doch ingevolge de overeenkomst of gebruik de regel time of the essence geldt, dan kan de koop eveneens onder a) onmiddellijk worden ontbonden.

3. Indien die regel niet geldt, kan in beginsel door tijdsverloop de (nog) uitgebleven levering uitgroeien tot F.B., zodat alsdan ontbinding onder a) mogelijk is. In de regel zal dit evenwel niet het geval zijn, te meer daar van de koper verwacht mag worden dat hij de verkoper tijdig bericht omtrent zijn klachten betreffende de (nog) uitgebleven levering. Het verdient derhalve aanbeveling de weg van b) te kiezen (het stellen van een nadere, fatale termijn).

B. Er is geleverd, doch met vertraging

– Indien de regel time is of the essence geldt, levert deze vertraging F.B. op en kan de koper ontbinden onder a).

– Indien die regel niet geldt, is in de regel waarschijnlijk niet sprake van F.B., omdat, indien tijdige levering voor de koper van wezenlijk belang is, van de koper verwacht had mag worden dat hij zonder dralen contact met de verkoper zou hebben opgenomen of een nadere fatale termijn gesteld zou hebben, zie A.3. Slechts overschrijding van die termijn geeft een recht op ontbinding onder b)

C. De afgeleverde zaken hebben gebreken.

1. Indien de gebreken in beginsel hersteld kunnen worden en indien aan de stringente voorwaarden genoemd in nr. 7.2.3 is voldaan, mag de koper (nog) niet ontbinden.

<sup>150)</sup> Zie hierover in het bijzonder Bianca/Bonell, nr. 2.1.1.1.1 ad art. 48.



Wanneer de verkoper daadwerkelijk de gebreken herstelt binnen de door de koper gestelde termijn, kan de koper daarna vanzelfsprekend niet meer ontbinden, doch behoudt hij zijn eventuele recht op schadevergoeding wegens, b.v., vertraging. Waarschijnlijk geldt het voorgaande ook wanneer de koper de gebreken zelf kan laten herstellen en de vergoeding van de kosten door de verkoper is zekergesteld.

2. Indien de gebreken niet voor herstel vatbaar zijn, of indien niet aan de in nr. 7.2.3 genoemde voorwaarden is voldaan of indien herstel niet plaats vindt binnen de door koper gestelde termijn, mag de koper ontbinden indien het gebrek wezenlijk is.

D. Er is een tekortlevering.

Indien volledige levering niet van wezenlijk belang is, zal een tekortlevering geen F.B. opleveren, zie ook art. 51(1). Dit kan anders zijn indien, b.v. de verkoper niet bereid of in staat is tot nalevering op korte termijn van het ontbrekende ondanks kopers verzoek daartoe. Dat verzoek kan immers een aanwijzing zijn dat volledige levering van wezenlijk belang is, terwijl het niet zo kan zijn dat de verkoper in feite de vrijheid heeft een koop voor 100 eenheden eenzijdig te veranderen in een koop voor 70 eenheden, met schadevergoeding als slechts enige sanctie.

E. Er is een aliud levering.

Dit resulteert in de regel in F.B. zodat ontbinding onder a) mogelijk is. Dit is anders indien de onder C.1 genoemde situatie zich voordoet, en mogelijk ook indien de koper een tussenschakel in de distributieketen is en de aliud zaken op betrekkelijk eenvoudige wijze kan afzetten.

F. Koop met deelleveranties.

Bij wijze van voorbeeld wordt gesteld dat de koop voorziet in 12 maandelijks leveranties, waarbij de eerste 6 conform de overeenkomst zijn uitgevoerd.

1. Indien de leveranties 7 en 8 op enigerlei wijze niet-conform zijn, geldt voor die leveranties hetgeen hierboven onder A t/m E is gesteld, zie art. 73(1). Voorzover met betrekking tot de leveranties 7 en 8 een recht op ontbinding bestaat, volgt daar niet uit dat de overeenkomst ook voor wat betreft de eerdere leveranties ontbonden kan worden. Dit is slechts het geval indien er een bepaald onderling verband tussen de leveranties bestaat, zie art. 73(3).

2. Indien de leveranties 7 en 8 niet-conform zijn, is ontbinding met betrekking tot de nog uit te voeren leveranties 9 t/m 12 mogelijk indien de gebreken gegronde redenen geven om te concluderen dat ten aanzien van de toekomstige afleveringen een wezenlijke tekortkoming zal plaatsvinden, zie art. 73(2). Ik acht het spijtig dat ook met betrekking tot deze toekomstige leveranties de eis van fundamental breach geldt. Gebreken in eerdere afleveringen die al of niet wezenlijk zijn (wie zal het zeggen?) doen de koper in ieder geval het vertrouwen in de verkoper verliezen, terwijl de problemen van het terugdraaien van die leveringen, zijnde de ratio van de F.B. regel, zich niet voordoen, zie onder B. bij nr. 7.3.2.

### 7.3.2 Enige suggesties voor gezichtspunten met betrekking tot fundamental breach

A. Aangezien de door mij geraadpleegde commentaren en artikelen zich voornamelijk beperken tot algemene beschouwingen, overigens om volstrekt begrijpelijke en valide redenen, wil ik een poging wagen iets concreter te zijn door een aantal voorbeelden te geven van gevallen die ik als fundamental breach zou willen aanduiden. Daarbij speelt voor mij een rol dat het wel eens zou kunnen zijn dat fundamental breach in de betekenis van substantial detriment minder hoogdrempelig is dan men wel eens zou kunnen denken. Natuurlijk kan ik het volledig mis hebben, en in dat ge-

val heb ik niet meer dan een persoonlijke, doch onjuiste voorkeur uitgesproken.

a) een rode sportwagen is gekocht en een grijze is geleverd<sup>151)</sup>; b) een 5% kleurafwijking bij stoffen voor mode artikelen (loszittende knopen bij (mantel)pakken zijn ook uiterst irritant); c) 10% minder scherpte of produktie bij fotocopieerapparaten; d) een apparaat dat 5% meer energie gebruikt of meer onderhoud vergt dan is overeengekomen; e) een apparaat met een aantal kleine gebreken die zich niet, moeizaam of moeilijk laten repareren, waardoor de koper het vertrouwen in de bruikbaarheid verliest; f) zaken komen onbeschadigd aan, doch niet in de voorgeschreven verpakking, terwijl de koper deze reeds met laatsbedoelde verpakking heeft doorverkocht; g) ook kleine afwijkingen bij (met name chemische) grondstoffen zullen vrijwel steeds 'substantial detriment' opleveren.

B. Dan nu enige, wederom persoonlijke suggesties voor algemene gezichtspunten die met name bedoeld zijn voor situaties waar twijfel omtrent de fundamental breach bestaat.

– De rechter die vaststelt dat geen sprake is van fundamental breach dient tevens vastgesteld te hebben dat schadevergoeding een adequate rechtsmiddel is in de gegeven omstandigheden van het geval.

– Indien schadevergoeding een adequate rechtsmiddel is, kan dit een aanwijzing zijn dat ontbinding niet gerechtvaardigd is (proportionaliteit).

– Bij de beoordeling van de vraag of de koper terecht of ten onrechte de koop wegens fundamental breach heeft ontbonden, dient men zich te verplaatsen in de positie van de koper ten tijde van de ontbinding. Hierbij speelt ook een rol de onzekerheid waarin de koper kan verkeren met betrekking tot de (toekomstige) gevolgen van de gebreken, het verlies van vertrouwen in de zaak en de verkoper, en de eventuele zekerheid dat de koper elders conforme zaken kan verkrijgen, zie voorbeeld 2 in nr. 6.9.

– Van belang is de uit daden blijkende houding van de verkoper zodra hij door de koper omtrent de gebreken wordt ingelicht. Dit kan in voor hem positieve zin uitwerken, zoals beschreven in nr. 7.2.3, of in negatieve zin, zoals wanneer de verkoper geen of onvoldoende stappen onderneemt om de gebreken te verhelpen.

– In geval van opeenvolgende afleveringen mogen niet te hoge eisen aan fundamental breach in de zin van art. 73(2) gesteld te worden, zie laatste zin nr. 7.3.1.

– Ingevolge art. 49 lid 2 dient de koper binnen redelijke termijn van zijn bevoegdheid tot ontbinding gebruik te maken. Voor de vraag of, bij twijfel, sprake is van fundamental breach, kan binnen deze termijn de nadrukkelijkheid van de klachten en de snelheid waarmee deze worden overgebracht aan de verkoper, evenwel een rol spelen.

– Ofschoon een afweging van belangen wel steeds in de rede zal liggen, weegt het belang van de onschuldige koper zwaarder dan dat van de wanpresterende verkoper.

– Kies, in geval van onoverkomelijk twijfel omtrent fundamental breach en de (niet-)gerechtvaardigdheid van ontbinding, ten gunste van de onschuldige koper.

– Doe dat niet, indien bij de ontbinding door de koper een kennelijke ongepast motief voorziet, zoals het benutten van een prijsdaling of het laten afketsen van een koop die achteraf onvoordelig blijkt te zijn.

Het voorgaande mag niet doen vergeten dat indien (zonder gereede twijfel) fundamen-

<sup>151)</sup> Naar Hondius' voorbeeld, in NTBR 1994, p. 220, die zich kennelijk afvraagt of van F.B. sprake is. Ik gebruik dit voorbeeld omdat het zo treffend laat zien dat ogenschijnlijk kleine gebreken en verschillen in kwantitatieve zin (wat is nu de waarde van de lak vergeleken met de totale waarde van de sportwagen?) toch wezenlijk kunnen zijn. Natuurlijk is hier sprake van F.B. Voor sommigen moet een auto absoluut rood zijn, voor anderen mag deze alle kleuren hebben, behalve rood.

tal breach aanwezig blijkt te zijn, de koper recht op ontbinding heeft, ongeacht welke andere overweging dan ook, en dat omgekeerd waar (zonder gerede twijfel) niet van fundamental breach is gebleken, de koper die bevoegdheid niet toekomt, eveneens ongeacht welke andere overweging dan ook.

#### 7.4 Ontbinding, fundamental breach en de toekomst

Voortbordurend op de voorloper in art. 10 LUVI/EKW, heeft de CISG in art. 25 en 49 (en voor de verkoper in art. 64(a)) het nieuwe begrip 'fundamental breach' geschapen, dat nog niet als zodanig in het nationale recht van de diverse landen bestond.<sup>152)</sup> Het werpt een dam op voor ontbinding in geval van triviale gebreken. Dat begrip bestaat (bestond?) zeker niet in het Nederlandse recht. Volgens art. 6:265(1) BW heeft een partij een recht op ontbinding bij iedere tekortkoming van de wederpartij. Hierop biedt het slot een ontsnappingsmogelijkheid in een 'tenzij' formule. Maar een hoofdregel blijft een hoofdregel, en een uitzondering een uitzondering. Loopt Nederland hiermee internationaal uit de pas, zoals wel gesteld is?<sup>153)</sup> Wie de nrs. 3a-b van hoofdstuk IX (Termination of the contract) van de onovertroffen studie 'Remedies' van Treitel opslaat, zal inderdaad lezen dat in Engeland, Frankrijk en Duitsland zeer aanzienlijke barrières voor ontbinding worden opgeworpen.<sup>154)</sup> Wie doorgaat met het lezen van nr. 3c, zal bemerken dat dat in de praktijk via allerlei uitzonderingen, kwalificaties en verfijningen danig meevalt. Dit laatste beeld werd versterkt door mijn navraag bij zusterkantoren in die landen. Dit neemt niet weg dat internationaal de trend gaat in de richting van een beperking van het recht op ontbinding, en wel via het vereiste van fundamental breach. Dat vereiste werd reeds in 1964 in de LUVI/EKW geïntroduceerd, is overgenomen in de CISG van 1980 en de fakkel is overgenomen door de recente Unidroit Principles (art. 7.3.1) en de Principles of European Contract Law (art. 3.103, art. 4.301(a)). Ik verwacht dan ook dat mettertijd in Nederland meer gewicht zal worden toegekend aan de ontsnappingsclausule in art. 6:265(1). Zeker bij de internationale koop is het terugdraaien van een reeds uitgevoerde overeenkomst, zonder de drempel van fundamental breach, veelal onverantwoord. Zonder nadelen is deze trend evenwel niet. Fundamental breach is een betrekkelijk vaag begrip dat in de verschillende landen op verschillende toepassingen kan rekenen en dat onduidelijkheid en onzekerheid zal creëren, hetgeen het laatste is waar de internationale handelspraktijk van gediend is.<sup>155)</sup> Nochtans steun ik gaarne de gesignaleerde ontwikkeling. Daarbij is mijn benadering van fundamental breach, zoals hierboven reeds zal zijn doorgesijpeld, wellicht minder hoogdrempelig, met name bij twijfelgevallen, dan die van anderen. Wie zou durven stellen dat een koper van, bijvoorbeeld, een auto afgescheept mag worden met een 'slechts een beetje' defecte auto met schadevergoeding toe? Dat betekent niet dat deze koper onmiddellijk mag ontbinden. Dat mag hij pas doen, indien de verkoper niet onmiddellijk voor blijvend herstel zorgt. Ik vermoed dat in de door de koper en verkoper gevolgde procedure met betrekking tot herstel een sleutel ligt ter ontsluiting van het fundamental breach raadsel. Tot slot. Wat ik in de hierbovengenoemde recente ontwikkelingen in internationale

<sup>152)</sup> Doch zie art. 2-608(1) van de Amerikaanse UCC volgens welke 'buyer may revoke acceptance of merchandise whose non-conformity substantially impairs its value to him'.

<sup>153)</sup> Zie de dissertaties van F.B. Bakels, *Ontbinding van wederkerige overeenkomsten*, Deventer 1993, Deel IV, nrs. 7-9, en met name T. Hartlief, *Ontbinding, serie recht en praktijk* no. 76, 1994, Hoofdstuk 4.6 en 7, en zijn artikel *Ontbinding, normencatalogi en contractuele bedingen*, WPNR 1994, p. 255-261.

<sup>154)</sup> G.H. Treitel, *Remedies for breach of contract (a comparative account)*, Oxford, 1988.

<sup>155)</sup> Reeds voor de nationale koop was dat precies de reden waarom het vereiste niet in de Nederlandse koopregeling is overgenomen, zie P.G. Boek 7, p. 14.

regelgeving voorts in het bijzonder waardeer is het schrappen van een rechterlijke uitspraak als voorwaarde voor ontbinding en het schrappen van de ingewikkelde en moeizame figuur van verzuim.

#### 8. 'And Fall' (?) van het Weens Koopverdrag. Uitsluiting

##### 8.1 Uitsluiting en art. 6 CISG

Art. 6 CISG onderstreept het aanvullend karakter van de CISG. Blijkens die bepaling hebben partijen de bevoegdheid het Verdrag in zijn geheel uit te sluiten. De uitsluiting geschiedt door een daartoe strekkende bepaling in het contract of algemene voorwaarden. De uitsluiting kan ook mondeling overeengekomen worden, doch dat zal veelal op bewijsproblemen stuiten. Stilzwijgende uitsluiting is in beginsel ook ogelijk. Anders dan in de LUVI, is deze mogelijkheid niet in art. 6 CISG vermeld. De reden hiervan is dat een dergelijke wijze van uitsluiten haast per definitie problematisch is en dat, in het algemeen, uitsluiting niet bevorderd zou moeten worden. In ieder geval is het zo dat een stilzwijgende uitsluiting slechts uit duidelijke, objectieve feiten afgeleid mag worden. Niet van belang is wat *deze* partijen of doorsnee partijen gekozen zouden hebben indien zij zich deze vraag gesteld zouden hebben.<sup>156)</sup> Van stilzwijgende uitsluiting kan sprake zijn indien de overeenkomst regelmatig refereert aan internrechtelijke bepalingen, en zeker wanneer een overeenkomst de volgende clausule bevat: 'Op deze overeenkomst is van toepassing Boek 7 Titel 1 BW'. Een keuze van het recht van een Verdragstaat, b.v. Nederlands of Duits recht, wordt niet aangemerkt als een stilzwijgende uitsluiting van de CISG en leidt tot toepasselijkheid daarvan.<sup>157)</sup> De reden hiervan is dat het Verdrag deel uitmaakt van het nationale recht. Anderzijds wordt ook wel gesteld dat het een kwestie van uitleg is of partijen door een dergelijke keus het Verdrag al of niet stilzwijgend hebben uitgesloten.<sup>158)</sup> Toegegeven, wanneer partijen, bijvoorbeeld, Nederlands recht op hun koop van toepassing verklaren, dan zal hen in veel gevallen feitelijk waarschijnlijk intern Nederlands recht voor ogen staan, omdat zij van het Verdrag nog nimmer gehoord zullen hebben. Ik meen echter dat aan deze onwetendheid geen gevolgen toegekend mogen worden. Het eind is zoek indien onwetendheid met een stuk wetgeving of specifieke wetsbepaling een uitsluiting daarvan oplevert. Ook rechtspolitieke argumenten pleiten er voor het Verdrag niet 'onnodig' buiten spel te zetten.'

##### 8.2 Uitsluiting en de Nederlandse praktijk

Wie wordt vóór, tijdens of na afloop van seminars, symposia, PAO- of andersoortige cursussen, bij gesprekken met collega's en vertegenwoordigers of betrokkenen van bepaalde takken in het bedrijfsleven, in geschriften of op andere wijze niet regelmatig geconfronteerd met kernachtige uitspraken als 'de CISG is er om uitgesloten te worden' of 'uitsluiting geschiedt op grote schaal'? Sommigen zullen actief hebben bijgedragen aan deze beeldvorming. Anderen zullen zich bewust of onbewust hierdoor laten beïnvloeden. Is hier sprake van een mythe(vorming) of stemt dit beeld overeen

<sup>156)</sup> Von Caemmerer/Schlechtriem, Rdn. 12-21, Honnold, nr. 67, Bianca/Bonell, nr. 2.3, Staudinger/Magnus, Rdn. 20-35, Secretariat Commentary ad art. 6 CISG.

<sup>157)</sup> Zie de commentaren geciteerd in de vorige noot. Zie voor Nederland voorts Bertrams/van der Velde, nr. 33.6 en nr. 19.2.1 (met vermelding van rechtspraak) voor dezelfde kwestie onder de LUVI, en *Bijzondere Overeenkomsten* II.1 (i.p.r. koop), nrs. 12, 29.

<sup>158)</sup> Strikwerda, *Inleiding tot het Nederlandse Internationaal Privaatrecht*, 4e druk, nr. 177, Asser-Hijma, nr. 55.

met de werkelijkheid?

Als medespeler op dit gebied was ik nieuwsgierig naar het antwoord op deze vragen en dit bracht mij er toe hierover veldonderzoek te doen. De resultaten daarvan zijn hieronder vermeld. Dit of welk ander onderzoek, hoe ook uitgevoerd, zal natuurlijk nooit een stellig en absoluut antwoord kunnen opleveren, al was het maar omdat zoiets als *de* Nederlandse praktijk niet bestaat. Niettemin denk ik dat mijn rondgang een redelijk betrouwbaar beeld geeft.

#### *Handelskoop*

Wat betreft de handelskoop kan men er van uitgaan dat in de algemene branchevoorwaarden de CISG is uitgesloten. Dat geldt, bijvoorbeeld, voor de Federation of Oils, Seeds and Fats (FOSFA 54, art. 28), de Grain and Feed Trade Association (GAFTA 100, art. 33), de NOFOTA Trading Rules 1994/1995 (art. 2), de Condiitiën van de Nederlandse Handel in Granen en Diervoedergrondstoffen (art.44), de European Contract for Coffee in Bulk (art. 48), Europees Contract voor de handel in Loco Koffie (art. 19), Algemene Conditioes voor de Handel in Indonesische Koffie op C.F. of C.I.F. basis (art. 19) en International Contract No. 6 – Hides & Skins (art. 24).<sup>159)</sup>

#### *Enige grote Nederlandse ondernemingen*

Gesprekken met direkt betrokkenen bij enige grote Nederlandse ondernemingen op groepsniveau leverde het volgende op.

Philips sluit in de verkoopvoorwaarden de CISG uit. Hetzelfde geldt voor Unilever, Shell en Douwe Egberts, en wel voor zowel de inkoop- als verkoopvoorwaarden. Zo ook voor IBM.<sup>160)</sup> In de algemene in- en verkoopvoorwaarden van Hooghovens wordt Nederlands recht van toepassing verklaard en wordt over de CISG gezwegen. Dit zwijgen is niet een gevolg van vergeetachtigheid of onbekendheid met de CISG. Hooghovens is zich er wel van bewust dat de gevolgde constructie uitmondt in de toepasselijkheid van de CISG. Daarmee had men alle vrede omdat men geen redenen zag de CISG uit te sluiten. Bij AKZO-NOBEL bestaat een 'centraal' model voor in- en verkoopvoorwaarden waarin de CISG uitdrukkelijk van toepassing wordt verklaard. De werkmaatschappijen zijn echter feitelijk vrij dit model al of niet over te nemen. Wat betreft de CISG, nemen sommige werkmaatschappijen dit model over, terwijl de algemene voorwaarden van andere de CISG nu eens uitsluiten, dan weer daarover zwijgen. Ook kan het voorkomen dat bepaalde AKZO-NOBEL maatschappijen branchevoorwaarden overnemen waarbij al dan niet sprake is van uitsluiting of zwijgen. Deze versnipperdheid kan zich overigens ook voordoen bij de eerder genoemde ondernemingen. C&A verklaart in haar inkoopvoorwaarden de CISG uitdrukkelijk van toepassing, waarbij zuiver commerciële, niet juridische overwegingen het motief vormden.

Naast de genoemde bedrijven, heb ik voorts contact gehad met nog enige andere grote ondernemingen, bij wie de bedrijfsactiviteiten evenwel vrijwel uitsluitend via talloze werkmaatschappijen bleken te verlopen en waarbij een groepsbeleid ontbreekt. Naar de indruk van betrokkenen wordt de CISG bij de werkmaatschappijen nu eens wel, dan weer niet uitgesloten.

Interessant is dat alle ondernemingen met wie ik contact heb grote belangstelling toonden voor de vraag 'uitsluiten of niet'. Met name ook die bedrijven die reeds besloten hadden de CISG uit te sluiten.

<sup>159)</sup> Met dank aan P.W. van Baal, advocaat te Rotterdam, die mij de genoemde algemene branchevoorwaarden ter beschikking stelde.

<sup>160)</sup> Hier heeft zich medio 1995 een belijdswijziging voorgedaan. Voordien was de CISG niet uitgesloten.

#### *Kleinere ondernemingen*

Om een indruk te verkrijgen van de stand van zaken bij doorsnee kleinere bedrijven heb ik onderzoek gedaan bij ondernemingen die hun algemene voorwaarden hebben gedeponeerd bij de Kamers van Koophandel te Amsterdam, Zaanstad en Haarlem en die aldaar als exporterende ondernemingen zijn geregistreerd.<sup>161)</sup> Van de 203 onderzochte ondernemingen bleken 171 de CISG niet uitgesloten te hebben, zodat op grond van de rechtskeuze voor Nederlands recht de CISG van toepassing is. 32 ondernemingen hebben de CISG wel uitdrukkelijk uitgesloten. Dat is ongeveer 16%.<sup>162)</sup> Op grond hiervan zou ik allerminst durven stellen dat 84% of een beduidend percentage van de kleinere ondernemingen in Nederland de CISG niet uitsluit. Het geeft hoogstens een indicatie van de stand van zaken op dit moment. Interessanter is het resultaat van een enquête die vervolgens is gehouden onder die 32 ondernemingen die de CISG hebben uitgesloten. Daarin werd gevraagd naar de motieven van die uitsluiting, waarbij gekozen kon worden uit 10 mogelijke redenen, plus een open antwoord. In de overgrote meerderheid was de uitsluiting het werk van de ingeschakelde juridische adviseur (advocaat) die belast was met de opstelling van de algemene voorwaarden. Opmerkelijk is dat in de meerderheid van deze meerderheid de redenen van de wenselijkheid van uitsluiting niet aan de betrokken onderneming uiteengezet zijn.

Al vooruitlopend op wat hieronder nog ter sprake komt, dringt zich, terecht of ten onrechte, bij mij onweerstaanbaar het vermoeden op dat de kans op uitsluiting van de CISG beduidend groter is indien de algemene voorwaarden worden opgesteld door advocaten of andere juridische adviseurs die bekend zijn met het bestaan van de CISG.<sup>163)</sup> Bij deze tendens speelt voorts een rol of de algemene voorwaarden met enige regelmaat aan nieuwe ontwikkelingen, zoals het inwerking treden van de CISG, worden aangepast. Naar mate dit geschiedt, zal de kans op uitsluiting van de CISG, naar ik vermoed, toenemen. Bij het onderzoek kon niet in alle gevallen de datum van deponering worden vastgesteld. Voor de meeste lag dit in de periode na 1991, hetgeen te maken zal hebben met de algemene NBW operatie.

#### *Algemene branchevoorwaarden*

Met het oog op het gewicht van de al of niet uitsluiting van de CISG is met name ook van belang de stand van zaken bij algemene branchevoorwaarden omdat die (in het algemeen) door alle ondernemingen in de betreffende bedrijfstak worden overgenomen. Wat betreft deze branchevoorwaarden buiten de handelskoop bericht ik als volgt.

In de Metaalunievoorwaarden (Smecoma) is de toepasselijkheid van de CISG uitgesloten. De voorwaarden van de Vereniging van Verf en Drukinktfabrikanten, alsmede die van de Algemene Verkoop- en Leveringsvoorwaarden van de Branche-Organisaties, waarbij liefst 8 branches, werkzaam op het gebied van de diverse soorten staal en buizen, zijn aangesloten, zwijgen over het Verdrag. De Federatie Metaal en Electro Technische Industrie (FME) hanteert voor de export de ORGALIME voorwaarden. Deze zijn opgesteld door de in Brussel gevestigde Central Trade Federation of the Mechanical, Electrical, Electronic and Metal Working Industries en

<sup>161)</sup> De zeer arbeidsintensieve klus van het feitelijke spuurwerk is geklaard door de doctoraal studente Mw. D.A.F. van Heerde.

<sup>162)</sup> Prof. F. De Ly van de faculteit Rechtsgeleerdheid van de Erasmus Universiteit vertelde mij dat een student in zijn doctoraal scriptie tot vergelijkbare bevindingen kwam.

<sup>163)</sup> Naar ik stellig vermoed worden de meeste algemene voorwaarden inderdaad opgesteld door advocaten en andere juridische adviseurs. Uit het onderzoek bleek, zoals vermeld, in 84% van de gevallen de CISG niet uitgesloten te zijn. De enge en natuurlijk volstrekt verwerpelijke gedachte dat een grote meerderheid van deze bedrijfstak niet bekend is met het bestaan van de CISG lijkt mij te boud.

worden gebruikt door de meeste aangesloten ondernemingen in West Europa. Deze voorwaarden verklaren van toepassing het recht van de leverancier en zwijgen over de CISG.

#### *Overige*

Binnen het Genootschap van Nederlandse Bedrijfsjuristen heeft op informele basis een gedachtenwisseling omtrent de CISG plaatsgevonden. Deze was in de eerste plaats gericht op de vertrouwdsmaking met het Verdrag. Het was niet de bedoeling om tot een concrete aanbeveling in welke zin dan ook te komen, hoewel het zo schijnt te zijn dat sommige ondernemingen, te recht of ten onrechte, hun conclusies getrokken hebben. Binnen de Federatie van Nederlandse Exporteurs (FENEDEX) vindt thans een discussie plaats. Het is de bedoeling dat deze discussie, onder meer, uitmondt in een globale en algemene suggestie aan de leden hetzij om de CISG uit te sluiten, hetzij om dat niet te doen. Naar de indruk van betrokkenen bij de FENEDEX sluit de meerderheid van de 950 leden de CISG thans uit.

Wat betreft de advocatuur past mij grote voorzichtigheid, al was het maar omdat mijn gesprekken hierover met collega advocaten geen enkele mate van representativiteit hebben en de Nederlandse advocatuur niet bestaat. Niets zeggen levert echter ook niets op, terwijl de inbreng van de advocatuur naar mijn stellige overtuiging van wezenlijk belang is. Zeer in het algemeen constateer ik een grote mate van terughoudendheid die niet zelden resulteert in het advies de CISG uit te sluiten. Ik refereer tevens aan mijn hierboven (kopje 'kleinere ondernemingen') uitgesproken vermoeden. Een groot enthousiasme ten gunste van het Verdrag heb ik in ieder geval niet mogen aantreffen. In een in 1994 gehouden symposium van de specialisten vereniging van advocaten werkzaam in de internationale handel (NAVH) is over het Verdrag en de al of niet wenselijkheid van uitsluiting uitvoerig gedebatteerd. Zonder dat hierover gestemd is, was gedurende het begin van de dag een sfeer van argwaan en terughoudendheid te bespeuren, doch in de middag viel een lichte kentering te constateren. Deze mondde evenwel niet uit in een algemeen gevoelde positieve benadering.

#### *Conclusies*

Uit hetgeen ik gevonden en hierboven vermeld heb wil ik zelf geen concrete conclusies trekken. Ieder die dit wil, staat het vrij dit zelf te doen. Wie zal verkondigen dat de CISG op grote schaal wordt uitgesloten en dat, bij aanpassing van algemene voorwaarden, een versterkte tendens in die richting valt te bespeuren, zal ik niet direct vierkant tegenspreken, doch antwoorden dat het beeld inderdaad diffuus en versnipperd is.

### *8.3 Redenen, motieven en achtergronden voor uitsluiting*

Bij mijn contacten met de diverse groeperingen in de praktijk zijn ook de motieven en achtergronden voor uitsluiting van de CISG ter sprake gekomen. Voorzover het gaat om regelmatig terugkerende beweegredenen zijn die hieronder vermeld. Soms worden deze vergezeld van enige opmerkingen mijnerzijds, die ik ook in het kader van deze contacten heb geuit. Daarbij dient men voor ogen te houden dat mijn opmerkingen voortkomen uit een vergelijking tussen de CISG en het Nederlandse interne recht, dat immers van toepassing is bij uitsluiting van het Verdrag, en dat ik er van uit kan en dien te gaan dat algemene voorwaarden worden gehanteerd.

#### *8.3.1 Concrete bezwaren tegen de CISG*

– De CISG bevat vele onduidelijke en vage begrippen. Hierbij scoren met name hoog termen als 'redelijkheid', 'binnen redelijke termijn' en 'voorzienbaarheid'.

R.B.: Dergelijke vage termen komen eveneens voor in het BW. En wat te denken van de in het interne recht veel geprononceerdere rol van de redelijkheid en billijkheid.

– De CISG regelt niet alle situaties die zich bij de betreffende onderneming voordoen.  
R.B.: Dat doet het interne recht ook niet.

– De CISG is te ingewikkeld.

R.B.: Ik ontken niet dat de CISG ingewikkeld is, maar dit heeft m.i. te maken met het feit dat de CISG een gedetailleerdere regeling kent dan het BW. Voor Nederlands recht met betrekking tot de details is men ofwel aangewezen op de concrete invulling door (het moeras van de) rechtspraak of staat men, bij gebreke daarvan, voor een acuut probleem.

– De CISG procedureregels op het punt van klachten en de voortdurende plicht tot communiceren is te nauwkeurig en klemmend.

R.B.: Zie hierboven.

– De regeling omtrent ontbinding is te ingewikkeld.

R.B.: Absoluut mee eens. Op het geuite bezwaar dat overschrijding van de leveringstermijn niet onmiddellijk en steevast een grond voor ontbinding is, kom ik hieronder bij de handelskoop terug.

– De CISG houdt geen rekening met moderne communicatiemiddelen en Electronic Data Interchange (EDI) contracten, d.w.z. contracten gesloten door binnen een EDI raamwerk voorgeprogrammeerde computers van betrokken partijen.

R.B.: De CISG bevat geen enkele beperking op dit gebied en het BW doet het niet slechter of beter dan de CISG.

– De termijn waarbinnen de koper kan klagen is te ruim en te vaag.

R.B.: Deze is dezelfde als die van het BW, terwijl zowel in de CISG als in het BW (art. 7:23 lid 2) in ieder geval de absolute termijn van 2 jaar geldt.

– De CISG is ongunstig voor verkopers.

R.B.: Dit bezwaar berustte op een algemeen en vaag gevoelen dat zelden of nooit gespecificeerd kon worden. Zelf betwijfel ik ook of in het algemeen gesteld kan worden dat de CISG ongunstig voor verkopers is, en dus gunstig voor kopers. Indien het argument juist en van gewicht zou zijn, dan zou men verwachten dat de CISG in inkoopvoorwaarden steeds van toepassing wordt verklaard en dat is niet het geval. Slechts van enige incidentele bepalingen zou wellicht, en dan waarschijnlijk pas achteraf, kunnen worden gezegd dat deze in het voordeel van de verkoper of koper zijn. De beperkte mogelijkheid van ontbinding door de koper (art. 49 CISG) en de mogelijkheid van herstel door de verkoper (art. 48 CISG) zijn in ieder geval in het voordeel van de laatste.

Met nadruk stel ik vast dat concrete bezwaren tegen de CISG of specifieke bepalingen daarvan niet of nauwelijks als van gewichtige aard ervaren werden en ook niet of nauwelijks een rol hebben gespeeld bij de uitsluiting. In vele gevallen bleken ook geen concrete bezwaren te bestaan. De werkelijke motieven voor uitsluiting moeten dan

ook in het volgende gezocht worden. Daar valt ook grote eenstemmigheid te bespeuren.

### 8.3.2 Achtergronden van de uitsluiting

A.

– De CISG sluit niet goed aan bij de algemene voorwaarden van de betrokken onderneming.

R.B.: Dit geldigheid en kracht van dit argument kan ik natuurlijk niet beoordelen. Het argument lijkt te vooronderstellen dat de gehanteerde voorwaarden wél zijn afgestemd op het Nederlandse interne recht. Puttend uit eigen ervaringen, die naar mijn indruk niet verschillen van die van collega's, betwijfel ik of in de praktijk bij het opstellen van algemene voorwaarden sprake is van doelgerichte en stelselmatige afstemming op het BW. Veeleer is het zo dat men werkt vanuit bestaande modellen en nog al eens onderzoekt hoe deze aangescherpt kunnen worden. Men dient ook voor ogen te houden dat men nauwelijks gehinderd wordt door dwingende bepalingen of grijze en zwarte lijsten, nu deze niet van toepassing zijn op (internationale) contracten tussen ondernemingen.<sup>164)</sup> Ook betwijfel ik of het opstellen van algemene voorwaarden op een andere wijze geschiedt indien men weet dat de CISG van toepassing is. Indien het geuite argument bedoelt te zeggen dat de gehanteerde algemene voorwaarden te zeer afwijken van de bepalingen van de CISG, geldt hetzelfde voor het Nederlandse aanvullend recht. Door verkopers gehanteerde voorwaarden doen niet anders.

– De algemene voorwaarden zijn specifiek op het bedrijf van de betrokken onderneming afgestemd en regelen alles, zodat de toepasselijkheid van de CISG overbodig dan wel irrelevant is.

R.B.: Zeker voor wat betreft de hoofdmoot van de CISG (Deel III, gevolgen van een totstandgekomen koop) zal deze vaststelling zeker juist zijn. De reactie zou evenwel ook kunnen zijn dat, juist wegens die overlapping door de algemene voorwaarden, het uitsluiten van de CISG evenzeer irrelevant is en dat daarmee ook niets extra's gewonnen wordt: de CISG doet op geen enkele wijze afbreuk aan de algemene voorwaarden die immers prevaleren. Nochtans, mocht toch eens blijken dat de algemene voorwaarden in een concreet geval niet voorzien, dan is te verwachten dat de CISG, wegens de grotere gedetailleerdheid en precisie, meer te bieden heeft dan intern Nederlands recht.

– Wederpartijen hebben tot nu toe nooit problemen gemaakt van de uitsluiting van de CISG.

R.B.: Deze onverschilligheid is een teken aan de wand. Zelf zou ik dit wel doen indien de uitsluiting resulteert in exotisch recht.

B.

De drie hierna te noemen argumenten voor uitsluiting worden stelselmatig genoemd en zijn zonder meer beslissend. Zij houden onderling met elkaar verband.

– 'Onbekend maakt onbemind'.

– Het is uit commercieel en pragmatisch oogpunt niet verantwoord om veel tijd en energie te steken in de bestudering van de CISG waar op het eerste gezicht toepasse-

<sup>164)</sup> Ik mocht ook vrezen dat de NBW operatie en met name die op het punt van algemene voorwaarden een geschikte aanleiding is geweest voor het nog verder aanscherpen van algemene voorwaarden, behoudens die gevallen waar deze jegens consumenten worden gehanteerd.

lijkheid van de CISG geen voordelen biedt.<sup>165)</sup>

R.B.: Ofschoon deze benadering te betreuren valt vanuit de gezichtshoek van de wetenschap en van al degenen die betrokken zijn bij uniformering van recht of zulks een warm hart toedragen, acht ik dit een beslist valide argument. Ik denk ook dat het betrekkelijk weinig zin heeft de praktijk voor te houden dat de CISG een in het algemeen uitstekend en uitgebalanceerd stuk regelgeving is dat toegesneden is op internationale gevallen. Ondernemingen zijn meer geïnteresseerd in regelgeving die direct in hun eigen belang is. Dat zijn in de eerste plaats de eigen algemene voorwaarden.

– Het is niet verantwoord om naast elkaar te moeten werken met Nederlands recht voor interne gevallen en met de CISG voor internationale gevallen.

R.B.: Ook dit argument acht ik valide.

De drie bovenvermelde beweegredenen spelen in het bedrijfsleven, doch naar mijn ernstig vermoeden evenzeer in de doorsnee advocatuur. De extra aandacht, die toepasselijkheid van de CISG vergt, kost tijd en dus geld en het is nog maar de vraag of dat doorberekend kan worden naar de cliënt. En is het verantwoord te achten dat een advocaat in een klein kantoor adviseert de toepasselijkheid van de CISG niet uit te sluiten wanneer dat wel eens tot hogere declaraties kan leiden, terwijl het voordeel bepaald niet evident is? Anderzijds kan ik mij niet onttrekken aan de indruk (maar ik moet uiterst behoedzaam zijn, ofschoon die indruk mijzelf ook bekend voorkomt) dat binnen deze beroepsgroep nog wel eens een geneigdheid bestaat om stelselmatig alles uit te sluiten wat los en vast zit ('je weet maar nooit of de CISG wel eens kwaad kan doen, hetgeen niet opweegt tegen de mogelijkheid dat de CISG ook wel eens goed kan doen'). Maar niet alleen daar. Bij nog al wat ondernemingen had men geen concrete of omschrijfbaar redenen voor uitsluiting. Nu ik mij toch op gevaarlijk terrein heb begeven, waag ik nog het volgende. Het is denkbaar dat men zich bewust of onbewust laat sturen door regelmatig opgevangen berichten in de trant van 'de CISG wordt op grote schaal uitgesloten', waardoor het 'heb ik dan wat gemist?' effect kan gaan optreden. Met nadruk leg ik hierbij vast dat mogelijke meewarige gevoelens van onbegrip met betrekking tot het voorgaande wat mij betreft volstrekt uit den boze zijn. Praktijkjuristen zijn geen bevlogen wetenschappers of rechtsuniformers en moeten dat waarschijnlijk ook niet zijn.

### 8.3.3 Handelskoop

Hierboven in nr. 8.2 is reeds vastgesteld dat bij de handelskoop op zowel nationaal als internationaal niveau de CISG stelselmatig wordt uitgesloten.

Bij mijn beperkte contacten met deze branche beluisterde ik talloze, uiteenlopende en soms ook met elkaar in tegenspraak zijnde concrete bezwaren tegen de CISG. Sommigen daarvan konden mij persoonlijk niet geheel overtuigen.<sup>166)</sup> Een veel geuit en zwaarwegend argument is dat bij de handelskoop het onwrikbare principe van 'time is of the essence' geldt, op grond waarvan de koper een recht op onmiddellijke ontbinding heeft indien aflevering ook maar één dag uitblijft. Om deze reden is, aldus wordt gesteld, de 'Nachfrist' van art. 49 lid 1 sub b), waarbij de verkoper een nadere termijn voor nakoming wordt gegund, volstrekt onaanvaardbaar. Ik vraag mij af of hier niet sprake is van een misverstand. Indien aflevering op de overeengekomen datum bij de handelskoop inderdaad van wezenlijk belang is (en dat is zo), levert het

<sup>165)</sup> Mij is overigens gebleken dat, binnen de grotere ondernemingen en organisaties, op zijn minst enige bestudering van de CISG wel degelijk heeft plaats gevonden.

<sup>166)</sup> Ik teken hierbij aan dat ik over geen enkele ervaring of expertise op het gebied van de handelskoop beschik.

niet-nakomen van die verbintenis per definitie een wezenlijke tekortkoming op in de zin van art. 49 lid 1 sub a) op, zodat de koper onmiddellijk kan ontbinden. Toegegeven, het staat er niet expliciet.

Naast de geuite concrete bezwaren tegen de CISG, spelen ook in de handelskoop de algemene motieven en achtergronden voor uitsluiting, die hierboven onder nr. 8.3.2 sub B) zijn vermeld, een rol. Voorts is mij wel enige malen toevertrouwd dat men met het fijne van de redenen voor uitsluiting niet geheel bekend was, waarbij werd doorverwezen naar anderen, die soms weer terugverwezen, en met name ook naar de literatuur. In het bijzonder zijn hier te noemen de passages bij van Delden en het preadvies van de Vries.<sup>167)</sup>

Wat betreft de meer algemene motieven voor uitsluiting, maar dan specifiek voor de handelskoop, kan het volgende gerapporteerd worden.

– Wanneer vastgesteld moet worden dat de CISG bepalingen met betrekking tot te veel aspecten te zeer afwijken van die in de betrokken branche, is het ook maar beter de CISG integraal uit te sluiten.

– De eigen, meestal zeer gedetailleerde algemene branche regeling wordt ervaren als een uitputtend en van het buitenrecht afgesloten geheel, waarmee de branche door de jaren heen geheel en al vertrouwd is geraakt en waarbij (nieuwe) invloeden van buitenaf, met de mogelijkheid van verrassingen en verwarring, niet op prijs worden gesteld.

– Handelsgebruiken zijn bij uitsteking van belang in de handelskoop, terwijl het effect daarvan in art. 9 lid 2 CISG is ingeperkt.

Deze motieven voor uitsluiting acht ik begrijpelijk en valide.

#### 8.4 Motieven om de CISG niet uit te sluiten

Bij het bombardement van bezwaren tegen en achtergronden, argumenten en motieven voor uitsluiting van de CISG zou men haast niet meer durven komen met een tegengeluid. Ik doe toch een poging omdat ik meen dat ook voor de praktijk er redenen (kunnen) zijn om de CISG niet uit te sluiten of dat althans niet met een zeker automatisme te doen. Tenzij anders aangegeven, is er van uitgegaan dat de Nederlandse onderneming handelt op basis van een individueel gedetailleerd contract of zijn algemene voorwaarden.

– De CISG verschilt nauwelijks van het interne recht zodat uitsluiting ook nauwelijks praktische gevolgen heeft. Wel zal men de gedetailleerdheid, het moderne en op het internationale geval toegesneden karakter van de CISG moeten missen.

– De algemene voorwaarden regelen reeds alle aspecten die worden bestreken door de CISG, die als aanvullend recht daardoor terzijde wordt geschoven. Uitsluiting of toepasselijkheid doet er dan weinig toe, nu de CISG hoogstens fungeert als een marginaal 'restrecht'. Het niet-uitsluiten van de CISG kan evenwel een belangrijk commercieel en psychologisch voordeel bieden, namelijk doordat de wederpartij, die zijn positie door de algemene voorwaarden toch al als ernstig verzwakt zal ervaren, niet nog eens met de zoveelste uitsluiting en beperking wordt geconfronteerd. Het niet-

<sup>167)</sup> R. van Delden, *Overzicht van de Handelskoop*, Deventer, 1983, p. 104-106, en in, *Hoofdstukken Handelsrecht*, redactie van Delden [et al.], Deventer 1993, nr. 486; H. de Vries, *preadvies Vereniging 'Handelsrecht'* 1982; zie voorts F.J.A. van der Velden, *Die Angemessenheit und Unangemessenheit des Wiener Kaufrechts für internationale Kaufverträge*, Festschrift Neumayer (nog te verschijnen).

uitsluiten of het zelfs uitdrukkelijk van toepassing verklaren van de CISG kan voorts conflict vermijdend en daardoor relatie bevorderend werken. Wat is mooier dan met een groots gebaar voor de CISG als neutraal recht te kiezen, wanneer men daarmee niets weggeeft?

– Bij pogingen om geschillen in der minne op te lossen kan het zijn dat dit efficiënter en soepeler verloopt indien een stuk regelgeving (de CISG) beschikbaar is die voor beide partijen gemeenschappelijk en toegankelijk is, die gesteld is in zes authentieke talen met zoveel vertalingen, en die ondersteund wordt door degelijke handboeken in diverse talen.

– Geschillenbeslechting op basis van de CISG is zeker zinvol bij internationale arbitrage, waar de arbiters niet zelden afkomstig zijn uit verschillende landen.

– Welke Nederlandse importeur doet graag zaken op basis van Chinees, Bulgaars of Chileens recht? Naar mate het niet-uitsluiten of zelfs het uitdrukkelijk van toepassing verklaren van de CISG een normaler verschijnsel wordt, kan een Nederlandse importeur met meer gezag bezwaar maken tegen de uitsluiting van de CISG en de toepasselijkheid van Chinees, Bulgaars of Chileens recht. Dit is waarschijnlijk toekomstziek, doch Nederlandse exporteurs, die veelal ook wel eens importeurs zullen zijn, zouden uit eigen belang hier eens bij stil kunnen staan teneinde die ontwikkeling te bevorderen.

– Incidenteel zijn hierboven in nr. 8.3 nog enige andere motieven genoemd.

Bovengenoemde argumenten ten gunste van de CISG zijn zeker niet ijzersterk. Sommige zijn bepaald armoedig te noemen. Maar daarbij zal men zich dan toch ook behoren af te vragen of de argumenten voor uitsluiting zoveel zwaarwegender zijn.

#### 9 Ten slotte

Aan de conclusie dat het belang van de CISG voor de dagelijkse praktijk beperkt is valt, denk ik, niet te ontkomen. Het Verdrag wordt nog al eens uitgesloten en, voorzover dat niet het geval is, is de betekenis van het Verdrag als aanvullend recht van ondergeschikte aard daar waar de rechtsverhouding tussen partijen wordt beheerst door gedetailleerde, individueel opgestelde contracten of door algemene (individuele of branche) voorwaarden. En, zoals bekend, is dit laatste veeleer regel dan uitzondering. Dan blijven over die overeenkomsten die wat terloops gesloten worden, zonder een gedetailleerd contract en zonder algemene voorwaarden. Waarschijnlijk zal het hierbij gaan om kleinere bedrijven die mogelijk ook slechts incidenteel exporteren of importeren. Voorts zijn er de gevallen waar wel algemene voorwaarden worden gehanteerd, maar die om één of andere redenen niet van toepassing zijn, bijvoorbeeld door een slordigheidje of doordat zij sneuvelden in de 'battle of forms'. Het volume van deze twee situaties in de internationale handel blijft echter beperkt. Het geheel overziend zou men kunnen stellen dat de CISG voor wat betreft de praktijk op zijn hoogst 'restrecht' is.

Moet men nu ook concluderen dat de CISG geen succes of zelfs een mislukking is geworden? Ik denk niet dat het verstandig en juist is om zich in dergelijke algemene en dramatische bewoordingen uit te laten. In ieder geval kan vastgesteld worden dat de CISG van onmiddellijk praktische betekenis is, en wel van A tot Z, in de twee gevallen die ik hierboven noemde. Het volume daarvan in het totaal van de internationale handel moge dan beperkt zijn, doch voor de betrokken partijen in hun situatie is het Verdrag een ware uitkomst. Dat de CISG dat bereikt heeft voor die praktijk is een succes op zichzelf. Voorts moet men niet teveel van een Verdrag verwachten. Er is

nimmer de pretentie geweest dat het Verdrag individuele overeenkomsten en algemene voorwaarden in alle situaties en voor alle branches overbodig zou maken. Het Verdrag is bedoeld als uniformering van het nationale aanvullend kooprecht. Daarin is het geslaagd gezien het grote aantal ratificaties. De kwaliteit van de CISG staat buiten kijf, waarbij incidentele kritiek op incidentele bepalingen vanuit evenzovele specifieke branches wat mij betreft voor kennisgeving kunnen worden aangenomen. Die kwaliteit blijkt ook uit de uitstraling van de CISG. Reeds de voorloper daarvan, de LUVI, heeft zijn sporen in ons vernieuwd kooprecht achtergelaten. De CISG zelf heeft zijn invloed doen gelden op de Unidroit Principles for International Commercial Contracts en de Principles of European Contract Law. Op hun beurt valt daaruit weer beïnvloeding van en inspiratie voor het nationale recht te verwachten. Ook kan ik mij voorstellen dat de CISG als richtsnoer kan fungeren bij het opstellen van internationale branchevoorwaarden waarin zowel vertegenwoordigers van verkopers als van kopers participeren.

Het voorgaande neemt niet weg dat organisaties, die zich bezig houden met het uniformeren van recht, er goed aan doen zich ook de vraag de stellen of en in hoeverre de praktijk het eindprodukt zal kopen. Een zorgelijk voorbeeld hiervan, naar ik vreezen moet, is de Uncitral Convention on Independent Guarantees and Stand-by Letters of Credits, waarvan de definitieve tekst waarschijnlijk in oktober 1995 wordt vastgesteld. Niet alleen is dit Verdrag mogelijk dubbel werk aangezien de Internationale Kamer van Koophandel reeds Uniform Rules for Demand Guarantees (URDG) had opgesteld, maar tot overmaat van ramp moet worden vastgesteld dat de praktijk zelfs deze URDG, ondanks de kwaliteit daarvan, tot op heden niet of nauwelijks hanteert. Naar de mate waarin afname door de praktijk als maatstaf voor succes geldt is voorts van belang of een Verdrag zich beweegt op het terrein van het aanvullend (contracten)recht of op een terrein dat niet ter dispositie van partijen staat. Zo acht ik het zeer wel mogelijk dat de praktijk baat zal hebben bij het goederenrechtelijk gedeelte van het Unidroit Verdrag voor de internationale financiële lease en het contractuele gedeelte zal uitsluiten. Het Haags Trustverdrag zal daarentegen weer in zijn geheel door de praktijk verwelkomt worden. Ook, om een ander voorbeeld te noemen, zal één of ander verdrag op het gebied van het internationale faillissement een warm onthaal hebben. Misschien is het in zijn algemeenheid beter en efficiënter om uniformering van gedeelten van het contractenrecht over te laten aan internationale brancheorganisaties of aan een algemene organisatie als de Internationale Kamer van Koophandel.

## SPECIFIC TOPICS OF THE CISG IN THE LIGHT OF JUDICIAL APPLICATION AND SCHOLARLY WRITING

Prof. dr. F. Ferrari, LL.M.\*

### I. INTRODUCTION

#### 1. Historical Remarks

If it is true, as it has been suggested not only by legal writers,<sup>1)</sup> but, at least impliedly, also by the drafters of international conventions,<sup>2)</sup> that the unification of the law governing transnational commerce promotes certainty of law and, thus, the flow of international trade,<sup>3)</sup> then it cannot surprise that efforts have long been under way to unify the law<sup>4)</sup> of what is considered as being the 'mercantile contract par excellence'<sup>5)</sup> and therefore 'the pillar of the entire system of commercial relations',<sup>6)</sup> i.e., the sales contract. The idea was to create a uniform sales law which would overcome the merchants' worst enemy, i.e., national borders<sup>7)</sup> which constituted (and still constitute) 'an obstacle to economic relationships which constantly increase among citizens of different countries; an obstacle above all for the enterprises that are involved in international commerce and that acquire primary resources or distribute goods in different countries which all have different law.'<sup>8)</sup>

\* Professor of Comparative Private Law, Katholieke Universiteit Brabant, Tilburg, The Netherlands; J.D. (Honors), Bologna, Italy; LL.M., Augsburg, Germany. Copyright Franco Ferrari.

<sup>1)</sup> See, for instance, Stefan Rozmaryn, *Foreword*, in UNIFICATION OF THE LAW GOVERNING INTERNATIONAL SALES OF GOODS. THE COMPARISON AND POSSIBLE HARMONIZATION OF NATIONAL AND REGIONAL UNIFICATIONS VII, VIII (John O. Honnold ed., Paris, 1966) (stating that '[t]he reduction of divergencies between [different] sets of norms and the harmonization of their intrinsic content could represent a further step in the development of international economic relations').

<sup>2)</sup> See, for instance, Art 3(c) of the Treaty Establishing the European Economic Community, which provides for 'an internal market characterized by the abolition, as between Member States, of obstacles to the free movement of goods, persons, services and capital.' By stating so, the EEC Treaty impliedly acknowledges that the unification of law favors international trade.

<sup>3)</sup> See, e.g., James J. Callaghan, U.N. *Convention on Contracts for the International Sale of Goods: Examining the Gap-Filling Role of CISG in Two French Decisions*, 14 JOURNAL OF LAW AND COMMERCE 183, 185 (1995) (stating that '[e]nhancing certainty in the realm of international sales will greatly facilitate the flow of international trade and serve the interests of all parties engaged in commerce').

<sup>4)</sup> See also Michael Kabik, *Through the Looking-Glass: International Trade in the 'Wonderland' of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, 9 INTERNATIONAL TAX AND BUSINESS LAWYER 408, 409 (1992) (stating that '[e]fforts have long been underway to promote international trade by unifying and harmonizing international commercial law').

<sup>5)</sup> FRANCESCO GALGANO, IL DIRITTO PRIVATO FRA CODICE E COSTITUZIONE 6 (2nd ed., Bologna, 1980).

<sup>6)</sup> Daniela Memmo, *Il contratto di vendita internazionale nel diritto uniforme*, RIVISTA TRIMESTRALE DI DIRITTO E PROCEDURA CIVILE 180, 181 (1983).

<sup>7)</sup> See for a similar statement, Errol P. Mendes, *The U.N. Sales Convention & U.S.-Canada Transactions; Enticing the World's Largest Trading Bloc to Do Business under a Global Sales Law*, 8 JOURNAL OF LAW AND COMMERCE 109, 112 (1988).

<sup>8)</sup> Francesco Galgano, *Il diritto uniforme: la vendita internazionale*, in ATLANTE DI DIRITTO PRIVATO COMPARATO 211, 211 (Francesco Galgano & Franco Ferrari eds., 2nd ed., Bologna, 1993).

For a similar statement, see also Petar Sarcevic, *Foreword*, in INTERNATIONAL CONTRACTS AND CONFLICTS OF LAWS. A COLLECTION OF ESSAYS VII, VII (Petar Sarcevic ed., London/Dordrecht/Boston, 1990), stating that international commercial law has 'to reduce the obstacles to international trade caused by the divergences of municipal laws.' The same view is expressed by Roy Goode, *Reflections on the Harmonization of Commercial Law*, in COMMERCIAL LAW AND CONSUMER LAW. NATIONAL AND INTERNATIONAL DIMENSIONS 3, 3 (Ross Cranston & Roy Goode eds., Oxford,

As far as the sales law is concerned, the need to 'create an internationally uniform discipline for cases linked to a plurality of countries'<sup>9)</sup> designed to 'transcend national borders in order to maximize the utilization of resources'<sup>10)</sup> was recognized as early as in the 1920s,<sup>11)</sup> when it was suggested by Ernst Rabel to start with the work for the unification of the law of international sales of goods.<sup>12)</sup> Upon this suggestion, the International Institute for the Unification of Private Law, UNIDROIT,<sup>13)</sup> one of the international bodies promoting the unification of (commercial) law,<sup>14)</sup> decided to undertake extensive studies in this field which led, in 1935, to the first draft of a uniform law on the international sale of goods.<sup>15)</sup> After World War II, which had interrupted the aforementioned efforts,<sup>16)</sup> work resumed with a conference at the Hague in 1951.<sup>17)</sup> Thereafter, other drafts followed,<sup>18)</sup> the last of which was discussed at the Diplomatic Conference held at the Hague in April 1964. The twenty-eight participating States approved two conventions, creating the Uniform Law on the International Sale of

Goods [hereinafter: ULIS]<sup>19)</sup> and the Uniform Law on the Formation of Contracts for the International Sale of Goods [hereinafter: ULF].<sup>20)</sup> These laws not being as successful as expected<sup>21)</sup> – they came into force only in nine Countries<sup>22)</sup> – led the United Nations Commission on International Trade Law, UN-

1993), when the author states that international commercial law has 'to reduce the impact of national boundaries.'

- <sup>9)</sup> Sergio Carbone & Marco Lopez de Gonzalo, *Art. 1*, NUOVE LEGGI CIVILI COMMENTATE 2, 2 (1989)
- <sup>10)</sup> Memmo, *supra* note 6, at 181.
- <sup>11)</sup> For more detailed information on the history of the unification of international sales law, see Alan E. Farnsworth, *The Vienna Convention: History and Scope*, 18 INTERNATIONAL LAWYER 17 ff. (1984); John O. Honnold, DOCUMENTARY HISTORY OF THE UNIFORM LAW FOR INTERNATIONAL SALES (1989); John O. Honnold, *Uniform Law for International Trade – Progress and Prospects*, 20 INTERNATIONAL LAWYER 635 ff. (1986); Kazuaki Sono, *The Vienna Sales Convention: History and Perspective*, in INTERNATIONAL SALE OF GOODS; DUBROVNIK LECTURES 1 ff. (Petar Sarcevic & Paul Volken eds., 1986).
- <sup>12)</sup> Ernst Rabel's role in the unification of international sales law has been stressed by several authors; see, e.g., Michael J. Bonell, *Introduction to the Convention*, in COMMENTARY ON THE INTERNATIONAL SALES LAW; THE VIENNA SALES CONVENTION 3, 3 (Milan, 1987).
- <sup>13)</sup> The International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT) was set up in Rome in 1926 under the aegis of the League of Nations.
- For an overview of the Institute's activities, see, among others, Mario Matteucci, *Unidroit. The First Fifty Years*, in 1 NEW DIRECTIONS IN INTERNATIONAL TRADE LAW XVII ff. (UNIDROIT ed., 1977); Riccardo Monaco, *The Scientific Activity of Unidroit*, *ibid.*, XXVII ff.; J.G. Starke, *The current activities of the UNIDROIT*, 64 AUSTRALIAN LAW JOURNAL 685 ff. (1990).
- <sup>14)</sup> For an overview of the different bodies promoting the unification and harmonization of (commercial) law, see Herbert Dolzer, *International Agencies for the Formulation of Transnational Economic Law*, in THE TRANSNATIONAL LAW OF INTERNATIONAL COMMERCIAL TRANSACTIONS 61 ff. (Norbert Horn & Clive M. Schmitthoff eds., 1982).
- <sup>15)</sup> For the text of this draft, see *Projet d'une loi internationale sur la vente* (S.d.N. 1935 – U.D.P. Projet 1); for comments on this draft, see Gutteridge, BRITISH YEARBOOK OF INTERNATIONAL LAW 80 ff. (1935); Ernst Rabel, *Der Entwurf eines einheitlichen Kaufgesetzes*, RABELS ZEITSCHRIFT FÜR AUSLÄNDISCHES UND INTERNATIONALES PRIVATRECHT 3 ff. (1935); Ernst Rabel, *A Draft of an International Law of Sales*, 5 UNIVERSITY OF CHICAGO LAW REVIEW 543 ff. (1938).
- <sup>16)</sup> See, for more detailed historical remarks on the early history of the unification process of sales law, Peter Schlechtriem, *Bemerkungen zur Geschichte des Einheitskaufrechts*, in EINHEITLICHES KAUFRECHT UND NATIONALES OBLIGATIONENRECHT 27 ff. (Peter Schlechtriem ed., Baden-Baden, 1987).
- <sup>17)</sup> For more specific details on the 1951 Hague Conference (January 1-10), see, e.g., Ernst Rabel, *Die Haager Konferenz über die Vereinheitlichung des Kaufrechts*, RABELS ZEITSCHRIFT FÜR AUSLÄNDISCHES UND INTERNATIONALES PRIVATRECHT 212 ff. (1952); Ernst Rabel, *The Hague Conference on the Unification of Sales Law*, 1 AMERICAN JOURNAL OF COMPARATIVE LAW 58 ff. (1952).
- <sup>18)</sup> For a detailed study of the different Draft Conventions, see Michel Borysewicz, *Convention et projets de convention sur la vente internationale de marchandises*, in LES VENTES INTERNATIONALES DE MARCHANDISES 16 ff. (Paris, 1981).

<sup>19)</sup> See Convention Relating to the Uniform Law of International Sale of Goods, July 1, 1964, with Annex, Uniform Law of International Sale of Goods, reprinted in 13 AMERICAN JOURNAL OF COMPARATIVE LAW 453 ff. (1964).

For a discussion of this Convention, see, e.g., A. Astolfi, *Cenni introduttivi sul regolamento giuridico della vendita commerciale internazionale*, DIRITTO DEGLI SCAMBI INTERNAZIONALI 35 ff. (1965); Jorge Barrera-Graf, *La Regulamentación Uniforme de las Compraventas de Mercaderías* (Mexico City, 1965); Giorgio Bernini, *The Uniform Laws on International Sale: The Hague Conventions of 1964*, 3 JOURNAL OF WORLD TRADE 671 ff. (1969); L.A. Ellwood, *Hague Uniform Laws Governing the International Sale of Goods*, INTERNATIONAL AND COMPARATIVE LAW QUARTERLY 38 ff. (Suppl. Pubbl. No. 9, 1964); Gyula Eörsi, *The Hague Conventions of 1964 and the International Sale of Goods*, 11 ACTA JURIDICA ACADEMIAE SCIENTIARUM HUNGARICAE 321 ff. (1969); R.H. Graveson et al., *The UNIFORM LAW OF INTERNATIONAL SALES ACT 1967* (London, 1968); Andreas Heldrich, *Die Haager einheitlichen Kaufgesetze*, NEUE JURISTISCHE WOCHENSCHRIFT 2156 ff. (1974); John O. Honnold, *Uniform Law of the International Sale of Goods: The Hague Convention of 1964*, LAW AND CONTEMPORARY PROBLEMS 326 ff. (1965); Philippe Kahn, *La Convention de La Haye du 1er juillet 1964 portant loi uniforme sur la vente internationale d'objets mobiliers corporels*, REVUE TRIMESTRIELLE DE DROIT COMMERCIAL 689 ff. (1964); Hans-Georg Landfermann, *Neues Recht für den internationalen Kauf*, NEUE JURISTISCHE WOCHENSCHRIFT 385 ff. (1974); Otto Riese, *Die Haager Konferenz über die internationale Vereinheitlichung des Kaufrechts von 2.-25. April 1964: Verlauf der Konferenz und Ergebnisse hinsichtlich der materiellen Vereinheitlichung des Kaufrechts*, RABELS ZEITSCHRIFT FÜR AUSLÄNDISCHES UND INTERNATIONALES PRIVATRECHT 1 ff. (1965); K.C.T. Sulton, *Hague Conventions of 1964 and the Unification of the Law of International Sale of Goods*, 7 UNIVERSITY OF QUEENSLAND LAW JOURNAL 145 ff. (1970-72); André Tunc, *Les Conventions de La Haye du 1er juillet 1964 portant loi uniforme sur la vente internationale d'objets mobiliers corporels. Une étude de cas sur l'unification du droit*, REVUE INTERNATIONALE DE DROIT COMPARÉ 547 ff. (1964).

<sup>20)</sup> See Convention Relating to the Uniform Law of the Formation of Contracts for the International Sale of Goods, July 1, 1964, with Annex, Uniform Law on the Formation of Contracts for the International Sale of Goods, reprinted in 13 AMERICAN JOURNAL OF COMPARATIVE LAW 472 ff. (1964).

Several papers have been written on the Ulf; see, e.g., Michael Aubrey, *The Formation of International Contracts, with Reference to the Uniform Law on Formation*, 14 INTERNATIONAL AND COMPARATIVE LAW QUARTERLY 1011 ff. (1965); Ernst von Caemmerer, *Die Haager Konferenz über die internationale Vereinheitlichung des Kaufrechts vom 2.-25. April 1964: Die Ergebnisse der Konferenz hinsichtlich der Vereinheitlichung des Rechts des Abschlusses von Kaufverträgen*, RABELS ZEITSCHRIFT FÜR AUSLÄNDISCHES UND INTERNATIONALES PRIVATRECHT 101 ff. (1965); Sergei Cigoj, *International Sales: Formation of Contracts*, 23 NETHERLANDS INTERNATIONAL LAW REVIEW 257 ff. (1976); Gunnar Lagergren, *The Uniform Law on Formation of Contracts for the International Sale of Goods*, 10 JOURNAL OF BUSINESS LAW 22 ff. (1966); Giovanni E. Longo, *La Convenzione dell'Aja sulla formazione dei contratti di vendita internazionale, banco di prova per un incontro fra ordinamenti 'romani' e 'Common Law'. Un nuovo progetto di studi*, RIVISTA DEL DIRITTO COMMERCIALE E DEL DIRITTO GENERALE DELLE OBBLIGAZIONI 96 ff. (1966); Mario Matteucci, *Verso l'unificazione internazionale del diritto commerciale: la legge uniforme sulla formazione del contratto*, IL DIRITTO DELL'ECONOMIA 460 ff. (1966).

<sup>21)</sup> For similar statements, see, e.g., Piero Bernardini, *La compravendita internazionale*, in RAPPORTI CONTRATTUALI NEL DIRITTO INTERNAZIONALE 79, 83 (Milan, 1991); Michael J. Bonell, *La convenzione di Vienna sulla vendita internazionale: origine, scelte e principi fondamentali*, RIVISTA TRIMESTRALE DI DIRITTO E PROCEDURA CIVILE 715, 716 (1990); Riccardo Luzzatto, *Vendita (dir. internaz. priv.)*, in 46 ENCICLOPEDIA DEL DIRITTO 502, 507 (Milan, 1993); Michel Pelichet, *La vente internationale de marchandises et le conflit de lois*, RECEUIL DES COURS DE L'ACADEMIE DE DROIT INTERNATIONAL DE LA HAYE 9, 32 (1987); Burghard Piltz, *Internationales Kaufrecht. Das UN-Kaufrecht* (Wiener Überkommen von 1980) in PRAXISORIENTIERTER DARSTELLUNG 8 (Munich, 1993).

<sup>22)</sup> 22. The Hague Conventions were enacted in Belgium, Great Britain, the Federal Republic of Germany, Gambia, Israel, Italy, Luxembourg, The Netherlands and San Marino.

Note, however, that according to Harold J. Berman, *The Law of International Commercial Transactions* (Lex Mercatoria), 2 JOURNAL OF INTERNATIONAL DISPUTE RESOLUTION 235, 290 note 160 (1988), the Hague Conventions came into force only in eight countries.



CITRAL,<sup>23)</sup> constituted in 1966 with the task of promoting the progressive harmonization and unification of the law of international trade,<sup>24)</sup> to attempt the revision of the Hague Uniform Laws. But when it became apparent that a revision would not be successful without substantial modifications, a Working Group was established with the task of drafting a new text.<sup>25)</sup> Several drafts were proposed, the last of which – dating back to 1978<sup>26)</sup> – was the one upon which the General Assembly of the United Nations authorized the convening of a diplomatic conference, held from March 10 to April 11, 1980 in Vienna.<sup>27)</sup> On that occasion, the convention which is officially known<sup>28)</sup> as the ‘United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods’ [hereinafter: CISG] was approved.<sup>29)</sup> It entered into force on January 1st, 1988.

## 2. The Need for a Uniform Application of the CISG as Justification for this Paper

In order to create uniformity, it is, however, not sufficient to create and enact uniform

<sup>23)</sup> For UNCITRAL's history, its structure, and its goals, see, among others, René David, *La Commission des Nations Unies pour le droit commercial international*, ANNUAIRE FRANÇAIS DE DROIT INTERNATIONAL 433 ff. (1970); Allan E. Farnsworth, *UNCITRAL: Why? What? How? When?*, 20 AMERICAN JOURNAL OF COMPARATIVE LAW 314 ff. (1972); Berthold Goldman, *Les travaux de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international*, JOURNAL DU DROIT INTERNATIONAL 747 ff. (1979); Rolf Herber, *Die Arbeiten des Ausschusses der Vereinten Nationen für internationales Handelsrecht (Uncitral)*, RECHT DER INTERNATIONALEN WIRTSCHAFT 577 ff. (1974); Gerold Herrmann, *The Contribution of UNCITRAL to the Development of International Trade*, in THE TRANSNATIONAL LAW OF INTERNATIONAL COMMERCIAL TRANSACTIONS, supra note 14, 35 ff.; John O. Honnold, *The United Nations Commission on International Trade Law: Misison and Methods*, 27 AMERICAN JOURNAL OF COMPARATIVE LAW 201 ff. (1979).

For a list of recent papers on the activities of UNCITRAL, see *Bibliography of recent writings related to the work of UNCITRAL*, 23 INTERNATIONAL JOURNAL OF LEGAL INFORMATION 66 ff. (1995).  
<sup>24)</sup> See G.A. Resolution 2205, reprinted in I UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW YEARBOOK 65 (1968-1970) (establishing that the UNCITRAL ‘shall have for its object the promotion of the progressive harmonization and unification of the law of international trade [...]’).

<sup>25)</sup> See also JOHN O. HONNOLD, UNIFORM LAW FOR INTERNATIONAL SALES UNDER THE 1980 UNITED NATIONS CONVENTION 53 (2nd ed., Deventer, 1991), stating that ‘[t]he crucial question’ was this: Would it be possible to obtain widespread adoption of the 1964 Conventions? [...] It became evident that the 1964 Conventions, despite the valuable work they reflected, would not receive adequate adherence [...]. The UNCITRAL thereupon established a Working Group of 14 States [...] and requested the Working Group to prepare a [new] text.’

<sup>26)</sup> Whereas earlier drafts distinguished between rules relating to the formation of international sales contracts and those relating to the rights and duties of both buyer and seller deriving from international sales contracts, the 1978 Draft Convention was a result from the Commission's decisions ‘[...] to integrate the draft convention on the formation of contracts and the draft convention on international sale of goods into a simple text.’ Sono, supra note 11, at 5.

<sup>27)</sup> The proceedings of the 1980 Diplomatic Conference as well as its result are reprinted in UNITED NATIONS CONFERENCE ON CONTRACTS FOR THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS, OFFICIAL RECORDS: DOCUMENTS OF THE CONFERENCE AND SUMMARY RECORDS OF THE PLENARY MEETINGS AND OF THE MEETINGS OF THE MAIN COMMITTEES (Vienna, 10 March – 11 April 1980) (United Nations ed., 1981).

<sup>28)</sup> For an overview of the various names and abbreviations used instead of the Convention's official title, see Axel Flessner & Thomas Kadner, CISG? Zur Suche nach einer Abkürzung für das Wiener Übereinkommen über Verträge über den internationalen Warenkauf vom 11. April 1980, ZEITSCHRIFT FÜR EUROPÄISCHES PRIVATRECHT 347 ff. (1995).

<sup>29)</sup> See the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods [hereinafter: CISG], reprinted in 19 INTERNATIONAL LEGAL MATERIALS 668 ff. (1980). The other official versions (Arabic, French, Chinese, Russian and Spanish) are reproduced in THE CONVENTION FOR THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS: A HANDBOOK OF THE BASIC MATERIALS 169 ff. (Daniel Barstow Magraw & Reed R. Kathrein eds., 2nd ed., 1990). For an unofficial Dutch version of the Convention, see ROELAND BERTRAMS & F.J.A. VAN DER VELDEN, OVEREENKOMSTEN IN HET INTERNATIONAAL PRIVATRECHT EN HET WEENSE KOOPVERDRAG 184 ff. (1994).

laws,<sup>30)</sup> such as the aforementioned CISG, since the same uniform law can still be interpreted and, thus, applied differently by the judges of different countries.<sup>31)</sup> The first step to be taken to minimize the danger of diverging interpretations and, thus, difformity in the application of uniform law, is to reject the thesis according to which ‘by virtue of national proceedings, the [uniform law] conventions transform themselves into domestic law and therefore their interpretation and integration must take place according to the interpretive techniques [...] of the domestic legal system in which they are transplanted and will be applied.’<sup>32)</sup> This means, above all, that one should not have recourse to domestic interpretive techniques to solve interpretive problems,<sup>33)</sup> and that one should not read international uniform law through the lenses of domestic law.<sup>34)</sup> On the contrary, in the interpretation of international uniform law, as expressly stated in Article 7(1) CISG,<sup>35)</sup> as well as in many other recent international uniform law conventions,<sup>36)</sup> regard is to be had to its international character and to the need to promote uniformity in its application.<sup>37)</sup> On the one hand, this means that one must interpret international uniform law ‘in an

<sup>30)</sup> For this conclusion, see also R.J.C. Munday, Comment, *The Uniform Interpretation of International Conventions*, 27 INTERNATIONAL AND COMPARATIVE LAW QUARTERLY 450 (1978), where it is stated that ‘[t]he principal objective of an international convention is to achieve uniformity of legal rules within the various States party to it. However, even when outward uniformity is achieved following the adoption of a single authoritative text, uniform application of the agreed rules is by no means guaranteed, as in practice different countries almost inevitably come to put different interpretations upon the same enacted words.’ (emphasis added)

<sup>31)</sup> This can occur, for instance, when the uniform law convention itself can give rise to different autonomous interpretations. In this case, the uniformity of the result would indeed be nothing more than a coincidence: Where, for example, there are three equally plausible autonomous interpretations and two interpreters who construe the same provisions independently, the chance that there will be a uniform result amounts only to 33%, or, in other words, the probability of diverging interpretations is 67%.

For a similar line of reasoning, see also Michael F. Sturley, *International Uniform Laws in Nations Courts: The Influence of Domestic Law in Conflicts of Interpretation*, 27 VIRGINIA JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW 729, 738 (1986).

<sup>32)</sup> Sergio Carbone, *L'ambito di applicazione ed i criteri interpretativi della convenzione di Vienna*, in LA VENDITA INTERNAZIONALE. LA CONVENZIONE DELL'11 APRILE 1980 (Milan, 1981).

<sup>33)</sup> For this conclusion see, e.g., Franco Ferrari, *Uniform Interpretation of the 1980 Uniform Sales Law*, 24 GEORGIA JOURNAL OF INTERNATIONAL AND COMPARATIVE LAW 183, 202 (1994). See also Michael J. Bonell, Art. 7, in COMMENTARY ON THE INTERNATIONAL SALES LAW, supra note 12, 65, 72 (stating that ‘[t]o have regard to the ‘international character’ of the Convention means first of all to avoid relying on the rules and techniques traditionally followed in interpreting ordinary domestic legislation’).

<sup>34)</sup> See, for the danger of interpreting the Convention in the light of domestic law, John O. Honnold, *The Sales Convention in Action – Uniform International Words: Uniform Application?*, 8 JOURNAL OF LAW AND COMMERCE 207, 208 (1988), where the author states that ‘one threat to international uniformity in interpretation is a natural tendency to read the international text through the lenses of domestic law.’

<sup>35)</sup> See Art. 7(1) CISG: ‘In the interpretation of this Convention, regard is to be had to its international character and to the need to promote uniformity in its application and the observance of good faith in international trade.’

<sup>36)</sup> See, e.g., Article 18 of the EEC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations (reprinted in 19 INTERNATIONAL LEGAL MATERIALS 1492, 1496 (1980)); Article 4 of the UNIDROIT Convention on International Factoring (reprinted in 27 INTERNATIONAL LEGAL MATERIALS 943, 945 (1988)); Article 6 of the UNIDROIT Convention on International Financial Leasing (reprinted in 27 INTERNATIONAL LEGAL MATERIALS 931, 933 (1988)).

<sup>37)</sup> Several papers have been written on the interpretation of the CISG; see, apart from the papers quoted in notes 33 & 34, Jorge Adame Goddard, *Reglas de Interpretacion de la Convencion sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderias*, REVISTA DE INVESTIGACIONES JURIDICAS 9 ff. (1990); Michael J. Bonell, *L'interpretazione del diritto uniforme alla luce dell'art. 7 della Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale*, RIVISTA DI DIRITTO CIVILE II 221 ff. (1986).

autonomous manner',<sup>38)</sup> i.e., in its interpretation one should not resort to the meaning one generally attaches to certain expressions within the ambit of a particular system,<sup>39)</sup> since this 'nationalistic approach'<sup>40)</sup> would not only lead to difformity, but, ultimately, to the promotion of forum shopping.<sup>41)</sup> Thus, even where the expressions employed in the uniform sales law (or in other uniform law conventions)<sup>42)</sup> are literally the same as expressions which within a particular domestic legal system have a specific meaning – such as 'avoidance', 'reasonable', 'good faith', etc. –, they are independent from the latter,<sup>43)</sup> since the expressions employed in uniform law conventions are intended to be neutral.<sup>44)</sup> Nowadays, this appears to be a basic principle of international uniform law<sup>45)</sup> resulting, among others, from the assumption that international uniform law 'does not want to identify itself with any legal system, because it wants to conjugate with all.'<sup>46)</sup> Indeed, any choice of one expression rather than another is the result of a compromise<sup>47)</sup> and does not correspond to the reception of

<sup>38)</sup> For the use of this expression, see BERNARD AUDIT, *LA VENTE INTERNATIONALE DE MARCHANDISES* 47 (Paris, 1990); Michael J. Bonell, *Art. 7*, in *CONVENZIONE DI VIENNA SUI CONTRATTI DI VENDITA INTERNAZIONALE DI BENI MOBILI* 21, 21 (Cesare Massimo Bianca ed., Padova, 1991).

<sup>39)</sup> A similar affirmation can also be found in HONNOLD, *supra* note 25, at 136 ('[T]he reading of a legal text in the light of the concepts of our domestic legal system [is] an approach that would violate the requirement that the Convention be interpreted with regard 'to its international character''. (emphasis in original)

For similar statements, see also a recent decision of the House of Lords, *Fothergill v. Monarch Airlines*, [1980] 2 All E.R. 696 (H.L.), [1980] W.L.R. 209.

<sup>40)</sup> For this expression see Michael J. Bonell, *La nouvelle Convention des Nations-Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises*, *DROIT ET PRATIQUE DU COMMERCE INTERNATIONAL* 7, 14 (1981).

<sup>41)</sup> The danger of forum shopping as a result of diverging interpretations has also been pointed out by HONNOLD, *supra* note 25, at 142, where the author states that '[t]he settlement of disputes would be complicated and litigants would be encouraged to engage in forum shopping if the courts of different countries persist in divergent interpretations of the Convention.'

<sup>42)</sup> For a discussion of the interpretation of uniform law conventions in general (as opposed to a discussion of the interpretation of the CISG), see most recently STEFANIA BARIATTI, *L'INTERPRETAZIONE DELLE CONVENZIONI INTERNAZIONALI DI DIRITTO UNIFORME* (Padova, 1986).

<sup>43)</sup> For this conclusion, see also ROLF HERBER & BEATE CZERWENKA, *INTERNATIONALES KAUFRECHT. KOMMENTAR ZU DEM ÜBEREINKOMMEN DER VEREINTEN NATIONEN VOM 11. APRIL 1980 ÜBER VERTRÄGE ÜBER DEN INTERNATIONALEN WARENKAUF* 47 (Munich, 1991).

For somewhat different conclusions, see, however, F.J.A. van der Velden, *Indications of the Interpretation by Dutch Courts of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, in *NETHERLANDS REPORTS TO THE TWELFTH INTERNATIONAL CONGRESS OF COMPARATIVE LAW: SIDNEY-MELBOURNE 1986* 21, 33-34 (Ewoud Hondius et al. eds., Deventer, 1987) (stating that where a source of uniform law is a specific provision of national law, recourse to its domestic interpretation is a logical aid to the interpretation of the uniform law); F.A. Mann, *Uniform Statutes in English Law*, 99 *LAW QUARTERLY REVIEW* 376, 383 (1983) (stating that '[i]t is simply common sense that if the Convention adopts a phrase which appears to have been taken from one legal system [...] where it is used in a specific sense, the international legislators are likely to have had that sense in mind and to intend its introduction into the Convention').

<sup>44)</sup> The presumed neutrality of the language employed in the CISG has also been pointed out by Bonell, *supra* note 33, at 74 ('When drafting the single provisions these experts had to find sufficiently neutral language on which they could reach a common understanding'). A similar statement can also be found in HONNOLD, *supra* note 25, at 136.

<sup>45)</sup> See, for instance, JAN KROPHOLLER, *INTERNATIONALES EINHEITSRECHT. ALLGEMEINE LEHREN* 265 (Tübingen, 1974).

<sup>46)</sup> Giuseppe Benedetti, *Art. 4*, in *CONVENZIONE DI VIENNA SUI CONTRATTI DI VENDITA INTERNAZIONALE DI BENI MOBILI*, *supra* note 38, 9, 9.

<sup>47)</sup> For this conclusion, see also Ferrari, *supra* note 33, at 201.

a concept peculiar to a specific domestic law:<sup>48)</sup> the interpreter has therefore to be aware of what has been called *faux-amis*.<sup>49)</sup>

But in view of 'the need to promote uniformity in [the CISG's] application'<sup>50)</sup> and for the reasons mentioned *supra*,<sup>51)</sup> it does not suffice to consider the international uniform laws as being 'autonomous bodies of rules'.<sup>52)</sup> This is why, on the other hand, regard is to be had to the practice established by other (Contracting) States in applying the uniform law.<sup>53)</sup> The interpreter must consider 'what others have already done',<sup>54)</sup> i.e., he must consider the decisions rendered by judicial bodies of other Contracting States,<sup>55)</sup> since it is possible that the same – or analogous – issues have already been examined by other States' courts,<sup>56)</sup> in which case such decisions should have either the value of precedent – '[i]f there is already a body of international case law,<sup>57)</sup> or a persuasive value.<sup>58)</sup> Apart from the recourse to foreign judicial applications of uniform law, the danger of differing interpretations can also be neutralized by resorting to the *travaux préparatoires*<sup>59)</sup> as well as to doctrinal writing,<sup>60)</sup> which in civil law countries has always been considered an instrument for interpretation of (uniform) law,<sup>61)</sup> whereas in common law countries such as England and America, where judges have historically been reluctant to make recourse to scholarly writing,<sup>62)</sup> this tendency appears only recently.<sup>63)</sup>

<sup>48)</sup> See also FRITZ ENDERLEIN ET AL., *INTERNATIONALES KAUFRECHT. KAUFRECHTSKONVENTION. VERJÄHRUNGSKONVENTION. VERTRETUNGSKONVENTION. RECHTSANWENDUNGSKONVENTION* 61 (Berlin, 1991); Rolf Herber, *Art. 7*, in *KOMMENTAR ZUM EINHEITLICHEN UN-KAUFRECHT* 94 (Peter Schlechtriem ed., 2nd ed., Munich, 1995).

<sup>49)</sup> For this conclusion, see HONNOLD, *supra* note 25, at 136.

<sup>50)</sup> Art. 7(1), quoted *supra* note 35.

<sup>51)</sup> See *supra* notes 30 & 31 and their accompanying text.

<sup>52)</sup> 52. For a similar statement, see, e.g., Bonell, *supra* note 33, at 74-75, where the author states that an 'important reason for the autonomous interpretation of the Convention relates to the Convention's ultimate aim, which is to achieve world-wide uniformity in the law of international sale contracts. To this end it is not sufficient to have the Convention adopted by the single States. It is equally important that its provisions be interpreted in the same way in various countries.'

<sup>53)</sup> See FERRARI, *supra* note 33, at 204; Herber, *supra* note 48, at 94.

<sup>54)</sup> Dietrich Maskow, *The Convention on the International Sale of Goods from the Perspective of the Socialist Countries*, in *LA VENDITA INTERNAZIONALE*, *supra* note 32, 39, 54.

<sup>55)</sup> See Ferrari, *supra* note 33, at 205.

<sup>56)</sup> For the necessity of having regard to other countries' decisions, see, for example, HERBER & CZERWENKA, *supra* note 43, at 48; ALBERT H. KRITZER, *GUIDE TO PRACTICAL APPLICATIONS OF THE UNITED NATIONS CONVENTION ON CONTRACTS FOR THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS* 109 (1989); Susanne Cook, Note, *The Need for Uniform Interpretation of the 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, 50 *UNIVERSITY OF PITTSBURGH LAW REVIEW* 197, 199 (1988).

<sup>57)</sup> Bonell, *supra* note 33, at 91.

<sup>58)</sup> As for a reference to the persuasive power of foreign court decisions in interpreting the CISG, see FRITZ ENDERLEIN & DIETRICH MASKOW, *INTERNATIONAL SALES LAW* 56 (1992), where the authors state that '[w]hat matters [...] is not a prejudicial effect of rulings by foreign courts or arbitral tribunals and not that the decision taken by an organ, which by accident entrusted first to deal with a specific legal issue, is attached a particularly great importance; rather, the existing material in regard to relevant rulings has to be taken account of when giving the reasons for a decision.'

<sup>59)</sup> For this suggestion, see also Audit, *supra* note 38, at 48; ENDERLEIN ET AL., *supra* note 48, at 61; Ferrari, *supra* note 33, at 206 ff.; HERBER & CZERWENKA, *supra* note 43, at 49; MARTIN KAROLLUS, *UN-KAUFRECHT* 11 (Vienna/New York, 1991).

<sup>60)</sup> For a discussion of the role of doctrinal writing in the unification of law, see Edgar Bodenheimer, *Doctrine as Source of the International Unification of Law*, 34 *AMERICAN JOURNAL OF COMPARATIVE LAW* (Supplement) 67 ff. (1986).

<sup>61)</sup> For this affirmation, see HONNOLD, *supra* note 25, at 144.

<sup>62)</sup> For this affirmation, see Ferrari, *supra* note 33, at 207.

<sup>63)</sup> For a reference to the departure from the refusal to make recourse to doctrine by English judges, see John O. Honnold, *Uniform Words and Uniform Application. The 1980 Sales Convention and In-*

It is because of these considerations, as well as because of the fact that in practice taking foreign decisions – or scholarly opinions – into account can generate some difficulties (based upon language problems), that this paper will examine specific issues of the 1980 Uniform Sales Law in the light of both recent court decisions as well as scholarly writings, thus providing the tools for a possible uniform interpretation and application of the CISG.

### 3. The Scope of the Present Paper

Although only seven years have passed since the CISG's coming into force on January 1, 1988,<sup>64</sup> it is already possible to assert that, unlike its predecessor, the Hague Uniform Sales Law(s), it is not a failure. On the contrary, it can be considered as being one of the most successful efforts towards the creation of a uniform (international) commercial law,<sup>65</sup> as evidenced not only by the large number of Contracting States – nearly fifty already<sup>66</sup> – and the long list of scholarly publications devoted to

*international Juridical Practice*, in EINHEITLICHES KAUFRECHT UND NATIONALES OBLIGATIONENRECHT, *supra* note 16, 115, 126, where the author states that 'in the United Kingdom, the former practice against citation of living authors has been relaxed [...]. [C]ourts resort to writers if there is no judicial statement on the point or (a point significant for our topic) in considering decisions of foreign courts in a foreign tongue.'

In respect of the United States it has been pointed out by Honnold, *supra* note 34, at 208, that '[t]he traditional barriers to the use of scholarly writing in legal development broke down a long time ago in this country and is breaking down in citadels of literalism in other parts of the common law world, especially in the handling of international legal materials.'

<sup>64</sup> For short comments and overviews occasioned by the entry into force of the CISG, *see*, among others, Michael J. Bonell, *L'entrata in vigore della Convenzione di Vienna sulla vendita e le sue conseguenze nella prassi delle contrattazioni commerciali internazionali*, DIRITTO DEL COMMERCIO INTERNAZIONALE 415 ff. (1987); Rolf Herber, *Gedanken zum Inkrafttreten des VN-Kaufrechtsübereinkommens*, RECHT DER INTERNATIONALEN WIRTSCHAFT 340 ff. (1987); Ulrich Magnus, *Das UN-Kaufrecht tritt in Kraft*, RABELS ZEITSCHRIFT FÜR AUSLÄNDISCHES UND INTERNATIONALES PRIVATRECHT 123 ff. (1987); Robert W. Schaaf, *Entry into force in 1988 of UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, INTERNATIONAL JOURNAL OF LEGAL INFORMATION 56 ff. (1987).

<sup>65</sup> For a similar assertion, *see*, e.g., Frank Diederich, *Lückenfüllung im Internationalen Einheitsrecht. Möglichkeiten und Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung im Wiener Kaufrecht*, RECHT DER INTERNATIONALEN WIRTSCHAFT 353 ff. (1995).

According to the FINANCIAL TIMES, September 21, 1993, Business Section 1, the CISG represents the 'biggest success so far achieved by inter-governmental attempts at unification of commercial laws.'

<sup>66</sup> The Vienna Sales Convention is in force in about fifty countries: Argentina (Jan. 1, 1988); Australia (Apr. 1, 1989); Austria (Jan. 1, 1989); Belarus (Nov. 1, 1990); Bosnia and Herzegovina (Jan. 1, 1988); Bulgaria (Aug. 1, 1991); Canada (May 1, 1992); Chile (March 1, 1991); China (Jan. 1, 1988); Cuba (Dec. 1, 1995); Czech Republic (Apr. 1, 1991); Denmark (March 1, 1990); Ecuador (Feb. 1, 1993); Egypt (Jan. 1, 1988); Estonia (Oct. 1, 1994); Finland (Jan. 1, 1989); France (Jan. 1, 1988); Georgia (Sep. 1, 1995); Germany (Jan. 1, 1991); Guinea (Feb. 1, 1992); Hungary (Jan. 1, 1988); Iraq (Apr. 1, 1991); Italy (Jan. 1, 1988); Lesotho (Jan. 1, 1988); Lithuania (Feb. 1, 1996); Mexico (Jan. 1, 1989); Moldova (Nov. 1, 1995); the Netherlands (Jan. 1, 1992); New Zealand (Oct. 1, 1995); Norway (Aug. 1, 1989); Romania (June 1, 1992); Russian Federation (Sep. 1, 1991); Slovakia (Apr. 1, 1991); Slovenia (Jan. 1, 1988); Spain (Aug. 1, 1991); Sweden (Jan. 1, 1989); Switzerland (March 1, 1991); Syrian Arab Republic (Jan. 1, 1988); Uganda (March 1, 1993); Ukraine (Feb. 1, 1991); USA (Jan. 1, 1988); Yugoslavia (Jan. 1, 1988); Zambia (Jan. 1, 1988).

For a list of Contracting States and their declarations and reservations, *see* most recently *Journal of Law and Commerce CISG Contracting States and Declarations Table*, 14 JOURNAL OF LAW AND COMMERCE 235 ff. (1995).

it,<sup>67</sup> but also by the attention paid to the CISG by courts<sup>68</sup> as well as by arbitral tribunals:<sup>69</sup> in 1994, one hundred applications of the CISG were counted,<sup>70</sup> a large number to which one must add several more recent court decisions<sup>71</sup> – among others,<sup>72</sup> several Dutch decisions,<sup>73</sup> a French<sup>74</sup>, two German<sup>75</sup> and one Austrian<sup>76</sup> Supreme Court Decisions – as well as various arbitral awards,<sup>77</sup> dealing with the most diverse businesses.<sup>78</sup>

<sup>67</sup> An exhaustive list of works devoted to the CISG cannot be given, considering the number of papers dealing with it. For a detailed list of English papers, *see*, among others, Peter Winship, *The Un Sales Convention: A Bibliography of English-Language Publications*, 28 THE INTERNATIONAL LAWYER 401 ff. (1994).

For a list comprising papers written in other languages as well, *see*, most recently, MICHAEL R. WILL, INTERNATIONALE BIBLIOGRAPHIE ZUM UN-KAUFRECHT (Bundestelle für Außenhandelsinformation ed., 4th ed., in print); *see* also Walter Rondino, *Bibliography. Vienna Convention on the International Sale of Goods*, in COMMENTARY ON THE INTERNATIONAL SALES LAW, *supra* note 12, 851 ff.; Peter Winship, *A Bibliography of Commentaries on the United Nations International Sales Convention*, 21 THE INTERNATIONAL LAWYER 585 ff. (1987).

<sup>68</sup> For the most recent papers discussing the judicial applications of the CISG, *see* Callaghan, *supra* note 3, 183 ff.; Louis Del Duca & Patrick Del Duca, *Practice under the Convention on International Sale of Goods (CISG): A Primer for Attorneys and International Traders*, 27 UNIFORM COMMERCIAL CODE LAW JOURNAL 331 ff. (1995); Harry M. Flechtner, *More U.S. Decisions on the U.N. Sales Convention: Scope, Parol Evidence, 'Validity', and Reduction of Price under Article 50*, 14 JOURNAL OF LAW AND COMMERCE 153 (1995); Ulrich Magnus, *Stand und Entwicklungen des UN-Kaufrechts*, ZEITSCHRIFT FÜR EUROPÄISCHES PRIVATRECHT 202 ff. (1995); CLAUDE WITZ, LES PREMIERES APPLICATIONS JURISPRUDENTIELLES DU DROIT UNIFORME DE LA VENTE INTERNATIONALE. CONVENTION DES NATIONS UNIES DU 11 AVRIL 1980 (Paris, 1995); Claude Witz, *La Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises à l'épreuve de la jurisprudence naissante*, DALLOZ CHRONIQUE 143 ff. (1995).

*See* also Martin Karollus, *Rechtsprechung zum UN-Kaufrecht (II)*, RECHT DER WIRTSCHAFT 168 f. (1992); Martin Karollus, *Rechtsprechung zum UN-Kaufrecht (I)*, *ibid.*, 319 f. (1991); Ulrich Magnus, *Aktuelle Fragen des UN-Kaufrechts*, ZEITSCHRIFT FÜR EUROPÄISCHES PRIVATRECHT 79 ff. (1994); Burghard Piltz, *Neue Entwicklungen im UN-Kaufrecht*, NEUE JURISTISCHE WOCHENSCHRIFT 1101 f. (1994); Gert Reinhart, *Zum Inkrafttreten des UN-Kaufrechts für die Bundesrepublik Deutschland: Erste Entscheidungen deutscher Gerichte*, PRAXIS DES INTERNATIONALEN PRIVAT- UND VERFAHRENSRECHTS 289 ff. (1990).

<sup>69</sup> For a discussion of arbitral awards dealing with the CISG, *see* Jean-Paul Béraudo, *La Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises et l'arbitrage*, BULLETIN DE LA COUR INTERNATIONALE DE L'ARBITRAGE DE LA CCI 61 ff. (1994).

<sup>70</sup> For a complete list of the first hundred court decisions, *see* MICHAEL R. WILL, INTERNATIONAL SALES LAW UNDER CISG. THE UN CONVENTION ON CONTRACTS FOR THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS. THE FIRST HUNDRED DECISIONS (Geneva, 1994).

<sup>71</sup> *See*, e.g., the decision of the LG Oldenburg, September 9, 1994, *reprinted* in NEUE JURISTISCHE WOCHENSCHRIFT RECHTSPRECHUNGS-REPORT 438 (1995); LG Gießen, July 5, 1994, *reported* in NEUE JURISTISCHE WOCHENSCHRIFT RECHTSPRECHUNGS-REPORT 438 f. (1995).

<sup>72</sup> *See*, for some recent lower court decisions, LG Oldenburg, November 9, 1994, *published* in NEUE JURISTISCHE WOCHENSCHRIFT RECHTSPRECHUNGS-REPORT 438 (1995); Cour d'Appel Grenoble, February 22, 1995, *quoted* in DALLOZ-SIREY 100 (1995).

<sup>73</sup> *See* Rechtbank Amsterdam, October 5, 1994, *reprinted* in NEDERLANDS INTERNATIONAAL PRIVAATRECHT 195 f. (1995); Rechtbank Amsterdam, December 7, 1994, *reprinted* in NEDERLANDS INTERNATIONAAL PRIVAATRECHT 196 f. (1995).

<sup>74</sup> *See* Cour de Cassation, January 4, 1995, *reprinted* in WITZ, *supra* note 68, 140 f.

<sup>75</sup> *See* BGH, March 8, 1995, *reprinted* in RECHT DER INTERNATIONALEN WIRTSCHAFT 595 ff. (1995); BGH, February 15, 1994, *reproduced* in WERTPAPIER MITTEILUNGEN 1103 ff. (1995).

<sup>76</sup> *See* OGH, November 10, 1994, *published* in ZEITSCHRIFT FÜR RECHTSVERGLEICHUNG 79 ff. (1995).

<sup>77</sup> *See* Internationales Schiedsgericht der Bundeskammer der gewerblichen Wirtschaft in Österreich, Schiedsspruch 4366, June 15, 1994, *reprinted* in RECHT DER INTERNATIONALEN WIRTSCHAFT 590 f. (1995); Internationales Schiedsgericht der Bundeskammer der gewerblichen Wirtschaft in Österreich, Schiedsspruch 4318, June 15, 1994, *published* in RECHT DER INTERNATIONALEN WIRTSCHAFT 591 f. (1995).

<sup>78</sup> For a list of items the sale of which has led to a discussion of the applicability of the CISG, *see* Albert H. Kritzer, *The Convention on Contracts for the International Sale of Goods – Opportunities*

Despite the fact that the aforementioned applications of the CISG dealt with the most diverse topics – from the formation of contract<sup>79)</sup> to the foreseeability of damages<sup>80)</sup>

and the Internet, 1 JOURNAL ON THE CONVENTION ON CONTRACTS FOR THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS (in print): 'The CISG has been cited in cases involving contracts entered into by parties in the following businesses [...]. Adapters, Airplanes engines, Bale compressor, Baling press, Bathing suit material, Boots, Building material, Camcorders, Candy, Caravan, Cars, Cast iron products, Cedar shakes, Cheese, Children's shoes, Chinchilla furs, Cloth, Clothes, Coke, Communications equipment, Compressors, Computer, Computer components, Construction material, Corn, Doors, Electronic components, Fabrics, Fashion textiles, Ferrochrome, Filling machine, Frozen chicken, Fruit, Furniture, Garlic, Gas equipment, Gherkins, Granite stones, Granulator, Hearing aids, Ink printers, Jeans, Key press, Kitchen furnishings, Lambs, Latex gloves, Lithographs, Lorry platforms, Machinery, Marble slabs, Market study, Metallic hangar, Motor yacht, Mower, Mussels, Optical equipment, Panelling, Paper sacks, Paper sack factory, Pork fat, Rare hardwood, Rolled metal sheets, Rubber gloves, Sailing yacht, Shirts, Shoes, Shower cabinets, special screws, sports articles, Steel bars, Sweaters, Sweet potatoes, Textiles, Tickets for sports event, Tiles, Tin sheets, Veneer machines, Wall tiles, Weight lifting equipment, Windows and doors, Wine, Word processors, Women's clothes, Yarn.'

<sup>79)</sup> See, e.g., Cour de Cassation, January 4, 1995, reprinted in WITZ, *supra* note 68, 140 ff.; OLG Köln, February 22, 1994, published in RECHT DER INTERNATIONALEN WIRTSCHAFT 972 ff.; *Filanto S.p.A. v. Chilewich International Corp.*, 789 F.Supp. 1229; OLG Hamm, September 22, 1992, reproduced in UNILEX (1995); Cour d'Appel Paris, April 22, 1992, reprinted in WITZ, *supra* note 68, 135 ff.; LG Baden-Baden, August 14, 1991, reprinted in RECHT DER INTERNATIONALEN WIRTSCHAFT 62 ff. (1992).

For papers on the formation of international sales contracts under the CISG, see, among others, Michael J. Bonell, *La formazione del contratto di compravendita*, in LA VENDITA INTERNAZIONALE, *supra* note 32, 113 ff.; Ronald A. Brand & Harry M. Flechtner, *Arbitration and Contract Formation in International Trade: First Interpretations of the U.N. Sales Convention*, 12 JOURNAL OF LAW AND COMMERCE 239 ff. (1993); Helmut Dilger, *Das Zustandekommen von Kaufverträgen im Außenhandel nach internationalem Einheitsrecht und nationalem Sonderrecht*, RABELS ZEITSCHRIFT FÜR AUSLÄNDISCHES UND INTERNATIONALES PRIVATRECHT 169 ff. (1981); Gyula Eörsi, *Formation of Contract*, in WIENER ÜBEREINKOMMEN VON 1980 ÜBER DEN INTERNATIONALEN WARENKAUF 43 ff. (Schweizerisches Institut für Rechtsvergleichung ed., Zurich, 1985); Allan E. Farnsworth, *Formation of Contract*, in INTERNATIONAL SALES. THE UNITED NATIONS CONVENTION ON CONTRACTS FOR THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS 3.1 ff. (Nina Galston & Hans Smit eds., 1984); Franco Ferrari, *Estudios comparativos en materia de conclusion del contrato en los países de America del Sur con referencias a la Convención de Viena sobre la venta internacional*, REVISTA DEL DERECHO COMERCIAL Y DE LAS OBLIGACIONES 51 ff. (1992); Alejandro M. Garro, *La formación del contrato en la Convención de Viena sobre compraventas internacionales y en el proyecto de unificación*, DERECHO COMPARADO 227 ff. (1988); James E. Joseph, *Contract Formation under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the Uniform Commercial Code*, 3 DICKINSON JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW 107 ff. (1984); Clark J. Kelso, Note, *The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: Contract Formation and the Battle of the Forms*, 21 COLUMBIA JOURNAL OF TRANSNATIONAL LAW 529 ff. (1983); Warren Khoo, *Formation of International Sales Contracts*, 7 DIGEST OF COMMERCIAL LAWS 130 ff. (1980); Burt A. Leete, *Contract Formation under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the Uniform Commercial Code: Pitfalls for the Unwary*, 6 TEMPLE INTERNATIONAL AND COMPARATIVE LAW JOURNAL 193 ff. (1992); KATHARINA S. LUDWIG, DER VERTRAGSSCHLUß NACH UN-KAUFRECHT IM SPANNUNGSVERHÄLTNISS VON COMMON LAW UND CIVIL LAW (Frankfurt/Berlin/Bern/New York/Paris/Vienna, 1994); Tim N. Logan, *The People's Republic of China and the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: Formation Questions*, CHINA LAW REPORTER 53 ff.; Shahdeen Malik, *Offer: Revocable or Irrevocable. Will Art. 16 of the Convention on Contracts for the International Sale Ensure Uniformity?*, 25 INDIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW 26 ff. (1985); Mantilla Molina, *La formación de los contratos de compraventa internacional de mercaderías*, 10 ANUARIO JURIDICO 165 ff. (1983); John E. Murray, *An Essay on the Formation of Contracts and related Matters under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, 8 JOURNAL OF LAW AND COMMERCE 11 ff. (1988); Kurt Neumayer, *Der Vertragsschluß nach dem Recht des internationalen Warenkaufs (Wiener Übereinkommen von 1980)*, in FESTSCHRIFT FÜR WERNER LORENZ ZUM 70. GEBURTSTAG 747 ff. (Michael R. Will, ed, Tübingen, 1991); Courtney Parrish Smart, Note, *The Formation of Contracts in Louisiana under the United Nations Convention for the International Sale of Goods*, 53 LOUISIANA LAW REVIEW 1339 ff. (1993); Kazuaki Sono, *Formation of International Contracts under the Vienna Convention: A Shift above the Comparative Law*,

– it is possible to identify three issues which have, more than others, drawn the courts' and arbitral tribunals' attention: the CISG's sphere of application (II-VI), the issue of the notification of difformity of goods (VII), and the issue of interest rates (VIII).

## II. THE INTERNATIONALITY OF SALES CONTRACTS UNDER CISG

### 1. The CISG and the Hague Conventions Compared

As it is known, the 1980 Vienna Sales Convention differs from the 1964 Hague Conventions in respect to various issues,<sup>81)</sup> such as their compilation techniques<sup>82)</sup> – which resulted in a shorter and simpler text of the 1980 Sales Convention,<sup>83)</sup> because 'UNCITRAL provided for the marriage of two sets of rules [Ulis and Uif] that had lived separately for over four decades.'<sup>84)</sup> The aforementioned Conventions also differ from a public international point of view,<sup>85)</sup> whereas the Vienna Sales Convention is considered (in most countries)<sup>86)</sup> to represent a so-called *self-executing treaty*,<sup>87)</sup>

in INTERNATIONAL SALE OF GOODS, DUBROVNIK LECTURES, *supra* note 12, 111 ff.; Walter A. Stoffel, *Formation du contrat*, in WIENER ÜBEREINKOMMEN, *supra* this note, 55 ff.; Peter Winship, *Formation of International Sales Contracts under the Vienna Sales Convention*, 17 THE INTERNATIONAL LAWYER 1 ff.

<sup>80)</sup> See *Delchi Carrier S.p.A. v. Rotorex Corp.*, 1994 WL 495787, 1994 U.S. Dist. Lexis 12820; International Court of Arbitration, Award No. 7197, reprinted in JOURNAL DU DROIT INTERNATIONAL 1028 ff. (1993).

For a discussion of the foreseeability of damages under CISG, see Franco Ferrari, *Comparative Ruminations on the Foreseeability of Damages in Contract Law*, 53 LOUISIANA LAW REVIEW 1257 ff. (1992); Franco Ferrari, *Prevedibilità del danno e contemplation rule*, CONTRATTO E IMPRESA 760 ff. (1993); Arthur G. Murphey, *Consequential Damages in Contracts for the International Sale of Goods and the Legacy of Hadley*, 23 GEORGE WASHINGTON JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW AND ECONOMICS 415 ff. (1989).

<sup>81)</sup> For a detailed comparison of the 1980 Uniform Sales Law and the 1964 Hague Conventions, see Jaksa Barbic, *Uniform Law on the International Sale of Goods, Uniform Law on the Formation of Contracts for the International Sale of Goods (1964) and the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980)*, in 4 HAGUE-ZAGREB ESSAYS 3 ff. (C.C.A. Voskuil & J.A. Wade eds., The Hague, 1983); PHILIPPE KAHN, ETUDE COMPAREE DES CONVENTION DE LA HAYE DU 1ER JUILLET 1964 SUR LA VENTE INTERNATIONALE DES OBJETS MOBILIERS CORPORELS ET LA FORMATION DU CONTRAT DE VENTE ET PROJET DE CONVENTION SUR LES CONTRATS DE VENTE INTERNATIONALE DES MARCHANDISES PREPAREE PAR LA CNUDCI (Brussels, 1979); Muna Ndulo, *The Vienna Sales Convention 1980 and the Hague Uniform Laws on International Sale of Goods 1964: A Comparative Analysis*, 38 INTERNATIONAL AND COMPARATIVE LAW QUARTERLY 1 ff. (1989); F.J.A., van der Velden, *The Law of International Sales: The Hague Convention 1964 and the Uncitral Uniform Sales Code 1980 – Some Main Items Compared*, in HAGUE-ZAGREB ESSAYS, *supra* this note, 46 ff.

<sup>82)</sup> For this affirmation, see also Memmo, *supra* note 6, at 188.

<sup>83)</sup> For this affirmation, see also Ulrich Magnus, *Reform des Haager Einheitskaufrechts*, ZEITSCHRIFT FÜR RECHTSPOLITIK 129 ff. (1978).

<sup>84)</sup> Gyula Eörsi, *Problems of Unifying the Law on the Formation of Contracts for the International Sale of Goods*, 27 AMERICAN JOURNAL OF COMPARATIVE LAW 311, 311 (1979).

<sup>85)</sup> See also Franco Ferrari, *L'ambito di applicazione della convenzione di Vienna sulla vendita internazionale*, RIVISTA TRIMESTRALE DI DIRITTO E PROCEDURA CIVILE 893, 905 (1994).

<sup>86)</sup> Note, however, that there are countries which might consider the CISG as not being self-executing, since they regard a convention as being executing only if enacted by their legislature. This is true, for instance, in England.

<sup>87)</sup> For this qualification, see, e.g., Cook, Note, *supra* note 56, at 204 note 9 (1988), stating that '[t]here are two types of treaties: those that are self-executing and those that are not self-executing. A self-executing 'operates of itself, without the aid of any legislative provision' – without any enabling legislation. Foster v. Neilson, 27 U.S. (2 Pet.) 253, 314 (1829). The Convention is a self-executing treaty.' (emphasis added)

For a very detailed discussion of the concept of self-executing treaty, see, among others Thomas Buergethal, *Self-Executing and Non-Self-Executing Treaties in National and International Law*, RECEUIL DES COURS DE L'ACADEMIE DE DROIT INTERNATIONAL DE LA HAYE 303 ff. (1992).

that is, a 'treaty where legal rules arising from the treaty are open for immediate application by the national judge and all living persons in a Contracting State are entitled to assert their rights or demand fulfillment of another person's duty by referring directly to the legal rules of the treaty',<sup>88)</sup> the Hague Conventions were *not-self-executing*.<sup>89)</sup> Thus, they 'did not contain any rules on contracts. All they did was to oblige the Contracting States to incorporate the Uniform Law on the International Sale of Goods (Ulis) or the Uniform Law on the Formation of Contracts for the International Sale of Goods (Ulf) into their own domestic legislation.'<sup>90)</sup> It must also be pointed out, that the foregoing conventions differ – although not entirely, since there are, indeed, some substantial issues which are dealt with in a analogous way<sup>91)</sup>, such as the formation of contracts<sup>92)</sup> – from a substantive point of view as well,<sup>93)</sup> as, for example, in respect to the role of trade usages and course of dealing,<sup>94)</sup> the issue of the 'battle of the forms',<sup>95)</sup> etc.

<sup>88)</sup> Paul Volken, *Das Wiener Übereinkommen über den internationalen Warenkauf; Anwendungsvoraussetzungen und Anwendungsbereich*, in EINHEITLICHES KAUFRECHT UND NATIONALES OBLIGATIONENRECHT, *supra* note 16, 81, 83.

<sup>89)</sup> Ferrari, *supra* note 85, at 905.

<sup>90)</sup> Paul Volken, *The Vienna Convention: Scope, Interpretation, and Gap-Filling*, in INTERNATIONAL SALE OF GOODS. DUBROVNIK LECTURES, *supra* note 12, 19, 21-22.

<sup>91)</sup> For similar affirmations, *see*, for instance, Ferrari, *supra* note 33, at 195.

<sup>92)</sup> *See* PETER SCHLECHTRIEM, UNIFORM SALES LAW. THE UN-CONVENTION ON CONTRACTS FOR THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS 48 (Vienna, 1986), where the author states that 'in the outlines, the 1980 Convention follows ULF, the Hague Uniform Law on the Formation of Contracts for the International Sale of Goods.'

For a comparison of the provisions on formation of contracts of the Vienna and the Hague Conventions, *see* Eckard Reh binder, *Vertragsschluß nach UN-Kaufrecht im Vergleich zu EAG und BGB*, in EINHEITLICHES KAUFRECHT UND NATIONALES OBLIGATIONENRECHT, *supra* note 16, at 149 ff.

<sup>93)</sup> *See*, however, Eyal Zamir, *European Legal Tradition, the Convention on International Sales and Israeli Contract Law*, in EUROPEAN LEGAL TRADITIONS AND ISRAEL 499, 500 (Alfredo Mordechai Rabello ed., Jerusalem, 1994), stating that the CISG 'is, to a great extent, based on the provisions of the two Hague Conventions' and '[i]n comparison to the two Hague Conventions, hardly any fundamental changes were introduced by the 1980 Vienna Sales Convention.' (Id., at 503).

<sup>94)</sup> For a very detailed discussion of the role of trade usages and course of dealing under the Vienna Sales Convention as compared to their role under the Hague Conventions, *see* Stephen Bainbridge, Note, *Trade Usages in International Sale of Goods: An Analysis of the 1964 and 1980 Sales Convention*, 24 VIRGINIA JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW 619 ff. (1984).

For an analysis of the role of trade usages under the CISG, *see* Michael J. Bonell, *Die Bedeutung der Handelsbräuche im Wiener Kaufrechtsübereinkommen von 1980*, ÖSTERREICHISCHE JURISTISCHE BLÄTTER 385 (1985); Allan E. Farnsworth, *Unification of Sales Law: Usage and Course of Dealing*, in UNIFICATION AND COMPARATIVE LAW IN THEORY AND PRACTICE 81 ff. (Deventer, 1984); Franco Ferrari, *La rilevanza degli usi nella convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di beni mobili*, CONTRATTO E IMPRESA 239 ff. (1994); Aleksandar Golstajin, *Usages of Trade and Other Autonomous Rules of International Trade According to the UN (1980) Sales Convention*, in INTERNATIONAL SALES OF GOODS. DUBROVNIK LECTURES, *supra* note 12, 55 ff.; Volker H. Holl & Oliver Keßler, *'Selbstgeschaffenes Recht der Wirtschaft' und Einheitsrecht – Die Stellung der Handelsgebräuche und Gepflogenheiten im Wiener UN-Kaufrecht*, RECHT DER INTERNATIONALEN WIRTSCHAFT 457 ff. (1995).

<sup>95)</sup> For a comparison of the CISG and the Hague Conventions in respect to the battle of the forms, *see* Graf von Westphalen, *Allgemeine Geschäftsbedingungen und Einheitliches Kaufrecht*, in EINHEITLICHES KAUFRECHT UND NATIONALES OBLIGATIONENRECHT, *supra* note 16, 49 ff.

For a detailed analysis of the issues of the 'battle of the forms' under the CISG, *see*, among others, Henry Gabriel, *The battle of the forms: a comparison of the United Nations Convention for the International Sale of Goods and the Uniform Commercial Code; the common law and the Uniform Commercial Code*, THE BUSINESS LAWYER 1053 ff. (1994); Christine Moccia, *The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the 'Battle of the Forms'*, 13 FORDHAM INTERNATIONAL LAW JOURNAL 649 ff. (1989/1990); Kurt Neumayer, *Das Wiener Kaufrechtsübereinkommen und die sogenannte 'Battle of the Forms'*, in FREIHEIT UND ZWANG – RECHTLICHE,

However, according to some authors, the most important difference between the conventions *de quo* 'is that the [1980] Convention represents a truly global effort, with balanced representatives of all the regions and economic and legal systems of the world.'<sup>96)</sup> Indeed, the 1980 Uniform Sales Law 'escapes the ethnocentric perspectives and biases of any legal system,<sup>97)</sup> unlike the Hague Conventions, 'accused' of being modelled on the sole exigencies of the industrialized nations.'<sup>98)</sup>

## 2. The Internationality of Sales Contracts under the Hague Conventions

At first sight, the most important common feature of the 1980 and the 1964 Conventions appears to be their sphere of application, since the foregoing Conventions all apply to 'international' sales contracts.<sup>99)</sup> A closer look shows, however, that their spheres of application are fundamentally different.<sup>100)</sup> This is due, among others, to the very different criteria adopted by these Conventions in order to determine the in-

WIRTSCHAFTLICHE UND GESELLSCHAFTLICHE ASPEKTE 501 ff. (Walther Habscheid et al. eds., Bern, 1989); François Vergne, *The 'Battle of the Forms' under the 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, 33 AMERICAN JOURNAL OF COMPARATIVE LAW 233 ff. (1985).

<sup>96)</sup> Mendes, *supra* note 7, at 119.

<sup>97)</sup> Id.

<sup>98)</sup> For similar assertions, *see* Newell E. Cumming, Comment, *United Nations Commission on International Trade Law: Will a Uniform Law in International Sales Finally Emerge?*, 9 CALIFORNIA WESTERN INTERNATIONAL LAW JOURNAL 157, 165 (1979) (stating that the Hague Conventions 'generated criticism aimed at the composition of participants at the Hague Conference. Critics pointed out that the Conference was dominated by industrialized, free enterprise nations of Western Europe and that many of the developing nations did not have the opportunity to participate in drawing up the text. Their absence in turn, has led to the production of international regulations favoring the stronger, developed nations.' (footnotes omitted).

For very similar statements, *see* also Gyula Eörsi, *Regional and Universal Unification of the Law of International Trade*, JOURNAL OF BUSINESS LAW 144, 147 (1967); Martin L. Ziontz, Comment, *A New Uniform Law for the International Sale of Goods: Is it Compatible with American Interests?*, 2 NORTHWESTERN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW AND BUSINESS 129, 134 (1980).

<sup>99)</sup> Note that the choice to limit the sphere of application of the Sales Conventions to 'international' sales has been criticized on the grounds that nowadays '[the] differences which one time existed between transnational sales and sales of the same goods within one legal system have no reason.' Bonell, *supra* note 21, at 717.

For a similar statement, *see* also Arthur Rosett, *Critical Reflections on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, 45 OHIO STATE LAW JOURNAL 265, 269 (1984) (stating that 'the very interconnectedness of domestic and international economies motivates the effort to harmonize contract law and demonstrates that the international transaction often is neither functionally nor definitionally distinct' from domestic transactions). For a short reference to the advantages of unifying the domestic and transnational law, *see* Jan Hellner, *The UN Convention on the International Sale of Goods: Its Influence on National Sales and Contract Law*, in COMMERCIAL AND CONSUMER LAW. NATIONAL AND INTERNATIONAL DIMENSIONS, *supra* note 8, 41, 43.

However, one should not forget that the efforts towards the creation of a uniform law governing commercial transactions have always concerned situations characterized by an transnational element; *see* Bariatti, *supra* note 42, at 18.

For a more detailed discussion of the limitation of the efforts towards uniform law to 'international' situations, *see* Bernt Lemhöfer, *Die Beschränkung der Rechtsvereinheitlichung auf internationale Sachverhalte*, REBELS ZEITSCHRIFT FÜR AUSLÄNDISCHES UND INTERNATIONALES PRIVATRECHT 401 ff. (1960).

<sup>100)</sup> Barbic, *supra* note 81, at 4, stating that the CISG, Ulis and Ulf 'have only one common point of departure, notably the one according to which they all apply to contracts of sale of goods between parties whose places of business are in different States [...] while they fundamentally differ with respect to additional requirements.'

For a similar affirmation, *see* also FRANCO FERRARI, THE SPHERE OF APPLICATION OF THE 1980 VIENNA SALES CONVENTION 7 (Deventer/Boston, 1995).

ternationality of a sales contract<sup>101)</sup> (as well as to their relation with the Convention's criteria of applicability). Indeed, the Hague Conventions (as opposed to the Vienna Convention) considered as international sales<sup>102)</sup> only those sales which presented two<sup>103)</sup> elements of internationality:<sup>104)</sup> a subjective and an objective one.<sup>105)</sup> This signifies that under the Hague Conventions, unlike under the CISG,<sup>106)</sup> the criteria employed to determine the internationality of a contract 'were not only subjective, *i.e.*, referred to the parties, but also objective, that is to say, related to specific aspects of the contractual relationship.'<sup>107)</sup> As far as the first element is concerned, the 1964 Conventions required the parties' place of business (or, absent a place of business, their residence)<sup>108)</sup> to be located in different States, independent from the parties citizenship.<sup>109)</sup> As for the second element, Article 1(1) UliS<sup>110)</sup> required that 'either [the] acts constituting offer and acceptance are effected in different States, or that the goods are sold during international transport or are to be transported internationally, or that the act of offer and acceptance are made in a State other than the State of the

<sup>101)</sup> See Carbone & Lopez de Gonzalo, *supra* note 9, at 3 (stating that the different criteria used by the various Conventions to determine whether a sales contract is a international one, constitute a major difference).

<sup>102)</sup> For a discussion of when a contract in general can be considered international, see Georges K. Delaume, *What is an International Contract? An American and Gallic Dilemma*, *INTERNATIONAL AND COMPARATIVE LAW QUARTERLY* 258 ff. (1979); Rodolfo De Nova, *Quando un contratto è internazionale*, *RIVISTA DI DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO E PROCESSUALE* 666 ff. (1978).

<sup>103)</sup> For a similar statement, see Peter Schlechtriem, *From The Hague to Vienna - Progress in Unification of the Law of International Sales Contracts?*, in *THE TRANSNATIONAL LAW OF INTERNATIONAL COMMERCIAL TRANSACTIONS*, *supra* note 14, 125, 127 (stating that 'the basic requirements for [the internationality and, thus for] the application of the Hague Sales Law are two').

<sup>104)</sup> Ferrari, *supra* note 100, at 7.

<sup>105)</sup> See ALDO FRIGNANI, *IL CONTRATTO INTERNAZIONALE* 262 (Padova, 1990) (stating that 'the [1964] Uniform Law requires, for its application, two criteria of internationality: the first is a subjective one and refers to the parties of the contract whose place of business have to be located in different States; the second is an objective one and is related to the goods or to the circumstance of the conclusion of the contract').

<sup>106)</sup> See *infra*, the text accompanying notes 125-145.

<sup>107)</sup> Giorgio Sacerdoti, *I criteri di applicazione della convenzione di Vienna sulla vendita internazionale: diritto uniforme, diritto internazionale privato e autonomia dei contratti*, *RIVISTA TRIMESTRALE DI DIRITTO E PROCEDURA CIVILE* 733, 734 (1990).

For a similar statement, see also van der Velden, *supra* note 81, at 49, stating that under the 1964 Conventions, 'the adjective 'international' is defined as having a double meaning, a subjective one, concerning the parties of the contract, and an objective one, concerning the contract of sale itself.'

<sup>108)</sup> See Article 1(2) UliS: 'Where a party to the contract does not have a place of business, reference is to be made to his habitual residence.'

For a recent court decision applying the aforementioned provision, see BHG, October 22, 1980, reprinted in *NEUE JURISTISCHE WOCHENSCHRIFT* 1158 (1981).

<sup>109)</sup> See Article 1(3) UliS: 'The application of the present Law shall not depend on the nationality of the parties.' For a more detailed discussion of this issue, see, e.g. Kahn, *supra* note, at 697 (stating that the citizenship of the parties does not matter, as long as the internationality requirement are met).

<sup>110)</sup> See Article 1(1) UliS: 'The present Law shall apply to contracts of sale of goods entered into by the parties whose places of business are in the territories of different States, in each of the following cases:

(a) where the contract involves the sale of goods which are at the time of the conclusion of the contract in the course of carriage or will be carried from the territory of one State to the territory of another;

(b) where the acts constituting the offer and the acceptance have been effected in the territories of different States;

(c) where delivery of the goods is to be made in the territory of a State other than that within whose territory the acts constituting the offer and the acceptance have been effected.'

place of delivery.<sup>111)</sup> Unlike the 1980 Sales Convention,<sup>112)</sup> the Hague Conventions *did not require any further element in order to be applicable*.

But this approach has been criticized<sup>113)</sup> for 'having caused the adoption of the so-called *erga omnes approach*,<sup>114)</sup> an approach<sup>115)</sup> according to which the provisions of the 1964 Conventions had to be applied whenever the contract was considered international,<sup>116)</sup> and even in those cases where the contractual relationships developed outside from the territory of the Contracting States,<sup>117)</sup> independently from the application of private international law rules<sup>118)</sup> (which Article 2 UliS expressly excluded).<sup>119)</sup> To most Contracting States this approach, also defined as 'universal'<sup>120)</sup> or 'universalist'<sup>121)</sup>, appeared to be excessive.<sup>122)</sup> This is why most Contracting

<sup>111)</sup> van der Velden, *supra* note 81, at 50.

<sup>112)</sup> See *infra*, the text accompanying notes 135 & 136.

<sup>113)</sup> For a reference of this criticism, see, among others, François Rigaux, *Le domaine d'application de la loi uniforme sur la vente internationale des objets mobiliers corporels et de la loi uniforme sur la formation de ces contrats de vente*, *JOURNAL DES TRIBUNAUX* 561, 564 (1972); Rosett, *supra* note 99, at 274-275.

<sup>114)</sup> Carbone & Lopez de Gonzalo, *supra* note 9, at 4.

For a reference to the 'erga omnes approach' in defining the sphere of application of the Hague Conventions, see also Marco Lopez de Gonzalo, *La vendita internazionale*, in *2/2 I CONTRATTI IN GENERALE* 901, 907 (Guido Alpa & Mario Bessone eds., Turin, 1991).

<sup>115)</sup> John O. Honnold, *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods 1980*, 15 *JOURNAL OF WORLD TRADE LAW* 265, 267 (1981), defines this approach as 'enthusiastic approach'.

<sup>116)</sup> For this criticism, see also Ferrari, *supra* note 100, at 7.

<sup>117)</sup> For a similar definition of the *erga omnes approach*, see, e.g., BARIATTI, *supra* note 42, at 26 (defining the *erga omnes approach* conventions as those conventions the application of which does not depend upon a connection with a Contracting State); Nerina Boschiero, *Le Convenzioni di diritto materiale uniforme*, in *21 TRATTATO DI DIRITTO PRIVATO* 259, 267 (Pietro Rescigno ed., Turin, 1987) (stating that the *erga omnes approach* imposes an obligation on the judges to apply the provisions of the uniform law even in cases where the contract does not have any connection with any Contracting State).

See also Honnold, *supra* note 115, at 267 (stating that by virtue of the *erga omnes approach* the Contracting States were directed to apply the 1964 Hague Conventions '[...] to any international sale even though it had no contact with any contracting state').

<sup>118)</sup> See Sacerdoti, *supra* note 107, at 734 (stating that 'the *erga omnes approach* excludes the justice of private international law').

<sup>119)</sup> See Article 2 UliS: 'Rules of private international law shall be excluded for the purpose of the application of the present Law, subject to any provision to the contrary in the said Law.'

Note, however, that even though the impossibility of making recourse to private international law rules has been criticized (for criticism, see, e.g., Kurt H. Nadelmann, *The Uniform Law on the International Sale of Goods: A Conflict of Laws Imbroglia*, 74 *Yale Law Journal* 449 ff. (1965)), it has also been considered as being a progress (see, e.g., Rolf Herber, *Anwendungsbereich des Uncitral-Kaufrechtsübereinkommens*, in *DAS UNCITRAL-KAUFRECHT IM VERGLEICH ZUM ÖSTERREICHISCHEN RECHT* 28, 37 (Peter Doralt ed., Vienna, 1985); Ernst von Caemmerer, *Probleme des einheitlichen Kaufrechts*, *ARCHIV FÜR DIE CIVILISTISCHE PRAXIS* 121, 122 (1978)).

For a discussion of the role of private international law under the 1964 Hague Conventions, see Konrad Zweigert & Ulrich Drobnig, *Einheitliches Kaufrecht und IPR*, *RABELS ZEITSCHRIFT FÜR AUSLÄNDISCHES UND INTERNATIONALES PRIVATRECHT* 147 ff. (1965).

<sup>120)</sup> For this expression, see Rolf Herber, *Art. 1*, in *KOMMENTAR ZUM EINHEITLICHEN UN-KAUFRECHT*, *supra* note 48, 46, 47; Honnold, *supra* note 25, at 82.

<sup>121)</sup> See FRIGNANI, *supra* note 105, at 306; John O. Honnold, *The Sales Convention: Background, Status, Application*, 8 *JOURNAL OF LAW AND COMMERCE* 1, 6 (1988).

<sup>122)</sup> For a similar evaluation, see also Boschiero, *supra* note 117, at 267 (stating that the Hague Conventions' approach goes too far); Sacerdoti, *supra* note 107, at 736 (stating the same); Schlechtriem, *supra* note 103, at 127 (stating the same); Peter Winship, *The Scope of the Vienna Convention on International Sale Contracts*, in *INTERNATIONAL SALES. THE UNITED NATIONS CONVENTION ON CONTRACTS FOR THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS*, *supra* note 79, I.1, 1.11 (stating that the Conventions' approach was 'excessive').

States<sup>123)</sup> made reservations<sup>124)</sup> in order to limit the scope of application of the Hague Conventions.

### 3. The Internationality of Contracts under the CISG

The aforementioned tendency to restrict the Convention's applicability by making reservations<sup>125)</sup> along with the aforementioned criticism undoubtedly influenced the decision of the drafters of the CISG<sup>126)</sup> to decide against the adoption of the objective criterion of internationality<sup>127)</sup> and the *erga omnes* approach,<sup>128)</sup> and, thus to simplify the CISG's approach.<sup>129)</sup> Indeed, according to the CISG, the sole criterion on the grounds of which to determine the internationality of a sales contract corresponds to the subjective one of the 1964 Conventions.<sup>130)</sup> Thus, under the CISG the internationality of a contract depends merely<sup>131)</sup> on the parties having their places of business (or habitual residences)<sup>132)</sup> in different States, as pointed out not only in legal writ-

ing<sup>133)</sup> but also in court decisions.<sup>134)</sup> But since the CISG did not adopt the approach of the UliS and UIf according to which the criteria of internationality constituted, at the same time, the criteria of applicability,<sup>135)</sup> the internationality of a sales contract does not suffice to make the CISG applicable.<sup>136)</sup> Furthermore, it cannot be argued<sup>137)</sup> that the different States in which the parties have to have their places of business in order for a sales contract to be international under CISG must also be Contracting States,<sup>138)</sup> this being rather a criterion of applicability of the CISG rather than one of internationality.<sup>139)</sup>

From what has been said thus far in respect of the CISG's criterion of internationality, it also results that where the 'subjective international prerequisite' is missing, for example, 'where the parties have their places of business in different legal units of the same Contracting State',<sup>140)</sup> the Vienna Sales Convention will not be applicable *per se*,<sup>141)</sup> even if the contract's execution involves different States.<sup>142)</sup> On the other hand, the CISG can be applicable even in those cases where the goods do not cross any border<sup>143)</sup> and where the parties have the same citizenship,<sup>144)</sup> as long as the contract can be considered, from a subjective point of view, as being an international one.<sup>145)</sup>

<sup>123)</sup> See for further details Sergio Carbone & Riccardo Luzzatto, *I contratti del commercio internazionale*, in 11 TRATTATO DI DIRITTO PRIVATO 111, 137 (Pietro Rescigno ed., Turin, 1984).

<sup>124)</sup> Germany, Great Britain, the Netherlands, Luxembourg, San Marino as well as Gambia made reservations restricting the applicability of the 1964 Conventions to cases where both parties to the contract had their places of business in different Contracting States; for a reference to this reservation, see also FRIGNANI, *supra* note 105, at 263; Sacerdoti, *supra* note 107, at 736; van der Velden, *supra* note 81, at 50.

Other reservations have been made as well: Great Britain and Gambia, in addition to the aforementioned reservations, made another reservation limiting the Conventions' applicability even further. According to this reservation, the Conventions were applicable only in the cases where the parties to the contract expressly stated that the Conventions were to be applied; for a reference to this kind of reservations, see, e.g., Herber, *supra* note 119, at 32.

<sup>125)</sup> As for criticism to the possibility of making reservations, see Laszlo Reczei, *The Area of Operation of the International Sales Convention*, 29 AMERICAN JOURNAL OF COMPARATIVE LAW 513, 516 note 10 (1981).

<sup>126)</sup> For this argument, see Carbone & Lopez de Gonzalo, *supra* note 9, at 4 (stating that the experience with the 1964 Conventions' approach in respect to their applicability influenced the solutions adopted by the drafters of the CISG).

<sup>127)</sup> See Boschiero, *supra* note 117, at 268 (stating that the Vienna Sales Convention does not require any of the objective elements required by the 1964 Conventions).

<sup>128)</sup> A similar statement can be found in Herber, *supra* note 120, at 47 (where the author points out that the universal approach of the 1964 Conventions has been substituted with a compromise provided for by Art. 1(1)(a) and 1(1)(b)).

<sup>129)</sup> For this conclusion, see Schlechtriem, *supra* note 103, at 127, where the author states that the rejection of the 1964 Uniform Laws' approach resulted in the United Nations Sales Law's approach being simpler.

<sup>130)</sup> See Reczei, *supra* note 125, at 517, stating that the Vienna Convention has taken over the subjective criterion of the Hague Conventions).

<sup>131)</sup> See also Ferrari, *supra* note 85, at 910, with further references.

Note, however, that this view has been opposed; according to Peter Jen-Huong Wang, *Das Wiener Übereinkommen über internationale Warenkaufverträge vom 11. April 1980*, ZEITSCHRIFT FÜR VERGLEICHENDE RECHTSWISSENSCHAFT 184, 187 (1988), the Vienna Sales Convention, not unlike the Hague Conventions, should be applicable only where the sales contract is characterized by a transnational element such as those provided for by the UliS and UIf.

<sup>132)</sup> See Article 10(b): '[...] if a party does not have a place of business, reference is to be made to his habitual residence.'

<sup>133)</sup> See also Bernardini, *supra* note 21, at 89; Boschiero, *supra* note 117, at 268; Erik Jayme, *Art. 1*, in COMMENTARY ON THE INTERNATIONAL SALES LAW, *supra* note 12, 27, 29; Peter Kindler, *Die Anwendungsvoraussetzungen des Wiener Kaufrechtsübereinkommens der vereinten Nationen im deutsch-italienischen Rechtsverkehr*, RECHT DER INTERNATIONALEN WIRTSCHAFT 776, 777 (1988); Volken, *supra* note 90, at 24.

According to Volken, *supra* note 88, at 93, the contracts which are considered as being international under the CISG, can be divided into two different categories: those which are governed by the Vienna Sales Convention, and those which are not.

<sup>134)</sup> See OLG Köln, August 26, 1994, published in NEUE JURISTISCHE WOCHENSCHRIFT 245, 246 (1995).

<sup>135)</sup> For a similar affirmation, see, e.g., Carbone & Lopez de Gonzalo, *supra* note 9, at 4; Ferrari, *supra* note 85, at 908; Sacerdoti, *supra* note 107, at 734.

<sup>136)</sup> *Contra*, see SCHLECHTRIEM, *supra* note 92, at 27, stating that '[t]he application of the Uniform Law for International Sales requires only that the parties' places of business be in different states, even when the formation and execution both take place in a single state, and even though that state is not a contracting state.' The fact that the parties have their places of business in different States does, however, not *per se* lead to the application of the CISG; for this conclusion, see also ENDERLEIN & MASKOW, *supra* note 58, at 29.

<sup>137)</sup> For this argument, see, however, Carbone, *supra* note 32, at 68, asserting that 'the international character of a contractual relationship must be evaluated on the sole basis of the parties having their places of business in different States which must be Contracting States'. (emphasis added)

<sup>138)</sup> For this affirmation, see LG Hamburg, September 26, 1990, published in PRAXIS DES INTERNATIONALEN PRIVAT- UND VERFAHRENSRECHTS 400, 401 (1991), where it is expressly stated that in order for a sales contract to be international under the CISG, the parties do not have to have their places of business in different Contracting States.

<sup>139)</sup> For similar statements, see also GERT REINHART, UN-KAUFRECHT. KOMMENTAR ZUM ÜBEREINKOMMEN DER VEREINTEN NATIONEN VOM 11. APRIL 1980 ÜBER VERTRÄGE ÜBER DEN INTERNATIONALEN WARENKAUF 13-14 (Heidelberg, 1991); Volken, *supra* note 88, at 92.

<sup>140)</sup> Jayme, *supra* note 133, at 30.

For a similar affirmation, see also ENDERLEIN & MASKOW, *supra* note 58, at 29, stating that '[t]he Convention does not apply, *per se*, to the relations between parties from different territorial units of States having several relevant legal systems.'

<sup>141)</sup> For this conclusion, see also Ferrari, *supra* note 100, at 8-9.

<sup>142)</sup> See HERBER & CZERWENKA, *supra* note 43, at 18, stating that 'a contract concluded between parties having their places of business or their habitual residences in the same State is not governed by the Sales Convention, even if the contract has to be executed in a different State.'

<sup>143)</sup> For a similar conclusion, see, e.g., Schlechtriem, *supra* note 103, at 127, stating that '[h]ow and where the sales in concluded and consummated does not have any bearing.'

<sup>144)</sup> See Article 1(3) CISG: 'Neither the nationality of the parties nor the civil or commercial character of the parties or of the contract is to be taken into consideration in determining the application of the Convention.'

<sup>145)</sup> For this conclusion, see also Luzzatto, *supra* note 21, at 510 note 34; Kurt Siehr, *Der internatio-*

#### 4. The 'Place of Business' under CISG

Considering that *ex Article I(1) CISG* the internationality of a sales contract depends on the location of the parties' places of business,<sup>146)</sup> the importance of the definition of 'place of business' is evident, and this is why it will be examined in greater detail. A closer look at this concept is necessary, since – unfortunately<sup>147)</sup> – the CISG, not unlike its predecessor,<sup>148)</sup> has not defined it,<sup>149)</sup> apparently because of the lack of a uniform concept acceptable to all the delegates to the Vienna Diplomatic Conference, who suggested the most disparate definitions.<sup>150)</sup> But despite the apparent differences in conceiving a definition of the 'place of business', it is here suggested that it is possible to identify some elements which allow for a better determination of its essence, even though one must not forget that there is no general abstract definition: the 'place of business' has to be defined on a case-by-case basis.<sup>151)</sup>

Nevertheless, as a general rule it can be asserted that there is a place of business where there is a stable business organization<sup>152)</sup> (or, as stated by the German Supreme Court in respect of the *Ulis*, where 'the center of the business activity directed to the partici-

pation in commerce' is located)<sup>153)</sup> which links the contracting party to the State where the business is conducted,<sup>154)</sup> as long as the party has autonomous power.<sup>155)</sup> If it is true, as is suggested,<sup>156)</sup> that the aforementioned elements characterize the concept of 'place of business', it follows that places of temporary sojourn cannot be considered 'places of business'.<sup>157)</sup> This is why one cannot consider conference centers of exhibitions<sup>158)</sup> or hotels<sup>159)</sup> or rented offices at exhibitions<sup>160)</sup> as being places of business under the CISG.<sup>161)</sup>

#### 5. Multiple Places of Business

Although the concept of 'place of business' will not cause too many problems, the exact determination<sup>162)</sup> of the relevant place of business does, at least in those cases where a party to the contract has more than one place of business. The Hague Conventions did not answer the question of which among several places of business was to be considered the relevant one,<sup>163)</sup> despite the fact that it was an old dilemma.<sup>164)</sup> This is why a dispute arose among legal scholars as to what criteri-

be assumed that the place of business is an establishment of some duration and with certain authorized powers.

<sup>153)</sup> BGH, June 2, 1982, published in *NEUE JURISTISCHE WOCHENSCHRIFT* 2730, 3731 (1982).

<sup>154)</sup> See, for this criterion, Ferretti, *supra* note 151, at 43.

<sup>155)</sup> See also Carbone & Lopez de Gonzalo, *supra* note 9, at 5, arguing that even though it is necessary that there be an autonomous power, it is doubtful whether the power must relate to the possibility of concluding the contract or whether it is sufficient that it relate to the possibility of conducting the bargaining. For an author favoring the former solution, see REINHART, *supra* note 139, at 38.

According to Bernardini, *supra* note 21, at 89, in order to decide whether there is a place of business, it is irrelevant where the conclusion of the contract or its execution take place. The author suggests that the relevant criterion is represented by the place where the headquarter is established.

<sup>156)</sup> For these suggestions, see also ULRICH MAGNUS, WIENER UN-KAUFRECHT (CISG), in J. VON STAUDINGERS KOMMENTAR ZUM BÜRGERLICHEN GESETZBUCH MIT EINFÜHRUNGSGESETZ UND NEBENGESETZEN 39 (Heinrich Honsell ed., 12th ed., Berlin, 1994).

<sup>157)</sup> For this conclusion, see also HONNOLD, *supra* note 25, at 79, stating that the concept of 'place of business' '[...] as used in Art. 1, should be construed to mean a permanent and regular place of transacting of general business, and would not include a temporary place of sojourn during ad hoc negotiations.'

<sup>158)</sup> For this conclusion, see also HONNOLD, *supra* note 25, at 79; Sielr, *supra* note 145, at 590 note 1.

<sup>159)</sup> See FRANCO FERRARI, VENDITA INTERNAZIONALE DI BENI MOBILI. ART. 1-13. AMBITO DI APPLICAZIONE. DISPOSIZIONI GENERALI 30 (1994).

<sup>160)</sup> See Rosett, *supra* note 99, at 279, stating that in order to be able to consider a place as being a 'place of business', '[n]either having a hotel room or a rented office in a city nor engaging in sales transactions on repeated occasions in the nation appear to suffice.'

<sup>161)</sup> For a basically similar statement, see HONNOLD, *supra* note 25, at 181, arguing that '[t]he term 'place of business' in the official French text is *établissement* and in the official Spanish text is *establecimiento* – words that seem to be inconsistent with a temporary stopping place.'

<sup>162)</sup> Note, that the exact determination of the places of business of the party is not only important for the applicability of the Sales Convention, but for other purposes as well; see, e.g., Art. 12, 20(2), 24, 31(c), 42(1), 57, 69(2), 90, 93(3), 94, 96. For a similar affirmation in legal, see ENDERLEIN & MASKOW, *supra* note 58, at 71; MAGNUS, *supra* note 156, at 39; OFFICIAL RECORDS OF THE UNITED NATIONS CONFERENCE, *supra* note 27, at 19; Jerzi Rajska, Art. 10, in COMMENTARY ON THE INTERNATIONAL SALES LAW, *supra* note 12, 116, 117.

<sup>163)</sup> See also HERBER & CZERWENKA, *supra* note 43, at 63, stating that the Hague Uniform Laws did not provide for any solution of the dilemma mentioned in the text.

<sup>164)</sup> Note, that already I ERNST RABEL, DAS RECHT DES WARENKAUFS 51 (Berlin, 1936), considered this issue. See also Art. 7(1) of the Draft Uniform Sales Law of 1935, reprinted in RABELS ZEITSCHRIFT FÜR AUSLÄNDISCHES UND INTERNATIONALES PRIVATRECHT 3, 10 (1935).

*nale Anwendungsbereich des UN-Kaufrechts*, RABELS ZEITSCHRIFT FÜR AUSLÄNDISCHES UND INTERNATIONALES PRIVATRECHT 587, 590 (1988).

Note, however, that the conclusions drawn in the text have led to criticism directed toward the criterion of internationality of the CISG, which is best summarized by Volken, *supra* note 90, at 26-27, where the author states that '[the internationality] criterion is too broad in the sense that it considers even those sales as international in which the goods, from their fabrication to their consumption, have never left the original country [...]. On the other hand, the basic criterion is too restrictive in that it excludes all sales from the Convention between two parties which import and export goods but have their place of business in the same State.'

<sup>146)</sup> Generally it is stated that the parties have to have their places of business in different States at the moment the contract is concluded in order for the sales contract to be an international one (see, e.g., Luigi Rovelli, *Conflitti tra norme della Convenzione e norme di diritto internazionale privato*, in LA VENDITA INTERNAZIONALE, *supra* note 32, 89, 93-94). However, whereas this is certainly true as far as the applicability of Part III of the CISG is concerned, it can be doubted whether the same rule applies to Part II on the Formation of Contract. Indeed, in this respect the better rule appears to be that the parties must have their places of business in different countries at the moment the offer is made, a rule which can be derived by analogy from Art. 100(1), according to which Part II of the CISG applies only when the offer for concluding the contract is made on or after the date when the Convention enters into force.

Furthermore, it must be noted that the change of the place of business in respect to the one relevant for the applicability of Part II and III of the CISG has no influence on the applicability of Part II or III respectively.

<sup>147)</sup> For a criticism of the draftsmen's omission to define the 'place of business', see, e.g., Grigera Naon, *The UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, in THE TRANSNATIONAL LAW OF INTERNATIONAL COMMERCIAL CONTRACTS, *supra* note 14, 89, 97 (listing the dangers to which the lack of definition leads); Bradley J. Richards, Note, *Contracts for the International Sale of Goods: Applicability of the United Nations Convention*, 69 IOWA LAW REVIEW 209, 219 (1983).

<sup>148)</sup> This affirmation can also be found in judicial applications of the *Ulis*; see, e.g., BGH, June 2, 1982, reprinted in *NEUE JURISTISCHE WOCHENSCHRIFT*, 2730, 2731 (1982); in legal writing, see, for this affirmation, also Ferrari, *supra* note 85, at 913.

<sup>149)</sup> See FRIGNANI, *supra* note 105, at 262 & 307.

<sup>150)</sup> The Argentinian and Belgian delegates, for example, suggested that a place of business is 'a stable place where the entire (or part of) the contract is performed and which has an autonomous power to conduct the bargaining and to conclude the contract' (Carbone, *supra* note 32, at 69-70). In contrast, the Norwegian delegation, even though it agreed upon the stability requirement, stated that there can be a place of business even without power to conclude the contract, as long as there is power to bargain.

<sup>151)</sup> For this conclusion, see also Gian Alberto Ferretti, Art. 10, NUOVE LEGGI CIVILI COMMENTATE 43, 43 (1989) (asserting that the place of business is a concept to be determined on a case-by-case basis and to define it requires an examination of the business activities as well as its organization).

<sup>152)</sup> For this requirement of stability, see, e.g., SCHLECHTRIEM, *supra* note 92, at 42, stating that it can



oce had to be used in order to solve the problem.<sup>165</sup> While several legal scholars favored the view according to which the relevant place of business had to be the one where the main seat was located,<sup>166</sup> other suggested that the solution depended on which place of business had the closest relationship with the contract.<sup>167</sup> The dispute was finally solved in 1982 by the German Supreme Court,<sup>168</sup> which stated that the preferred solution was the second one. Indeed, 'one must not share [...] the point of view according to which the decisive place of business is always the principal one.'<sup>169</sup>

Under the 1980 Vienna Sales Convention, the dispute does not have any reason to exist, since the Convention expressly provides for a solution of the foregoing problem. According to this solution, laid down in Article 10(a) CISG,<sup>170</sup> the place of business relevant for the determination of the internationality of a sales contract is the one having the closest relationship with the contract.<sup>171</sup> The 1980 Uniform Sales Law has, in other words, expressly rejected the so-called 'theory of the principal place of

<sup>165</sup>For a very detailed discussion of the *issue de quo*, see, e.g., Gerold Herrmann, *Anwendbarkeit des Einheitskaufrechts auf Kaufvertrag mit Zweigniederlassung (Art. 1 Abs. 1 EKG)*, PRAXIS DES INTERNATIONALEN PRIVAT- UND VERFAHRENSRECHTS 212, 214 (1983).

<sup>166</sup>This view was favored, for instance, by Ulrich Huber, *Das Einheitliche Gesetz über den internationalen Kauf*, DER BETRIEB 1205, 1205 (1975); Landfermann, *supra* note 19, at 388.

This thesis has been mostly justified by making reference to the certainty of law: see, e.g., Rolf Herber, *Art. 1*, in KOMMENTAR ZUM EINHEITLICHEN KAUFRECHT 7, 10 (Hans Dölle ed., Munich, 1976), stating that '[t]he silence of the law [as to the determination of the relevant place of business] leads to the conclusion that the principal place of business is always the decisive one. This solution allows a very clear limitation of the sphere of application of the [uniform] law. The parties thus acquire certainty as to the applicability of the uniform law from the beginning of the bargaining process.'

<sup>167</sup>See VOLKER STOTTER, INTERNATIONALES EINHEITS-KAUFRECHT 132 (Munich, 1975).

A third solution has been suggested, which, however, has not been followed by the courts; according to GRAVESON ET AL., *supra* note 19, at 49, the question as to which place of business is to be taken into account in order to determine the internationality of a sales contract in cases where one party has more than one place of business is irrelevant, provided that at least one of the multiple places of business of one party is located in a State different than that in which the other party's place of business is located. In this respect the authors make the following example: '[W]here the seller has its places of business in States A, B and C and the buyer has places of business in States C, D and E, would a contract between the parties made entirely at their places of business in State C fall within the Uniform law? It is suggested that such a contract would satisfy this particular requirement for two reasons: (a) Article 1(1) does not exclude parties who have places of business in the same State; it merely requires that they have places of business in different States and if this condition is satisfied (as in our example), there seems no reason in the text for exclusion of the Uniform Law; (b) the three alternative further conditions set out in article 1(1) effectively ensure the international character of the contract, so that no question arises of the application of the Law to purely local contracts.'

<sup>168</sup>See BGH, June 1, 1982, *reprinted in* PETER SCHLECHTRIEM & ULRICH MAGNUS, INTERNATIONALE RECHTSPRECHUNG ZU EKG UND EAG. EINE SAMMLUNG BELGISCHER, DEUTSCHER, ITALIENISCHER UND NIEDERLÄNDISCHER ENTSCHEIDUNGEN ZU DEN HAAGER EINHEITLICHEN KAUFGESETZEN 89 ff. (Baden-Baden, 1987); for a comment on this decision, see, among others, Daniela Memmo, *La 'sede d'affari' secondo la disciplina uniforme sulla vendita internazionale nella più recente giurisprudenza della Corte federale tedesca*, RIVISTA TRIMESTRALE DI DIRITTO E PROCEDURA CIVILE 755 ff. (1983).

<sup>169</sup>Memmo, *supra* note 168, at 759 note 10.

<sup>170</sup>Note, that Article 10(a) CISG solves the question of which of several places of business of one party is relevant in order to establish whether a contract is international; it does not, however, define the 'place of business'; for similar conclusions, see HERBER & CZERWENKA, *supra* note 43, at 63.

*Contra*, in the sense that it is possible to derive a definition of the 'place of business' from Article 10(a) CISG, HONNOLD, *supra* note 25, 79. This thesis has been criticized, see, e.g., Richards, Note, *supra* note 147, at 220.

<sup>171</sup>See Article 10(a) CISG: 'for the purposes of this Convention: (a) if a party has more than one place of business, the place of business is that which has the closest relationship to the contract

business',<sup>172</sup> although the initial intent of the drafters was to the contrary.<sup>173</sup> However, although Article 10(a) prevents a dispute among legal scholars as to which thesis to apply ('principal place of business theory' or 'closest relationship theory'), it does not solve all the problems.<sup>174</sup> Indeed, *quid iuris* where the contract is concluded at one place of business and has to be executed at another one?<sup>175</sup> Of course, where the parties have agreed upon which place of business must be considered relevant, the problem will not arise, since that agreement is to be taken into account in determining the relevant place of business.<sup>176</sup> But where there is no agreement concerning the relevant place of business, Article 10(a) CISG creates a new problem: how to define the 'closest relationship with the contract and its execution'?<sup>177</sup> In order to facilitate this task, Article 10(a) lists some elements to be taken into account in determining the relevant place of business.<sup>178</sup> Up to now, these elements have not yet been employed by courts, although some courts might have had reason to do so.<sup>179</sup> Thus, one must take into account all the circumstances known to or contemplated by the parties at any time before (or contemporaneous to) the conclusion of the contract.<sup>180</sup> Consequently, one is not allowed to take into consideration the circumstances which be-

and its performance, having regard to the circumstances known to or contemplated by the parties at any time before or at the conclusion of the contract.'

<sup>172</sup>For this expression, see Rolf Herber, *Art. 10*, in KOMMENTAR ZUM EINHEITLICHEN UN-KAUFRECHT, *supra* note 48, 113, 114; Herrmann, *supra* note 165, at 215.

Note, however, that it is wrong to state that the solution adopted by the CISG has been influenced by the solution given under the Hague Conventions, and this not only because the aforementioned decision of the German Supreme Court is dated 1982, whereas the CISG was approved in 1980, but because it was the CISG who actually influenced the German court decision, as evidenced by the fact that the German Supreme Court, in deciding the case, expressly made reference to Art. 10(a) adopted by the Vienna Sales Convention, even though it was not yet in force. For a similar evaluation of the CISG's influence on the German court's solution, see Memmo, *supra* note 168, at 760.

<sup>173</sup>Indeed, the problem of which of several places of business was to be relevant in determining the internationality of a sales contract was intended to be solved by making recourse to the 'principal place of business theory', as evidenced by the proposal *reprinted in* 2 UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW YEARBOOK 52 (1971), according to which an article should have been introduced to read as follows: 'Where a party has places of business in more than one State, his place of business shall be his principal place of business [...]. This proposal has been rejected in favor of Article 10(a); for a brief historical account of Article 10(a), see Rajski, *supra* note 162, at 116.

<sup>174</sup>For this affirmation, see also Ferretti, *supra* note 151, at 44.

<sup>175</sup>For this example, see Ferrari, *supra* note 159, at 208; HERBER & CZERWENKA, *supra* note 43, at 64; SCHLECHTRIEM, *supra* note 92, at 43.

<sup>176</sup>For this affirmation, see also KRITZER, *supra* note 56, at 75-76, listing examples of clauses able to unequivocally determine the relevant place of business.

This solution corresponds to that suggested by courts under the Hague Conventions; see, e.g., BGH, June 2, 1982, *reprinted in* SCHLECHTRIEM & MAGNUS, *supra* note 168, 89, 91, where it is stated that 'the applicability of the [1964] Uniform Sales Law depends [among others] on the location of the places of business to which the parties wanted the contract to be linked.' See also OLG Hamburg, December 39, 1980, partially *reprinted in* SCHLECHTRIEM & MAGNUS, *supra* note 168, at 113.

<sup>177</sup>For this criticism to Article 10(a), see, for instance, Rajski, *supra* note 162, at 118, stating that '[o]ne of the problems that may arise in connection with the interpretation of Article 10 concerns the meaning of the 'closest relationship' of the place of business to the contract and its performance.'

Similar statements have been made by other authors as well: see Herber, *supra* note 172, at 133; VINCENT FEUZE, LA VENTE INTERNATIONALE DE MARCHANDISES 37 & 86 (Paris, 1992).

<sup>178</sup>See also Ferrari, *supra* note 159, at 208.

<sup>179</sup>In *Filanto S.p.A. v. Chilewich International Corporation*, 789 F.Supp. 1229 (S.D.N.Y. 1992), the court did not address the issue of which of several places of business was the 'relevant' one, although the buyer had places of business in the United States and England.

<sup>180</sup>See also Ferrari, *supra* note 159, at 208.

come apparent only after the contract is concluded.<sup>181)</sup> Thus, it does not matter whether the places of business change after the conclusion of the contract.<sup>182)</sup> Sometimes, however, the circumstances are insufficient to unequivocally determine the relevant place of business. In this line of cases it is here suggested that the international character of a sales contract be determined by resorting to the places of business involved in the conclusion of the contract<sup>183)</sup>, since these places of business will always be known to both parties.<sup>184)</sup> However, where the buyer knows that the contract is performed at a place of business of the seller different than the one involved in the conclusion of the contract, the text of Article 10(a) suggests that the seller's relevant place of business be the one where the performance takes place<sup>185)</sup> However, since the parties do not always have a place of business, Article 10(b) CISG provides that in such cases one has to resort to the parties' habitual residence<sup>186)</sup> in order to determine whether a sales contract is international,<sup>187)</sup> that is, one has to look at a situation of fact,<sup>188)</sup> and, more precisely, the real place of sojourn for a long period of time.<sup>189)</sup>

## 6. The Location of the Place of Business and the Knowledge of It

For the applicability of the CISG it is, however, not sufficient that parties have their

<sup>181)</sup> See also Ferretti, *supra* note 151, at 44, stating that 'Article 10 does not provide for an initial time limit fixing the period of time in which the elements to be taken into account may become apparent; it provides, instead, for a deadline after the expiration of which no new elements can be considered. By doing so, [Article 10(a)] clarifies that those elements must have influenced the formation of the contract.'

<sup>182)</sup> See, for this conclusion, OFFICIAL RECORDS OF THE UNITED NATIONS CONFERENCE, *supra* note 27, at 19: 'If it was contemplated that the seller would perform the contract at his place of business in State A, a determination that his 'place of business' under Article 10(a) was in State A would not be altered by his subsequent decision to perform the contract at his place of business in State B.'

<sup>183)</sup> For this solution, see also ENDERLEIN & MASKOW, *supra* note 58, at 72; Herber, *supra* note 172, at 114; MAGNUS, *supra* note 156, at 145; Dieter Martiny, KOMMENTAR ZUM UN-KAUFRECHT, in 7 MÜNCHENER KOMMENTAR ZUM BÜRGERLICHEN GESETZBUCH 1658 (Hans-Jürgen Sonnenberger ed., 2nd ed., Munich, 1989); PILTZ, *supra* note 21, at 39.

*Contra*, suggesting to having recourse to the place of business where the performance takes place, Herrmann, *supra* note 165, at 214.

<sup>184)</sup> For this conclusion, see already Ferrari, *supra* note 100, at 11.

<sup>185)</sup> For the text of Article 10(a), see *supra* note 171.

<sup>186)</sup> The concept of 'habitual residence' has often been used in private international conventions; for a list of such conventions, see, e.g., Rajski, *supra* note 162, at 118 ('The concept of habitual residence is used in a number of other international conventions [...]. The concept of 'habitual residence' was adopted in the Hague Convention on Civil Procedure of 14 November, 1896. It has been introduced subsequently at a number of international conventions in various domains of private international law, to complement or supplant the traditional connecting factor of domicile [...]. The essential reason for its success is attributable largely to the difficulties in any attempt to define a general concept of domicile, which varies greatly in the law of different States').

For a discussion of the concept *de quo* in private international law, see F.A. Mann, *Der 'gewöhnliche Aufenthalt' im internationalen Privatrecht*, JURISTENZEITUNG 466 ff. (1956).

<sup>187)</sup> Note, that since consumer sales are excluded from the sphere of application of the Vienna Sales Convention (see *infra* the text accompanying notes 463-524), Article 10(b) will not be applicable very often. For a similar statement, see PETER SCHLECHTRIEM, EINHEITLICHES UN-KAUFRECHT 30 (Tübingen, 1981) ('the use of 'habitual residence' of a party as an alternative to 'place of business' will rarely be applied to legal transactions governed by the convention').

<sup>188)</sup> Note, that Rajski, *supra* note 162, at 118, states that '[since] the concept of habitual residence refers to a situation of fact, the possibility of its different interpretation according to the domestic rules of law appears to be substantially limited.'

<sup>189)</sup> For this definition of habitual residence, see Ferretti, *supra* note 151, at 44; HERBER & CZERWENKA, *supra* note 43, at 64; PILTZ, *supra* note 21, at 39-40.

places of business in different States, *i.e.*, that the sales contract be an international one. Even though it is not required that the parties be conscious of the applicability – or existence – of the CISG,<sup>190)</sup> its Article 1(2)<sup>191)</sup> requires that the internationality be apparent to both parties,<sup>192)</sup> *i.e.*, that the contract does not appear to be a merely domestic one.<sup>193)</sup> In order to determine whether this prerequisite – apparent internationality of the contract – exists, the following objective<sup>194)</sup> elements exhaustively<sup>195)</sup> listed in Article 1(2) must be taken into account: the contract itself,<sup>196)</sup> the dealings<sup>197)</sup> between, or the information<sup>198)</sup> disclosed by, the parties before or at the conclusion of the contract.<sup>199)</sup> Although this 'apparent internationality' requirement undoubtedly limits the sphere of application of the CISG,<sup>200)</sup> it is essential, since it protects the parties' reliance upon the applicability of 'domestic' law.<sup>201)</sup> From what has been said thus far, it follows, for instance, that the Convention is not applicable '[...] where the parties appeared to have their place of business in the same State but one of the parties was acting as the agent for an undisclosed foreign principal.'<sup>202)</sup> As far as the burden of proof is concerned, the party invoking the impossibility of recognizing the international character of the sales contract (and, thus, the inapplicability of the CISG), carries it.<sup>203)</sup>

<sup>190)</sup> It is here suggested that for the applicability of the CISG it is irrelevant whether the parties know that it is applicable or that it even exists. Similar affirmations can be found, in respect, however, to the 1964 Hague Conventions, in several court decisions; see, e.g., OLG Frankfurt, February 9, 1977, partially reprinted in SCHLECHTRIEM & MAGNUS, *supra* note 168, 110, 110.

<sup>191)</sup> See Article 1(2): 'The fact that the parties have their places of business in different States is to be disregarded whenever this fact does not appear either from the contract or from any dealings between, or from information disclosed by, the parties at any time before or at the conclusion of the contract.'

<sup>192)</sup> It is not sufficient that the internationality be apparent to one sole party; see, e.g., MAGNUS, *supra* note 156, at 41-42.

<sup>193)</sup> For this conclusion, see MAGNUS, *supra* note 156, at 41.

Since the rationale behind Article 1(2) CISG is to avoid that Uniform Law is applicable to a contract which to the parties appears to be merely a domestic one (for this affirmation, see also KAROLLUS, *supra* note 59, at 29), it is not necessary, as, however, suggested by Volken, *supra* note 90, at 24, that 'the parties must consciously have entered into an international contract' in order for the Vienna Sales Convention to be applicable. It is possible that the internationality is evident, but that the parties do not consciously enter into an international contract.

<sup>194)</sup> It is often stated that the elements on the basis of which to decide whether the internationality of a contract is apparent are objective; see, e.g., BEATE CZERWENKA, RECHTSANWENDUNGSPROBLEME IM INTERNATIONALEN KAUFRECHT 136 (Berlin/Munich, 1988); Herber, *supra* note 120, at 57; KAROLLUS, *supra* note 59, at 29. This means that it is indeed irrelevant whether the parties know about the internationality of the contract (for this conclusion, see also MAGNUS, *supra* note 156, at 41).

*Contra*, AUDIT, *supra* note 38, at 19, stating that the parties must know that they have concluded a contract which is to be considered an international one under the CISG.

<sup>195)</sup> For this conclusion, see Herber, *supra* note 120, at 57.

<sup>196)</sup> The internationality is apparent, for instance, when the contract is written in a language other than the one used in the State where the contract is concluded.

<sup>197)</sup> In cases, for example, where the parties have during the bargaining process exchanged their business cards listing their foreign addresses, the internationality must be considered as being apparent.

<sup>198)</sup> For some examples of informations which make a contract 'appear' to be international, see MAGNUS, *supra* note 156, at 42.

<sup>199)</sup> For similar affirmations, see Hans Hoyer, *Der Anwendungsbereich des Einheitlichen Wiener Kaufrechts*, in DAS EINHEITLICHE WIENER KAUFRECHT. NEUES RECHT FÜR DEN INTERNATIONALEN WARENKAUF 31, 35 (Hans Hoyer & Willibald Posch eds, Vienna, 1992); REINHART, *supra* note 139, at 17.

<sup>200)</sup> For this conclusion, see Ferrari, *supra* note 85, at 915.

<sup>201)</sup> For this conclusion, see Herber, *supra* note 119, at 35.

<sup>202)</sup> OFFICIAL RECORDS OF THE UNITED NATIONS CONFERENCE, *supra* note 27, at 15.

<sup>203)</sup> For the same solution, see also CZERWENKA, *supra* note 194, at 136; HERBER & CZERWENKA, *supra* note 43, at 21.

### III. THE CRITERIA OF APPLICABILITY OF THE VIENNA SALES CONVENTION

#### 1. The CISG's 'Direct' Application EX Article 1(1)(a)

As already mentioned,<sup>204)</sup> in order for the CISG to be applicable, it is not *per se* sufficient that the sales contract be an international one.<sup>205)</sup> Indeed, Article 1(1) CISG<sup>206)</sup> also provides for two alternative<sup>207)</sup> criteria of applicability the existence of either of which is sufficient for the Convention to be applicable<sup>208)</sup> (provided the contract is an international one).

According to the criterion set forth in Article 1(1)(a), the CISG is 'directly'<sup>209)</sup> applicable when the parties have their places of business in different Contracting States,<sup>210)</sup> and this is true even where the parties are unaware that the States where their places of business are located are Contracting States.<sup>211)</sup> Thus, whenever this requirement is met and whenever the *lex fori* is the law of a Contracting State and the parties have not excluded the CISG,<sup>212)</sup> it will be applicable,<sup>213)</sup> independently from a different solution provided for by the rules of private international law.<sup>214)</sup> On the contrary, where the parties have their places of business in different Contracting States, but the forum is one of a non-Contracting State and its rules of private international law lead to the application of either the law of the forum or the law of a non-Contracting State, the CISG will not be applicable<sup>215)</sup> *per se*.<sup>216)</sup>

Even though the CISG has not yet been applied too often by virtue of this crite-

<sup>204)</sup> See *supra* the text accompanying notes 135 & 136.

<sup>205)</sup> Under the Hague Conventions, the sole international character of a sales contract was sufficient for it to be governed by the Conventions (*see supra* the text accompanying note 116). The Vienna Convention, however, gave up this highly criticized approach; for more details, *see also* Boschiero, *supra* note 117, at 269.

<sup>206)</sup> See Article 1(1) CISG: "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;

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

<sup>207)</sup> It is common understanding that it is not necessary that both prerequisites are met in order for the CISG to be applicable; *see, e.g.*, FERRARI, *supra* note 159, at 31; Herber, *supra* note 120, at 53; Memmo, *supra* note 6, at 205; Herrmann Pünder, *Das Einheitliche UN-Kaufrecht - Anwendung kraft kollisionsrechtlicher Verweisung nach Art. 1 Abs. 1 lit. b. UN-Kaufrecht*, RECHT DER INTERNATIONALEN WIRTSCHAFT 869, 869 (1990).

<sup>208)</sup> See Carbone & Lopez de Gonzalo, *supra* note 9, at 4.

<sup>209)</sup> For the evaluation of the criterion laid down in Article 1(1)(a) in terms of leading to the 'direct' - or 'immediate' - application of the CISG, *see, e.g.*, FERRARI, *supra* note 100, at 13; Ulrich Magnus, *Zum räumlich-internationalen Anwendungsbereich des UN-Kaufrechts und zur Mängelrüge*, PRAXIS DES INTERNATIONALEN PRIVAT- UND VERFAHRENSRECHTS 390, 390 (1993); REINHART, *supra* note 139, at 13.

<sup>210)</sup> For identical affirmations, *see* Herber, *supra* note 120, at 52; Kindler, *supra* note 133, at 777; Reczei, *supra* note 125, at 518; Siehr, *supra* note 145, at 591-593.

<sup>211)</sup> This was true under the Hague Conventions as well; in this respect, *see, e.g.*, the case decision rendered by the OLG Frankfurt, February 9, 1979, *reprinted in* SCHLECHTRIEM & MAGNUS, *supra* note 168, 110-111.

<sup>212)</sup> For the parties' possibility to exclude the CISG, *see infra* the text accompanying notes 586-663.

<sup>213)</sup> For this conclusion, *see also* MAGNUS, *supra* note 156, at 43-44.

<sup>214)</sup> For this conclusion, *see also* Boschiero, *supra* note 117, at 269; HERBER & CZERWENKA, *supra* note 43, at 19; Sacerdoti, *supra* note 107, at 738.

<sup>215)</sup> For this solution, *see also* Isaak I. Dore, *Choice of Law under the International Sales Convention: A U.S. Perspective*, 77 AMERICAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW 521, 538 (1981), stating that when the forum State is a third non-Contracting State and its rules of private international law point of a '[...] second noncontracting state, the forum should apply the domestic law of that state. Finally,

tion,<sup>217)</sup> this is very likely to change in the future, with the list of Contracting States still growing.<sup>218)</sup>

Unlike the criterion which will be mentioned *infra*,<sup>219)</sup> this criterion of applicability generally causes no problems.<sup>220)</sup> Problems may, however, arise in respect to whether a State must be considered a Contracting State or not.<sup>221)</sup> It is commonly understood that all States can be deemed Contracting States once they have either ratified, approved or accepted<sup>222)</sup> or acceded<sup>223)</sup> to the Convention<sup>224)</sup> and once a specific period of time - fixed by the CISG itself - has elapsed.<sup>225)</sup> However, as far as the applicability of Part II (Formation of Contracts) of the Convention is concerned, it presupposes that a State be a Contracting one before the offer is made,<sup>226)</sup> *i.e.*, 'it is not suf-

when the rules of the forum require the application of its own law, then domestic law would govern.'

<sup>216)</sup> The CISG might still be applicable, but only by virtue of its opting-in. For a discussion of the possibility of opting-in, *see infra* the text accompanying notes 664-674.

<sup>217)</sup> *See, however*, the following recent court decisions which applied the CISG by virtue of its Article 1(1)(a): BGH, March 8, 1995, *published in* RECHT DER INTERNATIONALEN WIRTSCHAFT 595 ff. (1995); BGH, February 15, 1995, *reprinted in* WERTPAPIER-MITTEILUNGEN 1103 ff. (1995); LG OLDENBURG, NOVEMBER 9, 1994, *REPORTED IN* NEUE JURISTISCHE WOCHENSCHRIFT RECHTSPRECHUNGS-REPORT 438 (1995); LG Frankfurt, July 13, 1994, *published in* NEUE JURISTISCHE WOCHENSCHRIFT RECHTSPRECHUNGS-REPORT 1264 f. (1994); LG Gießen, July 5, 1994, *published in* NEUE JURISTISCHE WOCHENSCHRIFT 438 f. (1994); OLG München, March 2, 1994, *published in* NEUE JURISTISCHE WOCHENSCHRIFT RECHTSPRECHUNGS-REPORT 1075 f. (1994); LG Aachen, May 14, 1993, *published in* RECHT DER INTERNATIONALEN WIRTSCHAFT 760 f. (1993); Compromex, May 4, 1993, *published in* DIARIO OFICIAL 17 ff. (1993); Metropolitan Court Budapest, March 24, 1992, *reported in* CASE LAW ON UNCITRAL TEXTS (case 52); LG Heidelberg, July 3, 1992, *reported in* DIRITTO DEL COMMERCIO INTERNAZIONALE 655 f. (1993); Tribunal of Buenos Aires, May 20, 1991, *reported in* CASE LAW ON UNCITRAL TEXTS (case 21).

For an arbitral award applying the CISG by virtue of its Article 1(1)(a), *see* Arbitral Tribunal ICC, N° 7153, *reprinted in* JOURNAL DU DROIT INTERNATIONAL 1005, 1005 (1992).

<sup>218)</sup> For this conclusion, *see also* Witz, *supra* note 68, at 24.

<sup>219)</sup> *See infra* the text accompanying notes 238-306.

<sup>220)</sup> *See* Witz, *supra* note 68, at 24.

<sup>221)</sup> For a detailed discussion of the concept of 'Contracting State', *see* FERRARI, *supra* note 159, at 33-35.

<sup>222)</sup> See Article 91(2) CISG: "This Convention is subject to ratification, acceptance or approval by the signatory States."

<sup>223)</sup> See Article 91(3) CISG: "This Convention is open for accession by all States which are not signatory States as from the date it is open for signature."

<sup>224)</sup> Although Articles 91(2) and 91(3) use different terms, there is no substantial difference between ratification, acceptance, approval and accession in respect to the applicability of the CISG. For a similar statement, *see, e.g.*, ENDERLEIN & MASKOW, *supra* note 58, at 372, arguing that 'no difference is made in assessing the importance of a signatory State [*i.e.*, of those States ratifying, accepting or approving the Convention] and States which had acceded later.'

<sup>225)</sup> See Article 99(1) & (2) CISG: "(1) This Convention enters into force, subject to the provision of paragraph (6) of this article, on the first day of the month following the expiration of twelve months after the date of deposit of the tenth instrument of ratification, acceptance, approval or accession, including an instrument which contains a declaration made under article 92.

(2) When a State ratifies, accepts, approves or accedes to this Convention after the deposit of the tenth instrument of ratification, acceptance, approval or accession, this Convention, with the exception of the Part excluded, enters into force in respect to that State, subject to the provisions of paragraph (6) of this article, on the first day of the month following the expiration of twelve months after the date of the deposit of ratification, acceptance, approval or accession."

<sup>226)</sup> See Article 100(1) CISG: "This Convention applies to the formation of a contract only when the proposal for concluding the contract is made on or after the date when the Convention enters into force in respect of the Contracting States referred to in subparagraph 1(a) or the Contracting State referred to in 1(b) of Article 1."

According to Martin Karollus, *Der Anwendungsbereich des UN-Kaufrechts im Überblick*, JURISTISCHE SCHULUNG 378, 380 (1993), in order for Part II of the CISG to be applicable the expedi-

ficient that a sales contract be concluded after the Convention enters into force for the Contracting States concerned,<sup>227)</sup> as recently pointed out by an Italian Supreme Court decision.<sup>228)</sup>

For the applicability of Part III (Rights and Obligations of Buyer and Seller), it is sufficient that either the Contracting States referred to in Article 1(1)(a) or the Contracting State referred to in Article 1(1)(b) entered the CISG into force at a date not later than that of the conclusion of the contract.<sup>229)</sup> This does not mean, however, that 'it will suffice that the statement of acceptance has reached the offer or after the entry into force of the Convention.'<sup>230)</sup> A similar statement would be correct only in respect of cases where the law governing the formation of contracts is governed by the so-called 'theory of reception',<sup>231)</sup> according to which '[t]he contract is not concluded until the declaration of acceptance has reached the offeror in such a way as to enable him to take cognizance of it.'<sup>232)</sup> Where, however, the law applicable to the formation of contracts is based upon the 'mail-box-rule',<sup>233)</sup> the CISG must already be in effect at the moment the acceptance is mailed in order for Part III of the Convention to be applicable.<sup>234)</sup>

With reference to the concept of 'Contracting State', it must also be pointed out that where a State declares itself not bound by Part II or Part III of the CISG, it cannot be considered a Contracting State in respect to the Part which has been excluded.<sup>235)</sup>

tion of the acceptance is sufficient. However, this seems to contrast with the text of Article 100(1) CISG.

<sup>227)</sup> ENDERLEIN ET AL., *supra* note 48, at 300.

<sup>228)</sup> See the decision rendered by the Italian Supreme Court, Cass. civ., October 24, 1988, *reprinted in* GIUSTIZIA CIVILE 1888, 1889 (1989).

For other judicial affirmations of Article 100(1), *see also* Rechtbank Arnhem, May 27, 1993, *published in* 12 NEDERLANDS INTERNATIONAAL PRIVAATRECHT 327, 328 (1994) (relying upon Art. 100(1) to rightly exclude the applicability of the CISG to a contract concluded in 1990 between a Dutch seller and a German buyer); Rechtsbank Arnhem, October 22, 1992, *reprinted in* 11 NEDERLANDS INTERNATIONAAL PRIVAATRECHT 185, 186 (1993) (justifying the decision not to apply the CISG to an international sales contract concluded in 1991 between an English seller and a Dutch buyer by quoting Art. 100(1)); Hof 's Hertogenbosch, November 27, 1991, *reported in* 10 NEDERLANDS INTERNATIONAAL PRIVAATRECHT 337, 338 (1992) (excluding *ex Art. 100 - and 99 -* the CISG's applicability to a contract concluded in 1989 between a German seller and a Dutch buyer).

<sup>229)</sup> See Article 100(2) CISG: 'This Convention applies only to contracts concluded on or after the date when the Convention enters into force in respect of the Contracting States referred to in subparagraph 1(a) or the Contracting State referred to in subparagraph 1(b) of article 1.'

<sup>230)</sup> ENDERLEIN & MASKOW, *supra* note 58, at 389.

<sup>231)</sup> For the distribution of the theory of reception in European as well as in South American countries, *see respectively* Franco Ferrari, *A Comparative Overview of Offer and Acceptance Inter Absentes*, 10 BOSTON UNIVERSITY INTERNATIONAL LAW JOURNAL 171, 197 ff. (1992); Franco Ferrari, *Formation of Contracts in South American Legal Systems*, 16 LOYOLA OF LOS ANGELES INTERNATIONAL & COMPARATIVE LAW JOURNAL 629, 653-654 (1994).

<sup>232)</sup> Rudolf B. Schlesinger, *General Reports*, in 1 FORMATION OF CONTRACTS. A STUDY OF THE COMMON CORE OF LEGAL SYSTEMS 75, 159 (Rudolf B. Schlesinger ed., 1968).

<sup>233)</sup> For a more detailed discussion of the 'mail-box-rule', as well as for its distribution, *see* Franco Ferrari, *Formazione del contratto*, in ATLANTE DI DIRITTO PRIVATO COMPARATO, *supra* note 8, 67, 79 ff.

<sup>234)</sup> For this conclusion, *see also* FERRARI, *supra* note 159, at 34.

<sup>235)</sup> See Article 92 CISG: '(1) A Contracting State may declare at the time of signature, ratification, acceptance, approval or accession that it will not be bound by Part II of this Convention or that it will not be bound by Part III of this Convention.

(2) A Contracting State which makes a declaration in accordance with the preceding paragraph in respect to Part II or Part III of this Convention is not to be considered a Contracting State within paragraph (1) of article 1 of this Convention in respect to the matters governed by the Part to which the declaration applies.'

Up until now, only Denmark, Finland, Norway and Sweden made use of the possibility provided for by Article 92(1), and, more precisely, of the possibility of excluding Part II of the CISG

Consequently, it is possible that a sales contract concluded between two parties having their places of business in two Contracting States one of which has made a declaration according to Article 92 is governed partly by the rules of the CISG and partly by the rules of domestic law, even in respect to issues normally all governed by the CISG,<sup>236)</sup> a situation which certainly does not favor uniformity, but, on the contrary, *dépeçage* and its negative consequence.<sup>237)</sup>

## 2. The CISG's 'Indirect' Application ex Article 1(1)(b)

The applicability of the CISG is, however, not necessarily excluded where the parties do not have their places of business in different Contracting States.<sup>238)</sup> By virtue of what has been defined as a 'classical solution',<sup>239)</sup> provided for by Article 1(1)(b) CISG,<sup>240)</sup> the CISG can be applicable even where one or both parties do not have their places of business in Contracting States,<sup>241)</sup> provided that the rules of private

(for a complete list of reservations made by each signatory State, *see, most recently, Journal of Law and Commerce CISG Contracting States and Declarations Table*, 14 JOURNAL OF LAW AND COMMERCE 235 ff. (1995)). These States have excluded the rules on the formation of contracts since their domestic rules are characterized by the so-called *Löfte*-theory which is not compatible with the rules set out in Part II of the Convention. For a short explanatory reference to the *Löfte*-theory, *see* 2 KONRAD ZWEIGERT & HEIN KOTZ, EINFÜHRUNG IN DIE RECHTS-VERGLEICHUNG. INSTITUTIONEN 43 (2nd ed., Tübingen, 1984).

<sup>236)</sup> For this conclusion, *see also* FERRARI, *supra* note 159, at 35.

<sup>237)</sup> This effect has also been recognized by Franco Ginatta, *Spunti sui criteri di collegamento e le riserve alla Convenzione*, in LA VENDITA INTERNAZIONALE, *supra* note 32, 385, 287-388, where the author makes the example of a sales contract 'concluded between two parties who have decided to derogate from the effect of some provisions of the Uniform Sales Law and who have their places of business in States which have made a reservation according to Article 92(1). In this case, the international sales contract is governed, in respect to certain issues, by the parties will, in other matters, by the Uniform Sales Law and by domestic rules of a given State. This will result [...] in *dépeçage* [...].' (emphasis in original)

For a detailed discussion of the phenomenon of *dépeçage*, *see, e.g.*, Erik Jayme, *Betrachtungen zur dépeçage im internationalen Privatrecht*, in FESTSCHRIFT FÜR KEGEL 253 FF. (STUTTGART/BERLIN/KOLN/MAINZ, 1987); WILLIS L.M. REESE, *DEPEÇAGE: A COMMON PHENOMENON IN CHOICE OF LAW*, 73 COLUMBIA LAW REVIEW 58 ff. (1973).

<sup>238)</sup> For this statement, *see also* Ferrari, *supra* note 159, at 35-36.

<sup>239)</sup> For this definition, *see* Giuseppe Cassoni, *La compravendita nelle convenzioni e nel diritto internazionale privato*, RIVISTA DI DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO E PROCESSUALE 429, 434 (1982).

<sup>240)</sup> For the text of this paragraph, *see supra* note 206.

<sup>241)</sup> *See* SCHLECHTRIEM, *supra* note 92, at 24 note 45, where the author asserts that the Vienna Sales Convention can be applicable even if both parties do not have their place of business in Contracting States: 'In cases where both parties do not have their places of business in Contracting States, Article 1(1)(b) leads to the application of CISG not only by the courts of Contracting States but also by the courts of non-Contracting States, provided the private international law of the non-Contracting State makes applicable the sales law of a Contracting State [...].'

*See also* ENDERLEIN & MASKOW, *supra* note 58, at 29, according to whom the solution provided for by Article 1(1)(b) CISG 'enables the Convention to be applied also to contracts between the parties of whom one, or in exceptional cases even two, does not have his *place of business in a Contracting State*.' (emphasis in original)

international law lead to the application of the law<sup>242)</sup> of a Contracting State.<sup>243)</sup> Consequently, where the *lex fori* is the law of a Contracting State in which the rules of private international law of sales contracts are based upon the 1980 EEC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations,<sup>244)</sup> as in the Netherlands<sup>245)</sup> and other European countries,<sup>246)</sup> the CISG will generally be applicable when the law

<sup>242)</sup> At this point, one has to mention, at least briefly, the issue as to whether the expression 'law' is to be considered as including the rules of private international law of the applicable law or whether it merely refers to the 'substantive' law, *i.e.*, is a *renvoi* admissible or not? According to the OFFICIAL RECORDS OF THE UNITED NATIONS CONFERENCE, *supra* note 27, at 15, it appears that the 'law' referred to in Article 1(1)(b) is the substantive law. This appears even more probable, if one considers that 'there is a general reluctance to inquire into the conflict of laws rules recognized by another jurisdiction, as suggested, for example, by the general disapproval of the doctrine of *renvoi*. This reluctance is supported by the difficulty of the inquiry and the possibility of circularity of the inquiry because of the differences in conflicts rules. The drafting history also suggests that the forum should apply the Convention if its own conflicts rules lead to a Contracting State', Winship, *supra* note 122, at 1.28.

However, it is here suggested that it is impossible to derive either from the Convention itself or from its legislative history a definite solution of this issue. The answer to the foregoing question must be derived from the rules of private international law of the forum. This means, for instance, that where the relevant conflicts rules are the rules laid down either in the EEC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations or in the 1955 Hague Convention on the Law Applicable to International Sales, no *renvoi* must be taken into account, having these Conventions excluded its admissibility (*see, e.g.*, LG Aachen, April 3, 1990, *reprinted in* RECHT DER INTERNATIONALEN WIRTSCHAFT 491 f. (1990), expressly stating that Article 35 of the German Law introducing the German Civil Code [EGBGB], which corresponds to Article 15 of the EEC Convention, excludes the *renvoi*; for a reference to this case as well as to this issue in general, *see* also WITZ, *supra* note 68, at 26 ff.). On the other hand, where the *renvoi* is admissible according to the conflicts rules of the forum, such as in Austria (for an Austrian case denying the CISG's applicability on the ground that the rules of private international law of the States to whose law the Austrian conflicts rules referred make applicable the law of a non-Contracting State, *see* Bezirksgericht für Handelssachen, February 20, 1992, *published in* RECHT DER WIRTSCHAFT 239 f. (1992)), the courts must inquire into the rules of private international law recognized by the State whose 'law' is applicable.

<sup>243)</sup> For this statement, *see* also Carbone, *supra* note 32, at 71-73; HERBER & CZERWENKA, *supra* note 43, at 19; Siehr, *supra* note 145, at 592-593.

For a recent application of Article 1(1)(b), *see* OLG Düsseldorf, February 12, 1994, *published in* DER BETRIEB 2492 (1994).

<sup>244)</sup> For this Convention, *see*, among others, Michael J. Bonell, *Il diritto applicabile alle obbligazioni contrattuali*, RIVISTA DI DIRITTO COMMERCIALE 215 ff. (1980); Hélène Gaudemet-Tallon, *Le nouveau droit international privé des contrats*, REVUE TRIMESTRIELLE DE DROIT EUROPEEN 215 ff. (1981); Andrea Giardina, *La Convenzione comunitaria sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, RIVISTA DI DIRITTO INTERNAZIONALE 795 ff. (1981); ANTOINE KASSIS, LE NOUVEAU DROIT EUROPEEN DES CONTRATS INTERNATIONAUX (Paris, 1993); PETER KAYE, THE NEW PRIVATE INTERNATIONAL LAW OF CONTRACT OF THE EUROPEAN COMMUNITY (1993); Ole Lando, *The EEC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations*, 24 COMMON MARKET LAW REVIEW 159 ff. (1987); Patrick R. Williams, *The EEC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations*, 35 INTERNATIONAL AND COMPARATIVE LAW QUARTERLY 1 ff. (1986).

<sup>245)</sup> In the Netherlands, the EEC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations entered into force on September 1, 1991, by virtue of a statute passed on January 31, 1991.

<sup>246)</sup> Note, however, that the coming into force of the 1980 Rome Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations does not necessarily mean that the issue of what law is to be applied to an international sales contract must be solved by resorting to this Convention. Indeed, since Article 21 states that the Rome Convention 'shall not prejudice the application of international conventions to which a Contracting State is, or becomes, a party,' other rules might govern the foregoing issue, despite the Rome Convention's being in force. Thus, in the European countries where the 1955 Hague Convention on the Law Applicable to International Sales of Goods (*reprinted in* 1 AMERICAN JOURNAL OF COMPARATIVE LAW 275 ff. (1957)) is still in force (such as in France and Italy), one must resort to the rules of this Convention rather than those of the Rome Convention.

either chosen by the parties or, absent choice of law, that having the closest connection with the contract,<sup>247)</sup> is the law of a Contracting State.<sup>248)</sup>

As far as the EEC Convention's recognition of party autonomy (in the sense of choice of law) is concerned,<sup>249)</sup> its employment should not raise any problems, it being a concept universally recognized throughout domestic private international law codifications long before the EEC Convention's coming into force.<sup>250)</sup> This is why its application to international sales contracts does not cause too many difficulties,<sup>251)</sup> as

For a detailed examination of the rules of the 1955 Hague Convention, *see, e.g.*, Kurt H. Nadelmann, *The Uniform Law on the International Sale of Goods: A Conflicts of Laws Imbroglia*, 74 YALE LAW JOURNAL 449 ff. (1964).

Note, that the 1955 Hague Convention is supposed to be substituted with the 1985 Hague Convention on the Law Applicable to Sales (*reprinted in* INTERNATIONAL LEGAL MATERIALS 1573 ff. (1985)); for a detailed discussion of this Convention, *see, e.g.*, Nerina Boschiero, *La nuova convenzione dell'Aja sulla legge applicabile alla vendita internazionale*, RIVISTA DI DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO E PROCESSUALE 507 ff. (1986); Ole Lando, *The 1955 and 1985 Hague Conventions on the Law Applicable to the International Sale of Goods*, RABELS ZEITSCHRIFT FÜR AUSLÄNDISCHES UND INTERNATIONALES PRIVATRECHT 155 ff. (1993); Ole Lando, *The 1985 Hague Convention on the Law Applicable to Sales*, RABELS ZEITSCHRIFT FÜR AUSLÄNDISCHES UND INTERNATIONALES PRIVATRECHT 60 f. (1987); Y. Loussouarn, *La Convention de La Haye d'octobre 1985 sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises*, REVUE CRITIQUE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVE 271 ff. (1986); Campbell McLachlan, *The New Hague Sales Convention and the Limits of the Choice of Law Process*, LAW QUARTERLY REVIEW 591 ff. (1986); Guido Napoletano, *Il progetto di una nuova Convenzione sulla legge applicabile alla compravendita internazionale*, DIRITTO COMUNITARIO E DEGLI SCAMBI INTERNAZIONALI 19 ff. (1985); Guido Napolitano, *La Convenzione dell'Aja del 30 ottobre 1985 sulla legge applicabile alla compravendita internazionale di merci*, DIRITTO COMUNITARIO E DEGLI SCAMBI INTERNAZIONALE 31 ff. (1986).

<sup>247)</sup> For a detailed discussion of the concept of 'closest connection', *see*, for instance, ROBERTO BARATTA, IL COLLEGAMENTO PIU STRETTO NEL DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO DEI CONTRATTI (Padova, 1991).

<sup>248)</sup> For this conclusion, *see* also FERRARI, *supra* note 159, at 36-37.

<sup>249)</sup> Several papers have been written on the 'choice of law' under the EEC Convention; *see, e.g.*, Gerardo Broggin, *La scelta della legge applicabile nella convenzione di Roma*, FORO PADANO II 47 ff. (1992); Samuel Cohen, *The EEC Convention and U.S. Law Governing Choice of Law for Contracts with Particular Emphasis on the Restatement Second: A Comparative Study*, 13 MD. JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW AND TRADE 223 ff. (1989); Benedetto Conforti, *La volontà delle parti come criterio di collegamento*, in LA CONVENZIONE DI ROMA SULLA LEGGE APPLICABILE ALLE OBBLIGAZIONI CONTRATTUALI 145 ff. (Consiglio Nazionale del Notariato ed., Milan, 1983); ALBERTO DE DONATIS, L'AUTONOMIA DELLE PARTI E LA SCELTA DELLA LEGGE APPLICABILE AL CONTRATTO INTERNAZIONALE (Padova, 1991); Anthony J.E. Jaffey, *Choice of Law in Relation to Ius dispositivum with Particular Reference to the EEC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations*, in CONTRACTS CONFLICTS 33 ff. (Peter North ed., 1982); Friedrich K. Juenger, *Parteiautonomie und objektive Anknüpfung im EG-Übereinkommen zum internationalen Vertragsrecht*, RABELS ZEITSCHRIFT FÜR AUSLÄNDISCHES UND INTERNATIONALES PRIVATRECHT 57 ff. (1982); Ole Lando, *New American Choice-of-Law Principles and the European Conflict of Laws of Contracts*, 30 AMERICAN JOURNAL OF COMPARATIVE LAW 19 ff. (1982); Russell J. Weintraub, *How to Choose Law for Contracts and How Not to: The EEC Convention*, 17 TEXAS INTERNATIONAL LAW JOURNAL 155 ff. (1982).

<sup>250)</sup> *See, e.g.*, Williams, *supra* note 244, at 11, stating that '[t]he freedom afforded to the contracting parties [by the EEC Convention] to choose the law to govern the contract is a rule currently prevailing in the private international law of all Member States and also in most other countries.' (footnotes omitted)

<sup>251)</sup> *See*, however, the decision of the Tribunale di Monza, March 29, 1993, *reprinted in* FORO ITALIANO 916 ff. (1994), which expressly states that the rules of private international law to which Article 1(1)(b) refers, do not include the principle of party autonomy and, therefore, has made applicable the domestic sales law to an international sales contract, even though the parties had expressly chosen the law of a Contracting State to be the law applicable to their contractual relationship.

This court decision stating that the parties' choice of law is not part of the private international law referred to in Article 1(1)(b) has been strongly criticized, *see*, most recently, Franco Ferrari, *Diritto uniforme della vendita internazionale: questioni di applicabilità e diritto internazio-*

evidenced by the fact that several courts have already relied upon the parties' choice of law to make the CISG applicable *ex Art. 1(1)(b)*.<sup>252)</sup> Absent choice of law,<sup>253)</sup> the EEC Convention makes applicable the law of the country with which the contract is most closely connected,<sup>254)</sup> as pointed out by several court decisions.<sup>255)</sup> And since it is presumed that the contract is most closely connected with the country where the party who is to effect the contract's characteristic performance<sup>256)</sup> has its place of business<sup>257)</sup> – and since 'the obligation to pay money [...] is not the characteristic performance'<sup>258)</sup> – the law of applicable to international

*nale privato*, RIVISTA DI DIRITTO CIVILE (in print); for a critical reference to the foregoing decision, see also Witz, *supra* note 68, at 25-26.

<sup>252)</sup> See for example, OLG Düsseldorf, January 8, 1993, published in NEUE JURISTISCHE WOCHENSCHRIFT RECHTSPRECHUNGS-REPORT 999 f. (1993) (Applying the CISG – by virtue of the choice of German law – to a contract concluded between a Turkish seller and a German buyer at a date at which Germany was a Contracting State but not Turkey).

<sup>253)</sup> For a discussion of the law applicable to contractual obligations absent choice of law (or where the choice of law is invalid), see, most recently, Manlio Frigo, *La determinazione della legge applicabile in mancanza di scelta dei contraenti e le norme imperative nella Convenzione di Roma*, in LA CONVENZIONE DI ROMA SUL DIRITTO APPLICABILE AI CONTRATTI INTERNAZIONALI 17 ff. (Giorgio Sacchetti & Manlio Frigo eds., 2nd ed., Milan, 1994).

<sup>254)</sup> See Article 4(1) EEC Convention: 'To the extent that the law applicable of the contract has not been chosen in accordance with Article 3, the contract shall be governed by the law of the country with which it is most closely connected. Nevertheless, a severable part of the contract which has a closer connection with another country may by way of exception be governed by the law of that other country.'

<sup>255)</sup> See, most recently, Rechtbank Amsterdam, October 5, 1994, reprinted in 13 NEDERLANDS INTERNATIONAAL PRIVAATRECHT 195, 195 (1995), stating that when '[de] partijen geen rechtskeuze hebben kenbaar gemaakt, worden ingevolge art. 4 lid 1, van het hier toepasselijke Verdrag van Rome van 19 juni 1980 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst [...] de koopovereenkomsten beheerst door het recht van het land waarmee zij het nauwst zijn verbonden.'

<sup>256)</sup> For writings on the concept of 'characteristic performance', see, among others, J. Blaikie, *Choice of Law in Contract: Characteristic Performance and the EEC Contracts Convention*, SCOTS LAW TIMES 241 ff. (1983); Hans-Ulrich Jessurun d'Oliveira, *Characteristic Obligation in the Draft EEC Obligation Convention*, 25 AMERICAN JOURNAL OF COMPARATIVE LAW 303 ff. (1977); Kurt Lipstein, *Characteristic Performance, A New Concept in the Conflict of Law in Matters of Contract for the EEC*, 3 NORTHWESTERN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW AND BUSINESS 402 ff. (1981); H. Kaufmann-Kohler, *La prestation caractéristique en droit international privé des contrats et l'influence de la Suisse*, SCHWEIZER JAHRBUCH FÜR INTERNATIONALES RECHT 195 ff. (1989); MASSIMO MAGAGNI, LA PRESTAZIONE CARATTERISTICA NELLA CONVENZIONE DI ROMA DEL 19 GIUGNO 1980 (Milan, 1989); Paolo Michele Patocchi, *Characteristic Performance: A New Myth in the Conflict of Laws? Some Comments on a Recent Concept in the Swiss and European Private International Law of Contract*, in FESTSCHRIFT FÜR LALIVE 113 ff. (Paris, 1993); Nicky Richardson, *The Concept of Characteristic Performance and the Proper Law Doctrine*, 1 BOND LAW REVIEW 284 ff. (1989).

<sup>257)</sup> See Article 4(2) EEC Convention: 'Subject to the provisions of paragraph 5 of this Article, it shall be presumed that the contract is most closely connected with the country where the party who is to effect the performance which is characteristic of the contract has, at the time of the conclusion of the contract, his habitual residence, or, in the case of a body corporate or unincorporate, its central administration. However, if the contract is entered into in the course of that party's trade or profession, that country shall be the country in which the principal place of business is situated or, where under the terms of the contract the performance is to be effected through a place of business other than the principal place of business, the country in which that other place of business is situated.'

<sup>258)</sup> KAYE, *supra* note 244, at 181.

For this statement, see, in legal writing, also Andrea Giardina, *Volontà delle parti, prestazione caratteristica e collegamento più significativo*, in VERSO UNA DISCIPLINA COMUNITARIA DELLA LEGGE APPLICABILE AI CONTRATTI 3, 14 (Tullio Treves ed., Padova, 1983); Ugo Villani, *Aspetti problematici della prestazione caratteristica*, in LA CONVENZIONE DI ROMA SULLA LEGGE APPLICABILE ALLE OBBLIGAZIONI CONTRATTUALI 17, 22 (Tito Ballarino ed., Padova, 1994).

See also OLG Koblenz, January 16, 1992, reported in RECHT DER INTERNATIONALEN WIRTSCHAFT

sales contracts is generally<sup>259)</sup> the law of the seller, who has to execute the characteristic performance consisting of the delivery of the goods,<sup>260)</sup> as emphasized not only by legal scholars,<sup>261)</sup> but also by various court decisions,<sup>262)</sup> among others, several Dutch ones,<sup>263)</sup> as well as by various arbitral awards.<sup>264)</sup>

From what has been said thus far, one general rule can be set forth: provided that the parties have not excluded the CISG and that no *electio iuris* occurred, the CISG should be applied in the courts of Contracting States – which did not limit the scope of Article 1(1)(b) by means of an Article 95 reservation<sup>265)</sup> – at least to all international sales contracts involving a seller who has its place of business in a Contracting (non reservatory)<sup>266)</sup> State.<sup>267)</sup>

Thus, Article 1(1)(b) (which some authors consider to be superfluous<sup>268)</sup> as well as open to criticism<sup>269)</sup>) extends the CISG's sphere of application which otherwise would

1021, 1024 (1992), expressly stating that 'the payment of money does never constitute the characteristic performance.'

<sup>259)</sup> Note, that the presumption set forth in Article 4(2) EEC Convention is rebuttable; see Article 4(5) EEC Convention: 'Paragraph' shall not apply if the characteristic performance cannot be determined, and the presumptions in paragraphs 2, 3 and 4 shall be disregarded if it appears from the circumstances as a whole that the contract is more closely connected with another country.'

<sup>260)</sup> For judicial applications of the principles set forth in the text, see, among others, OLG Köln, October 16, 1992, published in RECHT DER INTERNATIONALEN WIRTSCHAFT 143, 144 (1993); OLG Frankfurt a.M., September 17, 1991, published in RECHT DER INTERNATIONALEN WIRTSCHAFT 950, 951 (1991); LG Frankfurt, September 16, 1991, reprinted in RECHT DER INTERNATIONALEN WIRTSCHAFT 952, 953 (1991); LG Hamburg, September 26, 1990, published in PRAXIS DES INTERNATIONALEN PRIVAT- UND VERFAHRENSRECHTS 400, 401 (1991); LG Aachen, April 3, 1990, published in RECHT DER INTERNATIONALEN WIRTSCHAFT 491, 492 (1990).

<sup>261)</sup> See, e.g., Bernard Audit, *L'application en France de la convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles*, in LA CONVENZIONE DI ROMA SULLA LEGGE APPLICABILE ALLE OBBLIGAZIONI CONTRATTUALI 41, 43 (Verona, 1994); Th.M. de Boer, *Een Hollandse kijk op het EEC-Overeenkomstenverdrag: het Balenspers-arrest*, 42 ARS Aequi 207, 210 (1993).

<sup>262)</sup> See, apart from the court decisions quoted *supra* in note 260, OLG München, March 2, 1994, published in NEUE JURISTISCHE WOCHENSCHRIFT RECHTSPRECHUNGS-REPORT 1075, 1076 (1994); OLG Düsseldorf, February 10, 1994, reported in RECHT DER INTERNATIONALEN WIRTSCHAFT 53, 54 (1995); KG Berlin, January 24, 1994, published in RECHT DER INTERNATIONALEN WIRTSCHAFT 683, 683 (1994); OLG Karlsruhe, November 20, 1992, reprinted in NEUE JURISTISCHE WOCHENSCHRIFT RECHTSPRECHUNGS-REPORT 1316, 1316 (1993); OLG Köln, October 2, 1992, reported in RECHT DER INTERNATIONALEN WIRTSCHAFT 1021, 1024 (1992); OLG Frankfurt, June 13, 1991, published in NEUE JURISTISCHE WOCHENSCHRIFT 3102, 3102 (1991); AG Oldenburg i.H., April 24, 1990, reprinted in PRAXIS DES INTERNATIONALEN PRIVAT- UND VERFAHRENSRECHTS 336, 337 (1991); LG Stuttgart, August 31, 1989, reproduced in PRAXIS DES INTERNATIONALEN PRIVAT- UND VERFAHRENSRECHTS 317, 317 (1990).

<sup>263)</sup> See, most recently, Rechtbank Amsterdam, October 5, 1994, reprinted in 13 NEDERLANDS INTERNATIONAAL PRIVAATRECHT 195, 195 (1995), stating that '[i]ngevolge art. 4, lid 2 van het [Verdrag van Rome] wordt vermoed dat [het land waarmee de koopovereenkomsten het nauwst zijn verbonden] het land is waar de partij die de kenmerkende prestatie verricht, is gevestigd. [B]ij de koopovereenkomst [wordt] de kenmerkende prestatie verricht door de verkoper.'

<sup>264)</sup> See, e.g., Arbitral Tribunal ICC, No 7197, reprinted in JOURNAL DU DROIT INTERNATIONAL 1028, 1030 (1993).

<sup>265)</sup> For the possibility and the effects of a limitation of the scope of Article 1(1)(b), see *infra* the text accompanying notes 274-306.

<sup>266)</sup> For a discussion of the problems raised by one of the parties having its place of business in a Contracting reservatory State or by the forum being located in such a State, see *infra* the text accompanying notes 281-306.

<sup>267)</sup> For this conclusion, see also FERRARI, *supra* note 159, at 36; PILTZ, *supra* note 21, at 1102.

<sup>268)</sup> See Henri Battifol, *Observations*, ANNUAIRE DE L'INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL 144, 144 (1977).

<sup>269)</sup> See Herber, *supra* note 119, at 36-37, where the author criticizes the adoption of the choice-of-law application of the CISG and states that it constitutes a regression in respect to the progress made under the 1964 Hague Conventions where recourse to the rules of private international law in view of their applicability was inadmissible. For further criticism, see also Grigera Naon, *supra* note 147, at 98; Karollus, *supra* note 226, at 379.

have been too restrictive,<sup>270)</sup> but without going as far as its predecessor, the 1964 Hague Conventions.<sup>271)</sup> Furthermore, the CISG's approach has another advantage: it coordinates the rules of the CISG with those of private international law,<sup>272)</sup> a coordination which had not been provided for by the Hague Conventions which expressly excluded the applicability of the conflict of laws rules.<sup>273)</sup>

### 3. The Impact of the Article 95 Reservation on the CISG's Applicability

As already mentioned, the CISG's 'indirect' application has been criticized,<sup>274)</sup> mainly so, by so-called Socialist countries,<sup>275)</sup> which 'wanted to avoid the excessive restriction of the applicability of their domestic statutes governing the relationships with foreign parties,<sup>276)</sup> and by the United States. As a consequence of such criticism,<sup>277)</sup> the drafters of the CISG provided for a reservation clause, Article 95 CISG,<sup>278)</sup> which gives the Contracting States the option not to enforce Article 1(1)(b).<sup>279)</sup> But what

<sup>270)</sup> Many scholars have welcomed the extension of the CISG's sphere of application by the means of Article 1(1)(b); see, e.g., CZERWENKA, *supra* note 194, at 162; Ulrich Huber, *Der UNCITRAL-Entwurf eines Übereinkommens über internationale Warenkaufverträge*, *RABELS ZEITSCHRIFT FÜR AUSLÄNDISCHES UND INTERNATIONALES PRIVATRECHT* 413, 424 (1979); Pelichet, *supra* note 21, at 39; Volken, *supra* note 88, at 96.

<sup>271)</sup> Note, however, that according to SCHLECHTRIEM, *supra* note 92, at 24 note 45, the criterion of applicability set forth in Article 1(1)(b) 'revives the spectres which were raised in conjunction with the Hague Conventions.'

See also Herber, *supra* note 119, at 36, where the author argues that by virtue of the criterion set forth in Article 1(1)(b), the sphere of application of the CISG corresponds to the 'universalist' approach of the Hague Conventions. According to REINHART, *supra* note 139, at 14, the sphere of application of the CISG seems to be even more extended than that of the Ullis and Ulf.

<sup>272)</sup> For this statement, see also Boschiero, *supra* note 117, at 270; Carbone, *supra* note 32, at 72; FERRARI, *supra* note 100, at 15.

<sup>273)</sup> For a recent application of this principle, see January 16, 1992, reprinted in *RECHT DER INTERNATIONALEN WIRTSCHAFT* 1021, 1022 (1992).

<sup>274)</sup> For a criticism of Article 1(1)(b), see, apart from the authors quoted *supra* in note 269, Gyula Eörsi, *A propos the 1980 Vienna Convention on Contract for the International Sale of Goods*, 31 *AMERICAN JOURNAL OF COMPARATIVE LAW* 333, 353 (1983); Rolf Herber, *Anwendungsvoraussetzungen und Anwendungsbereich des Einheitlichen Kaufrechts*, in *EINHEITLICHES KAUFRECHT UND NATIONALES OBLIGATIONENRECHT*, *supra* note 16, 97, 99-100; Reczei, *supra* note 125, at 518-519; Sacerdoti, *supra* note 107, at 739-740.

<sup>275)</sup> See also Boschiero, *supra* note 117, at 271; FERRARI, *supra* note 159, at 39, with further references.

<sup>276)</sup> Luzzatto, *supra* note 21, at 510.

Various authors have stressed that mostly Socialist countries have criticized Article 1(1)(b) for the reasons indicated in the text; see, apart from the authors quoted in the preceding note, Cassoni, *supra* note 239, at 435; Reczei, *supra* note 125, at 520-521; Winship, *supra* note 122, at 508.

Note, however, that according to Volken, *supra* note 90, at 29, the criticism of the conflicts-of-law application of the CISG is due to other circumstances: 'unfortunately, [...] government officials and contract lawyers are often not very familiar with the principles of private international law. For this reason the Vienna Diplomatic Conference of 1980 accepted a reservation under Art. 95 of the Convention.'

<sup>277)</sup> This consequence has not always been well accepted; see, e.g., Gerold Herrmann, *Einheitliches Kaufrecht für die Welt: UN-Übereinkommen über internationale Warenkaufverträge*, *PRAXIS DES INTERNATIONALEN PRIVAT- UND VERFAHRENSRECHTS* 109, 111 (1981) (stating that the introduction of the possibility of making reservations under Article 95 is regrettable); Pelichet, *supra* note 21, at 41 (stating the same).

<sup>278)</sup> See Article 95 CISG: 'Any State may declare at the time of the deposit of its instruments of ratification, acceptance, approval or accession that it will not be bound by subparagraph 1(b) of article 1 of this Convention.'

<sup>279)</sup> Up to now, only the following States have made an Article 95 reservation: China, the Czech Republic, Slovakia and the United States. For this list, see, WILL, *supra* note 70, at 4 ff.

impact does this reservation have on the 'indirect' applicability of the CISG?<sup>280)</sup> Several lines of cases must be distinguished.

(A) It has been argued, that where *the forum is located in a reservatory State* the rules of private international law of which lead to the applicability of a Contracting State (independently whether reservatory or not), the CISG will not apply,<sup>281)</sup> since the Contracting reservatory States are bound to apply the CISG only where both parties have their places of business in Contracting States<sup>282)</sup> (reservatory or not).<sup>283)</sup> It is certainly true, that in this line of cases the courts of reservatory States do not have to apply the CISG by virtue of Article 1(1)(b). This does not mean, however, that the CISG cannot apply. Indeed, it is here suggested<sup>284)</sup> that even the courts of a reservatory State should apply the CISG in the aforementioned line of cases – of course not by virtue of Article 1(1)(b), but as part of the law of the Contracting State to which the conflict of law rules lead.<sup>285)</sup> There is, however, a limit: if it is true, as it has been suggested,<sup>286)</sup> that the *ratio* behind the possibility of the Article 95 reservation is to promote the application of domestic statutes, it must be concluded that in cases where the forum is located in a Contracting reservatory State whose private leads to the law of the forum, the CISG shall be inapplicable.<sup>287)</sup>

(B) There is a dispute in another line of cases, as well: *quid iuris* where *the forum is located in a Contracting non-reservatory State* the rules of private international law of which lead to the applicability of the law of a Contracting reservatory State? According to some authors, the CISG should not be applicable in this line of cases,<sup>288)</sup> because the reservatory State itself would not apply the CISG. Consequently, '[...] in the situation where State A has not taken the reservation under Article 95 and State

<sup>280)</sup> The Article 95 reservation does not have any impact of the 'direct' application of the CISG, i.e., where the parties to an international sales contracts have their places of business in Contracting States – even if both are reservatory States – the CISG will apply *ex* Article 1(1)(a).

<sup>281)</sup> For this solution, see, among others, Dore, *supra* note 215, at 537; Malcom Evans, *Art. 95*, in *COMMENTARY ON THE INTERNATIONAL SALES LAW*, *supra* note 12, 654, 656; Pünder, *supra* note 207, at 872.

<sup>282)</sup> For a similar conclusion, see Richards, Note, *supra* note 147, at 222 (stating that where an Article 95 reservation has been declared, the application of the Convention in reservatory States is limited to contracts between parties having their places of business in different Contracting States).

<sup>283)</sup> See *supra* the text in note 280.

<sup>284)</sup> For this conclusion, see also FERRARI, *supra* note 100, at 16.

<sup>285)</sup> A similar solution has already been suggested by Winship, *supra* note 122, at 1.32, stating that a court from a reservatory State '[...] might conclude after examining the facts that the law of a Contracting State, such as France, is the applicable law and apply the convention *although not bound by treaty* to do so.' (emphasis added)

See also Volker Behr, *Commentary to Journal of Law and Commerce Case 1: Oberlandesgericht Frankfurt am Main*, 12 *JOURNAL OF LAW AND COMMERCE* 271, 272-273 (1993), stating that despite the Article 95 reservation, the courts of reservatory States '[...] may very well be in a situation to apply CISG based on private international law. Courts of a State which has made such a reservation are not obliged to apply Article 1(1)(b). But when the State's private international law requires its courts to apply foreign law under which CISG is triggered, the court must apply CISG as part of that foreign law.'

<sup>286)</sup> See *supra* the text accompanying notes 275 & 276.

<sup>287)</sup> For this conclusion, see also Pelichet, *supra* note 21, at 43-44, according to which in the line of cases discussed in the text the Convention is inapplicable only where the rules of private international law of the forum State which has declared an Article 95 reservation lead to the application of the law of the forum. Where, however, the rules of conflict of laws lead to the application of the law of a different Contracting State (independently from whether it is a reservatory or non-reservatory State), the Convention is always applicable.

<sup>288)</sup> For similar assertions, see Dore, *supra* note 215, at 538-539 (stating that when the forum is a third Contracting State and its rules of private international law lead to U.S. law, the forum should apply the U.C.C. instead of the Convention, since the United States declared an Article 95 reservation).

B has done so, and where the parties have their places of business in State B and in non-Contracting State C, consistency would appear to require that a court in State A should, if it finds the law of State B to be applicable, select the domestic law of that State as the law governing the contract rather than the Convention.<sup>289)</sup> The preferable view, however, seems to be to the contrary,<sup>290)</sup> not only because generally a reservation of the kind at hand made by one State cannot bind another State,<sup>291)</sup> but also because, from the point of view of the Contracting (forum) State, all the applicability's preconditions laid down in Article 1(1)(b) are met.<sup>292)</sup> And this view is preferable despite some German court decisions<sup>293)</sup> which have applied the domestic law rather than the Uniform Sales Law in cases where the rules of private international law lead to the law of a reservatory State.<sup>294)</sup> But these German court decisions cannot be decisive in guiding the interpreter, since the courts did not have the possibility of deciding differently, a statute having been passed in Germany according to which German judges are bound to apply domestic sales law,<sup>295)</sup> *i.e.*, not the CISG,<sup>296)</sup> when their rules of private international law lead to the applicability of the law of a Contracting reservatory State.<sup>297)</sup> There are, however, other German court decisions which should be taken into account and which support the solution here suggested. Indeed, under the Hague Conventions, German courts have stated that the

<sup>289)</sup> Evans, *supra* note 281, at 657.

For similar solutions, see also HEUZE, *supra* note 177, at 95-96; Karl Neumayer, *Offene Fragen zur Anwendung des Abkommens der Vereinten Nationen über den internationalen Warenkauf*, RECHT DER INTERNATIONALEN WIRTSCHAFT 99, 101 (1994); Pünder, *supra* note, at 872; SCHLECHTRIEM, *supra* note 92, at 27; Lajos Vekas, *Zum persönlichen und räumlichen Anwendungsbereich des UN-Einheitskaufrechts*, RECHT DER INTERNATIONALEN WIRTSCHAFT 342, 344 (1987); Lajos Vekas, *Diskussionsbeitrag*, in EINHEITLICHES KAUFRECHT UND NATIONALES OBLIGATIONENRECHT, *supra* note 16, 108, 109.

<sup>290)</sup> Several authors favor this solution; see, e.g., CZERWENKA, *supra* note 194, at 159; Beate Czerwenka, *Diskussionsbeitrag*, in EINHEITLICHES KAUFRECHT UND NATIONALES OBLIGATIONENRECHT, *supra* note 16, 109, 109; FERRARI, *supra* note 159, at 41; Herber, *supra* note 64, at 342; Gerold Herrmann, *Anwendungsbereich des Wiener Kaufrecht – Kollisionsrechtliche Probleme*, in WIENER KAUFRECHT. DER SCHWEIZERISCHE AUSSENHANDEL UNTER DEM ÜBEREINKOMMEN ÜBER DEN INTERNATIONALEN WARENKAUF 83, 89 (Eugen Bucher ed., Bern, 1991); Ole Lando, *The 1985 Hague Convention on the Law Applicable to Sales*, RABELS ZEITSCHRIFT FÜR AUSLÄNDISCHES UND INTERNATIONALES PRIVATRECHT 65, 82 (1987); Luzzatto, *supra* note 21, at 510; Burghard Piltz, *Internationales Kaufrecht*, NEUE JURISTISCHE WOCHENSCHRIFT 615, 619 (1989); Siehr, *supra* note 145, at 602.

<sup>291)</sup> For this argument, see also FERRARI, *supra* note 159, at 42; Kindler, *supra* note 133, at 778.

<sup>292)</sup> For this line of reasoning, see, e.g., Boschiero, *supra* note 117, at 272.

<sup>293)</sup> See, e.g., LG Hamburg, September 26, 1990, reported in RECHT DER INTERNATIONALEN WIRTSCHAFT 1015 ff. (1990); OLG Frankfurt, June 13, 1991, published in NEUE JURISTISCHE WOCHENSCHRIFT 3102 (1991); OLG Frankfurt, September 17, 1991, reported in NEUE JURISTISCHE WOCHENSCHRIFT 633 f. (1992).

<sup>294)</sup> For a reference to this case law, see Magnus, *supra* note 68, at 205.

<sup>295)</sup> See the German statute introducing the CISG from July 5, 1989, published in BUNDESGESETZBLATT II 586 (1989).

<sup>296)</sup> In this regard, see UN Depository Notification C.N. 365.1989, Teaties-3, dated March 16, 1990, where it is stated that "[t]he Government of the Federal Republic of Germany holds the view that Parties to the Convention that have made a declaration under article 95 of the Convention are not considered Contracting States within the meaning of subparagraph (1)(b) of article 1 of the Convention. Accordingly, there is no obligation to apply – and the Federal Republic of Germany assumes no obligation to apply – this provision when the rules of private international law lead to the application of the law of a Party that has made a declaration to the effect that it will not be bound by subparagraph (1)(b) of article 1 of this Convention."

For a short reference to this statute, see also ENDERLEIN ET AL., *supra* note 48, at 294.

<sup>297)</sup> This is why the decision of the OLG Düsseldorf, July 2, 1993, published in RECHT DER INTERNATIONALEN WIRTSCHAFT 845 f. (1993), has been criticized. In this case, the German court applied the CISG to a contract concluded between a German buyer and an American seller before the CISG entered into force in Germany and despite the statute mentioned in the text.

reservations declared by other Contracting States were to be disregarded, *i.e.*, the German courts applied the Conventions even where the Contracting State the law of which was to be applied would not have done so by virtue of a reservation.<sup>298)</sup>

(C) There is disagreement also as to the solution of those cases where *the forum is located in a non-Contracting State* the rules of private international law of which lead to the law of a Contracting reservatory State. Despite some statements according to which in this line of cases the CISG should not apply,<sup>299)</sup> it is here suggested<sup>300)</sup> that the CISG be applied, of course not by virtue of Article 1(1)(b), as wrongly stated by several courts,<sup>301)</sup> as well as by some arbitral tribunals,<sup>302)</sup> but by virtue of its being part of the applicable law.<sup>303)</sup> One should, in other words, adopt the same solution employed in the cases where the rules of private international law of the non-Contracting forum State lead to the applicability of the law of a Contracting non reservatory State. In this line of cases, the courts have to apply the CISG for the very same reasons,<sup>304)</sup> *i.e.*, by virtue of their rules of private international law. This view is not only held by legal scholars,<sup>305)</sup> but, most importantly, it has already found judicial application in several instances.<sup>306)</sup>

<sup>298)</sup> See, e.g., BGH, December 4, 1985, published in ENTSCHEIDUNGEN ZUM WIRTSCHAFTSRECHT 166 (1986); OLG Karlsruhe, April 14, 1978, reported in RECHT DER INTERNATIONALEN WIRTSCHAFT 544 f. (1978);

For a reference to this case law in support of the applicability in cases where the rules of private international law of a forum located in a Contracting State lead to the law of a Contracting reservatory State, see Herber, *supra* note 120, at 55.

<sup>299)</sup> See, e.g., Boschiero, *supra* note 117, at 272; Dore, *supra* note 215, at 537-538; Luzzatto, *supra* note 21, at 510-511; Jean-Pierre Plantard, *Un nouveau droit uniforme de la vente internationale: La Convention des Nations Unies du 11 avril 1980*, JOURNAL DU DROIT INTERNATIONAL 311, 321 (1988); Pünder, *supra* note 207, at 872; REINHART, *supra* note 139, at 15; Sacerdoti, *supra* note 107, at 742.

<sup>300)</sup> See also Ferrari, *supra* note 85, at 923-924.

<sup>301)</sup> See, e.g., Rechtbank Amsterdam, December 7, 1994, published in 13 NEDERLANDS INTERNATIONAAL PRIVAATRECHT 196 f. (1995); Rechtbank Amsterdam, October 5, reported in 13 NEDERLANDS INTERNATIONAAL PRIVAATRECHT 195 (1995).

The applicability of the CISG in cases where the forum is located in non-Contracting States cannot be based upon Article 1(1)(b), since the courts of non-Contracting States are not bound by this Article (see Pünder, *supra* note, at 872). For a more detailed criticism of the reasoning behind the two aforementioned Dutch court decisions, see Franco Ferrari, *CISG Art. 1(1)(b) and Related Matters: Brief Remarks on the Occasion of a Recent Dutch Court Decision*, NEDERLANDS INTERNATIONAAL PRIVAATRECHT 317 ff. (1995).

<sup>302)</sup> See, e.g., Arbitral Tribunal ICC, No 7197, reported in JOURNAL DU DROIT INTERNATIONAL 1028, 1031 (1993).

<sup>303)</sup> For this solution, see also Kindler, *supra* note 133, at 778; Pelichet, *supra* note 21, at 44; Siehr, *supra* note 145, at 610.

<sup>304)</sup> For this solution, see also FERRARI, *supra* note 159, at 42-43.

<sup>305)</sup> See, e.g., Herber, *supra* note 120, at 54; MAGNUS, *supra* note 156, at 50; Pelichet, *supra* note 21, at 38-39; Plantard, *supra* note 299, at 321; Pünder, *supra* note 207, at 872; REINHART, *supra* note 139, at 14.

<sup>306)</sup> See, e.g., LG München, July 3, 1989, published in PRAXIS DES INTERNATIONALEN PRIVAT- UND VERFAHRENSRECHTS 316 f. (1990); LG Stuttgart, August 31, 1989, reported in RECHT DER INTERNATIONALEN WIRTSCHAFT 984 f. (1989); LG Aachen, April 3, 1990, published in RECHT DER INTERNATIONALEN WIRTSCHAFT 491 f. (1990); AG Oldenburg, April 24, 1990, reported in PRAXIS DES INTERNATIONALEN PRIVAT- UND VERFAHRENSRECHTS 336 f. (1991); LG Hamburg, September 26, 1990, reprinted in EUROPÄISCHE ZEITSCHRIFT FÜR WIRTSCHAFTSRECHT 181 f. (1991); AG Frankfurt, January 31, 1991, published in PRAXIS DES INTERNATIONALEN PRIVAT- UND VERFAHRENSRECHTS 345 f. (1991); OLG Frankfurt, June 15, 1991, reported in RECHT DER INTERNATIONALEN WIRTSCHAFT 591 f. (1991); LG Baden-Baden, August 14, 1991, published in RECHT DER INTERNATIONALEN WIRTSCHAFT 62 f. (1992); Rechtbank Amsterdam, October 5, 1994, published in NEDERLANDS INTERNATIONAAL PRIVAATRECHT 195 f. (1995); Rechtbank Amsterdam, December 7, 1994, reported in NEDERLANDS INTERNATIONAAL PRIVAATRECHT 196 f. (1995).



#### 4. The Application of the CISG by Arbitral Tribunals

In order for the CISG to be applicable in the courts of Contracting States, either the requirements set forth in its Articles 1(1)(a) or those laid down in Article 1(1)(b) must be met. In order for it to be applicable in the courts of non-Contracting States, the rules of private international law must lead to the law of a Contracting State (reservatory or not). There appears to be little doubt as to the applicability of these rules to arbitral tribunals.<sup>307)</sup> Indeed, there are several arbitral awards which have stated that where the criteria of internationality and applicability of the CISG are met,<sup>308)</sup> the 1980 Uniform Sales Law is to be applied.<sup>309)</sup>

At this point it is, however, worth mentioning that some arbitral tribunals have applied the CISG even where the contract was outside the Convention's stated sphere of application. In one case, the ICC Arbitral Tribunal<sup>310)</sup> applied the CISG to a series of contracts concluded in 1979, on the ground that '[t]here is no better source to determine the prevailing trade usages than the terms of the United Nations Convention on the International Sale of Goods of 11 April 1980 [...]. This is so even though neither the [country of the Buyer] nor the [country of the Seller] are parties to that Convention.'<sup>311)</sup> In another case, the Iran-United States Claims Tribunal<sup>312)</sup> applied the CISG as part of the so-called 'lex mercatoria' or as relevant trade usages to a contract concluded before the drafting of the CISG. This line of cases, which opens the door to the applicability of the CISG even to cases not falling under its scope,<sup>313)</sup> has been criticized<sup>314)</sup> for several reasons. It has been said, for instance, that the CISG's provisions do not reflect uniform commercial practices,<sup>315)</sup> but are rather the result of a careful political compromise.<sup>316)</sup> Most importantly, however, the application of the CISG to contracts concluded before its coming into force violates a prin-

<sup>307)</sup> For this statement, see also MAGNUS, *supra* note 156, at 51.

<sup>308)</sup> For an arbitral tribunal applying the CISG to an international sales contract both parties to which had their place of business in Contracting States, see Arbitral Tribunal ICC, No 7153, reported in 14 JOURNAL OF LAW AND COMMERCE 217 ff. (1995).

<sup>309)</sup> See, e.g., Arbitral Tribunal ICC, No 7197, reported in JOURNAL DU DROIT INTERNATIONAL 1028 ff. (1993).

<sup>310)</sup> See Arbitral Tribunal ICC, No 5713, reported in YEARBOOK OF COMMERCIAL ARBITRATION 70 Off. (1990).

<sup>311)</sup> *Id.*

<sup>312)</sup> See *Watkins-Johnson Co. 7 Watkins Johnson Ltd. v. The Islamic Republic of Iran & Bank Sad-erat Iran* (Award No 429-370-1).

<sup>313)</sup> See Peter Schlechtriem, *Vienna Sales Convention 1980 (recent developments) - Developed Countries*, paper presented at the Conference for International Business Law (Singapore, September 1992), stating that '[b]y applying the CISG as trade usages, regardless whether it was applicable as law, the doors for the application of the CISG are wide open. It has to be assumed that this [arbitral award, No 5713] is not an exceptional case.'

<sup>314)</sup> For criticism, see, among others, Richard Hyland, *Note on ICC Arbitration Case No. 5173 of 1989*, in 2 GUIDE TO PRACTICAL APPLICATIONS OF THE UNITED NATIONS CONVENTION ON CONTRACTS FOR THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS 3 ff. (Albert H. Kritzer ed., 1994, loose-leaf ed.).

<sup>315)</sup> See, e.g., John C. Reitz, *A History of Cutoff Rules as a Form of Caveat Emptor: Part I - The 1980 U.N. Convention on the International Sale of Goods*, 36 AMERICAN JOURNAL OF COMPARATIVE LAW 437, 471 note 127 (1988), stating that '[m]erchants' custom does not appear to have played as significant a role in the drafting of the CISG. Proponents of the notice rule, for example, do not appear to have based their arguments to any significant extent on custom.'

<sup>316)</sup> See Hyland, *supra* note 314, at 11, stating, with reference to the provisions of the CISG applied by the Arbitral Tribunal ICC in case No 5713, that 'the source of the CISG's conformity provisions was not a uniform commercial practice, as found, for example, in standard terms frequently employed in international commercial contracts. Rather, those provisions represent a careful political compromise between those states that demanded shorter periods of inspection and notice of defects and those states that had hoped that the CISG would permit even longer periods. In other

principle which appears to be recognized by most developed legal systems according to which the law in force at the moment a contract is concluded governs the contract even if that law is modified.<sup>317)</sup> Therefore, it is wishful that the arbitral tribunals, not unlike State courts,<sup>318)</sup> hold that the CISG is inapplicable to operative facts that occurred before the CISG's coming into force in the countries involved,<sup>319)</sup> in order not to disappoint the parties' reliance on the applicability of a specific law in force at the moment of the conclusion of the contract.

#### IV. THE SPHERE OF APPLICATION RATIONE MATERIAE

##### 1. The Sales Contract

For a contract to be governed by the CISG, it is not sufficient that it falls under its spatial and personal sphere of application, but it must also be inside its sphere of application *ratione materiae*,<sup>320)</sup> i.e., it must be a contract for the sale of goods.

The CISG states that it applies to contracts which in the official English and French versions are respectively called *contracts of sale of goods* and *contrats de vente de marchandises*.<sup>321)</sup> The first question to answer is what constitutes a sale or vente. To this end, it must be noted that the CISG, not unlike the Hague Conventions,<sup>322)</sup> does not define the sales contract.<sup>323)</sup> According to some legal writers, this lack of definition is due to the circumstance that there are no relevant differences amongst the definitions of a sales contract in the various legal systems,<sup>324)</sup> according to others, the

words, there is no reason to believe that the CISG rules on this question rest on the generalized trade practice.'

<sup>317)</sup> See Hyland, *supra* note 314, at 12-13, stating that '[d]eveloped legal systems generally apply to a contract the law that was in force at the time the contract was concluded [...]. The notion of freedom of contract is thought to mandate that, absent very good reasons, the law in force at the time the contract is concluded will continue to govern that contract despite modifications in the applicable law. Thus, the CISG could not be applied, even by analogy, to the contract.'

<sup>318)</sup> For a series of State court decisions holding that the CISG is inapplicable to contracts concluded before its coming into force, see the decisions quoted *supra* in note 228. See also Camara Nacional de Apelaciones en lo Commercial, March 15, 1991, reported in CASE LAW ON UNCITRAL TEXTS (case 22).

<sup>319)</sup> See Arbitral Tribunal ICC, No 6281, published in 15 YEARBOOK OF COMMERCIAL ARBITRATION 96 ff. (1990).

<sup>320)</sup> For a distinction between the spatial and personal prerequisites on the one hand, and the prerequisites *ratione materiae* on the other hand, see also Carbone & Lopez de Gonzalo, *supra* note 9, at 4-5, FERRARI, *supra* note 159, at 44.

<sup>321)</sup> For a reference to where to find the official French and English texts of the CISG, see *supra* note 29.

<sup>322)</sup> It has often been pointed out that the Hague Conventions did not define the 'sales contract'; see, among others, FRIGNANI, *supra* note 105, at 264; Herber, *supra* note 166, at 8.

<sup>323)</sup> See also Philippe Kahn, *Convention de Vienne du 11 avril 1980. Caractères et domaine d'application*, DROIT ET PRATIQUE DU COMMERCE INTERNATIONAL 385, 387 (1989); Fabio Padovini, *Der internationale Kauf: Von den Haager Konventionen zur Wiener Konvention - Erfahrungen und Aussichten*, ZEITSCHRIFT FÜR RECHTSVERGLEICHUNG 87, 91 (1987); PILTZ, *supra* note 21, at 23; Claude Samson, *La Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises: Etude comparative des dispositions de la Convention et des règles de droit québécois en la matière*, 23 CAHIERS DE DROIT 919, 927 (1982).

<sup>324)</sup> For this justification, see Bernardini, *supra* note 21, at 85 (stating that the definitions of sales contracts which can be found in the various legal systems do not differ to the point that an express definition became necessary); Memmo, *supra* note 6, at 189 (stating that 'as far as the concept of 'sale' is concerned, there are no such differences which require the legislature to define it'); Fabio Padovini, *La vendita internazionale dalle convenzioni dell'Aja alla convenzione di Vienna*, RIVISTA DI DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO E PROCESSUALE 47, 52 (1987) (asserting that 'the Vienna Sales Convention does not contain any definition of a sales contract. This lack [of definition], which can be

contrary is true: the exclusion of any definition is to be regarded as the only way to cope with the differences in the legal systems.<sup>325)</sup>

Despite the lack of an express definition, a more precise concept of the 'sales contract' falling within the scope of the CISG can be inferred from the different rights and obligations of the parties,<sup>326)</sup> as well as from 'the economic function of exchange which constitutes a valid reference in order to unify without contrasts the concept of sale, as opposed to other contractual schemes.'<sup>327)</sup> Thus, independently from the civil or commercial character of the parties or of the contract itself,<sup>328)</sup> the sales contract can be defined<sup>329)</sup> as the contract by virtue of which the seller has to deliver the goods, hand over any documents relating to them and transfer the property in the goods,

justified for several aspects, is not very important since the concept of sale is substantially the same in the different legal systems'.

<sup>325)</sup> See, for example, Lopez de Gonzalo, *supra* note 114, at 906, according to whom the choice of not defining the sales contract can be justified on the grounds that the differences cannot be overcome: 'This choice [of not defining the sales contract] is based upon the opportunity of avoiding to burden the drafting of the conventional text with dogmatic questions on which no consensus could be found, given the different legal traditions, and which in practice do not cause too many interpretative questions.'

For an overview of several definitions of sales contracts to be found in some European codes, see, e.g., Del Duca & Del Duca, *supra* note 68, at 348 note 35 (quoting the French, German and Italian definitions to be found in the respective civil codes).

<sup>326)</sup> For this conclusion, see also ENDERLEIN & MASKOW, *supra* note 58, at 27 (stating that '[t]he description of what is a contract of sale, whose existence is the first decisive criterion for the application of the Convention, follows in particular from the provisions on the obligations of the seller (Article 30) and of the buyer (Article 53). Both taken together could be conceived as a definition of the contract of sale'); KRITZER, *supra* note 56, at 69 (stating that the Convention does not contain a section on the definition of the sales contract. However, taken together, Articles 30 and 53, which identify the elements of a sale, are said to constitute a definition).

For a discussion of the rights and duties of both buyer and seller, see, e.g., Fritz Enderlein, *Rights and Obligations of the Seller under the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, in INTERNATIONAL SALE OF GOODS. DUBROVNIK LECTURES, *supra* note 12, 133 ff.; Allan E. Farnsworth, *Rights and Obligations of the Seller*, in WIENER ÜBEREINKOMMEN, *supra* note 79, 83 ff.; Friedrich Niggemann, *Die Pflichten des Verkäufers und die Rechtsbehelfe des Käufers*, in DAS EINHEITLICHE WIENER KAUFRECHT, *supra* note 199, 77 ff.; Jean-Pierre Plantard, *Droits et obligations de l'acheteur*, in WIENER ÜBEREINKOMMEN, *supra* note 79, 111 ff.; Willibald Posch, *Die Pflichten des Käufers und die Rechtsbehelfe des Verkäufers*, in DAS EINHEITLICHE WIENER KAUFRECHT, *supra* note 199, at 143 ff.; Peter Schlechtriem, *Die Pflichten des Käufers und die Folgen ihrer Verletzung, insbesondere bezüglich der Beschaffenheit der Ware*, in WIENER KAUFRECHT, *supra* note 290, 103 ff.; Leif Sevón, *Obligations of the Buyer under the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, in INTERNATIONAL SALE OF GOODS. DUBROVNIK LECTURES, *supra* note 12, 203 ff.; Pierre Tercier, *Droits et obligations de l'acheteur*, in WIENER ÜBEREINKOMMEN, *supra* note 79, 119 ff.; Pierre Widmer, *Droits et obligations du vendeur*, in WIENER ÜBEREINKOMMEN, *supra* note 79, 91 ff.; Wolfgang Wiegand, *Die Pflichten des Käufers und die Folgen ihrer Verletzung*, in WIENER ÜBEREINKOMMEN, *supra* note 79, 143 ff.

<sup>327)</sup> Memmo, *supra* note 6, at 189.

Bernardini, *supra* note 21, at 85, as well, points out, that the economic function of exchange of goods for a price constitutes a center of reference to be used in order to identify without contrasts a uniform definition of the sales contract as governed by the CISG.

<sup>328)</sup> See Article 1(3) CISG; 'Neither the nationality of the parties nor the civil or commercial character of the parties or the contract is to be taken into consideration in determining the application of this Convention.'

<sup>329)</sup> See Del Duca & Del Duca, *supra* note 68, at 350, stating that '[i]n determining whether a particular transaction qualifies as a 'sale of goods' and is therefore subject to the CISG, the general understanding within the international community of what constitutes a 'contract for the sale of goods' (subject to any specific provision in the CISG to the contrary) would therefore appear to be applicable. Such an approach would be consistent with the rule of construction set forth in Art.7.'

whereas the buyer is bound to pay the price for the goods, and take delivery of them.<sup>330)</sup>

The aforementioned seller's obligation to transfer the property in the goods seems to exclude the applicability of the 1980 Vienna Sales Convention to contracts that transfer the property in the goods at the moment the contract is concluded and that, therefore, do not create any obligation to transfer the property in the goods.<sup>331)</sup> This is true, for instance, in both the Italian and French legal systems.<sup>332)</sup> In these systems, the property passes generally *solo consensu*, that is, at the moment the sales contract is concluded<sup>333)</sup> – whenever the goods are specified, existing and belonging to the seller – as opposed to the transfer of property by means of the delivery of the goods, a rule applicable, for instance, in the Germanic legal systems.<sup>334)</sup> However, a similar exclusion cannot be justified:<sup>335)</sup> not only because otherwise the sphere of application of the CISG would become too restricted, but primarily because the effects which an international sales contract may have on the property in the goods sold have, unfortunately,<sup>336)</sup> been expressly excluded by Article 4(b) CISG<sup>337)</sup> from the matters with which the CISG is concerned.<sup>338)</sup>

<sup>330)</sup> For a very similar definition based as well upon Articles 30 and 53, see Maximilian Endler & Jan Daub, *Internationale Softwareüberlassung und UN-Kaufrecht*, COMPUTER UND RECHT 601, 601 (1993); HERBER & CZERWENKA, *supra* note 43, at 16; MAGNUS, *supra* note 156, at 30; PILTZ, *supra* note 21, at 23.

<sup>331)</sup> See, for a more detailed discussion of this issue, FERRARI, *supra* note 159, at 46-47.

<sup>332)</sup> For an overview of legal systems based upon the rule according to which the conclusion of a sales contract immediately transfers the property of moveables (provided that the goods are specified, existing and belonging to the seller), see Francesco Galgano, *Il trasferimento della proprietà per atto tra vivi. Il trasferimento della proprietà in civil law e common law*, in ATLANTE DI DIRITTO PRIVATO COMPARATO, *supra* note 8, 103, 104-105; RABEL, *supra* note 164, at 29; Rodolfo Sacco, *Le transfert de la propriété des choses mobilières déterminées par acte entre vifs en droit comparé*, RIVISTA DI DIRITTO CIVILE 452 ff. (1979).

<sup>333)</sup> For a discussion of this principle as well as of other principles which can govern the transfer of moveable goods, see Ulrich Drobnig, *Transfer of Property*, in TOWARDS A EUROPEAN CIVIL CODE 345 ff. (Arthur Hartkamp et al. eds., Dordrecht, 1994); Franco Ferrari, *Vom Abstraktionsprinzip und Konsensualprinzip zum Traditionsprinzip. Von den Möglichkeiten der Rechtsvereinheitlichung im Mobiliarsachenrecht*, ZEITSCHRIFT FÜR EUROPÄISCHES PRIVATRECHT 52 ff. (1993).

<sup>334)</sup> For a detailed discussion of the principles governing the transfer of moveable property in the Germanic legal systems (Austria, Germany and Switzerland), see, apart from the authors quoted in the preceding note, Franco Ferrari, *Principio consensualistico ed 'abstraktionsprinzip'*, CONTRATTO E IMPRESA 889 ff. (1992); Herbert Kronke, *Il trasferimento della proprietà mobiliare per atto tra vivi. Il trasferimento della proprietà nel diritto tedesco*, in ATLANTE DI DIRITTO PRIVATO COMPARATO, *supra* note 8, 108 ff.

<sup>335)</sup> For this conclusion, see also FERRARI, *supra* note 159, at 46.

<sup>336)</sup> For a criticism of the exclusion of the transfer of property from the matters governed by the Uniform Sales Law, see Franco Ferrari, *Abstraktionsprinzip, Traditionsprinzip e consensualismo nel trasferimento di beni mobili. Una superabile divaricazione?*, RIVISTA DI DIRITTO CIVILE 729, 756-757 (1993).

<sup>337)</sup> See Article 4 CISG: 'This Convention governs only the formation of the contract of sale and the rights and obligations of the seller and the buyer arising from such a contract. In particular, except as otherwise expressly provided in this Convention, it is not concerned with:

(a) the validity of the contract or of any of its provisions or of any usage;

(b) the effect which the contract may have on the property in the goods sold.'

<sup>338)</sup> For this affirmation, see also MAGNUS, *supra* note 156, at 77 & 83-84.

For a detailed analysis of the effects of the exclusion mentioned in the text, see Sampson, *The Title-Passage Rule: Applicable Law under the CISG*, 16 THE INTERNATIONAL TAX JOURNAL 137 ff. (1990).

## 2. Other Contracts Governed by the Vienna Sales Convention

But is the sales contract as defined above the only contract governed by the Vienna Sales Convention? It has been held both in legal writing and in judicial applications,<sup>339)</sup> that *contracts modifying an international sales contract* are governed by the Uniform Sales Law as well,<sup>340)</sup> since they directly affect the rights and obligations of the parties to the international sales contract.<sup>341)</sup> Furthermore, by virtue of Article 73(1) CISG,<sup>342)</sup> *contracts for the delivery of goods by instalments* are also governed by the CISG,<sup>343)</sup> not unlike under the 1964 Hague Conventions.<sup>344)</sup> However, not unlike under the 1964 Hague Conventions,<sup>345)</sup> *barter transactions* (or countertrade transactions) where all of the price is to be paid in something other than money do not fall under the Vienna Sales Convention.<sup>346)</sup> This is the preferable view, even though the contrary has been argued.<sup>347)</sup> Some authors even assert that there are many arguments in favor of applying the Convention also to barter transactions.<sup>348)</sup>

<sup>339)</sup> See, e.g., LG Hamburg, September 26, 1990, published in PRAXIS DES INTERNATIONALEN PRIVAT- UND VERFAHRENSRECHTS 400, 402 (1991).

<sup>340)</sup> See, in this respect, HERBER & CZERWENKA, *supra* note 43, at 16 (stating that the contracts modifying international sales contracts fall inside the scope of the CISG); MAGNUS, *supra* note 156, at 30 (stating the same).

Note, that this was true under the 1964 Hague Conventions as well; see, e.g., OLG Hamburg, March 3, 1982, published in RECHT DER INTERNATIONALEN WIRTSCHAFT 435 f.(1982).

<sup>341)</sup> For this reasoning as well as for this conclusion, see also FERRARI, *supra* note 159, at 47-48; Herber, *supra* note 120, at 50.

<sup>342)</sup> See Article 73 CISG: '(1) In the case of a contract for delivery of goods by instalments, if the failure of one party to perform any of his obligation in respect of any instalment constitutes a fundamental breach of contract in respect to that instalment the other party may declare the contract avoided with respect to that instalment.

(2) If one party's failure to perform any of his obligations in respect of any instalment gives the other party good grounds to conclude that a fundamental breach will occur with respect to future instalments, he may declare the contract avoided for the future, provided that he does so within a reasonable time.

(3) A buyer who declares the contract avoided in respect of any delivery may, at the same time, declare it avoided in respect of deliveries already made or of future deliveries, if, by reason of their interdependence, those deliveries could not be used for the purpose contemplated by the parties at the time of the conclusion of the contract.'

<sup>343)</sup> This view is favored, for instance, by Giorgio De Nova, *L'ambito di applicazione ratione materiae della Convenzione di Vienna*, RIVISTA TRIMESTRALE DI DIRITTO E PROCEDURA CIVILE 749, 749 (1990); Herber, *supra* note 274, at 103; MAGNUS, *supra* note 156, at 30.

Note, however, that several authors have expressed doubts as to whether contracts for the delivery of goods by instalments fall inside the scope of the CISG; see, e.g., Padovini, *supra* note 323, at 91, stating that in order to be able to apply the Vienna Sales Convention to contracts for the delivery of goods by instalments the CISG must be interpreted very broadly.

<sup>344)</sup> See BGH, March 28, 1979, published in NEUE JURISTISCHE WOCHENSCHRIFT 1779 ff. (1979).

<sup>345)</sup> See, e.g., GRAVESON ET AL., *supra* note 19, at 52 (stating that the 1964 Uniform Sales Laws did not apply to pure exchange contracts); Riese, *supra* note 19, at 18-19 (stating the same); Volken, *supra* note 90, at 33 (stating the same).

<sup>346)</sup> For this solution, see FERRARI, *supra* note 159, at 49; Herber, *supra* note 120, at 50; Hoyer, *supra* note 199, at 37; Huber, *supra* note 270, at 419; KAROLLUS, *supra* note 59, at 25; ROLF LOEWE, INTERNATIONALES KAUFRECHT 27 (Vienna, 1989); MAGNUS, *supra* note 156, at 32; REINHART, *supra* note 139, at 13; Winship, *supra* note 122, at 1.24.

<sup>347)</sup> See, e.g., Brigitta Lurger, *Die Anwendung des Wiener UNCITRAL-Kaufrechtsübereinkommens 1980 auf den internationalen Tauschvertrag und sonstige Gegengeschäfte*, ZEITSCHRIFT FÜR RECHTSVERGLEICHUNG 415, 421 ff. (1991).

<sup>348)</sup> For this view, see, e.g., ENDERLEIN & MASKOW, *supra* note 58, at 28, stating that '[a]n overwhelming number of arguments in our view speaks in favour of applying the Convention even in this case [barter].' See also De Nova, *supra* note 343, at 749-750, stating that he favors the view that international countertrade transactions fall inside the scope of the CISG.

It has been argued, for instance, that '[a]ny partner is to be considered here both as buyer and seller, though with regard to different performances – in respect of the obligations to deliver, to hand over documents, to acquire title in the goods and to take delivery.'<sup>349)</sup> This view apparently does not give due consideration to Article 53 CISG<sup>350)</sup> which expressly mentions the buyer's obligation to pay the price,<sup>351)</sup> i.e., an element the lack of which characterizes the barter transaction.

*Leasing contracts* as well, do not fall within the sphere of application of the CISG,<sup>352)</sup> not even where they contain a purchase option,<sup>353)</sup> since their economic function is different from that of a sales contract.<sup>354)</sup> The same appears to be true as far as *consignment contracts* are concerned, which are considered as being excluded from the sphere of application of the CISG as well,<sup>355)</sup> although they fell within the scope of the 1964 Hague Convention.<sup>356)</sup> Furthermore, a Dutch court<sup>357)</sup> recently decided,<sup>358)</sup> in conformity with court decisions rendered under the 1964 Hague Conventions,<sup>359)</sup> that a *distribution contract* did not by itself constitute a sale of goods.<sup>360)</sup> In doing so, the court pointed out, however, that had the parties entered into any contract for the

<sup>349)</sup> ENDERLEIN & MASKOW, *supra* note 58, at 28.

See also Dietrich Maskow, *Art. 53*, in COMMENTARY ON THE INTERNATIONAL SALES LAW, *supra* note 12, 383, 386, stating that the Uniform Sales Law should apply to barter transactions as well, since 'in genuine barter contracts both parties are sellers. Therefore, the Convention would not necessarily be excluded.'

<sup>350)</sup> See Article 53 CISG: 'The buyer must pay the price for the goods and take delivery of them as required by the contract and this Convention.'

<sup>351)</sup> For this line of argument, see PILTZ, *supra* note 21, at 24.

<sup>352)</sup> For this conclusion, see also Karollus, *supra* note 226, at 380; MAGNUS, *supra* note 156, at 33; PILTZ, *supra* note 21, at 28.

<sup>353)</sup> See ENDERLEIN & MASKOW, *supra* note 58, at 28, stating that '[t]he Convention cannot be applied to leasing contracts even if they contain a purchase option'. See also FERRARI, *supra* note 159, at 50.

Doubtful of this conclusion, see Lazlo Reczei, *The Rules of the Convention Relating to Its Field of Application and to Its Interpretation*, in PROBLEMS OF UNIFICATION OF INTERNATIONAL SALES LAW 53, 74 (1980), stating that '[i]t is not clear [...] whether a leasing-contract, which guarantees to the leaseholder an option for the purchase of the object of lease, comes within the domain of the Convention. There are legal systems which do not consider leasing-contracts without option as leasing. According to others, an option qualifies the leasing-contract as sales contract.'

<sup>354)</sup> For this reasoning see, with further references, FERRARI, *supra* note 159, at 50; MAGNUS, *supra* note 156, at 33.

It is here suggested that, not unlike leasing contracts, *hire-purchase contracts* are excluded from the sphere of application of the CISG (for this conclusion, see also CZERWENKA, *supra* note 194, at 146). The reason behind this exclusion is the economic function of this type of contract, which is not comparable to that of a sales contract.

*Contra*, in the sense that hire-purchase contracts do fall within the CISG's scope, see Herber, *supra* note 120, at 49; MAGNUS, *supra* note 156, at 33.

<sup>355)</sup> For a similar affirmation, see Winship, *supra* note 122, at 1.24, stating that consignment arrangements 'under which the [...] supplier will take back unsold units might not be within the convention because title to the goods may not be transferred to the consignee and payment is conditional on resale.'

<sup>356)</sup> See LG Münster, August 25, 1977, reported in SCHLECHTRIEM & MAGNUS, *supra* note 168, at 107, applying the 1964 Hague Conventions to an consignment contract.

<sup>357)</sup> See Hof Amsterdam, July 16, 1992, published in NEDERLANDS INTERNATIONAAL PRIVAATRECHT 711 ff. (1992).

<sup>358)</sup> See, for a summary of the facts, Del Duca & Del Duca, *supra* note 68, at 349.

<sup>359)</sup> See OLG Koblenz, May 24, 1985, reported in SCHLECHTRIEM & MAGNUS, *supra* note 168, at 364 ff.

<sup>360)</sup> See Hof Amsterdam, July 16, 1992, published in NEDERLANDS INTERNATIONAAL PRIVAATRECHT 711, 716 (1992), stating that the lower court 'heeft terecht goedgeurd dat het Weens Koopverdrag i.c. toepassing mist daar het geen regels inhoudt m.b.t. een exclusiviteitsovereenkomst als waarop [de principaal geintimeerde] haar vordering baseert.'

For another court decision excluding distribution contracts from the sphere of application of

sale of goods under that distribution contract, this could have been subject to the CISG.<sup>361</sup> And this should be so, independently from whether the distribution agreement was concluded before the CISG's coming into force, as long as the single sales contracts meet all the temporal requirements laid down in Art. 100 CISG.<sup>362</sup>

### 3. Contracts for the Sale of Made-to-Order Goods and Services

Even though the sales contract as defined above still constitutes the 'commercial contract par excellence'<sup>363</sup> and, consequently, the 'pillar of the entire system of commercial relations',<sup>364</sup> it is undergoing a change.<sup>365</sup> This change is due to the fact that modern trade not only calls for ready-made-goods, but also for goods to be manufactured and, therefore, for the 'sale' of labor and services as well.<sup>366</sup> This is why it is fair to state that the sales contract tends to become more and more a service contract.<sup>367</sup>

The tendency to consider sales contracts also those contracts 'which require further activities besides the traditional exchange of goods with money'<sup>368</sup> has been evident for years not only in the various legal systems,<sup>369</sup> but also in regard to the efforts made in order to unify the international sales law.<sup>370</sup> Indeed, the Draft Conventions of 1935<sup>371</sup> and 1939,<sup>372</sup> as well as that of 1956<sup>373</sup> and finally the Ullis of 1964<sup>374</sup> included a provision dealing with the relation between sales contracts and transactions which call for the manufacture or production of goods. That is why it is not surprising that the draftsmen of the CISG extended its applicability<sup>375</sup> to the point that the

the CISG, see OLG Koblenz, September 17, 1993, published in RECHT DER INTERNATIONALEN WIRTSCHAFT 934 f. (1993).

<sup>361</sup> See Hof Amsterdam, July 16, 1992, published in NEDERLANDS INTERNATIONAAL PRIVAATRECHT 711, 716 (1992), stating that '[het Weens Koopverdrag] zou wellicht, hetzij ten overloede en met voorbijgaan van eventuele problemen van overgangsrecht overwogen, van toepassing zijn indien het geschil van partijen een (of meer) van de individuele koopovereenkomsten zou betreffen die ter uitvoering van de 'kaderovereenkomst' gesloten werden, maar daarvan is geen sprake nu het geschil de gestelde kaderovereenkomst zelf betreft.'

For a similar affirmation in legal writing, see PILTZ, *supra* note 21, at 1102.

<sup>362</sup> This solution was prevalent under the 1964 Hague Conventions; see, e.g., BGH, April 4, 1979, published in NEUE JURISTISCHE WOCHENSCHRIFT 1782 ff. (1979).

<sup>363</sup> GALGANO, *supra* note 5, at 6.

<sup>364</sup> Memmo, *supra* note 6, at 181.

<sup>365</sup> For a similar affirmation, see FERRARI, *supra* note 159, at 77 ff., with further references.

<sup>366</sup> For a similar affirmation, see HONNOLD, *supra* note 25, at 105, stating that 'a modern sales law must include transactions which call for the manufacture or production of goods [...].'

Note that a similar statement can already be found in Kahn, *supra* note 19, at 693; RABEL, *supra* note 164, at 54.

<sup>367</sup> See FERRARI, *supra* note 159, at 78.

<sup>368</sup> Memmo, *supra* note 6, at 189.

<sup>369</sup> In this respect, it is sufficient to note that already in 1936, RABEL, *supra* note 164, at 54, stated that 'the contract by virtue of which the entrepreneur binds himself to produce goods by using a material he has to provide is considered a sales contract in England, Scandinavia and in the United States.'

<sup>370</sup> See, e.g., FERRARI, *supra* note 159, at 78.

<sup>371</sup> See Article 2 of the 1935 Draft Convention.

<sup>372</sup> See Article 2 of the 1939 Draft Convention.

<sup>373</sup> See Article 10 of the 1956 Draft Convention.

<sup>374</sup> See Article 6 Ullis: 'Contracts for the supply of goods to be manufactured or produced shall be considered to be sales within the meaning of the present Law, unless the party who orders the goods undertakes to supply an essential or substantial part of the materials necessary for such manufacture or production.'

<sup>375</sup> Several authors have pointed out that comparing sales contracts for the supply of goods to be manufactured or produced as well as contracts for the supply of both goods and labor or services

CISG also governs contracts which are considered to be work contracts.<sup>376</sup> Article 3(1) CISG deals with the Convention's applicability to contracts for the supply of goods to be manufactured or produced, whereas Article 3(2) CISG deals with contracts that include the supply of labor or other services amongst the 'seller's obligations.

As pointed out, the CISG contains some provisions which 'confront the scholar with contractual schemes which have uncertain functional characteristics'<sup>377</sup> and 'which therefore raise the problem of whether such contracts fall under the sphere of application of the Uniform Sales Law.'<sup>378</sup> This is true, above all, in the cases where the seller is liable not only for the delivery of the goods, that is, for a *dare*, but also for providing labor or services.<sup>379</sup> But it is also true for those cases in which the buyer has to deliver parts of the materials needed for the production of the goods.

Among the contracts falling under the latter category are those contemplated by Article 3(1) CISG,<sup>380</sup> i.e., the contracts for the supply of goods to be manufactured or produced.<sup>381</sup> But there is a limit to the CISG's applicability to these contracts. Indeed, Article 3(1) CISG itself excludes that the contracts where the party who 'buys' the goods to be manufactured or produced supplies a 'substantial part' of the materials necessary for the manufacture or production can be considered sales.<sup>382</sup> Even though this provision extends the CISG's applicability to other than 'classical' sales contracts,<sup>383</sup> it raises some problems as well,<sup>384</sup> since it does not provide for specific criteria to be used in determining whether the materials supplied by the buyer constitute a 'substantial part' of the goods necessary to manufacture or produce the goods.<sup>385</sup> Despite this lack of definiteness, it is commonly understood that the sup-

to 'traditional' sales contracts results in the extension of the CISG's sphere of application; see, e.g. De Nova, *supra* note 343, at 751; MAGNUS, *supra* note 156, at 67.

<sup>376</sup> For a similar statement, see ENDERLEIN & MASKOW, *supra* note 58, at 36, stating that '[the] inclusion of contracts for the delivery of goods to be manufactured (machines, manufactured goods) or produced (agricultural produce, raw materials) at the time of the conclusion of the contract in sales contracts means that the CISG can be applied also to certain contracts which are considered to be work contracts.'

For a detailed discussion on the relationship between work contracts and the CISG, see Peter Gauch, *Werkvertrag und 'Wiener Kaufrecht'*, BAURECHT 23 ff. (1993).

<sup>377</sup> Bernardini, *supra* note 21, at 85.

<sup>378</sup> Id.

<sup>379</sup> See also Memmo, *supra* note 6, at 189, stating that the CISG governs even those contracts 'where the seller is bound not only to the delivery, but where he is also liable for the preliminary [phase] of preparing the goods to be sold.'

<sup>380</sup> See FERRARI, *supra* note 159, at 79.

<sup>381</sup> See also OFFICIAL RECORDS OF THE UNITED NATIONS CONFERENCE, *supra* note 27, at 17, stating that Article 3(1) of the Uniform Sales Law '[...] provides that the sale of goods to be manufactured or produced by the seller to the buyer's order is as much subject to the provisions of this convention as the sale of ready-made-goods.' See also PILTZ, *supra* note 21, at 26 (stating the same).

<sup>382</sup> See Article 3(1) CISG: 'Contracts for the supply of goods to be manufactured or produced are to be considered sales unless the party who orders the goods undertakes to supply a substantial part of the materials necessary for such manufacture or production.'

Note, that even though the aforementioned Article was derived from a provision of the 1964 Hague Conventions, these Articles differ, at least at first sight, very much from each other, since the 1964 provision only excluded the extension of the CISG's sphere of application in respect of such contracts in which the buyer did not only supply the 'substantial' part, but also the 'essential' part of the materials necessary for the manufacture or the production of the goods (for the text of the relevant provision, see *supra* in note 374). The difference is, however, only a terminological one, as will be pointed out *infra* in note 388.

<sup>383</sup> For this affirmation, see already FERRARI, *supra* note 159, at 77-78.

<sup>384</sup> See MAGNUS, *supra* note 156, at 69.

<sup>385</sup> For this criticism, see also Rosett, *supra* note 99, at 280, stating that Article 3 explicitly includes

ply of accessories does not exclude the CISG's applicability.<sup>386)</sup> Conversely, where all the materials are supplied by the buyer, there is no doubt that the CISG is inapplicable.<sup>387)</sup>

In order to overcome the difficulties due to the indefiniteness of the concept of 'substantial part',<sup>388)</sup> legal scholars have tried to identify its main characteristics. In this respect, some authors stated that the 'substantial part' is to be looked upon merely from a quantitative point of view.<sup>389)</sup> It is here suggested, however, that when one has to determine whether the materials provided by the buyer constitute a 'substantial part', a qualitative criterion should be used as well,<sup>390)</sup> not unlike under the 1964 Hague Conventions.<sup>391)</sup> Consequently, 'the materials to be provided by the buyer may

contracts for goods to be manufactured unless the goods are incidental to supplying labor and services without providing guidance concerning the determination of the meaning of the 'incidental'-criterion.

For similar affirmations, see also Sergio M. Carbone & Marco Lopez de Gonzalo, *Art. 3, NUOVE LEGGI CIVILI COMMENTATE* 8, 8 (1989); Memmo, *supra* note 6, at 189.

<sup>386)</sup> For this conclusion, see also FERRARI, *supra* note 159, at 81; MAGNUS, *supra* note 156, at 70; Memmo, *supra* note 6, at 189.

<sup>387)</sup> For this solution, see FERRARI, *supra* note 159, at 81.

<sup>388)</sup> Note, that problems in respect of Article 3(1) can also arise for reasons different from the indefiniteness of the concept *de quo*. In this respect it is sufficient to recall that while the English text uses the expression 'substantial part', the official French version uses the expression 'partie essentielle.' In this regard, see also KRITZER, *supra* note 56, at 73, where the author states that '[t]he problem here may be caused as much by a translation variance as by the absence of a precise definition of the term 'substantial' in the Convention.'

It is doubtful, whether the French expression 'partie essentielle' is intended to have a different meaning than the English expression 'substantial part.' For a reference to this problem, see also HONNOLD, *supra* note 25, at 106 (stating that the French expression is due to the fact that '[t]he drafters of the French version had difficulty with the concept of 'substantial' and used the phrase 'une partie essentielle'); Richards, Note, *supra* note 147, at 231 note 152.

<sup>389)</sup> This view is held, for instance, by Thomas Carsten Ebenroth, *Internationale Vertragsgestaltung im Spannungsverhältnis zwischen ABGB, IPR-Gesetz und UN-Kaufrecht*, JURISTISCHE BLÄTTER 682, 684 (1986); ALEJANDRO GARRO & ALBERTO ZUPPI, *COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERIAS* 74 (Buenos Aires, 1989); HERBER & CZERWENKA, *supra* note 43, at 28; Nicole Lacasse, *Le champ d'application de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises*, in *ACTES DU COLLOQUE SUR LA VENTE INTERNATIONALE* 23, 29 f. (Nicole Lacasse & Louis Perret eds., Montreal, 1989); MAGNUS, *supra* note 156, at 69; PILTZ, *supra* note 21, at 26; REINHART, *supra* note 139, at 20.

Some authors prefer to use a 'criterion of value'; see, e.g., HONNOLD, *supra* note 25, at 106 (stating that the only commensurable relationship between the materials provided by the buyer and those necessary for the production or manufacture of the goods to be sold is one based on value); Winship, *supra* note 122, at 1.24 (stating that it is difficult to determine whether the materials provided by the buyer are a 'substantial part' of the materials necessary for the production unless one uses a measure which looks to value). However, this criterion does not differ from the one mentioned in the text, since the latter refers to an economic evaluation of the relationship between materials provided by the buyer and those provided by the seller.

<sup>390)</sup> For this conclusion, see also AUDIT, *supra* note 38, at 26.

<sup>391)</sup> Despite the different wording of the relevant Articles provided for by the CISG and the 1964 Hague Conventions respectively (for a reference to the different texts, see *supra* note 388), several authors hold the view that there is no difference between the decisive criteria for the applicability of the Conventions to the kind of contracts at hand; see, e.g., Richards, Note, *supra* note 147, at 231 (stating that '[d]espite the deletion of 'essential' from the CISG, the nature of the materials supplied will be a factor in deciding whether a 'substantial' amount of the materials will be supplied'); Rolf Herber, *Art. 3*, in *KOMMENTAR ZUM EINHEITLICHEN UN-KAUFRECHT*, *supra* note 48, 68, 69.

Arguing that there is no space for an approach which takes into account the quality of the goods provided by the buyer, see Warren Khoo, *Art. 3*, in *COMMENTARY ON THE INTERNATIONAL SALES LAW*, *supra* note 12, 41, 42, stating that '[u]nder paragraph (1), unlike the parallel provision in *Ulis*, the materials supplied need not be essential for the manufacture or production. Nor is it

constitute a substantial part of the goods sold even where their value represents less than 50 per cent of the value of the goods.<sup>392)</sup> This does not mean, however, that 15 per cent is sufficient to be considered 'substantial',<sup>393)</sup> as suggested by Professor Honnold.<sup>394)</sup>

Although several courts have already applied Article 3(1) CISG,<sup>395)</sup> they have not yet elaborated on the concept of 'substantial part'. In one case, for instance, the CISG was held inapplicable to a contract according to which the French seller had to manufacture goods according to the Italian buyer's specifications.<sup>396)</sup> The court held the CISG inapplicable on the grounds that the buyer had provided a 'substantial part' of the materials necessary for the manufacture,<sup>397)</sup> but in doing so, it did not define what percentage of the materials constituted a substantial part.<sup>398)</sup> It appears, however, that the court considered the plans and instructions handed to the 'seller' by the 'buyer' as being a 'substantial part' of the materials necessary for the production of the goods, an analogization which has been rightly criticized.<sup>399)</sup>

#### 4. Contracts for the Sale of Labor and Services

The applicability of the Vienna Sales Convention extends not only to contracts for the sale of made-to-order goods. Article 3(2) CISG<sup>400)</sup> extends it also to contracts where the 'seller' is also obliged to supply services or labor.<sup>401)</sup> This provision, which is innovative in respect to the *Ulis*,<sup>402)</sup> was introduced in order to solve the problems arisen under the 1964 Hague Conventions concerning their applicability to contracts for the supply and installation of goods,<sup>403)</sup> such as turn-key contracts<sup>404)</sup> and *Lie-*

sufficient to take the transaction out of the Convention that the material supplied is an essential part.'

<sup>392)</sup> Carbone & Lopez de Gonzalo, *supra* note 385, at 8.

<sup>393)</sup> See also MAGNUS, *supra* note 156, at 70.

<sup>394)</sup> See HONNOLD, *supra* note 25, at 106, stating that '[i]t seems that a tribunal might well conclude that 15% is 'substantial' [...].'

For a criticism of this view, see also ENDERLEIN & MASKOW, *supra* note 58, at 36, stating that '[s]ubstantial is not preponderant as in Article 2, it may even be less than one half. We doubt, however, that 15 per cent will be sufficient, as believes Honnold.' See also ENDERLEIN ET AL., *supra* note 48, at 48; FERRARI, *supra* note 159, at 82.

<sup>395)</sup> See, e.g., BGH, February 15, 1995, published in *WERTPAPIER-MITTEILUNGEN* 1103 ff. (1995); Arbitral Tribunal ICC, No 7660, reported in *UNILEX*; OLG Frankfurt, September 17, 1991, published in *RECHT DER INTERNATIONALEN WIRTSCHAFT* 950 ff. (1991).

<sup>396)</sup> See WITZ, *supra* note 68, at 34-35.

<sup>397)</sup> It has been stated (MAGNUS, *supra* note 68, at 70) that the materials provided by the buyer must be necessary for the manufacture or production of the goods, i.e., it is not sufficient that they serve a different purpose, as packaging material does, for instance.

<sup>398)</sup> For a summary of this case in the light of the issues discussed in the text, i.e., the lacking definition of substantial part, see also Del Duca & Del Duca, *supra* note 68, at 352 f.

<sup>399)</sup> See WITZ, *supra* note 68, at 34-35.

<sup>400)</sup> See Article 3(2) CISG: '(2) This Convention does not apply to contracts in which the preponderant part of the obligations of the party who furnished the goods consists in the supply of labor or services.'

<sup>401)</sup> For a very detailed comparative study of the categories of contracts for the supply of labor and/or services as opposed to contracts for the supply of goods, see Werner Lorenz, *Contracts for the Work on Goods and Building Contracts*, in 8/8 *INTERNATIONAL ENCYCLOPEDIA OF COMPARATIVE LAW* 1 ff. (1980).

<sup>402)</sup> For this affirmation, see also FERRARI, *supra* note 159, at 82; MAGNUS, *supra* note 156, at 67; Richards, Note, *supra* note 147, at 233.

<sup>403)</sup> For this justification of the introduction of Article 3(2) CISG, see, e.g., SCHLECHTRIEM, *supra* note 92, at 31, stating that Article 3(2) '[...] attempts to regulate a question that proved to be difficult

*serverträge mit Montageverpflichtung* known in German law.<sup>405) 406)</sup>

The criterion to be employed in deciding whether the CISG is applicable to contracts for the supply of goods and labor or services is the 'preponderance' of the obligations regarding the supply of services or labor.<sup>407)</sup> This criterion seems to generate less difficulties than the 'substantial part' criterion laid down in Article 3(1) CISG.<sup>408)</sup> Indeed, it seems merely to refer to the comparison between the economic value of the obligations regarding the supply of labor and services and the economic value of the obligations regarding the delivery of the goods.<sup>409)</sup> 'The sale price of the goods to be delivered must [in other words] be compared with the fee for labor and services, as if two separate contracts have been made,'<sup>410)</sup> a principle which has already found support in case law.<sup>411)</sup> Thus, where the economic value of the obligation regarding the

in *Ulis*, namely whether a contract for the both the delivery and the installation of goods is covered by the Uniform Law for International Sales.'

<sup>404)</sup> That Article 3(2) has been introduced in order to solve the problems concerning the extension of the CISG's applicability to turn-key-contracts can be deduced from the statements to be found in 7 UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW YEARBOOK 98 (1976).

For a reference to the CISG's applicability to turn-key-contracts, see also FERRARI, *supra* note 159, at 83-84 (excluding that turn-key-contracts fall within the scope of the CISG).

<sup>405)</sup> For a detailed discussion on whether the *Lieferverträge mit Montageverpflichtung* were governed by the *Ulis*, see Ulrich Huber, *Diskussionsbeitrag*, in *Einheitliches Kaufrecht und Nationales Obligationenrecht*, *supra* note 16, 107, 107-108; MEMMO, *supra* note 6, at 191.

<sup>406)</sup> For a detailed discussion of the *Lieferverträge mit Montageverpflichtung* in German law, see MARIA DROSTE, *Der Liefervertrag mit Montageverpflichtung* (Heidelberg, 1991), where the author (at 157 ff.) also discusses the issue of the CISG's applicability to these kind of contracts.

<sup>407)</sup> Note, that [w]hen the terms 'labor' or 'services' are used to characterize non-sales obligations, then this is obviously done to express that human labor as such is owed, irrespective of whether it has a form giving effect or not. If it is only the result of labor which is owed, like in many contracts on the preparation of scientific or technological results (project contracts), then there exists a sales contract in the sense of the CISG in any case.' ENDERLEIN & MASKOW, *supra* note 58, at 38.

<sup>408)</sup> However, according to SCHLECHTRIEM, *supra* note 92, at 31, the criterion of 'preponderance' as well '[...] is likely to prove difficult to interpret and to apply. Therefore, the parties should attempt to reach clear agreement in their contract.'

<sup>409)</sup> For a similar affirmation, see FERRARI, *supra* note 159, at 83; GARRO & ZUPPI, *supra* note 389, at 74-76; HERBER & CZERWENKA, *supra* note 43, at 29; KAROLLUS, *supra* note 59, at 24; MAGNUS, *supra* note 156, at 70-71; SCHLECHTRIEM, *supra* note 187, at 17.

Note, however, that some authors have argued that the 'preponderance' must be evaluated having regard to other criteria as well; see, e.g., Richards, Note, *supra* note 147, at 240, stating that in order to determine the 'preponderance' of the obligations consisting in the supply of services and labor or those consisting in the supply of goods '[a] two-part test involving a quantitative judgement of the predominant part of the agreement and a subjective judgement of the intent of the parties and the purpose of the agreement should be used.'

Based upon the fact that a United Kingdom's proposal to use a 'major in value' criterion in order to distinguish sales contracts from the contracts for the supply of labor and services was rejected (for this proposal, see OFFICIAL RECORDS OF THE UNITED NATIONS CONFERENCE, *supra* note 27, at 84), REINHART, *supra* note 139, at 21, states that 'a quantitative criterion is not sufficient to determine the preponderance of either the obligations regarding the supply of goods or those consisting in the supply of labor or services.'

<sup>410)</sup> SCHLECHTRIEM, *supra* note 92, at 31.

<sup>411)</sup> See, e.g., Arbitral Tribunal ICC, No 7153, published in English in 14 JOURNAL OF LAW AND COMMERCE 217 ff. (1995), which concerned a contract concluded in 1989 by an Austrian Seller and a Yugoslavian Buyer for the furnishing and assembling of materials to be used in the construction of a hotel in Czechoslovakia (for a summary of the facts, see also Callaghan, *supra* note 3, at 196). However, the arbitral tribunal dealt with the issue of whether the contract was one of sale by merely stating that 'given that the text of the contract is unequivocal in this respect, and that no contrary provision emerges from the plaintiff's mail, the court of arbitration assumed that the type of contract in question here was a sales contract, such that the Convention applies.' *Per se*, this statement does not support the rule mentioned in the text. However, it has been stated that the tribunal's aforementioned conclusion 'was [...] supported by a bill addressed to the defendant which

supply of labor or services is 'preponderant', i.e., where it is more than 50 per cent'<sup>412)</sup> – this is usually the case in the turn-key contracts<sup>413)</sup> and *Lieferverträge mit Montageverbindung*<sup>414)</sup> – the CISG is inapplicable.<sup>415)</sup>

An issue closely related to the one just examined is whether a contract for the supply of both goods and services or labor is entirely governed by (or excluded from) the CISG or whether the CISG always governs at least the part concerning the supply of goods.<sup>416)</sup> Even though both legal scholars<sup>417)</sup> and the OFFICIAL RECORDS OF THE UNITED NATIONS CONFERENCE<sup>418)</sup> assert that this question should be answered by resorting to the relevant rules of domestic law, the better view seems to be to the contrary, i.e., the question of severability should be answered by resorting to the principles of the CISG.<sup>419)</sup> Otherwise, the mandate (set forth in Article 7(1) of the CISG) to promote uniformity in the Convention's application would not be sufficiently honored.<sup>420)</sup> However, since the Vienna Sales Convention as well as most domestic laws resort to party autonomy as the principal criterion in order to solve the problem *de quo*,<sup>421)</sup> the

made apparent that the price to be paid for the assembly of the materials was of a completely secondary order of magnitude compared to that of the purchase of the materials. The arbitrator thus correctly examined the economic value of the benefits furnished in order to conclude that the contract at issue came within the purview of the Vienna Convention.' Dominique Hascher, *Commentary on International Court of Arbitration, Matter No. 7153 IN 1992*, 14 JOURNAL OF LAW AND COMMERCE 220, 222-223 (1995).

<sup>412)</sup> There is no doubt among legal scholars that a 'preponderant' part is more than a 'substantial part' and that the former has to mean more than 50%. For similar statements, see, e.g., ENDERLEIN & MASKOW, *supra* note 58, at 37 (stating that '[...] the 'preponderant' part is bigger than a substantial part and has to mean more than half'); HONNOLD, *supra* note 25, at 106 (stating that '[...] a 'substantial' part would be less than preponderant'); SCHLECHTRIEM, *supra* note 92, at 32 (stating that '[p]reponderant in this sense should be considerably more than 50% of the price').

<sup>413)</sup> Several authors have pointed out that the 'preponderance'-test prevents the United Nations Convention to be applicable to turn-key-contracts; see, e.g., CZERWENKA, *supra* note 194, at 145; HERBER, *supra* note 391, at 70; Richards, Note, *supra* note 147, at 243.

According to some authors, however, turn-key-contracts are not *per se* excluded from the sphere of application of the Convention (see, e.g., MAGNUS, *supra* note 156, at 72), but only where the 'preponderance'-test leads, *in concreto*, to their exclusion; see, for instance, Peter Schlechtriem, *Einheitliches UN-Kaufrecht. Das Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 11. April 1980 über Verträge über den internationalen Warenkauf (CISG)*, JURISTENZEITUNG 1037, 1039.

<sup>414)</sup> See HERBER & CZERWENKA, *supra* note 43, at 28-29.

<sup>415)</sup> See Richards, Note, *supra* note 147, at 234.

<sup>416)</sup> For a discussion of this issue, see, among others, HONNOLD *supra* note 25, at 108; MAGNUS, *supra* note 156, at 68-69.

<sup>417)</sup> See, e.g., SCHLECHTRIEM, *supra* note 92, at 32, stating that in the contracts for the supply of goods and labor or services it is difficult '[...] to decide whether there are, in fact, two separate contracts, and, for example, whether the delivery is subject to the Uniform Law for International Sales while the installation contract is governed by domestic law. Domestic law should decide whether these two contracts can be distinguished.' (footnotes omitted, emphasis added)

This solution has also been advanced by Lacasse, *supra* note 389, at 31; Samson, *supra* note 323, at 928-929.

<sup>418)</sup> See OFFICIAL RECORDS OF THE UNITED NATIONS CONFERENCE, *supra* note 27, at 16-17, stating that '[...] the question whether the seller's obligations relating to the sale of goods and those relating to the supply of labor or services can be considered as two separate contracts (under what is sometimes called the doctrine of 'severability' of contracts), will be resolved in accordance with the applicable national law.'

<sup>419)</sup> See, for instance, CZERWENKA, *supra* note 194, at 146 note 696; HERBER & CZERWENKA, *supra* note 43, at 29.

<sup>420)</sup> For this view, see also ENDERLEIN & MASKOW, *supra* note 48, at 38.

<sup>421)</sup> See also MAGNUS, *supra* note 156, at 68.

differing views will hardly lead to different results,<sup>422)</sup> at least from a practical point of view.<sup>423)</sup>

## 5. The International Sale of 'Goods'

The Vienna Sales Convention governs only international sales contracts (or other international contracts which the CISG considers sales contracts)<sup>424)</sup> concerning moveable goods<sup>425)</sup>. As far as the concept of 'moveable goods' under the CISG is concerned, it essentially corresponds to the one of the Uls and the Ulf,<sup>426)</sup> even though the expressions used by the different laws partially differ from each other.<sup>427)</sup> Indeed, while all the English texts use the expression 'goods', the official French version of the CISG uses the expression 'marchandises' as opposed to the expression 'objets mobiliers corporels' employed by the 1964 Hague Conventions.<sup>428)</sup> However, this innovation is considered to be merely a terminological innovation, not a substantial one.<sup>429)</sup> Therefore, only corporeal moveable goods are considered goods under the CISG,<sup>430)</sup> as recently confirmed by a German court decision.<sup>431)</sup> Consequently, the sale of im-

<sup>422)</sup> For this statement, see also Herber, *supra* note 391, at 70; Piltz, *supra* note 21, at 27; Peter Schlechtriem, *Anwendungsvoraussetzungen und Anwendungsbereich des UN-Übereinkommens über den internationalen Warenkauf (CISG)*, AKTUELLE JURISTISCHE PRAXIS 339, 347.

<sup>423)</sup> See FERRARI, *supra* note 159, at 86.

<sup>424)</sup> See *supra* the text accompanying notes 339-423.

<sup>425)</sup> In order for the CISG to be applicable, it is not necessary that the goods be moveable at the moment the contract is concluded; it is sufficient that they be moveable at the moment their delivery has to take place, as can be derived from Article 30 CISG.

For a similar conclusion, see HERBER & CZERWENKA, *supra* note 43, at 16-17 (stating that 'the goods must be moveable at the time of delivery, not necessarily at the moment the contract is concluded'); MAGNUS, *supra* note 156, at 36; Peter Schlechtriem, *Das Wiener Kaufrechtsübereinkommen von 1980 (Convention on the International Sale of Goods)*, PRAXIS DES INTERNATIONALEN PRIVAT- UND VERFAHRENSRECHTS 277, 278-279 (1990) (stating the same).

<sup>426)</sup> For this conclusion, see FERRARI, *supra* note 159, at 51; for a detailed discussion of the concept *de quo* under the 1964 Hague Conventions, see Herber, *supra* note 166, at 9.

<sup>427)</sup> For this conclusion, see also CZERWENKA, *supra* note 194, at 147; Herber, *supra* note 120, at 50; HEUZE, *supra* note 177, at 6.

<sup>428)</sup> This has already been pointed out by several authors; see, e.g., Frank Diedrich, *Anwendbarkeit des Wiener Kaufrechts auf Softwareüberlassungsverträge*, RECHT DER INTERNATIONALEN WIRTSCHAFT 442, 446 (1993); FERRARI, *supra* note 85, at 930-931; Herber, *supra* note 120, at 50.

<sup>429)</sup> For this conclusion, see also HERBER & CZERWENKA, *supra* note 43, at 16; Philippe Kahn, *La Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises*, REVUE INTERNATIONALE DE DROIT COMPARÉ 951, 956 (1981); MAGNUS, *supra* note 156, at 35.

<sup>430)</sup> See also BERNARDINI, *supra* note 21, at 85 (stating that 'goods' in the sense of the CISG are only 'corporeal moveable goods'); ENDLER ET AL., *supra* note 48, at 42 (stating the same); Endler & Daub, *supra* note 330, at 602 (stating the same); Herber, *supra* note 120, at 50 (stating the same); Hoyer, *supra* note 199, at 38 (stating the same); Hans Hoyer, *Der Anwendungsbereich des UNCITRAL-Einheitskaufrechts*, WIRTSCHAFTSRECHTLICHE BLÄTTER 70, 71 (1988) (stating the same); Samson, *supra* note 323, at 927.

<sup>431)</sup> See OLG Köln, August 26, 1994, published in NEUE JURISTISCHE WOCHENSCHRIFT RECHTSPRECHUNGS-REPORT 245, 246 (1995), expressly stating that 'goods' in the sense of the CISG are only 'corporeal moveable goods'.

movable property,<sup>432)</sup> or of intangible goods,<sup>433)</sup> such as industrial property rights,<sup>434)</sup> is excluded from the sphere of application of the CISG,<sup>435)</sup> and this is why it surprises that a court has decided that the sale of a logo is governed by the CISG.<sup>436)</sup> By virtue of this definition of 'goods', the sale of 'know how', as well, is to be excluded from the sphere of application,<sup>437)</sup> even though it has been argued otherwise.<sup>438)</sup> On the contrary, the sale of software different from custom-made software and standard software that is extensively modified to fit the purposes of the buyer is governed by the CISG,<sup>439)</sup> however, not on the grounds that in several legal systems the sale of software is considered a sale,<sup>440)</sup> but because in this line of cases (not unlike cases where books or discs are to be sold) the result of the intellectual activity is generally incorporated in corporeal goods.<sup>441)</sup> This view was recently confirmed in an

<sup>432)</sup> See HONNOLD, *supra* note 25, at 101, stating that '[m]any provisions of the Convention also make clear that the term 'goods' (French: marchandises; Spanish: mercaderías) refers to moveable tangible assets. A sale of land is excluded. Any possible doubt on this point is foreclosed by numerous provisions that are incompatible with transactions in land - e.g., quality and packaging (Art. 35), replacement or repair of defective parts (Art. 46), shipment and damage during transit (Art. 46), delivery by instalments (Art. 73), preservation and warehousing to prevent loss or deterioration (Art. 85-88).'

The rationale behind the exclusion of the international sale of immovable property from the sphere of application of the CISG is the potential refusal to ratify the CISG by most States which would not have accepted a uniform law derogating their domestic law in a field controlled by public policy considerations. For a similar reasoning, see Memmo, *supra* note 6, at 193-194.

<sup>433)</sup> See Honnold, *supra* note 25, at 100, stating that '[...] 'goods' governed by the Convention must be tangible, corporeal things, and not intangible rights [...].'

For this conclusion, see also Burghard Piltz, *UN-Kaufrecht*, in HANDBUCH DES KAUFVERTRAGSRECHTS IN DEN EG-STAAATEN EINSCHLIEßLICH ÖSTERREICH, SCHWEIZ UND UN-KAUFRECHT 1, 10 (Friedrich Graf von Westphalen ed., Cologne, 1993).

<sup>434)</sup> See also ENDERLEIN & MASKOW, *supra* note 58, at 29, stating that '[t]he goods referred to [in the CISG] are conceived as moveable assets [...]. hence, sales of immovable property and legal assets (e.g. sales of industrial property rights) are not covered by the Convention.'

See also HONNOLD, *supra* note 25, at 101, asserting that '[the] conclusion that 'goods' refers to tangible, corporeal things means that sales of patent rights, copyrights, trademarks [...] are not governed by the Convention.'

<sup>435)</sup> For this conclusion, see also FERRARI, *supra* note 159, at 51; MAGNUS, *supra* note 156, at 37; Burghard Piltz, *Der Anwendungsbereich des UN-Kaufrechts*, ANWALTSBLATT 57, 59 (1991).

<sup>436)</sup> See OLG Koblenz, September 17, 1993, published in RECHT DER INTERNATIONALEN WIRTSCHAFT 934, 936, (1993).

<sup>437)</sup> For this conclusion, see FERRARI, *supra* note 159, at 52; HONNOLD, *supra* note 25, at 101; Peter Schlechtriem, *Einheitliches Kaufrecht. Erfahrungen mit den Haager Kaufgesetzen - Folgerungen für das Wiener UN-Kaufrecht*, RECHT DER WIRTSCHAFT 41, 43 (1989).

<sup>438)</sup> See, e.g., De Nova, *supra* note 343, at 752; Piltz, *supra* note 21, at 30.

<sup>439)</sup> This view is held, for instance, by CZERWENKA, *supra* note 194, at 148; Diedrich, *supra* note 428, at 441-442; Arthur Fakes, *The Application of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods to Computer, Software and Database Transactions*, 3 SOFTWARE LAW JOURNAL 559, 582-584 (1990); FERRARI, *supra* note 159, at 52; HERBER & CZERWENKA, *supra* note 43, at 17; Herrmann, *supra* note 290, at 92; Karollus, *supra* note 226, at 380; MAGNUS, *supra* note 156, at 35; Piltz, *supra* note 21, at 30; Scott L. Primak, *Computer Software: Should the U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods Apply? A Contextual Approach to the Question*, 11 COMPUTER LAW JOURNAL 197, 214 & 217 (1991).

<sup>440)</sup> This is true, for instance, in Germany (see Matthias Brandt-Dohrn, *Die gewährleistungsrechtliche Einordnung des Software-Überlassungsvertrags*, COMPUTER UND RECHT 63, 66 (1986); Nikolaos Tellis, *Gewährleistungsansprüche bei Sachmängeln von Anwendersoftware*, BETRIEBS-BERATER 501, 501 (1990)) and the USA (see, e.g., Horovitz, Note, *Computer Software: Should the Uniform Commercial Code, 65 BOSTON UNIVERSITY LAW REVIEW 129, 138 & 151 (1985); Meza, Note, Is Custom-Designed Software a 'Good' under Article 2 of the Uniform Commercial Code?*, 3 SOFTWARE LAW JOURNAL 543, 550 (1989)).

<sup>441)</sup> For this line of argument, see also Diedrich, *supra* note 428, at 449; Endler & Daub, *supra* note 330, at 603; Ferrari, *supra* note 85, at 931-932; Piltz, *supra* note 21, at 30.

*obiter dictum* of a German court, which expressly stated that the sale of standard software can be considered a sale of goods in the sense of the CISG,<sup>442)</sup> whereas the sale of custom-made software cannot be considered a sale of 'goods' under the CISG.<sup>443)</sup> The same court decision pointed out, however, that although it is intended to be incorporated in a document, a market study does not constitute a 'good' in the sense of the CISG.<sup>444)</sup>

Furthermore, even though the sale of immovable property is excluded from the sphere of application of the CISG,<sup>445)</sup> the sale of mobile building, even where it is intended to be permanently affixed to immovable property, falls within the CISG's field of application.<sup>446)</sup> The same is true for the sale of corporeal goods to be extracted or severed from land.<sup>447)</sup>

Furthermore, a Hungarian tribunal recently stated that a contract for the acquisition of part of an enterprise cannot be considered a sale of goods under the CISG.<sup>448)</sup>

From what has been said thus far, one conclusion can be drawn: a uniform definition of the concept of 'goods' does not yet exist.<sup>449)</sup> However, this should not lead to resorting to domestic definitions in order to solve interpretive problems concerning the concept of 'goods' in the sense of the CISG.<sup>450)</sup> In order to achieve uniformity in the CISG's application, one must, as pointed out earlier, interpret the expressions 'goods', 'marchandises', 'mercaderias' (not unlike all the other expressions used in the CISG) in an autonomous way, that is, not in light of the concept of one's own domestic legal system.

## V. EXCLUSIONS FROM THE CONVENTION'S SPHERE OF APPLICATION BY VIRTUE OF ARTICLE 2

### 1. General Remarks

For the applicability of the United Nations Sales Convention it is not sufficient that all the above mentioned prerequisites set down in Articles 1 and 3 of the CISG exist.<sup>451)</sup> The Convention's sphere of application, as it results from these Articles, is re-

<sup>442)</sup> OLG Köln, August 26, 1994, published in NEUE JURISTISCHE WOCHENSCHRIFT RECHTSPRECHUNGS-REPORT 245, 247 (1995).

<sup>443)</sup> Id.

<sup>444)</sup> Id.

<sup>445)</sup> See, apart from the authors quoted in note 432, FERRARI, *supra* note 159, at 54; KAROLLUS, *supra* note 59, at 380.

<sup>446)</sup> For this conclusion, see, e.g., HONNOLD, *supra* note 25, at 102, stating that '[...] the Convention would apply to an international sale of mobile building even though the buyer might decide to affix it permanently to his land.'

For similar statements, see also MAGNUS, *supra* note 156, at 36; Memmo, *supra* note 6, at 194.

<sup>447)</sup> See Herber, *supra* note 120, at 51; HERBER & CZERWENKA, *supra* note 43, at 17; KAROLLUS, *supra* note 59, at 21; MAGNUS, *supra* note 156, at 36.

<sup>448)</sup> See Arbitral Award of the Hungarian Chamber of Commerce, December 20, 1993, reported in WITZ, *supra* note 68, at 33. For a comment on this award, see Aleksander Vida, *Keine Anwendung des Kaufrechtsübereinkommens bei Übertragung des Geschäftsanteils einer GmbH*, PRAXIS DES INTERNATIONALEN PRIVAT- UND VERFAHRENSRECHTS 52 f. (1995).

For a detailed discussion of the question whether the international sale of an enterprise is governed by the CISG, see, Hanno Merkt, *Internationaler Unternehmenskauf und Einheitskaufrecht*, ZEITSCHRIFT FÜR VERGLEICHENDE RECHTSWISSENSCHAFT 353 ff. (1994).

<sup>449)</sup> For this affirmation, see also Diedrich, *supra* note 428, at 443 & 446.

<sup>450)</sup> This view is also held by Kahn, *supra* note 19, at 692.

But see GARRO & ZUPPI, *supra* note 389, at 78-79, favoring the recourse to domestic definitions to determine what must be considered 'goods' in the sense of the CISG.

<sup>451)</sup> For a similar conclusion, see FERRARI, *supra* note 159, at 56.

stricted by several provisions, among others, by Article 2 of the CISG.<sup>452)</sup>

The importance of Article 2 CISG results from its excluding certain categories of international sales contracts from the CISG's sphere of application.<sup>453)</sup> These exclusions, which are analogous, but not identical to the ones contemplated by the Uliis,<sup>454)</sup> can be divided into three categories<sup>455)</sup> (and not into two, as it has been argued)<sup>456)</sup> depending on the reasons for the exclusions from the CISG's field of application. The exclusions are based either on the purpose of the acquisition of the goods (Article 2(a)), or on the type of sales contract (Article 2(b) and (c)), or on the kind of goods sold (Article 2(d), (e) and (f)).<sup>457)</sup>

Even though there is dispute among legal scholars as to the number of categories of sales contracts excluded from the sphere of application of the CISG, most legal scholars agree upon the importance of the restrictions contained in Article 2.<sup>458)</sup> Indeed, it is commonly understood that the exclusions of Article 2 are further reaching than those contained in the Uliis.<sup>459)</sup> This is evidenced, for example, by the exclusion of auction sales from the sphere of application of the 1980 Uniform Sales Law,<sup>460)</sup> an

<sup>452)</sup> It is commonly understood that Article 2 of the CISG restricts the sphere of application of the 1980 Uniform Sales Law resulting from the Articles 1 and 3. For a similar statement, see, e.g., Boschiero, *supra* note 117, at 276; Sergio M. Carbone & Marco Lopez de Gonzalo, *Art. 2, NUOVE LEGGI CIVILI COMMENTATE* 6, 7 (1989); MAGNUS, *supra* note 156, at 55; SCHLECHTRIEM, *supra* note 92, at 28.

<sup>453)</sup> See Article 2 CISG: 'This Convention does not apply to sales:

(a) of goods bought for personal, family or household use, unless the seller, at any time before or at the conclusion of the contract, neither knew nor ought to have known that the good were bought for any such use;

(b) by auction;

(c) on execution or otherwise by authority of law;

(d) of stocks, shares, investment securities, negotiable instruments or money;

(e) of ships, vessels, hovercraft or aircraft;

(f) of electricity.'

<sup>454)</sup> See Article 5 Uliis: '(1) The present Law shall not apply to sales:

(a) of stocks, shares, investment securities, negotiable instruments or money;

(b) of any ship, vessel or aircraft, which is or will be subject to registration;

(c) of electricity;

(d) by authority of law or on execution or distress.

(2) The present Law shall not affect the application of any mandatory provision of national law for the protection of a party to a contract which contemplates the purchase of goods by that party by payment of the price by instalments.'

<sup>455)</sup> For this tripartite, see ENDERLEIN ET AL., *supra* note 48, at 45; Karollus, *supra* note 226, at 380; Samson, *supra* note 323, at 928.

<sup>456)</sup> For the bipartite, see, e.g., Carbone & Lopez de Gonzalo, *supra* note 452, at 7 (basing the exclusions on the characteristics of the contractual relationship created by the parties and on the nature of the goods sold); HONNOLD, *supra* note 25, at 96 (categorizing the exclusions on the basis of the nature of the transaction and of the nature of the goods).

<sup>457)</sup> For a similar tripartite, see also ENDERLEIN & MASKOW, *supra* note 58, at 32 (stating that '[...] there are three types of restrictions in this article [Article 2]; - those based on the purpose for which the goods were purchased (subpara. (a)), - those based on the type of sales contract (subparas. (b) and (c)), - those based on the kinds of goods sold, (subparas. (d), (e) and (f))'); Warren Khoo, *Art. 2, in COMMENTARY ON THE INTERNATIONAL SALES LAW*, *supra* note 12, 34, 37 (stating the same); OFFICIAL RECORDS OF THE UNITED NATIONS CONFERENCE, *supra* note 27, at 16 (stating the same); Volken, *supra* note 90, at 34 (stating the same).

<sup>458)</sup> Note, however, that MAGNUS, *supra* note 156, at 56, points out that the exclusions contained in Article 2 are not based upon a specific concept. The exclusions appear, above all, to be arbitrary.

<sup>459)</sup> See, for a similar affirmation, Rolf Herber, *Art. 2, in KOMMENTAR ZUM EINHEITLICHEN UNKAUFRECHT*, *supra* note 48, 59, 59.

<sup>460)</sup> Even though auction sales are not subject to the Vienna Sales Convention, this does not mean that sales at commodity exchanges are excluded from the CISG's sphere of application (for this conclusion, see HEUZE, *supra* note 177, at 76). Indeed, the sales at commodity exchanges being [...]



exclusion not contained in the Uliis.<sup>461)</sup> According to the OFFICIAL RECORDS OF THE UNITED NATIONS CONFERENCE, this was due to the draftsmen's intent to avoid a conflict between CISG rules and special rules to which auction sales are often subject under national law.<sup>462)</sup>

## 2. Exclusions of Consumer Contracts: The Definition of Consumer Contracts

In addition to this type of sale, Article 2 of the CISG also excludes the sale of goods bought for personal use from the Sales Convention's sphere of application.<sup>463)</sup> Even though it has been argued that this exclusion has no antecedent in the 1964 Hague Conventions,<sup>464)</sup> its rationale inspired the Article 5(2) Uliis exclusion,<sup>465)</sup> although the latter has a more restrictive scope of application.<sup>466)</sup> This exclusion,<sup>467)</sup> which, despite the proclaimed irrelevance of the civil or commer-

rather rapidfire communication of offers and acceptances' (HONNOLD, *supra* note 25, at 98 note 3), they cannot be considered auction sales. For a similar argument, see Mark Kantor, *The Convention on Contracts for the International Sales of Goods: An International Sales Law*, INT'L L. PRACTICUM 10 (NYS Bar Association Autumn 1988) (stating that '[...] sale on commodity exchanges are not sales by 'auction' but rather extremely quick communications of offers and acceptance. Therefore, so long as a commodities trading contract is between companies with places of business in different Contracting States and the transactions is not otherwise excluded from coverage under the Convention, the Convention is applicable to international sale of goods consummated on such [...] exchanges [...]').

For a similar conclusion, see AUDIT, *supra* note 38, at 29; FERRARI, *supra* note 159, at 57 note 7 (stating that the CISG can be applicable to commodity exchange transactions).

<sup>461)</sup> It has often been stated that the exclusion of auction sales constitutes one of the innovative characteristics of the Vienna Sales Convention; see, e.g., Khoo, *supra* note 457, at 36 (stating that '[p]aragraph (b) excepting 'auction[s]' has no precedent in Uliis. It was introduced by the Working Group in 1970 [...]. There is a similar provision in the 1974 Limitation Convention'). See also Carbone & Lopez de Gonzalo, *supra* note 452, at 7 (stating the same); MAGNUS, *supra* note 156, at 55.

<sup>462)</sup> See OFFICIAL RECORDS OF THE UNITED NATIONS CONFERENCE, *supra* note 27, at 16 (stating that '[s]ubparagraph (b) of this article [Article 2] excludes sale by auction from the scope of the Convention. Sales by auction are often subject to special rules under the applicable national law and it was considered desirable that they remain subject to those rules even though the successful bidder was from a different State.'

Note, however, that some authors have justified the exclusion *de quo* differently; see, e.g., ENDERLEIN & MASKOW, *supra* note 58, at 34-35 (stating that the exclusion of sales by auction is due rather to the intent to avoid a conflict between CISG rules and party autonomy: '[...] the rules for auctions are mostly created by the very institutions which hold such auctions; and the participants in the auction are obliged to accept those conditions'). For a similar justification of the Article 2(b) exclusion, see Reczei, *supra* note 353, at 70.

<sup>463)</sup> See MAGNUS, *supra* note 156, at 56-61.

<sup>464)</sup> For a similar statement, see, e.g., Carbone & Lopez de Gonzalo, *supra* note 452, at 7 (stating that the Article 2(a) exclusion '[...] has no antecedent in the 1964 Hague Conventions'); Boschiero, *supra* note 117, at 276 (stating the same); CZERWENKA, *supra* note 194, at 148; REINHART, *supra* note 139, at 18 (stating the same).

<sup>465)</sup> For a similar affirmation, see Memmo, *supra* note 6, at 196, stating that '[...] the consideration of this question has already emerged during the drafting of the uniform laws of the Hague of 1964 and has been incorporated in Article 5(2) of the Uliis.

See also SCHLECHTRIEM, *supra* note 92, at 28, stating that '[...] this exclusion intends to ensure that domestic consumer-protection laws are not affected by the Uniform Law for International Sales; Article 2(a) thereby fulfills the same function as article 5(2) of ULIS.'

<sup>466)</sup> For this conclusion, see HERBER & CZERWENKA, *supra* note 43, at 23, stating that the scope of the exclusion of Article 5(2) of the Uliis is more restricted than the one contained in Article 2(a) of the CISG.

<sup>467)</sup> The importance of this exclusion has already been stressed by the commentators of the 1978 Draft of the CISG; see, e.g., Ibrahim Fadlallah, *Le projet de convention sur le vente de marchandises,*

cial nature of the contract<sup>468)</sup> leads *de facto* to a limitation of the CISG's sphere of application to commercial contracts,<sup>469)</sup> has been justified, on the one hand, on the ground that the CISG should not be applicable to contracts having only local relevance,<sup>470)</sup> and on the other hand, on the ground that there are only a few cases where the consumer contract is international.<sup>471)</sup> However, a more convincing justification for the exclusion of sales of goods bought for personal use, *i.e.*, for the exclusion of consumer contracts,<sup>472)</sup> seems to be the intent of the draftsmen to avoid a conflict between CISG rules and domestic laws aimed at consumer protection.<sup>473)</sup> Having recognized that the Article 2(a) exclusion '[...] intends to ensure that the domestic consumer-protection laws are not affected by the Uniform Law for International Sales<sup>474)</sup>, one must now focus on the prerequisites an international sales con-

JOURNAL DU DROIT INTERNATIONAL 755, 764 (1979); John O. Honnold, *The Draft Convention on Contracts for the International Sales of Goods: An Overview*, 27 AMERICAN JOURNAL OF COMPARATIVE LAW 223, 227 (1979); Ulrich Magnus, *Reform des Haager Einheitskaufrecht*, ZEITSCHRIFT FÜR RECHTSPOLITIK, 116, 131 (1978).

<sup>468)</sup> See Article 1(3) CISG quoted *supra* in note 328.

<sup>469)</sup> For this conclusion, see FERRARI, *supra* note 159, at 59; GARRO & ZUPPI, *supra* note 389, at 80; Herber, *supra* note 459, at 61; REINHART, *supra* note 139, at 18; Wang, *supra* note 131, at 186.

<sup>470)</sup> For this argument, see Herber, *supra* note 459, at 60; MAGNUS, *supra* note 156, at 56; 2 UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW YEARBOOK 56 (1971).

For a criticism of this justification, see Reczei, *supra* note 353, at 70.

<sup>471)</sup> For this argument, see, e.g., OFFICIAL RECORDS OF THE UNITED NATIONS CONFERENCE, *supra* note 27, at 16 (stating that 'most consumer sales are domestic transactions and it was felt that the Convention should not apply to the relatively few cases where consumer sales were international'); Bernardini, *supra* note 21, at 87 (stating the same); Michael J. Bonell, *La revisione del diritto uniforme della vendita internazionale*, GIURISPRUDENZA COMMERCIALE 1 116, 123 (1980) (stating the same); Note, *United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: Creating Uniformity on International Sales Law*, 12 FORDHAM INTERNATIONAL LAW JOURNAL 727, 746 (1989) (stating the same); SCHLECHTRIEM, *supra* note 187, at 13 (stating the same).

<sup>472)</sup> It has often been pointed out that the exclusion from the sphere of application of the CISG of the sale of goods bought for the purposes mentioned in Article 2(a) corresponds to the exclusion of consumer sales; for a similar affirmation, see, e.g., Bernardini, *supra* note 21, at 87; De Nova, *supra* note 343, at 749; FERRARI, *supra* note 159, at 60; GARRO & ZUPPI, *supra* note 389, at 81-82. This is also evidenced by the fact that the first Draft Conventions (for the history of Article 2(a), see, e.g., CZERWENKA, *supra* note 194, at 148 f.; Khoo, *supra* note 457, at 34-36) contained a definition of 'consumer sale' (for such a definition, see, e.g., 2 UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW YEARBOOK 55 (1971), defining the consumer sales as a sale '[...] of a kind and in quantity ordinarily bought by an individual for personal, family or household use') which in the early 1970's has been abandoned (for this decision, see 6 UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW YEARBOOK 51 (1975)) in favor of the expression 'sale of goods bought for personal, family or household use'. For a similar affirmation, see also FERRARI, *supra* note 159, at 60; see also MAGNUS, *supra* note 159, at 55.

<sup>473)</sup> For a similar justification of the Article 2(a) exclusion, see, e.g., Honnold, *supra* note 25, at 96-97 (stating that '[i]n UNICTRAL attention was drawn to the development of national legislation and case law designed to protect consumers; it was agreed that the Convention should not supersede these rules'); Note, *supra* note 471, at 746 (stating that '[...] the drafters wanted to ensure that domestic consumer-protection laws were not minimized by the Sale of Goods Convention'); OFFICIAL RECORD OF THE UNITED NATIONS CONFERENCE, *supra* note 27, at 16 (arguing that '[a] rationale for excluding consumer sales from the scope of this Convention is that in a number of countries such transactions are subject to various types of national laws that are designed to protect consumers. In order to avoid any risk of impairing the effectiveness of such national laws, it was considered advisable that consumer sales should be excluded'). See also MAGNUS, *supra* note 156, at 56.

<sup>474)</sup> SCHLECHTRIEM, *supra* note 92, at 28, where the author also points out that there are still some overlapping areas in which the rules of the 1980 Uniform Sales Law as well as domestic rules will apply: 'The exception to the exclusion of Article 2(a) - where the seller cannot recognize the character of the purchase - can lead to overlapping when domestic consumer protection law does not use such a criterion. Above all, domestic consumer protection laws sometimes intervene when the goods purchased are intended for occupational or even commercial use.'

tract must meet in order to be excluded by virtue of Article 2(a) from the CISG's sphere of application. The criterion by which sales contracts are excluded *ex* Article 2(a) from the Convention's sphere of application is represented by the purpose for which the goods are bought:<sup>475)</sup> the goods must be bought for a non commercial purpose,<sup>476)</sup> *i.e.*, for 'personal' use.<sup>477)</sup> However, this does not necessarily mean that the contract must be concluded for either commercial or industrial purposes<sup>478)</sup> in order to be governed by the Vienna Sales Convention. Indeed, the CISG also applies where the goods are bought for professional use;<sup>479)</sup> consequently, where a professional photographer buys a camera to use it in his business, the application of the Uniform Sales Law is not excluded.<sup>480)</sup> The same is true where a lawyer buys an office machine in order to use it in his law firm.<sup>481)</sup>

In order to determine whether a sales contract falls within the Article 2(a) exclusion, only the purpose at the time of purchase is relevant,<sup>482)</sup> that is, it is irrelevant that the real use the buyer makes of the good is different than the intended one.<sup>483)</sup> Consequently, the Sales Convention will not apply where the goods are bought for an intended personal use,<sup>484)</sup> even though the buyer later changes his mind and uses them for commercial purposes.<sup>485)</sup> For the determination of the applicability of the Article 2(a) exclusion it is also relevant to determine whether the intended personal use is an

<sup>475)</sup> For this conclusion, see FERRARI, *supra* note 159, at 61; MAGNUS, *supra* note 156, at 56.

<sup>476)</sup> It is commonly understood that the criterion by which sales contracts are excluded *ex* Article 2(a) is represented by the *non commercial purpose* of the sale of goods; for a similar statement, see, *e.g.*, ENDERLEIN & MASKOW, *supra* note 58, at 33 (stating that '[t]hose contracts are mostly excluded from the Convention's scope of application which in many countries are regarded as civil law contracts (in contrast to trade law contracts). That criterion, however, is not applied with regard to the character of the parties to a contract, which would have to be defined, but rather, to the purpose of the goods'); MEMMO, *supra* note 6, at 194 (stating the same).

<sup>477)</sup> Various legal scholars have stressed the fact that the commercial nature of the goods is irrelevant; what matters is the commercial purpose of the sale contract; for similar affirmation, see, *e.g.*, CARBONE & LOPEZ DE GONZALO, *supra* note 452, at 7 (stating the same); HONNOLD, *supra* note 25, at 97 (stating that '[t]he character of the goods is not decisive'); KRITZER, *supra* note 56, at 71 (stating that the Article 2(a) exclusion '[...] is an exclusion of consumer sales; it is not an exclusion of consumer goods'); MAGNUS, *supra* note 156, at 56 (making a similar statement).

<sup>478)</sup> For a similar conclusion, see HERBER & CZERWENKA, *supra* note 43, at 380.

<sup>479)</sup> For this conclusion, see also HERBER, *supra* note 459, at 61; KAROLLUS, *supra* note 226, at 380; MAGNUS, *supra* note 156, at 57; PILTZ, *supra* note 21, at 34; SCHLECHTRIEM, *supra* note 425, at 278.

<sup>480)</sup> For this example, see also GARRO & ZUPPI, *supra* note 389, at 81; HONNOLD, *supra* note 25, at 97; MAGNUS, *supra* note 156, at 57.

For this and other examples, see OFFICIAL RECORDS OF THE UNITED NATIONS CONFERENCE, *supra* note 27, at 16 (stating that '[...] the following situations are within the Convention: the purchase of a camera by a professional photographer for use in his business; the purchase of soap or other toiletries by a business for the personal use of the employees; the purchase of a single automobile by a dealer for resale').

<sup>481)</sup> For this example, see SCHLECHTRIEM, *supra* note 92, at 28.

<sup>482)</sup> For a similar statement, see, *e.g.*, HONNOLD, *supra* note 25, at 97 (stating that '[t]he phrase 'goods bought for personal, family or household use' refers to the purpose of the buyer at the time of the purchase'); AUDIT, *supra* note 38, at 28; CARBONE & LOPEZ DE GONZALO, *supra* note 452, at 7 (stating the same); HERBER & CZERWENKA, *supra* note 43, at 24 (stating the same); KAROLLUS, *supra* note 59, at 25-26.

<sup>483)</sup> For a similar conclusion, see also ENDERLEIN & MASKOW, *supra* note 58, at 33 (stating that '[...] late changes in purpose are irrelevant'); FERRARI, *supra* note 159, at 63 (stating the same); MAGNUS, *supra* note 156, at 56-57 (stating that it does not impact on the Article 2(a) exclusion, whether the buyer *de facto* uses the goods for purposes different than the intended one).

<sup>484)</sup> For this statement, see also MAGNUS, *supra* note 156, at 56-57.

<sup>485)</sup> Conversely, the CISG will apply, even where the buyer uses the goods for non commercial purposes, if, at the time of the conclusion of the contract, he intended to make a commercial use of them.

exclusive one or not;<sup>486)</sup> where the goods are bought exclusively for personal use, the CISG is not applicable,<sup>487)</sup> while, conversely, it is applicable where the purpose is not an exclusively personal one,<sup>488)</sup> even though the personal use might be the primary purpose of the purchase.<sup>489)</sup>

### 3. The Recognizable Purpose of the Purchase of Goods and the Burden of Proof

The problem of determining whether a specific sale falls within the Article 2(a) exclusion (and therefore is not governed by the Vienna Sales Convention) is accentuated by Article 2(a) requiring for the inapplicability of the Convention that the (non commercial) purpose of the purchase be known<sup>490)</sup> (or could have been known)<sup>491)</sup> to the seller at the time of the conclusion of the contract.<sup>492)</sup> Consequently, it is irrelevant whether the seller knows of the non commercial purpose of the purchase after the conclusion of the contract.<sup>493)</sup> The rationale for this exclusion is the need for certainty of law: the seller has to know whether the Uniform Sales Law or his domestic sales law is applicable.<sup>494)</sup>

One of the interesting problems concerning this 'prerequisite' relates to its burden of proof.<sup>495)</sup> Indeed, there has been (and still is) dispute among legal scholars as to its allocation. Some authors assert that the Convention does not deal with any procedural questions<sup>496)</sup> and, consequently, that this question should be left to domestic

<sup>486)</sup> For a short discussion of this question, see FERRARI, *supra* note 159, at 63-64.

<sup>487)</sup> For this solution, see also CZERWENKA, *supra* note 194, at 151-152; HERBER & CZERWENKA, *supra* note 43, at 24; KAROLLUS, *supra* note 59, at 26.

<sup>488)</sup> For this solution, see also MAGNUS, *supra* note 156, at 58.

<sup>489)</sup> For this solution, see, *e.g.*, FERRARI, *supra* note 159, at 64; HERBER, *supra* note 459, at 61.

<sup>490)</sup> This might be the case where the seller expressly states that the intended use is a personal one. Consequently, the seller can, by simply stating so, unilaterally exclude the CISG; for this conclusion, see also LOEWE, *supra* note 346, at 27; MAGNUS, *supra* note 156, at 58.

<sup>491)</sup> As far as this criterion is concerned, it has been said that the CISG is excluded solely where the personal use to be made of the goods was unknown to the seller because of his gross negligence (for this view, see, *e.g.*, HERBER & CZERWENKA, *supra* note 43, at 24-25). The preferable view is, however, that any kind of negligence is relevant in order to make the Article 2(a) applicable. See, for this view, SCHLECHTRIEM, *supra* note 187, at 13.

<sup>492)</sup> For this conclusion, see also ENDERLEIN ET AL., *supra* note 48, at 34; KHOO, *supra* note 457, at 37; MAGNUS, *supra* note 156, at 58; MEMMO, *supra* note 6, at 197.

<sup>493)</sup> For a similar statement, see, *e.g.*, ENDERLEIN & MASKOW, *supra* note 48, at 34 (stating that '[i]n regard to whether the seller 'knew' or 'ought to have known', what matters again is the time of the conclusion of the contract [...]. It is not sufficient to gain this knowledge only when, for instance, the machine is being installed'); HERBER & CZERWENKA, *supra* note 43, at 25 (stating that the seller has to have knowledge (or the possibility of knowing) of the personal use the buyer wants to make of the goods sold at the moment the contract is concluded). See also OFFICIAL RECORDS OF THE UNITED NATIONS CONFERENCE, *supra* note 27, at 16.

<sup>494)</sup> For this rationale, see also OFFICIAL RECORDS OF THE UNITED NATIONS CONFERENCE, *supra* note 27, at 16, stating that '[t]he seller might have no reason to know that the goods were purchased for [personal] use [...]. This information must be available to the seller at least by the time of the conclusion of the contract so that he can know whether his rights and obligations in respect to the sale are those under this Convention or those under the applicable national law.' For a similar statement, see KHOO, *supra* note 457, at 36.

<sup>495)</sup> For a more detailed discussion of this problem, see FERRARI, *supra* note 159, at 64-65.

<sup>496)</sup> For a discussion of the issue of the burden of proof under the CISG, see, most recently, CLEMENS ANTWEILER, BEWEISLASTVERTEILUNG IM UN-KAUFRECHT (Frankfurt/Berlin/Bern/New York/Paris/Vienna, 1995).

procedural law.<sup>497)</sup> The better view seems to be to the contrary,<sup>498)</sup> that is, the allocation of the burden of proof is governed by the Uniform Sales Law, at least in some cases.<sup>499)</sup>

In respect of the issue *de quo*, the burden of proof is not always placed on the seller, as has been suggested.<sup>500)</sup> Since the buyer, as well, might be interested in the CISG's application,<sup>501)</sup> the best solution is to adopt a more flexible rule, according to which the burden of proving the seller's impossibility of knowing (or being able to know) the buyer's purpose is placed on the party claiming the applicability of the Vienna Sales Convention.<sup>502)</sup>

In addition to the question of the burden of proof, a lot of authors have also dealt with the issue as to the criteria to be used in deciding whether the 'personal use' purpose is recognizable.<sup>503)</sup> In this regard, various indicia have been identified from which to infer the non commercial purpose of a sales contract<sup>504)</sup> and, therefore, the inapplicability of the Sales Convention.<sup>505)</sup> It has been stated,<sup>506)</sup> for example, that the goods' destination to a non commercial use can be inferred from their being generally destined to personal use,<sup>507)</sup> as in the case of the purchase of clothing<sup>508)</sup> or food<sup>509)</sup>. On the other hand, the purchase of several pieces of the same type of goods, even where they are generally destined for personal use, might lead to the opposite

<sup>497)</sup> This view is taken, for instance, by Khoo, *supra* note 457, at 39, according to whom the same view was favored by the delegates during the Vienna Conference: '[d]elegations speaking on the burden of proof were all quite definite that it was not the intention to deal in the Convention with any questions concerning the burden of proof. The consensus was that such questions must be left to the court as matters of procedural law.'

For the statements of several delegates at the Vienna Conference, see OFFICIAL RECORDS OF THE UNITED NATIONS CONFERENCE, *supra* note 27, at 238-239 & 295-298.

<sup>498)</sup> See, e.g., CZERWENKA, *supra* note 194, at 150; KAROLLUS, *supra* note 59, at 26.

<sup>499)</sup> This view is generally based upon the 'unless' clause provided for in Article 2(a). For a similar statement, see, e.g., 6 UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW YEARBOOK 51 (1975); OFFICIAL RECORDS OF THE UNITED NATIONS CONFERENCE, *supra* note 27, at 238-239.

For a criticism to this view, see Khoo, *supra* note 457, at 39, stating that '[...] this supposed effect of the word 'unless' is not universally accepted, as demonstrated by the discussion on the article defining 'fundamental breach' at the Vienna Conference (now Article 25), an article also containing an 'unless' clause.'

<sup>500)</sup> See, for this suggestion, HONNOLD, *supra* note 25, at 97-98, stating that '[t]he structure of Article 2(a) and practical considerations applicable to the allocation of the burden of proof suggest that the buyer has the burden of proving that he bought the goods for personal, family or household use; the seller would have the burden of proving that it did not know (and had no means to know) the buyer's purpose.' For the same view, see AUDIT, *supra* note 38, at 28-29; Carbone & Lopez de Gonzalo, *supra* note 452, at 7; Karollus, *supra* note 226, at 380.

<sup>501)</sup> For this statement, see also Herber, *supra* note 459, at 62.

<sup>502)</sup> For this solution, see SCHLECHTRIEM, *supra* note 92, at 28, stating that '[t]he exception for sellers who 'neither knew nor ought to have known' that the goods were for private use is deliberately formulated in the negative in order to place the burden of proof firmly on those who claim the exception to the consumer-contracts exclusion and assert that the Convention should apply.' (footnote omitted). See also FERRARI, *supra* note 159, at 65.

<sup>503)</sup> For this issue, see Herber, *supra* note 459, at 61-62; Memmo, *supra* note 6, at 198.

<sup>504)</sup> Note, that where the contract is concluded by an agent, the non commercial purpose of the purchase must be recognizable to the agent in order to lead to the inapplicability of the Convention.

<sup>505)</sup> For a discussion of this problem, see FERRARI, *supra* note 159, at 66.

<sup>506)</sup> See, for instance, MAGNUS, *supra* note 156, at 59.

<sup>507)</sup> See, e.g., Huber, *supra* note 270, at 421, stating that the non commercial purpose of the purchase can be deduced from the goods being typically destined to personal use.

<sup>508)</sup> For this example, see Herber, *supra* note 459, at 61-62.

<sup>509)</sup> See MAGNUS, *supra* note 156, at 59.

presumption,<sup>510)</sup> that is, that they are bought for a somewhat other than personal use.<sup>511)</sup>

There are other indicia that do not relate to the nature of the goods, but to the 'buyer'.<sup>512)</sup> Where, for instance, the buyer concludes a contract acting as an agent for an enterprise or providing an enterprise's address, then the intent to eventually use the goods for non commercial purposes does not seem to be recognizable.<sup>513)</sup> The same is true where the buyer concludes a sales contract using an enterprise's letterhead, or where he uses an enterprise's office during the bargaining process.<sup>514)</sup>

However, Article 2(a) CISG provides that the international sale of goods must not necessarily occur for personal use<sup>515)</sup> in order to be excluded from the CISG's scope of application.<sup>516)</sup> Indeed, Article 2(a) compares family and household use to personal use.<sup>517)</sup> However, it is doubtful whether the express contemplation of 'family and household use' adds anything to the sphere of application of the exclusion of the sale of goods bought for personal use, since the former exclusions merely represent examples of 'personal use'.<sup>518)</sup> However, those who argue that 'family or household use' have a meaning different and independent from 'personal use', must not define these terms (family and household) by resorting to domestic law,<sup>519)</sup> but by resorting to an interpretation which has regard to the Convention's international character and to the promotion of uniformity in its application.<sup>520)</sup> This is why it has also been suggested that these concepts be interpreted with a sociological basis,<sup>521)</sup> rather than with a legal one.<sup>522)</sup> Thus, the purchase of goods for a god-child<sup>523)</sup> or a cohabiting partner<sup>524)</sup> will fall within the Article 2(a) exclusion.

<sup>510)</sup> *Id.*

<sup>511)</sup> For this conclusion, see FERRARI, *supra* note 159, at 66.

<sup>512)</sup> See also Herber, *supra* note 459, at 62.

<sup>513)</sup> For this solution, see Memmo, *supra* note 6, at 198.

<sup>514)</sup> This has already been pointed out by Herber, *supra* note 459, at 62.

<sup>515)</sup> The exclusion of 'sales of goods bought for personal use' seems to require that the buyer be a person, as opposed to a corporation or enterprise; for a similar conclusion, see Huber, *supra* note 270, at 422 (stating that '[t]he buyer has to be natural person'); MAGNUS, *supra* note 156, at 57; Memmo, *supra* note 6, at 198 (stating the same).

<sup>516)</sup> Note that the expression 'personal use' does not necessarily signify that the goods must be bought for a use strictly related to the person of the buyer. Consequently, the Article 2(a) exclusion applies, for instance, where the sale is made in order to complete a private collection (for this example, see HERBER & CZERWENKA, *supra* note 43, at 24); the same appears to be true as far as the sale of goods is concerned which the buyer wants privately to donate to another person (for this example, see MAGNUS, *supra* note 156, at 57).

<sup>517)</sup> See also MAGNUS, *supra* note 156, at 57.

<sup>518)</sup> For this conclusion, see CZERWENKA, *supra* note 194, at 152 (stating that 'family and household use' are just examples of 'personal use'); Huber, *supra* note 270, at 422 (stating the same); Memmo, *supra* note 6, at 196 (stating the same).

<sup>519)</sup> For this affirmation, see also FERRARI, *supra* note 159, at 63; SCHLECHTRIEM, *supra* note 187, at 14-15.

<sup>520)</sup> See Article 7(1) CISG: 'In the interpretation of this Convention, regard is to be had to its international character and to the need to promote uniformity in its application and the observance of good faith in international trade.'

<sup>521)</sup> For this suggestion, see SCHLECHTRIEM, *supra* note 92, at 29, stating that '[...] the purpose of Article 2(a) is to allow a broad description, based on sociological evidence, of those persons who are regarded as included in the family or household.' See also Herber, *supra* note 459, at 61.

<sup>522)</sup> See MAGNUS, *supra* note 156, at 58, stating that the concept of 'family' in the sense of Article 2(a) CISG is to be interpreted not in the light of family law, but rather on a sociological basis.

<sup>523)</sup> Several authors have argued in favor of the inclusion of the god-child within the concept of 'family'; see, e.g., Herber, *supra* note 459, at 61; SCHLECHTRIEM, *supra* note 187, at 15.

<sup>524)</sup> For this suggestion, see FERRARI, *supra* note 159, at 63; Herber, *supra* note 459, at 61.

#### 4. Exclusions of Sales based on the Nature of the Goods Sold: Negotiable Instruments and Money

As already pointed out,<sup>525)</sup> the Article 2 exclusions are not only based on the purpose behind the acquisition of the goods<sup>526)</sup> or on the type of sales contract (such as the auction sales<sup>527)</sup> or the sales on execution or otherwise by authority of law mentioned in Article 2(c)<sup>528)</sup>, but also on the kind of goods sold (Article 2(d), (e) and (f)).<sup>529)</sup> Article 2(d), not unlike Article 5(1)(a) of the *Ulis*<sup>530)</sup> as well as older Draft Conventions,<sup>531)</sup> excludes the sales of stocks, shares, investment securities, negotiable instruments, and money from the Convention's sphere of application<sup>532)</sup> in order to avoid a conflict between CISG rules and domestic rules which are often compulsory.<sup>533)</sup> The view which held that the exclusion was necessary to avoid differences in the Convention's application which could arise from the excluded commercial papers not being considered 'goods' in some legal systems,<sup>534)</sup> is not tenable, since the Convention could have easily adopted a different concept of 'goods' which could have included commercial papers as well.<sup>535)</sup>

The commercial paper referred to in Article 2(d) (which some authors consider to be a superfluous provision, because the concept of 'goods', which can be deduced from the Convention, is sufficient to exclude the commercial papers listed in the provision

<sup>525)</sup> See *supra*, the text accompanying note 457.

<sup>526)</sup> See *supra*, the text accompanying notes 463-489.

<sup>527)</sup> See *supra*, the text accompanying notes 460-462.

<sup>528)</sup> As far as the exclusion of sales on execution or otherwise by authority of law is concerned, it might suffice to point out that this exclusion has its antecedent in the *Ulis*; for a similar statement, see, e.g., Carbone & Lopez de Gonzalo, *supra* note 452, at 7; HERBER & CZERWENKA, *supra* note 43, at 25.

The justification of the exclusion *de quo* is represented by the sales on execution and other forced sales being '[...] fundamentally different from other transactions because of the inability of the parties to negotiate the terms of the contract.' HONNOLD, *supra* note 25, at 98. For this justification of the Article 2(c) exclusion, see also AUDIT, *supra* note 38, at 29; ENDERLEIN ET AL., *supra* note 48, at 47; HEUZE, *supra* note 177, at 76.

In addition, the sales on execution's exclusion has been justified on the ground that '[...] such sales are normally governed by special rules in the State under whose authority the execution sales is made. Furthermore, such sales do not constitute a significant part of international trade and may, therefore, safely be regarded as purely domestic transactions.' OFFICIAL RECORDS OF THE UNITED NATIONS CONFERENCE, *supra* note 27, at 16.

<sup>529)</sup> See GARRO & ZUPPI, *supra* note 389, at 79, expressly stating that the exclusion of some sales is based upon the goods sold.

<sup>530)</sup> For the text of Article 5(1)(a) of the *Ulis*, see *supra* note 454.

<sup>531)</sup> Since the early 1930's, the goods listed in Article 2(d) have been excluded from the sphere of application of the various Draft Conventions; for an early statement concerning the necessity of such exclusion, see, e.g., RABEL, *supra* note 164, at 55.

<sup>532)</sup> See PILTZ, *supra* note 21, at 31.

<sup>533)</sup> For this rationale of the Article 2(d) exclusion, see also SCHLECHTRIEM, *supra* note 92, at 30, stating that the exclusion *de quo* '[...] takes into consideration that international securities and currency transactions are governed by their own rules and laws which are often compulsory.'

See also ENDERLEIN ET AL., *supra* note 48, at 47, stating that the Article 2(d) exclusion '[...] can be explained by the existence of mandatory domestic rules.'

<sup>534)</sup> For this view, see, e.g., OFFICIAL RECORDS OF THE UNITED NATIONS CONFERENCE, *supra* note 27, at 16 (affirming that '[...] in some legal systems such commercial paper is not considered to be 'goods'. Without the exclusion of the sales of such paper, there might have been significant differences in the application of this Convention'); Khoo, *supra* note 457, at 38 (stating that the Article 2(d) exclusion '[...] serves the purpose of accommodating the thinking of legal systems which do not regard commercial paper and money as 'goods' and which therefore would find it unacceptable that their sale be brought within the scope of the Convention').

<sup>535)</sup> For this conclusion, see FERRARI, *supra* note 159, at 70.

*de quo*)<sup>536)</sup> includes bills of exchange, cheques,<sup>537)</sup> as well as other '[...] instruments calling for the payment of money.'<sup>538)</sup> The sales of documents controlling the delivery of goods, such as warehouse receipts and bills of lading,<sup>539)</sup> are, on the contrary, governed by the CISG rules,<sup>540)</sup> for the real subject of those sales are the goods, rather than the documents.<sup>541)</sup>

Article 2(d) expressly excludes the sale of money from the sphere of application of the Vienna Sales Convention.<sup>542)</sup> If it is true, as has been suggested,<sup>543)</sup> that in the sense of the Vienna Sales Convention 'money' means 'money which is legal tender in a country'<sup>544)</sup>, then there is no reason why the CISG should not apply to the sale of money which is no longer in use. Consequently, the purchase of vintage coins from the last century by a store owner made with the intention of reselling them should be subject to the Uniform Sales Law.<sup>545)</sup> And the same appears to be true with reference to the aforementioned negotiable instruments: if a museum, for example, intends to buy a number of shares which merely have historical or artistic value, there is no reason why this sale should not be governed by the CISG.

<sup>536)</sup> For a similar statement, see, e.g., AUDIT, *supra* note 38, at 29, stating that '[...] the expression 'marchandises' which has been used [...] in the Vienna Convention would suffice to justify the exclusion of stocks, negotiable instruments and money from the Convention's sphere of application.'

HONNOLD, *supra* note 25, at 99, goes even further and states that '[t]he exclusion of the intangible rights listed in Article 2(d) illustrates [...] that the sale of 'goods' refers to moveable, corporeal things.'

<sup>537)</sup> For a reference to bills of exchange and cheques as papers excluded from the Convention's sphere of application, see ENDERLEIN & MASKOW, *supra* note 58, at 35; FERRARI, *supra* note 159, at 71; MAGNUS, *supra* note 156, at 63; REINHART, *supra* note 139, at 19.

<sup>538)</sup> HONNOLD, *supra* note 25, at 99.

<sup>539)</sup> For a more detailed list of documents controlling the delivery of goods the sale of which are subject to the CISG, see Herber, *supra* note 459, at 65.

<sup>540)</sup> For this conclusion, see also HEUZE, *supra* note 177, at 37 (stating that documentary sales are not excluded from the CISG's scope of application); Kantor, *supra* note 460, at 11 (stating that '[t]he reference to 'negotiable instruments' is intended to refer to instruments calling for the payment of money. Instruments such as bills of lading and other documents controlling the delivery of goods, even though characterized as 'negotiable instruments' under Article 3 of the UCC, should be subject to the Convention when employed to effect the delivery of goods'); KAROLLUS, *supra* note 59, at 21-22 (stating that the sale of documents controlling the delivery of goods is governed by the CISG); MAGNUS, *supra* note 156, at 63; OFFICIAL RECORDS OF THE UNITED NATIONS CONFERENCE, *supra* note 27, at 16 (stating that Article 2(d) '[...] does not exclude documentary sales of goods from the scope of [the] Convention, even though, in some legal systems, such sales may be characterized as sales of commercial paper'); SCHLECHTRIEM, *supra* note 92, at 30 (arguing that the '[s]ales contracts which name a document as the subject of the sales, because the document controls the delivery of goods, are considered to be within the sphere of application of the Uniform Law for International Sales').

Under the different Draft Conventions, as well, the sale of documents controlling the delivery of goods was not excluded; see, for a similar statement made with reference to various Draft Conventions, Riese, *supra* note 19, at 35 note 43.

<sup>541)</sup> For a similar affirmation, see ENDERLEIN & MASKOW, *supra* note 58, at 35 (stating that '[...] the buyer of such papers are basically the buyers of the goods to which those refer'); CZERWENKA, *supra* note 194, at 152 (stating the same); FERRARI, *supra* note 159, at 71 (stating the same); Grigera Naon, *supra* note 147, at 96 (stating the same); MAGNUS, *supra* note 156, at 63; REINHART, *supra* note 139, at 19 (stating the same).

<sup>542)</sup> See PILTZ, *supra* note 21, at 31.

<sup>543)</sup> For this suggestion, see, e.g., Herber, *supra* note 459, at 65.

<sup>544)</sup> FERRARI, *supra* note 159, at 72.

<sup>545)</sup> This has already been suggested by FERRARI, *supra* note 159, at 20; MAGNUS, *supra* note 156, at 63.

## 5. The Exclusions of Ships, Vessels, Hovercraft, Aircraft and Electricity (Article 2(e) and (f))

The exclusions of the sale of ships, vessels, hovercraft and aircraft fall within the same category as the exclusion of commercial paper and money,<sup>546)</sup> that is, sales excluded on the basis of the nature of the goods sold.<sup>547)</sup> These exclusions,<sup>548)</sup> which according to the OFFICIAL RECORDS OF THE UNITED NATIONS CONFERENCE are due to the existence, in some legal systems, of rules according to which the excluded 'goods' are treated as immovables,<sup>549)</sup> have, at least partially, been provided for by the Uliis.<sup>550)</sup> Indeed, Article 5(1)(b) of the Uliis<sup>551)</sup> excluded the sale of ships, vessels and aircraft from the sphere of application of the 1964 Uniform Sales Law.<sup>552)</sup> However, it did not mention the sale of hovercraft.<sup>553)</sup> The CISG's innovation (which goes back to a proposal of the Indian delegation at the Vienna Conference<sup>554)</sup>) has been introduced in order to make sure that the regime of the ships and vessels applies to hovercraft as well,<sup>555)</sup> independently from whether hovercraft are to be considered ships, vessels or aircraft.<sup>556)</sup>

The sphere of application of the CISG's Article 2(e) exclusion is broader than the Uliis' Article 5(1)(b) exclusion for another reason, as well.<sup>557)</sup> Whereas the Uliis merely excluded the ships, vessels and aircrafts which were subject to registration by virtue of national law,<sup>558)</sup> the CISG, by cancelling this criterion for exclusion, broadened the sphere of application of the exclusion of the sale of the foregoing 'goods'.<sup>559)</sup>

The cancellation of the registration requirement has some advantages. It avoids, for instance, the examination of the difficult question as to what ships, vessels or aircrafts are subject to the registration requirement and, therefore, fall within the scope of the

exclusion.<sup>560)</sup> However, it raises the question as to whether sales of smaller boats fall within the scope of the Article 2(e) exclusion.<sup>561)</sup> The view, held by several authors,<sup>562)</sup> according to which the concept of 'ship' (or 'vessel') is limited to larger ships (or vessels) only, does not seem to be grounded in the text of the Vienna Sales Convention.<sup>563)</sup> The better view is that the size of a watercraft is not a relevant criterion for the exclusion of a sale from the sphere of application of the Convention.<sup>564)</sup> But this does not mean that all purchase of small watercraft is not excluded from the CISG's sphere of application.<sup>565)</sup> It only means that the exclusion from the Article 2(e) exception must be based upon a criterion different from the size of the watercraft, such as the functional characteristics of the watercraft.<sup>566)</sup> Consequently, the sale of watercraft which does not have the function ships or vessels have, *i.e.*, the sale of watercraft which is not permanently destined for the transport of goods or persons, does not fall within the exclusion *de quo* (independently from its size).<sup>567)</sup> This is why the sale of a row boat<sup>568)</sup> or sailing boat<sup>569)</sup> should be governed by the Convention.<sup>570)</sup> Indeed, these watercrafts must be considered sporting goods<sup>571)</sup> rather than means of transport.<sup>572)</sup>

This problem is not the only one leading to doctrinal dispute. There is also disagree-

<sup>560)</sup> See OFFICIAL RECORDS OF THE UNITED NATIONS CONFERENCE, *supra* note 27, at 16, stating that '[...] in most legal systems at least some ships, vessels and aircraft are subject to special registration requirements. The rules specifying which ones must be registered differ widely. In order not to raise questions of interpretation as to which ships, vessels or aircraft were subject to this Convention, especially in view of the fact that the relevant place of registration, and therefore the law which would govern the registration, might not be known at the time of the sale, the sales of all ships, vessels and aircraft was excluded from the application of this Convention.'

See also Khoo, *supra* note 457, at 38, according to which the cancellation of the registration requirement as the criterion for exclusion has the effect that '[...] all vessels, ships, hovercraft and aircraft are excluded, whether or not they are subject to the registration requirement of any national law.'

<sup>561)</sup> For a similar statement, see SCHLECHTRIEM, *supra* note 92, at 30, stating that '[w]ith the elimination of the registration criterion, it has, however, become uncertain whether and to what extent smaller boats – row boats, canoes, dinghies and yachts – belong to the subject matter excluded from the application of the Convention.'

See also HONNOLD, *supra* note 25, at 99, wondering whether '[...] the exclusion of the sales of 'ships, vessels' (Fr.: *navires, bateaux*; Sp.: *buques, embarcaciones*) [does] extend to small pleasure craft such as sailboats and row boats.'

<sup>562)</sup> See, e.g., SCHLECHTRIEM, *supra* note 92, at 20, stating that '[t]he function and reason for the exception [...] suggest that the exception should not be extended to boats.'

<sup>563)</sup> For this conclusion, see also Herber, *supra* note 459, at 66. See, however, Reczei, *supra* note 353, at 71, who does not exclude that, on the basis of the text of the CISG, the exclusions of the sales of ships and vessels could be restricted to larger ships and vessels only, since '[i]n the English language [...] the terms 'ship' and 'vessel' are used to denote watercraft of larger dimensions. The question is how other languages are capable of expressing the shades and hues distinguishing the one term from the other.'

<sup>564)</sup> For this view, see, e.g., HONNOLD, *supra* note 25, at 99 (stating that 'UNCITRAL's inability to find a workable basis for distinguishing between large and small craft and the difficulty that courts would encounter in developing such a distinction suggests that Article 2(e) must be read without qualification: Sales of small pleasure craft do not fall within the Convention').

<sup>565)</sup> See MAGNUS, *supra* note 156, at 64.

<sup>566)</sup> For this solution, see already FERRARI, *supra* note 159, at 74.

<sup>567)</sup> For a similar conclusion, see also Herber, *supra* note 459, at 66.

<sup>568)</sup> See PILTZ, *supra* note 21, at 32.

<sup>569)</sup> See MAGNUS, *supra* note 156, at 64.

<sup>570)</sup> For this conclusion, see also CZERWENKA, *supra* note 194, at 154.

<sup>571)</sup> For this conclusion, see also Herber, *supra* note 459, at 66.

<sup>572)</sup> Note, however, that where the row boat is bought for personal use, it is irrelevant whether it is considered a sporting good or a 'ship' or 'vessel', being consumer sales excluded from the Sales Convention's sphere of application (Article 2(a)), not unlike sales of ships or vessels (Article 2(e)).

<sup>546)</sup> See also HEUZE, *supra* note 177, at 76-77.

<sup>547)</sup> For a similar affirmation, see KRITZER, *supra* note 56, at 72.

<sup>548)</sup> Note that the exclusions *de quo* were retained despite arguments for its elimination came up during the Vienna Conference. For a reference to these arguments, see OFFICIAL RECORDS OF THE UNITED NATIONS CONFERENCE, *supra* note 27, at 240-241 (reporting the delegates view on the Article 2(e) exclusion); SCHLECHTRIEM, *supra* note 92, at 30.

<sup>549)</sup> See OFFICIAL RECORDS OF THE UNITED NATIONS CONFERENCE, *supra* note 27, at 16: 'This subparagraph excludes from the scope of the Convention all sales, ships, vessels and aircraft. In some legal systems [...] some sales of ships, vessels and aircraft are assimilated to sales of immovables.' For similar affirmations, see also GARRO & ZUPPI, *supra* note 389, at 79; MAGNUS, *supra* note 156, at 63; Samson, *supra* note 323, at 928.

<sup>550)</sup> Under the Uliis, as well, the argument on the ground of which the sales of ships, vessels and aircraft were excluded from the Uliis' sphere of application was connected with them being similar to the sales of immovables; see, e.g., Kahn, *supra* note 19, at 694.

<sup>551)</sup> For the text of Article 5(1)(b), see *supra* note 454.

<sup>552)</sup> See, for a comment on Article 5 Uliis, Rolf Herber, *Art. 5*, in KOMMENTAR ZUM EINHEITLICHEN KAUFRECHT, *supra* note 166, 25 ff.

<sup>553)</sup> See Herber, *supra* note 459, at 67.

<sup>554)</sup> For this piece of information, see SCHLECHTRIEM, *supra* note 187, at 16. For the discussion which followed the Indian proposal, see OFFICIAL RECORDS OF THE UNITED NATIONS CONFERENCE, *supra* note 27, at 241.

<sup>555)</sup> For this statement, see also Herber, *supra* note 459, at 67.

<sup>556)</sup> According to Khoo, *supra* note 457, at 38, this is the rationale behind the inclusion of the sales of hovercraft in the list of excluded sales. Indeed, the express exclusion of sales of hovercraft '[...] makes it unnecessary to decide whether hovercraft are ships, vessels or aircraft.' For a similar justification of the exclusion *de quo*, see also Carbone & Lopez de Gonzalo, *supra* note 452, at 8.

<sup>557)</sup> See also MAGNUS, *supra* note 156, at 63, stating that the Article 2(e) exclusion is broader than that of Article 5(b) Uliis.

<sup>558)</sup> See REINHART, *supra* note 139, at 19.

<sup>559)</sup> For this conclusion, see also FERRARI, *supra* note 159, at 73.

ment among scholars as to whether the sale of components of the goods excluded by Article 2(e) is subject to the exclusion. Some authors argue that such a sale falls within the sphere of the exclusion, at least where the components are essential elements of the good excluded *ex* Article 2(e).<sup>573</sup> Although this view is held by a learned author,<sup>574</sup> the better view is to the contrary,<sup>575</sup> as evidenced by a Hungarian Supreme Court decision<sup>576</sup> applying the Vienna Sales Convention to a sales contract concerning aircraft engine, which certainly constitute an 'essential element' of the aircraft.<sup>577</sup> Finally, one has to mention the exclusion from the Convention's sphere of application of sales contracts regarding electricity.<sup>578</sup> According to some authors, the exclusion *de quo* can be justified on the ground of the electricity's 'unique' nature<sup>579</sup> or '[...] on the ground that in many legal systems electricity is not considered to be goods'.<sup>580</sup> Neither justification appears to be convincing. Indeed, the first one overlooks the fact that there are other goods the sale of which can create 'unique' problems,<sup>581</sup> such as the sale of gas<sup>582</sup> and crude oil<sup>583</sup> which, on the contrary, are governed by the Sales Convention.<sup>584</sup> The second one is not convincing, '[...] because the Convention may create its own definition of good'.<sup>585</sup> Indeed, the exclusion of electricity sales from the sphere of application of the Vienna Sales Convention cannot be justified.

Where, however, the row boat is bought by an owner of a shop with the intent to resell it, the Sales Convention should apply.

<sup>573</sup> For this view, see, e.g., Herber, *supra* note 459, at 66, stating that the sale of non-essential parts of a 'good' excluded under Article 2(e) should not fall within the exclusion; conversely, the sale of essential parts of those 'goods' should not be governed by the Vienna Sales Convention.

<sup>574</sup> See the preceding note.

<sup>575</sup> In legal writing this view has been expressed, for instance, by KAROLLUS, *supra* note 59, at 22; LOEWE, *supra* note 346, at 28; REINHART, *supra* note 139, at 19.

<sup>576</sup> See the decision rendered by the Supreme Court of Hungary, September 25, 1992, published in English in 13 JOURNAL OF LAW AND COMMERCE 31 ff. (1993). For a comment on this decision, see Paul Amato, *U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods - The Open Price Term and Uniform Application. An Early Interpretation by the Hungarian Courts*, 13 JOURNAL OF LAW AND COMMERCE 1 ff. (1993); Magnus, *supra* note 68, at 84-85; WITZ, *supra* note 68, at 36.

<sup>577</sup> See also MAGNUS, *supra* note 156, at 64.

<sup>578</sup> This exclusion has already been contained in Article 5 of the Uliis. See *supra* note 454.

<sup>579</sup> For a similar justification of the exclusion of sales of electricity from the Convention's sphere of application, see, e.g., Hruze, *supra* note 177, at 77 (stating that the exclusion of sales of electricity can be explained on the ground of its nature); OFFICIAL RECORDS OF THE UNITED NATIONS CONFERENCE, *supra* note 27, at 16 (stating that the exclusion of electricity is justified because its sale presents unique problems that are different from those presented by the usual international sale of goods).

<sup>580</sup> OFFICIAL RECORDS OF THE UNITED NATIONS CONFERENCE, *supra* note 27, at 16. For a similar justification of the Article 2(f) exclusion, see Samson, *supra* note 323, at 928.

<sup>581</sup> For this argument, see also Winship, *supra* note 122, at 1.25, stating that '[...] any suggestion that the problems raised by the excluded items are 'unique' overlooks other items, such as oil and gas supply contracts or livestock transactions, which also raise unique problems.'

<sup>582</sup> For this conclusion, see also HONNOLD, *supra* note 25, at 101 (arguing that the sale of gas is within the Convention); Huber, *supra* note 270, at 419 (stating the same and criticizing the exclusion of the sale of electricity).

<sup>583</sup> See also Herber, *supra* note 459, at 67 (stating the same).

For a detailed discussion of the problems of oil trade and Vienna Sales Convention, see James W. Skelton, *CISG and Crude Oil Traders*, 9 HOUSTON JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW 95 ff. (1986).

<sup>584</sup> See also CZERWENKA, *supra* note 194, at 155 (stating that sales of gas and petrol are governed by the Vienna Sales Convention); FERRARI, *supra* note 159, at 76; HERBER & CZERWENKA, *supra* note 43, at 27 (stating the same); MAGNUS, *supra* note 156, at 65.

<sup>585</sup> ENDERLEIN & MASKOW, *supra* note 58, at 35.

## VI. CISG AND PARTY AUTONOMY

### 1. General Remarks

Notwithstanding the presence of all the requirements for the application of the Convention, the CISG does not necessarily have to apply.<sup>586</sup> Indeed, by virtue of Article 6 of CISG,<sup>587</sup> the parties may exclude the Convention's application.<sup>588</sup>

By providing for this possibility, the draftsmen of the Convention *de quo* reaffirmed one of the general principles<sup>589</sup> embodied in the 1964 Hague Conventions,<sup>590</sup> that is, the principle according to which the primary source of the rules governing international sales contracts is party autonomy.<sup>591</sup> Thus, the drafters clearly acknowledged the Convention's dispositive nature<sup>592</sup> and the 'central role which party autonomy plays in international commerce and, particularly, in international sales'.<sup>593</sup>

<sup>586</sup> See FERRARI, *supra* note 159, at 76.

<sup>587</sup> For a detailed overview of the history of Article 6 of CISG, see Note, *supra* note 471, at 727-729.

<sup>588</sup> See Article 6 CISG: '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.'

<sup>589</sup> See Eduard Wahl, *Art. 17*, in KOMMENTAR ZUM EINHEITLICHEN KAUFRECHT, *supra* note 166, 121, 133-135, listing 'party autonomy' among the general principles of the Uliis.

<sup>590</sup> Despite some textual differences, Article 6 of CISG is based upon Article 3 of Uliis, as has often been pointed out; see, e.g., Michael J. Bonell, *Art. 6*, in COMMENTARY ON THE INTERNATIONAL SALES LAW, *supra* note 12, 51, 51 (stating that Article 6 of CISG is based upon Article 3 of Uliis). Also see Rolf Herber, *Art. 6*, in KOMMENTAR ZUM EINHEITLICHEN UN-KAUFRECHT, *supra* note 48, 83, 83 (stating the same).

Article 3 of Uliis reads as follows: 'The parties to a contract of sale shall be free to exclude the application thereto of the present Law either entirely or partially. Such exclusion may be express or implied.'

<sup>591</sup> For a similar statement, see AUDIT, *supra* note 38, at 37 (stating that '[...] the Convention makes of the parties will the primary source of the sales contract'). See also Hoyer, *supra* note, at 41 (stating the same); MAGNUS, *supra* note 156, at 101 (making a similar statement). According to Fritz Enderlein, *Die Verpflichtung des Verkäufers zur Einhaltung des Lieferzeitraums und die Rechte des Käufers bei dessen Nichteinhaltung nach dem UN-Übereinkommen über Verträge über den internationalen Warenkauf*, PRAXIS DES INTERNATIONALEN PRIVAT- UND VERFAHRENSRECHTS 313, 314 (1991), party autonomy constitutes the 'main principle' of the CISG.

<sup>592</sup> For this statement, see Carbone, *supra* note 32, at 78; Carbone & Luzzatto, *supra* note 123, at 131; FERRARI, *supra* note 159, at 110; Herber, *supra* note 590, at 84; Piltz, *supra* note 21, at 64; REINHART, *supra* note 139, at 26; Sacerdoti, *supra* note 107, at 744; Volken, *supra* note 88, at 92; Wang, *supra* note 131, at 188; Claude Witz, *L'exclusion de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises par la volonté des parties (Convention de Vienne du 11 avril 1980)*, RECEUIL DALLOZ-SIREY 107, 107 (1990).

Note, however, that even though the principle of party autonomy is widely accepted, there were some States which expressed reservations to it; '[t]heir concern was that, in practice, the principle could be abused by the economically stronger party imposing his own national law or contractual terms far less balanced than those contained in the Convention.' Bonell, *supra* note 590, at 51. See, also 1 UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW YEARBOOK 168 (1968-1970); 2 UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW YEARBOOK 43-44 (1971); 3 UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW YEARBOOK 73 (1973).

<sup>593</sup> Michael J. Bonell, *Art. 6*, NUOVE LEGGI CIVILI COMMENTATE 16, 16 (1989). For similar affirmations, see, e.g., Enderlein, *supra* note 591, at 316; Hoyer, *supra* note 199, at 41; SCHLECHTRIEM, *supra* note 187, at 21.

Note, however, that according to ENDERLEIN & MASKOW, *supra* note 58, at 48, the possibility, laid down in Article 6 of CISG, of excluding the Convention's application has not only been introduced in order to pay tribute to the 'myth' of party autonomy as such, but also because this possibility '[...] may facilitate the adoption of the Convention by certain States because it allows those business circles which cannot get to like it or, at least, not at once to evade and/or grants them a longer period of adoption, thus building down possible resistance.'

As far as party autonomy is concerned,<sup>594)</sup> it must be pointed out that Article 6 of the Vienna Sales Convention refers to two different lines of cases:<sup>595)</sup> one where the Convention's application is excluded in its entirety,<sup>596)</sup> the other where the parties derogate from the substantive rules<sup>597)</sup> of the Convention.<sup>598)</sup> These two situations differ from each other in that the former does, according to the CISG, not encounter any restrictions,<sup>599)</sup> whereas the latter is limited in the cases where at least one of the parties has its place of business in a Contracting State whose legislation requires a contract of sale to be concluded in or evidenced by writing and therefore has made an Article 96 reservation.<sup>600)</sup> This reservation prevents the application of the principle of 'informality', that is, the parties are not allowed to derogate from the writing requirement.<sup>601)</sup>

## 2. Implied Exclusion of the CISG and Choice of the Applicable Law

Party autonomy also played a very important role under the UliS.<sup>602)</sup> A comparison of Article 6 CISG and its 'direct predecessor',<sup>603)</sup> Article 3 UliS, could even lead to the conclusion that under UliS party autonomy was more widely recognized,<sup>604)</sup> since the UliS expressly stated that its exclusion could also be made implicitly.<sup>605)</sup> However, this provision was later criticized.<sup>606)</sup> Therefore, the express reference to the possibility of an implicit exclusion was not retained by the CISG,<sup>607)</sup> even though at the Vienna Conference a proposal to reintroduce that express reference was made.<sup>608)</sup> How-

<sup>594)</sup> Note, that Carbone, *supra* note 32, at 78, has compared the reaffirmation of party autonomy as a basic principle of the CISG to the 'recognition of an exigency the satisfaction of which is necessary for the development of international commerce.' See also Rovelli, *supra* note 146, at 102, stating that the introduction of Article 6 of CISG and, therefore, the recognition of party autonomy was a 'political need'.

<sup>595)</sup> For this statement, see also Bonell, *supra* note 590, at 53.

<sup>596)</sup> In private international law scholarship, this kind of party autonomy is generally called *internationlprivatrechtliche Parteiautonomie*; for the use of this expression, see, e.g., SCHLECHTRIEM, *supra* note 187, at 21.

<sup>597)</sup> This kind of party autonomy is called *materiellrechtliche Parteiautonomie*; for this expression, see, e.g. Sacerdoti, *supra* note 107, at 745-746, where the author criticizes, however, the distinction between *materiellrechtliche* and *internationlprivatrechtliche Parteiautonomie*.

For a reference to this case, see also SCHLECHTRIEM, *supra* note 92, at 35, stating that '[s]ubstantively, any rule of the Convention can be altered or rejected by the parties.'

<sup>598)</sup> For the distinction of the two cases mentioned in the text, see also Bonell, *supra* note 593, at 17; FERRARI, *supra* note 159, at 111.

<sup>599)</sup> For this statement, see Hoyer, *supra* note 199, at 41.

<sup>600)</sup> See Article 96 CISG: 'A Contracting State whose legislation requires contracts of sale to be concluded in or evidenced by writing may at any time make a declaration in accordance with article 12 that any provision of Article 11, article 29, or Part II of this Convention, that allows a contract of sale or its modification or termination by agreement or any offer, acceptance, or other indication of intention to be made in any form other than in writing, does not apply where any party has his place of business in the State.'

<sup>601)</sup> For this conclusion, see also Carbone, *supra* note 32, at 78; Sacerdoti, *supra* note 107, at 743-744.

<sup>602)</sup> For a similar statement, see Rolf Herber, *Art. 3*, in *KOMMENTAR ZUM EINHEITLICHEN KAUFRECHT*, *supra* note 166, 19, 19; Hoyer, *supra* note 199, at 41.

<sup>603)</sup> Bonell, *supra* note 593, at 17.

<sup>604)</sup> This has already been pointed out by Carbone & Luzzatto, *supra* note 123, at 132.

<sup>605)</sup> See *supra* note 590 for the text of Article 3 UliS.

<sup>606)</sup> See FERRARI, *supra* note 159, at 112.

<sup>607)</sup> See Samson, *supra* note 323, at 931.

<sup>608)</sup> Both the representatives of England and Belgium made proposals to reintroduce a reference to the possibility of implicitly excluding the Convention's application; for a reference to these tentatives, see Herber, *supra* note 590, at 83-84; OFFICIAL RECORDS OF THE UNITED NATIONS CONFERENCE, *supra* note 21, at 85-86 & 249-250; SCHLECHTRIEM, *supra* note 187, at 22 note 98.

ever, this does not mean that under the CISG the exclusion always has to be made expressly.<sup>609)</sup> This is evidenced, *inter alia*,<sup>610)</sup> by the fact that '[...] the majority of delegations was [...] opposed to the proposal according to which a total or partial exclusion of the Convention could only be made 'expressly'.<sup>611)</sup> Consequently, the lack of express reference to the possibility of an implicit exclusion must not be regarded as precluding such possibility.<sup>612)</sup> Rather it has a different meaning: '[...] to discourage courts from too easily inferring an 'implied' exclusion or derogation.<sup>613)</sup> Therefore, an implicit exclusion must be regarded as possible, but there must be clear indications that such an exclusion is really wanted,<sup>614)</sup> that is, there must be a real - as opposed

<sup>609)</sup> This conclusion, admissibility of an implicit exclusion, is favored by most legal scholars; see, e.g., AUDIT, *supra* note 38, at 38; Carbone & Luzzatto, *supra* note 123, at 132; CZERWENKA, *supra* note 194, at 170; Date-Bah, *supra* note, at 54; FERRARI, *supra* note 159, at 113; GARRO & ZUPPI, *supra* note 389, at 98; HERBER & CZERWENKA, *supra* note 43, at 42; Hoyer, *supra* note 199, at 41; Lacasse, *supra* note 389, at 37; Magnus, *supra* note 647, at 126; Barry Nicholas, *The Vienna Convention on International Sales Law*, 105 LAW QUARTERLY REVIEW 201, 208 (1989); REINIART, *supra* note 139, at 27; Richards, Note, *supra* note 147, at 237; SCHLECHTRIEM, *supra* note 187, at 21; Winship, *supra* note 122, at 1.35; Witz, *supra* note 592, at 108.

See Rosett, *supra* note 99, at 281, where the author criticizes the draftsmen who, although they foresaw the problems which the lack of an express reference to the possibility of implicitly excluding the Convention would cause, 'chose to provide little guidance.' Id.

<sup>610)</sup> In support of the thesis that maintains that the Vienna Sales Convention can also be excluded implicitly, it can be argued that the recognition of such possibility corresponds to a general trend in international conventions. Article 7(1) of the 1985 Hague Convention on the Law Applicable to Contracts for the International Sale of Goods (*reprinted in 24 INT'L LEGAL MAT.* 1573 (1985)), for instance, lays down the rule according to which the Convention can be implicitly excluded. The same is true as far as the 1980 EEC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations is concerned; for a reference to these conventions in discussing the issue *de quo*, see also HONNOLD, *supra* note 25, at 128.

<sup>611)</sup> Bonell, *supra* note 590, at 52.

For the proposal mentioned in the text, see OFFICIAL RECORDS OF THE UNITED NATIONS CONFERENCE, *supra* note 27, at 86 & 249-250.

<sup>612)</sup> However, several authors have argued that in order to be effective, the exclusion of the Convention's application must be explicit; see, e.g., Isaak Dore & James E. DeFranco, *A Comparison of the Non-Substantive Provisions of the UNCITRAL Convention on the International Sale of Goods and the Uniform Commercial Code*, 23 HARVARD INTERNATIONAL LAW JOURNAL 49, 53 (1982), stating that 'unlike the U.C.C. [...] the Convention does not seem to recognize implied agreements which exclude the application of the Convention. The Convention may therefore govern contracts which the parties by their implied agreement might have assumed to be governed by domestic law.'

For a similar conclusion, see also Dore, *supra* note 215, at 532; Caroline D. Klepper, *The Convention for the International Sale of Goods: A Practical Guide for the State of Maryland and Its Trade Community*, 15 MARYLAND JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW AND TRADE 235, 238 (1991); Note, *supra* note 471, at 728; Robert S. Rendell, *The New U.N. Convention on International Sales Contracts: An Overview*, 15 BROOKLYN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW 23, 25 (1989).

<sup>613)</sup> Bonell, *supra* note 590, at 55.

For a similar justification of the lack of reference to the possibility of implicitly excluding the application of the Convention, see also OFFICIAL RECORDS OF THE UNITED NATIONS CONFERENCE, *supra* note 27, at 17 (stating that '[t]he second sentence of the UliS, article 3, providing that "such exclusion may be express or implied" has been eliminated lest the special reference to "implied" exclusion might encourage courts to conclude, on insufficient grounds, that the Convention has been wholly excluded'); SCHLECHTRIEM, *supra* note 92, at 35 (stating that '[i]n contrast to Article 3 sentence 2 of UliS, the Convention does not mention the possibility of an "implied" exclusion, but this does not mean that a tacit exclusion is impossible. The intent to delete the word "implied" was to prevent the courts from being too quick to impute exclusion of the Convention'). For similar statements, see also FERRARI, *supra* note 159, at 114-115; MAGNUS, *supra* note 156, at 104; WITZ, *supra* note 68, at 144.

<sup>614)</sup> For a similar affirmation, see Michael J. Bonell, *La nouvelle Convention des Nations-Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises*, DROIT ET PRATIQUE DU COMMERCE INTERNATIONAL 7, 13 (1981) (stating that a 'tacit exception may only be admitted if there are valid elements of indi-

to a theoretical, fictitious or hypothetical – agreement of exclusion,<sup>615</sup> not unlike under the Ulis.<sup>616</sup>

This is not a merely theoretical problem, as evidenced by the variety of implicit exclusions used in international commerce. A typical<sup>617</sup> form of implicit exclusion is represented by the parties' choice of the applicable national law.<sup>618</sup> There is no doubt that such a choice must be considered as being an effective exclusion of the CISG, at least where the applicable law chosen by the parties is the law of a non-Contracting State.<sup>619</sup> This was true under the Ulis as well.<sup>620</sup>

The choice of the law of a Contracting State as the law to govern the contract poses more difficult problems.<sup>621</sup> For instance, is the Vienna Sales Convention applicable when the parties agree upon American law being the proper law of their contract? In similar situations, it has been suggested by legal writers as well as in a recent Italian arbitral award,<sup>622</sup> that the indication of the law of a Contracting State ought to amount to an (implicit) exclusion of the Convention's application, because otherwise the indication of the parties would have no practical meaning.<sup>623</sup> However, under the

cations showing the parties' 'true' intention'), ENDERLEIN & MASKOW, *supra* note 58, at 48 (suggesting that there must be clear indications that an implicit exclusion is wanted); ROVELLI, *supra* note 146, at 105 (stating that 'of course, the determination of the applicable law can result from an implicit choice of the parties, but is must be 'certain': this means that the intention of implicitly excluding the Convention must be real, not hypothetical').

<sup>615</sup> For a similar statement, see HONNOLD, *supra* note 25, at 128 (stating that '[...] although an agreement to exclude the Convention need not be 'express', the agreement may only be implied from fact pointing to real – as opposed to theoretical or fictitious – agreement'). For similar statements, see also MAGNUS, *supra* note 156, at 105.

Note, however, that according to Note, *supra* note 471, at 749, the possibility of implicitly excluding the Convention's application contrasts with the need for certainty of law.

<sup>616</sup> See BGH, December 4, 1985, published in RECHT DER INTERNATIONALEN WIRTSCHAFT 214 ff. (1986).

<sup>617</sup> For this evaluation, see also MAGNUS, *supra* note 156, at 105.

<sup>618</sup> As far as the validity of the choice of law is concerned, it must be evaluated on the ground of the law applicable to this issue. According to Article 2 of the 1955 Hague Convention on the Law Applicable to Contracts for the International Sale of Goods, the *electio iuris* is governed by the law chosen by the parties; the same is true according to Article 3(4) and 8 of the 1980 EEC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations. For further reference to this problem, see FERRARI, *supra* note 159, at 115-116.

<sup>619</sup> For similar statements, see, e.g., Bonell, *supra* note 590, at 56 (stating that there is an '[implicit] indication of the parties' intention to exclude the application of the Convention, either entirely or partially, whenever they have chosen as the proper law of their contract the law of a non-Contracting State [...]'); Carbone & Luzzatto, *supra* note 123, at 132 (stating the same); AUDIT, *supra* note 38, at 39; ENDERLEIN ET AL., *supra* note 48, at 58 (stating the same); GARRO & ZUPPI, *supra* note 389, at 95 (stating the same); Rüdiger Holthausen, *Vertraglicher Ausschluss des UN-Übereinkommens über internationale Warenkaufverträge*, RECHT DER INTERNATIONALEN WIRTSCHAFT 513, 515 (1993) (stating the same); MAGNUS, *supra* note 156, at 105; PILTZ, *supra* note 21, at 48 (stating the same); SACERDOTI, *supra* note 107, at 746 (stating the same).

But according to HONNOLD, *supra* note 25, at 129, '[w]hen the places of business of the seller and buyer are in different Contracting States, the applicability of the Convention mandated by Article 1(1)(a) is not undercut when the rules of private international law point to a non-Contracting State.'

<sup>620</sup> See Herber, *supra* note 602, at 20.

<sup>621</sup> For an overview of this issue, see MAGNUS, *supra* note 156, at 105-106.

<sup>622</sup> See Arbitral Award, April 19, 1994, published in DIRITTO DEL COMMERCIO INTERNAZIONALE 861 ff. (1994).

For a comment on this award, see Jacopo Cappuccio, *La deroga implicita nella Convenzione di Vienna del 1980*, DIRITTO DEL COMMERCIO INTERNAZIONALE 867 ff. (1994), agreeing with the arbitral award which excluded the applicability of the Vienna Sales Convention to a contract containing a choice of law clause which made applicable the law of a Contracting State (Italy).

<sup>623</sup> This solution has been favored, for instance, by Franz Bydlinski, *Diskussionsbeitrag*, in DAS UNCITRAL-KAUFRECHT IM VERGLEICH ZUM ÖSTERREICHISCHEN RECHT, *supra* note 119, 48, 48; Karol-

CISG, not unlike under the Ulis,<sup>624</sup> this solution is not tenable.<sup>625</sup> The indication of the law of a Contracting State, if made without particular reference to the domestic law of that State,<sup>626</sup> does not exclude the Convention's application,<sup>627</sup> as recently confirmed by several German court decisions.<sup>628</sup> And this is true even where the law of a Contracting reservatory State is chosen as the applicable law.<sup>629</sup>

The application of the Convention does not make the national law irrelevant, as suggested; the indication of the law of a Contracting State must be interpreted as both making the CISG applicable (as part of the chosen law) and as determining the law applicable to the issues not governed by the Convention itself, such as the validity issue,<sup>630</sup> thus avoiding to have to resort to the complex rules of private international

lus, *supra* note 226, at 381; KAROLLUS, *supra* note 59, at 38-39; F.A. Mann, *Anmerkung zu BGH, Urteil vom 4.12.1985*, JURISTENZEITUNG 647, 647 (1986); Walter A. Stoffel, *Ein neues Recht des internationalen Warenkaufes in der Schweiz*, SCHWEIZERISCHE JURISTENZEITUNG 169, 173 (1990); Lajos Vekas, *Zum persönlichen und räumlichen Anwendungsbereich des UN-Einheitskaufrechts*, RECHT DER INTERNATIONALEN WIRTSCHAFT 342, 346 (1987).

<sup>624</sup> This view was predominant under the 1964 Hague Conventions; for a reference to this view in legal writing, see, e.g., ENDERLEIN & MASKOW, *supra* note 58, at 49; Herber, *supra* note 602, at 21; Gert Reinhart, *Dix ans de jurisprudence de la République Fédérale d'Allemagne à propos de la loi uniforme sur la vente internationale d'objets mobiliers corporels*, UNIFORM LAW REVIEW 424 (1984); Witz, *supra* note 592, at 110.

<sup>625</sup> This view was also expressed on the occasion of the Vienna Conference, when a large number of delegations rejected proposals by Canada and Belgium (for these proposals, see OFFICIAL RECORDS OF THE UNITED NATIONS CONFERENCE, *supra* note 27, at 250) according to which the domestic sales law, and not the Vienna Sales Convention, would have to be applied whenever the parties indicated the law of a Contracting State as the proper law for their contract.

For a reference to the rejection of the foregoing proposals as argument in favor of the view expressed in the text, see Bonell, *supra* note 590, at 56; MAGNUS, *supra* note 156, at 106.

<sup>626</sup> There is no doubt that the Uniform Sales Law's application is excluded where the parties merely refer to domestic law; for a similar conclusion, see Bonell, *supra* note 593, at 18; FERRARI, *supra* note 159, at 117; SCHLECHTRIEM, *supra* note 92, at 35. Consequently, where the parties state, for instance, that 'the contract be governed by American law as laid down in the U.C.C.', the Convention's application should be considered as being excluded.

For further examples of clauses that successfully exclude the Convention's application, see B. Blair Crawford, *Drafting Considerations under the 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, 8 JOURNAL OF LAW AND COMMERCE 187, 193 (1988); Allan E. Farnsworth, *Review of Standard Forms or Terms under the Vienna Convention*, 21 CORNELL INTERNATIONAL LAW JOURNAL 439, 442 (1988); Herber, *supra* note 590, at 87; Holthausen, *supra* note 619, at 515; David L. Perrott, *The Vienna Convention 1980 on Contracts for the International Sale of Goods*, INTERNATIONAL CONTRACT LAW AND FINANCE REVIEW 577, 580 (1980).

<sup>627</sup> This view is shared by the majority; see, e.g., AUDIT, *supra* note 38, at 39; Bonell, *supra* note 590, at 56; Farnsworth, *supra* note 626, at 442; FERRARI *supra* note 159, at 117; Herber, *supra* note 274, at 104; HERBER & CZERWENKA, *supra* note 43, at 44; KRITZER, *supra* note 56, at 100-101; Plantard, *supra* note 299, at 321; SCHLECHTRIEM, *supra* note 187, at 22; Pierre Thieffry, *Les nouvelles règles de la vente internationale*, DROITE ET PRATIQUE DU COMMERCE INTERNATIONAL 369, 373 (1989); Peter Winship, *International Sales Contracts under the 1980 Vienna Convention*, 17 UNIFORM COMMERCIAL CODE LAW JOURNAL 55, 65 (1984).

<sup>628</sup> See OLG Köln, February 22, 1994, published in RECHT DER INTERNATIONALEN WIRTSCHAFT 972 ff. (1994); OLG Koblenz, September 17, 1993, reported in RECHT DER INTERNATIONALEN WIRTSCHAFT 934 f. (1993); OLG Düsseldorf, January 8, 1993, published in PRAXIS DES INTERNATIONALEN PRIVAT- UND VERFAHRENSRECHTS 412 f. (1993).

<sup>629</sup> For this solution, see also Herrmann, *supra* note 290, at 95; MAGNUS, *supra* note 156, at 106.

*Contra*, in the sense that in this line of cases the CISG should not apply, AUDIT, *supra* note 38, at 39 note 3.

<sup>630</sup> See Article 4 of the CISG, 'This Convention governs only the formation of the contract of sale and the rights and obligations of the seller and the buyer arising from such a contract. In particular, except as otherwise expressly provided for in this Convention, it is not concerned with:

- (a) the validity of the contract or of any of its provisions or of any usage;
- (b) the effect which the contract may have on the property on the goods sold.'



law in order to determine the law applicable to the issues not governed by the CISG.<sup>631)</sup>

Nevertheless, if under the 1964 Hague Conventions the parties have established practices between themselves according to which the reference to the law of a Contracting State had to be interpreted as an exclusion of the Uniform Sales Law, the parties' reference to a Contracting State of the 1980 Vienna Sales Convention can also be interpreted as an implicit exclusion of the foregoing Convention.<sup>632)</sup>

### 3. Exclusion of the CISG by virtue of Standard Contracts Forms and Choice of Forum

The choice of the law of a non-Contracting State does not constitute the sole kind of implicit exclusion which can be used to bar the Convention's application.<sup>633)</sup> Indeed, in certain situations, and this was also true under the 1964 Hague Conventions,<sup>634)</sup> the use of standard contract forms can implicitly exclude the Convention's application,<sup>635)</sup> as long as (a) their contents are so profoundly influenced by the rules and the concepts of a specific legal system that their use is incompatible with the rules of the Convention and implicitly manifests the parties' intention to have the contract governed by that legal system<sup>636)</sup> and (b) their use tends at the same time to exclude the application of the CISG as a whole.<sup>637)</sup> Where, on the contrary, standard contract forms are intended to merely regulate specific issues in contrast with the Convention, one must presume that only a partial exclusion of the CISG is wanted.<sup>638)</sup>

<sup>631)</sup> For a similar conclusion in respect of the consequences of the parties' choice of the law of a Contracting State as the proper law for their contract, see ENDERLEIN & MASKOW, *supra* note 58, at 49, stating that '[w]hen a state participates in the Convention the latter can be assumed to be part of his domestic law so that additional reference to it could be considered as superfluous at first, and/or for the reference to make sense, as an exclusion of the CISG. But the application of the Convention does in no way make the application of the other parts of the national law irrelevant [...]. Therefore, it must be recommended to the parties to determine the national law that is applicable in addition to the Convention [...] so that they can avoid the uncertainties involved in determining that law, using the conflict-of-law norms.'

<sup>632)</sup> For this solution, see FERRARI, *supra* note 159, at 118; Holthausen, *supra* note 619, at 516.

<sup>633)</sup> See also MAGNUS, *supra* note 156, at 105 ff.

<sup>634)</sup> For a very detailed discussion of the possibility of implicitly excluding the application of both the *Ullis* and *Ulf*, among others by adopting standard contract forms, see, e.g., Friedrich Graf van Westphalen, *Allgemeine Geschäftsbedingungen und Einheitliches Kaufgesetz (EKG)*, in *EINHEITLICHES KAUFRECHT UND NATIONALES OBLIGATIONENRECHT*, *supra* note 16, 49 ff.; Rainer Hausmann, *Stillschweigender Ausschluß der Einheitlichen Kaufgesetze durch allgemeine Geschäftsbedingungen*, *RECHT DER INTERNATIONALEN WIRTSCHAFT* 186 ff. (1977); Gert Reinhart, *Erschwelter Ausschluß der Anwendung des Einheitlichen Kaufgesetzes*, *PRAXIS DES INTERNATIONALEN PRIVAT- UND VERFAHRENSRECHTS* 288 ff. (1986).

<sup>635)</sup> For a similar statement, see also Herrmann, *supra* note 290, at 95-96.

<sup>636)</sup> The possibility of an implicit exclusion of the Convention's application by the use of standard contract forms has also been favored by Bonell, *supra* note 590, at 56-57, stating that '[...] the use of general conditions or of standard from contracts whose content is influenced by principles and rules typical of the domestic law of a particular State, is certainly an element from which one could infer the intention of the parties to have that domestic law rather than the Convention govern their contract. Before reaching such a conclusion, however, due consideration should be given to other circumstances of the case.' This view is shared by other authors as well; see, e.g., AUDIT, *supra* note 38, at 39; Huber, *supra* note 270, at 426; SCHLECHTRIEM, *supra* note 187, at 21.

<sup>637)</sup> See also MAGNUS, *supra* note 156, at 108, stating that contracts standard forms which contrast with specific provisions of the CISG should not per se be looked upon as excluding the CISG as a whole. This was true under the Hague Conventions as well; see, for instance, OLG Hamm, May 7, 1979, reported in SCHLECHTRIEM & MAGNUS, *supra* note 168, at 141 f.

<sup>638)</sup> For a similar solution, see ENDERLEIN & MASKOW, *supra* note 58, at 49 (stating that '[o]n no account can the exclusion of the Convention be deduced merely from agreement of such terms of contract which contradict specific provisions because deviating individual exclusions are indeed compatible

Furthermore, the choice of a forum as well can lead to the exclusion of the Convention's application,<sup>639)</sup> and the same is true with reference to the choice of an arbitration tribunal,<sup>640)</sup> provided that two requirements are met: (a) one must be able to infer from the parties' choice their clear intention to have the domestic law of the State where the forum or arbitral tribunal is located govern their contract,<sup>641)</sup> and (b) the forum or arbitral tribunal must not be located in a Contracting State,<sup>642)</sup> otherwise the Vienna Sales Convention is applicable.<sup>643)</sup>

Finally, the parties can implicitly exclude the Convention's application by agreeing that specific issues of their contract be subject to specific provisions of a law different than the Uniform Sales Law, provided, however, that those issues are fundamental ones<sup>644)</sup> and that from the subjection of those issues to a domestic sales law one can infer the parties' clear intention to have the contract governed by a law different from the uniform one, as pointed out by various court decisions rendered in respect of the Hague Conventions.<sup>645)</sup>

It is, however, not always necessary that the parties agree upon the exclusion of the CISG for it to be inapplicable.<sup>646)</sup> Indeed, the buyer can exclude the CISG unilaterally: by declaring that the goods are bought for personal use. According to Article 2(a) CISG, a similar statement will lead to the exclusion of the CISG's applicability.

### 4. Express Exclusions of the Vienna Sales Convention

In addition to problems concerning the implicit exclusion of the Vienna Sales Convention, problems can also arise with respect to its explicit exclusion. In this respect, two lines of cases have to be distinguished: the exclusion with and the exclusion without indication of the law applicable to the contract between the parties.<sup>647)</sup>

*Nulla quaestio* in the case in which the Convention's application is excluded with the

with the CISG'). This view is also held by FERRARI, *supra* note 159, at 119; Witz, *supra* note 592, at 111.

<sup>639)</sup> Note to this regard that it has been asserted that '[i]f the parties have not provided otherwise, but have included a choice of forum clause, courts are inclined to rule that the choice of forum indicates a choice of that jurisdiction's substantive law.' Ronald A. Brand, *Nonconvention Issues in the Preparation of Transnational Sales Contracts*, 8 JOURNAL OF LAW AND COMMERCE 145, 167 (1988).

For practical applications of the aforementioned tendency, see *Tzorzis v. Monard Line AIB*, [1968] W.L.R. 406, 411-412 (C.A.); *Bremen v. Zapata Off-Shore Co.*, 407 U.S. 1, 14 note 15 (1972).

<sup>640)</sup> For this conclusion, see Holthausen, *supra* note 619, at 517-518; MAGNUS, *supra* note 156, at 107.

<sup>641)</sup> Several authors have pointed out that, even though the choice of a forum or of an arbitral tribunal may indicate the parties' intention to exclude the Vienna Sales Law, that choice by itself is not sufficient to bar the Convention's application; for similar affirmations, see HERBER & CZERWENKA, *supra* note 43, at 43 (stating that an arbitration clause or the choice of a forum *might* indicate the parties' intention to exclude the Convention); Huber, *supra* note 270, at 426 (stating that the choice of an arbitral tribunal by itself does not lead to the exclusion of the Convention); SCHLECHTRIEM, *supra* note 92, at 35 (stating that the choice of an arbitral tribunal does not by itself imply that the parties wish to exclude the Convention's application).

<sup>642)</sup> For this conclusion, see FERRARI, *supra* note 159, at 120; Herber, *supra* note 590, at 87; MAGNUS, *supra* note 156, at 107.

<sup>643)</sup> For this solution see GERHARD WALTER, *KAUFRECHT. HANDBUCH DES SCHULDRECHTS* 632 (1987, Tübingen) (stating that whenever the arbitral tribunal chosen by the parties is located in a Contracting State, the Vienna Sales Convention applies).

<sup>644)</sup> For this prerequisite, see Herber, *supra* note 590, at 87.

<sup>645)</sup> See, e.g., BGH, November 26, 1980, published in *NEUE JURISTISCHE WOCHENSCHRIFT* 1156 f. (1981); LG Bamberg, October 12, 1983, published in *PRAXIS DES INTERNATIONALEN PRIVAT- UND VERFAHRENSRECHTS* 266 f. (1984).

<sup>646)</sup> See, however, Herber, *supra* note 590, at 84, stating that the exclusion has to result from two manifestations of will.

<sup>647)</sup> For this distinction, see FERRARI, *supra* note 159, at 121.

indication of the applicable law, indication which can, not unlike under the Hague Conventions,<sup>648)</sup> also be made in the course of a legal proceeding, at least where this is admissible by virtue of the applicable rules of civil procedure,<sup>649)</sup> even though the parties will normally make their choice before the conclusion of the contract.<sup>650)</sup> In this case, the judge has to apply the law chosen by the parties,<sup>651)</sup> and it is this law on the basis of which he has to decide upon the validity of the choice of law, at least where the applicable rules of private international law correspond to those laid down in the 1980 Rome Convention.<sup>652)</sup> Where the parties' choice of law is invalid, the contract should be governed by the law to be determined on the basis of the rules of private international law of the forum,<sup>653)</sup> rather than by the Vienna Sales Convention.<sup>654)</sup>

*Quid iuris*, however, in the case of an express exclusion without indication of the applicable law?<sup>655)</sup> In this case, the preferable view, held by most legal scholars,<sup>656)</sup> is the

<sup>648)</sup> Under the 1964 Hague Conventions, the indication of the applicable law could be made during the legal proceeding; for a reference to this rule in respect of Ulis and Ulf, see Volker Stötter, *Stillschweigender Ausschluß der Anwendbarkeit des internationalen Kaufabschlußübereinkommens und des Einheitlichen Kaufgesetzes*, RECHT DER INTERNATIONALEN WIRTSCHAFT 37, 38 (1980); Christoph von der Seipen, *Zum Ausschluß des Einheitlichen Kaufrechts im deutsch-englischen Rechtsverkehr*, PRAXIS DES INTERNATIONALEN PRIVAT- UND VERFAHRENSRECHTS 244, 246 (1984).

For judicial applications of this principle, see, e.g., BGH, November 26, 1980, published in NEUE JURISTISCHE WOCHENSCHRIFT 1156, 1156 (1981); BGH, October 26, 1983, REPRODUCED IN RECHT DER INTERNATIONALEN WIRTSCHAFT 151 (1984).

<sup>649)</sup> In Germany, for instance, it is commonly understood that the indication of the applicable law can also be made after the legal proceeding has started; for this affirmation, see, in legal writing, CZERWENKA, *supra* note 194, at 169-170; Holthausen, *supra* note, at 515; Ulrich Magnus, *Zum räumlich-internationalen Anwendungsbereich des UN-Kaufrechts und zur Mängelrüge*, PRAXIS DES INTERNATIONALEN PRIVAT- UND VERFAHRENSRECHTS 390, 391 (1993).

Most recently, the foregoing principle was applied in OLG Düsseldorf, January 8, 1993, published in PRAXIS DES INTERNATIONALEN PRIVAT- UND VERFAHRENSRECHTS 412 (1993).

<sup>650)</sup> In this respect, it has been stated that '[o]ne might expect that, in practice, the parties would normally indicate their intention at the beginning of their negotiations, or at least before the contract is concluded. Nonetheless, there is nothing to prevent them from deciding at a later stage, even after the initiation of a legal proceeding relating to their contract [...]. It should, however, be borne in mind that any exclusion of or derogation from the Convention agreed upon after the conclusion of the contract amounts to a modification of the contract, which in some cases may require a particular form.' Bonell, *supra* note 590, at 58.

<sup>651)</sup> For this solution see also Sacerdoti, *supra* note 107, at 746.

<sup>652)</sup> Although it is common knowledge that the question of whether the parties' choice of law is valid falls outside the sphere of application of the Convention, there is uncertainty about the law on the basis of which to decide whether the parties have validly excluded the Convention, as has been pointed out, for instance, by Bonell, *supra* note 590, at 60-61 (stating that '[...] given the special nature of a choice-of-laws clause, it is uncertain whether the validity of the parties' consent is to be decided according to the proper law as objectively determined, the law chosen by the parties, or the substantive rules of the forum.' In this respect, '[...] see Article 10 of the 1985 Hague Convention on the Law Applicable to Contracts for the International Sale of Goods, according to which whenever the parties' agreement as to the applicable law is either express or clearly demonstrated by the terms of the contract and the conduct of the parties, the existence and validity of that agreement shall be determined by the law chosen'). Id.

<sup>653)</sup> This solution is shared by Bonell, *supra* note 590, at 61; FERRARI, *supra* note 159, at 121.

<sup>654)</sup> See, however, HERBER & CZERWENKA, *supra* note 43, at 44 (favoring the view according to which the invalidity of the parties' choice of law leads to the application of the Vienna Sales Convention).

<sup>655)</sup> Note, that according to some authors a choice of law without indication of the applicable law was considered inadmissible; for this view, see, e.g., Rabel, *supra* note 164, at 53.

*Contra*, in the sense that this view is no longer tenable, see most recently Michael J. Bonell, *UN-Kaufrecht und das Kaufrecht des Uniform Commercial Code im Vergleich*, RABELSZ 20,28 (1994).

one according to which 'if the parties merely agree that the Convention does not apply, rules of private international law would determine the applicable domestic law.'<sup>657)</sup> And whenever these rules refer to the law of a Contracting State, its domestic sales law, not the uniform one, should apply.<sup>658)</sup>

Undoubtedly, this rule applies in the cases in which the Convention is excluded *in toto*.<sup>659)</sup> However, its application to the cases in which the Convention's application is excluded only partially created disagreement among legal scholars. Some authors favor the view according to which the issues dealt with in the excluded provisions must be settled, according to Article 7(2) of the CISG,<sup>660)</sup> in conformity with the Convention's general principles.<sup>661)</sup> The better view seems to be the contrary: the rules to substitute the excluded CISG provisions are to be determined, not unlike in case of an exclusion *in toto* of the Convention, by applying the rules of private international law (of the forum State)<sup>662)</sup> – without resorting to the general principles of the CISG – otherwise the exclusion would have no practical meaning. Indeed, it would make little sense to substitute specific solutions provided for by the Convention and which, therefore, are necessarily in conformity with its general principles, with solutions '[...] in conformity with the general principles on which [the Convention] is based.'<sup>663)</sup>

## 5. Applicability of the CISG and Opting-In

As stated, the Vienna Sales Convention expressly provides for the parties' possibility of excluding its application.<sup>664)</sup> On the contrary, the Convention does not address the issue of whether the party may make the Convention applicable when it would otherwise not apply,<sup>665)</sup> that is, where the prerequisites for its application are not met.<sup>666)</sup>

<sup>656)</sup> This solution has been favored, for instance, by HERBER & CZERWENKA, *supra* note 43, at 41-42; Sacerdoti, *supra* note 107, at 746; SCHLECHTRIEM, *supra* note 187, at 21.

<sup>657)</sup> HONNOLD, *supra* note 25, at 126.

For the same conclusion, see also Bonell, *supra* note 593, at 19 (stating, however, not only that in the cases in which the parties failed to indicate the applicable law, one must determine the applicable national law by resorting to the rules of private international law, but that those rules have to be the ones of the forum). For similar conclusions, see also FERRARI, *supra* note 159, at 122; MAGNUS, *supra* note 156, at 104.

<sup>658)</sup> For this solution, see also FERRARI, *supra* note 159, at 122; Herber, *supra* note 590, at 85; KAROLUS, *supra* note 59, at 38; MAGNUS, *supra* note 156, at 104; SIEHR, *supra* note 145, at 600.

<sup>659)</sup> For this affirmation, see also Bonell, *supra* note 590, at 59.

<sup>660)</sup> See Article 7(2) CISG: 'Questions concerning matters governed by this Convention which are not expressly settled in it are to be settled in conformity with the general principles on which it is based or, in the absence of such principles, in conformity with the law applicable by virtue of the rules of private international law.'

<sup>661)</sup> For this view, see, e.g., Bonell, *supra* note 590, at 59; Herber, *supra* note 590, at 88-89; HERBER & CZERWENKA *supra* note 43, at 42; HEUZE, *supra* note 177, at 83; MAGNUS, *supra* note 156, at 109.

<sup>662)</sup> The author has already expressed this view in FERRARI, *supra* note 159, at 122.

<sup>663)</sup> Article 7(2) CISG.

<sup>664)</sup> See *supra* the text accompanying notes 587 & 588.

<sup>665)</sup> For a discussion of this problem, see also AUDIT, *supra* note 38, at 40; FERRARI, *supra* note 159, at 124-126.

<sup>666)</sup> Note, that according to Bonell, *supra* note 590, at 63-64, the issue of the possibility of 'opting-in' arises only where State courts are involved, since generally the parties are not allowed to select by virtue of an 'internazionalrechtliche' choice of law directly an international convention, instead of a particular domestic law. 'The situations may be different if the parties agree to submit the disputes arising from their contract to arbitration. Arbitrators are not necessarily bound by a particular domestic law. This is self-evident, if they are authorized by the parties to decide *ex aequo et bono* [...]. But even in the absence of such an authorization there is a growing tendency to permit arbitrators to base their decisions on principles and rules different from those adopted by State

This gap did not exist in the Ulis which contained a provision, Article 4,<sup>667)</sup> that expressly provided for the parties' possibility of 'opting-in'.<sup>668)</sup> However, this omission should not be interpreted as preventing the parties from being entitled to do so.<sup>669)</sup> This is evidenced by the fact that the proposal (made by the German Democratic Republic),<sup>670)</sup> according to which the Convention should apply even where the preconditions for its application are not met, was rejected on the sole ground that to get to the admission of such possibility, an express provision was not necessary,<sup>671)</sup> because of the already existing principle of party autonomy.<sup>672)</sup> As far as the significance of the parties' 'opting-in' is concerned, it must be emphasized that by virtue of the 'opting-in', the Convention becomes part of the contract not unlike any other contractual clause,<sup>673)</sup> consequently, it must be presumed, that '[t]he mandatory rules of the applicable law are [...] not affected by this [opting-in].'<sup>674)</sup>

courts. This tendency has recently received a significant confirmation by the Uncitral Model Law on International Commercial Arbitration, where it is expressly stated that '[t]he arbitral tribunal shall decide the dispute in accordance with such rules of law as are chosen by the parties as applicable to the substance of the dispute' (Article 28(1)) [...]. Following this approach the parties to an international contract would be free to indicate in the Convention the 'rules of law' according to which the arbitrators shall decide any dispute, with the result that the Convention would directly apply regardless of whether or not the positive and negative conditions for its application are fulfilled in the single case.'

In this regard, *see also supra*, the text accompanying notes 307-319.

<sup>667)</sup> See Article 4 Ulis: 'The present law shall also apply where it has been chosen as the law of the contract by the parties, whether or not their places of business or their habitual residences are in different States and whether or not such States are Parties to the Convention dated the 1st day of July 1964 relating to a Uniform Law on the International Sale of Goods, to the extent that it does not affect the application of any mandatory provisions of the law which would have been applicable if the parties had not chosen the Uniform Law.'

<sup>668)</sup> For a reference to Article 4 of Ulis in scholarly writing, *see, e.g.*, HERBER & CZERWENKA, *supra* note 43, at 45; HONNOLD, *supra* note 25, at 129-130.

<sup>669)</sup> For the possibility of 'opting-in', *see also* ENDERLEIN & MASKOW, *supra* note 58, at 51 (stating that '[...] the Convention can be interpreted in such a way that its application [...] can be agreed. In this case the substantive and territorial, and hence personnel and time scope of application, can be extended'); SCHLECHTRIEM, *supra* note 92, at 36 (stating that '[n]ot only can the parties agree to reject the application of the Convention, but they can also agree to apply the Convention when the preconditions for application have not been met'); Winship, *supra* note, at 1.34 (stating that '[a]lthough the conference rejected an amendment which would have expressly permitted parties to derogate from Articles 2 and 3 the debate suggests that delegations could not agree on how to express the limitations on party autonomy required by 'mandatory' national laws. Parties should not be foreclosed, therefore, from agreeing to have the convention apply to a transaction otherwise excluded as long as the policy behind the specific exclusion is not contravened').

<sup>670)</sup> For this proposal, *see* OFFICIAL RECORDS OF THE UNITED NATIONS CONFERENCE, *supra* note 27, at 86 (reporting the proposal according to which Article 6 should have been amended as follows: 'Even if this Convention is not applicable in accordance with articles 2 or 3, it shall apply if it has been validly chosen by the parties').

<sup>671)</sup> For a similar reasoning, *see* FERRARI, *supra* note 159, at 125; HONNOLD, *supra* note 25, at 130; MAGNUS, *supra* note 156, at 111-112.

<sup>672)</sup> For this argument, *see, e.g.*, the considerations of the delegate of the Republic of Korea at the Vienna Conference, reported in OFFICIAL RECORDS OF THE UNITED NATIONS CONFERENCE, *supra* note 27, at 252 (stating that '[...] the provision proposed by the German Democratic Republic was not necessary because of the principle of the autonomy of the will of the parties. It [is] thus always possible for the parties to decide to apply the Convention, even in the cases covered by article 2 and 3').

<sup>673)</sup> For a similar statement, *see* AUDIT, *supra* note 38, at 40; Luzzatto, *supra* note 21, at 511-512.

<sup>674)</sup> ENDERLEIN & MASKOW, *supra* note 58, at 51.

For a similar conclusion, *see* Bonell, *supra* note 593, at 19 (stating that the result of the parties' 'opting-in' '[...] will be that the individual provisions of the Convention like any other con-

## 6. Summary

In order to decide whether the Vienna Sales Convention is applicable, it is not sufficient, unlike under the 1964 Hague Conventions,<sup>675)</sup> to consider the internationality of the sales contract.<sup>676)</sup> Indeed, in order for the CISG to be applicable, a substantial relation between the contract and a State which has ratified or acceded to it is required (Article 1).<sup>677)</sup> Furthermore, the Convention governs the contract only where its application is not excluded either by virtue of party autonomy (Article 6)<sup>678)</sup> or by virtue of the Convention itself (Article 2).<sup>679)</sup>

However, the existence of all preconditions for application does not mean that all the issues arising from an international sales contract are governed by the Convention. There are, indeed, issues expressly excluded from the sphere of application of the Convention. To that regard, Article 4 of CISG<sup>680)</sup> states that both the validity of the contract<sup>681)</sup> and the transfer of property<sup>682)</sup> are not governed by the Convention.<sup>683)</sup>

tractual term may bind the parties only to the extent that they are not contrary to mandatory rules of the proper law of contract, i.e., the domestic law which by virtue of the rules of private international law of the forum governs the transaction in question'; Grigera Naon, *supra* note 147, at 101 (stating the same); HERBER & CZERWENKA, *supra* note 43, at 45 (stating the same); HONNOLD, *supra* note 25, at 134 (stating that '[r]ules of domestic law that are 'mandatory' are not disturbed when the Convention becomes applicable by virtue of an agreement by the parties'); MAGNUS, *supra* note 156, at 111; Sacerdoti, *supra* note 107, at 746 (stating the same).

Note, however, that a similar statement had already been made at the Vienna Conference; *see* OFFICIAL RECORDS OF THE UNITED NATIONS CONFERENCE, *supra* note 27, at 252, reporting the Egyptian delegate's statement: '[t]he draft amendment was an attractive one but was unnecessary because of the principle of the autonomy of the will of the parties. If the latter agreed to apply the Convention, even in cases where it would normally not apply, their wish should be respected. Naturally, if the applicable law did not admit certain provisions of the Convention, that law would prevail. But it was not for the Convention to settle this question.'

<sup>675)</sup> See the text accompanying note 116.

<sup>676)</sup> See *supra* the text accompanying note 205.

<sup>677)</sup> For a similar affirmation, *see* Winship, *supra* note 122, at 1.26, stating that '[n]ot all contracts for the international sale of goods will be governed by the Vienna Convention because [...] the 1980 Convention requires a substantial relation between a transaction and a State which has ratified or acceded to the convention before its provisions govern the transaction.'

<sup>678)</sup> See *supra* the text accompanying notes 586-663.

<sup>679)</sup> See *supra* the text accompanying notes 451-585.

<sup>680)</sup> For the text of Article 4 CISG, *see supra* note 630.

<sup>681)</sup> In respect of the question how to define 'validity' under the CISG, it has been stated that '[t]here is consensus among commentators that the law governing fraud, duress and certain other matters - including capacity to contract and agent's authority, illegal contracts, and unconscionability - are matters of 'validity' governed by the applicable domestic law rather than the CISG.' Flachner, *supra* note 68, at 166. (footnotes omitted)

For a detailed discussion of the problems related to the definition of validity, as well as of those concerning the relation between domestic law and the Uniform Sales Law, *see, e.g.*, Helen E. Hartnell, *Rousing the Sleeping Dog: The Validity Exception to the Convention on Contracts for the International Sale of Goods, April 11, 1980, and Swiss Contract Law*, 20 VAND. J. TRANSNAT'L L. 639 (1987); Christoph R. Heiz, *Validity of contracts under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, April 11, 1980, and Swiss Contract Law*, 20 VANDERBILT JOURNAL OF TRANSNATIONAL LAW 639 ff. (1987); Peter Huber, *UN-Kaufrecht und Irrtumsanfechtung*, ZEITSCHRIFT FÜR EUROPÄISCHES PRIVATRECHT 585 ff. (1994); Rudolf Lessiak, *UNCITRAL-Kaufrechtsübereinkommen und Irrtumsanfechtung*, JURISTISCHE BLÄTTER 487 (1989).

<sup>682)</sup> For a detailed discussion of the problems caused by this exclusion, *see, e.g.*, FERRARI, *supra* note 159, at 88-94; Sampson, *supra* note 338, at 143 ff.

<sup>683)</sup> Note, however, that the issues concerning the statute of frauds are dealt with by the Convention (Article 11-13), even though they are generally considered as being validity issues. For a similar affirmation, *see* FERRARI, *supra* note 159, at 215; HERBER & CZERWENKA, *supra* note 43, at 33; REINHART, *supra* note 139, at 39.

Moreover, Article 5 of the CISG<sup>684)</sup> states that the Convention does not deal with the liability of the seller for death or personal injury caused by the goods to any person.<sup>685)</sup>

Thus, a first conclusion can be drawn: the most important issue is the one of the Convention's applicability. This is why the knowledge of the rules dealing with its sphere of application are (and always will be) essential to the Convention's application.

## VII. THE EXAMINATION AND NOTIFICATION IN CASE OF NON-CONFORMITY OF THE GOODS

### I. Introduction

One of the most important issues of the CISG – apart, of course, from its applicability – appears to be the issue of the examination of the goods bought and the notice to be given to the seller in case of non-conformity of the goods,<sup>686)</sup> for which the CISG provides an exhaustive set of rules<sup>687)</sup> derived from its predecessor, the Uliis.<sup>688)</sup> The complexity as well as the importance of this issue<sup>689)</sup> becomes apparent, if one considers the consequences of the lack of a proper notification, an issue which was very much debated during the 1980 Diplomatic Conference,<sup>690)</sup> as evidenced by the OFFICIAL RECORDS OF THE UNITED NATIONS CONFERENCE.<sup>691)</sup> According to the wording of Article 39 CISG,<sup>692)</sup> it appears that the failure to give proper notice not only [...] would bar the full range of remedies: a claim for damages (Art. 45(1)(b) and 74-77),

<sup>684)</sup> See Article 5 CISG: 'This Convention does not apply to the liability of the seller for death or personal injury caused by the goods to any person.'

<sup>685)</sup> For a discussion of the issues arising from Article 5 CISG, see Rolf Herber, *UN-Kaufrechtsübereinkommen: Produkthaftung – Verjährung*, MONATSSCHRIFT FÜR DEUTSCHES RECHT 105 ff. (1993); Dirk Otto, *Produkthaftung nach dem UN-Kaufrecht*, MONATSSCHRIFT FÜR DEUTSCHES RECHT, 533 ff. (1992); Dirk Otto, *Nochmals: UN-Kaufrecht und EG-Produkthaftungsrichtlinie*, MONATSSCHRIFT FÜR DEUTSCHES RECHT 306 ff. (1993); Peter Schlechtriem, *The Borderland of Tort and Contract – Opening a New Frontier?*, 21 CORNELL INTERNATIONAL LAW JOURNAL 467 ff. (1988).

<sup>686)</sup> For a similar affirmation, see MAGNUS, *supra* note 156, at 316, stating that the obligation to notify the seller in case of lack of conformity of the goods bought is one of the most important practical issues of the CISG; under the 1964 Uniform Sales Law, about one fourth of all the published court decisions dealt with the notification of the buyer.

<sup>687)</sup> For this affirmation, see Reinhard Resch, *Zur Rüge bei Sachmängeln nach UN-Kaufrecht*, ÖSTERREICHISCHE JURISTENZEITUNG 470, 470 (1992).

<sup>688)</sup> See HERBER & CZERWENKA, *supra* note 43, at 181, stating that Article 39 CISG is based upon Article 39 Uliis, but that there are some differences. Indeed, Article 39(2) Uliis was not retained. Thus, unlike under the Uliis, under the CISG it is not necessary that '[i]n giving the notice to the seller of any lack of conformity, the buyer shall [...] invite the seller to examine the goods or to cause them to be examined by his agent.' Article 39(2) Uliis.

<sup>689)</sup> See, e.g., SCHLECHTRIEM, *supra* note 187, at 60.

<sup>690)</sup> For this statement, see also SCHLECHTRIEM, *supra* note 92, at 70, stating that '[o]ne of the [1980 Diplomatic] Conference's most difficult problems concerned the consequences of failing to give timely notice of non-conformity.' For a similar statement, see Eörsi, *supra* note 274, at 350, where the author states that 'one of the most dramatic debates at the U.N. Conference concerned the procedure in cases of nonconformity.'

<sup>691)</sup> See, e.g., OFFICIAL RECORDS OF THE UNITED NATIONS CONFERENCE, *supra* note 27, at 320 ff. & 345 ff.

<sup>692)</sup> See Article 39 CISG: '(1) The buyer loses the right to rely on a lack of conformity of the goods if he does not give notice to the seller specifying the nature of the lack of conformity within a reasonable time after he has discovered it or ought to have discovered it.

(2) In any event, the buyer loses the right to rely on a lack of conformity of the goods if he does not give the seller notice thereof at the latest within a period of two years from the date on which the goods were actually handed over to the buyer, unless this time limit is inconsistent with a contractual period of guarantee.'

requiring performance by the seller (Art. 46), avoidance of the contract (Art. 49) and reduction of the price (Art. 50),<sup>693)</sup> but also that it would exclude all claims after two years, independently from whether the non-conformity was discoverable during that time.<sup>694)</sup> However, Article 39 cannot be considered alone.<sup>695)</sup> Indeed, the CISG contains two provisions, Articles 40<sup>696)</sup> and 44<sup>697)</sup>, which mitigate the rigor of the foregoing provision and which were introduced upon the insistence of the developing countries,<sup>698)</sup> which considered the loss of all rights and the absolute exclusion of all claims after two years as being too harsh a solution.<sup>699)</sup> This is why one will focus not only on Article 39, but also on the Articles with which it is interrelated, such as the aforementioned ones, as well as Article 38, which stresses the importance of a timely examination of the goods, which, however, is relevant 'only for the preparation of notification that Article 39 requires.'<sup>700)</sup>

### 2. The Occasion which Triggers the Need to Notify

At this point, it is important to examine when the buyer is required to notify sellers of the lack of conformity. In this regard, it has been said that the concept of 'lack of conformity'<sup>701)</sup> relevant under Article 39 CISG is to be derived from Article 35

<sup>693)</sup> HONNOLD, *supra* note 25, at 337, where the author also states that under the language of Article 39 'a seller's action to recover the price would not be subject to a set-off or counterclaim based on a defect which the buyer knew or ought to have discovered if the buyer fails to notify the seller within the periods stated in Article 39.' (footnote omitted)

<sup>694)</sup> See SCHLECHTRIEM, *supra* note 92, at 70.

<sup>695)</sup> For a similar statement, see also HONNOLD, *supra* note 25, at 331, stating that Article 39 CISG is interrelated with other Articles, that they have to be considered as a group.

<sup>696)</sup> See Article 40 CISG: 'The seller is not entitled to rely on the provisions of Article 38 and 39 if the lack of conformity relates to facts of which he knew or could not have been unaware and which he did not disclose to the buyer.'

<sup>697)</sup> See Article 44 CISG: 'Notwithstanding the provisions of paragraph (1) of Article 39 and paragraph (1) of Article 43, the buyer may reduce the price in accordance with Article 50 or claim damages, except for loss of profit, if he has a reasonable excuse for his failure to give notice.'

<sup>698)</sup> See Elizabeth Hayes Patterson, *United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: Unification and the Tension Between Compromise and Domination*, 22 STANFORD JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW 263, 289 (1986).

<sup>699)</sup> See also HENRY GABRIEL, PRACTITIONER'S GUIDE TO THE CONVENTION ON CONTRACTS FOR THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS (CISG) AND THE UNIFORM COMMERCIAL CODE (UCC) 117-118 (1994), where the author states that 'Articles 40 and 44 modify the harshness of the consequences to the buyer who fails to give notice in conjunction with Article 39.'

<sup>700)</sup> Gabriel, *supra* note 699, at 115.

<sup>701)</sup> For a detailed discussion of the conformity of goods under the CISG and the seller's liability in case of non-conformity, see, among others, Richard Hyland, *Liability of the Seller for Conformity of the Goods under the UN Convention (CISG) and the Uniform Commercial Code*, in EINHEITLICHES KAUFRECHT UND NATIONALES OBLIGATIONENRECHT, *supra* note 16, 305 ff.

CISG.<sup>702)</sup> According to this provision,<sup>703)</sup> there is lack of conformity,<sup>704)</sup> for example, when there is a defect in quality, as in cases<sup>705)</sup> where shoes bought do not have the color agreed upon in the contract,<sup>706)</sup> or where their front part has an ornament the parties had not agreed upon.<sup>707)</sup> However, according to a very recent German Supreme Court decision, there is no lack of quality where mussels bought contain a quantity of dangerous substance higher than that indicated as a limit by the government of the country where the buyer has its place of business.<sup>708)</sup>

Furthermore, there is lack of conformity, not unlike under the Uliis,<sup>709)</sup> where there is a defect in respect of the quantity, the description and the packaging of the goods,<sup>710)</sup> independently from the circumstances originating the defects.<sup>711)</sup> And even though Article 39 CISG merely refers to the 'lack of conformity of the goods,' it is here suggested that the notice requirement also applies where the defect relates to the

<sup>702)</sup> For a similar statement, see, for instance, HONNOLD, *supra* note 25, at 334, where the author states – in respect of the 'nonconformity' of goods – that '[t]he area embraced by this concept is defined in Article 35.' For a similar statement, see also HERBER & CZERWENKA, *supra* note 43, at 182.

<sup>703)</sup> See Article 35 CISG: '(1) The seller must deliver the goods which are of the quantity, quality and description required by the contract and which are contained or packaged in the manner required by the contract.

(2) except where the parties have agreed otherwise, the goods do not conform with the contract unless they:

(a) are fit for the purposes for which the goods of the same description would ordinarily be used;

(b) are fit for any particular purpose expressly or impliedly made known to the seller at the time of the conclusion of the contract except where the circumstances show that the buyer did not rely, or that it was unreasonable for him to rely, on the seller's skill and judgment;

(c) possess the qualities of goods which the seller has held out to the buyer as a sample or model;

(d) are contained or packaged in the manner usual for such goods or, where there is no such manner, in a manner adequate to preserve and protect the goods.

(3) The seller is not liable under subparagraph (a) to (d) of the preceding paragraph for any lack of conformity of the goods if at the time of the conclusion of the contract the buyer knew or could not have been unaware of such lack of conformity.

<sup>704)</sup> For papers written on the lack of conformity, see, among others, Marino Bin, *La non conformità dei beni nella convenzione di Vienna sulla vendita internazionale*, RIVISTA TRIMESTRALE DI DIRITTO E PROCEDURA CIVILE ff. (1990); Luciana Cabella Pisu, *La 'mancanza' di conformità: il modello della Convenzione e la tradizione giuridica italiana*, in LA VENDITA INTERNAZIONALE, *supra* note 32, 359 ff.; Denis Tallon, *La consécration de la notion de conformité après la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises*, in GEDACHTNISCHRIFT FÜR LEONTIN-JEAN CONSTANTINESCO 753 ff. (Köln, 1983); René Wyler, *Garantie, conformité et inspection des marchandises dans la vente internationale. Etude de la convention de Vienne*, in FESTSCHRIFT FÜR GILLIARD 175 ff. (Tolochenaz, 1987).

<sup>705)</sup> For a gathering of cases concerning the non-conformity of goods, see WITZ, *supra* note 68, at 86.

<sup>706)</sup> See OLG Frankfurt a.M., January 18, 1994, published in NEUE JURISTISCHE WOCHENSCHRIFT 1013 ff. (1994).

<sup>707)</sup> See LG Aachen, April 3, 1990, published in RECHT DER INTERNATIONALEN WIRTSCHAFT 491 f. (1990).

<sup>708)</sup> See BGH, March 8, 1995, published in RECHT DER INTERNATIONALEN WIRTSCHAFT 595 ff. (1995).

<sup>709)</sup> For cases specifying when there is lack of conformity under the Uliis, see SCHLECHTRIEM & MAGNUS, *supra* note 168, at 220-229.

<sup>710)</sup> For this statement, see GABRIEL, *supra* note 699, at 118; HONNOLD, *supra* note 25, at 334.

Note, however, that under the Uliis, defects in packaging were not always considered as defects in the sense of Article 33 Uliis; see, in this regard, Rechtbank Alkmaar, May 2, 1985, reported in SCHLECHTRIEM & MAGNUS, *supra* note 168, at 228-229.

<sup>711)</sup> See for this statement, Ingeborg Schwenzel, *Art. 39*, in KOMMENTAR ZUM EINHEITLICHEN UNKAUFRECHT, *supra* note 48, 357, 358.

For a judicial affirmation of this principle, see OLG Bamberg, February 23, 1979, published in RECHT DER INTERNATIONALEN WIRTSCHAFT 566 f. (1979), relating, however, to the Uliis.

documents rather than to the goods themselves,<sup>712)</sup> not unlike under the Uliis, on the grounds not only that 'the Convention is drafted on the assumption that goods will often be delivered by way of documents,'<sup>713)</sup> but also because otherwise Article 34 CISG<sup>714)</sup>, which allows for the seller's right to cure any lack of conformity in the documents, would have only scarce value.<sup>715)</sup>

*Quid iuris* where the seller delivers an *aliud*, i.e., goods quite different from those specified in the contract? Does the buyer in this case have to notify the seller in order not to lose the right to rely on the lack of conformity? Under the Uliis, this question did not cause any difficulties, since Article 33(b) Uliis<sup>716)</sup> expressly stated that the delivery of an *aliud* could be analogized to the delivery of non-conforming goods.<sup>717)</sup> Even though the CISG does not expressly provide for a similar solution, it must not be doubted that the notification requirement applies in this line of cases as well.<sup>718)</sup> Thus, '[n]otification must also be given where entirely different goods are delivered.'<sup>719)</sup> A different solution would contrast with the *ratio* of Article 39 CISG: the

<sup>712)</sup> For this solution, see also GABRIEL, *supra* note 699, at 118-119.

<sup>713)</sup> HONNOLD, *supra* note 25, at 334.

<sup>714)</sup> See Article 34 CISG: 'If the seller is bound to hand over documents relating to the goods, he must hand them over at the time and place and in the form required by the contract. If the seller has handed over documents before that time, he may, up to that time, cure any lack of conformity in the documents, if the exercise of this right does not cause the buyer unreasonable inconvenience or unreasonable expense. However, the buyer retains any right to claim damages as provided for in this Convention.'

<sup>715)</sup> For a similar suggestion, see also HONNOLD, *supra* note 25, at 334, where the author also suggests to apply the notice requirement to cases where the defect relates to the documents on the grounds that 'supplying the correct documents is part of the seller's obligation to deliver the goods [...]. Moreover, the provision in Article 34 allowing the seller to cure a defect in documents would be of little value unless the seller is notified of the defect.' (footnote omitted)

For this solution, see also ENDERLEIN ET AL., *supra* note 48, at 135; HERBER & CZERWENKA, *supra* note 43, at 160-161; MAGNUS, *supra* note 156, at 319.

<sup>716)</sup> See Article 33 Uliis: '(1) The seller shall not have fulfilled his obligation to deliver the goods where he has handed over:

(a) part only of the goods sold or a larger or a smaller quantity of the goods than he contracted to sell;

(b) goods which are not those to which the contract relates or goods of a different kind;

(c) goods which lack the qualities of a sample or model which the seller has handed over or sent to the buyer, unless the seller has submitted it without any express or implied undertaking that the goods would conform therewith;

(d) goods which do not possess the quantities necessary for their ordinary or commercial use;

(f) in general, goods which do not possess the qualities and characteristics expressly or impliedly contemplated by the contract.

(2) No difference in quantity, lack of part of the goods or absence of any quality or characteristic shall be taken into consideration where it is not material.'

<sup>717)</sup> See, e.g., Herbert Stumpf, *Art. 33*, in KOMMENTAR ZUM EINHEITLICHEN KAUFRECHT, *supra* note 166, 269, 271.

<sup>718)</sup> For this line of reasoning, see also Resch, *supra* note 687, at 471.

<sup>719)</sup> SCHLECHTRIEM, *supra* note 92, at 70. For this solution, see also Michael Binder, *Diskussionsbeitrag*, in DAS UNCITRAL-KAUFRECHT, *supra* note 119, 146, 146; Ebenroth, *supra* note 389, at 689; Ulrich Huber, *Die Haftung des Verkäufers für Verzug und Sachmängel nach dem Wiener Kaufrechtsübereinkommen*, ÖSTERREICHISCHE JURISTISCHE BLÄTTER 273, 278; Huber, *supra* note 270, at 483-484; Karollus, *supra* note, at 125-126; MAGNUS, *supra* note 156, at 319; Piltz, *supra* note 21, at 50; Elisabeth Stern, ERKLÄRUNGEN IM UNCITRAL-KAUFRECHT 73 (Vienna, 1990).

Contra, in the sense that he does not consider the delivery of an *aliud* as requiring a notification in order not to lose one's rights, Massimo Cesare Bianca, *Art. 35*, in COMMENTARY ON THE INTERNATIONAL SALES LAW, *supra* note 12, 268, 273-274; Franz Bydliński, *Diskussionsbeitrag*, in DAS UNCITRAL-KAUFRECHT, *supra* note 119, 137, 137; Loewe, *supra* note 346, at 51; Karl Neumayer, *Diskussionsbeitrag*, in DAS UNCITRAL-KAUFRECHT, *supra* note 119, 135, 136. For this line of reasoning, see also OFFICIAL RECORDS OF THE UNITED NATIONS CONFERENCE, *supra* note 27, at 29,

seller has to be put in a position where he can examine the goods in order to ascertain whether a claim is justified and, if so, cure any lack of conformity.<sup>720)</sup>

### 3. The Discovery of the Defect (Article 38)

Before discussing the time requirement for a proper notice as laid down in Article 39 CISG, it is useful to focus, at least briefly, on Article 38 CISG, this Article being prefatory to Article 39.<sup>721)</sup> Indeed, it is Article 38<sup>722)</sup> which, by laying down the rule according to which the buyer must examine the goods, or cause them to be examined, within as short a period of time as is practicable under the circumstances of the case, sets forth the time when the buyer ought to have discovered the defect,<sup>723)</sup> i.e., the time after the lapse of which the buyer has only a reasonable period of time within which to notify the seller of the lack of conformity in order not to lose his rights.<sup>724)</sup> It must be pointed out, however, that even though the examination of the goods generally constitutes a prerequisite for the application of the notice requirement, the lack thereof does not *per se*<sup>725)</sup> lead to the loss of the buyer's rights,<sup>726)</sup> not unlike under

stating that 'if the contract calls for the delivery of corn, the seller has not delivered if he provides potatoes'.

<sup>720)</sup> According to HONNOLD, *supra* note 25, at 333-334, as well, the *ratio* behind the notification requirement laid down in Article 39 CISG lies in the possibility for the seller, if the buyer notifies him promptly, '[to] inspect and test the goods to ascertain whether a claim is justified. Moreover, when the inspection shows that the goods are defective, the seller may be able to exercise its right to cure the defect.' See also Enderlein, *supra* note 326, at 170-171.

Note, that several recent court decisions have stated that the *ratio* behind Article 39 CISG is the need for the seller to be put in a position to know whether his claim for the payment of the price can be barred by any counterclaim; see, e.g. BGH, March 8, 1995, reprinted in RECHT DER INTERNATIONALEN WIRTSCHAFT 595, 597 (1995); OLG Düsseldorf, January 8, 1993, published in RECHT DER INTERNATIONALEN WIRTSCHAFT 325, 325 (1993). For this rationale behind the notice requirement, see, with reference, however, to the Uliis provisions, BGH, June 2, 1982, published in NEUE JURISTISCHE WOCHENSCHRIFT 2730, 2731 (1982); OLG Bamberg, February 23, 1979, published in RECHT DER INTERNATIONALEN WIRTSCHAFT 566, 567 (1979); OLG Köln, December 19, 1977, published in MONATSSCHRIFT FÜR DEUTSCHES RECHT 1023, 1023 (1980).

<sup>721)</sup> See, for instance, OFFICIAL RECORDS OF THE UNITED NATIONS CONFERENCE, *supra* note 27, at 34, which expressly states that Article 38 is prefatory to Article 39; see also SCHLECHTRIEM, *supra* note 92, at 69 (stating the same).

<sup>722)</sup> See Article 38 CISG: '(1) The buyer must examine the goods, or cause them to be examined, within as short a period as is practicable in the circumstances.

(2) If the contract involves carriage of the goods, examination may be deferred until after the goods have arrived at their destination.

(3) If the goods are redirected in transit or redispached by the buyer without a reasonable opportunity for examination by him and at the time of the conclusion of the contract the seller knew or ought to have known of the possibility of such redirection or redispach, examination may be deferred until after the goods have arrived at the new destination.'

<sup>723)</sup> This has been expressly pointed out by a recent German court decision; see, e.g., OLG Düsseldorf, January 8, 1993, published in RECHT DER INTERNATIONALEN WIRTSCHAFT 325 (1993).

<sup>724)</sup> For a similar statement evidencing the interrelationship of Articles 38 and 39, see OFFICIAL RECORDS OF THE UNITED NATIONS CONFERENCE, *supra* note 27, at 34: 'This article [38] is prefatory to article [39], which provides that if the buyer fails to notify the seller of lack of conformity of the goods within a reasonable period of time after he has discovered it or ought to have discovered it, he loses the right to rely on the lack of conformity. The time when the buyer is obligated to examine the goods under article [38] constitutes the time when the buyer 'ought to have discovered' the lack of conformity under article [39].'

<sup>725)</sup> See, however, HONNOLD, *supra* note 25, at 328, stating that the inspection of the goods constitutes 'a necessary step towards the timely notification of defects required by Article 39.'

<sup>726)</sup> For a similar statement, see also HERBER & CZERWENKA, *supra* note 43, at 175; MAGNUS, *supra* note 156, at 302-303.

the Uliis.<sup>727)</sup> This is true, for instance, where the buyer does not inspect the goods and the lack of conformity cannot be discovered by examining the goods.<sup>728)</sup> The contrary is true, too: '[i]f the buyer discovers a non-conformity without examining the goods, he [...] has to notify the seller.'<sup>729)</sup>

As far as the period of time is concerned within which the inspection must occur, it must be pointed out that Article 38 CISG, not unlike its predecessor, Article 38 Uliis, does not fix a specific time limit.<sup>730)</sup> However, the CISG's period of time differs from that provided for by Article 38 Uliis according to which the examination had to be made 'promptly',<sup>731)</sup> since it requires that the inspection be made within a 'short period'.<sup>732)</sup> Contrary to statements made by various commentators,<sup>733)</sup> an immediate examination is not necessary,<sup>734)</sup> although it surely would avoid all doubts.<sup>735)</sup> From what has just been said, it follows that one should refrain from applying solutions elaborated in respect of the time requirement set forth in Article 38 Uliis to that laid down in Article 38 CISG.<sup>736)</sup> Indeed, whereas the Uliis formula gave the same (*very short and rigid*)<sup>737)</sup> indication for every case and, thus, lacked flexibility,<sup>738)</sup> the [1980] Convention has adopted a more flexible criterion than Uliis, because it allows an appropriate reference to different situations.<sup>739)</sup> This does not mean, however, that all circumstances must be taken into consideration, but only the objective ones.<sup>740)</sup> Therefore, '[i]mpediments relating personally to the buyer or to those in

<sup>727)</sup> See BGH, June 2, 1982, published in PRAXIS DES INTERNATIONALEN PRIVAT- UND VERFAHRENSRECHTS 228 ff. (1983).

<sup>728)</sup> This was true under the Uliis, as expressly pointed out by a German Supreme Court decision; see BGH, June 2, 1982, published in PRAXIS DES INTERNATIONALEN PRIVAT- UND VERFAHRENSRECHTS 228 ff. (1983).

<sup>729)</sup> Enderlein, *supra* note 326, at 166.

<sup>730)</sup> This is why one cannot agree with Piltz, *supra* note 21, at 192, where the author states a rule according to which a period of time of 3 or 4 days is to be generally considered as being a 'short period' in the sense of Article 38 CISG.

<sup>731)</sup> See Article 38 Uliis: '(1) The buyer shall examine the goods, or cause them to be examined, promptly.

(2) In case of carriage of the goods the buyer shall examine them at the place of destination.

(3) If the goods are redispached by the buyer without transshipment and the seller knew or ought to have known, at the time when the contract was concluded, of the possibility of such redispach, examination of the goods may be deferred until they arrive at the new destination.

(4) The methods of examination shall be governed by the agreement of the parties or, in the absence of such agreement, by the law or usage of the place where the examination is to be effected.'

(emphasis added)

<sup>732)</sup> See Huber, *supra* note 270, at 482.

<sup>733)</sup> See Wolfgang Reishofer, *Diskussionsbeitrag*, in DAS UNCITRAL-KAUFRECHT, *supra* note 119, 134, 134; Ingeborg Schwenzer, Art. 38, in KOMMENTAR ZUM EINHEITLICHEN UN-KAUFRECHT, *supra* note 48, 347, 352.

<sup>734)</sup> See REINHART, *supra* note 139, at 92.

<sup>735)</sup> See, e.g. LG Aachen, April 3, 1990, published in RECHT DER INTERNATIONALEN WIRTSCHAFT, where the court states that the examination made the same day of the delivery is timely. But this does not surprise; see Resch, *supra* note 687, at 473.

<sup>736)</sup> For a similar conclusion, see also MAGNUS, *supra* note 156, at 307.

Note, however, that HERBER & CZERWENKA, *supra* note 43, at 177, state that from a substantial point of view the provisions of the Uliis and the CISG do not differ, and this is why the authors have recourse to case law concerning the Uliis when trying to determine the concept of the 'short period' of time referred to in Article 38 CISG.

<sup>737)</sup> See MAGNUS, *supra* note 156, at 307.

<sup>738)</sup> See also Massimo Cesare Bianca, Art. 38, in COMMENTARY ON THE INTERNATIONAL SALES LAW, *supra* note 12, 295, 299.

<sup>739)</sup> Id. at 296. For a similar conclusion, see also MAGNUS, *supra* note 156, at 307.

<sup>740)</sup> For this assertion, see Bianca, *supra* note 738, at 299; MAGNUS, *supra* note 156, at 308.

charge of examining the goods are not relevant,<sup>741)</sup> unlike a general strike which, for instance, must be considered as being relevant under Article 38 CISG.<sup>742)</sup> In respect of the goods bought, the aforementioned rule results not only in the 'short period' for inspection being longer where the goods to be examined are – from a technological point of view – more sophisticated,<sup>743)</sup> but also in its being shorter where the goods bought are perishable.<sup>744)</sup>

As far as the inspection itself is concerned, the period for which commences generally<sup>745)</sup> after the receipt of the goods,<sup>746)</sup> Article 38 CISG does not specify what criteria should be used. However, from the legislative history as well as from the text of Article 38 itself, it can be derived that, unlike under the Uliis,<sup>747)</sup> the criteria for inspection cannot be based upon 'the law or usage of the place where the examination takes place,'<sup>748)</sup> mainly because of the international nature of the contract.<sup>749)</sup> As far as the standard for inspection is concerned, it has also been suggested that the buyer (or someone of his staff or even a third person authorized to do so)<sup>750)</sup> does not have to make extraordinary efforts;<sup>751)</sup> it is sufficient that in inspecting the goods he em-

<sup>741)</sup> Bianca, *supra* note 738, at 299.

<sup>742)</sup> See HERBER & CZERWENKA, *supra* note 43, at 177.

<sup>743)</sup> For a similar statement, see ENDERLEIN & MASKOW, *supra* note 58, at 155, stating that '[g]enerally, it can be said that goods of more sophisticated technology or of complex composition require longer time to be examined.' See also Bianca, *supra* note 738, at 299.

<sup>744)</sup> For this assertion, see also MAGNUS, *supra* note 156, at 308.

For a more detailed list of circumstances which might influence the length of the 'short period' mentioned in Article 38 CISG, see, e.g., ENDERLEIN, *supra* note 326, at 167, stating that '[t]he circumstances which have to be taken into account include the place where the goods are situated at the time of passing of the risk (cf. Art. 36 para. 1 and Art. 66 et seq.); the type of perishable goods, for instance, a single piece, bulk goods, perishable goods, consumer goods; how the goods are packaged or the type of container; whether there is a package which, for example, will not be opened till the goods reach the final consumer; whether the buyer uses the goods himself or resells them; the technical prerequisites at the buyer's disposal; and [...] whether usages and practices apply.'

<sup>745)</sup> Where a contract involves carriage of the goods, however, Article 38 CISG defers inspection until the goods arrive at their destination (see, e.g., GABRIEL, *supra* note 699, at 115), since '[a]n examination of the goods at the frontier or when passing the rail of a ship is hardly imaginable, and, in general, [...] neither possible nor necessary.' ENDERLEIN, *supra* note 326, at 168.

According to Article 38(3) CISG, inspection is also deferred in cases where the goods are re-directed or redispached provided (a) that the buyer did not have a reasonable opportunity to examine them and (b) that at the time of the conclusion of the contract the seller knew or ought to have known of the possibility of such dispatch or redirection; see Bianca, *supra* note 738, at 300.

<sup>746)</sup> For this statement, see also HERBER & CZERWENKA, *supra* note 43, at 177.

<sup>747)</sup> See SCHLECHTRIEM, *supra* note 92, at 69.

<sup>748)</sup> Article 38(4) Uliis.

<sup>749)</sup> See OFFICIAL RECORDS OF THE UNITED NATIONS CONFERENCE, *supra* note 27, at 34, stating that 'because of the international nature of the transaction, the determination of the type and scope of examination required should be made in the light of international usages.' (emphasis added)

For a similar statement, see also Bianca, *supra* note 738, at 297, where the author also states that 'the reference of the law or usage made in Uliis [...] does not seem satisfactory, specially because it could lead to exonerate the buyer from his burden when there are no laws, rules, or sound usages in the place where the goods must be examined.'

<sup>750)</sup> It has been often pointed out that the inspection must not be made by the buyer himself; see, for instance, ENDERLEIN, *supra* note 326, at 166, stating that '[t]he goods need not be examined personally by the buyer or his own staff. The buyer may also order third persons, for instance, specialized and impartial control organizations, to examine the goods.'

<sup>751)</sup> For a similar statement, see also OFFICIAL RECORDS OF THE UNITED NATIONS CONFERENCE, *supra* note 27, at 34, stating that '[t]he examination which this article requires the buyer to make is one which is reasonable in the circumstances. The buyer normally is not required to make an examination which would reveal every possible defect.'

ploys the skills of a reasonable person of the same kind,<sup>752)</sup> i.e., of a reasonable person involved in a contract of the same type in the particular trade concerned.<sup>753)</sup> Indeed, 'a party would not be expected to discover a lack of conformity of the goods if he neither had nor had available the necessary technical facilities and expertise, even though other buyers in a different situation might be expected to discover [the] lack of conformity.'<sup>754)</sup> However, where previous deliveries of the same goods by the same seller lacked conformity, the standard in inspecting the goods has to be higher, as recently pointed out by a German court.<sup>755)</sup>

#### 4. The Time for Notice and Its Contents (Article 39)

As mentioned above,<sup>756)</sup> from the time he discovers or ought to have discovered the lack of conformity, the buyer must send<sup>757)</sup> notice of it to the seller 'within a reasonable time.'<sup>758)</sup> But what is a 'reasonable time' under Article 39 CISG? It has here suggested that the 'reasonable time' cannot be analogized to the period of time required under Article 39(1) Uliis,<sup>759)</sup> which asked for a 'prompt' notification. Indeed, the time requirement of Uliis was shorter.<sup>760)</sup> This is why one must be careful in using case decisions rendered in applying the Uliis.<sup>761)</sup> In this respect, two basic rules can be established: (a) a notice which under the Uliis was considered late, does not necessarily have to be considered as being late under the CISG; (b) a notice considered to be given in time under the Uliis is to be considered in time under the CISG as well.

However, the CISG time requirement is not only more generous from a temporal point of view, but it is also more flexible than that of the Uliis.<sup>762)</sup> Indeed, in determining the 'reasonable time' one must have regard to the circumstances of the case,<sup>763)</sup> for instance whether the buyer intends to reject the goods or keep them and claim damages.<sup>764)</sup> In determining the period of time *de quo*, other circumstances have

<sup>752)</sup> See KAZUAKI SONO, *Art. 39*, in COMMENTARY ON THE INTERNATIONAL SALE LAW, *supra* note 12, 303, 310.

<sup>753)</sup> See Resch, *supra* note 687, at 472.

<sup>754)</sup> OFFICIAL RECORDS OF THE UNITED NATIONS CONFERENCE, *supra* note 27, at 34.

<sup>755)</sup> For this principle, see LG Stuttgart, August 31, 1989, published in RECHT DER INTERNATIONALEN WIRTSCHAFT 984, 984 (1989).

<sup>756)</sup> See *supra* the text accompanying notes 721 & 722.

<sup>757)</sup> By virtue of Article 27 CISG ('Unless otherwise expressly provided in this Part of the Convention, if any notice, request, or other communication is given or made by a party in accordance with this Part and by means appropriate in the circumstances, a delay or error in the transmission of the communication or its failure to arrive does not deprive that party of the right to rely on the communication') it is sufficient for the notice *de quo* to be sent in time. See also KAROLLUS, *supra* note 59, at 126; Resch, *supra* note 687, at 476; SCHLECHTRIEM, *supra* note 187, at 59.

<sup>758)</sup> See Sono, *supra* note 752, at 309.

<sup>759)</sup> But see HEUZE, *supra* note 177, at 230, stating that the concept of 'reasonable time' under Article 39 CISG is to be considered very similar to that of 'prompt' notification under the Uliis; see also REINHART, *supra* note 139, at 95, which presupposes the foregoing analogization, when stating that the cases rendered under the Uliis can be taken into account in order to determine whether the buyer has to give notice.

<sup>760)</sup> *Contra*, see ENDERLEIN & MASKOW, *supra* note 58, at 159, stating that '[t]he reasonable time is in any case a short period (just like in Article 39, paragraph 1 Uliis). Such time is a relative time [...]. Reasonable, in many cases, will mean giving notice immediately.'

<sup>761)</sup> For this suggestion, see also MAGNUS, *supra* note 156, at 324; Schwenzer, *supra* note 711, at 361.

<sup>762)</sup> For this conclusion, see also Schwenzer, *supra* note 711, at 361.

<sup>763)</sup> For this assertion in legal writing, see also MAGNUS, *supra* note 156, at 325; Piltz, *supra* note 21, at 194. See also 3 UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW YEARBOOK 87 (1972).

<sup>764)</sup> For the importance of this element in determining the 'reasonable time' under Article 39 CISG, see also Sono, *supra* note 752, at 309, where the author states that '[w]here the buyer is rejecting the goods, a prompt communication to the seller is important so that he can have an opportunity

to be taken into account as well,<sup>765</sup> such as the perishability of the goods.<sup>766</sup> Indeed, where the goods are perishable, the 'reasonable time' period must be shorter,<sup>767</sup> and this is why it does not surprise that a German court has recently decided that a notice given 7 days after the delivery of gherkins is unreasonable, *i.e.*, too late.<sup>768</sup> Where the goods are not perishable, the period for notice may be longer. However, stating, as two very recent arbitral awards have done, that two months were 'reasonable',<sup>769</sup> appears to be exaggerated.

Furthermore, the terms of the contract are to be taken into consideration as well.<sup>770</sup> And since Article 39 is dispositive,<sup>771</sup> the parties may agree upon a specific time period within which the notice of lack of conformity has to occur,<sup>772</sup> as pointed out by several court decisions.<sup>773</sup>

Apart from the relative<sup>774</sup> time period for notice required by Article 39(1), the CISG

to make a tender of conforming goods within the required period. In such cases, a prompt communication might also be important to give the seller an opportunity to care for or dispose of the rejected goods and reduce the chance for loss or damage to the goods or the incurring of unnecessary expense. On the other hand, where the buyer decides to keep the defective goods, subject to a claim for damages, the above reasons for prompt notification may not be applicable.'

<sup>765</sup> For a list of different circumstances which can impact on the determination of the period for notice, see Claude D. Rohwer & Jack Coe, *The 1980 Vienna Convention on the International Sale of Goods and the UCC - Peaceful Coexistence?*, in *LEGAL ASPECTS OF INTERNATIONAL BUSINESS TRANSACTIONS 272-273* (Dennis Campell and Claude D. Rohwer eds., Elsevier, 1984), where the authors are stating that '[f]actors important in determining whether a reasonable time has passed might include: (1) difficulty of discovering the defect - influenced by the nature of the defect, the complexity of the goods, and the sophistication of the buyer; (2) the terms of the contract; (3) relative perishability of the goods; (4) course of performance of the contract to date; and (5) usage of trade.'

However, it is here suggested that not all the foregoing circumstances must be taken into account in determining whether the notice is made within a reasonable period of time. The complexity of the goods, for instance, may be relevant for the time need for the inspection. But it does not appear to be relevant in order to determine whether a reasonable period has passed between the moment the defects are discovered (or ought to have been discovered) and that at which the notice is given.

<sup>766</sup> It has often been said that the perishability is a circumstance to be taken into account in determining the 'reasonable period' of time for notice; see, *e.g.*, MAGNUS, *supra* note 156, at 325; Schwenzer, *supra* note 711, at 361.

<sup>767</sup> See also ENDERLEIN ET AL., *supra* note 48, at 135.

<sup>768</sup> See OLG Düsseldorf, January 8, 1993, published in *RECHT DER INTERNATIONALEN WIRTSCHAFT* 325, 325 (1993).

Note, however, that in a recent case the German Supreme Court stated, although the sales contract regarded perishable goods (mussels), that a one month period would have been 'reasonable', but that in the case at hand the buyer lost his rights since he gave notice more than a month after the (apparent) defect ought to have been discovered; see BGH, March 8, 1995, published in *RECHT DER INTERNATIONALEN WIRTSCHAFT* 595, 597 (1995).

<sup>769</sup> See Internationales Schiedsgericht der Bundeskammer der gewerblichen Wirtschaft für Österreich, Arbitral Awards Nos. 4366 & 4318, published in *RECHT DER INTERNATIONALEN WIRTSCHAFT* 590 ff. (1995).

<sup>770</sup> See Rohwer & Coe, *supra* note 765, at 272; SCHLECHTRIEM, *supra* note 92, at 72.

<sup>771</sup> For this assertion, see also Herber & Czerwenka, *supra* note 43, at 187; Magnus, *supra* note 156, at 330.

<sup>772</sup> See also Schwenzer, *supra* note 711, at 366.

<sup>773</sup> See LG Gießen, July 5, 1994, published in *NEUE JURISTISCHE WOCHENSCHRIFT RECHTSPRECHUNGS-REPORT* 438 f. (1995) (stating that the agreement of the parties to limit the period of time within which the notice must occur to 8 days is valid); LG Baden-Baden, August 14, 1991, published in *RECHT DER INTERNATIONALEN WIRTSCHAFT* 62, 62 (1992) (considering the agreement of a 30 days limitation as being valid); OLG Saarbrücken, January 13, 1992, quoted in Schwenzer, *supra* note 711, at 367 note 101 (deciding that the agreement concerning an 8 days 'reasonable time period' is valid).

<sup>774</sup> For this qualification, see Schwenzer, *supra* note 711, at 363.

also contains an absolute,<sup>775</sup> inflexible 'outer time-limit'<sup>776</sup> beyond which no notice, even not one which would satisfy the Article 39(1) requirements, can avoid the loss of the buyer's right to rely on the lack of conformity.<sup>777</sup> This latter period - which, compared to some domestic law rules, has been considered as being pro-buyer<sup>778</sup> - differs from the former one not only on the grounds of its inflexibility, but also because it starts to run from the time the goods are actually handed over to the buyer,<sup>779</sup> without it being possible to interrupt its running.<sup>780</sup> Even though in some instances this rule may lead to harsh results, as in the case where 'an importer has to meet domestic claims for a latent nonconformity which becomes apparent more than two years after delivery but is unable to claim against the seller because the importing contract is governed by the convention,<sup>781</sup> this provision was considered as being necessary in order to protect the seller against claims which may arise long after the delivery of the goods.<sup>782</sup>

In order to bar the loss of the right to rely on the lack of conformity, it is not sufficient, however, that the buyer notifies the seller in time. In effect, according to Article 39(1) CISG, the buyer must also 'specify the lack of conformity' in order to give the seller the possibility to decide how to react to the buyer's claim<sup>783</sup> (by examining the goods himself, by remedying the lack of conformity by repair or by delivering sub-

<sup>775</sup> For this qualification, see Resch, *supra* note 687, at 476.

<sup>776</sup> HONNOLD, *supra* note 25, at 336.

<sup>777</sup> See Sono, *supra* note 752, at 310, where the author states that 'in the absence of a contrary contractual arrangement, Article 39(2) provides a cut off period of two years beyond which the buyer can no longer give notice of non-conformity of the goods. Accordingly, although Article 39(1) provides that, in order to assert a lack of conformity against the seller, notice of the non-conformity must be given within a reasonable time after the buyer has discovered it or ought to have discovered it, such assertion will be practically precluded if the time of the discovery of the non-conformity is after the two-year time-limit.'

See also HONNOLD, *supra* note 25, at 336, stating that according to Article 39(2) 'the notice must be given within the two-year period even though a defect is discovered subsequent to that period, and even though a later notice would satisfy the general standards of Article 39(1) and Article.'

For similar remarks, see also JAKOB ZIEGEL, REPORT TO THE UNIFORM LAW CONFERENCE OF CANADA ON THE CONVENTION ON CONTRACTS FOR THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS 96 (Uniform Law Conference of Canada ed., 1981).

<sup>778</sup> See Joseph Lookofsky, *Remedies for Breach under the CISG*, in *COMMERCIAL DAMAGES: A GUIDE TO REMEDIES IN BUSINESS LITIGATION* 1, 21-22 (Charles L. Knapp ed., 1986), where the author states that '[Article 39(2)] with its absolute, two-year cutoff regarding the right to rely, *i.e.*, assert any cause of action for non-conformity - marks a significant departure from some national laws [...]. Compared with the UCC, which contains no comparable provision, the rule is clearly pro-seller. But the provision also represents a pro-buyer shift when compared with national statutes of seller which provide for even shorter cutoff periods.' See also REITZ, *supra* note, at 462-463, stating that 'the two-year cap represents a compromise between the German six-month limitations period and the UCC (and Limitations Convention) period of four years.' (footnotes omitted)

For a list of some domestic cutoff periods, see, *e.g.*, KRITZER, *supra* note 56, at 317.

<sup>779</sup> See ENDERLEIN ET AL., *supra* note 48, at 136.

<sup>780</sup> See ENDERLEIN ET AL., *supra* note 48, at 137.

<sup>781</sup> J.D. Feltham, *The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, *JOURNAL OF BUSINESS LAW* 346, 354 (1981).

<sup>782</sup> For a similar justification of the rule set forth in Article 39(2) CISG, see also OFFICIAL RECORDS OF THE UNITED NATIONS CONFERENCE, *supra* note 27, at 355, where it is stated that '[e]ven though it is important to protect the buyer's right to rely on the latent defects which become evident only after a period of time has passed, it is also important to protect the seller against claims which arise long after the goods have been delivered. Claims made long after the goods have been delivered are often of doubtful validity and when the seller receives his first notice of such a contention at a late date, it would be difficult for him to obtain evidence as to the condition of the goods at the time of delivery, or to invoke the liability of a supplier from whom the seller may have obtained the goods or the materials for their manufacture.'

<sup>783</sup> For this conclusion, see also MAGNUS, *supra* note 156, at 321; Resch, *supra* note 687, at 475.



stitute goods).<sup>784)</sup> Thus, the lack of conformity must be so specific as to enable the seller to take that decision.<sup>785)</sup> Not unlike under the *Ulis*,<sup>786)</sup> a notice that merely states that the goods are defective cannot be considered a proper notice in the sense of Article 39(1).<sup>787)</sup> The same is true in respect of a notice concerning defective fashion goods which says no more than 'poor workmanship and improper fitting'<sup>788)</sup> or a notice regarding defective shoes which just states that 'the goods are defective in all makings'.<sup>789)</sup> A notice which merely states that the shoes bought 'are partially very badly stiched'<sup>790)</sup> does not fulfill the Article 39(1) requirement either.<sup>791)</sup> This does not mean, however, that the buyer must specify the defects in all details, since that would signify to locate the risk of the breach of contract with the buyer.<sup>792)</sup> However, the notice must contain the indication of the defective goods,<sup>793)</sup> their approximate quantity<sup>794)</sup> as well as the result of the inspection of the goods.<sup>795)</sup> As far as the form of the notice is concerned, Article 39 does not require any specific form; thus, it can be given both in writing or orally,<sup>796)</sup> and also via phone.<sup>797)</sup>

### 5. The Mitigation of the Consequences of an Improper Notice (Article 40 and 44)

As mentioned above,<sup>798)</sup> according to Article 39 CISG an improper notice by the buyer leads to the loss of his right to rely on the lack of conformity, *i.e.*, an improper notice bars the full range of the buyer's remedies, from the avoidance of the contract<sup>799)</sup> to the reduction of the price.<sup>800)</sup>

<sup>784)</sup> See OFFICIAL RECORDS OF THE UNITED NATIONS CONFERENCE, *supra* note 27, at 35, where it is stated that '[t]he purpose of the notice is to inform the seller what he must do to remedy the lack of conformity, to give him the basis on which to conduct his own examination of the goods, and in general to gather evidence for use in any dispute with the buyer over the alleged lack of conformity. Therefore, the notice must not only be given to the seller within a reasonable period of time after the buyer has discovered the lack of conformity or ought to have discovered it, but it must specify the nature of the lack of conformity.'

<sup>785)</sup> See also HONNOLD, *supra* note 25, at 334-335, where the author states that '[q]uestions as to what the notice must say should be answered with regard to the functions served by the notice [...]. [T]he principal functions are to give the seller an opportunity to obtain and preserve evidence of the condition of the goods and to cure the deficiency.' See also MAGNUS, *supra* note 156, at 321; Resch, *supra* note 687, at 475.

<sup>786)</sup> See, e.g., LG Gießen, June 6, 1978, reported in SCHLECHTRIEM & MAGNUS, *supra* note 187, at 243-244.

<sup>787)</sup> For this assertion, see also Piltz, *supra* note 68, at 1104.

<sup>788)</sup> See LG München, July 3, 1989, published in PRAXIS DES INTERNATIONALEN PRIVAT- UND VERFAHRENSRECHTS 316 f. (1990).

<sup>789)</sup> See OLG Frankfurt, January 18, 1994, published in RECHT DER INTERNATIONALEN WIRTSCHAFT 240 f. (1994).

<sup>790)</sup> See LG Stuttgart, August 31, 1989, published in PRAXIS DES INTERNATIONALEN PRIVAT- UND VERFAHRENSRECHTS 317 f. (1990).

<sup>791)</sup> For a reference to the cases mentioned in the text as well as other cases decided under the CISG, see, most recently, MAGNUS, *supra* note 156, at 321.

<sup>792)</sup> *Id.* at 322.

<sup>793)</sup> See also Resch, *supra* note 687, at 475.

<sup>794)</sup> See, in respect, however, of the *Ulis*, OLG Koblenz, published in RECHT DER INTERNATIONALEN WIRTSCHAFT 591 (1991).

<sup>795)</sup> See MAGNUS, *supra* note 156, at 322.

<sup>796)</sup> *Id.* at 327.

<sup>797)</sup> See LG Stuttgart, August 31, 1989, published in PRAXIS DES INTERNATIONALEN PRIVAT- UND VERFAHRENSRECHTS 984 (1989).

<sup>798)</sup> See *supra* the text accompanying notes 693-694.

<sup>799)</sup> See HONNOLD, *supra* note 25, at 337.

<sup>800)</sup> According to Resch, *supra* note 687, at 474, the buyer who does not give a proper notice (because it is either untimely or not specified enough), has to pay the entire amount even though the lack

of conformity consists in the delivery of less goods than agreed upon. The contrary is true as well: where the seller delivers a quantity of goods greater than that provided for in the contract, the improper notice binds the buyer to pay for the excess quantity at the contract rate.

However, according to Article 40 CISG,<sup>801)</sup> an improper notice by the buyer does not lead to the loss of his right to rely on the lack of conformity, if this lack of conformity relates to facts which the seller knew or could not have been unaware and which he did not disclose to the buyer – and this is true even if more than two years from the date of delivery of the defective goods have passed.<sup>802)</sup> This provision, the language of which corresponds nearly literally to that of Article 40 *Ulis*,<sup>803)</sup> relaxes the rigor of the consequences of an improper notice laid down in Article 39,<sup>804)</sup> on the grounds that '[i]n such situations, the seller has no reasonable basis for requiring the buyer to notify him of these facts.'<sup>805)</sup> In order for a missing disclosure to lead to the seller's impossibility of relying upon Articles 38 and 39, it is, however, not necessary that the seller does not disclose the lack of conformity in bad faith.<sup>806)</sup> Unlike under the German Commercial Code, for instance, which contains a similar provision which is, however, limited to deceit,<sup>807)</sup> according to Article 40 CISG gross negligence as well is relevant.<sup>808)</sup>

The aforementioned provision is not the only one by virtue of which the rigor of an improper notice of the lack of conformity is relaxed.<sup>809)</sup> During the 1980 Vienna Diplomatic Conference, several countries raised their voice against the 'drastic' rule<sup>810)</sup> set forth in Article 39.<sup>811)</sup> Despite some reservations,<sup>812)</sup> this criticism finally led to the inclusion of Article 44<sup>813)</sup> which maintains the remedies of price reduction and compensatory damages, except for loss of profit,<sup>814)</sup> in cases where the buyer has a rea-

sonable basis for requiring the buyer to notify him of these facts.

<sup>801)</sup> For the text of Article 40 CISG, see *supra* note 696.

<sup>802)</sup> See Resch, *supra* note 687, at 478.

<sup>803)</sup> See Article 40 *Ulis*: 'The seller shall not be entitled to rely on the provisions of Articles 38 and 39 if the lack of conformity relates to facts of which he knew, or of which he could not have been unaware, and which he did not disclose.'

<sup>804)</sup> See also Kazuaki Sono, *Art. 40*, in COMMENTARY ON THE INTERNATIONAL SALES LAW, *supra* note 12, 314, 314, stating that Article 40 'relaxes the notice requirements of Article 38 and 39.' However, it does not appear that the notice requirements are relaxed, but rather the consequences of an improper notice.

<sup>805)</sup> *Id.*

<sup>806)</sup> For this statement, see also MAGNUS, *supra* note 156, at 333.

<sup>807)</sup> See par. 377(5) of the German Commercial Code.

<sup>808)</sup> See SCHLECHTRIEM, *supra* note 92, at 70, where the author states that Article 40 'concerns not only the seller's deceit [...] but also his gross negligence.' For similar statements, see also LOEWE, *supra* note 346, at 61; MAGNUS, *supra* note 156, at 332-333; Resch, *supra* note 687, at 478.

<sup>809)</sup> See Resch, *supra* note 687, at 471.

<sup>810)</sup> For this evaluation, see Kazuaki Sono, *Art. 44*, in COMMENTARY ON THE INTERNATIONAL SALES LAW, *supra* note 12, 324, 326.

<sup>811)</sup> For a summary of the criticism of the rule laid down in Article 39, see S.K. Date-Bah, *The Convention on the International Sale of Goods from the Perspective of the Developing Countries*, in LA VENDITA INTERNAZIONALE, *supra* note 32, 23, 30-31.

<sup>812)</sup> See HERBER & CZERWENKA, *supra* note 43, at 201-202, stating that the industrialized nations reluctantly accepted the compromise in which the introduction of Article 44 CISG resulted.

<sup>813)</sup> See, e.g., HONNOLD, *supra* note 25, at 338.

<sup>814)</sup> See Sono, *supra* note 810, at 326, stating that '[u]nder Article 44, the buyer who has a reasonable excuse for his failure to give the required notice will be afforded some limited remedies: the buyer may reduce the price in accordance with Article 50 or claim damages under Article 74 except for his loss of profit such as the profit that he would have gained by resale had the goods conformed to the contract. These are only residual remedies that the buyer may pursue. Accordingly, the buyer can no longer require the seller to cure the lack of conformity as a matter of right under Article 46. Most importantly, the buyer cannot avoid the contract under Article 49 even if the avoidance would have otherwise been possible.'

sonable excuse for his failure to give required notice,<sup>815)</sup> i.e., for not giving a notice at all or for giving a notice which is not specific enough.<sup>816)</sup> According to the text of Article 44, this rule does not, however, affect the two-year cutt-off period provided for in paragraph (2) of Article 39.<sup>817)</sup> Thus, after the expiration of two years after the delivery of the goods, the buyer loses his rights to rely on the lack of conformity, even though he may have a 'reasonable excuse'.<sup>818)</sup>

In regard to Article 44 CISG, the main question is to what extent it will serve as a means of relaxation of the rule set forth in Article 39(1). The answer to this question depends on how the – vague<sup>819)</sup> – 'reasonable excuse' criterion will be interpreted. In this respect, some legal scholars have pointed out that Article 44 CISG will rarely become applicable, since a buyer who discovers or ought to have discovered a defect can hardly be excused for not giving a proper notice.<sup>820)</sup> Other legal writers, on the contrary, have asserted that the provision *de quo* will become rather important, since it may put a considerable burden on the seller, especially because of the 'reasonable excuse' criterion's being vague and open to an interpretation advantageous to the buyer.<sup>821)</sup>

At this point it is too early to foresee how the provision will be applied by the courts,<sup>822)</sup> although it is very probable that it will be applied restrictively, because of its being an exception to a general rule (Article 39(1)).<sup>823)</sup> Despite this uncertainty, it can be predicted that in the application of the 'reasonable excuse' criterion, regard will be had to the circumstance that it resulted from a compromise<sup>824)</sup> intended to mitigate the harsh consequences of Article 39(1). In other words, in its application regard will be had to the need to reach equitable results,<sup>825)</sup> a goal which can be

<sup>815)</sup> See Article 44 CISG: 'Notwithstanding the provisions of paragraph (1) of article 39 and paragraph (1) of Article 43, the buyer may reduce the price in accordance with article 50 or claim damages, except for loss of profit, if he has a reasonable excuse for his failure to give the required notice.'

<sup>816)</sup> See MAGNUS, *supra* note 156, at 359.

<sup>817)</sup> See HONNOLD, *supra* note 25, at 338; LOEWE, *supra* note 346, at 65.

<sup>818)</sup> For this statement, see MAGNUS, *supra* note 156, at 259.

<sup>819)</sup> See OFFICIAL RECORDS OF THE UNITED NATIONS CONFERENCE, *supra* note 27, at 346, where the statements of the French delegate are reported, who considered the 'reasonable excuse' criterion not only as being vague, but also as being a 'fruitful source of litigation.'

<sup>820)</sup> See, e.g., HONNOLD, *supra* note 25, at 340, stating that 'the problems [Article 44] poses can easily be overstated. The sanction imposed by Article 39(1) [...] is severe and significant sanctions are preserved against even a buyer who qualifies for 'excuse' under Article 44. Consequently buyers are not likely to refrain from making a prompt complaint when they receive defective goods. In any event, an undue delay in asserting a defect will continue to militate against the credibility of the claim.' (footnote omitted)

<sup>821)</sup> See SCHLECHTRIEM, *supra* note 92, at 70, asserting that '[t]his inroad to the seller's interest in regarding the transaction as fully completed may put a considerable burden on the seller, particularly because 'reasonable excuse for his failure to give the required notice' is indefinite and open to an interpretation favorable to the buyer.'

<sup>822)</sup> The provision *de quo* has already been referred to in a court decision where, however, it has not been examined in details. Indeed, the court referred to it and merely stated that there was no 'reasonable excuse' in the case at hand, without elaborating further on it. See OLG Düsseldorf, February 10, 1994, published in RECHT DER INTERNATIONALEN WIRTSCHAFT 53 ff. (1995).

<sup>823)</sup> For similar statements, see also MAGNUS, *supra* note 156, at 360; REINHART, *supra* note 139, at 105.

<sup>824)</sup> See for a similar assertion, HONNOLD, *supra* note 25, at 338, stating that '[t]he 'reasonable excuse' for a failure to give notice in conformity with Article 39(1) needs to be understood and applied in the light of its legislative history.'

<sup>825)</sup> Several legal scholars have pointed out that the 'reasonable excuse' criterion has been introduced to reach equitable results in cases where the application of the rule laid down in Article 39(1) appears to be too drastic. See, e.g., KAROLLUS, *supra* note 59, at 128; Resch, *supra* note 687, at 479.

reached, among others, by resorting to 'more individualized considerations than would otherwise be relevant under Article 39(1).'<sup>826)</sup>

## VIII. THE ISSUE OF THE RATE OF INTERESTS ON SUMS IN ARREARS

### 1. The Issue of Interest Rates in General

The last issue to be discussed in this paper, the issue of interests on sums in arrears, was one of the most debated issues during the 1980 Vienna Conference.<sup>827)</sup> And although this issue has been examined very often not only in legal writing,<sup>828)</sup> but in many court decisions<sup>829)</sup> and several arbitral awards<sup>830)</sup> as well, it still creates difficulties, for the reason which will be pointed out *infra*.<sup>831)</sup>

This issue did not, on the contrary, cause any difficulties under the UliS, since Article 83 UliS<sup>832)</sup> provided for 'a rule for interest in arrears in the event of payment in arrears of the price which provided for one per cent above the official discount rate in the creditor's country.'<sup>833)</sup> This formula has not been retained by the drafters of the

<sup>826)</sup> HONNOLD, *supra* note 25, at 338.

<sup>827)</sup> See, in this regard, ENDERLEIN & MASKOW, *supra* note 58, at 310, stating that '[t]he regulation of interest has caused considerable difficulties both in preparing and holding the [1980 Vienna] diplomatic conference.' See also KRITZER, *supra* note 56, at 498.

<sup>828)</sup> For papers on the issue *de quo*, see, most recently, Franco Ferrari, *Tasso degli interessi ed applicazione uniforme della Convenzione di Vienna sui contratti di vendita internazionale*, RIVISTA DI DIRITTO CIVILE II 277 ff. (1995); Gert Reinhart, *Fälligkeitsszinsen und UN-Kaufrecht*, PRAXIS DEL INTERNATIONALEN PRIVAT- UND VERFAHRENSRECHTS 376 ff. (1991).

<sup>829)</sup> For court decisions dealing with the issue of the rates of interests on sums in arrears, see, among others, OLG Frankfurt, April 20, 1994, published in RECHT DER INTERNATIONALEN WIRTSCHAFT 593 ff. (1994); OLG München, March 2, 1994, published in RECHT DER INTERNATIONALEN WIRTSCHAFT 595 ff. (1994); OLG Düsseldorf, February 10, 1994, published in NEUE JURISTISCHE WOCHENSCHRIFT RECHTSPRECHUNGS-REPORT 506 f. (1994); KG Berlin, January 24, 1994, reprinted in RECHT DER INTERNATIONALEN WIRTSCHAFT 683 f. (1994); OLG Frankfurt, January 18, 1994, published in RECHT DER INTERNATIONALEN WIRTSCHAFT 240 f. (1994); OLG Koblenz, September 17, 1993, published in RECHT DER INTERNATIONALEN WIRTSCHAFT 934 ff. (1993); LG Heidelberg, July 3, 1992, reported in Bonell, *supra* note, at 655; Municipal Court of Budapest, March 24, 1992, published in German in PRAXIS DES INTERNATIONALEN PRIVAT- UND VERFAHRENSRECHTS 263 f. (1993); LG Frankfurt a.M., September 16, 1991, published in RECHT DER INTERNATIONALEN WIRTSCHAFT 952 f. (1991); OLG Frankfurt a.M., June 13, 1991, published in RECHT DER INTERNATIONALEN WIRTSCHAFT 591 f. (1991); Juzgado nacional de primera instancia en lo comercial, May 20, 1991, reported in Bonell, *supra* note, at 653; LG Hamburg, September 26, 1990, published in PRAXIS DES INTERNATIONALEN PRIVAT- UND VERFAHRENSRECHTS 400 f. (1991); AG Oldenburg i.H., April 24, 1990, published in PRAXIS DES INTERNATIONALEN PRIVAT- UND VERFAHRENSRECHTS 336 ff. (1991); LG Stuttgart, August 31, 1989, published in RECHT DER INTERNATIONALEN WIRTSCHAFT 984 f. (1989).

<sup>830)</sup> See, e.g., Internationales Schiedsgericht der Bundeskammer der gewerblichen Wirtschaft in Österreich, Nos. 4366 and 4318, partially reprinted in RECHT DER INTERNATIONALEN WIRTSCHAFT 590 ff. (1995); Arbitral Tribunal ICC, No. 7153, published in JOURNAL DU DROIT INTERNATIONAL 1006 ff. (1992).

For a paper discussing the rate of interests in the practice of international arbitral tribunals (independently, however, from the CISG), see Paolo Cerina, *Interest as Damages in International Commercial Arbitration*, 4 THE AMERICAN REVIEW OF INTERNATIONAL ARBITRATION 255 ff. (1993).

<sup>831)</sup> See *infra* the text accompanying notes 851-863.

<sup>832)</sup> See Article 83 UliS: 'Where the breach of contract consists of delay in the payment of the price, the seller shall in any event be entitled to interest on such sum as is in arrear at a rate equal to the official discount rate in the country where he has his place of business or, if he has no place of business, his habitual residence, plus 1%.'

For a judicial application of this formula, see, most recently, OLG Frankfurt, January 5, 1989, NEUE JURISTISCHE WOCHENSCHRIFT RECHTSPRECHUNGS-REPORT 636 f. (1990).

<sup>833)</sup> ENDERLEIN & MASKOW, *supra* note 58, at 310.

Vienna Sales Convention, although there were various attempts to do so.<sup>834)</sup> Apart from these attempts to fix the rate of interest in the same way as the *Ulis*, other attempts<sup>835)</sup> have been made to precisely determine the rate of interests, but they were not successful either.<sup>836)</sup> The German view in favour of a fixed interest rate was rejected,<sup>837)</sup> as was the view of the Czechoslovakian Delegation, according to which the applicable rate of interest should be the discount rate prevailing in the country of the debtor.<sup>838)</sup> The same is true with the viewpoint held jointly by Denmark, Finland, Greece and Sweden, according to which interest should be calculated on the basis of the customary rate for commercial credits at the creditor's place of business.<sup>839)</sup> The different political,<sup>840)</sup> economic<sup>841)</sup> and religious<sup>842)</sup> views made it impossible to agree upon a formula to calculate the rate of interest.<sup>843)</sup> Thus, the Vienna Sales Convention contains a provision – considered to work as a compromise between the

<sup>834)</sup> See, e.g., Article 58 of the 1976 Draft Convention; see also the proposal made by the Czechoslovakian Delegation (A/CONF.97/C.1/L.218) during the Vienna Conference, reprinted in OFFICIAL RECORDS OF THE UNITED NATIONS CONFERENCE *supra* note 27, at 137.

For the reasons which lead to the rejection of the formula laid down in Article 83 *Ulis*, see, among others, SCHLECHTRIEM, *supra* note 92, at 100.

<sup>835)</sup> For an overview of the different attempts, see, among others, Date-Bah, *supra* note 811, at 36-37.

<sup>836)</sup> For a short historical account on the issue of the rate of interest raised during the drafting period of the Vienna Sales Convention, see Barry Nicholas, *Art. 78 in COMMENTARY ON THE INTERNATIONAL SALES LAW*, *supra* note 27, 568, 568.

<sup>837)</sup> See the Summary Record of the considerations of the German Delegation, reprinted in OFFICIAL RECORDS OF THE UNITED NATIONS CONFERENCE, *supra* note 27, at 416, which stated that '[a]t all events, the innocent party should be entitled to interest on the sum due in amount based on interest rates fixed by law or by the Convention itself and which represented a minimum figure.'

<sup>838)</sup> See Summary Records of the Czechoslovakian Delegation's considerations made during the 29th meeting, reprinted in OFFICIAL RECORDS OF THE UNITED NATIONS CONFERENCE, *supra* note 27, at 137, where the Czechoslovakian proposal is reprinted: '(1) If the breach of contract consists of delay in the payment of the price, the seller is in any event entitled to interest on such sum as is in arrears at a rate equal to the official discount rate prevailing in the country where the buyer has his place of business, at the time of delay increased by one per cent or, if there is no such a rate, at the rate applied to unsecured short-term international commercial credits increased by one per cent.'

<sup>839)</sup> See the joint proposal of Denmark, Finland, Greece and Sweden (A/CONF.97/C.1/L.216), reprinted in OFFICIAL RECORDS OF THE UNITED NATIONS CONFERENCE, *supra* note 27, at 137.

<sup>840)</sup> See REINHART, *supra* note 139, at 177-178, stating that the impossibility of agreeing upon a rule on the interest rates was due, among others, to political reason.

<sup>841)</sup> As previously stated in the text, the differing economic views of Western countries and Socialist ones led to contrasting opinions revolving 'around the question of whether the interest level in the creditor's country or the one in the debtor's country should be decisive. At the time of the diplomatic conference there were serious differences between the Western industrialized countries, where the amount of interest is formed in the market (naturally influenced by political measures) and had at that time reached considerable amounts, and most of the at the time called socialist countries where the interest was fixed by law and relatively low. It was against this background that the Western industrialized countries aimed towards interest to be set according to the level of the creditor's country. This would have meant that debtors from those countries would have had to pay low interest to creditors from Eastern countries, but by contrast, debtors from the latter countries high interest.' ENDERLEIN & MASKOW, *supra* note 58, at 310.

For a reference to the discussion of this issue by the different delegations during the Vienna Conference, see OFFICIAL RECORDS OF THE UNITED NATIONS CONFERENCE, *supra* note 27, at 388-393.

<sup>842)</sup> See SCHLECHTRIEM, *supra* note 92, at 99, stating that the problems relating to interest payments arose partially out of religious beliefs. For similar statements, see also ROLF HERBER, WIENER UNCITRAL-ÜBEREINKOMMEN ÜBER INTERNATIONALE WARENKAUFVERTRÄGE VOM 11. APRIL 1980 46 (2nd. ed., 1983, Cologne); Nicholas, *supra* note 836, at 569; OFFICIAL RECORDS OF THE UNITED NATIONS CONFERENCE, *supra* note 27, at 416.

<sup>843)</sup> For this affirmation, see also REINHART, *supra* note 139, at 177-178.

See also Peter Schlechtriem, *Recent Developments in International Sales Law*, 18 ISRAEL LAW REVIEW 323 (1983), stating that during the 1980 Vienna Conference '[t]here were [...] irreconcilable, ideologically as well as economically motivated convictions on the issue of payment of interest for

different views presented during the Vienna Conference<sup>844)</sup> – Article 78,<sup>845)</sup> which limits itself to merely providing for 'the general entitlement to interest'<sup>846)</sup> in case of payments in arrears.<sup>847)</sup> In other words, Article 78 only sets forth the obligation to pay interest as a general rule,<sup>848)</sup> and it does so independently from the damage caused by the payment in arrears,<sup>849)</sup> as pointed out by several court decisions, which expressly stated that the entitlement to interests does not exclude the possibility to claim damages *ex Article 74*.<sup>850)</sup> And since Article 78 does not set forth a time starting from which interests may be calculated either,<sup>851)</sup> it has been said that 'Art. 78 is more conspicuous for the questions it fails to answer than the questions it answers. In particular, it does not stipulate the rate of interest or how the rate is to be determined by a tribunal in the absence of explicit guidance in the Convention.'<sup>852)</sup>

outstanding debts, in particular the purchase price: some Islamic countries, for instance, rejected an obligation to pay interest for religious reasons.'

<sup>844)</sup> For this evaluation, see Schlechtriem, *supra* note 843, at 324.

<sup>845)</sup> See Article 78 CISG: 'If a party fails to pay the price or any other sum that is in arrears, the other party is entitled to interest on it, without prejudice to any claim for damages recoverable under article 74.'

<sup>846)</sup> ENDERLEIN & MASKOW, *supra* note 58, at 311.

This statement has often been repeated in judicial applications of Article 78; see, among others, OLG München, March 2, 1994, published in RECHT DER INTERNATIONALEN WIRTSCHAFT 595, 596 (1994); OLG Frankfurt, January 18, 1994, reprinted in RECHT DER INTERNATIONALEN WIRTSCHAFT 240, 241 (1994); OLG Koblenz, September 17, 1993, published in RECHT DER INTERNATIONALEN WIRTSCHAFT 934, 938 (1993); OLG Frankfurt a.M., June 13, 1991, published in RECHT DER INTERNATIONALEN WIRTSCHAFT 591, 591 (1991).

<sup>847)</sup> Note, that in order for a payment to be in arrears no formal notice of default is necessary, as it is, on the contrary, in some national legal systems. See Denis Tallon, *The Buyer's Obligation Under the Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, in INTERNATIONAL SALES. THE UNITED NATIONS CONVENTION ON CONTRACTS FOR THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS, *supra* note 79, 7.1., 7.14, stating that 'payment is due without any request or compliance with any formality on the part of the [creditor].' For a similar affirmation, see also Hans Herrmann Eberstein, *Art. 78, in KOMMENTAR ZUM EINHEITLICHEN UN-KAUFRECHT* 644, 646 (Peter Schlechtriem, 1st ed., Munich, 1990).

<sup>848)</sup> Note, that since the obligation to pay interest is conceived as a general rule, 'a debtor still remains liable for interest payments even if his default is due to an impediment beyond his control and he is, therefore, not liable for damages.' SCHLECHTRIEM, *supra* note 92, at 100. 'If, for example, the price is payable in the seller's currency and the buyer is prevented from paying by a temporary ban imposed by his government on the export of currency, and if under Article 79 the seller is able to claim the price when the ban ends, Article 78 seems to entitle him to interest.' Nicolas, *supra* note 836, at 571.

*Contra*, in the sense that he assumes that interests are part of the damages and therefore wants to permit an exemption on the ground of impediments, see F.J.A. VAN DER VELDEN, HET WEENSE KOOPVERDRAG 1980 EN ZIJN RECHTSMIDDELEN 405 (Deventer, 1988).

<sup>849)</sup> For this solution, see also ENDERLEIN & MASKOW, *supra* note 43, at 311, stating the amount of interest 'is fixed a priori and irrespective of the damage which is caused by the arrears in payment.' Therefore, 'the creditor should not have to show he actually incurred in such a cost.' Nicholas, *supra* note 836, at 570. For a similar statement, see also HERBER & CZERWENKA, *supra* note 43, at 348.

<sup>850)</sup> See, e.g., OLG Frankfurt a.M., January 18, 1994, published in RECHT DER INTERNATIONALEN WIRTSCHAFT 240, 241 (1994); LG Hamburg, September 26, 1990, published in RECHT DER INTERNATIONALEN WIRTSCHAFT 1015, 1019 (1990); AG Oldenburg i.H., April 24, 1990, reprinted in PRAXIS DES INTERNATIONALEN PRIVAT- UND VERFAHRENSRECHTS 336, 338 (1991).

<sup>851)</sup> See Leif Sevón, *Obligations of the Buyer under the Vienna Convention on the International Sale of Goods*, JURIDISK TIDSKRIFT 327, 341 (1990), stating that '[t]he Convention established only the right to interest but deals neither with the rate of interest nor with the time for which interest may be calculated.'

<sup>852)</sup> ZIEGEL, *supra* note 777, at 149. For a similar statement, see also Sevón, *supra* note 326, at 229.

## 2. Interest Rates and Gap-Filling

The lack of a specific formula to calculate the rate of interest on sums in arrears has led some courts as well as several legal writers to consider this issue as being a gap *praeter legem*, i.e., as being governed by, but not expressly settled in, the CISG, whereas other courts and legal scholars consider the issue *de quo* as falling outside the scope of application of the CISG, i.e., as being a gap *intra legem*.<sup>853)</sup> This had necessarily to lead to diverging solutions, since under the CISG, the aforementioned kinds of gaps have to be dealt with differently.<sup>854)</sup> According to Article 7(2) CISG, the gaps *praeter legem* (or internal gaps) have to be filled by resorting to the general principles on which the Convention is based or, in the absence of such principles, by having recourse to the law applicable by virtue of the rules of private international law.<sup>855)</sup> On the contrary, if an issue is considered as falling outside the Convention's scope of application,<sup>856)</sup> i.e., if it is an external gap, it must be solved in conformity with the law applicable by virtue of the rules of private international law,<sup>857)</sup> i.e., without any tentative recourse to the 'general principles' of the CISG.<sup>858)</sup>

Unfortunately, the CISG does not set forth any useful criterion to determine *in concreto* when a gap is to be considered as being a *lacuna praeter legem* as opposed to a *lacuna intra legem*,<sup>859)</sup> although this distinction appears to be quite important for the consequences in which it results.<sup>860)</sup> Undoubtedly, the setting forth of a criterion to be used to decide whether a gap must be considered a *lacuna intra legem* or one *praeter legem* would have favored the uniform application of the Vienna Sales Convention.<sup>861)</sup>

## 3. The Issue of the Interest Rate in Scholarly Writing

The absence of such a criterion raises, as already mentioned above,<sup>862)</sup> the question of whether the lack of a formula fixing the rate of interest must be dealt with as a *lacuna praeter legem* or as a *lacuna intra legem*.<sup>863)</sup>

<sup>853)</sup> For the distinction of gaps *intra legem* and gaps *praeter legem* when discussing the issue of the rate of interests on sums in arrears, see, most recently, Franco Ferrari, *Uniform Application and Interest Rates under the 1980 Uniform Sales Law*, 25 GEORGIA JOURNAL OF INTERNATIONAL AND COMPARATIVE LAW (IN PRINT).

<sup>854)</sup> For papers on the gap-filling under the CISG, see, among others, Stephen Rosenberg, *The Vienna Convention: Uniformity in Interpretation for Gap-Filling - An Analysis and Application*, 20 AUSTRALIAN BUSINESS LAW REVIEW 442 ff. (1992); Hans Stoll, *Regelungslücken im Einheitlichen Kaufrecht und IPR*, PRAXIS DES INTERNATIONALEN PRIVAT- UND VERFAHRENSRECHTS 75 ff. (1993).

<sup>855)</sup> See Article 7(2) CISG: 'Questions concerning matters governed by this Convention which are not expressly settled in it are to be settled in conformity with the general principles on which it is based or, in the absence of such principles, in conformity with the law applicable by virtue of the rules of private international law.'

<sup>856)</sup> For examples of issues falling outside the scope of application of the 1980 Sales Convention, see Articles 4(a), 4(b) and 5 CISG.

<sup>857)</sup> For a recent application of the rule mentioned in the text, see, for instance, OLG Koblenz, January 16, 1992, published in RECHT DER INTERNATIONALEN WIRTSCHAFT 1019 f. (1992).

<sup>858)</sup> For a detailed discussion of the external gaps to be found in the CISG and their treatment, see, most recently, Bettina Frigge, EXTERNE LÜCKEN UND INTERNATIONALES PRIVATRECHT IM UNKAUFRECHT (ART. 7 ABS. 2) (Bern, 1994).

<sup>859)</sup> For this statement, see also Ferrari, *supra* note 828, at 285.

<sup>860)</sup> See also Bonell, *Art. 7*, *supra* note 33, at 75-76, stressing the importance of the distinction between gaps in the sense of Article 7(2) and issues which are not within the scope of the Convention.

<sup>861)</sup> See Ferrari, *supra* note 828, at 282.

<sup>862)</sup> See *supra* the text accompanying note 854.

<sup>863)</sup> For this question, see also Reinhart, *supra* note 828, at 377.

On the one hand, it has been said that the issue of determining the rate of interest is not governed by the Vienna Sales Convention<sup>864)</sup> and that it is, therefore, governed by the applicable domestic law.<sup>865)</sup> Although many scholars hold this view, they appear not to agree on how to determine the applicable domestic law. Indeed, some scholars favor the view according to which the applicable domestic law is to be determined by virtue of the rules of private international law,<sup>866)</sup> thus, making applicable, 'in general, the subsidiary law applicable to the sales contract [since no] special connecting points seem to have developed for the entitlement to interest'.<sup>867)</sup> Other scholars,<sup>868)</sup> however, argue in favor of either the application of the law of the creditor, independently from whether this is the *lex contractus*, or the application of the law of the debtor.<sup>869)</sup>

On the other hand, there are a few authors holding the contrasting view according to which the issue *de quo* has to be dealt with as a *lacuna praeter legem*, on the grounds that '[t]he mandate of article 7(1) to construe the Convention to promote 'uniformity in its application' requires us to seek a principle governing the scope of Article 78 that can be considered as a basis for uniform application of the Convention.'<sup>870)</sup> Indeed, the '[d]eference to domestic law [...] seems inconsistent with the policy underlying Article 78.'<sup>871)</sup> Thus, it has been suggested that 'the interests to be paid are defined by the function of the assessment of damages, i.e., to put the seller in the same position

<sup>864)</sup> See, for this statement, Witz, *supra* note 68, at 146.

<sup>865)</sup> For this conclusion, see Guido Alpa & Mario Bessone, *Inadempimento, rimedi, effetti della risoluzione nella vendita internazionale di cose mobili*, in LA VENDITA INTERNAZIONALE, *supra* note 32, 165, 207; FRITZ ENDERLEIN ET AL., *supra* note 48, at 245 (stating that 'where the parties agreed nothing, the amount of interest will have to be calculated on the basis of the applicable domestic law'); LOEWE, *supra* note 346, at 95; SCHLECHTRIEM, *supra* note 92, at 100 (stating the same); Denis Tallon, *Art. 84*, in COMMENTARY ON THE INTERNATIONAL SALES LAW, *supra* note 12, 611, 612 (stating the question of what 'interests are to be paid [...] is governed by the applicable domestic law').

<sup>866)</sup> For this conclusion, see also HERBER & CZERWENKA, *supra* note 43, at 347 (stating the rate of interest is to be determined by resorting to the law chosen by the rules of private international law); Ulrich Magnus, *Währungsfragen im Einheitlichen Kaufrecht. Zugleich ein Beitrag zu seiner Lückenfüllung und Auslegung*, RABELS ZEITSCHRIFT FÜR AUSLÄNDISCHES UND INTERNATIONALES PRIVATRECHT 116, 140-141 (1989) (according to which the law applicable to the rate of interest should be the domestic law referred to by the rules of private international law); PILTZ, *supra* note 21, at 280 (stating the rate of interest is governed by the domestic law chosen by the rules of private international law); Peter Schlechtriem, *Recent Developments in International Sales Law*, ISRAEL LAW REVIEW 309, 324 (stating 'there is an obligation to pay interest, but the details of this obligation are left up to the domestic law called upon by the rules of private international law. This is especially true for the chargeable amount of interest').

See also Herbert Asam & Peter Kindler, *Ersatz des Zins- und Geldentwertungsschadens nach dem Wiener Kaufrechtsübereinkommen vom 11.4.1980 bei deutsch-italienischen Kaufverträgen*, RECHT DER INTERNATIONALEN WIRTSCHAFT 841, 841 (1989); Peter Kindler, *Einige Hauptfragen des CISG im Spiegel der neueren deutschen Kommentarliteratur*, JAHRBUCH FÜR ITALIENISCHES RECHT 201, 216 (1992); MAGNUS, *supra* note 156, at 615; Peter Rummel, *Schadenersatz, höhere Gewalt und Fortfall der Geschäftsgrundlage*, in DAS EINHEITLICHE WIENER KAUFRECHT, *supra* note 199, 177, 184-185; SCHLECHTRIEM, *supra* note 92, at 100.

<sup>867)</sup> ENDERLEIN & MASKOW, *supra* note 58, at 312.

<sup>868)</sup> For this view, see Hans Stoll, *Inhalt und Grenzen der Schadensersatzpflicht sowie Befreiung von der Haftung im UN-Kaufrecht im Vergleich zu EKG und BGB*, in EINHEITLICHES KAUFRECHT UND NATIONALES OBLIGATIONENRECHT, *supra* note 16, 257, 279-280.

<sup>869)</sup> See, e.g., Hans Stoll, *Internationalprivatrechtliche Fragen bei der landesrechtlichen Ergänzung des Einheitlichen Kaufrechts*, in FESTSCHRIFT FÜR FERID 495, 510 (Andreas Heldrich ed., Frankfurt a.M., 1988).

<sup>870)</sup> HONNOLD, *supra* note 25, at 526; for a similar reasoning in legal writing, see also Heuzé, *supra* note 177, at 341.

<sup>871)</sup> Id. at 525 note 5.

he would have been had the sum been paid in time,<sup>872)</sup> a formula which, however, must be criticized for leading to a confusion of the line between damages and interests which Article 78 has expressly drawn.<sup>873)</sup>

#### 4. The Issue of the Rates of Interest in Judicial Applications

The aforementioned dispute is not merely a doctrinal one, as evidenced by the number of different solutions adopted in the courts. These different solutions can mainly be divided into two categories: those favoring the view that the rate of interest has to be calculated on the basis of the domestic law<sup>874)</sup> and those holding that the issue *de quo* must be resolved by resorting to the 'need to promote uniformity in the application' of the CISG and, thus, to the general principles of the Convention.

In regard to this latter category, several cases are worth mentioning. On the one hand, there are two decisions of Argentinian courts,<sup>875)</sup> which invoked Article 9 CISG<sup>876)</sup> in order to solve the issue of the applicable rates of interest<sup>877)</sup> and 'determined the amount of interest payable according to the relevant trading customs,<sup>878)</sup> thus 'avoid[ing] the difficult problem of determining which domestic law applies.'<sup>879)</sup> On the other hand, one must mention two recent arbitral awards of the *Internationales Schiedsgericht der Bundeskammer der gewerblichen Wirtschaft in Österreich*<sup>880)</sup> according to which 'the applicable interest rate is to be determined autonomously on the basis of the general principles underlying the Convention,<sup>881)</sup> on the grounds that the recourse to domestic law would lead to results contrary to those promoted by the CISG, at least in those cases where the applicable domestic law would be that of a

<sup>872)</sup> Giulio Ponzanelli, *Art. 78, NUOVE LEGGI CIVILI COMMENTATE* 308, 309.

<sup>873)</sup> Indeed, 'the text speaks of interest as something distinct from damages' (Nicholas, *supra* note 836, at 570). The formula mentioned in the text, however, would result in 'the fact that the interest claim would [...] move very near a claim of damages.' ENDERLEIN ET AL., *supra* note 48, at 245.

<sup>874)</sup> For court decisions dealing with the issue of the calculation of the rate of interest by applying domestic law, see, e.g., OLG München, March 3, 1994, reprinted in *NEUE JURISTISCHE WOCHENSCHRIFT RECHTSPRECHUNGS-REPORT* 1075 f. (1994); LG Frankfurt, September 16, 1991, published in *RECHT DER INTERNATIONALEN WIRTSCHAFT* 552 f. (1991); OLG Frankfurt, June 13, 1991, published in *RECHT DER INTERNATIONALEN WIRTSCHAFT* 591 f. (1991); LG Hamburg, September 26, 1990, reprinted in *EUROPAISCHE ZEITSCHRIFT FÜR WIRTSCHAFTSRECHT* 188 ff. (1991); AG Oldenburg i.H., April 24, 1990, published in *PRAXIS DES INTERNATIONALEN PRIVAT- UND VERFAHRENSRECHTS* 336 ff. (1990); LG Stuttgart, September 6, 1989, published in *RECHT DER INTERNATIONALEN WIRTSCHAFT* 984 ff. (1990); LG Stuttgart, August 31, 1989, published in *PRAXIS DES INTERNATIONALEN PRIVAT- UND VERFAHRENSRECHTS* 317 f. (1990).

For an arbitral award applying the domestic law as the law applicable to the interest rates, see, e.g., Arbitral Tribunal ICC, N° 7153, published in *JOURNAL DU DROIT INTERNATIONAL* 1002 f. (1992).

<sup>875)</sup> See *Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo comercial N° 10 Buenos Aires, quoted in Piltz, supra* note 68, at 1005 note 79; *Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo comercial N° 7 Buenos Aires, reported in CASE LAW ON UNCITRAL TEXTS* (case 21).

<sup>876)</sup> See Article 9 CISG: '(1) The parties are bound by any usage to which they have agreed and by any practices which they have established between themselves.

(2) The parties are considered, unless otherwise agreed, to have impliedly made applicable to their contract or its formation a usage of which the parties knew or ought to have known and which in international trade is widely known to, and regularly observed by, parties to contracts of the type involved in the particular trade concerned.'

<sup>877)</sup> For a reference of this practice, see Piltz, *supra* note 68, at 1005.

<sup>878)</sup> Eva Diederichsen, *Commentary to Journal of Law and Commerce Case 1: Oberlandesgericht Frankfurt am Main*, 14 *JOURNAL OF LAW AND COMMERCE* 177, 181 (1995).

<sup>879)</sup> Id.

<sup>880)</sup> See *Internationales Schiedsgericht der Bundeskammer der gewerblichen Wirtschaft in Österreich*, Nos. 4366 and 4318, partially reprinted in *RECHT DER INTERNATIONALEN WIRTSCHAFT* 590 ff. (1995).

<sup>881)</sup> Id. at 591.

country which expressly prohibits the payment of interests.<sup>882)</sup> This is why in the foregoing awards the issue of the rate of interests was solved by resorting to the general principle of full compensation,<sup>883)</sup> which led to the application of the law of the creditor, since it is him who has to borrow money in order to be as liquid as he would be had the debtor paid the sum he owed in due time. This solution, however, contrasts with the legislative history: during the 1980 Diplomatic Conference a proposal to link the rate of interests to the law where the creditor's had its place of business was rejected.<sup>884)</sup> Independently from this criticism, it is doubtful whether the solution suggested by the aforementioned arbitral awards really offers a new solution, as it wanted to do according to the awards themselves. As it has been rightly pointed out by one commentator,<sup>885)</sup> the arbitral awards do not lay down a uniform substantive law rule derived from the general principles of the CISG. They merely laid down a conflict of laws rule, since this rule refers to the law of the State where the creditor has his place of business, an approach which, at the end, does not offer anything new but a uniform rule of private international law which, for the reason mentioned above,<sup>886)</sup> is to be rejected.

As far as the court decisions are concerned, where the issue *de quo* is solved by resorting to domestic law, a distinction must be made: there are, on the one hand, cases applying the domestic law by virtue of the rules of private international law,<sup>887)</sup> on the other hand, cases where the domestic law of the creditor is applied without, however, it being the law made applicable by the rules of private international law.<sup>888)</sup> Even though many solutions which differ greatly from each other can be found both in scholarly writing and judicial practice, there seems to be the tendency to apply the *lex contractus, i.e.*, the law which would be applicable to the sales contract if it were not subject to the Vienna Sales Convention.<sup>889)</sup> Thus, in respect of the formula to calculate the rate of interest, the interest rate of the country of the seller generally applies,<sup>890)</sup> at least where the rules of private international law of the forum are based upon criteria comparable to those set forth by the 1980 EEC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations.<sup>891)</sup> Absent a choice of law, this Convention makes applicable the law with which the contract has the closest connection, as already mentioned above.<sup>892)</sup> This is presumed to be the law where the party who is to effect the 'characteristic performance'<sup>893)</sup> has its habitual residence,<sup>894)</sup> and since the characteristic performance has to be effected by the seller,<sup>895)</sup> it is the interest rate

<sup>882)</sup> Id.

<sup>883)</sup> Id.

<sup>884)</sup> See *supra* the text accompanying note 839.

<sup>885)</sup> See Peter Schlechtriem, *Anmerkung, RECHT DER INTERNATIONALEN WIRTSCHAFT* 592, 593 (1995).

<sup>886)</sup> See the text accompanying note 839.

<sup>887)</sup> See, e.g., OLG Frankfurt a.M., June 13, 1991, published in *NEUE JURISTISCHE WOCHENSCHRIFT* 3102 f. (1991); LG Hamburg, September 26, 1990, published in *PRAXIS DES INTERNATIONALEN PRIVAT- UND VERFAHRENSRECHTS* 400 ff. (1991); AG Oldenburg i.H., reprinted in *PRAXIS DES INTERNATIONALEN PRIVAT- UND VERFAHRENSRECHTS* 336 ff. (1991).

<sup>888)</sup> Two early German court decisions referred to the domestic law of the creditor as the law applicable; see LG Stuttgart, August 31, 1989, reprinted in *PRAXIS DES INTERNATIONALEN PRIVAT- UND VERFAHRENSRECHTS* 317 f. (1991); LG Frankfurt, September 16, 1991, published in *RECHT DER INTERNATIONALEN WIRTSCHAFT* 952 ff. (1991)).

<sup>889)</sup> For this affirmation, see Ferrari, *supra* note 828, at 288; Magnus, *supra* note 68, at 90.

<sup>890)</sup> See for a similar conclusion, Piltz, *supra* note 21, at 281; Reinhart, *supra* note 828, at 378.

<sup>891)</sup> See *supra* note 244.

<sup>892)</sup> See *supra* the text accompanying notes 253-264.

<sup>893)</sup> See *supra* the text accompanying notes 256-260.

<sup>894)</sup> See *supra* the text of Article 4(2) of the EEC Convention, reproduced in note 257.

<sup>895)</sup> See *supra* the text accompanying notes 259-260.

of the country where the seller has its place of business which generally is applicable. *Quid iuris*, however, where the seller's law does prohibit the payment of interests? In this line of cases, the claim does not become unenforceable as suggested by several authors.<sup>896)</sup> It is here suggested, that Article 78 remains enforceable even in this line of cases, but that in order to calculate the rate of interest recourse should be had to the level of interest generally applied in international commerce in the particular trade concerned.<sup>897)</sup>

## IX. CONCLUSION

At this point, after examining some of the most crucial issues of the CISG, the sphere of application of the CISG,<sup>898)</sup> the issue of the notification of non-conformity of the goods<sup>899)</sup> as well as the issue of the rate of interests on sums in arrears,<sup>900)</sup> one should, once again, stress why overviews of the existing case law as well as the doctrinal writing are, at least *in abstracto*, useful for practical purposes.

Article 7(1) CISG expressly states, among others, that in the interpretation of the CISG regard is to be had to its international character and the need to promote uniformity in its application. This signifies, as already pointed out *supra*,<sup>901)</sup> that regard is to be had to what other courts have already done and, where there are no 'precedents', to the solutions proposed by legal scholars. Since, however, the language in which either the doctrinal papers or the court decisions are written might well cause some problems for those who are not familiar with these languages, any overview which is written in a more common language and, thus, provides, at least indirectly, a 'translation' of the material otherwise not too easily accessible, are to be welcomed, since it will – *in abstracto* – help to reach the Convention's ultimate goal, the promotion of uniformity.

<sup>896)</sup> See Joseph Lookofsky, *The 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, in INTERNATIONAL ENCYCLOPEDIA OF LAWS 1, 129 (Blanpain ed., 1993, Deventer) (stating that 'the validity of a contractual claim to interest [...] remains a national concern [...]. In those countries where interest is forbidden, the mere mention of interest in the agreement will render it invalid'); Schlechtriem, *supra* note 103, 132 note 21 (stating '[i]nsofar as a national law does not allow interest — for religious reasons, for example — [Article 78] has no effect'); SCHLECHTRIEM, *supra* note 92, at 100 note 414 (stating that '[t]o the extent applicable domestic law prohibits interest payments, Article 78 would of course, be unenforceable').

<sup>897)</sup> The view expressed by Nicolas, *supra* note 836, at 570, who states that if the domestic law 'provides no relevant formula for calculating interest, it would seem that the court should look to the cost of credit at the creditor's place of business', has been criticized. It has been said that this solution 'does not seem practicable because the solution aspired to by the Western industrialized countries, which was not adopted at the diplomatic conference, would in part be introduced by way of interpretation. Other countries would then be inclined to interpret into the Convention their own rejected proposals.' ENDERLEIN ET AL., *supra* note 48, at 245.

<sup>898)</sup> See *supra* the text accompanying notes 81-674.

<sup>899)</sup> See *supra* the text accompanying notes 686-826.

<sup>900)</sup> See *supra* the text accompanying notes 827-898.

<sup>901)</sup> See *supra* the text accompanying notes 53-58.

## REEDS VERSCHENEN PREADVIEZEN

### Preadviezen uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht

Deze preadviezen zijn tot dusver verschenen:

#### 1. Burgerlijk recht en grondrechten

door prof. mr J. L. M. Elders en mr M. B. W. Biesheuvel  
ISBN 90 6040 784 9

#### 2. Productaansprakelijkheid

door prof. mr J. H. Nieuwenhuis en mr J. M. Barendrecht  
ISBN 90 6040 833 0

#### 3. Kredietverlening naar huidig en komend recht

door prof. mr F. H. J. Mijnsen, prof. mr P. A. Stein en  
mr C. J. B. Ebeling  
ISBN 90 6040 879 9

#### 4. Echtscheidingsconvenant en boedelscheiding

door prof. mr. E. A. A. Luijten en mr J. A. M. P. Keijser  
ISBN 90 6040 909 4 (niet meer leverbaar)

#### 5. De invloed van verzekering op de civiele aansprakelijkheid

door prof. mr R. van den Bergh, dr. M. Faure LL.M.,  
mr T. Hartlief en mr R. P. J. L. Tjittes  
ISBN 90 6040 942 6

#### 6. Capita overgangsrecht NBW

door mr R. S. Meijer, mr A. I. M. van Mierlo,  
prof. mr M. V. Polak, prof. mr J. Spier en mr C. H. W. M. Sterk  
en mr A. J. Tekstra  
ISBN 90 6040 979 5

#### 7. Contractsdwang/De global note en de nemo plusregel

door mr P. Klik LL.M. en mr P. Kuiper  
ISBN 90 5458 026 7

#### 8. Naar een Europees burgerlijk recht/Europees privaatrecht-Een bonte lappendeken

door prof. mr E. H. Hondius en mr L. A. D. Keus  
ISBN 90 5458 086 0

**9. Het Haagse Trustverdrag in een Europees perspectief/  
Het Nederlandse Goederenrecht en het Haagse Trustverdrag**  
door mr C. D. van Boeschoten en prof. mr R. D. Vriesendorp  
ISBN 90 5458 198 0

Leden van de vereniging ontvangen ieder jaar de uitgebrachte preadviezen en hebben toegang tot de jaarvergadering. De contributie bedraagt *f* 35,— voor gewone leden en *f* 25,— voor student-leden. Voor aanmelding als lid kan men zich wenden tot Koninklijke Vermande BV, t.a.v. dhr. L. Wierda, Postbus 20 8200 AA Lelystad, tel: 0320-237777 fax: 0320-226334, o.v.v. 'ledenadministratie VBR'. Voor nadere informatie over de vereniging kan men zich wenden tot het secretariaat van de VBR, Postbus 90153 5000 LE Tilburg, tel: 013-4662980 fax: 013-4663143, t.a.v. mr A. J. Akkermans.