

Actualia

contractspraktijk

De internationale koop van een hijskraan: over rente en voordeelstoerekening

Mr. Drs. J.H.M. Spanjaard*

1. Inleiding

De afwikkeling van de koop van een kraan zorgde voor de nodige hoofdbreken. Het Hof Den Haag besliste bij arrest van 26 augustus 2014 over de vragen (1) hoe de schadevergoeding te berekenen onder het Weens Koopverdrag en (2) welk renteregime van toepassing is.¹ De Hoge Raad oordeelde op 15 januari 2016 dat het hof van de verkeerde rentemaatstaf is uitgegaan en vernietigde het arrest.²

Dit arrest en de onder het arrest liggende problematiek bevatten interessante inzichten over de schadevergoeding onder het Weens Koopverdrag en over de toepasselijkheid van de wettelijke handelsrente ten opzichte van de wettelijke rente. Bij die onderwerpen zal ik stilstaan, nadat ik eerst kort het feitencomplex en de beslissing van het hof heb geschilderd.

2. ILC/Van Adrighem: feiten en procesgang³

Op 3 februari 2007 heeft de in Nederland gevestigde vennootschap Van Adrighem een nog te produceren

rupskraan (hierna: de kraan) van de fabrikant Demag uit het Duitse Zweibrücken gekocht voor een bedrag van € 6.062.500. Partijen spraken daarbij af dat de koopprijs in zijn geheel een week voor de levering moest worden betaald. Een halfjaar later, in augustus 2007, verkoopt Van Adrighem de kraan door aan het in Koeweit gevestigde ILC voor het bedrag van € 6.850.000. Afsproken was dat een deel van de koopprijs zou worden voldaan door inruil van een kraan, en het restant zou in zijn geheel vooruit worden betaald. ILC heeft vervolgens een vooruitbetaling van € 250.000 verricht, maar zich ten aanzien van het restant van de koopprijs op het standpunt gesteld deze via een *letter of credit* te willen voldoen. Van Adrighem ging daar niet mee akkoord en ontbond de overeenkomst bij e-mail van 27 april 2009 met als reden ‘mainly your non compliance with the payment terms as agreed between parties’. Van Adrighem heeft vervolgens met betrekking tot de kraan een nieuwe overeenkomst gesloten met het Belgische Sarens.

Op 30 december 2010 heeft ILC Van Adrighem gedagvaard voor de Rechtbank Rotterdam, zijnde het in artikel 9 van de koopovereenkomst tussen ILC en Van Adrighem door partijen gekozen forum. Blijkens datzelfde artikel 9 van de koopovereenkomst is de toepasselijkheid van het Nederlandse recht overeengekomen en is het Weens Koopverdrag (hierna ook: WKV) niet uitgesloten. De rechtbank veroordeelt Van Adrighem tot terugbetaling van het bedrag van € 250.000, vermeerderd met rente en kosten. De vordering in reconventie wijst de rechtbank af. Daartoe overweegt de rechtbank dat niet in geschil is dat de koopovereenkomst en het nader overeengekomen amendement zijn ontbonden. Het vasthouden van ILC aan haar wens het resterende bedrag te betalen door middel van een *letter of credit* was ‘alles afwegend’ niet in overeenstemming met haar

19

* Mr. drs. J.H.M. Spanjaard is advocaat bij La Gro Advocaten in Alphen aan den Rijn.

1. Hof Den Haag 26 augustus 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:2863, NJF 2014/403, NTHR 2014/6, p. 299 (Van Adrighem/ILC).

2. HR 15 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:70 (ILC/Van Adrighem).

3. Deze paragraaf is in zijn geheel ontleend aan r.o. 3.1. van het arrest van de Hoge Raad en hoofdstukken 1 en 2 van de conclusie van A-G Spier voor het arrest, ECLI:NL:PHR:2015:2495.

verplichting onder de koopovereenkomst en het amendement om te betalen voorafgaand aan de levering van de kraan. Dit leverde een wezenlijke tekortkoming op als bedoeld in artikel 64 lid 1 onder a WKV en rechtvaardigt de ontbinding. Op grond van artikel 81 lid 2 WKV is Van Adrighem daarom in beginsel gehouden de aanbesteding van € 250.000 aan ILC terug te betalen. ILC is vanwege deze tekortkoming schadelichthoudend jegens Van Adrighem. Deze heeft echter geen schade geleden als gevolg van die tekortkoming, omdat zij volgens de rechtbank de kraan met forse overwinst heeft doorverkocht.

Het hof vernietigt het vonnis van de rechtbank en overweegt dat de doorverkoop van de kraan geen voordeelstoerekening in de zin van artikel 74 WKV oplevert. Over de schadevergoeding ten gevolge van de ontbinding – de winstderving – wijst het hof, conform de vordering van Van Adrighem, de wettelijke handelsrente van artikel 6:119a Burgerlijk Wetboek (BW) toe. Dit oordeel wordt verder niet gemotiveerd.

ILC komt van het arrest in cassatie. In zijn arrest van 15 januari 2016 laat de Hoge Raad zich uitsluitend uit over het toepasselijke renteregime; de overige klachten worden met toepassing van artikel 81 Wet op de rechterlijke organisatie (Wet RO) afgedaan. Over de wettelijke rente ten opzichte van de wettelijke handelsrente oordeelt de Hoge Raad:

‘3.3.2 Art. 6:119a BW is ingevoerd ter implementatie van Richtlijn 2000/35/EG van het Europees parlement en de Raad van 29 juni 2000 (thans Richtlijn 2011/7/EU) betreffende bestrijding van betalingsachterstand bij handelstransacties. Ingevolge art. 3 van eerstgenoemde richtlijn is de in lid 1 onder d van die bepaling bedoelde (handels)rente verschuldigd ingeval van niet tijdige betaling van een geldsom voortvloeiende uit een handelsovereenkomst. In de considerans is onder 13 (en in Richtlijn 2011/7/EU onder 8) vermeld:

“Deze richtlijn heeft enkel betrekking op betalingen tot vergoeding van handelstransacties en strekt niet tot regulering van (...) betalingen bij wijze van schadeloosstelling (...).”

Uit de parlementaire geschiedenis van (onder meer) art. 6:119a BW blijkt dat de wetgever geen ruimer toepassingsbereik heeft beoogd dan uit de richtlijn voortvloeit (Kamerstukken II 2001-2002, 28 239, nr. 3, p. 10).

3.3.3 Nu het in dit geval gaat om toewijzing van een vordering tot schadevergoeding in verband met ontbinding van een handelsovereenkomst, mist art. 6:119a BW, gelet op het voorgaande, toepassing (zie HR 28 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:40, NJ 2013/368). Uit het Weens Koopverdrag vloeit niet het tegendeel voort. Art. 78 van het verdrag bepaalt slechts dat ingeval van vertraging in de voldoening van een geldsom rente verschuldigd is, zonder de hoogte daarvan te specificeren. Het onderdeel slaagt dan ook.’

3. Wettelijke rente versus wettelijke handelsrente

De Hoge Raad doet de zaak zelf af en bepaalt dat de wettelijke rente toewijsbaar is in plaats van de wettelijke handelsrente.

De wettelijke handelsrente is ingevoerd bij wet van 7 november 2002.⁴ Deze wet vormde de implementatie van Richtlijn 2000/35 betreffende bestrijding van betalingsachterstanden bij handelstransacties.⁵ Krachtens deze richtlijn is de wettelijke handelsrente verschuldigd in geval van niet-nakoming van betalingsverplichtingen uit handelstransacties c.q. de vertraging in de voldoening van een geldsom. Het betreft de levering van goederen of diensten om baat. Daaronder valt ook huur.⁶ Uitdrukkelijk vallen niet onder de wettelijke handelsrente de vordering ter zake van proceskosten, schadevergoeding, onverschuldigde betaling, uitkering uit een schadeverzekeringsspolis, ongedaanmakingsverbintenissen en verbintenissen uit cheques en wissels.⁷

In mijn *Actualia contractspraktijk voor Contracteren* 2013/1 schreef ik over de huidige wettelijke handelsrenteregeling. Richtlijn 2000/35 over terugdringing van betalingsachterstanden bood ter bestrijding van betalingsachterstanden de wettelijke handelsrente en het eigendomsvoorbehoud.⁸ Dit instrumentarium was volgens de Europese regelgever in 2011 aan een grondige herschikking toe.⁹ Echt veel veranderd is er evenwel niet. Het instrumentarium van de oude richtlijn is uitgebreid, maar voor het overige is Richtlijn 2000/35 materieel gehandhaafd. Vraagstukken die onder de oude richtlijn speelden – bijvoorbeeld de toepasselijkheid van de wettelijke handelsrente in bepaalde verplichtingen uit overnameovereenkomsten –, blijven ook spelen onder Richtlijn 2011/7 over terugdringing van betalingsachterstanden.¹⁰ Een van die elementen was de schadevergoeding na ontbinding. Aan die discussie heeft de Hoge Raad in zijn arrest van 15 januari 2016 in de procedure tussen ILC en Van Adrighem een eind gemaakt: de wettelijke rente van artikel 6:119 BW geldt.

Rank heeft al opgemerkt dat de wettelijke rente nevensgeschikt is aan de wettelijke handelsrente. Met andere woorden: indien een partij ‘de wettelijke rente’ vordert,

4. Stb. 2002, 545.

5. PbEG 2000, L 200/35.

6. Vgl. I.D.J. Willemars, Toepassing van de wettelijke handelsrente; ook op garantieclaims na overname?, *Contracteren* 2012/2, p. 72 met verdere vindplaatsen.

7. Willemars 2012, p. 72; Rank, T&C Vermogensrecht, 2013, art. 6:119a BW, aant. 2.

8. Onder de richtlijn is het eigendomsvoorbehoud niet beperkt tot de regeling die in het BW als art. 3:92 BW is opgenomen, maar tot alle regelingen die het eigendom pas doen overgaan op het moment dat de koopsom volledig is voldaan, zoals bijv. huurkoop ex art. 7A:1576h BW. Vgl. Kamerstukken I 2012/13, 33171, C (MvA), p. 3-4.

9. Overweging 1 van de considerans bij Richtlijn 2011/7, PbEU 2011, L 48/1.

10. Vgl. Willemars 2012, p. 71-77.

zal de rechter hebben te onderzoeken of de stellingen van eiser voldoende feitelijke grondslag bieden voor toewijzing van de wettelijke handelsrente. Let wel: indien de eiser ‘de wettelijke rente volgens artikel 6:119 BW’ vordert, staat artikel 23 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) aan een toewijzing van de wettelijke handelsrente in de weg.¹¹

Het arrest ILC/Van Adrighem heeft in r.o. 3.5 expliciet uitgemaakt dat indien de wettelijke handelsrente uit hoofde van artikel 6:119a BW wordt gevorderd, de rechter ook het mindere (de wettelijke rente van art. 6:119 BW) mag toewijzen.

De Hoge Raad past de rentebepalingen van het BW toe, omdat het WKV geen bepalingen over de omvang van rente bevat. Artikel 78 WKV stelt slechts op niet-nakoming van de betalingsverplichting een rentesancie, maar bepaalt niet hoe hoog de rente is. Dit is overgelaten aan het krachtens internationaal privaatrecht toepasselijke nationale recht. De zin ‘Uit het Weens Koopverdrag vloeit niet het tegendeel voort’ geeft dit weer. Daarbij merk ik op dat de Hoge Raad de praktijkjuristen die niet elke dag met het WKV van doen hebben, een extra handje had kunnen helpen door te overwegen:

‘Het Weens Koopverdrag bevat geen bepalingen over de hoogte van de op grond van artikel 78 van het verdrag verschuldigde rente in geval van de vertraging in de voldoening van een geldsom. Daarom zijn de bepalingen in het Burgerlijk Wetboek op de omvang van de rente van toepassing.’

4. Toepasselijkheid Weens Koopverdrag

Omdat in deze procedure, in ieder geval in de feitelijke instanties, het Weens Koopverdrag een grote rol speelde, zal ik nader ingaan op de toepasselijkheid van dat verdrag.

Het Weens Koopverdrag vindt toepassing, indien – kort gezegd – twee of meer (1) zakelijke, (2) ieder in een ander land gevestigde partijen met elkaar (3) een koopovereenkomst sluiten voor de koop van (4) roerende zaken, waarbij (5) geen sprake is van de in artikel 2 WKV uitgezonderde transacties,¹² alsmede waarbij (6) het hoofdbestanddeel van de overeenkomst niet bestaat uit aanneming van werk.¹³

Daarbij moet het WKV in de vestigingslanden van de betrokken partijen van toepassing zijn, of van toepassing zijn in het land waarvan het recht krachtens regels van internationaal privaatrecht op de overeenkomst van toe-

passing is. Binnen de Europese Unie wordt dit bepaald aan hand van de Rome I Verordening. Deze verordening bepaalt, voor zover van belang, dat partijen het toepasselijke recht kunnen kiezen en dat bij gebreke van een rechtskeuze het recht van het land van vestiging van de verkoper toepasselijk is.

Als aan hand hiervan is vastgesteld of het WKV van toepassing is, kan het WKV toepassing missen indien de koopovereenkomst niet binnen het temporele toepassingsbereik – vanaf het moment dat het WKV van kracht is in de desbetreffende staat – is gesloten. Voor Nederland is dit 1 januari 1992. Tot slot is het WKV niet van toepassing indien partijen de werking ervan hebben uitgesloten. Indien de werking van het WKV niet is uitgesloten, overtroeft het verdrag het nationale recht ten aanzien van de onderwerpen die door het WKV worden bestreken. Een klein voorbeeld: een vordering tot vernietiging uit hoofde van dwaling¹⁴ wordt door het WKV beheerst op het moment dat de dwaling eigenlijk betrekking heeft op non-conformiteit van de zaak, welk onderwerp door het WKV wordt beheerst.

Het WKV moet verdragsautonoom worden geïnterpreteerd. Een supranationale rechter, zoals het Hof van Justitie van de Europese Unie voor unierecht, ontbreekt, zodat rechters gehouden zijn de interpretatie te laten plaatsvinden mede aan de hand van in den vreemde gewezen uitspraken, waaraan overtuigingskracht (*persuasive authority*) toekomt.¹⁵ Veelal zal rechtspraak in den vreemde moeilijk toegankelijk zijn, dappere initiatieven van Pace University, die op de website <www.cisg.law.pace.edu> een databank van literatuur en rechtspraak over het WKV heeft ingericht, ten spijt. De uitspraken zijn niet altijd even gemakkelijk te vinden en bovendien vaak slechts in de landstaal beschikbaar.¹⁶ De adviesopinions van de CISG Advisory Council scheppen enig licht in de duisternis. De CISG Advisory Council is een privaat initiatief van vooraanstaande wetenschappers die rechtsgeleerde opinies over onderwerpen die het WKV betreffen, publiceren. Deze opinies zijn gepubliceerd op de website <www.cisgac.com/default.php?ipkCat=128&sid=128>. Inmiddels zijn opinies verschenen over onderwerpen als uitleg onder het WKV, onderzoek en non-conformiteit, berekening van schadevergoeding op grond van artikel 74 WKV en toepasselijkheid van algemene voorwaarden onder CISG.

De rechtsgeleerde opinies hebben geen wettelijke status. In de Nederlandse rechtssfeer vormen zij geen recht in de zin van artikel 79 Wet RO. Desondanks wordt in de Nederlandse rechtspraak aan de rechtsgeleerde opinies groot gewicht toegekend en worden zij als leidend

11. Rank 2013, art. 6:119a BW, aant. 1.

12. Dat zijn: koop van consumentengoederen voor persoonlijk gebruik, de koop op een openbare veiling, de koop tijdens een executieverkoop of gerechtelijke verkoop, de koop van effecten, waardepapieren of betaalmiddelen, de koop van zeeschepen, binnenvaartschepen, hovercrafts of vliegtuigen en de koop van elektrische energie.

13. Art. 1, 2, 3, 6 en 100 WKV.

14. Wilsgebreken worden blijkens art. 4 WKV strikt genomen niet door het verdrag geregeld.

15. Vgl. J.H.M. Spanjaard, Arbitrage en algemene voorwaarden: the twain shall meet?, *Contracteren* 2014/1, p. 111-112.

16. Ook al lijkt de Hoge Raad op 15 januari 2016 geoordeeld te hebben dat iedere zichzelf respecterende Nederlandse jurist (het arrest ging over rechters en koppelde blijkens de conclusie van de A-G vooral vast aan het rolreglement, maar kent wellicht een bredere strekking) in ieder geval de Engelse, Franse en Duitse taal moet beheersen; HR 15 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:65.

gezien op onderwerpen die het WKV betreffen.¹⁷ Ook in het arrest van het hof van 26 augustus 2014 in de procedure tussen Van Adrighem en ILC speelde een rechtsgeleerde opinie van de CISG Advisory Council een grote rol, te weten opinie nr. 6 (Calculation of Damages under CISG Article 74).

5. Voordeelstoerekening

Het arrest en de opinie gaan beide (mede) over voordeelstoerekening. Voordeelstoerekening kan als volgt worden omschreven: ‘Heeft een zelfde gebeurtenis voor de benadeelde naast schade tevens voordeel opgeleverd, dan moet, voor zover dit redelijk is, dit voordeel bij de vaststelling van de te vergoeden schade in rekening worden gebracht.’¹⁸

Onder het WKV bepaalt artikel 74:

‘De schadevergoeding wegens een tekortkoming van een partij bestaat uit een bedrag gelijk aan de schade, met inbegrip van de gederfde winst, die door de andere partij als gevolg van de tekortkoming wordt geleden. Een zodanige schadevergoeding mag evenwel niet hoger zijn dan de schade die de partij die in de nakoming is tekort geschoten bij het sluiten van de overeenkomst voorzag of had behoren te voorzien als mogelijk gevolg van de tekortkoming, gegeven de feiten die zij kende of die zij had behoren te kennen.’

Over deze tamelijk open en cryptische norm heeft de CISG Advisory Council opinie nr. 6 gepubliceerd. Voor het leerstuk van de voordeelstoerekening is vooral regel 9 uit deze opinie van belang:

‘Damages must not place the aggrieved party in a better position than it would have enjoyed if the contract had been properly performed.

A. In calculating the amount of damages owed to the aggrieved party, the loss to the aggrieved party resulting from the breach is to be offset, in principle, by any gains to the aggrieved party resulting from the non-performance of the contract.

B. Punitive damages may not be awarded under Article 74 of the Convention.’

Bij de voordeelstoerekening mogen niet worden meegevoerd, aldus de opinie, voordelen die de gelaedeerde verkrijgt door eigen ingrijpen, zoals verzekeringspensningen, omdat dat in strijd zou komen met het beginsel van de goede trouw van artikel 6 WKV.¹⁹ Deze benadering is volgens de opinie consistent met het recht van verschillende verdragsluitende staten en met de Uni-

droit Principles of International Contract Law.²⁰ Deze benadering zal de Nederlandse jurist bekend voorkomen, omdat zij doet denken aan hetgeen de Hoge Raad in zijn arrest Vos/TSN over artikel 6:100 BW oordeelde.²¹

In dit arrest speelde het volgende. TSN en Vos zijn op 1 oktober 1999 een overeenkomst aangegaan met betrekking tot de reparatie en het onderhoud door TSN van opleggers, toebehorend aan Vos, voor een periode van ten minste vijf jaar. Vos heeft deze overeenkomst bij brief van 27 augustus 2001 opgezegd, dan wel buitengerechtelijk ontbonden. Deze opzegging, dan wel ontbinding, was niet gerechtvaardigd en heeft dus niet tot het daarmee beoogde rechtsgevolg geleid. TSN claimde schade ten bedrage van de misgelopen winst, waarop Vos zich verweerde met de stelling dat TSN de vrijgevallen capaciteit snel weer gevuld had en dus dubbel cashte. De Hoge Raad oordeelde:

‘3.2.3. Het hof heeft het daartegen door Vos gerichte beroep verworpen; in appel stond de schadeplichtigheid van Vos op zichzelf niet ter discussie. Wat betreft de omvang van de door Vos verschuldigde schadevergoeding stelde het hof – onder verwijzing naar de T-M bij art. 6:277, Parl. Gesch. Boek 6, p. 1036, en HR 24 september 2004, nr. C03/098, NJ 2006/201 – terecht voorop dat deze dient te worden vastgesteld door met elkaar in vergelijking te brengen, enerzijds, de hypothetische situatie waarin de wederpartij zou hebben verkeerd bij een in alle opzichten onberispelijke wederzijdse nakoming en, anderzijds, de feitelijke situatie waarin de wederpartij na ontbinding van de overeenkomst verkeert (in voorkomende gevallen: na afwikkeling van de uit art. 6:271 BW voortvloeiende verbintenissen tot teruggave, dan wel ongedaanmaking).

(...)

3.7. Voor voordeelstoerekening is aanleiding als een zelfde gebeurtenis voor de benadeelde naast schade ook voordeel heeft opgeleverd (art. 6:100 BW). In het onderhavige geval heeft TSN schade geleden door de – op de tekortkoming van Vos gebaseerde – ontbinding, en voordeel gerealiseerd door behaalde winst in het kader van nadien, als gevolg van haar eigen inspanningen, gesloten overeenkomsten met derden. Deze schade en dit voordeel vloeien dus in beginsel niet voort uit “een zelfde gebeurtenis” in de zin van art. 6:100 BW.’

Dit arrest is uitgebreid besproken in de literatuur. Hartlief toonde zich fel tegenstander. In zijn bijdrage over het arrest Vos/TSN in WPNR²² merkte hij op:

‘(...) het arrest brengt mee dat een fabrikant die wordt geconfronteerd met een ten onrechte ingetrok-

17. Vgl. o.a. Hof Den Haag 22 april 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:1341 (Otten/Rhumveldt).

18. Vgl. art. 6:100 BW en over dit art.: HR 10 juli 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI3402, NJ 2011/43, m.nt. JH (Vos/TSN).

19. Vgl. Schlechtriem/Schwenzer 2008, art. 74, par. 32.

20. Art. 9:502 n. 4 PECL en 7.4.2. PICL.

21. HR 10 juli 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI3402, NJ 2011/43, m.nt. JH (Vos/TSN).

22. T. Hartlief, Vos/TSN: Schade, voordeel en schadebepenkingsplicht, WPNR 2010/6829, p. 92-96.

ken order zijn fabriek leeg kan laten staan, omdat zijn schade niet beperkt kan worden door het zoeken naar alternatieve opdrachten, zodat een plicht daartoe ex art. 6:101 BW dan ook ontbreekt. Ongestraft stilzitten en schadevergoeding incasseren is één optie. In plaats daarvan kan de crediteur er echter ook voor kiezen, zoals in de zaak Vos/TSN, zijn best te doen om “dubbel te incasseren”.’

Hartlief meent dat sprake is van een benadering door de Hoge Raad die slecht in het systeem past en dat ‘de daadwerkelijk behaalde winst in de relatie met derden niet relevant is bij de concrete schadebegroting wijkt fundamenteel af van hetgeen op andere deelterreinen van het aansprakelijkheidsrecht gebeurt’.²³

Ook Hijma toont zich in zijn noot onder het arrest Vos/TSN²⁴ kritisch en propageert een tussenoplossing:

‘Gezien een en ander heb ik voorkeur voor een tussenoplossing. Nu de elders behaalde winst mede een gevolg is van het wegvallen van de overeenkomst met Vos, kan en mag worden gesproken van schade en voordeel door “een zelfde gebeurtenis”; zie par. 7-8. De poort naar art. 6:100 BW is daarmee gepasseerd. Binnen dat wetsartikel vindt vervolgens een redelijkheidstoetsing plaats. In dit soort gevallen zal het niet redelijk zijn om de externe winst volledig in mindering te brengen (woord gegeven, initiatief niet smoren), maar zal het evenmin redelijk zijn om die winst volledig te negeren (duimendraaien, dubbel incasseren); zie par. 9. Waar specifieke aanknopingspunten ontbreken, ligt m.i. een voordeelstoerekening ter grootte van 50% van de vervangende winst in de rede.’

Lindenbergh geeft aan dat de vergoeding van het positieve contractsbelang in het stelsel van schadevergoeding wegens ontbinding in de zin van artikel 6:277 BW past, maar heeft moeite met het oordeel over de voordeelstoerekening. Hij geeft aan dat de rechter meer rekenschap van de redelijkheid had moeten geven.²⁵

Keirse en Van Boom tonen zich voorstanders.²⁶ Van Boom merkt op:

‘Het arrest van de Hoge Raad heeft wel weerstand opgeroepen; kan TSN nu als het ware “twee keer” vangen: én de winstderving van Vos én de winst die hij in de tussentijd elders heeft gerealiseerd? Dat zou TSN toch, zo zou men kunnen redeneren, in een aanmerkelijk voordeliger positie brengen dan waarin hij zou hebben verkeerd als het contract gewoon was nagekomen? Misschien wel. Maar ik denk niet dat dat

in strijd is met ons schadevergoedingsrecht. De portée van het arrest is namelijk dat TSN de nettowinst krijgt waar hij recht op heeft: na aftrek van de besparingen (geen personeel en materiaal ingezet voor de reparatiewerkzaamheden) resteert de nettowinst die gegenereerd zou zijn bij perfecte nakoming. Dat is het positieve belang waar het contract hem recht op geeft en die mag hij opeisen.’

Hij concludeert dat de ratio van Vos/TSN niet is dat de crediteur achterover mag leunen, maar juist dat hij aanspraak mag maken op nakoming van het contract.

Ook Keirse meent dat het arrest wel degelijk binnen het systeem van het schadevergoedingsrecht past:

‘Benadert men evenwel de schade meer rechtstreeks en krijgt men deze in het vizier als een directe inbreuk op hetgeen waarop de benadeelde recht heeft, dan is de uitkomst evident. Men contracteert om bepaalde doelen te realiseren, bepaalde risico’s af te kopen of scenario’s uit te sluiten. TSN heeft zich door te contracteren met Vos bepaalde voordelen in het vooruitzicht gesteld. Pleegt Vos wanprestatie door niet na te komen, dan is zij verplicht haar wederpartij de schade te vergoeden die deze lijdt doordat geen wederzijdse nakoming doch ontbinding van de overeenkomst plaatsvindt. Vos dient dan met andere woorden aan TSN het positieve contractsbelang te vergoeden, juist omdat zij de door haar toegezegde prestatie niet nakomt en TSN anders niet de (vervangings)waarde verkrijgt van hetgeen haar door Vos is toegezegd en waarop zij aldus aanspraak heeft.’²⁷

Het arrest is verder besproken door onder meer Beversluis, Van Swaaij, Van der Kooij, Van Asten, Van Kogelenberg en Bakels.²⁸

Persoonlijk voel ik het meeste voor de argumenten van Keirse en Van Boom en meen ik dat het arrest Vos/TSN zoals zij betogen binnen het contractenrecht past. Welke bezwaren vanuit dogmatisch oogpunt ook kunnen worden geplaatst bij Vos/TSN, het arrest is thans geldend recht en onder het WKV wordt met een soortgelijke notie gewerkt, zoals ook het arrest ILC/Van Adrighem laat zien.

23. Hartlief 2010, p. 92-96.

24. NJ 2011/43.

25. S.D. Lindenbergh, Over wat schade is... en waarom het bij de vaststelling daarvan in de praktijk zo dikwijls misgaat, WPNR 2010/6867, p. 901-909.

26. W.H. van Boom, Beter schadevergoedingsrecht begint bij beter onderscheid, NTBR 2011/22; A.L.M. Keirse, Beter schadevergoedingsrecht begint bij beter onderscheid (deel II), NTBR 2011/23.

27. Keirse 2011.

28. J.R. Beversluis, Winstdervingsschade als winstverdubbelaar?, WPNR 2011/6899, p. 737-743; J.H.M. van Swaaij, De structuur van de voordeelverrekening (art. 6:100 BW): hoe verhoudt een zelfde gebeurtenis zich voor zover dit redelijk is?, WPNR 2012/6295, p. 275-284; D.A. van der Kooij, Schadevergoeding bij ontbinding van een (duur)overeenkomst en Vos/TSN, MvV 2011/10, p. 249-256; B.A.X. van Asten, Voordeelstoerekening bij ontbinding van een duurovereenkomst, MvV 2009/12, p. 318-323; M. van Kogelenberg, Opzettelijke wanprestatie en contractuele remedies: een onderbelicht terrein, Contracteren 2014/1, p. 3-13; F.B. Bakels, Ontbinding (Mon BW), Deventer: Kluwer, 2011.

6. Afronding

Het in deze bijdrage besproken arrest laat mooi het samenspel tussen het WKV en het BW in de internationale handel zien: als het verdrag van toepassing is en niet is uitgesloten, gaat het vóór het BW. Voor het BW resteert dan slechts een restfunctie. Een aantal leerstukken pakt onder het WKV net zo uit als onder het BW, zoals de voordeelstoerekening. Het blijft evenwel opletten op eventuele nuances tussen het BW en het WKV. De jurist die zich met internationale contracten bezighoudt, doet er goed aan zijn theorievorming onder WKV en BW strikt gescheiden te houden.