

INCOTERMS IN DE INTERNATIONALE HANDELSPRAKTIJK

SONJA VAN HALL¹

Inleiding

Op 1 januari 2011 zijn de nieuwe Incoterms 2010 in werking getreden². De benaming Incoterms is een acroniem voor International Commercial Terms, een set handelstermen die wordt beschreven en uitgegeven door de Internationale Kamer van Koophandel te Parijs³. Het opstellen van een nieuwe set Incoterms betekent dat ondernemers en juristen zich aan het verdiepen zijn in deze nieuwe handelstermen. Dit artikel heeft als doelstelling een bijdrage te leveren aan de studie van de Incoterms 2000 en 2010.

Het is mij overigens opgevallen dat juristen heel anders reageren op het fenomeen Incoterms dan ondernemers dat plegen te doen. Ondernemers gebruiken Incoterms soms iets te onbevreesd⁴, terwijl juristen meer een afwachtende houding aannemen bij het niet goed juridisch te duiden instrument Incoterms⁵. Daarom wil ik in deze bijdrage zowel aandacht besteden aan een aantal problemen die zich hebben voorgedaan in de toepassing van de Incoterms 2000 in de praktijk van de afgelopen 10 jaar als aan enkele juridisch technische aspecten van de Incoterms. De doelstelling van deze bijdrage is om zowel juristen als ondernemers beter inzicht te geven in de Incoterms zodat de juristen beter in staat zijn om ondernemers te adviseren bij hun internationale koopovereenkomsten.

Naast de juridische keten (van het sluiten van de internationale koopovereenkomst, een conflict bij die overeenkomst en een mogelijke rechtszaak hierover) loopt de handelsketen waar het bij de Incoterms uiteindelijk om draait. Weet de ondernemer beter welke verplichtingen hij aangaat bij de diverse Incoterms dan is hij beter in staat om de Incoterm

¹ Sonja van Hall is hoofddocent internationaal (handels)recht aan de Hogeschool van Arnhem en Nijmegen (HAN) en juridisch adviseur. Deze bijdrage is mede tot stand gekomen door onderzoekswerk verricht voor het Lectoraat Logistiek en Allianties van de HAN dat heeft geresulteerd in het schrijven hoofdstuk 7 in het boek: B. Wessels, T.H.M. van Wechem (red.), Contracteren in de internationale praktijk, Serie Recht en Praktijk, Kluwer Deventer, 2011, p. 119-174

² Incoterms[®] 2010, ICC Publication No. 715, 2010 Edition. Bij ICC Nederland is een handige tweetalige (Nederlands- en Engelstalig) uitgave beschikbaar: Incoterms[®] 2010, Publ. Nr. 715 N-E

³ International Chamber of Commerce (ICC), <http://www.iccwbo.org/>

⁴ Zie paragraaf 3 van deze bijdrage.

⁵ Opvallend is dat er in Nederland tot 2011 geen wetenschappelijke juridische bijdrage is gewijd aan de Incoterms. Wel zijn er in diverse tijdschriften korte artikelen verschenen om de nieuwe Incoterms te introduceren, zoals onlangs: Mr S.M. Oude Alink, Herziening van de Incoterms, NTHR 2011, p.33-p.35. In België is er wel een uitgebreid boekwerk over Incoterms en andere leveringsvoorwaarden gepubliceerd: Koen Vanheusden, Leveringsvoorwaarden in internationale overeenkomsten, Maklu-uitgevers, Antwerpen, 2005. Voor ondernemers verschijnen regelmatig artikelen in de FENEDEXPRESS en is er recentelijk een boek verschenen: Piet Roos, Incoterminologie 2010, NT publishers/FENEDEX, 2010.

te selecteren die het beste past bij de bedrijfsvoering van een bepaald export- of import-traject. Beschikt de ondernemer niet over deze informatie dan dient hij een jurist te kunnen raadplegen die met in achtname van diverse aspecten van de bedrijfsvoering van de ondernemer uiteindelijk een goed advies kan formuleren.

Om deze doelstellingen te bereiken zal ik in de eerste paragraaf de International Commercial Terms (Incoterms) introduceren, waarin ook de verplichtingen van de Incoterms 2000 en 2010 kort worden toegelicht. In de tweede paragraaf worden de Incoterms juridisch geduid en vergeleken met de vier klassieke rechtsbronnen⁶. De derde paragraaf gaat in op welke problemen in de uitvoering van de Incoterms het meeste voorkomen. Tot slot wordt in de vierde en laatste paragraaf in een conclusie duidelijk gemaakt of de Incoterms 2010 de problemen van de praktijk ondervangen.

Introductie van de Incoterms⁷

Incoterms hebben als doelstelling om duidelijkheid aan de betrokken partijen te verschaffen bij de niet zo eenvoudige uitvoering van een internationale koopovereenkomst zodat mogelijke misverstanden en rechtszaken tussen de verkoper en de koper worden voorkomen⁸. De set Incoterms 2000 kent 13 Incoterms waaruit de verkoper en een koper kunnen kiezen wanneer zij een aantal zaken bij de uitvoering van hun koopovereenkomst kort en krachtig, namelijk door een afkorting van drie letters, willen afspreken. In de set Incoterms 2010 komen 11 Incoterms voor. In deze paragraaf worden de volgende aspecten van de Incoterms toegelicht: allereerst worden er een aantal wijzen om de Incoterms te groeperen onderzocht, waarna de meest gebruikte Incoterms groepsgewijs kort worden toegelicht.

Incoterms groeperen

Incoterms en de indeling ervan in vier groepen, in de E-groep, de F-groep, de C-groep en de D-groep, laten zich het beste begrijpen vanuit de situatie van een intercontinentale koop, waarin voortransport, hoofdtransport en natransport te onderscheiden zijn. De indeling in groepen werd in de versie van de Incoterms 1990⁹ geïntroduceerd met als doelstelling een beter begrip van de Incoterms te verschaffen. Voor de uitleg van de groepen en de eerste introductie van de Incoterms zal worden uitgegaan van zowel de Incoterms 2000 als van de Incoterms 2010, aangezien aan de indeling in de groepen E, F, C en D in de versie Incoterms van 2010 niets is veranderd¹⁰.

⁶ De vier klassieke rechtsbronnen zijn: de wet, verdragen, jurisprudentie en gewoonterecht.

⁷ Voor een uitgebreid historisch overzicht van de Incoterms: Koen Vanheusden, 2005, Hoofdstuk 1.

⁸ ICC publicatie nr. 560, Incoterms 2000, ICC Nederland, p. 6

⁹ Incoterms 1990, ICC publication No. 460, p. 6-7.

¹⁰ Overigens worden de Incoterms in de 2010 publicatie wel in een andere volgorde aangeboden dan de 1990 en 2000 versies. In de 2010 publicatie worden de Incoterms die voor het multimodale vervoer geschikt zijn eerst aangeboden en daarna de Incoterms waarbij het hoofdvervoer over water dient plaats te vinden.

De Incoterm in de E-groep, Ex Works (EXW...named place), brengt de minste verplichtingen voor de verkoper in de uitvoering van de koopovereenkomst met zich mee. Daarom wordt deze groep met 'vertrek'/'departure' aangeduid. Bij elke volgende groep neemt de verkoper meer verplichtingen op zich om de koopovereenkomst correct uit te voeren. Bij de Incoterms uit de F-groep voert de verkoper de verplichtingen uit op zijn eigen continent. De F-groep wordt in beide versies van de Incoterms 2000 en 2010 aangeduid met 'hoofdvervoer onbetaald'/'main carriage unpaid'. De benaming van deze groep maakt duidelijk dat de koper verantwoordelijk is voor het vervoer vanaf de start van het hoofdvervoer. De Incoterms uit de C-groep geven verplichtingen voor de verkoper over twee continenten. Bij zowel de Incoterms 2000 als de Incoterms 2010 luidt de benaming 'hoofdvervoer betaald'/'main carriage paid'. De meeste verplichtingen met betrekking tot de uitvoering van de internationale koopovereenkomst heeft de verkoper wanneer er een Incoterm uit de D-groep is overeengekomen. Dan reiken zijn verplichtingen zelfs tot op het continent van de koper. Daarom is de naam 'aankomst'/'arrival' aan deze groep Incoterms gegeven.

Naast de indeling in groepen kunnen de Incoterms ook ingedeeld worden naar transportmodaliteit. Volgens deze indeling kunnen er twee categorieën worden onderscheiden, namelijk de Incoterms waarbij het hoofdtransport over water gaat en de Incoterms die bij elke modaliteit en combinaties van modaliteiten te gebruiken zijn.

Bij de Incoterms 2000 zijn de volgende zes Incoterms alleen te gebruiken in combinatie met het hoofdvervoer over water: Free Alongside Ship (FAS), Free On Board (FOB), Cost and Freight (CFR), Cost Insurance and Freight (CIF), Delivered Ex Ship (DES), Delivered Ex Quay (DEQ). Bij de Incoterms 2010 zijn dat slechts de vier Incoterms uit de F- en C-groep, namelijk de FAS, FOB, CFR en CIF; de DES en de DEQ zijn bij de Incoterms 2010 komen te vervallen wegens het in onbruik raken van deze Incoterms in de praktijk en de toename van het goederenvervoer middels containers.

De verplichtingen die voortvloeien uit het overeenkomen van een Incoterm zijn ook onder te verdelen, namelijk in de volgende vijf hoofdruubrieken¹¹:

1. een Incoterm bepaalt de plaats van levering van de goederen door de verkoper aan de koper;
2. de plaats van levering is tevens de plaats waar het risico voor verlies en schade aan de goederen tijdens het vervoer van de verkoper naar de koper overgaat;
3. een Incoterm bepaalt of de verkoper en/of de koper vervoerovereenkomsten dient aan te gaan en te betalen;

¹¹ Bij de Incoterms 2000 en 2010 heeft de Internationale Kamer van Koophandel de verplichtingen over 10 rubrieken verdeeld. Voor exacte informatie over de verplichtingen dienen de ICC-publicaties zelf te worden geraadpleegd: ICC publicatie nr. 560, Incoterms 2000, ICC Nederland en ICC Publication No. 715, Incoterms® 2010, 2010 Edition.

4. een Incoterm verdeelt de verplichtingen over de verkoper en/of de koper met betrekking tot wie welke douaneformaliteiten dient te regelen en te betalen¹²;
5. Wanneer er een "I" in de Incoterm voorkomt dan heeft de verkoper een verplichting om de goederen te verzekeren voor het hoofdtransport waarvoor het risico al is overgegaan op de koper. In beide versies van de Incoterms zijn dat twee Incoterms: de Cost Insurance Freight (CIF... named port of destination) en de Carriage Insurance Paid (CIP..). Bij de andere Incoterms 2000 en 2010 bestaat er geen verplichting tot verzekeren omdat het wel of niet verzekeren van het transport van de goederen wordt overgelaten aan de partij die op een bepaald traject het risico draagt voor eventuele schade en/of verlies van de goederen.

Beschrijving van de Incoterms 2000 en 2010 per groep

In deze subparagraaf zullen de meest gebruikte Incoterms worden toegelicht op de hoofdverplichtingen die in de vorige subparagraaf uiteen zijn gezet. De vereniging van exporterende bedrijven de FENEDEX heeft een onderzoek laten verrichten naar het gebruik van Incoterms onder hun leden¹³. Honderd drieënzeventig respondenten hadden de volgende vraag beantwoord: 'Welke Incoterms 2000 komt u regelmatig overeen?' De antwoorden in percentages waren als volgt :

E-groep: Ex Works (EXW): 53% (2e plaats),

F-groep: Free Carrier (FCA): 56% (1e plaats), Free Alongside Ship (FAS): 4%, Free On Board (FOB): 49% (3e plaats), C-groep: Cost and Freight (CFR): 35%, Cost Insurance Freight (CIF): 46% (4e plaats), Carriage Paid To (CIP): 28%, Carriage and Insurance Paid to(CIP): 28%,

D-groep: Delivered At Frontier (DAF): 1 %, Delivered Ex Ship (DES): 0 %, Delivered Ex Quay (DEQ): 1 respondent, Delivered Duty Unpaid (DDU): 37,5%, Delivered Duty Paid (DDP): 37,5%.

Uit deze enquête blijkt ook dat een aantal Incoterms in onbruik zijn geraakt. Behalve de DDU scoren de overige Incoterms die in de 2010 versie niet terugkomen (DES, DEQ en DAF) erg laag. Bij de bespreking van de Incoterms zal de nadruk liggen op de uitleg van de hoofdverplichtingen van de meest voorkomende Incoterms en de daarmee corresponderende Incoterm uit de versie van 2010.

De Incoterms uit de E-groep

De E-groep van de Incoterms (2000 en 2010) bestaat uit de Incoterm Ex Works (...named

¹² Bij een intercontinentale koop dienen de goederen eerst in het land/douaneunie/continent van uitvoer worden uitgeklaard en vervolgens in het land/continent/douaneunie van invoer te worden ingeklaard. De processen vanuit en naar de EU zijn door de douane instructief in beeld gebracht: <<http://www.douane.nl/procesplaat/player/>> (laatst geraadpleegd op 10-3-2011)

¹³ Zie onderzoek FENEDEX, particuliere vereniging voor exporterende bedrijven, gepubliceerd in FENEDEXPRESS in december 2009. Zie ook <<http://www.fenedex.nl/sondering-incoterms-in-de-praktijk.html>> laatst geraadpleegd op 10-3-2011.

place) en gaat uit van het principe dat de verkoper slechts gehouden is tot het leveren van de goederen vanaf zijn eigen fabriek en dus op zijn eigen continent. De koper is verantwoordelijk voor alle douaneverplichtingen en het risico tijdens het laden van de goederen op de plaats van de verkoper en bovendien voor het regelen en betalen van al het transport dat daarna plaats vindt. De verkoper is slechts aansprakelijk voor wanprestatie aansprakelijk wanneer de goederen niet goed zijn geleverd op zijn fabriek. Vanaf het gereed maken van de goederen voor het laden of het verstrijken van de leveringsdatum, is de verkoper niet meer aansprakelijk voor de schade aan die goederen.

De Incoterms uit de F-groep

In de beide versies van de Incoterms bestaat deze groep uit drie Incoterms: Free Carrier (FCA ...named place), Free Alongside Ship (FAS...named port shipment) en de Free on Board (FOB...named port shipment). Het vortransport wordt bij deze Incoterms in principe uitgevoerd ten laste van de verkoper. Een andere gelijkenis tussen de Incoterms in deze groep is de verplichting voor de verkoper om de goederen uit te klaren bij de douane en de verplichting voor de inkoper om de goederen in te klaren. De verkoper dient aan zijn leveringsverplichting te voldoen in zijn eigen land of continent, afhankelijk van de plaats die achter de Incoterm genoemd wordt. Bij de levering van een machine die door een Duitse verkoper onder een FOB 2000 Rotterdam aan een Chinese koper is verkocht, is de Duitse verkoper gehouden om het vervoer vanuit Duitsland naar Rotterdam te organiseren en te betalen, de machine uit te klaren bij de douane en vindt de levering plaats bij de scheepsreling in Rotterdam en gaat ook het risico voor schade en verlies over op de Chinese verkoper bij deze scheepsreling in Rotterdam. Bij de Incoterm FOB 2010 Rotterdam vindt de levering plaats en gaat het risico over op de koper wanneer de goederen aan boord zijn geladen.

De Incoterms uit de C-groep

Deze groep bestaat in beide versies van de Incoterms uit vier Incoterms, namelijk de Carriage paid to (CPT named place of destination), de verzekeringsvariant van deze Incoterm Carriage and Insurance Paid to (CIP... named place of destination), de Cost and Freight (CFR... named port of destination) en de verzekeringsvariant van deze Incoterm de Cost Insurance and Freight (CIF ...named port of destination).

Bij deze groep betaalt de verkoper naast het vortransport ook het hoofdvervoer tot het continent van aankomst. Deze groep Incoterms veroorzaakt de meeste problemen tussen verkopers en kopers vanwege het feit dat de verkoper wel de kosten van het hoofdvervoer betaalt, maar niet tevens het risico draagt tijdens datzelfde hoofdvervoer. Daarmee vertonen de Incoterms uit de C-groep feitelijk een grotere gelijkenis met de terms uit de F-groep dan met die uit de D-groep . Partijen die gebruik maken van een Incoterm uit de C-groep verwachten vaak dat de verkoper niet alleen de kosten voor het hoofdvervoer moet betalen, maar dat deze partij ook verantwoordelijk is voor de schade die tijdens

dat hoofdvervoer ontstaat. Echter, het risico is reeds op het continent van de verkoper op de koper overgegaan, dus voordat het hoofdvervoer een aanvang nam¹⁴. Wanneer een Chinese verkoper goederen CIF 2000 Rotterdam verkoopt aan een Duitse koper dan dienen de goederen te worden vervoerd over zee, bijvoorbeeld vanuit Shanghai. De Chinese verkoper dient dan aan alle verplichtingen onder de koopovereenkomst te voldoen in de haven van vertrek, in dit geval vanuit Shanghai. Worden de goederen tijdens het zeevervoer beschadigd dan is de verkoper bij deze koop onder CIF Rotterdam niet aansprakelijk wegens wanprestatie. De Duitse koper dient de Chinese verkoper voor deze beschadigde zending toch te betalen. De koper kan bij een CIF- of CIP-koop wel een beroep kan doen op de transportverzekering die de verkoper heeft afgesloten ten behoeve van de koper. Ook de douaneverplichtingen worden bij de C-groep over de partijen zoals bij de F-groep verdeeld, namelijk de verkoper klaart uit, terwijl de koper gehouden is de inklaring van de goederen te verzorgen en te betalen. Bovendien voldoet de verkoper, zoals eerder vermeld, aan zijn leveringsverplichting op hetzelfde moment en plaats als die in de F-groep, namelijk op het continent van uitvoer in de vertrekhaven.

Incoterms uit de D-groep

Wil de koper de verkoper met succes voor wanprestatie aanspreken vanwege verlies of schade ontstaan tijdens het hoofdvervoer dan zal de koper een Incoterm uit de D-groep in de overeenkomst moeten uitonderhandelen. In deze groep Incoterms bestaan de meeste verschillen tussen de Incoterms 2000 en 2010.

De D-groep van de Incoterms 2000 bestaat uit 5 Incoterms, namelijk Delivered at Frontier (DAF ...named place), Delivered ex Ship (DES... named port of destination), Delivered ex Quay (DEQ named port of destination), Delivered Duty Unpaid (DDU ... named place of destination) en Delivered Duty Paid (DDP ... named place of destination). De Incoterms 2000 DAF, DES, DEQ en DDU komen in de versie van 2010 niet meer voor. De D-groep van de Incoterms 2010 bestaat uit 3 Incoterms, namelijk de Delivered at Place (DAP ... named place of destination), de Delivered at Terminal (DAT ...named port or place of destination) en de Delivered Duty paid (DDP ...named place of destination). De Delivered at Place (DAP) 2010 vervangt de volgende Incoterms 2000: Delivered at Frontier (DAF), Delivered ex Ship (DES) en Delivered Duty Unpaid (DDU). De Incoterm Delivered at Terminal (DAT) 2010 vervangt de Incoterm 2000 Delivered ex Quay (DEQ). De nieuwe Incoterm DAT 2010 sluit mooi aan bij de multimodale praktijk en de aflevering van containers op container yards in de haven of andere terminal op de plaats of continent van bestemming.

De vervoersverplichting en de leveringsverplichting bij de Incoterms uit de D-groep rusten bij de verkoper en reiken tot op het continent van de koper en wel op de laats die achter de

¹⁴ Bij de Incoterms 2000 vindt de levering en de risico-overgang plaats bij het passeren van de scheepsreling in de haven van vertrek. Bij de Incoterms 2010 wordt er geleverd en vindt de risico-omslag plaats bij het aan boord plaatsen van de goederen in de haven van vertrek.

Incoterm opgenomen is. Daar gaat ook het risico over van de verkoper naar de koper. Bij de DDP Incoterm is de verkoper ook gehouden om de douaneverplichtingen op het continent van de koper te verrichten en is de plaats opgenomen achter de Incoterm meestal het bedrijf van de koper. De Delivered Duty Paid (DDP) Incoterm in de beide versies brengt daarom de meeste verplichtingen voor de verkoper met zich mee en kan daarom worden gezien als de tegenovergestelde Incoterm van de Ex Works in beide versies.

Incoterms in juridisch perspectief

In de inleiding had ik al opgemerkt dat juristen vaak onwennig omgaan met het fenomeen Incoterms. De verklaring is mijn inziens gelegen in het feit dat de Incoterms moeilijk juridisch te kwalificeren zijn. In deze paragraaf zal eerst een korte uiteenzetting volgen over hoe de Incoterms juridisch kunnen worden geduid waarna vervolgens de invloed van de Incoterms op het geschreven kooprecht kort worden toegelicht. Tot slot zal recente jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie (EU) en de rol van de Incoterms besproken worden in het kader van de internationale bevoegdheid van de rechters in de EU.

Juridische kwalificatie van de Incoterms

Om een correcte oplossing voor problemen te vinden hanteren juristen een bepaalde systematiek om de van toepassing zijnde rechtsregels te vinden. In Nederland worden vier rechtsbronnen onderkend, namelijk de wet, verdragen, gewoonterecht en jurisprudentie¹⁵. Incoterms kunnen in Nederland¹⁶ niet als wettelijke bepalingen worden gekwalificeerd omdat deze niet door de bevoegde instanties, namelijk door (of krachtens) de Regering en Staten Generaal¹⁷ zijn vast gesteld. Wel zijn partijen gebonden aan contractuele afspraken omdat de wet¹⁸ naar de overeenkomst en de verbintenissen die daaruit voortvloeien verwijst. Het feit dat afspraken wel in een overeenkomst, maar niet in een wettelijke bepaling terug te vinden zijn, heeft wel degelijk een belangrijk rechtsgevolg. De Hoge Raad kan ex art. 79 Wet op de Rechterlijke Organisatie (RO) geen inhoudelijk oordeel vellen over een contractuele bepaling, maar wel over het recht uit de rechtsbronnen¹⁹.

¹⁵Zie o.m. Prof. Mr. J.G.J. Rinkes (red) et al, Van Apeldoorn's Inleiding tot de studie van het Nederlands recht, Kluwer, 2009, p. 107. Rinkes et al maken nog een onderscheid tussen ongeschreven recht en gewoonterecht.

¹⁶In de Oekraïne zijn deze wel in de wet opgenomen: Koen Vanheusden, 2005, p. 28, in noot 37. Clive M, Schmitthoff, Commercial Law in a Changing Economic Climate, Sweet & Maxwell Ltd, London, 1981, pp. 18-33 noemt Irak (alle transacties) en Spanje (import transacties). Uit een draft paper van The US Department of Commerce blijkt in 2003 deze wetgeving in Irak nog steeds van kracht te zijn (p.3): http://www.aschq.army.mil/supportingdocs/Iraqi_Comm_Law.pdf (laatst bezocht 10-3-2011).

¹⁷Volgens art. 81 van de Grondwet worden in Nederland de hoogste nationale wetten door deze 2 instanties vastgesteld zoals het Burgerlijk Wetboek en de Grondwet zelf.

¹⁸Zie art. 6:1 Burgerlijk Wetboek BW: Verbintenissen kunnen slechts ontstaan, indien dit uit de wet voortvloeit.

¹⁹Volgens art. 81 van de Grondwet worden in Nederland de hoogste nationale wetten door deze 2 instanties vastgesteld zoals het Burgerlijk Wetboek en de Grondwet zelf.

Ook zijn de Incoterms niet in een verdrag opgenomen. Wel wordt er in sommige internationale publiekrechtelijke regelingen naar de Incoterms verwezen²⁰.

Hoewel Incoterms wel vaak onderwerp van jurisprudentie²¹ zijn, worden zij niet door deze rechtsbron in het leven geroepen.

Resteert de vraag of Incoterms onderdeel uitmaken van de rechtsbron gewoonterecht. De meeste schrijvers geven in hun definitie van gewoonterecht de volgende toetsingscriteria aan:

1. de handelingen worden in een bepaalde groep herhaaldelijk gevolgd²²;
2. het niet volgen van de regel wordt als doorbreking van een rechtsregel ervaren²³.

De Nederlandstalige literatuur geeft over het algemeen een ontkennend antwoord²⁴ op de vraag of Incoterms onderdeel uitmaken van de rechtsbron gewoonterecht. Als reden hiervoor wordt wel gegeven dat als een ander instrument van de ICC, de Uniform Customs and Practice for Documentary Credits (UPC), niet door de Hoge Raad als gewoonterecht wordt gekwalificeerd²⁵, de Incoterms daar zeker niet voor in aanmerking komen²⁶. De jurisprudentie van de Hoge Raad stamt echter van de tachtiger jaren van de vorige eeuw en het betreft een ander instrument van de ICC dan de Incoterms, die sinds die tijd enorm in bekendheid zijn toegenomen. De jurisprudentie omtrent de UPC zijn daarom geen goede maatstaf meer om te toetsen of Incoterms tot het gewoonterecht behoren.

Vanheusden stelt verder nog dat de ICC als private organisatie het gewoonterecht niet kan bepalen. De DDU is een voorbeeld van een term die alleen bekend is als ICC-term en aldus is opgelegd in plaats van dat het is te zijn ontstaan vanuit de een handelsrechtelijke gewoonte. Tot slot noemt Vanheusden nog het argument dat de Incoterms zelf verwijzen naar gebruiken in de haven en zich aldus ongeschikt maken²⁷. Het laatste argument overtuigt mij niet. Ook andere autonome rechtsbronnen verwijzen naar gebruiken zoals

¹⁸ Zie art. 6:1 Burgerlijk Wetboek BW: Verbintenissen kunnen slechts ontstaan, indien dit uit de wet voortvloeit.

¹⁹ Zie ook Asser/Mijnsen, Van Velten en Bartels 5*, nr. 216 en recentelijk in HR 2 februari 2010, LJN BK0870, RvdW 2010, 252: R.O 3.4 De HR oordeelde inzake erfpachtvoorwaarden van een waterschap dat het gaat "(...) om voorwaarden die hun verbindende kracht telkens slechts ontleen aan de individuele overeenkomst waarin zij - zoals in het onderhavige geval - zijn opgenomen. Zodanige voorwaarden kunnen niet gelden als "recht" in voormelde zin, ook niet indien een van de partijen bij zulk een overeenkomst steeds de overheid is."

²⁰ Zie bijvoorbeeld Verordening 638/2004 van het EP en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de communautaire statistieken van het goederenverkeer tussen de lidstaten en houdende intrekking van Verordening 3330/91 van de Raad, art. 9 lid 2 onder d. jo Bijlage onder 6.

²¹ Zie hiervoor de volgende paragraaf.

²² Asser-Scholten (Algemeen Deel) 1974, p. 97 e.v.; Asser Procesrecht/Veegens-Korthals Altes-Groen (2005), p 181; J.G.J. Rinkes (red.), Van Apeldoorn's Inleiding tot het Nederlands recht, 2009, p. 131 e.v.

²³ Asser-Scholten (Algemeen Deel) 1974, p. 107 e.v.; Asser Procesrecht/Veegens-Korthals Altes-Groen (2005), p 181; Van Apeldoorn's Inleiding tot het Nederlands recht, 2009, p. 131 e.v.

²⁴ Koen Vanheusden, 2005, p. 28-29, Ph H J G van Huizen, Inleiding Handelsrecht, Kluwer 2006, p.11

²⁵ HR 12 maart 1982, NJ 1982, 267 en HR 28 oktober 1983, NJ 1985, 131

²⁶ Aldus van Huizen, *ibid*.

²⁷ Koen Vanheusden, 2005, p. 28-29

de wet (o.m. art. 3:4 BW) en verdragen (o.m. art. 8 en 9 Weens Koopverdrag) zonder hun status als rechtsbron te verliezen. Het argument dat de ICC geen nieuwe Incoterms zou kunnen opleggen, zou weersproken kunnen worden door te stellen dat de ICC de spreekbuis is van alle beroepsgroepen die zijn betrokken bij de internationale handel. Indien een nieuwe Incoterm in de praktijk navolging vindt, dan kan er wellicht aldus gewoonte recht zijn ontstaan. Als het onderzoek van de FENEDEX²⁸ een reflectie is van het wereldwijde gebruik van de DDU dan heeft de internationale gemeenschap te kennen gegeven behoefte te hebben om van de nieuwe Incoterm gebruik te maken.

Vanwege de toegenomen internationale bekendheid van de Incoterms bij partijen die van deze handelstermen gebruik maken, wordt al snel voldaan aan de twee criteria voor gewoonterecht. Het voordeel van de kwalificatie van Incoterms als gewoonterecht is dat de toepassing van de Incoterms in drie instanties²⁹ inhoudelijk kan worden beoordeeld in plaats van de meer afstandelijke en subjectieve beoordeling door de Hoge Raad middels de Haviltex formule. Het komt bij de uitleg van contractsbepalingen volgens de Hoge Raad aan 'op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan deze bepalingen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten'³⁰. De toepassing van de Incoterms kan worden verbeterd wanneer de Hoge Raad de verplichtingen die uit de Incoterms volgen direct als objectief toetsingskader kan gebruiken.

Indien de afkorting met de drie letters van de Incoterms als contractueel beding opgevat wordt, maar de verplichtingen die voor partijen daar vervolgens uit voortvloeien kunnen worden opgevat als handelingen die in een bepaalde beroepsgroep herhaaldelijk worden toegepast en waarvan het niet voldoen aan de verplichtingen wordt opgevat als schending van een rechtsnorm, dan kan het antwoord op de vraag of Incoterms als gewoonterecht kan worden opgevat bevestigend worden beantwoord³¹.

De invloed van Incoterms op het geschreven kooprecht

Het Nederlandse kooprecht voor personen die handelen in beroep en bedrijf is grotendeels van regeland of aanvullend recht³². Dat betekent dat wanneer partijen een Incoterm in hun koopovereenkomst opnemen de verplichtingen uit die bron op de kooprelatie van toepassing zullen zijn in plaats van het van toepassing zijnde recht uit ons Burgerlijk

²⁸Zie onderzoek FENEDEX, particuliere vereniging voor exporterende bedrijven, gepubliceerd in FENEDEXPRESS in december 2009. Zie ook <<http://www.fenedex.nl/sondering-incoterms-in-de-praktijk.html>> laatst geraadpleegd op 10-3-2011. De DDU Incoterm wordt in de 2010 versie vervangen door Delivered at Place (DAP) en verdwijnt niet in zijn geheel van het handelstoneel.

²⁹In eerste aanleg bij de Rechtbank, in hoger beroep bij het Gerechtshof en indien de Incoterm niet alleen als contractueel beding wordt opgevat ook door de Hoge Raad.

³⁰HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635 m.nt. CJHB (Haviltex), AA 1981, p. 355 m.nt. PvS

³¹Zie voor de verhouding van Incoterms met gewoonterecht in internationaal verband en de verhouding met de Lex Mercatoria mijn bijdrage in: B. Wessels, T.H.M. van Wechem (red.), Contracteren in de internationale praktijk, Serie Recht en Praktijk, Kluwer Deventer, 2011, p. 130 e.v.

³²Zie M.A. Loth, Dwingend en aanvullend recht, Mon. Nieuw BW A-19 (Loth), p. 11

Wetboek of het mogelijk van toepassing zijnde Weens Koopverdrag (WKV)³³.

De belangrijkste verplichtingen die door de Incoterms worden bepaald (in plaats van de genoemde rechtsregels) zijn de verplichtingen met betrekking tot de plaats van levering en de plaats waar het risico voor verlies en beschadiging overgaat van verkoper naar koper. De verplichting tot leveren wordt in het Nederlandse kooprecht geregeld in art. 7:9 BW. De wetgever maakt gebruik van de term afleveren³⁴ en hij verstaat daaronder 'het stellen van de zaak in het bezit van de koper' (lid 2)³⁵. Het Weens Koopverdrag kent in art. 30 WKV een soortgelijke regeling als art. 7:9 lid 1.

De plaats om de zaken af te leveren wordt in beide regelingen in een ander artikel gespecificeerd. De artikelen 6:41 BW en art.31 WKV geven duidelijk aan dat de regeling wijkt voor een plaats die de partijen overeengekomen zijn. De Incoterms geven in rubriek A4³⁶ de plaats van levering aan. Deze plaats is voor de praktijk van belang omdat dit de plaats is waar de zaken conform het contract moeten zijn geleverd³⁷. Is dat niet het geval dan is er sprake van wanprestatie door de verkopende partij.

Voor de risico-overgang in het Burgerlijk Wetboek³⁸, het Weens Koopverdrag³⁹ en de Incoterms⁴⁰ kan de volgende observatie worden gedaan. Bij alle drie de rechtsbronnen geldt als hoofdregel een koppeling tussen de plaats van levering en de plaats waar het risico overgaat op de koper. Door de aflevering vindt immers de bezitsverschaffing aan de koper plaats en raken de zaken aldus uit de macht van de verkoper⁴¹.

Op grond van het bovenstaande kan worden geconcludeerd dat wanneer er een Incoterm in de koopovereenkomst is opgenomen de van toepassing zijnde wettelijke en verdragbepalingen wijken voor de plaatsen van levering en risico-overgang die in de Incoterms 2000 en 2010 in de rubrieken A4 en A5 uiteen worden gezet.

De invloed van Incoterms op de internationale bevoegdheid van rechters in de EU

Het gebruik van Incoterms in een internationale koopovereenkomst kan mogelijk ook invloed hebben op welke rechter bevoegd is op grond van art. 5 sub 1 onder b. eerste

³³ Verdrag der Verenigde Naties inzake internationale koopovereenkomsten betreffende roerende zaken, Wenen 11 april 1980, Trb. 1981, 184 en Trb, 1986, 61, voor Nederland in werking getreden op 1 januari 1992, Trb. 1991, 30 (WKV)

³⁴ Ter onderscheiding van de goederenrechtelijke leveringsverplichting. Het afleveren in de zin van art. 7:9 BW moet ook onderscheiden worden van de afleveringsplicht van de vervoerder ex art. 8:21 BW. Zie Haak en Zwitser, *Opdracht aan Hulppersonen*, Gouda Quint 1999, pp. 542-543.

³⁵ Wessels merkt op dat het bezitsverschaffen kan worden verwezenlijkt op de wijzen zoals in de art. 3:112 tot art. 3:115 BW is voorzien, dus door feitelijke overdracht, door constitutum possessorium, *traditio brevi manu* en *traditio longa manu*.

³⁶ De verplichtingen van de verkoper worden in de Incoterms publicaties van de ICC onder de letter A vermeld; de corresponderende verplichtingen van de koper worden onder de letter B uiteen gezet.

³⁷ Zie de teksten van de conformiteitartikelen: art. 7:17 lid 1 BW: 'De afgeleverde zaak moet aan de overeenkomst beantwoorden' en in art 35 WKV: 'De verkoper dient de zaken af te leveren....op de in de overeenkomst vereiste wijze'

streepje⁴² Brussel I Verordening⁴³ (Vo). Is in het contract geen forumkeuze ex art. 23 Brussel I-Vo of een arbitragebeding opgenomen dan kan de eiser die op zoek is naar een mogelijk andere bevoegde rechter dan de rechter van het land van gedaagde ex art. 2 Brussel I⁴⁴, een beroep doen op art. 5 sub 1 onder b. eerste streepje van de genoemde regeling. Hier verwijst de Europese wetgever naar de rechter van de plaats waar de roerende zaken volgens de overeenkomst zijn geleverd of geleverd hadden moeten worden. In de Color Drack-zaak⁴⁵ maakt het Hof van Justitie duidelijk dat de regel voor de koopovereenkomst in art. 5 is ingegeven door de nabijheidsdoelstelling. Deze doelstelling houdt in dat de nauwe band tussen het gerecht en de overeenkomst met zich meebrengt dat juist dat gerecht van het geschil kennis neemt⁴⁶. Het Hof legt in dezelfde zaak in rechtsoverweging 26 uit dat de plaats van levering een zelfstandig aanknopingspunt vormt voor alle vorderingen uit één koopovereenkomst, zelfs al zijn er meerdere leveringsplaatsen in één lidstaat aan te wijzen. De vraag die zich voordeed was of al deze leveringsplaatsen bevoegde rechters op zouden leveren. Art. 5 sub 1 onder b. eerste streepje van de verordening bepaalt namelijk zowel de internationale als de relatieve bevoegdheid van de rechter⁴⁷. Het Hof hecht een zodanig belang aan de nabijheidsdoelstelling dat ook in het geval van verschillende leveringsplaatsen de gerechten van die plaatsen in die lidstaat bevoegd zullen zijn. Vanwege een nuttige procesvoering zullen niet alle gerechten van die plaatsen concurrent bevoegd zijn. De plaats van de nauwste band tussen de rechter en de overeenkomst, zijnde de plaats van de hoofdlevering, bepaalt dan de alternatief bevoegde rechter. Het vaststellen van de hoofdlevering moet op basis van economische criteria gebeuren. Kan er geen hoofdlevering worden vastgesteld dan zijn alle rechters bevoegd en heeft de eiser de keuze om de zaak voor één van die gerechten op te starten⁴⁸.

³⁸ Art. 7:10 BW

³⁹ Art. 66 e.v. WKV

⁴⁰ Bij de diverse Incoterms rubriek A5, die allemaal verwijzen naar de leveringsplaats genoemd in de rubriek A4.

⁴¹ De macht over de zaken blijft echter bij de verkoper in het geval er voor de goederen bijv. een cognossement wordt afgegeven. Met dit waardepapier vindt de werkelijk bezitsverschaffing plaats door het in het bezitstellen van het papier aan de (houder van) de koper. Echter voor de plaats aflevering voor het koopcontract met Incoterm is de plaats die wordt aangegeven onder A4 van de betreffende Incoterm van belang.

⁴² Volgens art. 5 sub 1 onder c. Brussel I is onderdeel a. slechts van toepassing als onderdeel b. niet van toepassing is.

⁴³ Verordening (EG) nr. 44/2001 van de Raad van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken. In Nederland ook wel EEX-verordening genoemd.

⁴⁴ Art. 2 bevat de hoofdregel van de Verordening. Art 5 bevat een aanvulling op die bevoegdheid. Zie HvJ 13 juli 2006, Reisch Montagne, C-103/05, Jurisprudentie p. I-6827, punt 22, NJ 2008, 79, en HvJ 3 mei 2007, Color Drack, C-236/05, NJ 2008 237, punt 22 e.v.

⁴⁵ Ibid.

⁴⁶ Zie overwegingen van de Europese Wetgever in 11 en 12 Brussel I Verordening.

⁴⁷ R.O 30, Color Drack, supra noot 44.

⁴⁸ R.O 40, Color Drack, supra noot 44. In dit geval werden de zonnebrillen op verschillende plaatsen in één lidstaat geleverd. Het Hof herhaalt de zinsnede in één lidstaat een aantal keren. Wellicht dat daaruit kan worden afgeleid dat wanneer de leveringen over verschillende lidstaten plaats vindt de nauwe band tussen het gerecht en de overeenkomst niet aanwezig is. Het hof zal dit in een andere zaak moeten toelichten, zie ook noot Vlas bij dit arrest.

Indien er bij het ontbreken van een Incoterm of anderszins geen uitdrukkelijke plaats van levering is opgenomen, dan rijst de vraag of aangesloten zou moeten worden bij de feitelijke plaats van aflevering aan de koper of dat de plaats van levering via het Weens Koopverdrag of een nationaal rechtstelsel gevonden zou mogen worden. Deze vraag is onlangs door het Bundesgerichtshof aan het Hof van Justitie voorgelegd. In de zaak *Car Trim*⁴⁹ heeft het Hof een rangorde vastgesteld waarin de beoordelingscriteria voor het vaststellen van de alternatief bevoegde rechter bij de koopovereenkomst zullen moeten worden behandeld. Allereerst dient de rechter te onderzoeken of uit de bepalingen van de overeenkomst een plaats van levering van de goederen blijkt. Is deze in het contract opgenomen dan is de rechter van deze plaats bevoegd⁵⁰. Incoterms bepalen de plaats van levering in rubriek A4, waardoor de alternatief bevoegde rechter mijns inziens aldus wordt gevonden⁵¹⁵². Hoewel het Hof van Justitie niet uitdrukkelijk heeft geoordeeld dat de Incoterms de alternatief bevoegde rechter aanwijzen, kan op grond van de nadruk van het Hof op de contractueel overeengekomen plaats van levering geconcludeerd worden dat dit hoogstwaarschijnlijk wel het geval zal zijn.

Problemen bij de uitvoering van Incoterms 2000 in de praktijk

In deze paragraaf zullen een aantal veel voorkomende problemen in de uitvoering van koopovereenkomsten waarin een Incoterm 2000 is opgenomen worden toegelicht. Het onderzoek beperkt zich tot de Incoterms 2000 omdat er nog geen ervaringen bekend zijn met de Incoterms 2010. De behandeling vindt plaats per groep Incoterms.

Enkele toepassingsproblemen uit de E-groep

De belangrijkste problemen die zich voordoen met de EXW-Incoterm zijn het gevolg van het feit dat bij een EXW de verkoper de regie over de uitvoer van de goederen uit handen geeft aan de koper. De koper is immers bij een EXW Incoterm gehouden om het gehele

⁴⁹ Hof van Justitie van de EU, 25 februari 2010, nr. C-381/08, RvdW 2010, 536

⁵⁰ R.O. 54 en 55 *ibid*. De plaats van levering uit het contract moet zonder toepassing van materieel recht vast te stellen zijn, blijkt uit R.O. 55. Dat is bij Incoterms inderdaad het geval.

⁵¹ Een andere opvatting wordt gehuldigd door S.A. Krusinga, *Koop en de plaats van levering in de zin van art. 5 Brussel 1*, NTHR 2011, p. 7 en 8. Haar verwijzingen naar de literatuur en jurisprudentie dateren van voor de uitspraak van het Hof van Justitie in de *Car Trim* zaak.

⁵² Is er geen plaats van levering in de overeenkomst opgenomen dan is het de rechter volgens het Hof van Justitie niet toegestaan om het materieel toepasselijk recht toe te passen om de plaats van levering vast te stellen. Vanwege de hoge mate van voorspelbaarheid en het hiervoor al genoemde nabijheidsbeginsel kiest het Hof voor de plaats waar de koper de goederen op de eindbestemming feitelijk in bezit krijgt. Daarmee geeft het Hof duidelijkheid over een kwestie waarover in de (inter)nationale literatuur een lange tijd is gediscussieerd en gespeculeerd: zie o.m. p. Vlas, *Art. 5 EEX-Verordening*, in: E.M. Wesseling-van Gent e.a. (red.), *Burgerlijke rechtsvordering*, Kluwer (losbl.) aant. 10; S. Krusinga, *Internationale koop in Brussel I*, NTHR 2009-2, p. 72 e.v., B. Piltz, *Jurisdiction of the Place of Performance in UN Sales Contracts*, NTHR 2007-3, p. 121 e.v.; P. Mankowski in: U. Magnus, P. Mankowski (eds.), *Brussels I Regulation*, Sellier 2007, p. 123 e.v.

vervoerstraject op zich te nemen. Een veelvoorkomend probleem dat de exporteurs in het FENEDEX onderzoek daarom hebben genoemd is dat kopers de goederen niet of niet op tijd bij de verkoper afhalen⁵³. Daarnaast is het voor de verkopers soms moeilijk om aan te tonen dat de goederen terecht onder het BTW nul-tarief naar een ander land zijn vervoerd. Een Britse verkoper van mobiele telefoons, Teleos, ontving van de Britse belastingautoriteiten een naheffingsaanslag van enkele miljoenen ponden⁵⁴ voor een aantal zendingen waarvoor de wegvervoerder een CMR-transport document aan de verkoper had afgegeven waarop stond vermeld dat de goederen de bestemming Spanje en Frankrijk hadden bereikt. Echter, de Spaanse koper en de vervoerder hadden het vervoer niet uitgevoerd en waren betrokken bij een BTW zwendel. Het hanteren van het BTW-nultarief door de verkoper was achteraf gezien onterecht. Echter, door de EXW Incoterm had de verkoper geen invloed meer op hoe en waar de telefoons naartoe werden vervoerd en de informatie die aan hem verstrekt was dat de telefoons waren opgehaald en de bestemming Spanje en Frankrijk hadden bereikt. De CMR documentatie die de koper aan Teleos had toegestuurd bleek vervalst te zijn.

De Britse autoriteiten hadden geoordeeld dat de verkoper sluitend bewijs moest leveren dat de goederen het land hadden verlaten en vonden de genoemde CMR-documentatie in dat opzicht onvoldoende. De Britse autoriteiten erkenden wel dat Teleos niet bij de BTW zwendel betrokken was. Na lang procederen heeft de Britse rechter het Hof van Justitie om uitlegging van de betreffende Europese regels gevraagd. Het Hof⁵⁵ was van oordeel dat wanneer de verkoper te goeder trouw op de informatie van de koper en de vervoerder is afgegaan en achteraf blijkt dat de CMR-documenten zijn vervalst de verkoper niet gehouden is meer bewijs te leveren dan het overleggen van de genoemde documentatie waarop de verkoper te goeder trouw is afgegaan.

Een ander probleem doet zich voor als de partijen de EXW Incoterm verkeerd begrijpen of verkeerd uitvoeren. In een zaak waarbij een Italiaanse verkoper kleding EXW aan een Nederlandse onderneming had verkocht, regelde de verkoper toch het vervoer naar Nederland. De Nederlandse expediteur die de opdracht had aangenomen en uitgevoerd, stuurde de factuur voor het geregelde vervoer naar de Nederlandse koper. Deze weigerde echter te betalen en vermeldde daarbij als reden dat zij immers de expediteur niet hadden ingeschakeld. De Italiaanse verkoper wilde in deze zaak ook de factuur niet voldoen omdat zij de goederen EXW hadden verkocht. Na wat juridische dreigementen had de koper uiteindelijk de factuur toch voldaan. Wanneer deze dat niet had gedaan dan was de Italiaanse verkoper als opdrachtgever en dus contractspartij van de expediteur gehouden om de rekening te betalen. Vervolgens had de Italiaanse verkoper deze

⁵³ Zie <http://www.fenedex.nl/sondering-incoterms-in-de-praktijk.html> laatst geraadpleegd op 10-3-2011.

⁵⁴ Op verzoek van verkoper Teleos e.a. werden de leveringen van de belasting vrijgesteld en mochten zij de voorbelasting aftrekken (nultarief) o.g.v. artikel 28 quater, A, van de Zesde richtlijn dat intracommunautaire leveringen tussen twee lidstaten van de btw vrijstelt.

⁵⁵ HvJ 27 september 2007, nr. C-409/04, Jur. 2007 bladzijde I-07797, BNB 2008/11c.

kosten op de Nederlandse koper moeten zien te verhalen. Een betere oplossing in deze situatie was geweest als de Italiaanse verkoper of een andere Incoterm had uitonderhandeld of het regelen van het vervoer op naam van en in overleg met de koper had uitgevoerd⁵⁶.

Enkele toepassingsproblemen uit de F-groep

Eén van de belangrijkste problemen die zich bij internationale koopovereenkomsten met een Incoterm uit de F-groep voordoet, betreft het verzekeringsaspect van de bedrijfsvoering van met name de koper. In het geval dat de goederen worden vervoerd in containers, terwijl de inspectie van de goederen niet kan plaatsvinden op het moment van levering en risico-overgang doet de koper vaak een niet gehonoreerd beroep op zijn goederentransportverzekering. Bij de Incoterms Free On Board (FOB) 2000 vindt de levering plaats op het moment dat de scheepsreling in de vertrekhaven wordt gepasseerd en daar vindt ook de risico-overgang voor verlies en schade aan de goederen van de verkoper naar de koper plaats. Het kritieke moment bij de FOB 2010 iets is opgeschoven, namelijk naar het moment dat de goederen zijn geladen in het schip in dezelfde haven. De inspectie van de goederen op dit moment is van belang voor een geslaagd beroep op de goederentransportverzekering en het afdekken van de seller's risk⁵⁷, het risico van de koper dat de verkoper niet zal betalen door een evenement dat heeft plaats gevonden na de risico-overgang. De koper zal namelijk moeten aantonen dat de schade niet is ontstaan op een eerder traject van het vervoer, waarvoor de verkoper het risico draagt. In dat traject worden de containers geladen, waarna verzegeling plaatsvindt. De containers mogen dan niet meer door de vervoerders worden geopend. Vrachtbrieven met betrekking tot goederen die in containers worden vervoerd vermelden daarom vaak 'said to contain...'⁵⁸.

De oplossing voor dit probleem kan worden gevonden in het overeenkomen van een andere Incoterm 2000 en 2010⁵⁹ uit de F-groep die beter geschikt is voor het vervoer van goederen middels containers, namelijk een Free Carrier (FCA) plaats verkoper of een FCA plaats van het verzamelen van de goederen in de container. De koper kan dan namelijk aantonen op welk traject de schade zich heeft voorgedaan waardoor de koper weet wie hij moet aanspreken voor deze schade, namelijk de verkoper indien de schade voor het leveringmoment heeft voorgedaan en zijn verzekering wanneer de schade

⁵⁶ ⁵⁴ Op verzoek van verkoper Teleos e.a. werden de leveringen van de belasting vrijgesteld en mochten zij de voorbelasting aftrekken (nultarief) o.g.v. artikel 28 quater, A, van de Zesde richtlijn dat intracommunautaire leveringen tussen twee lidstaten van de btw vrijstelt.

⁵⁷ Zie o.m. Hof Amsterdam van 18 december 2003, S&S 2004, 141 (roest bij blikken sperziebonen uit Kenia) en Hof 's-Gravenhage, 21 december 2004, S&S 2005, 119 (vermissing dozen sterke drank uit Zuid Afrika)

⁵⁹ Deze problematiek heeft ertoe geleid dat de ICC bij de Incoterms 2010 eerst de Incoterms aanbiedt die voor alle transportmodaliteiten en vervoer van goederen in containers geschikt zijn en pas daarna de Incoterms die alleen gebruikt kunnen worden als het hoofdvervoer over water plaats vindt.⁶⁰ Voor meer gevallen uit de F-groep: zie mijn bijdrage in: B. Wessels, T.H.M. van Wechem (red.), *Contracteren in de internationale praktijk*, Serie Recht en Praktijk, Kluwer Deventer, 2011, p. 119-174

klaarblijkelijk heeft plaatsgevonden na de inspectie op het moment van leveren en risico-overgang⁶⁰.

Enkele toepassingsproblemen uit de C-groep

De meeste verwarring bij de uitvoering van koopovereenkomsten met een Incoterm vindt plaats wanneer er een Incoterm uit de C-groep is uitonderhandeld. Vanwege de plicht van de verkoper om ook het hoofdvervoer te regelen en te betalen wordt na de Incoterm de plaats van bestemming na het hoofdvervoer opgenomen, zoals een CIF Rotterdam in een koopovereenkomst tussen een Chinese verkoper en een Duitse koper van goederen. De levering en risico-overgang vindt al plaats in de Chinese vertrekhaven. Het regelen en betalen van het hoofdvervoer staat niet gelijk aan het dragen van het risico voor dit traject door de verkoper.

Naast deze problematiek bestaan er ook verkeerde verwachtingen bij de verzekering die de verkoper voor schade en verlies tijdens het hoofdvervoer afsluit. Deze verzekering wordt in tegenstelling tot de verzekeringen uit vorige subparagraaf niet ter dekking voor schade en verlies van de verkoper afgesloten, maar juist ten gunste van de koper, die voor de schade en verlies van de goederen tijdens het hoofdvervoer het risico draagt. Wanneer partijen uitgaan van een verkeerde voorstelling van zaken dan kan de verkeerde partij een beroep op deze verzekering doen, zoals in de zaak voor het Hof Den Haag van 29 mei 2008⁶¹. In deze zaak deden meerdere problemen zich voor met betrekking tot 5.040 paar dameslaarzen die vanuit Nederland onder de conditie CIF St Petersburg waren verkocht. De laarzen zijn per vrachtauto naar Rusland vervoerd. Na aankomst in St. Petersburg is de lading gestolen alvorens aflevering aan de koper kon plaatsvinden. De verzekeraar weigert aan de verkoper of de koper uit te betalen. De verkoper wil een beroep doen op de 'seller's interest' bepalingen uit de voorwaarden maar deze missen automatische dekking. Het Hof is van oordeel dat de rechtbank met juistheid heeft bepaald dat de CIF-conditie impliceert dat risico-overgang plaatsvindt op het moment van inlading in het eerste vervoermiddel. Het is jammer dat het Hof niet eerst heeft geoordeeld dat de partijen gezien de gekozen vervoersmodaliteit waarschijnlijk een CIP op het oog hadden. De verplichting van "eerste vervoermiddel" komt uit de beschrijving van de CIP en niet van de CIF, welke slechts bij hoofdvervoer over water kan worden overeengekomen. De verkoper was daarnaast in de veronderstelling dat zij geen actie tot betaling van de koopsom kon instellen, omdat zij nog niet geleverd had. De verkoper had daarbij dus over het hoofd gezien dat de levering onder "CIF-conditie" al in Nederland had plaatsgevonden. De verkoper hield zolang de koopprijs niet was ontvangen, nog een belang bij het behoud van de verkochte zaken ook al reisden deze niet voor haar risico. Hoewel dit belang is op zich zelf verzekeraar is,

⁶⁰ Voor meer gevallen uit de F-groep: zie mijn bijdrage in: B. Wessels, T.H.M. van Wechem (red.), *Contracteren in de internationale praktijk, Serie Recht en Praktijk*, Kluwer Deventer, 2011, p. 119-174

⁶¹ S&S 2010, 11

had de verkoper dit in casu niet gedaan. In deze zaak nemen de problemen bij de uitvoering van de koopovereenkomst al een aanvang bij het kiezen van de verkeerde Incoterm voor het hoofdvervoer, dat plaatsvond over de weg. Daarnaast was de verkoper zich niet bewust van het feit dat de levering en de risico-overgang al in Nederland hadden plaats gevonden. Bovendien was het verzekeringspakket niet afgestemd op de bedrijfsvoering⁶².

Enkele toepassingsproblemen uit de D-groep

De uitvoering van de koopovereenkomsten met een Incoterm uit de D-groep kent vooral problemen voor de verkoper omdat hij het grootste gedeelte van de koopovereenkomst over de wereld voor zijn risico uitvoert.

Het eerste geval dat als voorbeeld kan worden besproken⁶³ betreft een levering onder de conditie Delivered Duty Unpaid (DDU) Mexico City van pompoenzaad tussen 2 Nederlandse handelsmaatschappijen. Het zaad is in zakken in containers geladen op een schip in Riga en heeft als bestemming Veracruz, Mexico. Het schip maakt bij de tweede zending van drie containers een tussenstop in Antwerpen waar een inspectie plaats vindt. De koper heeft de lading na inspectie niet uitdrukkelijk verworpen, maar hij kan de laatste drie containers niet aan zijn Mexicaanse afnemers kwijt. De toegezonden cognosementen worden per kerende post terug gestuurd. In dit geval werkte de koper niet mee aan de uitvoering van de DDU koopovereenkomst omdat zijn afnemers de zending weigerden. De koper had een duidelijke en tijdige kennisgeving van non conformiteit moeten sturen en niet eerst moeten afwachten wat zijn afnemers ervan vonden. De koper moest alsnog betalen en werd veroordeeld in de kosten.

Een tweede geval dat gemeld kan worden betreft een kwestie of het douanetarief nu wel of niet in de Delivered Duty Paid (DDP) prijs is inbegrepen. Een IJslandse exporteur heeft visproducten onder de Incoterm DDP verkocht aan een Spaanse afnemer. Een Nederlandse douane-expediteur verzorgt de aangiften en de douane heeft de goederen voor het vrije verkeer vrijgegeven omdat de facturen en enig documenten aangaven dat de visproducten oorspronkelijk uit de Europese Economische Ruimte (EER) afkomstig waren, waarvoor hetzelfde vrijstellingsregime geldt als voor goederen uit de Europese Unie. Bij nader onderzoek stelt de Inspecteur vast dat de visproducten niet uit de EER komen, maar van daarbuiten. Het geschil gaat vervolgens over de vraag of de transactie bedragen vermeld op de aangifteformulieren nu een bedrag aan douanerechten bevatten of niet. Het Hof Amsterdam oordeelde dat dit niet het geval is nu de partijen er vanuit gingen dat er geen douanerechten verschuldigd waren en dat het bedrag aan douanerechten over de aangifte vermelde bedragen moest worden geheven. Tegen dit oordeel komt de douane-expediteur in cassatie met een beroep op de DDP-conditie dat veronderstelt dat de doua-

⁶² Voor meer gevallen uit de C-groep: zie mijn bijdrage in: B. Wessels, T.H.M. van Wechem (red.), *Contracteren in de internationale praktijk*, Serie Recht en Praktijk, Kluwer Deventer, 2011, p. 119-174

⁶³ Hof Amsterdam, 24 januari 2004, S&S 2009, 32

nerechten bij de factuurprijs zijn inbegrepen. De Hoge Raad⁶⁴ stelt vervolgens prejudiciële vragen over de kwestie aan het Hof van Justitie van de EU⁶⁵, die de regeling op dezelfde wijze heeft uitgelegd als de douane-expediteur. Daarmee werd het verlies van de verkoper nog enigszins beperkt. Op de koper kon de IJslandse verkoper de douanerechten zeker niet verhalen want deze heeft met een DDP in de overeenkomst de producten inclusief alle rechten gekocht⁶⁶.

Conclusie van het onderzoek naar Incoterms in de handelspraktijk

In totaal bestaan de Incoterms 2000 uit 13 dertien Incoterms onderverdeeld in de E-groep, F-groep, C-groep en D-groep. De Incoterms 2010 bestaan uit 11 elf Incoterms onderverdeeld in dezelfde 4 vier groepen. De nieuwe set Incoterms bouwt voort op de bestaande handelspraktijk en de meest in onbruik geraakte Incoterms zijn vervangen door Incoterms die beter aansluiten bij het goederenvervoer in containers en de handel binnen douane-unies, zoals de Europese Unie en de Verenigde Staten.

De Incoterms uit de C-groep laten zich het moeilijkst toepassen in de praktijk omdat de verplichtingen van de verkoper bij die Incoterms over twee plaatsen en mogelijk dus over twee continenten verdeeld zijn. De plaats genoemd achter de Incoterm wekt bij deze groep vaak de verwachting bij partijen dat alle verplichtingen van de verkoper tot de genoemde plaats reiken, terwijl de groep feitelijk meer overeenkomsten vertoont met de Incoterms uit de F-groep dan met die uit de D-groep.

Bij elke groep Incoterms worden de volgende hoofdverplichtingen tussen de verkoper en de koper verdeeld, namelijk de verplichtingen ten aanzien van het regelen van het vervoer van de goederen, de verplichting van de verkoper om de goederen op een bepaalde plaats af te leveren, de omslag van het risico tijdens het vervoer van de goederen, de verdeling van de douaneverplichtingen en een mogelijke verplichting om een verzekering af te sluiten voor schade en verlies tijdens het hoofdvervoer.

Het onderzoek naar hoe Incoterms juridisch te duiden zijn, liet zien dat de Incoterms in ieder geval te duiden zijn als contractuele bedingen waaraan de partijen gebonden zijn. Vanwege de grote bekendheid van de Incoterms kan zelfs verdedigd worden dat de verplichtingen die uit de Incoterms volgen als gewoonterecht kunnen worden gekwalificeerd, waardoor een verdergaande rechterlijke toetsing mogelijk wordt. Het van toepassing zijnde regelende recht uit het BW en Weens Koopverdrag dient in ieder geval te wijken voor de privaatrechtelijke afspraken die uit de Incoterms volgen. Daarnaast hebben de Incoterms zelfs invloed op de bevoegdheid van de alternatief bevoeg-

⁶⁴ Hoge Raad 14 augustus 2009, LJN BJ 5120, BNB 2009/294

⁶⁵ Hof van Justitie EU, 15 juli 2010, C-354/09 Gaston Schul, EUR-Lex 62009J354-NL

⁶⁶ Voor meer gevallen uit de D-groep: zie mijn bijdrage in: B. Wessels, T.H.M. van Wechem (red.), *Contracteren in de internationale praktijk*, Serie Recht en Praktijk, Kluwer Deventer, 2011, p. 119-174

de rechter in de Europese Unie. Het Hof van Justitie heeft in recente jurisprudentie uitgelegd dat de contractueel vastgestelde plaats van levering bepalend is voor de bevoegdheid van deze rechter.

Bij het gebruik van de Incoterms dienen de partijen in de handel zich er rekenschap van te geven van welk hoofdvervoer gebruik gemaakt gaat worden, tenzij de partijen een Incoterm selecteren die voor elke transportmodaliteit en combinaties geschikt is. Het onderzoek naar de toepassingsproblemen bij de Incoterms 2000 liet zien dat de grootste problemen zich voordoen wanneer partijen de Incoterm anders uitvoeren dan de bedoeling is.

Bovendien bestaat er dikwijls een verkeerde voorstelling van zaken omtrent wat, hoe en wanneer het transport van de goederen en seller's interest verzekerd dient te worden. Van belang is dat partijen en hun rechtshulpverleners zich realiseren wanneer het risico is overgegaan op de koper en of de juiste verzekeringen zijn afgesloten met betrekking tot het import- of exporttraject. Ook het afhandelen van douanerechten levert regelmatig problemen op voor de partijen bij de koopovereenkomst, zowel bij EXW- als bij DDP-lieferingen.

De Incoterms 2010 zullen geen soelaas bieden voor deze gesignaleerde problemen. Ook bij de toepassing van deze terms zullen de contractspartijen en hun juridische adviseurs zich bij de keuze van de Incoterms moeten laten leiden door de vraag of de betreffende Incoterm past bij de bedrijfsvoering in de meest brede zin van de onderneming, zoals de logistieke, de belasting- en verzekeringstechnische organisatie van het bedrijf. Wanneer bij alle belanghebbenden in de feitelijke en juridische keten de Incoterm-boekjes standaard op het bureau liggen om de consequenties van een bepaalde keuze te overzien, dan zal het beter mogelijk zijn om de doelstelling van de Incoterms te bereiken, namelijk het vermijden van verwarring en procedures bij de uitvoering van de koopovereenkomst waarin een Incoterm is opgenomen. In dat geval zullen de ondernemers met wat meer beleid de best passende Incoterms in hun contracten opnemen en weten juristen beter hoe zij de gevolgen van deze bijzondere set handelstermen in de handelspraktijk dienen toe te passen.

Literatuur

Zie voetnoten.