



Vonnisnummer
Repertoriumnummer
Datum van uitspraak 14/11/2018
Rolnummer A/18/00657



Niet aan te bieden aan
de ontvanger

Uitgifte

Uitgereikt aan	Uitgereikt aan	Uitgereikt aan
op € BUR	op € BUR	op € BUR

Rechtsmiddelen

--

Ondernemingsrechtbank
ANTWERPEN,
afdeling TONGEREN

Vonnis

3DE KAMER

Aangeboden op
Niet te registreren

Gezien de inleidende dagvaarding **N.L.P. NV**, met [ondernemingsnummer] en met zetel te 3830 WELLEN, [adres];

aanleggende partij, vertegenwoordigd door meester S.B., advocaat te 3740 BILZEN, [adres];
TEGEN:

M.F. GMBH, vennootschap naar Duits recht, met Duits [BTW – nummer] en met zetel te 32 130 ENGER (Duitsland) [adres];

verwerende partij, vertegenwoordigd door meester , advocaat te ANTWERPEN, loco meester , advocaat te [adres]; van 7 februari 2018, betekend door gerechtsdeurwaarder , met standplaats te HASSELT, en de vordering die er het voorwerp van is;
Gelet op de beschikking van 30 maart 2018, gewezen overeenkomstig art.747 § 2 Ger. W.;
Gelet op de besluiten voor de GMBH M., neergelegd op 30 april 2018;
Gelet op de besluiten voor de NV N.L., neergelegd op 4 juni 2018 en 5 juni 2018;
Gelet op de aanvullende besluiten voor de GMBH M., neergelegd op 6 juli 2018
Gelet op de synthesebesluiten voor de NV N.L., neergelegd op 14 augustus 2018 en 21 augustus 2018;
Gelet op de synthesebesluiten voor de GMBH M., neergelegd op 12 september 2018;
Gehoord de partijen in hun middelen en besluiten in de Nederlandse taal;
Gezien de neergelegde stukken;
De vordering werd tijdig en regelmatig naar vorm en inhoud ingesteld, en er zijn geen redenen voorhanden tot het inroepen van een ambtshalve grond tot onontvankelijkheid;
Dat de territoriale bevoegdheid van deze rechtbank niet wordt betwist, evenmin als de materiële bevoegdheid, de GMBH M. is weliswaar van oordeel dat deze rechtbank zich ratione loci onbevoegd met verklaren om kennis te nemen van het geschil, maar in feite bedoelt ze dat de rechtsmacht van de Belgische rechter wordt betwist;
Er is discussie over het toepasselijk recht.

1. Voorgaanden

1.1

De GMBH M. is actief in de sector van de voedingswaren, vooral mediterrane voedingswaren, terwijl de NV N.L. gespecialiseerd is in het maken van plastic verpakkingen, voornamelijk voor voedingswaren, en dit op de door de klant gewenste maat.

De NV N.L. legt uit dat in het productieproces van deze verpakkingen plastiekkorrels gesmolten worden tot een folie, die vervolgens in een vacuüm wordt gevormd, waarvoor mallen gemaakt worden op maat, specifiek voor de klant.

Op 4 februari 2013 werd tussen partijen een overeenkomst gesloten waarbij werd overeengekomen dat de NV N.L. gedurende minstens vijf jaar op maat ontwikkeld verpakkingsmateriaal (Thermoform A-pet kunststofbakjes met bijpassende klapdeksels) mocht fabriceren en leveren bij de GMBH M.. De NV N.L. legt uit dat het om exclusieve en specifiek voor de GMBH M. ontwikkelde producten ging, waarvoor specifieke mallen werden ontwikkeld en gemaakt.

De GMBH M. verkreeg de exclusiviteit voor deze verpakking in Duitsland, Oostenrijk en Zwitserland.

De productie van deze verpakkingen vereiste voor de NV N.L. een investering van € 95.000. Dit

bedrag werd uitdrukkelijk overeengekomen in de overeenkomst: *“... bij vervaardiging van de instrumenten in totaal de volgende kosten zullen ontstaan: 3 instrumenten samen € 95.000. Deze kosten worden door A.P. gedragen en worden via de afname van 20 miljoen sets (bakjes met deksel) afgelost.”* (Vrije en niet betwiste vertaling in de besluiten)

Het bedrag van de investering werd met andere woorden door de NV N.L. voorgesloten en zou via de levering/afname van 20 miljoen sets worden afgelost. Meer bepaald werd een meerprijs overeengekomen, namelijk tot 30/1/2015 € 3,00 en € 1,75 per 1000 stuks en vanaf 1/2/2015 € 3,75 en € 2,19 per 1000 stuks.

De NV N.L. voegt eraan toe dat het bijgevolg noodzakelijk was dat minstens 20 miljoen sets zouden worden afgenomen om de voorgesloten investeringskost te kunnen aflossen. Na afbetaling van de investeringskost zou de prijs ook worden aangepast.

Volgens de GMBH M. is het niet duidelijk of de NV N.L. daadwerkelijk dergelijke werktuigen voor een dergelijke prijs zou hebben aangekocht en of deze werktuigen uitsluitend voor de leveringen aan de GMBH M. bestemd waren. Verder is het, volgens haar, niet duidelijk hoe de afschrijving van de investering dan juist moest verrekend worden.

Volgens de GMBH M. werd een betalingstermijn afgesproken van 30 dagen na factuurdatum en moesten de leveringen binnen de vijf dagen gebeuren, zodat de NV N.L. een voorraad voor een afname gedurende vier weken klaar moest hebben staan.

De NV N.L. voegt eraan toe dat haar algemene voorwaarden gehecht waren aan de overeenkomst en bijgevolg ook toepasselijk zijn. De GMBH M. is het hiermee niet eens (zie verder de discussie over de rechtsmacht en het toepasselijk recht).

De machine, waarop de mallen werden gemaakt en geïnstalleerd, zou, aldus de NV N.L., op verzoek van een andere klant verplaatst zijn naar de zetel van de dochtervennootschap van de NV N.L. in POLEN. De productie gebeurde bijgevolg in POLEN.

Volgens de NV N.L. heeft de GMBH M. hierover nooit een opmerking gemaakt en neemt dit alles niet weg dat de investering wel degelijk door haar werd voorgesloten.

1.2

De NV N.L. beweert dat de GMBH M. van bij aanvang van de overeenkomst al niet stipt betaalde, zodat ze in de loop van de samenwerking meerdere ingebrekestellingen diende te versturen, waarna slechts gedeeltelijke betalingen werden uitgevoerd.

De NV N.L. legt uit dat zij, ondanks dit gegeven, steeds haar verplichtingen nakwam, zij het dat ze de voorwaarden aanpaste. Zo opteerde ze er beweerdelijk voor om op regelmatige basis integrale betaling van voorafgaande leveringen te vorderen, en soms zelfs betaling voorafgaand aan de levering. Ook werden kleinere leveringen uitgevoerd om, zo legt ze uit, op die manier het risico voor de NV N.L. te beperken. Deze handelswijze zou ook zijn toegepast door de Poolse dochtervennootschap van de NV N.L..

Volgens de GMBH M. verliep de overeenkomst echter niet helemaal zoals voorzien en meer bepaald

- zouden de producten merendeels geproduceerd en geleverd zijn door de Poolse vennootschap A.S. z.o.o. die beweerdelijk 7/8^{ste} van de leveringen en facturaties zou hebben gedaan/verzonden;
- zouden er regelmatig klachten geweest zijn over de geleverde kwaliteit en werden creditnota's opgesteld door de NV N.L.;
- zou de NV N.L. de afgesproken betalingstermijn van 30 dagen niet hebben gerespecteerd en vroeger betaling hebben geëist;
- zou de NV N.L. onvoldoende voorraad hebben gehad voor leveringen gedurende vier weken, waarbij de GMBH M. wijst op vier stukken waaruit blijkt dat de NV N.L. bevestigde dat ze

niet kon voldoen aan de gevraagde bestellingen en enkel maar haar voorraad kon leveren;

- zou de NV N.L. de prijzen eenzijdig hebben verhoogd.

Volgens de GMBH M. belette dit niet dat op 29 april 2016 afspraken werden gemaakt over toekomstige bestellingen, waarbij beweerdelijk geen enkele klacht werd geformuleerd over de onvoldoende of te trage bestellingen door de GMBH M..

1.3

In 2017 werden, volgens de NV N.L., geen producten meer afgenomen of besteld, terwijl, aldus verder de NV N.L., reeds bestelde producten zelfs niet meer werden afgenomen.

Volgens de NV N.L. bleven meerdere mondelinge en schriftelijke ingebrekestellingen van haar zonder gevolg, zodat ze uiteindelijk op 16 oktober 2017 de GMBH M. in gebreke stelde en argumenteerde dat, wanneer niet per kerende aan de overeengekomen verplichtingen werd voldaan en dit uiterlijk voor 27 oktober 2017, de overeenkomst als buitengerechtelijk ontbonden zou worden aanzien. Hierop zou niet gereageerd zijn.

De GMBH M. merkt op dat in dit schrijven van 16 oktober 2017 geen melding wordt gemaakt van gebrekkige of laattijdige betalingen. Verder betwist de GMBH M. ten stelligste dat ze eerdere mondelinge ingebrekestellingen zou hebben ontvangen.

In een later schrijven van 2 november 2017, waarin de overeenkomst buitengerechtelijk werd beëindigd door de NV N.L., werd uitdrukkelijk naar dit schrijven van 16 oktober 2017 verwezen, zodat de NV N.L. argumenteert dat de GMBH M. thans ten onrechte opwerpt dat ze de brief van 16 oktober 2017 nooit ontving.

De NV N.L. legt ook het bewijs van aangetekende zending van de zending van 16 oktober 2017 voor. Volgens de GMBH M. bewijst dit nog niet dat zij dit schrijven zou hebben ontvangen.

De raadsman van de GMBH M. betwistte het standpunt van de NV N.L., zoals geformuleerd op 2/11/2017, op 29 november 2017.

De NV N.L. bevestigde/handhaafde het standpunt in haar brief van 2 november 2017 nog eens op 12 december 2017.

De GMBH M. reageerde op 19 december 2017.

1.4

Bij inleidende dagvaarding van 7 februari 2018 vorderde de NV N.L. betaling

- van de som van **€ 69.245,26 + € 4251,15** hetzij betaling van de reeds gemaakte kosten gelet op de reeds geproduceerde aangelegde voorraad te vermeerderen met de kost, bedragen te vermeerderen met de verwijlinteresten op € 69.245,26 + € 4251,15 aan de rentevoet vastgesteld in het kader van de wet van 2 augustus 2002 inzake de betalingsachterstand bij handelstransacties vanaf 2 november 2017 tot 7 februari 2018, de gerechtelijke interesten aan de rentevoet vastgesteld in het kader van de wet van 2 augustus 2002 inzake de betalingsachterstand bij handelstransacties op € 69.245,26 + € 4251,15 vanaf 7 februari 2018 tot op datum van betaling,

- van de som van **€ 44.080,00** hetzij betaling van het saldo van de investeringskosten, te vermeerderen met de verwijlinteresten aan de rentevoet vastgesteld in het kader van de wet van 2 augustus 2002 inzake de betalingsachterstand bij handelstransacties vanaf 16 oktober 2017 (datum ingebrekestelling) tot 7 februari 2018 op € 44.080,00 en de gerechtelijke interesten aan de rentevoet vastgesteld in het kader van de wet van 2 augustus 2002 inzake de betalingsachterstand bij handelstransacties op € 44.080,00 vanaf 7 februari 2018 tot op datum van betaling,

- van de som van **€ 214.231,53** hetzij de door de NV N.L. gederfde winsten, vermeerderd met de verwijlinteresten aan de rentevoet vastgesteld in het kader van de wet van 2 augustus 2002 inzake de betalingsachterstand bij handelstransacties vanaf 2 november 2017 tot 7 februari 2018

op € 73.496,41 (sic), de gerechtelijke intresten aan de rentevoet vastgesteld in het kader van de wet van 2 augustus 2002 inzake de betalingsachterstand bij handelstransacties vanaf 7 februari 2018 tot op datum van betaling op € 73.496,41 (sic) en de kosten.

Verder verzocht de NV N.L. het tussen te komen vonnis te waarmerken als Europese Executoirale Titel, in de zin van EG-verordening nummer 805/2004.

In besluiten paste de NV N.L. haar vordering aan en vordert ze

(a)

te zeggen voor recht dat de GMBH M. een contractuele wanprestatie beging die de eenzijdige en voortijdige ontbinding van de overeenkomst van 23/1/2013 - 4/2/2013 rechtvaardigde in het nadeel van de GMBH M. per 2/11/2017 en hiervan akte te nemen;

(b)

de GMBH M. te veroordelen in betaling van:

- een investeringskost van de mallen ten bedrage van € 38.286,78 meer intresten vanaf 16/10/2017 en gebeurlijk te verminderen met € 4949,50 (toolkost) voor zover de vordering in betaling van de voorraden (zie hieronder) gegrond zou verklaard worden;
- de reeds gemaakte kosten van € 69.245,26 (reeds geproduceerde voorraad) en de stockagekost van € 4442,22 meer intresten vanaf 2/11/2017;
- de gederfde winst van € 214.231,53 meer intresten vanaf 2/11/2017.

(c)

akte te nemen van het aanbod van de NV N.L. om, mits voorafgaandelijke integrale betaling, over te gaan tot uitlevering van de nog aanwezige voorraad;

(d)

in uiterst ondergeschikte orde een deskundige aan te stellen teneinde een afrekening tussen partijen op te maken, zowel inzake de omvang van de afgenomen producten als de gederfde winst;

(e)

de NV N.L.-voorbehoud te verlenen voor het vorderen van bijkomende vergoedingen.

2. Rechtsmacht (territoriale bevoegdheid) -- Toepasselijk recht

2.1.1

(a)

De GMBH M. werpt op dat deze rechtbank “ratione loci” niet bevoegd zou zijn om kennis te nemen van huidige vordering en dat de zaak moet worden voorgelegd aan de Duitse rechter.

De NV N.L. betwist het argument en verwijst naar het bevoegdheidsbeding, opgenomen in haar algemene voorwaarden, en waarin bepaald werd dat ingeval van betwisting de rechtbanken van Tongeren bevoegd zouden zijn en de procedure zou gevoerd worden volgens Belgisch recht.

Deze algemene voorwaarden werden, aldus de NV N.L., uitdrukkelijk opgenomen in de overeenkomst tussen partijen, terwijl de GMBH M. de overeenkomst ondertekende, waarin uitdrukkelijk werd vermeld dat de algemene verkoop- en leveringsvoorwaarden van de NV N.L. zouden gelden.

Volgens de GMBH M. waren deze algemene voorwaarden, ondanks de tekst van de overeenkomst (dat ze waren aangehecht), *niet* aangehecht aan de overeenkomst en werden deze algemene voorwaarden bij de opstart van de procedure ook niet voorgelegd door de NV N.L..

De GMBH M. werpt op dat ze deze algemene voorwaarden niet kende, maar, volgens de NV N.L., kan in de geschetste omstandigheden met dit verweer geen rekening worden gehouden.

De NV N.L. werpt verder op dat een aantal leveringen door de NV N.L. zelf werden gefactureerd, en de facturatie van deze leveringen werd betaald, terwijl in de facturen uitdrukkelijk

werd verwezen naar de algemene voorwaarden van de NV N.L., zodat ook om deze reden de algemene voorwaarden van de NV N.L. toepasselijk zijn.

De GMBH M. werpt echter op dat de NV N.L. niet bewijst dat deze algemene voorwaarden waren aangehecht aan de facturen.

De GMBH M. voegt eraan toe dat het merendeel van de leveringen en de facturatie gebeurde door de Poolse vennootschap, die daarbij verwees naar haar eigen algemene voorwaarden, zodat de NV N.L. haar eigen voorwaarden niet kan handhaven.

Minstens, zo argumenteert de GMBH M., is er op grond van het voorgaande geen sprake van een geldige bevoegdheidsovereenkomst die beantwoordt aan de vereisten van artikel 25 van de Brussel - I Verordening nummer 1215/2012.

(b)

De rechtbank merkt op dat het hier gaat over een discussie om te weten of de Belgische rechter dan wel de Duitse rechter bevoegd is, zodat het niet gaat over een discussie over de territoriale bevoegdheid (*ratione loci*), maar wel over de vraag te weten welke nationale rechter rechtsmacht heeft ter beoordeling van het voorliggende geschil.

De rechtbank stelt vast dat in de overeenkomst werd opgenomen dat de algemene voorwaarden van de NV N.L. de contractuele verhouding tussen partijen zouden beheersen, en dat niet wordt betwist dat de overeenkomst geldig werd gesloten. Wel wordt door de GMBH M. betwist dat deze algemene voorwaarden, ondanks de vermelding in de tekst van de overeenkomst, aan de overeenkomst waren gehecht.

In de eerste plaats dient vastgesteld dat de bewering van de GMBH M. niet wordt bewezen.

Voor wat betreft de gelding tussen partijen van algemene voorwaarden (de tegenstelbaarheid aan de toetredende partij) geldt vooreerst de *kennisvereiste*. Dit betekent, volgens een unanieme rechtspraak en rechtsleer, dat, in principe, de toetredende partij ten laatste op het ogenblik van de contractsluiting naar redelijkheid daarvan kennis had of tenminste kon hebben.

Een redelijke mogelijkheid tot kennisname volstaat. Het is dus niet vereist dat de wederpartij de contractuele bedingen daadwerkelijk gelezen heeft. Men kan zo aannemen dat een partij die uit gemakzucht of lichtzinnigheid geen kennis heeft willen nemen van de algemene voorwaarden van haar wederpartij, ondanks het feit dat die voorwaarden haar voorafgaand of bij de contractsluiting in extenso werden medegedeeld en haar aandacht erop werd gevestigd, door die algemene voorwaarden gebonden is. Een partij die dan geen kennis neemt van de bedingen of voorwaarden heeft immers het risico van het bestaan van een belastende regeling op zich genomen. K.V. voegt er aan toe dat de opsteller van de algemene voorwaarden zich immers in de onmogelijkheid bevindt om zijn wederpartij tot een daadwerkelijke kennisname te dwingen, terwijl het feit dat de mogelijkheid tot kennisname voldoende is, ook ingegeven wordt door economische noodwendigheden. (K.V., Instemming met algemene voorwaarden: kennisname en aanvaardingsclausules in: *Contractuele clausules rond de (niet-) uitvoering en beëindiging van contracten*, S. STIJNS en K. VANDERSCHOT eds, INTERSENTIA 2006, p.4 nrs.8)

Het is niet voldoende dat de wederpartij de mogelijkheid had om kennis te nemen van de contractuele voorwaarden. Ze dient deze tevens te aanvaarden. Deze aanvaarding kan uitdrukkelijk of stilzwijgend zijn.

De (gehele of gedeeltelijke) uitvoering zelf van het contract, zonder voorbehoud, is wellicht de duidelijkste manifestatie van de stilzwijgende toestemming.

Uit het bovenstaande dient men af te leiden dat een medecontractant die geheel of gedeeltelijk niet kan instemmen met de algemene voorwaarden, minstens voorbehoud moet maken dan

wel opmerkingen moet formuleren. Zijn stilzwijgen zal immers, onder omstandigheden, kunnen worden uitgelegd als een impliciete aanvaarding of als de erkenning dat de algemene voorwaarden voor hem niet determinerend waren.

Dit geldt met nog meer klem wanneer algemene voorwaarden van een medecontractant in een overeenkomst toepasselijk worden verklaard en deze (beweerdelijk) niet worden meegedeeld uiterlijk op het moment van het sluiten van de overeenkomst.

In voorliggende situatie dient bijgevolg aangenomen dat de algemene voorwaarden van de NV N.L. wel degelijk ter kennis werden gebracht van de GMBH M. uiterlijk op het moment van het sluiten van de overeenkomst, dat ze door de GMBH M. ook werden aanvaard (gelet onder meer op de gedeeltelijke uitvoering van de overeenkomst), en dat ze bijgevolg ook van toepassing zijn.

Volledigheidshalve dient opgemerkt dat de bevoegdheidsovereenkomst voldoet aan de vereisten van artikel 25 van de Brussel - I Verordening nummer 1215/2012.

Art.23 § 1 EEX – Vo. gaf partijen de mogelijkheid om zelf de rechter aan te wijzen die hun geschillen zal beslechten. Vereist was dat minstens één van de partijen zijn woonplaats heeft op het grondgebied van een lidstaat, dat de rechter van een lidstaat wordt aangeduid en dat het geschil een grensoverschrijdend element vertoont. Art.25 Brussel I bis heeft de voorwaarde dat minstens één van de partijen woonplaats heeft in de EU, laten vallen.

Als vormvereiste geldt dat het bevoegdheidsbeding schriftelijk moet zijn vastgelegd of de schriftelijke bevestiging moet zijn van een mondelinge overeenkomst, dat het beantwoordt aan een vorm die tussen partijen gebruikelijk is, of geldt volgens de gebruiken van de internationale handel. Aan deze vormvereisten is in voorliggende situatie voldaan. Een forumbeding kan inderdaad een clause zijn van een contract dat ondertekend werd door partijen.

Ten overvloede zij opgemerkt dat niet betwist wordt door de GMBH M. dat ze een aantal facturen ontving vanwege de NV N.L., zij het dat ze nu betwist dat op deze facturen (of op de bijlage ervan) de algemene voorwaarden voorkwamen. In dat verband merkt de rechtbank op dat de GMBH M. zelfs niet de moeite doet om haar beweringen in dat verband te bewijzen door het voorleggen van de originele facturen die zij van de NV N.L. ontving. Met de losse beweringen van de GMBH M. kan bijgevolg geen rekening worden gehouden.

Tenslotte zij opgemerkt dat het argument van de GMBH M. als ontving zij voor het merendeel van de leveringen facturen van de Poolse dochtervennootschap van de NV N.L., en kwamen op deze facturen de algemene voorwaarden van deze Poolse vennootschap voor, zodat het niet duidelijk/zeker is dat de algemene voorwaarden van de NV N.L. zouden gelden, niet houdbaar is.

Het staat immers eenduidig vast dat factuurvoorwaarden die, na het sluiten van een schriftelijke overeenkomst die algemene voorwaarden bevat, worden meegedeeld niet kunnen afwijken van de algemene voorwaarden in de (voorafgaande) schriftelijke overeenkomst.

Er dient inderdaad aangenomen dat, wanneer de factuurvoorwaarden niet overeenstemmen met bedingen waarover tussen partijen overeenstemming was bereikt, de overeenkomst tot stand is gekomen met inachtneming van de bedingen in de schriftelijke overeenkomst, en dat latere andersluidende factuurvoorwaarden hieraan niets kunnen wijzigen.

Bovendien wordt aangenomen dat de factuur een getrouwe weergave is van de tussen partijen gesloten overeenkomst, en kan een overeenkomst niet ééenzijdig gewijzigd worden door het nadien opnemen van factuurvoorwaarden in strijd met de aanvankelijke overeenkomst.

In deze omstandigheden heeft deze rechtbank rechtsmacht ter beoordeling van het voorgeschied.

2.1.2 Toepasselijk recht

(a)

De GMBH M. verwijst naar haar bovenstaande redenering (punt 2.1.1) om te besluiten dat inzake Duits recht toepasselijk is.

Ze voegt eraan toe dat dit argument van minder belang is omdat inzake koop-verkoop van roerende goederen het Weens Koopverdrag (CISG) toepasselijk is.

De NV N.L. verwijst ook op dit punt naar haar algemene voorwaarden, waarin bepaald werd dat procedures zouden gevoerd worden in toepassing van het Belgisch recht, zodat partijen met andere woorden zijn overeengekomen dat Belgisch recht van toepassing zou zijn.

De NV N.L. voegt eraan toe dat het in voorliggende situatie niet gaat om een koop-verkoop-overeenkomst, maar om een aannemingsovereenkomst, zodat de bepalingen van het Weens Koopverdrag niet zonder meer van toepassing zijn.

(b)

In de eerste plaats zij verwezen naar hetgeen hoger werd gemotiveerd in verband met de rechtsmacht (punt 2.1.1), waaruit dient besloten dat partijen in voorliggende situatie geldig een rechtskeuze overeenkwamen voor de toepasselijkheid van Belgisch recht.

Volledigheidshalve voegt de rechtbank er aan toe dat met de algemene voorwaarden van de NV N.L. ook de toepasselijkheid van het Weens Koopverdrag (CISG) geldig werd uitgesloten (en dit in de hypothese dat het Weens Koopverdrag in voorliggende situatie effectief van toepassing zou zijn, wat voor discussie vatbaar is, gelet op de accessorium-theorie).

Art. 6 CISG huldigt inderdaad het beginsel van de partijautonomie (de partijen kunnen de toepassing ervan uitsluiten, dan wel afwijken van de bepalingen ervan of het gevolg ervan wijzigen).

3. Ten gronde

3.1

De NV N.L. argumenteert in essentie:

- dat, zoals hoger uitgelegd (zie hoger punt 1), zij geen andere optie zag dan de overeenkomst tussen partijen te ontbinden in het nadeel van de GMBH M. op 2/11/2017;
- dat ze, zoals eveneens hoger uitgelegd, door deze voortijdige contractbreuk schade heeft geleden;
- dat de GMBH M. ten onrechte beweert dat de overeenkomst niet verder werd uitgevoerd door de NV N.L., terwijl ze zeer goed wist dat de NV N.L. de productie zou laten uitvoeren door haar 100% dochtervennootschap in Polen;
- dat alle contracten, bestellingen, afspraken en dergelijke steeds via de NV N.L. verliepen;
- dat de facturen, zij het laattijdig, maar zonder voorbehoud werden betaald;
- dat de GMBH M. ten onrechte argumenteert dat de NV N.L. zelf bepaalde leveringen zou hebben verhinderd, terwijl de GMBH M. zelf gedurende meer dan negen maanden geen producten meer bestelde en herhaaldelijk in gebreke werd gesteld door de NV N.L. om haar verplichtingen na te komen en de GMBH M. hierop niet reageerde.

De GMBH M. is van oordeel dat de vordering van de NV N.L. ongegrond is en argumenteert in essentie:

- dat de overeenkomst van januari 2013 als dusdanig niet met dezelfde partijen is blijven bestaan omdat het de Poolse vennootschap was die leveringen verrichtte en factureerde, zodat de Poolse vennootschap contractpartij is geworden;
- dat zij zeker niet schuldig is aan de beëindiging van de overeenkomst, die door de NV N.L. zelf werd beëindigd;

- dat de NV N.L. wel verwijst naar haar briefwisseling van 16/10/2017, 2/11/2017 en 12/12/2017 die weliswaar allerhande beweringen bevatten, maar geen bewijzen terwijl, zoals hoger gezegd, ze reageerde op het bericht van 2/11/2017 en ze voordien geen ingebrekestellingen mocht ontvangen.

3.2 Beoordeling

3.2.1

In de eerste plaats werpt de GMBH M. de vraag op of de overeenkomst van 4 februari 2013 al dan niet tussen dezelfde oorspronkelijke partijen is blijven bestaan, nu een belangrijk deel van de overeenkomst via de Poolse dochtervennootschap van de NV N.L. werd uitgevoerd.

Het valt hierbij op dat de GMBH M. niet argumenteert dat de overeenkomst van 4 februari 2013 met de NV N.L. in der minne of eenzijdig (buitengerechtelijk) werd beëindigd, wat meteen al impliceert dat de oorspronkelijke overeenkomst is blijven bestaan.

Verder wordt door de GMBH M. niet geargumenteed/bewezen dat met de Poolse dochtervennootschap van de NV N.L. een nieuwe/vervangende overeenkomst werd afgesloten.

Bovendien wordt de bewering van de NV N.L. dat alle contracten, bestellingen, afspraken en dergelijke steeds via de NV N.L. verliepen, niet ontkend door de GMBH M..

Hieraan zij toegevoegd dat de GMBH M. in synthesebesluiten niet de on-ontvankelijkheid van de vordering van de NV N.L. opwerpt met de argumentatie dat deze laatste geen hoedanigheid/belang meer zou hebben.

Ten overvloede zij opgemerkt dat niets de NV N.L. belette om de goedkoopste en voor haar gemakkelijkste wijze van productie, die blijkbaar in Polen lag, te kiezen om de overeenkomst uit te voeren, voor zover, en dit blijkt ook in voorliggende situatie het geval geweest te zijn, de medecontractant hierdoor geen hinder ondervond.

In deze omstandigheden kan de argumentatie van de GMBH M. op dit punt niet aanvaard worden.

3.2.2

Verder stelt de GMBH M. de contractueel overeengekomen investering voor een bedrag van € 95.000,00 die door de NV N.L. zou gebeuren, in vraag. Ze vraagt zich meer bepaald af of dit bedrag werkelijk wel werd geïnvesteerd.

Men kan zich de vraag stellen of de GMBH M. met deze bedenking/vraagstelling haar eigen contractuele nalatigheid niet in het daglicht stelt.

Inzake contracten zijn beide partijen ertoe gehouden om samen te werken teneinde een overeenkomst te goeder trouw uit te voeren en tot een goed einde te brengen. Het was met andere woorden aan de GMBH M., en enkel aan haar, om in de loop van de overeenkomst, voor zover zij dat nodig vond, controle uit te oefenen over de effectiviteit van de contractueel overeengekomen investering. Haar huidige opmerking/vraagstelling dient bijgevolg afgewezen.

Hieraan zij toegevoegd dat de GMBH M. geen leek inzake is en er mag dan ook aangenomen worden dat zij (de omvang van) de contractueel opgenomen investeringsverplichting met kennis van zaken onderhandelde en overeenkwam.

3.2.3

De GMBH M. maakt verder opmerkingen over de kwaliteit van de geleverde producten, over het feit dat (beweerdelijk) onvoldoende voorraad werd gehouden door de NV N.L. om de contractueel afgesproken levertijd te kunnen respecteren, alsook over het feit dat de prijzen van de geleverde producten eenzijdig zouden zijn verhoogd door de NV N.L..

(a)

De NV N.L. merkt terecht op dat over de kwaliteit van de geleverde producten, noch over de manier waarop geleverd werd, ooit opmerkingen werden gemaakt voorafgaand aan de procedure. Ze voegt er, eveneens terecht, aan toe dat slechts “een zeer beperkt aantal creditnota’s” werd opgemaakt en dat de door haar geleverde producten binnen de standaard van foutenmarge (Good manufacturing practices of GMP) van 0,05% tot 01% vielen en dat aan alle opmerkingen (“de zeer beperkte problemen”) werd verholpen.

Een bewijs van ingebrekestelling, noch een bewijs van de bewering dat meer dan slechts een zeer beperkt aantal creditnota’s moesten worden opgemaakt, noch van de bewering dat de geleverde producten buiten de standaard van foutenmarge vielen, wordt door de GMBH M. voorgelegd.

Nochtans was een ingebrekestelling noodzakelijk.

De ingebrekestelling is inderdaad de formele verwittiging, door de schuldeiser aan de debiteur betekend, krachtens dewelke aanspraak wordt gemaakt op een correcte uitvoering van de overeenkomst.

Principieel moet de schuldenaar steeds in gebreke worden gesteld en tevens de mogelijkheid worden geboden om zich naar behoren van zijn verplichtingen te kwijten, wanneer de schuldeiser zijn recht wil verwezenlijken. De schuldeiser moet de schuldenaar dus evenzeer in gebreke stellen wanneer hij compenserende schadevergoeding, als wanneer hij moratoire schadeloosstelling, wil verkrijgen. Evenzeer bij gedwongen uitvoering in natura, als bij wijze van equivalent, als bij de eis tot ontbinding van een wederkerige overeenkomst. De eis tot ingebrekestelling beantwoordt aan een algemeen rechtsbeginsel. (Kh. Kortrijk, 7 december 2001, *RW* 2004 – 2005, 903, bevestigd bij arrest van het Hof van Beroep te Gent van 18 december 2002, inzake AR. 2002/57; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, boek 1, Die Keure 2005, Blz. 168, nr. 237).

(b)

Eveneens terecht argumenteert de NV N.L. dat de GMBH M. eveneens zonder grond beweert dat de gehanteerde prijzen plots en eenzijdig werden verhoogd door de NV N.L.. De NV N.L. argumenteert terecht dat ze de prijzen, volgens de contractuele bepalingen (de prijs lag vast tot 30/1/2015), kon en mocht aanpassen en dat ze de aangepaste prijzen per mail overmaakte aan de GMBH M., terwijl de GMBH M. daarop nooit protesteerde. Daarbij zij opgemerkt dat een prijsaanpassing in de loop van een overeenkomst zeker niet abnormaal is.

De NV N.L. voegt eraan toe dat de facturen die nadien door haar werden opgesteld ook, zij het met vertraging, bijna integraal werden betaald. Ook hieruit kan afgeleid worden dat de GMBH M. het eens was met de prijsverhoging.

Er zij ook verwezen naar hetgeen onder punt 3.2.3.a werd gemotiveerd over de ingebrekestelling.

(c)

De NV N.L. beweert verder terecht dat de GMBH M. thans, in strijd met de waarheid, opwerpt dat er onvoldoende voorraad was bij de NV N.L. en/of haar Poolse dochtervennootschap om de contractueel afgesproken leveringsverplichting binnen de afgesproken termijnen te kunnen nakomen.

Volgens de NV N.L. hebben de mails, die de GMBH M. in dat verband bijbrengt, betrekking op eenzelfde periode, meer bepaald de periode waarin de GMBH M. niet stipt betaalde en deze gebrekkige betalingen ook de oorzaak waren van de huidige bewering van de GMBH M. dat er onvoldoende voorraad was.

Er zij ook verwezen naar hetgeen onder punt 3.2.3.a werd gemotiveerd over de ingebrekestelling.

(d)

Het kan moeilijk betwijfeld worden dat, gelet op de contractuele afspraken tussen partijen, zoals neergeschreven in de overeenkomst, de GMBH M. ertoe gehouden was om, gespreid over een periode van vijf jaar, minimaal 20 miljoen sets af te nemen bij de NV N.L..

Het kan eveneens moeilijk betwijfeld worden dat de GMBH M. zich hieraan, en zoals hoger aangetoond zonder grondige reden, niet heeft gehouden.

De houding/handelswijze van de GMBH M. doet eerder vermoeden dat ze een goedkopere oplossing voor de afname van haar verpakingsproducten had gevonden bij een derde en dat ze dan post factum en laattijdig een aantal gefingeerde opmerkingen is gaan sturen aan het adres van de NV N.L. in de hoop zo goedkoop mogelijk onder de nog lopende overeenkomst met de NV N.L. uit te komen.

(e)

De GMBH M. argumenteert dat ze de aangetekende ingebrekestelling van 16 oktober 2017 van de NV N.L. niet mocht ontvangen.

Deze bewering komt op zijn minst ongeloofwaardig over, temeer daar de GMBH M. geen enkel bewijs voorlegt, uitgaande van de Duitse postdiensten, waaruit zou kunnen blijken dat het aangetekend schrijven inderdaad nooit werd overhandigd.

Een geloofwaardig verweer kan niet gesteund zijn op losse beweringen.

3.2.4 Besluit

In deze omstandigheden vordert de NV N.L. terecht te zeggen voor recht dat de GMBH M. een contractuele wanprestatie beging die de eenzijdige en voortijdige ontbinding van de overeenkomst van 23/1/2013 - 4/2/2013 rechtvaardigde in het nadeel van de GMBH M. per 2/11/2017.

4. De gevorderde schade

4.1

De door de NV N.L. gevorderde schade werd hoger reeds weergegeven (punt 1.4) en de rechtbank verwijst daarnaar.

De GMBH M. betwist de gevorderde schade en argumenteert in dat verband in essentie:

- dat de NV N.L. niet bewijst dat zij voorraden voor een bedrag van € 69.245,26 voorhanden zou hebben;
- dat niet duidelijk is wie die voorraden heeft, de NV N.L. of de Poolse vennootschap;
- dat de NV N.L. zelf argumenteerde dat ze besliste om nog slechts kleine leveringen te doen en uit de stukken blijkt dat de NV N.L. haar productie vaak zelfs niet kon aanpassen om op korte termijn te leveren;
- dat de door de NV N.L. gevorderde bedragen alleszins de contractueel voorziene stock voor vier weken leveringen overtreffen;
- dat de NV N.L. deze producten ook buiten het exclusiviteitsgebied dat aan de GMBH M. was toegekend, kon verkopen;
- dat de NV N.L. er alleszins toe gehouden is om deze voorraden ook te leveren indien het gevorderde bedrag van € 69.245,26 zou worden toegekend
- dat de NV N.L. ten onrechte bijkomend € 4251,15 inventariskosten aanrekent.

Voor wat de afschrijving van de investeringskosten (€ 44.080,00) betreft argumenteert de GMBH M.:

- dat de NV N.L. de overeenkomst zelf beëindigde en de verdere afschrijving van deze investeringskost verhinderde en,

- dat het concrete bedrag dat gevorderd wordt niet kan worden nagegaan en ook uit de overeenkomst geenszins duidelijk blijkt hoe de afschrijving wordt berekend;
- dat de NV N.L. zelf komt tot een restsaldo van € 39.099,29 en in laatste besluiten het bedrag aanpaste naar € 38.286,78;
- dat in de mate waarin ze zou verplicht worden om voorraden over te nemen, dit gelijk staat met een nog verdere afname van goederen zodat het gevorderde bedrag van niet-afgeschreven investeringskosten nog evenredig moet worden verlaagd;
- dat, voor zover enig bedrag in nadeel van de GMBH M. zou worden weerhouden, de werktuigen in eigendom moeten worden overgedragen aan de GMBH M..

Voor wat de gedeerde winsten (€ 214.231,53) betreft argumenteert de GMBH M.:

- dat de NV N.L. de overeenkomst zelf beëindigde;
- dat in de overeenkomst sprake is van de afname van 20 miljoen stuks en dit aantal enkel vermeld werd voor de berekening van de afschrijving van de investeringskost, en in de overeenkomst niet voorzien werd in de sanctie van betaling van gedeerde winst in geval van een afname van minder dan 20 miljoen stuks;
- dat het voor de GMBH M. absoluut niet duidelijk is hoe de NV N.L. tot een dergelijk hoog bedrag komt en het alleszins enkel sprake kan zijn van een netto-winst.

4.2 Beoordeling

In het algemeen zij opgemerkt dat hoger werd besloten dat de GMBH M. contractuele tekortkomingen beging, zodat de NV N.L. gerechtigd was/is om de door haar geleden schade te vorderen.

Er worden door de NV N.L. reeds gemaakte kosten, de kosten voor het maken van een beschikbare voorraad en de kost van deze beschikbare voorraad zelf, aangerekend voor een bedrag van **€ 69.245,26**. De NV N.L. biedt aan om deze voorraden bij de GMBH M. te leveren na betaling van dit bedrag.

Dit punt van de vordering komt de rechtbank redelijk voor nu in feite de kost van de normale verderzetting van de overeenkomst (productie en levering) wordt gevorderd met beding dat de levering ook zou gebeuren.

Verder vordert de NV N.L. een (resterende) investeringskost terug van € 38.286,78 waarvan ze zelf stelt dat deze kan verminderd worden met € 4949,50 voor zover de vordering inzake de betaling van de voorraden (zie hoger over het bedrag van € 69.245,26) zal worden toegekend, wat dus het geval is. De resterende investeringskost is een kost die contractueel tussen partijen werd afgesproken als af te betalen via de contractueel afgesproken afname van (minimum) 20 miljoen sets. Het is dan ook logisch dat de resterende investeringskost, die dus niet kan gecupereerd worden ingevolge contractuele wanprestatie van de GMBH M., wordt gevorderd voor een bedrag van (€ 38.286,78 – € 4949,50 =) **€ 33.337,28**.

De NV N.L. vordert verder de kosten van stockage voor een bedrag van € 4442,22. Het is logisch dat er kosten van stockage geweest zijn en zijn, gelet op de aanwezige en niet uitgeleverde voorraden, maar het gevorderde bedrag komt de rechtbank overdreven voor, zodat het in billijkheid herleid wordt naar een bedrag van **€ 1250,00**.

Voor gedeerde winst wordt een bedrag gevorderd van € 214.231,53.

De door de NV N.L. geleden schade bestaat niet enkel in de door haar nutteloos gedragen administratiekosten, maar ook in het geleden verlies en de gedeerde winst ingevolge van het wegvallen van de uitvoering van de overeenkomst, met inbegrip van de personeels- en admi-

nistratiekosten voor de inning van de schuldvordering, de ontreddering van het financieel beheer van de NV N.L. en het niet-kunnen beschikken over de niet-betaalde sommen.

Anderzijds staat het eveneens vast dat de NV N.L. een aantal onkostenposten niet meer diende/dient te dragen ingevolge het eenzijdig en ongerechtvaardigd niet verder zetten van de overeenkomst door de GMBH M., zoals de kost voor de aankoop van grondstoffen, personeelskosten, kosten voor onderhoud van de machines en dergelijke.

Verder betreft het gevorderde bedrag van € 214.231,53 een brutobedrag en dient rekening gehouden te worden met het feit dat, zoals hoger aangegeven, een gedeelte van de investeringskost en de kost van de aanwezige voorraad reeds werd toegekend.

In deze omstandigheden, en rekening houden met de voorliggende elementen, herleidt de rechtbank het gevorderde bedrag van € 214.231,53 in billijkheid naar **€ 92.500,00**.

Er bestaat geen aanleiding toe om aan de NV N.L. nog voorbehoud toe te kennen voor bijkomende vorderingen, gezien zij over meer dan voldoende tijd heeft beschikt om haar vordering tijdig concreet te maken.

Gelet op het bovenstaande komt het niet opportuun voor om in te gaan op de, in ondergeschikte orde, gestelde vordering tot aanstelling van een deskundige om de afrekening tussen partijen op te stellen.

Er bestaat evenmin aanleiding toe om aan de GMBH M. de materialen en mallen toe te kennen die de NV N.L. met het oog op de uitvoering van de overeenkomst gebruikte en aanschafte, gezien dit ook niet werd opgenomen in de contractuele afspraken tussen partijen.

5. De gevorderde intresten

De GMBH M. argumenteert dat de NV N.L. ten onrechte aanspraak maakt op de intresten aan de rentevoet vastgesteld in het kader van de wet van 2 augustus 2002 inzake de betalingsachterstand bij handelstransacties, gezien het in voorliggende situatie enkel gaat om een schadevergoeding wegens het uitblijven van transacties. (met verwijzing naar Cass. C.08.0520.N en C.09.0040.N, 5 november 2009, www.cass.be).

Op het bedrag van € 69.245,26 dat in feite de normale uitvoering van de contractuele afspraken vertegenwoordigt, kunnen intresten worden toegekend overeenkomstig de rentevoet vastgesteld in het kader van de wet van 2 augustus 2002 inzake de betalingsachterstand bij handelstransacties.

Op de overige (schade)bedragen kunnen intresten worden toegekend aan de wettelijke rentevoet.

6. De gevorderde uitvoerbaarheid - gerechtskosten

De GMBH M. betwist de gevorderde uitvoerbaarheid en is van oordeel dat ze minstens gerechtigd is op het kantonnement.

Volgens de GMBH M. moeten de gerechtskosten ten laste worden gelegd van de NV N.L., minstens voor een evenredig deel.

In handelszaken is uitvoerbaarheid de regel.

Ingevolge de zogenaamde potpourri - I wet (artikel 41 wet 19 oktober 2015, BS 22/10/2015) werd artikel 1397 Ger W ook in die zin gewijzigd.

Gelet op hetgeen hoger werd beslist moeten de gerechtskosten ten laste worden gelegd van de GMBH M..

BESLISSING:

De rechtbank, beslissende op tegenspraak en in eerste aanleg, na erover beraadslaagd te hebben overeenkomstig de wet, alle andere verdere en strijdige bemerkingen van partijen, in besluiten of ter zitting opgeworpen, van de hand wijzend als ongegrond,

zegt voor recht dat deze rechtbank rechtsmacht heeft ter beoordeling van het voorgelegde geschil;

zegt voor recht dat voor de beoordeling van het voorgelegde geschil partijen geldig hebben gekozen voor de toepassing van het Belgisch recht;

verklaart de vordering van de NV N.L. ontvankelijk en gegrond in de mate als hierna bepaald;

zegt voor recht dat de GMBH M. een contractuele wanprestatie beging die de eenzijdige en voortijdige ontbinding van de overeenkomst van 23/1/2013 - 4/2/2013 door de NV N.L. rechtvaardigde in het nadeel van de GMBH M. per 2/11/2017;

veroordeelt dienvolgens de GMBH M. om aan de NV N.L. te betalen de som van (€ 69.245,26 + € 33.337,28 + € 1250,00 + € 92.500,00 =) **€ 196.332,54** te vermeerderen met:

- de verwijlrenten op € 69.245,26 aan de rentevoet vastgesteld in het kader van de wet van 2 augustus 2002 inzake de betalingsachterstand bij handelstransacties vanaf 2 november 2017 tot 7 februari 2018;
- de gerechtelijke intresten op € 69.245,26 aan de rentevoet vastgesteld in het kader van de wet van 2 augustus 2002 inzake de betalingsachterstand bij handelstransacties vanaf 7 februari 2018 tot op datum van betaling;
- de verwijlrenten op € 127.087,28 aan de gewone wettelijke rentevoet vanaf 2 november 2017 tot 7 februari 2018;
- de gerechtelijke intresten op € 127.087,28 aan de gewone wettelijke rentevoet vanaf 7 februari 2018 tot op datum van betaling;

veroordeelt de GMBH M. tevens tot de kosten van het geding, deze in hoofde van de NV N.L. tot op heden vastgesteld op € 964,06 uit hoofde van kosten van dagvaarding en rol, en de toepasselijke rechtsplegingsvergoeding van € 6000,00 en in hoofde van de GMBH M. op de rechtsplegingsvergoeding ten bedrage van € 6000,00;

verleent de NV N.L. akte van haar bereidheid om de aanwezige voorraden, waarvoor een kost van € 69.245,26 werd toegekend, te leveren bij de GMBH M. en veroordeelt de NV N.L. om tot deze levering over te gaan, en dit overeenkomstig de contractuele afspraken tussen partijen zoals die voorheen werden uitgevoerd, en binnen de 14 dagen na betaling door de GMBH M. van de bedragen waartoe de GMBH M. in huidig vonnis werd veroordeeld;

Zegt voor recht dat huidig vonnis overeenkomstig Verordening 805/2004, thans Verordening nummer 1215/2012 van 12 december 2012, als Europese executoriale titel gewaarmerkt kan worden en dat op het eerste verzoek van aanlegster de hoofdgriffier van deze rechtbank dit vonnis volgens art. 53 van deze Verordening als Europese Executoriale titel dient te waarmaken in de vorm van het in bijlage I bij voormelde Verordening opgenomen standaardformulier.

De rechtspleging verliep in overeenstemming met de wet van 15 juni 1935 op het gebruik van de taal in gerechtszaken.

Verklaart dit vonnis uitvoerbaar bij voorraad, niettegenstaande ieder rechtsmiddel en zonder borgstelling.

Aldus gewezen door de DERDE kamer van de ondernemingsrechtbank Antwerpen, afdeling Tongeren, samengesteld uit:

, rechter,

, rechters in ondernemingszaken,

, griffier,

en uitgesproken in openbare zitting van diezelfde kamer op **14 november 2018** door ,
rechter, bijgestaan door , griffier.