

A.7.

**Hof van beroep
te Gent**

7de Kamer

**Terechzitting
van
11 februari 2013**

4413.

2010/AR/3316 - In de zaak van: ---

Nêir: 't Kt:Ntl ,,,,,:81Jt1Hff
ingevolgt• an. 792
gerechtelijk Wetboek
Vrij van Griffierecht
art. :280 2e R.W.B.

M. B.V.B.A., met maatschappelijke zetel te 8300 KNOKE-
HEIST, [adres], ingeschreven met KBO- nummer [...], ---cc-:-1;-:-

appellante,

hebbende als raadsman mr. [naam], advocaat, [adres]
(ref. [...])

tegen: -

- **L. W.** wonende te [adres],
NEDERLAND,

geïntimeerde,

hebbende als raadsman mr. [naam], advocaat te [adres] (ref.[...])

velt het hof het volgend arrest:

Procedure in hoger beroep

..
4.41. 4

1.

Appellante heeft op 24. december 2010 tijdig en regelmatig naar de vorm hoger beroep ingesteld tegen het door de rechtbank van eerste aanleg te Brugge, eerste kamer, op 29 september 2010 op tegenspraak gewezen vonnis in de zaak AR 09/3824/A.

Een exploit van betekening wordt niet voorgelegd.

Partijen werden gehoord in openbare terechtzitting en het hof heeft kennis genomen van hun stukken en besluiten.

Feiten en procedure in eerste aanleg

2.

Kort samengevat kwam tussen partijen op 9 juli 2009 een overeenkomst tot stand betreffende de koop-verkoop van twee tuinsets tegen betaling de gezamenlijke prijs van 5.250,00 EUR en afhaling door geïntimêerde vanaf 13 juli 2009.

Bij het afsluiten van de overeenkomst werd door geïntimeerde een voorschot van 500,00 EUR betaald.

Met betrekking tot de uitvoering van voormelde overeenkomst is betwisting ontstaan.

Bij gebrek aan vergelijk nam appellante het initiatief tot de procedure.

3.

Voor de eerste rechter vorderde appellante de veroordeling van geïntimeerde tot betaling van een bedrag van 4.750,00 EUR, meer de wettelijke intresten, de gerechtelijke intresten en de gedingkosten.

Geïntimeerde die onder meer staande hield dat de contractueel bepaalde leveringstermijn niet werd gerespecteerd, vorderde bij tegeneis de terugbetaling van het eerder betaalde voorschot van 500,00 EUR.

4.

Het bestreden vonnis verklaarde de hoofdvordering ontvankelijk maar niet gegrond.

Het weerhield een contractuele wanprestatie in hoofde van appellante en stelde vast dat geïntimeerde terecht de overeenkomst als ontbonden heeft beschouwd wegens het niet nakomen van de verbintenis tot leveren tegen de overeengekomen datum.

De tegenvordering werd dan ook ontvankelijk en gegrond verklaard, met veroordeling van appellante tot terugbetaling van het eerder betaalde voorschot van 500,00 EUR, meer de moratoire en de gerechtelijke intresten.

Appellant werd tevens in de gedingkosten verwezen.

Grievens/ voorwerp van het hoger beroep

5.

Voor een omstandige uiteenzetting van de grieven en de argumentatie van partijen verwijst het hof naar de beroepsakte en de syntheseconclusies van partijen.

5.1.

Kort samengevat argumenteert appellante in essentie dat :

- de eerste rechter tekort kwam aan de motiveringsplicht en tal van pertinente verweermiddelen niet ontmoette,
- het bestreden vonnis ten onrechte en ultra petita uitvoerbaar bij voorraad werd verklaard,
- ten onrechte werd uitgegaan van een "leegverkoop uit stock", hetgeen appellante overigens steeds heeft tegengesproken,
- ten onrechte werd ervan uitgegaan dat de leveringsdatum/afhaaldatum een essentieel onderdeel is van de overeenkomst,
- geïntimeerde wel degelijk kennis had van de algemene voorwaarden die bepalen dat de leveringstermijn enkel bij wijze van inlichting wordt verstrekt en geen resultaatsverbintenis inhoudt,
- er geen sprake is van een strikte leveringsdatum.

Appellante vordert dan ook de inwilliging van haar hoger beroep, de hervorming van het bestreden vonnis, de toekenning van haar oorspronkelijke hoofdvordering en de afwijzing van de oorspronkelijke tegenvordering van geïntimeerde.

Geïntimeerde die de nietigheid van het verzoekschrift hoger beroep opwerpt en de door appellante ontwikkelde grieven en argumentatie betwist, vordert de afwijzing van het hoger beroep als onontvankelijk minstens ongegrond en de bevestiging van het bestreden vonnis.

Beeoordeling

6.

Geïntimeerde werpt de nietigheid/onontvankelijkheid op van het door appellante inge telde hoger beroep wegens miskenning van de voorschriften van de EG-betekenningsverordening 1393/2007.

Met verwijzing naar de artikelen 7 en 9 van, de voormelde betekenningsverordening argumenteert geïntimeerde dat de beroepsakte niet bij gerechtsbrief had mogen verzonden worden, maar dat deze hem door een Nederlandse deurwaarder betekend had moeten worden met inachtneming van de in Nederland geldende termijnen.

Bij gebreke hieraan komt dit hoger beroep naar het oordeel van geïntimeerde niet onontvankelijk voor.

Bij nazicht van het gerechtsdossier in hoger beroep stelt het hof vast dat de door appellante op 24 december 2010 neergelegde beroepsakte door de griffie van dit hof op 27 december 2010 bij aangetekend schrijven met ontvangstmelding aan geïntimeerde werd toegestuurd.

Deze kennisgeving van het hoger beroep per post is door artikel 14 van de door geïntimeerde ingeroepen betekenningsverordening 1393/2007 uitdrukkelijk toegelaten, zodat moet worden vastgesteld dat deze kennisgeving rechtsgeldig is geschied en het hoger beroep wel degelijk onontvankelijk voorkomt.

Zelfs indien geïntimeerde mocht kunnen worden bijgetreden in zijn argumentatie dat de betekening/kennisgeving van het hoger beroep niet conform de voormelde betekenningsverordening plaatsvond, merkt het hof ten overvloede nog het volgende op.

De EG-Betekenningsverordening 1393/2007 bepaalt geen expliciete sanctie in geval een betekening/kennisgeving niet zou beantwoorden aan alle formele vereisten die in de verordening bepaald zijn en de verweerder niettemin verschijnt.

In dit geval zijn de sancties die dergelijke onvolmaakheden treffen, de sancties van het nationale recht van de Staat waarvoor de zaak is gebracht, zij het dat daarbij de volle werking van het gemeenschapsrecht moet zijn gewaarborgd- (cf. Hof van Justitie, 8 november 2005, zaak C- 443/03 (Leffer/ Berlin Chemie), Jurispr., 2005, p; I-961).

Hier hangt de door geïntimeerde ingeroepen onregelmatigheid dan ook af van belangenschade -(artikel 861 Ger.W.) en het al dan niet bereiken van het normdoel (artikel 867 Ger.W.) (Cass., 7 september 2009, Arr.Cass. 2009, afl. 9, 1941)

Met toepassing van artikelen 861 en 867 Ger.W. stelt het hof vast dat de aangeklaagde onregelmatigheid de belangen van de geïntimeerde op geen enkele wijze heeft geschaad.

Het normale verloop van de procedure is op geen enkele wijze gehinderd: de raadsman van geïntimeerde is schriftelijk verschenen en de zaak is - zoals het hoorde - op totaal normale en reguliere wijze vastgesteld voor pleidooi met conclusietermijnen voor de beide partijen (met beschikking van 7 maart 2011 onder toepassing van artikel 747 § 2 Ger.W.).

Het normdoel is bereikt.

Gelet op wat voorafgaat kan de door geïntimeerde opgeworpen nietigheid/onontvankelijkheid van de beroepsakte wegens miskenning van de EG-betekenningsverordening dan ook niet worden weerhouden.

Het hoger beroep is ontvankelijk.

7.

Appellante kan worden bijgetreden in haar argumentatie dat het bestreden vonnis ten onrechte uitvoerbaar bij voorraad werd verklaard.

7.1.

Art. 1402 Ger.W. bepaalt dat de rechters in hoger beroep in geen geval de tenuitvoerlegging van het vonnis kunnen verbieden of doen schorsen, zulks op straffe van nietigheid.

Dit verhindert niet dat, indien de rechten van verdediging zijn geschonden of er sprake is van een manifeste onwettelijkheid, de appelrechter het uitvoerbaar verklaren bij voorraad, teniet kan doen.

7.2.

Behoudens de uitzonderingen die de wet bepaalt, kan de geadieerde rechter zijn vonnis slechts uitvoerbaar bij voorraad verklaren op uitdrukkelijk verzoek -van een partij, anders doet hij 'ultra petita' uitspraak en is zijn vonnis nietig (of. art. 1138,2° Ger.W.).

De appèlrechter kan in dat geval wegens een ,manifeste miskennenning van het beschikkingsbeginsel de tenuitvoerlegging van het vonnis verbieden.

Er dient immer te worden aangenomen dat d hypothese van art. 1402 Ger.W. slechts geldt ingeval van uitspraak "bij voorraad **op verzoek** van een van de partijen. (cf. noot J. Laenens, onder Antwerpen, 27 september 1989, R.W., 19_90:-1991, 299-300).

7.3.

In casu blijkt de geïntimeerde de uitvoerbaarheid bij voorraad voor de eerste rechter niet te hebben gevorderd.

De eerste rechter heeft bijgevolg 'ultra petita' geoordeeld zodat het hoger beroep van appellante met betrekking tot dit onderdeel gegrond voorkomt en het bestreden vonnis moet worden tenietgedaan voor wat dé bevolen uitvoerbaarheid bij voorraad betreft.

8. Ongeacht het antwoord op de vraag . of de tuinsets die het voorwerp uitmaken van de tussen- partijen op 9 juli 2009 tot stand gekomen koop- verkoopovereenkomst al dan niet het voorwerp uitmaken van een leegverkoop uit stock, blijkt uit deze overeenkomst dat de tuinmeubelen inclusief de bijhorende zit- en rugkussens konden worden geleverd/afgehaald vanaf 13 juli 2009.

Een vergelijking tussen het tijdstip van het tot stand komen van de overeenkomst (9 juli 2009) en de voormelde datum van afhaling (13 juli 2009) toont naar het oordeel van het hof ook aan dat :

- (1) de tuinmeubelen inclusief de zit- en rugkussens voorradig waren en appellante er kennelijk mee instemde om deze op zeer korte termijn te leveren, met dien verstande dat déze levering bij wijze van afhaling door de koper zou plaatsvinden,
- (2) de tuinmeubelen bestemd waren om al tijdens de lopende zomerperiode door geïntimeerde te worden gebruikt,
- (3) de datum van levering/afhaling voor geïntimeerde dan ook van essentieel belang was.

Appellante verwijst vruchteloos naar haar algemene verkoopsvoorwaarden om voor te houden dat de bij de overeenkomst bepaalde datum voor levering/afhaling niet bindend is en enkel bij wijze van inlichting werd verstrekt, zonder dat ^{dit} een resultaatsverbintenis inhoudt.

Ook naar het oordeel van het hof is het immers niet bewezen dat geïntimeerde ten laatste bij de ondertekening van de bestelbon kennis heeft kunnen nemen van de bedoelde algemene verkoopsvoorwaarden die enkel voorkomen op de achterzijde van de bestelbon en waarnaar op de voorzijde op geen enkele wijze wordt verwezen.

Verder blijkt uit niets dat geïntimeerde zich op enig ander ogenblik of op enige andere wijze met deze algemene verkoopsvoorwaarden akkoord heeft verklaard.

En, zelfs indien de algemene verkoopsvoorwaarden van toepassing mochten zijn,, dan nog blijkt uit de voorliggende stukken dat in afwijking van deze algemene voorwaarden, de afhaling van de goederen door geïntimeerde vanaf 13 juli 2009 als bijzondere voorwaarde in de tussen partijen op 9 juli 2009 tot stand gekomen overeenkomst werd opgenomen.

Ten overvloede merkt het hof ook nog op dat de" algemene verkoopsvoorwaarden waarnaar appellante verwijst in artikel 5 het volgende voorzien :

"Indien de koper de goederen moet afhalen en hij in gebreke is, kan een bewaarloon worden aangerekend. Inmiddels draagt de koper het risico."

Appellante kan in de gegeven omstandigheden bezwaarlijk ernstig voorhouden dat de in de overeenkomst bepaalde datum vanaf dewelke de goederen door de koper dienden te worden afgehaald niet bindend is en enkel bij wijze van inlichting werd verstrekt.

9.

Met de eerste rechter stelt het hof vast dat appellante het bestelde niet kon leveren vanaf de overeengekomen afhaaldatum en dat elke latere datum voor geïntimeerde laattijdig was gelet op de reeds ver gevorderde zomer op het tijdstip dat appellante voorhield alsnog de rug- en zitkussens te kunnen leveren.

Bovendien, zoals ook de eerste rechter terecht vaststelde, waren de tuinsets onbruikbaar zonder de bestelde rug- en zitkussens, wat redelijkerwijze ook niet voor ernstige betwisting vatbaar is.

De bewering van appellante dat in afwachting van de bestelde rug- en zitkussens andere kussens hadden kunnen worden geleverd/gebruikt komt weinig geloofwaardig voor nu dit vooreerst haaks staat op de inhoud van het schrijven van de raadsman van appellante van 27 juli 2009 dat vermeldt : ..

"Binnen enkele weken komen de nog ontbrekende- kussens binnen. ...

"U kunt alles, behoudens de kussens, nu al komen ophalen tegen vereffening van de koopprijs. De kussens kunt u komen ophalen nadat cliënte u zal bericht hebben wanneer ze precies binnen zijn."

(eigen onderlijning door het hof)

Verder toont appellante ook niet aan dat ooit een, voorstel tot het tijdelijk gebruik van andere rug- en zitkussens werd geformuleerd.

Zoals hiervoor al aangegeven staat het dan ook vast dat appellante op 14 juli 2009 niet aan haar contractuele leveringsverplichting van de bestelde goederen kon voldoen. Hetgeen ook naar het oordeel van het hof een ernstige wanprestatie uitmaakt die de gerechtelijke ontbinding verantwoordt en op grond waarvan geïntimeerde terecht tot eenzijdige buitengerechtelijke ontbinding van de overeenkomst is overgegaan.

Overeenkomstig de geldende rechtsleer en rechtspraak moeten de navolgende voorwaarden cumulatief aanwezig zijn om een eenzijdige buitengerechtelijke ontbinding, naar Belgisch recht, te verantwoorden:

- de schuldenaar moet zich schuldig hebben gemaakt aan een hem toerekenbare tekortkoming die van aard is een gerechtelijke ontbinding te rechtvaardigen,
- de verplichte voorafgaande uitstelbevoegdheid van de rechter is zinloos of zonder voorwerp geworden,
- de schuldeiser moet een kennisgeving richten tot zijn schuldenaar waarin hij zijn ontbindingsverklaring op ondubbelzinnige wijze kenbaar maakt en waarin hij nauwkeurig het motief van de eenzijdige ontbinding, met name de verweten wanprestatie aanduidt.

(S.Stijns. De gerechtelijke en buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten, Antwerpen. Maklu. 1994, nrs. 457-512; A. Van Oevelen. De buitengerechtelijke ontbindingsverklaring van wederkerige overeenkomsten wegens wanprestatie door het Hof van Cassatie aanvaard", R.W., 2002 - 2003, nr.6 ; Antwerpen 24 juni 2002, Limb. Rechl., 2002, 289.)

Naar het oordeel van het hof is hier aan de voormelde voorwaarden voldaan nu (1) in hoofde van appellante een ernstige tekortkoming voorhanden is die de gerechtelijke ontbinding van de overeenkomst verantwoordt, (2) de uitstelbevoegdheid zinloos is vermits appellante bij schrijven van haar raadsman van 27 juli 2009 zelf erkende de kussens niet meteen of binnen korte termijn te kunnen leveren en (3) geïntimeerde bij aangetekend schrijven van 21 juli 2009 zijn ontbindingsverklaring wel degelijk op ondubbelzinnige wijze aan appellante heeft meegedeeld met verwijzing naar de verweten contractuele wanprestatie.

10.

Wat voorafgaat leidt dan ook tot de vaststelling dat :

- de oorspronkelijke hoofdvordering die de uitvoering van de tussen partijen tot stand gekomen overeenkomst beoogt, ontvankelijk maar niet gegrond voorkomt,
- de oorspronkelijke tegenvordering tot terugbetaling van het bij de totstandkoming van de overeenkomst betaalde voorschot van 500,00 EUR in hoofdsom ontvankelijk en gegrond voorkomt.

Eén ander noopt dan ook - op de uitvoerbaarheid bij voorraad na (zie hiervoor randnr. 7) - tot een bevestiging van het bestreden vonnis.

Op grond van het voorgaande zijn de overige middelen en argumenten van partijen niet relevant, zodat het hof er niet verder op ingaat.

11.

In toepassing van de artikelen 1042, 1017 en 1022 Ger.W. legt het hof de gedingkosten van dit hoger beroep ten laste van appellante.

OP DEZE GRONDEN,

HET HOF,

Gelet op artikel 24-van de wet van 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken,

Rechtdoende op tegenspraak,

Verklaart het hoger beroep ontvankelijk maar slechts in zeer beperkte mate gegrond,

Vernietigt de passage van het bestreden vonnis dat luidt als volgt:

" Verklaart onderhavig vonnis uitvoerbaar bij voorraad, spijs alle verhaal en zonder enige borgstelling",

Bevestigt het bestreden vonnis voor het overige,

Veroordeelt appellante tot betaling van de gedingkosten van dit hoger beroep,

-aan de zijde van appellante niet nader cijfermatig begroot nu deze kosten te haren laste blijven,

-aan de zijde van geïntimeerde begroot op 715,00 EUR als rechtsplegingsvergoeding hoger beroep,

A.1.

4423

Aldus gewezen door de zevende kamer van het Hof van beroep te Gent, zetelende in burgerlijke zaken samengesteld uit:

, kamervoorzitter,
, raadsheer,
, raadsheer,

bijgestaan door , griffier en uitgesproken door de kamervoorzitter in openbare terechtzitting op maandag **elf februari tweeduizend en dertien.**