



Repertoriumnummer 2017 /
Datum van uitspraak 17 maart 2017
Rolnummer 2015/AR/110

Niet aan te bieden aan de
ontvanger

Uitgifte

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

Hof van beroep Gent

Arrest

zestiende kamer

Aangeboden op 21 MAART 2017
Niet te registreren

2015/AR/110 - In de zaak van:

N.V. T.D., met zetel te 2550 KONTICH, [adres], ingeschreven met [KSO-nummer],

appellante,
hebbende als raadsman mr. [...], advocaat te [adres],

tegen

1. **N.V. I.C.**, met maatschappelijke zetel te [adres - België], met [KBO-nummer],

eerste geïntimeerde,
hebbende als raadsman mr. [...], advocaat te [adres],

2. **SPA B., vennootschap naar Italiaans recht**, met maatschappelijke zetel te [adres] (ITALIE),

tweede geïntimeerde,
hebbende als raadsman mr. [...], advocaat te [adres],

wijst het hof het volgend arrest:

1. Het hof heeft kennis genomen van het vonnis gewezen op 19 december 2014 door de 7e kamer van de rechtbank van koophandel Gent, afdeling Kortrijk, waartegen tijdig en geldig hoger en incidenteel beroep.

De advocaten van partijen werden gehoord in openbare terechtzitting en in het Nederlands en de door hen regelmatig neergelegde conclusies en overgelegde stukken werden ingezien.

De vorderingen en dienende rechtsfeiten worden afdoende uiteen gezet in het beroepen vonnis, mits het navolgende.

2. *M.b.t. de deskundige bevindingen van ir. arch. R.D.L. (Dendermonde} aangaande de kwestieuze verkleurde voegmortel in 2011 geleverd door n.v. I.C. voor een door n.v. T.D. met mozaïektegels bezet privé-zwembad van klant C. te [adres]:*

Uit de voorgebrachte stukken (in het bijzonder de als stukken 13-16 door n.v. T.D. voorgebrachte e-mailcorrespondentie) moet besloten worden dat de 3 met de kwestieuze verkleurde voegmortel betrokken partijen, nl. de aannemer n.v. T.D., de leverancier n.v. I.C. en de Italiaanse producent s.p.a. B. begin oktober 2011 zich akkoord hebben verklaard met een minnelijk- tegensprekelijk deskundig onderzoek desbetreffende door ir. arch. R.D.L..

Over de deskundige opdracht zelf en over het al dan niet en in welke mate bindend zijn van de gerechtsdeskundige bevindingen voor de partijen bestaat geen zekerheid noch sluitend bewijs.

De opdracht zelf werd niet schriftelijk vastgelegd.

Uit de voormelde e-mailcorrespondentie blijkt in ieder geval dat de omvang van de schade niet tot de deskundige opdracht behoorde.

Niets bevestigt dat zou zijn overeenkomen dat de deskundige niet alleen materiële vaststellingen zou doen en gebeurlijk advies zou geven, maar ook een voor partijen bindende beslissing zou nemen.

Dat het voormelde akkoord van partijen een dading zou uitmaken waarbij de deskundige besluiten bindend zouden zijn voor alle betrokken partijen kan niet worden aangenomen: Immers, een dading impliceert wederzijdse toegevingen.

Daarvan kan evident geen sprake zijn op een tijdstip dat de oorzaak van de schade door de betrokkenen werd betwist.

Een deskundige is overigens niet bevoegd om zich uit te spreken over de rechten en plichten van de partijen.

Dat de betrokken partijen zelfs nooit de bedoeling hebben gehad om middels hun akkoord tot een deskundig onderzoek ook hun onderlinge verhouding op een bindende en onherroepelijke wijze te regelen, blijkt afdoende uit de e-mails d.d. 9 december 2011 .waarbij ook s.p.a. B. intern onderzoek is blijven voeren omtrent de voegmortel alsook de e-mail d.d. 1 februari 2012 waarbij zij heeft medegedeeld op basis van deze eigen testen dat het materiaal kwalitatief goed is en dus niet verantwoordelijk te zijn voor de verkleuring (dossier/I.C., stukken 53-58).

De deskundige bevindingen vanwege ir. arch. R.D.L. kunnen derhalve enkel gelden als advies en kunnen nog steeds worden aangevochten.

De naderhand beweerde *partijdigheid* van ir. arch. R.D.L. kan niet worden aangenomen: Bij zijn minnelijke aanstelling was blijkbaar terdege geweten dat de deskundige nog als technische raad voor n.v. T.D. was opgetreden in gelijkaardige problematieken (*zie diens bevestiging bij e-mail d.d. 21 januari 2014, dossier/D., stuk 13*), doch wat toen voor partijen blijkbaar geen probleem was.

In haar brief d.d. 18 april 2013 aan de deskundige heeft n.v. I.C. trouwens veeleer haar vertrouwen in de deskundige bevestigd (dossier/I.C., stuk 45).

Blijkens de door partijen betreffende de deskundige bevindingen voorgebrachte stukken (zie in het bijzonder het dossier/I.C., stukken 52-55-59-66-67) heeft - na een 3-tal plaatsbezoeken, staalname én *vrijgave voor herstelling* op 12 maart 2012 alsook na nadere schriftelijke vraagstellingen - ir. arch. R.D.L. bij e-mail d.d. 28 juli 2012 samen met het WTCB-verslag d.d. 13 juli 2012 aan partijen medegedeeld: "*In bijlage het verslag WTCB. Naar mijn mening is het duidelijk dat de voegmortel NIET geschikt is voor gebruik in een zwembad.*"¹¹

Deze mening van ir. arch. R.D.L. kan geenszins naar recht gelden als deskundig eindbesluit, nu *enerzijds* niet wordt uiteen gezet waarom precies de voegmortel niet geschikt zou zijn noch de oorzaken van de verkleuring onder de waterlijn op enige wijze worden verduidelijkt en het *anderzijds* geen tegensprekelijke besluitvorming betreft waarbij na voorafgaande in kennisstelling aan partijen hun opmerkingen en vragen deskundig werden ontmoet:

Er dient immers uit het geheel van de desbetreffend voorgebrachte stukken en gegevens vastgesteld dat het WTCB-verslag waarop ir. arch. R.D.L. zich blijkbaar uitsluitend heeft gesteund voor zijn verkondigde mening, op diens vraag de verbleking van

de epoxymortel te onderzoeken door middel van een microscopisch onderzoek aan de hand van een binoculaire microscoop en een elektronenmicroscoop, enkel de chemische samenstelling kan aangeven van de verbleekte en niet-verbleekte tegels en voegmortel, doch niet specifiek wat de eigenlijke aanleiding of oorzaak is van de verkleuring onder de waterlijn (zijnde omschreven als "*waarschijnlijk een zeer oppervlakkig verschijnsel*") (dossier/I.C., stuk 67):

CONCLUSIE

- *Het verbleken van de epoxymortel is een oppervlakte-fenomeen.*
- *De tegels bij de verbleekte epoxymortel vertonen een witte, gestreepte, waas. Deze komen niet voor bij de tegels bij de niet-verbleekte voegmortel. Deze witte waas is een oppervlakte-afzetting. Het kan gemakkelijk van de tegel afgekrabd worden.*
- *De verbleekte voegmortel bevat veel kleine fragmentjes. Deze hebben dezelfde samenstelling als de sferische vu/stofbolletjes van de voegmortel.*
- *De verbleekte voegmortel bevat meer chloor dan de niet-verbleekte voegmortel. Bij de niet-verbleekte voegmortel komt de chloor enkel voor in het epoxybindmiddel. Bij de verbleekte voegmortel komt chloor daarentegen op heel het oppervlak (bindmiddel en vulstof) voor. Dit is opmerkelijk aangezien er geen chloor werd aangetroffen bij de detailanalyses van de vulstofbolletjes. Waarschijnlijk is het dus een zeer oppervlakkig verschijnsel. Er kan niets besloten worden betreffende de afkomst van het chloor.*
- *De verbleekte tegel bevat kleine fragmentjes, met dezelfde chemische samenstelling als de fragmentjes op de verbleekte voegmortel, en dus ook met dezelfde samenstelling als de vulstofbolletjes.*
- *De chemische samenstelling van een niet-verbleekte tegel is gelijkaardig aan de vu/stofbolletjes.*
- *Het niet waarnemen van de gestreepte witte waas bij de chemische mapping van de elementen op de verbleekte tegel is waarschijnlijk te wijten aan het feit dat de chemische samenstelling van de waas (veel kleine fragmentjes) dezelfde is als de chemische samenstelling van de tegel.*

Ook de deskundige geeft geen verdere uitleg over de oorzaak dat de verbleekte voegmortel meer chloor bevat dan de niet verbleekte mortel.

Op diens bevraging op 2 juli 2012 werd door n.v. T.D. uitdrukkelijk aan de deskundige medegedeeld dat het zwembad was gevuld met leidingwater, dat er voor de aanvang van de verbleking geen reinigingen hadden plaatsgevonden en dat de waterbehandeling van het zwembad louter is gebeurd door het systeem van S. dat bestaat uit een ozonator en een zandfilterunit met ionisator, waarbij geen chloortabletten of vloeibare chloor aan het zwembadwater wordt toegevoegd (dossier/I.C., stukken 65-66).

De deskundige heeft niet onderzocht of de oorzaak gelegen zou kunnen zijn in de wijze van plaatsing (bv. het onvoldoende mengen van 2 componenten, het te snel vullen met water van het zwembad, het blootstellen van de werken aan neerslag of vocht tijdens de werken) of in het onvoldoende verwijderen van de waas op de tegels na de plaatsing en invoeging.

Waar er blijkbaar volgens het WTCB-verslag op de tegels zelf een "*witte waas*" zou zijn aanwezig geweest die dezelfde samenstelling zou hebben gehad als deze op de verkleurde voegmortel en die gemakkelijk kon worden afgekrabd, heeft de deskundige daarover geen nadere vragen gesteld noch onderzoek gedaan, doch heeft hij zonder vooraf een voorverslag op te stellen en aan partijen mede te delen, laat staan de voormelde zaken en opmerkingen te beantwoorden/ontmoeten, zijn voormelde mening medegedeeld.

Één en ander klemmt bovendien des te meer waar de deskundige bovendien al op 8 maart 2012 het zwembad *voor herstelling definitief heeft vrijgegeven* en vervolgens op 7 juni 2012 aan partijen heeft medegedeeld dat deze werken de week nadien zouden aanvangen (dossier/D., stukken 2-3), hoewel pas op 28 juli 2012 het WTCB-verslag d.d. 13 juli 2012 met de voormelde mening/conclusie aan partijen werd toegestuurd:

De herstelwerken werden aldus reeds uitgevoerd nog vóór de deskundige tot een eindconclusie was gekomen en deze aan de partijen bekend heeft gemaakt én vóór de partijen dienaangaande nadere opmerkingen hebben kunnen formuleren en/of nader onderzoek hebben kunnen vragen die de deskundige had kunnen/moeten ontmoeten.

Waar aldus geen afdoende bewijs wordt geleverd dat de vastgestelde verkleuring enkel aan de voegmortel of zijn samenstelling te wijten zou zijn en andere mogelijke oorzaken niet afdoende werden onderzocht, terwijl door het voorbarig herstel van het zwembad alle mogelijke bewijsmateriaal hiervoor onherroepelijk verdwenen is en elk verder onderzoek en/of bewijs onmogelijk is gemaakt, faalt ook de vraag tot een gerechtsdeskundig onderzoek volkomen:

Reeds vóór de uitvoering van de herstelwerken werd door n.v. I.C. bij e-mail d.d.

27 maart 2012 (dossier/I.C., stuk 61) in die zin formeel en uitdrukkelijk geprotesteerd, doch tevergeefs.

Enkel de blijkbaar nog voorhanden zijnde stalen van de voegmortel (voor zover juist en controleerbaar) laten geenszins een gerechtsdeskundig onderzoek toe van de voormelde noodzakelijke vraagstellingen m.b.t. alle andere mogelijke oorzaken.

Bij ontstentenis van zowel enig bewijs als van elke nadere bewijsmogelijkheid betreffende de beweerd gebrekkige voegmortel, is de terechte afwijzing door de eerste rechter van de door n.v. T.D. gestelde wedereis aldus te bevestigen.

Het hoger beroep vanwege n.v. T.D. en het incidenteel beroep vanwege n.v. I.C. falen dan ook.

3. M.b.t. de door s.p.o. B. incidenteel herhaalde exceptie van onbevoegdheid vanwege de Belgische rechtbanken m.b.t. de door n.v. I.C. in ondergeschikte orde lastens s.p.o. B. gestelde vordering in vrijwaring voor elke veroordeling die tegen haar zou worden gewezen op wedereis van n.v. T.D., zowel in hoofdsom, rente als kosten:

Er bestaat geen betwisting dat de door s.p.a. B. als stuk 3 voorgelegde algemene verkoopsvoorwaarden binnen de duurzame handelsrelatie met n.v. T.D. werden aanvaard en aldus in deze conventioneel gelden.

De art. 14.2 en 14.3 van deze voorwaarden voorzien geldig en algemeen (*dus zonder uitsluiting van vrijwaringsvorderingen*) dat uitsluitend de rechtbanken van de zetel of vestiging van s.p.a. B. van waaruit de bestelling wordt bevestigd, bevoegd zijn om kennis te nemen van alle geschillen.

Dit exclusief bevoegdheidsbeding bindt n.v. I.C. op grond van art. 23.1 EG- Verordening nr. 44/2001 van 22 december 2000 ("*BRUSSEL 1/EEX*").

Vermits de bevestiging van de bestelling is gebeurd op 27 mei 2011 door s.p.a. B. vanuit haar zetel in Italië, [gemeente] en zij tevens heeft geleverd in Italië te [gemeente] in het distributiecentrum van haar aangestelde transporteur s.p.r. Z.M.C., alwaar n.v. I.C. de geleverde goederen in ontvangst heeft genomen (dossier/B., stuk 1), hebben *uitsluitend* de er bevoegde rechtbanken rechtsmacht om van de vordering kennis te nemen en zijn de Belgische rechtbanken zonder rechtsmacht.

Tevergeefs meent n.v. I.C. dat op grond van art. 6.2. van zelfde EEX-Verordening de tussenvordering in vrijwaring zou kunnen worden opgeroepen voor de Belgische rechter waarvoor de oorspronkelijke vordering aanhangig is.

Bij een geldige exclusieve forumkeuze heeft de wilsautonomie voorrang op de proceseconomie:

N.v. I.C. blijft als verweerster op hoofdvordering gebonden door het voormelde .exclusieve bevoegdheidsbeding en kan zich niet wenden tot een andere rechtbank dan deze die zij is overeen gekomen met haar medecontractant s.p.a. B. van wie zij vrijwaring vordert.

Het exclusieve bevoegdheidsbeding zoals overeengekomen tussen n.v. I.C. en s.p.a. B. verzet zich daar immers tegen:

Partijautonomie is een belangrijk uitgangspunt in de EEX-Verordening alsook het hiervoor de basis vormende EEX-Verdrag van 27 september 1968 betreffende de rechtelijke bevoegdheid en tenuitvoerlegging van de rechterlijke beslissingen in burgerlijke en handelszaken.

Deze clausule waarborgt nu juist dat beide partijen op voorhand zekerheid hebben over de bevoegde rechter.

Daarmee is dan ook in strijd de mogelijkheid dat door een vrijwaringsprocedure plotseling een ander gerecht bevoegd zou zijn om hun geschil te beslechten.

Partijen kunnen in de forumkeuze met het oog op rechtszekerheid voor vrijwaringprocedures een uitzondering opnemen in de forumkeuze, indien zij berechting door een ander gerecht dan het aangewezen gerecht wensen.

Zij hebben dit echter niet gedaan en n.v. I.C. bewijst ook niet dat de kwestieuze forumkeuze zich niet zou uitstrekken tot de vorderingen in vrijwaring.

Het hof meent dat dit als enige juiste keuze voorkomt omdat een geldige algemene forumkeuze anders zijn betekenis zou verliezen:

Immers, bij ketens van koop/verkoop en aanneming/onderaanneming (*zoals hier*) is er steeds sprake van vrijwaring en wordt de forumkeuze inhoudsloos indien deze zich niet zou uitstrekken tot vrijwaringsacties.

Het incidenteel beroep is in d) e zin gegrond en het vonnis aldus te hervormen.

Alle anders luidende conclusies en (ook ondergeschikt aangevoerde) middelen worden, gelet op het voorgaande en op dezelfde gronden, verworpen.

OP DIE GRONDEN
HET HOF

Recht doende op tegenspraak;

Met inachtneming van art. 24 van de Wet van 15 juni 1935;

Verklaart het hoger beroep en de incidentele beroepen ontvankelijk;

Wijst het hoger beroep en het incidenteel beroep van n.v. I.C. af als ongegrond; Verklaart het incidenteel beroep van s.p.a. B. gegrond als volgt;

Bevestigt het beroepen vonnis in de mate dat het wordt bestreden, mits de hogere overwegingen, voor zover niet tegenstrijdig en met dien verstande dat wat betreft de door n.v. I.C. in ondergeschikte orde lastens s.p.o. B. gestelde vordering in vrijwaring voor elke veroordeling die tegen haar zou worden gewezen op wedereis van n.v. T.D., zowel in hoofdsom, rente als kosten, wordt gezegd voor recht dat de Belgische rechtbanken zonder rechtsmacht zijn;

Verwijst n.v. T.D. en n.v. I.C., gelet op het wederzijdse ongelijk in beroep, elk in de eigen beroepskosten, hier niet nuttig te bepalen;

Verwijst n.v. I.C. in de beroepskosten, in hoofde van s.p.a. B. op heden nuttig te bepalen op 3.000,00 EUR geïndexeerde basisrechtsplegingsvergoeding;

Aldus gewezen door de **ZESTIENDE KAMER**, van het hof van beroep te Gent, zetelend in burgerlijke zaken, samengesteld uit:

[...], kamervoorzitter,

[...], raadsheer,

[...], raadsheer,

en uitgesproken door de kamervoorzitter in openbare terechtzitting van **17 MAART 2017**, bijgestaan door de [...], griffier.