



Repertoriumnummer 2017 /
Datum van uitspraak 17 mei 2017
Rolnummer 2014/AR/868

Uitgifte

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

D Niet aan te bieden aan de
ontvanger

Hof van beroep Gent

Arrest

twaaalfde kamer

Aangeboden op
Niet te registreren

2014/AR/868 - In de zaak van:

K.G.M. GMBH, met maatschappelijke zetel te [adres], Duitsland,
appellante,

hebbende als raadsman meester [...], advocaat te [adres],

tegen:

V.D.C.E.Z. N.V., met maatschappelijke zetel te 9700 Oudenaarde, [adres], ingeschreven met
[KBO-nummer],
geïntimeerde,

hebbende als raadsman meester [...], advocaat te [adres],

wijst het hof het volgend arrest:

Bij verzoekschrift neergelegd ter griffie van het hof op 26 maart 2014 tekende K.G.M.GMBH (hierna K.G.M.genoemd) hoger beroep aan tegen het vonnis op tegenspraak gewezen door de rechtbank van koophandel te Oudenaarde op 4 maart 2014 in de zaak gekend onder A.R. 2013/1075 tussen haarzelf als verweerster en V.D.C.E.Z. NV (hierna V.D.C. genoemd) als eiseres.

De partijen werden gehoord in openbare terechtzitting van 25 januari 2017 en de neergelegde conclusies en stukken werden ingezien.

Artikel 24 van de wet van 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken werd in acht genomen.

Antecedenten

Feitelijke voorgaanden

Tussen partijen bestond een handelsrelatie waarbij K.G.M.op regelmatige tijdstippen vlees afnam vanwege D.C..

Voor deze leveringen heeft D.C. diverse facturen opgesteld.

Tussen partijen is met betrekking tot een aantal van deze facturen betwisting ontstaan, onder meer met betrekking tot de facturen met [nummer] en [nummer] voor leveringen van vlees voor Kroatië en Litouwen, de facturen [nummer] en [nummer] die betrekking hadden op opslagkosten in de magazijnen van D.C. en de facturen [nummer], [nummer] en [nummer] met betrekking tot de aankoop van varkensbuiken en aangerekende kosten voor opslag.

Ondanks diverse pogingen konden partijen geen regeling vinden voor hun geschilpunten zodat D.C. bij exploit betekend op 18 november 2013 overging tot dagvaarding van K.G.M..

Procedurele voorgaanden

D.C. vordert voor de eerste rechter in het kader van korte debatten K.G.M.te veroordelen haar een bedrag te betalen van € 172,913,60 uit hoofde van de aanvaarde facturen en voor het overige een conclusiekalender met pleitdatum te willen verlenen.

K.G.M.is van oordeel dat de rechtbank van Oudenaarde geen rechtsmacht heeft om kennis te nemen van het geschil en dat rekening houdend met de algemene voorwaarden zoals deze zich bevinden op haar orderbevestigingen uitsluitend de rechtbanken van koophandel te Hamburg rechtsmacht hebben om van het geschil kennis te nemen. Verder is zij van oordeel dat eveneens conform haar aankoopvoorwaarden het Duitse recht dient toegepast te worden. Zij zet uiteen dat de zaak niet vatbaar is voor korte debatten rekening houdend met de diverse geschilpunten die tussen partijen bestaan. Zij is van oordeel dat rekening houdend met de schade die zij heeft geleden wegens onder meer niet conforme leveringen en laattijdige leveringen door de fout van D.C. deze laatste dient veroordeeld te worden haar een vergoeding van € 50.000 te betalen.

D.C. is van oordeel dat er tussen partijen geen bevoegdheidsbeding werd overeengekomen rekening houdend onder meer met de tegenstrijdigheid zoals die blijkt uit de algemene voorwaarden op de orderbevestiging en de algemene voorwaarden op haar facturen en is van oordeel dat conform artikel 5 EEX-Verordening de Belgische rechtbanken rechtsmacht hebben. Verder wijst zij erop dat er 17 van de 23 facturen niet werden geprotesteerd, zodat deze vermoed worden te zijn aanvaard en de vordering met betrekking tot deze facturen derhalve gegrond voorkomt. Wat de tegeneis betreft is zij van oordeel dat zij akkoord was om 2 partijen vlees terug te nemen uit hoofde van commerciële overwegingen doch dat dit niet belet dat zij van oordeel is dat de levering wel degelijk conform was zodat zij niet kan gehouden zijn andere kosten te betalen.

De eerste rechter is van oordeel dat de Belgische rechtbanken wel degelijk rechtsmacht hebben bij gebrek aan overeenkomst waarbij beide partijen uitdrukkelijk een akkoord hebben betuigd om een bepaalde rechtbank bevoegd te verklaren. Hij is van oordeel dat conform artikel 5 EEX-Verordening de Belgische rechtbanken rechtsmacht hebben vermits de plaats waar de zaken volgens de overeenkomst geleverd werden of geleverd hadden moeten worden zich bevindt in België. De eerste rechter stelt verder vast dat uit de voorgelegde stukken blijkt dat er een niet betwist verschuldigd bedrag is van € 126.643,97 zodat K.G.M. gehouden is dit bedrag te betalen. Voor het overige wordt de zaak gesteld op de zitting van 21 oktober 2014.

K.G.M. kan zich niet verzoenen met dit vonnis en tekent hoger beroep aan.

De vorderingen in hoger beroep

K.G.M. vordert in hoger beroep het bestreden vonnis teniet te doen en opnieuw wijzend te zeggen voor recht dat de rechtbank van koophandel Gent, afdeling Oudenaarde territoriaal onbevoegd is en de zaak te verwijzen naar de rechtbank van koophandel te Hamburg, te zeggen voor recht dat het geschil beheerst wordt door het Duitse recht en te zeggen voor recht dat de eerste rechter ultra petita heeft geoordeeld zodat de voorlopige tenuitvoerlegging moet worden geschorst en de gekantonnerde gelden dienen te worden vrijgegeven in haar voordeel.

Verder vordert zij de oorspronkelijke vordering van D.C. af te wijzen als ongegrond, minstens de heer S. als getuige te horen en haar tegeneis ontvankelijk en gegrond te verklaren en dienvolgens D.C. te veroordelen haar een bedrag te betalen van € 104.029,07 meer de gerechtelijke rente vanaf 26 december 2013.

Ondergeschikt is zij van oordeel dat in de mate dat de hoofdvordering gedeeltelijk gegrond wordt verklaard er sprake is van gerechtelijke compensatie.

D.C. is van oordeel dat het vonnis van de rechtbank van koophandel te Oudenaarde dient bevestigd te worden en vordert rekening houdend met de verruimde devolutieve werking van het hof van beroep haar oorspronkelijke hoofdvordering ontvankelijk en integraal gegrond te verklaren en K.G.M. te veroordelen haar een bedrag te betalen van € 297.922,94 conform de dagvaarding meer de openstaande facturen bij uitbreiding namelijk voor de stockeringkosten in de periode oktober 2013 tot en met september 2015 samen voor een bijkomend bedrag van € 30.859,05 meer de gerechtelijke rente aan 8% vanaf de datum van dagvaarding tot de datum van volledige betaling en de tegenvordering af te wijzen als ongegrond.

Beoordeling

Voorafgaandelijk

Partijen hebben hun middelen en argumenten, zoals uiteengezet in hun besluiten voor de eerste rechter, in graad van hoger beroep grotendeels herhaald en verder uitgewerkt. Deze

zullen, in de mate dat zij dienstig zijn voor de beoordeling van het geschil, hierna ontmoet worden.

Er wordt geen betekeningsexploit voorgelegd. Geen enkele partij maakt gewag van de betekening van het bestreden vonnis. Het hoger beroep is bijgevolg tijdig ingesteld en is ook regelmatig naar vorm.

Middelen van onontvankelijkheid worden niet opgeworpen en het hof ziet geen redenen om dit ambtshalve te doen. Het hoger beroep ingesteld door K.G.M. is ontvankelijk.

De uitvoerbaarheid bij voorraad

K.G.M. verzoekt de uitvoerbaarheid bij voorraad te schorsen vermits het verzoek om het vonnis uitvoerbaar bij voorraad te verklaren niet door D.C. was gevorderd in haar syntheseconclusies.

Het hof is van oordeel dat deze vordering in deze stand van de procedure niet meer relevant is aangezien partijen de zaak volledig in staat hebben gesteld, er in deze zaak een eindarrest wordt uitgesproken en tegen een tegensprekelijk arrest, zoals in casu, geen verzet noch hoger beroep meer kan aangetekend worden en hiertegen enkel nog een voorziening in cassatie openstaat, die geen opschortende werking heeft (artikel 1397 Ger. W.).

De rechtsmacht

K.G.M. is van oordeel dat conform het bevoegdheidsbeding op haar bestelbonnen de rechtbanken te Hamburg rechtsmacht hebben om het geschil te beoordelen terwijl D.C. zich beroept op haar factuurvoorwaarden die voorzien dat het de rechtbanken te Oudenaarde toebehoort kennis te nemen van de geschillen tussen partijen.

1. De toepassing van de EEX Verordening

Vermits K.G.M. en D.C. hun zetel respectievelijk hebben in Duitsland en België, dient de rechtsmacht beoordeeld te worden aan de hand van de EEX Verordening 44/2001, die op dit geschil nog van toepassing is.

1.1. Een overeenkomst tussen partijen

1.1.1. De bepaling van art. 23.1 EEX Vo

Art. 23.1 EEX Vo bepaald dat "wanneer de partijen van wie er ten minste één woonplaats heeft op het grondgebied van een lidstaat, een gerecht of de gerechten van een lidstaat hebben aangewezen voor de kennisneming van geschillen die naar aanleiding van een bepaalde rechtsbetrekking zijn ontstaan of zullen ontstaan, dit gerecht of die gerechten van die lidstaat bevoegd zijn. Deze bevoegdheid is exclusief, tenzij de partijen anders zijn overeengekomen. Deze overeenkomst tot aanwijzing van een bevoegd gerecht wordt gesloten:

- *hetzij bij een schriftelijke overeenkomst of bij een schriftelijk bevestigde mondelinge overeenkomst;*
- *hetzij in een vorm die wordt toegelaten door de handelswijzen die tussen partijen gebruikelijk zijn geworden;*
- *hetzij, in de internationale handel, in een vorm die overeenstemt met een gewoonte waarvan de partijen op de hoogte zijn of hadden behoren te zijn en die in de internationale handel algemeen bekend is en door partijen bij dergelijke overeenkomsten in de betrokken handelsbranche doorgaans in acht wordt genomen".*

Het begrip 'overeenkomst' dient verdragsautonoom geïnterpreteerd te worden (H.v.J., 20 maart 1992, zaak 21/89, NJ, 1996, 279). De verwijzing van partijen naar de bepalingen van het Weens Koopverdrag teneinde na te gaan of de algemene voorwaarden in het contractuele veld zijn opgenomen; is derhalve niet relevant, nu de vraag of er een overeenstemming is omtrent een eventuele bevoegdheidsclausule die in deze algemene voorwaarden is opgenomen dient beoordeeld te worden aan de hand van de bepaling van artikel 23 EEX-Vo, en niet aan de hand van de bepalingen van het Weens Koopverdrag.

1.1.2. Het beding op het besteldocument van K.G.M.

K.G.M. verwijst naar de algemene voorwaarden zoals die voorkomen op haar besteldocument en waarin staat gestipuleerd dat in geval van betwisting de rechtbanken van Hamburg bevoegd zijn.

Dit document werd door D.C. niet ondertekend, terwijl uit geen enkel element blijkt dat het forumbeding dat zich op dit document bevindt geldt als de bevestiging van een mondelinge overeenkomst. K.G.M. kan zich derhalve niet beroepen op art. 23, 1,a) vermits zij geen bewijs voorlegt van een geschreven overeenkomst of een mondeling bevestigde overeenkomst.

Verder kan er evenmin gesteld worden dat er sprake is van een bevoegdheidsovereenkomst die wordt gesloten in een vorm die tussen partijen gebruikelijk is geworden. Art. 23,1,b) van de verordening houdt onder meer 'in dat partijen kunnen onderworpen zijn aan forumbedingen die voorkomen op hun algemene voorwaarden waaraan ook hun vroegere transacties waren onderworpen. Dit kan het geval zijn indien partijen geregeld geconfronteerd worden met dezelfde voorwaarden en alzo vermoed worden kennis te hebben gekregen van het forumbeding dat in deze algemene voorwaarden is vervat. In de mate dat zij hiertegen nooit hebben geprotesteerd worden zij verondersteld met het forumbeding te hebben ingestemd. Het moet daarbij gaan om vroegere transacties die niet het voorwerp uitmaken van geschil.

Rekening houdend met het feit dat D.C. naar aanleiding van de diverse handelstransacties in haar facturen steeds heeft verwezen naar haar algemene voorwaarden, waarin de rechtbanken van Oudenaarde worden aangewezen om kennis te nemen van het geschil, kan bezwaarlijk worden voorhouden dat zij verondersteld wordt te hebben ingestemd met het forumbeding dat zich bevindt op de bestelbon van K.G.M.. Uit de communicatie van

partijen blijkt dat zij elk van hun eigen algemene voorwaarden zijn uitgegaan zodat uit hun gedraging niet kan worden afgeleid dat één van beiden verondersteld worden stilzwijgend te hebben ingestemd met de voorwaarden van de ander partij.

K.G.M. kan zich dan ook niet beroepen op art. 23,1,b) EEX Vo.

Tot slot toont K.G.M. evenmin aan dat het opnemen van een bevoegdheidsbeding in een bestelbon een vorm is die overeenstemt met een gewoonte waarvan de partijen op de hoogte zijn of hadden behoren te zijn en die in de internationale handel algemeen bekend is en door partijen bij dergelijke overeenkomsten in hun handelsbranche doorgaans in acht wordt genomen.

Vermits K.G.M. niet aantoont dat er sprake is van een overeenkomst tussen partijen in de zin van art. 23,1) EEX Vo kan zij zich niet beroepen op het forumbeding dat voorkomt op haar bestelbon.

1.1.3. Het forumbeding op de facturen van D.C.

D.C. beroept zich op het forumbeding dat zich bevindt op de keerzijde van haar facturen en waarnaar op de voorzijde wordt verwezen.

Zij wijst er op dat er tussen partijen een langdurige handelsrelatie bestaat zodat zij er mocht van uitgaan dat er met betrekking tot het forumbeding dat zich bevindt op de keerzijde van haar facturen een overeenkomst tot stand was gekomen.

Het hof heeft hierboven geoordeeld dat er in dit geval geen toepassing kan gemaakt worden van art. 23,1,b) EEX Vo vermits beide partijen consequent de toepassing van hun eigen forumbeding naar voor hebben gebracht zonder dat uit enig element blijkt dat een der partijen zijn wilsovereenstemming met het forumbeding van de andere partij heeft betuigd. In die zin kan er geen sprake zijn van het feit dat het bevoegdheidsbeding dat opgenomen is in de algemene voorwaarden die zich bevinden op de keerzijde van de facturen kan worden beschouwd als een overeenkomst in een vorm die gebruikelijk is geworden tussen partijen.

Verder toont D.C. evenmin aan dat het opnemen van een bevoegdheidsbeding in de voorwaarden die zich bevinden op de factuur een vorm is die overeenstemt met een gewoonte waarvan de partijen op de hoogte zijn of hadden behoren te zijn en die in de internationale handel algemeen bekend is en door partijen bij dergelijke overeenkomsten in hun handelsbranche doorgaans in acht wordt genomen.

D.C. kan zich dan ook niet beroepen op het forumbeding dat zich bevindt op de keerzijde van haar facturen.

1.2. De toepassing van art. 5 EEX Vo.

D.C. beroept zich verder op art. 5,1 EEX Vo om de rechtsmacht van de Belgische rechtbanken te weerhouden.

Volgens art. 5.1.a) EEX-Vo "*kan een persoon die woonplaats heeft op het grondgebied van een lidstaat, ten aanzien van verbintenissen uit overeenkomst, opgeroepen worden voor het gerecht van de plaats waar de verbintenis die aan de eis ten grondslag ligt, is uitgevoerd of moet worden uitgevoerd.*"

Art. 5.1.b) EEX-Vo bepaalt: "*voor de toepassing van deze bepaling en tenzij anders is overeengekomen, is de plaats van uitvoering van de verbintenis die aan de eis ten grondslag ligt:*

-voor de koop en verkoop van roerende lichamelijke zaken, de plaats in de lidstaat waar de zaken volgens de overeenkomst geleverd werden of geleverd hadden moeten worden.

- voor de verstrekking van diensten, de plaats in een lidstaat waar de diensten volgens de overeenkomst verstrekt werden of verstrekt hadden moeten worden;"

Uit de voorgelegde facturen blijkt dat D.C. enerzijds verkopen van diepgevroren vlees, anderzijds het ter beschikking stellen van opslagruimte en kosten veearts aanrekent.

1.2.1. De aangerekende verkopen

In eerste instantie dient opgemerkt dat partijen akkoord zijn dat er tussen hen koopverkoopovereenkomsten zijn ontstaan, zodat de bepaling van art. 5,1 b) eerste streepje van toepassing is.

Dit houdt in dat de verbintenis die aan de eis ten grondslag ligt niet dient geïdentificeerd te worden, vermits de plaats van de levering bepaalt voor welke rechtbank de zaak kan gebracht worden.

Bij een verkoop op afstand of verzendingsverkoop, zoals in casu het geval is, moet de plaats waar de goederen volgens de overeenkomst werden geleverd of hadden moeten worden geleverd, op basis van de clausules van deze overeenkomst worden bepaald.

Om na te gaan of de plaats van levering is bepaald "*volgens de overeenkomst*", moet de aangezochte nationale rechter alle voorwaarden en alle relevante clausules van deze overeenkomst op basis waarvan deze plaats duidelijk kan worden aangewezen in beschouwing nemen. Dit omvat de voorwaarden en clausules die algemeen erkend en in de internationale handel gebruikelijk zijn, zoals de door de Internationale Kamer van Koophandel opgestelde Incoterms ('*international commercial terms*') in de in 2000 gepubliceerde versie, waarbij echter steeds dient nagegaan te worden of deze voorwaarden eveneens de plaats van levering van de koopwaar vastleggen en derhalve niet uitsluitend betrekking hebben op de risico-overdracht of de kostenregeling.

D.C. wijst erop dat de leveringen gebeurden "ex works", hetgeen inhoudt dat de verkoper de goederen levert door ze in zijn bedrijfspand (werkplaats, opslagruimte, loods, fabriek etc.) ter beschikking te stellen van de koper. Deze plaats is gelegen in België.

Het hof stelt vast dat K.G.M. geen enkele betwisting voert ten aanzien van dit argument terwijl uit de bestelbon blijkt dat zijzelf onder de leveringsvoorwaarden van elke bestelling (die voorwerp uitmaakt van dit geschil) 'ex works' heeft vermeld.

In die zin dient vastgesteld dat partijen het eens waren dat de leveringen in België zouden plaatsvinden, zodat de Belgische rechtbanken rechtsmacht hebben om kennis te nemen van de geschillen inzake de koopverkoop die tussen partijen zijn gesloten.

1.2.2. De aangerekende diensten

Wat de facturen betreft waarin diensten werden aangerekend, stelt het hof vast dat deze diensten (opslag goederen en diensten veearts) alle in België werden geleverd, zodat conform art. 5,1,b) tweede streepje ook voor deze overeenkomsten de Belgische rechtbanken rechtsmacht hebben.

Het toepasselijke recht

1.1. De rechtskeuze van partijen

De vraag naar het toepasselijke recht wordt bepaald aan de hand van de Verordening 593/2008 van 17 juni 2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (Rome I verordening).

Conform art. 3, 1 van deze verordening wordt een overeenkomst beheerst door het recht dat de partijen hebben gekozen. De rechtskeuze wordt uitdrukkelijk gedaan of blijkt duidelijk uit de bepalingen van de overeenkomst of de omstandigheden van het geval. Bij hun keuze kunnen de partijen het toepasselijke recht aanwijzen voor de overeenkomst in haar geheel of voor slechts een onderdeel daarvan.

Art. 3,5 stelt dat de kwestie of er overeenstemming tussen de partijen tot stand is gekomen over de keuze van het toepasselijke recht en of deze overeenstemming geldig is, wordt beheerst door de artikelen 10, 11 en 13.

In dit verband bepaalt art 10.: "*1. Het bestaan en de geldigheid van de overeenkomst of van een bepaling daarvan worden beheerst door het recht dat ingevolge deze verordening toepasselijk zou zijn, indien de overeenkomst of de bepaling geldig zou zijn.*

2. Niettemin kan een partij zich, voor het bewijs dat zij haar toestemming niet heeft verleend, beroepen op het recht van het land waar zij haar gewone verblijfplaats heeft, indien uit de omstandigheden blijkt dat het niet redelijk zou zijn de gevolgen van haar gedrag te bepalen overeenkomstig het in het lid 1 bedoelde recht."

Art 11,2 stelt dat "*een overeenkomst tussen personen die of personen wier vertegenwoordigers zich bij het sluiten van de overeenkomst in verschillende landen bevinden, naar de vorm geldig is indien zij voldoet aan de vormvereisten van het recht dat ingevolge deze verordening de overeenkomst zelve beheerst, of van het recht van het land waar een van de partijen of haar vertegenwoordiger zich op het moment van de sluiting bevindt, of van het recht van het land waar een van de partijen op dat moment haar gewone verblijfplaats heeft.*"

De vraag of er tussen partijen een overeenstemming tot stand is gekomen, dient derhalve beoordeeld te worden naar het Duitse recht.

In casu hebben partijen, die beiden handelaar zijn, koopverkoopovereenkomsten m.b.t. roerende zaken afgesloten. Dergelijke overeenkomsten zijn volgens het Duitse recht niet aan speciale vormvereisten onderworpen.

Verder kunnen conform het Duitse recht dergelijke overeenkomst bewezen worden door het stilzwijgen van de handelaar die vanwege zijn medecontractant een bevestiging heeft ontvangen van het ontstaan van de overeenkomst waarin onder meer uitdrukkelijk wordt verwezen naar algemene voorwaarden.

In dit geval heeft K.G.M. in haar bevestiging van de bestelling uitdrukkelijk verwezen dat op overeenkomst het Duitse recht van toepassing is.

D.C. heeft op geen enkele wijze, noch impliciet noch expliciet, tegenspraak gevoerd ten aanzien van deze voorwaarde. In dit verband dient opgemerkt dat de eerste rechter onterecht heeft gesteld dat in de algemene voorwaarden van D.C. de toepasselijkheid van het Belgische recht werd bedongen.

Door deze bestelling zonder tegenspraak uit te voeren is D.C. akkoord gegaan met de toepasselijkheid van het Duitse recht.

1.2. De draagwijdte van de rechtskeuze

Hierbij dient wel opgemerkt dat voormelde verordening niet van toepassing is op het bewijs en de rechtspleging, behoudens artikel 18 van de verordening dat inzake bewijs stelt "*1. Het recht dat ingevolge deze verordening de verbintenissen uit overeenkomst beheerst, is van toepassing voor zover het ter zake van verbintenissen uit overeenkomst wettelijke vermoedens vestigt of de bewijslast regelt. 2. Rechtshandelingen kunnen worden bewezen door elk middel dat is toegelaten door het recht van de rechter of door een van de in artikel 11 bedoelde rechtsstelsels volgens hetwelk de rechtshandeling wat haar vorm betreft geldig is, voor zover het bewijs op deze wijze kan worden geleverd voor de rechter bij wie de zaak aanhangig is*".

Behoudens hetgeen voorafgaat wordt de rechtspleging en het bewijs geregeld door de lex fori (het recht van de plaats van de rechter), zodat in de mate dat K.G.M. voorhoudt dat de eerste rechter conform art. 735 Ger.W. geen provisioneel vonnis had kunnen toekennen vermits dergelijk procedure in korte debatten niet gekend is in het Duitse recht, haar grief niet kan weerhouden worden.

De voorlegging van briefwisseling tussen advocaten

K.G.M. houdt voor dat de aanduiding van het toepasselijke recht belangrijke implicaties heeft in verband met de vertrouwelijkheid van de briefwisseling. Zij verwijst hiervoor naar art. 5.3. van het reglement tot toepassing van de gedragscode voor Europese advocaten (goedgekeurd door de CCBE, hetgeen staat voor Council of Bars and Law Societies of Europe).

Voormeld artikel bepaalt onder 5.3.1. dat de advocaat, die aan een advocaat van een andere Lidstaat me edelingen wenst te doen, die hij als "vertrouwelijk" of als "without prejudice" (zonder nadeel) beschouwd wil zien, dit voornemen duidelijk kenbaar dient te maken vóór het

verzenden van de eerste van deze mededelingen. Onder 5.3.2. wordt uiteengezet dat indien de toekomstige geadresseerde aan deze mededelingen geen "vertrouwelijk" of "without prejudice" (zonder nadeel) karakter kan verlenen, hij de afzender daarover onverwijld dient te informeren.

Het hof stelt vast dat voormeld art. 5.3. zowel van toepassing is op Belgische als Duitse advocaten, zodat K.G.M. op geen enkele wijze aantoonde in welke mate de bepaling van de rechtskeuze van belang is in het kader van de toepassing van voormeld artikel en het voor haar perfect mogelijk was om uit te maken welke briefwisseling zij al dan niet aan het hof kon voorleggen. Het hoorde K.G.M. dan ook toe om het in het kader van de instaatstelling van het dossier de volgens haar relevante stukken naar voor te brengen.

Volledigheidshalve merkt het hof op dat K.G.M. wel degelijk briefwisseling tussen advocaten in haar dossier opneemt en op geen enkele wijze aanduidt welke relevante stukken zij desgevallend nog niet zou hebben voorgelegd. In die omstandigheden kan op haar voorbehoud om nader te concluderen in het licht van voormeld artikel niet worden ingegaan.

De grond van de zaak

1. De hoofdeis

1.1. De vordering wat betreft de facturen met nrs. 000.850. 000.854. 000.923. 000.885. 000.935. 000.953, 001.038. 001.092. 001.112. 001.118

1.1.1. De hoofdsom van de facturen

In deze facturen wordt de verkoop van vlees aangerekend. Het betreft de facturen :

000.850 van 14 mei 2013 t.b.v. € 13.688,65
000.854 van 22 mei 2013 t.b.v. € 22.454,20
000.923 van 31 mei 2013 t.b.v. € 46.589,69
000.885 van 04 juni 2013 t.b.v. € 41.920,20
000.935 van 04 juni 2013 t.b.v. € 23.444,10
000.953 van 19 juni 2013 t.b.v. € 43.652,70
001.038 van 24 juni 2013 t.b.v. € 9.592,00
001.092 van 04 juli 2013 t.b.v. € 21.456,80
001.112 van 15 juli 2013 t.b.v. € 12.633,67
001.118 van 16 juli 2013 t.b.v. € 2.719,70

Deze facturen werden door K.G.M. op geen enkele wijze geprotesteerd zodat deze facturen conform art.25 Wb. Kh. het bewijs inhouden van de overeenkomst tussen partijen.

Het hof stelt verder vast dat K.G.M. geen enkel verweer aanbrengt ten aanzien van deze vordering.

De vordering komt dan ook tot beloop van de hoofdsommen van deze facturen gegrond voor.

1.1.2. Het schadebeding en de gevorderde rente

K.G.M. voert geen enkel verweer ten aanzien van het schadebeding en de gevorderde rente, terwijl uit de voorgelegde stukken blijkt dat deze voorwaarden zich bevinden op de keerzijde van de facturen van D.C. en deze voorwaarden bij gebrek aan protest van de facturen geacht worden de overeenkomst tussen partijen te weerspiegelen.

D.C. kan dan ook aanspraak maken op de herleide conventionele schadevergoeding tot beloop van 10 % van de factuurbedragen en de conventionele rente tot beloop van 1,5 % per jaar die door haar vrijwillig wordt herleid tot de rentevoet van 8 %, zijnde de rentevoet zoals op datum van de inleiding bepaald door de wet van 2 augustus 2002 op de bestrijding van de betalingsachterstand bij handelstransacties vanaf de vervaldatum van de facturen.

1.2. De facturen voor de kosten van opslag

Uit de voorgelegde stukken blijkt dat D.C. vanaf eind maart 2013 facturen opstuurt naar K.G.M. waarbij zij kosten aanrekent voor de stockage van goederen.

Bij brief van 20 juni 2013 heeft K.G.M. de facturen met nrs. 000.545 van 29 maart 2013, 000.719 van 30 april 2013 en 000.893 van 31 mei 2013 geprotesteerd. In deze brief heeft zij duidelijk gesteld dat er tussen partijen geen overeenkomst bestond met betrekking tot opslagkosten. Verder heeft zij bij brief van 10 juli 2013 gesteld dat zij zoals in het verleden reeds gesteld nimmer de factuur 1984 (bedoeld wordt 1041) van 30 juni 2013 voor de opslag van goederen zal aanvaarden. Tot slot heeft zij ook de factuur met nr. 1878 van 31 oktober 2013 bij brief van 5 december W13 uitdrukkelijk geprotesteerd wegens een gebrek aan overeenkomst omtrent deze kosten.

D.C. is van oordeel dat het protest ten aanzien van de facturen met nrs. 000.545 en 000.719 laattijdig is terwijl het protest ten aanzien van de factuur met nrs. 000.893 ongegrond is. Verder is zij van oordeel dat het protest ten aanzien van de andere facturen ongegrond is.

Overeenkomstig art. 25 Wb Kh kan de koop - verkoop bewezen worden aan de hand van een niet geprotesteerde factuur. Rekening houdend met het feit dat volgens dit artikel in handelszaken het bewijs eveneens kan verschaft worden door getuigen (en vermoedens), wordt aanvaard dat voor andere handelsverrichtingen zoals aanneming de aanvaarde factuur eveneens kan gelden als een feitelijk vermoeden waarin het bewijs kan gevonden worden dat de schuldenaar zijn akkoord heeft gegeven met de in de factuur vermelde verbintenis. (Cass., 27 januari 2000, Arr. Cass. 2000, afl. 2, 2). Als feitelijk vermoeden is dit vatbaar voor tegenbewijs.

Uit de uiteenzetting van D.C. blijkt dat zij akkoord was dat er tussen partijen aanvankelijk een akkoord bestond waarbij zij € 0,06 per kg zou ontvangen voor de prefinanciering en behandelingskosten (stapelen, invriezen) en dat dit bedrag later in onderling akkoord werd opgetrokken naar € 0,09 per kg (waarvan € 0,02 voor de prefinancieringskost en € 0,07 voor de behandelingskosten en het invriezen).

Uit de verklaring van de tussenpersoon, dhr. S., van 13 oktober 2014 blijkt dat deze eveneens stelt dat er een prijs van € 0,06 en later € 0,09 per kg was overeengekomen te regelen via de verkoopprijs doch hij stelt dat dit was voor alle kosten en diensten, waaronder opslag, invriezen, behandeling en financiering.

Alhoewel D.C. akkoord is dat er voorafgaandelijk prijsafspraken werden gemaakt nopens een aantal kosten, houdt zij op geen enkele wijze voor dat er voorafgaandelijk eveneens afspraken werden gemaakt nopens de opslagkosten.

Verder blijkt uit de briefwisseling dat de samenwerking tussen partijen reeds bestond sedert 2011 en via dhr. S. sedert 2012 en er voor april 2013 nimmer dergelijke kosten werden aangerekend.

Verder stelt het hof vast dat bij de factuur van 29 maart 2013 geen enkel detail was gevoegd en er uitsluitend de vermelding "kosten voor opslag" in de Engelse taal staat op vermeld, zodat het aannemelijk voorkomt dat K.G.M. zich via dhr. S. heeft geïnformeerd nopens de aard van deze kosten. Dit klemmt des te meer nu uit de overzichten die bij de andere facturen zijn gevoegd blijkt dat de aangerekende kosten voor een aanzienlijk deel bestaan uit kosten van invriezen en stapelen, die zoals hierboven blijkt begrepen waren in de prijs van 0,06 of 0,09 per kg die werd betaald via de verkoopprijs.

Los van de vraag of er sprake is van een laattijdig protest van de eerste twee facturen, is het hof van oordeel dat uit voormelde elementen blijkt dat K.G.M. op afdoende wijze aantoonde dat er omtrent deze opslagkosten nimmer enige overeenkomst tussen partijen tot stand is gekomen en op die wijze het tegenbewijs levert van het vermoeden dat wat deze facturen betreft desgevallend voortvloeit uit art. 25 Wb Kh, terwijl zij naderhand duidelijk heeft geprotesteerd ten aanzien van de verdere facturatie van de deze kosten, zodat D.C. geen aanspraak kan maken op enige vergoeding hiervoor.

Deze vordering tot het bekomen van een vergoeding voor de opslag komt derhalve ongegrond voor.

1.3. De facturen met nrs. 980 en 1007

Deze facturen hebben betrekking op de leveringen van varkensbuiken in respectievelijk de periode 5 juni tot 12 juni 2013 voor een bedrag van € 47.654 en in week 25 voor een bedrag van € 25.549,58. Volgens de facturen betreft het overeenkomsten die via dhr. S. tot stand zouden zijn gekomen.

Deze facturen werden door K.G.M. geprotesteerd bij brief van 10 juli 2013 en er werd verzocht om info te bezorgen dat deze goederen door haar werden overgenomen ("that we took these goods over"). Zij stelt immers dat zij deze goederen nimmer heeft besteld.

Rekening houdend met het protest van de facturen, zijn deze niet dienstig om het bewijs te leveren van een koopverkoop tussen partijen zodat het D.C. toekomt aan de hand van andere elementen het bewijs te leveren van het bestaan van de overeenkomst.

D.C. stelt dat het gebruikelijk was dat K.G.M. buiken aankocht bij Jademo waarbij de goederen werden gefactureerd aan haar en dat wanneer K.G.M. een afnemer had gevonden de goederen terug werden verkocht aan K.G.M. vermeerderd met de behandelingskosten. Zij verwijst hierbij naar haar stukken alle genummerd 44 die in hoofdzaak briefwisseling bevatten tussen haarzelf en J..

Uit geen enkele van de voorgelegde stukken blijkt echter dat K.G.M. de buiken waarop deze briefwisseling betrekking heeft, heeft aangekocht terwijl evenmin uit enig element blijkt dat deze goederen aan K.G.M. werden geleverd. Zo brengt D.C. geen enkele bestelbon naar voor (daar waar voor quasi alle leveringen bestelbonnen worden voorgebracht in het dossier van K.G.M.), noch vervoersdocumenten of leveringsbonnen.

Bovendien blijken volgens de uiteenzetting van Jademo de leveringen betrekking te hebben op 19.441 kg buiken 1 en 2.502 kg buiken 2, daar waar de facturen die door D.C. werden opgesteld betrekking hebben op 24.660 kg + 12.972 kg buiken (zonder specificatie of dit buiken 1 of 2 betreft)

Vermits uit geen enkele van de voorgebrachte stukken blijkt dat K.G.M. enige verbintenis op haar heeft genomen, kan uit de voorgelegde stukken niet het bewijs gehaald worden van enige betalingsverbintenis in hoofde van K.G.M..

D.C. stelt dat het protest in elk geval onterecht voorkomt vermits K.G.M. in het kader van de onderhandelingen tussen partijen te kennen heeft gegeven deze facturen te willen betalen. Zij verwijst hiervoor naar een mail van 26 augustus 2013 van K.G.M.. Deze mail van 26 augustus 2013 is een bevestiging van een voorstel tot overeenkomst dat via dhr. S. tot stand zou zijn gekomen en waarbij K.G.M. akkoord is om de openstaande facturen (waarin voormelde facturen zijn inbegrepen) te voldoen indien aan een aantal voorwaarden is voldaan.

Uit de voorgelegde stukken blijkt dat dit voorstel tot regeling door D.C. niet werd aanvaard, zodat D.C. zich niet op deze overeenkomst kan beroepen om betaling te verkrijgen, terwijl voormeld stuk evenmin als een bekentenis kan worden aangezien vermits uit het voorstel in zijn geheel beschouwd niet kan worden afgeleid dat K.G.M. onvoorwaardelijk akkoord was om deze facturen te voldoen.

1.4. De kosten voor de dierenarts

D.C. vordert betaling van de factuur met nr. 000.927, 001.077 en 001.241 tot beloop van € 220,95, € 397,67 en € 368,25 voor de kosten van dierenarts.

K.G.M. heeft voormelde facturen nimmer geprotesteerd en brengt geen enkel verweer aan ten aanzien van deze facturen.

De door D.C. voorgelegde facturen bewijzen dan ook op afdoende wijze de betalingsverbintenis in hoofde van K.G.M., zodat de vordering wat de e facturen betreft gegrond voorkomt.

2. De tegeneis

2.1. De overeenkomst voor leveringen aan Litouwen en Kroatië

K.G.M. stelt dat zij schade heeft geleden door de niet conforme leveringen van vlees aan klanten van haar in Kroatië en Litouwen. Zij houdt voor dat in deze leveringen een te hoog percentage aan vet voorkwam en legt ter staving een verslag voor van een expert die door haar werd aangesteld om de goederen in Kroatië te onderzoeken.

D.C. ontkent dat er sprake is van een niet conforme levering en stelt dat zij uitsluitend om commerciële redenen het varkensvlees heeft teruggenomen en niet verantwoordelijk kan worden gesteld voor het feit dat het vlees blijkaar niet voldeed aan de wensen van de eindklant van K.G.M..

In tegenstelling tot wat K.G.M. voorhoudt blijkt uit geen enkel stuk dat D.C. heeft erkend dat het vlees niet conform was. Integendeel zij heeft bij mail van 7 maart 2013 duidelijk gesteld dat de geleverde goederen conform waren aan hetgeen was besteld. Uit geen enkel stuk blijkt dat zij hierop is teruggekomen terwijl uit haar verklaring, dienstig voor de douaneformaliteiten, dat zij bereid is de goederen terug te nemen niet kan worden afgeleid dat zij akkoord gaat met het feit dat de levering niet conform zou zijn.

Indien K.G.M. van oordeel is dat zij conform art. 437 BGB recht heeft op schadevergoeding wegens niet conforme levering, hoort het haar in eerste instantie toe om het bewijs te leveren van het feit dat er sprake is van een niet conforme levering.

Het hof stelt vast dat wat de levering aan Litouwen betreft K.G.M. geen enkel objectief bewijselement naar voor brengt dat de levering van D.C. niet conform was. In elk geval houdt de verklaring van de eindklant dat de goederen niet conform waren niet op afdoende wijze het bewijs hiervan in.

Wat de levering aan Kroatië betreft, legt K.G.M. een niet ondertekend verslag voor van een eenzijdig door haar aangesteld expert dat de goederen niet conform waren. Uit geen enkel element blijkt dat D.C. op deze expertise die volgens de expert zou zijn doorgegaan op 13 maart 2013 werd uitgenodigd, ondanks het feit dat zij reeds op 7 maart 2013 elke aansprakelijkheid heeft ontkend en uit geen enkel element blijkt dat zij hierop ooit is teruggekomen. Verder blijkt dat de ontdooide delen waarop het onderzoek plaatsvond door de koper reeds twee dagen voordien apart werden gelegd ter ontdooiing (en dit blijkaar zonder bijstand van de deskundige). Tot slot blijkt uit het verslag dat de deskundige stelt dat zijn rapport uitsluitend de geïnspecteerde goederen beschrijft op de plaats en tijd van de inspectie.

Het hof is van oordeel dat rekening houdend met de voormelde inhoud van het deskundigenverslag en bij gebrek aan elk tegensprekelijk karakter van het onderzoek, dit verslag niet op afdoende wijze het bewijs levert van de niet conforme levering, terwijl geen andere elementen worden voorgebracht die van aard zijn dit bewijs te leveren.

Bij gebrek aan bewijs van de niet conforme levering, komt de vordering van K.G.M. ongegrond voor.

2.2. Schade wegens niet leveren goederen / wegens overeenkomst met Panamaricarne

2.2.1. Niet leveren van aangekochte goederen

K.G.M. houdt voor dat zij schade heeft geleden ten gevolge van het feit dat zij door haar aangekochte goederen niet kon doorverkopen vermits deze goederen door D.C. werden achtergehouden.

D.C. stelt dat zij deze goederen niet kon uitleveren vermits zij nog niet waren gefactureerd. Het hof stelt vast dat uit de voorgelegde stukken blijkt dat de goederen door D.C. werden gefactureerd op het ogenblik dat K.G.M. een bestelling plaatste van vlees.

Uit geen enkel element blijkt dat K.G.M. op enige wijze de in haar conclusies opgesomde goederen heeft besteld of afgeroepen, zodat zij bezwaarlijk kan voorhouden dat zij schade heeft geleden door het feit dat deze goederen niet werden uitgeleverd.

De vordering is dan ook ongegrond.

2.2.2. Overeenkomst met Panamaricarne

Indien K.G.M. voorhoudt dat zij schade heeft geleden doordat zij omwille van een fout van D.C. een levering van 10.000 kg vlees niet kon verrichten aan de klant P., hoort het haar toe hiervan het bewijs te leveren. Zij stelt dat zij dit vlees zou hebben aangekocht aan B. die dit vlees zou hebben opgeslagen bij D.C. die zou geweigerd hebben het te laden.

D.C. stelt terecht dat K.G.M. aan de hand van de door haar voorgebrachte stukken op geen enkele wijze bewijst dat zij ten gevolge van een fout van D.C. een levering van 10.000 kg niet zou hebben kunnen verrichten.

Zo blijkt uit geen enkel element dat de aankoop van vlees bij B. dienstig was om doorverkocht te worden aan haar klant P.. Uit geen enkel stuk blijkt dat B. in gebreke werd gesteld om dit vlees te leveren aan K.G.M. teneinde haar toe te laten te leveren aan P.. Overigens blijkt evenmin uit enig stuk dat D.C. door enige partij in gebreke werd gesteld om deze goederen te leveren. Enige fout in hoofde van D.C. komt dan ook niet bewezen voor.

De vordering komt dan ook ongegrond voor.

2.3. Voorbehoud om nader te concluderen

K.G.M. stelt in haar dispositief dat haar voorbehoud dient verleend te worden om nader te concluderen omtrent het Duitse recht.

Vooreerst dient opgemerkt dat K.G.M.in haar conclusies wel degelijk standpunt heeft ingenomen naar het Duitse recht, terwijl zij op geen enkele wijze aantoon op grond waarvan haar nog het recht zou moeten verleend om verder te concluderen. K.G.M. heeft op afdoende wijze de mogelijkheid gekregen haar rechten uit te oefenen of verweer te voeren, zodat niet kan ingegaan worden op de vraag tot voorbehoud.

De gerechtskosten

Rekening houdend met het feit dat de vordering van D.C. deels gegrond voorkomt dient K.G.M. veroordeeld te worden tot de kosten van dagvaarding en rekening houdend met de mate van het wederzijds gelijk en ongelijk tot 2/3de van de rechtsplegingsvergoeding en D.C. tot 1/3de van de rechtsplegingsvergoeding in eerste aanleg.

Rekening houdend met het feit dat het hoger beroep ongegrond voorkomt dient K.G.M.de kosten van het rolrecht hoger beroep zelf te dragen en rekening houdend met de mate van het wederzijds gelijk en ongelijk dient K.G.M. veroordeeld te worden tot 2/3de van de rechtsplegingsvergoeding en D.C. tot 1/3de van de rechtsplegingsvergoeding in hoger beroep.

OM DIE REDENEN,

het hof,

recht doende op tegenspraak,

Verklaart het hoger beroep ontvankelijk doch ongegrond,

Verklaart het incidenteel beroep ontvankelijk en gegrond, dienvolgens bevestigt het bestreden vonnis waar het verklaart rechtsmacht te hebben om de zaak te beoordelen en het een provisie heeft toegekend van € 126.643,97, vernietigt het bestreden vonnis voor het overige en toepassing maken van art. 1068 Ger.W"

Verklaart de vordering van V.D.C.E.Z. NV ontvankelijk en gedeeltelijk gegrond, dienvolgens veroordeelt K.G.M. GmbH om aan V.D.C.E.Z. NV een bedrag te betalen van € 239.138,58 meer de verwijlrente aan de herleide conventionele rentevoet van 8

% op€ 13.688,65, vanaf 13 juni 2013, op € 22.454,20 vanaf 21 juni 2013, op€ 46.589,69 vanaf 30 juni 2013, op € 41.920,20 vanaf 4 juli 2013, op € 23.444,10 vanaf 4 juli 2013, op € 220,95 vanaf 12 juli 2013, op€ 43.652,70 vanaf 19 juli 2013, op€ 9.592,00 vanaf 24 juli 2013, op€ 397,67 vanaf 30 juli 2013, op € 21.456,80 vanaf 3 augustus 2013, op € 12.63,67 vanaf 14 augustus 2013, op€ 2.719,70 vanaf 15 augustus 2013 en op€ 368,25 vanaf 7 september 2013, onder aftrek van de hierboven vermelde provisie van € 126.643,97 en om een bedrag te betalen van € 23.913,86 uit hoofde van schadevergoeding meer de gerechtelijke rente vanaf dagvaarding aan de wettelijke rentevoet.

Wijst de vordering en de uitbreiding van vordering van V.D.C.E.Z. NV voor het overige af als ongegrond.

Verklaart de tegenvordering van K.G.M. Gmbh ontvankelijk doch wijst ze af als ongegrond.

Veroordeelt K.G.M. Gmbh tot de kosten van dagvaarding in hoofde van V.D.C.E.Z. NV begroot op € 819,04 en tot 2/3de van de rechtsplegingsvergoeding eerste aanleg begroot op € 7.700 en V.D.C.E.Z. NV tot 1/3de van de rechtsplegingsvergoeding eerste aanleg in hoofde van K.G.M. Gmbh begroot op € 7.700.

Veroordeelt K.G.M. Gmbh tot de kosten van het rolrecht in hoger beroep in haar hoofde niet te begroten vermits zij te haren laste blijft en tot 2/3de van de rechtsplegingsvergoeding hoger beroep in hoofde van D.C. begroot op € 7.700 en V.D.C.E.Z. NV tot 1/3de van de rechtsplegingsvergoeding hoger beroep in hoofde van K.G.M. Gmbh begroot op € 7.700.

Onverminderd de toepassing van artikel 1024 van het gerechtelijk wetboek;

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

- [...],	kamervoorzitter,
- [...],	raadsheer,
- [...],	raadsheer,

bijgestaan door:

- [...],	griffier,
----------	-----------

en uitgesproken door de kamervoorzitter van de twaaalfde kamer in openbare terechtzitting, van **17 mei 2017**.

