



Repertoriumnummer 2017 /
Datum van uitspraak 28juni2017
Rolnummer 2014/AR/565

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 03 JULI 2017
Niet te registreren

-----c_ac<m_-----

2014/AR/565- In de zaak van:

D.P.C. B.V.B.A., met maatschappelijke zetel te 9620 ZOTTEGEM, [adres],
ingeschreven met [KBO-nummer],
appellante,

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

tegen:

1. **R.M. B.V.**, met maatschappelijke zetel te NEDERLAND, [ades], ingeschreven bij de K.v.K met [nummer],
geïntimeerde,

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

2. **M.M. BV**, met vennootschapszetel te NEDERLAND, [adres], ingeschreven bij de Kamer van Koophandel onder het nummer [...], woonstkeuze doende ten kantore van haar raadsman Mr. [...], advocaat te [adres],
vrijwillig tussenkomende partij,

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

wijst het hof het volgend arrest:

Het Hof nam kennis van de op 12 februari 2013 en op 26 november 2013 door de rechtbank van koophandel te Oudenaarde verleende vonnissen.

Met het op 27 februari 2014 ter griffie neergelegd verzoekschrift heeft de BVBA D.P.C.(hierna 'D.P.' genoemd) hoger beroep ingesteld tegen het voornoemde vonnis van 26 november 2013. Zij richtte dit hoger beroep tegen de BV R.M. (hierna 'R.' genoemd).

Op 17 april 2014 heeft de BV M.M. (hierna 'M.' genoemd) een verzoekschrift tot vrijwillige tussenkomst neergelegd ter griffie.

De partijen werden gehoord in openbare terechtzitting 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.

1. Antecedenten en vorderingen

1.

R. is handelaar in landbouwvoertuigen. Op 2 december 2008 kocht zij het landbouwvoertuig tractor Claas Ares 836RZ (Renault 735RZ) van het bouwjaar 2002 en met serienummer 4430494 (hierna 'de tractor' genoemd) voor een , bedrag van 25.000,00 euro exclusief BTW van M. . De tractor werd haar met de factuur met nummer 051380/001 van 3 februari 2009 gefactureerd en werd aan haar geleverd.

D.P.kocht de tractor van R. na eerdere bezichtiging van de tractor op het erf van een klant van Mari nberg. De tractor werd door R. aan D.P.gefactureerd met haar factuur met nummer 6590 van 5 februari 2009. Ze werd in opdracht van R. bij D.P.geleverd op 10 februari 2009 door het Internationaal Transportbedrijf POSTMA. Naar luid van D.P.werd de tractor voor het eerst in gebruik genomen op 22 maart 2009 op een veld te Zwalm om voor het eerst dit jaar een akker te kalken. D.P.stelt dat de tractor precies voor dergelijke handelingen werd aangekocht. De tractor kon volgens D.P.niet eerder gebruikt worden omdat het gelijkvormigheidsattest ontbrak en de inschrijving niet kon worden voltooid.

D.P.stelt dat de tractor bij dit eerste gebruik op 22 maart 2009 in brand is geschoten en dat de cabine daardoor volledig is uitgebrand.

2.

Met het op 7 april 2009 betekend exploit dagvaardde D.P., R. in kortgeding voor de voorzitter van de rechtbank van koophandel te Oudenaarde, teneinde een deskundige te horen aanstellen. R. dagvaardde M. bij op 15 mei 2009 betekend exploit in tussenkomst en vrijwaring. Bij beschikking van 18 juni 2009 werd Ir. D.C. als deskundige aangesteld met de in deze beschikking bepaalde opdracht. Op 26 november 2010 legde de deskundige zijn eindverslag neer ter griffie.

3.1

Met het exploit van 15 april 2011 heeft D.P. R. gedagvaard voor de rechtbank van koophandel te Oudenaarde.

M. is in de procedure voor de eerste rechter tussengekomen met het op 8 juni 2011 neergelegd verzoekschrift.

3.2.1

D.P.vorderde R. te veroordelen tot terugbetaling een bedrag van 30.000,00 euro, zijnde de aankoopprijs van de tractor, vermeerderd met de wettelijke intresten vanaf 2 februari 2009, zijnde de datum van de aankoop. Zij vorderde tevens R. te veroordelen tot het betalen van een bedrag van 525,00 euro, overeenstemmend met een vergoeding voor de mutatieduur, vermeerderd met de wettelijke intresten vanaf 22 maart 2009 en tot het betalen van een bedrag van 80,00 euro, zijnde de kosten voor het bekomen van het gelijkvormigheidsattest, vermeerderd met de wettelijke intresten vanaf 23 april 2009, zijnde de vervaldatum van de factuur.

Ze vorderde R. te verwijzen in de aan haar zijde begrote kosten van het geding. 3.2.2 R. besloot tot 'de onbevoegdheid' van de rechtbank en ondergeschikt tot de ongegrondheid van de tegen haar gestelde vordering en tot de verwijzing van D.P.in de aan haar zijde begrote kosten van het geding.

Verder subsidiair en op tusseneis vorderde zij haar vordering tegen M. ontvankelijk en gegrond te verklaren en M. te veroordelen om haar te vrijwaren voor alle sommen waartoe zij in het kader van deze procedure zou worden veroordeeld.

3.2.3

M. besloot tot 'de onbevoegdheid' van de rechtbank. Subsidiair vorderde zij de vordering van D.P.af te wijzen als onontvankelijk, minstens <Ongegrond, en uiterst subsidiair vorderde zij de tegen haar door R. ingestelde vordering in

vrijwaring af te wijzen als onontvankelijk, minstens ongegrond.

Ze vorderde D.P.en R. te verwijzen in de aan haar zijde begrote kosten van het geding.

4.1

Met het op 12 februari 2013 verleend tussenvonnissen werd de opgeworpen exceptie van gebrek aan rechtsmacht, die door R. en M. werd benoemd als een exceptie van onbevoegdheid, afgewezen en zegde de rechtbank voor recht dat zij bevoegd was om kennis te nemen van het geschil.

Met hetzelfde vonnis werden de debatten heropend, teneinde partijen toe te laten standpunt in te nemen omtrent het toepasselijk recht.

4.2

In de consideransen van het vonnis van 26 november 2013 was de rechtbank van oordeel dat het Weens Koopverdrag van toepassing is in de relatie tussen D.P.en R. en dat in de relatie tussen R. en M. het Nederlands recht, zoals bepaald in de zogenaamde 'Com-Voorwaarden', van toepassing is.

In het dictum van dit vonnis werd de hoofdvordering van D.P. tegen R. afgewezen als ongegrond en werd de vrijwaringsvordering van R. tegen M. zonder voorwerp verklaard.

D.P. werd veroordeeld tot betaling van de gerechtskosten in de procedure kortgeding en ten gronde met betrekking tot de hoofdvordering van haarzelf tegen R. en deze kosten werden aan de zijde van R. begroot op de som van 2.200,00 euro uit hoofde van rechtsplegingsvergoeding.

R. werd veroordeeld tot betaling van de gerechtskosten in de procedure kortgeding en ten gronde met betrekking tot de vordering in vrijwaring van haarzelf tegen M. en deze kosten werden aan de zijde van M. begroot op de som van 2.200,00 euro, uit hoofde van rechtsplegingsvergoeding.

5.

Er worden geen akten van betekening van de voornoemde vonnissen voorgelegd. Zonder daarin te worden tegengesproken stelt R. evenwel dat het vonnis van 26 november 2013:

- op 28 januari 2014 door haar werd betekend aan D.P.;
- op 21 maart 2014 door M. aan haar werd betekend.

6.1

Met haar op 27 februari 2014 neergelegd verzoekschrift heeft D.P. hoger beroep ingesteld tegen het vonnis van 26 november 2013. Ze richtte dit hoger beroep uitsluitend tegen R. en verzocht enkel R. op te roepen.

In het dictum van dit verzoekschrift vordert zij het vonnis van 26 november 2013 teniet te doen en, opnieuw oordelende, haar oorspronkelijke voor de eerste rechter geformuleerde vordering gegrond te verklaren en R. te verwijzen in de aan haar zijde begrote kosten van het geding in de procedure kortgedingen in de procedure ten gronde in beide aanleggen.

6.2

Op 17 april 2014 legde M. een verzoekschrift tot vrijwillige tussenkomst neer ter griffie.

Met dit verzoekschrift vorderde zij akte te verlenen van haar vrijwillige tussenkomst en te akteren dat deze tussenkomst onder voorbehoud van alle rechten en zonder enige nadelige erkenning gebeurt.

6.3

Met haar op 30 september 2014 ter griffie neergelegde conclusie verklaart R. incidenteel beroep in te stellen tegen het vonnis van 12 februari 2013 en tegen het vonnis van 26 november 2013.

In het dictum van deze conclusie vordert zij:

*"Geïntimeerde akte te verlenen van haar incidenteel hoger beroep.
Het incidenteel hoger beroep ontvankelijk en gegrond te verklaren.
Dienvolgens zich onbevoegd te verklaren.
Subsidiar, de vordering van appellant onontvankelijk, minstens ongegrond te verklaren.
Meer subsidiair geïntimeerde in tussenkomst te veroordelen tot vrijwaring van geïntimeerde.
Appellant en/of geïntimeerde in tussenkomst te veroordelen tot de kosten van het geding miv de kortgedingprocedure:
(...)"*

6.4

In het dictum van haar op 2 februari 2015 neergelegde conclusie vordert M.:

"Hoger beroep van appellante te horen afwijzen als zijnde ontvankelijk, doch ongegrond.

Het incidenteel hoger beroep van geïntimeerde ontvankelijk doch slechts gedeelte/ijk gegrond te horen verklaren.

Het incidenteel hoger beroep van conc/uante ontvankelijk en gegrond te horen verklaren.

Dienvolgens de oorspronkelijke vordering van concludante ontvankelijk en gegrond te horen verklaren.

In hoofdde te horen zeggen voor recht dat de geadieerde rechter onbevoegd is om kennis te nemen van huidig geschil.

Met betrekking tot het toepasselijk recht en de eventuele toepassing van het Weens Koopverdrag, akte te willen nemen van het feit dat concludante zich aansluit bij het standpunt van geïntimeerde voor wat betreft de oorspronkelijke hoofdvordering van appellante.

Met betrekking tot de vordering in tussenkomst en vrijwaring, te zeggen voor recht dat het Nederlands recht van toepassing is en dat het Weens Koopverdrag niet van toepassing is op de onderlinge contractuele relatie en dus op de vordering in tussenkomst en vrijwaring.

Ondergeschikt de vordering van appellante af te wijzen als zijnde onontvankelijk, minstens ongegrond, minstens niet bewezen.

Uiterst ondergeschikt de vordering in vrijwaring te horen afwijzen als onontvankelijk, minstens ongegrond"

Met dezelfde conclusie vordert zij R. en D.P. solidair te verwijzen in de aan haar zijde begrote kosten van het geding"

6.5

In het dictum van haar op 28 april 2016 neergelegde syntheseconclusie vordert D.P.:

"Het hoger beroep van concludante en het incidentele beroep van geïntimeerden tegen het eindvonnis van 26 november 2013 ontvankelijk te verklaren;

Het incidenteel beroep van geïntimeerden tegen het tussenvonnis van 12/02/2013 onontvankelijk te verklaren doch het hoofdberoep ontvankelijk te verklaren".

Met dezelfde conclusie vordert zij verder haar hoger beroep gegrond te verklaren en alle principale en incidentele beroepen af te wijzen als ongegrond en volhardt zij voor het overige in haar hoger beroep en haar vorderingen als gesteld in haar verzoekschrift tot hoger beroep.

6.6

In het dictum van haar op 20 april 2017 neergelegde syntheseconclusie vordert M.:

"In hoofdorde:

Voor recht te zeggen dat conc/uante geen betrokken partij is in deze beroepsprocedure zodat de vrijwaringsvordering van R. M. B.V. lastens haar dient te worden afgewezen als onontvankelijk

In ondergeschikte orde en voor zover het Hof zou oordelen dat concluante toch rechtsgeldig in de beroepsprocedure betrokken is:

Hoger beroep van appellante te horen afwijzen als zijnde ontvankelijk, doch ongegrond.

Het principaal en het incidenteel hoger beroep van geïntimeerde ontvankelijk doch slechts gedeelte/ijs gegrond te horen verklaren.

Het incidenteel hoger beroep van conc/uante zowel ten aanzien van het tussenvonnis dd. 12.02.2013 als ten aanzien van het vonnis dd. 26.11.2013 ontvankelijk en gegrond te horen verklaren.

Dienvolgens de oorspronkelijke vordering van concluante ontvankelijk en gegrond te horen verklaren.

In hoofdorde te horen zeggen voor recht dat de geadieerde Belgische rechter geen rechtsmacht heeft en dus onbevoegd is om kennis te nemen van huidig geschil (zowel aangaande de oorspronkelijke hoofdvordering van appellante als aangaande de vordering in tussenkomst .en vrijwaring) zodat de zaak in haar totaliteit dient te worden verwezen naar de bevoegde Nederlandse rechtbank.

Met betrekking tot het toepasselijk recht, akte te willen nemen van het feit dat conc/uante zich aansluit bij het standpunt van geïntimeerde voor wat betreft de oorspronkelijke hoofdvordering van appellante.

Aldus in ondergeschikte orde en enkel voor zover het Hof van oordeel is dat de Belgische rechtbanken over de vereiste rechtsmacht beschikken, te horen zeggen voor recht dat toepassing dient te worden gemaakt van het Nederlands recht (zowel aangaande de oorspronkelijke hoofdvordering van appellante als ten aanzien van de vordering in tussenkomst en vrijwaring) en de oorspronkelijke hoofdvordering van appellante dienvolgens ongegrond te verklaren zodat ook de vordering in tussenkomst en Vrijwari?g zonder voorwerp wordt.

Uiterst subsidiair, indien het Hof van oordeel is dat met betrekking tot de oorspronkelijke hoofdvordering van appellante geen toepassing dient te worden gemaakt van het Nederlands recht doch wel van het Weens Koopverdrag, de vordering van appellante te horen afwijzen als zijnde onontvankelijk minstens ongegrond.

Uiterst ondergeschikt de vordering in vrijwaring te horen afwijzen als onontvankelijk; minstens ongegrond.

Appellante en geïntimeerde solidair, minstens in solidum, minstens d.e ene bij gebrek aan de andere te veroordelen tot betaling van alle gerechtskosten, aan de zijde van concludante begroot als volgt(...)"

6.7

In het dictum van haar op 3 mei 2017 neergelegde syntheseconclusie vordert R.:

Vooreerst te zeggen voor recht dat het verzoek tot vrijwillige tussenkomst vanwege M. ontvankelijk is en dat deze partij beschouwd dient te worden als daadwerkelijke procespartij in graad van beroep.

Vervolgens:

Geïntimeerde akte te verlenen van haar principaal beroep ingesteld middels huidige conclusies ten aanzien van het tussenvonniss van de Rechtbank van Koophandel te Oudenaarde dd. 12/2/2013.

Geïntimeerde akte te verlenen van haar beperkt incidenteel beroep ingesteld ten aanzien van het eindvonniss van de Rechtbank van Koophandel te Oudenaarde dd. 26/11/2013.

Het principaal en het beperkt incidenteel beroep van geïntimeerde ontvankelijk en gegrond te verklaren.

Dienvolgens, het voormelde tussen-en eindvonniss (deels} te hervormen:

In hoofdorde:

Zich onbevoegd te verklaren en de zaak te verwijzen naar de bevoegde Nederlandse rechtbank.

In subsidiaire orde:

Zich tevens bevoegd te verklaren om kennis te nemen van de vordering in tussenkomst en vrijwaring ingesteld door geïntimeerde ten aanzien van de vrijwillig tussenkomende partij in graad van hoger beroep.

Het Nederlands recht van toepassing te verklaren zowel op de hoofdvordering als op de vordering in tussenkomst en vrijwaring en de vordering van appellante ongegrond te verklaren.

Meer subsidiair:

Het Weens Koopverdrag van toepassing te verklaren op de hoofdvordering en de vordering van appellante ongegrond te verklaren.

Uiterst subsidiair: de vrijwillig tussenkomende partij in graad van beroep te veroordelen tot vrijwaring van geïntimeerde voor alle sommen waartoe deze veroordeeld zou worden.

Appellante en/of de vrijwillig tussenkomende partij in graad van beroep te veroordelen tot de kosten van het geding miv de kortgedingprocedure: (...)”

7.

De overige feiten en antecedenten, de argumenten, middelen en grieven van partijen en de motiveringen van de eerste rechter worden - in zoverre ze dienend zijn - verder uiteengezet en ontmoet bij de beoordeling.

II. Beoordeling

8.1

Het hoger beroep van D.P. tegen het vonnis van 26 november 2013 is tijdig en regelmatig naar de vorm, wat trouwens niet wordt betwist.

Er worden geen middelen van onontvankelijkheid van het hoger beroep aangevoerd, terwijl het hof geen ambtshalve te releveren middelen van onontvankelijkheid van het hoger beroep vaststelt.

Het hoofdberoep van appellante is ontvankelijk.

8.2.1

Het incidenteel beroep van R. tegen het vonnis 26 november 2013, gericht tegen D.P. en M., is ontvankelijk.

De ontvankelijkheid van dit hoger beroep wordt niet betwist in zoverre het gericht is tegen D.P. en er zijn dienaangaande geen ambtshalve te releveren middelen van onontvankelijkheid.

8.2.2

Het incidenteel beroep van R. tegen het vonnis van 26 november 2013 is evenzeer ontvankelijk in zoverre het gericht is tegen M..

M. is met het op 17 april 2014 ter griffie neergelegd verzoekschrift tussengekomen in het geding, waardoor zij partij voor het hof is geworden.

Bijgevolg kon R. op ontvankelijke wijze incidenteel beroep instellen tegen M..

8.2.3

Vermits R. op ontvankelijke wijze incidenteel beroep heeft ingesteld tegen M., kon deze laatste op ontvankelijke wijze incidenteel beroep instellen tegen het vonnis van 26 november 2013.

8.2.4

De argumenten en middelen van M., waarbij zij aanvoert dat zij geen partij is in de procedure in hoger beroep en dat geen ontvankelijk en rechtsgeldig incidenteel beroep tegen haar werd ingesteld kunnen bijgevolg niet worden bijgetreden.

8.3

De hoger beroepen van R. en van M. tegen het vonnis van 12 februari 2013 zijn principale beroepen, nu zij worden ingesteld door partijen tegen wie nog geen hoofdberoep werd ingesteld (B. MAES, *Inleiding tot het burgerlijk procesrecht*, Brugge, Die Keure, 2008, pag. 257). Ze werden tijdig en regelmatig naar de vorm, overeenkomstig artikel 1056, vierde lid, van het Gerechtelijk Wetboek, bij conclusie ingesteld. Zij zijn ontvankelijk.

9.

De voor het hof aangevoerde middelen, grieven en argumenten werden door partijen voor de eerste rechter ontwikkeld.

Behoudens hierna anders overwogen, onderschrijft het hof de consideransen en beslissingen van de eerste rechter in het vonnis van 12 februari 2013 en in het vonnis van 26 november 2013 en maakt ze tot de zijne.

Aan deze beweegredenen die hierna deels worden herhaald, voegt het hof navolgende consideransen toe.

10.

Aan de grieven en middelen van R. en M., waarbij zij aanvoeren dat de Belgische rechter geen rechtsmacht heeft, de eerste rechter niet bevoegd is, uitsluitend de Nederlandse rechter rechtsmacht heeft en de rechter, bevoegd over de vestigingsplaats van R., bevoegd is, kan het hof geen gunstig onthaal verlenen.

10.1

De vraag van de rechtsmacht moet slechts worden op grond van de Verordening (EG) 44/2001 van de Raad van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (hierna de EEX-Verordening genoemd).

Bij toepassing van artikel 5.1 a) van de EEX-Verordening kan een persoon die woonplaats heeft op het grondgebied van een lidstaat in afwijking van het bepaalde in artikel 2 van de EEX-Verordening worden opgeroepen voor het gerecht van de plaats waar de verbintenis die aan de eis ten grondslag ligt, is uitgevoerd of moet worden uitgevoerd. Voor de toepassing van deze bepaling en tenzij anders is overeengekomen, bepaalt artikel 5.1 b) van de EEX-Verordening dat de plaats van uitvoering van de verbintenis die aan de eis ten grondslag ligt, voor wat de koop en verkoop van roerende lichamelijke zaken betreft, de plaats in de lidstaat is waar de zaken volgens de overeenkomst werden geleverd of hadden moeten geleverd worden. Artikel 5.1 c) van de EEX-Verordening bepaalt verder dat het voornoemde punt a van voorzeggd artikel toepasselijk is indien punt b niet van toepassing is. Ten deze ligt een koop-verkoopovereenkomst ten grondslag aan de eis, zodat voornoemd artikel 5.1 b) toepasselijk is.

De tractor werd geleverd in Zottegem (België), gelegen in het gerechtelijk arrondissement waarvoor de eerste rechter naar intern Belgisch recht bevoegd is. De eerste rechter had dus rechtsmacht in de zin van de voorzegde bepalingen van de EEX-Verordening om te oordelen en de eerste rechter was tevens, bij toepassing van artikel 624, enig lid, 2° van het Gerechtelijk Wetboek en van artikel 573, eerste lid, 1° van het Gerechtelijk Wetboek, territoriaal en materieel bevoegd om kennis te nemen van de hoofdvordering van D.P. tegen R..

Bij toepassing van artikel 6.2 van de EEX-verordening, sporend met de artikelen 564 en 634 van het Gerechtelijk Wetboek, was de eerste rechter bevoegd om kennis te nemen van het vordering in tussenkomst en vrijwaring van R. tegen M.

10.2

R. en M. voeren aan dat artikel 23 EEX-Verordening de toepassing van artikel 5.1 a) en b) in de weg staat. Zij staan voor dat D.P. de zogenaamde 'COM voorwaarden' of 'Metaalunievoorwaarden' heeft aanvaard (zie de op 3 mei 2017 neergelegde synthesebesluiten R. (pagina 10) en de op 20 april 2017 neergelegde synthesebesluiten M. (pagina 11)) en dat deze voorwaarden de rechter bevoegd over de vestigingsplaats van R. als bevoegde rechter aanwijst.

Bij lezing van het stuk 1 van M. zijn de 'Metaalunievoorwaarden' de *'Algemene leverings- en betalingsvoorwaarden uitgegeven door de Koninklijke Metaalunie {Nederlandse organisatie van ondernemers in het midden- en kleinbedrijf in de metaal}'*, werden zij gedeponereerd ter griffie van de Rechtbank te Rotterdam op 1 januari 2008 en worden zij aangeduid als de 'SMECOMAVOORWAARDEN'. Volgens stuk 9 van R. zijn de 'COM VOORWAARDEN' de *'Algemene leverings- en betalingsvoorwaarden uitgegeven door de Stichting Centraal Orgaan Mechanisatiebedrijven {COM} gedeponereerd ter Griffie van de Rechtbank te Utrecht op 1 juni 2004'*.

De door D.P. ondertekende en op 2 februari 2009 gedagtekende en door R. per fax verzonden bestelbon (stuk 3 R.) vermeldt op de voorzijde:

*'Op al onze offertes, op alle opdrachten aan ons en op alle met ons gesloten overeenkomsten zijn toepasselijk de COM leverings- en betalingsvoorwaarden, zoals deze luiden volgens de op achterzijde afgedrukte tekst.
De leveringsvoorwaarden worden u, indien gewenst, kosteloos toegezonden'*

De overeenkomst is tot stand gekomen door de ondertekening van de bestelbon wat blijkens de daarop vermelde datum is gebeurd op 2 februari 2009 en wat in ieder geval gebeurde voor de betaling, levering en facturering. Op dit ogenblik wordt het contractsveld van partijen bepaald en wordt bepaald tegen welke voorwaarden wordt gecontracteerd.

De vermelding op de bestelbon is bizar. Niet alleen is het - anders dan vermeld op de bon - onmogelijk dat deze uitvoerige voorwaarden, die blijkens stuk 1 van M. vier volle bladzijden uitmaken en die blijkens het stuk 9 van R. zeven volle bladzijden uitmaken, op de keerzijde werden vermeld. Bovendien is de vermelding vooraan dubbelzinnig nu er tegelijk vermeld staat dat de leveringsvoorwaarden op de keerzijde vermeld staan en dat zij kosteloos kunnen worden toegezonden.

Verder is het zo dat de bestelbon per fax werd verzonden, dat D.P. dus geen kennis kon nemen van de keerzijde, dat R. de keerzijde van haar bestelbon niet in het debat brengt en dat zij evenmin een specimen in het debat brengt.

Op de bestelbon staat niet vermeld dat de voorwaarden elders of op een andere wijze kunnen worden geraadpleegd. Er wordt niet verwezen naar een site.

Het hof stelt bij dit alles nog vast dat op de bestelbon kortweg wordt verwezen naar de 'COM leverings- en betalingsvoorwaarden'. Voor een Nederlandse contractant die niet vertrouwd is met de sector van het metaal is het al bijzonder moeilijk om uit te maken wat precies bedoeld wordt. Voor een buitenlandse contractant is dit - zonder verdere verduidelijkingen - een helemaal of haast helemaal onmogelijke opgave. Daarbij wordt ten overvloede nog vastgesteld dat R. en M. andere voorwaarden en anders benoemde voorwaarden als 'COM VOORWAARDEN' aanbrengen en dat deze partijen daaromtrent geen duidelijkheid verschaffen.

Bij dit alles stelt het hof vast dat de litigieuze koopovereenkomst het eerste professionele contact was tussen partijen en dat het contracteren onder deze voorwaarden in geen geval een gewoonte in de internationale handel uitmaakt.

Het hof besluit dat de 'COM voorwaarden' bij de contractsluiting niet werden opgenomen in het contractveld van partijen en dat dus niet tegen deze voorwaarden werd gecontracteerd.

Daarvan kan naderhand bij de facturering niet worden afgeweken en de vaststelling dat de factuur niet werd geprotesteerd kan niet tot het besluit leiden dat deze voorwaarden om deze reden wel zouden aanvaard zijn en deel uitmaken van de contractvoorwaarden. Hoe dan ook kan daartoe ten deze niet eens worden besloten op grond van de vermeldingen op de factuur. Deze luiden: *'Op al onze offertes, op alle opdrachten aan ons en op alle gesloten overeenkomsten zijn van toepassing: (...) de COM leve'rings- en betalingsvoorwaarden in alle andere gevallen, zoals deze luiden volgens de laatste ter Griffie van de Rechtbank te Utrecht neergelegde tekst. De algemene voorwaarden worden u op verzoek toegezonden'*. De voorwaarden zijn niet vermeld op de keerzijde van de factuur. De loutere vermelding dat zij raadpleegbaar zijn op de griffie van de rechtbank te Utrecht volstaat niet, terwijl voor het overige geldt wat werd overwogen met betrekking tot de bestelbon.

R. en M. worden niet bijgetreden. Het besluit waartoe het hof onder randnummer 10.1 is gekomen blijft onverkort gelden. De eerste rechter had rechtsmacht en was bevoegd om te oordelen over alle vorderingen.

11.

De vraag naar het toepasselijk recht dient te worden beoordeeld aan de hand van het

Verdrag van Rome van 19 juni 1980 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomsten (hierna 'EVO' genoemd). De overeenkomst werd immers gesloten op 2 februari 2009. Dit is voor 17 december 2009, zodat de Verordening (EG) nr. 593/2008 van 17 juni 2008 inzake het recht van toepassing op verbintenissen uit overeenkomst, gelet op haar artikel 28, niet toepasselijk is.

Hiervoor werd vastgesteld dat de door R. en M. voorgestane voorwaarden, waarin wordt bepaald dat het Nederlandse recht van toepassing is en waarin wordt bepaald d.at het Weens Koopverdrag (hierna 'CISG' genoemd) niet van toepassing zijn, niet behoren tot het contractsveld van partijen en dus niet kunnen worden ingeroepen en niet tegenstelbaar zijn aan D.P..

Er bestaat tussen partijen geen discussie dat het CISG op het ogenblik van de contractsluiting en op het ogenblik van het sinister in werking was. Het behoorde dus tot het geldende recht van België en Nederland.

Bij gebrek aan rechtskeuze, als bepaald in artikel 3 EVO, moet bij toepassing van artikel 4.1 EVO en op grond van artikel 1.1°, a CISG en bij gebrek aan uitsluiting van de toepassing van het CISG, als bepaald in zijn artikel 6 CISG, worden besloten tot de toepassing van het CISG.

De vraag naar het toepasselijk recht in de rechtsverhouding tussen R. en M. komt pas aan de orde in zoverre de door R. gestelde vrijwaringsvordering niet zonder voorwerp is geworden.

12.

In haar syntheseconclusie voert D.P. aan dat de tractor bij het eerste gebruik in brand is geschoten en dat deze aldus *'volstrekt ongeschikt is voor de doeleinden waarvoor de overeenkomst werd aangegaan, zoals bepaald in artikel 35, 2, b) van het Verdrag'*. Op grond van artikel 49 CISG vordert zij terugbetaling van de aankoopprijs en de betaling van de overige door hem gevorderde bedragen.

12.1

Het hof stelt vooreerst vast dat uit niets blijkt dat D.P. op enige wijze uitdrukkelijk of stilzwijgend aan R. ter kennis zou hebben gebracht dat de tractor voor een bijzonder doel diende geschikt te zijn en er blijkt trouwens niet dat de tractor op een bijzondere wijze werd gebruikt. Voor zo veel als nodig en in zoverre al zou dienen te worden aangenomen dat 'kalken van akkers' een bijzonder werkzaamheid is, stelt het hof vast dat niet ter kennis werd gebracht dat de tractor zou gebruikt worden. voor het kalken. In zoverre de vordering gebaseerd is op artikel 35, 2, b) CISG kan zij om deze reden niet worden toegekend

In zoverre toch zou dienen te worden aangenomen dat de tractor voor een bijzonder

en R. ter kennis gebracht doel werd aangekocht, dient zij om de redenen, als aangenomen door de eerste rechter en om de redenen vermeld onder randnummer 12.2, te worden afgewezen.

12.2

Ook indien de vordering wordt gebaseerd op artikel 35, 2, a) CISG wordt ze afgewezen.

Het staat aan de koper de niet-conformiteit te bewijzen op het in artikel 36, 1) CISG bepaalde tijdstip, wat minstens impliciet vervat ligt in de artikelen 38 en 39 CISG en wat een algemeen beginsel is dat aan het CISG ten grondslag ligt (artikel 7, lid 2, CISG).

Het hof onderschrijft de oordeelkundige uiteenzettingen van de in kortgeding aangestelde gerechtsdeskundig en treedt deze bij.

Op grond van de bevindingen en besluiten van de deskundige kan niet met zekerheid worden uitgemaakt dat tractor niet geschikt was in de zin van artikel 35, 2, a) CISG. De deskundige toont op oordeelkundige wijze aan dat het mogelijk is dat het defect werd veroorzaakt door interventies bij herstel, reiniging of onderhoud na de levering. Meer bepaald stelt hij ondermeer dat de schade kan ontstaan zijn doordat de verbindingsmoeren onvoldoende of te hard en met schade tot gevolg werden aangedraaid. De deskundige wijst ook andere mogelijke oorzaken aan, maar hij kan de oorzaak onmogelijk met zekerheid bepalen. Het verloop van de tijd tussen de levering en het aangevoerde eerste gebruik bemoeilijkt in sterke mate het door D.P. te leveren bewijs. Het feit dat niet kan worden aangetoond door de deskundige dat tussen de levering en de brand interventies aan de tractor gebeurden, brengt niet met zich dat deze niet gebeurden en dat het bewezen is dat de brand niet een andere dan door interventies veroorzaakte oorzaak heeft gehad en feit dat niet eerder dan op 22 maart 2009 met de tractor zou gereden zijn, doet niet met zekerheid besluiten dat er geen interventies geweest zijn.

De door D.P. aangevoerde feiten en gegevens maken geen vermoedens uit op grond waarvan tot het bestaan van het gehrek op het moment van de levering kan worden besloten en zij sluiten niet uit dat de schade is veroorzaakt door de interventies in de ruime periode tussen de levering en de brand.

Er wordt niet bewezen dat het gebrek bestond op het in artikel 36, 1) CISG bepaalde tijdstip.

D.P. voert op pagina 13 van haar syntheseconclusie aan dat de levering van de tractor plaats vond op 10 februari 2009 en dat de aanvraag tot inschrijving van het voertuig gebeurde op 27 februari 2009, wat wordt bevestigd door de deskundige in zijn verslag. Er wordt niet aangevoerd en er wordt niet bewezen dat de inschrijving bekomen was op 22 maart 2009, zodat op grond van het niet of niet eerder in het bezit

zijn van de inschrijving niet met zekerheid kan worden besloten dat de tractor niet eerder werd gebruikt.

Aan de voorzegde overwegingen worden ten overvloede nog het volgende toegevoegd op basis van de eigen verklaringen van D.P..

D.P. diende de tractor op zo kort mogelijke termijn te keuren (artikel 38 CISG). Waar zij zelf stelt dat zij de tractor niet heeft gebruikt voor 22 maart 2009 en tot 27 februari 2009 heeft gewacht om de inschrijving aan te vragen, heeft zij nagelaten het voertuig binnen zo kort mogelijke termijn te keuren. De keuring bestaat er ten deze in of kan er ten deze in bestaan het voertuig te gebruiken of minstens aan een proefrit te onderwerpen. D.P. is formeel en stelt dit niet te hebben gedaan. Indien het juist is dat het gebrek bij levering aanwezig was en indien het juist is dat het gebrek zich bij het eerste gebruik voordeed, dan zou het gebrek zich veel eerder hebben voorgedaan, indien D.P. de tractor veel eerder had gebruikt al was het maar voor een proefrit. Een eerste gebruik en dus een eerste keuring na meer dan vijf weken spoort niet met het bepaalde in artikel 38 CISG, zodat de formulering van de aanspraken van D.P. tegen R. laattijdig zijn en niet kunnen worden gehonoreerd. Los van de afwijzing van de vordering wegens miskenning van artikel 38 CISG, wat minstens impliciet wordt aangevoerd door R. en M. op basis van de feiten en gegevens die zij voorstaan, brengt deze laattijdigheid hoe dan ook en in ieder geval met zich dat D.P. zelf de bewijsproblemen waarmee zij geconfronteerd wordt heeft gecreëerd. Ze heeft het aan zichzelf te wijten dat zij er niet in slaagt het bewijs te leveren van de niet-conformiteit op het in artikel 36, 1) CISG bepaalde tijdstip, hetwelk zich meer dan vijf weken voor de brand situeert. De Pootere slaagt niet in de op haar rustende bewijslast.

13.

Uit alles wat voorafgaat volgt dat de oorspronkelijke vordering van D.P. tegen R. ongegrond is en dat de vordering van R. tegen M. zonder voorwerp en dus ongegrond is, dat alle ingestelde principale en incidentele beroepen ongegrond zijn en dat de beroepen vonnissen in de mate dat ze worden bestreden dienen te worden bevestigd.

14.

D.P. als in het ongelijk gestelde partij ten aanzien van R., bij toepassing van artikel 1017, eerste lid van het Gerechtelijk Wetboek, verwezen in de hierna aan de zijde van R. begrote kosten van het geding in deze aanleg.

Deze kosten worden niet begroot aan de zijde van D.P., vermits ze haar ten laste blijven.

R. wordt als in het ongelijk gestelde partij ten aanzien van M., bij

toepassing van artikel 1017, eerste lid van het Gerechtelijk Wetboek, verwezen in de hierna aan de zijde van M. begrote kosten van het geding in deze aanleg.

Deze kosten worden niet begroot aan de zijde van R., vermits ze haar ten laste blijven.

OM DEZE REDENEN,

het hof, recht doende op tegenspraak;

Verklaart de principale hoger beroepen en de incidentele beroepen ontvankelijk, doch wijst ze allen af als ongegrond;

Bevestigt de beroepen vonnissen in al hun onderdelen en in de mate dat ze voor het hof werden bestreden;

Verwijst de bvba D.P.C. in de kosten van het geding in deze instantie ten aanzien van de BV R.M. en begroot deze kosten aan de zijde van BV R.M. op de som van 2.200,00 euro, uit hoofde van rechtsplegingsvergoeding in hoger beroep;

Verwijst de BV R.M. in de kosten van het geding in deze instantie ten aanzien van de BV M.M. en begroot deze kosten aan de zijde van BV M.M. op de som van 2.200,00 euro, uit hoofde van rechtsplegingsvergoeding in hoger beroep;

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

- [...],	raadsheer, waarnemend kamervoorzitter,
- [...],	raadsheer,
- [...], bijgestaan	plaatsvervangend raadsheer,
door:	
- [...],	griffier,
en uitgesproken door de waarnemend kamervoorzitter van de twaalfde kamer in	
openbare terechtzitting van 28 juni 2017 .	