



Repertoriumnummer 2017/
Datum van uitspraak 06 november 2017
Rolnummer 2015/AR/2868

Uitgifte
Uitgereikt aan

Uitgereikt aan

Uitgereikt aan

op
€
BUR

op
€
BUR

op
€
BUR

D Niet aan te bieden aan de
ontvanger

(Verordening (EG)
Nr.44/2001)

—

Hof van beroep Gent

Arrest

zevende kamer

Aangeboden op 09 NOV. 2017
Niet te registreren

In de zaak van:

K.b.v. vennootschap naar Nederlands recht, met maatschappelijke zetel te [adres], Nederland, met [KvK-nummer],

Appellante, hierna "K.", met als raadsman mr. N.V., advocaat te 2000 Antwerpen, [adres],

tegen:

V.O.B n.v. met maatschappelijke zetel te 8793 Sint-Eloois-Vijve [adres], [ondernemingsnummer]; die woonstkeuze doet bij gerechtsdeurwaarder G.D.W. te 9000 Gent, [adres],

Geïntimeerde, hierna "V.O.B.", met als raadslieden mr. T.L. en mr. D.A., advocaten te 9000 Gent, [adres],

velt het hof het volgende arrest:

I. DERECHTSPLEGING IN HOGER BEROEP

Het hoger beroep bij verzoekschrift van 13 oktober 2015 werd ingesteld tegen het vonnis van 8 september 2015 van de rechtbank van koophandel Gent, afdeling Kortrijk, zesde kamer met AR-nummer A/14/00374.

2. Het hof heeft artikel 24 van de wet van 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken in acht genomen.
3. De procedure verliep op tegenspraak. Partijen werden gehoord op de openbare zitting van 23 oktober 2017. Het hof nam kennis van de overtuigings- en procedurestukken.

II. DE FEITEN EN DE VOORAFGAANDE RECHTSPLEGING

4. V.O.B. is een Belgische pluimveeslachterij die (onder andere) kuikenborsten leverde aan de Nederlandse vennootschap K. te Cuijk (stuk 53 V.O.B.).
5. Op 28 december 2011 deelde Henri Geuzinge van K. aan haar leveranciers mee dat Liberty Holding (waartoe K. behoorde) de activiteiten van T.L. b.v. te

Zaandam ondergebracht had in een nieuwe werkmaatschappij; E.C. b.v., van waaruit de aankoop van grondstoffen rechtstreeks verzorgd zou worden. Hij verzocht de leveranciers dan ook om met ingang van 2 januari 2012 te factureren op:

E.C. b.v. [adres]
1505 HJ Zaandam (Nederland)
[KvK]
[BTW]

Betalingen, afspraken en planningen zouden op de gebruikelijke manier en termijn voortgezet worden (stuk 54 V.O.B.).

6. Conform dit verzoek schreef V.O.B. op 3 januari 2012 een factuur uit aan E.C. b.v. (stuk 55 V.O.B.).
7. Op 21 december 2012 werd een "nieuwe" b.v. E.C. opgericht met nummer [...] en met zetel te 1505 HJ Zaandam, [adres], Nederland. Haar enige aandeelhouder, A.F.H. b.v., was op dezelfde zetel gevestigd. De bestuurder was S.S. (stuk 56 V.O.B.).
8. Op 8 februari 2013 sloten de "oude" E.C. (met KvK-[nummer]) (als verkoper te [plaats]) en de "nieuwe" E.C. (met KvK-[nummer]) (als koper te Zaandam). een *overeenkomst van koop en verkoop van activa, passiva en contracten* met terugwerkende kracht tot 31 december 2012 (stuk 23 K.).
9. Op 27 februari 2013 wijzigde de handelsnaam van het "o. E.C. in C.S. b.v. (stuk 1 K. en stuk 58 V.O.B.).
10. Op 8 maart 2013 deelden K. en E.C. b.v. aan *belanghebbenden* mee dat Liberty Holding met ingang van 1 januari 2013 de productieactiviteiten van haar dochteronderneming E.C. b.v. door middel van een *managementbuy-out* verkocht aan S.S., L.H. en E.C. verbonden zich wel om nauw samen te blijven werken (stukken 2-5 K.). Leveranciers C. en GPS ontkenden echter een dergelijke briefontvangente hebben (stukken 59-60 V.O.B.).
11. Op 2 augustus 2013 stuurde V.O.B. aan E.C. een overzicht van de openstaande facturen met verzoek tot betaling ervan over te gaan (stuk 24 K.).
12. In de periode van 3 augustus 2013 tot 10 oktober 2013 schreef V.O.B. voor de levering van kuikenborsten 48 facturen en twee creditnota's uit aan het voormalig E.C. b.v.

(met nummer NL[nummer]) voor een totaalbedrag van 1 007 189,57 euro (stukken 1-51 V.O.B. en stuk 15 K.). V.O.B. maakte hiervan gewag in haar intracommunautaire btw-opgave (stuk 67 V.O.B.).

13. Op 16 oktober 2013 werd een fusieakte verleden door notaris C.S.K. te Rotterdam waarbij C.S. b.v. (verdwijnende rechtspersoon met nummer [nummer]) opgeslorpt werd door K. (verkrijgende rechtspersoon) (stukken 12 en 15 K. en stuk 57 V.O.B.).

14. Op 22 oktober 2013 werd het nieuwe E.C. b.v. door de rechtbank te Haarlem failliet verklaard (stukken 56 en 64 V.O.B.). S.S. (feitelijk bestuurder) gaf aan dat de oorzaak van het faillissement was dat de onderneming in de jaren voor de overname al met verlies draaide en K. de administratie na de activa-passivatransactie bleef voeren en met K. diverse substantiële geschillen/ vorderingen zijn ontstaan.

De curator merkte op dat de onderneming in twee verschillende vennootschappen met dezelfde naam geëxploiteerd werd en dat K. de administratie bleef doen (stuk 16 K. en stuk 61-63 V.O.B.).

15. Op 4 december 2013 legde V.O.B. bij de rechtbank van koophandel van Kortrijk een verzoek om een *Europees betalingsbevel* (EBB) neer in betaling van 1007 189,57 euro.
16. Na een verzoek tot wijziging leverde de rechtbank van koophandel van Kortrijk op 13 december 2013 het Europees betalingsbevel af lastel)s K. voor een totaalbedrag van 1 023 376,69 euro.
17. Per aangetekende brief van 19 december 2013 aan de curator over het nieuwe E.C. handhaafde de raadsman van V.O.B. de aangifte van schuldvordering in het faillissement, weze het met randbemerkingen. Zo merkte de raadsman op dat V.O.B. nooit gefactureerd had aan het nieuwe E.C., maar steeds was blijven factureren aan het , oude E.C.. Het sprak voor zich dat V.O.B. niet doorgegaan zou zijn met leveren, mocht zij geweten hebben dat E.C. een nieuwe vennootschap was met een geplaatst kapitaal van amper é n euro. Noch de naamswijziging, noch de fusie deden iets af aan de betalingsverplichting van de schuldenaar. Hij beschouwde K. dan ook als hoofdschuldenaar van de openstaande facturen (stuk 65 V.O.B.).
18. Op 24 januari 2014 legde K. haar verweer tegen het Europees betalingsbevel neer.
19. Bij **vonnis van 8 september 2015** oordeelde de rechtbank van koophandel Gent, afdeling Kortrijk over rechtsmacht te beschikken. Zij verklaarde de eis van V.O.B. toelaatbaar en

gegrond ten belope van 1 007 189,57 euro, meer de moratoire intresten aan 8% per jaar vanaf de respectievelijke vervaldatum en meer 2 500 euro schadevergoeding (te vermeerderen met de gerechtelijke intresten).

20. Op 1 oktober 2015 werd het bestreden vonnis betekend aan K. (stuk 17 K.).
21. Op 12 november 2015 ging K. over tot het kantonnement van 1199 786,05 euro (stukken 18 - 20 K.).
22. Op de verificatievergadering van 2 juni 2016 in het faillissement van het nieuwe E.C. betwistte de curator de vordering van V.O.B. op grond van het vonnis. Hij wachtte de uitkomst van de huidige procedure af (stuk 66 V.O.B.).

111. DE VORDERINGEN EN STANDPUNTEN VAN PARTIJEN IN HOGERBEROEP

23. Voor een uiteenzetting van de grieven, het voorwerp van de eisen en de argumentatie van partijen verwijst het hof naar de procedurestukken in hoger beroep.
24. K. vordert in het beschikkend gedeelte van haar syntheseconclusie:

"Het door concludante ingestelde hoger beroep ontvankelijk en gegrond te verklaren; Dienvolgens het vonnis van de Rechtbank van Koophandel Gent, afdeling Kortrijk dd. 08.09.2015 te vernietigen en doende wat de eerste rechter had behoren te doen, te zeggen voor recht dat de Rechtbank van Koophandel Gent, afdeling Kortrijk niet over de vereiste rechtsmacht beschikt, minstens territoriaal onbevoegd is om kennis te nemen van de vordering;

In ondergeschikte orde alleszins deze vordering zoals gesteld lastens concludante als ongegrond af te wijzen;

Te zeggen voor recht dat het op 12.11.2015 door concludante gekantonneerde bedrag van € 1.199.786,05 meer de eventuele intresten door de deposito- en consignatiekas in het voordeel van concludante dient te worden vrijgegeven;

In uiterst ondergeschikte orde minstens het bedrag van de vordering te herleiden tot €977.111,00 alsmede te zeggen voor recht dat de kosten van betekening t.b.v. €521,80 ten laste zijn van geïntimeerde;

Alleszins geïntimeerde te veroordelen tot de kosten van beide procedures welke aan de zijde van concludante worden begroot op:

- Rechtsplegingsvergoeding eerste aanleg: € 16.500,00
- Rolrecht hoger beroep: € 800,00
- Rechtsplegingsvergoeding hoger beroep: € 16.500,00"

25. V.O.B. vordert in het beschikkend gedeelte van haar syntheseconclusie:

"Het hoger beroep af te wijzen als ongegrond.

Het eerste vonnis te bevestigen, en Appellante te veroordelen tot alle kosten van de beroepsprocedure, waaronder de rechtsplegingsvergoeding op heden begroot 18.000,00 euro (beroep)."

IV. DE BEOORDELING

IV.1 De toelaatbaarheid van het hoger beroep

26. Het bestreden vonnis werd op initiatief van V.O.B. betekend op 1 oktober 2015. Het exploit van betekening wordt voorgelegd (zie stuk 17 K.). Het hoger beroep bij verzoekschrift van 13 oktober 2015 is dan ook tijdig en regelmatig naar vorm. Het hoger beroep is bijgevolg toelaatbaar.

IV.2 De gegrondheid van het hoger beroep

IV.2.1 De rechtsmacht

27. De eerste blijvende betwisting tussen partijen betreft de vraag of de eerste rechter al dan niet over rechtsmacht beschikte (op grond van artikel 6 van de algemene verkoopsvoorwaarden van V.O.B.) (zie stuk 52 V.O.B.).
28. Op dit geschil is nog de Verordening (EG) nr. 44/2001 van 22 december 2000 van de Raad betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (hierna "EEX-Vo") van toepassing.
- De Verordening (EU) 1215/2012 van 12 december 2012 van het Europees Parlement en de Raad betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken is immers van toepassing op rechtsvorderingen die ingesteld werden op of na 10 januari 2015.
29. In toepassing van artikel 23 EEX-Vo kan de overeenkomst tot aanwijzing van een bevoegd gerecht onder andere gesloten worden in een vorm die toegelaten wordt door de handelwijzen die tussen partijen gebruikelijk geworden zijn.

Zo zijn partijen gebonden door een forumbeding opgenomen in algemene voorwaarden waaraan ook hun vroegere transacties onderworpen waren. Indien zij hiertegen nooit geprotesteerd hebben, worden zij vermoed kennis genomen te hebben van de algemene voorwaarden en deze te hebben aanvaard.

30. Het hof stelt echter vast dat V.O.B. zich ter staving van vroegere handelsbetrekkingen beperkt tot voorlegging van slechts één voorbeeldfactuur van. 30 december 2011 (zie stuk 53 V.O.B.). Zij legt noch extra facturen, noch boekhoudkundige bescheiden voor waaruit de langdurige, eerdere handelsrelatie zou blijken.

Verder stelt het hof vast dat de facturen van V.O.B. op de voorzijde geen enkele verwijzing bevatten naar de beweerde algemene verkoopsvoorwaarden op de keerzijde. Hoewel de eerste rechter dit opmerkte, laat V.O.B. ook in hoger beroep nog steeds na een originele factuur voor te leggen.

Tot slot stelt het hof vast dat V.O.B. in haar verzoek een om Europees betalingsbevel als gronden voor de bevoegdheid van het gerecht verwees naar een *'door de partijen overeengekomen keuze van het gerecht'*. In de aanvullende verklaringen verwees V.O.B. wel naar haar algemene verkoopvoorwaarden, maar niet naar het forumbeding.

Gelet op deze vaststellingen kon V.O.B. zich niet beroepen op het forumbeding in haar algemene verkoopsvoorwaarden.

31. Bij ontstentenis van een geldig bevoegdheidsbeding moet de bevoegde rechtbank aangeduid worden in toepassing van artikel 5.1 EEX-Vo.

Het betrof hier de koop-verkoop van roerende lichamelijke zaken, namelijk van kuikenborsten. Uit de meegedeelde stukken blijkt niet dat tussen partijen een overeenkomst bestond over de plaats waar de goederen geleverd moesten worden.

Nu - bij gebreke aan een overeenkomst over de plaats van de levering - de plaatsbepaling van artikel 5.1.b) EEX-Vo niet toegepast kan worden, moet in toepassing van artikel 5.1.c) toepassing gemaakt worden van artikel 5.1.a).

De verbintenis (uit artikel 5.1.a) EEX-Vo) die aan de eis van V.O.B. ten grondslag ligt, is de betalingsverbintenis in hoofde van K., aangesproken in Deze laatste wordt in rechte betaling van de openstaande facturen.

De plaats van de uitvoering van een betalingsverbintenis moet bepaald worden overeenkomstig het materiële recht dat volgens de _verwijzingsregels van het aangezochte

gerecht de litigieuze verbintenis beheerst (zie Cass. 11 mei 2001, C970465N, www.juridat.be).

V.O.B. en K. zijn gevestigd in respectievelijk België en Nederland. Beide landen zijn verdragsluitende staten bij het Verdrag inzake internationale koopovereenkomsten betreffende roerende zaken gesloten te Wenen op 11 april 1980 (hierna "CISG"). Het CISG is het toepasselijk materieel recht.

In toepassing van artikel 57.1.a CISG moet de koper, indien hij niet gehouden is de prijs op een bepaalde andere plaats te betalen, de verkoper betalen ter plaatse van diens vestiging.

Concreet houdt dit in dat K. haar betalingsverbintenis moest nakomen te Sint- Eloois-Vijve (toenmalig gerechtelijk arrondissement Kortrijk, thans West-Vlaanderen). De eerste rechter had dan ook (op weliswaar andere gronden) rechtsmacht en was territoriaal bevoegd.

Het hof merkt overigens op dat K. niet inging op de argumentatie van V.O.B. op grond van artikel 5 EEX-Vo

IV.2.2 De onbetaalde facturen

32. Een tweede blijvende betwisting heeft betrekking op de verwarring tussen het oude en het nieuwe E.C.. Meer bepaald houdt K. voor dat zij niet de rechtsopvolger is van het nieuwe E.C. te Zaandam. De 50 litigieuze facturen werden gericht aan het nieuwe E.C. te Zaandam en er vond geen fusie plaats tussen K. en het nieuwe E.C..
33. Het hof verwerpt echter deze argumentatie van K. en onderschrijft de pertinente motivering door de eerste rechter op dit punt.

Immers, V.O.B. leverde oorspronkelijk aan K.. Bij mail van 28 december 2011 werd haar echter uitdrukkelijk verzocht om met ingang van 2 januari 2012 te factureren aan E.C. b.v., [adres] 1505 HJ Zaandam met btw-nummer NL[nummer].

V.O.B. gaf daaraan gevolg en factureerde voortaan conform het verzoek aan E.C. op het voormeld adres en met telkens de uitdrukkelijke vermelding van het btw-nummer NL [nummer].

Op 21 december 2012 werd het "nieuwe" E.C. opgericht, dat op 8 februari 2013 een overeenkomst van koop en verkoop van activa, passiva en contracten sloot niet het oude E.C..

K. faalt volledig in de op haar rustende bewijslast dat aan V.O.B. kennis gegeven werd van de oprichting van het nieuwe E.C. en van de overname bij mailing van 8 maart 2013. Er ligt geen bewijs van verzending voor. De lijst met beweerde bestemmingen van de mailing bevat bovendien een verkeerd huisnummer voor V.O.B.. Ook andere leveranciers ontvingen de mailing niet (zie randnummer 10). Dit laatste ontkracht meteen ook de bewering door K., als zouden alle belangrijke wijzigingen in vennootschapsstructuren binnen een beperkte sector door alle actoren gekend zijn. Het louter feit dat S.S. een ontmoeting had met een afgevaardigde van V.O.B. over de bezichtiging van een bedrijfspand houdt niet het vereiste bewijs in van de kennisgeving.

Kortom, uit niets blijkt dat V.O.B. kennis had (of behoorde te hebben) van het bestaan naast het oude E.C. van een "dubbelganger" in het nieuwe E.C..

Als op een gegeven moment twee ondernemingen bestaan met dezelfde naam, eenzelfde uithangbord, eenzelfde logo en eenzelfde maatschappelijke zetel, dan kan het onderscheid tussen beide enkel gemaakt worden aan de hand van het unieke btw-nummer. Op grond daarvan stelde de eerste rechter dan ook terecht dat de litigieuze facturen gericht werden aan het oude E.C. (en niet aan het nieuwe E.C.).

Aan de facturatie door V.O.B. aan het oude E.C. wordt geen afbreuk gedaan door de loutere wijziging van de vennootschapsnaam van het oude E.C. in C.S..

Door de fusie van 16 oktober 2013 tussen K. en C.S. b.v. rustten alle verplichtingen van C.S. (met inbegrip van de betaling van de litigieuze facturen) sindsdien op K.,

De eerste rechter concludeerde terecht dat K. finaal schuldenaar geworden is van de onbetaalde facturen van V.O.B.. Noch de naamswijziging, noch de fusie doen iets af aan de betalingsverplichting van de schuldenaar.

34. De overige argumenten van K. leiden niet tot een andere beoordeling.

Zo doet het feit dat de curator over het nieuwe E.C. geen eis instelde tegen K. en hij eerder de mogelijke aansprakelijkheid van S.S. zou viseren geen afbreuk aan de gehoudenheid van K. tot betaling van de facturen van V.O.B..

Zo ook beschouwt het hof de aangifte van schuldvordering door V.O.B. in het faillissement van het nieuwe E.C. eerder als een bewarende maatregel, dan als een erkenning dat het nieuwe E.C. haar schuldenaar is (zie trouwens stukken 65-66 V.O.B.).

35. Cijfermatig en ondergeschikt werpt K. op dat de factuur 213-00011358 ten belope van 28 592,06 euro betaald werd op 11 oktober 2013.

Ten onrechte argumenteert V.O.B. dat s'uk 22 K. geen bewijs van deze betaling zou inhouden. Er is geen enkele reden om aan de bewijskracht van dit overzicht van bankverrichtingen te twijfelen. De voormelde som moet in mindering gebracht worden. De twee creditnota's van V.O.B. werden wel al in mindering gebracht.

Uit de conclusies van partijen blijkt verder de betekening van het bestreden vonnis door een vergissing van de gerechtsdeurwaarder gebeurde zodat de kosten ervan ten laste van V.O.B. blijven.

IV.3 De gerechtskosten

36. In toepassing van de artikelen 1017, 1022 en 1042 van het Gerechtelijk Wetboek verwijst het hof K. in de gerechtskosten.

De basisrechtsplegingsvergoeding in hoger beroep voor de gevorderde som beloopt 18 000 euro.

V. DEBESLISSING

HET HOF,

verklaart het hoger beroep door K. toelaatbaar en in de hierna bepaalde mate gegrond.

bevestigt het bestreden vonnis van 8 september 2015 van de rechtbank van koophandel Gent, afdeling Kortrijk, zesde kamer met AR-nummer A/14/00374, **met dien verstande dat het bedrag waartoe K. in hoofdsom veroordeeld wordt, herleid wordt tot 978 597,51 euro** (in plaats van 1007189,57 euro).

- veroordeelt K. tot de kosten van het geding in hoger beroep, aan haar zijde niet begroot nu deze kosten ten haren laste blijven en begroot aan de zijde van V.O.B. op 18 000,00 euro rechtsplegingsvergoeding hoger beroep.

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

F.D., kamervoorzitter,

G.V, raadsheer,

M.O., raadsheer,

bijgestaan door K.G., griffier, en uitgesproken door de voorzitter in openbare zitting op
maadag **06 november 2017**.

K.G.

M.O.

G.V

F.D.