

Hof van beroep Gent, arrest van 29 november 2017

Toepasselijk recht – Overeenkomst – Koopovereenkomst – Weens Koopverdrag (CISG) – Artikel 3.1 – Aansprakelijkheid verkoper – Artikel 35 – Artikel 36 – Artikel 38 – Artikel 39 – Redelijke termijn – Klacht

Droit applicable – Contrat – Contrat de vente – Convention de Vienne vente internationale de marchandises (CVIM) – Article 3.1 – Responsabilité du vendeur – Article 35 – Article 36 – Article 38 – Article 39 – Délai raisonnable – Plainte

In de zaak van

M. N.V., met maatschappelijke zetel te [...] Merelbeke, [...], ingeschreven met KBO-nummer [...],

appellante,

hebbende als raadsman mr. Grootaert Geert, advocaat te 9000 Gent, Maisstraat 8

tegen

E., vennootschap naar Spaans recht, met maatschappelijke zetel te [...] Utiel, Spanje, [...],

geïntimeerde,

hebbende als raadsman mr. De Meulenaere Bart, advocaat te 9000 Gent, Tentoonstellingslaan 54

wijst het hof het volgend arrest:

Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van dit hof op 15 december 2014, stelde nv M. [...] hoger beroep in tegen het vonnis dat op 3 september 2010 tussen M. als eiseres en de vennootschap naar Spaans recht B. als verweerster op tegenspraak werd gewezen door de rechtbank van koophandel te Gent, eerste kamer.

De naam B. werd gewijzigd in E. en haar zetel werd verplaatst. Hierna wordt gemakkelijksshalve uitsluitend E. gebruikt als naam van de geïntimeerde.

De partijen werden gehoord in openbare terechtzitting in hun middelen. Het hof heeft kennisgenomen van hun conclusies en heeft de door hen neergelegde stukken ingezien. De partijen hebben verklaard ermee in te stemmen dat alle conclusies tot het debat behoren, ook indien zij werden neergelegd na het verstrijken van de conclusietermijnen. Er zijn geen regels van openbare orde die zich daartegen verzetten.

I. Antecedenten

1. In het tussenarrest van 21 oktober 2015 heeft het hof de vordering van M. weergegeven en haar overwegingen omtrent de rechtsmacht van de geadieerde rechter. Het heeft het standpunt van E. met betrekking tot de rechtsmacht samengevat.

Het hof heeft de beslissing van de eerste rechter, die zich zonder rechtsmacht verklaard heeft, weergegeven en de bijzonderste overwegingen waarop deze beslissing steunde samengevat.

Het tussenarrest vermeldt het voorwerp van het hoger beroep van M. met de actualisering van haar vordering, evenals haar grieven in verband met de uitspraak van de eerste rechter over de rechtsmacht en het standpunt daaromtrent en ten gronde van E., die tot de onontvankelijkheid, minstens ongegrondheid van het hoger beroep besloot.

Op grond van de overwegingen die daarin zijn vermeld, besloot het hof tot de ontvankelijkheid van het hoger beroep van M. Het verklaarde dit hoger beroep in de volgende mate gegrond. Het verklaarde over rechtsmacht te beschikken om uitspraak te doen over het geschil en bepaalde, gelet op artikel 1068, eerste lid Ger.W. en alvorens recht te doen over de ontvankelijkheid en de gegrondheid van de vordering van M., de rechtsdag voor de verdere behandeling van de zaak en conclusietermijnen.

2. E. heeft op 20 mei 2016 een voorziening in Cassatie ingesteld tegen het tussenarrest van 21 oktober 2015. Het Hof van Cassatie heeft dit cassatieberoep verworpen bij arrest van 12 mei 2017.

3. M. vordert uiteindelijk dat E. veroordeeld wordt tot betaling van 174.380,00 EUR, te vermeerderen met de moratoire intresten te berekenen vanaf de vervaldagen, subsidiair vanaf 1 november 2008, nog meer subsidiair vanaf de ingebrekestelling d.d. 31 maart 2009, omgezet in gerechtelijke intresten vanaf de dagvaarding d.d. 16 december 2009 tot aan de integrale betaling, aan de intrestvoet overeenkomstig de wet tot bestrijding van de betalingsachterstand bij handelstransacties. Zij vordert dat de tegenvorderingen worden afgewezen als onontvankelijk, ontoelaatbaar, minstens volstrekt ongegrond en dat E. veroordeeld wordt tot de kosten van het geding, begroot op 497,16 EUR kosten van dagvaarding, 8.400,00 EUR rechtsplegingsvergoeding in eerste aanleg, 210,00 EUR rolrecht hoger beroep, 2.190,00 EUR vertalingskosten beroepsakte, 8.400,00 EUR rechtsplegingsvergoeding hoger beroep inzake de hoofdvordering, 8.400,00 EUR basisrechtsplegingsvergoeding inzake de tegenvordering, 33,00 EUR grosse, 195,75 EUR vertalingskosten tussenarrest, 559,13 EUR betekening tussenarrest en de kosten van tenuitvoerlegging, vertaling, kosten, voor de Cassatieprocedure, enz. p.m.

Onder verwijzing naar het tussenarrest van 21 oktober 2015 besluit M. dat de overeenkomst, in uitvoering waarvan zij het openstaand saldo vordert, beheerst wordt door haar algemene voorwaarden, waaronder de daarin bedongen toepasselijkheid van het Belgisch recht (artikel 12) met inbegrip van het Verdrag der Verenigde Naties inzake internationale koopovereenkomsten betreffende roerende zaken, gedaan te Wenen op 11 april 1980 (hierna het "*Weens Koopverdrag*" genoemd) en voor de aangelegenheden die niet door dit Verdrag geregeld zijn door het Belgische recht, dat als *lex contractus* werd aangeduid in de algemene voorwaarden.

M. stelt dat de overeenkomst tussen partijen dient gekwalificeerd te worden als een koopovereenkomst in de zin van artikel 3.1. van het Weens Koopverdrag.

M. betoogt dat zij een conforme machine heeft geleverd en dat zij, boven de hoofdsom, gerechtigd is op intresten en een schadevergoeding op grond van artikel 78 van het Weens Koopverdrag. Zij berekent intresten aan de rentevoet, bepaald op grond van artikel 5 van de wet van 2 augustus 2002 tot bestrijding van de betalingsachterstand bij handelstransacties en verklaart aanspraak te maken op een redelijke schadeloosstelling in de zin van artikel 6 van deze wet, die zij evenwel niet begroot.

M. acht haar vordering gegrond, aangezien ze betrekking heeft op niet geprotesteerde facturen. Zij beroept zich op artikel 25 van het wetboek van koophandel.

Zij is van oordeel dat de tegenvorderingen van E., strekkende tot het bekomen van een verdragingsvergoeding en schadevergoeding met aanstelling van een deskundige, onontvankelijk zijn, omdat zij voor het eerst in graad van beroep zijn gesteld, acht jaar na de levering. De omstandigheid dat zij reeds eerder – zes jaar na de levering – gesteld werden voor de onbevoegde Spaanse rechtbank doet daar volgens haar geen afbreuk aan.

Volgens M. zijn de tegenvorderingen van E. in elk geval onontvankelijk of ontoelaatbaar, gelet op de bepalingen omtrent de onderzoeks- en de klachtplicht van de artikelen 38 en 39 van het Weens Koopverdrag.

Minstens maakt de laattijdige tegenvordering van E. en het voor het eerst voorleggen met haar conclusie van 18 mei 2017 van e-mailcorrespondentie, die negen jaar oud is, volgens M. rechtsmisbruik uit. Zij meent bovendien dat deze e-mailberichten geen kennisgeving van niet-conformiteit in de zin van artikel 39 van het Weens Koopverdrag vormen, aangezien ze niet gericht werden aan iemand die bevoegd was om deze kennisgevingen in ontvangst te nemen en ze niet in de taal van het contract werden gesteld of in een taal die de geadresseerde begrijpt. Bovendien beantwoorden ze volgens M. ook inhoudelijk niet aan de vereisten van artikel 39.1 van het Weens Koopverdrag. M. betwist dat geen overnamebeproevingen en *performantietests* zouden zijn gedaan en dat daardoor de termijn voor de kennisgeving op grond van artikel 39.1. niet zou zijn beginnen lopen. Bovendien stelt zij dat de *verjaringstermijn* van artikel 39.2. in elk geval verstreken was.

M. acht de tegenvordering van E. bovendien ongegrond. Zij stelt dat E. ten onrechte tegelijk de terugbetaling van de prijs en herstel vordert. Zij meent dat zij nooit aansprakelijk kan zijn voor economische schade, nu zij niet conform de bepalingen van het Weens Koopverdrag op de hoogte werd gesteld van de beweerde niet-conformiteit en verwijt E. in elk geval haar schadebeperkingsplicht niet te hebben nageleefd.

M. stelt dat E. het bestaan van de beweerde gebreken niet bewijst en dat een gerechtsdeskundige negen jaar na de feiten geen enkele nuttige vaststelling meer kan doen.

Wat de vordering tot schadevergoeding wegens laattijdige levering betreft, heeft E. volgens M. afstand gedaan van en verzaakt aan elke vordering tot betaling van schadevergoeding. Minstens is volgens haar sprake van rechtsmisbruik. Bovendien acht zij het boetebeding strijdig met artikel 74 van het Weens Koopverdrag en bijgevolg nietig. Zij wijst erop dat E. geen schade geleden heeft en dat zij zelf steeds te laat was met haar eigen verplichtingen. Uiterst ondergeschikt beroept M. zich met betrekking tot de schadevergoeding wegens vertraging op de imprevisieer.

Ten slotte verzet M. zich ertegen dat pas uitspraak zou gedaan worden over de hoofdvordering als er een beslissing is over de tegen vordering. Zij verzet zich ook tegen de gevorderde compensatie.

4. E. vordert uiteindelijk dat het hof de vordering van M. toelaatbaar verklaart, doch de beslissing ten gronde aanhoudt tot de beslissing over de tegenvordering.

Zij vordert dat M. veroordeeld wordt om aan haar 43.595,00 EUR te betalen uit hoofde van de contractueel bepaalde verdragingsvergoeding op basis van de annex bij de overeenkomst van 28 juni 2007, meer de verwijlrente vanaf 24 maart 2014 (datum waarop deze vordering werd gesteld in Spanje middels dagvaarding, hetgeen geldt als ingebrekestelling), aan de wettelijke intrestvoet, meer de gerechtelijke rente vanaf de datum van neerlegging van de conclusie d.d. 4 juli 2016, waarbij deze vordering hernomen werd in het onderhavige geding, tot de datum van betaling.

Bovendien vordert E. dat M. veroordeeld wordt tot betaling aan haar van 1,00 EUR provisioneel op een minimaal geraamde schade van 316.484,26 EUR op grond van niet-conformiteit in de uitvoering

van de overeenkomst van 28 juni 2007, c.q. verborgen gebreken in het door M. aan haar geleverde/verkochte.

E. vordert dat het hof, alvorens dienaangaande ten gronde te oordelen, een gerechtsdeskundige aanstelt in toepassing van artikel 19, derde lid Ger.W., met als opdracht ter plaatse te gaan te Utiel - Spanje, [...], dan wel de bedrijfsterreinen en locaties waar de door M. geleverde machine in werking werd gesteld, de uitgevoerde werken en de geleverde machine te beschrijven en te beoordelen in welke mate sprake is van conformiteit in vergelijking met de specificaties van de overeenkomst en een uitvoering volgens de regels van de kunst in het algemeen, de eventuele fouten en zichtbare en verborgen gebreken te beschrijven, de herstelkosten en herstelduur weer te geven, de schade (zowel moreel als materieel) van E. te beschrijven en te begroten, alsmede een cijfermatige begroting van eventuele genotsderving en minwaarden op te maken, in voorkomend geval de door M. aan E. terug te betalen prijs te begroten en de afrekening tussen de partijen op te maken.

In ondergeschikte orde vordert E. dat het hof de hoofdvordering afwijst als ongegrond, de tegenvorderingen gegrond verklaart met veroordeling van M. zoals in hoofdorde gevorderd en desgevallend de compensatie weerhoudt tussen het bedrag waartoe M. veroordeeld wordt en het bedrag waartoe zij in voorkomend geval zou worden veroordeeld. Zij vordert dat de verwijlrente op de vordering van M. wordt afgewezen voor de periode tussen 3 september 2010 en 15 december 2014 en dat deze ten vroegste ingaat op de datum van ingebrekestelling.

Zij vordert dat M. veroordeeld wordt tot betaling van de rechtsplegingsvergoedingen van 8.400,00 EUR per aanleg, minstens de rechtsplegingsvergoedingen wegens het wederzijds gelijk en ongelijk van de partijen te compenseren.

E. betoogt dat de bijzondere voorwaarden, vermeld in de basisovereenkomst, primeren op de algemene voorwaarden.

Zij stelt dat M. zich niet kan beroepen op de aanvaarding van de facturen. Zij verklaart deelbetalingen te hebben verricht opdat de zaken zouden vooruitgaan. Zij merkt op dat de in de overeenkomst voorziene acceptatietesten niet werden uitgevoerd.

E. acht het Weens Koopverdrag niet van toepassing, omdat de overeenkomst dient beschouwd te worden als een aanneming.

Zij stelt dat zij op toelaatbare wijze een tegenvordering kon stellen wegens niet-conformiteit en verborgen gebreken, aangezien zij dezelfde vordering reeds ingesteld had voor de Spaanse rechtbank van Requena met dagvaarding van 23 maart 2014. Zij wijst erop dat deze Spaanse rechter op 11 februari 2016 de zaak naar de Belgische rechter "verwezen" heeft. Zij betoogt dat haar tegenvordering berust op een feit of handeling aangevoerd in de oorspronkelijke dagvaarding en bovendien een verweer uitmaakt op de hoofdvordering.

Volgens E. is sprake van verborgen gebreken bij de levering van de machine die gebeurde in het kader van de aannemingsovereenkomst. Zij stelt dat zij de gebreken niet aanvaard heeft en dat de verjaringstermijn van 10 jaar niet verstreken was.

Ook indien het Weens Koopverdrag van toepassing is, acht E. de kennisgeving tijdig. Zij verwijst naar een kennisgeving van mei 2009 in verband met minstens één niet-conformiteit, evenals naar de problemen die gemeld werden per e-mail in oktober, november, en december 2008 en in februari 2009. In verband met deze e-mails kan M. zich volgens E. niet beroepen op het feit dat ze in de Spaanse taal zijn gesteld of niet aan de wettelijke vertegenwoordiger van M. werden gericht, aangezien zij daaromtrent op geen enkel nuttig ogenblik opmerkingen of bezwaren heeft gemaakt, doch

integendeel minstens op één e-mailbericht geantwoord heeft. Zij wijst erop dat op de andere e-mailberichten geen antwoorden voorliggen.

E. besluit dat zij wel degelijk tijdig een rechtsvordering heeft ingesteld wegens niet-conformiteit of verborgen gebreken, ook bij toepassing van artikel 1641 B.W.

E. acht het Verdrag van New York van 14 juni 1974, dat voorziet in een korte verjaringstermijn van vier jaar, niet van toepassing, aangezien het slechts bekrachtigd werd door België met een wet van 15 juli 2008 en pas van toepassing is op overeenkomsten gesloten vanaf 1 maart 2009.

E. meent dat M. zich niet op procesrechtsmisbruik kan beroepen, aangezien zij zelf vier jaar stilgezeten heeft, nadat de rechtbank van koophandel zich zonder rechtsmacht verklaard had.

Volgens E. staat het vast dat M. met vertraging heeft geleverd, zodat de conventioneel bedongen verdragingsboete verschuldigd is. Zij stelt dat weliswaar heronderhandeld werd over de leveringstermijn, doch dat zij nooit afstand heeft gedaan van haar recht op vergoeding wegens de vertraging. Zij voegt eraan toe dat M. ook de heronderhandelde termijnen niet heeft gerespecteerd en stelt dat zij aldus terecht aanspraak maakt op betaling van de som van 43.595,00 EUR, meer de verwijlrente vanaf 24 maart 2014, datum waarop zij deze vordering gesteld heeft voor de Spaanse rechter.

Met betrekking tot de niet-conformiteit of verborgen gebreken, verwijst E. naar een eenzijdig verslag, dat de economische gevolgen van deze gebreken provisioneel begroot op 316.484,26 EUR. Zij stelt dat dit verslag de aanstelling van een gerechtsdeskundige in elk geval verantwoordt. Zij merkt op dat de problemen voornamelijk betrekking hebben op het gebrekkig verwijderen van de etiketten door de borstelmachine enerzijds en de onmogelijkheid om met de droogmachine een capaciteit van 100 vaten per uur te bereiken.

E. acht de hoofdvordering ongegrond, minstens is zij van oordeel dat het voorbarig is daarover uitspraak te doen, zolang de tegenvorderingen niet zijn afgewikkeld.

Ondergeschikt meent zij dat de intresten dienen beperkt te worden, gelet op het stilzitten van M. gedurende vier jaar en het feit dat zij voortijdig gefactureerd heeft, gelet op de afwezigheid van pre-acceptatieattesten. Bovendien stelt zij dat compensatie dient toegepast te worden.

Wat de kosten betreft, is E. van oordeel dat M. geen dubbele rechtsplegingsvergoeding kan vorderen voor de hoofd- en de tegeneis.

II. Beoordeling

1. Het geschil tussen de partijen vloeit voort uit een overeenkomst van 28 juni 2007 voor het produceren, leveren, installeren en in bedrijf stellen door M. bij E. van een installatie voor het reconditioneren van stalen vaten.

1.1. De door M. geleverde reconditioneringslijn bestond uit zes machines, namelijk een machine voor het ontblutsen ("*dedenting machine*"), een borstelmachine ("*brushing machine*") om etiketten te verwijderen, een wastoestel ("*washing unit*") een verfsysteem ("*painting system*"), een semiautomatische vatopener ("*semiautomatic drumopener*") en een zeefdrukprinter ("*drumbody silkscreenprinter*").

1.2. De vordering van M. strekt ertoe betaling te bekomen van saldi die onbetaald zijn gebleven van facturen die op deze overeenkomst betrekking hebben. Het betreft meer bepaald:

- factuur [...] d.d. 31 maart 2008 van 45.500,00 EUR voor een saldo van 13.000,00 EUR;
- factuur [...] d.d. 11 juli 2008 van 372.400,00 EUR voor een saldo van 106.400,00 EUR;
- factuur [...] d.d. 29 augustus 2008 van 135.430,00 EUR voor een saldo van 38.980,00 EUR;
- factuur [...] d.d. 30 september 2008 van 56.000,00 EUR voor een saldo van 16.000,00 EUR.

1.3. M. vordert aldus een saldo van 174.380,00 EUR van de contractprijs die 871.900,00 EUR bedroeg. Hij was betaalbaar in vier schijven, namelijk:

- 30% of 261.570,00 EUR bij de orderbevestiging;
- 25% of 217.975,00 EUR bij de overnamebeproevingen in de onderneming van M.;
- 25% of 217.975,00 EUR bij de aankomst van de goederen in Spanje;
- 20% of 174.380,00 EUR na de inbedrijfstelling en uiterlijk 3 maanden na de aankomst in Spanje (\$7 van de overeenkomst van 28 juni 2007)

1.4. In dezelfde paragraaf van de overeenkomst was het volgende leveringsschema bedongen:

- acht maanden (met uitsluiting van twee weken Kerstvakantie en drie weken zomervakantie) voor de productie bij M. vanaf de datum van de betaling van het eerste voorschot:
- een week voor de pre-acceptatie test bij M.;
- twee weken voor de verscheping naar Spanje (met inbegrip van de verpakking en het transport);
- een maand installatie in Spanje;
- twintig dagen voor de inbedrijfstelling.

Te rekenen vanaf de betaling van het eerste voorschot tot het einde van de inbedrijfstelling bedroeg de totale leveringsduur aldus 9 maanden + 8 weken + 20 dagen of samen 11,5 maanden.

1.5. M. factureerde 261.570,00 EUR op 8 juni 2007. Deze voorschotfactuur werd betaald op 2 juli 2007.

1.6. M. leverde in maart 2008 de vatopener en factureerde daarvoor op 31 maart 2008 het daarvoor verschuldigd saldo van 45.500,00 EUR.

1.7. Op 8 april 2008 stelden de partijen vast dat het onmogelijk was de pre-acceptatie test te doen binnen de overeengekomen termijnen. Daarom spraken ze als volgt af:

- de pre-acceptatietest zal op twee verschillende data uitgevoerd worden: de eerste einde mei (voor de ontblutser, het verfsysteem en het uitwendige wastoestel) en de tweede einde juni, voor de andere onderdelen;
- de levering van de machines zal ook op twee verschillende data gebeuren, volgende op de data van pre-acceptatie;
- de installatie zal gebeuren op twee data, volgend op de verscheping;
- de inbedrijfstelling zal starten als de installatie compleet is, voor einde juli;
- de bijkomende verplaatsingskosten voor de installatie zijn ten laste van M.;
- het betalingsschema en de betalingsvoorwaarden werden aangepast aan de voormelde data:
 - 25% bij de laatste pre-acceptatie test;
 - 25% bij de aankomst van de laatste goederen in het bedrijf van E. in Utiel;
 - de rest na de inbedrijfstelling;
- E. vroeg aan M. een bankgarantie voor het bedrag van het voorschot. Daarover zou de daaropvolgende week een afspraak worden gemaakt.

1.8. Op 30 april 2008 zond E. een brief aan M., waarin verwezen werd naar de overeenkomst van 8 april 2008 om de leveringstermijn te wijzigen. Zij verklaarde nog steeds de bankgarantie niet ontvangen te hebben. Zij wees erop dat de vertraging haar kosten aanzienlijk had doen toenemen, doordat zij haar nieuwe fabriek in Utiel niet op de voorziene datum had kunnen opstarten. Zij verklaarde te hopen dat M. besepte dat haar vertraging haar reeds aanzienlijke schade had toegebracht. Zij stelde dat, indien de nieuw overeengekomen termijn niet werd nageleefd, zij een subsidie van de Spaanse overheid van 600.000,00 EUR zou mislopen. Daarnaast somde zij nog andere schadeposten op, die zich zouden voordoen indien de ontvangst van de machines nog langer zou uitgesteld worden. Zij drong aan op het overmaken van de bankgarantie en op de naleving van het contract.

1.9. In een aangetekende brief van 15 mei 2008 verontschuldigde M. zich omdat de leveringstermijn wegens onvoorziene omstandigheden langer was dan zij ingeschat had bij de ondertekening van het contract. Zij weet dit vooral aan de situatie op de markt van de materialen en grondstoffen en aan het feit dat de leveringstermijnen van haar leveranciers langer waren en de prijzen snel gestegen waren. Zij wees erop dat in haar algemene voorwaarden vermeld was dat de leveringstermijnen wegens onvoorziene omstandigheden konden verschillen en dat de leveringstermijn slechts een inschatting was. Wat de subsidie betrof, verklaarde M. daarvan niet op de hoogte te zijn gesteld bij de ondertekening van het contract. Verder merkte zij op dat haar was meegedeeld dat het nieuwe gebouw pas einde mei zou klaar zijn, wat problematisch zou kunnen zijn, aangezien zij de ruimte nodig had om de machines te installeren. M. stelde niet te kunnen aanvaarden dat zij zou moeten betalen voor kosten van de productie van E., administratieve vergunningen, boetes bij haar leveranciers, de niet-uitvoering van marketingplannen, de verhuizing van het bedrijf en de installatie. Zij verklaarde zich bereid een bankgarantie te verlenen, zodra E. bevestigd had dat zij het contract niet zou ontbinden. Zij wees er nog op dat zij de levering van de vatopener reeds had vervroegd.

Zij gaf een overzicht van de stand van de afwerking en stelde dat de borstelmaschine de moeilijkste zou zijn om klaar te krijgen tegen einde juni. Zij beloofde er alles aan te zullen doen om de nieuwe leveringstermijnen te respecteren.

1.10. M. factureerde op 11 juli 2008 de som van 372.400,00 EUR voor de gedeeltelijke levering van de toestellen. In een brief van 1 augustus 2008 wees E. erop dat volgens de overeenkomst van 8 april 2008 pas tot een tweede betaling zou worden overgegaan nadat de pre-acceptatie was gebeurd. Zij stelde dat dit nog niet het geval was geweest, hoewel de test had moeten plaatsvinden in juni. Zij merkte op dat dit reeds de tweede niet-nageleefde deadline was, terwijl zij bovendien nog steeds geen bankgarantie ontvangen had. Zij vroeg deze tekortkomingen op te lossen, zodat zij de productie van de lijn zo snel mogelijk kon opstarten.

1.11. Op 29 augustus 2008 factureerde M. 136.430,00 EUR voor de levering van twee machines. Op 30 september 2009 volgde dan een factuur van 56.000,00 EUR voor de levering van de borstelmaschine.

1.12. E. betaalde 217.975,00 EUR op 15 oktober 2008. Daarna volgden vijf betalingen van telkens 43.595,00 EUR op 29 oktober 2008, 26 november 2008, 29 december 2008, 29 januari 2009 en 2 maart 2009.

1.13. Met een aangetekende brief van 31 maart 2009 stelde M. E. in gebreke om de openstaande som van 174.380,00 EUR te betalen.

1.14. M. stelde in een aangetekende brief van 14 mei 2009 vast dat zij geen antwoord had gekregen op haar brief van 31 maart 2009. Zij verklaarde dat E. pas 40 dagen later had meegedeeld dat zij deze facturen niet had betaald omdat de borstelmaschine niet tot haar voldoening werkte. Zij wees erop dat

E. geopteerd had voor de goedkoopste versie van de borstelmachine en dat daaromtrent in de orderbevestiging vermeld stond dat het gebruik ervan niet kon garanderen dat alle etiketten en lijm verwijderd waren, doch dat zij kon helpen de mankracht te verminderen voor het verwijderen van de etiketten. Zij voegde eraan toe dat bovendien in het contract was vermeld voor welk specifiek soort vaten deze machine geschikt was. Zij besloot dat zij de borstelmachine geleverd had, die voorzien was in de overeenkomst. Zij verklaarde zich bereid om te zoeken naar oplossingen om tot een beter resultaat te komen met de vaten die E. wenste te behandelen, op voorwaarde dat onmiddellijk een betaling van 100.000,00 EUR zou gebeuren.

1.15. Met een brief d.d. 12 juni 2009 vroeg E. aan M. een vertaling van de instructiehandleiding in het Spaans, de markering aan te vullen met de aanduidingen die essentieel zijn voor het veilige gebruik van de machines, informatie in de instructiehandleiding over de emissie van luchtgeluid van de machines en essentiële informatie in de instructiehandleiding over het gebruik van de machines in een explosieve atmosfeer.

1.16. M. liet op 13 augustus 2009 weten dat zij de gevraagde documenten zou overmaken. Zij vroeg E. te bevestigen dat zij binnen 8 dagen daarna de som van 174.380,00 EUR zou betalen.

1.17. Op verzoek van E. stelde Q. ([...]) op 28 augustus 2009 een technisch verslag op van de productielijn voor het recycleren van gebruikte vaten. De inspectie had betrekking op negen machines, waaronder de zes die door M. waren geleverd. Q. kwam tot de conclusie dat de machines dienden aangepast of aangevuld te worden om te voldoen aan de geldende veiligheidsvoorschriften. Zij raamde de kostprijs daarvan op 36.500,00 EUR. Bovendien werd in dit verslag vastgesteld dat de lijn tekortkomingen vertoonde op het gebied van de productie en dat deze hoofdzakelijk bestonden in een gebrekkige en onvolledige verwijdering van de etiketten en in het ondoelmatig drogen van de binnenkant van de vaten. Daardoor kan volgens Q. een productie van niet meer dan 40 vaten worden gehaald. Zij begrootte de kostprijs voor de aanpassingen op respectievelijk 148.000,00 EUR (voor de machine om etiketten te verwijderen) en 18.656,00 EUR (wijziging van het droogstelsel).

1.18. In een brief d.d. 31 oktober 2009 van haar raadsman stelde M. vast dat zij nog steeds geen betaling ontvangen had van het saldo van 174.380,00 EUR, vermeerderd met schadevergoeding en intresten. Zij liet weten dat de vertaling van de handleiding zou opgestuurd worden op 6 november 2009. Zij verwees naar een aangetekende brief, gedateerd op 5 oktober 2009, die zij ontvangen had op 19 oktober 2009 van de Spaanse raadsman van E. Zij protesteerde deze brief, niet enkel omdat hij zo vaag was, maar ook omdat nooit een ernstige schade-eis was geformuleerd en de installatie reeds sedert midden december 2008 in productie was.

1.19. Bij dagvaarding van 16 december 2009 liet M. de dagvaarding voor de eerste rechter betekenen aan E. Zij vorderde betaling van 174.380,00 EUR, meer verwijlrenten aan de rentevoet op grond van de wet van 2 augustus 2002 tot bestrijding van de betalingsachterstand bij handelstransacties vanaf 31 maart 2009. De eerste rechter verklaarde zich zonder rechtsmacht bij vonnis van 3 september 2010.

1.20. E. legt een financieel verslag voor in verband met de slechte werking van de productielijn voor de reconditionering van gebruikte vaten. Dit verslag is gedateerd op 28 januari 2014. Daarin wordt tot de conclusie gekomen dat de keuze van M. als fabrikant van de machines een aanzienlijke vertraging heeft meegebracht in het bereiken van de doelstellingen van E., in een verlies van klanten en in een toename van kosten. De schade werd begroot op 316.483,00 EUR, namelijk 71.239,00 EUR voor kosten veroorzaakt door personeelsuitbreiding van januari 2009 tot oktober 2010 en 48.718,00 EUR voor kosten veroorzaakt door personeelsuitbreiding van november 2010 tot december 2013, 121.657,00 EUR wegens investering in de module voor het verwijderen van de etiketten, 31.669,00 EUR investering in de module voor het uitdrogen en drogen van de vaten, 36.500,00 EUR investering

wegens tekortkomingen in de veiligheid van de machines en 6.700,00 EUR investering wegens structurele tekortkomingen van de machines.

1.21. In maart 2014 leidde E. een vordering in voor de rechtbank te Requena (Spanje) om betaling te bekomen van de voormelde som.

Nadat dit hof met het arrest van 11 oktober 2015 beslist had dat het over rechtsmacht beschikte, verklaarde de rechtbank te Requena zich bij vonnis van 8 februari 2016 zonder rechtsmacht op grond van artikel 27.2 van de Verordening 44/2001 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (Brussel-I Verordening).

2. De overeenkomst tussen partijen, die aanleiding heeft gegeven tot het geschil, heeft het voorwerp uitgemaakt van een schriftelijke orderbevestiging, die door de partijen ondertekend werd op 28 juni 2007. Dit document, dat zoals de andere stukken en correspondentie die betrekking hebben op het contract, in het Engels is opgesteld, bepaalt onder §7 "*Terms*", vertaald "*Voorwaarden*" op p. 8: "*Our general terms for sales are added and are valid for all sales*", vertaald "*Onze algemene verkoopvoorwaarden worden bijgevoegd en gelden voor alle verkopen*".

Het wordt niet betwist dat M., voorafgaand aan de ondertekening van deze orderbevestiging, op 8 juni 2007 een pro forma factuur [...] heeft opgesteld voor de volledige contractprijs van 871.900,00 EUR. Dit gebeurde volgens E. om haar toe te laten overheidssteun aan te vragen met het oog op de financiering van de investering.

Uit de ondertekening van de overeenkomst van 28 juni 2007 door E. blijkt dat zij ingestemd heeft met de toepasselijkheid van de algemene voorwaarden van M. op de overeenkomst. Uit de vaststelling dat zij voorafgaand aan deze ondertekening een factuur heeft ontvangen, waarop deze voorwaarden vermeld zijn, blijkt bovendien dat E. er kennis van genomen heeft.

De toepasselijkheid van deze algemene voorwaarden belet niet dat gebeurlijke afwijkende bedingen, die vermeld zouden zijn in de bijzondere overeenkomst van de overeenkomst, voorrang hebben.

3. Volgens artikel 12 van de toepasselijke algemene voorwaarden, is de overeenkomst tussen de partijen onderworpen aan het recht van het land van de verkoper.

Deze overeenkomst had tot voorwerp het produceren, leveren, installeren en in bedrijf stellen door M. van een op specificatie van E. gemaakte machine voor het herconditioneren van stalen vaten. Volgens E. is dit een aannemingsovereenkomst, volgens M. een gemengde overeenkomst, waarop het Weens Koopverdrag van toepassing is.

Het Weens Koopverdrag is van toepassing op koopovereenkomsten betreffende roerende zaken tussen partijen die in verschillende staten gevestigd zijn, wanneer de Staten verdragsluitende staten zijn (artikel 1-1)a Weens Koopverdrag). Zowel Spanje als België zijn verdragsluitende staten.

Het Verdrag stelt met koopovereenkomsten gelijk, de overeenkomsten tot levering van te vervaardigen of voort te brengen roerende zaken, tenzij de partij die de zaken bestelt een wezenlijk deel van de voor de vervaardiging of voortbrenging benodigde grondstoffen moet verschaffen (artikel 3.1. Weens Koopverdrag). Het Verdrag is daarentegen niet van toepassing op overeenkomsten waarin het belangrijkste deel van de verplichtingen van de partij die de roerende zaken levert, bestaat in de verstrekking van arbeidskracht of de verlening van andere diensten.

De overeenkomst had de vervaardiging door M. van machines tot voorwerp, waarbij de grondstoffen die daarvoor nodig waren door haar zelf werden verschaft. Zij beantwoordde aldus aan het bepaalde in artikel 3.1. De manuren noodzakelijk voor de installatie van deze productielijn, namelijk 2

techniekers gedurende vijftwintig werkdagen en 2 technikers gedurende twaalf werkdagen, die samen ongeveer 4% van de contractwaarde vertegenwoordigden, waren slechts bijkomstig en vormden, mede gelet op de aard, de omvang, en de specificiteit van de geleverde machines, geenszins het belangrijkste deel van de verplichtingen die M. op zich nam.

De overeenkomst is aldus onderworpen aan de bepalingen van het Weens Koopverdrag, voor de aangelegenheden die niet door dit Verdrag geregeld zijn, gelden de wettelijke bepalingen van het recht van het land van de verkoper, in dit geval het Belgisch recht.

4. Er bestaat geen betwisting over het feit dat de door M. aan E. gefactureerde bedragen overeenstemmen met hetgeen bedongen is in de overeenkomst. E. spreekt als zodanig niet tegen dat op de contractprijs van 871.900,00 EUR een saldo van 174.380,00 EUR onbetaald is gebleven. Dit saldo stemt overeen met de laatste 20% van de prijs, die volgens de overeenkomst verschuldigd was na de inbedrijfstelling van de machines en uiterlijk drie maanden na hun aankomst in Spanje.

M. legt de vrachtbrieven voor, waaruit blijkt dat de goederen naar Utiel verzonden werden op 28 maart 2008, 3 juli 2008, 29 augustus 2008 en 3 september 2008. Er mag redelijkerwijze aangenomen worden dat de laatste machine uiterlijk op 10 september 2008 in Spanje aangekomen is. Dit betekent dat het saldo van de prijs diende betaald te zijn uiterlijk op 10 december 2008.

5. Onder verwijzing naar artikel 25 van het wetboek van koophandel argumenteert M. dat de facturen, waarvan zij betaling vordert, aanvaard werden bij gebrek aan protest, zodat zij alleen reeds om die reden verschuldigd zijn.

Blijkens de voorliggende stukken werd enkel de factuur d.d. 11 juli 2008 van 372.400,00 EUR geprotesteerd. E. stelde in haar brief van 1 augustus 2008 dat volgens de overeenkomst de tweede schijf van de prijs pas verschuldigd was nadat de pre-acceptatietesten waren uitgevoerd, hetgeen volgens haar op dat ogenblik nog niet het geval was.

Met dit protest verantwoordde E. waarom volgens haar de tweede schijf van 25% op de prijs van de aangekochte installatie op dat ogenblik nog niet diende betaald te worden. Na deze datum betaalde zij niet alleen deze tweede schijf, maar ook het volledige bedrag van de derde schijf, die verviel op het ogenblik dat alle goederen in Spanje geleverd waren. Dat de pre-acceptatietest naderhand toch nog werd uitgevoerd, blijkt niet uit de voorliggende stukken. Hoe dan ook blijkt uit de betaling van de tweede schijf van de prijs dat het feit dat dit niet of niet tijdig zou zijn gebeurd daarvoor geen hinderpaal (meer) vormde. Zij kan dit in elk geval niet inroepen om het saldo van 20% van de contractprijs niet te betalen. Evenmin kan zij haar weigering om dit saldo te betalen verantwoorden door op te werpen van M. geen bankgarantie had verleend voor het bedrag van het voorschot (de eerste 30% van de prijs), aangezien zij na haar protest van 1 augustus 2008 nog verdere betalingen uitvoerde (tot beloop van de tweede en derde schijf) en klaarblijkelijk afstand deed van de eis in verband met de bankgarantie, die haar een zekerheid moest verschaffen voor het geval M. insolvent zou worden en de machines, waarop het voorschot betrekking had, niet kon leveren. Deze aanspraak is hoe dan ook zonder voorwerp geworden, aangezien de machines geleverd en in bedrijf gesteld zijn.

Met betrekking tot de andere facturen stelt het hof vast dat zij niet geprotesteerd werden korte tijd na de ontvangst daarvan. Daaruit kan afgeleid worden dat E. instemde met het verschuldigd zijn van het daarmee aangerekende bedrag.

6. E. roept als verweer tegen de vordering in betaling van het saldo van de prijs in dat de geleverde installatie niet conform is en/of verborgen gebreken vertoont. Wegens de schade die zij daardoor geleden heeft, stelde zij voor het eerst in hoger beroep een tegenvordering in voor de schade die zij daardoor verklaart geleden te hebben. Het betreft dezelfde vordering die zij bij wijze van

hoofdvordering ingesteld heeft voor de rechtbank te Requena. In tegenstelling tot wat E. voorhoudt, heeft deze rechtbank de zaak niet verwezen naar dit hof. Zij heeft zich, op grond van artikel 27.2. van de Brussel-I Verordening zonder rechtsmacht verklaard. Deze bepaling luidde als volgt: *"Wanneer de bevoegdheid van het gerecht waarbij de zaak het eerst is aangebracht, vaststaat, verklaart het gerecht waarbij de zaak het laatst is aangebracht, zich onbevoegd"*.

7. M. is van oordeel dat de door E. voor het eerst in hoger beroep ingestelde tegenvordering niet toelaatbaar is.

Overeenkomstig artikel 807 Ger.W. kan een vordering, die voor de rechter aanhangig is, uitgebreid of gewijzigd worden, indien de nieuwe, op tegenspraak genomen conclusies, berusten op een feit of een akte in de dagvaarding aangevoerd, zelfs indien hun juridische omschrijving verschillend is. Ingevolge artikel 1042 Ger.W. is deze bepaling ook van toepassing op de procedure in hoger beroep. Het autonome karakter van de tegenvordering heeft evenwel tot gevolg dat zij, om toelaatbaar te zijn, niet moet steunen op een feit of een akte in de inleidende dagvaarding. Alhoewel artikel 807 Ger.W. dus enkel geldt voor de oorspronkelijke eiser moet, inzonderheid omwille van de wapengelijkheid, het voorwerp van een voor het eerst in hoger beroep ingestelde tegenvordering minstens enig feitelijk verband vertonen met een bij de eerste rechter aanhangige vordering en derhalve met de oorzaak daarvan. Aan deze voorwaarde is in het voorliggend geval voldaan. E. roept de beweerde niet-conformiteit en/of gebreken aan de machines in als verweer tegen de vordering van M. tot betaling van de prijs en vordert vergoeding voor de schade die zij daardoor verklaart te lijden. Deze tegenvordering is dan ook toelaatbaar.

8. Het Weens Koopverdrag kent slechts één uniform conformiteitsbegrip en maakt geen onderscheid tussen de vrijwaring voor verborgen gebreken en de leveringsplicht. De artikelen 1641 e.v. B.W. inzake verborgen gebreken, zijn niet toepasselijk.

De verkoper dient zaken af te leveren, waarvan de hoeveelheid, de kwaliteit en de omschrijving voldoen aan de in de overeenkomst gestelde eisen en die zijn verpakt op de in de overeenkomst vereiste wijze (artikel 35.1. Weens Koopverdrag). Bij gebrek aan overeenkomst dat de goederen moeten dienen voor een bijzonder doel, moeten zij geschikt zijn voor de doeleinden waarvoor zaken van dezelfde omschrijving gewoonlijk zouden worden gebruikt (artikel 35.2.a. Weens Koopverdrag).

De verkoper is aansprakelijk voor de zaken die niet aan de overeenkomst beantwoorden op het tijdstip waarop het risico op de koper overgaat, ook al blijkt dit eerst daarna (artikel 36.1 Weens Koopverdrag). Hij is ook aansprakelijk voor elk niet beantwoorden van de zaken aan de overeenkomst dat optreedt na dit tijdstip en te wijten is aan een tekortkoming in de nakoming van een van zijn verplichtingen, waaronder een garantie dat de zaken gedurende een bepaalde tijd geschikt zullen blijven voor het doel, waarvoor zij normaal bestemd zijn of voor enigerlei bijzonder doel, dan wel nader aangegeven hoedanigheden of kenmerken zullen behouden (artikel 36.2. Weens Koopverdrag).

Krachtens artikel 38.1) Weens Koopverdrag moet de koper de zaak binnen een, gelet op de omstandigheden, zo kort mogelijke termijn keuren of doen keuren. Artikel 38.2) voegt eraan toe dat, indien de overeenkomst tevens het vervoer van de zaken omvat, de keuring kan uitgesteld worden tot na de aankomst van de zaken op hun bestemming. Ten slotte bepaalt artikel 38.3) onder andere dat, indien de koper de zaken doorzendt zonder dat hij redelijkerwijze gelegenheid heeft deze te keuren en de verkoper ten tijde van het sluiten van de overeenkomst de mogelijkheid van deze wijziging of doorzending kende of behoorde te kennen, de keuring kan worden uitgesteld tot het tijdstip waarop de zaken op de nieuwe bestemming zijn aangekomen. Krachtens artikel 39.1) verliest de koper het recht om zich erop te beroepen dat de zaken niet aan de overeenkomst beantwoorden, indien hij niet binnen een redelijke termijn nadat hij dit heeft ontdekt of had behoren te ontdekken, de verkoper hiervan in kennis stelt, onder opgave van de aard van de tekortkoming. In ieder geval verliest hij het

recht om zich erop te beroepen dat de zaken niet aan de overeenkomst beantwoorden, indien hij de verkoper niet binnen een termijn van twee jaar na de datum waarop de zaken feitelijk aan de koper werden afgegeven, hiervan in kennis heeft gesteld, tenzij deze termijn niet overeenstemt met een in de overeenkomst opgenomen garantietermijn (artikel 39.2) Weens Koopverdrag).

9. Uit de voorliggende stukken blijkt dat alle machines aan E. verzonden waren op 3 september 2008. Nadat zij geïnstalleerd en in bedrijf waren gesteld, werden zij voor de productie door E. gebruikt. M. stelde in de brief d.d. 31 oktober 2009 van haar raadsman dat dit het geval was vanaf midden december 2008. E. heeft dit niet tegengesproken.

Pas voor het eerst in mei 2009 wierp E., na in gebreke gesteld te zijn om het saldo van de prijs te betalen, op dat de borstelmachine niet behoorlijk werkte en meer bepaald dat niet alle etiketten en lijm verwijderd werden. Indien dit een tekortkoming was aan deze machine, dan was dit iets wat onmiddellijk bij het gebruik vast te stellen was en komt een klacht, geformuleerd vijf maanden na de ingebruikname, laattijdig voor. De "*redelijke termijn*" waarvan sprake in artikel 39.1. van het Weens Koopverdrag is immers een "*vrij korte*" termijn (vgl. B. Tilleman, "Koop - Overzicht rechtspraak 2014-2017", in: B. Tilleman en A.L. Verbeke, *Themis 102, Bijzondere Overeenkomsten*, 2017, p. 63, nr. 114).

10. E. houdt evenwel voor dat zij reeds veel eerder klachten geformuleerd heeft. Zij beroept zich ter zake op e-mailberichten, die dateren van oktober, november en december 2008 en van februari 2009 en die zij voor het eerst heeft voorgelegd met haar conclusie, neergelegd op 18 mei 2017. Het betreft zeven e-mailberichten, uitgaande van P. van E., waarvan er zes gericht zijn aan Y., een medewerker van M., die blijkbaar belast was met de installatie en/of inbedrijfstelling van de machines, en één aan V. De inhoud van deze berichten kan als volgt samengevat worden:

- in een bericht van 2 oktober 2008 stelt E. voor om de verfspuiten dicht bij de uitgang van de cabine te plaatsen, wordt meegedeeld dat er geen probleem is met de rubberen afdichtingen en wordt verklaard dat E. zich bewust is van het punt met de lucht, waarbij het haar leek dat er maar één ingang was en zij verklaarde dat zij de andere zou zoeken;
- met een bericht d.d. 15 oktober 2008 aan V. maakte E. een bewijs van betaling over en gaat het verder over een telefonische afspraak; er wordt gesteld dat zij het geval met de apparatuur op een persoonlijke manier wil afhandelen;
- in een bericht van 6 november 2008 had E. het over het probleem met de etiketten. Blijkbaar was een detector defect geraakt; zij vroeg Y. om haar er een te bezorgen; bovendien had zij vastgesteld dat de etikettenmachine niet zoog omdat de draairichting van de turbine omgekeerd was;
- in een bericht van 11 november 2008 stelde E. dan dat de etiketten van de open vaten ook door de machine moesten verwijderd worden; verder verklaarde zij, wat de draairichting van de verfcabine betrof, dat zij daaraan dacht toen zij de fout ontdekte bij de etiketten;
- in een tweede bericht van 11 november 2008 vroeg E. wanneer er een oplossing kwam voor de kwestie met de etiketten;
- het bericht van 4 december 2008 is een reactie op een antwoord van Y. in verband met eerder door E. geformuleerde opmerkingen ("*wij hebben enkele opmerkingen over de machine*"); het gaat vooreerst over te nemen maatregelen om te vermijden dat de gewassen vaten vochtig blijven aan de binnenkant; vervolgens vroeg E. of het PLC-programma kon geïnstalleerd worden door Y., indien E. er iets aan veranderde; vervolgens formuleerde E. een suggestie in verband met de installatie van de afzuiging van de verfcabine; in verband met de borstelmachine werden problemen aangekaart in verband met de groeven in de bodem van de vaten, de grootte van het schuuroppervlak en de hardheid van de borstelschijf;
- in een bericht van 23 februari 2009 liet E. weten dat zij de blazer van de droogmachine vervangen had en dat zij Y. op de hoogte zou houden van de resultaten; in verband met de etikettenmachine verklaarde E. dat het geen oplossing was om de borstels dikker te maken; zij

stelde dat zij de etiketten nog steeds met de hand verwijderde, wat een hoge kost en een lagere productiviteit mee bracht; met betrekking tot de zeefdrukmachine vroeg E. de tekeningen te bezorgen met de maten van de frames waarin het doek komt, zodat zij er kon bijmaken; zij verzocht Y. een offerte te sturen voor het maken van deze frames en om aan te geven wat de leverdatum was; zij eindigde dit bericht met de hoop uit te drukken dat Y. de volgende week naar Valencia zou komen, waar een groot en kleurrijk feest zou gehouden worden. P. besloot het bericht met: *"un fuerte abrazo"*, vertaald *"een stevige omhelzing"*.

11. Het getuigt niet van een loyale procesvoering door E. om stukken ter staving van een verweer of een vordering pas meer dan acht jaar na de feiten en zeven jaar na de aanvang van de procedure in het debat te brengen. Dit ontnemt, of vermindert minstens ernstig de mogelijkheid aan M. om de gebeurlijke antwoorden, die haar medewerker Y. formuleerde op de betreffende berichten, voor te leggen.

Doch wat er ook van zij, geen enkele van deze berichten kan als een klacht in de zin van artikel 39 van het Weens Koopverdrag worden beschouwd. Deze bepaling vermeldt weliswaar geen vormvoorwaarden, waaraan de klacht moet voldoen, maar dit belet niet dat de koper duidelijk te kennen dient te geven dat de zaken niet aan de overeenkomst beantwoorden *"onder opgave van de aard van de tekortkoming"*.

Dit is in het voorliggende geval niet zo. Het betreft briefwisseling die gevoerd werd tijdens en korte tijd na de installatie van de machines tussen de personen die namens de verkoper en de koper daarvoor instonden en die betrekking heeft op technische problemen die moesten opgelost worden naar aanleiding van de installatie van de productielijn of kinderziekten die zich bij het gebruik ervan manifesteerden. Op geen enkel ogenblik heeft E. daarin te kennen gegeven dat de installatie of een onderdeel daarvan niet beantwoordde aan hetgeen was overeengekomen. De toon van de correspondentie en de inhoud ervan, waarbij E. een offerte vraagt met het oog op eventuele bijkomende aankoop en waarbij P. uiteindelijk – op een ogenblik dat de installatie reeds twee maanden in gebruik was – de medewerker van M. vriendelijk uitnodigde om feest te komen vieren in Valencia, staan haaks op de houding van een koper ten aanzien van een verkoper die een dure niet-conforme installatie heeft geleverd. Redelijkerwijze mocht overigens verwacht worden dat E., wanneer zij van oordeel was dat de machines niet conform of gebrekkig waren, daaromtrent geen medewerker zou aangeschreven hebben per e-mail, maar een – al dan niet aangetekende – brief zou gericht hebben aan het bestuur van M. of minstens aan een persoon die haar kon verbinden en dat dit zou gebeuren in de contracttaal, die het Engels was, en niet in het Spaans. Dat dit het geval is, wordt trouwens geïllustreerd dat zij dit wel gedaan heeft om een vertaling van de instructiehandeling te bekommen.

De voorgelegde e-mailberichten gelden derhalve niet als klachten in de zin van artikel 39.1. van het Weens Koopverdrag.

12. E. kan niet bijgetreden worden, waar zij stelt dat de termijn van artikel 39.1 van het Weens Koopverdrag geen aanvang zou genomen hebben omdat de pre-acceptatietests niet werden uitgevoerd.

Er liggen geen stukken voor in verband met deze testen. Feit is dat zij dienden verricht te worden vooraleer de goederen verscheept werden naar Spanje. De vervoerdocumenten daaromtrent liggen voor. Het blijkt niet dat E. ook maar één van deze zendingen geweigerd of onder voorbehoud aanvaard heeft. Zij heeft bovendien – eveneens zonder enig voorbehoud – betalingen verricht die pas verschuldigd waren na de uitvoering van de pre-acceptatietesten.

Uit de e-mailberichten, waarvan sprake onder II.10, blijkt dat E., nadat de machines geleverd waren, haar medewerking verleend heeft aan de installatie en de inbedrijfstelling ervan. Zij heeft ze bovendien gebruikt voor haar productie. Uiterlijk op dat ogenblik is de termijn van artikel 39.1. beginnen lopen.

De klacht, die E. pas voor het eerst in mei 2009 formuleerde ligt niet voor. Dit is wel het geval voor het antwoord daarop van M. met de brief d.d. 14 mei 2009 van de raadsman van M., waarin op die klacht gereageerd werd (zie hoger onder II.1.14). Deze klacht was, zoals hoger (onder II.9) werd gesteld, laattijdig.

13. Deze laattijdige klacht had klaarblijkelijk – enkel – betrekking op de borstelmachine en op het feit dat zij niet alle etiketten en lijm verwijderde, die op de vaten waren aangebracht. Onverminderd de vaststelling dat de klacht daaromtrent laattijdig was, kon deze vaststelling niet als een niet-conformiteit of een gebrek van deze machine beschouwd worden. Zij wordt in de overeenkomst van 28 juni 2007 onder §2 omschreven onder als "*Brushing machine to remove labels from tight head steel drums*" of vertaald: "*borstelmachine om etiketten te verwijderen van gesloten stalen vaten*". Er wordt vermeld dat zij ontworpen is om etiketten te verwijderen in plastic en papier, die op de vaten werden gelijmd op de middelste en bovenste band, niet op de onderste band ("*the lower band of the drum is not foreseen*"). Verder werd daaraan toegevoegd: "*It is not possible to guarantee the removal of all the labels and of all the glue left on the drums but this unit can help to reduce the manpower necessary to remove labels*", vertaald: "*Het is niet mogelijk om te garanderen dat alle etiketten en alle overblijvende lijm van de vaten verwijderd zijn, maar deze machine kan helpen om de mankracht te verminderen die nodig is om etiketten te verwijderen*".

E. heeft aldus met kennis van zaken gekozen voor een borstelmachine, die niet dienstig was om etiketten en lijm te verwijderen op de volledige oppervlakte van de vaten en die evenmin kon instaan voor de volledige verwijdering. Het was bijgevolg slechts een hulpmiddel, waardoor minder mankracht nodig was dan bij manuele verwijdering, zonder deze evenwel uit te sluiten.

De geformuleerde klacht was aldus niet enkel laattijdig, maar bovendien ongegrond. Het hof stelt overigens vast dat E. niet gereageerd heeft op de inhoud van het schrijven d.d. 14 mei 2009 van de raadsman van M.

14. Evenmin blijkt dat E. in de daaropvolgende maanden klachten formuleerde over gebeurlijke andere tekortkomingen. In de brief d.d. 31 oktober 2009 van haar raadsman, verwees M. naar een aangetekende brief d.d. 5 oktober 2009 van de Spaanse raadsman van E., die M. ontvangen had op 19 oktober 2009, doch die volgens haar vaag was en die zij protesteerde. Deze brief ligt niet voor.

M. liet op 16 december 2009 de dagvaarding voor de eerste rechter betekenen. Tijdens de gehele procedure in eerste aanleg beperkte E. zich ertoe te verklaren dat zij de vordering ten gronde betwistte, zonder eventueel concrete verweermiddelen aan te halen.

15. Pas met haar dagvaarding van maart 2014 voor de Spaanse rechtbank formuleerde E. verdere concrete klachten en formuleerde zij een vordering in schadevergoeding ten aanzien van M. Zij steunde daarvoor op een eenzijdig verslag dat zij in januari 2014 had laten opstellen. Bovendien beriep zij zich op het verslag van Q., dat weliswaar dateerde van augustus 2009, doch dat eveneens eenzijdig was en waarvan niet blijkt dat zij het aan M. had overgemaakt.

Met haar tegeneis vordert E. dezelfde bedragen zoals aanvankelijk voor de rechtbank te Requena.

Zij brengt 121.657,00 EUR in rekening voor een investering in de module voor het verwijderen van etiketten. Om de redenen die hoger (onder II.13) werden uiteengezet, is dit onderdeel van haar vordering van meet af aan ongegrond.

Vervolgens maakt E. aanspraak op 31.669,00 EUR voor investeringen in een module voor het uitdruipen en drogen van vaten. Dit onderdeel van de vordering dient vooreerst afgewezen te worden omdat de klacht daaromtrent manifest laattijdig werd geformuleerd en meer bepaald niet binnen de redelijke termijn van artikel 39.1 van het Weens Koopverdrag en zelfs niet binnen de termijn van twee jaar, waarvan sprake in artikel 39.2. Bovendien kan M. niet aansprakelijk zijn voor problemen die E. zou gehad hebben met de droogmodule van haar productielijn, aangezien ze niet het voorwerp uitmaakte van de overeenkomst en door M. niet geleverd werd. Ten slotte is op geen enkel nuttig ogenblik een tegensprekelijke vaststelling gebeurd van deze beweerde mankementen, terwijl een gerechtsdeskundige thans geen nuttige vaststellingen meer kan doen, waaruit een bewijs zou kunnen afgeleid worden van de verantwoordelijkheid van M. voor problemen die E. met deze droogmodule zou hebben ondervonden.

Waar E. respectievelijk 36.500,00 EUR en 6.700,00 EUR vordert wegens tekortkomingen in de veiligheid van de machines en structurele tekorten, zijn ook deze aanspraken manifest laattijdig en ontbreekt opnieuw elk tegensprekelijk bewijs van de beweerde tekortkomingen, terwijl een deskundigenonderzoek op dat vlak thans geen duidelijkheid meer kan brengen.

Ten slotte maakt E. aanspraak op 119.957,00 EUR bijkomende personeelskosten over de periode van januari 2009 tot december 2013. Dit heeft volgens haar te maken met het personeel dat zij moest aanwerven voor het handmatig verwijderen van de etiketten en voor de bevoorrading van een afzonderlijke module voor het verwijderen van de etiketten. Zij steunt daarvoor op de cijfers/vermeld in het eenzijdig verslag van 28 januari 2014 van een door haar aangestelde deskundige. Opnieuw verwijst het hof naar hetgeen hoger (onder II.13) werd uiteengezet. Uit geen enkel bewijskrachtig stuk blijkt dat de borstelmachine niet conform de overeenkomst en de daarin gegeven beschrijving was.

16. Uit de voorgaande overwegingen volgt dat de tegeneis van E., in zover hij strekt tot schadevergoeding wegens niet-conformiteit of verborgen gebreken van de door M. geleverde machines en tot het bevelen van een deskundigenonderzoek daaromtrent ongegrond is.

Waar E. stelt dat haar productielijn geen output behaalt van 100 vaten per uur, zoals vermeld in de overeenkomst van 28 juni 2007, ontbreekt ook hieromtrent elk bewijskrachtig stuk, terwijl de vaststellingen die een deskundige zou doen meer dan 9 jaar na de inbedrijfstelling van de door haar geleverde machine geen nuttig bewijsmateriaal meer zou kunnen geput worden.

17. E. vordert de veroordeling van M. tot betaling van een boete van 43.595,00 EUR uit hoofde van de contractuele verdragingsvergoeding, bedongen in de bijlage bij de overeenkomst. Volgens deze bepaling was een boete van 0,5% van de contractprijs verschuldigd voor elke week vertraging in de afsluiting van de pre-acceptatie bij M., die voorzien was op 15 april 2008. Deze verdragingsboete mocht maximaal 5% bedragen van de totale contractprijs. De deadline voor de pre-acceptatie mocht enkel wegens technische redenen uitgesteld worden en enkel wanneer dit strikt noodzakelijk was voor de werking van de machine en haar productiviteit en mocht niet meer dan twee weken bedragen. E. mocht de som van alle boetes in mindering brengen van de laatste betaling aan M.

Het staat vast dat de pre-acceptatie van alle geleverde goederen niet plaats gevonden heeft tegen uiterlijk 15 april 2008. Voorafgaand aan deze datum is de overeenkomst van 8 april 2008 gesloten, waarin nieuwe termijnen werden afgesproken voor de pre-acceptatie, de levering, de installatie en de inbedrijfstelling. In deze overeenkomst heeft E. niet uitdrukkelijk afstand gedaan van de initieel bedongen verdragingsboete. Zij heeft dit evenmin gedaan op enig ander tijdstip.

Stilzwijgende afstand wordt niet vermoed. Hij kan slechts afgeleid worden uit feiten en omstandigheden die voor geen andere interpretatie vatbaar zijn. In het voorliggende geval besluit het hof tot het bestaan van een stilzwijgende afstand van de verdragingsboete uit de inhoud van de

overeenkomst van 8 april 2008 tussen partijen en de vaststelling dat E. gedurende zes jaar op consequente wijze geen beroep gedaan heeft op of melding gemaakt van deze verdragingsboete bij gelegenheden waarop redelijkerwijze kon verwacht worden dat zij het verschuldigd zijn ervan kon inroepen.

In de overeenkomst van 8 april 2008 zijn de gevolgen opgelijst van de vertraging in de uitvoering van de overeenkomst. Alhoewel op dat ogenblik vaststaat dat de pre-acceptatie onmogelijk kon plaatsvinden binnen de termijnen die in de overeenkomst van 28 juni 2007 waren bedongen en het aldus vaststond dat M. op grond van de bijlage bij deze overeenkomst verdragingsboete verschuldigd was, maakten de partijen daarvan geen melding. Bovendien stipuleerden zij uitdrukkelijk in de overeenkomst van 8 april 2008 dat het betalingsschema én de betalingen zouden geschieden, rekening gehouden met de nieuwe – latere – data die in deze overeenkomst waren bedongen. Zij specificerden daarbij hoeveel nog verschuldigd was, namelijk 25% bij de laatste pre-acceptatie test, 25% bij de aankomst van de laatste machine in Utiel en "*the rest of the total amount after commissioning*" of, vertaald "*de rest van het totale bedrag na de inbedrijfstelling*". Zij bevestigden m.a.w. dat M. nog steeds recht had op de volledige contractprijs. Dit impliceert noodzakelijk dat E. afstand deed van haar recht om van de laatste schijf van de prijs de verdragingsboete in mindering te brengen.

Deze stilzwijgende afstand wordt bevestigd door de verdere briefwisseling.

Wanneer E. in een brief van 30 april 2008, die door een notaris was verzonden, wees op de schade die zij opliep wegens de vertraging in de levering door M., dan had zij het over een toename van haar kosten, over het risico dat zij een subsidie niet zou toegekend krijgen en over schade die verband hield met haar productie, met administratieve vergunningen, met boetes bij haar leveranciers, de niet-uitvoering van marketingplannen en de verhuizing van het bedrijf en de installatie. Zij repte met geen woord over de ten aanzien van M. bedongen verdragingsboete.

In haar antwoord van 15 mei 2008 benadrukte M. uitdrukkelijk dat, volgens haar algemene voorwaarden, de leveringstermijnen slechts een inschatting betroffen. Daarmee gaf zij te kennen dat deze algemene voorwaarden van toepassing waren met betrekking tot de leveringstermijnen en niet langer de daarvan afwijkende bijzondere voorwaarden. E. sprak dit niet tegen.

Wanneer M. ook de nieuwe deadline niet haalde, drong E. er in haar brief van 1 augustus 2008 bij M. op aan dat zij spoedig het nodige deed, zodat de productie van de lijn zo snel mogelijk kon opstarten. Opnieuw vermeldde zij niets over, noch dreigde zij met een verdragingsboete.

Zoals hoger (onder II.12) reeds werd uiteengezet, liggen geen bewijzen van een formele pre-acceptatie voor, doch heeft dit E. niet verhinderd de goederen in ontvangst te nemen en verder betalingen uit te voeren. Deze houding valt niet te rijmen met het verschuldigd zijn van een verdragingsboete, die diende berekend te worden vanaf de datum van de laatste pre-acceptatie.

Wanneer M. haar in gebreke stelde om het saldo van de contractprijs te betalen, heeft E. ter verantwoording daarvan niet ingeroepen dat dit saldo in ieder geval diende verminderd te worden met het bedrag van de verdragingsboete.

Ten slotte maakt geen van beide eenzijdige deskundigenverslagen die op verzoek van E. werden opgesteld, melding van de verdragingsboete.

Het hof besluit aldus dat E. geen aanspraak kan maken op de door haar gevorderde verdragingsboete.

18. Uit de voorgaande overwegingen volgt dat de tegenvordering van E. ongegrond is. Zij is betaling verschuldigd aan M. van het saldo van de contractprijs ten bedrage van 174.380,00 EUR en de door haar gevorderde compensatie heeft geen voorwerp.

M. vordert moratoire intresten vanaf de vervaldag der facturen. De laatste 20% van de contractprijs was evenwel pas opeisbaar na de inbedrijfstelling en uiterlijk 3 maanden na de levering. De laatste machine werd voor levering verzonden in Merelbeke op 3 september 2008. Uit de voorliggende stukken kan niet met zekerheid bepaald worden wanneer ze in het bedrijf van E. is toegekomen. Redelijkerwijze mag aangenomen worden dat dit niet later was dan op 10 december 2008.

OP DEZE GRONDEN

HET HOF

Rechtdoende op tegenspraak;

Gelet op artikel 24 van de wet van 15 juni 1935 op het taalgebruik in gerechtszaken;

Verklaart de vordering van nv M. ontvankelijk en in de volgende mate gegrond;

Veroordeelt de vennootschap naar Spaans recht E. tot betaling aan nv M. van de som van honderdvierenzeventigduizend driehonderdtachtig euro (174.380,00 EUR), vermeerderd met de moratoire intresten - als gerechtelijke intresten vanaf de dagvaarding - aan de rentevoet bepaald op grond van artikel 5 van de wet van 2 augustus 2002 tot bestrijding van de betalingsachterstand bij handelstransacties van 11 december 2008 tot en met 14 december 2010 en van 15 december 2014 tot de datum der betaling;

Veroordeelt de vennootschap naar Spaans recht E. tot de kosten van het geding in beide aanleggen, aan haar zijde niet te begroten, aangezien zij te haren laste zijn en aan de zijde van nv M. begroot op 497,16 EUR kosten van dagvaarding, 5.000,00 EUR rechtsplegingsvergoeding in eerste aanleg, 210,00 EUR rolrecht hoger beroep, 2.190,52 EUR vertalingskosten beroepsakte, 195,75 EUR vertalingskosten tussenarrest en 6.000,00 EUR rechtsplegingsvergoeding in hoger beroep;
Onverminderd de toepassing van artikel 1024 Ger.W.

Aldus gewezen en uitgesproken in openbare terechtzitting van het hof van beroep te Gent, twaalfde bis kamer, rechtdoende in burgerlijke zaken, op woensdag 29 november 2017.

Aanwezig:

Eric Dursin, raadsheer – alleenrechtsprekend
Kurt Goossens, griffier