

Hof van beroep Gent, arrest van 9 mei 2018

Internationale bevoegdheid – Verordening 44/2001 (Brussel I) – Artikel 23, lid 1, b) – Forumkeuze – Algemene factuurvoorwaarden – Toepasselijk recht – Weens Koopverdrag (CISG) – Artikel 35 – Non-conformiteit van het geleverde goed – Artikel 36 – Aansprakelijkheid van de verkoper – Bewijs – Verzoek deskundigenonderzoek afgewezen – Verzoek getuigenbewijs afgewezen – Schadebeding in algemene voorwaarden

Compétence internationale – Règlement 44/2001 (Bruxelles I) – Article 23, al. 1, b – Clause d'élection de for – Conditions générales apparaissant sur une facture – Droit applicable – Convention de Vienne (CVIM) – Article 35 – Non-conformité des biens livrés – Article 36 – Responsabilité du vendeur – Preuve – Requête visant à nommer un expert refusée – Requête visant à produire un témoin refusée – Clause pénale dans les conditions générales

In de zaak van

S.

vennootschap naar Italiaans recht, met zetel te [...] (Italië), [...]

appellant

hebbende als raadsman mr. Axel Brugman, advocaat te 9000 Gent, kantoorhoudende in de Sint-Denijslaan 397

tegen

NV C.

ingeschreven in het KBO [...] met zetel te [...] Zele, [...]

geïntimeerde

hebbende als raadsman mr. C. Clijmans, met kantoor te Schermersstraat 30, 2000 Antwerpen

wijst het hof het volgend arrest:

Het hof heeft de partijen in openbare terechtzitting gehoord en kennis genomen van de gerechtsbundels in beide aanleggen en van de door partijen neergelegde stukkenbundels.

Met verzoekschrift, neergelegd op 13 mei 2015, stelde S., vennootschap naar Italiaans recht, hoger beroep in tegen het vonnis op tegenspraak d.d. 20 november 2014 van de rechtbank van koophandel Gent, afdeling Dendermonde, in de zaak met A.R. nr. [...] tussen haarzelf als verweerster op hoofdeis en eiseres op tegeneis en de nv C. als eiseres op hoofdeis en verweerster op tegeneis. Het is regelmatig naar de vorm. Het bestreden vonnis is betekend op 29 oktober 2015, zodat het hoger beroep tijdig is.

I. Antecedenten

1. De eerste rechter heeft de feiten, die aan de grondslag van het geschil liggen uitvoerig uiteengezet, zodat deze hierna hernomen worden, aangepast waar nodig.

S., een vennootschap naar Italiaans recht, plaatste in 2013 bij de nv C. meerdere bestellingen voor de producten [...]. [...] is een lichtwerende coating toegepast op polyester of katoenen stof/drager. Op basis van deze coating maakte S. schuim, dat zij op textiel aanbracht in verschillende lagen.

Alvorens tot levering over te gaan, stelde C., op basis van de input van S., de technische specificaties vast, waaraan de coating diende te beantwoorden.

Voor elk order voerde C. analyses uit in haar labo om na te gaan of de te leveren coating beantwoordde aan de technische specificaties.

Voor elk order schreef C. een factuur uit. Het betreft 10 facturen tussen februari 2013 en juli 2013 voor een totaal bedrag van 137.539,00 EUR. Op 10 oktober 2013 schreef zij een creditnota uit voor een bedrag van 5.305,80 EUR.

In juni 2013, nadat reeds een aantal batchen coating waren geleverd, voerde C. een aanpassing door aan de technische specificaties op vraag en in samenspraak met S. Dit was voornamelijk op het vlak van verhoging van de dichtheid en de viscositeit.

Op 5 juli 2013 meldde S. aan C. dat de laatst aangekomen partij schuim/coating bleek stabiel te zijn in een kleine bak, dat ze verwerkbaar was, voor zover ze geen problemen hadden met luchtbellen of barsten in de film, maar dat ze nog steeds weinig dekkend was (de laatste laag wit kon met moeite het zwart dekken van de tweede laag).

Op 16 juli 2013 meldde S. aan C. dat het probleem van de lijnen, veroorzaakt door coating die opdroogde, zich opnieuw had voorgedaan (de hoeveelheid van nog meerdere meters stof met onomkeerbare gebreken moest nog worden bepaald). Ze stelde te wachten op technisch advies van C. om de productie verder te kunnen zetten. Ze stuurde foto's in bijlage.

Eén van de klanten van S. is een klant in de USA, M. Voor deze klant behandelde C. gordijnstof met coating, die ze op rollen verstuurde.

Op 26 juli 2013 verstuurde M. een mail naar S. en wierp zij het probleem van dikte op. Dit met betrekking tot de batch van 26 juni 2013. De oudere batch van 14 juni 2013 doorstond wel de diktetest hoewel de dikte nogal aan de lage kant was. M. vroeg hoe dit probleem zou worden gecorrigeerd en vroeg actie te ondernemen naar de verkoper.

Op 22 augustus 2013 weigerde M. de container [...] omdat geen van de goederen voldeed aan de specificaties inzake dikte.

Op 24 september 2013 stuurde S. een mail naar C. met een document in bijlage. In dit document verwees S. naar de klachten, die ze ontvangen had met betrekking tot coating, die in juli geleverd was. Het meest ernstige probleem was de afkeuring van een hele container die naar de USA was verscheept. S. stelde dat ze een aantal stukken uit de USA probeerde terug te krijgen voor analyse, zodat ze de betalingen opschortte. Ze schreef ook nog te wachten op nieuws over de definitieve kwaliteit van de coating die C. in de maand augustus zou controleren.

Op 16 oktober 2013 stuurde S. een mail naar C. waarin ze verwees naar een vergadering met de heer R. en voegde ze de documenten toe met betrekking tot de klacht die ze ontvangen had van haar grootste klant. S. meldde te wachten op de aankomst van de 6 rollen die teruggestuurd werden om ze te testen op de specificaties en op de werking van de rollen.

C. antwoordde te wachten op verdere info met betrekking tot de ontvangst van de rollen voor testing zodat ze een afspraak konden maken.

Op 29 oktober 2013 meldde S. per mail aan C. dat de rollen waren aangekomen en dat ze zouden testen zoals besproken tijdens de vergadering.

Op 5 november 2013 vond een vergadering plaats tussen S. en C. S. maakte hiervan een verslag op, waarin o.a. het volgende vermeld is:

"We hebben allemaal vastgesteld en waren er het erover eens dat er zich 2 ernstige problemen voordeden met de stoffen:

- 1) het weefsel was kleverig*
 - 2) de dikte van het weefsel was veel kleiner dan de standaard dikte.*
- (...)*

Wat betreft het bezwaar dat werd geuit door Dhr. L. (= C.) waarom we een volle container naar de klant hebben verzonden, nadat we hadden vastgesteld dat de dikte onder de standaardwaarden lag, hebben we uitgelegd dat een lagere dikte werd aanvaard door de klant bij vorige zendingen, maar in die gevallen plakte het weefsel niet. We hebben er dan ook op gewezen dat het probleem van de kleverigheid niet door ons kon gecontroleerd worden daar het verschijnsel zich voordoet kort nadat de rollen werden opgerold en verpakt. Daar de klant een grote behoefte had aan goederen voordat het afhaal seizoen van start zou gaan (in juli en augustus) en dus vóór onze zomersluiting, dachten wij dat het weefsel beschikte over aanvaarde vereisten. Helaas hadden wij het verkeerd voor..."

Op 11 december 2013 verstuurde de raadsman van C. aan S. een brief waarin hij elke aansprakelijkheid van C. betwistte.

Op 14 januari 2014 liet C. een dagvaarding betekenen aan S.

2. Voor de eerste rechter vorderde C. de veroordeling van S. tot betaling van 132.233,20 EUR meer de conventionele intresten aan 10 % vanaf de respectieve vervaldatum van de facturen, de gerechtelijke intresten en meer een schadebeding a rato van 10 %, zegge 13.223,32 EUR, en ten slotte meer de gerechtskosten, met inbegrip van de dagvaardingskosten en een rechtsplegingsvergoeding van 5.500,00 EUR, dit bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad, met uitsluiting van de mogelijkheid tot kantonnement. Zij vorderde eveneens de afwijzing van de tegenvordering als ongegrond en ook in dit verband de veroordeling van S. tot een rechtsplegingsvergoeding van 5.500,00 EUR.

Wat de hoofdeis betreft vorderde S. in hoofdorde dat de rechter zich zonder jurisdictie en/of onbevoegd zou verklaren om kennis te nemen van het geschil. Ondergeschikt vorderde zij de afwijzing van de hoofdeis als onontvankelijk, minstens ongegrond.

S. stelde een tegeneis in en vorderde de veroordeling van C. tot het vergoeden van de geleden schade door de fouten en gebreken van de geleverde goederen, ten bedrage van 225.873,19 EUR, ten provisionele titel, meer verwijlrentest aan de wettelijke rentevoet vanaf de datum van het schadegeval, minstens vanaf de neerlegging van haar eerste conclusie.

Ondergeschikt vorderde S. de aanstelling van een deskundige met de gebruikelijke opdracht, inzonderheid de eigenschappen en/of de kwaliteit van het geleverde product, het ontoereikende volume en de viscositeit van het schuim, de vorming van klontjes bij het uitsmeren en het loslaten van het schuim van de glasvezel- of polyesterlaag te beschrijven conform de klachten in haar brief van 17 december 2013 aan C. Het hof merkt op dat er in geen van de stukkenbundels een brief van 17 december 2013 voorkomt, maar wel een nota van S. gedateerd op 12 december 2013, zonder dat blijkt dat deze nota naar C. is verstuurd.

Voorts vroeg zij haar toe te laten tot het getuigenbewijs, daartoe met naam genoemde getuigen op te roepen, om hen te horen over resp. 13 en 11 vragen (het hof verwijst naar de synthesebesluiten, neergelegd op 23 oktober 2014, beschikkend deel).

Ten gronde betwistte S. de vordering omwille van de gebreken, waaromtrent zij de aanstelling van een deskundige en een getuigenverhoor vorderde. Met haar tegenvordering beoogde zij de vergoeding van de schade, die zij beweerde geleden te hebben door deze gebreken.

3. Bij vonnis van 20 november 2014 verklaarde de eerste rechter dat hij rechtsmacht heeft. Hij verklaarde de hoofdvordering deels gegrond en de tegenvordering ongegrond. Hij veroordeelde S. om aan C. 132.233,20 EUR te betalen, meer de conventionele interesten aan 10 % vanaf de respectieve vervaldata van de facturen, die doorlopen als gerechtelijke interesten tot aan de datum van betaling, en meer een schadebeding van 2.500,00 EUR. Ten slotte veroordeelde hij S. tot de gerechtskosten, waaronder een rechtsplegingsvergoeding van 5.500,00 EUR. Hij verklaarde het vonnis uitvoerbaar bij voorraad, zonder uitsluiting van de mogelijkheid tot kantonnement.

De eerste rechter oordeelde rechtsmacht te hebben op grond van een door S. aanvaarde bevoegdheidsclausule, daarbij toepassing makend van artikel 23, § 1, b) van de EEX Verordening 44/2011 van 22 december 2000.

Ten gronde was de eerste rechter van oordeel dat S. er niet in slaagde aan te tonen dat C. was tekort gekomen aan haar contractuele verplichtingen.

Hij herleidde het schadebeding tot 2.500,00 EUR. Het daarbovenop gevorderde achtte hij kennelijk onredelijk.

Hij ging niet in op het verzoek tot aanstelling van een deskundige, omdat S. niet aannemelijk maakte dat de oorzaak van de schade, die ze beweerde geleden te hebben, aan C. te wijten was. Ook het gevorderde getuigenverhoor wees hij af.

4. S. kan zich niet verzoenen met dit vonnis en stelde hoger beroep in.

Zij vordert:

- haar hoger beroep ontvankelijk en gegrond te verklaren;
- het incidenteel beroep ontvankelijk doch ongegrond te verklaren;
- het bestreden vonnis teniet te doen en opnieuw wijzend;
- te zeggen voor recht dat de Belgische rechtbanken geen jurisdictie noch bevoegdheid hebben om kennis te nemen van het geschil;
- ondergeschikt de vorderingen van C. onontvankelijk, minstens ongegrond te verklaren;
- C. te veroordelen tot het vergoeden van de geleden schade door de fouten en gebreken van de geleverde goederen, ten bedrage van 225.873,19 EUR, ten provisionele titel, meer verwijlinterest aan de wettelijke rentevoet vanaf de datum van het schadegeval, minstens vanaf de neerlegging van haar eerste conclusie in eerste aanleg;

- meer ondergeschikt, de aanstelling van een deskundige met de gebruikelijke opdracht, inzonderheid de eigenschappen en/of de kwaliteit van het geleverde product, het ontoereikende volume en de viscositeit van het schuim, de vorming van klontjes bij het uitsmeren en het loslaten van het schuim van de glasvezel- of polyesterlaag te beschrijven conform de klachten in haar brief van 17 december 2013 aan C., en de door haar geleden schade te begroten;
- voorts haar toe te laten tot het getuigenbewijs, daartoe met naam genoemde getuigen op te roepen, om hen te horen over resp. 13 en 11 vragen [...];
- meest ondergeschikt de gevorderde intresten en het schadebeding te herleiden;
- C. te veroordelen tot de kosten van het geding, daarin begrepen het basisbedrag inzake de wettelijk geïndexeerde rechtsplegingsvergoeding; minstens – zo zij in het ongelijk zou worden gesteld, de rechtsplegingsvergoeding te herleiden tot het minimum.

C. vordert het hoger beroep af te wijzen als onontvankelijk, dan wel ongegrond en het incidenteel beroep toelaatbaar en gegrond te verklaren, derhalve:

- zich internationaal bevoegd te verklaren;
- haar vordering toelaatbaar en gegrond te verklaren, derhalve S. te veroordelen tot betaling van 132.233,20 EUR in hoofdsom, meer de conventionele intresten aan 10 % vanaf de respectieve vervaldata van de facturen, meer de gerechtelijke intresten en meer een schadebeding aan 10 % zegge 13.223,32 EUR, en meer de gerechtskosten, waaronder een rechtsplegingsvergoeding van 6.000,00 EUR per aanleg;
- de tegenvordering onontvankelijk, minstens ongegrond te verklaren, en S. te veroordelen tot de gerechtskosten, waaronder een rechtsplegingsvergoeding van 6.000,00 EUR per aanleg.

De argumenten van partijen in hoger beroep zullen hierna besproken worden in de mate zij dienstig zijn voor de beoordeling van het geschil.

II. Beoordeling

1. *Toelaatbaarheid van het hoger beroep*

C. vordert in eerste orde de afwijzing van het hoger beroep als ontoelaatbaar.

Nochtans hebben haar argumenten uitsluitend betrekking op de gegrondheid van het hoger beroep. C. verklaart niet waarom het hoger beroep ontoelaatbaar of onontvankelijk zou zijn.

S. is procesbekwaam en heeft een rechtmatig belang en hoedanigheid om hoger beroep in te stellen tegen het vonnis dat haar grieft.

Het hof stelt zelf geen ambtshalve in te roepen redenen van ontoelaatbaarheid of onontvankelijkheid van het hoger beroep vast.

Het hoger beroep is toelaatbaar en ontvankelijk.

2. *Rechtsmacht*

S. betwist de rechtsmacht van de Belgische rechter. Deze discussie dient beslecht te worden overeenkomstig de Verordening (EG) 44/2001 van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (PB L, 16 januari 2001, afl. L.12,1, hierna "de EEX-Vo" genoemd), die in werking is getreden op 1 maart 2002 (art. 76 van de Verordening) en nog van toepassing was op het ogenblik van de dagvaarding en

de inleiding van het geschil. Dit betekent in de eerste plaats dat S. ten onrechte verwijst naar het EEX-verdrag van 27 september 1968.

Volgens artikel 2 van deze verordening worden zij die woonplaats hebben op het grondgebied van een lidstaat, ongeacht hun nationaliteit, opgeroepen voor de gerechten van die lidstaat. Zij kunnen slechts voor de rechtbanken van een andere lidstaat worden opgeroepen op één van de gronden, aangehaald in de artikelen 5 tot en met 24 van de EEX-Vo (art. 3.1. EEX-Vo).

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

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

Overeenkomstig artikel 8 van de algemene factuurvoorwaarden van C. zijn de rechtbanken van het arrondissement Dendermonde bevoegd.

Op juiste gronden, die het hof overneemt en tot de zijne maakt, heeft de eerste rechter terecht besloten rechtsmacht te hebben, in toepassing van artikel 23 lid 1.b) EEX-Vo (bestreden vonnis, p. 6, randnummers 6-8). Deze overwegingen worden door S. helemaal niet ontkracht. Waar zij opmerkt dat niet voldaan is aan de voorwaarden, zoals bepaald in art. 17, lid 1, sub a en sub c EEX-Verdrag van 1968 (vergelijkbaar met art. 23 lid 1 a) en c) EEX-Vo) negeert zij opzettelijk artikel 23 lid 1 b) EEX-Vo. Het is op basis van artikel 23 lid 1 b) EEX-Vo dat de Belgische rechter rechtsmacht heeft en niet op basis van artikel 23 lid 1 a) of c).

3. *Ontvankelijkheid van de vorderingen*

Beide partijen vragen de tegen hen gestelde vorderingen af te wijzen als onontvankelijk.

Hun middelen hebben echter uitsluitend betrekking op de al dan niet gegrondheid van de vorderingen.

Beide partijen zijn procesbekwaam en hebben een rechtmatig belang en hoedanigheid om hun vorderingen te stellen. Het hof stelt ambtshalve geen redenen van onontvankelijkheid vast.

De vorderingen zijn ontvankelijk.

4. *Ten gronde*

A. *Toepasselijk recht*

Er bestaat tussen partijen geen betwisting over dat het geschil dient beoordeeld te worden op basis van het Belgisch recht. Hiervan maakt het Verdrag van de Verenigde Naties inzake internationale koopovereenkomsten betreffende roerende zaken van 11 april 1980 (hierna het "Weens Koopverdrag")

genoemd) deel uit. Ter zitting van 11 april 2018 verklaarden de partijen uitdrukkelijk hiermee akkoord te gaan.

B. Conformiteit van de goederen

1. De vordering van C. strekt ertoe betaling te verkrijgen van een aantal facturen, daterende vanaf 9 april 2013 tot en met 23 juli 2013 wegens levering van coatingproducten, genaamd [...].

S. betwist deze vordering en stelt een tegenvordering in, omdat de producten niet conform waren, waardoor zij aanzienlijke schade zou geleden hebben.

2. In toepassing van het Weens Koopverdrag dient S. zowel in het kader van haar verweer tegen de hoofdeis als in het kader van de tegeneis het bewijs te leveren van de niet-conformiteit van de producten. Dit is des te meer het geval nu S. niet betwist dat alle gefactureerde goederen, verminderd met de gecrediteerde goederen, daadwerkelijk geleverd zijn en S. deze producten ook aanvaard heeft, aangezien zij deze verwerkt heeft.

In verband met de conformiteit bepaalt artikel 35 Weens Koopverdrag het volgende:

"1) 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.

2) Tenzij partijen anders zijn overeengekomen, beantwoorden de zaken slechts dan aan de overeenkomst, indien zij:

a) geschikt zijn voor de doeleinden waarvoor zaken van dezelfde omschrijving gewoonlijk zouden worden gebruikt;

b) geschikt zijn voor een bijzonder doel dat uitdrukkelijk of stilzwijgend aan de verkoper ter kennis is gebracht op het tijdstip van het sluiten van de overeenkomst, tenzij uit de omstandigheden blijkt dat de koper niet vertrouwde of redelijkerwijs niet mocht vertrouwen op de vakbekwaamheid en het oordeel van de verkoper;

c) de hoedanigheden bezitten van zaken die de verkoper als monster of model aan de koper heeft aangeboden;

d) zijn verpakt op de voor zodanige zaken gebruikelijke wijze of, indien er hiervoor geen gangbare handelwijze bestaat, op een met het oog op bescherming en behoud van de zaken passende wijze.

3) De verkoper is niet ingevolge het in het voorgaande lid onder la), d) /l bepaalde aansprakelijk voor het niet-beantwoorden van de zaken aan de overeenkomst, indien de koper op het tijdstip van het sluiten van de overeenkomst wist of had behoren te weten dat de zaken niet aan de overeenkomst beantwoordden."

Artikel 36 Weens Koopverdrag bepaalt verder:

"1) De verkoper is in overeenstemming met de overeenkomst en dit Verdrag aansprakelijk indien de zaken niet aan de overeenkomst beantwoorden op het tijdstip waarop het risico op de koper overgaat, ook al blijkt zulks eerst daarna.

2) De verkoper is tevens aansprakelijk voor elk niet-beantwoorden van de zaken aan de overeenkomst hetwelk optreedt na het in het voorgaande lid genoemde tijdstip en te wijten is aan een tekortkoming in de nakoming van een van zijn verplichtingen, waaronder begrepen 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."

3. In verband met de verwerking van de geleverde coating vermeldt S. volgende problemen:

- slechte ontwikkeling van de dikte van het schuim, dat zij zelf geproduceerd heeft op basis van de geleverde coating, en de onvoldoende dekking van het textiel;
- vorming van bubbels in het schuim tijdens de verschillende verwerkingsstadia;
- kleverigheid van het weefsel;
- klontervorming in het schuim.

4. Wat betreft de dikte van het schuim, de vorming van bubbels, onvoldoende hechting en kleverigheid, bewijst S. op geen enkele wijze enig gebrek aan conformiteit overeenkomstig hetzij artikel 35, hetzij art. 36 Weens Koopverdrag.

4.1. Deze problemen, waarmee zij geconfronteerd werd, kunnen evenzeer te wijten geweest zijn aan een gebrekkig productieproces bij S. zelf. Nooit ofte nimmer werd vastgesteld, laat staan op tegensprekelijke wijze, dat deze problemen te wijten waren aan één of ander intrinsiek of extrinsiek gebrek van de door C. geleverde coating.

4.2. S. beweert doch bewijst niet dat C. ooit haar aansprakelijkheid voor deze problemen of kwaliteitsproblemen van de coating erkend heeft.

De loutere wijziging van het product op verzoek van S. houdt geen erkenning van aansprakelijkheid in, evenmin als het voorstel van C. in januari 2014 een korting van 100.000,00 EUR toe te staan op leveringen in de toekomst, mits betaling van de facturen. Dit voorstel, waarvan C. niets op papier heeft gesteld, kan gekaderd worden in een poging van C. de discussie minnelijk op te lossen, zonder dat zij daarmee bedoelde haar aansprakelijkheid te erkennen. Mocht zij haar aansprakelijkheid erkend hebben, dan zou eerder kunnen verwacht worden dat zij hiervoor een creditnota zou opgesteld hebben. Zij drong echter aan op betaling van de facturen en maakte de korting afhankelijk van toekomstige bestellingen. Dit is integendeel te beschouwen als een voorstel van dading zonder erkenning van aansprakelijkheid. Dit voorstel werd uiteindelijk niet aanvaard door S.

S. beweert dat de technici van C. "de kwaliteitsproblemen" tijdens de bijeenkomst van eind juli 2013 erkend hebben. Dit blijkt echter uit niets, alleszins niet dat het daarbij ging om kwaliteitsproblemen van de coating. Mogelijk (alhoewel niet bewezen) werden de kwaliteitsproblemen van het afgewerkte product niet betwist, doch dit betekent niet dat erkend werd dat het om een kwaliteitsgebrek van de coating ging.

4.3. S. beweert dat zij vanaf september (2013, veronderstelt het hof) haar productie voortgezet heeft met materiaal dat ze van een andere leverancier heeft gekocht en zij duizenden meters aan haar klanten verzonden heeft met hun volledige goedkeuring. Daaruit zou dan ook blijken dat de problemen niet aan haar productiesysteem zouden liggen, maar wel aan de kwaliteit van het door C. geleverde product.

Ter staving van deze louter eenzijdige beweringen legt S. echter niet het minste bewijs voor. Ze zijn voor het hof volstrekt oncontroleerbaar.

Overigens, in verband met de door C. geleverde coating legt S. welgeteld de klacht van één afnemer M. voor, terwijl het hof toch kan veronderstellen dat zij meer dan één klant heeft en dat zij met de door C. geleverde coating meer dan één klant beleverd heeft. Enig bewijs van een klacht van een andere klant ligt niet voor. Ook dit doet ten zeerste twifelen aan de gegrondheid van de klachten van S., dat de klacht van M. iets te maken zou hebben met de kwaliteit van de coating van C.

4.4. S. beweert dat zij bij aankomst van de bestelde producten, een staal in een kleine oven getest heeft, waaruit stalen in A4-formaat kwamen. Zij stelt dat daarbij alles leek goed te gaan en dat de problemen pas begonnen op grote schaal. Nog los van de vaststelling dat zij geen enkel bewijs van enige test bij aankomst van de bestelde producten levert, bevestigt deze bewering eens te meer dat er inzake dikte, vorming van bubbels en kleverigheid van het weefsel, niets aan de hand was met het product op zich en dat het eerder ging om een probleem met het productieproces, minstens dat het tegendeel niet bewezen is.

4.5. De klacht van de enige klant, M., had enkel te maken met de dikte van het weefsel in zijn totaliteit en niet met de dikte van de coating. In geen enkel stuk, uitgaande van deze firma, is sprake van kleverigheid. Enkel werd inzake de 6 rollen, die deze firma had teruggestuurd, kleverigheid vastgesteld, zoals beschreven in het verslag van de vergadering d.d. 5 november 2013. Wat hiervan de technische oorzaak was werd nooit vastgesteld, zelfs niet door S. zelf.

Dat deze kleverigheid zich zou hebben voorgedaan kort na de verpakking, zoals S. in haar verslag van de vergadering van 5 november 2013 beweert, wordt door niets gestaafd en wordt zelfs tegengesproken door het feit dat M. daarover niets gemeld heeft. Niet alleen kan dit mogelijk worden toegeschreven aan het verwerkingsproces, waarvoor S. verantwoordelijk is, maar eventueel ook door omstandigheden, die zich hebben voorgedaan bij M. zelf of tijdens het transport.

4.6. Uit de e-mails van M. blijkt zelfs dat de problematiek niet algemeen was. Immers, uit de e-mail d.d. 26 juli 2013 van M. blijkt dat het ene lot van het door S. afgewerkte product wel correct was qua dikte, terwijl dit niet het geval was betreffende een ander lot. Dit wijst eerder in de richting van onvolkomenheden in het productieproces bij S. zelf.

5. Wat klontvorming en het loslaten van schuim betreft, stelt C. dat (1) het geen betrekking heeft op producten geleverd aan M., (2) het een tijdelijk probleem was met een proeflevering nadat zij op vraag van S. een kleine wijziging heeft doorgevoerd en een additief werd toegevoegd, en (3) zij hiervoor een creditnota ten bedrage van 5.305,80 EUR heeft uitgeschreven.

Dat de creditnota ten bedrage van 5.305,80 EUR, die dateert van 10 oktober 2013, daarop betrekking heeft, kan betwijfeld worden. In haar synthesebesluiten, neergelegd op 18 september 2014 voor de eerste rechter, bracht C. deze creditnota daarmee niet in verband. Zij had het integendeel over een probleem met een proeflevering van 1.000 kg, terwijl in de creditnota 2.220 kg werd gecrediteerd. Ook de inhoud van de creditnota brengt daarover geen verheldering. Het is de eerste rechter die deze creditnota met dit probleem in verband heeft gebracht.

Wat er ook van zij, S. toont ook dienaangaande geen aansprakelijkheid van C. aan en/of dat zij daardoor schade heeft geleden, met als gevolg dat de hoofdeis deels zou moeten afgewezen worden of de tegeneis deels zou moeten toegekend worden:

- uit niets blijkt dat dit probleem een weerslag heeft gehad op de kwaliteit van het eindproduct, geleverd aan de klanten;
- in het verslag van de vergadering van 5 november 2013 wordt over dit probleem met geen woord gerept;
- in de daaraan voorafgaande mails is nergens sprake van dit probleem.

6. Op de vraag van S. tot aanstelling van een deskundige gaat het hof niet in.

De rechter kan een deskundige aanstellen om vaststellingen te doen of een technisch advies te geven (art. 962 Ger. W.). Hij beveelt deze onderzoeksmaatregel slechts indien dit nodig is voor de oplossing van het geschil, daarbij rekening houdend met het principe van de subsidiariteit van de onderzoeksmaatregelen (art. 875bis Ger. W.). De mogelijkheid voor de rechter om een deskundigenonderzoek te bevelen, ontslaat de eisende partij niet van haar bewijslast. Aldus kan zij niet zomaar een deskundigenonderzoek laten bevelen, wanneer zij niet zelf een begin van bewijs voorlegt of minstens aanwijzingen van wat zij wenst te bewijzen, teneinde de rechter toe te laten over de opportuniteit van de aanstelling van een deskundige te oordelen en fictieve of louter speculatieve vorderingen te vermijden.

In voorliggend geval zijn er geen of onvoldoende aanwijzingen dat de problemen en/of schade te wijten zijn aan gebreken van het product dat geleverd werd door C. Noch de e-mails noch de getuigenverklaringen volstaan (zie verder over de getuigenverklaringen). Daarnaast blijkt zelfs niet dat er nog nuttige vaststellingen mogelijk zijn.

7. Ook de door S. voorgelegde getuigenverklaringen kunnen niet worden weerhouden. Zij voldoen niet aan de bepalingen van art. 961/2 Ger. W. en gaan uit van bestuurders of werknemers van S., zodat hun objectiviteit niet gegarandeerd is. Hun antwoorden, in de mate dat deze correct zouden zijn, zijn ook niet van aard aan te tonen dat de problemen, waarmee S. geconfronteerd werd, hetzij te wijten waren aan enig gebrek van het product van C. hetzij enige schade hebben veroorzaakt.

Bovendien, zoals de eerste rechter terecht opmerkte, kunnen deze verklaringen geen bewijs opleveren aangezien partijen in november 2013 hebben samen gezeten en S. hiervan een omstandig verslag heeft opgesteld. Dit verslag toont geen aansprakelijkheid van C. aan. Een verhoor van de door S. voorgestelde getuigen kan geen meerwaarde bieden om het geschil op te lossen.

8. Gelet op voorgaande overwegingen is de vordering van C. in hoofdsom gegrond en de tegenvordering ongegrond.

Om die redenen dient niet verder ingegaan te worden op het incidenteel beroep/verweer van C. in de mate zij beweert dat het protest laattijdig zou zijn.

9. C. vordert bovenop de hoofdsom ook een forfaitaire schadevergoeding van 10 %, hetzij 13.223,32 EUR, overeenkomstig haar factuurvoorwaarden. Zij stelt in dit verband incidenteel beroep in aangezien de eerste rechter deze vordering beperkt heeft tot 2.500,00 EUR.

S. acht de gevorderde schadevergoeding manifest buitensporig.

Wat dit schadebeding betreft, verwijst C. naar "artikel 11 van de algemene voorwaarden". Het schadebeding is echter opgenomen in artikel 10 en luidt als volgt: "*In geval van gehele of gedeeltelijke niet-betaling van de schuld op de vervalddag zonder ernstige reden wordt, na vergeefse ingebrekestelling, het schuldsaldo verhoogd met 10 % met een minimum van € 125 en een maximum van € 2107 zelfs bij toekenning van respijt.*"

Artikel 1231 § 1 B.W. bepaalt dat de rechter de straf, die bestaat in het betalen van een bepaalde geldsom, kan verminderen, wanneer die som *kennelijk* het bedrag te boven gaat dat de partijen konden vaststellen om de schade wegens niet-uitvoering van de overeenkomst te vergoeden. Het toetsingscriterium is niet de werkelijke schade, maar wel de potentiële schade die de partijen konden voorzien op het ogenblik van het sluiten van de overeenkomst, indien de schuldenaar zijn verbintenissen niet zou nakomen. Bovendien kan de overeengekomen schadevergoeding slechts

verminderd worden indien deze *kennelijk* overdreven is, met andere woorden indien voor elk redelijk persoon duidelijk en onbetwistbaar vaststaat dat dit bedrag de potentiële schade overschrijdt. Een forfaitaire schadevergoeding van 10 % op de factuurschuld met een minimum van 125,00 EUR en een maximum van 2.107,00 EUR kan niet beschouwd worden als een vergoeding, die kennelijk de potentiële voorzienbare schade overschrijdt.

Hiermee rekening houdend bedraagt de schadevergoeding:

-	factuur d.d. 9 april 2013 ten bedrage van 48.827,50 EUR:	
	10 % van 48.827,50 EUR = 4.882,75 EUR, doch begrensd tot:	2.107,00 EUR
-	het schadebeding betreffende de andere facturen overschrijdt per factuur niet het bedrag van 2.107,00 EUR, zodat betreffende deze facturen als schadevergoeding verschuldigd is:	
	132.233,20 EUR - 48.827,50 EUR = 83.405,70 EUR x 0,1 =	8.340,57 EUR
		10.447,57 EUR

10. S. vraagt ook een herleiding van de intresten naar 8 % omdat een intrestvoet van 10 % een « woekerintrest » is.

De eerste rechter herleidde de intrestvoet in het overwegend deel van het vonnis naar 8 % doch paste in het beschikkend deel toch een intrestvoet van 10 % toe.

Artikel 1153, laatste lid B.W. bepaalt dat de rechter de conventionele rente ambtshalve of op verzoek van de schuldenaar kan verminderen, indien deze rente "*kennelijk*" (= duidelijk, onbetwistbaar, zonder enige twijfel) de ten gevolge van de vertraging geleden schade te boven gaat, zonder dat de herleide rente lager kan zijn dan de wettelijke rente.

Het hof acht een intrestvoet van 10 %, zoals conventioneel overeengekomen, niet kennelijk overdreven, zodat de in het beschikkend deel van het vonnis bepaalde intrestvoet van 10 % bevestigd wordt.

5. *Gerechtskosten*

1. De eerste rechter heeft de gerechtskosten terecht ten laste van S. gelegd.

C. stelt incidenteel beroep in tegen het vonnis in de mate dat daarin slechts 1 rechtsplegingsvergoeding is toegekend. Zij meent aanspraak te kunnen maken op een rechtsplegingsvergoeding op de hoofdvordering en tegenvordering afzonderlijk.

Zij kan hierin niet gevolgd worden.

De rechtsplegingsvergoeding dient begroot te worden op basis van de hoofdvordering (vgl. Cass., 24 maart 2016, *RABG* 2016, 738; Cass., 10 januari 2011, *RABG* 2011, 451). De tegenvordering kan niet leiden tot een tweede rechtsplegingsvergoeding.

2. Aangezien het hoger beroep ongegrond is en het incidenteel beroep gedeeltelijk gegrond is, dienen de gerechtskosten in hoger beroep eveneens ten laste van S. gelegd te worden.

Ook hier kan C. slechts aanspraak maken op één rechtsplegingsvergoeding.

3. S. vraagt de herleiding van de rechtsplegingsvergoeding tot het minimum omdat de kosten van het procederen en de bijstand van een advocaat reeds ruimschoots zouden vergoed worden door de contractueel bepaalde vergoeding en de intresten.

Het hof is het daar niet mee eens: de rechtsplegingsvergoeding is een forfaitaire tegemoetkoming in de kosten en de erelonen van een advocaat van de in het gelijk gestelde partij (art. 1022, eerste lid Ger. W.). Noch de intresten, noch de forfaitair tussen partijen overeengekomen schadevergoeding vergoeden deze kosten. Er is geen sprake van een kennelijk onredelijke situatie door de toekenning van de basisrechtsplegingsvergoeding.

Rekening houdend met de waarde van de vordering van C., bedraagt de rechtsplegingsvergoeding in eerste aanleg 5.500,00 EUR. In hoger beroep bedraagt deze 6.000,00 EUR.

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 het hoger beroep en het incidenteel beroep ontvankelijk, het eerste ongegrond, en het tweede in volgende mate gegrond:

Bevestigt het bestreden vonnis in zijn beschikkingen, met dien verstande dat het schadebeding van 2.500,00 EUR verhoogd wordt tot 10.447,57 EUR, zodat de S. bijkomend veroordeeld wordt om aan de nv C. 7.947,57 EUR te betalen;

Verwijst de S. in de kosten van de beroepsinstantie, aan haar zijde niet te begroten aangezien ze te haren laste vallen, en aan de zijde van de nv C. te begroten op 6.000,00 EUR rechtsplegingsvergoeding;

Onverminderd de toepassing van artikel 1024 Ger. W.;

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

- Guy Danneels raadsheer, waarnemend voorzitter,
 - Luc Billiet raadsheer,
 - Paul Dauw raadsheer,
- bijgestaan door:
- Wim Defoort griffier,

en uitgesproken door de waarnemend voorzitter van de twaalfde kamer in openbare terechtzitting van 9 mei 2018.