

Hof van beroep  
te Gent

9ter Kamer

Terechtzitting  
van  
14 november 2008

2008/AR/912 - In de zaak van:

**VOLMARI Werner**, Handelaar,  
wonende te Feldstrasse 22, D-59581, WARSTEIN BELECKE,  
Duitsland, met BTW-nummer: DE 225.379.216, ingeschreven in  
het Gewerberegister te Warstein,

*appellant,*

*hebbende als raadsman mr. LAMBERS Johan, advocaat te 1000  
BRUSSEL, Ernest Allardstraat 35-37*

tegen :

**ISOCAB N.V.**,  
met maatschappelijke zetel te 8531 BAVIKHOVE, Treurnietstraat  
10, destijds ingeschreven in het handelsregister te Kortrijk, onder  
het nummer 87.993, ingeschreven met KBO-nummer:  
0413.684.313,

*geïntimeerde,*

*hebbende als raadsman mr. DUCHI Godfried, advocaat te 8500  
KORTRIJK, Min. Lefevrelaan 9 en mr. VERHOYE Sandra, advocaat te  
8500 KORTRIJK, Minister Lefevrelaan 9*

velt het hof het volgend arrest:

1. Het hof nam kennis van het vonnis, gewezen op 12 december 2007 door de rechtbank van koophandel te Kortrijk, vijfde kamer.

Tegen dit vonnis werd tijdig en regelmatig hoger beroep ingesteld.

De partijen werden, bij monde van hun raadslieden gehoord in openbare terechtzitting en in het Nederlands.

Zowel de door hen regelmatig neergelegde conclusies als de overgelegde stukken werden ingezien.

2. In hoofdde wordt door Werner VOLMARI het oordeel van de eerste rechter aangevochten dat de overeenkomst tussen hem en de n.v. ISOCAB een internationale koopovereenkomst is, waarop het Weens Koopverdrag ("*CISG*": *Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Wenen 11 april 1980; W. 4 september 1996, B.S. 1 juli 1997, voor België in werking getreden op 1 november 1997*) toepasselijk is.

Werner VOLMARI meent dat het een aannemingsovereenkomst zou betreffen waarop ingevolge art. 4 EVO (*Europees verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst, Rome 19 juni 1980; W. 14 juli 1987, B.S. 9 oktober 1987, voor België in werking getreden deels op 1 januari 1988 en deels op 1 april 1991*) het Belgische recht als zijnde de *lex contractus* zou gelden, meer bepaald de bepalingen van art. 1779 e.v. B.W. inzake aanneming.

Werner VOLMARI kan geenszins in dit standpunt worden gevolgd.

Werner VOLMARI verwijst tevergeefs voor zijn standpunt naar het onderdeel (*van het door de n.v. ISOCAB ingevorderde facturentotaal t.b.v. 26.334,55 EUR*) dat specifiek verband houdt met BÄCKEREI HAMMA (Albersfelder Straße, Ravensburg, Duitsland) met als omschrijving "*proj. nr. 2418198*", zijnde de openstaande eindfactuur/ISOCAB "*1/3 bei Fertigstellung*" (*d.w.z. 1/3 bij einde montage*) d.d. 20 augustus 2004 t.b.v. 17.400,00 EUR.

Immers, uit de dienaangaande voorgebrachte en op zich niet betwiste stukken blijkt dat Werner VOLMARI op 16 juni 2004 aan de n.v. ISOCAB heeft besteld de levering en de montage bij de voormelde BÄCKEREI HAMMA van 2 diepvrieskamers met

toebehoren, volgens de orderbevestiging van 24 juni 2006, omschreven als "proj. nr. 2418198", voor een totaal van 52.000,00 EUR, betaalbaar in 3 schijven:

- 17.300,00 EUR "*bei Versandbereitschaft*" (d.w.z. bij expeditie), gefactureerd op 28 juni 2004, betaalbaar tot 28 juli 2004;
- 17.300,00 EUR "*bei Montage-beginn*" (d.w.z. bij begin montage), gefactureerd op 26 juli 2004, betaalbaar tot 28 augustus 2004;
- 17.400,00 EUR "*bei Fertigstellung*" (d.w.z. bij einde montage), zijnde de kwestieuze eindfactuur, betaalbaar tot 20 september 2004.

De dienaangaande voorgebrachte en op zich niet betwiste offerte (de zgn. "*allgemeine Verkaufsbedingungen*") (dossier/VOLMARI, stuk 1) t.b.v. 52.000,00 EUR voorzag enkel voor "*montage*" de sommen van 9.970,00 EUR (pos. 6) + 2.600,00 EUR (pos. 8), zijnde in totaal de som van 12.570,00 EUR.

De verwijzing naar de facturen van de beweerde 'onderaannemer' ISK GmbH (Osnabrück Duitsland) t.b.v. 15.700,00 EUR is dienaangaande geenszins dienend:

Immers, uit de als stuk 12 door de n.v. ISOCAB voorgebrachte kopies van deze facturen (*voor zover aangenomen kan worden dat zij allen betrekking zouden hebben op de kwestieuze levering en montage bij BÄCKEREI HAMMA te Ravensburg*) blijkt nergens dat zij in enige mate montage of andere arbeidsprestaties op zich zouden betreffen.

Het is bovendien niet omdat deze firma ISK GmbH 'onderaannemer' wordt genoemd (in correspondentie, niet uitgaande van de n.v. ISOCAB) dat de overeenkomst tussen Werner VOLMARI en de n.v. ISOCAB plots als een overeenkomst van aanneming zou moeten worden aangezien; overigens blijkt uit de voorliggende facturen dat de genaamde firma ISK GmbH niet heeft gefactureerd aan de n.v. ISOCAB doch wel aan EMS-ISOLIERTÜREN MICCKELEIT GmbH & Co KG (Pansdorf, Duitsland).

Verkeerdelijk meent Werner VOLMARI dat ook de in de voormelde offerte onder elke post opgegeven "*Ausführung*" in aanmerking dient te worden genomen als zijnde levering van arbeidskracht of andere diensten.

Immers, een juiste lezing van het betreffende stuk leert dat hier telkens in detail de technische beschrijving wordt gegeven van de te leveren goederen en dat het geenszins (bijkomend) uit te voeren diensten of werken betreffen.

De in aanmerking te nemen waarde van de geleverde goederen is dan ook onmiskenbaar veel belangrijker dan deze van de verrichte diensten, zodat de toepassing van het CISG op deze overeenkomst niet wordt uitgesloten in de zin van art. 3-2 CISG.

Hetzelfde dient vastgesteld te worden wat betreft de overige delen van het door de n.v. ISOCAB ingevorderde facturentotaal t.b.v. 26.334,55 EUR: uit geen enkel van deze facturen blijkt dat het om iets anders zou gaan dan om koopovereenkomsten. Dit wordt overigens nergens betwist.

De beide partijen zijn in verschillende staten gevestigd: Werner VOLMARI in Duitsland en de n.v. ISOCAB in België. De beide staten zijn verdragsluitende staten (art. 1, 1-a CISG).

Uit niets blijkt dat de partijen de toepassing van dit verdrag hebben uitgesloten (art. 6 CISG).

Het gebeurlijke feit dat de geleverde goederen op maat dienden te worden gemaakt in de werkplaats van de n.v. ISOCAB (wat in deze zelfs helemaal nog niet is bewezen) belet op zich niet dat het CISG van toepassing is: art. 3-1 CISG bepaalt immers dat met koopovereenkomsten gelijk staan de overeenkomsten tot levering van de te vervaardigen roerende zaken, tenzij de partij die bestelt een wezenlijk deel van de voor de vervaardiging benodigde grondstoffen verschaft (*wat ook in deze evenmin het geval blijkt te zijn en geenszins wordt aangetoond of aannemelijk gemaakt, laat staan bewezen*).

Evenmin is het voor de kwalificatie van een overeenkomst als koopovereenkomst volgens het CISG bepalend of er in de algemene voorwaarden sprake is van levering van goederen én diensten, of er ook in montage is voorzien, of er sprake is van een werf en op welk tijdstip er betaald moet worden: met art. 3-2 CISG is het immers de uitdrukkelijke bedoeling om leveringsovereenkomsten met de verplichting de goederen te plaatsen, binnen het toepassingsgebied van het verdrag te brengen.

Het geheel van de voorliggende gegevens is afdoende om te kunnen met zekerheid besluiten dat het Weens Koopverdrag dienaangaande toepasselijk is, zoals voorzien in art. 3-2 CISG.

Het oordeel van de eerste rechter is aldus en in die zin te bevestigen.

De door Werner VOLMARI in hoger beroep herhaalde middelen aangaande de toepassing van het aannemingsrecht falen dan ook naar recht.

Er is in de gegeven omstandigheden geen grond om in te gaan op de vraag tot enig gerechtsdeskundig onderzoek dienaangaande.

3. Werner VOLMARI voert aan dat de niet-conformiteit wel degelijk tijdig zou zijn opgeworpen, nl. zowel vóór de herstellingen door de n.v. ISOCAB op 27 januari 2005 (die volgens Werner VOLMARI slechts betrekking zouden hebben gehad op één punt van de gebreken) (nl. bij brieven van 16 augustus 2004, 17 augustus 2004, 10 november 2004 en 24 november 2004) als ná deze tussenkomst (nl. bij brieven van 7 juli 2005 en 7 november 2005).

Ook wat dit punt betreft kan Werner VOLMARI geenszins worden gevolgd.

Het CISG voorziet uitdrukkelijk in hoofde van de koper de plicht tot onderzoek én verwittiging.

Elke vastgestelde niet-conformiteit *moet* ter kennis gebracht worden van de verkoper binnen de termijnen voorzien in de art. 38 en 39, zoniet *verliest* de koper het recht zich erop te beroepen:

- *overeenkomstig art. 38-1 CISG moet de koper de zaken binnen een, gelet op de omstandigheden zo kort mogelijke termijn keuren of doen keuren;*
- *overeenkomstig art. 39-1 CISG 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.*

Art. 39 CISG moet redelijkerwijze aldus eveneens worden toegepast bij gebrekkig uitgevoerde herstellingen:

Na een gebrekkige herstelling door de verkoper kan de koper als schuldeiser opnieuw al zijn rechten uitoefenen. De koper dient derhalve de verkoper binnen redelijke termijn in kennis te stellen van het feit dat de herstellingen verkeerd of op een onbevredigde wijze werden uitgevoerd.

Art. 39 CISG dient hier analogisch te worden toegepast.

In deze is het essentieel dat op klacht van Werner VOLMARI door de n.v. ISOCAB daadwerkelijk werd overgegaan tot herstelling op 27 januari 2005, met bevestiging van die uitgevoerde herstelling op 2 februari 2005 (op zich niet betwist).

Door Werner VOLMARI wordt die tussenkomst van de n.v. ISOCAB niet betwist. Pas in besluiten voor de eerste rechter d.d. 23 oktober 2007 wordt evenwel voorgehouden dat bij die herstelling slechts aan één aangeklaagd gebrek werd verholpen.

Wanneer Werner VOLMARI als handelaar niet tijdig en concreet reageert op en/of protesteert tegen de bevestiging/mededeling d.d. 2 februari 2005 vanwege de herstellende verkoper ISOCAB dat de aangeklaagde gebreken aan de diepvrieskamer verholpen werden, dan moet worden aangenomen dat de geadresseerde aanvaard heeft dat aan al de aangeklaagde gebreken inderdaad verholpen werd.

Immers, uit niets blijkt dat Werner VOLMARI kort na 2 februari 2005, dag waarop hem kennis werd gegeven van de uitvoering van de herstellingen, de verkoper/hersteller ISOCAB zou hebben gewezen op het feit dat slechts aan één van de meerdere aangeklaagde gebreken werd verholpen, zoals in besluiten voor de eerste rechter opgeworpen.

Werner VOLMARI beweert wel in besluiten dat hij dit telefonisch zou hebben gedaan, wat echter ontkend wordt door de n.v. ISOCAB en niet bewezen wordt door Werner VOLMARI.

Er moet derhalve aangenomen worden dat op 27 januari 2005 de n.v. ISOCAB wel degelijk liet verhelpen aan al de gebreken die Werner VOLMARI op dat moment had gesignaleerd.

Of de herstellingen deugdelijk werden uitgevoerd, doet verder niets meer terzake.

Er wordt immers niet aangetoond dat Werner VOLMARI binnen een redelijke termijn nadat hij had ontdekt of had behoren te ontdekken dat de herstellingen niet deugdelijk waren uitgevoerd, de n.v. ISOCAB hiervan in kennis stelde, onder opgave van de aard van de tekortkomingen nopens die uitgevoerde herstellingen.

Aangenomen wordt dat alle herstellingen dateren van 27 januari 2005.

De BÄCKEREI HAMMA liet blijkbaar aan Werner VOLMARI op 31 mei 2005 weten dat zij niet tevreden was met het resultaat (dossier/VOLMARI, stuk 7).

Toen, op 31 mei 2005, had deze laatste ongetwijfeld kennis van de gebrekkige herstellingen.

Er ligt enkel een protest voor vanwege Werner VOLMARI, d.m.v. een "nota" van Thomas WEBERS, slechts daterende van 7 november 2005 (dossier/VOLMARI, stuk 10).

Deze "nota", voor zover zou kunnen aangenomen worden dat de n.v. ISOCAB daarvan ook werkelijk in kennis zou zijn gesteld, is hoe dan ook *niet* binnen de redelijke termijn zoals vereist door het CISG.

Tevergeefs maakt Werner VOLMARI thans tevens gewag van een – beweerde – eerdere reactie, nl. van een brief die door hem op 7 juli 2005 zou zijn geschreven aan de n.v. ISOCAB.

Deze laatste betwist ook dit stuk ten stelligste en houdt voor dit nooit te hebben ontvangen.

Er ligt inderdaad geen bewijs voor van verzending van dit stuk zodat niet controleerbaar is of het daadwerkelijk aan de n.v. ISOCAB is overgemaakt.

Overigens is het schrijven specifiek gericht aan Thomas WEBER (*die trouwens blijkbaar reeds lange tijd, nl. sedert 31 december 2003, niet meer werkzaam was bij en/of voor de n.v. ISOCAB en wat op zich niet wordt betwist*).

Hoe dan ook kan dit schrijven d.d. 7 juli 2005 niet worden aangenomen als een melding zoals vereist door art. 39 CISG, nl. binnen een redelijke termijn nadat Werner VOLMARI had ontdekt of had behoren te ontdekken dat de herstellingen niet deugdelijk waren uitgevoerd, de n.v. ISOCAB hiervan in kennis stellende, onder de opgave van de aard van de tekortkomingen nopens die uitgevoerde herstellingen.

Immers, in het kwestieuze schrijven d.d. 7 juli 2005 (*voor zover echt en daadwerkelijk verstuurd*) werd er enkel medegedeeld dat de rekening d.d. 30 juni 2005 met nr. 411505 teruggestuurd werd omdat het noodzakelijke herstellingen betrof. In de mate dat dit de onderhavige aangelegenheid zou betreffen (wat nog moet worden aangetoond), betreft het geenszins een melding van niet afdoende herstellingen onder enige opgave ervan.

Door minstens kennelijke inertie heeft Werner VOLMARI in de gegeven omstandigheden hoe dan ook het recht verloren om er zich op te beroepen dat de door de n.v. ISOCAB geleverde zaken niet aan de overeenkomst beantwoorden (art. 39 CISG).

In deze specifieke omstandigheden is er dan ook geen grond om in te gaan op het gevraagde deskundig onderzoek, nu dit geenszins afbreuk zou kunnen doen aan het voorgaande.

De eerste rechter heeft, gelet op het voorgaande, dan ook volkomen terecht geoordeeld dat Werner VOLMARI gehouden is de voor de "werf BÄCKEREI HAMMA" overeengekomen som te betalen aan de n.v. ISOCAB en dat hij zich in deze niet kan beroepen op de *exceptio non adimpleti contractus*, noch aanspraak kan maken op enige vergoeding voor herstelkosten of minderwaarden.

De middelen vanwege Werner VOLMARI dienaangaande alsook diens tegenvordering falen dan ook volkomen.

Het oordeel van de eerste rechter is in die zin te bevestigen.

4. Pas in de laatste beroepsconclusie d.d. 31 juli 2008 wordt door Werner VOLMARI een zogenaamde "aanvullende vordering" gesteld betreffende zogeheten "*nieuw opgetreden problemen bij de BÄCKEREI HAMMA*".

Er wordt daartoe verwezen naar een als stuk 8 voorgelegde kopie van een brief/VOLMARI aan de n.v. ISOCAB, daterende van 7 mei 2007, met de volgende inhoud (in een door het hof wel begrepen vertaling):

*"De al herhaaldelijk gemelde gebreken aan de door u geleverde en gemonteerde koelinstallaties zijn nog niet verholpen. Tegelijkertijd melden wij bijkomend vastgestelde montage- en constructiefouten.*

*Naast de al gekende gebreken (foto's nr. 1 tot 6) komen daarbij de volgende:*

*De handvatten van de schuifdeuren vallen uit elkaar, deze werden niet volgens de regels van de kunst vervaardigd (zie foto's nr. 7 + 8).*

*De draaideuren vertonen open vullingen langs binnen - constructiefout (zie foto nr. 9).*

*Massieve uittreding van water onder de koelcellen (zie foto nr. 10 + 11).*

*De scheidingswanden van de cellen rond het slot roesten en het groef- en pensysteem vertoont grote lekken (zie foto nr. 12)".*

Ook wat dit stuk betreft wordt ten stelligste door de n.v. ISOCAB de geldigheid en de ontvangst betwist: zij noemt het een "*complaisancestuk*" (waarmee blijkbaar bedoeld wordt dat dit stuk zou zijn gecreëerd met het oog op het onderhavige geding).

Hoe dan ook, nog afgezien van deze laatste betwisting, dient deze vordering als niet ontvankelijk te worden afgewezen.

Immers, in de mate dat het (zoals beweerd door Werner VOLMARI) *nieuw* opgetreden problemen zouden betreffen, die niet berusten op een feit of akte die reeds voor de eerste rechter aanhangig was gemaakt, is deze voor het eerst in graad van beroep gestelde vordering kennelijk onontvankelijk in de zin van art. 807 Ger.W.

Voor zover het daarentegen problemen zouden betreffen die eventueel wél zouden berusten op een feit of akte die reeds voor de eerste rechter aanhangig was gemaakt (wat trouwens op zich door partij VOLMARI niet wordt aangetoond of aannemelijk gemaakt) dient er evenzeer besloten te worden tot onontvankelijkheid:

Immers, waar de verjaring en/of het verval van de vordering zelf niet geregeld is in het CISG, geldt bij gebreke van een rechtskeuze door de partijen dienaangaande, in toepassing van de art. 4.1 en 4.2. van het EVO-verdrag het recht van België, zijnde het land waarmee de partij n.v. ISOCAB (verkoper/hersteller) die de kenmerkende prestatie moet verrichten het nauwst verbonden is. Meer bepaald is dit in deze de bepalingen van art. 1648 B.W.: *de rechtsvordering op grond van koopvernietigende gebreken moet door de koper worden ingesteld binnen een korte tijd.*

Waar de verkoop reeds dateert van 16 juni 2004 en zelfs aannemende dat de (basis)vordering inzake gebreken vanwege Werner VOLMARI voor het eerst zou zijn gesteld op 12 september 2006 (zijnde diens akte verzet), dan nog is dit onmiskenbaar niet binnen de vereiste korte tijd, rekening houdende met de blijkbaar reeds voor het eerst bij brief d.d. 16 augustus 2004 (dossier/VOLMARI, stuk 3) geuite klachten. Dit is evident evenmin het geval waar deze vordering pas voor het eerst wordt gesteld bij laatste beroepsconclusie d.d. 31 juli 2008.

5. De beide partijen hebben in conclusies de rechtsplegingvergoeding begroot op het maximum, zijnde 3.000,00 EUR, wat gelet op de aard van de zaak kan worden toegekend zoals hierna te bepalen.

Alle anders luidende conclusies worden verworpen als ongegrond, niet dienend en/of irrelevant.

**OP DEZE GRONDEN,**  
**HET HOF**, rechtdoende op tegenspraak,

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

Verklaart het hoger beroep ontvankelijk doch wijst het af als ongegrond;

Bevestigt aldus het vonnis d.d. 12 december 2007;

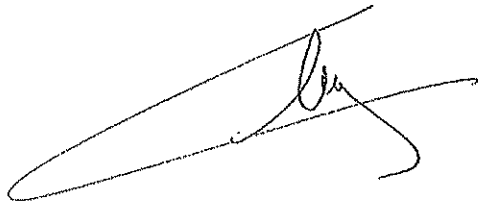
Wijst de door Werner VOLMARI gestelde (zgn. "aanvullende") vordering af als niet ontvankelijk;

Verwijst Werner VOLMARI in de kosten van het hoger beroep, op heden nuttig te bepalen in hoofde van de n.v. ISOCAB op de rechtsplegingvergoeding t.b.v. 3.000,00 EUR;

Aldus gewezen en uitgesproken in openbare terechtzitting van het Hof van beroep te Gent, **NEGENDE** ter **KAMER**, zitting houdende in burgerlijke zaken, van **14 november 2008**.

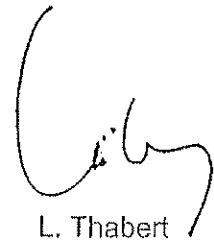
Aanwezig:

L. Thabert, Raadsheer wn. Voorzitter  
Kurt Goossens, griffier



Kurt Goossens

Rep. 2008/8110



L. Thabert

Aangeboden op  
Niet te registreren;

18 NOV. 2008

17711:  
De e.z. inspecteur,  
M. CASSAN