

CISG-online 6403	
Jurisdiction	Netherlands
Tribunal	Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden (Court of Appeal Arnhem-Leeuwarden)
Date of the decision	18 July 2023
Case no./docket no.	200.307.761/01
Case name	<i>Emirat AG v. Lijnco B.V.</i>

1 Het verloop van de procedure in hoger beroep

1.1

Na het arrest van 8 november 2022 heeft op 6 april 2023 een mondelinge behandeling bij het hof plaatsgevonden. Daarvan is een verslag gemaakt dat aan het dossier is toegevoegd (het proces-verbaal). Hierna hebben partijen het hof gevraagd opnieuw arrest te wijzen.

1.2

De schriftelijke opmerkingen naar aanleiding van het proces-verbaal van de advocaat van Lijnco (mr. Ettema reageerde met een brief van 26 april 2023) zijn aan het procesdossier toegevoegd. Het hof zal daarop voor zover nodig terugkomen in het navolgende.

2 De kern van de zaak

2.1

Lijnco heeft in opdracht van Emirat kraskaarten gedrukt voor een marketingcampagne van de Duitse elektronikawinkel Expert Handels GmbH. Emirat heeft van 29 winnende kaarten 26 prijzen uitgekeerd voor een totaalbedrag van € 855.000,-. Emirat stelt dat dit schade betreft die het gevolg is van een tekortkoming van Lijnco in de nakoming van de overeenkomst. Volgens Emirat voldeden de door Lijnco geleverde kaarten niet aan de daaraan te stellen (veiligheids)eisen en heeft Lijnco niet voldaan aan de op haar rustende waarschuwings-, informatie- en/of serviceverplichting.

2.2

Emirat heeft Lijnco gedagvaard voor de rechtbank Noord-Nederland, locatie Groningen. Zij heeft gevorderd Lijnco te veroordelen tot betaling van € 855.000,- aan schadevergoeding en € 59.637,43 aan buitengerechtelijke kosten, te vermeerderen met rente en kosten.

2.3

De rechtbank heeft diverse tussenvonnissen gewezen. Daarin is geoordeeld dat Nederlands recht, waaronder begrepen het Weens Koopverdrag, en de algemene voorwaarden van Lijnco van toepassing zijn, dat het beroep van Lijnco op het exoneratiebeding slaagt en dat de aansprakelijkheid van Lijnco niet hoger is dan de tussen partijen overeengekomen prijs van € 4.400,-. Verder heeft de rechtbank ter beoordeling van de vraag of Lijnco tekortgeschoten

is een deskundigenonderzoek gelast. Nadat Emirat aangaf niet bereid te zijn tot betaling van het voorschot van de deskundige, heeft de rechtbank de vorderingen van Emirat in het eindvonnis van 1 december 2021 afgewezen omdat bij het uitblijven van een deskundigenbericht niet kan worden vastgesteld dat Lijnco is tekortgeschoten.

2.4

Emirat kan zich niet vinden in deze vonnissen. Het hoger beroep strekt ertoe dat haar vorderingen alsnog worden toegewezen,

2.5

Met de rechtbank is het hof van oordeel dat het Nederlands recht, waaronder begrepen het Weens Koopverdrag, op de overeenkomst van partijen van toepassing is. Anders dan de rechtbank oordeelt het hof dat Emirat onvoldoende heeft onderbouwd dat sprake is van een tekortkoming. Daarom is voor bewijslevering (bijvoorbeeld door middel van een deskundigenonderzoek) geen plaats. Het hof zal deze beslissingen hierna toelichten, door eerst de relevante feiten vast te stellen en daarna de standpunten van partijen te bespreken. In dat verband zal het hof ook ingaan op de bezwaren («grieven») van Emirat tegen de beslissingen van de rechtbank.

3 De relevante feiten

3.1

Emirat is een Duits bedrijf dat marketingcampagnes en verkoopacties ten behoeve van haar klanten organiseert. Emirat berekent de financiële risico's van deze campagnes en neemt deze voor haar rekening.

3.2

Lijnco is een productiebedrijf gespecialiseerd in hoogwaardig drukwerk. Lijnco profileert zich op haar eigen website als specialist op het gebied van promotionele uitingen zoals klantenkaarten, krasloten en ander campagnemateriaal. Lijnco maakt daarnaast reclame voor haar beveiligd drukwerk.

3.3

In opdracht van winkelketen Expert GmbH heeft Emirat in april 2015 in Duitsland een marketingcampagne opgezet waarbij kraskaarten aan klanten van Expert zijn verstrekt. Iedere kraskaart bevatte 25 krasvelden: onder 7 van deze velden was een winnend symbool afgedrukt. Het openkrassen van (alleen) deze 7 winnende symbolen leverde een geldprijs op gelegen tussen de € 15.000,- en € 100.000,-. Tussen partijen staat niet ter discussie dat de kans dat een deelnemer op een kaart uitsluitend de 7 juiste velden open krast 1 op 480.700 of 0,0002083% was.

3.4

11

Met het oog op de voor deze campagne benodigde kraskaarten heeft Emirat op 31 maart 2015 een offerteaanvraag bij Lijnco ingediend via het internet. In deze aanvraag heeft Emirat geschreven:

«Wir haben eine Anfrage für 80.000 Rubbelkarten (5 aus 25) vorliegen und müssten wissen, ob diese (speziellen Hochsicherheitskarten) bis zum 24. April (oder früher) gemacht / gedruckt werden können!»

3.5

12

Nadat Lijnco op 1 april 2015 heeft bevestigd dat zij de gewenste kraskaarten tijdig zal kunnen leveren, heeft Emirat in een e-mailbericht van 1 april 2015 de volgende specificaties van de kraskaarten aan Lijnco bekend gemaakt:

«80.000 Rubbelkarten (mit Gewinnspiel 7 aus 25, d.h. es dürfen von 25 Feldern 7 freigerubbelt werden – jeder Karte enthält aber auch 7 Gewinnsymbole) (...)

Es muss ein Preisrubbelfeld geben (darunter verbirgt sich der 'Wert' der Karte

Ausserdem vermutlich noch Seriennummern (und Barcode) für jede Karte individuell

Aufteilung der 'Werte'

5.000 x 100.000 €

10.000 x 50.000 €

15.000 x 25.000 €

50.000 x 15.000 €

Die Rubbelkarten müssen bis spätestens 22.04 bei unserem Kunde sein – IST DAS ZU SCHAFFEN???

Die Karten müssen 'absolut' sicher sein (also gegen alle Arten von Licht, Hitze Röntgen usw)»

3.6

13

In een e-mailbericht van 3 april 2015 heeft Lijnco aan Emirat bevestigd dat zij de kraskaarten kan leveren. Lijnco schrijft onder meer:

«We can offer a price of Euro 55 per 1.000 cards. We produce the cards on premium safety paper (with black layer) and of course we will provide a maximum service in terms of the game plan, barcodes etc. etc.»

3.7

14

De offerte van Lijnco wordt op 3 april 2015 door Emirat ondertekend retour gezonden.

3.8

15

In de periode daarna heeft tussen partijen correspondentie plaatsgevonden over de details en de vormgeving van de kraskaarten.

3.9

16

Op 15 april 2015 heeft Emirat een proefdruk van een kraskaart goedgekeurd en op 22 april 2015 zijn de kraskaarten door Lijnco op het kantoor van Emirat afgeleverd.

3.10

17

Op 23 april 2015 zond Lijnco aan Emirat een factuur van € 4.400,-. Deze factuur is binnen de gestelde termijn door Emirat voldaan.

3.11

18

Vanaf 24 april 2015 ging de marketingcampagne van start en zijn de kraskaarten aan klanten van Expert verstrekt. Op die dag meldde zich een eerste winnaar bij Emirat en binnen drie dagen een tweede. Op 28 april 2015 hebben zich in totaal vijf winnaars gemeld. In e-mails aan Lijnco van 27 en 28 april 2015 sprak Emirat haar zorgen uit over deze situatie en uitte zij het vermoeden dat de kaarten zijn te manipuleren.

3.12

19

In een e-mail van 29 april 2015 schrijft Lijnco aan Emirat dat de kraskaarten op de gebruikelijke wijze zijn geproduceerd, dat haar kwaliteitscontrole geen bijzonderheden heeft vastgesteld en dat het bij normaal gebruik niet mogelijk is de afbeeldingen onder de kraslaag te detecteren op een andere wijze dan door het afkrassen van die laag. Verder adviseert Lijnco de distributie stop te zetten indien twijfel bestaat over het veiligheidsniveau van de kaarten.

3.13

20

Op 30 april 2015 hebben zich negen winnaars gemeld voor een totaalbedrag van € 350.000,-. In een (naar het hof begrijpt) interne e-mail van 30 april 2015 schreef Emirat dat de campagne onmiddellijk moet worden stopgezet. De schrijver van de e-mail heeft zelf vastgesteld dat met behulp van een sterke zaklamp de winnende symbolen onder de kraslaag zijn te detecteren. De campagne werd ook stopgezet en de kraskaarten zijn bij de 21 Expert-filialen opgehaald.

3.14

21

In een brief van 7 mei 2015 stelt (de advocaat van) Emirat Lijnco aansprakelijk voor schade die zij heeft geleden omdat de krasloten niet aan de overeengekomen veiligheidseisen voldoen. Emirat sommeert Lijnco vóór 11 mei 2015 kraskaarten te leveren die voldoen aan de hoogste standaard.

3.15

22

Lijnco heeft uiteindelijk geen nieuwe kraskaarten aan Emirat geleverd.

3.16

23

Emirat heeft de campagne met de al geleverde kraskaarten van Lijnco voortgezet op 30 mei 2015. De actie is geëindigd op 17 juni 2015. Van de 80.000 kraskaarten zijn er 26.473 in omloop gebracht. Er hebben zich 26 winnaars gemeld bij Expert voor een prijzengeld van € 935.000,-. Drie winnaars hebben zich met twee winnende kaarten gemeld. In totaal zijn 29 winnende kaarten overgelegd, waarvan Emirat 26 prijzen heeft uitgekeerd voor een totaalbedrag van € 855.000,-. Emirat heeft deze 26 kaarten onderzocht alvorens de prijs uit te keren. Zij heeft niet kunnen vaststellen dat sprake was van manipulatie.

Deskundigenrapporten

3.17

24

In opdracht van Emirat hebben [naam1] (specialist chemical analysis) en [naam2] (technician chemical analysis) van Force Technology onderzoek naar de veiligheid van de kraskaarten van Lijnco gedaan. De onderzoekers stellen in het rapport van 8 mei 2015 vast dat de kaarten zijn te manipuleren, kort gezegd door symbolen uit te snijden en op een andere plaats te plakken zonder dat dit aan de achterzijde van de loten zichtbaar wordt. Zij stellen echter vast dat de kaarten eerst onderzocht worden alvorens prijzen uit te keren en dat deze vorm van manipulatie bij onderzoek aan het licht zou komen. De onderzoekers hebben de loten onderzocht met een thermograaf, met röntgenstraling, met laser, met een lichtbron en met chemicaliën en concluderen:

«The test result show that it is not possible with the used techniques to discover the symbols underneath the scratch area of the tested scratch cards of the game 'expert Rubbellos 7 aus 25'.»

3.18

25

In opdracht van Emirat heeft [naam3], deskundige voor de grafische industrie en papierindustrie, onderzoek gedaan naar de manipuleerbaarheid van de kraskaarten van Lijnco en daarover op 6 augustus 2015 gerapporteerd. Van dit rapport is een vertaling overgelegd. [naam3] heeft een proefopstelling gehanteerd, waarbij de zaklampfunctie van een smartphone als lichtbron is gebruikt, de kraskaart boven de lichtbron is gepositioneerd en een vergrootglas is gebruikt om de symbolen te herkennen. De proefopstelling dient idealiter in een verduisterde ruimte te worden uitgevoerd. [naam3] heeft geconstateerd dat bij deze proefopstelling en met gebruikmaking van een uitsluitingsprocedure symboolherkenning mogelijk is wegens de volgende zwakke punten:

« De capaciteit van het gebruikte papier is te laag, zodat er een te hoge hoeveelheid licht doorheen kan schijnen en het hierdoor überhaupt juist mogelijk wordt om de symbolen te herkennen.*

** Het contrast tussen de onbedrukte (witte) achtergrond en de in oranje gedrukte symbolen is te hoog, zodat het hierdoor mogelijk wordt om symbolen te herkennen. Een eenvoudige uitkomst zou zijn geweest om de witte achtergrond van de symbolen met een grijs oppervlak of een oppervlak met een andere kleur te bedrukken, zodat het contrast tussen symbool en achtergrond aanzienlijk wordt gereduceerd.*

** De symbolen zijn vanwege hun vorm qua opbouw erg verschillend, waardoor het eenvoudige wordt om symbolen te bepalen (winnaarssymbolen zijn globaal lichter en hebben in het midden een wit oppervlak).*

** Als het krasoppervlak niet in grijs maar in zwart wordt aangebracht, wordt het aanzienlijk moeilijker om de symbolen te herkennen.*

Deze zwakke punten maken het mogelijk dat de winnaarssymbolen worden herkend en zodoende de winst kan worden gemanipuleerd.»

3.19

26

In opdracht van Emirat heeft [naam4] , scheikundig ingenieur en deskundige voor chemisch en fysiek onderzoek van aktes, onderzoek gedaan naar de kwaliteit en manipuleerbaarheid van de kraskaarten van Lijnco. In zijn vertaalde rapport van 31 augustus 2015 heeft [naam4] als onderzoeksresultaten opgenomen:

«Er is vastgesteld dat de winnaarssymbolen bij toepassing van alle voornoemde licht- en belichtingsvormen zonder verdere optische hulpmiddelen, zoals microscoop of loep, niet zonder het te beschadigen herkenbaar zijn.

Het expert-symbool onderscheidt zich door het hoge gehalte aan wit oppervlak qua vormgeving aanzienlijk van de verliezerssymbolen. Dit maakt weliswaar een goede optische onderscheidbaarheid van de symbolen in het opengekraste veld mogelijk, vergemakkelijkt echter ook de onderscheidbaarheid van de winnaarssymbolen van de verliezerssymbolen, als op geschikte plaatsen de deklaag in geringe mate wordt verwijderd c.q. puntvormig met een naald. De verwijderde deklaag kan met een inkt (bijv. zilverstift) of verf (bijv. zilverbrons) van dezelfde kleur weer onherkenbaar worden gemaakt, als er geen expert-symbool aanwezig is. Als hulpmiddel is hiervoor een microscoop of een loep noodzakelijk. Hierbij gaat het echter om een niet destructie-loze methode.

De aangebrachte kraslagen dekken de symbolen van het lot niet voldoende af en vertonen een groot aantal microscopische kleine gebreken, zodat met een optisch hulpmiddel (microscoop) de afgedekte symbolen van het lot kunnen worden achterhaald (...).

Op grond van het grote aantal gebreken in de kraslaag zijn symboolfragmenten bij voldoende vergroting herkenbaar. De beveiliging van de krasloten tegen een destructie-loze en onmerkbare herkenbaarheid van de symbolen van het lot is derhalve niet gegeven. In combinatie met de verschillen qua vorm van het winnaarssymbool ten opzichte van de verliezerssymbolen is het mogelijk om de desbetreffende symbolen te ontdekken. De winstwaarschijnlijkheid kan zodoende aanzienlijk worden verhoogd.»

3.20

27

In opdracht van Lijnco heeft [naam5], werkzaam voor onderzoeksbureau Smithers Pira, de veiligheid en manipuleerbaarheid van de kraskaarten onderzocht. Op basis van een testprogramma, bestaande uit onder meer onderzoek onder verschillende lichtcondities en onderzoek met gebruikmaking van een microscoop wordt in het rapport van 15 juni 2016 geconcludeerd:

«It was not possible in these tests to reveal the underlying symbols on the 'Expert' scratch cards produced by Lijnco without evidence of manipulation or tampering.

It was possible to remove the rub removable print using self-adhesive tape to reveal the underlying symbols. The card could then be reassembled leaving the seven winning symbols apparently revealed. However, the reconstruction should be obvious to anything more than a casual inspection.»

3.21

In opdracht van Emirat heeft [naam3] naar aanleiding van het rapport van Smithers Pira een aanvullend rapport uitgebracht op 28 juni 2017. In dit rapport, waarvan een vertaling is overgelegd, merkt [naam3] onder meer op:

«Reeds op 06 augustus 2015 werd van mij een expertise (...) voor deze taakstelling opgesteld, waarin ondubbelzinnig werd vastgesteld dat de kraskaarten met eenvoudige middelen (smartphone-zaklamp en loep) konden worden gemanipuleerd, doordat de vrij te krassen velden in doorschijnend licht bij donkere omgeving met iets oefening kunnen worden herkend. (...) voor de vraagstelling, die onderwerp van de strijd is, [zijn] alleen de in de PIRA-expertise aangevoerde vernietigingsvrije, optische onderzoeken resp. exposities met verschillende lichtbronnen relevant. (...)

Bij de tussen mijn expertise en de PIRA-expertise overeenstemmende methode van het doorlichten met sterk LED-licht (smartphone-zaklamp) en gelijktijdige beschouwing van de doorlichte krasvelden onder vergroting maar ook bij andere aangevoerde optische onderzoeksmethodes kon de PIRA echter geen winstsymbolen herkennen. Mij is het echter gelukt, de winstsymbolen voortijdig onder toepassing van de in de eerste expertise opgetekende uitsluitingsmethode (punt 7 van de eerste expertise) te herkennen. Dit werd duidelijk door de van mij afgestempelde, gemanipuleerde winstkaart, die zich als aanhangsel aan de expertise bevond, bewezen. Het is daarom van mijn standpunt uit gezien duidelijk een bewijs voor de niet voorhanden vervalsingszekerheid van de kraskaarten, die onderwerp van de strijd zijn, resp. voor de mogelijkheid van een resultaatmanipulatie voorhanden.

Omdat de nadere handelwijze van de optische beoordeling bij het voorlichten van de kraskaarten in de expertise van PIRA niet nader is aangevoerd, is het voor mij ook niet mogelijk te beoordelen, hoe de medewerkers van PIRA de visuele beoordeling van de doorlichtingsonderzoeken hebben uitgevoerd en of zij eveneens de tijdrovende uitsluitingsmethode (punt 7 van mijn eerste expertise) voor een voortijdige herkenning van de winstvelden hebben toegepast.

Men moet hierbij vermelden, dat de winstsymbolen bij deze methode zelf niet 'op het eerste gezicht' herkenbaar zijn. Men heeft daardoor een desbetreffende hoge te invest[e]ren tijd, geduld en in totaal een criminalistische handelwijze nodig.

Een vervalsingsveilige of niet te manipuleren kraskaart moet echter ook deze methode weerstaan en mag de winstsymbolen niet voortijdig laten herkennen.»

4 Het oordeel van het hof

Inleiding

4.1

Emirat heeft 20 grieven aangevoerd tegen de vonnissen die de rechtbank heeft gewezen. Grief 1 is gericht tegen het tussenvonnis van 21 december 2016, waarin de rechtbank heeft geoordeeld dat het Weens Koopverdrag van toepassing is. De grieven 2 tot en met 12 zien op de tussenvonnissen van 27 juni 2018, 6 maart 2019 en 29 januari 2020 en hebben

voornamelijk betrekking op de toepasselijkheid van de algemene voorwaarden van Lijnco. Grief 13 is gericht tegen het tussenvonnis van 14 juli 2021, waarin de rechtbank heeft bepaald dat een deskundige dient te worden benoemd ter vaststelling van de vraag naar non-conformiteit van de kraskaarten. Grief 14 gaat over het tussenvonnis van 14 juli 2021, waarin de vraagstelling aan de deskundige is geformuleerd. De grieven 15 tot en met 21 zien op het eindvonnis van 1 december 2021, waarin de vorderingen van Emirat zijn afgewezen.

Bevoegdheid

4.2

De zaak draagt een internationaal karakter omdat Emirat in Duitsland gevestigd is. Het hof sluit zich aan bij de rechtbank, die in het tussenvonnis van 21 december 2016 heeft geoordeeld dat de Nederlandse rechter op grond van artikel 4 lid 1 van de Herschikte EEX-Verordening (Brussel I bis) bevoegd is om kennis te nemen van dit geschil. Tussen partijen staat dat overigens ook niet ter discussie.

30

Toepasselijk recht

4.3

De rechtbank heeft in het tussenvonnis van 21 december 2016 overwogen dat tussen partijen niet in geschil is dat Nederlands recht, waarvan het Weens Koopverdrag deel uitmaakt, van toepassing is op hun rechtsverhouding.

31

4.4

Emirat heeft aangevoerd dat de rechtbank ten onrechte heeft geoordeeld dat het Weens Koopverdrag van toepassing is. Volgens Emirat moet de door partijen gesloten overeenkomst primair als een zuivere aannemingsovereenkomst worden aangemerkt, zodat het Weens Koopverdrag niet van toepassing is. Subsidiair meent Emirat dat sprake is van een gemengde overeenkomst (van koop en aanneming), zodat op grond van het Weens Koopverdrag aanvullende werking toekomt aan de «aanneming van werk»-bepalingen. Lijnco stelt zich op het standpunt dat sprake is van een zuivere koopovereenkomst.

32

4.5

Het Weens Koopverdrag is van toepassing indien twee of meer zakelijke, ieder in een ander land gevestigde, partijen met elkaar een koopovereenkomst sluiten voor de koop van roerende zaken, waarbij geen sprake is van de in het Weens Koopverdrag uitgezonderde transacties en waarbij het hoofdbestanddeel van de overeenkomst niet bestaat uit aanneming van werk.

33

4.6

Het hof kwalificeert de overeenkomst als een koopovereenkomst. Er is sprake van de aanschaf van kraskaarten volgens tussen partijen overeengekomen specificaties. Het onderwerp van de overeenkomst is primair de koop van de kraskaarten en niet zozeer de door Lijnco daartoe te verrichten arbeidsprestatie. Bij aanneming van werk is dat laatste juist essentieel.

34

4.7

35

De conclusie is dat de rechtsverhouding tussen partijen wordt beheerst door het Nederlands recht, het Weens Koopverdrag (hierna: WKV) daaronder begrepen.

Non-conformiteit: juridisch kader

4.8

36

In geschil is of de door Lijnco geleverde kraskaarten voldoen aan de overeenkomst van partijen (artikel 35 WKV). Als dat niet het geval is, kan dat een wezenlijke tekortkoming opleveren, indien deze leidt tot zodanige schade voor de andere partij dat haar in aanmerkelijke mate wordt onthouden wat zij op grond van de overeenkomst mag verwachten (artikel 25 WKV).

4.9

37

Artikel 35 WKV stelt centraal dat de verkoper verplicht is tot aflevering van zaken die aan de overeenkomst beantwoorden (het conformiteitsvereiste) en bepaalt aan welke eisen de te leveren zaken dienen te beantwoorden.

Volgens lid 1 van dit artikel is conformiteit primair afhankelijk van de bedoeling van partijen. De verkoper dient zaken af te leveren waarvan de hoeveelheid, kwaliteit en de omschrijving voldoen aan de *in de overeenkomst gestelde eisen*. Kwaliteit omvat, naast de fysieke gesteldheid, alle feitelijke en juridische eigenschappen van de zaken. Welke contractuele eisen (expliciet of impliciet) zijn overeengekomen, laat zich eventueel bepalen aan de hand van uitleg op grond van het hierna te bespreken artikel 8 WKV.

38

Voor zover op basis van lid 1 van artikel 35 WKV onvoldoende duidelijk is aan welke eisen de zaken dienen te voldoen, worden in lid 2 van artikel 35 WKV enkele nadere, objectieve criteria gegeven. Daarbij is met name het (voorgenomen) gebruik van de zaken van belang.

39

4.10

40

Artikel 8 WKV ziet op de uitleg van verklaringen door en andere gedragingen van een contractspartij in het kader van de totstandkoming van een koopovereenkomst. Algemeen wordt aangenomen dat dit artikel ook van toepassing is op de uitleg van de koopovereenkomst als zodanig, bijvoorbeeld in het kader van artikel 35 WKV.

In beginsel is de tussen beide partijen in redelijkheid bekende subjectieve betekenis van verklaringen en gedragingen beslissend (lid 1). In veel gevallen zal het echter zo zijn dat de subjectieve betekenis niet is vast te stellen. In dat geval is de geobjectiveerde betekenis van de verklaring of gedraging van belang: uitleg dient te geschieden overeenkomstig de zin die een redelijk persoon van gelijke hoedanigheid als de andere partij in dezelfde omstandigheden eraan zou hebben toegekend (lid 2). Bij de vaststelling van zowel de subjectieve als de objectieve bedoeling dient rekening te worden gehouden met alle omstandigheden van het geval, waaronder de onderhandelingen, eventuele handelwijzen die tussen partijen gebruikelijk zijn, gewoonten en alle latere gedragingen van partijen (lid 3).

41

4.11

42

Artikel 9 WKV bevat een nadere regeling over de toepassing van gewoonten.

4.12

43

Voor zover latere gedragingen van partijen van de intentie of bedoeling op het beslissende moment afwijken, kunnen die ook tot bewijs dienen van een later door de partijen overeengekomen wijziging van hun overeenkomst volgens artikel 29 WKV.

4.13

44

Op grond van artikel 35 lid 2, aanhef en onder b, WKV en artikel 36 lid 1 WKV is het aan Emirat om te stellen en bij voldoende betwisting te bewijzen dat de kraskaarten ten tijde van de levering niet aan de overeenkomst beantwoordden.

Inhoud overeenkomst

4.14

45

Het hof dient met inachtneming van het hiervoor weergegeven toetsingskader te beoordelen wat de inhoud van de overeenkomst van partijen is en wat partijen op basis daarvan mochten verwachten.

4.15

46

Vast staat dat Emirat in haar e-mails van 31 maart 2015 en 1 april 2015 heeft gevraagd om «speziellen Hochsicherheitskarten» en kaarten die «‘absolut’ sicher sein (also gegen alle Arten von Licht, Hitze Röntgen usw)». Lijnco heeft vervolgens kaarten gedrukt op «premium safety paper (with black layer)» geoffreerd. Gesteld noch gebleken is dat partijen voorafgaand of ten tijde van de totstandkoming van de overeenkomst verder hebben onderhandeld of hebben gesproken over nadere veiligheidsspecificaties. Lijnco heeft wel aangevoerd dat kraskaarten nooit 100% veilig zijn en dat het gebruikelijk is om het kraken van de kaarten zo moeilijk mogelijk te maken, dit binnen redelijke marges omdat het drukwerk niet te veel mag kosten. In dit geval, waarin op «premium safety paper» gedrukte kraskaarten zijn overeengekomen tegen een bedrag van € 4.400,-, moet volgens Lijnco worden vastgesteld of het kraken van de kraskaarten zo eenvoudig is dat zij niet de eigenschappen hebben die Emirat redelijkerwijs had mogen verwachten. Emirat heeft dit niet bestreden.

4.16

47

Gelet hierop, en rekening houdend met het feit dat sprake is van professionele partijen met ervaring in de markt van kraskaarten, gaat het hof ervan uit dat Emirat bij de opdrachtverstrekking mocht verwachten dat de kraskaarten niet eenvoudig te kraken zouden zijn. Enkel uit de door Emirat in haar e-mails gebruikte bewoordingen behoefde Lijnco niet zonder meer te begrijpen dat Emirat, in afwijking van wat gebruikelijk is, 100% veilige en derhalve op ongebruikelijk kostbaar papier gedrukte kraskaarten wenste te verkrijgen. Emirat heeft geen stellingen naar voren gebracht waaruit kan worden afgeleid dat zij Lijnco bij het verstrekken van de opdracht duidelijk heeft gemaakt dat het haar wel te doen was om dergelijke kaarten.

4.17

48

Het hof stelt verder vast dat partijen na de opdrachtverstrekking nader hebben overlegd over de details en vormgeving van de kraskaarten. Lijnco heeft in dit verband aangevoerd dat het design van de kaarten, waaronder de kleurstelling en de gebruikte symbolen, conform de wensen van Emirat tot stand is gekomen, waarbij Lijnco heeft gewaarschuwd voor een aantal

(veiligheids)risico's die aan de keuzes van Emirat verbonden waren. Emirat heeft dit niet (voldoende) betwist. Het hof neemt op basis hiervan aan dat Emirat in beginsel niet mocht verwachten dat de op het overeengekomen papier gedrukte kraskaarten 100% bestand zouden zijn tegen verwezenlijking van veiligheidsrisico's die samenhangen met de kleurstelling en de gebruikte symbolen.

Geen tekortkoming Lijnco

4.18

Emirat stelt dat de geleverde kraskaarten niet op het door Lijnco geoffreerde papier zijn gedrukt, maar Lijnco heeft dit bestreden. Bovendien heeft deskundige [naam3] in zijn rapport van 6 augustus 2015 vastgesteld dat voor de productie van de kraskaarten gebruik is gemaakt van een aan beide kanten gestreken papier met een ingewerkte zwarte laag voor de bescherming tegen inkijk ter verhoging van de opaciteit (intensiteit van de lichtdoorlating). Emirat heeft haar stelling niet van een nadere onderbouwing voorzien. Daarmee gaat het hof ervan uit dat de door Lijnco kraskaarten zijn gedrukt op «premium safety paper (with black layer)», zoals partijen zijn overeengekomen.

49

4.19

Daarnaast voldeden de kaarten volgens Emirat niet aan het daaraan te stellen veiligheidsniveau. Emirat heeft kaarten met veiligheidsgebreken geleverd gekregen. De kaarten hadden geen voldoende dekkende laag, het contrast tussen de witte achtergrond en het oranje van de gebruikte symbolen was te groot en het winnende symbool (het logo van Expert) was te afwijkend van de gebruikte verliezende symbolen (emoji's). Ter onderbouwing van deze veiligheidsgebreken wijst Emirat op het rapport van deskundige [naam3]. Daarnaast volgt uit de kansberekening van Emirat dat de kaarten wel gebrekkig moeten zijn, omdat er anders nooit zoveel winnaars zouden zijn geweest.

50

4.20

Het hof stelt voorop dat het enkele feit dat de kaarten veiligheidsgebreken hebben en de winkans blijkens de kansberekening van Emirat nagenoeg nihil was, nog niet betekent dat sprake is van een tekortkoming van Lijnco. Daarvoor moet worden vastgesteld of de kaarten aan de overeenkomst van partijen voldoen, zoals deze hiervoor is vastgesteld.

51

4.21

Emirat wijst ter onderbouwing van haar standpunt op de rapportages van [naam3]. Uit deze rapportages komt naar voren dat [naam3] symbolen onder de kraslaag heeft kunnen herkennen door gebruik te maken van eenvoudige hulpmiddelen als de zaklampfunctie van een smartphone en een vergrootglas. Uit het rapport van 6 augustus 2015 blijkt dat de symboolherkenning wel een aanpak vereist waarbij de kraskaart in een verduisterde ruimte op een juiste manier boven de lichtbron wordt gepositioneerd. Naar eigen zeggen van [naam3] zijn de winstsymbolen zeker niet op het eerste gezicht herkenbaar, maar is «een bepaalde mate van oefening», toepassing van een «tijdrovende uitsluitingsmethode» en een hoge mate van «te investeren tijd, geduld en in totaal een criminalistische handelwijze» nodig.

52

4.22

53

Bovendien volgen uit de rapporten van Force Technology, [naam4] en Smithers Pira andersluidende conclusies over de symboolherkenning. Uit de rapporten van Force Technology en Smithers Pira kan worden afgeleid dat de winnende symbolen met toepassing van verschillende hulpmiddelen niet te herkennen zijn zonder zichtbare beschadiging of manipulatie. En [naam4] heeft vastgesteld dat de winnende symbolen bij toepassing van verschillende licht- en belichtingsvormen zonder verdere optische hulpmiddelen, zoals microscoop of loep, niet zonder het beschadigen van de kraslaag herkenbaar zijn.

4.23

54

Al met al kan op grond van deze deskundigenrapportages niet worden vastgesteld dat de kraskaarten eenvoudig te kraken zijn. Daarbij komt dat [naam3] de symboolherkenning wijt aan – kort gezegd – het contrast in kleur en vormgeving van de gebruikte symbolen in combinatie met een te lage opaciteit van het papier. [naam4] wijst als enige van de deskundigen nog op een groot aantal microscopische kleine gebreken in de kraslaag waardoor symboolfragmenten bij voldoende vergroting met een microscoop herkenbaar zijn, en ook hij stelt vast dat het in combinatie met de verschillen in vormgeving van de symbolen mogelijk is om die te herkennen. Uit deze rapporten blijkt niet dat het gebruikte papier en de daarop aangebrachte kraslaag op zichzelf niet geschikt zijn voor de bestemming daarvan als kraskaart, terwijl hiervoor is vastgesteld dat Emirat ondanks (veiligheids)waarschuwingen van Lijnco bepaalde keuzes in de kleurstelling en gebruikte symbolen heeft gemaakt en zij daarom niet mocht verwachten dat de kaarten 100% bestand zouden zijn tegen verwezenlijking van daaraan verbonden veiligheidsrisico's.

4.24

55

Lijnco heeft verder nog aangevoerd dat denkbaar is dat de door haar aan Emirat verstrekte lijst, waarop per kraskaart is opgenomen waar de winnende symbolen onder de kraslaag geplaatst zijn, is uitgelekt. Emirat acht dit onaannemelijk omdat zij de lijst heeft opgeslagen op een «stand alone computer» die slechts voor één medewerker van Emirat toegankelijk is. Maar deze weerspreking is onvoldoende om de door Lijnco opgeworpen alternatieve mogelijkheid uit te sluiten. Daarbij neemt het hof ook de opvallende geografische verspreiding van de winnaars in ogenschouw. De actie is gehouden ten behoeve van alle Expert-filialen in heel Duitsland, maar de filialen waar zich winnaars hebben gemeld liggen dicht bij elkaar. 85% van de winnaars heeft gewonnen bij 8 van de 21 deelnemende filialen, die slechts 125 kilometer uit elkaar liggen. Binnen deze 125 kilometer ligt ook het hoofdkantoor van Expert, waar de plaatsing van de winnende symbolen bekend zal zijn geweest. Uiteindelijk zijn aan 26 van de 29 winnaars die zich hebben gemeld prijzen uitgekeerd en heeft een aantal winnaars meerdere prijzen geclaimd.

4.25

56

Bij deze stand van zaken heeft Emirat onvoldoende onderbouwd dat de door Lijnco geleverde kraskaarten niet voldeden aan de overeenkomst van partijen en dat dit heeft geleid tot zodanige schade voor Emirat dat haar in belangrijke mate wordt onthouden wat zij op grond van de overeenkomst mocht verwachten.

Geen schending waarschuwings-, informatie- en/of serviceverplichting

4.26

57

Emirat stelt dat Lijnco zowel haar precontractuele als haar contractuele waarschuwings-, informatie- en/of serviceverplichting heeft geschonden. Lijnco had volgens Emirat moeten waarschuwen voor onduidelijkheden in de verstrekte opdracht ter zake van het gewenste veiligheidsniveau van de kraskaarten. Ook had Lijnco moeten wijzen op de noodzaak van het opstellen en hanteren van een veiligheidsprotocol bij de afgifte en het gebruik van de kraskaarten en de mogelijkheid een externe partij met laboratoriumtests te laten vaststellen of de kraskaarten voldeden aan de veiligheidsstandaard. Tot slot is Lijnco de door haar toegezegde service niet nagekomen.

4.27

58

Lijnco heeft gemotiveerd betwist dat zij een op haar rustende waarschuwings-, informatie- en/of serviceverplichting heeft geschonden.

4.28

59

Hiervoor heeft het hof vastgesteld dat sprake is van een internationale koopovereenkomst tussen professionele partijen. Emirat kan zich dus niet beroepen op de waarschuwingsplicht van artikel 7:754 BW. Dat in dit geval op Lijnco als verkoper anderszins een waarschuwings-, informatie- en/of serviceverplichting rust en zij deze heeft geschonden, heeft Emirat mede in het licht van de weerspreking door Lijnco onvoldoende onderbouwd.

Geen bewijslevering

4.29

60

Wat hiervoor is overwogen leidt ertoe dat aan bewijslevering (bijvoorbeeld in de vorm van deskundigenonderzoek) niet meer wordt toegekomen.

De conclusie

4.30

61

Het hoger beroep van Emirat slaagt niet. Wat Emirat verder nog heeft aangevoerd tegen de uitspraken van de rechtbank leidt niet tot een ander oordeel over de stelplicht waaraan niet voldoende is voldaan. Dit behoeft daarom geen bespreking.

4.31

62

Het hof zal het tussenvonnissen van 21 december 2016 en het eindvonnis van 1 december 2021 van de rechtbank bekrachtigen, het eindvonnis met verbetering van de gronden waarop het is gewezen. Bij deze uitkomst heeft Emirat geen belang meer bij vernietiging van de tussenvonnissen van 27 juni 2018, 6 maart 2019, 29 januari 2020 en 14 juli 2021. Voor zover gericht tegen deze vonnissen, zal het hof het hoger beroep van Emirat dan ook verwerpen.

4.32

63

Omdat Emirat in het ongelijk zal worden gesteld, zal het hof haar tot betaling van de proceskosten in hoger beroep veroordelen. Onder die kosten vallen ook de nakosten.

4.33

64

De proceskostenveroordeling in deze uitspraak kan ook ten uitvoer worden gelegd als een van partijen de beslissing van het hof voorlegt aan de Hoge Raad (uitvoerbaarheid bij voorraad).

5 De beslissing

Het hof:

65

5.1

bekrachtigt de vonnissen van de rechtbank Noord-Nederland, locatie Groningen, van 21 december 2016 en 1 december 2021, met verbetering van de gronden waarop het vonnis van 1 december 2021 is gewezen;

5.2

verwerpt het hoger beroep van Emirat, voor zover dat is gericht tegen de vonnissen van de rechtbank Noord-Nederland, locatie Groningen, van 27 juni 2018, 6 maart 2019, 29 januari 2020 en 14 juli 2021;

5.3

veroordeelt Emirat tot betaling van de volgende proceskosten van Lijnco:

€ 5.689,- aan griffierecht

€ 10.304,- aan salaris advocaat van de advocaat van Lijnco (2 procespunten x appeltarief VII à € 5.152,-)

5.4

bepaalt dat al deze kosten moeten worden betaald binnen 14 dagen na vandaag. Als niet op tijd wordt betaald, dan worden die kosten verhoogd met de wettelijke rente;

5.5

verklaart de proceskostenveroordeling in dit arrest uitvoerbaar bij voorraad;

5.6

wijst af wat verder is gevorderd.

Dit arrest is gewezen door mrs. M. Willemse, H. de Hek en M.E.L. Fikkers, en is door de rolraadsheer in tegenwoordigheid van de griffier in het openbaar uitgesproken op 18 juli 2023.