

CISG-online 7101

Jurisdiction	Belgium
Tribunal	Ondernemingsrechtbank Gent (Commercial Court Ghent)
Date of the decision	29 April 2021
Case name	<i>Energy storage container case</i>

De rechtbank heeft partijen gehoord in openbare terechtzitting en heeft kennis genomen van de neergelegde stukken en van de stukken in het dossier van de rechtspleging. De artikelen 2, 37 en 41 van de wet van 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken worden toegepast. 1

Met dagvaarding van 24 december 2020 vordert X. NV: 2

«1. *Een deskundigen onderzoek te bevelen en daartoe een gerechtsdeskundige aan te stellen (conform art. 962 e.v. Ger.W.) met de opdracht om:*

- *een beschrijving te maken van de vastgestelde gebreken ten aanzien van de specificaties van (i) het EPC Contract; (ii) de offerte tot aankoop en indienstelling van een energieopslagcontainer d.d. 8 oktober 2018; (iii) de meerwerkofferte voor project 'S.' d.d. 18 december 2018; (iv) het beveiligingsdocument met nummer 8102B730; en (v) het document omtrent de SDI-levensduurschatting van het elektronische schakeling systeem d.d. 5 maart 2020 en andere afspraken tussen partijen;*
 - *de oorzaken vast te stellen van de vastgestelde gebreken en te zeggen aan wie zij feitelijk en technisch toe te schrijven zijn;*
 - *indien mogelijk de correcte aanpassingen / herstellingen, de duur hiervan en de kostprijs van de aanpassingen / herstellingen te bepalen, alsmede de minderwaarde;*
 - *de door haar geleden schade te begroten, zowel rechtstreekse kosten en uitgaven, als indirect verlies en minderinkomsten;*
 - *te antwoorden op alle vragen van de partijen.*
2. *Vervolgens de zaak naar de rol te verzenden en te zeggen voor recht dat A. B.V. faalt in haar verbintenis tot conforme levering van de energie-opslagcontainer en toebehoren, zoals bepaald in het EPC Contract; de offerte tot aankoop en indienstelling van een energie-opslagcontainer d.d. 8 oktober 2018; de meerwerkofferte voor project 'S.' d.d. 18 december 2018; het beveiligingsdocument met nummer [...] en het document omtrent de SDI-levensduurschatting van het elektronische schakeling systeem d.d. 5 maart 2020,*

minstens in de mate er (gedeeltelijk) levering plaats gevonden heeft, te zeggen voor recht dat de energie-opslagcontainer behept is met verborgen gebreken.

3. *Dienvolgens het EPC Contract te ontbinden omwille van niet-conforme levering van de energieopslagcontainer en toebehoren conform artikel 1610 oud BW, minstens verborgen gebrek conform art. 1644 oud BW.*
4. *A. B.V. te veroordelen tot het terugbetalen van de koopsom, meer interesten en meer het betalen van een schadevergoeding, per 31 december 2020 provisioneel begroot op 156.973,77 EUR.*
5. *A. B.V. te veroordelen tot de dagvaardingskosten en gerechtskosten, inclusief rechtsplegingsvergoeding en het rolrecht.»*

Met haar synthesebesluiten d.d. 15 maart 2021 formuleert X. NV haar vorderingen als volgt:

3

- «1. *Voor recht te zeggen dat de overeenkomst d.d. 11 oktober 2018 juridisch gekwalificeerd dient te worden als een koopovereenkomst, waarop bij uitsluiting van het Weens Koopverdrag, het Belgisch interne recht toepasselijk is.*
2. *Zelfs indien uw zetel – quod non – van oordeel zou zijn dat de overeenkomst d.d. 11 oktober 2018 juridisch gekwalificeerd dient te worden als een aannemingsovereenkomst, evenzeer volgende onderzoeksmaatregel op te leggen.*
3. *Vervolgens een deskundigenonderzoek te bevelen en daartoe een gerechtsdeskundige aan te stellen (conform art. 962 e.v. Ger.W.) met de opdracht om:*
 - *een beschrijving te maken van de niet-conformiteit / vastgestelde gebreken ten aanzien van de specificaties van (i) het contract d.d. 11 oktober 2018; (ii) de offerte tot aankoop en indienstelling van een energie-opslagcontainer d.d. 8 oktober 2018; (iii) de meerwerkofferte voor project ‘S.’ d.d. 18 december 2018; (iv) het beveiligingsdocument met nummer [...]; en (v) het document omtrent de SDI-levensduurschatting van het elektronische schakeling systeem d.d. 5 maart 2020 en andere afspraken tussen partijen;*
 - *de oorzaken vast te stellen van de niet-conformiteit / vastgestelde gebreken en te zeggen aan wie zij feitelijk en technisch toe te schrijven zijn;*
 - *indien mogelijk de correcte aanpassingen / herstellingen, de duur hiervan en de kostprijs van de aanpassingen / herstellingen te bepalen, alsmede de minderwaarde;*
 - *de geleden schade te begroten, zowel rechtstreekse kosten en uitgaven, als indirect verlies en minderinkomsten;*
 - *te antwoorden op alle vragen van de partijen.*

4. *Vervolgens de zaak naar de rol te verzenden teneinde te horen zeggen voor recht dat A. B.V.:*
 - (i) *faalt in haar verbintenis tot conforme levering van de energie-opslagcontainer en toebehoren, zoals bepaald in het contract; de offerte tot aankoop en indienstelling van een energie-opslagcontainer d.d. 8 oktober 2018; de meerwerkofferte voor project 'S.' d.d. 18 december 2018; het beveiligingsdocument met nummer [...] en het document omtrent de SDI-levensduurschatting van het elektronische schakeling systeem d.d. 5 maart 2020, minstens in de mate er (gedeeltelijk) levering plaats gevonden heeft, te zeggen voor recht dat de energie-opslagcontainer behept is met verborgen gebreken;*
 - (ii) *ofwel faalt in haar verbintenis tot correcte uitvoering van de aannemingswerken zoals bepaald in het contract; de offerte tot aankoop en indienstelling van een energie-opslagcontainer d.d. 8 oktober 2018; de meerwerkofferte voor project 'S.' d.d. 18 december 2018; het beveiligingsdocument met nummer [...] en het document omtrent de SDI-levensduurschatting van het elektronische schakeling systeem d.d. 5 maart 2020.*
5. *Dienvolgens het contract en aanverwante overeenkomsten te ontbinden:*
 - (i) *omwille van niet-conforme levering van de energie-opslagcontainer en toebehoren conform artikel 1610 oud BW, minstens verborgen gebrek conform art. 1644 oud BW;*
 - (ii) *ofwel omwille van wanprestatie in hoofde van A. B.V. bij het uitvoeren van de aannemingsovereenkomst van de energie-opslagcontainer en toebehoren conform art. 1184 oud BW, minstens verborgen gebrek.*
6. *A. B.V. te veroordelen tot het terugbetalen van de koopsom, meer interesten en meer het betalen van een schadevergoeding, per 31 december 2020 provisioneel begroot op 165.793,77 EUR.*
7. *A. B.V. te veroordelen tot de dagvaardingskosten en gerechtskosten, inclusief rechtsplegingsvergoeding.»*

X. NV zet uiteen dat zij met A. B.V. een koopovereenkomst d.d. 11 oktober 2018 heeft afgesloten, waarbij laatstgenoemde zich ertoe verbonden heeft een energie-opslagcontainer te maken, te leveren en in dienst te stellen op de site van «S.» te Harelbeke ([...]). Deze batterijcontainer is bedoeld om autonoom balanceringsdiensten te leveren aan ELIA, de transmissiebeheerder in België, voor een totaal vermogen van 2 MW FCR, waarmee variaties in de frequentie van het elektriciteitsnet opgevangen worden. Het geheel is ondergebracht in een 45-voet container en bevat 36 racks Samsung MF2 batterijen, benevens transformatoren en een midden- en laagspanningsstation. De totaalprijs bedroeg 1.093.430,00 EUR [...].

4

Conform de bepalingen van de overeenkomst [...] werd een test uitgevoerd op 9 augustus 2019 op de site van «S.», nadat de batterijcontainer aldaar werd geplaatst («*site acceptance test*»). Hieruit is volgens X. NV gebleken dat de energie-opslagcontainer de door haar gevraagde specificatie om gedurende 30 minuten 2 MW autonoom energie te leveren, niet behaalde [...]. **5**

Na herhaalde ingebrekestellingen d.d. 22 augustus 2019, 26 augustus 2019 en 5 september 2019 van de zijde van X. NV, waarbij de niet-conformiteit werd aangeklaagd [...], heeft A. B.V. op 25 september 2019 een voorstel gedaan om hieraan te remediëren, bestaande in het leveren, plaatsen en in dienst stellen op haar kosten van een additionele 10-voet container, bestaande uit één omvormer en 2 Samsung M2F batterijracks met een totale (extra) capaciteit van 137 kWh. Dit aanbod eindigt met de voorwaarden dat (a) alle openstaande facturen – met uitzondering van 47.500,00 EUR – binnen 1 week dienen betaald te worden en (b) dat de ingebrekestelling «vervalt» na oplevering van de 10-voet container, waardoor aan A. B.V. «finale kwijting» wordt verleend [...]. **6**

X. NV heeft dit voorstel aanvaard op 30 september 2019, mits een snelle levering van de 10-voet container en een analyse en oplossing «van de openstaande problemen» waaronder het uit dienst gaan van de batterij op 22 september 2019 [...]. **7**

Volgens X. NV vond de voorlopige ingebruikname van de beide energie-opslagcontainers eerst plaats op 12 maart 2020, waarna er problemen bleven opduiken met de installatie (stroomonderbrekingen en onvoldoende capaciteit). **8**

In juli 2020 zou tijdens een test van de installatie een voldoende capaciteit behaald zijn, doch het rapport daarvan werd door A. B.V. pas opgesteld in de loop van september 2020. Bovendien verliep deze test volgens X. NV «in ideale omstandigheden» en was het resultaat «kennelijk eenmalig». Het protocol werd overigens door niemand ondertekend [...]. X. NV heeft de indruk dat de parameters voor de test «gemanipuleerd» waren. **9**

Volgens X. NV heeft zij alsdan «onder druk» het saldo van 47.500,00 EUR betaald in september 2020, maar de problemen hebben zich blijven opstapelen. Op 28 oktober 2020 werden specifiek aangeklaagd: **10**

1. de bijgewerkte elektrische schema's worden niet overgemaakt;
2. het is niet mogelijk om het systeem aan te sturen boven 1850 kW, wat niet volgens de overeengekomen specificatie is;
3. geregeld duiken bugs in het controlesysteem op, waarop A. B.V. zelden of niet reageert [...].

Op 6 november 2020 antwoordt A. B.V. hierop dat zij in de loop van de «volgende week» tijd zal maken om naar de «open punten te kijken» en dat zij hoopt om vervolgens op vrijdag 13 november 2020 «een eerste terugkoppeling over deze punten te kunnen geven» [...]. **11**

Op 27 november 2020 worden opnieuw problemen gemeld door de gebruiker van het systeem [...].

Op 24 december 2020 gaat X. NV tot dagvaarding over en stelt zij de vorderingen in zoals hierboven aangegeven.

Met haar syntheseconclusie d.d. 25 maart 2021 vraagt A. B.V. te oordelen als volgt:

12

- *«in hoofdde, na toepassing van het Belgisch gemeen recht met uitsluiting van het Weens Koopverdrag, de vordering van X. NV om, bij toepassing van artikel 735 Ger.W. en op korte debatten, de aanstelling van een gerechtsdeskundige [te bekomen] af te wijzen, omwille van de niet-ontvankelijkheid, minstens ongegrondheid van de vorderingen;*
- *in ondergeschikte orde, zo er toch een gerechtelijk deskundigenonderzoek wordt bevolen, partijen toe te laten op korte termijn standpunt in te nemen omtrent de precieze opdracht van de gerechtsdeskundige, minstens de opdracht van de deskundige in lijn met de opmerkingen van A. B.V. aan te passen, en de zaak voor het overige naar de rol te verwijzen;*
- *in ieder geval, X. NV te veroordelen tot alle kosten van het geding, met inbegrip van de kosten van een eventueel deskundigenonderzoek en de rechtsplegingsvergoeding in toepassing van artikel 1022 van het Gerechtelijk Wetboek en artikel 3 van het Koninklijk Besluit van 26 oktober 2007.»*

Beoordeling

1. Toepasselijk recht

1.1.

In de dagvaarding beroept X. NV zich op art. 1610 oud BW (niet-conforme levering), minstens op art. 1644 oud BW (verborgen gebrek).

13

1.2.

In principe is het Verdrag van 11 april 1980 van de Verenigde Naties inzake internationale koopovereenkomsten betreffende roerende zaken (hierna genoemd: «Weens Koopverdrag») uit zichzelf van toepassing, gezien de partijen gevestigd zijn in respectievelijk België en Nederland, en zowel België als Nederland verdragsluitende staten zijn (art. 1-1.a van het verdrag), althans voor zover het gaat om een koopovereenkomst betreffende een roerende zaak (zie verder).

14

1.3.

In artikel 19.1 van het contract d.d. 11 oktober 2018 hebben de partijen uitdrukkelijk rechtskeuze gedaan voor het Belgisch recht [...]. Het Weens Koopverdrag maakt deel uit van het Belgisch recht en voor zover het gaat om een koopovereenkomst betreffende een roerende zaak (zie verder), is het verdrag van toepassing ingevolge art. 1-1.b van het verdrag (*«Dit Verdrag is van toepassing op koopovereenkomsten betreffende roerende zaken tussen partijen die in verschillende Staten gevestigd zijn (...) wanneer volgens de regels van*

15

internationaal privaatrecht het recht van een Verdragsluitende Staat van toepassing is»). België is een verdragsluitende staat (het Weens Koopverdrag is alhier in werking sinds 1 november 1997). Anderzijds moet *in casu* het toepasselijk recht worden vastgesteld overeenkomstig de zgn. Rome I - Verordening (Verordening (EG) nr. 593/2008 van het Europees Parlement en de Raad van 17 juni 2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst), alwaar in art. 3.1 de door de partijen in hun overeenkomst gedane rechtskeuze geconsacreerd wordt. Het Belgisch recht is dus van toepassing, met inbegrip van het Weens Koopverdrag (in de mate de overeenkomst d.d. 11 oktober 2018 betrekking heeft op een internationale koopovereenkomst betreffende een roerende zaak – zie verder), in welk verband overigens vastgesteld wordt dat bij de rechtskeuze volgens artikel 19.1 van het contract d.d. 11 oktober 2018, de toepassing van het Weens Koopverdrag niet wordt uitgesloten.

1.4.

Waar de beide partijen aanvankelijk conclusies genomen hebben waarin zij hun wederzijdse stellingnames en argumenten enkel maar hebben gebaseerd op het Belgisch gemeen recht, heeft de rechtbank op de zitting van 4 maart 2021 de vraag gesteld naar de (eventuele) toepasselijkheid van het Weens Koopverdrag. De zaak werd uitgesteld naar de zitting van 1 april 2021 om de partijen toe te laten hierover standpunt in te nemen in conclusies.

16

1.5.

X. NV stelt in haar synthesebesluiten d.d. 15 maart 2021 dat het Weens Koopverdrag niet van toepassing kan zijn vermits de litigieuze batterijcontainer onroerend door incorporatie is geworden op het moment van de levering.

17

Deze stellingname overtuigt niet.

18

Vooreerst volgt uit deze stellingname *a contrario* dat X. NV erkent dat de batterijcontainer uit zijn aard een roerend goed is.

Op basis van de feitelijke gegevens van de zaak is ook de rechtbank de overtuiging toegedaan dat de batterijcontainer uit zijn aard een roerend goed is. De voorgelegde foto's in de offerte van A. B.V. tonen dit voldoende aan, evenals de daarbij horende beschrijving van de door A. B.V. toegepaste «*plug&play*»-aanpak («*Het opslagsysteem wordt volledig opgebouwd en geïntegreerd tijdens de productie in Almere, en zal de fabriek pas verlaten na een positieve Factory Acceptance Test. Door deze plug&play filosofie worden de lokale installatiewerkzaamheden tot een minimum beperkt*» [...]).

De enkele omstandigheid dat aangepast materiaal vereist is om de container te (ver-)plaatsen, verandert daar niets aan, net zo min als de omstandigheid dat de batterijcontainer verbonden is met het elektriciteitsnet.

Krachtens art. 3.1 Weens Koopverdrag worden overeenkomsten tot levering van te vervaardigen of voort te brengen roerende zaken met koopovereenkomsten gelijkgesteld (tenzij de partij die de zaken bestelt een wezenlijk deel van de benodigde grondstoffen moet verschaffen, wat *in casu* geenszins het geval is).

19

In de rechtsleer en rechtspraak wordt in gelijkaardige of vergelijkbare gevallen als de overeenkomst die in onderhavige zaak aan de orde is, besloten dat het Weens Koopverdrag van toepassing is: 20

- overeenkomsten tot verkoop van een goed waarbij de verkoper ook een montageverplichting, installatieverplichting, vervoersverplichting of inwerkingsstellingsverplichting op zich neemt, vallen meestal onder het toepassingsgebied van het Weens Koopverdrag (P. Brulez, «Commentaar bij artikel 3 Weens Koopverdrag», in X, *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, september 2015, p. 15, met verwijzingen naar rechtspraak in voetnoot 3; vgl. CISG Advisory Council Opinion N° 4, *Contracts for the Sale of Goods to Be Manufactured or Produced and Mixed Contracts (Article 3 CISG)*, 24 October 2004. Rapporteur: Professor Pilar Perales Viscasillas, Universidad Carlos III de Madrid, nr. 3.1); 21
- hof van beroep te Gent, 9^{ter} kamer, arrest d.d. 14 november 2008 inzake [...]: de levering en montage van 2 diepvrieskamers valt onder de toepassing van het Weens Koopverdrag; 22
- als de verkoper de verbintenis aangaat om een geprefabriceerd huis op te richten op grond die door de koper ter beschikking wordt gesteld, gaat het om een koopovereenkomst die onder de toepassing van het Weens Koopverdrag valt, zelfs als de prefab-constructie onroerend wordt door natrekking; het is immers de datum van de overeenkomst die bepalend is als het voorwerp van de overeenkomst als een roerend goed beschouwd wordt of niet (vgl. Bundesgericht Zwitserland, 16 juli 2012, CISG-online 2371, *IHR* 2014, 99 en Obergericht Aargau, 3 maart 2009, CISG-online 2013, beide uitspraken aangehaald door P. Schlechtriem en I. Schwenzer, *Commentary on the UN Convention on the international sale of goods (CISG)*, Oxford, Clarendon Press, 2016, art. 3, nr. 9). 23

1.6. 24
 A. B.V. stelt in haar (vervangende) syntheseconclusie d.d. 25 maart 2021 vooreerst dat het Weens Koopverdrag niet van toepassing is, omdat het zou gaan om een aannemingsovereenkomst.

Hierboven heeft de rechtbank al geoordeeld dat de overeenkomst d.d. 11 oktober 2018 wél als een koopovereenkomst dient gekwalificeerd te worden, nl. een internationale koopovereenkomst betreffende een roerend goed waarop het Weens Koopverdrag van toepassing is.

1.7. 25
 A. B.V. stelt in haar (vervangende) syntheseconclusie d.d. 25 maart 2021 ook nog dat het Weens Koopverdrag niet van toepassing is, omdat de algemene voorwaarden van A. B.V. die bij het contract d.d. 11 oktober 2018 zijn «ingesloten» en die de partijen ondergeschikt van toepassing hebben verklaard op hun contractuele relatie, de toepassing van het Weens Koopverdrag uitdrukkelijk uitsluiten.

Ook deze redenering kan niet gevolgd worden. 26

De partijen hebben in hun overeenkomst van 11 oktober 2018 een formele en uitdrukkelijke rechtskeuze gedaan voor het Belgisch recht, zonder uitsluiting van het Weens Koopverdrag (art. 19.1 van het contract – zie hoger, randnummer 1.3).

In artikel 1.1.6 van het contract d.d. 11 oktober 2018 is weliswaar bedongen dat de algemene voorwaarden van A. B.V., opgenomen als bijlage VI («*Annex VI*»), deel uitmaken van de overeenkomst, «*maar enkel voor zover er geen tegenstrijdigheid is met de bepalingen van het eigenlijke contract.*» Dit wordt trouwens uitdrukkelijk bevestigd door de handgeschreven vermelding bovenaan de kwestieuze bijlage VI, door beide partijen geparafeerd, dat deze algemene voorwaarden van A. B.V. *ondergeschikt* zijn aan «*andere voorwaarden in dit bundel en offerte*» [...]. Waar artikel 15.1 van de algemene voorwaarden van A. B.V. de toepassing van Nederlands recht bedingt (met uitsluiting van het Weens Koopverdrag), is deze bepaling tegenstrijdig met de rechtskeuze voor Belgisch recht (zonder uitsluiting van het Weens Koopverdrag) in art. 19.1 van het contract. De bepaling van art. 15.1 van de algemene voorwaarden van A. B.V. kan dienvolgens geen uitwerking krijgen, zelfs niet in ondergeschikte orde.

1.8.

Conclusie: de rechtbank oordeelt dat het Belgisch recht, met inbegrip van het Weens Koopverdrag, van toepassing is in onderhavige zaak. De enkele omstandigheid dat de beide partijen, elk op duidelijk van elkaar onderscheiden gronden (die door de rechtbank verworpen worden), van oordeel zijn dat het Weens Koopverdrag niet van toepassing is, doet aan deze conclusie geen afbreuk.

Uit de onderscheiden stellingnames van de partijen kan immers geen overeenkomst worden afgeleid om de toepassing van het Weens Koopverdrag *in casu* uit te sluiten, ook al hadden de partijen zelfs nog *ten processe* zulks kunnen overeenkomen (H. Van Houtte, J. Erauw en P. Wautelet (eds.), *Het Weens Koopverdrag*, Intersentia, Antwerpen-Groningen, 1997, nr. 1.57).

2. De ontvankelijkheid van de vordering

2.1.

Waar X. NV aanstuurt op een deskundigenonderzoek, bepaalt art. 875*bis*, tweede lid Ger.W. dat wanneer de ontvankelijkheid van de vordering wordt betwist, de rechter een onderzoeksmaatregel slechts kan bevelen nadat de vordering ontvankelijk werd verklaard (behalve wanneer de maatregel betrekking heeft op het vervuld zijn van de aangevoerde ontvankelijkheidsvoorwaarde, wat *in casu* niet aan de orde is).

2.2.

A. B.V. vraagt in eerste instantie om de vordering van X. NV af te wijzen als niet-ontvankelijk.

2.3.

Krachtens art. 38 en 39 Weens Koopverdrag is de koper ertoe gehouden:

- om de gekochte zaak binnen een, gelet op de omstandigheden, zo kort mogelijke termijn te keuren of te doen keuren;

- om binnen een redelijke termijn kennis te geven aan de verkoper van een vastgestelde nietconformiteit.

De koper die niet, niet tijdig of niet omstandig protesteert, verliest het recht om zich op de nietconformiteit te beroepen. Alsdan is elke vordering die de koper op de niet-conformiteit zou willen baseren, niet-ontvankelijk (H. Van Houtte, J. Erauw en P. Wautelet (eds.), *Het Weens Koopverdrag*, Intersentia, Antwerpen-Groningen, 1997, nr. 5.62).

33

2.4.

In casu zijn voor de keuring van de batterijcontainer bepalingen opgenomen in de overeenkomst d.d. 11 oktober 2018. Artikel 3.1(e) van de overeenkomst bepaalt dat A. B.V. instaat voor het managen en uitvoeren van de testen (fabriekstest en test *in situ*) «om aan te tonen dat de batterijcontainer volledig, correct en veilig functioneert». Artikel 10.5 bepaalt dat A. B.V. de test *in situ* («*Final Acceptance Test*») moet initiëren (bundel X. NV, stuk 2).

34

M.a.w. de naleving en uitvoering door X. NV van haar keuringsplicht ligt niet (volledig) in handen van X. NV, die daarvoor immers contractueel afhankelijk is van een initiatief door en de medewerking van A. B.V.

2.5.

Rekening houdend met deze bepalingen in de overeenkomst die de keuring van de batterijcontainer regelen, volgt uit het hoger beschreven feitenverloop dat X. NV gehandeld heeft conform de verplichtingen die zij krachtens art. 38 en 39 Weens Koopverdrag heeft, inzonderheid:

35

- na de eerste keuring d.d. 9 augustus 2019 (zgn. «*site acceptance test*») waaruit gebleken is dat de energie-opslagcontainer de gevraagde specificatie om gedurende 30 minuten 2 MW autonoom energie te leveren, niet behaalde, heeft X. NV drie opeenvolgende ingebrekestellingen d.d. 22 augustus 2019, 26 augustus 2019 en 5 september 2019 aan A. B.V. gestuurd, waarbij de niet-conformiteit werd aangeklaagd (bundel X. NV, stukken 5, 6 en 9);
- A. B.V. heeft deze klacht aanvaard en in behandeling genomen vermits zij een oplossing op haar kosten heeft voorgesteld, nl. de additionele plaatsing van een 10-voet container met bijkomend vermogen;
- deze bijkomende container werd pas in het voorjaar van 2020 geïnstalleerd, waarna er problemen bleven opduiken met de installatie (stroomonderbrekingen en onvoldoende capaciteit);
- na een test in juli 2020 waarvan het rapport pas in de loop van september 2020 werd opgesteld door A. B.V., en waarvan X. NV stelt dat de parameters «gemanipuleerd» waren, heeft X. NV op 28 oktober 2020 specifiek aangeklaagd dat het niet mogelijk was om het systeem aan te sturen boven 1850 kW, terwijl 2 MW vereist was;
- ook deze klacht werd door A. B.V. aanvaard en in behandeling genomen, gezien op 6 november 2020 gerepliceerd werd door A. B.V. dat zij in de loop van de «volgende week»

36

37

38

39

40

tijd zou maken om naar de «open punten te kijken» en dat zij hoopte om vervolgens op vrijdag 13 november 2020 «een eerste terugkoppeling over deze punten te kunnen geven» (bundel X. NV, stuk 19);

- op 24 december 2020 is X. NV tot dagvaarding overgegaan.

41

2.6.

42

Conclusie: er is geen sprake van rechtsverlies in hoofde van X. NV en haar vordering wordt ontvankelijk verklaard.

3. Ten gronde

3.1.

43

Het Weens Koopverdrag kent slechts één uniform conformiteitsbegrip en maakt geen onderscheid tussen de vrijwaring voor verborgen gebreken en de leveringsplicht (vgl. S. De Groot, «Non-conformiteit volgens het Weens Koopverdrag», *TPR* 1999, p. 635 e.v.).

3.2.

44

Krachtens art. 35.1 Weens Koopverdrag dient de verkoper 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. De verkoper is 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 (art. 36.1 Weens Koopverdrag). 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 (art. 36.2 Weens Koopverdrag).

Een mogelijke niet-conformiteit van het goed kan bestaan in een discrepantie van de materiële kwaliteit tussen het geleverde en het verkochte goed. Materiële kwaliteit refereert aan de inherente structurele eigenschappen van de zaak, zoals b.v. de performantie (vgl. B. Tilleman, «Bijzondere overeenkomsten – A. Verkoop – Deel 2. Gevolgen van de koop», in: *Beginnelsen van Belgisch Privaatrecht, X, Overeenkomsten*, Kluwer, Mechelen, 2012, nr. 531).

45

3.3.

46

X. NV voert aan dat de geleverde container niet conform de overeenkomst is omdat de gevraagde capaciteit van 2 MW FCR gedurende 30 minuten niet gehaald wordt.

3.4.

47

A. B.V. betwist dit, stellende dat dit geen overeengekomen specificatie van de batterijopslagcontainer is [...].

3.5.

48

De rechtbank stelt vast dat de specificatie die X. NV inroept, wel degelijk een cruciaal element van de overeenkomst uitmaakt:

- in de offerte d.d. 8 oktober 2018 van A. B.V. is uitdrukkelijk sprake van een container die in staat is om «gedurende 30 min. 2 MW aan R1 100mHz autonoom te leveren uit een batterijopslagsysteem» [...]; 49
- deze offerte maakt deel uit van het contract d.d. 11 oktober 2018: ze is gehecht aan de schriftelijke overeenkomst en is door de beide partijen op elke bladzijde geparafeerd [...]; 50
- na de eerste test d.d. 9 augustus 2019 (zgn. «*site acceptance test*») waaruit gebleken is dat de energie-opslagcontainer de gevraagde specificatie om 2 MW autonoom energie te leveren, niet behaalde, heeft X. NV drie opeenvolgende ingebrekestellingen d.d. 22 augustus 2019, 26 augustus 2019 en 5 september 2019 aan A. B.V. gestuurd, waarbij deze niet-conformiteit werd aangeklaagd [...], hetgeen A. B.V. aanvaard en in behandeling genomen heeft, door het voorstel te doen om een aanvullende 10-voet container met extra capaciteit op haar kosten te leveren; 51
- de test die in juli 2020 plaatsvond en waarvan het rapport pas in de loop van september 2020 door A. B.V. werd opgesteld, vermeldt uitdrukkelijk dat het de bedoeling was om na te gaan als aan de door ELIA gestelde voorwaarden werd voldaan en meer bepaald dat het beoogde vermogen werd gehaald gedurende minstens 30 minuten (letterlijk: «*over a minimal duration of 30 minutes*» [...]). 52

3.6.

53

Op basis van de voorliggende gegevens alleen kan de rechtbank geen sluitend oordeel vellen nopens de vraag als de geleverde batterij-opslagcontainer conform is of niet.

Gezien de technische aspecten van de betwisting ziet de rechtbank zich genoodzaakt, alvorens ten gronde recht te doen, een onderzoeksmaatregel te bevelen bij toepassing van art. 19, 3^{de} lid Ger.W. 54

Het komt noodzakelijk voor een technisch onderzoek in te stellen op een voor alle partijen tegensprekelijke wijze, precies om de feitelijke toestand te kunnen appreciëren en de juridische gevolgen hiervan te kunnen bepalen.

Het oordeel omtrent de opportuniteit van een expertise is trouwens een feitenkwestie waarvan alleen de feitenrechter kennis neemt, zodat hij zelfs van ambtswege een expertise mag bevelen. Art. 962 Ger.W. voorziet: «*De rechter kan, ter oplossing van een voor hem gebracht geschil of ingeval een geschil werkelijk en dadelijk dreigt te ontstaan, deskundigen gelasten vaststellingen te doen of een technisch advies te geven*» en dit artikel beperkt dit recht niet tot het geval waar de partijen de onderzoeksmaatregel zelf vorderen.

Gezien niet alle verschenen partijen een installatievergadering hebben gevraagd en gezien de rechtbank dit *in casu* niet noodzakelijk acht, meer bepaald omdat zulks in de onderhavige zaak en in de huidige stand van zaken geen meerwaarde oplevert en niet van aard lijkt te zijn om 55

bij te dragen tot een beter en efficiënter procesverloop, wordt afgezien van het houden van een installatievergadering (art. 972 Ger.W.).

3.7. 56

Aan de deskundige geeft de rechtbank de opdracht zoals hierna bepaald.

3.8. 57

X. NV dient als meest gereede partij de deskundige te provisioneren.

3.9. 58

De beoordeling van de overige geschilpunten (o.m. in verband met het al dan niet gehouden zijn van A. B.V. tot schadevergoeding) wordt aangehouden.

4. De uitvoerbaarheid van het vonnis

Dit wordt geregeld door de wet (art. 1397 Ger.W.). 59

Op deze Gronden

De Rechtbank, 60

Verklaart de vordering van X. NV ontvankelijk.

Vooraleer verder recht te doen, beveelt een deskundigenonderzoek en stelt daartoe de heer [...], [...], [...] Gent [...] aan als deskundige die de volgende opdracht vervult:

1. binnen vijftien dagen na de kennisgeving van onderhavig vonnis door de griffier, de plaats, de dag en het uur van de aanvang van zijn werkzaamheden meedelen – door hem te bepalen na consultatie van partijen en eventuele raadslieden doch uiterlijk binnen twee maanden vanaf heden –, aan de partijen bij ter post aangetekende brief en aan de rechtbank en de raadslieden bij gewone brief, één en ander met een tussentijd van acht vrije dagen; de partijen horen en hun verklaringen en opmerkingen akteren; kennis nemen van alle stukken en bescheiden die de partijen hem uiterlijk op voormelde dag en uur voor aanvang van de werkzaamheden zullen dienen te overhandigen onder de vorm van geïnventariseerde dossiers; tevens alle nuttige inlichtingen inwinnen – desgevallend bij derden – die kunnen bijdragen tot de uitvoering van de opdracht en/of tot de oplossing van het geschil op technisch en feitelijk vlak;
2. zich ter plaatse begeven naar de site van «S.» te [...] Harelbeke, [...], en aldaar de energieopslagcontainer(s) waarvan sprake in de dagvaarding en in de conclusies van de partijen, identificeren, grondig onderzoeken en gemotiveerd zeggen:
 - 2.1. of zij de gebreken vertonen die door X. NV worden aangeduid en zo ja, deze gebreken beschrijven; daarbij specifiek nagaan als de door A. B.V. geleverde energieopslagcontainers (45-voet en 10-voet), afzonderlijk of samengeschat, in staat zijn om gedurende 30 minuten een capaciteit van 2 MW FCR te halen;

- 2.2. welke de oorzaken van de eventuele gebreken zijn en jegens wie ze technisch en feitelijk zijn toe te rekenen;
- 2.3. welke de aanbevolen herstellwijze is met kostprijs en duur ervan alsook de eventueel blijvende minwaarde;
3. alle elementen van schade begroten die X. NV lijdt en/of heeft geleden als gevolg van de vastgestelde gebreken met eventuele opsplitsing overeenkomstig zijn antwoord op de vraagstellingen onder 2.2 hierboven;
4. een ontwerp van afrekening tussen de partijen opstellen;
5. pogen de partijen te verzoenen en, in het bevestigend geval, handelen zoals bepaald is in art. 977 Ger.W.;
6. antwoorden op alle vragen van partijen, nuttig voor de oplossing van het geschil;
7. het voorverslag met zijn bevindingen en met het voorlopig advies als bedoeld in art. 976 Ger.W. aan iedere partij sturen met de vraag om gemotiveerde opmerkingen te laten kennen binnen één maand vanaf de datum postmerk; deze beantwoorden en de minuut van het eindverslag – gedagtekend, ondertekend en vergezeld van een gedetailleerde staat van kosten en ereloon, zoals voorgeschreven door art. 978 Ger.W. – op de griffie indienen indien de partijen niet tot verzoening zijn gekomen;
8. op de dag der inlevering van zijn eindverslag ter griffie, aan de partijen aangetekend en aan hun raadslieden bij gewone brief een afschrift van zijn eindverslag zenden alsook een gedetailleerde staat van kosten en ereloon en in voorkomend geval de originele stukken aan de partijen terugbezorgen.

Machtigt de deskundige om zo nodig beroep te doen op technische raadgevers en/of zich te laten bijstaan door één of meerdere specialisten ter zake, op voorwaarde dat:

1. de expert de conclusie van de raadgevers of specialisten tot de zijne maakt én
2. mits hij partijen en raadslieden ten minste 15 dagen vóór aanvang van de eigenlijke tussenkomst van de raadgevers of specialisten schriftelijk op de hoogte brengt van de raming van de daaraan verbonden erelonen en kosten of van de manier waarop deze zullen berekend worden.

Zegt dat onderhavig vonnis door de griffier binnen de acht dagen ter kennis zal worden gebracht van de deskundige en van de partijen en hun raadslieden op de wijze zoals bepaald in art. 973, § 2, derde en vierde lid Ger.W.

Zegt dat de deskundige over een termijn van acht dagen na de kennisgeving van dit vonnis zal beschikken om desgewenst de opdracht met behoorlijk omklede redenen te weigeren en hiervan kennis te geven overeenkomstig art. 972, § 1 Ger.W.

Zegt dat de deskundige, bij de aanvaarding van de opdracht en alleszins vóór het aanvangen van zijn werkzaamheden, aan de rechtbank en aan de partijen en hun raadslieden een schriftelijke raming zal bezorgen van de algemene kostprijs van het deskundigenonderzoek of tenminste schriftelijk de manier zal mededelen volgens dewelke de kosten en het ereloon zullen berekend worden.

Zegt dat de deskundige en de partijen zich naar aanleiding van het deskundig onderzoek verder dienen te gedragen naar de bepalingen van de artikelen 962 tot 991 *undecies* van het Gerechtelijk Wetboek.

Bepaalt de termijn voor de uitvoering van het deskundigenonderzoek op zes maanden vanaf de datum dat de deskundige de betaling ontvangt van de provisie die hem wordt vrijgegeven zoals hierna bepaald.

Zegt dat indien de deskundige tot de bevinding komt dat hij het eindverslag niet binnen de hierboven bepaalde termijn zal kunnen indienen, hij in navolging van artikel 974, § 2 Ger.W. aan de rechtbank een gemotiveerd verzoek dient te richten tot verlenging van deze termijn.

Zegt dat X. NV een voorschot van 12.100,00 EUR dient te consigneren door storting of overschrijving op rekening IBAN [...] (met referentie [...]) van de griffie van deze afdeling van de rechtbank en dit binnen 15 dagen na de datum van de mededeling door de deskundige nopens de aanvang van zijn werkzaamheden, waarvan sprake in rubriek 1 van de hierboven geformuleerde opdracht.

Zegt dat X. NV de deskundige hiervan op de hoogte moet brengen en een bewijs van betaling aan de deskundige moet bezorgen.

Zegt dat de voormelde consignatie ter griffie mag vervangen worden door een consignatie bij de kredietinstelling die de partijen gezamenlijk kiezen of hebben gekozen, mits zij van hun akkoord daaromtrent binnen dezelfde termijn schriftelijk kennisgeven aan de rechtbank.

Zegt dat een voorschot van 6.050,00 EUR kan worden vrijgegeven aan de deskundige.

Verzendt de zaak terug naar de algemene rol en houdt de beslissing omtrent de gerechtskosten aan.

Aldus het vonnis, gewezen door de ondernemingsrechtbank te Gent, afdeling Kortrijk, eerste kamer, samengesteld als volgt:

- P. Deseyne, ondervoorzitter, voorzitter van de kamer,
- P. De Smet, rechter in ondernemingszaken,
- K. Laroy, rechter in ondernemingszaken,

en uitgesproken in het gerechtshuis II te Kortrijk in openbare terechtzitting van negenentwintig april tweeduizend eenentwintig door de voorzitter van de kamer, bijgestaan door N. Bostoën, griffier.