

## CISG-online 966

Jurisdiction	Belgium
Tribunal	Hof van Beroep Gent (Court of Appeal Ghent)
Date of the decision	24 November 2004
Case no./docket no.	1998/AR/2613
Case name	<i>Orintix S.r.l. v. Fabelta Ninove NV</i>

[...]

Het hoger beroep tegen de vonnissen van de rechtbank van koophandel te Dendermonde, afdeling' Aalst, eerste kamer, van 25 maart 1997 en 1 september 1998, werd ingesteld bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Hof op 7 december 1998. Dat het hoger beroep tijdig is en regelmatig naar de vorm, wordt niet betwist.

### I. Antecedenten.

1.

Op 11 juni 1993 sluiten partijen een overeenkomst betreffende de levering door appellante van kleurcomputerapparatuur (hard- en software), met programma's voor kwaliteitscontrole, kleurreceptberekening en correctieprogramma voor de toepassing van het verven van garens in massa (Color Matching System).

Geïntimeerde klaagt er zich over dat het systeem nooit naar behoren heeft gewerkt en dat appellante geen oplossing heeft gevonden voor de problemen, die zich stellen. Daarom gaat zij op 21 april 1995 over tot dagvaarding in kortgeding, teneinde de aanstelling van een deskundige te bekomen. Bij beschikking van de Voorzitter van de rechtbank van koophandel te Dendermonde van 14 juni 1995 wordt de heer Van der Ouderaa belast met de opdracht advies uit te brengen over de computerconfiguratie en de programma's.

Met dagvaarding van 30 augustus 1995 vordert geïntimeerde de ontbinding van de met appellante op 11 juni 1993 gesloten overeenkomst en haar veroordeling tot onmiddellijke terugname van het geleverde volgens overeenkomst van 14 juli 1993. Zij vordert tevens de terugbetaling van hetgeen zij reeds betaalde, hetzij 136.157.000 Italiaanse lires, alsmede een provisionele schadevergoeding van 1.000.000 frank (= 24.789,35).

Appellante betwist de rechtsgeldigheid van de dagvaarding (bij gebrek aan vertaling) en de bevoegdheid van de Belgische rechter. Ten gronde meent zij dat de problemen, waarover geïntimeerde zich klaagt, haar niet kunnen worden toegerekend en bij tegeneis vordert zij betaling van het openstaand saldo ten bedrage van 13.589.375 Italiaanse lires, meer de rente vanaf factuurdatum.

2.

In het eerste bestreden vonnis van 25 maart 1997 verklaart de eerste rechter zich op basis van het EEX-verdrag bevoegd om kennis te nemen van de vordering en stelt hij vast dat een vertaling van het dagvaardingsexploot niet op straffe van nietigheid is voorgeschreven, zodat er geen grond is om de dagvaarding nietig te verklaren ingevolge het ontbreken van een vertaling.

Verder oordeelt hij dat de verhoudingen tussen partijen beheerst worden door het Italiaanse recht en worden de debatten heropend teneinde partijen te horen omtrent de interpretatie van de overeenkomst volgens het Italiaanse recht en hen toe te laten vertalingen voor te leggen van alle stukken.

In het vonnis van 1 september 1998 komt de eerste rechter tot de bevinding dat de overeenkomst tussen partijen moet worden gekwalificeerd als een aannemingsovereenkomst (en niet als een loutere koop-verkoop), nu het operationeel maken van de software eveneens tot de opdracht van appellante behoorde.

Onder verwijzing naar het verslag van de deskundige, waarin diverse gebreken worden opgesomd, besluit de eerste rechter dat de door appellante geleverde hard- en software niet bruikbaar zijn voor het doel, waarvoor ze besteld werden, met name kwaliteitscontrole, kleurreceptberekening en correctieprogramma voor het verven van garens in massa. De vordering tot ontbinding van de overeenkomst wordt derhalve gegrond bevonden, maar schade in hoofde van geïntimeerde wordt niet bewezen geacht.

Op deze gronden wordt de overeenkomst van 11 juni 1993 ontbonden ten laste van appellante, die wordt veroordeeld tot de onmiddellijke terugname van het geleverde volgens overeenkomst van 14 juli 1993 en tot de terugbetaling van 136.157.000 Italiaanse lires.

Het door geïntimeerde meergevorderde, evenals appellante's tegenvordering, worden als ongegrond afgewezen.

3.

Appellante herneemt vooreerst de toelaatbaarheidsexceptie, gestoeld op de nietigheid van de dagvaarding ingevolge het ontbreken van een vertaling.

Zij betwist dat de overeenkomst tussen partijen moet worden gekwalificeerd als een aannemingsovereenkomst. Volgens haar betreft het een (internationale) koop-verkoopovereenkomst, die wordt beheerst door het Weens Koopverdrag (CISG).

Ten gronde meent zij dat het geenszins bewezen is dat de geleverde software gebrekkig is, zodat er geen reden was om de overeenkomst te ontbinden.

Zij besluit tot de afwijzing van de vordering van geïntimeerde en zij herneemt haar tegenvordering.

4.

Geïntimeerde besluit tot de afwijzing van het hoger beroep. Waar zij in haar eerste en derde conclusie de integrale bevestiging van de bestreden vonnissen vraagt, blijkt uit haar tweede

appelconclusie dat zij incidenteel beroep instelt, wat de afwijzing van haar vordering tot betaling van schadevergoeding betreft, en uit dien hoofde herneemt zij haar vordering tot betaling van de provisionele som van 24.789,35.

## **II. Bespreking.**

1.

Er is niet langer betwisting omtrent de bevoegdheid van de Belgische rechtsmachten en de toepasselijkheid van het Italiaanse recht.

De thans nog gevoerde discussie betreft: - de rechtsgeldigheid van de betekening van de inleidende dagvaarding; - de kwalificatie van de overeenkomst tussen partijen; - de aan appellante verweten contractuele wanprestatie; - de eventuele sancties.

2.

De eerste rechter heeft de nietigheidsexceptie, gestoeld op het gebrek aan vertaling bij de betekening van de dagvaarding, op correcte gronden verworpen.

De betekening is gebeurd overeenkomstig artikel 40 van het Gerechtelijk Wetboek en artikel 10.a van het Verdrag van 15 november 1965 houdende de betekening en de kennisgeving in het buitenland van gerechtelijke en buitengerechtelijke stukken in burgerlijke zaken en handelszaken.

Tegen deze verdragsbepaling, die de betekening door middel van rechtstreekse toezending van de stukken over de post toelaat, is er geen verzet van de Italiaanse staat. Voormelde bepalingen leggen niet de verplichting op (laat staan op straffe van nietigheid) om een vertaling van de stukken bij te voegen.

Bovendien heeft de eerste rechter terecht gewezen op de artikelen 861 en volgende van het Gerechtelijk Wetboek. De procedure wordt immers beheerst door het Belgisch gerechtelijk recht en appellante, die ingevolge de dagvaarding op de zitting is verschenen en haar verweer zonder enige beperking heeft kunnen voeren, toont niet aan dat haar belangen op enigerlei wijze werden geschaad.

3.

De blijkens de orderbevestiging van 11 juni 1993 tussen partijen tot stand gekomen overeenkomst betreft de levering een Color Matching systeem, bestaande uit hardware (Spectrofotometers Macbeth) en software (speciale versies voor meting in transmissie en voor vezels in massa verving).

Het standpunt van appellante, dat zij een standaard-softwarepakket heeft geleverd, dat voorafgaandelijk was geschreven en voor meerdere ondernemingen dienstig was, zodat het geheel van de overeenkomst moet worden beschouwd als een koop-verkoop, kan niet worden bijgetreden.

Zo blijkt onder meer uit de nota, gedateerd 14 mei 1993 (...), dat er voorafgaand aan de bestelling, tussen partijen onderhandelingen zijn gevoerd omtrent de specifieke vereisten, waaraan de bij geïntimeerde te leveren installatie diende te voldoen. De verbintenis om ervoor te

zorgen dat de programmas deze bijzondere hoedanigheden zouden bezitten, overstijgen het «fine-tunen» van een bestaand programma, waarnaar appellante verwijst.

Ook de aard van geïntimeerde's klachten en van de problemen, die aanleiding gaven tot de tussenkomst van appellante, zoals deze blijken uit de briefwisseling (...) en het verslag van de deskundige, wijzen op de zeer specifieke aard van de software, die geïntimeerde in staat moest stellen wel bepaalde resultaten te bereiken.

De eerste rechter heeft dan ook terecht geoordeeld dat de omstandigheid, dat de kostprijs van de geleverde hardware hoger ligt dan de kostprijs van de software, in casu niet van doorslaggevend belang is.

Het was de bedoeling van partijen dat appellante ten behoeve van geïntimeerde een systeem zou op punt stellen en operationeel maken (hetgeen haar er toe noopte om - al dan niet ter plaatse - de software herhaaldelijk aan te passen), waarmee de beoogde doelstellingen zouden worden gehaald.

In het geheel van appellantes opdracht prevaleert dan ook de dienstverlening, zodat het Weens Koopverdrag ter zake niet kan worden toegepast, aangezien artikel 3.2 van dit verdrag bepaalt dat het verdrag niet van toepassing is op overeenkomsten waarin het belangrijkste deel van de verplichtingen van de partij die de roerende zaken levert, bestaat in de verstrekking van arbeidskracht of de verlening van andere diensten.

4.

Ten onrechte houdt appellante voor dat naar het oordeel van de deskundige er slechts sprake zou zijn van klassieke software-problemen, die voor haar oplosbaar zijn.

Het verslag van de deskundige dient in zijn geheel te worden gelezen. Aan het voorgaande voegt de deskundige immers toe dat het niet zeker is dat appellante binnen een redelijk tijdsbestek een oplossing zou kunnen vinden voor het feit dat haar software de monopigment decompositie verkeerd uitvoert, zodat geïntimeerde zich hiervoor beter tot een andere leverancier zou wenden.

Bovendien mag niet uit het oog verloren worden dat, ondanks het feit dat de deskundige de meeste problemen oplosbaar acht, tijdens de expertise gebreken werden vastgesteld, zoals beschreven in de definitieve conclusies op pagina 29 van het verslag (onder meer blockage bij printer en onvoldoende printfaciliteiten, verwarring tussen de metingen bij zwart/wit afdruk, allerlei bugs in de software, onvoldoendemoogelijkheid tot meting donkere kleuren en geen goede reproduceerbaarheid van de metingen in het algemeen), waaraan op het ogenblik van de expertise, hetzij twee jaar na de installatie, door appellante blijkt nog steeds niet was verholpen.

In zijn antwoord op de vraag naar de technische verantwoordelijkheid, heeft de deskundige het uitsluitend over de gebreken van het Orintex systeem, die als enige verantwoordelijk is voor de gebrekkige werking van het systeem. Er is geen enkele aanwijzing dat geïntimeerde zelf de oorzaak zou zijn van bepaalde problemen.

Appellante had zich geëngageerd tot een resultaatsverbintenis. Nu blijkt de bevindingen van de deskundige moet worden vastgesteld dat zij het beoogde resultaat niet heeft bereikt, moet worden besloten dat zij haar contactuele verplichtingen niet is nagekomen.

5.

De door geïntimeerde bij appellante bestelde configuratie is een geheel van hard- en software, bestemd om voor een bepaald doel te worden aangewend.

Uit de bevindingen van de deskundige moet worden afgeleid dat het systeem, zoals appellante het bij geïntimeerde heeft geleverd, ook na herhaalde tussenkomsten en aanpassingen, niet kon gebruikt worden voor het doel, waarvoor het was bestemd.

Het systeem vormt één geheel en aan de voorgaande vaststelling wordt geen afbreuk gedaan door het feit dat bepaalde onderdelen ervan bruikbaar zouden zijn.

Daarom heeft de eerste rechter, onder verwijzing naar de ter zake geldende Italiaanse wetgeving, terecht de overeenkomst ontbonden ten laste van appellante, waardoor zij terug in het bezit gesteld wordt van de apparatuur en geïntimeerde aanspraak kan maken op de terugbetaling van de betaalde prijs. In deze omstandigheden dient geïntimeerde uiteraard het saldo van de prijs, voorwerp van de appellantes tegeneis, niet te betalen.

Het door appellante ingesteld hoger beroep is derhalve ongegrond.

6.

Eenzijds, vordert geïntimeerde bij incidenteel beroep nog steeds een provisionele schadevergoeding, terwijl zij, anderzijds, verwijst naar een kostprijsberekening (...), waaruit moet blijken dat haar schade dient becijferd te worden op 1.077.264 frank (= 26.704,68).

Deze eenzijdige schadeberekening van geïntimeerde, die zij niet aan het advies van de deskundige heeft onderworpen, kan niet worden aangenomen, zodat met de eerste rechter moet worden besloten dat de beweerde schade niet wordt bewezen.

Ook het incidenteel beroep is ongegrond.

OP DEZE GRONDEN,

HET HOF,

Melding makende van de toepassing van artikel 24 van de wet van 15 juni 1935.

Verklaart de hogere beroepen toelaatbaar, doch ongegrond. Bevestigt de bestreden vonnissen.

Verwijst appellante in de kosten van de beroepsinstantie, aan de zijde van geïntimeerde verreffend op 466,04 rechtsplegingsvergoeding.

(...)