

ECLI:NL:RBROT:2023:9263

Instantie	Rechtbank Rotterdam
Datum uitspraak	04-10-2023
Datum publicatie	13-10-2023
Zaaknummer	C/10/649289 / HA ZA 22-1000
Rechtsgebieden	Verbintenissenrecht
Bijzondere kenmerken	Eerste aanleg - enkelvoudig
Inhoudsindicatie	Uitleg overeenkomst samenwerkende horeca-ondernemingen. Nakoming over en weer. Vraag of de overeenkomst meer omvat dan hetgeen in de schriftelijke overeenkomst staat. Beperkende werking redelijkheid en billijkheid (artikel 6:248 lid 2 BW) leidt ertoe dat in de gegeven omstandigheden onaanvaardbaar is dat onverkort nakoming wordt verlangd. Een 'korting' op de facturen is gerechtvaardigd; de inhoud van de gesprekken tussen partijen vormt een reële indicatie voor de vast te stellen redelijke betalingsverplichting.
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl

Uitspraak

—

vonnis

RECHTBANK ROTTERDAM

Team handel en haven

zaaknummer / rolnummer: C/10/649289 / HA ZA 22-1000

Vonnis van 4 oktober 2023

in de zaak van

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

[eiseres01],

gevestigd te Rotterdam,

eiseres in conventie,

verweerster in reconventie,

advocaat mr. B. van Mieghem te Rotterdam,

tegen

1. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

[gedaagde01],

gevestigd te Rotterdam,

2. **[gedaagde02],**

wonende te Poortugaal,

gedaagden in conventie,

eisers in reconventie,

advocaat mr. R. Slotboom te Rotterdam.

Eiseres wordt hierna [eiseres01] genoemd. Gedaagden worden afzonderlijk [gedaagde01] en [gedaagde02] genoemd en gezamenlijk [gedaagden]

1 De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding van 23 november 2022, met producties 1 tot en met 15;
- de conclusie van antwoord in conventie tevens conclusie van eis in reconventie, met producties 1 tot en met 21;
- de conclusie van antwoord in reconventie, tevens houdende eisvermindering;
- de brief van 5 juni 2023 van [gedaagden] , met aanvullende productie 22;
- de spreekantekeningen van partijen ten behoeve van de mondelinge behandeling op 6 juni 2023;
- het verzoek van partijen om vonnis te wijzen.

1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

2 De feiten

2.1. [eiseres01] produceert zogenoemde food parts voor de Indonesische keuken en levert haar producten aan horecabedrijven. [naam01] (hierna: [naam01]) is (indirect) bestuurder en enig aandeelhouder van [eiseres01] . [naam01] is ook bestuurder van [bedrijf01] [naam02] (hierna: [naam02]) is als echtgenoot van [naam01] en jurist betrokken bij [eiseres01] .

2.2. [gedaagde02] is (indirect) bestuurder en enig aandeelhouder van [gedaagde01] . [gedaagde01] exploiteert een horecagelegenheid met restaurantactiviteiten in Rotterdam onder de naam TIWYA.

2.3. Met het oog op de start van TIWYA zijn partijen een samenwerking gestart. In verband daarmee heeft [naam02] bij e-mail van 30 augustus 2020 een concept versie van de Overeenkomst tot levering Food Parts, tezamen met de algemene voorwaarden van [eiseres01] , aan [gedaagde02] gestuurd. In de overeenkomst zijn [bedrijf01] en [gedaagde01] contractspartijen.

2.4. In een appbericht van 31 augustus 2020 heeft [gedaagde02] het volgende aan [naam01] bericht:

Ik heb het contract ontvangen . Sorry dat ik het zeg maar vind hem heftig met heel veel regels (voor ons) dus ik moet hem helaas laten checken door een jurist of iemand die er verstand van heeft want dit is heel juridisch geschreven

Ik dacht even doornemen klein beetje overleg en stuur hem getekend terug . Maar deze durf ik (nog) niet te tekenen

Ow Ja . We gaan bestellen deze week qua keuken / eten / sausjes etc . maar moeten even weten wat we allemaal bij jou vandaan halen of hoe we dat gaan doen qua bestellen bij jou

2.5. Op 9 en 10 september 2020 (week 37) hebben twee zogenoemde try-out avonden plaatsgevonden in TIWYA, waarbij klanten kosteloos konden kennismaken met het nieuwe restaurant. De avonden zijn door partijen gezamenlijk georganiseerd en uitgevoerd; [eiseres01] zorgde voor de gerechten en [gedaagde01] voor het personeel en de drank.

2.6. In dezelfde week, op 11 september 2020, is TIWYA geopend voor publiek.

2.7. Bij e-mail van 14 september 2020 heeft [gedaagde02] op de conceptovereenkomst en algemene voorwaarden gereageerd en op diverse punten vragen gesteld en opmerkingen gemaakt, waaronder een opmerking over de te hoge incassokosten in de algemene voorwaarden. [eiseres01] heeft vervolgens een aangepaste versie van zowel de overeenkomst als de algemene voorwaarden (waarin de incassokosten zijn bepaald op 10 in plaats van 15 procent) opgesteld die per e-mail van 15 september 2020 met een puntsgewijze toelichting aan [gedaagde02] is toegezonden. [gedaagde02] heeft hierop op 18 september 2020 als volgt gereageerd:

Sorry een beetje laat maar mijn adviseur kwam weer met allerlei opmerkingen en regels ik heb alles nog eens doorgenomen en er zitten inderdaad wel wat dingen en punten in die anders verwoord moeten worden of gevaarlijk kunnen zijn. Maar ik ga er helemaal vanuit zeker na de vele gesprekken en samenwerking met [naam01] dat we iets fantastisch gaan neer zetten voor nu en de toekomst en wie weet wat we allemaal nog gezamenlijk kunnen bouwen dus de punten die ik gemaild heb aan jou, en jij op geantwoord heb ga ik mee akkoord ondanks er in mijn oor anders ingefluisterd wordt, maar dat komt denk ik ook dat hij en zij het zien als heel formeel en juridisch geschreven wat ook zo is maar ik voel de samenwerking veel sterker en anders als mensen die alleen dit contract lezen en er verder geen gevoel bij hebben daarbij begrijp ik ook jullie gedachten dat we best een serieuze samenwerking aangaan.

Nog wat opmerkingen:

Ik heb absoluut geen zicht wat er allemaal gefactureerd gaat worden vanuit jullie heb er compleet geen overzicht en gevoel over dus dat kan best tegenvallen als ik zo om me heen kijk, wat ik absoluut niet wil is al gelijk discussie over de eerste facturen met jou[w] en [naam01] ga krijgen na 6 maanden dicht een verbouwing en aanschaf van spullen die mijn Meer als een ton zijn als gepland en gebudgetteerd , en de volledige voorraad deze week is afgeschreven door Hanos , Bavaria etc. etc. . Wil ik over de eerste facturen duidelijke afspraken van wanneer betaald i.v.m. de komende 10 weken budgettering. Mij lijkt het een plan (dat moeten jullie ook willen natuurlijk dat weet ik niet) dat we de komende facturen vanaf Deze huidige week betalen zoals de afgesproken betaald tijd . En de facturen/ kosten daarvoor (dus alles voor deze week) bespreken en optellen en daar een betaal afspraak over maken

En graag facturen verdelen in kosten aub, inkoop keuken, personeel , diverse zodat onze boekhouding een verdeling kunnen maken in het boeken zodat de juiste kosten op de juiste plaats komen

As dinsdag hebben wij het eerste gesprek met [naam01] over hoe het gaat en vooral de kosten en hoe verder daarmee en alles wat met de organisatie te maken heeft qua keuken.

2.8. Bij e-mail van 21 september 2020 heeft [naam02] als volgt gereageerd:

Sorry voor de late reactie. Ik ben blij dat we het eens zijn geworden. Ik meen dat wij precies hetzelfde in de wedstrijd zitten. Documenten als dit zijn een soort noodzakelijk kwaad, maar wel belangrijk.

Ik ga aan de slag met de facturatie. Ik zal vanaf week 38 wekelijks factureren en voor de periode daarvoor vinden we wel een constructieve oplossing. Daar komen we wel uit.

2.9. De reactie van [gedaagde02] van 22 september 2020 is als volgt:

Dank voor je mail en antwoord dan hebben we beiden een heel goed gevoel daar ben ik ook heel blij mee :-)

2.10. De tekst van de op 20 september 2020 gedateerde en door [naam01] namens [bedrijf01] ondertekende schriftelijke overeenkomst luidt, voor zover van belang:

ARTIKEL 1 ONDERWERP VAN DE OVEREENKOMST

1.4 Afnemer heeft de algemene voorwaarden van [eiseres01] ontvangen. Deze algemene voorwaarden maken integraal deel uit van deze overeenkomst. ()

ARTIKEL 2 LOOPTIJD VAN DE OVEREENKOMST

2.1 De onderhavige overeenkomst wordt van kracht op 1 september 2020.

()

ARTIKEL 3 BETALINGSAFSPRAKEN

()

3.7 Leverancier zal bij de Afnemer de prijzen in rekening brengen zoals deze zijn vermeld in **Bijlage 1**.

2.11. De algemene voorwaarden van [eiseres01] luiden, voor zover van belang, als volgt:

ARTIKEL 5 Klachten

5.1 De afnemer dient bij de in ontvangstneming van de producten aan de hand van de pakbon te controleren of de levering overeenstemt met de gedane bestelling.

5.2 Bij aflevering van de producten dienen zichtbare schades, gebreken of tekorten door de afnemer direct schriftelijk (per e-mail) aan [eiseres01] kenbaar te worden gemaakt, bij gebreke waarvan geldt dat de afnemer de producten bij aflevering in deugdelijke en onbeschadigde staat heeft ontvangen.

5.3 Klachten over niet direct constateerbare tekorten of gebreken betreffende het geleverde dienen, als het om verse, koel- of diepvriesproducten gaat, per omgaande doch uiterlijk binnen 24 uren na aflevering door de afnemer aan [eiseres01] te worden meegedeeld. Als het om andere producten gaat, dient dit uiterlijk binnen 48 uren na aflevering schriftelijk (per e-mail) aan [eiseres01] te zijn gemeld.

5.4 Ieder vorderingsrecht van de afnemer op [eiseres01] met betrekking tot fouten in de levering of gebreken vervalt onherroepelijk, zodra de hiervoor vermelde klachttermijnen zijn verstreken, en bovendien in die situaties waarin de afnemer aan [eiseres01] onvoldoende medewerking verleent aan een onderzoek naar de gegrondheid van de klachten. ()

ARTIKEL 9 Betaling

9.1 Betaling door de afnemer zal plaats hebben binnen 14 dagen na factuurdatum, tenzij vooruitbetaling is bedongen of een langere termijn schriftelijk is overeengekomen.

()

9.4 Alle incassokosten van [eiseres01], zowel gerechtelijke als buitengerechtelijke, komen ten laste van de afnemer. De kosten bedragen minimaal 10% van de hoofdsom.

2.12. Kort na aanvang van de samenwerking werd [gedaagde01] geconfronteerd met de verplichte sluiting van horecagelegenheden in verband met de overheidsmaatregelen ter bestrijding van de Corona

pandemie. Om deze reden was TIWYA van 15 oktober 2020 tot 1 juni 2021 gesloten.

2.13. Bij e-mail van 23 oktober 2020 heeft [gedaagde02] het volgende aan [naam02] bericht:

()

Totale omzet 79052, = t/m afgelopen zondag dat is verre van onze geplande omzet maar dat komt natuurlijk ook door de Corona regels maar hun kijken alleen naar cijfertjes we hadden een voorzichtige omzet planning van 25000, = per week gemaakt voor TIWYA () Maar wel even belangrijk dat we hier over moeten gaan zitten en bedenken en een analyse maken waar de verschillen zitten zodat we daaraan kunnen werken als we dalijk weer vol gaan draaien om de marges te gaan halen voor jullie, en ons, die we van de zomer berekend hadden ik ga zondag alles tellen wat we op voorraad hebben zodat we daar een bedrag aan kunnen hangen want of, er moet heel veel voorraad liggen of er is iets niet goed gegaan? Op dit moment is het inkoopbedrag veel hoger als de verkochte keuken omzet we hadden dit met [naam03] berekend dat de inkoop ongeveer 35% zal zijn van de verkoop keuken omzet . En ik weet ook als je net opengaat dat je dat niet haalt die 35% dat je zeker een maand lang op 40% inkoop zal zitten qua keuken maar of fout gegaan zijn dus als jij het goed vindt ga ik dit weekend alle parameters invullen en de totale keuken voorraad tellen zodat we wat duidelijker beeld gaan krijgen.

Dit is uiteraard buiten dat de gestuurde facturen betaald moeten worden he maar als we bovenstaande in een gesprek/ afspraak kunnen plannen graag volgende week

2.14. [naam02] heeft dezelfde dag als volgt gereageerd:

Het lijkt me heel gezond de situatie voortdurend te monitoren en de marges in de gaten te houden. Ik kan me overigens niet voorstellen dat jij gerekend heb met een marge van 35%. Een normale marge op food is immers al rond de 30%. Ik dacht eerder de marge eerder rond de 50% zou moeten zitten aangezien de personeelslasten voor een deel bij ons liggen en dus als het ware in jouw inkoop zitten. Desalniettemin lijkt je daar ook nog steeds ver van verwijderd te zijn en dus moet achterhaald worden waar dat aan ligt. Als ergens een lek zit moet dat kunnen worden verklaard. Dat gezegd hebbende is dat wel een gesprek waarvan ik denk dat het verstandig is dat jij dat hebt met [naam01] en wat mensen die daar wat aan kunnen bijdragen, zoals haar en jouw koks. ()

2.15. Op 29 oktober 2020 heeft [gedaagde02] een borgtocht ondertekend waarin hij zich voor maximaal 100.000,- hoofdelijk borg stelt voor alle betalingsverplichtingen van [gedaagde01] aan [eiseres01] uit hoofde van de overeenkomst.

2.16. Op 6 november 2020 heeft [naam02] in vervolg op eerdere e-mails met als onderwerp Conceptversie overeenkomst aan [gedaagde02] het volgende bericht:

Na onderstaand bericht hebben nooit meer formeel een handtekening gezet onder de overeenkomst. Bijgevoegd is een door [naam01] getekende versie. Als jij hem getekend terugstuurt dan heb ik de administratie weer op orde.

2.17. [gedaagde02] heeft de schriftelijke overeenkomst niet ondertekend.

2.18. Bij brief van 9 augustus 2021 heeft [naam02] [gedaagde01] geïnformeerd over de betalingsachterstand van [gedaagde01] aan [eiseres01] . De brief vermeldt, voor zover van belang:

2020

Voor de facturen inzake 2020 dient onderscheid gemaakt te worden tussen facturen ten behoeve van levering van de food parts enerzijds en facturen ten behoeve van personeel en doorgeleverde producten anderzijds. We bespraken al eerder dat wij met betrekking tot de facturen voor in 2020 geleverde food parts nog een keer in overleg zullen gaan.

Voor facturen die betrekking hebben op de een op een doorgeleverde producten en het beschikbaar gestelde personeel bestaat onduidelijkheid. Die bedragen dienen gewoon betaald te worden. Het totaal

uitstaande bedrag bedraagt 13.480,26. ()

2.19. Bij e-mail van 28 februari 2022 heeft [naam02] , voor zover van belang, het volgende aan [gedaagde02] bericht:

Ik wil even met jou overleggen over de openstaande facturen. () Het huidige saldo van de openstaande facturen (ex foodparts 2020 waarover nog een afspraak gemaakt moet worden) bedraagt 17.941,14, ().

2.20. Op 21 juli 2022 hebben [bedrijf01] , [gedaagde01] en [eiseres01] een akte van contractoverneming in de zin van art. 6:159 BW ondertekend. De akte vermeldt, voor zover van belang:

IN AANMERKING NEMENDE DAT:

A Tussen [eiseres01] en TIWYA op 22 september 2020 een overeenkomst tot stand is gekomen inzake de levering van foodparts (hierna te noemen: de Overeenkomst).

()

Artikel 1 OVERDRACHT

1.1 [eiseres01] draagt hierbij de rechten en verplichtingen die op haar rusten uit hoofde van de Overeenkomst overeenkomstig artikel 6:159 BW over aan [eiseres01] , welke rechten en verplichtingen met betrekking tot de Overeenkomst hierbij door de [eiseres01] wordt aanvaard.

1.2 TIWYA verklaart de in het eerste lid genoemde overdracht te erkennen en voorts te erkennen dat TIWYA de op haar rustende rechten en verplichtingen uit hoofde van de Overeenkomst met ingang van ondertekening van deze akte jegens [eiseres01] gelden.

Artikel 2 BETALINGSAFSPRAKEN

2.1 TIWYA zal de op haar rustende (toekomstige) betalingsverplichtingen nakomen door betaling aan [eiseres01] .

2.21. In een e-mail van 9 augustus 2022 van [gedaagde02] aan [naam02] staat:

- facturen van 2020 ben ik het niet mee eens (al vele malen gezegd de laatste 2 jaar) () daarbij was de afspraak dat we de proef avonden beide de Inkoop kosten zouden dragen, mijn voorstel is 50% van het bedrag ()

2) Facturen 2020 blijf ik bij mijn standpunt ik heb het onderbouwd en daarbij zouden we de proefavonden de helft van de inkoop Food samen betalen dat had ik nog niet meegenomen in ons laatste gesprek en daar zijn aardig wat couverts uitgegaan, waarbij ik alle personeel kosten, alle dranken en andere diverse kosten op mij genomen heb voor de proefavonden waar nul omzet tegenover stond ()

2.22. Bij e-mail van 12 augustus 2022 heeft [naam02] als volgt gereageerd:

2. Met betrekking tot de facturen 2020 heb ik een coulant voorstel gedaan. Dat voorstel is gestoeld op de gedachte dat wij een aandeel hebben gehad in de inkoopvolumes en daarmee ook bereid zijn een deel op ons te nemen van producten die onverkoopbaar bleken omdat het moest worden weggedaan. Ook de gedeelde inkoop van de twee proefavonden worden niet betwist, maar dat is slechts een fractie van het geheel dat openstaat aan facturen. Deze beide aspecten zijn wat mij betreft dan ook onderdeel van het voorstel om coulanchehalve 25% te crediteren op de openstaande facturen.

() Ik ben bereid 25% te crediteren, maar daar ligt de grens. Dat komt dus neer op een bedrag van 52.399,13 (75% van 69.865,51). ()

2.23. Bij brief van 25 augustus 2022 heeft [eiseres01] [gedaagde01] gesommeerd tot betaling van het openstaande saldo van de vervallen facturen van 100.255,70, waarvan 72.155,35 betrekking heeft op 2020. In een afzonderlijke brief heeft [eiseres01] [gedaagde02] geïnformeerd over de

betalingsachterstand van [gedaagde01] en aangekondigd dat [gedaagde02] bij uitblijven van betaling door [gedaagde01] als borg zal worden aangesproken. Bij brief van 8 oktober 2022 is [gedaagde02] als borg aangesproken tot betaling aan [eiseres01] van het door [gedaagde01] verschuldigde bedrag van 94.236,01.

2.24. In de periode waarin [naam02] bij [eiseres01] aandrang op betaling van de openstaande facturen, berichtte [naam01] [gedaagde02] in een appbericht als volgt:

() 2020 en het contract zijn 2 dingen waar [naam02] [[naam02] , opm. rechtbank] veel waarde aan hecht. Het voorstel om t contract te schrappen en 30% korting te geven hebben [naam02] en ik serieuze woorden over gehad. Dat heb ik denk ik op een discrete manier proberen te vertellen. [naam02] heeft een ultimatum gesteld naar mij. Niet naar [eiseres01] of naar jou, maar simpel weg naar mij als zijn vrouw. Hij gaf aan dat de afspraken die we maken niet nagekomen worden en geen vertrouwen heeft in een goeie afloop. Ik kan niet met jou 2020 oppakken als de afspraken die er voor het heden zijn gemaakt ()

En in een appbericht van 26 oktober 2022:

Hoi [gedaagde02] , Ik denk niet dat het verstandig is om af te spreken. Naar aanleiding van een gesprek met [naam02] is gebleken dat voor hem alle grenzen overschreden zijn en dat hij geen begrip heeft voor een gesprek tussen jou en mij. Hij geeft aan dat hij en jij hebben bepaald waar e grens ligt en jullie beiden de consequenties daarvan zullen moeten aanvaarden. Een date om te kijken hoe wij verder kunnen is zinloos. ()

2.25. Bij brief van 7 februari 2023 heeft de echtgenote van [gedaagde02] de borgtocht buitengerechtelijke vernietigd met een beroep op artikel 1:89 BW.

3 Het geschil

in conventie

3.1. [eiseres01] vordert, na vermindering van eis, dat de rechtbank, bij vonnis uitvoerbaar bij voorraad, [gedaagden] hoofdelijk veroordeelt tot betaling aan [eiseres01] van 69.929,49 (94.236,01 - 24.306,52), te vermeerderen met de wettelijke handelsrente vanaf de vervaldatum van de facturen, althans vanaf de datum van de dagvaarding, althans te vermeerderen met een door de rechtbank te bepalen rente. Verder vordert [eiseres01] de overeengekomen incassokosten van 9.423,60 (10% van de hoofdsom), althans de door de rechtbank te bepalen incassokosten (met inbegrip van de proceskosten).

3.2. [eiseres01] legt het volgende aan haar vorderingen ten grondslag.

[bedrijf01] (vanwege de contractsovername zal hierna gemakshalve steeds over [eiseres01] worden gesproken) is een overeenkomst aangegaan met [gedaagde01] , op grond waarvan [eiseres01] aan [gedaagde01] food parts heeft geleverd en zij [gedaagde01] heeft ondersteund bij de samenstelling van het menu. [gedaagde01] heeft de daarvoor toegezonden facturen onbetaald gelaten.

[gedaagde02] heeft zich persoonlijk borg gesteld voor de betalingsverplichtingen van [gedaagde01] . [gedaagde02] heeft de facturen evenmin voldaan. [gedaagden] hebben niet tijdig geklaagd over de leveringen waarop de facturen betrekking hebben.

3.3. [gedaagden] voeren verweer en concluderen tot niet-ontvankelijkverklaring van [eiseres01] in hun vorderingen, althans afwijzing daarvan, met veroordeling van [eiseres01] in de proceskosten en de nakosten, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf de vijftiende dag na het vonnis.

3.4. [gedaagden] betwisten de juistheid van de facturen uit 2020 omdat zij niet in overeenstemming zijn met de overeenkomst. De facturen doen geen recht aan de afspraak dat [eiseres01] in de beginperiode verantwoordelijk was voor de keuken en het vaststellen van de inkooprijzen op basis van de overeengekomen door TIWYA te behalen marges. Ook de afspraak dat partijen ieder de helft van de inkoopkosten voor de try-out avonden zouden dragen, is niet in de facturen verdisconteerd. [gedaagde01] heeft daarom voor die kosten zelf een factuur uitgebracht. De schriftelijke overeenkomst waarop [eiseres01] zich beroept geeft de mondeling gemaakte afspraken niet juist weer en is daarom niet door [gedaagde01] ondertekend. [gedaagde01] is aan de schriftelijke overeenkomst en de algemene voorwaarden niet gebonden. De algemene voorwaarden van [eiseres01] zijn geen onderdeel van de overeenkomst, althans onredelijk bezwarend en dus vernietigbaar. De gevorderde incassokosten zijn dan ook niet verschuldigd.

[eiseres01] is de afspraken tussen partijen niet nagekomen en dient die alsnog na te komen. Waar nakoming onmogelijk is, dient [eiseres01] de schade van [gedaagde01] te vergoeden. Primair moeten de door [gedaagde01] te betalen bedragen met de openstaande facturen worden verrekend.

Subsidiar beroepen [gedaagden] zich op gedeeltelijke ontbinding van de overeenkomst en schadevergoeding gelijk aan het bedrag van de schade als gevolg van de tekortkomingen, meer subsidiar op opschorting. Uiterst subsidiar stellen [gedaagden] dat de vordering tot (volledige) nakoming van [eiseres01] in strijd is met de redelijkheid en billijkheid omdat [eiseres01] aan het onnodig laten oplopen van de factuurbedragen heeft bijgedragen en zij als enerzijds verantwoordelijke voor de keuken en anderzijds toeleverancier van [gedaagde01] een tegenstrijdig belang had.

[gedaagde02] is in geen geval gehouden om eventuele achterstallige betalingsverplichtingen te voldoen omdat de borgtocht door zijn echtgenote is vernietigd.

3.5. Op de stellingen van partijen wordt hierna, onder de beoordeling, nader ingegaan.

in reconventie

3.6. [eisers] vorderen dat de rechtbank bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad:

1. [verweerster01] veroordeelt tot betaling aan [eiser01] van 39.168,90 (het schadebedrag), althans een door de rechtbank te bepalen bedrag, te vermeerderen met de wettelijke (handels)rente vanaf 15 oktober 2020 tot aan de dag van algehele voldoening;
2. [verweerster01] veroordeelt tot betaling aan [eiser01] van 9.584,- (inkoopkosten [eiser01] try-outavonden), althans een door de rechtbank te bepalen bedrag, te vermeerderen met de wettelijke (handels)rente vanaf 7 maart 2023 tot aan de dag van algehele voldoening;
3. het door [verweerster01] gelegde beslag op de onroerende zaak gelegen aan de [adres01] in [plaats01], kadastraal bekend als Gemeente Poortugaal, [sectie01], nummer [nummer01] (hierna: Onroerende zaak) zal opheffen; en
4. [verweerster01] veroordeelt het beslag op de Onroerende zaak binnen 48 uur na betekening van het vonnis door te doen halen in het Kadaster; onder oplegging aan [verweerster01] van een dwangsom van 10.000,- voor elke dag (een dagdeel daaronder begrepen) waarop [verweerster01] zich niet naar deze veroordeling richt;

een en ander met veroordeling van [verweerster01] in de proceskosten en de nakosten, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf de vijftiende dag na het vonnis.

3.7. [eisers] leggen aan hun vorderingen ten grondslag hetgeen zij in conventie als verweer hebben gevoerd. Gelet op dit verweer zijn de beslagen onrechtmatig.

3.8. [verweerster01] voert verweer en concludeert tot niet-ontvankelijkverklaring van [eisers] in hun vorderingen, althans afwijzing van die vorderingen, met veroordeling van [eisers] in de proceskosten en de nakosten, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf de vijftiende dag na het vonnis. [verweerster01] betwist de door [eisers] gestelde afspraken.

3.9. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

4 De beoordeling

in conventie

Inleiding

4.1. Het gaat in deze zaak om een samenwerking tussen partijen in de horeca die kort voordat de Corona pandemie de branche grotendeels stillegde, van start is gegaan. De samenwerking strekte verder dan de levering van producten door [eiseres01] tegen betaling door [gedaagde01]. [eiseres01] fungeerde als steunpilaar voor [gedaagde01] en partijen hadden een langdurige samenwerking voor ogen. Partijen hebben over die samenwerking met elkaar gesproken en afspraken gemaakt. Er is een schriftelijke (concept)overeenkomst, waarover is gecorrespondeerd, maar partijen zijn het op diverse punten niettemin oneens over wat precies is afgesproken en of die afspraken zijn nagekomen.

Omvang van het geschil

4.2. [eiseres01] vordert betaling van haar facturen. [gedaagde01] erkent de verschuldigdheid van de facturen uit 2021 en 2022 en een enkele factuur uit 2020. Totaal is van de gevorderde factuurbedragen (6.710,16 (2021) + 15.370,50 (2022) + 2.289,84 (2020) =) 24.370,50 erkend. Met een betaling van 24.306,52 gedurende deze procedure, zijn de facturen uit 2021 en 2022 volledig voldaan. De eiswijziging van [eiseres01] sluit daarbij aan. Dit betekent dat het geschil in conventie zich nog beperkt tot de openstaande facturen uit 2020, voor het bedrag (72.155,35 - 2.289,84 =) 69.865,51. Daarnaast is op de erkende factuur van 2.289,84 een bedrag van 63,98 niet betaald. Het verweer dat [gedaagde01] voert houdt een tegenvordering in van (39.168,90 + 9.584,00 =) 48.752,90. [gedaagde01] erkent dat zij het verschil verschuldigd is. Dit betekent dat de vordering van [eiseres01], los van de hierna volgende inhoudelijke beoordeling, in elk geval voor (69.865,51 + 63,98 - 48.752,90 =) 21.176,59 toewijsbaar is.

Vorderingsgerechtigde

4.3. [gedaagden] hebben de contractoverneming van 21 juli 2022 (zie 2.20) niet betwist. Dit betekent dat [eiseres01] voor wat betreft de overeenkomst geldt als rechtsopvolger van [bedrijf01]. Zij is als contractspartij gerechtigd tot (incasso van) de vorderingen voortvloeiend uit de overeenkomst.

Rechtsverwerking / klachtplicht

4.4. [eiseres01] stelt dat [gedaagde01] door tweeënhalf jaar niets te zeggen over inkooprijzen en behaalde marges haar recht om over die onderwerpen te klagen heeft verwerkt en dat [gedaagde01] ook op grond van de contractuele en wettelijke klachtplicht niet tijdig heeft geklaagd. [gedaagde01] betwist dat. [gedaagde01] is het niet eens met de (inhoud van de) facturen omdat die niet in lijn zijn met de gemaakte afspraken.

4.5. De rechtbank stelt vast dat de discussie niet gaat over de (kwaliteit van) de producten en/of diensten die [eiseres01] heeft geleverd, maar over de vraag of correct is afgerekend. Reeds daarom gaat een beroep op de klachttermijn voor gebrekkige producten in de algemene voorwaarden indien van toepassing niet op. Ook de klachtplicht van artikel 6:89 BW is niet van toepassing omdat het in deze kwestie niet gaat over een gebrek in de geleverde prestatie. Het is vaste rechtspraak dat het opstellen en toezenden van een factuur niet gelden als prestatie als bedoeld in artikel 6:89 BW. De in dat artikel neergelegde verplichting om binnen bekwame tijd te protesteren over een gebrek in de prestatie is dan ook niet van toepassing ten aanzien van facturen (HR 11 mei 2001, ECLI:NL:HR:AB1565). Dit betekent dat het beroep van [eiseres01] op de klachtplicht faalt.

4.6. Het beroep op rechtsverwerking slaagt evenmin. Van rechtsverwerking is slechts sprake indien de gedragingen van de schuldeiser naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onverenigbaar zijn met het geldend maken van zijn aanspraken. Enkel tijdsverloop of stilzitten rechtvaardigt geen beroep hierop en bijzondere omstandigheden zijn gesteld noch gebleken.

De overeenkomst

- 4.7. Niet in geschil is dat partijen op basis van een overeenkomst hebben samengewerkt. Partijen verschillen echter van mening over de vraag welke verbintenissen zij over en weer zijn aangegaan, in welke betalingsverplichtingen dat resulteert en of die zijn nagekomen. Beantwoording van die vragen vergt uitleg van de overeenkomst. Bij die uitleg komt het aan op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan de verklaringen en de in de overeenkomst vervatte bedingen mochten toekennen en hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten (de Haviltex-maatstaf). Daarbij kan mede van belang zijn tot welke maatschappelijke kringen partijen behoren en welke rechtskennis van hen kan worden verwacht.
- 4.8. [eiseres01] beroept zich op de onder 2.10 genoemde schriftelijke overeenkomst, waarin volgens haar alle tussen partijen gemaakte afspraken zijn vermeld. [gedaagden] stellen dat de schriftelijke overeenkomst de mondeling gemaakte afspraken niet (volledig) weergeeft en dat [gedaagde01] de overeenkomst daarom niet heeft ondertekend.
- 4.9. De rechtbank oordeelt dat [gedaagde01] de door [eiseres01] opgestelde schriftelijke overeenkomst met werking vanaf 1 september 2020, waarover partijen per e-mail hebben onderhandeld, met de e-mail van 18 september 2020 (zie 2.7) heeft aanvaard. Uit die e-mail blijkt dat [gedaagde02] met de aanvaarding niet over één nacht ijs is gegaan en dat hij zich bewust was van zijn eigen gebrek aan juridische kennis en de mogelijk verstrekkende juridische gevolgen. Daarom had hij advies ingewonnen bij een jurist. In weerwil van dat advies heeft hij ervoor gekozen om in niet mis te verstane bewoordingen (dus de punten die ik gemaild heb aan jou, en jij op geantwoord heb ga ik mee akkoord ondanks er in mijn oor anders ingefluisterd wordt) akkoord te gaan met de inhoud van de schriftelijke overeenkomst (zie 2.4 en 2.7). Dat geldt zowel voor de punten waarover over en weer eerder is gecorrespondeerd, als over de punten die niet met zoveel woorden ter sprake zijn gekomen (waaronder artikel 3.7 over de prijzen) en daarom als onderdeel van het toegezonden concept stilzwijgend als akkoord bevonden worden beschouwd. Dit betekent dat de (integrale) schriftelijke overeenkomst van 20 september 2020 als uitgangspunt geldt voor de afspraken tussen partijen. De wel door [gedaagde02] ondertekende akte van contractoverneming, waarin zonder beperkingen naar de schriftelijke overeenkomst wordt verwezen, bevestigt dat. Anders dan [eiseres01] stelt, betekent dit niet zonder meer dat uitsluitend hetgeen in de schriftelijke overeenkomst is vermeld, verbintenissen tussen partijen schept. De wijze waarop overeenkomsten kunnen worden aangegaan is vormvrij en niet beperkt tot een enkel moment van schriftelijke vastlegging. Daarbij komt dat [gedaagde01] dient te worden aangemerkt als een zwakkere contractspartij dan [eiseres01], voor welke partij [naam02] als jurist de schriftelijke overeenkomst had opgesteld en daarmee op juridisch gebied in een sterkere positie verkeerde. Verder is van belang dat [naam02] zelf heeft verklaard dat hij niet bij de gesprekken die aan de schriftelijke overeenkomst vooraf zijn gegaan, aanwezig was. Dit alles houdt de mogelijkheid open dat naast de afspraken in de schriftelijke overeenkomst, tussen partijen ook andere afspraken kunnen bestaan, zoals door [gedaagden] gesteld. Dat de door [gedaagden] gestelde afspraken, die zij tegen de vordering tot betaling van de facturen uit 2020 hebben ingebracht, niet in de schriftelijke overeenkomst zijn vastgelegd, is dan ook geen reden om aan de stellingen van [gedaagden] voorbij te gaan.
- 4.10. Hiermee komt ten eerste de vraag aan de orde of partijen de door [gedaagden] gestelde en door [eiseres01] betwiste afspraken over (i) de verdeling van de kosten voor de try-outavonden en (ii) de verantwoordelijkheid voor de keuken, inkoop(prijzen) en marges, hebben gemaakt. Vervolgens is de vraag tot welke (betalings)verplichtingen dit over en weer leidt. Anders dan [gedaagden] betogen gaat dit niet over schadevergoedingsrecht maar over door beide partijen ingestelde vorderingen tot

nakoming van de overeenkomst en verrekening van wederzijdse betalingsverplichtingen.

i. Try-out avonden

4.11. Kort voor de opening van TIWYA hebben partijen twee try-out avonden georganiseerd. [gedaagden] stellen dat alle met de try-out verband houdende kosten 50/50 zouden worden verdeeld op basis van inkooprijzen. In strijd met die afspraak heeft [eiseres01] [gedaagde01] op basis van verkoopprijzen gefactureerd voor 18.056,59 (inclusief btw) aan voedingsmiddelen, terwijl de factuur geen onderscheid maakt in leveringen voor de try-out en andere leveringen. Met de verdeling van kosten voor drank en personeel is volgens [gedaagden] ten onrechte geen rekening gehouden. Daarom vordert [gedaagde01] van [eiseres01] betaling van haar factuur van 9.584,00.

4.12. [eiseres01] betwist dat alle kosten, inclusief de kosten van personeel en drank, door beide partijen voor gelijke delen zouden worden gedragen, zoals door [gedaagden] gesteld. Volgens [eiseres01] was de afspraak dat voor food parts die geserveerd zijn tijdens de try-out avonden een korting van 50% mocht worden toegepast, waarbij het aan [gedaagde01] is om te specificeren welke van de geleverde en gefactureerde producten zijn geserveerd.

4.13. De rechtbank oordeelt als volgt. Partijen zijn het er op zich over eens dat een afspraak is gemaakt over 50/50 verdeling van kosten voor de try-out avonden. Zij verschillen echter van mening over de vraag welke kosten in die verdeling moesten worden betrokken. De enkele mededeling van [naam02] dat de gedeelde inkoop niet wordt betwist (zie 2.22), is onvoldoende om aan te nemen dat de door [gedaagden] gestelde verdeling ten aanzien van alle kosten is overeengekomen. Daarbij komt dat de onder 2.21 bedoelde e-mail van [gedaagde02] (daarbij zouden we de proefavonden de helft van de inkoop Food samen betalen en daar zijn aardig wat couverts uitgegaan, waarbij ik alle personeel kosten, alle dranken en andere diverse kosten op mij genomen heb voor de proefavonden waar nul omzet tegenover stond ()), er eerder op wijst dat [gedaagde01] die kosten voor haar rekening zou nemen dan dat er op die onderdelen (ook) een afspraak over verdeling zou zijn gemaakt. De stelling dat de afspraak over de try-out avonden meer omvat dan het gezamenlijk dragen van de inkoopkosten voor voedsel is verder niet onderbouwd en het in algemene bewoordingen gedane bewijsaanbod is niet specifiek genoeg. De rechtbank gaat dan ook uit van de afspraak dat slechts is overeengekomen dat de inkoopkosten voor voedsel zouden worden gedeeld. Omdat voor die afspraak nog niet is afgerekend, heeft [gedaagde01] nog recht op nakoming, maar niet voor het bedrag van de door haar opgestelde onder 4.11 bedoelde factuur. Die factuur is gebaseerd op een niet gemaakte afspraak en daarmee ongegrond. [eiseres01] heeft op basis van gegevens van [gedaagde01] over kassa-aanslagen voor gerechten tijdens de try-out avonden een berekening gemaakt die uitgaande van een bijdrageplicht van ieder 50% uitkomt op een bijdrageplicht voor [eiseres01] van 1.846,25. [gedaagden] hebben daar tegen ingebracht dat [eiseres01] in de beginperiode haar bedrijfsvoering niet op orde had en dat de berekening daarom niet zou kloppen. Wat van die stelling ook zij, [gedaagden] hebben niet concreet gemaakt wat dat voor de bijdrageplicht van [eiseres01] betekent. [gedaagden] hebben de berekening van [eiseres01] ook overigens niet gemotiveerd weersproken of een aannemelijkere berekening en uitkomst uitgewerkt. Of [eiseres01] op basis van haar inzicht in het verbruik en de inkoop al eerder haar bijdrage in mindering had kunnen brengen op haar facturen, is voor de beoordeling niet relevant.

4.14. Het voorgaande leidt tot de slotsom dat [eiseres01] op haar factuur waarin de leveringen voor de try-out avonden zijn verdisconteerd 1.846,25 te veel in rekening heeft gebracht. Dit bedrag moet op het saldo van de openstaande facturen in mindering worden gebracht.

ii. Verantwoordelijkheid voor de keuken, inkoop(prijzen) en marges

4.15. [gedaagden] stellen dat partijen zijn overeengekomen dat [eiseres01] in de beginperiode verantwoordelijk was voor de keuken van [gedaagde01]. [eiseres01] zou de inkooprijzen vaststellen op basis van overeengekomen marges op gerechten tussen 35 en 37%. Ter onderbouwing van de

stelling dat incorrecte inkooprijzen zijn gehanteerd, voeren [gedaagden] aan dat de prijzen en factuurtotalen na de beginperiode substantieel zijn gedaald en er minder en efficiënter werd besteld toen de verantwoordelijkheid voor de keuken overging van [eiseres01] naar [gedaagde01]. Volgens [gedaagden] blijkt daaruit dat [eiseres01] haar prijzen heeft verlaagd om aan de overeengekomen door [gedaagde01] te behalen marges te voldoen. [gedaagde01] kwam daar pas achter na ontvangst van de facturen. [gedaagde01] kon de leveringen niet eerder controleren omdat [eiseres01] in de beginperiode geen pakbonnen verstrekke. [gedaagden] stellen verder dat de koks onder leiding en aansturing stonden van [eiseres01] en dat [naam01] en chef-kok [naam04] verantwoordelijk waren voor de inkoop, levering en bereiding van de gerechten van [eiseres01] en de indeling van de keuken. [gedaagde01] had in de beginperiode geen contractuele relatie met de koks. Zij factureerden aan [eiseres01].

4.16. [eiseres01] betwist de door [gedaagden] gestelde afspraken over verantwoordelijkheden en inkooprijzen. [eiseres01] had geen contractuele relatie met de koks, die aan [gedaagde01] factureerden. [eiseres01] heeft slechts onverplicht enkele betalingen aan de koks voorgesloten ter voorkoming van problemen. De inkoop werd door de koks, die onder leiding stonden van [gedaagde01], gedaan. De prijsdalingen hebben niets te maken met de afspraken van partijen maar zijn het gevolg van investeringen in de productiekeuken van [eiseres01]; het bereiden van food parts werd kostenefficiënter doordat minder mankracht nodig was. Te berekenen inkooprijzen fluctueerden en van een afspraak over garantie en verantwoordelijkheid ten aanzien van de door [gedaagde01] te behalen marges is geen sprake. Dat de omzet van [gedaagde01] tegenviel kan [eiseres01] niet worden tegengeworpen.

4.17. De rechtbank oordeelt als volgt.

Na de totstandkoming van de schriftelijke overeenkomst heeft [gedaagde02] naar aanleiding van de door [gedaagde01] ontvangen facturen in zijn e-mail van 23 oktober 2020 (zie 2.13) geuit dat hij geschrokken was van de hoge inkoopkosten ten opzichte van de verkoop. Anders dan [eiseres01] stelt, blijkt uit de onder 2.22 aangehaalde e-mail van [naam02] dat [eiseres01] in elk geval betrokken was bij de inkoop van voedsel en invloed had op de hoeveelheden die werden besteld. Ook werd de financiële bedrijfsstrategie van [gedaagde01] tussen partijen besproken. Hiermee had [eiseres01] een verdergaand inzicht in de bedrijfsvoering van [gedaagde01] dan gebruikelijk is in de verhouding tussen een leverancier en een afnemer. Dit schept een zekere verantwoordelijkheid. Daarbij komt dat werknemers van [gedaagde01] hebben verklaard dat in hun aanwezigheid bij diverse brainstormsessies met [naam01] en [naam04] namens [eiseres01] is gesproken over prijzen en te behalen marges, de (mede) verantwoordelijkheid van [eiseres01] voor de keuken en door [eiseres01] erkende fouten met betrekking tot de leveringen en berekende prijzen. De berichten van [naam02] en [naam01] namens [eiseres01] (zie 2.22 en 2.24) onderschrijven dat er fouten zijn gemaakt. Daarom zijn partijen in overleg getreden over het maken van afspraken over de facturen van 2020. Daarbij werd [gedaagde02] voorgehouden dat er voor de facturen wel een oplossing zou komen (zie 2.8). Een en ander maakt duidelijk dat partijen het erover eens zijn dat op de facturen uit 2020 een en ander aan te merken was. Een vooraf gemaakte, van de schriftelijke overeenkomst afwijkende afspraak met betrekking tot te berekenen prijzen en verantwoordelijkheid kan hieruit echter niet worden afgeleid. In verband met het door hen beoogde rechtsgevolg had het op de weg van [gedaagden] gelegen om hun, door [eiseres01] gemotiveerd betwiste, stellingen op die punten nader te onderbouwen. Nu [gedaagden] dat niet hebben gedaan, gaat de rechtbank aan die stelling als onvoldoende gemotiveerd gehandhaafd voorbij.

4.18. Gelet op het beroep van [gedaagden] op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (artikel 6:248 lid 2 BW) betekent het voorgaande niet zonder meer dat [gedaagden] gehouden zijn tot integrale betaling van de facturen van [eiseres01]. Hoewel trouw aan het contract voorop staat en bij het ingrijpen daarop terughoudendheid moet worden betracht, acht de rechtbank het in de gegeven omstandigheden onaanvaardbaar dat [eiseres01] onverkort nakoming verlangt van betalingsverplichtingen die geen blijk geven van het gezamenlijk dragen van de kostprijs van een opstartperiode waarin de samenwerking tussen partijen nog vorm moest krijgen, het inzicht van

[eiseres01] in de bedrijfsvoering van [gedaagde01] en het belang van [gedaagde01] bij het behalen van bepaalde marges tegenover het daarmee strijdige belang van [eiseres01] bij de door haar in rekening te brengen prijzen. De rechtbank acht verder van belang dat, hoewel partijen het er niet over eens zijn wat de afspraken over de samenwerking precies betekenen voor de (hoogte van de) facturen uit 2020, zij wel richting hebben gegeven aan hun streven naar een praktische oplossing. Dat streven was niet enkel ingegeven door een wenselijke voortzetting van de samenwerking, maar behelsde volgens de inhoud van de onderhandelingen ook de onduidelijkheden over de beginperiode. Partijen richtten zich steeds op een financiële oplossing voor afwikkeling van gebrekkige (vastlegging van) afspraken en hebben er daarmee blijk van gegeven dat een allesomvattende oplossing belangrijker was dan het vasthouden aan (gebrekkige) afspraken. Daarbij past dat beide partijen water bij de wijn zouden en kennelijk ook wilden doen. Deze omstandigheden rechtvaardigen dat aan [gedaagde01] een korting op de facturen wordt verleend. De inhoud van de gesprekken die partijen daarover voerden bieden een voldoende aanknopingspunt voor welke betalingsverplichting in de gegeven omstandigheden redelijk is. Over en weer zijn concrete voorstellen gedaan die uiteenlopen van een korting op de openstaande facturen van 25 procent van de zijde van [eiseres01] tot 50 procent van de zijde van [gedaagde01]. [naam01] heeft [gedaagde01] een korting van 30 procent aangeboden. Hoewel [gedaagde01] te kennen heeft gegeven aan een hoger percentage te denken, zijn er geen aanwijzingen dat [eiseres01] daartoe ook bereid was. Integendeel, toen [naam02] de onderhandelingen overnam van [naam01], verminderde de bereidheid tot het geven van een korting weliswaar, maar dat lijkt eerder te zijn ingegeven door een gebrek aan vertrouwen omdat facturen te lang open bleven staan, dan dat er enig verband bestaat met de samenwerking in de beginperiode. Dit leidt tot de slotsom dat de door [naam01] namens [eiseres01] aangeboden korting van 30 procent de meest reële indicatie vormt voor vaststelling van een redelijke betalingsverplichting. Gelet hierop oordeelt de rechtbank dat [eiseres01] een bedrag ter hoogte van 30% van de betwiste openstaande facturen van 69.865,51, te weten 20.959,65, teveel aan [gedaagde01] in rekening heeft gebracht.

Conclusie

- 4.19. Het voorgaande betekent dat [eiseres01] nog ($1.846,25 + 20.959,65 =$) 22.805,90 aan [gedaagde01] moet betalen. Dit bedrag zal worden verrekend met het saldo van de openstaande facturen uit 2020. Verder staat op de onbetwiste factuur van 2.289,84 nog 63,98 open. De conclusie is dat [gedaagde01] nog ($69.865,51 + 63,98 - 22.805,90 =$) 47.123,59 aan [eiseres01] moet betalen.

Wettelijke handelsrente

- 4.20. [eiseres01] vordert wettelijke handelsrente vanaf de vervaldatum van de facturen. [gedaagden] betwisten dat rente verschuldigd is omdat (i) de hoofdvordering niet toewijsbaar is en (ii) partijen in overleg waren over een oplossing.
- 4.21. In 4.13-4.14 en 4.17-4.18 is geoordeeld dat de facturen van 2020 niet correct waren. Bovendien waren partijen over die facturen in overleg. Dit betekent dat [gedaagde01] niet in verzuim is geraakt door het verstrijken van de op de facturen vermelde betalingstermijn. [eiseres01] heeft geen ander moment gesteld waarop het verzuim is intreden. De wettelijke handelsrente niet betwist is dat het om handelstransacties gaat in de zin van artikel 6:119a BW wordt daarom toegewezen vanaf de dag van de dagvaarding.

Incassokosten algemene voorwaarden

- 4.22. [eiseres01] vordert incassokosten op grond van de algemene voorwaarden. [gedaagden] betwisten dat de algemene voorwaarden van toepassing zijn. Voor zover de algemene voorwaarden wel van toepassing zijn, beroepen zij zich op vernietiging omdat zij van de voorwaarden geen kennis hebben kunnen nemen. Volgens [gedaagden] zijn de incassokosten ten slotte buitenproportioneel, ongerechtvaardigd en onredelijk omdat slechts geringe werkzaamheden zijn verricht, waarvoor maximaal de vergoeding op grond van het Besluit buitengerechtelijke incassokosten (het Besluit) kan

worden gevorderd. [gedaagden] verzoeken de incassokosten te matigen tot een bedrag dat volgt uit het Besluit, althans een redelijk bedrag.

- 4.23. De rechtbank heeft in 4.9 geoordeeld dat [gedaagde01] akkoord is gegaan met de schriftelijke overeenkomst. Artikel 1.4 van de schriftelijke overeenkomst bepaalt dat de algemene voorwaarden van [eiseres01] daarvan onderdeel uitmaken. Daarmee is de toepasselijkheid van de algemene voorwaarden rechtsgeldig overeengekomen. [gedaagde01] is dan ook in beginsel gebonden aan de algemene voorwaarden, met het daarin opgenomen incassokostenbeding.
- 4.24. Vervolgens is de vraag of de algemene voorwaarden vernietigbaar zijn. [gedaagden] stellen daartoe dat [eiseres01] geen redelijke mogelijkheid tot kennisname heeft geboden omdat de voorwaarden niet voor of tijdens het aangaan van overeenkomst ter hand zijn gesteld en omdat die voorwaarden onredelijk bezwarend zijn (artikel 6:233 sub b en a BW).
- Ten aanzien van de ter handstelling gaat dit verweer niet op. Bij de e-mail van 30 augustus 2020 (zie 2.3) zijn zowel de concept overeenkomst als de algemene voorwaarden gevoegd, partijen hebben daarover vervolgens over onderhandeld en op 18 september 2020 heeft [gedaagde02] zijn akkoord gegeven (zie 2.7). [gedaagde01] heeft dus op de juiste wijze kennis kunnen nemen (en ook genomen) van de algemene voorwaarden.
- 4.25. Uit artikel 6:233 aanhef en onder a BW volgt dat een beding in algemene voorwaarden vernietigbaar is indien het, gelet op de aard en de overige inhoud van de overeenkomst, de wijze waarop de voorwaarden tot stand zijn gekomen, de wederzijds kenbare belangen van partijen en de overige omstandigheden van het geval, onredelijk bezwarend is voor de wederpartij. [gedaagden] hebben hun beroep op deze vernietigingsgrond niet onderbouwd, terwijl [eiseres01] met de stelling dat partijen expliciet over de incassokosten hebben onderhandeld (zie hiervoor onder 2.7), de onredelijkheid gemotiveerd heeft betwist. Dit betekent dat het beroep op vernietiging van het incassokostenbeding in de algemene voorwaarden faalt.
- 4.26. Op grond van artikel 9.4 van de algemene voorwaarden bedragen de incassokosten minimaal 10% van de hoofdsom. [eiseres01] vordert ook na wijziging van haar eis dit percentage over de verschuldigde hoofdsom zoals bij inleidende dagvaarding gevorderd. Daarin ligt besloten dat de incassokosten ook worden gevorderd over het bedrag dat [gedaagde01] gedurende deze procedure heeft betaald. Het verweer van [gedaagden] richt zich slechts tegen de verschuldigdheid als zodanig en niet tegen het bedrag waarover incassokosten worden gevorderd. Dit leidt de rechtbank tot het oordeel dat [gedaagde01] 10 procent incassokosten verschuldigd is over een totaalbedrag van 71.430,11 (47.123,59 + 24.306,52), te weten 7.143,01. Gelet op de contractsvrijheid, het feit dat partijen expliciet over het percentage hebben onderhandeld en het oordeel over de proceskosten (zie 4.32), ziet de rechtbank geen aanleiding tot matiging.

Borgtocht

- 4.27. [eiseres01] stelt dat [gedaagde02] zich persoonlijk borg heeft gesteld om de schuld van [gedaagde01] te voldoen. [gedaagde02] betwist dat niet maar voert aan dat de borgstelling onder druk en als onderdeel van een regeling tussen [eiseres01] en [gedaagde01] tot stand is gekomen. [gedaagde02] voert daarnaast het verweer dat zijn echtgenote de borgstelling rechtsgeldig heeft vernietigd omdat zij de in artikel 1:88 BW vereiste toestemming niet heeft verleend.
- 4.28. De rechtbank oordeelt als volgt. [gedaagde02] verbindt geen rechtsgevolg aan de door hem gestelde wijze van totstandkoming en onderbouwt het evenmin met feiten. De rechtbank gaat hieraan dan ook voorbij.
- 4.29. Ook de vernietiging heeft geen effect. Daartoe overweegt de rechtbank dat [eiseres01] onbetwist heeft gesteld dat zij haar dienstverlening in de vorm van leveringen aan [gedaagde01] alleen wilde voortzetten als [gedaagde02] zich persoonlijk borg zou stellen. Die voortzetting van de leveringen

strekt ten behoeve van de normale uitoefening van het bedrijf van [gedaagde01] , namelijk het exploiteren van een horecagelegenheid en is daarmee een belangrijke tegenprestatie voor de borgstelling. Dat de achterstand in de betalingen aanleiding was voor de borgstelling, doet aan dat zakelijke doel niet af. Nu de borgstelling door [gedaagde02] geschiedt ten behoeve van de normale bedrijfsuitoefening van [gedaagde01] , is toestemming van zijn echtgenote op grond van artikel 1:88 lid 5 BW niet vereist. Dit betekent dat het beroep op vernietiging faalt. De borgstelling is geldig en [gedaagde02] is op grond daarvan aansprakelijk voor de openstaande facturen.

Hoofdelijkheid

- 4.30. De vordering tot hoofdelijke veroordeling is op de wet gegrond en [gedaagden] hebben daartegen ook geen verweer gevoerd. De rechtbank zal hen dan ook hoofdelijk veroordelen tot betaling van het toe te wijzen bedrag.

Conclusie

- 4.31. De vordering van [eiseres01] zal na een gedeeltelijk geslaagd verweer van [gedaagden] worden toegewezen tot het in de beslissing vermelde bedrag. Nu de primaire vordering tot nakoming materieel het volledige verweer van [gedaagden] omvat en de rechtbank daarop volledig heeft beslist, behoeven de overige verweren geen afzonderlijke bespreking.

Proceskosten

- 4.32. [eiseres01] heeft tijdens de mondelinge behandeling verklaard dat haar proceskosten in de contractuele incassokosten zijn begrepen en dat zij niet daarnaast ook een vergoeding voor proceskosten op grond van het liquidatietarief vordert. De rechtbank beschouwt de bij dagvaarding gevorderde proceskostenveroordeling daarom als ingetrokken, zodat hierop niet hoeft te worden beslist.

Uitvoerbaarheid bij voorraad

- 4.33. [gedaagden] voeren verweer tegen de op de wet gegronde vordering om een (eventuele) veroordeling uitvoerbaar bij voorraad te verklaren. Zij stellen dat de bedrijfsactiviteiten van [eiseres01] zijn gestaakt en dat inzicht in haar financiële situatie ontbreekt. Dit maakt het restitutierisico reëel. [gedaagden] stellen belang te hebben bij bescherming tegen dit risico en verzoeken de rechtbank daarom, op grond van artikel 233 lid 3 Rv, aan een eventueel uit te spreken uitvoerbaar bij voorraad verklaring de voorwaarde te verbinden van zekerheidsstelling door [eiseres01] . [eiseres01] heeft tegen die voorwaarde geen afzonderlijk gemotiveerd verweer gevoerd.
- 4.34. De rechtbank oordeelt als volgt. Bij de beoordeling van een vordering op grond van artikel 233 Rv dienen de belangen van partijen te worden afgewogen in het licht van de omstandigheden van het geval. [eiseres01] wordt vermoed een belang te hebben bij de uitvoerbaarverklaring bij voorraad. [gedaagden] moeten het daar tegenover gestelde restitutierisico concreet maken. De rechtbank acht dat risico gelet op de niet door [eiseres01] betwiste stelling dat zij haar bedrijfsactiviteiten heeft gestaakt, terwijl inzicht in haar financiële situatie ontbreekt, aannemelijk. De rechtbank zal het vonnis daarom uitvoerbaar bij voorraad verklaren, onder de voorwaarde dat [eiseres01] zekerheid stelt ter hoogte van de bedragen die zij op grond van de onder de beslissing te vermelden veroordelingen ontvangt.

in reconventie

De vorderingen tot schadevergoeding en nakoming

- 4.35.

Op hetgeen in reconventie is gevorderd is als verweer in conventie reeds geoordeeld. Op het verweer dat materieel de integrale vordering in reconventie behelst, wordt in conventie beslist. Dit betekent dat beide vorderingen tot betaling van een geldsom in reconventie worden afgewezen wegens gebrek aan belang.

Rechtmatigheid van de beslagen

4.36. [verweerster01] heeft conservatoir beslag gelegd voor haar vorderingen in conventie die gedeeltelijk worden toegewezen. Dit betekent dat de beslagen niet ten onrechte zijn gelegd en de vordering tot opheffing in beginsel strandt. [eisers] hebben weliswaar aangevoerd dat [eiser01] belang heeft bij opheffing van het beslag op de woning in verband met een negatieve invloed op de hypotheeklasten, maar zij hebben niet toegelicht waarom dat belang zwaarder moet wegen dan het belang van [verweerster01] bij instandhouding ervan. Ook is geen vervangende zekerheid gesteld. De vordering tot opheffing van de beslagen wordt dan ook afgewezen.

Proceskosten

4.37. De vorderingen in reconventie worden afgewezen, zij het niet volledig op inhoudelijke gronden, maar omdat de vordering, voor zover toewijsbaar, door verrekening in conventie al teniet is gegaan. Op inhoudelijke gronden kan geen van de partijen in reconventie in overwegende mate in het ongelijk worden gesteld. Daarbij komt dat [verweerster01] op het punt van de proceskosten en de incassokosten geen onderscheid maakt tussen de conventie en de reconventie (zie 4.32). In dit alles ziet de rechtbank aanleiding om de proceskosten (de nakosten daaronder begrepen) te compenseren.

5 De beslissing

De rechtbank

in conventie

5.1. veroordeelt [gedaagden] hoofdelijk tot betaling aan [eiseres01] van 47.123,59, te vermeerderen met de wettelijke handelsrente vanaf 23 november 2022 tot de dag van volledige betaling;

5.2. veroordeelt [gedaagden] hoofdelijk tot betaling aan [eiseres01] van de contractuele incassokosten van 7.143,01;

5.3. verklaart het vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad, onder de voorwaarde dat [eiseres01] zekerheid stelt tot de hoogte van de bedragen die [eiseres01] in verband met de veroordelingen onder 5.1 en 5.2 ontvangt;

5.4. wijst het meer of anders gevorderde af;

in reconventie

5.5. wijst de vorderingen af;

5.6. compenseert de proceskosten in de zin dat partijen de eigen kosten dragen.

Dit vonnis is gewezen door mr. P.C. Santema en in het openbaar uitgesproken op 4 oktober 2023.

