

vonnis

RECHTBANK ZEELAND-WEST-BRABANT

Cluster I Civiele kantonzaken

Breda

zaak/rolnr.: 5823245 CV EXPL 17-1485

vonnis d.d. 28 juni 2017

inzake

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Divergent Mail B.V.,
gevestigd te Hendrik-Ido-Ambacht,
eiseres in conventie, verweerster in reconventie,
gemachtigde: mr. V.J. Groot, advocaat te Dordrecht,

tegen

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Online Activity B.V.,
gevestigd te (4811 XH) Breda, Catharinastraat 16,
gedaagde in conventie, eiseres in reconventie,
gemachtigde: mr. B.P. Woltering, advocaat te Breda.

1. Het verloop van het geding

De procesgang blijkt uit de volgende stukken:

- a. het tussenvonnis in deze zaak van 16 november 2016 met de daarin genoemde processtukken;
- b. de aanvullende producties aan de zijde van gedaagde in conventie;
- c. de aantekeningen van de griffier van de op 6 juni 2017 gehouden comparitie van partijen.

2. Het geschil

In conventie:

2.1 Eiseres in conventie (verder te noemen Divergent Mail) vordert – na vermindering van eis – bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad, gedaagde in conventie (verder te noemen Online Activity) te veroordelen tot betaling van € 6.129,44, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf 26 januari 2017, alsmede een bedrag van € 749,50 aan buitengerechtelijke incassokosten tot aan de dag der algehele voldoening, met veroordeling van Online Activity in de proceskosten.

2.2 Online Activity concludeert tot afwijzing van de vordering in conventie, met veroordeling van Divergent Mail in de proceskosten, inclusief nakosten alsmede een bijdrage in de kosten van juridische bijstand, vermeerderd met wettelijke rente.

In reconventie:

2.3 Online Activity vordert bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad, Divergent Mail te veroordelen tot betaling van € 666,59, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf 12 december 2016 tot aan de dag der algehele voldoening, met veroordeling van Divergent Mail in de proceskosten, inclusief nakosten alsmede een bijdrage in de kosten van juridische bijstand, vermeerderd met wettelijke rente.

2.4 Divergent Mail concludeert tot afwijzing van de vordering in reconventie, met veroordeling van Online Activity in de proceskosten.

3. De beoordelingin conventie:

3.1 Als enerzijds gesteld en anderzijds erkend, dan wel niet of onvoldoende betwist en/of op grond van de onweersproken inhoud van de overgelegde producties, staat tussen partijen het volgende vast:

- Divergent Mail maakt haar bedrijf van het voeren van activiteiten op het gebied van webportals, gegevensverwerking, webhosting en aanverwante activiteiten.
- Online Activity is een marketing bureau gespecialiseerd in het online genereren van leads en sales. Met haar platform "Online Activity" functioneert Online Activity als schakel tussen adverteerders en zogenaamde "publishers"; diegenen die de betreffende advertenties verspreiden. Zij krijgen van Online Activity een vergoeding gebaseerd op het aantal "kliks".
- Online Activity heeft met ingang van 2014 samengewerkt met publisher Social Performance Marketing B.V. (hierna: "SPM")
- In eerste instantie nam SPM uitsluitend campagnes van Online Activity op, waarbij Online Activity SPM betaalde voor het promoten van de campagnes van de partners van Online Activity. Op enig moment is SPM ook adverteerder bij Online Activity geworden, voor welke dienstverlening SPM aan Online Activity een vergoeding diende te betalen, welke vergoeding Online Activity middels creditfacturen bij SPM in rekening bracht.
- In de periode van maart tot oktober 2015 hebben SPM en Online Activity geen zaken met elkaar gedaan, vanwege tussen hen ontstane onenigheid.
- In oktober 2015 is er brand ontstaan in het pand waar SPM gevestigd was.
- Op 30 maart 2016 is de besloten vennootschap Divergent Mail B.V. opgericht.
- Vanaf mei 2016 heeft **X** op verzoek van **A** van Online Activity leads (potentiele klanten) aangeleverd voor Online Activity. Vanaf dat moment heeft Online Activity gedurende een periode van vijf à zes maanden creditfacturen gestuurd aan SPM, welke zijn betaald.

(- **X** is met ingang van 5 april 2016 op basis van een arbeidsovereenkomst tot en met 4 november 2016 in dienst getreden van Divergent Mail.)

- De Skypeconversatie van 29 augustus 2016 tussen **X** en **Y** van Online Activity vermeldt het volgende:

Y : "vanuit welk account werk je als ik vragen mag?
kan ik even kijken welke soort campagnes je promoot

X : nou...ik zie als ik op mij account klik. Een andere bedrijfsnaam staan
Social performance marketing
Maar ik mail eigenlijk voor Divergent email
Kan ik deze gegevens aanpassen

Y : aah van Z
kan dat kloppen

X : Ja klopt

Y : zie het al

X : Ik doe het nu in de plaats van Z
Maar de gegevens kloppen niet
Zie ik nu

Y : mm oke, die kun je eventueel zelf allemaal aanpassen

- Op 4 november 2016 heeft B, opvolgster van X, een wijziging in het account bij Online Activity aangebracht, in die zin dat zij de naam heeft veranderd van SPM in Divergentmail.

- Op 17 november 2016 heeft er een Skypeconversatie plaatsgevonden tussen A van Online Activity en B):

B : Hoi A had van Y begrepen dat jij de contactpersoon van X was met
ingang van vandaag heb ik alles overgenomen van X

A : Hey B !

Dat klopt. (...)

A : Wat is je emailadres voor het accorderen van de previews?

B : B @Divergentemail.com

- SPM is per 14 december 2016 in staat van surséance geraakt, die thans nog voortduurt.

- Op 24 januari 2017 heeft Divergent Mail een bedrag van € 6.776,24 (inclusief btw) aan Online Activity gefactureerd.

- Bij brief van haar gemachtigde van 27 januari 2017 heeft Divergent Mail Online Activity tot betaling van voornoemd bedrag gesommeerd.

- Online Activity is niet tot betaling van het factuurbedrag overgegaan.

3.2 Divergent Mail legt – kort samengevat – aan haar vordering ten grondslag dat zij in opdracht en voor rekening van Online Activity activiteiten heeft verricht. De vergoeding waar Divergent Mail thans betaling van vordert ziet op door haar ten behoeve van Online Activity verrichte activiteiten in de periode van 4 november 2016 tot medio januari 2017.

3.3. Online Activity voert – eveneens kort samengevat – als verweer tegen de vordering aan dat er geen overeenkomst tussen haar en Divergent Mail bestaat, op grond waarvan Online Activity gehouden is om de aan haar gefactureerde werkzaamheden te voldoen. Online Activity heeft enkel zaken gedaan met SPM.

3.4 De kantonrechter overweegt als volgt. Beoordeeld dient thans te worden of Online Activity moet worden beschouwd als opdrachtgever voor de werkzaamheden waar de factuur van Divergent Mail op zien en waarvan zij betaling vordert. Daarbij stelt de kantonrechter voorop dat tussen partijen vast staat dat in 2014 tussen SPM en Online Activity een overeenkomst tot stand is gekomen op basis waarvan SPM gedurende een bepaalde periode activiteiten heeft verricht ten behoeve van Online Activity en waarvoor Online Activity SPM betaalde. SPM was op haar beurt jegens Online Activity betalingsplichtig voor door Online Activity aan SPM geleverde diensten.

3.5 De kantonrechter overweegt allereerst dat er onvoldoende feiten en omstandigheden zijn gesteld die tot de conclusie leiden dat van contractsoverneming sprake is. Daarbij overweegt de kantonrechter dat een contractsoverneming een driezijdige rechtshandeling betreft, waarbij bij de overdracht van de overeenkomst onder meer een akte is vereist tussen de overdragende en de overnemende partij. Gesteld noch gebleken is dat daarvan sprake is.

3.6 Beoordeeld dient dan te worden of er sprake is van zogenaamde contractsoverneming, inhoudende dat na oprichting van de besloten vennootschap Divergent Mail B.V. vanaf dat moment Divergent Mail in plaats van SPM activiteiten heeft verricht als publisher ten behoeve van Online Activity en dat Online Activity Divergent Mail heeft geaccepteerd als opdrachtnemer. Aangezien Divergent Mail het rechtsgevolg van deze stellingen inroep is het aan Divergent Mail om haar stelling dat zij als opdrachtnemer heeft te gelden voldoende te onderbouwen en – bij gemotiveerde betwisting – te bewijzen.

3.7 Divergent Mail stelt dienaangaande dat SPM haar activiteiten vanaf het moment van de brand in oktober 2015 heeft gestaakt voor Online Activity. In mei 2016 heeft Online Activity SPM benaderd met het verzoek om de werkzaamheden weer te hervatten. SPM heeft daarbij via haar directie medegedeeld dat de werkzaamheden niet meer konden worden ontplooid door SPM, maar wel door een andere vennootschap, te weten Divergent Mail. Divergent Mail heeft voor die uit te voeren werkzaamheden ☒ in dienst genomen.

☒ heeft via Skype met Online Activity gecommuniceerd via ☒ *divergent* en in de communicatie met Online Activity werd er gebruik gemaakt van het e-mailaccount ☒ *@divergentmail.com* (productie 5 bij dagvaarding). Op 29 augustus 2016 heeft ☒ aangegeven dat zij werkt vanuit een account van SPM maar dat dit moet worden aangepast in Divergentmail (productie 6 bij dagvaarding), welke aanpassing op 4 november 2016 ook is gedaan door de opvolgster van ☒. Online Activity heeft geen bezwaar gemaakt tegen deze wijziging en de laatste door haar gedane betaling van € 666,59 op 12 december 2016 heeft ook aan Divergent Mail plaatsgevonden. Uit vorenstaande volgt – zo stelt Divergent Mail – dat Divergent Mail vanaf april 2016 als opdrachtnemer c.q. contractspartij van Online Activity heeft te gelden.

3.8 Online Activity stelt daartegenover dat Divergent Mail zich nimmer als publisher bij Online Activity heeft aangemeld en als zodanig ook niet door Online Activity is geaccepteerd. Uitsluitend SPM is als publisher geaccepteerd. Een publisher is in staat om zelf account/bedrijfsgegevens te wijzigen maar vanzelfsprekend is het wijzigen van de accountpersoon geen geldige optie. De uitbetalingsgegevens zijn op 12 december 2016 zonder medeweten en toestemming van Online Activity gewijzigd en de betaling van € 666,59 op 12 december 2016 – die als gevolg van automatische betaling werd voldaan – was ten onrechte dient door Divergent Mail te worden terugbetaald, aldus Online Activity. Voorts heeft Online Activity – onweersproken – gesteld dat vanaf de hervatte samenwerking in mei 2016 zij gedurende een periode van 5 á 6 maanden creditfacturen aan SPM heeft gezonden die zijn betaald, zonder dat er op enig moment is verzocht om wijziging van de tenaamstelling.

3.9 Nu uit het vorenstaande volgt dat Online Activity de stelling van Divergent Mail dat de werkzaamheden verricht over de periode van 4 november 2016 tot medio januari 2017, waarvan Divergent Mail thans betaling vordert, door Online Activity aan Divergent Mail zijn opgedragen gemotiveerd heeft weersproken, zal Divergent Mail, conform haar bewijsaanbod, in de gelegenheid worden gesteld om haar stelling te bewijzen.

3.10 Iedere verdere beslissing wordt aangehouden.

In reconventie:

3.11 Hetgeen hiervoor in conventie is overwogen dient als hier herhaald en ingelast te worden beschouwd.

3.12 Online Activity legt aan haar vordering ten grondslag dat de door haar gedane betaling van de factuur van Divergent Mail van € 666,59 op 12 december 2016 onverschuldigd is betaald, nu er geen rechtsgrond was voor deze betaling. Primair omdat überhaupt geen sprake was van enige opdracht en subsidiair omdat zelfs indien de accountswijziging als rechtsgeldige opdracht zou worden gezien de betaling ziet op werkzaamheden van vóór die wijziging.

3.13 De kantonrechter overweegt dat het oordeel ten aanzien van de reconventionele vordering afhankelijk is van de uitkomst van de in conventie verstrekte. Gelet daarop zal de beslissing in reconventie worden aangehouden.

4. De beslissing

De kantonrechter:

in conventie:

laat Divergent Mail toe, draagt haar voor zover nodig ambtshalve op, om door alle middelen rechtens en speciaal door middel van getuigen te bewijzen, dat de werkzaamheden verricht over de periode van 4 november 2016 tot medio januari 2017 door Online Activity aan Divergent Mail zijn opgedragen;

verwijst de zaak naar de rolzitting van **woensdag 19 juli 2017 te 09.00 uur** opdat Divergent Mail dan bij akte aangeeft of en zo ja op welke wijze zij het verlangde bewijs wenst te leveren;

bepaalt, voor het geval dat Divergent Mail dat bewijs schriftelijk wil leveren, dat zij uiterlijk op genoemde zitting daartoe stukken kan indienen middels toezending of afgifte aan de griffie;

bepaalt, voor het geval Divergent Mail dat bewijs wil leveren door het doen horen van getuigen, dat Divergent Mail uiterlijk op genoemde zitting het aantal en de personalia van de getuigen zal opgeven alsmede de verhinderdata van de getuigen en de wederpartij in de komende drie maanden;

in conventie en in reconventie:

houdt iedere verdere beslissing aan.

Dit vonnis is gewezen door mr. M.P. Tilman-Knoester, en bij vervroeging in het openbaar uitgesproken op 28 juni 2017.

"VOOR FOTOKOPIE CONFORM"
De griffier van de rechtbank Zeeland-West-Brabant
29 JUNI 2017



vonnis

RECHTBANK ZEELAND-WEST-BRABANT

Cluster I Civiele kantonzaken

Breda

zaak/rolnr.: 5823245 CV EXPL 17-1485

vonnis d.d. 31 januari 2018

inzake

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Divergent Mail B.V.,
gevestigd te Hendrik-Ido-Ambacht,
eiseres in conventie, verweerster in reconventie,
gemachtigde: mr. V.J. Groot, advocaat te Dordrecht,

tegen

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Online Activity B.V.,
gevestigd te (4811 XH) Breda, Catharinastraat 16,
gedaagde in conventie, eiseres in reconventie,
gemachtigde: mr. B.P. Woltering, advocaat te Breda.

Partijen worden hierna Divergent Mail en Online Activity genoemd.

1. Het verloop van het geding

De procesgang blijkt uit de volgende stukken:

- a. het tussenvonnis in deze zaak van 28 juni 2017 met de daarin genoemde processtukken;
- b. de akte bewijsaanbod van de zijde van Divergent Mail;
- c. het proces-verbaal van getuigenverhoor van 12 oktober 2017;
- d. het proces-verbaal van tegengetuigenverhoor van 14 november 2017;
- e. de conclusie na enquête van de zijde van Divergent Mail;
- f. de conclusie na enquête en contra-enquête van de zijde van Online Activity;
- g. de akte aanvullende productie van de zijde van Online Activity.

2. De verdere beoordeling

in conventie en in reconventie:

2.1 Bij tussenvonnis van 28 juni 2017 is overwogen dat vaststaat dat in 2014 tussen SPM en Online Activity een overeenkomst tot stand is gekomen op basis waarvan SPM gedurende een bepaalde periode activiteiten heeft verricht ten behoeve van Online Activity (rechtsoverweging 3.4 van voormeld vonnis). Voorts is overwogen dat er onvoldoende feiten en omstandigheden zijn gesteld die tot de conclusie leiden dat deze overeenkomst is overgenomen door Divergent Mail (rechtsoverweging 3.5 van voormeld vonnis). Tot slot is aan Online Activity toegelaten te bewijzen dat de werkzaamheden verricht over de periode van 4 november 2016 tot medio januari 2017 door Online Activity aan Divergent Mail zijn

opgedragen. Als dat laatste het geval is, is sprake van zogenaamde contractsvernieuwing (zie rechtsoverweging 3.6 en 3.9 van voormeld vonnis).

2.2 In het kader van deze bewijsopdracht heeft Divergent Mail producties overgelegd en zijn er aan haar zijde twee getuigen gehoord, **Z**, directeur van Divergent Mail als partijgetuige (hierna te noemen: **Z**) en **B**, werknemer bij Divergent Mail (hierna te noemen: **B**). Aan de zijde van Online Activity is **A**, werknemer bij Online Activity (hierna te noemen: **A**) gehoord.

2.3 **Z** verklaart als partijgetuige dat zij aan Minneboo in een telefoongesprek naar aanleiding van een emailbericht van **A**, om contact op te nemen over publishen heeft verteld dat zij geen activiteiten deden in verband met een brand en dat ze de activiteiten via een ander bedrijf gaan voortzetten. Nadat Divergent Mail was opgericht heeft zij via skype contact gehad met **A** of ze al zover waren. **Z** heeft toen verwezen naar **X**, die in dienst was van Divergent Mail. **Z** verklaart dat zij aanneemt dat Online Activity wist dat ze een ander bedrijf had opgericht. Zij verklaart dat de facturen minder haar aandacht hadden; dat de creditfacturen aan SPM werden verzonden en verrekend met facturen van Online Activity en dat **B** uiteindelijk de naam van SPM [toevoeging kantonrechter: in het account bij Online Activity] heeft gewijzigd in Divergent Mail.

B heeft in haar verklaring bevestigd dat zij de tenaamstelling in het account heeft gewijzigd van SPM in Divergent Mail en dat zij aan **A** had gevraagd hoe dat kan worden gedaan en of dat een probleem was als zij dat deed. **A** verklaart dat SPM al een account had toen zij **Z** in maart 2016 benaderde; dat de activiteiten daarna vanaf dat account van SPM zijn uitgevoerd; dat zij zich niet kan herinneren dat zij **B** heeft geholpen met wijzigen van het account; dat **B** een emailadres op gaf op naam van divergent, maar dat zij daarbij niet dacht aan een bedrijfsnaam omdat veel publishers een persoonlijk emailadres hebben en dat zij inlogde op de naam van **Z**.

2.4 Reeds uit de verklaring van **Z** komt naar voren dat zij niet uitdrukkelijk en/of ondubbelzinnig aan Online Activity heeft laten weten dat Divergent Mail de werkzaamheden zou uitvoeren. **Z** verklaart immers dat zij aanneemt dat Online Activity wist dat zij een ander bedrijf had opgericht, maar niet dat zij dat heeft gezegd tegen Online Activity, alsmede ook niet dat zij heeft gezegd welk bedrijf dit was en/of dat dat bedrijf de opdrachten van Online Activity zou gaan uitvoeren.

2.5.1 Vraag is dan of uit de feiten en/of omstandigheden van dit geval volgt dat Online Activity er van op de hoogte was en/of moest zijn dat de werkzaamheden door Divergent Mail werden verricht en dat zij daarmee instemde.

2.5.2 **Z** verklaart, als hiervoor weergegeven, weliswaar dat zij aanneemt dat Online Activity wist dat zij een nieuw bedrijf had opgericht, maar geeft niet aan hoe Online Activity dit moet hebben geweten. De vermelding van Divergent Mail in het emailadres (@divergentmail.com) is hiervoor in ieder geval onvoldoende duidelijk. Vooral omdat **A** hierover heeft verklaard dat zij dacht dat het een persoonlijk emailadres was. Bovendien geeft **A** aan dat zij vanuit het account van SPM (op naam van **Z**) bleef werken, in welk account opdrachten moesten worden opgehaald. Dit wordt ook niet ontkend door Divergent Mail.

2.5.3 Daarbij komt dat Divergent Mail en/of SPM niet hebben geprotesteerd tegen het feit dat Online Activity haar creditfacturen naar SPM stuurde en vanaf maart 2016 tot november

2016 aan SPM betaalde.

2.5.4 Daarnaast kan ook uit het feit dat **X**, de voorgangster van **B** bij Divergent Mail, op enig moment aan **Y** van Online Activity heeft aangegeven dat ze werkt op het account van SPM, maar eigenlijk werkt voor Divergent Mail niet worden afgeleid dat SPM als de contractspartij van Online Activity moet worden aangemerkt. Uit dit feit komt juist duidelijk naar voren dat richting Online Activity nog steeds vanuit SPM werd gecommuniceerd. Hieruit komt niet naar voren dat enkel Divergent Mail de publishing activiteiten verrichtte. Tot slot is er nog de eenzijdige wijziging van het account door **B** in november 2016. **A** heeft hierover verklaard dat zij die wijziging niet heeft gezien, omdat zij werkt aan de hand van een lijst met contactpersonen. Ook hieruit kan niet worden afgeleid dat voor Online Activity duidelijk was dat zij al vanaf maart 2016 met Divergent Mail als opdrachtgever te maken had.

2.5.5 Uit de verklaringen en overgelegde producties komt – gelet op het hiervoor overwogene – derhalve niet naar voren dat er voor Online Activity aanleiding was om te veronderstellen dat zij handelde met Divergent Mail en niet langer met SPM.

2.6 Gelet op het voorgaande is Divergent Mail niet geslaagd in haar bewijsopdracht.

2.7 Nu dus niet is komen vast te staan dat Divergent Mail in opdracht en voor rekening van Online Activity activiteiten heeft verricht worden haar vorderingen afgewezen.

2.8 Divergent Mail zal in conventie als de in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de proceskosten van Online Activity. Deze worden begroot op € 1.000,00 aan kosten gemachtigde (4 punten x € 250,00 per punt: 1 punt voor de conclusie van antwoord, 1 punt voor de comparitie, 1,5 punt totaal voor het bijwonen van de getuigenverhoren aan de zijde van Divergent Mail en aan eigen zijde, 0,5 punt voor de conclusie na enquête).

2.9 Uit het bovenstaande volgt tevens dat Online Activity € 666,59 onverschuldigd heeft betaald aan Divergent Mail. Immers, niet is komen vast te staan dat er een rechtsgrond was voor deze betaling, omdat er geen overeenkomst van opdracht met betrekking tot de gefactureerde activiteiten tussen Online Activity en Divergent Mail was.

2.10 De over dit bedrag van € 666,59 gevorderde wettelijke rente vanaf 12 december 2016 kan wegens onvoldoende betwisting eveneens worden toegewezen.

2.11 In reconventie zal Divergent Mail eveneens in de proceskosten van Online Activity worden veroordeeld. Deze worden begroot op € 200,00 aan kosten gemachtigde (1 punt x € 100,00 (gelet op de samenhang met de vordering in conventie: 0,5 punt voor de conclusie van eis in reconventie en 0,5 punt voor de comparitie)

4. De beslissing

De kantonrechter:

in conventie:

wijst de vorderingen af;

veroordeelt Divergent Mail in de proceskosten van Online Activity tot op heden begroot op € 1.000,00 aan salaris voor de gemachtigde van Online Activity;

verklaart het vonnis voor wat betreft de proceskostenveroordeling in conventie uitvoerbaar bij voorraad;

in reconventie:

veroordeelt Divergent Mail om aan Online Activity te betalen een bedrag van € 666,59, vermeerderd met de wettelijke rente over dit bedrag vanaf 21 december 2016 tot aan de dag van de algehele voldoening;

veroordeelt Divergent Mail in de proceskosten van Online Activity tot op heden begroot op € 100,00 aan salaris voor de gemachtigde van Online Activity, te vermeerderen met de wettelijke rente over de proceskosten vanaf de 15^e dag na betekening van dit vonnis tot aan de dag van de algehele voldoening;

verklaart dit vonnis uitvoerbaar bij voorraad.

Dit vonnis is gewezen door mr. M.P. Tilman-Knoester, en in het openbaar uitgesproken op 31 januari 2018.

"VOOR GROSSE"
De griffier van de rechtbank Zeeland-West-Brabant



31 JAN. 2018

mp