

LJN: BQ6664, Rechtbank Utrecht , 693514 UC EXPL 10-7916 AW /4074

Datum 20-05-2011
uitspraak:
Datum 31-05-2011
publicatie:
Rechtsgebied: Handelszaak
Soort procedure: Eerste aanleg - enkelvoudig
Inhoudsindicatie: Een vennootschap onder firma beroept zich op de reflexwerking van de Colportagewet; dwaling; wanprestatie; onredelijk bezwarend beding

Uitspraak

RECHTBANK UTRECHT
Sector Civiel
Kantonrechter

Locatie Utrecht

zaaknummer: 693514 UC EXPL 10-7916 AW/4074

vonnis d.d. 20 april 2011

inzake

1. de vennootschap onder firma
[eiser sub 1],
gevestigd te [vestigingsplaats] aan de [adres], en haar vennoten:
2. [eiser sub 2], wonende te [woonplaats],
3. [eiser sub 3], wonende te [woonplaats],
gedaagden sub 2 en 3 beiden ex artikel 1:14 BW wonende te [woonplaats] aan de [adres],
verder gezamenlijk ook te noemen [eisers],
eisende partij in conventie,
verwerende partij in reconventie,
gemachtigde: mr. B.J. van de Wijnckel,

tegen:

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
Proximedia Nederland B.V.,
gevestigd te De Meern,
verder ook te noemen Proximedia,
gedaagde partij in conventie,
eisende partij in reconventie,
gemachtigde: mr. W.J.M. Sprangers.

1. Het verloop van de procedure

In conventie

[eisers] hebben een vordering ingesteld.
Proximedia heeft geantwoord op de vordering.
[eisers] hebben voor repliek en Proximedia heeft voor dupliek geconcludeerd.
Hierna is uitspraak bepaald.

In reconventie

Proximedia heeft een tegeneis ingediend.
[eisers] hebben geantwoord op de tegeneis.
Proximedia heeft voor repliek en [eisers] hebben voor dupliek geconcludeerd.
Hierna is uitspraak bepaald.

2. De feiten

2.1. [eisers] drijven in de vorm van een vennootschap onder firma een onderneming die zich bezighoudt met in- en verkoop, restauratie, taxatie, vervoer, verhuur en stemmen van piano's en vleugels. De onderneming is gevestigd op het adres [adres] te [vestigingsplaats]. [eisers] hebben geen werknemers. Voor het bezoek van Proximedia beschikten zij al over een website.

2.2. Proximedia biedt informaticaprestaties aan. Zij richt zich daarbij met name op de kleine ondernemer.

2.3. Na voorafgaand een afspraak te hebben gemaakt heeft een vertegenwoordiger van

Proximedia, [vertegenwoordiger Proximedia], op 28 september 2006 een bezoek gebracht aan [eisers]. Tijdens dat bezoek is tussen partijen een schriftelijke overeenkomst opgemaakt en ondertekend. Bij deze overeenkomst, genaamd "overeenkomst voor informaticaprestaties", verplicht Proximedia zich tot terbeschikkingstelling aan [eisers] van een multimedia computer en een internetverbinding, het ontwerpen van een website en het verzorgen van een basisopleiding bij het personeel en het leveren van technische bijstand en een helpdesk. [eisers] verplichten zich maandelijks aan Proximedia een bedrag van € 201,11 inclusief BTW te betalen en eenmalig een bedrag van € 90,-- inclusief BTW in verband met dossierkosten. [eisers] verstrekken aan Proximedia een machtiging om de maandelijks verschuldigde bedragen van hun bankrekening te doen afschrijven.

2.4. Artikel 7.1 van de overeenkomst luidt als volgt:

"Onverminderd de verlengingen die verband houden met eventueel gebruik van de optie zoals omschreven in artikel 11, wordt onderhavige Overeenkomst gesloten voor een onherroepelijke en niet reduceerbare termijn van 48 maanden. De Abonnee kan evenwel besluiten om de Overeenkomst te ontbinden mits de betaling van een ontbindingsvergoeding gelijk aan 60% van de nog niet vervallen maandelijksse betalingen voor de lopende periode. In alle andere gevallen van vervroegde contractbreuk door een handeling of een overtreding door de Abonnee, is deze ook gehouden om aan Proximedia, bij wijze van forfaitaire vergoeding, een som te betalen gelijk is aan 60% van de nog niet vervallen maandelijksse betalingen voor de lopende periode.

Als er geen ontbinding van de Overeenkomst wordt aangekondigd door de ene partij aan de andere, drie maanden voor de einddatum van de Overeenkomst, via een aangetekende brief met ontvangstbevestiging, dan wordt de Overeenkomst stilzwijgend verlengd voor een achtereenvolgende periode van één jaar.

In alle gevallen van beëindiging van de onderhavige Overeenkomst door het verstrijken van de termijn of door vervroegde ontbinding, is de Abonnee ook gehouden alle te zijner beschikking gestelde apparatuur onmiddellijk aan Proximedia terug te geven en wordt bij niet-naleving een dwangsom opgelegd van € 50,-- per dag vertraging."

2.5. Op 29 september 2006 hebben [eisers] telefonisch contact opgenomen met Proximedia met de mededeling dat zij de overeenkomst wilden annuleren. Een medewerker van Proximedia vertelde hen dat dit niet meer mogelijk was en dat de overeenkomst alleen kon worden geannuleerd als zij 60% van de resterende maandtermijnen aan Proximedia zouden betalen.

2.6. Bij e-mailbericht van 4 oktober 2006 schrijven [eisers] aan Proximedia:

"Bij deze zeggen wij het kontrakt van 28-9-06 op. Het is nog net binnen 7 dagen, dus het kan juridisch nog.

Graag lichten wij mondeling toe, waarom we dit doen. Graag vertellen we nu alvast, dat het zeker niet ligt aan het optreden van Hr. [vertegenwoordiger Proximedia]. Het heeft andere redenen. We hopen dat [vertegenwoordiger Proximedia] ons zelf belt. Dat is het prettigst."

2.7. Proximedia heeft in reactie daarop telefonisch contact met [eisers] opgenomen. Zij heeft nogmaals meegedeeld dat annulering alleen mogelijk is als zij aan Proximedia 60% van de resterende maandtermijnen voldoen.

2.8. Beide partijen hebben vervolgens uitvoering gegeven aan de overeenkomst.

2.9. Bij brief van 14 mei 2009 aan Proximedia roept de gemachtigde van [eisers] primair de vernietigbaarheid in van de overeenkomst op grond van de reflexwerking van de Colportagewet subsidiair ontbindt hij de overeenkomst op grond van de reflexwerking van de Colportagewet. Tevens beroept de gemachtigde zich op de vernietigbaarheid van de algemene voorwaarden die volgens hem als onredelijk bezwarend moeten worden beschouwd. Tot slot ontbindt hij namens [eisers] de overeenkomst op grond van dwaling en/of op grond van wanprestatie.

3. De vordering en het verweer

In conventie

3.1. [eisers] vorderen veroordeling van Proximedia bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad, om aan te betalen € 5.000,-- te vermeerderen met de wettelijke rente over dat bedrag vanaf datum dagvaarding tot de voldoening en met veroordeling van Proximedia in de proceskosten.

3.2. Zij leggen aan hun vordering primair ten grondslag dat zij de overeenkomst nietig is dan wel dat zij deze hebben vernietigd dan wel hebben ontbonden 6 dagen na het sluiten daarvan, op grond van de (reflexwerking van de) Colportagewet. Die ontbinding heeft terugwerkende kracht. Zij hebben aan Proximedia onverschuldigd € 5.318,86 betaald. In deze procedure beperken zij hun vordering tot € 5.000,--.

Voor het geval de kantonrechter oordeelt dat hun beroep op de reflexwerking van de Colportagewet niet slaagt, beroepen zij zich op de onredelijk bezwarendheid van artikel 7.1 van de overeenkomst, op dwaling en op wanprestatie.

3.3. Proximedia voert gemotiveerd verweer. Op de inhoud van de stellingen van partijen

wordt – voor zover van belang – in het hiernavolgende onder 4. ingegaan.

In reconventie

3.4. Proximedia vordert in reconventie veroordeling van [eisers] bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad, om:

- aan haar te betalen € 2.951,66 vermeerderd met primair de contractuele rente van 8% per jaar subsidiair de wettelijke handelsrente over dat bedrag vanaf 15 juli 2010 tot de voldoening;
- terug te geven de door Proximedia ter beschikking gestelde computerapparatuur inclusief toebehoren, op straffe van verbeurte van een dwangsom van € 50,-- per dag voor iedere dag dat zij nalaten aan deze veroordeling te voldoen.

3.5. Proximedia legt aan haar vorderingen ten grondslag dat [eisers] jegens haar tekortschieten in de nakoming van hun verplichtingen uit de overeenkomst. De termijnen over de periode april 2009 tot en met oktober 2009 hebben zij onbetaald gelaten, in totaal € 1.407,77. Gelet op die tekortkoming in de nakoming zijn zij op grond van artikel 7.1 van de overeenkomst gehouden aan Proximedia, bij wijze van forfaitaire vergoeding, een bedrag te betalen ter hoogte van 60% van de resterende maandtermijnen. Dit komt neer op een bedrag van € 1.216,80 (60% van 12 maandtermijnen van € 169,--).

Op grond van artikel 11 van de overeenkomst zijn [eisers] tevens de contractuele rente verschuldigd over voormelde bedragen, tot 15 juli 2010 berekend op € 115,93. Subsidiair vordert Proximedia de wettelijke handelsrente vanaf de diverse vervaldata der termijnen. Daarnaast vordert zij primair op grond van artikel 11 van de overeenkomst de forfaitaire vertragsvergoeding van 15% van de te betalen som, hetgeen neerkomt op € 211,17, subsidiair op grond van de wet vergoeding van buitengerechtelijke incassokosten ter hoogte van dat bedrag.

Krachtens artikel 7.1 van de overeenkomst dienen [eisers] de computerapparatuur onmiddellijk aan Proximedia te retourneren op straffe van verbeurte van een dwangsom van € 50,-- per dag vertraging.

3.6. [eisers] voeren gemotiveerd verweer. Zij verwijzen naar hetgeen zij aan hun vordering in conventie ten grondslag hebben gelegd en zij beroepen zich op het opschortings- en retentierecht met betrekking tot de gevorderde teruggave van de computer.

4. De beoordeling

In conventie en in reconventie

De Colportagewet

4.1. [eisers] baseren hun vordering in conventie primair op de (reflexwerking van de) Colportagewet. Zij stellen dat zij materieel met een consument zijn te vergelijken, reden waarom hen via reflexwerking de bescherming toekomt van de Colportagewet. Proximedia betwist dat aan hen die bescherming toekomt, reeds omdat zij niet te kwalificeren zijn als kleine zelfstandige (eenmanszaak) zonder personeel (ZZP-er), maar als een vennootschap onder firma. [eisers] hebben daartegenover naar het oordeel van de kantonrechter onvoldoende gesteld om te kunnen concluderen dat zij vergelijkbaar zijn met een consument. Het enkele feit dat zij geen werknemers in dienst hebben is onvoldoende. Zij hebben niets gesteld omtrent de omvang van hun onderneming, waarin zij beiden werkzaam zijn. Zij stellen dat zij door de vertegenwoordiger zijn bezocht op hun "woon- en/of bedrijfsadres". De kantonrechter begrijpt uit de dagvaarding dat zij kantoor of filiaal houden op het adres waar de vertegenwoordiger van Proximedia hen beiden heeft bezocht en dat zij door deze derhalve niet zijn bezocht op hun woonadres. Uit de scheiding van zaaks- en woonadres in samenhang met de rechtsvorm van de onderneming kan worden opgemaakt dat het gaat om een iets grotere onderneming, die wat betreft de omvang niet te vergelijken is met de onderneming van een kleine zelfstandige. Daarnaast geldt dat zij vóór het bezoek van de vertegenwoordiger van Proximedia reeds beschikten over een website. Het afsluiten van een overeenkomst als de onderhavige behoort weliswaar niet tot de kernactiviteit van hun onderneming, deze rechtshandeling valt, gelet op de omvang van hun onderneming in samenhang met hun ervaring op het gebied van internetdiensten, echter wel binnen hun deskundigheid als ondernemer.

De kantonrechter komt tot de conclusie dat niet is komen vast te staan dat [eisers] materieel met een consument zijn te vergelijken. Hun beroep op de reflexwerking van de Colportagewet kan daarom niet slagen.

Dwaling

4.2. Subsidiair baseren [eisers] hun vordering op dwaling. Zij betogen dat de overeenkomst door hen is gesloten onder invloed van dwaling en dat zij bij een juiste voorstelling van zaken de overeenkomst niet waren aangegaan. Die dwaling is te wijten aan door Proximedia verstrekte onjuiste inlichtingen en/of aan schending van haar mededelingsplicht. Zij stellen dat de vertegenwoordiger van Proximedia tijdens het bezoek heeft gezegd dat sprake was van een unieke aanbieding, waarbij zij door als referent op te treden een aanzienlijke korting zouden verkrijgen. Deze mededeling is onjuist gebleken: Proximedia benadert al

haar potentiële klanten op deze manier en van een referent-status of korting is geen sprake. Voorts werd tijdens het persoonlijk bezoek door de vertegenwoordiger van Proximedia mondeling toegezegd:

- gratis laptop en internetaansluiting;
- gratis op maat gemaakte website met technische ondersteuning;
- opleiding om met de computer en het internet te leren werken;
- online backup.

Volgens de schriftelijke overeenkomst verplicht Proximedia zich echter slechts tot het in bruikleen geven van computerapparatuur, is de opleiding zeer beperkt en wordt slechts een standaard website ontworpen. Ook heeft de vertegenwoordiger van Proximedia ten onrechte nagelaten om hen te wijzen op de contractsduur van tenminste 48 maanden en op het feit dat bij een eerdere beëindiging 60% van de resterende maandtermijnen is verschuldigd (artikel 7.1 van de overeenkomst). De vertegenwoordiger heeft als voorwaarde gesteld dat zij de overeenkomst direct moesten tekenen.

4.3. Proximedia betwist dat [eisers] hebben gedwaald omtrent de inhoud van de overeenkomst. Zij betwisten dat de vertegenwoordiger in het verkoopsgesprek onjuiste mededelingen en toezeggingen heeft gedaan en wijzen er op dat [eisers] in hun e-mailbericht aan Proximedia van 4 oktober 2006 schrijven dat zij de overeenkomst willen annuleren en dat "het zeker niet ligt aan het optreden van Hr. [vertegenwoordiger Proximedia]. Het heeft andere redenen" (zie hiervoor onder 2.5). Dit valt niet te rijmen met hun stellingen in deze procedure dat de vertegenwoordiger, dat is de heer [vertegenwoordiger Proximedia], allerlei onjuiste toezeggingen en mededelingen zou hebben gedaan, alles bij elkaar te kwalificeren als een "gewiekst verkoopsgesprek". Dat [eisers] de overeenkomst hebben getekend zonder deze vooraf door te lezen moet voor hun rekening en risico komen. In dit geval hebben beide vennoten de overeenkomst ondertekend. Zij wisten heel goed waar zij aan begonnen, aldus Proximedia.

4.4. De kantonrechter overweegt dat [eisers] niet zijn ingegaan op dit verweer van Proximedia, met name niet op de inhoud van hun e-mailbericht van 4 oktober 2006 aan Proximedia in relatie tot hun stellingen in deze procedure omtrent het optreden van de vertegenwoordiger tijdens het verkoopsgesprek. Nu zij hun beroep op dwaling geheel baseren op dit optreden van de vertegenwoordiger en zij daarnaast niet hebben toegelicht op welke andere redenen voor de annulering zij doelen in voornoemd e-mailbericht aan Proximedia, heeft Proximedia hun stellingen met een beroep op de inhoud van hun e-mailbericht van 4 oktober 2006 voldoende weerlegd. Mede gelet op het tijdsverloop tussen het sluiten van de overeenkomst en hun beroep op dwaling moet dit beroep daarom worden verworpen.

Wanprestatie

4.5. [eisers] beroepen zich op de ontbinding van de overeenkomst wegens wanprestatie. Zij stellen dat de kwaliteit van de website bedenkelijk is en daarom geen reclame voor hun onderneming. Tijdens de ontwikkeling van de website was de bestaande website uit de lucht gehaald omdat Proximedia hun domeinnaam had weggehaald bij de vorige provider. Toen de website klaar was bleek deze door de zoekmachines niet gevonden te worden. Proximedia betwist dat zij haar verplichtingen uit de overeenkomst niet zou zijn nagekomen. Zij benadrukt dat [eisers] haar nooit hebben verzocht de website conform hun wensen aan te passen. Dat de bestaande website tijdens de ontwikkeling van de nieuwe website uit de lucht is, is niet meer dan logisch. Nadien is deze direct weer on-line gezet. Op het moment dat [eisers] te kennen hebben gegeven dat de website niet goed en snel genoeg door de zoekmachines werd gevonden heeft Proximedia hen direct van informatie voorzien over hoe zij ervoor kunnen zorgen dat hun website beter wordt gevonden. Zij verwijst naar haar brief aan hen van 2 januari 2007.

4.6. [eisers] hebben in reactie op dit verweer van Proximedia niet gesteld dat zij Proximedia hebben aangesproken op de door hen thans gestelde tekortkomingen in de nakoming van de overeenkomst. Proximedia heeft bij conclusie van antwoord in conventie/eis in reconventie als productie 5, 5de pagina een brief van [eisers] aan haar gedateerd 27 december 2006 overgelegd, waarin [eisers] zich erover beklagen dat de website onvindbaar is voor de zoekmachine van Google en waarin zij Proximedia een termijn van 10 werkdagen geven om ervoor te zorgen dat de website goed vindbaar wordt op het internet, bij gebreke waarvan zij de overeenkomst zullen ontbinden wegens wanprestatie. Proximedia heeft daarop schriftelijk gereageerd bij brief van 2 januari 2007 (productie 5, 1ste pagina, bij conclusie van antwoord in conventie/eis in reconventie). Zij schrijft in die brief dat zij heeft gecontroleerd door welke zoekmachines de website op dat moment wel gevonden wordt en zij verstrekken aan [eisers] bij die brief een handleiding om de vindbaarheid van de website door zoekmachines te optimaliseren. [eisers] hebben niet toegelicht dat en of het probleem na het toepassen van de aanwijzingen in de van Proximedia ontvangen handleiding is opgelost en - voor zover dit niet het geval bleek te zijn - wat zij vervolgens nog hebben ondernomen richting Proximedia.

De kantonrechter concludeert daarom dat Proximedia niet in verzuim is geraakt. Aan [eisers] komt daarom niet het recht toe de overeenkomst te ontbinden wegens wanprestatie.

Kernbeding

4.7. Proximedia betwist de stelling van [eisers] dat artikel 7.1 een beding is in de zin van artikel 7:231 BW. Zij benadrukt dat dit beding voor haar van groot belang is. Zonder dit beding is het voor haar onacceptabel de overeenkomst te sluiten. Proximedia heeft voor [eisers] immers vele investeringen gedaan. In lijn met de parlementaire geschiedenis en de uitspraken van de Hoge Raad van 19 september 1997 (NJ 1998,6) en 21 februari 2003 (JOR 2003,103) dient op grond van objectieve maatstaven aangenomen te worden dat artikel 7.1 een kernbeding is.

4.8. De Hoge Raad heeft in voornoemde arresten overwogen dat volgens de wetsgeschiedenis bedingen die de kern van de prestaties aangeven zo beperkt mogelijk moeten worden opgevat, waarbij als vuistregel kan worden gesteld dat kernbedingen veelal zullen samenvallen met de essentialia zonder welke een overeenkomst, bij gebreke van voldoende bepaalbaarheid van de verbintenissen, niet tot stand komt (MvT II, Parl. Gesch. Boek 6 blz. 1521). Waar in de wetsgeschiedenis wordt opgemerkt dat bepalend is of een beding van zo wezenlijke betekenis is dat zonder dat beding de overeenkomst niet tot stand zou zijn gekomen of zonder dit beding niet van wilsovereenstemming omtrent het wezen van de overeenkomst sprake zou zijn, moet zulks dan ook in de zojuist bedoelde objectieve zin worden begrepen, en kan daaraan niet worden ontleend dat de subjectieve inzichten van partijen of een van hen van belang zouden zijn. De vraag of partijen zelf bedingen tot kernbedingen kunnen bestempelen, moet ontkennend worden beantwoord; het dwingende karakter van de regeling verzet zich tegen alle bedingen die ertoe strekken, de door de wet geboden bescherming te verijdelen (HR 21 februari 2003, JOR2003, 103).

4.9. Daar partijen blijkens hun wederzijdse standpunten daaromtrent niet anders hebben gesteld, begrijpt de kantonrechter artikel 7.1 van de overeenkomst, waarin wordt gesproken van de "ontbinding" van de overeenkomst door de klant, aldus dat aan de klant het recht wordt toegekend de overeenkomst tussentijds op te zeggen.

Artikel 7.1 is één van de vele bedingen in het door Proximedia opgestelde standaard contract, dat door haar vertegenwoordiger bij de klant thuis wordt aangevuld enkel met de naam- en adresgegevens van de klant en met de door de klant gekozen laptop en diensten. Daaruit kan worden geconcludeerd dat artikel 7.1 een beding is dat is opgesteld om in een aantal overeenkomsten te worden opgenomen als bedoeld in artikel 6:231 aanhef en onder a BW.

Het beding biedt de wederpartij, dat is de klant, de mogelijkheid de overeenkomst tussentijds te beëindigen, in welk geval deze aan Proximedia een vergoeding verschuldigd wordt ter hoogte van 60% van de resterende maandtermijnen. Indien dit beding niet zou zijn overeengekomen zou het voor de wederpartij niet mogelijk zijn de overeenkomst tussentijds te beëindigen. In dat geval zou Proximedia in elk geval aanspraak kunnen maken op de volledige overeengekomen maandtermijnen gedurende de duur van de overeenkomst, die immers is gesloten voor de bepaalde tijd van vier jaar. Zonder dit beding zijn de wederzijdse verbintenissen derhalve voldoende bepaald. Ook kan niet kan worden gesteld dat zonder dit beding tussen partijen geen overeenstemming bestaat over het wezen van de overeenkomst. Naar objectieve maatstaven kan daarom niet worden geoordeeld dat dit beding de kern van de prestaties aangeeft. Ook het feit dat dit beding is opgenomen in de zogenaamde grijze lijst (artikel 6:237 aanhef en onder i) vormt een aanwijzing dat geen sprake is van een kernbeding, maar van een algemene voorwaarde in de zin van artikel 6:231 aanhef en onder a BW.

Onredelijk bezwarend beding

4.10. Volgens [eisers] is artikel 7.1 van de overeenkomst, 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, voor hen onredelijk bezwarend en daarom vernietigbaar (artikel 6:233 aanhef en onder a BW). Artikel 7.1 van de overeenkomst moet volgens hen ook worden beschouwd als een oneerlijk beding in de zin van de Richtlijn oneerlijke bedingen (Richtlijn 93/13/EEG). [eisers] handelden immers voor doeleinden die buiten hun bedrijfs- of beroepsactiviteit vallen en hebben daarom te gelden als consument in de zin van de richtlijn. Voorts is het beding onredelijk bezwarend op grond van de reflexwerking van artikel 6:236 sub b BW.

Subsidiair stellen zij zich op het standpunt dat artikel 7.1 van de overeenkomst wordt vermoed onredelijk bezwarend te zijn op grond van de reflexwerking van artikel 6:237 sub i BW, nu geen sprake is van een redelijke vergoeding voor geleden verlies of gederfde winst. Ook indien hun beroep op de reflexwerking van de artikelen 6:236 sub b en 6:237 sub i BW wordt verworpen, moet artikel 7.1 van de overeenkomst als onredelijk bezwarend worden beschouwd althans niet van toepassing worden geacht, omdat dit beding op grond van de artikelen 6:2 en 6:248 lid 2 BW in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Op zijn minst moet het mogelijk zijn om de onderhavige duurovereenkomst met inachtneming van een redelijke termijn op te zeggen, zonder verder gehouden te zijn tot enige contractuele schadevergoeding. Die redelijke termijn kan hooguit twee maanden bedragen, aldus [eisers].

4.11. De kantonrechter overweegt dat [eisers] niet de bescherming toekomt van de Richtlijn oneerlijke bedingen (Richtlijn 93/13/EEG), omdat zij in het onderhavige geval hebben

gehandeld in de uitoefening van hun bedrijf en daarom niet zijn aan te merken als consument in de zin van de richtlijn. Het begrip "consument" wordt door het Europese Hof van Justitie strikt opgevat. De ondernemer die handelt in de uitoefening van zijn bedrijf wordt daaronder niet begrepen.

Ook hun beroep op de reflexwerking van de grijze en zwarte lijst in het BW kan niet slagen, nu zij onvoldoende hebben gesteld om te oordelen dat zij materieel met een consument zijn te vergelijken. De kantonrechter verwijst naar hetgeen daaromtrent is overwogen onder r.o. 4.1.

4.12. Het is aan [eisers] om te stellen en zonodig te bewijzen dat het onderhavige beding op grond van artikel 6:233 aanhef en onder sub a BW jegens hen onredelijk bezwarend is. De kantonrechter begrijpt hen aldus dat zij artikel 7.1 onredelijk bezwarend achten als het gaat om de verschuldigde vergoeding bij tussentijdse opzegging ter hoogte van 60% van de resterende maandtermijnen.

Zij voeren daartoe aan dat het voor Proximedia duidelijk moet zijn dat juist bij de kleine ondernemer, bij uitstek de doelgroep van Proximedia, sprake kan zijn van onvoorziene omstandigheden die maken dat de ondernemer niet langer gebonden wenst te zijn aan de duurovereenkomst. De financiële lasten uit die overeenkomst wegen voor de kleine ondernemer immers zwaar. Proximedia stelt daartegenover dat zij per contract een investering doet van € 3.642,-- excl. rente. Als de ondernemer het contract kort na het sluiten daarvan zonder een vergoeding te zijn verschuldigd kan beëindigen, lijdt zij een aanzienlijke schade.

4.13. De kantonrechter overweegt dat Proximedia op grond van de onderhavige overeenkomst, die is gesloten voor de duur van 48 maanden, aan de ondernemer een website levert (in beginsel) binnen 30 dagen na het sluiten daarvan. Ook stelt zij aan de ondernemer direct een computer naar keuze ter beschikking, die zij bij hem thuis installeert, waarbij zo nodig een opleiding voor het gebruik van de computer wordt gegeven. Daarnaast verleent Proximedia aan de ondernemer diensten gedurende de gehele looptijd van het contract, zoals het bieden van technische ondersteuning, een helpdesk, en de aansluiting op het internet.

De ondernemer betaalt de ontworpen website, de installatie van de computer en de ontvangen opleiding af door middel van de maandelijkse termijnen. Ook is in die termijnen een vergoeding begrepen voor het gebruik van de computer en voor de overige diensten. Gelet op de aard van die overeenkomst kan een beding waarbij de ondernemer bij tussentijdse beëindiging aan Proximedia een vergoeding is verschuldigd voor reeds gemaakte kosten daarom naar het oordeel van de kantonrechter op zich niet als onredelijk bezwarend worden aangemerkt.

4.14. Proximedia heeft als productie 1 bij conclusie van dupliek in conventie/replik in reconventie financiële gegevens in het geding gebracht met daarbij een toelichting van haar accountant. Zij berekent haar investering per contract op € 3.642,-- exclusief rente. De gemiddelde rente over de looptijd van het contract bedraagt volgens haar € 909,--. [eisers] hebben de inhoud van deze stukken niet weersproken. De kantonrechter aanvaardt daarom in dit geval als juist dat Proximedia ten behoeve van de onderhavige overeenkomst reeds een investering heeft gedaan van € 4.551,--, geheel afgezien van de kosten van de overige diensten die bij een tussentijdse beëindiging gedurende de resterende looptijd niet meer geleverd behoeven worden, zoals [eisers] terecht hebben opgemerkt. Dit bedrag komt ongeveer overeen met de bedongen 60% van de maandelijkse termijnen, te weten 60% van € 169,-- x 48.

4.15. De kantonrechter concludeert, gezien al het voorgaande, dat het beroep van [eisers] op de vernietigbaarheid van artikel 7.1 van de overeenkomst, voor zover dit betreft de vergoeding bij tussentijdse beëindiging van 60% van de resterende maandtermijnen, niet slaagt. Evenmin kan op grond van de stellingen van [eisers] worden geoordeeld dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is hen aan dit beding te houden.

4.16. [eisers] stellen in dit verband dat zij de overeenkomst hebben opgezegd een dag na het sluiten daarvan, op 29 september 2006. Onbetwist is echter gebleven de stelling van Proximedia dat [eisers], nadat zij gewezen waren op artikel 7.1 van de overeenkomst, hebben afgezien van de opzegging te handhaven en dat beide partijen verdere uitvoering hebben gegeven aan de overeenkomst. Proximedia heeft de website geleverd en de computer en internetaansluiting ter beschikking gesteld en [eisers] hebben van de diensten van Proximedia gebruik gemaakt. 29 september 2006 kan daarom niet als de datum van hun opzegging gelden. De kantonrechter zal uitgaan van een opzegging per 14 mei 2009, de datum dat zij bij brief van hun gemachtigde Proximedia hebben aangesproken op de ontbinding dan wel de vernietigbaarheid van de overeenkomst (productie 3 bij dagvaarding).

4.17. Het vorenstaande betekent dat de vordering van [eisers] in conventie strekkende tot terugbetaling van hetgeen zij aan Proximedia reeds hebben voldaan moet worden afgewezen, evenals de nevenvorderingen.

De vordering van Proximedia in reconventie is toewijsbaar tot een bedrag van € 2.024,62 (de maandelijkse termijnen over april en mei 2009 ad € 201,11, in totaal € 402,22, plus 60% van de resterende maandelijkse termijnen tot einde looptijd, dat is tot en met

september 2010, neerkomend op 60% van € 169,-- x 16 = € 1.622,40). De contractuele rente, waartegen [eisers] geen verweer hebben gevoerd, is toewijsbaar als gevorderd. De contractuele rente over € 2.024,62 berekend over de periode 14 mei 2009 tot 15 juli 2010 bedraagt namelijk niet minder dan het bedrag waarvan Proximedia betaling vordert, dat is € 115,93 berekend tot 15 juli 2010.

4.18. Proximedia heeft een bedrag van € 211,17 aan buitengerechtelijke incassokosten gevorderd, gebaseerd op het bij de dagvaarding overgelegde dan wel daarin geciteerde deel van de tussen partijen gesloten (algemene voorwaarden bij de) overeenkomst. In het beding waar Proximedia op doelt, is bepaald dat een vast bedrag of percentage aan buitengerechtelijke incassokosten is verschuldigd, ongeacht de vraag of en in welke mate deze zijn gemaakt, zodat de vordering als zodanig toewijsbaar is.

Het gevorderde bedrag is conform de door de kantonrechter gehanteerde staffel kantonrechters als bedoeld in Voorwerk II en daarmee - zijnde conform de tarieven volgens welke zodanige kosten aan de opdrachtgevers gewoonlijk in rekening worden gebracht - redelijk. De kantonrechter ziet derhalve geen reden tot matiging en wijst het gevorderde bedrag toe.

4.19. Ook de vordering strekkende tot teruggave door [eisers] van de door Proximedia ter beschikking gestelde computer is toewijsbaar. [eisers] zijn niet bevoegd de afgifte langer op te schorten, nu de door hen gestelde opeisbare vordering op Proximedia in rechte niet is komen vast te staan.

De gevorderde dwangsom van € 50,-- per dag is toewijsbaar met dien verstande, dat aan [eisers] een termijn van 14 dagen zal worden gegund na betekening van dit vonnis om aan de veroordeling tot afgifte te voldoen.

4.20. [eisers] zijn zowel in conventie als in reconventie aan te merken als de (grotendeels) in het ongelijk gestelde partij. Zij worden daarom veroordeeld in de proceskosten. Deze kosten worden in conventie aan de zijde van Proximedia begroot op

€ 400,-- aan salaris gemachtigde (2 punten x het tarief van € 200,--).

In reconventie worden deze kosten, gelet op de nauwe samenhang met de vordering in conventie, aan de zijde van Proximedia begroot op € 150,-- (2 x 0,5 punt x het tarief van € 150,--).

5. De beslissing

De kantonrechter:

In conventie

wijst de vordering af;

veroordeelt [eisers] tot betaling van de proceskosten aan de zijde van Proximedia, tot de uitspraak van dit vonnis begroot op € 400,-- aan salaris gemachtigde;

verklaart deze proceskostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad;

In reconventie

veroordeelt [eisers] om aan Proximedia tegen bewijs van kwijting te betalen € 2.351,72 met de contractuele rente over € 2.024,62 vanaf 15 juli 2010 tot de voldoening;

veroordeelt [eisers] om aan Proximedia binnen 14 dagen na betekening van dit vonnis terug te geven de door Proximedia ter beschikking gestelde computerapparatuur met toebehoren, op straffe van verbeurte van een dwangsom van € 50,-- per dag voor iedere dag dat zij nalaten aan deze veroordeling te voldoen;

veroordeelt [eisers] tot betaling van de proceskosten aan de zijde van Proximedia, tot de uitspraak van dit vonnis begroot op € 150,-- aan salaris gemachtigde;

verklaart dit vonnis uitvoerbaar bij voorraad;

wijst het meer of anders gevorderde af.

Dit vonnis is gewezen door mr. L.C. Heuveling van Beek, kantonrechter, en is in aanwezigheid van de griffier in het openbaar uitgesproken op 20 april 2011.

