

CISG-online 4697	
Jurisdiction	Netherlands
Tribunal	Rechtbank Noord-Nederland (District Court Northern Netherlands)
Date of the decision	06 November 2019
Case no./docket no.	C/18/190826 / HA ZA 19-51
Case name	<i>Gemini Corporation N.V. v. 24/7 Media B.V.</i>

[...]

Partijen zullen hierna Gemini en 24/7 Media genoemd worden.

1 De procedure

1.1.

Het verloop van de procedure blijkt uit:

- het tussenvonnissen van 15 mei 2019;
- de akte overlegging producties van de zijde van 24/7 Media;
- de conclusie van antwoord in (voorwaardelijke) reconventie, tevens houdende akte overlegging producties in conventie;
- de reactie van mr. Boelens op de conclusie van antwoord in (voorwaardelijke) reconventie;
- het proces-verbaal van comparitie van 28 augustus 2019;
- de reactie op het proces-verbaal van mr. Komen van 6 september 2019;
- de brief van mr. Boelens van 23 oktober 2019;
- het faxbericht van mr. Komen van 25 oktober 2019;
- de reactie van mr. Boelens van 25 oktober 2019.

1.2.

Ten slotte is vonnis bepaald.

1.3.

Namens Gemini is gereageerd op de inhoud van het proces-verbaal van comparitie van 28 augustus 2019 dat buiten aanwezigheid van partijen is opgemaakt. De reactie van mr. Komen over de door hem ingenomen standpunten betreft een juiste weergave van het verhandelde ter zitting. Nu de gemaakte aanvullingen niet zijn betwist en de rechtbank de geplaatste kanttekeningen onderschrijft, dient genoemd proces-verbaal op de in de daaraan gehechte reactie aangegeven wijze als aangevuld te worden beschouwd. De rechtbank laat de (overige

1

2

3

inhoud van de) brief van mr. Boelens van 23 oktober 2019 en de faxberichten van beide advocaten van 25 oktober 2019 buiten beschouwing, nu deze stukken geen reactie op het proces-verbaal bevatten.

2 De feiten

2.1.

Gemini is een in Antwerpen gevestigde vennootschap. 24/7 Media is een Nederlandse vennootschap die zich (onder meer) bezig houdt met de fabricage en montage van hoogwaardige projectieoplossingen en mediasystemen.

4

2.2.

Begin 2017 heeft Gemini contact opgenomen met 24/7 Media in verband met de wens haar bedrijfslogo op het nieuw te bouwen bedrijfsgebouw te projecteren. 24/7 Media heeft Gemini op 23 maart 2017 per e-mail een aantal filmpjes toegestuurd en vermeld dat het een folie betreft waar alleen een kabel in gestoken hoeft te worden om media of reclames af te spelen. Eén van de filmpjes bevat de mededeling:

5

«Easy to install on glass with an adhesive layer (no frames).»

2.3.

Op 21 september 2017 heeft Gemini per e-mail een afbeelding aan 24/7 Media gestuurd van het gewenste eindresultaat.

6

2.4.

Op 26 september 2017 heeft er een bespreking tussen partijen plaatsgevonden op het kantoor van Gemini. 24/7 Media heeft bij die gelegenheid een testopstelling getoond van de flexibele LED-folie.

7

2.5.

Op de website van 24/7 Media is over het getoonde product het volgende vermeld:

8

«There is no need of a steel structure, iron case or steel frame, so less costs in comparison to other transparent displays.»

2.6.

Op 19 oktober 2017 heeft Gemini de afmetingen van de vensters aan 24/7 Media doorgegeven. Daarbij is melding gemaakt van een profiel van 60 mm en één wandaansluiting.

9

2.7.

24/7 Media heeft op 24 oktober 2017 een eerste offerte aan Gemini doen toekomen. Na besprekingen komen partijen overeen dat 24/7 Media een LED-scherm zal leveren en installeren voor de prijs van € 35.174,00. 80% van de prijs zal bij vooruitbetaling door Gemini worden voldaan en 20% na oplevering. Levering zal zo spoedig mogelijk plaatsvinden. Op deze overeenkomst zijn de Algemene Voorwaarden van 24/7 Media van toepassing.

10

- 2.8. 11
Op 21 november 2017 heeft 24/7 Media een pro formafactuur aan Gemini gestuurd.
- 2.9. 12
Op 24 november 2017 heeft Gemini een bedrag van € 28.139,20 aan 24/7 Media betaald.
- 2.10. 13
Op 26 maart 2018 heeft Gemini 24/7 Media verzocht te laten weten wanneer het LED-scherf geplaatst wordt en gemeld dat het nieuwe kantoor op 22 mei 2018 in gebruik wordt genomen en dat het LED-scherf voor die datum aangebracht moest zijn.
- 2.11. 14
De afspraak van 18 mei 2018 voor de installatie van het scherf is op 17 mei 2018 door 24/7 Media afgeblazen.
- 2.12. 15
Op 31 mei 2018 bevestigt 24/7 Media aan Gemini dat zij het LED-scherf op 4 juni 2018 zal leveren en installeren. 24/7 Media meldt daarbij dat er 6 voedingskabels aanwezig moeten zijn.
- 2.13. 16
Gemini laat op 1 juni 2018 vijf extra voedingskabels aanleggen.
- 2.14. 17
Op 4 juni 2018 laat de heer [Naam A] van 24/7 Media's ochtends telefonisch aan de heer [Naam B] van Gemini weten dat een eerdere klus in Brussel uitloopt en dat de installatie 's middags zal plaatsvinden. De heer [Naam B] reageert op dit bericht met «Ok». De heer [Naam A] stuurt vervolgens om 13:25 uur het telefonisch bericht dat men onderweg is.
- 2.15. 18
24/7 Media heeft het LED-scherf op 4 juni 2018 enkel aan Gemini geleverd. Installatie kon in verband met de komst van de CEO van Gemini niet doorgaan.
- 2.16. 19
Gemini heeft 24/7 Media op 4 juni 2018 telefonisch meegedeeld dat het LED-scherf non-conform is. Op diezelfde dag heeft Gemini nog het volgende aan 24/7 Media gemailld:
- «Zoals daarstraks besproken (...) zouden de alu profiel[e]n:*
- a) kleiner kunnen/moeten => minstens 15 mm kleiner kan.*
- b) niet in alu kleur daar dit niet gaat/past met het uitzicht van het totale gebouw. Hebben navraag gedaan bij de architect en kleur van de raamprofielen is (...).»*
- 2.17. 20
24/7 Media heeft op 11 juni 2018 het volgende aan Gemini gemailld:
- «Naar aanleiding van onze levering vorige week om het LED scherf te installeren was het jammer dat de afspraak niet door kon gaan ivm het arriveren van jullie CEO. (...)*

Bij aflevering werd geconstateerd dat het frame niet was wat jullie graag wilden hebben, Dit betekent dat het produkt moet worden aangepast. Tevens werd er besproken telefonisch na aflevering van het scherm dat het scherm niet geplaatst mocht worden zoals eerder was afgesproken omdat:

- 1. Er geen gaten geboord mochten worden in raam kozijnen.*
- 2. Er geen bekabeling zichtbaar mocht zijn*
- 3. Er was geen krachtstroom aanwezig en electricien kon die nog niet plaatsen ivm wateroverlast wat eerder was geweest.*
- 4. Het frame was te dik en de kabels moesten het best boven langs weggewerkt worden naar de stoppenkast op ander locatie dan voorheen was afgesproken.*
- 5. Er was geen bekabeling van enkele meters geplaatst boven het plafond.*

Al deze aanpassingen kunnen we niet binnen 7 dagen realiseren wat vorige week was afgesproken. (...)

Voor deze nodige aanpassingen zal extra engineering plaats moeten vinden door glimm productie voor het vervaardigen van een geheel nieuw frame met de juiste werking van de kabels. (...) Het frame zal ook bruin gecoat moeten worden (kleur reeds ontvangen). (...)»

2.18.

Namens Gemini heeft de heer [Naam C] op 11 juni 2018 als volgt op de e-mail van 24/7 Media gereageerd:

« (...) We had the intention to purchase a LED foil that could be mounted directly onto the window glass. (...)

1. Frame work:

The new frame is not our idea, our idea was a frame less LED foil, but if the frame is a necessity, than at least it should be in correspondence with the rest of the interior. Since there was nothing mentioned about frames at the time of the product's presentation, you can imagine that we were surprised to see the frames (...) Needless to say that we were even more surprised to see the size and the color of the frame (...) Although there is big difference between frame and no frame we still showed our good will to find a solution, which could consist out of a smaller frame and in a similar colour as the window frame work. (...)

2. The power supply and cables:

From the beginning we were informed that the power supply needed to be a single 220V line (...) Only a few days before you planned the installation we were informed that you needed 6 separate lines! (...) The installation of these 6 lines is perfectly possible and had absolutely nothing to do with the water infiltration we had on the other side of our building. (...)

21

3. Installation:

We agreed to start the installation on Monday 04/06/2017 [bedoeld zal zijn 2018, opm. rechtbank]. (...) you requested to deliver the goods on Sunday 03/06/2017 [bedoeld zal zijn 2018, opm. rechtbank] (...) We arranged everything for Sunday delivery. Monday during the day our CEO was not present ideal for the installation, therefor the installation was planned like that. This was the plan, here is how it went.

Sunday, no delivery. Monday you and your team only showed up late in the afternoon. Our CEO arrived a little after 15:00, since nobody was working in his office, he naturally went to work in his office. (...)

We can go much further in detail (...) but that wouldn't be beneficial for any of us right now. We would prefer, much more, to bring this project to a good end and therefor invite you to our office next week. The purpose of this meeting is to go through all the details and agree upon them before we take any further actions. (...)»

- 2.19. 22
Op 28 juni 2018 vond een bespreking tussen partijen plaats op het kantoor van Gemini. Afgesproken is dat het LED-scherm zou worden opgehangen door middel van dunne kabelgoot aan het plafond.
- 2.20. 23
Op 2, 6, 16 en 30 juli 2018 heeft Gemini 24/7 Media per e-mail gevraagd de planning voor de plaatsing en installatie van het LED-scherm door te geven.
- 2.21. 24
Op 30 juli 2018 bericht 24/7 Media aan Gemini dat er nogal wat aanpassingen aan het LED-scherm moeten plaatsvinden in verband met de veranderingen in de frames, bekabeling en ophangpunten en dat zij graag op 28–29 augustus wil afronden.
- 2.22. 25
Gemini laat 24/7 Media op 31 juli 2018 weten dat het LED-scherm uiterlijk 15 augustus 2018 dient te worden geplaatst.
- 2.23. 26
Bij brief van 7 augustus 2018 heeft Gemini de overeenkomst ontbonden.
- 2.24. 27
De advocaat van 24/7 Media bevestigt op 14 augustus 2018 dat er is afgesproken dat Gemini 24/7 Media in de gelegenheid zal stellen het geleverde scherm in de laatste week van augustus te installeren, waarna 24/7 Media de software nog zal moeten afstellen.

- 2.25. 28
Gemini heeft op 16 augustus 2018 het volgende aan 24/7 Media gemaïld:
- «(...) Ik heb onze legal department zover gekregen om de juridische actie 'on hold' te zetten, maar wel met de voorwaarde dat Glimm voor einde augustus 2108 de installatie afwerkt en dat alles in werkende staat wordt achtergelaten. Zoniet (...) wordt de juridische procedure terug opgepikt.*
- De mail die ik je gisteren schreef gaat over de bevestiging van jou dat we op 14 Augustus nog een planning gingen doorkrijgen... Waar blijft die? (...)*
- 2.26. 29
Op vrijdag 17 augustus 2018 heeft Gemini nogmaals gevraagd om de planning door te geven. Diezelfde dag reageert 24/7 Media met het bericht dat «26-27-28 aug» gepland kunnen worden en dat maandag telefonisch contact wordt gezocht voor de planning en installatie
- 2.27. 30
Op woensdag 22 augustus 2018 heeft Gemini 24/7 Media laten weten nog altijd in afwachting te zijn van de telefonische oproep om de planning door te geven. 24/7 Media antwoordt diezelfde dag per e-mail dat zij bezig is de planning rond te maken.
- 2.28. 31
Op vrijdag 24 augustus 2018 mailt Gemini 24/7 Media met het bericht dat zij nog altijd op een datum wacht.
- 2.29. 32
Op 27 augustus 2018 deelt Gemini aan 24/7 Media mee dat zij weer door afwezigheid schittert en niet anders kan dan concluderen dat men niet bij machte is om de afspraken na te komen. 24/7 Media antwoordt nagenoeg direct dat er veel geregeld moest worden en dat, nu dat allemaal gelukt is, alles in «snelvaart» afgehandeld kan worden.
- 2.30. 33
De advocaat van 24/7 Media mailt Gemini op 7 september 2018 met het bericht dat 24/7 Media een specialistische monteur uit China moet laten overkomen en dat diegene inmiddels de vereiste visa heeft ontvangen, zodat er een concrete planning kan worden gemaakt. De advocaat deelt tevens mee dat 24/7 Media op 10 september 2018 contact met Gemini zal opnemen om het één en ander af te stemmen.
- 2.31. 34
24/7 Media heeft vervolgens geen contact opgenomen met Gemini.
- 2.32. 35
Op 21 september 2018 heeft de officiële inhuldiging van het nieuwe gebouw van Gemini plaatsgevonden. Gemini heeft voor die gelegenheid een LED-scherm gehuurd. De kosten daarvoor bedroegen € 2.450,25.

2.33.

36

Bij monde van haar Belgische raadvrouw heeft Gemini 24/7 Media op 5 oktober 2018 gesommeerd het voorschot terug te betalen en aanvullende schadevergoeding van € 10.000,00 te betalen.

2.34.

37

Op 7 december 2018 heeft de Nederlandse advocaat van Gemini de overeenkomst ontbonden en 24/7 Media nogmaals gesommeerd het voorschot terug te betalen.

3 Het geschil

in conventie

3.1.

38

Gemini vordert om bij vonnis, voor zover mogelijk bij voorraad:

- I. voor recht te verklaren dat Gemini de overeenkomst bij brief van 7 augustus 2018 buitengerechtelijk heeft ontbonden subsidiair dat Gemini de overeenkomst buitengerechtelijk heeft ontbonden bij brief van haar advocaat van 7 december 2018 meer subsidiair de overeenkomst te ontbinden;
- II. 24/7 Media ter veroordelen tot betaling van € 28.139,20, te vermeerderen met de wettelijke (handels)rente vanaf de dag van betaling;
- III. 24/7 Media ter veroordelen tot betaling van € 2.450,25 aan schadevergoeding, te vermeerderen met de wettelijke (handels)rente vanaf 31 oktober 2018
- IV. 24/7 Media te veroordelen in de proceskosten.

3.2.

39

Gemini legt – samengevat – het volgende aan haar vordering ten grondslag. Op de tussen partijen gesloten overeenkomst is het Weens Koopverdrag van toepassing. Het geleverde LED-scherm is non-conform door de aanwezigheid van ((te) brede, in RVS uitgevoerde aluminium) profielen. Daarnaast is het scherm niet fysiek geplaatst en evenmin softwarematig geïnstalleerd. Ten slotte is er een aanzienlijke vertraging in de correcte oplevering. Dit zijn wezenlijke tekortkomingen, waardoor het LED-scherm niet aan de overeenkomst beantwoordt. Gemini heeft de overeenkomst dan ook terecht ontbonden, waardoor beide partijen bevrijd zijn van hun verplichtingen uit de overeenkomst. 24/7 Media dient de aanbetaalde koopprijs dan ook terug te betalen. Daarnaast is 24/7 Media gehouden de door Gemini geleden schade, bestaande uit de huur van een LED-scherm voor de officiële opening van het gebouw, te vergoeden.

3.3.

40

24/7 Media voert – kort weergegeven – het volgende verweer aan. In de Algemene Voorwaarden van 24/7 Media is Nederlands recht van toepassing verklaard, dit sluit toepassing van het Weens Koopverdrag uit. Bovendien is sprake van een overeenkomst tot aanneming van werk, zodat ook om die reden het Weens Koopverdrag niet van toepassing is. 24/7 Media betwist

dat het geleverde LED-scherm non-conform is. Er is bij het tonen van de testopstelling duidelijk aangegeven dat het scherm omlijst zou worden met profielen voor de bekabeling en dat de folie op een plexiglas voor het raam zou worden aangebracht. Uit de overeenkomst blijkt voorts duidelijk dat het scherm – om het werkend te maken – softwarematig geïnstalleerd diende te worden. Daarnaast is er geen uiterlijke leveringsdatum afgesproken. Er is in onderling overleg overeengekomen dat het scherm op 4 juni 2018 geleverd zou worden. Voor die dag was geen specifiek tijdstip afgesproken. Gemini heeft 24/7 Media op 4 juni 2018 vervolgens niet toegelaten om het scherm te plaatsen en te installeren. Als gevolg hiervan is sprake van schuldeisersverzuim en daardoor kon 24/7 Media niet meer in verzuim geraken. Gemini was dan ook niet gerechtigd om de overeenkomst te ontbinden. 24/7 Media heeft zich verder (onverplicht) ingespannen om tegemoet te komen aan de wensen van Gemini; dat het uiteindelijk niet lukte is het gevolg van overmacht. De Chinese engineer moest immers de benodigde visa verkrijgen. Ten aanzien van de vordering tot vergoeding van de schade wijst 24/7 Media naar artikel 9 lid 2 van haar Algemene Voorwaarden, waarin aansprakelijkheid voor gevolgschade uitdrukkelijk is uitgesloten.

3.4.

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

41

in (voorwaardelijke) reconventie

3.5.

24/7 Media vordert voor het geval de rechtbank van oordeel is dat de overeenkomst door Gemini ontbonden is – dat Gemini wordt veroordeeld tot teruglevering van het scherm aan 24/7 Media binnen 48 uur nadat betaling heeft plaatsgevonden, op straffe van verbeurte van een dwangsom.

42

3.6.

Gemini voert verweer en stelt zich primair op het standpunt dat de vordering niet-ontvankelijk dient te verklaard, nu 24/7 Media haar reconventionele vordering in strijd met het Landelijk Procesreglement niet heeft gemeld. Daarnaast is de vordering niet voorzien van een behoorlijke toelichting. Gemini voert subsidiair aan dat uit haar vordering in conventie een ongedaanmakingsverbintenis voortvloeit, zodat de vordering in reconventie overbodig is. Om die reden dienen de proceskosten voor rekening van 24/7 Media te komen. Gemini verzoekt – in het geval van toewijzing van de vordering – matiging van de hoogte van de dwangsom alsmede de bepaling van een langere termijn na verloop waarvan zij de dwangsom zal verbeuren.

43

3.7.

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

44

4 De beoordeling

in conventie

4.1.

Aangezien Gemini buiten Nederland gevestigd is, is sprake van een internationale zaak en

45

dient de rechtbank ambtshalve te beoordelen of zij bevoegd is en, voor zover zij bevoegd is, welk recht van toepassing is op de rechtsverhouding tussen partijen.

4.2.

Tussen partijen is niet in geschil dat de Algemene Voorwaarden van 24/7 Media van toepassing zijn. Artikel 17 van de Algemene Voorwaarden bevat een rechtskeuze (Nederlands recht) en een forumkeuze (Nederlandse rechter). De bevoegdheid van de Nederlandse rechter is niet ter discussie gesteld en voldoet ook aan de daaraan te stellen vereisten, zodat de rechtbank zich op grond van de forumkeuze bevoegd acht.

46

4.3.

Ten aanzien van het toepasselijke recht overweegt de rechtbank als volgt. De vordering van 24/7 Media is gegrond op de overeenkomst tussen partijen betreffende de levering van een LED-scherm, zijnde een roerende zaak in de zin van artikel 1 lid 1 van het Verdrag der Verenigde Naties inzake internationale koopovereenkomsten betreffende roerende zaken van 11 april 1980 (hierna: het WKV). Dit verdrag is op de overeenkomst van toepassing omdat partijen in verschillende landen zijn gevestigd die beide zijn aangesloten bij het WKV. 24/7 Media heeft weliswaar betoogd dat de rechtskeuze in de Algemene Voorwaarden met zich brengt dat toepassing van het WKV is uitgesloten, maar de rechtbank passeert deze stellingname. Uitleg van het rechtskeuzebeding dient plaats te vinden met gebruikmaking van de in het WKV (artikel 8) neergelegde regels van uitlegging van overeenkomsten. Volgens artikel 8 van het WKV zijn – kort gezegd – de over en weer kenbare bedoelingen van partijen dan wel de zin die redelijke personen van gelijke hoedanigheid in dezelfde omstandigheden aan elkaars verklaringen of andere gedragingen zouden hebben toegekend, bepalend. Daarbij dient rekening gehouden te worden met alle ter zake dienende omstandigheden van het geval, waaronder begrepen de onderhandelingen, eventuele handelwijzen die tussen partijen gebruikelijk zijn, gewoonten en latere gedragingen van partijen.

47

De enkele keuze van 24/7 Media voor het Nederlandse recht en haar – kennelijk intern gebleven – onbewustheid van het WKV en de mogelijkheid de werking daarvan uit te sluiten, kan niet worden beschouwd als een – impliciete – uitsluiting van het WKV. Van enige voor Gemini kenbare bedoeling daartoe is immers geen sprake geweest, terwijl zonder nadere toelichting, die ontbreekt, niet valt in te zien dat en waarom Gemini een dergelijke zin aan die keuze zou hebben moeten toekennen.

48

De rechtbank zal er dus van uitgaan dat het WKV mede onder de rechtskeuze is begrepen.

49

4.4.

De rechtbank overweegt dat zij ook de stelling van 24/7 Media dat het WKV niet van toepassing is omdat sprake is van een overeenkomst van aanneming zal passeren. Artikel 3 lid 2 WKV bepaalt immers dat het verdrag niet van toepassing is op overeenkomsten waarin het belangrijkste deel van de verplichtingen van de partij die de roerende zaken levert, bestaat in de verstrekking van arbeidskracht of de verlening van andere diensten. Uit de onderhavige overeenkomst blijkt niet dat het belangrijkste deel van de verplichtingen van de partij die de roerende zaken levert, bestaat in de verstrekking van arbeidskracht of de verlening van andere diensten. Integendeel, uit de nota blijkt dat de door Gemini te betalen prijs voor het grootste

50

deel bestaat uit de kosten van het LED-scherf. Ook voor zover sprake is van aanneming van werk is het WKV dus op de overeenkomst van toepassing.

4.5.

Gemini heeft aan haar vorderingen ten grondslag gelegd dat het door 24/7 Media geleverde LED-scherf niet aan de overeenkomst beantwoord. Zij heeft daartoe een aantal gebreken opgesomd, te weten het LED-scherf is omlijst door (te) brede, in RVS uitgevoerde aluminium profielen. Het LED-scherf is bovendien niet geplaatst en evenmin softwarematig geïnstalleerd. Ten slotte is er veel vertraging in de oplevering ontstaan. Gemini heeft de overeenkomst op grond van deze gebreken bij brief van 7 augustus 2018 buitengerechtelijk ontbonden. Volgens 24/7 Media was Gemini niet gerechtigd de overeenkomst te ontbinden, aangezien zij in schuldeisersverzuim verkeerde door 24/7 Media op 4 juni 2018 niet in de gelegenheid te stellen het LED-scherf te plaatsen en te installeren.

51

4.6.

De rechtbank overweegt het volgende. Uit de vaststaande feiten volgt dat partijen na 4 juni 2018 met elkaar in gesprek zijn getreden. Ter zitting hebben partijen bevestigd dat zij vervolgens op 28 juni 2018 tot een oplossing zijn gekomen die eruit bestond dat het LED-scherf met een dunne goot aan het plafond zou worden bevestigd. Alhoewel Gemini daarna op 7 augustus 2018 nog een ontbindingsbrief heeft gestuurd, heeft de advocaat van 24/7 Media vervolgens op 14 augustus 2018 laten weten dat partijen daarna alsnog zijn overeengekomen dat Gemini 24/7 Media in de gelegenheid zal stellen het LED-scherf te installeren. Ter zitting heeft de advocaat van Gemini ook het standpunt ingenomen dat in augustus 2018 nadere afspraken zijn gemaakt. Naar het oordeel van de rechtbank is er zodoende een gewijzigde overeenkomst tot stand gekomen. Dat brengt met zich dat de rechtbank dan ook niet hoeft te beoordelen of het aan Gemini geleverde LED-scherf non-conform is op de grond dat deze omlijst was door ((te) brede, in RVS uitgevoerde aluminium) profielen. Evenmin behoeft de vraag of er van schuldeisersverzuim sprake was ten tijde van de ontbinding d.d. 7 augustus 2018 te worden besproken.

52

4.7.

De vraag die zich vervolgens voordoet, is of Gemini gerechtigd was de (gewijzigde) overeenkomst op een later tijdstip – te weten 5 oktober dan wel 7 december 2018 – opnieuw te ontbinden. Gemini heeft aan de ontbinding ten grondslag gelegd dat het LED-scherf nog altijd niet geïnstalleerd is, ook niet na de in augustus nader overeengekomen termijn. Voor Gemini was het belangrijk dat het LED-scherf uiterlijk voor 21 september 2018, de datum waarop het nieuwe gebouw officieel zou worden ingehuldigd, zou worden geïnstalleerd. 24/7 Media voert aan dat de (softwarematige) installatie van het LED-scherf was – ook door de bevestiging van het LED-scherf aan het plafond – dermate specialistisch werk dat daarvoor een monteur uit China diende over te komen. Deze monteur kreeg pas eind augustus de benodigde visa. 24/7 Media stelt zich dan ook op het standpunt dat zij niet aan de gestelde deadline kon voldoen wegens een overmachtssituatie.

53

4.8.

Bij de beoordeling stelt de rechtbank voorop dat krachtens artikel 49 WKV de koper de overeenkomst ontbonden kan verklaren (a) indien de tekortkoming in de nakoming van de krachtens de overeenkomst of het WKV op hem rustende verplichtingen een wezenlijke tekortkoming vormt, of (b) in geval van niet-aflevering, indien de verkoper de zaken niet aflevert binnen de door de koper in overeenstemming met artikel 47, eerste lid WKV gestelde aanvullende termijn of verklaart dat hij binnen de aldus gestelde termijn niet zal afleveren. Voorts is van belang dat artikel 33 WKV bepaalt dat de verkoper de zaken moet afleveren (a) indien er een datum is bepaald of bepaald kan worden op grond van de overeenkomst, op die datum; (b) indien er een termijn is bepaald of bepaald kan worden op grond van de overeenkomst, op enig tijdstip binnen de termijn, tenzij uit de omstandigheden blijkt dat de koper een datum moet kiezen; of (c) in alle andere gevallen, binnen een redelijke termijn na het sluiten van de overeenkomst. Ten slotte is van belang dat het niet voldoen aan een levertermijn in beginsel niet voldoende is om een wezenlijke tekortkoming in de zin van het WKV op te leveren, tenzij uit de overeenkomst of de omstandigheden van het geval volgt dat sprake is van een zogenaamde «fatale» termijn (vgl. o.m. Zwitsers Bundesgericht 15 september 2000, zaak nr. 4C.105/2000, Landgericht München 20 februari 2002, zaak nr. 10 O 5423/01, beide te raadplegen via www.unilex.info, en rechtbank Gelderland 14 oktober 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:7269). Voor beantwoording van de vraag of sprake is van een fatale termijn is onder meer van belang wat tussen partijen over en weer is besproken en verklaard ten aanzien van de termijn en het belang van het (strikt) naleven daarvan voor de koper.

54

4.9.

In het licht van het vorenstaande is de rechtbank van oordeel dat partijen in hun gewijzigde overeenkomst een fatale termijn zijn overeengekomen, namelijk dat het LED-scherm in de laatste week van augustus geïnstalleerd zou worden. Weliswaar meldt de advocaat van 24/7 Media in zijn e-mail van 14 augustus 2018 (zie rechtsoverweging 2.24.) dat na installatie van het LED-scherm de software nog moet worden afgesteld, maar dit doet aan de afspraak voor de installatie zelf in de laatste week van augustus niet af. In haar schrijven van 16 augustus 2018 heeft Gemini de uitdrukkelijke voorwaarde dat de installatie van het LED-scherm voor het einde van augustus 2018 zou afwerken en alles in werkende staat zou afleveren (zie rechtsoverweging 2.25.). 24/7 Media heeft daar niet meer nader op gereageerd en Gemini – na rappel – laten weten dat «26-27-28 aug» ingepland kunnen worden. Gemini heeft er naar het oordeel van de rechtbank dan ook op mogen vertrouwen dat 24/7 Media het LED-scherm in de laatste week van augustus fysiek én softwarematig zou installeren, zodat er sprake is van een fatale termijn.

55

Het in genoemde e-mail van 14 augustus 2018 door de advocaat van 24/7 Media gemaakte voorbehoud van (latere) afstelling van de software van het LED-scherm na installatie maakt ook dat de rechtbank het beroep van 24/7 Media op overmacht zal passeren; 24/7 Media heeft de softwarematige installatie door een specialist immers zelf losgetrokken van de fysieke plaatsing van het LED-scherm. Bovendien meldt 24/7 Media de omstandigheid dat er een specialistische monteur uit China moet komen pas in een heel laat stadium (voor het eerst op 27 augustus 2018, de datum waarop de installatie voorzien was). Het gebrek aan (duidelijke) communicatie van de zijde van 24/7 Media dient dan ook voor haar rekening te blijven. Gelet op het bovenstaande levert de overschrijding van de fatale termijn door 24/7 Media

56

naar het oordeel van de rechtbank een wezenlijke tekortkoming in de zin van het WKV op, zodat Gemini gerechtigd was de overeenkomst op grond van artikel 49 WKV te ontbinden.

De door Gemini gevorderde verklaring voor recht dat zij de overeenkomst buitengerechtelijk ontbonden heeft bij brief van 7 december 2018 komt dan ook voor toewijzing in aanmerking.

57

4.10.

58

Op grond van artikel 81 lid 1 WKV bevrijdt ontbinding van de overeenkomst van hun verplichtingen uit de overeenkomst. Dat brengt mee dat de vordering van Gemini tot terugbetaling van het aanbetaalde voorschot ad € 28.139,20 eveneens voor toewijzing in aanmerking komt. De daarover gevorderde rente vanaf de dag van betaling zal overeenkomstig artikel 84 lid 1 WKV ook worden toegewezen. Het WKV regelt de hoogte van de te vergoeden rente niet. Gelet op de rechtskeuze voor Nederlands recht in de Algemene Voorwaarden zal de wettelijke rente worden toegewezen, nu naar Nederlands recht over een ongedaanmakingsverplichting de wettelijke rente ex art. 6:119 BW verschuldigd is (zie ook ECLI:NL:HR:2016:70).

4.11.

59

De door Gemini gevorderde aanvullende schadevergoeding van € 2.450,25 voor de huur van een LED-scherm voor de officiële inhuldiging van het nieuwe gebouw zal worden afgewezen, nu 24/7 Media de aansprakelijkheid voor gevolgschade in artikel 9 lid 2 van de Algemene Voorwaarden heeft uitgesloten. De rechtbank volgt Gemini niet in haar betoog dat de bepalingen van het WKV prevaleren boven de Algemene Voorwaarden. Het is immers juist mogelijk de toepassing van het WKV in de algemene voorwaarden uit te sluiten. Nu 24/7 Media in haar Algemene Voorwaarden gevolgschade heeft uitgesloten is hiermee sprake van een indirecte uitsluiting van het WKV.

4.12.

60

24/7 Media zal als de grotendeels in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld. De rechtbank stelt de proceskosten aan de zijde van Gemini vast op:

- dagvaarding	€ 86,40	
- griffierecht	€ 1.992,00	
- salaris advocaat	€ 1.390,00	(2,0 punten × tarief € 695,00)
Totaal	€ 3.468,40.	

4.13.

61

De gevorderde vergoeding van de nakosten zal worden toegewezen, als hierna in het dictum te melden.

in (voorwaardelijke) reconventie

4.14.

62

Nu 24/7 Media in conventie wordt veroordeeld tot terugbetaling van het voorschot is de voorwaarde waaronder de reconventie is ingesteld ingetreden. De rechtbank zal dan ook overgaan tot beoordeling van de vordering in reconventie. 24/7 Media heeft in reconventie gevorderd dat Gemini – op straffe van verbeurte van een dwangsom – zal worden veroordeeld tot

teruglevering van het LED-scherm aan 24/7 Media binnen 48 uur nadat 24/7 Media het voorschot aan Gemini zal hebben terugbetaald.

Gemini heeft verweer gevoerd en zich op het standpunt gesteld dat deze vordering overbodig is, nu de ongedaanmakingsverplichting van artikel 81 lid 1 WKV al tot dit resultaat leidt.

63

4.15.

64

De rechtbank zal de vordering aldus toewijzen dat Gemini wordt veroordeeld tot teruggave van het LED-scherm. In artikel 81 lid 2 WKV is met zoveel woorden bepaald dat de partij die de overeenkomst geheel of gedeeltelijk heeft uitgevoerd van de andere partij teruggave kan eisen van hetgeen zij uit hoofde van de overeenkomst heeft gepresteerd. Gelet hierop is 24/7 Media gerechtigd hiertoe een vordering in te stellen en is deze vordering niet overbodig, zoals Gemini heeft betoogd. De rechtbank ziet in de omstandigheid dat artikel 81 lid 2 WKV eveneens bepaalt dat in het geval beide partijen het recht hebben om teruggave te vorderen, deze teruggave tegelijkertijd dient plaats te vinden aanleiding de gevorderde dwangsom te matigen en beperken. De rechtbank acht gelijktijdige teruggave in dit geval onmogelijk, zodat bepaald zal worden dat Gemini het LED-scherm dient terug te geven binnen 7 dagen na ontvangst van de terugbetaling van het voorschot (inclusief vervallen rente). Om enige onduidelijkheid tussen partijen op dit punt te voorkomen, overweegt de rechtbank dat teruggave – zoals voorgestaan in § 3.12 van de *CISG AC Opinion* nr. 9 (te raadplegen via www.cisg.law.pace.edu/cisg) – dient plaats te vinden ten kantore van Gemini.

4.16.

65

De rechtbank ziet aanleiding Gemini zal als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld. De kosten aan de zijde van 24/7 Media worden vastgesteld op nihil.

4.17.

66

De gevorderde vergoeding van de nakosten zal worden toegewezen, als hierna in het dictum te melden.

5 De beslissing

De rechtbank

67

in conventie

5.1.

verklaart voor recht dat Gemini de overeenkomst buitengerechtelijk heeft ontbonden bij brief van 7 december 2018;

5.2.

veroordeelt 24/7 Media om aan Gemini te betalen een bedrag van € 28.139,20 (achtentwintig duizendéénhonderdneegenendertig euro en twintig eurocent), vermeerderd met de wettelijke rente als bedoeld in art. 6:119 BW met ingang van 24 november 2018 tot de dag van volledige betaling;

5.3.

veroordeelt 24/7 Media in de proceskosten, aan de zijde van Gemini tot op heden vastgesteld op € 3.468,40;

5.4.

veroordeelt 24/7 Media in de na dit vonnis ontstane kosten, begroot op € 157,00 aan salaris advocaat, te vermeerderen, onder de voorwaarde dat 24/7 Media niet binnen 14 dagen na aanschrijving aan het vonnis heeft voldaan en er vervolgens betekening van de uitspraak heeft plaatsgevonden, met een bedrag van € 82,00 aan salaris advocaat en de exploitkosten van betekening van de uitspraak;

5.5.

verklaart dit vonnis in conventie wat betreft de onder 5.2., 5.3. en 5.4. genoemde beslissingen uitvoerbaar bij voorraad,

5.6.

wijst het meer of anders gevorderde af,

in reconventie

5.7.

veroordeelt Gemini tot teruggave van het LED-scherm aan 24/7 Media binnen 7 dagen na ontvangst van het onder 5.2. genoemde bedrag;

5.8.

veroordeelt Gemini om aan 24/7 Media een dwangsom te betalen van € 100,00 voor iedere dag dat zij niet aan de in 5.7. uitgesproken hoofdveroordeling voldoet, tot een maximum van € 2.000,00 is bereikt;

5.9.

veroordeelt Gemini in de proceskosten, aan de zijde van 24/7 Media tot op heden vastgesteld op nihil;

5.10.

veroordeelt Gemini in de na dit vonnis ontstane kosten, begroot op € 157,00 aan salaris advocaat, te vermeerderen, onder de voorwaarde dat Gemini niet binnen 14 dagen na aanschrijving aan het vonnis heeft voldaan en er vervolgens betekening van de uitspraak heeft plaatsgevonden, met een bedrag van € 82,00 aan salaris advocaat en de exploitkosten van betekening van de uitspraak;

5.11.

verklaart dit vonnis in reconventie tot zover uitvoerbaar bij voorraad;

5.12.

wijst het meer of anders gevorderde af.

Dit vonnis is gewezen door mr. N.A. Baarsma en in tegenwoordigheid van de griffier in het openbaar uitgesproken op 6 november 2019.