

CISG-online 5042

Jurisdiction	Netherlands
Tribunal	Rechtbank Zeeland-West-Brabant (District Court Zeeland-West-Brabant)
Date of the decision	08 March 2018
Case no./docket no.	C/02/340290 / KG ZA 18-22
Case name	<i>Merwestaal Moerdijk B.V. v. StaRo Stahlrohrhandels-gesellschaft mbH</i>

[..]

Partijen zullen hierna Merwestaal en StaRo genoemd worden.

1 De procedure

1.1.

Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding d.d. 17 januari 2018, met producties 1 tot en met 24;
- de conclusie van antwoord in conventie, tevens conclusie van voorwaardelijke eis in re-conventie, met producties 1 tot en met 57;
- de op voorhand toegezonden akte overlegging producties 25 tot en met 34 zijdens Merwestaal;
- de mondelinge behandeling in kort geding d.d. 22 februari 2018 en de bij die gelegenheid door de raadslieden van beide partijen overgelegde pleitnota's.

1.2.

Ten slotte is vonnis bepaald.

2 Het geschil in conventie

2.1.

Merwestaal vordert samengevat – om bij wege van voorlopige voorziening in kort geding, uitvoerbaar bij voorraad, StaRo te veroordelen tot:

primair:

- a. StaRo te veroordelen om aan Merwestaal tegen behoorlijk bewijs van kwijting te betalen een bedrag van € 371.027,51 (zegge: driehonderdeenenzeventigduizend en zevenentwintig euro en eenenvijftig euro cent) ter zake van de koopprijs van geleverd staal, te vermeerderen met de wettelijke handelsrente vanaf de vervaldatum van de

1

2

3

openstaande facturen (als vermeld in productie 2), dan wel een in goede justitie te bepalen datum, althans vanaf heden;

- b. StaRo te veroordelen om aan Merwestaal tegen behoorlijk bewijs van kwijting te betalen een bedrag van € 37.102,75 (zegge: zevenendertigduizend en honderdtwee euro en vijfenzeventig euro cent) als zijnde kosten voor te laat betalen;
- c. StaRo te veroordelen om aan Merwestaal tegen behoorlijk bewijs van kwijting te betalen een bedrag van € 23.562,60 (zegge: drieëntwintigduizend en vijfhonderdtweeëntestig euro en zestig euro cent) als zijnde incassokosten;

subsidiar:

- d. indien het gevorderde onder a. niet tot toewijzing leidt, verzoekt Merwestaal haar vordering op StaRo, met inbegrip van rente en kosten, voorlopig te begroten op een bedrag van € 562.431,43 (zegge: vijfhonderdtweeëntestigduizend en vierhonderdeenendertig euro en drieënveertig euro cent); en
- e. voorts, Merwestaal verlot te verlenen om tot verzekering van het verhaal van haar begrote vordering conservatoir beslag te doen leggen op alle (roerende) goederen aanwezig in Nederland en/of op de kantooradressen annex bedrijfscomplex(en)/opslagplaats(en) aan de adressen:
 - [adres], Duitsland
 - [adres], Duitsland,
 - [adres], Duitsland,
 - [adres], Duitsland,
 - [adres], Duitsland; en
- f. te bepalen dat, bij verlotverlening tot het leggen van de hierboven geformuleerde beslagen, Merwestaal de hoofdvordering ter zake van het bovenstaande dient in te stellen voor de ter zake bevoegde rechter en/of arbiter of anderszins uiterlijk 30 dagen na beslaglegging, althans een in goede justitie te bepalen termijn.

2.2.

StaRo voert verweer en concludeert tot afwijzing van de vorderingen, met veroordeling van Merwestaal in de proceskosten, inclusief nakosten, te vermeerderen met wettelijke rente, zulks uitvoerbaar bij voorraad.

4

3 Het geschil in voorwaardelijke reconventie

3.1.

StaRo vordert samengevat – om bij wege van voorlopige voorziening in kort geding, uitvoerbaar bij voorraad, Merwestaal te veroordelen tot betaling van een bedrag van € 216.000,- te vermeerderen met de wettelijke handelsrente vanaf 27 oktober 2017 tot aan de dag der algehele voldoening, met veroordeling van Merwestaal in de proceskosten, inclusief nakosten, te

5

2

vermeerderen met wettelijke rente, voor zover het beroep op verrekening in conventie niet slaagt.

3.2.

Merwestaal voert verweer en concludeert tot afwijzing van de vorderingen, met veroordeling van StaRo in de proceskosten.

6

4 De beoordeling in conventie en in reconventie

4.1.

Op grond van de niet of onvoldoende weersproken stellingen en de overgelegde producties, wordt uitgegaan van de volgende feiten:

7

a.

Zowel Merwestaal als StaRo zijn handelsondernemingen in staal. Uit dien hoofde heeft StaRo in de periode januari 2017 tot en met juni 2017 bij Merwestaal zeven bestellingen voor grote partijen staalplaten gedaan, ten einde deze partijen staal door te kunnen leveren aan haar eigen afnemers, die deze partijen op hun beurt veelal ook weer doorleverden aan hun afnemers. Het betreft in totaal een tonnage van 1850,85 metrische ton (mt) tegen een factuurwaarde van € 647.572,79. Van dit totaalbedrag heeft StaRo een bedrag van € 371.027,51 onbetaald gelaten.

8

b.

Het bestel- en handelsproces tussen StaRo en Merwestaal verliep in de regel als volgt: StaRo zond een bestelling waarin zij haar algemene inkoopvoorwaarden van toepassing verklaarde. In antwoord daarop zond Merwestaal een opdrachtbevestiging waarin zij haar algemene verkoopvoorwaarden van toepassing verklaarde. Het bestelformulier van StaRo vermeldde steeds het afgesproken levermoment en de opdrachtbevestiging van Merwestaal bevestigde dit levermoment.

9

De contacten tussen StaRo en Merwestaal verliepen veelal per e-mail en per WhatsApp berichten en daarnaast ook telefonisch. Levering meestal plaats «af Moerdijk», waarbij het staal door Staro per vrachtwagen werd afgehaald in de haven van Moerdijk (en een enkel keer in Antwerpen).

10

De facturen van Merwestaal werden steeds gezonden nadat een (deel van de) partij was afgehaald.

11

c.

Één van de bestellingen van StaRo bij Merwestaal was de bestelling met nummer 68216 van 6 juni 2017. Het betrof een partij staalplaten van 600 ton tegen een prijs van € 337,50 per ton. Deze partij was bestemd voor de Duitse firma Helwich Röhren + Stahlhandel Hannover GmbH + Co. KG te Hannover (hierna: «Helwich»), een bestaande handelsrelatie van StaRo. Helwich had de partij op haar beurt weer doorverkocht aan een afnemer. De tussen StaRo en Merwestaal afgesproken leverdatum voor deze bestelling was week 27 (3 tot 7 juli 2017), af te halen door StaRo te Moerdijk.

12

- d. 13
StaRo heeft bij deze bestelling 68216 van 6 juni 2017 haar algemene inkoopvoorwaarden van toepassing verklaard. De e-mail van StaRo vermeldt:
- «www.staro-gmbh. de
(...)
Our offers & bookings & deliveries are being done exclusively on basis of our general terms of sales that can be submitted upon request and/or being checked on our web-site.»*
- Het bij de e-mail gevoegde bestelformulier van StaRo vermeldt: 14
- «We confirm our order for the items below (and on attached sheets if necessary), subject to our general Terms and Conditions of Purchase, which you can see on our homepage www.staro-gmbh.de.»*
- en 15
- «All – including future – contracts are subject to our general terms and conditions which you can see on our homepage www.staro-gmbh.de»*
- e. 16
Merwestaal heeft bij e-mail van 7 juni 2017 de bestelling van StaRo bevestigd en daarbij heeft Merwestaal haar eigen verkoopvoorwaarden van toepassing verklaard en als bijlage meegezonden bij de opdrachtbevestiging in de Duitse taal.
- f. 17
StaRo heeft de bij Merwestaal bestelde partij staal doorverkocht aan Helwich en als afleverdatum is juli 2017 overeengekomen. Helwich heeft de partij staal doorverkocht aan een afnemer, die deze op haar beurt weer aan een afnemer heeft verkocht.
- g. 18
Op 18 juli 2017 heeft Merwestaal per WhatsApp aan StaRo bericht dat de partij staal met bestelnummer 68216 pas in augustus 2017 zou aankomen. StaRo heeft daarop geantwoord dat augustus voor haar onvoldoende snel was, omdat StaRo de partij al had doorverkocht tegen een vaststaande leverdatum.
- h. 19
StaRo heeft per e-mail van 9 augustus 2017 Merwestaal een termijn gesteld voor de levering van de partij staal tot 23 augustus 2017.
- i. 20
Op 17 augustus 2017 heeft Helwich schriftelijk aan StaRo kenbaar gemaakt dat de afnemer van Helwich dreigt met een dekkingskoop.

- j. 21
Helwich heeft bij brief van 7 september 2017 StaRo in gebreke gesteld en een laatste termijn voor levering gesteld tot 20 oktober 2017.
- k. 22
StaRo heeft Merwestaal op 8 september 2017 per e-mail een aanvullende termijn gesteld tot levering, bij gebreke waarvan zij het contract zou ontbinden. Op 12 september 2017 hebben StaRo en Merwestaal telefonisch afgesproken dat de finale aanvullende termijn voor levering door Merwestaal zou worden verlengd tot 20 oktober 2017, de datum van de door Helwich aan StaRo gestelde termijn. Deze datum heeft Merwestaal per e-mail van 13 september 2017 aan StaRo bevestigd.
- l. 23
Merwestaal heeft op 20 oktober 2017 de partij staal niet geleverd. StaRo kon het staal daardoor niet tijdig doorleveren aan Helwich. Helwich heeft daarom bij brief van 25 oktober 2017 de koop ontbonden en aangekondigd haar gemiste opbrengsten en de kosten van haar afnemer als schade op StaRo te verhalen.
- m. 24
Vervolgens heeft StaRo bij brief van 27 oktober 2017 de koop met Merwestaal ontbonden en Merwestaal aansprakelijk gesteld voor de door haar geleden schade.
- n. 25
Op 8 november 2017 troffen StaRo en Merwestaal elkaar op een beurs in Stuttgart. Daar hebben partijen gesproken over een oplossing voor de ontstane situatie. Merwestaal stelde voor ter vervanging van de bestelling met nummer 68216 een andere partij van 500 ton te leveren in week 47 (20 tot 24 november 2017). StaRo liet weten bereid te zijn haar afnemer Helwich te benaderen met de voorgestelde oplossing en daarmee in te stemmen indien ook Helwich zich daarmee zou kunnen verenigen.
- o. 26
Helwich heeft bij brief van 6 december 2017 Staro laten weten dat de afnemer van haar afnemer reeds een dekkingskoop had gedaan en dat zij het voorstel daarom niet kon accepteren.
- p. 27
StaRo heeft direct na ontvangst van deze brief van Helwich per e-mail aan Merwestaal meegedeeld dat zij het voorstel voor een oplossing niet kon aanvaarden.
- q. 28
Bij brief van 15 januari 2018 heeft Helwich een begroting van de door haar geleden schade aan StaRo toegezonden ten bedrage van in totaal € 183.000,- bestaande uit kosten ter zake de dekkingskoop van € 270,- per ton en de misgelopen winstmarge van Helwich ten bedrage van € 35,- per ton.

r.

29

StaRo heeft daarop bij e-mail van 16 januari 2018 aan Merwestaal een opgave gezonden van de tot dat moment bij haar bekende schade, bestaande uit de volgende posten:

- kosten dekkingskoop: € 270,- per ton;
- misgelopen winstmarge Helwich: € 35,- per ton;
- misgelopen winstmarge StaRo: € 55,- per ton.

4.2.

30

Merwestaal meent dat de Nederlandse rechter bevoegd is om kennis te nemen van het onderhavige geschil en dat er sprake is van een voldoende reële band met de Nederlandse rechtssfeer. In de visie van Merwestaal dient het onderhavige geschil te worden beoordeeld aan de hand van het Weens Koopverdrag, aangevuld met Nederlands recht. Merwestaal grondt haar vordering op tussen partijen gesloten overeenkomsten aangaande de diverse partijen staal die StaRo bij Merwestaal heeft besteld en afgenomen, in totaal ten bedrage van € 647.572,79. Hiervan heeft StaRo volgens Merwestaal ten onrechte een bedrag van € 371.027,51 onbetaald gelaten. De beweerdelijke tegenvordering van StaRo – aangaande de partij staal met bestelnummer 68216 die te laat zou zijn geleverd en waarmee StaRo het openstaande factuurbedrag wenst te verrekenen – is in de visie van Merwestaal niet gesubstantieerd en wordt door haar betwist. Merwestaal wijst er voorts op, dat krachtens haar toepasselijke algemene voorwaarden verrekening niet is toegestaan en dat zij haar aansprakelijkheid heeft uitgesloten.

Merwestaal maakt aanspraak op voldoening van rente en kosten conform haar algemene verkoop-voorwaarden, bestaande uit wettelijke handelsrente die tot en met 1 februari 2018 is berekend op een bedrag van € 12.000,-, alsmede een boete voor te late betaling van 10% van de hoofdsom ad € 37.102,75 en incassokosten ten bedrage van € 23.562,60. De totale vordering van Merwestaal belooft derhalve een bedrag van € 443.692,86. Voor zover dit bedrag niet voor toewijzing in aanmerking komt, vraagt Merwestaal subsidiair verloop om in zowel Nederland als Duitsland conservatoir beslag ten laste van StaRo te mogen leggen.

31

4.3.

32

StaRo stelt zich op het standpunt dat de Nederlandse rechter niet bevoegd is om kennis te nemen van het onderhavige geschil. StaRo meent dat het Weens Koopverdrag van toepassing is en dat voor de onderwerpen waar dit verdrag niet in een regeling voorziet, het Nederlands recht van toepassing is. StaRo voert aan dat de partij staal met bestelnummer 68216 door Merwestaal behoorde te worden geleverd in week 27 (3 tot 7 juli 2017), conform hetgeen partijen ter zake zijn overeengekomen. Volgens StaRo heeft zij naar aanleiding daarvan met Helwich afgesproken dat de partij kort na die afleverdatum zou worden doorgeleverd. Merwestaal heeft echter de afgesproken leverdatum niet gehaald, waardoor StaRo de met Helwich afgesproken leverdatum niet haalde. Volgens StaRo werd door Helwich meermaals een redelijke termijn gesteld om alsnog na te komen en heeft StaRo daarom op haar beurt ook Merwestaal meermaals een redelijke termijn gesteld om alsnog na te komen, maar heeft Merwestaal geen enkele informatie gegeven over een nieuwe leverdatum. StaRo heeft Merwestaal een laatste redelijke termijn gesteld, te weten 20 oktober 2017, waarna zij het contract zou ontbinden. Nu Merwestaal ook die uiterste leverdatum niet heeft gehaald, kon StaRo

op haar beurt niet leveren aan Helwich, die het contract heeft ontbonden en StaRo aansprakelijk heeft gesteld voor de door haar geleden schade, aldus StaRo. StaRo voert aan dat zij op haar beurt het contract met Merwestaal heeft ontbonden per 27 oktober 2017 en Merwestaal aansprakelijk heeft gesteld voor de door haar geleden schade, bestaande uit de kosten ter zake de dekkingskoop van € 270,- per ton, de misgelopen winstmarge van Helwich van € 35,- per ton en de misgelopen winstmarge van StaRo ten bedrage van € 55,- per ton. StaRo wenst in reconventie haar schadevordering ad € 216.000,- te verrekenen met de openstaande facturen van Merwestaal.

4.4.

Merwestaal voert tegen de reconventionele vordering aan, dat krachtens haar leveringscondities de genoemde levertermijn geen garantie betreft maar een streeftijd. Bovendien hebben partijen volgens Merwestaal afgesproken dat Merwestaal een alternatieve/vervangende partij zou leveren omdat de oorspronkelijke partij staal wegens douaneperikelen niet vrijkwam, hetgeen een overmachtssituatie betreft. Merwestaal meent voorts, dat de dekkingskoop al was gesloten vóór het verstrijken van de levertermijn onder de overeenkomst met StaRo. Merwestaal voert verder aan, dat StaRo krachtens haar eigen algemene voorwaarden niet aansprakelijk is jegens Helwich en wijst op het bepaalde in artikel IV sub 1 («unter Vorbehalt»), 2 («termijnen gelden alleen als StaRo's leverancier op tijd levert») en VI sub 5 slot («Bei nicht gegebener Verfügbarkeit des Materials besteht kein Anspruch auf Ersatz»). In de visie van Merwestaal is er – bij gebreke van aansprakelijkheid van StaRo – dus geen sprake van een tegenvordering zijdens StaRo. Merwestaal voert verder aan, dat ex artikel 6:136 BW er geen bevoegdheid is tot verrekening van een betwiste tegenvordering met een onbetwiste vordering. In de visie van Merwestaal dient de reconventionele vordering dan ook te worden afgewezen.

Voorts in conventie en in reconventie

4.5. Bevoegdheid

Voorop gesteld dient te worden dat de onderhavige zaak een internationaal karakter heeft, nu StaRo in Duitsland is gevestigd en Merwestaal in Nederland is gevestigd. Derhalve dient eerst beoordeeld te worden of de rechtbank Zeeland-West-Brabant bevoegd is om kennis te nemen van de vordering in conventie. Deze bevoegdheidsvraag moet bevestigend worden beantwoord, gelet op het bepaalde in artikel 7 lid 1 sub b van de (herschikte) EEX-Verordening (Verordening (EU) nr. 1215/2012 van 12 december 2012 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (verder: EEX II-Vo)). Krachtens die bepaling komt de rechter bij koop/verkoop van roerende zaken – zoals partijen staal – in een bodemprocedure bevoegdheid toe, daar waar deze roerende zaken volgens de overeenkomst geleverd werden of geleverd hadden moeten worden. Tussen partijen is niet in geschil, dat de levering van de diverse partijen staal – waarvan in conventie de onbetaalde factuurbedragen wordt gevorderd – conform de tussen partijen gesloten overeenkomsten in Nederland (Moerdijk) behoorden te worden geleverd, en ook daadwerkelijk in Moerdijk zijn geleverd en aldaar door StaRo in ontvangst zijn genomen/afgehaald. Deze rechtsmacht komt bijgevolg eveneens aan toe aan de Nederlandse voorzieningenrechter in kort geding. Nu reeds op grond van de algemene bevoegdheidsbepaling in artikel 7 lid 1 sub

33

34

b van de EEX-Vo aan de Nederlandse voorzieningenrechter een afgeleide bevoegdheid toekomt, behoeft niet te worden beoordeeld of de er voorts nog bevoegdheid kan worden ontleend aan een bijzondere/specifieke bevoegdheidsbepaling, zoals het door StaRo aangehaalde artikel 35 EEX-Vo.

De rechtbank Zeeland-West-Brabant is eveneens bevoegd om – ook in kort geding – kennis te nemen van de vordering in reconventie, nu deze voortvloeit uit de bevoegdheid die deze rechtbank heeft ten aanzien van de vordering in conventie, gezien de connexiteit tussen beide vorderingen.

35

Het vorenstaande geldt behoudens een rechtsgeldige forumkeuze van partijen in toepasselijke algemene voorwaarden, zoals hierna wordt overwogen.

36

4.6. Toepasselijk recht

37

Met betrekking tot het toepasselijk recht geldt, dat op de tussen partijen gesloten koopovereenkomst(en) in beginsel van toepassing is het op 11 april 1980 te Wenen gesloten Verdrag der Verenigde Naties inzake internationale koopovereenkomsten betreffende roerende zaken (hierna: het Weens Koopverdrag). Immers, vast staat dat partijen in verschillende verdragsluitende staten zijn gevestigd waarvoor het Weens Koopverdrag op het moment van het sluiten van de koopovereenkomst(en) tussen partijen reeds in werking was getreden en de koopovereenkomsten betrekking hebben op roerende zaken (staalplaten), die niet van het toepassingsgebied zijn uitgesloten. Voorts hebben partijen niet – conform het bepaalde in artikel 6 Weens Koopverdrag – de toepasselijkheid van het Weens Koopverdrag uitgesloten of daar van afgeweken.

Met betrekking tot de onderwerpen die tussen partijen in geschil zijn, maar niet door het Weens Koopverdrag worden bestreken, geldt dat deze dienen te worden beantwoord in overeenstemming met het krachtens de regels van internationaal privaatrecht toepasselijke recht (artikel 7 Weens Koopverdrag). In een internationale zaak betreffende verbintenissen uit een overeenkomst in een burgerlijke of handelszaak dient de Nederlandse rechter het toepasselijk recht te bepalen aan de hand van de Verordening (EG) Nr. 593/2008 van het Europees Parlement en de Raad van 17 juni 2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (hierna: Rome I Vo). Krachtens artikel 4 lid 1 sub a. van Rome I Vo wordt de overeenkomst beheerst door het recht van het land waar de partij die de kenmerkende prestatie moet verrichten zijn gewone verblijfplaats heeft. De kenmerkende prestatie wordt in het onderhavige geval verricht door Merwestaal, als zijnde de verkoper en leverancier van de partijen staal die zij verkoopt aan StaRo. Nu Merwestaal in Nederland is gevestigd, is derhalve Nederlands recht van toepassing bij de beoordeling van kwesties die niet in het Weens Koopverdrag worden geregeld.

38

Het vorenstaande geldt, behoudens een rechtsgeldige rechtskeuze van partijen in toepasselijke algemene voorwaarden, zoals hierna wordt overwogen.

39

Toepasselijkheid algemene voorwaarden

4.7.

40

Beide partijen beroepen zich in het onderhavige geschil op de door hen gehanteerde algemene inkoop-/verkoopvoorwaarden, stellende dat (uitsluitend) de door hen zelf gehanteerde algemene voorwaarden toepasselijk zijn. Mitsdien zal de voorzieningenrecht eerst moeten beoordelen of de algemene voorwaarden (van één van beide partijen) van toepassing is/zijn op de tussen partijen gesloten overeenkomsten, zulks met inachtneming van het bepaalde in het Weens Koopverdrag dienaangaande. Immers – ondanks dat een expliciete bepaling in het Weens Koopverdrag ontbreekt aangaande (de toepasselijkheid van) algemene voorwaarden – behoort tot de door het Weens Koopverdrag wel geregelde onderwerpen ook de vraag of een partij haar toestemming heeft verleend tot de totstandkoming van een koopovereenkomst, waaronder begrepen de daarvan deel uitmakende algemene voorwaarden, zodat de vraag of de wederpartij met de toepasselijkheid van de algemene voorwaarden van de ander heeft ingestemd, dient te worden beantwoord aan de hand van het Weens Koopverdrag.

4.7.1.

41

Art. 7 lid 1 van het Weens Koopverdrag bepaalt, dat bij de uitleg van het verdrag rekening moet worden gehouden met het internationale karakter ervan en met de noodzaak eenvormigheid in de toepassing ervan te bevorderen. Om deze uniforme uitleg van het Weens Koopverdrag te bevorderen, is in 2001 de zogenaamde Advisory Council in het leven geroepen. Deze Advisory Council verstrekt (onder meer) gezaghebbende opinies over de uniforme toepassing en interpretatie van het verdrag en heeft in dat kader op 20 januari 2013 de «CISG-AC Opinion No. 13 Inclusion of Standard Terms under the CISG» aangenomen, die betrekking heeft op de toepasselijkheid en gelding van algemene voorwaarden (hierna: Opinion 13).

Ingevolge deze regels maken de algemene voorwaarden deel uit van de overeenkomst als:

42

- 1) partijen ten tijde van het sluiten van de overeenkomst uitdrukkelijk of stilzwijgend met het incorporeren van die voorwaarden in de overeenkomst hebben ingestemd én
- 2) de wederpartij van de gebruiker van die voorwaarden een redelijke gelegenheid heeft gehad van die voorwaarden kennis te nemen.

Uit Opinion 13 blijkt dat niet steeds vereist is dat de algemene voorwaarden ten tijde van het aangaan van de overeenkomst ter hand worden gesteld of worden toegestuurd:

43

«BLACK LETTER RULES

(...) 3. Amongst others, a party is deemed to have had a reasonable opportunity to take notice of the standard terms:

3.1. Where the terms are attached to a document used in connection with the formation of the contract or printed on the reverse side of that document;

3.2. Where the terms are available to the parties in the presence of each other at the time of negotiating the contract;

3.3. Where, in electronic communications, the terms are made available to and retrievable electronically by that party and are accessible to that party at the time of negotiating the contract;

3.4. Where the parties have had prior agreements subject to the same standard terms. (...).»

Toepassing van deze regels leidt in het onderhavige geval tot het volgende.

44

4.7.2.

45

Tussen partijen is niet in geschil dat StaRo bij al haar bestellingen haar algemene inkoopvoorwaarden van toepassing heeft verklaard, door steeds zowel in de e-mail als in het bestelformulier te vermelden dat zij de bestelling op basis van haar inkoopvoorwaarden doet, onder de vermelding dat de algemene voorwaarden te raadplegen zijn op haar website (zie r.o. 4.1. sub d).

Voorts is niet in geschil dat deze inkoopvoorwaarden op de betreffende website staan vermeld en daar kunnen worden gedownload. Tevens is niet in geschil, dat partijen veelvuldig elektronisch met elkaar communiceerden en contracteerden (onder meer per e-mail en WhatsApp berichten, zie r.o. 4.1. sub b.) en internationaal opererende bedrijven zijn. Gezien hetgeen onder punt 3.3. van Opinion 13 staat vermeld ingeval van elektronisch communiceren, geldt dat Merwestaal een redelijke gelegenheid heeft gehad om van de voorwaarden van StaRo kennis te nemen.

46

Verder geldt, dat ook Merwestaal haar algemene verkoopvoorwaarden van toepassing heeft verklaard, door bij opdrachtbevestigingen daarnaar te verwijzen en deze per e-mail bij te voegen. Derhalve heeft ook Merwestaal aan StaRo een redelijke gelegenheid geboden om van haar voorwaarden kennis te nemen in vorenbedoelde zin. Nu door beide partijen is voldaan aan de vereisten als vermeld onder punt 1) en 2) als hiervoor in r.o. 3.7.4 is overwogen, geldt – in beginsel – dat beide sets algemene voorwaarden van toepassing zijn op de betreffende overeenkomsten en is er derhalve sprake van een «battle of forms». Waar beide sets algemene voorwaarden conflicteren, dient dat te worden beslecht aan de hand van het bepaalde in regel 10 bij Opinion 13, die luidt:

47

«(...). Where both parties seek to incorporate standard terms and reach agreement except on those terms, a contract is concluded on the basis of the negotiated terms and of any standard terms which are common in substance unless one party clearly indicates in advance, or later on but without undue delay, objects to the conclusion of the contract on that basis.(...)»

Mitsdien geldt dus de zogenoemde «knock-out rule»: algemene voorwaarden zijn toepasselijk voor zover zij verenigbaar zijn, conflicterende algemene voorwaarden zijn niet van toepassing. Dit laatste is slechts anders indien een partij daartegen tijdig en expliciet protesteert. Daartoe volstaat niet om dit in de eigen algemene voorwaarden te doen (zie regel 10.8 bij Opinion 13). In het licht van het vorenstaande, kan Merwestaal niet worden gevolgd in haar betoog, dat

48

enkel de laatst ingeroepen set algemene voorwaarden van toepassing is – zijnde die van Merwestaal – en dat het toezenden van haar eigen set algemene voorwaarden moet worden gezien als een verwerping van die van StaRo.

4.7.3.

Toepassing van voornoemde knock-out rule leidt er (onder meer) toe, dat de volgende bepalingen uit de beide sets algemene voorwaarden tegen elkaar wegvallen.

Met betrekking tot de bevoegdheid van de Nederlandse rechter: de arbitrageclausule in artikel 18.2 van de algemene verkoopvoorwaarden van Merwestaal bepalen dat er een arbitrageprocedure gevolgd moet worden in Den Haag, terwijl uit artikel 9 van de algemene voorwaarden van StaRo volgt dat geschillen moeten worden voorgelegd aan het gerecht in Seevetal (Duitsland). Deze conflicterende bepalingen dienen conform de knock-out rule tegen elkaar weggestreept te worden, zodat partijen geen rechtsgeldige forumkeuze hebben gemaakt en de Nederlandse rechter bevoegdheid behoud conform hetgeen hiervoor reeds is overwogen in r.o. 4.5..

Ten aanzien van het toepasselijk recht geldt, dat de algemene voorwaarden van beide partijen het Weens Koopverdrag van toepassing achten, zodat hetgeen dienaangaande is overwogen eveneens in stand blijft. Wat het aanvullend recht betreft, zou krachtens de algemene verkoopvoorwaarden van Merwestaal Nederlands recht moeten worden toegepast, terwijl dit volgens de algemene inkoopvoorwaarden van StaRo Duits recht zou moeten zijn. Mitsdien vallen deze conflicterende bepalingen tegen elkaar weg krachtens de knock-out rule, zodat – conform het overwogene in r.o. 4.6. – Nederlands recht toepasselijk blijft ingevolge artikel 4 lid 1 sub a. van Rome I Vo.

4.8.

Ter zake de in conventie gevorderde voldoening van de openstaande factuurbedragen, geldt dat met betrekking tot een voorziening in kort geding, bestaande in veroordeling tot betaling van een geldsom, terughoudendheid op zijn plaats is. De rechter zal daarbij niet alleen hebben te onderzoeken of het bestaan van een vordering van de eiser op de gedaagde voldoende aannemelijk is, maar ook of daarnaast sprake is van feiten en omstandigheden die meebrengen dat uit hoofde van onverwijlde spoed een onmiddellijke voorziening is vereist, terwijl de rechter in de afweging van de belangen van partijen mede zal hebben te betrekken de vraag naar – kort gezegd – het risico van onmogelijkheid van terugbetaling, welk risico kan bijdragen tot weigering van de voorziening.

4.9.

Vast staat dat StaRo in de periode januari 2017 tot en met juni 2017 bij Merwestaal zeven bestellingen voor grote partijen staalplaten heeft gedaan, in totaal voor een tonnage van 1850,85 metrische ton (mt) tegen een factuurwaarde van € 647.572,79. Voorts is tussen partijen niet in geschil dat van dit totaalbedrag StaRo een bedrag van € 371.027,51 onbetaald heeft gelaten. In zoverre heeft StaRo derhalve de omvang en verschuldigdheid van het openstaande factuurbedrag als zodanig niet betwist, met uitzondering van de verschuldigdheid van de factuur met nummer 8242 ten bedrage van € 7.737,46. StaRo heeft ter zitting gemotiveerd aangevoerd dat deze factuur ziet op opslagkosten en dat partijen – hoewel zij hierover wel

contact hebben gehad – het in rekening brengen van deze kosten nimmer zijn overeengekomen, zodat de verschuldigdheid van deze factuur door StaRo wordt betwist. Merwestaal heeft op haar beurt voornoemd verweer van Staro niet weersproken, zodat van de juistheid daarvan moet uitgegaan en het factuurbedrag van € 7.737,46 niet voor toewijzing in aanmerking komt. Nu StaRo de gevorderde overige openstaande factuurbedragen als zodanig niet heeft betwist – doch stelt dat zij wegens een verrekenbare tegenvordering niet tot voldoening daarvan gehouden is – is in zoverre aan voornoemd criterium met betrekking tot het bestaan en de omvang van de vordering voldaan. Dit brengt met zich dat een bedrag van € 363.290,05 (€ 371.027,51 minus € 7.737,46) in beginsel toewijsbaar is in conventie.

4.9.1.

Naar mate het bestaan van een vordering in kort geding meer aannemelijk wordt geacht, kan aan het spoedeisend belang bij deze vordering – als ware zij communicerende vaten – minder gewicht worden toegekend. Hetzelfde geldt in beginsel ten aanzien van het restitutierisico. Nu de verschuldigdheid van voornoemd bedrag als zodanig niet is betwist, is de voorzieningenrechter in beginsel van oordeel dat Merwestaal voldoende gemotiveerd heeft aangegeven spoedeisend belang te hebben bij haar vordering. In het licht van het vorenstaande, is de betwisting daarvan zijdens StaRo ontoereikend om tot een andersluidend oordeel te komen. Ook ter zake het restitutierisico geldt – nu het bestaan van de vordering van Merwestaal tot voornoemd bedrag in beginsel voldoende aannemelijk is – dat de verwachting gerechtvaardigd is, dat dit bedrag ook in een eventuele bodemprocedure toewijsbaar zal zijn. Voor zover er al sprake zou zijn van enig restitutierisico – hetgeen StaRo ontoereikend heeft onderbouwd en derhalve onvoldoende aannemelijk is – legt dit om die reden onvoldoende gewicht in de schaal om op die grond niet over te gaan tot toewijzing van het onbetwiste bedrag aan openstaande facturen. Het vorenstaande is slechts anders bij een processueel voldoende liquide tegenvordering, ter hoogte van het toewijsbaar geachte bedrag.

54

4.10.

StaRo legt aan haar reconventionele vordering ten grondslag, dat Merwestaal aansprakelijk is voor de door haar geleden schade ten bedrage van € 216.000,-, welk bedrag zij wenst te verrekenen met de openstaande facturen van Merwestaal.

55

Merwestaal heeft zich onder meer tegen deze vordering verweerd met een beroep op haar algemene verkoopvoorwaarden, waarin in artikel 7.2. is bepaald dat de koper niet mag verrekenen. Dit verweer treft geen doel, nu onder de algemene inkoopvoorwaarden van StaRo verrekening wel wordt toegestaan (artikel III lid 5), zodat de knock-out rule met zich brengt dat voornoemde bepalingen tegen elkaar wegvallen. Derhalve dient het beroep op verrekening beoordeeld te worden naar Nederlands recht. Ingevolge artikel 6:127 lid 2 BW heeft een schuldenaar de bevoegdheid tot verrekening, wanneer hij een prestatie te vorderen heeft die beantwoordt aan zijn schuld jegens dezelfde wederpartij en hij bevoegd is zowel tot betaling van de schuld als tot het afdwingen van de betaling van de vordering. Bij een rechtsgeldig beroep op verrekening gaan beide verbintenissen tot hun gemeenschappelijk beloop teniet (artikel 6:127 lid 1 BW). Ingevolge artikel 6:136 BW kan de rechter een vordering – ondanks een beroep op verrekening – toewijzen, indien de gegrondheid van dit verrekeningsverweer niet op eenvoudige wijze is vast te stellen en de vordering overigens voor toewijzing vatbaar

56

is. In het geval dat de gegrondheid van het bij wijze van verweer gedane beroep op verrekening met de gestelde tegenvordering niet op eenvoudige wijze is vast te stellen, is deze tegenvordering niet processueel liquide. In die situatie dient het beroep op verrekening niet te worden gehonoreerd, nu niet aan de vereisten van artikel 6:136 BW is voldaan.

4.11.

Vast staat dat partijen zijn overeengekomen dat de partij staal met bestelnummer 68216 door Merwestaal behoorde te worden geleverd in week 27 (3 tot 7 juli 2017), dat Merwestaal deze afgesproken leverdatum niet heeft gehaald en dat haar door StaRo meermaals een redelijke termijn is geboden om alsnog na te komen, met een laatst overeengekomen finale termijn voor levering door Merwestaal tot 20 oktober 2017. Vast staat voorts, dat levering op die datum eveneens is uitgebleven. Voor zover Merwestaal heeft willen betogen dat zij vóór het verstrijken van die termijn bij email van 5 oktober 2017 reeds een rechtsgeldig beroep op opschorting heeft gedaan, kan zij daarin niet worden gevolgd. Gelet op de omstandigheid, dat aan Merwestaal herhaaldelijk een nieuwe termijn voor nakoming is geboden, terwijl zij aan StaRo geen concrete datum aan kon geven waarop levering daadwerkelijk zou plaatsvinden, lag het op de weg van Merwestaal om bij een beroep op opschorting voldoende duidelijk mede te delen dat en op welke grond zij opschort en dat zij bij nakoming zijdens StaRo ook harerzijds zal nakomen. Merwestaal heeft dit echter nagelaten. In de email van 5 oktober 2017 schrijft de advocaat van Merwestaal aan StaRo:

«(...) the time limit of 20 October has not lapsed. It highly surprises me how you can expect my client to deliver anymore material given the very high outstanding amount for previous deliveries. (...) our correspondence so far gives very little comfort you will be able and willing to fulfil your payment obligations (...). Our client is therefore forced to protect its interest by taking debt collecting measures without any further delay. (...) In the meantime, our client remains open for practical solutions, such as indeed by agreeing on a guaranteed delivery of order 68216 (...) against a guarantee by a first class bank for the full purchase price (subject to further details and without prejudice). However, a pre-condition for such scenario will be that guarantees are also given as to the invoices in arrears. (...).»

Uit de inhoud van deze e-mail volgt niet voldoende duidelijk dat Merwestaal zich op opschorting beroept en op welke grond zij dat doet, terwijl zij aan de nakoming/levering harerzijds nieuwe condities verbindt, zoals het stellen van een bankgarantie door StaRo, waarmee StaRo niet akkoord is gegaan. In het licht van die omstandigheden, wordt voorshands geoordeeld dat er zijdens Merwestaal geen rechtsgeldig beroep op opschorting gedaan.

Ook het verweer van Merwestaal, dat de overeengekomen leverdatum niet fataal is, maar slechts een streefdatum behelst, treft geen doel. De verwijzing naar artikel 6 van de algemene voorwaarden van Merwestaal – waarin is bepaald dat een levertijd nooit gegarandeerd is – kan haar niet baten, nu in de algemene voorwaarden van StaRo een levertermijn wel als verbindend wordt aangemerkt (artikel IV lid 1) waardoor deze bepalingen worden getroffen door de knock-out rule en geen onderdeel vormen van de overeenkomst. Bovendien geldt, dat voor zover week 27 (3 tot 7 juli 2017) geen fatale leverdatum zou zijn geweest, dit in ieder geval wel geldt voor de door StaRo nadien gestelde redelijke termijnen, te weten 25 augustus 2017,

57

58

59

20 september 2017 en 20 oktober 2017. Laatstgenoemde datum is door Merwestaal bevestigd als finale leveringsdatum. Bij gebreke van levering heeft StaRo bij brief van 27 oktober 2017 de koop met Merwestaal rechtsgeldig ontbonden en Merwestaal aansprakelijk gesteld voor de door haar geleden schade. Dat Merwestaal nadien (op 8 november 2017) heeft aangeboden om een vervangende partij staal te leveren aan StaRo, kan haar evenmin baten, nu de koopovereenkomst toen reeds rechtsgeldig was ontbonden en voorts niet is voldaan aan de aan deze vervangende koop verbonden voorwaarde van StaRo, dat haar afnemer Helwich zich daarmee zou kunnen verenigen.

4.12.

Gezien het vorenoverwogene is Merwestaal voorshands aansprakelijk voor de door StaRo geleden schade ten gevolge van de uitgebleven levering. Veroordeling tot voldoening van deze schade en verrekening daarvan met het openstaande factuurbedrag kan echter slechts plaatsvinden voor zover de omvang van de schade genoegzaam vast staat en het (dus) gaat om een processueel liquide tegenvordering.

StaRo stelt dat haar schade bestaat uit de kosten ter zake de dekkingskoop van € 270,- per ton, de misgelopen winstmarge van Helwich van € 35,- per ton en de misgelopen winstmarge van StaRo ten bedrage van € 55,- per ton. Volgens StaRo bedraagt haar schade derhalve € 360,- per ton, te vermenigvuldigen met 600 ton van de totale bestelling, hetgeen resulteert in een bedrag van € 216.000,- (€ 360,- x 600 ton = € 216.000,-).

Merwestaal heeft de schade ter zake de dekkingskoop weersproken door onder meer aan te voeren dat uit productie 9 bij conclusie van antwoord volgt, dat de dekkingskoop is gedateerd op 8 juni en is afgestempeld op 12 juni 2017, derhalve nog ruim voor verstrijken van de levertermijn onder het contract met StaRo. Voorts heeft Merwestaal betwist dat de dekkingskoop daadwerkelijk is gerealiseerd, geleverd, afgenomen en betaald.

Uit het vorenstaande volgt, dat Merwestaal de beweerdelijk geleden schade door StaRo ter zake de dekkingskoop gemotiveerd heeft bestreden. Daarbij komt, dat uit de overgelegde stukken ter zake de dekkingskoop (productie 9 zijdens StaRo) niet (genoegzaam) volgt wie, wat, wanneer heeft gekocht tegen welke prijs. Dit – in samenhang bezien met voornoemde gemotiveerde betwisting zijdens Merwestaal – brengt met zich dat het bestaan en de omvang van de schade ter zake de dekkingskoop niet genoegzaam is komen vast te staan, waardoor het (dus) gaat om een processueel niet liquide tegenvordering die niet voor verrekening in aanmerking komt omdat niet aan de vereisten van artikel 6:136 BW is voldaan.

Met betrekking tot de beweerdelijk door Helwich geleden schade die zij aan StaRo in rekening heeft gebracht, heeft Merwestaal aangevoerd dat StaRo volgens haar eigen algemene voorwaarden (artikel IV sub 1, 2 en VI sub 5 slot) niet aansprakelijk is voor deze – gepretendeerde – misgelopen winstmarge zijdens Helwich, waarvan Merwestaal voorts het bestaan en de omvang betwist. Aldus geldt ook hier, dat Merwestaal deze schadepost gemotiveerd heeft bestreden, terwijl voorts uit de overgelegde stukken niet inzichtelijk wordt, welke prijs Helwich met haar afnemer is overeengekomen, bij gebreke waarvan de winstmarge van Helwich niet kan worden bepaald. Derhalve dient ter zake deze schadepost eveneens te worden geoor-

60

61

62

63

64

deeld dat het bestaan en de omvang daarvan niet genoegzaam is komen vast te staan, waardoor het (dus) gaat om een processueel niet liquide tegenvordering die niet voor verrekening in aanmerking komt.

Aangaande de misgelopen winstmarge van StaRo ten bedrage van € 55,- per ton geldt, dat uit productie 7 zijdens StaRo volgt dat Helwich 600 ton staal heeft besteld bij StaRo voor een prijs van € 392,50 per m/ton. Blijkens productie 26 zijdens StaRo heeft Merwestaal deze partij staal aan StaRo verkocht voor een prijs van € 337,50 per m/ton. Het verschil is derhalve € 55,- per m/ton x 600 is € 33.000,-. Merwestaal heeft op haar beurt onvoldoende betwist dat dit schade is in de zin van verlies van winst, noch de omvang van de misgelopen winstmarge zijdens StaRo bestreden. Derhalve geldt hier, dat het bestaan en de omvang van deze schadepost genoegzaam is komen vast te staan, waardoor dit deel van de schade processueel liquide is en bij wijze van tegenvordering voor verrekening in aanmerking komt. Voor zover Merwestaal zich tegen toewijzing van dit bedrag heeft willen verweren door zich te beroepen op artikel 12 van haar algemene voorwaarden, waarin zij haar aansprakelijkheid heeft uitgesloten/beperkt, geldt dat gezien de andersluidende bepalingen in de algemene voorwaarden van StaRo, toepassing van de knock-out rule met zich brengt dat deze bepalingen geen onderdeel vormen van de overeenkomst, zodat Merwestaal zich niet rechtsgeldig op artikel 12 kan beroepen.

65

4.13.

Op basis van al het vorenoverwogene luidt de conclusie dan ook, dat de hoofdsom in conventie toewijsbaar is tot een bedrag van € 330.290,05 (€ 336.290,05 minus € 33.000,-). De verschuldigheid van de wettelijke handelsrente ex artikel 6:119a BW vanaf de diverse vervaldata van de openstaande facturen – met inachtneming van de tussen partijen overeengekomen betalingstermijn van 60 dagen tot aan de datum van de rechtsgeldige ontbinding d.d. 27 oktober 2017 – is overigens door StaRo niet betwist, zodat dit voor toewijzing in aanmerking komt. Dat geldt niet voor de gevorderde contractuele boete van 10% over de hoofdsom wegens te late betaling ex artikel 14.2 van de algemene voorwaarden van Merwestaal. De algemene voorwaarden van StaRo kennen immers een andersluidende bepaling (artikel III.4), zodat toepassing van de knock-out rule met zich brengt dat deze bepaling niet succesvol door Merwestaal kan worden ingeroepen. Bovendien verhoudt deze contractuele boete wegens te late betaling zich niet met de eveneens gevorderde wettelijke handelsrente die reeds wordt geacht het nadeel van te late betaling te compenseren, zoals blijkt uit het bepaalde in artikel 6:92 lid 2 BW, waaruit volgt dat hetgeen krachtens een boetebeding verschuldigd is, in de plaats treedt van de schadevergoeding op grond van de wet. De gevorderde contractuele boete van 10% over de hoofdsom zal dan ook worden afgewezen.

66

Merwestaal maakt voorts aanspraak op vergoeding van buitengerechtelijke (incasso)kosten ten bedrage van € 23.562,60. Dit bedrag komt evenmin voor toewijzing in aanmerking. Waar Merwestaal de verschuldigheid van dit bedrag baseert op haar algemene voorwaarden, geldt ook hier dat de algemene voorwaarden van StaRo een andersluidende bepaling kennen, zodat de knock-out rule in de weg staat aan een succesvol beroep van Merwestaal op deze bepaling. Ook voor toewijzing van buitengerechtelijke (incasso)kosten op grond van de wet (artikel 6:96 lid 2 sub c BW) is geen plaats, nu Merwestaal niet (gemotiveerd) heeft gesteld dat er kosten zijn gemaakt die betrekking hebben op verrichtingen die meer omvatten dan die waarvoor de

67

proceskosten-veroordeling een vergoeding pleegt in te sluiten, noch een omschrijving heeft gegeven van eventueel door haar verrichte buitengerechtelijke (incasso)werkzaamheden.

Ten slotte heeft Merwestaal subsidiair nog gevorderd – voor zover de hoofdsom niet voor toewijzing in aanmerking komt – om verlof te verkrijgen voor het doen leggen van conservatoir beslag ten laste van StaRo in zowel Nederland als Duitsland. Nu de vordering in conventie grotendeels toewijsbaar is, behoeft dit deel van de vordering geen nadere bespreking en beslissing meer.

68

4.14.

De conclusie met betrekking tot de voorwaardelijke reconventionele vordering luidt, dat deze gelet op de verrekening in conventie tot een bedrag van € 33.000,- niet is ingesteld. Voor het meerdere is de reconventionele vordering wel ingesteld, maar geldt dat deze niet voldoet aan het criterium voor toewijzing van een geldvordering in kort geding als weergegeven in r.o.4.8..

69

4.15.

StaRo zal in conventie en in voorwaardelijke reconventie als de grotendeels in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld. Deze kosten worden aan de zijde van Merwestaal worden in conventie tot op heden begroot op een bedrag van:

70

- griffierecht:	€ 3.946,00
- dagvaardingskosten:	€ 169,95
- salaris advocaat:	€ 816,00
Totaal:	€ 4.931,95

De proceskosten in voorwaardelijke reconventie vloeien zodanig voort uit de kosten gemaakt in conventie dat deze op nihil worden gesteld.

5 De beslissing

De voorzieningenrechter

71

In conventie

5.1.

veroordeelt StaRo om aan Merwestaal tegen behoorlijk bewijs van kwijting te betalen een bedrag van € 330.290,05 (zegge: driehonderddertigduizend en tweehonderdnegentig euro en vijf euro cent) ter zake van de koopprijs van geleverd staal, te vermeerderen met de wettelijke handelsrente ex artikel 6:119a BW vanaf de diverse vervaldatum van de openstaande facturen, met inachtneming van de tussen partijen overeengekomen betalingstermijn van 60 dagen, tot aan de datum van de rechtsgeldige ontbinding d.d. 27 oktober 2017;

5.2.

veroordeelt StaRo in de proceskosten, die tot op heden aan de zijde van Merwestaal worden berekend op een bedrag van € 4.931,95;

5.3.
verklaart de veroordelingen onder 5.1. en 5.2. uitvoerbaar bij voorraad;

5.4.
wijst af het meer of anders gevorderde;

In voorwaardelijke reconventie

5.5.
wijst de vordering af;

5.6.
veroordeelt StaRo in de proceskosten, die tot op heden aan de zijde van Merwestaal worden bepaald op nihil.

Dit vonnis is gewezen door mr. Van den Heuvel en in het openbaar uitgesproken op 8 maart 2018.