

Nr. 86
RB. DORDRECHT
30 juli 2008
(m.nt. EHH)

(Cooks/Duits/Osram)

Beëindiging samenwerkingsovereenkomst reclamebureau/adverteerder. Contractuele bepaling met betrekking tot minimale vergoeding gedurende de opzegtermijn. Beroep daarop door adverteerder niet te kwader trouw, noch in strijd met de redelijkheid en billijkheid. Uitleg van het begrip 'inkomen' conform gebruiken in de reclame beroepsgroep. Verklaring voor recht dat de samenwerkingsovereenkomst rechtsgeldig is opgezegd door het reclamebureau en dat Osram tot betaling van de overeengekomen vergoeding is gehouden.

De besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid *Cooks Incorporated B.V.*, voor 1 november 2007 handelende onder de naam *D.U.I.T.S. Reclame & Marketing B.V.*, gevestigd te Dordrecht, eiseres,
adv. en proc.: mr. W.T.M. Uilhoorn, tegen
de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid *Osram Benelux B.V.*, gevestigd te Capelle aan den IJssel, gedaagde,
adv.: mr. M.A. Goedkoop,
proc.: mr. J.A. Visser.

1. De procedure

(...)

2. De feiten

2.1. Cooks/Duits is een reclame- en marketingbureau te Dordrecht. Osram is importeur van en groothandel in elektrische en andere lampen en gelijksoortige stralingsbronnen verband houdende met verlichting, belichting, fotografie, geneeskunde en verwarming. Tussen partijen is op 30 mei 2005 een samenwerkingsafpraak (hierna: de overeenkomst) tot stand gekomen, in welk kader Cooks/Duits diensten aan Osram zou verlenen op het terrein van commerciële marketingcommunicatie.

2.2. In de overeenkomst is onder meer het volgende bepaald (Cooks/Duits wordt 'het

bureau' en Osram wordt 'de opdrachtgever' genoemd):

(...)

8. Honorering, facturering en betaling

(...)

8.5. Het bureau is gerechtigd aan de aan opdrachtgever gefactureerde omzet 5% winst voor belasting over te houden, zijnde de gefactureerde omzet met aftrek van externe kosten en interne kosten.

(...)

10. *Conflicting accounts*

(...)

10.2. Tijdens de duur van deze overeenkomst is de opdrachtgever niet gerechtigd opdrachten zoals gespecificeerd in de bijlage bij deze overeenkomst e/o in enige opdracht voortvloeiende uit of gebaseerd op deze overeenkomst werkzaamheden op te dragen aan andere bureaus, tenzij partijen op enig moment uitdrukkelijk anders overeenkomen.

13. Duur

13.1. Deze overeenkomst wordt aangegaan voor onbepaalde tijd. Iedere partij kan de overeenkomst schriftelijk opzeggen, met een opzegtermijn van 3 maanden. Tijdens de opzegtermijn blijven de lopende verplichtingen van de opdrachtgever en het bureau van kracht. De honorering van het bureau is gedurende deze periode per maand ten minste gelijk aan het 1/12 deel van het inkomen dat het bureau gedurende het voorafgaande kalenderjaar van de opdrachtgever heeft genoten.

13.2. Ieder der partijen heeft het recht deze overeenkomst tussentijds, met onmiddellijke ingang en zonder gerechtelijke tussenkomst op te zeggen, indien de andere partij zodanig aantoonbaar tekort is geschoten in de nakoming van haar verplichtingen en dit ook niet binnen een redelijke termijn alsnog kan worden hersteld. Tussentijdse beëindiging laat de verplichting tot schadevergoeding door de andere partij onverlet.
(...)

2.3. In het jaar 2006 heeft Cooks/Duits op de account Osram een totaal inkomen genoten van € 140 093.

2.4. Tijdens een bespreking op 2 februari 2007 tussen Martin Kok van Cooks/Duits en Ronald Moeskops van Osram heeft laatstgenoemde namens Osram aan Cooks/Duits medegedeeld dat in 2007 geen opdrachten aan Cooks/Duits zullen worden verstrekt.

2.5. Bij brief van 6 februari 2007 heeft Cooks/Duits aan Osram het volgende medegedeeld:

(...) Ronald heeft mij duidelijk gemaakt, dat er in 2007 geen reguliere projecten (...) zullen worden uitbesteed aan D.U.I.T.S. (...) Mogelijk kan er in de loop van het jaar een ad-hoc project ontstaan, waarvoor de inbreng van D.U.I.T.S. gevraagd wordt, maar enige zekerheid hierover is nog niet gegeven.

Deze situatie overziende lijkt mij de conclusie gerechtvaardigd, dat Osram Benelux heeft bevestigd zich niet te conformeren aan de gemaakte afspraken,

zoals vastgelegd in de getekende overeenkomst van 30 mei 2005. Een beëindiging van deze overeenkomst lijkt mij dan ook een logische stap.

Ik zou graag op korte termijn van u horen, of u mijn conclusie deelt en zo ja, wat uw voorstel is met betrekking tot de financiële afwikkeling. (...)

2.6. Cooks/Duits heeft Osram bij aangetekende brief van 16 februari om een reactie verzocht op de in 2.4 genoemde brief.

2.7. Bij aangetekende brief van 9 maart 2007 heeft Cooks/Duits aan Osram het volgende medegedeeld:

(...) Nu uw reactie is uitgebleven rest mij niets anders dan tot het volgende over te gaan.

De overeenkomst tussen Osram Benelux B.V. en D.U.I.T.S. Reclame & Marketing B.V. wordt bij deze opgezegd met inachtneming van de overeengekomen termijn van 3 maanden (art. 13.1 samenwerkingsafpraak) vanaf heden. (...)

Het bruto inkomen in 2006 op het account Osram bedroeg € 140 093. Graag treed ik met u in overleg over de verdere afwikkeling van de samenwerkingsafpraak en de wijze van betaling. (...)

2.8. Cooks/Duits heeft een factuur, gedateerd 2 juli 2007, ad € 41 677,37 (inclusief btw) aan Osram gestuurd. Op 3 augustus 2007 heeft Cooks/Duits Osram een betalingsherinnering gestuurd. Osram heeft de factuur onbetaald gelaten.

3. Het geschil

3.1. Cooks/Duits vordert dat de rechtbank bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad:

- voor recht zal verklaren dat de samenwerkingsafpraak tussen Cooks/Duits en Osram rechtsgeldig is opgezegd, de overeenkomst per 12 juni 2007 is beëindigd en dat Osram tot betaling van de in de samenwerkingsovereenkomst overeengekomen vergoeding is gehouden;
- Osram zal veroordelen om aan Cooks/Duits tegen behoorlijk bewijs van kwijting te betalen een bedrag van € 35 023, te vermeerderen met 19% btw, zijnde € 41 677,37, te vermeerderen met de wettelijke handelsrente ex art. 119a BW vanaf 3 augustus 2007 tot aan de dag der algehele voldoening;
- Osram zal veroordelen in de voldoening van de buitengerechtelijke kosten ten bedrage van € 1788, te vermeerderen met de wettelijke handelsrente ex art. 119a BW vanaf 2 juli 2007, althans vanaf de dag der dagvaarding tot aan de dag der algehele voldoening;
- Osram zal veroordelen in de kosten van de procedure.

3.2. Cooks/Duits legt aan haar vordering ten grondslag dat Osram haar verplichtingen uit

hoofde van de overeenkomst dient na te komen. Nu Osram geen opdrachten meer aan Cooks/Duits wilde verstrekken en niet heeft gereageerd op haar brieven, heeft Cooks/Duits de overeenkomst bij brief van 9 maart 2007 rechtsgeldig mogen opzeggen. De overeenkomst is met inachtneming van de overeengekomen opzegtermijn van 3 maanden per 12 juni 2007 beëindigd. Op grond van art. 13.1 van de overeenkomst heeft Cooks/Duits gedurende de opzegtermijn maandelijks recht op 1/12 deel van het inkomen dat Cooks/Duits gedurende het voorgaande kalenderjaar van Osram heeft genoten, zijnde € 140 093, zodat Osram aan Cooks/Duits een bedrag van (€ 140 093 x 3/12) € 35 023 (exclusief btw) verschuldigd is.

3.3. Osram voert ten verveere aan dat Cooks/Duits slecht werk heeft geleverd. Partijen gingen er beide van uit dat de samenwerking eind 2006 feitelijk was beëindigd. Door een beroep te doen op art. 13.1 van de overeenkomst handelt Cooks/Duits te kwader trouw. De redelijkheid en billijkheid staan eraan in de weg dat Cooks/Duits een beroep kan doen op voornoemd artikel, althans dat zij gerechtigd zou zijn tot de daarin genoemde vergoeding. Zij heeft immers niet de kwaliteit geleverd die zij heeft beloofd. Voor zover zij wel gerechtigd zou zijn tot enige vergoeding, wordt in art. 13.1 met 'inkomen' niet het door Cooks/Duits berekende bedrag bedoeld, maar gemist inkomen in de zin van de art. 8.5 genoemde winstderving. Meer subsidiair meent Osram dat het recht op vergoeding moet worden beperkt.

4. De beoordeling

Artikel 13.1

4.1. Het gaat in dit geding om de vraag of Cooks/Duits met recht een beroep mag doen op art. 13.1 van de overeenkomst. Als onbetwist staat vast dat tussen partijen op 30 mei 2005 een overeenkomst is gesloten, waarin de condities zijn afgesproken met betrekking tot de samenwerking die partijen wensten aan te gaan. In de overeenkomst hebben partijen onder meer vastgelegd op welke wijze de samenwerking kan worden beëindigd. Gesteld noch gebleken is dat Osram enig voorbehoud heeft gemaakt ten aanzien van de in de overeenkomst genoemde bepalingen, meer in het bijzonder art. 13.1.

4.2. Osram voert aan dat Cooks/Duits kwalitatief ondermaats werk leverde. Zij heeft daar echter kennelijk, en om haar moverende redenen, niet de conclusie aan verbonden de overeenkomst met inachtneming van de in de overeenkomst genoemde voorwaarden te beëindigen, maar heeft aan Cooks/Duits simpelweg te kennen gegeven haar geen

opdrachten meer te verstrekken. Cooks/Duits heeft uit deze omstandigheid mogen concluderen dat de overeenkomst feitelijk niet langer in stand bleef en heeft op grond hiervan de overeenkomst rechtsgeldig mogen beëindigen, met inachtneming van de overeengekomen voorwaarden. Immers, in art. 13.1 van de overeenkomst is bepaald dat gedurende de opzegtermijn de lopende verplichtingen van partijen van kracht blijven, waarbij een grens is gesteld aan de minimaal door opdrachtnemer te ontvangen honorering. Aan (de hoogte van) deze honorering is niet de voorwaarde gesteld dat door opdrachtnemer voldoende kwaliteit wordt geleverd. Overigens komt in geval van ondeugdelijk presteren partijen op grond van art. 13.2 het recht toe de overeenkomst met onmiddellijke ingang te beëindigen, een weg die Osram klaarblijkelijk niet heeft willen bewandelen. Niet valt in te zien waarom Cooks/Duits te kwader trouw zou zijn door een beroep te doen op de tussen partijen gemaakte afspraken. Verder is niet gebleken dat Cooks/Duits dermate slecht zou hebben gepresteerd dat toepassing van art. 13.1 in deze omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.

4.3. Nu Osram ook overigens geen feiten en omstandigheden heeft aangevoerd die, mits bewezen, ertoe zouden moeten leiden dat de bepalingen van de overeenkomst in dit geval niet zouden gelden, zal de onder (a) gevorderde verklaring voor recht worden toegevoerd.

Het begrip 'inkomen'

4.4. Bij de beantwoording van de vraag wat onder het begrip 'inkomen' moet worden verstaan dient te worden gelet op de bewoordingen van de overeenkomst en de context waarin dit begrip moet worden gezien. Daarbij zijn van belang de tussen partijen gemaakte afspraken en de gebruiken die in de onderhavige beroepsgroep gelden.

4.5. In art. 13.1 wordt gesproken over 'inkomen' en 'honorering' en niet over 'winst (derving)' of 'schadevergoeding'. Gelet op de tussen partijen sedert 2005 bestaande samenwerking, waarbij – zoals Osram niet heeft weersproken – Cooks/Duits de nodige investeringen heeft gedaan, betreft het hier een vergoeding die erop is gericht de opdrachtnemer gedurende de opzegtermijn van een inkomen te verzekeren, zodat in ieder geval in die periode de interne kosten worden gedekt. Niets wijst erop dat aansluiting moet worden gezocht bij het in art. 8.5 van de overeenkomst bepaalde, zoals door Osram is gesuggereerd.

4.6. Het begrip 'inkomen' dient derhalve, anders dan Osram meent, niet te worden opgevat als winstderving, maar als de door

Cooks/Duits aan Oram gefactureerde bedragen minus de externe kosten. Cooks/Duits heeft, na daartoe in de gelegenheid te zijn gesteld, het begrip 'inkomen' onderbouwd met een document dat geldt voor leden van de VEA. Osram heeft geen valide redenen gegeven om de in dit stuk gegeven omschrijving van het begrip 'inkomen' in de onderhavige branche (reclame/communicatie) niet te volgen.

4.7. Gelet op het voorgaande ligt de onder (b) gevorderde vergoeding voor toewijzing gereed.

De buitengerechtelijke incassokosten

4.8. Nu uit de stellingen van Cooks/Duits onvoldoende blijkt dat de aan dit geding voorafgaande verrichtingen meer hebben omvat dan de verrichtingen waarvoor de in art. 237-240 Rv bedoelde kosten een vergoeding plegen in te sluiten, zal het gevorderde bedrag aan buitengerechtelijke kosten worden afgewezen.

De proceskosten

4.9. Als de grotendeels in het ongelijk gestelde partij zal Osram in de proceskosten worden veroordeeld.

(Volgt proceskostenvaststelling, *bem*)

5. De beslissing

De rechtbank

I. verklaart voor recht dat de samenwerkingsafpraak tussen Cooks/Duits en Osram rechtsgeldig is opgezegd, de overeenkomst per 12 juni 2007 is beëindigd en dat Osram tot betaling van de in de samenwerkingsovereenkomst overeengekomen vergoeding is gehouden;

II. veroordeelt Osram om aan Cooks/Duits tegen behoorlijk bewijs van kwijting te betalen een bedrag van € 35 023, te vermeerderen met 19% btw, zijnde € 41 677,37, te vermeerderen met de wettelijke handelsrente ex art. 119a BW vanaf 3 augustus 2007 tot aan de dag der algehele voldoening;

(Volgt proceskostenveroordeling, *bem*)

(Geen hoger beroep ingesteld, *bem*)

Noot

1. De reden voor plaatsing van deze uitspraak in *IER* is gelegen in de actualiteit van het onderwerp van geschil: betaling van een minimale financiële vergoeding door de adverteerder aan het reclamebureau gedurende de opzegtermijn. Wanneer aan een (soms jarenlange) samenwerking een einde komt en de adverteerder een frisse nieuwe wind wil laten waaien door in zee te gaan met een ander reclamebureau, zijn partijen vaak gebonden aan een contractuele opzegtermijn. Meestal zes of drie maanden. In die periode is

de adverteerder vaak al bezig met de voorbereidingen van een hele nieuwe campagne, menigmaal al met het nieuwe bureau. De gebruikelijke stroom aan opdrachten eindigt dan gaandeweg de opzegtermijn, soms al per direct. Voor het reclamebureau, dat zijn menskracht heeft ingepland op de jaarlijks ingeschatte te verwachten werkzaamheden is de opzegtermijn een noodzakelijk periode om de werkzaamheden intern te herverdelen en new business binnen te halen. Immers, de interne kosten lopen ondertussen wel door. Als echter tijdens de opzegtermijn de voorheen gebruikelijke opdrachten niet gegund worden aan het oude bureau wordt de opzegtermijn de facto een lege huls.

2. Dit is de reden dat vanuit de brancheorganisatie VEA (Vereniging van communicatie adviesbureaus) in het VEA-standaardcontract een clause is opgenomen die bepaalt dat gedurende de opzegtermijn een minimale honoreringsafspraken geldt: '(...) tijdens de opzegtermijn blijven de lopende verplichtingen van de opdrachtgever en het bureau van kracht. De honorering van het bureau is gedurende deze periode per maand tenminste gelijk aan het 1/12 deel van het inkomen dat het bureau gedurende het voorafgaande kalenderjaar van de opdrachtgever heeft genoten.'

3. In de onderhavige zaak is deze bepaling in de samenwerkingsovereenkomst tussen Cools/D.U.I.T.S. en Osram overeengekomen. De rechter verklaart voor recht dat de samenwerkingsovereenkomst rechtsgeldig is opgezegd, de overeenkomst per 12 juli 2007 is beëindigd en dat Osram de overeengekomen vergoeding van 3/12 deel van het bureau-inkomen moet voldoen.

4. Het verweer van adverteerder Osram dat sprake is van toerekenbare tekortkoming worden afgewezen. In dat geval had Osram de juridische route van ontbinding van de overeenkomst moeten volgen. Het beroep door het reclamebureau op de contractuele honoreringsbepaling is evenmin te kwader trouw, noch in strijd met de redelijkheid en billijkheid.

5. Aandacht verdient de overweging dat het feit dat de adverteerder simpelweg geen opdrachten meer geeft, tot consequentie heeft dat het reclamebureau de overeenkomst van haar zijde mag opzeggen en de overeengekomen opzeggingsvergoeding mag vorderen.

6. Het begrip 'inkomen' wordt door de rechter gedefinieerd aan de hand van de tussen partijen gemaakte afspraken en de gebruiken in de beroepsgroep. Het begrip 'inkomen' c.q. 'honorering' staat in de reclamebranche voor 'gefactureerde bedragen minus externe kosten'. En dus niet 'winstderving'.

7. Te verwachten is dat in lijn met het

branchegebruik meer rechtspraak over een vergoeding gedurende de opzegtermijn zal volgen, bijvoorbeeld voor situaties dat partijen de vergoeding gedurende de opzegtermijn niet expliciet zijn overeengekomen.

EHH