

ECLI:NL:GHARL:2021:505

Instantie Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak 19-01-2021

Datum publicatie 21-01-2021

Zaaknummer 200.266.748/01

Rechtsgebieden Civiel recht

Bijzondere kenmerken Hoger beroep

Inhoudsindicatie

Vraag of de over een periode van jaren door eiser geleverde diensten deugdelijk zijn verricht. Aan de beantwoording van die vraag kan het hof alleen toekomen als die partij ten onrechte een beroep heeft gedaan op de vervalltermijn in haar algemene voorwaarden (reclame). Dat beroep slaagt. Als wordt gereclameerd na de ontdekking van gebreken, dan moet gedaagde onderbouwen en zo nodig bewijzen dat zij die gebreken redelijkerwijs niet eerder kon ontdekken. In deze verplichting is zij tekortgeschoten.

Vindplaatsen Rechtspraak.nl

Uitspraak

GERECHTSHOF ARNHEM-LEEUWARDEN

locatie Leeuwarden

afdeling civiel recht, handel

zaaknummer gerechtshof 200.266.748
(zaaknummer rechtbank Overijssel C/08/196592)

arrest van 19 januari 2021

in de zaak van

1 [appellant]

en

2 [appellante] ,

beiden wonende in [A] ,

appellanten,

bij de rechtbank: gedaagden in conventie, eisers in reconventie,

hierna: **[appellanten] c.s.**,

advocaat: mr. A.A. Bos, die kantoor houdt in Zwolle,

tegen

Alfa Accountants en Adviseurs BV,

gevestigd in Wageningen,

geïntimeerde,

bij de rechtbank: eiseres in conventie, verweerster in reconventie,

hierna: **Alfa**,

advocaat: mr. R.H. van Dijke, die kantoor houdt in Zwolle.

1 Het verloop van de procedure in hoger beroep

1.1 [appellanten] c.s. hebben hoger beroep ingesteld tegen de vonnissen die de rechtbank Overijssel in Zwolle (hierna: de rechtbank) op 17 oktober 2018 en 20 februari 2019 tussen hen en Alfa heeft gewezen. De bezwaren zijn uitgewerkt in een 'memorie van grieven'. Daarop heeft Alfa gereageerd. Deze partij heeft zelf voorwaardelijke grieven geformuleerd waar [appellanten] c.s. op hun beurt op hebben gereageerd. Ten slotte hebben partijen het hof gevraagd uitspraak te doen.

2 Waar gaat deze zaak over?

2.1 Het gaat in deze procedure om de vraag of de over een periode van jaren door Alfa geleverde diensten deugdelijk zijn verricht. Aan de beantwoording van die vraag kan het hof alleen toekomen als Alfa ten onrechte een beroep heeft gedaan op de vervaltermijn in haar algemene voorwaarden. Die vraag zal het hof hierna beantwoorden. De achtergrond van dit geschil is de volgende.

- 2.2 [appellanten] c.s. exploiteren een agrarische onderneming. Zij hebben Alfa diverse keren opdracht gegeven diensten te verlenen, zoals het samenstellen van de jaarrekeningen en het verzorgen van de aangiften inkomstenbelasting.
- 2.3 Partijen hebben op 7 mei 2012 een overeenkomst van geldlening gesloten ter financiering van de openstaande declaraties van Alfa over de periode tot mei 2012. Die lening beloopt € 22.591,- aan hoofdsom tegen een rente van 6% per jaar. Het geleende bedrag diende uiterlijk op 31 december 2013 te worden afgelost. [appellanten] c.s. hebben op die lening € 3.599,85 afgelost.
- 2.4 Bovendien heeft Alfa [appellanten] c.s. in de periode 31 mei 2012 tot en met 21 december 2016 declaraties gestuurd voor verleende diensten. Het totaal van deze declaraties bedraagt € 28.853,33. Daarop komt € 145,50 in mindering, zodat resteert € 28.707,83.
- 2.5 Op 13 juli 2009 heeft Alfa een 'Opdrachtbevestiging samenwerking' opgesteld waarin staat dat Alfa [appellanten] c.s. een andere agrarische familie zal adviseren en begeleiden bij de totstandkoming van een samenwerkingsverband tussen hun bedrijven (de heer en mevrouw [B] ; [B] c.s.).
- 2.6 In oktober 2009 heeft Alfa een 'Begroting bij samenwerking vijf jaar' en een 'Begroting met lijfrente' voor [appellanten] c.s. opgesteld.
- 2.7 Per 1 januari 2010 zijn [appellanten] c.s. met [B] c.s. een vof aangegaan. Artikel 7 van de vennootschapsakte regelt dat de vennoten in onderling overleg de verdeling vaststellen van de werkzaamheden ten behoeve van het bedrijf van de vennootschap. Na opzegging door [appellanten] c.s. is deze vennootschap op 1 januari 2015 beëindigd.
- 2.8 Tot 31 oktober 2016 waren de algemene voorwaarden van Alfa van toepassing die voort het eerst op 23 juni 2004 bij een opdrachtbevestiging zijn gevoegd. In die voorwaarden is het volgende vervalbeding opgenomen.

K. RECLAME

1. Een reclame met betrekking tot de verrichte werkzaamheden en/of het factuurbedrag dient schriftelijk binnen 14 dagen na de verzenddatum van de stukken of informatie waarover opdrachtgever reclameert, dan wel binnen 14 dagen na de ontdekking van het gebrek indien opdrachtgever aantoont dat hij het gebrek redelijkerwijs niet eerder kon ontdekken, aan opdrachtnemer te worden kenbaar gemaakt.

(...)

3. Indien de reclame niet tijdig wordt ingesteld vervallen alle rechten van opdrachtgever in verband met de reclame.

- 2.9 Een adviseur van [appellanten] c.s., [C] , heeft op 3 december 2015 gebeld met een medewerker van Alfa ([D]). Naar aanleiding van dat gesprek heeft hij [D] dezelfde dag een e-mail geschreven waarin hij een aantal vragen formuleerde waarop hij antwoord wilde hebben voordat verder zou worden gegaan met de afwikkeling van de schuld van [appellanten] c.s. aan Alfa door middel van een tweede hypotheek. Alfa heeft in een brief van 29 januari 2016 op die brief gereageerd. Aan het slot van de brief schreef zij:
Wij vertrouwen u hiermee voldoende antwoord te hebben gegeven op uw vragen. Daarnaast hebben wij getracht u een completer beeld te geven van de financiële verhoudingen en beloningen binnen de samenwerking.
Mocht u nog vragen of opmerkingen hebben dan zien wij graag een formele reactie van u tegemoet.
- 2.10 Op 3 november 2016 heeft [C] Alfa geschreven dat [appellanten] c.s. door het vormen van de maatschap in liquiditeitsproblemen zijn gekomen, en gedurende de samenwerking € 168.912,- zijn

misgelopen als gevolg van (i) een te lage vergoeding in relatie tot de ontvangen melkprijs, (ii) uitbreiding van het melkquotum en (iii) de vergoeding voor lease van het melkquotum.

- 2.11 Overleg dat daarna tussen partijen heeft plaatsgehad, heeft geen oplossing gebracht. Daarna heeft Alfa haar vorderingen uit de geldschuld en de opdrachten bij de rechtbank ingesteld.
- 2.12 De rechtbank heeft deze vorderingen toegewezen en heeft [appellanten] c.s. veroordeeld om Alfa € 25.465,83 te betalen (de met rente verhoogde lening), vermeerderd met later verschuldigde rente, en € 28.389,83, vermeerderd met de wettelijke handelsrente. [appellanten] c.s. zijn ook in de kosten veroordeeld.
- 2.13 De vorderingen van [appellanten] c.s., die erop waren gebaseerd dat Alfa op meerdere fronten toerekenbaar is tekortgeschoten en dat [appellanten] c.s. daardoor schade hebben geleden, zijn afgewezen.
- 2.14 De strekking van het hoger beroep van [appellanten] c.s. is, dat de vorderingen van Alfa alsnog worden afgewezen en dat hun eigen vorderingen worden toegewezen. Met het hoger beroep van Alfa wordt geen wijziging van de beslissing beoogd.

3 Wat wordt de beslissing van het hof?

De opzet en de conclusie van deze uitspraak

- 3.1 Het hof zal de bezwaren (grievens) van [appellanten] c.s. hierna thematisch bespreken. Daarbij wordt gebruikgemaakt van tussenkopjes. Samen vormen die een samenvatting van de uitspraak. Ten aanzien van de eerste grief van [appellanten] c.s. moet nog wel het verweer van Alfa worden vermeld dat deze zich tegen dermate veel rechtsoverwegingen tegelijk richt en dermate onspecifiek is, dat het opvoeren van die grief in strijd is met een goede procesorde. Het hof verwerpt dat verweer, omdat uit de memorie van antwoord blijkt dat Alfa de strekking van deze grief goed heeft begrepen.
- 3.2 De conclusie zal zijn dat [appellanten] c.s. niet-ontvankelijk zijn in het hoger beroep tegen het vonnis van 17 oktober 2018 en dat het eindvonnis van 20 februari 2019 wordt bekrachtigd.
- Tegen het vonnis van 17 oktober 2018 zijn geen bezwaren gericht*
- 3.3 Hoewel zij daar wel hoger beroep tegen hebben ingesteld, hebben [appellanten] c.s. geen bezwaren geformuleerd tegen het tussenvonnis van 17 oktober 2018. Zij zullen daarom ten aanzien van die uitspraak niet-ontvankelijk worden verklaard in het hoger beroep. De juistheid van wat de rechtbank in dat vonnis heeft overwogen staat daarmee vast, voor zover de rechtbank er niet zelf op is teruggekomen.
- De vorderingen van Alfa staan in dit hoger beroep vast*
- 3.4 [appellanten] c.s. hebben geen bezwaren geformuleerd tegen de overwegingen van de rechtbank ten aanzien van de lening of de buitengerechtelijke incassokosten – ook niet tegen wat daarover in het eindvonnis van 20 februari 2019 is overwogen en beslist. In zoverre zal het eindvonnis dus worden bekrachtigd.
- 3.5 Hetzelfde geldt voor de vordering tot betaling van de openstaande facturen: hoewel [appellanten] c.s. Alfa op meerdere punten verwijten dat zij in de uitvoering van haar werkzaamheden is tekortgeschoten, hebben zij in dit hoger beroep aan dat verwijt niet de consequentie verboden

dat enige vordering van Alfa moet worden afgewezen. Een afzonderlijk verweer is alleen gevoerd ten aanzien van de toegewezen wettelijke handelsrente (zie hierna). Wel zijn verklaringen 'voor recht' gevraagd dat Alfa op meerdere punten toerekenbaar is tekortgeschoten, dat [appellanten] c.s. daardoor schade hebben geleden, dat die tenminste zo hoog is als de vordering van Alfa, en dat de vordering van Alfa door verrekening met die schadevordering is tenietgegaan. Voor zover hierin een beroep op verrekening moet worden gelezen (de vordering van Alfa zou bij honorering daarvan moeten worden afgewezen), dan verwerpt het hof dat. Het recht van [appellanten] c.s. zich op deze tekortkomingen te beroepen, is namelijk vervallen (zie hierna). Ook ten aanzien van deze vorderingen zal dus bekrachtiging volgen. Dat geldt ook voor de gevorderde wettelijke handelsrente:

3.6 De rechtbank heeft [appellanten] c.s. veroordeeld tot betaling van de wettelijke handelsrente. [appellanten] c.s. komen daartegen op omdat deze (hoge) rentevariant uit artikel 6:119a BW nog niet bestond toen de algemene voorwaarden werden opgemaakt. Die voorwaarden spreken over 'wettelijke rente'. Daarmee kan dan ook alleen de (lagere) rente bedoeld zijn die in artikel 6:119 BW is geregeld, aldus [appellanten] c.s. Die regeling bestond indertijd namelijk wel.

3.7 Dit verweer gaat niet op. In lid 2 van artikel J, waarop [appellanten] c.s. zich beroepen, is het volgende bepaald:

Indien opdrachtgever niet binnen de hiervoor genoemde termijn [hof: 14 dagen na factuurdatum] dan wel niet binnen de nader overeengekomen termijn heeft betaald, is hij van rechtswege in verzuim en heeft opdrachtnemer zonder nadere sommatie of ingebrekestelling het recht vanaf de vervaldag opdrachtgever de wettelijke rente in rekening te brengen tot op de datum van algehele voldoening, een en ander onverminderd de verdere rechten die opdrachtnemer heeft.

Met deze bepaling wordt (zekerheidshalve) vastgelegd dat de betalingstermijn een fatale termijn is en dat bij niet betaling van die termijn wettelijke rente verschuldigd is. Dat laatste volgt ook uit de wet. Met de bepaling werd dan ook niet afgeweken van de wettelijke regeling betreffende de verschuldigdheid van wettelijke rente. Dat geldt voor de regeling betreffende de wettelijke rente van artikel 6:119 BW, maar ook voor de regeling betreffende de wettelijke (handels)rente van artikel 6:119a BW: die is verschuldigd vanaf de dag waarop de overeengekomen betalingstermijn is verstreken (vgl. artikel 6:119a lid 1 BW).

Het enkele feit dat ten tijde van de totstandkoming van de algemene voorwaarden de regeling van artikel 6:119a BW ter zake van wettelijke rente bij handelstransacties nog niet bestond, rechtvaardigt niet de conclusie dat toepassing van die regeling bij toepasselijkheid van de algemene voorwaarden was uitgesloten vanaf het moment deze variant in 2002 in de wet werd opgenomen. Beslissend is dat in 2004, toen partijen de algemene voorwaarden voor het eerst overeenkwamen, al wel wettelijk was geregeld dat de schadevergoeding die is verschuldigd wegens vertraging in de voldoening van een geldsom bestaat in de wettelijke handelsrente als sprake is van een handelsovereenkomst en dat deze handelsrente verschuldigd is vanaf het verstrijken van de betalingstermijn als zo'n termijn overeengekomen is, precies zoals het in artikel J lid 2 van de algemene voorwaarden is bepaald. De wettelijke rente in handelsrelaties was op dat moment dus juist deze handelsrente, al bestond de mogelijkheid andersluidende afspraken te maken. Dat partijen, die een handelsovereenkomst hebben gesloten, de bedoeling hebben gehad andere afspraken te maken, is niet aannemelijk geworden, ook omdat gesteld noch gebleken is dat zij over de genoemde bepaling hebben gesproken.

[appellanten] c.s. hebben niet tijdig gereclameerd. Daardoor zijn hun rechten vervallen

- Inleiding

3.8 De kern van het hoger beroep van [appellanten] c.s. richt zich tegen de conclusie van de rechtbank dat het vervalbeding uit de algemene voorwaarden in de weg staat aan de vorderingen van [appellanten] c.s.: zij hebben niet tijdig bij Alfa gereclameerd, waardoor hun rechten zijn vervallen en hun vorderingen moeten worden afgewezen.

3.9 [appellanten] c.s. hebben zich in eerste instantie op het standpunt gesteld dat zij pas op of omstreeks 3 november 2016 ermee bekend zijn geworden dat Alfa niet als goed opdrachtnemer heeft gehandeld en dat zij daardoor schade hebben geleden (CvD/CvR 87). Met de brief van [C] van die datum hebben zij in deze redenering dus tijdig gereclameerd. De rechtbank heeft hen daarin niet gevolgd: zij heeft uit de overgelegde correspondentie de conclusie getrokken dat [appellanten] c.s. al rond 3 december 2015 kennis moeten hebben gehad van de gestelde gebreken in de uitvoering van de advieswerkzaamheden. In ieder geval was die kennis aanwezig tijdens een bespreking die in augustus 2016 plaatsvond, en waarin volgens [appellanten] c.s. ook is besproken dat zij de samenwerking met [B] c.s. nooit hadden moeten aangaan, omdat zij er financieel niet beter van waren geworden. De aansprakelijkstelling die daarna op 3 november 2016 volgde, heeft de rechtbank opgevat als de eerste reclame. Die vond dus niet plaats binnen '14 dagen na de ontdekking van het gebrek'.

3.10 [appellanten] c.s. nemen in dit hoger beroep afstand van hun bewering dat zij er pas op of omstreeks 3 november 2016 mee bekend zijn geworden dat Alfa niet als goed opdrachtnemer heeft gehandeld. Zij voeren nu aan dat dat door een onderzoek van adviseur [C] al in 2015 bekend was, maar ook (i) dat deze [C] vervolgens (binnen 14 dagen) op 3 december 2015 telefonisch heeft geklaagd en (ii) dat diens brief van die datum als een schriftelijke reclame moet worden opgevat. Gezien de reactie van Alfa van 29 januari 2016¹ heeft die partij dat ook zo begrepen, aldus [appellanten] c.s. Tijdens de bespreking die later in augustus 2016 plaatsvond, zouden deze klachten nader zijn toegelicht en geconcretiseerd. De schadevordering die bij dat gesprek al aan de orde was, is uiteindelijk in de brief van 3 november 2016 herhaald. Die brief kan in deze redenering echter niet worden gezien als de eerste reclame; dat was de brief van 3 december 2015.

3.11 Het hof zal deze redenering hierna onder 3.14 en verder verwerpen, maar zal eerst overwegingen wijden aan andere argumenten die er ook aan in de weg staan dat de bezwaren van [appellanten] c.s. doel treffen.

- Als - zoals hier - wordt gereclameerd na de ontdekking van de gestelde gebreken, dan moeten [appellanten] c.s. aantonen (onderbouwen en zo nodig bewijzen) dat zij die gebreken redelijkerwijs niet eerder konden ontdekken. In deze verplichting zijn zij tekortgeschoten

3.12 In de algemene voorwaarden is - als uitzondering op de hoofdregel dat gereclameerd moet worden binnen 14 dagen na verzending van de stukken of informatie waarop de reclame betrekking heeft- geregeld dat een reclame over een gebrek kenbaar moet worden gemaakt binnen 14 dagen na de ontdekking van het gebrek, indien opdrachtgever aantoont dat hij het gebrek redelijkerwijs niet eerder kon ontdekken. Het is dus aan [appellanten] c.s. om te onderbouwen en zo nodig te bewijzen dat zij de gebreken waar zij zich op beroepen redelijkerwijs niet eerder dan eind 2015 konden ontdekken. Dat hebben zij niet gedaan: uitgangspunt is, dat zij in 2014 adviseur [C] hebben ingeschakeld, en dat hun klachten geheel zijn gebaseerd op diens bevindingen. Het gaat daarbij in essentie om een viertal verwijten. Het eerste verwijt betreft de advisering over de vraag of [appellanten] c.s. de onderneming zouden staken of zouden voortzetten. Zoals de rechtbank al heeft overwogen, heeft dit verwijt betrekking op 2009, net als het tweede verwijt. Dat ziet op de inhoud en de totstandkoming van de vennootschapsakte; het derde verwijt betreft het jaar 2010: in dat jaar had Alfa [appellanten] c.s. naar aanleiding van klachten over de slechte samenwerking met [B] c.s. moeten adviseren of verwijzen, of had zij moeten bemiddelen; het vierde verwijt ten slotte, heeft betrekking op de periode 1 januari 2010 tot en met 31 december 2014, de looptijd van de vof. Alfa heeft volgens [appellanten] c.s. in die periode niet gerekend met een reële vergoeding van de melkprijs, heeft geen rekening gehouden met de jaarlijkse verruiming van het melkquotum, en heeft bij de afwikkeling van de vennootschap niet ervoor gezorgd dat [appellanten] c.s. weer over hun melkquotum konden beschikken. Bij de winstverdeling zou Alfa bovendien hebben gerekend met een te lage vergoeding voor de melkprijs.

3.13 Voor al die verwijten geldt dat [appellanten] c.s. moeten onderbouwen dat zij de gebreken waar deze verwijten op zien redelijkerwijs niet eerder konden ontdekken dan in december 2015. Een dergelijke onderbouwing ontbreekt echter. Met name tussen de gestelde tekortkomingen uit 2009 en 2010 en de reclame eind 2015 zit een onverklaard gat van jaren. [appellanten] c.s. kunnen er wat dat aangaat niet mee volstaan zich erop te beroepen dat zij 'als eenvoudige agrariërs' niet de kennis of kunde hadden om de dienstverlening van Alfa te beoordelen. Ook als dat waar is, dan nog hebben zij niet uitgelegd waarom zij tot 2014 hebben gewacht met het inschakelen van een adviseur die wel over die kennis beschikt en waarom die adviseur tot 3 december 2015 gewacht heeft om contact met Alfa op te nemen. [appellanten] c.s. hebben in het licht van het verweer van Alfa c.s. op dit punt onvoldoende onderbouwd dat [C] de gebreken pas kort daarvoor had ontdekt. De enkele stelling van [appellanten] c.s. dat [C] "direct" na de ontdekking contact heeft opgenomen met Alfa, is onvoldoende gespecificeerd. Los daarvan hebben [appellanten] c.s. niet toegelicht waarom [C], als hij inderdaad kort voor 3 december 2015 de gebreken heeft ontdekt, de gebreken redelijkerwijs niet eerder heeft kunnen ontdekken. [C] was immers al in 2014 door hen ingeschakeld. Gelet op het tijdverloop en de aard van de klachten mag die uitleg wel van hen worden verlangd. Ook indien [C] op 3 december 2015 namens [appellanten] c.s. heeft gereclameerd - hierna zal blijken dat dit niet het geval is - hebben [appellanten] c.s. niet aangetoond dat zij de gebreken redelijkerwijs niet eerder konden ontdekken. Dat betekent dat zij ook in dat geval te laat hebben gereclameerd.

- Een reclame na de ontdekking van het gebrek moet schriftelijk worden gedaan. De brief van [C] van 3 december 2015 kan niet worden gezien als een schriftelijke reclame. Dat mondeling is gereclameerd, staat bovendien niet vast

3.14 In de algemene voorwaarden is geregeld dat een reclame schriftelijk binnen 14 dagen na de verzenddatum van de stukken of informatie waarover opdrachtgever reclameert kenbaar moet worden gemaakt, dan wel binnen 14 dagen na de ontdekking van het gebrek indien opdrachtgever aantoont dat hij het gebrek redelijkerwijs niet eerder kon ontdekken. Volgens [appellanten] c.s. hoeft de reclame op grond van deze bepaling in het tweede geval niet schriftelijk te geschieden. Zij onderbouwen dat met de volgende redenering: ten aanzien van een algemene voorwaarde, die bestemd is om door Alfa standaard in meerdere contracten te gebruiken en waarover door partijen niet is onderhandeld, komt het aan op een redelijke uitleg op grond van objectieve gezichtspunten. In beginsel moet dan groot gewicht worden toegekend aan de meest voor de hand liggende taalkundige betekenis van die woorden, gelezen in het licht van de overige, voor de uitleg relevante bepalingen van de overeenkomst. Omdat bij een reclame na ontdekking van de gebreken 'expliciet niet de voorwaarde is opgenomen dat dit (...) schriftelijk dient te gebeuren', kan in die situatie volgens [appellanten] c.s. ook mondeling worden gereclameerd.

3.15 Naar het oordeel van het hof bevat het vervalbeding echter wel degelijk de eis dat (ook) binnen 14 dagen na ontdekking van het gebrek schriftelijk wordt geklaagd. Dat is het geval omdat een dergelijke taalkundige uitleg voor de hand ligt, gelet op de kenbare bedoelingen van het beding. Door te verlangen dat de reclame schriftelijk plaatsvindt, wordt de aard en strekking ervan voor de wederpartij duidelijk, wordt voorkomen dat discussie ontstaat over de reikwijdte van de klacht en over de vraag wanneer de klacht is ingediend. [appellanten] c.s. hebben geen enkele reden aangevoerd die zou kunnen rechtvaardigen dat de schriftelijkheidseis alleen geldt voor reclames die zijn gedaan direct na verzending van stukken of informatie, en *niet* voor reclames gedaan na ontdekking van het gebrek.

3.16 Deze constatering brengt het hof bij de vraag of de brief van [C] van

3 december 2015 als een reclame kan worden opgevat. Terecht vatten [appellanten] c.s. dat begrip op als 'bezwaar' ofwel 'klacht'. De brief van 3 december 2015 bevat echter geen klachten, maar slechts de volgende vragen:

1. Hoe gaan we om met de veel te lage vergoeding van 12,5 % van het melkgeld in de afgelopen

vijf jaar, die de heer en mevrouw [appellanten] hebben ontvangen?

2. Waarom is de verruiming van het melkquotum niet meegenomen in de berekeningen van de afgelopen vijf jaar?
3. Welke prijs wordt gehanteerd voor het beschikbare melkquotum van 1 januari 2015 tot en met 31 maart 2015 als vergoeding van de heer en mevrouw Van [B] aan de heer en mevrouw [appellanten] ?

3.17 De brief sluit af met het verzoek om antwoord op die vragen "alvorens wij verder gaan met de afwikkeling van de schuld middels een tweede hypotheek, die de heer en mevrouw [appellanten] aan uw organisatie hebben". Uit het antwoord van Alfa blijkt niet dat zij in deze vragen enige klacht heeft gelezen: zij geeft slechts antwoord op de gestelde vragen c.q. verschaft verheldering van een aantal punten. Dat blijkt ook uit de hiervoor (in rov 2.9) geciteerde slotlinea van de brief.

3.18 In aanvulling hierop stelt het hof vast dat weliswaar is aangevoerd dat

(ook op 3 december 2015) door [C] mondeling is geklaagd, maar dat over de inhoud van die klacht niets is gesteld of gebleken. Dat in dit gesprek – anders dan in de brief van dezelfde datum – wel zou zijn geklaagd, is dus niet onderbouwd.

- Het beroep op het vervalbeding is niet naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar

3.19 [appellanten] c.s. hebben gesteld dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat Alfa een beroep doet op het vervalbeding. Omdat het verweer daartoe uitdrukkelijk is beperkt, leest het hof in de grieven niet dat het vervalbeding zelf onredelijk bezwarend is. [appellanten] c.s. doen ook niet een beroep op de vernietigbaarheid van het vervalbeding. De redenering van [appellanten] c.s. is dan deze: de gedachte achter de klachtplicht is de bescherming van de schuldenaar tegen te late en daardoor moeilijk te betwisten klachten, omdat (bewijs)materiaal door tijdverloop verloren kan zijn gegaan. Dat speelt hier echter geen rol. Alfa was eind december 2015/januari 2016 immers al van de klachten van [appellanten] c.s. op de hoogte en beschikte toen nog over het integrale dossier.

3.20 Het hof constateert dat de klachten die volgens [appellanten] c.s. voor het eerst eind 2015 zijn geuit, betrekking hebben op tekortkomingen uit 2009 en 2010. Alleen al om die reden heeft Alfa er alle belang bij het vervalbeding in te roepen. Dat dat beding een korte termijn bevat, kan daaraan niet afdoen (die termijn is een gegeven), net zo min als het feit dat de gegevens uit die periode mogelijk nog beschikbaar waren. In dit verband overweegt het hof dat [appellanten] c.s. ook niet aannemelijk hebben gemaakt dat zij redelijkerwijs niet eerder dan pas eind 2015 op de hoogte konden zijn van de gebreken, zodat het ook niet mogelijk is om vast te stellen dat wanneer een wat langere reclametermijn gold, zij wél tijdig zouden hebben gereclameerd. Voor zover in de stellingen van [appellanten] c.s. zou moeten worden gelezen dat de korte duur van de vervaltermijn het hun in dit geval feitelijk onmogelijk heeft gemaakt om tijdig te klagen, geldt dat die stelling (dus) onvoldoende is onderbouwd. Het beroep op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid faalt dan ook.

De grieven treffen geen van beide doel. Er is geen ruimte voor bewijsvoering. De kosten van deze procedure komen voor rekening van [appellanten] c.s.

Op het voorgaande stranden de grieven van [appellanten] c.s. Omdat zij in hun stelplecht tekortschieten, ziet het hof geen aanleiding voor bewijsvoering. Omdat [appellanten] c.s. ook in hoger beroep in het ongelijk zullen worden gesteld, zullen zij opnieuw in de proceskosten worden veroordeeld (tariefgroep IV, 1 punt). Het hof komt aan de bespreking van het voorwaardelijk incidenteel appel niet toe, omdat de voorwaarde niet in vervulling is gegaan. Een afzonderlijke proceskostenveroordeling is daarom niet aan de orde.

Deze uitspraak kan ook ten uitvoer worden gelegd als er cassatie tegen wordt ingesteld (is 'uitvoerbaar bij voorraad')

3.21 Alfa heeft gevorderd de uitspraak uitvoerbaar bij voorraad¹ te verklaren. Het hof zal die vordering toewijzen. Dat betekent dat dit arrest ook ten uitvoer kan worden gelegd als er cassatie tegen wordt ingesteld.

De beslissing

Het hof verklaart [appellanten] c.s. niet-ontvankelijk in het hoger beroep tegen het vonnis van de rechtbank Overijssel in Zwolle van 17 oktober 2018 en bekrachtigt het vonnis van die rechtbank van 20 februari 2019.

Het hof veroordeelt [appellanten] c.s. in de kosten van dit hoger beroep. Die kosten worden aan de kant van Alfa tot aan deze uitspraak begroot op € 2.020,- en op € 1.959,- aan salaris van de gemachtigde.

Dit arrest is ten aanzien van de daarin uitgesproken kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad. Wat verder is gevorderd, wordt afgewezen.

Dit arrest is gewezen door mrs. M.W. Zandbergen, O.E. Mulder en H. de Hek en is door de rolraadsheer, in tegenwoordigheid van de griffier, in het openbaar uitgesproken op 19 januari 2021.

¹ Een schrijffout in MvG 27 (26 januari 2016).
