

**Hof Arnhem, 26 mei 2009, Enja Records****UITGAVEOVEREENKOMST****Verjaring vorderingen****• Vorderingen tot rekeningen en verantwoording over periode 1995- 1999 verjaard**

Ten aanzien van de ingeroepen verjaring in het bijzonder overweegt het hof als volgt. Uit de eigen stellingen en overzichten van Enja volgt dat zij de vorderingen over de betreffende jaren telkens opeisbaar acht vanaf 31 december van het bewuste jaar. De verjaringstermijn van vijf jaar is dus telkens ingegaan vanaf 31 december van elk jaar, die over 1999 dus vanaf 31 december 1999. De inleidende dagvaarding dateert van 16 september 2005. De vijfjaarstermijnen sedert 31 december van genoemde jaren waren toen dus alle verstreken. Gesteld noch gebleken is dat in de tussentijd stuiting van die termijnen had plaatsgevonden. Dit ligt ook niet voor de hand, nu in de inleidende dagvaarding wordt gesteld dat [geïntimeerde] over de jaren 1996 tot en met 2001 aan haar verplichtingen heeft voldaan. Ook heeft [geïntimeerde] in de conclusie van dupliek onbestreden gesteld dat Enja in de buitengerechtelijke fase met geen woord heeft gerept over nog bestaande betalingsverplichtingen over de jaren 1996 tot en met 2001. In het licht van deze feiten is het beroep op verjaring voldoende onderbouwd en dient dit onbestreden beroep te slagen.

**PROCESRECHT****Gerechvaardigd terugkomen op erkende stelling****• Na onderzoek in de boeken is Enja naar haar zeggen gebleken dat nimmer een dergelijke betaling heeft plaatsgehad. [geïntimeerde] heeft deze verklaring op zichzelf niet bestreden. Het hof is van oordeel dat het Enja onder deze omstandigheden vrijstond om op haar eerdere stelling terug te komen en dat [geïntimeerde] derhalve de door haar gestelde betaling nader dient te onderbouwen en zo nodig te bewijzen.**

Het hof is van oordeel dat Enja in het onderhavige geval een voldoende bevredigende verklaring heeft gegeven voor de gang van zaken. Door haar is aangevoerd dat [geïntimeerde] zich in de (buitengerechtelijke) contacten met Enja beriep op de voorschotbetaling van DM 30.000,- en dat zij (Enja) op grond van de vriendschappelijke verhouding met [geïntimeerde] heeft aangenomen dat dit correct was. Na onderzoek in de boeken is Enja naar haar zeggen gebleken dat nimmer een dergelijke betaling heeft plaatsgehad. [geïntimeerde] heeft deze verklaring op zichzelf niet bestreden. Het hof is van oordeel dat het Enja onder deze omstandigheden vrijstond om op haar eerdere stelling terug te komen en dat [geïntimeerde] derhalve de door haar gestelde betaling nader dient te onderbouwen en zo nodig te bewijzen. [geïntimeerde] heeft echter niets concreets gesteld ten aanzien van de vraag wanneer en hoe de bewuste betaling heeft plaats-

gevonden en ook heeft zij ter zake daarvan geen specifiek bewijsaanbod gedaan. Derhalve moet aan de gestelde betaling van DM 30.000,- worden voorbijgegaan.

Vindplaatsen: LJN: [B16899](#)

**Hof Arnhem, 26 mei 2009**

(Janse, Zandbergen, Wind)

Uitspraak

Arrest d.d. 26 mei 2009

Zaaknummer 107.002.235/01

HET GERECHTSHOF TE ARNHEM

Nevenzittingsplaats Leeuwarden

Arrest van de vierde kamer voor burgerlijke zaken in de zaak van:

Enja Records Matthias Winkelmann GmbH, gevestigd te [vestigingsplaats], appellante,

in eerste aanleg: eiseres,

hierna te noemen: Enja,

advocaat: mr. A.T. Bolt, kantoorhoudende te Arnhem,

tegen

[geïntimeerde], wonende te [woonplaats], geïntimeerde, in eerste aanleg: gedaagde,

hierna te noemen: [geïntimeerde],

toevoeging,

advocaat: mr. J.C.F. Kooijmans, kantoorhoudende te Zwolle.

**Het geding in eerste instantie**

In eerste aanleg is geprocedeerd en beslist zoals weergegeven in de vonnissen uitgesproken op 25 oktober 2006 en 19 september 2007 door de rechtbank Zwolle-Lelystad.

**Het geding in hoger beroep**

Bij exploit van 10 oktober 2007 is door Enja hoger beroep ingesteld van het vonnis d.d. 19 september 2007 met dagvaarding van [geïntimeerde] tegen de zitting van 27 november 2007.

De conclusie van de memorie van grieven luidt:

"bij arrest, bij voorraad uitvoerbaar, het op 19 september 2007 door de Rechtbank Zwolle-Lelystad onder zaaknummer 113192 tussen partijen gewezen vonnis te vernietigen en opnieuw rechtdoende:

1. geïntimeerde te veroordelen om binnen 2 weken na betekening van het in deze te wijzen arrest, aan de raadsman van appellant ter hand te stellen de navolgende afrekeningen van de Buma/Stemra die geïntimeerde in het kader van de overeenkomst tussen partijen heeft ontvangen, danwel het moeten ontvangen:

jaar            nummer afrekeningen

1995            167 en 168

1996            173, 174, 177, 178, 179, 180, 182 en 183

1997            188, 189, 191, 194, 196, 197, 198 en 199

1998            202, 203, 204, 205, 207, 208, 209 en 212

1999            214, 215, 216, 217, 218, 219, 220, 221, 222, 224, 225, 228, 229 en 230

2000            232, 233, 235, 236, 238, 239 en 240

2001            alle afrekeningen

2002            alle afrekeningen

2003            alle afrekeningen

Op straffe van verbeurte van een dwangsom van € 500,00 voor iedere dag dat gedaagde geheel of gedeeltelijk nalatig zal zijn aan de inhoud van dit gebod te voldoen;

2. geïntimeerde te veroordelen om tegen behoorlijk bewijs van kwijting aan appellante te betalen een bedrag, voorlopig begroot, ad € 32.769,29 te vermeerderen met de wettelijke handelsrente over dit bedrag, vanaf de dag der inleidende dagvaarding tot de dag der algehele voldoening;

3. geïntimeerde te veroordelen in de kosten van beide instanties."

Bij memorie van antwoord is door [geïntimeerde] verweer gevoerd met als conclusie:

"te bevestigen het vonnis op 19 september 2007 door de rechtbank Zwolle-Lelystad (rolnr. 113192/HA ZA 05-1215) tussen partijen geweest, met veroordeling van appellante in de kosten van dit hoger beroep (uitvoerbaar bij voorraad)."

Voorts hebben partijen ieder een akte genomen.

Tenslotte hebben partijen de stukken overgelegd voor het wijzen van arrest.

#### **De grieven**

Enja heeft twee grieven opgeworpen.

De beoordeling

#### **Eiswijziging**

1. Bij memorie van grieven is de eis gewijzigd ten opzichte van het petitum van de appeldagvaarding. [geïntimeerde] heeft daartegen geen bezwaar aangevoerd. Nu het hof ook ambtshalve de eiswijziging niet strijdig acht met de beginselen van een goede procesorde, zal recht worden gedaan op de gewijzigde eis.

#### **Internationaal privaatrecht**

2. Partijen hebben zich niet uitgelaten over de rechtsmacht van de Nederlandse rechter en het op hun geschil toepasselijke recht. De Nederlandse rechter komt in deze rechtsmacht toe op grond van artikel 2 van de EEX-verordening. Ten aanzien van het toepasselijke recht overweegt het hof dat de rechtbank kennelijk in navolging van partijen (zo gaan zij beiden uit van toepasselijkheid van artikel 6: 96 BW) Nederlands recht van toepassing heeft geacht. Nu daarover in hoger beroep niet wordt geklaagd, zal het hof bij de beoordeling van de grieven uitgaan van toepasselijkheid van het Nederlandse recht.

#### **De vaststaande feiten**

3. De rechtbank heeft in het vonnis van 25 oktober 2006 onder 2 een aantal feiten als in deze zaak vaststaand aangemerkt. Daarom bestaat tussen partijen geen geschil, zodat ook het hof van die feiten zal uitgaan. Aangevuld met wat overigens tussen partijen is komen vast te staan, staat thans het volgende vast.

3.1 [geïntimeerde] heeft tot begin 2005 een muziekuitgeverij gedreven onder de naam Bato.

Op 7 januari 1995 is tussen partijen een overeenkomst gesloten, waarbij het aan [geïntimeerde] is toegestaan om artiesten van Enja in Nederland uit te geven. Op grond van deze overeenkomst diende [geïntimeerde] de door afnemers betaalde vergoedingen voor auteursrechten te incasseren bij Buma/Stemra. Van de te ontvangen bedragen mocht [geïntimeerde] dan een per-

centage van in beginsel 15 % behouden. Het restant diende zij af te dragen aan Enja. De overeenkomst voorziet erin dat [geïntimeerde] iedere 6 maanden een gespecificeerde afrekening opvraagt bij Buma/Stemra en dan vervolgens binnen 2 maanden tot afrekening met Enja overgaat.

3.2 De betreffende overeenkomst is inmiddels beëindigd. De beëindigingsdatum was in eerste aanleg nog in geschil. In hoger beroep heeft Enja uitvoerig gemotiveerd dat de overeenkomst per 1 januari 2004 is geëindigd en heeft [geïntimeerde] dat niet langer weerproken. Derhalve staat thans vast dat de overeenkomst per 1 januari 2004 is geëindigd.

#### **Het geschil**

4. Enja heeft gesteld dat [geïntimeerde] niet volledig aan haar verplichtingen uit hoofde van de overeenkomst heeft voldaan en heeft op grond daarvan een aantal vorderingen ingesteld, in eerste aanleg strekkende tot betaling van een geldsom en het verschaffen van overzichten van opbrengsten over de jaren 2002 en 2003 (door partijen aangeduid als "rekening en verantwoording").

5. De rechtbank heeft de vorderingen van Enja afgewezen.

#### **Bespreking van de grieven**

6. Grief 1 houdt in dat de rechtbank de vordering ten onrechte heeft afgewezen.

6.1 De rechtbank heeft de vorderingen afgewezen omdat deze onvoldoende zijn onderbouwd. Daartoe heeft de rechtbank overwogen, samengevat, dat Enja onduidelijke stellingen inneemt inzake de datum van contractsbeëindiging, dat Enja telkens wisselende standpunten inneemt, dat Enja betalingen eerst erkent en later betwist en dat Enja aangeeft ook zelf niet te weten welk bedrag zij kan vorderen.

6.2 Het hof onderschrijft dit oordeel van de rechtbank volledig. De wijze waarop Enja in eerste aanleg haar standpunten naar voren heeft gebracht was dermate warrig en inconsistent dat de rechtbank uiteindelijk terecht haar vorderingen heeft afgewezen. Voor zover grief 1 dit oordeel beoogt te bestrijden met de tegenwerping dat Enja de hoogte van haar vordering niet kon vaststellen bij gebrek aan door [geïntimeerde] verschaft gegevens, faalt de grief omdat dit gegeven onverlet laat de vele tegenstrijdigheden en onduidelijkheden in de stukken van Enja, ook nadat [geïntimeerde] "rekening en verantwoording" had afgelegd.

7. Het vorenstaande neemt niet weg dat, zoals Enja zelf ook aangeeft, het hoger beroep mede tot doel heeft misslagen in eerste aanleg te herstellen. Grief 1 heeft (mede) die strekking.

7.1 Ook in hoger beroep wordt echter weer slordig door Enja geprocedeerd. Zo legt zij bij memorie van grieven als productie 1 over de overeenkomst tussen partijen, zoals zij die ook eerder bij inleidende dagvaarding zou hebben overgelegd. Het hof stelt echter met [geïntimeerde] vast dat de bij memorie van grieven overgelegde overeenkomst een overeenkomst betreft tussen Enja European New Jazz Musik GmbH en [geïntimeerde]. Het hof houdt het er dan ook voor dat het bij inleidende dagvaarding (en memorie van antwoord)

overgelegde geschrift de overeenkomst tussen partijen belichaamt.

8. Het hof stelt vast dat de eis na vele wijzigingen thans luidt zoals deze in het petitum van de memorie van grieven is verwoord. Het hof tekent hierbij aan dat Enja in de akte van 9 september 2008 nog wel verwijst naar een "praktisch voorstel" van Bureau Mercurius, maar dat dit niet heeft geleid tot een hernieuwde eiswijziging. De eis houdt in de veroordeling van [geïntimeerde] tot afgifte van een aantal afrekeningen van Buma/Stemra op straffe van verbeurte van een dwangsom en veroordeling van [geïntimeerde] tot betaling van € 32.769,29, vermeerderd met de wettelijke handelsrente.

9. Ten aanzien van het eerste onderdeel van de eis - het gebod tot afgifte van afrekeningen van Buma/Stemra - overweegt het hof als volgt.

9.1 [geïntimeerde] heeft in de memorie van antwoord gemotiveerd gesteld dat zij bij Buma/Stemra bedoelde afrekeningen heeft opgevraagd en dat Buma/Stemra daarop aan [geïntimeerde] heeft laten weten dat deze afrekeningen niet meer voorhanden zijn. Voorts heeft zij gesteld dat zij niet meer afrekeningen bezit dan de afrekeningen die zij reeds in het verleden naar Enja heeft verstuurd en dat zij niet bij machte is om nog andere afrekeningen te verkrijgen.

9.2 Na de memorie van antwoord heeft Enja een akte genomen. Deze akte is niet beperkt tot (en ook niet aangeduid als) akte houdende uitlating producties. In tegendeel: uit het gestelde sub 2 van de akte blijkt dat Enja Bureau Mercurius heeft gevraagd om te reageren op producties 9 en 10 bij de memorie van antwoord alsmede het gestelde in de memorie van antwoord. Uit het gestelde sub 3 blijkt vervolgens dat Enja brieven van Bureau Mercurius in het geding brengt inzake "haar bevindingen ten aanzien van producties 9 en 10 en het gestelde in de memorie van antwoord". Nu Enja aldus een akte heeft genomen teneinde te reageren op de memorie van antwoord, had zij de in die memorie gestelde (nieuwe) feiten moeten weerspreken indien zij had willen voorkomen dat het hof deze feiten als vaststaand aanneemt. Aangezien Enja in bedoelde akte met producties de hiervoor onder 9.1 weergegeven door [geïntimeerde] gestelde feiten niet heeft betwist, staan deze thans tussen partijen vast. Nu aldus vaststaat dat [geïntimeerde] in de onmogelijkheid verkeert de afrekeningen waarvan afgifte wordt gevorderd daadwerkelijk af te geven, dient deze vordering reeds daarom te worden afgewezen. Niemand kan immers tot het onmogelijke worden veroordeeld, laat staan op straffe van verbeurte van een dwangsom. Het hof laat dan nog daar de beantwoording van de vraag of Enja de onderhavige vordering - in het licht van de betwisting daarvan door [geïntimeerde] - voldoende heeft onderbouwd.

10. Het tweede onderdeel van de eis, te weten veroordeling van [geïntimeerde] tot betaling van € 32.769,29 vermeerderd met de wettelijke handelsrente, heeft Enja als volgt onderbouwd. [geïntimeerde] heeft inmiddels - zij het te laat - rekening en verantwoording afgelegd over de gehele contractperiode. Daaruit blijkt waar

Enja in ieder geval recht op heeft (zij behoudt zich voor nog meer te vorderen indien uit de ontbrekende Buma/Stemra afrekeningen blijkt dat zij daar aanspraak op kan maken). Enja verwijst voor de berekening van haar vordering naar een door haar overgelegd schrijven van Bureau Mercurius d.d. 10-12-2007, met bijlagen. Uit deze bijlagen blijkt dat genoemd bedrag als volgt is opgebouwd (zakelijk weergegeven):

- totaal aan Enja toekomende volgens contract: 60.756,51  
- rente daarover 6.581,41  
- onterecht ingehouden 2000, 2001, 2002 5.221,38 +  
- totaal betaald 39.790,01 ./.

-----  
32.769,29

11. [geïntimeerde] heeft deze opstelling op diverse punten betwist.

12. Het hof zal deze berekening per onderdeel bespreken. Wat betreft het als "totaal aan Enja toekomende volgens contract: 60.756,51" aangeduide eerste onderdeel van de berekening overweegt het hof dat deze bestaat uit de optelsom van hetgeen Enja over de jaren 1995 tot en met 2002 van [geïntimeerde] tegoed zou hebben. Het hof zal de bespreking van dit onderdeel splitsen in de jaren 1995 tot en met 1999, het jaar 2000 en de jaren 2001 en 2002.

13. Ten aanzien van de jaren 1995 tot en met 1999 Wat betreft de jaren 1995 tot en met 1999 heeft [geïntimeerde] de memorie van antwoord de navolgende verweren gevoerd:

- In de berekening van de aan Enja verschuldigde bedragen maakt Enja een fout doordat zij uitgaat van 100% van de bij Buma/Stemra geïncasseerde bedragen, terwijl dit slechts 85% dient te zijn;

- Over de jaren 1995 tot en met 1999 heeft [geïntimeerde] volledig aan haar verplichtingen voldaan, zoals door Enja is erkend in de inleidende dagvaarding;

- Voor zover toch nog iets verschuldigd is, doet [geïntimeerde] een beroep op verjaring (ook reeds aangevoerd sub 8 van de conclusie van dupliek in eerste aanleg).

14. Op deze gemotiveerde verweren heeft Enja in haar akte na memorie van antwoord niet meer gereageerd. Daarop strandt dit onderdeel van het gevorderde. **Ten aanzien van de ingeroepen verjaring in het bijzonder overweegt het hof als volgt. Uit de eigen stellingen en overzichten van Enja volgt dat zij de vorderingen over de betreffende jaren telkens opeisbaar acht vanaf 31 december van het bewuste jaar. De verjaringstermijn van vijf jaar is dus telkens ingegaan vanaf 31 december van elk jaar, die over 1999 dus vanaf 31 december 1999. De inleidende dagvaarding dateert van 16 september 2005. De vijfjaarstermijnen sedert 31 december van genoemde jaren waren toen dus alle verstreken. Gesteld noch gebleken is dat in de tussentijd stuiting van die termijnen had plaatsgevonden. Dit ligt ook niet voor de hand, nu in de inleidende dagvaarding wordt gesteld dat [geïntimeerde] over de jaren 1996 tot en met 2001 aan haar verplichtingen heeft voldaan. Ook heeft [geïntimeerde] in de conclusie van dupliek onbetreden gesteld dat Enja in de buitengerechtelijke fase**

met geen woord heeft gerept over nog bestaande betalingsverplichtingen over de jaren 1996 tot en met 2001. In het licht van deze feiten is het beroep op verjaring voldoende onderbouwd en dient dit onbestreden beroep te slagen.

#### Ten aanzien van het jaar 2000

15. Over het jaar 2000 bedraagt de schuld aan Enja € 10.059,23. Uit het overzicht van Enja zelf blijkt dat dit bedrag is voldaan - aan een (af rondings?) verschil van 3 euro gaat het hof voorbij.

#### Ten aanzien van de jaren 2001 en 2002

16. [geïntimeerde] heeft in de memorie van antwoord erkend dat zij, zoals Enja stelt, over de jaren 2001 en 2002 bedragen van € 6.196,- en € 10.778,85 niet aan Enja heeft afgedragen (memorie van antwoord onder 22). In haar antwoordakte van 21 oktober 2008 stelt [geïntimeerde] dat het gaat om bedragen van € 7.129,67 en € 8.400,88. Nu echter [geïntimeerde] onvoldoende onderbouwt waarom zij op haar eerdere gerechtelijke erkenning kan terugkomen, zal het hof - mede gelet op de stand van de procedure waarin [geïntimeerde] weer met andere cijfers komt - blijven uitgaan van eerst genoemde bedragen van € 6.196,- en € 10.778,85.

17. Vast staat dat [geïntimeerde] ter zake van deze schulden geen specifieke betalingen heeft verricht. [geïntimeerde] stelt evenwel dat deze schulden kunnen worden verrekend met een voorschotbetaling van DM 30.000,- die zij in het verleden aan Enja heeft betaald.

18. Inzake deze beweerdelijke voorschotbetaling is het debat als volgt verlopen. Enja heeft in eerste aanleg in de conclusie van repliek onder 7 zelf als eerste gesteld dat [geïntimeerde] een voorschotbetaling van DM 30.000,- heeft voldaan. In de akte van 20 december 2006 heeft ook [geïntimeerde] gesteld dat zij een dergelijke betaling heeft gedaan. Vervolgens heeft Enja in haar akte van 7 februari 2007 deze betaling ontkend, hetgeen zij in hoger beroep heeft gehandhaafd. [geïntimeerde] heeft zich in de memorie van antwoord erop beroepen dat Enja deze betaling eerder uitdrukkelijk en zonder voorbehoud had erkend.

19. Het hof overweegt dienaangaande het volgende.

19.1 Een beroep op betaling is een bevrijdend verweer van de schuldenaar ter zake waarvan hij bij betwisting de bewijslast draagt.

19.2 De vraag is of de schuldeiser de betaling nog kan betwisten in een geval als het onderhavige waarin hij, voordat de schuldenaar zich op de betaling beriep, zelf de betaling stelt.

19.3 Van een situatie als bedoeld in artikel 154 Rv is dan geen sprake, omdat niet de waarheid wordt erkend van een stelling van de wederpartij, maar die stelling van de wederpartij op voorhand door een partij als eigen stelling wordt geponeerd.

De eisen van een goede procesorde brengen echter mee dat niet zomaar kan worden teruggekomen op stellingen, die nadien door de wederpartij zijn erkend en de grondslag vormen van het verweer van de wederpartij. Daartoe dient een genoegzame verklaring te worden gegeven door de partij die het aangaat.

19.4 Het hof is van oordeel dat Enja in het onderhavige geval een voldoende bevredigende verklaring heeft ge-

geven voor de gang van zaken. Door haar is aangevoerd dat [geïntimeerde] zich in de (buitengerechtelijke) contacten met Enja beriep op de voorschotbetaling van DM 30.000,- en dat zij (Enja) op grond van de vriendschappelijke verhouding met [geïntimeerde] heeft aangenomen dat dit correct was. Na onderzoek in de boeken is Enja naar haar zeggen gebleken dat nimmer een dergelijke betaling heeft plaatsgehad. [geïntimeerde] heeft deze verklaring op zichzelf niet bestreden. Het hof is van oordeel dat het Enja onder deze omstandigheden vrijstond om op haar eerdere stelling terug te komen en dat [geïntimeerde] derhalve de door haar gestelde betaling nader dient te onderbouwen en zo nodig te bewijzen. [geïntimeerde] heeft echter niets concreets gesteld ten aanzien van de vraag wanneer en hoe de bewuste betaling heeft plaatsgevonden en ook heeft zij ter zake daarvan geen specifiek bewijsaanbod gedaan. Derhalve moet aan de gestelde betaling van DM 30.000,- worden voorbijgegaan.

#### Ten aanzien van de rente

20. Uit het voorgaande vloeit voort dat de rente over de jaren 1995 tot en met 1999 sowieso niet toewijsbaar is.

20.1 Waarom [geïntimeerde] over de (betaalde) afrekening 2000 rente verschuldigd is geraakt heeft Enja niet onderbouwd, laat staan dat zij heeft toegelicht hoe het in dit verband gevorderde bedrag van € 930,47 is berekend.

20.2 Ten aanzien van de rente over 2001 en 2002 geldt dat [geïntimeerde] in de memorie van antwoord heeft aangevoerd dat onduidelijk is hoe de rente is berekend en over welke periode. Een renteberekening is niet overgelegd. Het hof stelt vast dat in het overzicht dat bij memorie van grieven is overgelegd rentebedragen staan, zonder dat duidelijk wordt gemaakt of dit de wettelijke rente betreft (en, zo ja vanaf welke verzuimdag die is berekend) dan wel de wettelijke handelsrente (en, zo ja vanaf welke datum die is berekend), terwijl ten aanzien van de wettelijke handelsrente voorts heeft te gelden dat deze niet van toepassing is op overeenkomsten gesloten voor 8 augustus 2002. Daarnaast stelt het hof vast dat in het petitum wettelijke handelsrente wordt gevorderd over het volgens Enja totaal verschuldigde bedrag van € 32.769,29, welke bedrag zoals gezegd echter tevens zelf uit rente bestaat. Al met al acht het hof de rentevordering onvoldoende onderbouwd en zal deze daarom worden afgewezen.

#### Het onderdeel "onterecht ingehouden" ad € 5.221,38

21. Het hof overweegt als volgt. Het betreft hier het door [geïntimeerde] over genoemde jaren contractueel toekomende percentage (van in beginsel 15 %) over de ontvangen bedragen. Enja stelt dat [geïntimeerde] in de nakoming van de overeenkomst is tekortgeschoten en dat zij deze bedragen "in het kader van de ongedaanmakingsprestatie van [geïntimeerde] mag terugvorderen" (memorie van grieven sub 49). Met [geïntimeerde] is het hof van oordeel dat dit onderdeel van de vordering onvoldoende is onderbouwd. Nu de overeenkomst is opgezegd, er geen buitengerechtelijke

ontbinding van de overeenkomst op grond van tekortkoming heeft plaatsgehad en ook in rechte geen ontbinding is gevorderd, kan van een ongedaanmakingsverbintenis immers geen sprake zijn.

22. De conclusie is dat grief 1 ten dele slaagt. Grief 2 heeft daarnaast geen zelfstandige betekenis.

23. De positieve zijde van de devolutieve werking van het hoger beroep brengt mee dat eventueel in eerste aanleg door [geïntimeerde] aan de orde gestelde, maar buiten behandeling gebleven of verworpen stellingen en weren door het (gedeeltelijk) slagen van grief 1 alsnog ambtshalve door het hof moeten worden behandeld.

Door [geïntimeerde] is aangevoerd dat de eisende partij niet-ontvankelijk is in haar vordering, gelet op de aanduiding van deze partij in de inleidende dagvaarding. Het hof verwerpt dit verweer onder verwijzing naar rechtsoverweging 1 van het tussenvonnissen van 25 oktober 2006, welke overweging het hof tot de zijne maakt.

#### **De slotsom**

24. Het bestreden vonnis zal worden vernietigd en [geïntimeerde] zal worden veroordeeld tot betaling van € 16.974,85. Ten aanzien van de proceskosten overweegt het hof dat die van de eerste aanleg (geliquideerd salaris advocaat: 3 punten in tarief III) voor rekening van [geïntimeerde] komen, nu zij uiteindelijk een substantieel bedrag aan Enja schuldig blijkt. De kosten van het hoger beroep (geliquideerd salaris van de advocaat: 1 1/2 punt in tarief III) komen voor rekening van Enja, nu het hoger beroep nodeloos door haar is veroorzaakt door de warrige en inconsistente onderbouwing van de vordering in eerste aanleg.

#### **De beslissing**

Het gerechtshof:

vernietigt het vonnis waarvan beroep

en opnieuw rechtdoende:

veroordeelt [geïntimeerde] om tegen kwijting aan Enja te betalen € 16.974,85;

veroordeelt [geïntimeerde] in de kosten van het geding in eerste aanleg en begroot die tot aan deze uitspraak aan de zijde van Enja op € 805,60 aan verschotten en € 1.737,00 aan geliquideerd salaris voor de advocaat;

veroordeelt Enja in de kosten van het hoger beroep en begroot die tot aan deze uitspraak aan de zijde van [geïntimeerde] op € 510,00 aan verschotten en € 1.737,00 aan geliquideerd salaris voor de advocaat;

bepaalt dat van laatstgemelde bedragen aan de griffier dient te worden voldaan

€ 395,- aan voorschotten en € 1.737,- voor geliquideerd salaris voor de advocaat, die daarmee zal handelen overeenkomstig het bepaalde in artikel 243 Rv

verklaart dit arrest tot zover uitvoerbaar bij voorraad;

wijst af het meer of anders gevorderde.

Aldus gewezen door mrs. Janse, voorzitter, Zandbergen en Wind, raden, en uitgesproken door de rolraadsheer ter openbare terechtzitting van dit hof van dinsdag 26 mei 2009 in bijzijn van de griffier.