ECLI:NL:GHDHA:2021:1669

Instantie	Gerechtshof Den Haag
Datum uitspraak	04-05-2021
Datum publicatie	16-09-2021
Zaaknummer	200.264.305/01
Formele relaties	Eerste aanleg: ECLI:NL:RBDHA:2019:3795, (Gedeeltelijke) vernietiging en zelf afgedaan Cassatie: ECLI:NL:HR:2022:1848, Bekrachtiging/bevestiging
Rechtsgebieden	Civiel recht
Bijzondere kenmerken	Hoger beroep
Inhoudsindicatie	toerekenbare tekortkoming in nakoming samenwerkingsovereenkomst
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl

Uitspraak

GERECHTSHOF DEN HAAG

Afdeling Civiel recht

Zaaknummer : 200.264.305/01

Zaaknummer rechtbank : C/09/555304 / HA ZA 18-708

arrest van 4 mei 2021

in de zaak van

1 [appellant sub 1] ,

wonende te [woonplaats 1] , gemeente [gemeente] ,

2. **Small Bite B.V.**,

gevestigd te Bussum,

appellanten in het principaal hoger beroep,

verweerders in het incidenteel hoger beroep,

hierna samen te noemen Small Bite c.s., en afzonderlijk [appellant sub 1] en Small Bite,

advocaat: mr. P.L.M.F. Roosendaal,

tegen

1 OCS, Ortho Corpus Slim B.V.,

gevestigd te Purmerend,

2. **[verweerder sub 2]**,

wonende te [woonplaats 2] ,

3. **[verweerder sub 3]**,

wonende te [woonplaats 3] ,

verweerders in het principaal hoger beroep,

appellanten in het incidenteel hoger beroep,

hierna samen te noemen OCS c.s., en afzonderlijk OCS, [verweerder sub 2] en [verweerder sub 3] ,

advocaat: mr. Ph.W.M. ter Burg.

Waar gaat deze zaak over?

1. Small Bite heeft met OCS een samenwerkingsovereenkomst gesloten. Overeengekomen is dat OCS ervoor zal zorgen dat haar orthodontisten een door [appellant sub 1] (bestuurder van Small Bite) ontwikkelde afslankbeugel zullen gaan plaatsen. Er ontstaan problemen in deze samenwerking. Small Bite en OCS beschuldigen elkaar ervan dat zij hun verplichtingen niet zijn nagekomen en houden elkaar aansprakelijk voor de schade. Er worden ook vorderingen door en tegen de bij OCS en Small Bite betrokken bestuurders ingesteld.

Het verloop van de procedure

2. Het verloop van de procedure blijkt uit de volgende stukken:

- het procesdossier van de procedure bij de rechtbank, waaronder het vonnis van de rechtbank Den Haag van 17 april 2019;
- de dagvaarding in hoger beroep van Small Bite c.s.;
- de memorie van grieven, met producties;
- de memorie van antwoord tevens houdende incidenteel appel, met producties;
- de memorie van antwoord in incidenteel appel;
- de pleitnotas van Small Bite c.s. en OCS c.s. die zij hebben overgelegd ter gelegenheid van het op 26 november 2020 gehouden pleidooi.

Feitelijke achtergrond van de zaak

3. [appellant sub 1] heeft een beugel ontwikkeld die de mate waarin de mond kan worden geopend, en daarmee de inname van voedsel, beperkt. Het doel van de beugel is gewichtsvermindering. Het octrooi voor deze beugel (hierna: de afslankbeugel) is in handen van [appellant sub 1] .

4. [appellant sub 1] heeft de exploitatie van de afslankbeugel ondergebracht in Small Bite. [appellant sub 1] is bestuurder van Small Bite.

5. Orthocenter N.V. is de houdstermaatschappij van de Orthocenter Groep. Deze groep is gespecialiseerd in orthodontische behandelingen en heeft 48 praktijken in Nederland. [verweerder sub 2] is statutair directeur van Orthocenter N.V.

6. Nadat Orthocenter N.V. in contact was gekomen met [appellant sub 1] en Small Bite, heeft zij in 2015 OCS opgericht met als doel de samenwerking met Small Bite c.s. Orthocenter N.V. is enig aandeelhouder

en bestuurder van OCS. [verweerder sub 3] is in dienst van OCS en voert het dagelijks bestuur over OCS.

7. Op 8 januari 2016 hebben OCS en Small Bite c.s. een samenwerkingsovereenkomst gesloten. In deze samenwerkingsovereenkomst staat, voor zover hier van belang:

Overwegende dat:

(...)

B. SB (hof: Small Bite] een hulpmiddel heeft ontwikkeld bestaande uit een beugel, die na plaatsing het eetvolume bij de drager beperkt met als doel te komen tot een gewichtsafname (het hulpmiddel zoals van tijd tot tijd aangepast: de Afslankbeugel)

C. SB een ongeveer tien maanden durende coaching, het Begeleidingsprogramma, heeft ontwikkeld met betrekking tot het gebruik van de Afslankbeugel waarin de patiënt onder andere verduidelijkt wordt hoe het eet- en voedingspatroon aan te passen en op welke wijze de kans op een duurzame gewichtsvermindering gemaximaliseerd kan worden (het Begeleidingsprogramma () tezamen met de Afslankbeugel is de Smallbite behandeling).

D. De Smallbite behandeling, waaronder de Afslankbeugel, nog nader aangepast en verbeterd dient te worden teneinde de Smallbite behandeling (op grotere schaal) commercieel te kunnen aanbieden aan patiënten.

(...)

1 Exclusieve licentie

1.1 *SB verleent hierbij voor de duur van deze Overeenkomst een exclusieve licentie aan OCS voor het gebruik van alle Rechten in Nederland (het "Licentierecht"), welk Licentierecht hierbij door OCS wordt aanvaard om met uitsluiting van andere (toekomstige) licentiehouders de SmallBite behandelingen in Nederland uit te voeren. [appellant sub 1] staat er voor in dat SB in staat zal zijn het Licentierecht onverkort aan OCS te verlenen.*

(...)

2 Rechten en verplichtingen van OCS

(...)

2.4 *OCS zal zorgen voor voldoende vakbekwaam personeel dat werkzaam is onder de verantwoordelijkheid van een orthodontisch geschoold specialist voor de correcte plaatsing van de Afslankbeugel bij de Patiënten ().*

(...)

2.6 *OCS zal initieel 20 locaties geschikt maken voor het plaatsen van de Afslankbeugel, indien de vraag de Smallbite behandelingen dit redelijkerwijs economisch verantwoord maakt. (...)*

Ervan uitgaande en op voorwaarde dat de Afslankbeugel nader is aangepast en verbeterd, zodat de Smallbite behandeling (op grotere schaal) commercieel aangeboden kan worden, zal OCS zich inspannen voor het jaar 2016 behandelcapaciteit te hebben voor 700 nieuwe Patiënten op jaarbasis (...)

2.7 *OCS zal zich inspannen de markt voor Smallbite behandelingen in Nederland op een medisch en commercieel verantwoorde wijze te ontwikkelen c.q. te vergroten. OCS zal na overleg met SB zorgen voor een passend PR- en marketingbeleid en (patiënt)informatiesysteem en is verantwoordelijk voor de werving van Patiënten en de daarmee gemoeide activiteiten.*

()

3 Rechten en verplichtingen van SB

3.1 *SB zal aan OCS al haar kennis en ervaring ten aanzien van Afslankbeugel en de Begeleidingsprogramma's ter beschikking stellen. SB zal (...) de heer [appellant sub 1] , beschikbaar stellen om OCS te assisteren bij ontwikkelen c.q. vergroten van de markt voor Smallbite behandelingen in Nederland.*

(...)

4 Businessplan en rapportage

()

4.1 *OCS zal SB maandelijks op de hoogte stellen van het aantal nieuw in behandeling genomen Patiënten dat zich voor een Smallbite behandeling heeft aangemeld en de behaalde omzet. ()*

4.2 *OCS zal per kwartaal () de resultaten (gewichtsverlies) van de Smallbite behandelingen bij de Patiënten rapporteren aan SB.*

()

5 Vergoedingen en betalingen

5.1 *Voor het verlenen van het Licentierecht en het beschikbaar stellen van haar kennis en ervaring heeft SB recht op een vergoeding () ter grootte van 11% van de gerealiseerde omzet (inclusief BTW) ten aanzien van de Smallbite behandelingen ().*

()

7. Duur en beëindiging en gevolgen einde Overeenkomst

7.1 *De Overeenkomst wordt aangegaan voor de duur van de octrooien () met een minimum periode van vijf jaar () eindigend op 31 december 2021. ().*

()

7.3 *In afwijking op artikel 7.1 () is SB gerechtigd deze Overeenkomst tussentijds op te zeggen met inachtneming van een opzegtermijn van zes maanden, indien OCS aantoonbaar onvoldoende capaciteit inzet voor het uitvoeren van de Smallbite behandelingen en niet binnen redelijke termijn voor voldoende capaciteit heeft zorg gedragen.*

()

8. De samenwerkingsovereenkomst is ondertekend door OCS, Small Bite en [appellant sub 1] . Bij de ondertekening van [appellant sub 1] is vermeld in verband met artikel 1.1.

9. Enige tijd na ondertekening van deze overeenkomst zijn er problemen ontstaan in de samenwerking tussen partijen, met name als gevolg van problemen met de spaken van de afslankbeugel. De spaken zijn de verticale verbindingsstukken tussen het deel van de beugel dat aan de onderkaak is bevestigd en het deel dat aan de bovenkaak is bevestigd. De spaken beperken de mate waarin de mond geopend kan worden.

10. In een e-mail van 18 september 2016 aan [appellant sub 1] schrijft [verweerder sub 2] dat hij vaststelt dat het voorgenomen uitrollen van de Smallbite behandelingen stagneert doordat de spaken niet voldoen. Hij bericht vervolgens:

Al langere tijd heb ik je aangeboden zelf voor een oplossing te zorgen. Een leverancier is in staat en bereid om een spaak te maken van gevlochten draad met coating die aan de eisen voldoet, conform de DSM draad. Kosten voor een proef zijn ca 12.000. Corpus OK is bereid die kosten voor te schieten.

Ik begin haast te krijgen om de Smallbite behandeling daadwerkelijk op grotere schaal uit te rollen, immers nu hebben we bijna alleen maar kosten, komt het draagvlak bij de orthodontisten in gevaar en hebben we een fors gemis aan cashflow ().

Dus graag je medewerking om tot snelle en goede oplossingen te komen, dan kunnen we eindelijk echt beginnen..

11. Op 25 september 2016 schrijft [appellant sub 1] aan [verweerder sub 2] en enkele anderen:

Voordat er opdracht gegeven wordt om 12000 mille uit te geven wellicht even hier wat samples bestellen ()

Er staat dus nog steeds geen project team wat er wel moet komen als we willen op schieten wellicht beter om daar 6000 euro in te stoppen dan een een nog voor mij onbekende bedrijf!!

het team moet geleid lijkt mij voor de hand te liggen dat ik dat doe tenslotte is alles van het patent uit mijn handen.

()

Ik betaal graag alles maar dan gaat de device inclusief en winst over de device weer naar Smallbite en Smallbite geeft opdracht tot de maak van de beugels en koopt orthocenter niets meer in mbt Smallbite onderdelen.

12. [appellant sub 1] uit zich in de loop van 2016 uitgelaten op een wijze die blijkt uit de volgende berichten:

- a) E-mail van 24 september 2016 van [appellant sub 1] aan [verweerder sub 2] : *Dit lezende wordt ik nog meer boos en misselijk moet ook weer denken aan de komodovaraan () Je hebt mij beticht van een tekortkoming die aan jezelf is toe te schrijven () Kijk [verweerder sub 2] ik heb je al een paar keer opgezegd en gesteld dat je mij aan het naaien cq oplichten bent dus is er maar een manier om Orthocenter groot te krijgen met Smallbite en dat is dat er een jou geval geen recidive is van je vroegere duistere praktijken () iedere simpele idioot leest dat er meerdere witte boorden criminelen bij betrokken waren met boter op hun hoofd en dat jij de kroon spande of interpreteer ik dat verkeert [verweerder sub 2] .*
- b) E-mail van 30 oktober 2016 van [appellant sub 1] aan [naam 1] van Follow the Money met als bijlage voorgaande e-mail van 24 september aan [verweerder sub 2] : *Orthocenter [verweerder sub 2] grote bedrijf () Hij wilde mijn werk afpakken een exclusieve licentie Enfin als hij door gaat met mij te naaien en Smallbite te vernietigen zet ik hem op de kaart De informatie over [verweerder sub 2] die vrij op het web staat is op zijn minst bedenkelijk het bevestigd door wat hij met Smallbite probeert dat het waanzinnig oppassen is..*
- c) E-mail van later diezelfde dag, 30 oktober 2016, van [appellant sub 1] aan [verweerder sub 2] waarbij hij het aan [naam 1] verzonden bericht doorstuurt: *Kijk [verweerder sub 2] ,* ***Je bent nu bekend bij FTM en dat heb je liever niet jou kennende*** *() Mijn bedrijf droom en werk maak je niet kapot en er wordt gestopt met manipuleren en chantage ik heb je op alle manieren getracht te bewegen en er komt een moment dat het een gevecht wordt en dat moeten andere middelen worden ingezet () [naam 1] is de slimste Nederlander en oprichter directeur van FTM dus die is verstandig [naam 2] van Telegraaf heeft een andere benadering maar die is met een telefoontje op de hoogte ().*
- d) E-mail van 8 november 2016 van [appellant sub 1] aan [verweerder sub 2] en anderen: ***Ik zou er niet mee spotten [verweerder sub 2]*** *mijn God wordt heel erg boos als je moedwillig de lijdende mens van genezen afhoud en dat doe jij* ***heel hardvochtig [verweerder sub 2]*** *niet jou mensen maar jij als despoot op jou zaak* ***hoogst persoonlijk*** *() Heb net contact gehad met de speechschrijver van onze huidige Minister-president voor een duidelijk en goed persbericht () Hij zal in chique intellectueel Nederlands het verhaal op schrift stellen dat Orthocenter nee eigenlijk [verweerder sub 2] Smallbite () en [appellant sub 1] moedwillig kapot heeft lopen maken en daar plezier aan beleefde. () En ook dat jij met je arrogantie en superioriteitsgevoelens maar niet beseft dat alle tandartsen artsen verwijzers overheid ect ook kunnen gaan vernemen in de media wat hier werkelijk gaande is. () Want mijn bescheiden indruk is dat je of evel bent of waanzinnig incompetent ziek kan ook nog ().*
- e) E-mail van 16 november 2016 van [appellant sub 1] aan [verweerder sub 2] : ***Het falen met Smallbite is slecht alleen aan jou toe te schrijven*** *omdat je* ***ziek*** *bent () Er is* ***met jou niet te werken*** *op geen enkele manier en kan niet lukken. De reden hiervoor is dat de directeur van Orthocenter* ***geestes ziek*** *is () Jou machtswellustige foute handelen machtsmisbruik pathologische bedriegen, diefstal, manipuleren (van personen contact verboden) verdraaien van wat waar is en kapot maken van mensen overal ook je heen* ***is 1 op 1 bij de geestesziekte NPS**** *die jij hebt () Op mijn verzoeken met je commissarissen te spreken* ***is nooit instemming gekomen waarom ????*** *dus die ga ikzelf () benaderen. () Je bent een (bijna fatale) mislukking als mens en leider een vergissing.*
- f) Sms bericht van [appellant sub 1] aan een commissaris van Orthocenter N.V. (datum niet bekend): *Ik denk dat die ouwe [verweerder sub 2] of [verweerder sub 2] een witteboord crimineel is jij bent daar commissaris..*
- g) E-mail van 9 november 2016 van een orthodontist van een Orthocenter vestiging aan [verweerder sub 2] : *Beste [verweerder sub 2] , Ik krijg regelmatig whats apps en mails van*

[appellant sub 1] (die zelf zijn product shit heeft genoemd.) Ik vind het vervelend en onacceptabel hoe hij over je praat. Sorry. (jij weet zelf dat het is niet alleen omdat jij mijn baas bent)..

13. In november/december 2016 heeft overleg plaatsgevonden over een herziening van de samenwerking. De advocaten van partijen waren daarbij betrokken. Op 19 december 2016 heeft de advocaat van OCS een concept voor een herziene samenwerkingsovereenkomst gestuurd aan de advocaat van Small Bite. De advocaat van Small Bite schreef later diezelfde dag, 19 december 2016, per e-mail terug:

Uw voorstel doet geen enkel recht aan de relatie tussen partijen en hetgeen de laatste weken is geschied. Uw voorstel doet ook geen recht aan het door uw cliënte zelf gedane voorstel. Het zal u dan ook niet verbazen dat uw voorstel niet acceptabel is. Uw cliënte laat cliënten geen andere keuze dan hun rechten voortvloeiend uit de overeenkomst uit te oefenen.

Geheel ten overvloede en onverplicht laat ik u nog weten dat zojuist afgelopen week bekend geworden is dat voor de afslankbeugels gebruik gemaakt kan gaan worden van een CE-gecertificeerde spaak van B Braun medical ().

14. [verweerder sub 2] schrijft meteen daarna, op 19 december 2016, in een e-mail aan de bij de Small Bite behandelingen betrokken medewerkers van OCS en de Orthocenter groep, met [appellant sub 1] en Small Bite in cc:

Hierbij de melding dat de samenwerking met Smallbite en dhr. [appellant sub 1] beëindigd zal worden. Laten wij de bestaande patiënten afbehandelen en geen nieuwe meer in behandeling nemen.

Als heer [appellant sub 1] in zijn eigen klinieken de behandeling wil overnemen is er mijnerzijds geen bezwaar als de patiënten dit accorderen.

Het blijft spijtig dat een forse investering in geld en tijd op deze wijze moet stoppen en wij daardoor niet de patiënten een perspectief kunnen bieden..

15. OCS en Small Bite hebben daarna niet meer samengewerkt.

16. Ook na de feitelijke beëindiging van de samenwerking is [appellant sub 1] blijven communiceren met [verweerder sub 2] , met [verweerder sub 3] en met derden (over [verweerder sub 2]), onder meer door middel van de volgende berichten:

(a) E-mail van 19 juni 2017 van [appellant sub 1] aan [verweerder sub 2] , en cc naar anderen: *Mij is inmiddels duidelijk dat je voor alles in bent Ik heb alle reden te geloven () dat of jijzelf of je fasalten* ***al mij email verkeer onderschept*** *() Ik vind persoonlijk je wel een slecht en verdorven mens () Voorlopig heb ik je wanstaltige gedragingen uit de publiciteit gehouden Dat OC bedrijf van jou moet het toch hebben van de tandartsen die verwijzen.*

- b) Voice mail van 4 juli 2017 ingesproken door [appellant sub 1] op de telefoon van [verweerder sub 3] : *Maar Menneke, ik weet niet of jij verantwoordelijkheid voor je gezinnetje voelt, he maar uiteindelijk jaag je mensen tegen je in het harnas en je bent aan het stelen met doe oude gek. Dus ik wil je even waarschuwen dat het gewoon totaal mis gaat lopen voor je..*
- c) E-mail van 18 juli 2017 van [appellant sub 1] aan een oud-bestuurder van Orthocenter: *mooi om te zien wat een varken die [verweerder sub 2] is bah*.
- d) Chatbericht van 3 september 2017 van [appellant sub 1] aan [verweerder sub 2] : *[verweerder sub 2] omdat jij mijn spullen verziekt sta ik vast in amsterdam en mijn e bike is onbruikbaar. Wat ben jij een lage klootzak godverdomme kom over de brug. () Enorme hufter ben je. .*

De vorderingen van partijen en de beslissing van de rechtbank

De vorderingen van [verweerder sub 2] en [verweerder sub 3] tegen [appellant sub 1]

17. [verweerder sub 2] en [verweerder sub 3] hebben gevorderd:

a. veroordeling van [appellant sub 1] tot betaling aan [verweerder sub 2] en [verweerder sub 3] van een bedrag van 50.000,- elk, althans een door de rechtbank in goede justitie te bepalen bedrag;

b. veroordeling van [appellant sub 1] om zich met onmiddellijke ingang te onthouden van belasterende en bedreigende uitlatingen jegens [verweerder sub 2] en [verweerder sub 3] , op welke wijze dan ook, en van belasterende uitlatingen betreffende [verweerder sub 2] en [verweerder sub 3] jegens derden, onder oplegging van een dwangsom van 1.000,- per overtreding.

18. [verweerder sub 2] en [verweerder sub 3] hebben hieraan ten grondslag gelegd dat sprake was van een niet aflatende stroom van valse beschuldigingen en bedreigingen van [appellant sub 1] aan het adres van [verweerder sub 2] en [verweerder sub 3] , en dat [appellant sub 1] belastende uitlatingen over hen onder derden heeft verspreid. Dat is onrechtmatig en [verweerder sub 2] en [verweerder sub 3] zijn in hun eer en goede naam aangetast. Die handelwijze van [appellant sub 1] rechtvaardigt het gevraagde uitlatingenverbod en een schadevergoeding voor reputatieschade van 50.000 voor zowel [verweerder sub 2] als [verweerder sub 3] .

19. De rechtbank heeft geoordeeld dat [appellant sub 1] uitlatingen heeft gedaan die onrechtmatig zijn jegens [verweerder sub 2] en [verweerder sub 3] . Er is sprake van uitingen die getuigen van grofheid en belediging en van een uiting jegens [verweerder sub 3] die hij heeft mogen opvatten als een bedreiging. [appellant sub 1] heeft de zorgvuldigheid die in het maatschappelijk verkeer jegens anderen in acht moet worden genomen evident langdurig, frequent en in hoge mate overschreden. Daarnaast heeft [appellant sub 1] door zijn uitingen tegenover derden, waaronder medewerkers binnen OCS, Follow the Money en de Telegraaf, [verweerder sub 2] en [verweerder sub 3] geschaad in hun eer en goede naam. De rechtbank heeft [appellant sub 1] veroordeeld tot betaling van een bedrag van 5.000 voor reputatieschade aan zowel [verweerder sub 2] als [verweerder sub 3] . Daarnaast is [appellant sub 1] veroordeeld om zich jegens beiden te onthouden van lasterlijke en bedreigende uitlatingen, en van belasterende uitlatingen over hen jegens derden, op straffe van een dwangsom van 500,- per overtreding, met een maximum van 10.000,-.

De vorderingen van OCS tegen Small Bite en [appellant sub 1]

20. OCS heeft gevorderd:

a. verklaring voor recht dat Small Bite en [appellant sub 1] toerekenbaar tekortgekomen zijn in de nakoming van hun verplichtingen jegens OCS krachtens de samenwerkingsovereenkomst en dat Small Bite en [appellant sub 1] hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de als gevolg daarvan door OCS geleden en te lijden schade;

b. hoofdelijke veroordeling van Small Bite en [appellant sub 1] tot vergoeding van de schade die OCS hierdoor heeft geleden, op te maken bij staat, te vermeerderen wettelijke rente

21. OCS heeft aan deze vorderingen ten grondslag gelegd dat Small Bite en [appellant sub 1] tekort zijn geschoten in de nakoming van hun verplichtingen omdat zij:

- aan OCS een ontwerp voor de afslankbeugel ter beschikking hebben gesteld dat nog niet geschikt was voor toepassing bij patiënten;
- hebben geweigerd mee te werken aan het vinden van een goed CE-gecertificeerd alternatief voor de spaken om deze geschikt te maken voor het op grotere schaal aanbieden van de afslankbeugel;
- hebben nagelaten een begeleidingsprogramma aan te leveren;
- op een beledigende en intimiderende wijze hebben gecommuniceerd met OCS en de door OCS ingeschakelde orthodontisten en hun assistenten, wat iedere vorm van redelijk overleg onmogelijk maakte;
- geheel onterecht en in strijd met de overeengekomen duur via haar advocaat per email op 19 december 2016 de samenwerkingsovereenkomst hebben beëindigd, zonder dat sprake was van enige toerekenbare tekortkoming aan de zijde van OCS.

OCS houdt [appellant sub 1] en Small Bite, beiden contractspartij bij de samenwerkingsovereenkomst, hoofdelijk aansprakelijk voor de schade.

22. De rechtbank heeft geoordeeld dat Small Bite c.s. op meerdere van deze punten tekort zijn geschoten in de nakoming van hun contractuele verplichtingen en dat Small Bite en [appellant sub 1] hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de door OCS geleden schade, nader op te maken bij staat.

De vorderingen van Small Bite c.s. tegen OCS

23. Small Bite c.s. hebben een tegenvordering ingesteld. Zij vorderen, voor zover in hoger beroep nog van belang1:

a. verklaring voor recht dat OCS toerekenbaar tekort is gekomen in de nakoming van haar verplichtingen jegens Small Bite c.s. krachtens de samenwerkingsovereenkomst en dat OCS aansprakelijk is voor de schade die Small Bite c.s. daardoor hebben geleden en zullen lijden;
b. veroordeling van OCS tot vergoeding van de door Small Bite c.s. als gevolg van het toerekenbaar tekortschieten geleden schade, op te maken bij staat, te vermeerderden met wettelijke rente.

24. Small Bite c.s. hebben aan deze vorderingen ten grondslag dat OCS toerekenbaar tekort is geschoten in de nakoming van haar verplichtingen uit hoofde van de tussen partijen gesloten samenwerkingsovereenkomst doordat OCS:

- niet zorg heeft gedragen voor voldoende vakbekwaam personeel;
- onvoldoende locaties geschikt heeft gemaakt voor het plaatsen van de afslankbeugel;
- onvoldoende marketinginspanningen heeft verricht;
- niet gezorgd heeft voor een passend PR- en marketingbeleid en patiënteninformatiesysteem;
- onvoldoende patiënten heeft geworven;
- Small Bite c.s. niet maandelijks op de hoogte heeft gesteld van het aantal nieuw in behandeling genomen patiënten dat zich voor een SmallBite-behandeling heeft gemeld en van de daarmee behaalde omzet;
- niet per kwartaal de resultaten van Smallbite-behandelingen heeft gerapporteerd aan Small Bite c.s.;
- de samenwerkingsovereenkomst eenzijdig heeft beëindigd, terwijl juist zij toerekenbaar tekortschoot in de nakoming.

Small Bite c.s. stellen dat zij als gevolg van dit alles schade hebben geleden die OCS dient te vergoeden.

25. De rechtbank heeft overwogen dat het onmogelijk was om de afslankbeugel grootschalig commercieel aan te bieden en dat bij die stand van zaken niet kan worden gesteld dat OCS op enigerlei wijze in haar verplichtingen jegens Small Bite c.s. tekort is geschoten. De vorderingen van Small Bite c.s. zijn daarom afgewezen.

De beoordeling in hoger beroep

26. [appellant sub 1] en Small Bite zijn het op verschillende punten niet eens met het vonnis van de rechtbank en hebben daarom hoger beroep ingesteld (het principaal hoger beroep). [verweerder sub 2] en [verweerder sub 3] zijn het van hun kant op één punt niet eens met het vonnis, te weten de hoogte van de aan hen toekende schadevergoeding van 5.000. Daarom hebben zij ook hoger beroep aangetekend (het incidenteel hoger beroep). Het hof zal de verschillende bezwaren van partijen hierna bespreken bij de behandeling van de betreffende vordering voor zover deze van belang zijn voor de beslissing.

De vorderingen van [verweerder sub 2] en [verweerder sub 3] tegen [appellant sub 1]

27. [appellant sub 1] heeft in hoger beroep verschillende bezwaren aangevoerd tegen de hiervoor bij nr. 20 weergegeven veroordelingen door de rechtbank. Het hof zal deze bezwaren beoordelen tegen de achtergrond van de uitlatingen die [appellant sub 1] heeft gedaan tegen [verweerder sub 2] en [verweerder sub 3] en de uitlatingen over hen tegen derden, zoals die blijken uit de hiervoor bij nr. 12 en nr. 16 weergegeven berichten.

28. [appellant sub 1] betoogt dat de uitlatingen zijn gedaan in het licht van een zakelijk conflict en ook daarop betrekking hebben. Ze zijn dan ook niet gericht tegen [verweerder sub 2] en [verweerder sub 3] persoonlijk, maar tegen hen in hoedanigheid (van leidinggevenden bij OCS). Het hof verwerpt dat verweer. De duidelijk op de persoon gerichte uitingen zijn dermate grof, beledigend, intimiderend en bedreigend dat dit de grenzen van een zakelijk conflict ver te buiten gaat. [verweerder sub 2] en [verweerder sub 3] zijn wel degelijk als persoon in hun rechten aangetast door de uitingen van [appellant sub 1] .

29. Het argument van [appellant sub 1] dat van [verweerder sub 2] en [verweerder sub 3] enig incasseringsvermogen mag worden verwacht als [appellant sub 1] hard reageert op de wanprestatie van OCS waarmee zijn levenswerk wordt vernietigd, gaat ook niet op. De door [appellant sub 1] gestelde wanprestatie van OCS is geen rechtvaardiging voor zijn uitingen. Dat deze wijze van communiceren volgens [appellant sub 1] hoort bij zijn persoon, dat [verweerder sub 2] en [verweerder sub 3] daarvan op de hoogte zouden zijn geweest en dat er ook e-mails zijn waarin [appellant sub 1] een verzoenender toon aanslaat, maakt de uitingen van [appellant sub 1] niet minder ernstig. Evenmin is van belang dat [naam 1] van Follow the Money een goede vriend zou zijn van [appellant sub 1] . [appellant sub 1] heeft hem juist vanwege zijn positie bij Follow the Money aangesproken, wat blijkt uit het feit dat [appellant sub 1] het door hem aan [naam 1] geschreven bericht doorstuurt aan [verweerder sub 2] met de opmerking je bent nu bekend bij FTM. [appellant sub 1] heeft verder nog betoogd dat de voice mail aan [verweerder sub 3] van 4 juli 2017 geen bedreiging is omdat met het gaat gewoon totaal mis lopen voor je niets anders bedoeld kan zijn dan dat het met [verweerder sub 3] carrière-technisch mis gaat lopen. Ook dat faalt. Het hof is met de rechtbank van oordeel dat [verweerder sub 3] dit redelijkerwijs heeft mogen opvatten als een bedreiging en wel van de lichamelijke integriteit van [verweerder sub 3] en zijn gezin. Overigens is het in het vooruitzicht stellen van een mislukte carrière ook een voldoende ernstige bedreiging. De door [appellant sub 1] gegeven uitleg van de berichten uit 2017, inhoudende dat die uitlatingen moeten worden gezien in het licht van de door [appellant sub 1] ervaren computerhack en dat zich in diezelfde periode merkwaardige dingen voordeden zoals een storing in een dure e-bike, doet er niet aan af dat ook deze ongeremde uitingen onacceptabel zijn.

30. Het hof is het dus eens met het oordeel van de rechtbank dat sprake is onrechtmatige uitingen van [appellant sub 1] en dat [verweerder sub 2] en [verweerder sub 3] zijn geschaad in hun eer en goede naam. Aan [appellant sub 1] moet worden toegegeven dat niet is gebleken dat hij de Telegraaf heeft geïnformeerd ([appellant sub 1] dreigt daar wel mee in de tweede e-mail van 30 oktober 2016), maar dat doet aan het oordeel uiteindelijk niets af.

31. [appellant sub 1] heeft aangevoerd dat als de uitlatingen wel als onrechtmatig worden gekwalificeerd, de door de rechtbank toegekende schadevergoeding van 5.000 voor zowel [verweerder sub 3] als [verweerder sub 2] buitenproportioneel is en moet worden gesteld op nihil of maximaal 1.000. [verweerder sub 2] en [verweerder sub 3] hebben van hun kant (in het incidenteel hoger beroep) betoogd dat de door [appellant sub 1] gedane uitingen, in combinatie met het uit de memorie van grieven blijkend gebrek aan inzicht van [appellant sub 1] omtrent zijn gedrag, de schadevergoeding moet worden gesteld op 50.000, althans een hoger bedrag dan de door de rechtbank toegekende schadevergoeding van 5.000.

32. Het hof is het eens met de rechtbank dat een schadevergoeding van 5.000 passend is en verenigt zich met de onderbouwing die de rechtbank in rechtsoverweging 4.33 van haar vonnis daarvoor heeft gegeven. Wat partijen in hoger beroep hebben aangevoerd leidt niet tot een ander oordeel.

33. De conclusie is dat de bezwaren van [appellant sub 1] tegen het vonnis van de rechtbank niet slagen. Ook het bezwaar dat [verweerder sub 2] en [verweerder sub 3] van hun kant naar voren hebben gebracht faalt.

De vordering van OCS tegen Small Bite

34. Hiervoor bij nr. 21 zijn onder (1) tot en met (5) de verschillende verwijten opgesomd die OCS Small Bite maakt. Het hof zal deze hieronder bespreken - voor zover van belang - met inachtneming van het debat zoals dat in hoger beroep tussen partijen heeft plaatsgevonden.

- *tekortkoming: het verbod op het gebruik van Dyneema Purity*

35. OCS stelt dat Small Bite is tekortgeschoten in de nakoming van haar verplichtingen omdat de afslankbeugel op grond waarvan zij de samenwerkingsovereenkomst is aangegaan niet geschikt was om bij patiënten van OCS te plaatsen. OCS heeft dit standpunt als volgt onderbouwd. In de periode voor het aangaan van de samenwerkingsovereenkomst hebben partijen overleg gevoerd en zijn er testen uitgevoerd met de afslankbeugel. OCS was bij die testen betrokken. Al die testen betroffen de versie van de afslankbeugel met nylon spaken gemaakt van het materiaal Dyneema Purity van DSM. De beugel met de spaken van Dyneema Purity is de versie van de afslankbeugel op basis waarvan de samenwerkingsovereenkomst op 8 januari 2016 werd gesloten. Op het moment van het sluiten van de overeenkomst mocht OCS ervan uitgaan dat deze beugel, na beperkte aanpassingen en verbeteringen, geschikt was om op grotere commerciële schaal te kunnen worden aangeboden. Nadat de overeenkomst was gesloten, kwam OCS erachter dat DSM het [appellant sub 1] en Small Bite expliciet had verboden om Dyneema Purity te gebruiken op personen. Volgens OCS is dit een tekortkoming van Small Bite: Small Bite heeft aan OCS een afslankbeugel ter beschikking gesteld die niet geschikt was voor toepassing bij haar patiënten.

36. Het hof overweegt hierover als volgt. Small Bite heeft erkend dat sprake was van een verbod van DSM. Small Bite licht dit als volgt toe. Via bijzondere contacten had Small Bite monsters gekregen van Dyneema Purity, dat DSM niet als eindproduct levert. Small Bite mocht deze niet gebruiken bij betalende klanten omdat dit conflicten zou kunnen opleveren met de vlechterijen die force fibers zoals Dyneema Purity afnemen bij DSM en voor afnemers zoals Small Bite en OCS producten met dit materiaal vervaardigen. Small Bite heeft ook toegegeven dat dit verbod meebracht dat in de afslankbeugels die OCS bij patiënten zou plaatsen, geen gebruik mocht worden gemaakt van het Dyneema Purity materiaal dat Small Bite had gekregen. Verder staat vast dat Small Bite in ieder geval kort na ondertekening van de samenwerkingsovereenkomst aan OCS heeft laten weten dat er problemen waren met het gebruik van Dyneema Purity: in een e-mail van 9 maart 2016 verwijst [appellant sub 1] naar het verbod en schrijft hij dat [verweerder sub 2] van OCS op de hoogte is.

37. Het hof is van oordeel dat het feit dat de Dyneema Purity-monsters niet gebruikt mochten worden voor de spaken van de beugels die OCS bij patiënten zou gaan plaatsen, een toerekenbare tekortkoming van Small Bite oplevert. Dit oordeel is gebaseerd op de combinatie van de volgende omstandigheden:

- a) De spaken vormen een essentieel onderdeel van de afslankbeugel die door OCS geplaatst zou gaan worden.
- b) Het materiaal Dyneema Purity dat voor de nylon spaken werd gebruikt, is door Small Bite (en niet door OCS) aangeleverd.
- c) Small Bite heeft niet gesteld dat OCS vóór het sluiten van de samenwerkingsovereenkomst ervan op de hoogte was (of had moeten zijn) dat DSM aan [appellant sub 1] /Small Bite had laten weten dat het gebruik van Dyneema Purity was verboden in de afslankbeugels die OCS bij betalende patiënten zou gaan plaatsen.
- d) OCS heeft de samenwerkingsovereenkomst gesloten op basis van de versie van de afslankbeugel met nylon spaken van Dyneema Purity en mocht er op dat moment vanuit gaan dat de versie met de nylon spaken van Dyneema Purity bij patiënten geplaatst mocht worden. OCS heeft haar stelling dat dit het geval was namelijk concreet onderbouwd, waarna Small Bite een en ander (onvoldoende) heeft weersproken. De stelling van OCS wordt ondersteund door het volgende:

- Uit de e-mail van [verweerder sub 2] aan [appellant sub 1] van 25 augustus 2015 blijkt dat het de bedoeling was dat vóór het sluiten van de samenwerkingsovereenkomst een versie van de beugel beschikbaar zou zijn die OCS in de markt zou kunnen zetten. In deze e-mail reageert [verweerder sub 2] op een concept tekst voor een samenwerkingsovereenkomst, waar hij het nodige op aan te merken

heeft, en hij schrijft vervolgens: *Bovendien krijg ik steeds meer de indruk dat beugel (nog) niet geschikt is om in de markt te zetten, dus alles heeft weinig haast*.

- Small Bite heeft voorafgaand aan het sluiten van de samenwerkingsovereenkomst in samenspraak met OCS testen uitgevoerd. Small Bite heeft niet betwist dat die testen alle de versie met de nylon spaken van Dyneema Purity betroffen, zodat dit vaststaat.

- In het kader van die testen schrijft [verweerder sub 3] van OCS aan [appellant sub 1] in een e-mail van 29 oktober 2015, met als onderwerp laatste materiaal pilot: *[appellant sub 1] , voor de laatste test () Randvoorwaarde: () Het ontwerp BLIJFT zoals het NU is, er komen geen tussentijdse aanpassingen meer, welke aard dan ook..* Een maand later, in een e-mail van een 28 november 2015, schrijft [appellant sub 1] aan (onder andere) [verweerder sub 3] *: verder denk ik dat het qua materiaal nog nooit zo goed is geweest en het afslankbeugeltje is hufter proof en klaar voor grote aantallen.*

38. Small Bite heeft gewezen op artikel 2.6 van de samenwerkingsovereenkomst waarin wordt gesproken over nadere aanpassing en verbetering van de afslankbeugel. Volgens Small Bite valt de aanpassing van de spaken met ander materiaal dan Dyneema Purity daaronder en is dus geen sprake van een tekortkoming. Het hof verwerpt dat verweer. Gelet op de hiervoor bij nr. 37 genoemde feiten en omstandigheden strekken de aanpassingen en verbeteringen waar de samenwerkingsovereenkomst op doelt zich niet uit tot de aanpassing die nodig is omdat DSM Small Bite heeft verboden om Dyneema Purity in de afslankbeugels te gebruiken.

39. De kwestie of Dyneema Purity wel of niet CE-gecertificeerd was en of de spaken (ook) om deze reden niet geschikt waren, hoeft niet besproken te worden. De uitkomst van die discussie voegt niets toe omdat al is geconcludeerd dat de beugel niet voldeed (vanwege het feit dat Dyneema Purity niet gebruikt mocht worden in de door OCS te plaatsen afslankbeugels).

- *tekortkomingen: geen tijdige oplossing van het spaakprobleem en frustreren van de samenwerking*

40. Small Bite is weliswaar tekort geschoten zoals hiervoor omschreven, maar dat betekent naar het oordeel van het hof nog niet dat OCS van haar kant, binnen de context van de samenwerkingsovereenkomst, meteen de handdoek in de ring mocht gooien. Small Bite moest de gelegenheid krijgen om het spaakprobleem binnen een redelijke termijn op te lossen.

41. OCS ziet dat zelf ook zo, getuige haar opmerking tijdens het pleidooi dat de problemen met Dyneema Purity op zich geen onoverkomelijk probleem had hoeven zijn. Dat werd het volgens OCS echter wel doordat [appellant sub 1] het vinden van een oplossing voor dit probleem geheel in eigen beheer wilde houden en niet met een adequate oplossing wist te komen. OCS heeft geprobeerd bij te dragen aan een oplossing en heeft zelf een alternatief voorgesteld, maar [appellant sub 1] duldde geen enkele inmenging van OCS in het ontwerp en de materiaalkeuze. Small Bite heeft de samenwerking daarnaast gaandeweg verder gefrustreerd doordat [appellant sub 1] zich steeds meer beledigend, belasterend en bedreigend uitliet tegenover [verweerder sub 2] , [verweerder sub 3] en andere personen verbonden aan OCS. Hierdoor ontstond een onwerkbare situatie. Ook in deze opzichten is Small Bite tekort geschoten in de nakoming van haar verplichtingen uit hoofde van de samenwerkingsovereenkomst, aldus OCS.

42. Small Bite heeft van haar kant aangevoerd dat OCS het spaakprobleem moest oplossen en dat Small Bite daar niet verantwoordelijk voor was. Dat gaat echter niet op. Het hof heeft hiervoor geoordeeld dat de omstandigheid dat de spaken aangepast moesten worden omdat DSM het gebruik van het materiaal Dyneema Purity niet toestond, een toerekenbare tekortkoming van Small Bite was. Daarbij past niet dat het aan OCS zou zijn om het ontstane probleem op te lossen: het was juist aan Small Bite om binnen een redelijke termijn met een oplossing te komen.

43. Het argument van Small Bite dat zij wel met een bruikbaar alternatief is gekomen in de vorm van een metalen spaak slaagt ook niet. Vaststaat dat juist van de zijde van Small Bite aan OCS werd

meegedeeld dat deze spaak niet was toegestaan. [naam 3] , een arts die betrokken was bij Small Bite, schrijft namelijk in een e-mail van 27 mei 2016 over deze spaak aan [verweerder sub 3] van OCS: *Tijdens het gesprek over de spaak, hoorde ik dat de spaak niet met een gewone schaar kan worden doorgeknipt. () Je weet dat het ook* ***mijn voorwaarde*** *was en is dat de beugel losgeknipt moet kunne worden igv nood. Deze spaak voldoet daar niet aan.*. Dat Small Bite nu, in deze procedure, betoogt dat [naam 3] niet terzake kundig is, maakt niet dat OCS indertijd niet op deze mededeling van de zijde van Small Bite af mocht gaan. Daar komt bij dat OCS onweersproken heeft gesteld dat het octrooi voor de afslankbeugel waarop de samenwerkingsovereenkomst betrekking had uitging van flexibele - dus niet van metalen - spaken.

44. Vaststaat overigens dat OCS ook zelf heeft gezocht naar een bruikbaar alternatief voor de spaken. In haar e-mail van 18 september 2016 doet zij aan Small Bite een voorstel voor een proef. Small Bite is daar echter niet op in gegaan. In plaats daarvan komt er een stroom aan e-mails op gang waaruit blijkt dat [appellant sub 1] meent dat [verweerder sub 2] erop uit is om zijn werk af te pakken. De uitingen naar [verweerder sub 2] en over hem naar derden worden dermate beledigend, grof, lasterlijk en mede daardoor oncoöperatief (zie hiervoor bij nr. 12), dat OCS terecht heeft aangevoerd dat Small Bite, door het gedrag [appellant sub 1] , daarmee de samenwerking heeft gefrustreerd en een onwerkbare situatie heeft gecreëerd. Het verweer van Small Bite dat als [appellant sub 1] zich ondiplomatiek uitdrukte, dat dan kwam doordat OCS nalatig was, gaat niet op.

45. De conclusie is dat Small Bite niet (binnen een redelijke termijn) met een oplossing is gekomen voor het spaakprobleem en daarnaast de samenwerking door het gedrag van haar bestuurder [appellant sub 1] zodanig heeft gefrustreerd dat een onwerkbare situatie is ontstaan. Ook in deze opzichten is Small Bite tekort geschoten in de nakoming van haar verplichtingen uit hoofde van de samenwerkingsovereenkomst. Dat in de e-mail van 19 december 2016 van de advocaat van Small Bite aan de advocaat van OCS wordt gemeld dat Small Bite toen een oplossing voor het spaakprobleem had gevonden maakt dit alles niet anders. Op dat moment was de samenwerking immers al ontspoord en was een (eventuele) oplossing voor het spaakprobleem ook om die reden te laat.

- *Small Bite heeft de overeenkomst niet opgezegd*

46. Op 19 december 2016 heeft de advocaat van Small Bite geschreven dat OCS aan Small Bite c.s. geen andere keuze laat dan hun rechten voortvloeiend uit de overeenkomst uit te oefenen. Het hof is van oordeel - anders dan de rechtbank - dat OCS dit niet heeft mogen opvatten als een opzegging van de samenwerkingsovereenkomst. Gelet op de ingrijpende gevolgen van een opzegging, moet volstrekt duidelijk zijn dat hiervan sprake is. De formulering in de brief voldoet daar niet aan, omdat deze formulering niet alleen maar naar het recht van Small Bite tot opzegging van de overeenkomst kan verwijzen, maar ook naar het recht van Small Bite om nakoming te verlangen. Het argument van OCS dat het in dit geval wel zo moet worden begrepen omdat [appellant sub 1] in de periode daarvoor verschillende malen heeft geschreven dat hij met de samenwerking wil stoppen, maakt dit niet anders: dat [appellant sub 1] eerder heeft gedreigd met beëindiging van de samenwerking, betekent nog niet dat in de brief van zijn advocaat een opzegging van de overeenkomst moet worden gelezen. De opmerking in de brief van de advocaat van Small Bite dat hij geheel ten overvloede en onverplicht laat weten dat Small Bite intussen een CE-gecertificeerde spaak heeft gevonden, betekent evenmin dat in deze brief een opzegging moet worden gelezen. De uitleg van Small Bite dat ten overvloede en onverplicht was bedoeld om weer te geven dat Small Bite van mening was dat geen CE-certificering vereist was en dat aanpassing van de afslankbeugel primair de verantwoordelijkheid van OCS was, is immers niet onaannemelijk.

- *conclusie*

47. De conclusie is dat Small Bite tekort is geschoten in de nakoming van haar verplichtingen omdat het door Small Bite aangeleverde materiaal Dyneema Purity niet gebruikt mocht worden voor de spaken van de afslankbeugel, Small Bite vervolgens niet (binnen redelijke termijn) met een bruikbaar

alternatief is gekomen en zij intussen de samenwerking heeft gefrustreerd door het gedrag van haar bestuurder [appellant sub 1] . De vraag of Small Bite hiernaast wel of niet heeft nagelaten om een begeleidingsprogramma aan te leveren kan onbeantwoord blijven, omdat dat verder niets aan de uitkomst verandert. De wanprestatie van Small Bite staat ook los van het begeleidingsprogramma vast en is voldoende ernstig. In dit verband moet worden opgemerkt dat Small Bite niet is opgekomen tegen de overweging van de rechtbank (rechtsoverweging. 4.8) dat OCS herhaaldelijk aan Small Bite om oplossingen voor de problemen met de spaken heeft gevraagd. OCS heeft vervolgens, toen die oplossing er niet kwam en Small Bite bij monde van [appellant sub 1] de samenwerking geheel heeft laten ontsporen op de hierboven beschreven wijze, uit de houding van Small Bite en [appellant sub 1] mogen afleiden dat verdere aanmaningen niet meer zinvol zouden zijn. Small Bite heeft de samenwerkingsovereenkomst niet opgezegd, zodat zij in dat opzicht niet tekort is geschoten.

De vordering van OCS tegen [appellant sub 1]

48. De rechtbank heeft geoordeeld dat niet alleen Small Bite, maar ook [appellant sub 1] tekort is geschoten in de nakoming van de verplichtingen uit hoofde van de samenwerkingsovereenkomst en dat hij daarom hoofdelijk aansprakelijk is voor de schade. [appellant sub 1] heeft daar bezwaar tegen gemaakt.

49. Het hof is van oordeel - anders dan de rechtbank - dat [appellant sub 1] niet hoofdelijk aansprakelijk kan worden gehouden op grond van niet-nakoming van zijn contractuele verplichtingen uit hoofde van de samenwerkingsovereenkomst. [appellant sub 1] is geen partij bij de hele samenwerkingsovereenkomst. Onder de handtekening van hem persoonlijk is de nadere specificatie toegevoegd in verband met artikel 1.1.. Dit artikel bepaalt dat [appellant sub 1] ervoor instaat dat Small Bite het exclusieve licentierecht aan OCS kan verlenen. Niet gebleken is Small Bite dat recht niet aan OCS heeft verleend en dat [appellant sub 1] deze verplichting dus niet is nagekomen. Anders dan OCS meent, is onder de licentieverlening niet begrepen dat OCS in staat moest zijn om op basis van de door [appellant sub 1] verleende licentie in beginsel een aan alle wettelijke eisen voldoende afslankbeugel commercieel grootschalig uit te rollen. Dat dat laatste wel de bedoeling was van de tussen OCS en Small Bite gesloten samenwerkingsovereenkomst is een andere kwestie. Ook het argument van OCS dat artikel 3.1. van de samenwerkingsovereenkomst inhoudt dat [appellant sub 1] zijn verplichtingen niet is nagekomen faalt. Dat artikel bevat immers een verplichting van Small Bite om [appellant sub 1] ter beschikking te stellen en legt geen verplichting op aan [appellant sub 1] zelf.

50. Voor het geval het hof zou oordelen dat [appellant sub 1] niet op basis van toerekenbaar tekortkomen in de nakoming van zijn contractuele verplichtingen kan worden aangesproken, heeft OCS aangevoerd dat [appellant sub 1] dan op grond van onrechtmatige daad hoofdelijk aansprakelijk kan worden gehouden voor de door OCS geleden schade2. Het hof oordeelt dat dit wel slaagt. [appellant sub 1] heeft namelijk door de beledigende, grove en lasterlijke uitingen, en de daaruit voortvloeiende oncoöperatieve houding (zie hiervoor bij nr. 12) de samenwerking met OCS gefrustreerd en een onwerkbare situatie gecreëerd. [appellant sub 1] heeft hiermee als bestuurder van Small Bite ernstig verwijtbaar gehandeld en kan daarom persoonlijk (hoofdelijk naast Small Bite) aansprakelijk worden gehouden voor de schade die OCS heeft geleden als gevolg van de niet-nakoming door Small Bite van haar verplichtingen uit hoofde van de samenwerkingsovereenkomst.

51. Het feit dat het hof de hoofdelijke aansprakelijkheid van [appellant sub 1] baseert op een andere juridische grondslag dan de rechtbank, betekent dat het hof de formulering van de beslissing van de rechtbank iets zal moeten bijstellen. De uiteindelijke uitkomst blijft echter dezelfde: Small Bite en [appellant sub 1] zijn hoofdelijk aansprakelijk voor de schade die OCS heeft geleden.

De vordering van Small Bite c.s. tegen OCS

- OCS heeft de overeenkomst ook niet opgezegd

52. De stelling van Small Bite c.s. dat OCS met haar e-mail van 19 december 2016 de samenwerkingsovereenkomst heeft opgezegd gaat niet op. Opzegging van een overeenkomst dient ondubbelzinnig aan de wederpartij te worden medegedeeld. De e-mail van [verweerder sub 2] die is gericht aan zijn eigen medewerkers, met Small Bite in cc, waarin wordt geschreven dat de samenwerking met Smallbite en dhr. [appellant sub 1] beëindigd zal worden, voldoet daar niet aan. Het verwijt van Small Bite c.s. dat OCS in dit opzicht tekort is geschoten in de nakoming van haar verplichtingen gaat dan ook niet op.

- *ook verder geen tekortkomingen van OCS*

53. Hiervoor is vastgesteld dat een van de tekortkomingen van Small Bite was dat de afslankbeugel niet voldeed aan wat OCS bij het aangaan van de samenwerkingsovereenkomst van die beugel mocht verwachten. Een afslankbeugel die door OCS gebruikt kon worden om bij patiënten te plaatsen was een voorwaarde voor het kunnen uitrollen van de Smallbite behandeling en alle verplichtingen die daarmee samenhingen. Gelet hierop is ook het hof van oordeel dat OCS niet tekort is geschoten in de nakoming van de verplichtingen die hiervoor zijn opgesomd bij nr. 24 onder (1) tot en met (7).

Slotopmerkingen en proceskosten

54. Voor zover partijen bewijsaanbiedingen hebben gedaan gaat het hof daaraan voorbij, omdat deze geen betrekking hebben op concrete, zich voor bewijs lenende feiten en omstandigheden of op stellingen die, mits bewezen, kunnen leiden tot een ander oordeel.

55. De bovenstaande overwegingen van het hof betekenen dat het principaal hoger beroep van Small Bite c.s. per saldo niet slaagt. Small Bite c.s. zal als de (grotendeels) in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de proceskosten.

56. Het door [verweerder sub 2] en [verweerder sub 3] ingestelde incidenteel hoger beroep faalt. Zij zullen dan ook worden veroordeeld in de proceskosten daarvan.

De beslissing

Het hof:

- vernietigt het tussen partijen gewezen vonnis van de rechtbank van 17 april 2019 alleen voor de daarin opgenomen beslissingen onder 5.1;

en in zoverre opnieuw rechtdoende:

- verklaart voor recht dat Small Bite toerekenbaar tekort is geschoten in de nakoming van haar contractuele verplichtingen jegens OCS krachtens de op 8 januari 2016 gesloten samenwerkingsovereenkomst;

- bekrachtigt het vonnis voor het overige;

- veroordeelt Small Bite c.s. in de kosten van de procedure in het principaal hoger beroep, aan de zijde van OCS c.s. tot op heden begroot op 741,- aan griffierecht en 3.342,- aan salaris voor de advocaat (3 punten x tarief II) en op 163,- aan nasalaris voor de advocaat, nog te verhogen met 85,- indien niet binnen veertien dagen na aanschrijving in der minne aan dit arrest is voldaan en vervolgens betekening van dit arrest heeft plaatsgevonden, en bepaalt dat deze bedragen binnen 14 dagen na de dag van de uitspraak dan wel, wat betreft het bedrag van 68,-, na de datum van betekening, moeten zijn voldaan, bij gebreke waarvan deze bedragen worden vermeerderd met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW vanaf het einde van genoemde termijn van 14 dagen tot aan de dag van voldoening;

- veroordeelt [verweerder sub 2] en [verweerder sub 3] in de kosten van de procedure in het incidenteel hoger beroep, aan de zijde van [appellant sub 1] tot nu toe begroot op 1.015,50 aan salaris voor de advocaat (1/2 punt x tarief IV);

- verklaart de proceskostenveroordelingen uitvoerbaar bij voorraad.

Dit arrest is gewezen door mrs. H.J.M. Burg, S.A. Boele en B.R. ter Haar en is ondertekend en in het openbaar uitgesproken door mr. J.E.H.M. Pinckaers, rolraadsheer, ter terechtzitting van 4 mei 2021 in aanwezigheid van de griffier.

---

[1] De vorderingen van Small Bite c.s. tegen [verweerder sub 2] zijn door de rechtbank afgewezen (rechtsoverwegingen 4.38-4.42). Small Bite c.s. hebben in hoger beroep geen grieven tegen die afwijzing gericht. Dat betekent dat die vorderingen in hoger beroep niet meer aan de orde zijn.

[2] Zie memorie van antwoord IX.14.