

ECLI:NL:RBARN:2011:BQ9968

Instantie	Rechtbank Arnhem
Datum uitspraak	15-06-2011
Datum publicatie	01-07-2011
Zaaknummer	182706
Rechtsgebieden	Civiel recht
Bijzondere kenmerken	Eerste aanleg - meervoudig
Inhoudsindicatie	Bewijswaardering en eindvonnis in geschil over gestelde toerekenbare tekortkoming in de nakoming van de contractuele verplichting tot afname van "hoorbrillen" door Beter Horen bij Varibel. Verdere beoordeling over ontbinding schuldeisersverzuim, onvoorziene omstandigheden, inroepen boetebeding en matiging boete.
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl NJF 2012/193

Uitspraak

Vonnis

RECHTBANK ARNHEM

Sector civiel recht

zaaknummer / rolnummer: 182706 / HA ZA 09-514

Vonnis van 15 juni 2011

in de zaak van

1. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

IMeCC B.V.,

gevestigd te Arnhem,

2. de naamloze vennootschap

N.V. NOM, INVESTERINGS- EN ONTWIKKELINGSMAATSCHAPPIJ VOOR NOORD-NEDERLAND,

gevestigd te Groningen,

3. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

JAVIS B.V.,

gevestigd te Gouda,

4. [eiser],

wonende te [woonplaats],

eisers in conventie (eiseres in conventie voorheen: de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid VARIBEL B.V., gevestigd te Meppel),

advocaat mr. B.A. Boer te s-Gravenhage,

en

5. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

VARIBEL B.V.,

gevestigd te Meppel,

verweerster in reconventie,

advocaat mr. B.A. Boer te s-Gravenhage,

tegen

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

AMPLIFON NEDERLAND B.V.,

gevestigd te Doesburg,

gedaagde in conventie,

eiseres in reconventie,

procesadvocaat mr. F.A.M. Knüppe,

behandelend advocaten mr. G.H.J. Loos en mr. B.G.M. Heerkens,

beiden te Tilburg.

In weerwil van de hierna te bespreken wisseling in procespartijen aan eisende zijde in conventie, zal in de rechtsoverwegingen gemakshalve de eisende partij in conventie overwegend met Varibel worden aangeduid en een enkele keer met IMeCC c.s.

Verweerster in reconventie zal Varibel worden genoemd.

Gedaagde in conventie/eiseres in reconventie zal met Beter Horen worden aangeduid.

Bij de beslissing zullen eisers in conventie onder 1. tot en met 4. worden aangeduid met IMeCC B.V., N.V. NOM, Jarvis B.V. en [] [eiser in conventie].

1. De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- het tussenvonnissen van 24 maart 2010
- de brief van mr. Boer van 27 september 2010 met als bijlage een deurwaardersexploot van 3 september 2010
- de brief van mr. Loos van 28 september 2010
- het proces-verbaal van getuigenverhoor van 30 september 2010
- de rolverwijzing van 8 november 2010
- de conclusie na getuigenverhoor van Beter Horen
- de antwoordconclusie na getuigenverhoor van IMeCC c.s. en Varibel.

1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

2. De verdere beoordeling

in conventie

2.1. Bij voornoemd deurwaardersexploot heeft IMeCC c.s. aan Beter Horen mededeling gedaan van haar (voordien stille) pandrecht op de vordering van Varibel op Beter Horen waarover de procedure in conventie gaat. Vervolgens heeft IMeCC c.s. aan Beter Horen aangezegd dat de procedure in conventie wordt geschorst met het oog op een partijwisseling in conventie en dat die procedure onmiddellijk weer zal worden hervat op naam van IMeCC c.s.

2.2. Aldus heeft zich langs de lijnen van art. 225 lid 1 onder c en art. 227 lid 1 onder a Rv een wijziging voorgedaan in de procespartijen in conventie, waarna de procedure onmiddellijk is voortgezet in de stand waarin dit zich bij de schorsing bevond, door het houden van het (reeds geplande) getuigenverhoor in conventie en in reconventie aan de zijde van Beter Horen. In reactie op de brief van Beter Horen, waarin zij meedeelde ervan uit te gaan dat die zitting geen doorgang zou vinden, is haar onverwijld meegedeeld dat het geplande getuigenverhoor doorgang zou vinden, hetgeen ook is geschied. Op de geplande zitting voor de getuigenverhoren is daaraan voorafgaand het voorgaande met de partijen besproken, alsmede de mogelijkheid van Beter Horen om in haar eerstvolgende processtuk desgewenst in te gaan op de deugdelijkheid van het door IMeCC c.s. ingeroepen recht. Van deze gelegenheid heeft zij geen gebruik gemaakt.

in conventie en in reconventie

2.3. In het laatste tussenvonnissen is Beter Horen:

a. (in conventie) toegelaten tot het leveren van tegenbewijs tegen de voorshands bewezen stelling dat partijen zijn overeengekomen dat Beter Horen van Varibel in 2008 ten minste 3.000 hoorbrillen zou nemen alsmede dat Beter Horen aan Varibel een per kwartaal af te rekenen boete van EUR 750,-- per in 2008 minder dan genoemd aantal afgenomen hoorbril zou betalen en

b. (in conventie en in reconventie) opgedragen te bewijs te leveren van feiten en/of omstandigheden waaruit kan volgen dat Varibel bij haar de indruk heeft gewekt dat:

- alle kinderziektes van de hoorbril voor 2008 zouden zijn verholpen,
- Varibel eind 2007 de training van het personeel van de 70 Beter Horen-winkels zou afronden,
- begin januari 2008 een praktische werkwijze zou bestaan ter afstemming van het opticiens- met het audiciensgedeelte van de hoorbril en/of
- Varibel over voldoende, bekwaam personeel beschikte ter ondersteuning van de introductie van de hoorbril,

alsmede feiten en/of omstandigheden waaruit kan volgen dat Beter Horen niet van de onjuistheid van die indrukken wist of behoorde te weten.

2.4. Met het oog op het te leveren (tegen-)bewijs heeft Beter Horen [] [getuige 1] (financieel directeur van Beter Horen), [] [getuige 2] (voormalig algemeen directeur van Beter Horen), [] [getuige 3] (voormalig manager bij Beter Horen), [] [getuige 4] (voormalig account-manager van Varibel, inmiddels audicien bij Beter Horen), [getuige 5] (voormalig account-manager van Varibel, inmiddels relatie-manager bij Beter Horen) en [] [getuige 6] (manager business development bij Beter Horen) als getuigen doen horen. Varibel heeft afgezien van het houden van een tegengetuigenverhoor. Beide partijen hebben vervolgens in hun (antwoord-)conclusie na enquête uiteengezet dat en waarom naar hun mening het bewijs al (Beter Horen) dan niet (Varibel) is geleverd.

in conventie

ad bewijsopdracht a: inhoud overeenkomst

2.5. Bij de beoordeling van het door Beter Horen bijgebrachte tegenbewijs komt het erop aan te beoordelen of op grond van de getuigenverklaringen niet langer de door Varibel voorgestane uitleg van de overeenkomst voor juist wordt gehouden. Daarbij moet worden voorop gesteld dat de vraag hoe in een schriftelijk contract de verhouding van partijen is geregeld en of dit contract een leemte laat die moet worden aangevuld, niet kan worden beantwoord op grond van alleen maar een zuiver taalkundige uitleg van de bepalingen van dat contract. Voor de beantwoording van die vraag komt het immers aan op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan deze bepalingen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. Daarbij kan mede van belang zijn tot welke maatschappelijke kringen partijen behoren en welke rechtskennis van zodanige partijen kan worden verwacht (HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635, Ermes c.s./Haviltex). Daarbij spelen ook de maatstaven van redelijkheid en billijkheid een rol (HR 1 oktober 2004, NJ 2005, 499, TCM/Gesink). In praktisch opzicht is bij de uitleg van een schriftelijke overeenkomst vaak wel van groot belang de taalkundige betekenis die de bewoordingen waarin deze bepalingen zijn gesteld, gelezen in de context van het geschrift als geheel, in (de desbetreffende kring van) het maatschappelijk verkeer normaal gesproken hebben (HR 20 februari 2004, NJ 2005, 493).

2.6. Uit de getuigenverklaringen van [] [getuige 2], [getuige 3] en [getuige 5] blijkt dat zij bij de totstandkoming en/of ondertekening van het document afspraken 2008 rechtstreeks betrokken waren. Zij hebben verklaard, voor zover hier van belang:

(getuige [] [getuige 2]:)

"() In juli 2007 ben ik als interim directeur teruggekomen naar Amplifon Nederland ().

In 2002/2003 hoorde ik over de hoorbril en ik heb tegen [getuige 3] gezegd dat wij als marktleider er wat mee moesten. ()

Na mijn terugkeer uit Italië hoorde ik omstreeks augustus/september 2007 weer wat over de hoorbril. Het project van Varibel was in z'n fase, na de gedane proeven, dat wij serieus met elkaar verder moesten gaan. Er moest een contract komen volgens [betrokkene 1] in verband met de wens daartoe van zijn commissarissen. Dat heb ik hem, in een gesprek waar ook [getuige 3] bij was, horen zeggen. In die periode heb ik een keer of drie à vier met [betrokkene 1] gesproken en meestal was [getuige 3] daar ook bij. Één keer was de heer [betrokkene 2] daar ook bij. () Het document is door [betrokkene 1] en [getuige 3] gemaakt. Ik heb alleen de laatste versie gezien. Het was een contract dat was bedoeld in de geest van hoe met elkaar werd omgegaan. In die context waren de afspraken op papier gezet. Ik heb aan het opgestelde document één ding aangepast. Dat hield verband met de door Varibel beoogde kwartaalfacturatie en dat blijkt uit de emailwisseling van 12 november 2007 die u mij zojuist heeft voorgehouden. In die emailwisseling staat 3000 stuks. Dat aantal is gebaseerd op de gehouden proeven. 3000 Hoortoestellen is een reëel aantal voor de gehele markt voor ons als marktleider, mede gelet op de exclusiviteit. Het gaat dan wel om hoortoestellen, dat is wat er met 3000 stuks is bedoeld. Niet brillen. In onze branche wordt altijd gewerkt met en gesproken over hoortoestellen. Ik weet niet of dit expliciet zo met [betrokkene 1] is besproken. Die kwartaalfacturatie wilde ik niet want er is natuurlijk altijd sprake van een opbouw, de verkoop is niet direct op gang. () Van belang is dat voor die opbouw training, marketing en support nodig zijn. De kwaliteit is daarbij ook van belang. Dit is ook de reden dat ik de in het vonnis genoemde handgeschreven wijzigingen in het contract heb aangebracht. Daar zal ik in de bijeenkomst waarbij de ondertekening heeft plaatsgevonden, ongetwijfeld ook wat over gezegd hebben, maar dat weet ik niet meer precies.

()

Voor ondertekening heb ik het contract doorgekeken. Het is echter ook geparafeerd door

[getuige 3] want die weet hoe de onderhandelingen zijn gelopen, ik niet. Ik heb destijds ook de setprijzen bekeken. U houdt mij voor waaruit een set volgens het contract bestaat. Dan nog was er van uit mijn optiek sprake van 3000 hoortoestellen en geen brillen. Een bril kan ook met een enkel hoortoestel worden

verkocht en dat is ook feitelijk wel gebeurd. Waar het om gaat is dat Amplifon hoortoestellen verkoopt, geen brillen, en dat is dus steeds ook mijn insteek geweest. Dat hier en daar in het contract 3000 brillen staat is logisch omdat een hoorbril zonder bril niet verkocht kan worden, maar uiteindelijk verkoop je twee hoortoestellen, geen bril. 3000 toestellen was een harde afspraak. ()".

(getuige [getuige 3]:)

"Ongeveer van 2001 tot 2004 heeft een soort verdunde fase plaatsgevonden. [betrokkene 1] dacht aanvankelijk dat de hoorbril een product was voor de opticienswereld, maar ik heb hem er van overtuigd dat hij in de audicienswereld moest zijn, meer in het bijzonder bij Beter Horen met het oog op exclusiviteit. [betrokkene 1] raakte daarvan overtuigd door de specifieke audicienskennis die ik hem toelichtte. De eerste proef, dat wil zeggen aanpassing van een hoorbril, was meen ik in 2004/2005. ()

Daarna is in een aantal winkels van Beter Horen begonnen met het aanpassen van de varibel. De formele introductie was in april 2006. In de marketing konden wij vanaf toen duidelijk maken dat de varibel bij Beter Horen hoorde. In verband met het bescheiden aantal waar het nog om ging, werden de hoorbrillen aanvankelijk slechts in een aantal winkels aangepast, maar de andere winkels behoorden vanaf dat moment hun klanten ook al op de hoorbril te attenderen en de bedoeling was dat één en ander zich als een olievlek zou uitbreiden. Op een gegeven moment, eind 2006 begin 2007, begon voor [betrokkene 1] de wens te spelen van het maken van nadere afspraken. Ik was toen algemeen directeur en ik heb [betrokkene 1] en [betrokkene 2] in contact gebracht met [betrokkene 3] van onze Italiaanse moeder ter nadere kennismaking. Eerder al, in 2006 tijdens een businessreviewmeting, was er een bijeenkomst geweest van het Italiaanse managementteam waarbij zij over de hoorbril waren geïnformeerd. In de zomer van 2007 is er een bijeenkomst geweest met [betrokkene 1], [betrokkene 2], [betrokkene 3] en [betrokkene 4] en met betrekking tot de hoorbril was de uitkomst dat in een paar andere landen eerste stappen zouden worden gezet en dat Nederland met de hoorbril zou doorgaan.

[betrokkene 1] wilde vanaf toen een contract. Het geval wil dat precies in die tijd ik uit mijn rol van algemeen directeur ben gestapt en [] [getuige 2] als ad interim in die functie kwam. Daarom kwam de wens van [betrokkene 1] tot het maken van afspraken bij [] [getuige 2] terecht. Er heeft een bespreking plaatsgevonden eind 2007, waarbij [] [getuige 2], [betrokkene 1] en ik aanwezig waren. [betrokkene 1] heeft voorstellen voor de afspraken naar mij en/of [] [getuige 2] gemaïld of wellicht heb ik die aan [] [getuige 2] doorgemaïld en vervolgens was er in november 2007 dat gesprek. In mijn herinnering is er met name veel emailverkeer geweest over de inhoud van de afspraken en vervolgens één bijeenkomst. In die bijeenkomst heeft dan ook de ondertekening plaatsgevonden, maar het kan ook zijn dat er twee bijeenkomsten zijn geweest en dan vond ondertekening plaats in die laatste. Feitelijk waren [] [getuige 2] en ik de gesprekspartner van [betrokkene 1] over de inhoud van de afspraken. Over het maken van afspraken was [betrokkene 1] begin 2007 begonnen. Dat hield mede verband met onze exclusiviteit. [betrokkene 1] gaf toen aan een bodem of plank nodig te hebben om op te zitten; er waren immers investeerders die erin moesten blijven geloven en die inmiddels iets op papier nodig hadden. Alleen woorden waren niet langer genoeg. Later, in de tweede helft van 2007, heeft [betrokkene 1] over de redenen voor het maken van afspraken op papier aangegeven dat aan de zijde van Varibel sprake was van productie en investeringen en een cashflow om te bewaken waardoor er ook een financiële zekerheid moest komen.

Het aantal van 3000 was een voorstel van [betrokkene 1]. Wij hebben hier intern over gesproken in het kader van de plannen die wij met Varibel hadden in combinatie met het al bestaande plan van Beter Horen om onze markt te vergroten door samen te gaan werken met opticiens. [betrokkene 1] had een ingang of contact in die branche. Op basis van het voorgaande is intern bekeken of het aantal van 3000 op jaarbasis realistisch was. [] [getuige 2] heeft toen nog aan mij gevraagd hoe het met de markt en in audiologisch opzicht zat en ik heb bevestigd dat ik vanuit die invalshoeken het zag zitten. Ik zag de strategische waarde van de hoorbril. Kort daarna is het document "afspraken 2008" ondertekend. Ik weet niet waar [betrokkene 1] vanuit ging bij het aantal van 3000, maar het lijkt mij waarschijnlijk van hoorbrillen. Ik heb

de afspraken geïnterpreteerd als 3000 hoorbrillen, waaronder ik versta een bril met daarin meestal twee maar soms ook één hoorvoorziening. In de contacten met [betrokkene 1] is dit aspect nooit expliciet geduid. Ik weet dat in de eerste helft van 2008 op een gegeven moment directieoverleg heeft plaatsgevonden. [getuige 1] heeft toen in verband met het achterblijven van de aantallen zijn zorg geuit over de variabel. Vanaf dat moment is intern de vraag gerezen wat wij nou hadden bedoeld met 3000: hoortoestellen of brillen. In de hoortoestellenbranche ga je uit van toestellen, wat in dit geval bij een aantal van 3000 en rekening houdend met de verhouding tussen het aantal personen dat twee en het aantal personen dat één hoortoestel nodig heeft, neerkomt op 1800 brillen ongeveer. U houdt mij voor dat in de procedure wel het standpunt is ingenomen dat Amplifon met het getal van 3000 is gekomen en daarbij een formule van 2 per maand per winkel tot uitgangspunt zou hebben genomen. Ik herken in het algemeen een dergelijke redenering die bij vraagstukken van haalbaarheid wel vaker wordt gebruikt. Het kan zijn dat [betrokkene 1] zijn aantal van 3000 hierop heeft gebaseerd, dat weet ik niet want daar hebben wij het nooit over gehad in relatie tot die 3000.

De kwestie van de boetebepaling die in plaats kwam van kwartaalfacturering, ging mij niet aan, althans daar had ik geen rol in. Ik hield mij bezig met het uitrollen van het product in de markt. Juist is dat [] [getuige 2] in de bijeenkomst waarin hij het stuk heeft getekend, daar nog wijzigingen in heeft aangebracht. Die van 900 naar ik meen 700 euro kan ik mij nog herinneren, maar niet de toelichting erbij. Er zal ongetwijfeld iets over gezegd zijn, maar ik kan het niet reproduceren.

Op uw vraag of het aantal van 3000 een harde afspraak was, zeg ik u dat het niet harde er van m zit in 2008. Er was een gezamenlijk doel voor ogen en in het halen daarvan geloofden beide partijen. Maar het was voor ons gebruikelijk, en niet alleen in relatie tot Variabel zo, dat een dergelijke afspraak werd gemaakt louter met het oog op het bereiken van het doel en de duurzaamheid van de samenwerking. Daar komt bij dat Variabel ons hard nodig had in verband met de exclusiviteit van Beter Horen en ik zag daarom geen risico. Op uw vraag hoe ik mijn visie op de bindendheid van het aantal kan verenigen met de in het document opgenomen boete, zeg ik u dat dat het document wat gewicht gaf. [betrokkene 1] moest immers iets aan de investeerders kunnen laten zien.

()

Met het gezamenlijk na te streven doel, bedoelde ik dat moest worden gekomen tot het in de markt zetten van een gezond aantal waarbij de beste methode daarvoor nog moest worden ontdekt. Correct is dat Variabel een markt zocht. Amplifon zocht niet alleen in verband met de marktvergroting die samenwerking met de opticiens, maar had met de Variabel ook een exclusief product, wat in de audicienswereld eigenlijk nooit voorkomt want iedereen verkoopt hetzelfde.

Ik noemde al dat in april 2008 [getuige 1] de achterblijvende aantallen ter tafel bracht en opmerkte dat er wel een penalty aan verbonden was. [] [getuige 2] zei tegen mij dat ik dat maar bij [betrokkene 1] op tafel moest leggen. Na een partij golf hebben wij daarover gesproken en wij hebben geconstateerd dat de boel niet liep zoals gehoopt. Ik heb toen aangegeven dat het er vooral omging dat wij er uiteindelijk zouden komen en [betrokkene 1] heeft dat beaamd en gezegd dat hij mij geen proces zou aandoen. Dit weerspiegelt wat ik bedoel met de samenwerking en de werkwijze van de branche.

()

De email van 30 juli 2008 die u mij voorhoudt, is niet het directe gevolg van mijn gesprek met [betrokkene 1] op de golfbaan. Na dat gesprek hebben nadere gesprekken plaatsgevonden, waaruit die email voortvloeit. Het gesprek op de golfbaan zag meer op een informele bespreking in een prettige sfeer, waarbij aan de orde is geweest dat de runningrate wel op peil zou komen, alleen later dan aanvankelijk verwacht. ()".

(getuige [getuige 5]:)

“() Zijdelings ben ik bij het totstandkomen van het document Afspraken 2008 betrokken geweest. Ik heb daarvan het eerste concept opgesteld. Dat heb ik aan [betrokkene 1] gegeven en ik weet dat [betrokkene 2] het ook heeft gezien. Ik weet nog dat er een opmerking in kwam met een boeteclausule, waarop ik heb gereageerd met: “Dat is niet gebruikelijk in deze branche.” [betrokkene 2] reageerde daarop met dat dat wel zo was besproken. Aanvankelijk heb ik wat wijzigingen die ik doorkreeg op het eerste concept doorgevoerd en later deden [betrokkene 1] en [betrokkene 2] dat zelf. Ik heb ook zelf wel contact gehad met [getuige 3]. Ik heb het resultaat van de eerste onderhandelingen doorgekregen op het gebied van het aantal en ik ben ook aanwezig geweest bij een voorbespreking daarover. Daarmee bedoel ik een interne voorbespreking. Het aantal van 3.000 is erin gekomen op basis van de afspraak voor 2007 die in december 2006 mondeling is gemaakt. Ik was daar in december 2006 al bij aanwezig; ik werkte weliswaar formeel nog bij Siemens maar vast stond al dat ik naar Varibel zou gaan. Voor het jaar 2007 weet ik niet meer wat het afgesproken aantal was, maar ik weet wel nog dat wij gezamenlijk tot een plausibel aantal waren gekomen. Met “wij” bedoel ik hier [getuige 3], [betrokkene 1] en ik. Voortbordurend op dit aantal voor 2007 is het aantal van 3.000 voor 2008 eruit gekomen. Op uw vraag of dat hoorbrillen of hoortoestellen betreft, zeg ik u dat het vanuit de hoortoestellenbranche gebruikelijk is in aantallen hoortoestel te praten. Komende uit Siemens ben ik zelf ook daarvan uitgegaan, maar in het kader van het opstellen van het contract heb ik daar niet bewust bij stilgestaan.

U houdt mij voor dat in de tekst van het document Afspraken 2008 wordt uitgelegd wat een set is, dat daar een bril toebehoort en dat het om een afname van 3.000 brillen gaat in die tekst, maar wat mij betreft kan daaruit evengoed hoortoestellen worden begrepen. In mijn aanwezigheid is hierover in contacten met Amplifon nooit expliciet gesproken. Bij de ondertekening van het document ben ik niet aanwezig geweest. Ik ben ook niet betrokken geweest bij de verandering in dat document van kwartaalfacturatie naar de uiteindelijk ondertekende bepaling hierover. ()

2.7. De getuigen [getuige 1], [getuige 4] en [getuige 6] hebben alle drie verklaard, zakelijk weergegeven, niet betrokken te zijn geweest bij het sluiten van de overeenkomst en de daaraan voorafgaande onderhandelingen. [getuige 1] heeft voorts verklaard, samengevat, begin 2008 kennis te hebben genomen van het document Afspraken 2008 en daarover intern zorgen te hebben geuit en vragen te hebben gesteld, waarna hij door [getuige 3] en [] [getuige 2] gerustgesteld was. Hij heeft verklaard van hen te hebben vernomen dat het genoemde aantal niet hard was. Volgens [getuige 1] hebben [getuige 3] en [] [getuige 2] hem op zijn vraag of het om hoorbrillen of hoortoestellen ging gezegd: brillen is ook hoortoestellen. [getuige 6] heeft verklaard in het kader van zijn contact met [getuige 5] over de door Beter Horen te geven kwartaalprognoses nooit het woord boete te hebben gehoord.

2.8. Naar het oordeel van de rechtbank is Beter Horen er niet in geslaagd het in rov. 2.2. onder a. genoemde tegenbewijs te leveren. Daarbij hecht de rechtbank doorslaggevend belang aan de verklaring van [getuige 3], de persoon die aan de zijde van Beter Horen het langst en het meest intensief bij de hoorbril betrokken was en die voor Varibel de belangrijkste contactpersoon was. [getuige 3] heeft verklaard dat de hoofdonderhandelaar namens Varibel, [betrokkene 1], waarschijnlijk van hoorbrillen (en niet hoortoestellen) uitging toen hij ([betrokkene 1]) het aantal van 3.000 voor 2008 voorstelde. Het concept van het document Afspraken 2008 is gemaakt door [getuige 5] die toen nog bij Varibel werkte, zo blijkt uit de verklaring van [getuige 5]. Op grond hiervan kan worden geconstateerd dat overwegend Varibel de hand heeft gehad in de totstandkoming van de tekst van de overeenkomst. Dan ligt meer voor de hand dat het genoemde aantal ziet op hoorbrillen en niet op hoortoestellen. Hieraan doet niet af dat de audiociensbranche, zoals enkele getuigen hebben verklaard, altijd uitgaat van aantallen hoortoestellen. Het document is niet opgesteld door personen werkzaam in die branche. Bovendien heeft [getuige 3] begrepen dat [betrokkene 1] hoorbrillen en niet hoortoestellen bedoelde. Op grond van dit alles, mede bezien in het licht van de tekst van de overeenkomst, die aan duidelijkheid op dit punt niets te wensen overlaat, wordt thans als vaststaand aangenomen dat het in de Afspraken 2008 gaat om 3.000 hoorbrillen en niet om 3.000 hoortoestellen.

2.9. Eveneens wordt thans als vaststaand aangenomen dat partijen hebben afgesproken dat Beter Horen in 2008 ten minste 3.000 hoorbrillen zou afnemen op straffe van een boete van 750,-- per minder

afgenomen bril, af te rekenen per kwartaal op basis van een nog vast te stellen kwartaalspecificatie. Zoals hiervoor is overwogen (rov. 2.5.), legt de tekst van de overeenkomst bij de uitleg van de betekenis ervan veel gewicht in de schaal. Dat daadwerkelijk is bedoeld de zojuist weergegeven afspraak te maken, vindt steun in de verklaringen van de getuigen [] [getuige 2] en [getuige 3] dat zij zich ervan bewust waren dat vanaf medio 2007 de samenwerking een serieuze vorm aannam. Beiden noemen zij in hun verklaring de wens van [betrokkene 1] van een contract en dat [betrokkene 1] als reden daarvoor opgaf dat de commissarissen van Varibel dat wensten. Dat de afspraak over de minimumafname en de boete bindend was, wordt ook ondersteund door de verklaring van [getuige 3] dat de wens van [betrokkene 1] tot het sluiten van een overeenkomst mede verband hield met de - door Beter Horen felbegeerde - exclusiviteit van Beter Horen, dat in verband met de investeerders alleen woorden niet langer genoeg waren en dat [betrokkene 1] daar later ook nog aan had toegevoegd dat Varibel financiële zekerheid moest krijgen in verband met de productie, investeringen en bewaking van haar cashflow. Enkele getuigen hebben verklaard dat het schriftelijk vastleggen van deze afspraken slechts een papieren kwestie was om de commissarissen zoet te houden, maar die verklaringen zijn te vaag om de hiervoor genoemde verklaringen van [] [getuige 2] en vooral [getuige 3] te ontzenuwen. Ook het gegeven dat Beter Horen een contract met de kwartaalfacturatie zoals door Varibel voorgesteld niet heeft willen ondertekenen en zij de door haarzelf in plaats daarvan voorgestelde boeteclausule nog in haar eigen voordeel heeft gewijzigd, duidt op bindende afspraken. Ingeval van niet-bindende afspraken valt deze aanpassing niet goed te verklaren. Aan al het voorgaande doet niet af hetgeen [getuige 3] nog heeft verklaard over het niet harde van de afspraak van 3.000 hoortbrillen die volgens hem niet per se in 2008 hoefde te zijn gerealiseerd. Uit niets blijkt dat Varibel het zo heeft begrepen als [getuige 3] in dat deel van zijn verklaring beweert.

2.10. Aan al het voorgaande doet niet af dat op zichzelf aannemelijk is dat Varibel tot op zekere hoogte met minder (dan waarop de voor 2008 gemaakte afspraken haar aanspraak gaven) genoegen had willen nemen. Naar het oordeel van de rechtbank moet het gesprek op de golfbaan tussen [getuige 3] en [betrokkene 1], waarover [getuige 3] heeft verklaard, in dit licht worden gezien. Dat volgt ook uit de nadere toelichting die [getuige 3] hierop heeft gegeven: de verwachting dat de partijen er samen uit zouden komen zonder proces - ondanks de vastgelegde afspraken - was gebaseerd op de toen in informele sfeer uitgesproken verwachting van beide partijen dat de runningrate van de hoortbrillen wel op peil zou komen, alleen later dan verwacht. Er zijn, aldus [getuige 3], op dat gesprek nadere gesprekken gevolgd, die geleid hebben tot de e-mail van 30 juli 2008 (zie onder 2.12. van het vorige tussenvonnis). De rechtbank blijft bij de daarover gegeven beslissing (zie in rov. 4.5. van het vorige tussenvonnis). Hetgeen [betrokkene 1] volgens [getuige 3] op de golfbaan tegen hem heeft gezegd, verandert niets aan (de hardheid van) de tussen de partijen gemaakte, schriftelijke afspraken voor 2008.

in conventie en in reconventie

ad bewijsopdracht b: dwaling

2.11. Met betrekking tot de aspecten waarover Beter Horen bij het aangaan van de overeenkomst door toedoen van Varibel stelt te hebben gedwaald, hebben de getuigen als volgt verklaard:

(getuige [] [getuige 2]:)

“()

Van belang is dat voor die opbouw [van de verkoop; rb] training, marketing en support nodig zijn. De kwaliteit is daarbij ook van belang. Dit is ook de reden dat ik de in het vonnis genoemde handgeschreven wijzigingen in het contract heb aangebracht. () Naast de al genoemde aspecten was het ook van belang dat de samenwerking met de opticiens goed tot stand zou komen. De samenwerking moest worden gezocht met opticiens waarbij Beterhoren volgens de shop-in-shop formule hoortoestellen en de Varibel zou kunnen verkopen.

[betrokkene 1] had contacten in die branche en vanaf januari 2008 heeft Amplifon contacten met de opticiensbranche gehad. Ik zeg januari maar het zal begin 2008 zijn geweest. Deze samenwerking en de

training en de marketing waren niet van meet af aan al in orde, maar dat was voor Amplifon geen reden om Varibel formeel de wacht aan te zeggen want dat paste niet binnen de geest van het contract die ik al eerder noemde. De keerzijde daarvan is dat de afspraken die waren gemaakt natuurlijk wel samenhangen met de door mij genoemde randvoorwaarden. Of die in de gesprekken in de aanloop naar de opstelling van het document "afspraken 2008" ook uitdrukkelijk zijn benoemd, zou ik niet weten. Daarbij was [getuige 3] betrokken.

De ingang/samenwerking met de opticiens is met twee ketens besproken. Met betrekking tot één van die ketens weet ik niet of dat is rondgekomen. De andere keten betrof een franchiseorganisatie waardoor er één op één afspraken met de franchisenemers moesten worden gemaakt. Dat was ten tijde van mijn vertrek bij Amplifon deels al voor elkaar, maar dat hoeft niet per sé met alleen Varibel te maken hebben gehad. Ook in verband met de verkoop van andere producten hadden wij al shop-in-shop contacten en daarvoor zochten wij ook uitbreiding. Wanneer de trainingen van ons personeel rond waren, weet ik niet. Daarover ging [getuige 3].

()Ik wist van de technische problemen met de hoorbrillen door de cijfers ik periodiek door de heer [getuige 1] kreeg voorgeschoteld, in de loop van het jaar 2008. Het aantal retouren liep op en dat riep de vraag op wat er aan de hand was en dat heeft ertoe geleid dat wij bij de winkels een check daaromtrent hebben gedaan. In de aanloop naar de opstelling en ondertekening van het contract was ik niet op de hoogte van technische problemen met de hoorbril."

(getuige [getuige 3]:)

"()

Met Varibel is besproken, voordat het document werd ondertekend, dat onze mensen zo goed mogelijk moesten worden getraind, op korte termijn. Besproken is ook wat nou de beste vorm voor de verkoop zou zijn: vanuit alle winkels of een paar. Aan de orde is ook geweest het werken met de Varibelambassadeurs, dat zou voor Varibel een efficiënte manier zijn om de vertegenwoordiging te ondersteunen. Toen wij van start gingen hebben wij de contactpersonen uit de beide organisaties met elkaar in contact gebracht om de opleiding te gaan regelen: [getuige 5] vanuit Varibel en [] [getuige 6] vanuit Amplifon. Zoals ik al zei is besproken dat de opleiding op korte termijn moest gebeuren en ik meen dat het dan de eerste twee maanden van 2008 zou betreffen. Dat leid ik af van wat ik mij herinner vanuit het gegeven dat destijds daarover plannings zijn gemaakt.

Het is lastig vast te stellen wanneer de opleiding nou feitelijk klaar was. Dat aspect was ook voor 2008 al een soort zoekend project. Er was al een aantal mensen opgeleid en er waren ook al ambassadeurs. [betrokkene 1] en ik hebben steeds nieuwe middelen bedacht om de opleiding verder te brengen zoals de bijeenkomsten met de Varibelambassadeurs. In het voorjaar van 2008 heeft er z'n bijeenkomst plaatsgevonden en ook in september van dat jaar. Er is een moment geweest dat uiteindelijk alle medewerkers waren geïnformeerd over het aanpassen en het werken van de software van Varibel, maar ik durf niet te zeggen wanneer het opleiden nou precies was afgerond. Voor het eind van het eerste kwartaal van 2008 kan er in elk geval een grens worden getrokken ter bepaling van het moment dat iedereen was geïnformeerd.

In september 2007 was een strategische meting binnen Amplifon geweest en daar werd gesproken over plannen ter verbetering van de Beter Horen organisatie. Daar kwam uit de samenwerking met de opticienswereld te zoeken, die stond daar open voor en gedacht werd aan de shop-in-shop formule. Dat was een marktvergrotingsmogelijkheid voor Beter Horen. Kort daarna hebben [] [getuige 2] en ik met [betrokkene 1] gesproken ik herinner mij nu dus dat er twee gesprekken hebben plaatsgevonden waarin hij vertelde zojuist te hebben gesproken met de directeur van Optitrade, een grote opticiensketen. Dat kwam mooi samen. [] [getuige 2] heeft in december 2007 met die directeur, ik meen Hungerink, gesproken en in januari 2008 heeft nog een gesprek met hem plaatsgevonden waar ik en mogelijk ook [betrokkene 1] aanwezig was. Omdat het een franchiseorganisatie betrof is vervolgens besloten met de afzonderlijke leden in contact te raken en dat heeft naar ik meen in maart een aanvang genomen. Het

belangrijkste wat [betrokkene 1] moest doen was het leggen van dit contact. Nu ik erover nadenk, was [betrokkene 1] er volgens mij in januari 2008 er al niet meer bij en hebben wij vanaf toen zelf rechtstreeks met Optitrade gesproken. Ik weet dat [betrokkene 1] in de loop van 2008 nog een contact in de opticienswereld heeft aangedragen, maar dat gebeurde feitelijk, waarmee ik bedoel dat ik niet het idee had dat hij het uit een soort verplichting deed. [betrokkene 1] had op dit tweede contact al eens gezinspeeld.

()

Met het gezamenlijk na te streven doel, bedoelde ik dat moest worden gekomen tot het in de markt zetten van een gezond aantal waarbij de beste methode daarvoor nog moest worden ontdekt. Correct is dat Varibel een markt zocht. Amplifon zocht niet alleen in verband met de marktvergroting die samenwerking met de opticiens, maar had met de Varibel ook een exclusief product, wat in de audicienswereld eigenlijk nooit voorkomt want iedereen verkoopt hetzelfde.

()

U wijst mij op de clause in het contract over de introductie in de opticienswereld. Ik zag wat [betrokkene 1] later als contact nog doorgaf niet als uitvoering van een verplichting en de clause geeft maar aan hoe de samenwerking was. Wist [betrokkene 1] wat, dan gaf hij dat aan ons door. Voor het slagen van het optiekplan was wel wezenlijk dat Beter Horen bij een voldoende aantal opticiens een poot aan de grond kreeg, er moest een grote sprong gemaakt worden op de markt. Daarbij maakt het niet uit of dat voldoende aantal uit 1, 2, of 3 ketens voorkomt. Het gaat om het aantal opticienswinkels waarin wij terecht konden.

Voor de demonstratie van het product Varibel was het gebruik van een demonstratiemogelijkheid die door [betrokkene 1] was ontwikkeld de demoeset van belang. Op uw vraag of het wezenlijk was, zeg ik dat het een goed instrument was en dat gaande het traject sowieso steeds nader werd ontdekt hoe de verkoop het beste op gang kon worden gebracht.

Op uw vraag of ik van [getuige 5] en of [getuige 6] klachten ontving over de ondersteuning vanuit Varibel antwoord ik: niet anders dan dat er eens iets niet goed werkte, hetgeen dan werd teruggekoppeld en waarop dan werd gereageerd. Nee dus, althans ik heb het probleem niet gezien en had iemand als [getuige 6] wel een probleem gesignaleerd dan had hij bij mij kunnen binnenlopen en had hij dat volgens mij ook gedaan.

()

Ik kan mij niets herinneren over onderhandelingen over het punt van de ingang in de optiek wereld zoals die in het contract staat.”

(getuige [getuige 4]:)

“()

Ik denk dat ik via [getuige 5], mijn leidinggevende bij Varibel, destijds heb gehoord dat er meer audiciens en meer winkelpersoneel opgeleid moest worden in verband met uitbreiding van het Varibelproject. Van hem heb ik ook begrepen dat de opleiding in het eerste kwartaal van 2008 moest zijn afgerond. Met de opleiding waren belast: [getuige 5], parttimer [betrokkene 5] en ikzelf. Het is niet gelukt alle winkels in dat kwartaal op te leiden, tot in mei zijn we daarmee bezig geweest. Er waren dus winkels die tot in mei geen enkele instructie hebben gehad. Er was in zoverre een planning dat de winkels onder de opleiders waren verdeeld en wij moesten dan afspraken maken voor de opleiding. Uw vraag waarom de planning niet is gehaald kan ik niet exact beantwoorden.

()

()

Ik weet niet meer hoeveel winkels ik moest bedienen, wel dat ik mijn eigen showdoos en testbril meenam en die niet kon achterlaten. Als een winkel een Varibelklant had, dan werd aan de hand van die klant verteld hoe om te gaan met het product.

Op zichzelf weet ik iets van wat u kinderziektes noemt uit hoofde van de hulp en ondersteuning die ik aan de betrokken Beter Horen winkels heb geboden, maar niet in het kader van besprekingen in breder verband in de aanloop naar de opstelling en de ondertekening van het document Afspraken 2008.

Het waren veel winkels die door ons in het kader van de opleiding bezocht moesten worden. Het was de bedoeling dat er voor de regio Zuid iemand anders bij zou komen, maar dat was niet gebeurd. Ikzelf was voor de regio Noord aangenomen, maar ik kwam ook in Limburg. Ik heb dus een groter gebied moeten bedienen dan eigenlijk de bedoeling was.

In het kader van de al genoemde kinderziektes zeg ik dat die structureel waren in die zin dat sommige problemen zich bij meerdere klanten voordeden. Als voorbeeld noem ik windruis en roestende accus. Het is niet zo dat er een instructie was daarover te zwijgen. Wel is het zo dat ingeval je iets wilt verkopen je niet alle problemen gaat vermelden.

Er is ooit in maart of april van 2007 een bijeenkomst geweest in Limburg waar ook mijn voorgangsters, [betrokkene 6], en [getuige 5] en de Beter Horen audiciens van

Zuid-Nederland aanwezig waren waarbij vanuit Varibel is aangegeven dat de problemen waren opgelost. Ik weet niet meer welke dat waren, ik denk het laadprobleem en dat heeft zich daarna ook nog wel voorgedaan."

(getuige [getuige 5]:)

"()

Uit hoofde van mijn functie bij Varibel was ik verantwoordelijk voor de verkoop. Ik moest een verkoopteam opzetten, Varibel was immers een nieuw startend bedrijf. Er moest ook kennis binnenkomen van hoortoestellen. Daarover beschikte ik, want ik kwam van de hoortoestellenafdeling van Siemens. Met [betrokkene 1] heb ik over de opzet van het team gesproken. Het lag in de bedoeling iemand voor Noord aan te nemen dat is [] [getuige 4] geworden en iemand voor Zuid aan te nemen en afhankelijk van de omzet ook iemand voor Midden. Het is bij het aantrekken van [] [getuige 4] gebleven. Daarnaast is slechts nog een parttimer[betrokkene 5] die ons twee dagen per week ondersteunde, aangenomen. Ik had destijds contact met de afdeling Beter Horen van Amplifon in de persoon van [betrokkene 3] en later [] [getuige 6]. [betrokkene 3] was mijn aanspreekpunt tot 2008. Daarna werd het feitelijk [] [getuige 6], vanaf januari of februari 2008. Ik had frequenter contact met [] [getuige 6] dan met [betrokkene 3]. Met [betrokkene 3] besprak ik de verkoopaantallen en gerezen problemen. Dat konden zowel praktische problemen bij bijvoorbeeld het aanpassen zijn en ook technische problemen. ()

()

Het Beter Horen personeel moest opgeleid worden. Daar zouden wij als Varibel voor zorgen, dat dat personeel ondersteund werd bij het aan- en afpassen. Zij moesten een nieuw vak leren: het optiekdeel. Eigenlijk is Varibel al in 2006 gaan opleiden en dat is later voortgezet door [] [getuige 4]. Eerst betrof het een select groepje en later moest het opleiden op winkelniveau gebeuren omdat we op gingen schalen. Over de termijn waarbinnen dat moest gebeuren is geen schriftelijke afspraak gemaakt, voor zover ik weet, maar met [getuige 3] is wel besproken dat dat moest gebeuren en dat daar tijd voor nodig was. Naar mijn weten is dat zo met [getuige 3] besproken begin 2008. Dat het wel snel moest gebeuren hield verband met het aantal dat moest worden gehaald, maar er waren strubbelingen. [] [getuige 4] ging weg. Dat wist ik vanaf eind mei 2008. Daarom is bedacht dat met ambassadeurs zou worden gewerkt en

daarvan was de eerste sessie in juni 2008. Beter Horen ging het opleiden toen als het ware zelf doen. De methode met het opleiden van ambassadeurs hadden we, dat wil zeggen [getuige 3] en ik, ook al eens gedaan met een Siemensproduct. In juni 2008 was de opleiding van al het winkelpersoneel nog niet afgerond. Er was geen mankracht om het eerder rond te hebben.

Zoals ik net al zei moesten de audiciens het optiekvak erbij leren, maar dat bleek te moeilijk en besloten is het optiekdeel weer weg te halen bij de audiciens en daarvoor een opticien in de buurt in te schakelen. [] [getuige 6] is daarmee bezig geweest, naar ik meen vanaf mei 2008. Dit heeft Beter Horen zelf georganiseerd.

Toen ik bij Varibel kwam was een aantal problemen met de hoorbril geïnventariseerd en daar was ook een oplossing voor gekomen. Daarover is een bijeenkomst met de 40 Beter Horen winkels die de Varibel al verkochten belegd. De problemen en de oplossingen daarvoor zijn uitgelegd. Er is een soort herstart gemaakt. De problemen die er waren geweest betroffen de software, een laadprobleem en de magneet van de earconnectors. In de loop van 2007 bleek dit laatste probleem nog steeds op te spelen. Iets anders was dat inmiddels een probleem met het kunststof was gebleken. In de tweede helft van 2007 heeft [betrokkene 1] mij daarover in vertrouwen geïnformeerd. Er is destijds gedacht aan eventueel het stilleggen van het bedrijf, er eventueel mee te stoppen of toch door te gaan en dit probleem in de praktijk op te gaan lossen. Op directieniveau is besloten tot in de praktijk verder ontwikkelen, zo heb ik van [betrokkene 1] toen gehoord. Dit kreeg vorm in de vorm van nieuwe modellen en kleuren. Dat is gefaseerd gebeurd. Het model dat de ernstigste problemen vertoonde is er direct uitgehaald. Dat was het schildpadmodel. De andere oude modellen zijn wel nog uitgeleverd en gefaseerd vervangen. Deels zijn die uiteindelijk als testbril geleverd. Voor de klant was vanaf begin 2008 de bril van het nieuwe kunststof beschikbaar. Vanaf dat moment werd naast brillen van het oude kunststof dus ook de nieuwe variant uitgeleverd.

()

De brilveren van de hoorbril bleken lang niet altijd voor iedere klant op maat te kunnen worden gebogen. Dit probleem was al bij Varibel en bij Beter Horen bekend in 2007, dat wil zeggen dat de problemen zich in de Beter Horen openbaarden. Naar ik weet is niet door Varibel aan Amplifon gesuggereerd verholpen was voordat de grote start in 2008 kwam. Geprobeerd is er een oplossing voor te vinden. Ik weet niet of Amplifon in 2007 wist dat dit een structureel probleem was. Er werd door de in dat jaar betrokken Beter Horen winkels nog niet heel veel verkocht.

Ik verklaarde net over veren van andere kunststof. Daar kwam ook een ander metaal aan te pas en dat maakte dat de nieuwe veren moeilijker te buigen waren. Bovendien bleken de veren van de andere kunststof naar de andere kant door te buigen, nu naar buiten.

Er is een bespreking geweest, in 2008, tussen [] [getuige 2], [getuige 3], [betrokkene 1] en mij waarbij aan de orde was de ingang in de opticienwereld met het oog op shop-in-shopmogelijkheden voor Beter Horen. [betrokkene 1] zou kijken of het mogelijk was om met bepaalde ketens samen te werken. Hij had ingangen. Van een harde toezegging was op dat moment geen sprake.

Op het moment dat ik in vertrouwen werd genomen in de tweede helft van 2007 over de problemen met het kunststof heb ik geen druk gevoeld vanuit [betrokkene 1] of [betrokkene 2] daarover te zwijgen richting Amplifon. Interne vuile was buitenhangen doe je sowieso niet.

()

Begin 2008 moesten er in het kader van de opschaling zeker 70 extra winkels worden ingewijd in de Varibel. U houdt mij mijn e-mail van 3 maart 2008 aan [getuige 6] voor waarin ik schrijf dat inmiddels 70 filialen een workshop hebben gehad en u vraagt mij hoe dat zich verhoudt tot mijn opmerking dat in juli 2008 nog niet alle filialen waren opgeleid. Er werden meerdere opleidingen in verschillende fases aan de winkels aangeboden en ik weet niet of in die 70 die ik noem in die e-mail ook al oude filialen zaten.

()..”

(getuige [getuige 6]:)

“()

In 2007 ben ik niet aanwezig geweest bij de door Varibel georganiseerde bijeenkomst voor een zogenaamde nieuwe start. Ik ben ook niet aanwezig geweest bij een bijeenkomst waaruit zou zijn gebleken dat oude problemen die volgens Varibel waren opgelost toch weer bleken voor te komen. Met [getuige 3] heb ik over technische problemen gesproken, maar dat was voor het eerst in het voorjaar van 2008. Eveneens in dat jaar heb ik met [getuige 5] over problemen bij de werkwijze, de ondersteuning en de kwaliteit gesproken en dus niet in 2007 al.”

kinderziektes

2.12. Uit de hiervoor en onder 2.5 weergegeven getuigenverklaring van [] [getuige 2] volgt dat hij pas over de technische problemen in de loop van 2008 heeft gehoord via [getuige 1]s, dat hij voor het opstellen en ondertekenen van het contract daarvan niet op de hoogte was en dat hijzelf bij de onderhandelingen niet betrokken was. Hij was binnen Beter Horen ook niet de gesprekspartner van Varibel. Zijn verklaring draagt dan ook niet bij tot het bewijs van de stelling dat Varibel voor het sluiten van de overeenkomst de indruk heeft gewekt dat alle kinderziektes van de hoorbril voor 2008 zouden zijn verholpen. Hetzelfde geldt voor de verklaring van [getuige 6].

2.13. Ook de getuige [getuige 4] verklaart niet betrokken te zijn geweest bij gesprekken en onderhandelingen die hebben geleid tot de totstandkoming van de afspraken voor 2008. Zij verklaart wel te weten over structurele kinderziektes, waarmee zij bedoelt dat sommige problemen zich bij meerdere klanten voordeden. Zij heeft voorts verklaard over een bijeenkomst in het voorjaar van 2007 waarin vanuit Varibel is aangegeven dat de problemen waren opgelost. Welke dat zijn, heeft zij echter niet duidelijk gemaakt, behalve dat zij denkt dat het om laadproblemen ging, waarover zij opmerkt dat die ook daarna nog wel voorkwamen. De getuige [getuige 5] verklaart daarentegen dat van de in die voorjaarsbijeenkomst besproken problemen het probleem met de magneet van de earconnectors in de loop van 2007 nog bleek op te spelen. Een consistente feitelijke onderbouwing van haar stelling inzake de onjuiste voorstelling van zaken van Varibel met betrekking tot de kinderziektes heeft Beter Horen hiermee niet gegeven. Over de frequentie van het toch nog opgetreden laadprobleem en/of het probleem met de magneet hebben de getuigen geen duidelijkheid verschaft. Op grond van de verklaringen van [getuige 4] en [getuige 5] kan in zoverre niet bewezen worden geacht dat Varibel Beter Horen in - voor de besluitvorming van Beter horen - relevante mate een onjuiste voorstelling van zaken heeft voorgehouden. Als dit al anders zou zijn, dan geldt bovendien dat het aanhouden van de genoemde problemen zich zichtbaar voor Beter Horen voordeden, naar aannemelijk is ook al in 2007 voor het sluiten van de overeenkomst.

2.14. Een ander onderdeel van deze kwestie betreft de verklaring van [getuige 5] over een in de tweede helft van 2007 gebleken probleem met het kunststof van de brillenpoten, op grond waarvan door Varibel op directieniveau zou zijn besloten in de praktijk dit probleem te gaan verhelpen in plaats van, zoals ook werd overwogen, het bedrijf stil te leggen. Dit is hem in vertrouwen door [betrokkene 1] meegedeeld en het heeft ertoe geleid dat de oude versie van de hoorbril (versie 1) met ingang van 2008 geleidelijk is vervangen door een versie (2) met brilveren van andere kunststof, aldus [getuige 5]. Varibel heeft bij conclusie na enquête betwist dat de getuigenverklaring van [getuige 5] hierover juist is. Het was echter aan haar geweest door middel van tegengetuigenverhoren de onjuistheid hiervan aan de kaak te stellen. Wat hiervan ook zij, deze verklaring van [getuige 5] suggereert dat dit probleem bij Beter Horen niet bekend was en voor haar destijds is verzwegen. Dat strookt niet met hetgeen Beter Horen bij conclusie van antwoord, in het onderdeel waar zij de technische problemen van de hoorbril bespreekt, heeft gesteld. Zij somt daar de gebreken aan zowel versie 1 als versie 2 van de hoorbril op. Die gebreken - waaronder het wijken van de brilveren en de overige problemen met versie 1 - zijn volgens de stellingen van Beter

Horen destijds ontdekt door haar klanten en audiciens, dan wel haar medewerkers die zich met de hoorbril bezig hielden. Een verklaring voor de discrepantie tussen de door [getuige 5] gewekte suggestie en haar conclusie van antwoord heeft Beter Horen niet gegeven. Bij deze stand van zaken kan enkel op grond van de verklaring van [getuige 5] niet als vaststaand worden aangenomen dat Varibel Beter Horen op dit punt een onjuiste voorstelling van zaken heeft gegeven. Integendeel: het moet ervoor worden gehouden dat het wijken van de brilveren een bij Beter Horen bekend verschijnsel betrof. Hetzelfde geldt voor het moeizame buigen van de brilveren: ook daarmee was Beter Horen reeds bekend.

2.15. Gelet op het voorgaande geldt dat er geen feiten en omstandigheden zijn komen vast te staan waaruit blijkt dat Varibel bij Beter Horen de indruk heeft gewekt dat alle kinderziektes voor 2008 zouden zijn verholpen.

opleiding personeel Beter Horen

2.16. Geen van de getuigen heeft verklaard dat Varibel bij Beter Horen de indruk heeft gewekt dat de opleiding van het personeel van de 70 Beter Horen-winkels die de Varibel per 2008 ook zouden gaan verkopen, eind 2007 zou zijn afgerond. Volgens [getuige 3] was afgesproken dat het op korte termijn zou gebeuren, in de eerste twee maanden van 2008. [getuige 4] heeft verklaard destijds van [getuige 5] te hebben begrepen dat de opleiding in het eerste kwartaal van 2008 moest zijn afgerond. [getuige 5] heeft verklaard dat met [getuige 3] begin 2008 is besproken dat er tijd voor nodig was voor het opleiden, maar dat het wel snel moest gebeuren in verband met het af te nemen aantal hoorbrillen. Op grond van deze verklaringen wordt niet bewezen geacht dat de hiervoor genoemde indruk - afronding van de opleiding voor 2007 - door Varibel is gewekt.

2.17. Voor zover de stelling van Beter Horen zo moet worden begrepen dat Varibel voor een snelle opleiding van het personeel zou zorgen, geldt dat zij dit bewijs evenmin heeft geleverd. Over de inhoud van de opleiding zijn geen vaste afspraken gemaakt, zo valt uit de getuigenverklaringen af te leiden. Volgens [getuige 3] waren voor het einde van het eerste kwartaal alle medewerkers waren geïnformeerd over het aanpassen van de hoorbril en het werken met de software van Varibel. Dat strookt met de e-mail van [getuige 5] van 3 maart 2008, waarin deze aan [getuige 3] en [getuige 6] meedeelt: "Varibel heeft inmiddels in 70 filialen een workshop gegeven. ()". Als getuige heeft [getuige 5] daarover verklaard dat hij niet weet of in dat aantal ook oude filialen zijn begrepen. In de conclusie van antwoord rept Beter Horen echter van de aanvullende 70 winkels die moesten worden getraind, naast de ongeveer 40 al bestaande competence centers. In dit licht bezien ligt niet voor de hand uit te gaan van de lezing die [getuige 5] als getuige heeft gesuggereerd. Op grond van de e-mail van [getuige 5] en de verklaring van [getuige 3] overtuigt de verklaring van [getuige 4] dat tot in mei 2008 sommige winkels nog geen enkele instructie hebben gehad, niet. Het gegeven dat, zoals uit de genoemde e-mail van [getuige 5] en zijn getuigenverklaring blijkt, het optiekgedeelte voor de Beter Horen-audiciens te moeilijk was en extra maatregelen vereiste, valt Varibel niet aan te rekenen, daargelaten dat gesteld noch gebleken is dat Varibel Beter Horen daaromtrent een verkeerde voorstelling van zaken heeft gegeven.

2.18. Op grond van het voorgaande moet worden geconcludeerd dat Beter Horen niet heeft bewezen dat Varibel haar enige onjuiste indruk heeft gegeven over de opleiding van het winkelpersoneel.

afstemming audiciens- met opticiensdeel

2.19. Over de moeilijkheden die het Beter Horen-winkelpersoneel heeft ondervonden bij het leren van het opticienswerk heeft [getuige 5] het een en ander verklaard, maar daaruit valt (zie hiervoor onder 2.17) niet af te leiden dat Varibel bij Beter Horen de onjuiste indruk heeft gewekt dat per januari 2008 een praktische werkwijze zou bestaan ter afstemming van deze beide in de hoorbril verenigde disciplines. Zoals ook reeds is overwogen, kan de omstandigheid dat in de praktijk door het personeel van Beter Horen het optiekvak moeilijker werd gevonden dan verwacht, Varibel niet worden verweten. De mogelijke problematiek was bovendien vooraf bij beide partijen bekend. [getuige 3] heeft over de onderhavige kwestie verklaard, samengevat, dat volgens hem [betrokkene 1] (namens Varibel) heeft gedaan wat hij op

grond van de overeenkomst moest doen: er zijn contacten met opticiensketens tot stand gebracht, die vervolgens door Beter Horen zelf zijn onderhouden. Op grond van al het voorgaande geldt dat niet is komen vast te staan dat Varibel op het punt van de afstemming van het audiciens- met het opticiensdeel een verkeerde voorstelling van zaken heeft gegeven, daargelaten dat het ervoor moet worden gehouden dat Varibel in dit opzicht conform hetgeen Beter Horen mocht verwachten heeft gehandeld. Ook op dit onderdeel moet worden geoordeeld dat het bewijs niet is geleverd.

ondersteuning door Varibel

2.20. Uit de verklaringen van [getuige 4] en [getuige 5] blijkt dat Varibel minder personeel heeft aangetrokken dan haar bedoeling was en dat [getuige 4] een groter werkgebied had dan aanvankelijk was beoogd. Uit die verklaringen blijkt echter niet dat Varibel tegenover Beter Horen op dit punt verwachtingen heeft gewekt die zij niet heeft waargemaakt. Uit de verklaring van [getuige 3] blijkt dat er vanuit Beter Horen geen klachten waren over de ondersteuning door Varibel. In het bijzonder heeft [getuige 6] zich volgens [getuige 3] niet met klachten daarover gemeld. Het enkele feit dat [getuige 6] in 2008 met [getuige 5] over problemen bij de ondersteuning heeft gesproken, overtuigt daarom niet. Wanneer zich die problemen zouden hebben voorgedaan, blijkt uit de verklaring van [getuige 6] niet, terwijl op grond van de verklaring van [getuige 5] lijkt te volgen dat die problemen er kwamen deels omdat bekend was geworden dat [getuige 4] bij Varibel zou vertrekken en deels omdat de audiciens van Beter Horen het optiekdeel te moeilijk vonden. Beter Horen is er evenmin in geslaagd op dit onderdeel het opgedragen bewijs te leveren.

2.21. Beter Horen heeft het haar in conventie en in reconventie opgedragen bewijs van haar stellingen niet geleverd. Dat betekent dat voor de beoordeling van het geschil niet van de juistheid van die stellingen kan worden uitgegaan. Hierop stuit haar beroep op dwaling, zowel in conventie als in reconventie, af. Van gedeeltelijke vernietiging op die grond van de overeenkomst met Varibel is geen sprake.

in conventie

ontbinding

2.22. Daarmee wordt toegekomen aan het volgende verweer van Beter Horen in conventie, dat luidt dat de overeenkomst met Varibel gedeeltelijk is ontbonden in verband met toerekenbare tekortkomingen van Varibel in de nakoming van haar verbintenissen uit die overeenkomst. Beter Horen verwijt Varibel, zakelijk weergegeven: te late levering van de demo-sets, te late training van het personeel van 70 extra Beter Horen winkels, onvoldoende ondersteuning van Beter Horen door een gebrek aan personeel, ondeugdelijke aanpassingssoftware voor de hoorbril, onvoldoende reclame, minder keuze in modellen en kleuren hoorbrillen dan toegezegd, het slechte technische functioneren van de hoorbril, te lange levertijden, gebrek aan marktpotentieel voor de hoorbril. Beter Horen heeft verder aangevoerd dat zij Varibel niet formeel in gebreke heeft gesteld met betrekking tot deze tekortkomingen omdat dat niet paste binnen de sfeer waarin men met elkaar samenwerkte. Volgens Beter Horen heeft zij echter wel steeds het overleg met Varibel gezocht, waardoor zij Varibel steeds feitelijk de gelegenheid heeft geboden tot herstel en/of de verdere ontwikkeling van de hoorbril. Van dit laatste heeft zij getuigenbewijs aangeboden.

2.23. Varibel meent dat Beter Horen de gestelde tekortkomingen onvoldoende feitelijk heeft onderbouwd, evenals het causale verband tussen die tekortkomingen en de door Beter Horen gepretendeerde schade, zodat voor bewijslevering geen plaats is. Voorts beroept Varibel zich erop dat Beter Horen haar nimmer in gebreke heeft gesteld op de door de wet voorgeschreven wijze, namelijk concreet, met het stellen van een redelijke termijn voor deugdelijke nakoming en met vermelding van de rechtsgevolgen bij gebreke van voldoening aan de sommatie.

2.24. De partijen zijn het er, kennelijk, over eens dat herstel van de hiervoor opgesomde gebreken niet blijvend of tijdelijk onmogelijk was en dat - dus - voor een geslaagd beroep op ontbinding in beginsel nodig is dat Varibel ter zake van de nakoming van haar desbetreffende verbintenissen door een

ingebrekestelling in verzuim is gebracht (art. 6:265 lid 2 jo. art. 6:82 lid 1 BW). De rechtbank volgt de partijen daarin, behoudens voor zover het gaat om het gebrek aan marktpotentieel voor de hoorbril. Gesteld noch gebleken is echter dat Varibel op grond van de overeenkomst met Amplifon voor het bestaan daarvan diende in te staan. Evenmin is gesteld of gebleken dat Amplifon - een grote, professionele speler op de audiciensmarkt - navraag naar het bestaan van marktpotentieelonderzoek heeft gedaan of dit zelf heeft verricht. Uit de stellingen van de partijen, waaronder die ter comparitie, volgt dat zij beiden wisten op welke basis zij besloten met de hoorbril de markt op te gaan en de overeenkomst voor 2008 te sluiten. Dat was een samenwerking in de voorafgaande jaren tussen beide partijen met 27 proefpersonen. Op grond van dit alles kan niet van enige verbintenis van Varibel met betrekking tot marktpotentieel worden uitgegaan, laat staan van het onherstelbaar tekortschieten in de nakoming ervan en ontbinding op die grond.

2.25. Met betrekking tot de overige beweerde tekortkomingen stuit het beroep op gedeeltelijke ontbinding af op het ontbreken van een schriftelijke ingebrekestelling die aan de daaraan door de wet gestelde vereisten voldoet. Het mag zo zijn dat Beter Horen, zoals zij onweersproken heeft gesteld en dus als vaststaand wordt aangenomen, met Varibel het gesprek is aangegaan over de beweerde gebreken en Beter Horen haar aldus feitelijk in de gelegenheid heeft gesteld die gebreken te verhelpen, dat kan niet in de plaats komen van een ingebrekestelling. Een ingebrekestelling heeft de schuldenaar nog een laatste termijn voor nakoming te geven en aldus nader te bepalen tot welk tijdstip nakoming nog mogelijk is zonder dat van een tekortkoming sprake is, bij gebreke van welke nakoming de schuldenaar vanaf dat tijdstip in verzuim is (HR 20 september 1996, NJ 1996, 748; HR 22 oktober 2004, NJ 2006, 597). Beter Horen heeft niet gesteld dat in de gesprekken met Varibel ooit aan Varibel een termijn is gesteld voor herstel, aan de hand waarvan een dergelijk, voor de functie van de ingebrekestelling essentieel tijdstip zou kunnen vastgesteld. Het door Beter Horen aangeboden getuigenbewijs is daarmee niet ter zake dienend en zal daarom niet worden opgedragen.

schuldeisersverzuim

2.26. Beter Horen heeft zich meer subsidiair beroepen op schuldeisersverzuim (art. 6:58 BW) aan de zijde van Varibel, op grond waarvan de rechtbank dient te bepalen dat zij uit haar verbintenissen uit de overeenkomst met Varibel is bevrijd (art. 6:60 BW). Zij staft dit beroep op de hiervoor (onder 2.22.) opgesomde tekortkomingen van Varibel. Beter Horen ziet daarin een verhindering door Varibel van nakoming door Beter Horen, doordat Varibel aldus de voor die nakoming vereiste noodzakelijke medewerking niet heeft verleend en er dus sprake is van een beletsel aan de zijde van Varibel. Dit schuldeisersverzuim van Varibel staat aan de weg aan het intreden van verzuim aan de zijde van Beter Horen, althans heft dit op, zo meent Beter Horen.

2.27. Varibel heeft aangevoerd dat Beter Horen geen vordering op grond van art. 6:60 BW heeft ingesteld. Verder heeft zij betoogd dat schuldeisersverzuim pas kan ontstaan als de schuldenaar in verzuim verkeert, zodat het beweerde schuldeisersverzuim van Varibel slechts kan zijn ontstaan op de periode vanaf 16 oktober 2008 (het moment waarop Beter Horen jegens Varibel in verzuim is geraakt) tot het einde van de looptijd van de overeenkomst (1 januari 2009). Alle gronden voor het intreden van schuldeisersverzuim die zich volgens Beter Horen vóór die periode hebben voorgedaan, zijn naar haar mening om die reden irrelevant. Overigens heeft Varibel gemotiveerd betoogd, zakelijk weergegeven, dat het eigen onderzoek waarop Beter Horen zich ter staving van het schuldeisersverzuim beroept, niet-juist en niet-representatief is en ook dat de beweerde problemen Beter Horen niet daadwerkelijk hebben belemmerd haar verplichtingen na te komen. Naar de mening van Varibel heeft Beter Horen hieromtrent onvoldoende gesteld en blijkt uit niets dat Beter Horen, zoals vereist is voor schuldeisersverzuim, zelf tot volledige nakoming in staat en bereid was.

2.28. Het schuldeisersverzuim van art. 6:58 BW waarop Beter Horen zich beroept, vereist dat Beter Horen bereid en in staat was haar verbintenissen na te komen, maar die nakoming werd verhinderd (uitsluitend) doordat er aan de zijde van Varibel een aan Varibel toe te rekenen beletsel voor die nakoming bestond. Beter Horen heeft in het licht van hetgeen Varibel heeft aangevoerd onvoldoende gesteld ter staving van

haar stelling dat zij kon en wilde nakomen, maar dat enkel aan Varibel toe te rekenen omstandigheden dat verhinderden. Beter Horen noemt allerlei technische problemen van de hoorbril en de slechte ondersteuning vanuit Varibel als reden voor de haar eigen niet-nakoming van de overeenkomst. Beter Horen beroept zich ter staving daarvan echter op stukken waaruit blijkt, samengevat, dat Beter Horen bij de verkoop van de hoorbril hinder ondervond doordat (lang) niet alle klanten van Beter Horen tevens brildragend zijn en/of doordat een heel aantal klanten de hoorbril niet mooi, te duur of te zwaar vindt en/of doordat de combinatie van de beide hulpmiddelen in één voorziening niet handig gevonden wordt. Dat laatste heeft, zoals Beter Horen zelf ook in haar conclusie van antwoord opmerkt, te maken met een gebrek aan marktpotentieel. De verkeerde inschatting hiervan ligt echter in de gegeven omstandigheden (zie onder 2.24.) niet in de risicosfeer van Varibel. Bij deze stand van zaken is aan (in elk geval) één vereiste voor schuldeisersverzuim niet voldaan, zodat aan Beter Horen hierop geen beroep toekomt. Het door Beter Horen aangeboden getuigenbewijs van de inspanningen die zij zich heeft getroost de hoorbril te verkopen, is gelet hierop niet ter zake dienend. Hetgeen de partijen met betrekking tot het schuldeisersverzuim verder nog hebben aangevoerd, hoeft niet (nader) te worden besproken.

onvoorziene omstandigheden

2.29. Beter Horen heeft zich er voorts op beroepen dat in verband met onvoorziene omstandigheden Varibel naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet de ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst mag verwachten. Als onvoorziene omstandigheden noemt zij, kort gezegd, het niet (meer) bestaan van de door Varibel geprognosticeerde markt voor de dure hoorbrillen (mede door de economische crisis), de tegenvallende kwaliteit van de producten van en de ondersteuning door Varibel en de vertraging van de introductie van de hoorbril doordat nog kernbedingen van de overeenkomst moesten worden uitgewerkt. In die omstandigheden is in de overeenkomst niet voorzien, op grond waarvan Beter Horen thans wijziging of gehele of gedeeltelijke ontbinding van de overeenkomst wenst.

2.30. Varibel heeft hiertegen ingebracht dat de regeling van art. 6:258 BW niet is bedoeld de gevolgen van een door een partij ondoordacht contract op de wederpartij af te wentelen. Zij wijst er daarbij op dat Beter Horen een multinationale onderneming is die al twee jaar ervaring heeft opgedaan met de hoorbril. De gewijzigde omstandigheden op de markt treffen niet Beter Horen in het bijzonder, maar alle ondernemingen, zodat daarin naar haar mening geen grond voor wijziging of ontbinding van de overeenkomst is gelegen. De door Beter Horen beweerde wanprestatie of dwaling zijn daarvoor ook onvoldoende grond, zo volgt volgens Varibel uit wet en jurisprudentie. Voor alles meent zij dat Beter Horen ter staving van haar beroep op 6:258 BW niet heeft voldaan aan de op haar rustende verzwaarde stelplicht.

2.31. Vooropgesteld wordt dat van onvoorziene omstandigheden in de zin van art. 6:258 BW alleen sprake kan zijn voor zover het betreft omstandigheden die op het ogenblik van tot stand komen van de overeenkomst nog in de toekomst lagen. Voor toepassing van art. 6:258 BW is alleen plaats wanneer de onvoorziene omstandigheden van dien aard zijn dat de wederpartij van degene die herziening van de overeenkomst verlangt, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten. Aan dit vereiste zal niet spoedig zijn voldaan; redelijkheid en billijkheid verlangen immers in de eerste plaats trouw aan het gegeven woord en laten afwijking daarvan slechts bij hoge uitzondering toe (vgl. Parl. Gesch. Boek 6, p. 969). Uit het voorgaande vloeit voort dat de rechter terughoudendheid moet betrachten ten aanzien van de aanvaarding van een beroep op onvoorziene omstandigheden (o.a. HR 20 februari 1998, NJ 1998, 493). Een tekortkoming in de nakoming van de overeenkomst kan niet worden aangemerkt als een onvoorziene omstandigheid, zoals bedoeld in art. 6:258 (HR 22 oktober 2004, NJ 2006, 597).

2.32. Tegen deze achtergrond rijst allereerst de vraag in hoeverre in de inhoud van de overeenkomst al dan niet in de door Beter Horen ingeroepen omstandigheden is voorzien. Daarbij is van belang dat niet is komen vast te staan (zie hiervoor, onder 2.21.) dat Beter Horen bij het sluiten van de overeenkomst heeft gedwaald. Zoals Varibel terecht heeft aangevoerd, was Beter Horen al twee jaar bezig met de verkoop van de hoorbril. Ook komt betekenis toe aan het gegeven dat ten tijde van het sluiten van de overeenkomst

door Beter Horen is voorzien dat er een aanlooperperiode nodig zou zijn om de verkopen van de hoorbril op het door haar gewenste peil te krijgen. Om die reden is namens Beter Horen de kwartaalfacturatie uit de overeenkomst vervangen door een boeteclausule, die bij de ondertekening door Beter Horen nog nader op dit gegeven is afgestemd. Door het ondertekenen van een overeenkomst met een minimumafname en een boeteclausule bij afname van minder van dat minimum heeft Beter Horen het risico daarvan op zich genomen, inclusief de eventuele gevolgen van de aanlooperperiode. Verder geldt dat in de overeenkomst weliswaar niet is voorzien in een regeling van de gevolgen van eventuele tekortkoming in de nakoming van verbintenissen door Varibel, maar daarin voorziet de wet (artt. 6:74 en 6:265 BW). De beweerde tekortkomingen door Varibel vormen niet een onvoorziene omstandigheid als hier bedoeld. Zou dit anders zijn, dan zouden de eisen van ingebrekestelling en verzuim die bij een beroep op ontbinding op grond van art. 6:265 BW zouden gelden, eenvoudig kunnen worden omzeild met een beroep op 6:258 BW, waarbij die eisen niet worden gesteld. Voor het overige is reeds overwogen en beslist dat het pas later gebleken gebrek aan marktpotentieel voor rekening van Beter Horen komt. De economische crisis die de markt nog verder heeft verslechterd, behoort tot het normale ondernemersrisico - gelet op de gesloten overeenkomst - van Beter Horen. Op dit alles stuit het beroep op onvoorziene omstandigheden af.

redelijkheid en billijkheid

2.33. Beter Horen meent voorts dat de bepalingen omtrent de minimumafname en het boetebeding onder de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn en dientengevolge niet (onverkort) van toepassing zijn tussen de partijen. Bij gebreke van een nadere uitwerking van dit standpunt, gaat de rechtbank hieraan voorbij, onder verwijzing naar al hetgeen hiervoor is overwogen en beslist.

inroepen boetebeding

2.34. Beter Horen heeft met een beroep op art. 6:92 BW betoogd dat Varibel geen nakoming van het boetebeding kan vorderen, omdat de tekortkoming in de nakoming van de hoofdverbintenis haar niet kan worden toegerekend. In dit verband beroept Beter Horen zich wederom op de door Varibel gegeven verkeerde voorstelling van zaken, de wanprestatie van Varibel en het schuldeisersverzuim aan de zijde van Varibel. Voorts ontbreekt volgens Beter Horen aan haar zijde het ingevolge art. 6:93 BW vereiste verzuim voor het kunnen inroepen van het boetebeding. Bij dit alles speelt volgens haar ook een rol dat nimmer expliciet een kwartaalafname is overeengekomen. Op die grond heeft Varibel haar niet in oktober 2008 al in gebreke kunnen stellen, aangezien de overeenkomst tot aan het eind van 2008 liep.

2.35. Namens Varibel is gewezen op de brief van 10 oktober 2008, waarbij Beter Horen in gebreke is gesteld voor de verdere looptijd van het contract en waarbij is aangedrongen op nakoming bij gebreke waarvan aanspraak werd gemaakt op schadevergoeding en werd herinnerd aan de boete. Na het verstrijken van 2008 is de gehele kwestie een schadevergoedingsaangelegenheid geworden, die wordt bestreken door de boete, aldus Varibel. In verband met de toerekenbaarheid van de tekortkoming van Beter Horen is bij dagvaarding onder meer aangevoerd, onderbouwd met stukken, dat Beter Horen de benodigde demonstratie-artikelen niet tijdig heeft besteld en dat het Beter Horen-personeel bij gebrek aan motivatie tot verkoop van de hoorbril onvoldoende hierop gerichte inspanningen verrichtte, alle aansporingen vanuit de eigen organisatie ten spijt.

2.36. Allereerst zal moeten worden vastgesteld of Beter Horen toerekenbaar is tekortgeschoten in de nakoming van haar verbintenis tot afname in 2008 van 3.000 hoorbrillen. Dat is niet het geval indien en voor zover de tekortkoming niet te wijten is aan haar schuld en evenmin krachtens wet, rechtshandeling of in het verkeer geldende opvattingen voor haar rekening komt en dus sprake is van overmacht (art. 6:75 BW). Beter Horen heeft de gemotiveerde en met stukken onderbouwde stellingen van Varibel over de late bestelling door Beter Horen van de basis- en demosets voor in de winkels onvoldoende gemotiveerd betwist. Daarmee geldt als vaststaand dat de overeenkomst reeds was gesloten voordat de demoset door Varibel was ontwikkeld en deze demoset voor Beter Horen dus niet bepalend is geweest bij het aangaan van haar verplichting 3.000 hoorbrillen in 2008 af te nemen. Ook staat vast dat in verband met de wens

van Beter Horen een haar welgevallige prijs te bedingen voor de basissets gecombineerd met de demosets de bestelling door Beter Horen pas laat heeft plaatsgevonden. Deze omstandigheid, die ertoe heeft geleid dat de winkels pas in mei 2008 over dit voor de verkoop benodigde demonstratiemateriaal beschikten, ligt op grond van de in het verkeer geldende opvattingen in de risicosfeer van Beter Horen. Hetzelfde geldt voor de - eveneens onvoldoende weersproken en daarmee vaststaande - weerstand tegen de hoorbril binnen de eigen organisatie van Beter Horen. Eerder is reeds overwogen en beslist dat het beroep op dwaling en op schuldeisersverzuim niet opgaan, zodat het beroep op overmacht van Beter Horen ook hierop niet kan worden gegrond.

2.37. Daarmee resteert het beroep op wanprestatie aan de zijde van Varibel. De rechtbank begrijpt dat Beter Horen zich in dit verband beroept op de technische problemen van de hoorbril en het gebrek aan voldoende ondersteuning vanuit de Varibel-organisatie als oorzaken voor haar eigen tekortschieten. Dit standpunt van Beter Horen ziet eraan voorbij dat zij zich contractueel op straffe van een boete heeft verplicht tot het afnemen van een minimum aantal hoorbrillen binnen een bepaalde periode. Niet-voldoening aan die verplichting levert een tekortkoming op die op grond van de overeenkomst en de in het verkeer geldende opvattingen voor haar rekening komen. Zij had ter voorkoming van haar eigen verzuim Varibel tijdig in gebreke moeten stellen met betrekking tot de beweerdte gebreken aan de hoorbril en het vermeende gebrek aan ondersteuning. Nu Beter Horen dit heeft nagelaten, stuit haar beroep op de niet-toerekenbaarheid van haar tekortkoming hierop af. Het aangeboden getuigenbewijs van de technische gebreken van de hoorbril is daarmee niet ter zake dienend, zodat dit aanbod wordt gepasseerd. Voor zover Beter Horen het beroep op overmacht mede heeft gegrond op het uitblijven van de introductie van de varibel Duo - een goedkopere versie van de hoorbril - geldt dat zij op dit punt niet aan haar stelplicht heeft voldaan. In de stellingen van Beter Horen is vaag gebleven welke afspraken er met betrekking tot deze uitbreiding zijn gemaakt en hoe daarover verder is onderhandeld of overlegd. Voor een bewijsopdracht daarover bestaat bij gebreke van voldoende concrete aanknopingspunten geen aanleiding. Ook dit deel van het verweer van Beter Horen moet worden verworpen.

2.38. Uit het voorgaande volgt dat de oorzaken van het tekortschieten in de nakoming van de overeenkomst door Beter Horen hetzij in verband met de verkeersopvattingen, hetzij in verband met inhoud van de overeenkomst voor haar rekening komt. Het beroep op het ontbreken van toerekenbaarheid faalt.

2.39. Daarmee wordt toegekomen aan het verweer dat sprake moet zijn van verzuim, wil de boete verschuldigd kunnen raken. Partijen zijn erover verdeeld in hoeverre de brief van Varibel van 10 oktober 2008 een ingebrekestelling inhoudt of kan inhouden (zie onder 2.15 van het vorige tussenvonniss). Varibel heeft echter niet weersproken de stelling van Beter Horen dat partijen nooit een bepaalde kwartaalafname hebben afgesproken. Er is dus geen grond om, zoals Varibel heeft gedaan, bij gebreke daarvan uit te gaan van een evenredig over het jaar verdeelde kwartaalafname (750 hoorbrillen per kwartaal). Hoe dit ook zij, de overeenkomst bevat wel een fatale termijn voor het afnemen van het afgesproken minimumaantal van 3.000 hoorbrillen. Dat moest in 2008 gebeuren. Door het verstrijken van 2008 zonder dat daarin het vereiste aantal hoorbrillen is verkocht, is zonder ingebrekestelling per 1 januari 2009 het verzuim aan de zijde van Beter Horen ingetreden (art. 6:83 onder a BW). Uit dien hoofde is Beter Horen per 1 januari 2009 de boete zonder meer verschuldigd geraakt.

2.40. Voor het verschuldigd raken van de wettelijke rente over de boete is wel een schriftelijke aanmaning tot voldoening van de boete vereist (HR 5 september 2008, NJ 2010, 272). Varibel beroept zich voor de volgens haar verschuldigde rente op haar brief van 29 december 2008, waarin zij aanspraak heeft gemaakt op de boete en de wettelijke rente daarover en waarin zij Beter Horen heeft aangemaand tot betaling aan haar van in totaal 1.826.947,37 exclusief btw uiterlijk voor 1 januari 2009 (zie onder 2.17. in het vorige tussenvonniss). In die brief maakt Varibel echter aanspraak op vóór het einde van 2008 verschenen wettelijke rente met als uitgangspunt dat elk kwartaal 750 hoorbrillen hadden moeten worden afgenomen. Dit uitgangspunt (zie de vorige overweging) geldt niet. Pas per 1 januari 2009 raakte Beter Horen de boete verschuldigd. Op zichzelf kon Varibel Beter Horen vóór die datum al aanmanen tot voldoening van de (nog niet opeisbare) boete, maar de daarbij aangezegde termijn mag niet aflopen

vóórdat de prestatie opeisbaar is. Door te sommeren tot betaling van de boete voor uiterlijk 1 januari 2009 is aan dit laatste niet voldaan. Gesteld noch gebleken is dat Varibel Beter Horen nadien, vóór het uitbrengen van de dagvaarding (op 18 maart 2009), nog schriftelijk tot betaling binnen een zekere termijn heeft gemaand. Daarom zal de dag van dagvaarding worden aangemerkt als de dag met ingang waarvan de wettelijke rente over de boete verschuldigd is geraakt, conform de beslissing van de Hoge Raad hierover in het zojuist aangehaalde arrest.

2.41. Op grond van al het voorgaande is Beter Horen aan Varibel per in 2008 minder verkochte hoorbril dan het aantal van 3.000 een boete verschuldigd van 750,--, te vermeerderen met de wettelijke rente daarover per 18 maart 2009. Beter Horen heeft niet weersproken dat - zoals in de hiervoor genoemde brief van Varibel van 29 december 2008 staat - per 18 december 2008 2.349 hoorbrillen te weinig zijn afgenomen. Bij gebreke van informatie van de partijen over het daarna (maar vóór 1 januari 2009) eventueel nog afgenomen aantal hoorbrillen, neemt de rechtbank het door Varibel genoemde aantal als uitgangspunt. Op basis daarvan bedraagt het totale bedrag van de boete 1.761.750,--.

matiging boete

2.42. Beter Horen heeft een beroep op matiging van de boete gedaan. Als gronden voor matiging noemt zij, samengevat, dat de in de overeenkomst opgenomen boete niet is overeengekomen, althans niet met het doel zoals door Varibel wordt gesuggereerd, dat er voldoende feiten en omstandigheden aanwezig zijn tot matiging, dat elke ratio van de boete ontbreekt, dat de boete buitensporig hoog is als compensatie voor kostendekking, mede gelet op de tekortkomingen aan de zijde van Varibel zoals de kwaliteit van de hoorbril en de ondersteuning vanuit de organisatie, dat de afnameverplichting tot 2.500 is verminderd, dat de boete niet strekte ter fixatie van de schade noch tot aansporing tot nakoming door Beter Horen doch slechts een compromis betrof, te bezien in het kader van de bestaande, flexibele houding tussen partijen die er ook in het jaar 2007 was. Beter Horen noemt ook de toezegging van [betrokkene 1] namens Varibel dat Beter Horen geen proces zou worden aangedaan. Ter comparitie heeft Beter Horen de wijze waarop de schade van Varibel zou moeten worden benaderd - vanuit de kosten of de marge - ter discussie gesteld. Zij heeft betwist dat de schade gelijk is aan de thans gevorderde boete.

2.43. Varibel heeft hiertegen ter comparitie ingebracht, zakelijk weergegeven, dat de boete wel ongeveer met de schade overeenkomt en dus geen ruimte bestaat tot matiging van de boete, dat de boete mede strekte als prikkel tot nakoming, naast dekking van de financiële belangen van Varibel tegenover de door Beter Horen bedongen exclusiviteit, dat inderdaad niet tevoren was voorzien dat Beter Horen 80% van de verkopen niet zou weten te realiseren, maar dat dat een eigen miscalculatie van Beter Horen betreft en dus geen grond is voor matiging.

2.44. Art. 6:94 lid 1 BW kent de rechter de bevoegdheid toe op verlangen van de schuldenaar de bedongen boete te matigen indien de billijkheid dit klaarblijkelijk eist. Daaraan kan voldaan zijn ingeval de bedongen boete in verhouding tot de schade als gevolg van de overtreding buitensporig is. Pas als de toepassing van een boetebeding in de gegeven omstandigheden tot een buitensporig en daarom onaanvaardbaar resultaat leidt, mag de rechter van zijn bevoegdheid tot matiging gebruik maken. Daarbij zal de rechter niet alleen moeten letten op de verhouding tussen de werkelijk gelden schade en de hoogte van de boete, maar ook op de aard van de overeenkomst, de inhoud en strekking van het beding en de omstandigheden waaronder het is ingeroepen (HR 11 februari 2000, NJ 2000, 277 en HR 27 april 2007, NJ 2007, 262).

2.45. In de stelling dat elke ratio voor de boete ontbreekt, wordt Beter Horen niet gevolgd, mede gelet op hetgeen Varibel daarover heeft aangevoerd. Varibel heeft voldoende aannemelijk gemaakt dat de boete, mede in verband met de door Beter Horen gewenste exclusiviteit, strekte als prikkel tot nakoming en als dekking van de schade voor het geval Beter Horen minder dan het afgesproken aantal zou afnemen. Dat die exclusiviteit vervolgens maar weinig waarde bleek te hebben, ligt in de gegeven omstandigheden (zie hiervoor, onder 2.24) op zichzelf binnen de risicosfeer van Beter Horen. Dit laat onverlet dat de overeenkomst tussen de partijen is gesloten ter introductie op de markt van een geheel nieuw product en

dat niet alleen Beter Horen, maar ook Varibel zich op de verkoopmogelijkheden daarvan heeft verkeken. Beide partijen zijn bij het aangaan van de overeenkomst van een veel te optimistische schatting daarvan uitgegaan: van de beoogde verkopen is slechts 21,7% gehaald. Hoezeer op grond van al hetgeen hiervoor is overwogen en beslist geldt dat Beter Horen niettemin aan de overeenkomst kan worden gehouden en aan Varibel van haar aandeel formeel geen verwijt kan worden gemaakt, op grond van de stellingen van Varibel zelf staat vast dat aan de hoorbril enkele onvolkomenheden kleefden die ten tijde van de introductie op de markt in 2008 nog niet waren verholpen. Aannemelijk is dat die onvolkomenheden mede aan de mindere verkoop van de hoorbril zullen hebben bijgedragen. Verder heeft Varibel ter comparitie onvoldoende duidelijkheid verschaft over de hoogte van de door haar geleden schade, in verband met de stelling van Beter Horen dat de verschuldigde boete buitensporig is. Zo valt van de door Varibel ter zitting genoemde ontwikkelingskosten zonder nadere toelichting, die ontbreekt, niet in te zien dat dat schade betreft die is veroorzaakt door het tekortschieten van Beter Horen. De verder door Varibel genoemde schadecomponenten zijn niet inzichtelijk onderbouwd. Bezien in het licht van deze omstandigheden, is het boetebedrag van 1.761.750,-- buitensporig hoog en daardoor onaanvaardbaar. De situatie doet zich hier voor dat de billijkheid klaarblijkelijk matiging van de boete vereist. Rekening houdend met de al genoemde omstandigheden zal de boete slechts tot een bedrag van 1.200.000,-- worden toegewezen.

buitengerechtelijke kosten

2.46. Tegen de gevorderde buitengerechtelijke kosten ad 12.016,10 is geen verweer gevoerd. Deze kosten zijn onderbouwd met facturen en specificaties en voldoen aan de dubbele redelijkheidstoets van art. 6:96 BW. Voor ambtshalve matiging tot het ingevolge het rapport Voor-werk II verschuldigde bedrag ziet de rechtbank geen aanleiding.

proceskosten

2.47. Als de grotendeels in het ongelijk gestelde partij zal Beter Horen in de kosten van de procedure in conventie worden veroordeeld, die van het getuigenverhoor daaronder begrepen. De kosten aan de zijde van Varibel worden begroot op:

- dagvaarding EUR 72,25
- griffierecht 4.938,00
- getuigenkosten 0,00
- salaris advocaat 9.633,00 (3,0 punten × tarief EUR 3.211,00)

Totaal EUR 14.643,25.

in reconventie

2.48. Op de in conventie als verweer aangevoerde juridische grondslagen heeft Beter Horen in reconventie de veroordeling van Varibel gevorderd tot vergoeding van haar schade ad 523.850,--, te vermeerderen met de door Beter Horen gemaakte kosten wegens de inspanningen van Varibel-ambassadeurs, op te maken bij staat. Het beroep op dwaling is echter verworpen zodat - zo op die grond al een vordering tot schadevergoeding toewijsbaar zou zijn - de schadevordering daarop niet kan worden gegrond (zie onder 2.21.). De vordering kan ook niet slagen op grond van wanprestatie van Varibel, aangezien Varibel ter zake van het beweerde tekortschieten niet in verzuim is geraakt (zie onder 2.25.). Voor het overige bevatten de juridische verweren in conventie geen grondslag voor de schadevergoedingsvordering ad 523.850,-- en de nog te begroten schadepost inzake de Varibel-ambassadeurs. Deze vorderingen zullen daarom worden afgewezen. Hetgeen de partijen over deze schadeposten voorts nog hebben aangevoerd, behoeft dan geen verdere bespreking.

2.49. Over de vordering tot vergoeding van de schade, op te maken bij staat, veroorzaakt door de brief van 27 mei 2009 van Varibel, is in het vorige tussenvonnissen reeds beslist dat die zal worden toegewezen (rov. 4.17.). De beslissing met betrekking tot de daarover eveneens gevorderde wettelijke rente vanaf 10

juni 2009 zal worden overgelaten aan de rechter die over de schadestaatprocedure moet oordelen.

2.50. Ten aanzien van de primaire en subsidiaire verbodsvorderingen van Beter Horen is in het vorige tussenvonnissen al beslist dat die zullen worden afgewezen (rov. 4.14. en 4.16.).

proceskosten

2.51. In de procedure in reconventie zijn de partijen over en weer op onderdelen in het ongelijk gesteld. Om die reden zal de rechtbank de kosten daarvan tussen de partijen compenseren, zo dat de partijen elk daarvan de eigen kosten dragen.

3. De beslissing

De rechtbank

in conventie

3.1. veroordeelt Beter Horen om aan IMeCC B.V., N.V. NOM, Jarvis B.V. en [] [eiser in conventie] te betalen een bedrag van EUR 1.200.000,-- (één miljoen tweehonderdduizend euro en nul eurocent),

3.2. veroordeelt Beter Horen om aan IMeCC B.V., N.V. NOM, Jarvis B.V. en [] [eiser in conventie] te betalen een bedrag van EUR 12.016,10 (twaalfduizend en zestien euro en tien eurocent),

3.3. veroordeelt Beter Horen in de proceskosten, aan de zijde van IMeCC B.V., N.V. NOM, Jarvis B.V. en [] [eiser in conventie] tot op heden begroot op EUR 14.643,25,

3.4. verklaart dit vonnis in conventie tot zover uitvoerbaar bij voorraad,

3.5. wijst het meer of anders gevorderde af,

in reconventie

3.6. veroordeelt Varibel tot vergoeding aan Beter Horen van de schade die Beter Horen lijdt door de brief van Varibel van 27 mei 2009, op te maken bij staat en te vermeerderen met de wettelijke rente daarover,

3.7. verklaart dit vonnis in reconventie tot zover uitvoerbaar bij voorraad,

3.8. compenseert de kosten van deze procedure tussen partijen, in die zin dat iedere partij de eigen kosten draagt,

3.9. wijst het meer of anders gevorderde af.

Dit vonnis is gewezen door mr. F.J. de Vries, mr. A.E.B. ter Heide en mr. C.M.E. Lagarde en in het openbaar uitgesproken op 15 juni 2011.