

Rb Den Haag, 16 december 2008, Eyston v Boxford - rookmelders**VASTSTELLINGSOVEREENKOMST****Niet nakoming rectificatieverplichting**

- [Met verplichting tot verzenden rectificatie aan al haar klanten, kan - gelet ook op het feit dat de rectificatie ziet op rookmelders met de vervaardigingsdatum "2004MAY10" - niets anders bedoeld kan zijn dan dat deze rectificatie aan alle klanten wordt verzonden die van Boxford de litigieuze rookmelders hebben ontvangen](#)

Op grond van artikel 3.6 van de overeenkomst is Boxford gehouden aan al haar klanten binnen 5 dagen na ondertekening van de overeenkomst een "letter of correction" te sturen. De rechtbank stelt voorop dat, anders dan Eyston stelt, hiermee in het licht van de overeenkomst en gelet ook op het feit dat de rectificatie ziet op rookmelders met de vervaardigingsdatum "2004MAY10", niets anders bedoeld kan zijn dan dat deze rectificatie aan alle klanten wordt verzonden die van Boxford de litigieuze rookmelders hebben ontvangen. Boxford heeft derhalve, anders dan Eyston stelt, niet reeds boetes verbeurd omdat zij niet aan al haar klanten een rectificatie heeft verzonden,

- [Een redelijke uitleg van de verplichting van artikel 3.6 brengt mee dat aan de verplichting een rectificatie \(a letter of correction\) te verzenden kan worden voldaan middels het verzenden van een e-mail \(met bijlage\).](#)

De rechtbank stelt voorop dat een redelijke uitleg van de verplichting van artikel 3.6 meebrengt dat aan de verplichting een rectificatie (a letter of correction) te verzenden kan worden voldaan middels het verzenden van een e-mail (met bijlage). Bovendien heeft te gelden dat, ook voor zover dit anders zou zijn en ervan moet worden uitgegaan dat de rectificatie schriftelijk had moeten worden verzonden, Eyston daartegen niet (eerder) heeft geprotesteerd. In zoverre heeft Boxford dan ook geen dwangsommen verbeurd.

- [in voldoende mate is komen vast te staan dat Boxford niet aan alle Media Markt filialen waaraan zij de rookmelders heeft geleverd, rectificaties heeft verzonden](#)

De rechtbank is echter van oordeel dat op grond van de verklaring van Media Markt Satern Holding Nederland

BV, inhouden-de dat de Media Markt-filialen - voor zover zij hebben kunnen nagaan - tot aan de ontvangst van een brief van 3 juli 2006 zijdens Eyston niet zijn geïnformeerd over problemen met de rookmelder en niet bekend zijn met e-mail verkeer of andere correspondentie omstreeks 12 januari 2006, in voldoende mate is komen vast te staan dat Boxford niet aan alle Media Markt filialen waaraan zij de rookmelders heeft geleverd, rectificaties heeft verzonden. Dit is telefonisch bevestigd door een me-dewerker van Media Markt Hengelo, terwijl Media Markt Leeuwarden, Media Markt Enschede, Media Markt Hengelo en Media Markt Alkmaar niet konden bevestigen dat zij de rectificatie hebben ontvangen. De als productie 6b overgelegde e-mail ontkracht het voor-gaande niet. Dat is reeds niet het geval omdat deze e-mail geen bijlage toont, welke de rectificatie zou moeten bevatten. Boxford heeft op dit punt tegenbewijs aangeboden. Daaraan wordt evenwel niet toegekomen, omdat - zoals uit het navolgende zal blijken - Boxford hoe dan ook tot het gevorderde bedrag van € 201.000,00 aan contractuele boetes heeft verbeurd.

- [Niet-nakomen verplichting tot toezenden kopieën van e-mails aan advocaat niet van ondergeschikte betekenis.](#)

Artikel 3.6 van de overeenkomst eist dat, naast de verzending van de rectificaties aan de afnemers van de litigieuze rookmelders, tegelijkertijd kopieën worden verzonden aan de advocaat van Eyston. Dat is niet gebeurd voor zover dit de e-mails betreft die aan de onder 4.3. genoemde afnemers zijn verzonden. Daarvan heeft Eyston pas op 18 april 2006 een kopie ontvangen. Boxford is in zoverre tekort geschoten in de nakoming van de overeenkomst. Van ondergeschikte betekenis is deze verplichting - anders dan Boxford stelt en daargelaten de relevantie daarvan - niet.

€ 201.000 boete wegen niet-nakoming opgave verplichting

- [Een redelijke uitleg van artikel 3.3 van de overeenkomst brengt mee dat Boxford binnen 20 dagen na ondertekening \(voor 1 februari 2006 opgave diende te doen van de op dat moment ontvangen inbreukmakende rookmelders.](#)

Zij had voor die datum al diverse rookmelders retour ontvangen. Zij heeft op 23, 24 en 27 januari 2006 rookmelders van Gamma België ontvangen. Met betrekking tot een door Blokker geretourneerde partij van 11.421 stuks verschillen partijen van mening of deze al voor 7 februari 2006 zijn geretourneerd. Op basis van een brief van de accountant van Boxford van 1 juni 2006 gaat Eyston ervan uit dat deze partij op 24 januari 2006 is geretourneerd. Volgens Boxford is deze zending echter pas op 1 februari 2006 geleverd. Zij heeft in dit verband een factuur van die datum overgelegd, waarop tevens melding wordt gemaakt van de datum van levering, 1 februari 2006. Deze factuur is vervolgens door Eyston onvoldoende gemotiveerd betwist, zodat in deze procedure als vaststaand moet worden aangenomen dat Boxford deze zending eerst op 13 februari 2006 heeft ontvangen. Naast de hiervoor

bedoelde rookmelders zijn door Boxford voor 7 februari 2006 geen rookmelders retour ontvangen.

• [Eerste onderbouwing van 19 april 2006 is niet "accurate and reasoned list \(... \) stating the amount of 3-packs that Boxford have been taken back as set out under article 3.2 and the amount of smoke detectors in these 3-packs that were not one of the Litigious Smoke Detectors substantiated by conclusive evidence"](#)

Er wordt geen melding gemaakt van het aantal inbreukmakende rookmelders in de geretourneerde 3-packs en er wordt in het geheel geen onderbouwing en dus al helemaal geen "conclusive evidence" gegeven van de geretourneerde aantallen. Boxford betwist ook niet dat die nadere onderbouwing ontbreekt. Het gaat er volgens Boxford uiteindelijk om dat alle rookmelders zijn geretourneerd, hetgeen zou zijn gebeurd. Zij gaat daarmee volledig voorbij aan hetgeen zij is overeengekomen, namelijk omsluitend bewijs te overleggen van de door haar verantwoorde aantallen, en het daarmee gemoeide belang van Eyston, Eyston moet immers in staat zijn om aan de hand van de door Boxford gegeven onderbouwing de door haar opgegeven aantallen te controleren, ten einde actie te kunnen ondernemen naar afnemers en ten einde de geleden schade te kunnen bepalen.

• [Boxford heeft nog altijd niet voldaan aan het bepaalde in artikel 3.3. Dit valt haar toe te rekenen. Boxford beroept zich weliswaar in algemene zin op overmacht, maar dit gaat niet op.](#)

De overmacht vloeit volgens Boxford voort uit de aard van de overeenkomsten de onmogelijkheid deze naar de letter uit te voeren. Boxford gaat hierbij echter uit van een onjuiste uitleg van de overeenkomst. Waar het naar het oordeel van de rechtbank op neerkomt, is dat Boxford het eenvoudigweg niet zo nauw heeft genomen met haar verplichtingen.

• [De rechtbank is dan ook van oordeel dat Boxford sinds 7 februari 2006 per dag een boete van € 1.000,00 heeft verbeurd \(artikel 5.2 van de overeenkomst\). Eyston heeft het bedrag dat aan boetes is verbeurd beperkt tot een bedrag van € 201.000,00 \(overeenstemmend met het bedrag dat volgens haar tot aan de dagvaarding aan boetes was verbeurd\). Dit bedrag ligt voor toewijzing gereed.](#)

Geen grond tot matiging van al gematigde boete

• [dat de rechter pas van zijn bevoegdheid tot matiging gebruik dient te maken als de toepassing van een boetebeding in de gegeven omstandigheden tot een buitensporig, en daarom onaanvaardbaar resultaat leidt. Daarbij zal niet alleen moeten worden gelet op de verhouding tussen de werkelijke schade en de hoogte van de boete, maar ook op de aard van de overeenkomst, de inhoud en de strekking van de overeenkomst en de strekking van het beding en de omstandigheden waaronder het wordt ingeroepen](#)

De rechtbank ziet geen aanleiding tot (verdere) matiging van de contractueel verbeurde boetes over te gaan. Zij overweegt daartoe als volgt. De maatstaf dat voor

matiging van de bedongen boete slechts reden kan zijn indien de billijkheid dit klaarblijkelijk eist (art. 6:94 BW) brengt mee dat de rechter pas van zijn bevoegdheid tot matiging gebruik dient te maken als de toepassing van een boetebeding in de gegeven omstandigheden tot een buitensporig, en daarom onaanvaardbaar resultaat leidt. Daarbij zal niet alleen moeten worden gelet op de verhouding tussen de werkelijke schade en de hoogte van de boete, maar ook op de aard van de overeenkomst, de inhoud en de strekking van de overeenkomst en de strekking van het beding en de omstandigheden waaronder het wordt ingeroepen ([HR 27 april 2007, NJ 2007, 262](#)).

• [Van een buitensporig en daarom onaanvaardbaar resultaat is naar het oordeel van de rechtbank geen sprake. Niet in geschil is dat het boetebeding in het onderhavige geval niet alleen functioneert als middel om Boxford te bewegende overeenkomst na te komen, maar ook als fixatie van de door Eyston geleden schade.](#)

Daar komt bij dat Boxford weliswaar stelt dat zij naar eer en geweten heeft geprobeerd de overeenkomst na te komen, maar daarvan is naar het oordeel van de rechtbank geen sprake. Boxford heeft het op vele punten niet zo nauw genomen met de op haar rustende verplichtingen, terwijl de belangen voor Eyston groot zijn. Eyston handelt immers in brandveiligheidsproducten, terwijl de inbreukmakende rookmelders niet brandveilig zijn. De rechtbank acht voorts van belang dat met toewijzing van het gevorderde bedrag in zekere zin al een matiging heeft plaatsgevonden. Eyston heeft haar vordering immers beperkt tot het bedrag van €201.000,00, terwijl voor een hoger bedrag aan contractuele boetes is verbeurd. Eyston heeft bovendien toegezegd dat zij bij toewijzing van dit bedrag het overige gedeelte van de verbeurde boetes niet zal opeisen (ondr nr 55 dagvaarding).

Geen dwangsommen verbeurd

• [De rechtbank stelt voorop dat Eyston eraan voorbij gaat dat de geboden van de voorzieningenrechter zijn beperkt tot de beschikbare documenten.](#)

Uit het nadere accountantsrapport blijkt dat vele documenten niet (meer) beschikbaar zijn. Geen dwangsommen zijn verbeurd voor zover geen opgave wordt gedaan van documenten (waarvan Eyston vermoedt dat) die er zouden moeten zijn, maar die niet (meer) beschikbaar zijn.

• [Eyston lijkt er voorts van uit te gaan dat uit het vonnis van de voorzieningenrechter volgt dat er niet enkel een door een registeraccountant geaccordeerde opgave moet worden gedaan van alle beschikbare documenten, maar dat deze documenten tevens moeten worden overgelegd.](#)

Dat is niet het geval. De registeraccountant moet op basis van de beschikbare documenten een nader rapport opstellen. Dat is gebeurd. Uit het vonnis vloeit niet voort dat de registeraccountant ieder stuk waarnaar verwezen wordt integraal als bijlage moet opnemen. Voor zover door de accountant in zijn rapport genoem-

de documenten niet zijn overgelegd, leidt dit er derhalve niet toe dat dwangsommen zijn verbeurd.

Vindplaatsen:

Rb Den Haag, 15 december 2008

(P.W. van Straalen)

RECHTBANK 's-GRAVENHAGE

Sector civiel recht

zaaknummer / rolnummer: 2711651 HAZA06-2726

Vonnis van 16 december 2008

in de zaak van

de rechtspersoon naar vreemd recht EYSTON Co. Ltd.,

gevestigd te Hong Kong, eiseres,

advocaat mr. V. Rörsch,

behandeld door mr. K Limpberg en mr. S.C.H. Molin,

advocaten te Den Haag,

tegen

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid BOXFORD HOLLAND B.V., gevestigd te Zwolle, gedaagde,

Advocaat mr. L.M. Bruins,

behandeld door mr. L.J.A. de Vries, advocaat te Zwolle.

Partijen zullen hierna Eyston en Boxford genoemd worden.

1. De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding met 13 producties;
- de incidentele conclusie tot oproeping in vrijwaring;
- de incidentele conclusie van antwoord;
- het vonnis in het vrijwaringsincident van 20 december 2006, waarbij het Boxford is toegestaan Sönksen Import und Handels GmbH (hierna: Sönksen) in vrijwaring op te roepen, hetgeen niet is gebeurd;
- de conclusie van antwoord met 13 producties;
- de conclusie van repliek met productie 14;
- de conclusie van dupliek met productie 14;
- de nadere akte houdende het overleggen van de producties 15 en 16 zijdens Eyston;
- de op 4 april 2008 gehouden pleidooizitting en de ter gelegenheid daarvan zijdens Eyston toegezonden productie 17 en de pleitnotities van Eyston en Boxford.

1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

2. De feiten

2.1. Eyston drijft een onderneming die zich toelegt op het ontwikkelen, vervaardigen en verhandelen van veiligheidsproducten, waaronder optische rookmelders met de typeaanduidingen SD 191 H en SD 491 H.

2.2. Boxford drijft een groothandel in en is fabrikant van huishoudelijke apparaten en artikelen. Zij heeft rookmelders verhandeld die qua vormgeving identiek zijn aan de rookmelders van Eyston met de typeaanduiding SD 491 H en nagenoeg identiek aan de rookmelders met de typeaanduiding SD 191 H. De door Boxford verhandelde rookmelders worden gekenmerkt door de aan de binnenzijde vermelde datum van vervaardiging, "2004MAY10".

2.3. Eyston heeft Boxford gesommeerd de verkoop van de bedoelde rookmelders te staken en heeft Boxford gedagvaard om op 10 januari 2006 in kort geding te

verschijnen. Dit kort geding heeft geen doorgang gevonden omdat partijen op 10 januari 2006 een schikkingsovereenkomst hebben gesloten. In de preamble van deze overeenkomst neemt Boxford het standpunt in dat zij de litigieuze rookmelders heeft gekocht van een Duitse leverancier en er niet van op de hoogte was dat deze rookmelders inbreuk maken op de rechten van Eyston. De schikkingsovereenkomst (hierna veelal aangeduid als 'de overeenkomst') luidt - voor zover hier van belang - als volgt.

Article 3: Obligations Boxford

(...)

3.2 Boxford will request its customers, including but not limited to Blokker and Gamma, within live working days from the Date of Signature, to return the remaining stock of 3-packs and Boxford will take back the remaining stock of 3-packs from those customers as soon as possible, if necessary by buying these back.

3.3 Boxford will provide Eyston's Lawyer within twenty working days from the Date of Signature with a written, accurate and reasoned list, categorized by customer, stating the amount of packs that Boxford have been taken back as set out under article 3.2 and the amount of smoke detectors in those 3packs that were not one of the Litigious Smoke Detectors substantiated by conclusive evidence.

3.4 Boxford will at it's own cost take care of the destruction of

(i) all of the Litigious Smoke Detectors which Boxford still has in stock;

(ii) all the Litigious Smoke Detectors which Boxford will take back (in respect of the obligations as set out under article 3.2 and 3.6) – within ten working days after reception of the last Litigious Smoke Detector taken back and in any event no later than 30 working days from the Date of Signature and

(iii) all the Litigious Smoke Detectors which Boxford (in respect of amongst other things the obligation as set out under article 3.7) will take back – within twenty working days after reception.

3.5 Boxford will provide Eyston's Lawyer, within two working days from the date(s) of destruction as set out under article 3.4 with a record of observation made up by a bailiff or - at the discretion of Boxford- with a destruction certificate of Van Gansewinkel, stating the amount of products that have been destructed, categorized by customer of Boxford.

3.6 Boxford will send a letter of correction to all of its customers within five working days from the Date of Signature, with exclusively the date of the first publication of the announcement and the following text in customary layout (in customary 14 font, with black letters, bold on a white background placed in a red frame on the front of the paper) and without any accompanying comments in word or image as attachment or otherwise, on letter head of the company, simultaneously with copies of all of these letters to Eyston's Lawyer: ""BELANGRIJKE MEDEDELING NAMAAK ROOKMELDERS d.d. januari 2006

Recent hebben wij rookmelders aangeboden met op de verpakking de aanduiding HE. Helaas, zijn deze rook-

melders die aan ons zijn geleverd door een Duitse leverancier, nagemaakt van een bestaand model. Wij waarschuwen u ervoor dat deze namaak rookmelders van het merk HE van inferieure kwaliteit zijn en gevaarlijk in het kader van brandpreventie. Het gaat om rookmelders die aan de binnenzijde een vervaardigingsdatum vermelden van "2004MAY10". Wij hebben de inbreukmakende rookmelders uit ons assortiment gehaald en zullen deze niet meer leveren. Wij verzoeken u vriendelijk doch dringend de aan u geleverde rookmelders omgaand, bij voorkeur binnen tien dagen aan ons te retourneren. Uiteraard zullen wij het volledige aankoopbedrag en eventuele transportkosten vergoeden.

[Ter keuze van Boxford Holland B. V.:

Wij bieden U onze excuses aan voor het ongemak]

Hoogachtend, Boxford Holland B.V.

IMPORTANT ANNOUNCEMENT IMITATED SMOKE DETECTORS d.d. January 2006.

Recently we have offered smoke detectors with the sign HE on the packaging. Unfortunately, these smoke detectors that have been delivered to us by a German party, appear to be imitated from an existing model. We are warning you that these imitated smoke detectors with the trademark HE are of inferior quality and thus are dangerous within the context of fire prevention. It concerns smoke detectors that have the date of manufacturing of "2004MAY10" inside. We have withdrawn the infringing smoke detectors from our product range. We kindly and urgently request you to return these smoke detectors as soon as possible, preferable within ten working days from the date of this announcement. Of course, we will compensate you for your pure base price and your possible costs of transport.

[By choice of Boxford Holland B.V.: Please accept our apologies for this inconvenience.]

Sincerely, Boxford Holland B.V."

3.7 Boxford will place, within two working days from the Date of Signature, the text as set out under article 3.6 during one month on the introduction page (homepage) of all of its websites. Including but not limited to www.boxford.nl and www.hollandelectro.nl, in the middle of the screen, without any comments or addition in any form, in such a way that this text will be easy and fully to see and to read and will stay that way during at least 15 seconds (in customary 14 font, with blank letters, bold on a white background placed in a red frame);

3.8 Boxford will send Eyston's Lawyer within twenty working days from the Date of Signature, a complete and written list, certified by a public accountant, including:

a) The complete name and the complete address of the supplier(s) of the Litigious Smoke Detectors.

b) The total amount on-packs and a reasoned and accurate estimate (based on the 3-packs taken back in respect of the obligation as set out under article 3.2 and the statement of the prison DJI lokatie Zwolle [Vrouwengevangenis] established in Zwolle [the Netherlands] that in this respect at Boxford's costs will unpack those 3-packs and determine the amount of Li-

tigious Smoke Detectors in those 3-packs) of the total amount of the Litigious Smoke Detectors that have been bought by Boxford and delivered to Boxford together with a specification of the cost price of the 3-packs, specified per order and with copies of all relevant documents, including but not limited to invoices and pro forma invoices, sales contracts, pure base orders, shipping documents, custom clearance documents, bank money transfer documents etc. Each of the documents must be true, complete and unaltered and without any content blacked out or made illegible in any way.

c) The total amount of individual Litigious Smoke Detectors currently in stock.

d) The complete name and the complete addresses of all customers of Boxford in The Netherlands, Belgium and abroad to whom Boxford has sold, offered for sale and/or delivered the Litigious Smoke Detectors and / or 3-packs.

e) The total amount of 3-packs and a reasoned and accurate estimate (based on the 3-packs taken back in respect of the obligation as set out under article 3.2 and the statement of the prison DJI lokatie Zwolle [Vrouwengevangenis] established in Zwolle [the Netherlands] that in this respect at Boxford's costs will unpack these 3-packs and determine the amount of Litigious Smoke Detectors in these 3-packs of the total amount of the Litigious Smoke Detectors sold, together with the sales prices, specified with copies of the relevant administrative documents. Each copy of the document must be true, complete and unaltered and without any content blacked out or made illegible in any way.

3.9 Boxford will contribute in the legal fees and damages of Eyston by paying a sum of EUR 10,000 (ten thousand Euro's) (....).

Article 5: Final Settlement

5.1 If and when Boxford complies with all obligations of the settlement Agreement, this Agreement will be in full and final settlement of all claims of Eyston relating to the 3-packs sold and/or commercialized and the Litigious Smoke Detectors sold and/or commercialized separately in Belgium and the Netherlands by Boxford and its customers, as identified in the data provided by Boxford in accordance with article 3.8 of the present Agreement

5.2 If Boxford fails to perform the obligations under article 3, Boxford shall owe to Eyston a contractual penalty immediately due of EUR 1.000 for each day or every time Boxford wholly or in part acts against any of the obligations under article 3 or part thereof.

2.4. Op 11 en 12 januari 2006 heeft Boxford per e-mail rectificaties verstuurd aan Blokker B.V., Gamma België, Sligro B.V., Marskramer, Media Markt Middelburg B.V., Media Markt Ede en Merison.

2.5. Op 7 februari 2006 heeft Boxford aan Eyston per e-mail informatie verschaft, inhoudende het aantal verkochte 3-packs, de mededeling dat de litigieuze rookmelders zijn ingekocht bij Sönksen, alsmede het adres van Sönksen. Voorts blijkt uit die e-mail dat de

accountant nog geen verklaring kon afgeven omdat er nog retourzendingen werden verwacht.

2.6. Op 8 februari 2006 heeft Eyston Boxford bericht dat zij in de nakoming van de schikkingsovereenkomst was tekortgeschoten. Boxford heeft daarop telefonisch om uitstel van de datum genoemd in artikel 3.8 van de schikkingsovereenkomst verzocht. Eyston heeft hierop laten weten dat pas uitstel zou kunnen worden verleend indien Boxford haar overige verplichtingen zou nakomen.

2.7. Op 16 februari 2006 heeft Eyston Boxford in gebreke gesteld en haar gesommeerd aan haar verplichtingen te voldoen.

2.8. Op 17 februari 2006 heeft Boxford per e-mail de informatie, zoals zij die naar de accountant had gestuurd, aan Eyston gezonden,

2.9. Op 20 februari 2006 heeft Eyston aan Boxford laten weten dat de schikkingsovereenkomst nog steeds niet was nagekomen.

2.10. Uit een verklaring van de vrouwengevangenis te Zwolle (waar de rookmelders zijn geteld en gedemonteerd) van 27 februari 2006 blijkt dat 16.594 rookmelders zijn geretourneerd, waarvan 15.600 litigieuze rookmelders. Uit een aanvullende verklaring van 2 mei 2006 blijkt dat 15.433 rookmelders zijn gedemonteerd en 1.107 rookmelders zijn teruggestort in dozen.

2.11. Op 1 maart 2006 heeft Boxford Eyston bericht dat de litigieuze rookmelders afkomstig zijn van een zogenaamde 'swap deal', dat de litigieuze rookmelders zijn verpakt door een sociale werkplaats en in 3-packs zijn verkocht. Ook is verzocht alle eerdere verzonden informatie (verstrekkt aan de hand van twee eerdere inkooporders) als niet verzonden te beschouwen. Bovendien is gemeld dat er contact liep met de 'verwijderaar' om de litigieuze rookmelders te vernietigen en dat het vernietigingsrapport in de loop van volgende week kon worden verwacht.

2.12. Bij brief van 10 maart 2006 heeft Eyston aan Boxford onder meer gemeld dat Boxford in elk geval niet heeft voldaan aan haar verplichtingen uit de artikelen 3.3 en 3.8 van de schikkingsovereenkomst en dat Boxford boetes heeft verbeurd.

2.13. Op 13 maart 2006 heeft Eyston een ondertekend accountantsrapport, gedateerd 8 maart 2006, ontvangen, welk rapport blijkens de aanhef strekt tot uitvoering van de in artikel 3.8 van de overeenkomst neergelegde verplichting. Bij brief van 20 maart 2006 heeft Eyston Boxford laten weten dat dit accountantsrapport niet voldoet aan de daaraan te stellen eisen. Eyston heeft deze opvatting op 21 maart 2006 telefonisch toegelicht.

2.14. Eyston heeft Boxford bij exploit van 3 april 2006 in kort geding gedagvaard om op 20 april 2006 ter zitting te verschijnen omdat Boxford niet aan de schikkingsovereenkomst had voldaan.

2.15. Op 18 april 2006, twee dagen voor de zitting in kort geding, heeft Boxford Eyston een verklaring van het vernietigingsbedrijf EMCO-Groep van 18 april 2006 verstrekt. Deze verklaring luidt - voor zover hier van belang - als volgt. *Hierbij verklaar ik dat in maart 2006 ruim 16000 rookmelders bij ons zijn binnengeko-*

men. Deze rookmelders zullen door Emco-groep worden ontmanteld en vervolgens zullende afval fractiesop verantwoorde wijze worden afgevoerd. Alvorens wij mei dit proces zijn gestart hebben wij de wijze waarop de bijbehorende registratie laten vaststellen en controleren door de heer W ter Avest gerechtsdeurwaarder van het bureau Jongejan Rosier Weggemans Wisseborn c.s.

2.16. Op 19 april 2006 (daags voor de zitting in kort geding) heeft Boxford het navolgende overzicht van door haar afnemers geretourneerde rookmelders verstrekt.

Statement of returned smoke detectors

Customer	Date of receipt	Ontv(pcs.)
Blokker BV	13-02-06	11.421
Marskramer	14-04-06	6
Gamma België	23-01-06	72
Gamma België	24-01-06	108
<u>Gamma België</u>	<u>27-01-06</u>	<u>30</u>
Total returns received from customers		11.637
<u>From stock to prison</u>		<u>4.957</u>
Total		16.594

2.17. Bij vonnis van 4 mei 2006, dat op 9 mei 2006 aan Boxford is betekend, heeft de voorzieningenrechter van deze rechtbank, voor zover hier van belang, als volgt beslist.

A. gebiedt Boxford om binnen 30 dagen na betekening van dit vonnis aan de advocaten van Eyston schriftelijk volledige, door een registeraccountant geaccordeerde. Opgave te doen van alle beschikbare documenten, voor zover Boxford deze nog niet heeft overgelegd, die nader inzicht geven inde gang die de litigieuze rookmelders hebben gemaakt vanaf het depot tot aan de onomkeerbare gebleken aflevering dan wel tot aan de plaats van vernietiging, daaronder begrepen documenten meibetrekking tot de ingeschakelde sociale werkplaats(en);

B. gebiedt Boxford om een registeraccountant opdracht te geven tot het opmaken van een nieuw rapport, gebaseerd op de onder A. bedoelde documenten, en dit rapport binnen 30 dagenna betekening van dit vonnis ter beschikking te stellen van de advocaten van Eyston;

C. bepaalt dat Boxford voor iedere dag dat zij in gebreke blijft te voldoen aan (een deel van) bovengenoemde geboden een dwangsom verbeurt van E 20.000, meteen maximum van E 600.000,-;

D. bepaalt dat bovenstaande dwangsom vatbaar is voor matiging (...).

2.18. Op 2 juni 2006 heeft Boxford Eyston in verband met het vonnis van de voorzieningenrechter een nieuw accountantsrapport, gedateerd 1 juni 2006, toegezonden.

2.19. Op 7 juni 2006 heeft Eyston van Boxford een kopie ontvangen van facturen aan afnemers, een aantal transportdocumenten en een opdrachtbevestiging.

2.20. Na daartoe verlof te hebben verkregen, heeft Eyston ten laste van Boxford bij explosten van 4 juli 2006 conservatoir (derden)beslag doen leggen.

3. Het geschil

3.1. Eyston stelt dat Boxford elke dag na 17 januari 2006 €1.000,00 aan contractuele boetes heeft verbeurd.

Zij stelt daartoe, onder verwijzing naar artikel 5.2 van de schikkingsovereenkomst, dat diverse verplichtingen als bedoeld onder artikel 3 van de schikkingsovereenkomst niet zijn nagekomen. Naast boetes, vordert zij kort gezegd (op onderdelen) nakoming van de schikkingsovereenkomst. Daarnaast stelt Eyston dat Boxford op grond van het kort gedingvonnis van 4 mei 2006 diverse dwangsommen heeft verbeurd, nu bepaalde documenten niet zijn verstrekt en de gang van de litigieuze rookmelders nog altijd niet helder is.

3.2. Eyston vordert gelet hierop dat de rechtbank bij vonnis

i) Boxford zal bevelen om binnen twintig 20 (twintig) dagen na betekening van dit vonnis alle verplichtingen van de Schikkingsovereenkomst volledig na te komen, waaronder in het bijzonder de volgende verplichtingen: A) een briefte (doen) sturen aan al haar afnemers van (de 3-packs met) de Litigieuze Rookmelders die nog geen rookmelders aan Boxford hebben geretourneerd (met bewijs daarvan aan de advocaten van Eyston), met uitsluitend de navolgende tekst in lettergrootte 14 (in gebruikelijke opmaak en zonder enig begeleidend commentaar in woord of beeld bij wege van bijlage of anderszins, op briefpapier van de vennootschap), althans met zodanige tekst als U in goede justitie zal vermenen te behoren, met gelijktijdig afschrift van alle brieven aan de advocaten van Eyston:

"BELANGRIJKE MEDEDELING NAMAAK ROOKMELDERS

Wij hebben rookmelders aangeboden die aan de binnenzijde een vervaardigingsdatum vermelden van "2004MAY10". Deze rookmelders zijn nagemaakt van een bestaand model. Wij waarschuwen u er voor dat deze namaakrookmelders van het merk HE van Inferieure kwaliteit zijn en gevaarlijk in het kader van brandpreventie. Wij hebbende inbreukmakende rookmelders uit ons assortiment gehaalden zullen deze niet meer leveren. Wij Verzoeken u dringend de aan U geleverde rookmelders omgaand, bij voorkeur binnen vijf dagen. Aan ons te retourneren. Uiteraard zullen wij het volledige aankoopbedrag en eventuele verzend / transportkosten vergoeden.

[Terkeuze van Boxford Holland B.V.: Wij bieden U onze excuses aan voor het ongemak] Hoogachtend, Boxford Holland B.V."

B) bij alle distributie- en afzetspunten- waaronder mede begrepen alle distributiecentra, winkels, filialen en nevenvestigingen - waar naar Boxford weet of redelijkerwijs kan weten of vermoeden dat (de 3-packs met) de Litigieuze Rookmelders voorhanden (zullen) zijn, de gehele voorraad (van 3-packs met) Litigieuze Rookmelders terug te (doen) nemen, zonedig door deze terug te kopen, en terzake een door een registeraccountant gecontroleerde en geaccordeerde accurate, volledig een schriftelijke opgave aan de advocaat van Eyston te doen van de aantallen teruggehaalde producten, zulks gerangschikt per type, per verpakkingen per distributie- of afzetspunt;

C) aan de advocaat van Eyston schriftelijk, volledige en gemotiveerde opgave te doen onder overlegging van kopieën van alle schriftelijke bescheiden, waaronder in

het bijzonder correspondentie van en aan haar afnemers - van het totaal aantal aan Boxford door haar afnemers geretourneerde (3-packs met) Litigieuze Rookmelders, gerangschikt per type, per verpakking, per fabrikanten per distributie- of afzetspunt;

D) om (i) alle (3-packs met) Litigieuze Rookmelders die Boxford nog in voorraad heeft en (ii) alle Litigieuze Rookmelders die zij (o.a. uit hoofde van de vorderingen onder a) en b) terugneemt - binnen zeven dagen na ontvangst/terugname ervan -, op eigen kosten te (doen) vernietigen, en daarvan telkens binnen twee dagen na de vernietiging een door een deurwaarder opgesteld proces-verbaal van constatering, met vermelding van aantallen, gerangschikt per type, per verpakking, per fabrikant, per leverancier en per distributie- of afzetspunt, te verschaffen aan de advocaten van Eyston;

E) om aan de advocaten van Eyston schriftelijk, volledig een door een registeraccountant gecontroleerde en geaccordeerde opgave te doen van alle beschikbare documenten, voor zover Boxford deze nog niet heeft overgelegd, die nader inzicht geven in de feitelijke toedracht van het verkrijgen van de Litigieuze Rookmelders en de gang die de Litigieuze Rookmelders hebben gemaakt vanaf het depot tot aan de aflevering aan de afnemers dan wel de plaats van vernietiging- onder overlegging van alle kopieën van offertes, overeenkomsten, vervoers- en douane documenten, pro forma facturen, facturen, bankafschriften, correspondentie, documenten met betrekking tot de ingeschakelde sociale werkplaats(en) en alle andere relevante bescheiden;

ii) Boxford zal veroordelen tot betaling aan Eyston van een onmiddellijk opeisbare dwangsom van EUR 50.000 (vijftigduizend euro) voor iedere dag dat zij niet voldoet aan enig deel van de aan haar opgelegde geboden omschreven onder i. A t/m E);

iii) Boxford zal veroordelen tot betaling, binnen tien (10) dagen na betekening van dit vonnis, van de verbeurde contractuele boete ter grootte van EUR 201.000, te vermeerderen met de wettelijke rente daarover, althans een bedrag als in goede justitie te bepalen;

iv) Boxford zal veroordelen tot betaling, binnen tien (10) dagen na betekening van dit vonnis, van de verbeurde dwangsom ter grootte van EUR 600.000, te vermeerderen met de wettelijke rente daarover, althans een bedrag als in goede justitie te bepalen;

v) Boxford hoofdelijk zal veroordelen in de kosten van dit geding, de kosten van het beslag daaronder begrepen;

vi) het vonnis uitvoerbaar bij voorraad zal verklaren.

3.3. Boxford voert verweer. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor rover van belang, nader ingegaan.

4. De beoordeling

contractuele boetes verbeurd?

4.1. Eyston stelt dat Boxford contractuele boetes heeft verbeurd omdat zij vanaf 17 januari 2006 diverse verplichtingen niet is nagekomen. Dit betreft de rectificatieplicht als bedoeld in de artikelen 3.3 en 3.6 van de overeenkomst, de verplichtingen aangaande de vernietiging van de litigieuze rookmelders (de artikelen

3.4. en 3.5. van de overeenkomst) en de opgavenverplichting van artikel 3.8 van de overeenkomst.

rectificatie

4.2. Op grond van artikel 3.6 van de overeenkomst is Boxford gehouden aan al haar klanten binnen 5 dagen na ondertekening van de overeenkomst een "letter of correction" te sturen. De rechtbank stelt voorop dat, anders dan Eyston stelt, hiermee in het licht van de overeenkomst en gelet ook op het feit dat de rectificatie ziet op rookmelders met de vervaardigingsdatum "2004MAY10", niets anders bedoeld kan zijn dan dat deze rectificatie aan alle klanten wordt verzonden die van Boxford de litigieuze rookmelders hebben ontvangen. Boxford heeft verbeurd, anders dan Eyston stelt, niet reeds boetes verbeurd omdat zij niet aan al haar klanten een rectificatie heeft verzonden.

4.3. Het verwijt dat Eyston Boxford vervolgens maakt, komt er in feite op neer dat zij de rectificaties niet schriftelijk, maar per e-mail heeft verzonden. Bovendien hebben volgens Eyston niet alle afnemers een e-mail en/of de daarbij behorende bijlage ontvangen. Het gaat hierbij om de volgende afnemers: Koskamp Automaterialen, Media Markt Alkmaar, Media Markt Holding, Media Markt Hengelo, Mediamarkt Leeuwarden en Media Markt Enschede. Ook heeft de advocaat van Eyston niet gelijktijdig kopieën ontvangen van de verzonden rectificaties. Eerst op 18 april 2006 zijn kopieën ontvangen van de op 12 april 2006 per email verzonden rectificaties, zonder dat een verklaring is gegeven voor deze late verzending.

4.4. Boxford stelt dat zij tijdig aan alle afnemers de door Eyston opgestelde rectificatie heeft verstuurd. Dat dit per e-mail is gebeurd doet volgens haar aan de effectiviteit niet af. Zij stelt daartoe op basis van de overeenkomst ook niet gehouden te zijn, terwijl Eyston daartegen in eerste instantie ook geen bezwaar heeft gemaakt. Bovendien, zo stelt Boxford, is het niet aan haar om te controleren of de rectificaties ook daadwerkelijk zijn aangekomen.

4.5. De rechtbank stelt voorop dat een redelijke uitleg van de verplichting van artikel 3.6 meebrengt dat aan de verplichting een rectificatie (a letter of correction) te verzenden kan worden voldaan middels het verzenden van een e-mail (met bijlage). Bovendien heeft te gelden dat, ook voor zover dit anders zou zijn en ervan moet worden uitgegaan dat de rectificatie schriftelijk had moeten worden verzonden, Eyston daartegen niet (eerder) heeft geprotesteerd. In zoverre heeft Boxford dan ook geen dwangsommen verbeurd. De rechtbank is echter van oordeel dat op grond van de verklaring van Media Markt Saturn Holding Nederland BV, inhoudende dat de Media Markt-filialen - voor zover zij hebben kunnen nagaan - tot aan de ontvangst van een brief van 3 juli 2006 zijdens Eyston niet zijn geïnformeerd over problemen met de rookmelder en niet bekend zijn met e-mail verkeer of andere correspondentie omstreeks 12 januari 2006, in voldoende mate is komen vast te staan dat Boxford niet aan alle Media Markt filialen waaraan zij de rookmelders heeft geleverd, rectificaties heeft verzonden. Dit is telefonisch bevestigd door een medewerker van Media Markt Hengelo, terwijl Media

Markt Leeuwarden, Media Markt Enschede, Media Markt Hengelo en Media Markt Alkmaar niet konden bevestigen dat zij de rectificatie hebben ontvangen. De als productie 6b overgelegde e-mail ontkracht het voorgaande niet. Dat is reeds niet het geval omdat deze e-mail geen bijlage toont, welke de rectificatie zou moeten bevatten. Boxford heeft op dit punt tegenbewijs aangeboden. Daaraan wordt evenwel niet toegekomen, omdat - zoals uit het navolgende zal blijken - Boxford hoe dan ook tot het gevorderde bedrag van € 201.000,00 aan contractuele boetes heeft verbeurd.

4.6. Artikel 3.6 van de overeenkomst eist dat, naast de verzending van de rectificaties aan de afnemers van de litigieuze rookmelders, tegelijkertijd kopieën worden verzonden aan de advocaat van Eyston. Dat is niet gebeurd voor zover dit de e-mails betreft die aan de onder 4.3. genoemde afnemers zijn verzonden. Daarvan heeft Eyston pas op 18 april 2006 een kopie ontvangen. Boxford is in zoverre tekort geschoten in de nakoming van de overeenkomst. Van ondergeschikte betekenis is deze verplichting - anders dan Boxford stelt en daargelaten de relevantie daarvan - niet. Het moet de advocaat van Eyston immers in staat stellen te beoordelen of Boxford aan haar verplichtingen voldoet, bij gebreke waarvan Eyston, gelet op het belang de brandgevaarlijke rookmelders zo snel mogelijk uit de markt te halen, zelf actie kan ondernemen jegens afnemers. Omdat Boxford uiterlijk 5 werkdagen na 10 januari 2006 aan de hier bedoelde verplichting diende te voldoen, zijnde 17 januari 2006, en Eyston pas op 18 januari 2006 een kopie van de resterende rectificaties heeft ontvangen (derhalve 1 dag te laat), heeft Boxford een dwangsom verbeurd van € 1.000,00. Het in algemene zin gedane beroep op overmacht wordt verworpen. Volgens Boxford vloeit uit de aard van de overeenkomst voort dat nakoming op voorhand niet mogelijk zou zijn. Zonder nadere toelichting - die ontbreekt - valt echter niet in te zien waarom zij niet gelijktijdig met de verzending van de e-mails aan haar afnemers, kopieën kon verzenden aan de advocaat van Eyston.

4.7. Voor zover Eyston heeft gevorderd Boxford te bevelen een rectificatie te verzenden aan de afnemers die geen rookmelders hebben geretourneerd, dient de vordering te worden afgewezen. De bedoelde afnemers zijn inmiddels volledig van de inbreuk op de hoogte (zij zijn daarvan door Eyston op de hoogte gebracht en zijn door Boxford tevens gewezen op de op de website van Boxford geplaatste rectificatie) en niet aannemelijk is dat er bij (die) afnemers nog rookmelder in voorraad zijn (hetgeen ook niet, althans onvoldoende gemotiveerd, is gesteld). Eyston heeft gelet hierop, almede gelet op het tijdsverloop, geen belangmeer bij toewijzing van het bevel tot rectificatie. Omdat de vordering onder i, sub A wordt afgewezen, zal in het verlengde daarvan ook de daarmee samenhangende verplichting tot het terugnemen van nog aanwezige voorraad (onder i, sub B) en de vordering tot vernietiging van hetgeen retour komt (onder i, sub D) worden afgewezen.

Opgave geretourneerde rookmelders

4.8. Op grond van artikel 3.3 van de overeenkomst, "Boxford will provide Eyston's Lawyer within twenty

working days from the Date of Signature with a written, accurate and reasoned list, categorized by customer, stating the amount of 3-packs that Boxford has taken back as set out under article 3.2 and the amount of smoke detectors in those 3-packs that were not one of the Litigious Smoke *Detectors substantiated by conclusive evidence* (curs, rb)."

4.9. Eyston stelt dat Boxford uiterlijk 7 februari 2006 de bedoelde opgave had moeten doen. Zij heeft pas op 19 april 2006 een opgave ontvangen. Deze opgave was volgens Eyston niet alleen 72 dagen te laat, maar bovendien niet inzichtelijk onderbouwd. Zo bleken diverse data onjuist en ontbraken bescheiden die verband hielden met retourzendingen van Marskramer en Gamma België, Zij vordert om die reden alsnog de opgave van het totaal aantal geretourneerde rookmelders (onder i, sub C).

4.1 Boxford stelt dat zij er op grond van de zinsnede "a written, accurate and reasoned List" van mocht uitgaan dat Eyston een totaallijst wilde met daarop de namen van de afnemers die rookmelders hadden geretourneerd, het aantal geretourneerde rookmelders en de datum van ontvangst. Hiervoor was 20 dagen niet voldoende, omdat op 7 februari 2006 slechts een tiental rookmelders retour was gezonden. Zij betwist voorts dat zij pas op 19 april 2006 een rapport heeft toegezonden. Zij wijst in dit verband op informatie die zij per e-mail van 17 februari 2006 heeft verstrekt en verwijst naar de op 28 februari 2006 opgemaakte en op 1 maart 2006 aan Eyston toegezonden voorlopige versie van het uiteindelijke rapport van de accountant (Boo). De definitieve versie daarvan is op 10 maart 2006 toegezonden.

4.1 Het verweer van Boxford gaat niet op voor zover dit er op neerkomt dat zij pas een lijst behoefde te verstrekken van het aantal geretourneerde inbreukmakende rookmelders zodra zij een min of meer definitieve lijst kon presenteren. De tekst van artikel 3.3 van de overeenkomst laat op dit punt aan duidelijkheid niets te wensen over. Boxford diende binnen 20 dagen na ondertekening een lijst te verstrekken, met vermelding van de geretourneerde rookmelders. Dat er binnen de termijn van twintig dagen mogelijk weinig tot geen rookmelders zijn geretourneerd, doet aan die verplichting niets af. De rechtbank voegt daaraan toe dat dit, anders dan de stellingen van Eyston lijken te impliceren, niet inhoudt dat binnen die twintig dagen alle rookmelders geretourneerd dienden te zijn. Dat staat er niet en kan in redelijkheid niet de juiste uitleg van artikel 3.3 zijn. Dat is reeds niet het geval omdat de afnemers van Boxford niet gehouden zijn mede te werken aan de recall. Het houdt evenmin in dat er (alsnog) opgave moet worden gedaan van na de termijn van twintig dagen ontvangen rookmelders. De overeenkomst voorziet niet in het doen van (een nadere) opgave van na die termijn geretourneerde rookmelders. De rechtbank wijst in dit verband op artikel 3.4. van de overeenkomst, waar in verband met de vernietiging van de rookmelders wel in een dergelijke regeling is voorzien. Eventuele onduidelijkheden op dit punt dienen ten nadele van Eyston te worden uitgelegd.

4.12. Het voorgaande komt er op neer dat een redelijke uitleg van artikel 3.3 van de overeenkomst meebrengt dat Boxford binnen 20 dagen na ondertekening (voor 1 februari 2006 opgave diende te doen van de op dat moment ontvangen inbreukmakende rookmelders. Zij had voor die datum al diverse rookmelders retour ontvangen. Zij heeft op 23, 24 en 27 januari 2006 rookmelders van Gamma België ontvangen. Met betrekking tot een door Blokker geretourneerde partij van 11.421 stuks verschillen partijen van mening of deze al voor 7 februari 2006 zijn geretourneerd. Op basis van een brief van de accountant van Boxford van 1 juni 2006 gaat Eyston ervan uit dat deze partij op 24 januari 2006 is geretourneerd. Volgens Boxford is deze zending echter pas op 1 februari 2006 geleverd. Zij heeft in dit verband een factuur van die datum overgelegd, waarop tevens melding wordt gemaakt van de datum van levering, 1 februari 2006. Deze factuur is vervolgens door Eyston onvoldoende gemotiveerd betwist, zodat in deze procedure als vaststaand moet worden aangenomen dat Boxford deze zending eerst op 13 februari 2006 heeft ontvangen. Naast de hiervoor bedoelde rookmelders zijn door Boxford voor 7 februari 2006 geen rookmelders retour ontvangen.

4.13. Boxford heeft gelet op het voorgaande dwangsommen verbeurd, nu zij niet voor 7 februari 2006 de op grond van 3.3. van de overeenkomst vereiste gegevens omtrent de retourzendingen van Gamma België heeft verstrekt.

4.14. De volgende vraag die moet worden beantwoord is hoeveel Boxford aan contractuele boetes heeft verbeurd. Hierbij is van belang of en zo ja, wanneer Boxford alsnog aan de uit artikel 3.3 voortvloeiende verplichtingen heeft voldaan. Anders dan Boxford stelt, kan de op 17 februari 2006 verstrekte informatie niet als zodanig gelden. Daarin wordt enkel opgave gedaan van de leverancier van Boxford, het aantal door Boxford afgenomen rookmelders, het aantal nog in voorraad zijnde rookmelders, de afnemers en het aantal aan hen verkochte rookmelders. Van retourzendingen wordt hierin geen melding gemaakt. Ditzelfde geldt voor het op 1 maart 2006 toegezonden voorlopige rapport van de accountant. De accountant merkt met betrekking tot de aantallen verkochte rookmelders niet meer op dan dat de verkochte aantallen inclusief 11.412 in februari 2006 van Blokker teruggekochte rookmelders zijn. De door Gamma België geretourneerde rookmelders worden niet genoemd. De bij de definitieve versie bijgesloten factuurhistorie maakt evenmin inzichtelijk hoeveel 3-packs er met hoeveel inbreukmakende rookmelders door Gamma België zijn geretourneerd.

4.15. De eerste onderbouwing die door Boxford wordt gegeven van het aantal geretourneerde rookmelders, betreft de op 19 april 2006 verstrekte lijst. Zoals onder 2.17 van dit vonnis is te zien, houdt deze opgave niet meer in dan de totalen per afnemer (Gamma België, Marskramer en Blokker B.V.) met daarbij de datum van ontvangst. Van een "accurate and reasoned list (...)" stating the amount of 3-packs that Boxford have been taken back as set out under article 3.2 and the amount

of smoke detectors in these 3-packs that were not one of the Litigious Smoke Detectors substantiated by conclusive evidence" is geen sprake. Er wordt geen melding gemaakt van het aantal inbreukmakende rookmelders in de geretourneerde 3-packs en er wordt in het geheel geen onderbouwing en dus al helemaal geen "conclusive evidence" gegeven van de geretourneerde aantallen. Boxford betwist ook niet dat die nadere onderbouwing ontbreekt. Het gaat er volgens Boxford uiteindelijk omdat alle rookmelders zijn geretourneerd, hetgeen zou zijn gebeurd. Zij gaat daarmee volledig voorbij aan hetgeen zij is overeengekomen, namelijk omsluitend bewijs te overleggen van de door haar verantwoorde aantallen, en het daarmee gemoeide belang van Eyston, Eyston moet immers in staat zijn om aan de hand van de door Boxford gegeven onderbouwing de door haar opgegeven aantallen te controleren, ten einde actie te kunnen ondernemen naar afnemers en ten einde de geleden schade te kunnen bepalen.

4.16. Boxford heeft nog altijd niet voldaan aan het bepaalde in artikel 3.3. Dit valt haar toe te rekenen. Boxford beroept zich weliswaar in algemene zin op overmacht, maar dit gaat niet op. De overmacht vloeit volgens Boxford voort uit de aard van de overeenkomsten de onmogelijkheid deze naar de letter uit te voeren. Boxford gaat hierbij echter uit van een onjuiste uitleg van de overeenkomst. Waar het naar het oordeel van de rechtbank op neerkomt, is dat Boxford het eenvoudigweg niet zo nauw heeft genomen met haar verplichtingen. De rechtbank is dan ook van oordeel dat Boxford sinds 7 februari 2006 per dag een boete van €1.000,00 heeft verbeurd (artikel 5.2 van de overeenkomst). Eyston heeft het bedrag dat aan boetes is verbeurd beperkt tot een bedrag van € 201.000,00 (overeenstemmend met het bedrag dat volgens haar tot aan de dagvaarding aan boetes was verbeurd). Dit bedrag ligt voor toewijzing gereed.

4.17. Het voorgaande houdt niet in dat de vordering als bedoeld onder i, sub C van het petitum voor toewijzing gereed ligt. Dat is reeds niet het geval omdat de rechtbank Boxford dan zou verplichten nadere bescheiden te verstrekken, terwijl op voorband vaststaat dat Boxford daaraan niet (meer) kan voldoen.

Vernietiging

4.18. Eyston stelt dat Boxford evenmin heeft voldaan aan het bepaalde in de artikelen 3.4 en 3.5 van de overeenkomst. Omdat het door Eyston gevorderde bedrag aan verbeurde boetes reeds op grond van het voorgaandekan worden toegewezen, kan deze grondslag onbesproken blijven.

De rechtbank merkt niettemin ten overvloede op dat ook op grond van het niet nakomen van de uit de artikelen 3.4 en 3.4 voortvloeiende verplichtingen tot het gevorderde bedrag aan contractuele boetes zijn verbeurd. Dat is reeds het geval omdat het proces-verbaal van de vernietiging niet tijdig, want pas bij conclusie van antwoord, aan Eyston is verstrekt.

Opgave van gegevens

4.19. Om dezelfde reden als weergegeven in de voorgaande overweging, kan onbesproken blijven of boetes

zijn verbeurd omdat Boxford artikel 3.8 van de overeenkomst niet is nagekomen. De rechtbank merkt ten overvloede op dat zij van oordeel is dat Boxford ook in zoverre boetes heeft verbeurd. Zo was het voor de accountant niet mogelijk de vaststelling door de gevangenis van de verschillende typen rookmelders te verifiëren, omdat de accountant eenvoudigweg niet is geïnstrueerd hoe de inbreukmakende rookmelders te herkennen waren. Ook heeft door de accountant geen controle plaatsgevonden van de door Boxford verstrekte gegevens. Boxford heeft voorts niet betwist dat geen schatting is gemaakt van de verkochte aantallen (artikel 3.8 sub e). Boxford doet een en ander af door er op te wijzen dat het feit dat het accountantsrapport niet is wat Eyston ervan verwacht, eerder voor rekening komt van de accountant. Zij gaat er daarmee aan voorbij dat de verplichting van art. 3.8 op haar rust. Hieruit volgt dat Boxford de accountant niet alleen de benodigde informatie dient te vertrekken in de gelegenheid dient te stellen zijn werk naar behoren te doen, maar er bovendien op toe dient te zien dat de verrichte werkzaamheden (waar mogelijk) voldoen aan datgeen waartoe zij ingevolge artikel 3.8 van de overeenkomst gehouden is. Dat heeft Boxford niet gedaan. Zo had Boxford de accountant bij het verstrekken van de opdracht bijvoorbeeld duidelijk moeten maken hoe de inbreukmakende rookmelders te herkennen waren en er op moeten wijzen dat een schatting van de verkochte aantallen ontbrak.

4.20. Het voorgaande houdt niet tevens in dat de onder I sub E gevorderde opgave kan worden toegewezen. Met Boxford is de rechtbank van oordeel dat Eyston daarbij thans geen belang meer heeft. Op grond Van de in de onderhavige procedure overgelegde verklaring van Sönksen is volstrekt duidelijk van wie de rookmelders afkomstig zijn. Het heeft voorts geen zin verplichtingen op te leggen waarvan op voorhand duidelijk is dat Boxford daaraan niet (meer) kan voldoen.

Matiging

4.21. Boxford vindt dat de boetes tot nihil moeten worden gematigd. Zij stelt dat de boetes gelet optie formulering en gegeven het feit dat zij bepaalde informatie nu eenmaal niet (meet) kan leveren, tot in de oneindigheid zal doorlopen. Zij heeft bovendien al veel geld moeten toeleggen en is derhalve genoeg gestraft. Bovendien zou de boete in geen verhouding staan tot de door Eyston geleden schade.

4.22. De rechtbank ziet geen aanleiding tot (verdere) matiging van de contractueel verbeurde boetes over te gaan. Zij overweegt daartoe als volgt. De maatstaf dat voor matiging van de bedongen boete slechts reden kan zijn indien de billijkheid dit klaarblijkelijk eist (art. 6:94 BW) brengt mee dat de rechter pas van zijn bevoegdheid tot matiging gebruik dient te maken als de toepassing van een boetebeding in de gegeven omstandigheden tot een buitensporig, en daarom onaanvaardbaar resultaat leidt. Daarbij zal niet alleen moeten worden gelet op de verhouding tussen de werkelijke schade en de hoogte van de boete, maar ook op de aard van de overeenkomst, de inhoud en de strekking van de overeenkomst en de strekking van het

beding en de omstandigheden waaronder het wordt ingeroepen ([HR 27 april 2007, NJ 2007, 262](#)). Van een buitensporig en daarom onaanvaardbaar resultaat is naar het oordeel van de rechtbank geen sprake. Niet in geschil is dat het boetebeding in het onderhavige geval niet alleen functioneert als middel om Boxford te bewegende overeenkomst na te komen, maar ook als fixatie van de door Eyston geleden schade. Daar komt bij dat Boxford weliswaar stelt dat zij naar eer en geweten heeft geprobeerd de overeenkomst na te komen, maar daarvan is naar het oordeel van de rechtbank geen sprake. Boxford heeft het op vele punten niet zo nauw genomen met de op haar rustende verplichtingen, terwijl de belangenvoor Eyston groot zijn. Eyston handelt immers in brandveiligheidsproducten, terwijl de inbreukmakende rookmelders niet brandveilig zijn. De rechtbank acht voorts van belang dat met toewijzing van het gevorderde bedrag in zekere zin al een matiging heeft plaatsgevonden. Eyston heeft haar vordering immers beperkt tot het bedrag van €201.000,00, terwijl voor een hoger bedrag aan contractuele boetes is verbeurd. Eyston heeft bovendien toegezegd dat zij bij toewijzing van dit bedrag het overige gedeelte van de verbeurde boetes niet zal opeisen (ondr nr 55 dagvaarding).

Misbruik van bevoegdheid?

4.23. Gelet op de voorgaande overweging gaat ook het door Boxford gedane beroep op misbruik van bevoegdheid niet op. Niet gezegd kan worden dat Eyston de verbeurde boetes niet in redelijkheid kan vorderen.

Dwangsommen verbeurd?

4.24. Boxford is op grond van het vonnis van de voorzieningenrechter van 4 mei 2006 gehouden om binnen 30 dagen na betekening van het vonnis (9 mei 2006) een door een registeraccountant geaccordeerde opgave te doen. Deze opgave moet zien op alle beschikbare documenten, voor zover Boxford deze nog niet heeft overgelegd, die nader inzicht geven in de gang die de litigieuze rookmelders hebben gemaakt vanaf het depot tot aan de onomkeerbare gebleken aflevering, dan wel tot aan de plaats van vernietiging, daaronder begrepen documenten tot de ingeschakelde sociale werkplaats(en). Daarnaast dient zij een registeraccountant opdracht te geven tot het opmaken van een nieuw rapport, gebaseerd op de hiervoor bedoelde documenten en dit rapport binnen 30 dagen na betekening van het vonnis ter beschikking te stellen van de advocaten van Eyston.

4.25 Eyston stelt dat het onwaarschijnlijk is dat het door Boxford overgelegde transportdocument van 10 mei 2004 (prod 13) betrekking heeft op de litigieuze rookmelders. Daarnaast ontbreekt de brief van Blokker van 24 januari 2006 waaraan de accountant in zijn rapport van 1 juni 2006 in pat. 5 refereert. Ook de andere documenten met betrekking tot de retourzendingen ontbreken. Voorts heeft Boxford nagelaten de rapportage "evaluatie demontage rookmelders" van de EMCO-Groep van 2 mei 2006 (pat. 7 van het accountantsrapport van 1 juni 2006) te verstrekken. In weerwil van het KG-vonnissen heeft Boxford nog altijd niet alle informatie verstrekt met betrekking tot de gang van de

rookmelders. Ook is volgens Eyston niet gebleken dat Boxford zich in het licht van de overeenkomst en het dictum van het vonnis van 4 mei (in het licht van overweging 3.6 van dat vonnis) de vereiste inspanning heeft getoond om informatie te achterhalen over het verkrijgen van de litigieuze rookmelders.

4.26. De rechtbank stelt voorop dat Eyston eraan voorbij gaat dat de geboden van de voorzieningenrechter zijn beperkt tot de beschikbare documenten. Uit het nadere accountantsrapport blijkt dat vele documenten niet (meer) beschikbaar zijn. Geen dwangsommen zijn verbeurd voor zover geen opgave wordt gedaan van documenten (waarvan Eyston vermoedt dat) die er zouden moeten zijn, maar die niet (meer) beschikbaar zijn.

4.27 Eyston lijkt er voorts van uit te gaan dat uit het vonnis van de voorzieningenrechter volgt dat er niet enkel een door een registeraccountant geaccordeerde opgave moet worden gedaan van alle beschikbare documenten, maar dat deze documenten tevens moeten worden overgelegd. Dat is niet het geval. De registeraccountant moet op basis van de beschikbare documenten een nader rapport opstellen. Dat is gebeurd. Uit het vonnis vloeit niet voort dat de registeraccountant ieder stuk waarnaar verwezen wordt integraal als bijlage moet opnemen. Voor zover door de accountant in zijn rapport genoemde documenten niet zijn overgelegd, leidt dit er derhalve niet toe dat dwangsommen zijn verbeurd.

4.28. Wat resteert is het verwijt van Eyston dat Boxford zich niet de vereiste inspanning heeft getoond om informatie te achterhalen omtrent het verkrijgen van de litigieuze rookmelders. Eyston grijpt hiervoor terug op een overweging ten overvloede van de voorzieningenrechter. Onder 3.6. van het vonnis van de voorzieningenrechter wordt als volgt overwogen:

Wel wordt ten overvloede opgemerkt dat van Boxford op grond van de schikkingsovereenkomst mag worden verwacht dat zij zich, meer dan zij tot nu toe heeft gedaan, inspant om de feitelijke toedracht van het verkrijgen van de litigieuze rookmelders te achterhalen. Deze overweging is niet dragend voor het vonnis. Daar komt bij dat de registeraccountant heeft vastgesteld dat de beginvoorraad niet is voorzien van onderliggende bescheiden, zoals transportdocumenten en inkoopfacturen. Dat Eyston stelt dat deze bescheiden er wel zouden moeten zijn, kan er niet toe leiden dat dwangsommen zijn verbeurd.

4.29. De rechtbank is gelet op het voorgaande van oordeel dat Boxford geen dwangsommen heeft verbeurd. De vordering moet in zoverre worden afgewezen.

Kosten

4.30. Nu partijen beide deels in het gelijk en deels in het ongelijk worden gesteld, ziet de rechtbank aanleiding de kosten te compenseren, in die zin dat partijen ieder hun eigen kosten dragen.

5. De beslissing

De rechtbank

- veroordeelt Boxford binnen twee weken na betekening van dit vonnis aan Eyston te betalende verbeurde

contractuele boetes, ter grootte van € 201.000,00, te vermeerderen met de wettelijke rente daarover;

- verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad;
- wijst de vordering voor het overige af;
- compenseert de kosten in die zin dat partijen ieder hun eigen kosten dragen.

Dit vonnis is gewezen door mr. P.W. van Straalen en in het openbaar uitgesproken op 10 december 2008.