

vonnis

RECHTBANK 's-GRAVENHAGE

Sector civiel recht

zaaknummer / rolnummer: 347102 / HA ZA 09-3039

Vonnis van 9 november 2011

in de zaak van

de vereniging met volledige rechtsbevoegdheid
**KONINKLIJKE NEDERLANDSE MAATSCHAPPIJ TER BEVORDERING DER
PHARMACIE ("KNMP")**,
gevestigd te 's-Gravenhage,
eiseres in conventie,
verweerster in reconventie,
advocaat mr. P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt te 's-Gravenhage,

tegen

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
ID/FARMA B.V.,
gevestigd te Maarssen,
gedaagde in conventie,
eiseres in reconventie,
advocaat mr. D.J. Mensink te Groningen.

Partijen zullen hierna KNMP en Id/farma genoemd worden. De zaak is voor KNMP inhoudelijk behandeld door mrs. H.W. Wefers Bettink, J. Theeven en G. Oosterhuis, advocaten te Amsterdam en voor Id/farma mede door mr. K. Konings, advocaat te Groningen.

1. De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding van 22 juli 2009;
- de akte houdende overlegging producties zijdens KNMP van 9 september 2009 (prods. 1 t/m 14);
- de conclusie van antwoord tevens van eis in reconventie van 2 december 2009 (prods. 1 t/m 28);
- het tussenvonnissen van 16 december 2009 waarin een comparitie van partijen is gelast;
- het bij fax van 11 februari 2010 verzonden comparitie-inlichtingenformulier;
- de conclusie van antwoord in reconventie van 18 maart 2010 (abusievelijk gedateerd: 4 maart 2010);
- de akte houdende verstrekking van inlichtingen voorafgaand aan comparitie zijdens KNMP van 18 maart 2010 (abusievelijk gedateerd: 4 maart 2010);
- de akte houdende overlegging producties zijdens KNMP van 18 maart 2010 (abusievelijk gedateerd: 4 maart 2010) (uiteindelijk met prods. 15 t/m 52, met inbegrip van een per fax-

brief van 4 maart 2010 toegezonden aanvulling op prod. 48 (t.w. fax van 23 mei 2007 van de advocaat van KNMP aan de advocaat van Id/farma en een bijlage bij de e-mail van 24 mei 2007 (WINap nieuws van 18 mei 2007));

- de bij faxbrief van 12 maart 2010 van mr. Wefers Bettink zijdens KNMP toegezonden confraternele correspondentie;
- de per B3 formulier op 17 maart 2010 ingekomen proceskostenspecificatie ex art. 1019h Rv zijdens KNMP;
- het bij brief van 3 maart 2010 van mr. Mensink toegezonden betekeningsexploit van het kort geding vonnis in eerste aanleg d.d. 27 april 2007;
- het proces-verbaal van comparitie van partijen met pleitgelegenheid van 18 maart 2010 met de daarin genoemde stukken, waaronder de aan het proces-verbaal gehechte pleitaantekeningen van de behandelend advocaten.

1.2. Vonnis is nader bepaald op heden.

2. De feiten

2.1. KNMP is de overkoepelende beroeps- en brancheorganisatie van apothekers in Nederland. Lidmaatschap van KNMP is niet verplicht voor apothekers in Nederland, maar ongeveer 90% van hen is lid. KNMP vervaardigt sinds tientallen jaren bestanden met informatie over geneesmiddelen en naslagwerken voor apothekers, eerst alleen in boekvorm, later ook op digitale wijze.

2.2. De voor deze procedure relevante bestanden worden onderscheiden in zogenoemde G-standaard bestanden en WINAp-bestanden, die in navolging van partijen tezamen de KNMP-bestanden worden genoemd.

2.3. De G-standaard bestanden vormen de KNMP Geneesmiddelenbank (sinds 1999: G-standaard genaamd), een databank met informatie over geneesmiddelen ter ondersteuning van de operationele processen (voorschrijven, afleveren, bestellen van geneesmiddelen) en administratieve processen (declareren en vergoeden) binnen een apotheek. De G-standaard bevat onder meer gegevens over de verpakking en samenstelling van geneesmiddelen, bijwerkingen en contra-indicaties en is onmisbaar voor de uitoefening van het apothekersvak.

2.4. WINAp-bestanden zijn uitgaven ter ondersteuning van de beroepsuitoefening van een apotheker, waaronder het Formularium Nederlandse apothekers (FNA, informatie over de bereidingswijze van een groot aantal geneesmiddelen) en het Informatorium medicamentorum (staandaardwerk op het gebied van de farmacotherapie). De WINAp-bestanden worden samengesteld, aangevuld en geredigeerd door het Wetenschappelijk Instituut Nederlandse Apothekers (WINAp), dat een onderdeel is van KNMP.

2.5. Toen begin jaren '90 de behoefte zich aandiende om informatie over geneesmiddelen digitaal ter beschikking te stellen, is op initiatief van KNMP met een aantal farmaceutische groothandels de Stichting ter bevordering van de informatiedistributie in het Farmaceutische Bedrijf (SFI) opgericht.

2.6. Id/farma is opgericht door oud Brocacef medewerker dr. Hans X (hierna: X), opgeleid als apotheker, DGA van deze vennootschap, die verder geen werknemers in dienst heeft (gehad) en nauwelijks activa bezit.

2.7. De historie van de samenwerking van partijen met betrekking tot de productie van de zogenoemde KOMBI/rom cd-rom met (aanvankelijk alleen) KNMP-bestanden (en sinds 1996 met toestemming van KNMP aangevuld met inhoudelijke bestanden afkomstig van derden¹) is als volgt.

2.8. Sinds 1990 leverde SFI (en later Z-Index) de G-standaard bestanden en KNMP de WINAp-bestanden aan Id/farma die de KNMP-bestanden ten behoeve van KNMP op cd-rom plaatste en erin voorzag dat deze bestanden digitaal te ontsluiten waren voor geabonneerde gebruikers, in hoofdzaak KNMP-leden en destijds ook werknemers van de in SFI deelnemende farmaceutische ondernemingen. De KNMP-leden betaalden rechtstreeks een gebruiksvergoeding aan KNMP. De WINAp-bestanden werden door KNMP niet in “platte tekst”, maar met indeling en opmaak van de gegevens geleverd door middel van het invoeren in een door Id/farma en de met haar verbonden vennootschap HiCare B.V. (hierna: HiCare) ontwikkelde applicatie Hi Author. De G-standaard bestanden werden alleen als “platte bestanden” aangeleverd aan Id/farma, waarna de opmaak werd verzorgd door Id/farma. In het kader van die samenwerking tussen partijen is een aantal overeenkomsten gesloten.

2.9. Op 23 april 1992 is voor de periode 1 januari 1992 tot 1 januari 1997 tussen SFI en Id/farma in het kader van deze samenwerking de eerste zogenoemde KOMBI/rom overeenkomst gesloten (hierna: (de) KOMBI/rom I (overeenkomst)) – het acroniem KOMBI staat voor de initiatiefnemende partijen KNMP enerzijds en de toenmalige in het kader van SFI opererende groothandels OPG, Medicofarma, Brocacef en Interpharm. Ingevolge deze overeenkomst produceerde Id/farma in opdracht van SFI een cd-rom met de KNMP-bestanden (dus zowel de G-standaard, als de WINAp-bestanden) tegen betaling door SFI van een vergoeding voor de geleverde diensten en een licentievergoeding voor het gebruik van de software door de gebruikers van de cd-rom, aangeduid met KOMBI/rom, die nodig was om de KOMBI/rom te kunnen gebruiken. Deze overeenkomst legde de sinds 1990 tussen partijen ontstane samenwerking voor de productie van de KOMBI/rom voor het eerst schriftelijk vast.

2.10. Op 27 juni 1996 hebben SFI en Id/farma een nieuwe, de betreffende samenwerking voortzettende, KOMBI/rom overeenkomst gesloten (hierna: (de) KOMBI/rom II (overeenkomst)), nu voor onbepaalde tijd, met een opzegtermijn van 2 jaar, waarbij ook X (houder van het Beneluxwoordmerk KOMBI/rom) partij was. Naast de oorspronkelijke dienstverlening ging Id/farma zich volgens deze nieuwe overeenkomst ook bezig houden met acquisitie van ondernemingen die tegen betaling informatie op de KOMBI/rom wilden zetten (in de overeenkomst “zendtijdverhuur” genoemd). Tevens verplichtte SFI zich een minimum aantal cd-roms (1600) af te nemen volgens deze overeenkomst.

2.11. Tot 1998 maakte de verplichting tot aanleveren van de G-standaard bestanden van de kant van SFI en KNMP en een licentie voor het gebruik daarvan voor de productie van de KOMBI/rom cd-rom voor Id/farma deel uit van de KOMBI/rom overeenkomst. Toen KNMP de G-standaard wilde gaan onderbrengen in haar dochter Z-Index, werd op 18 september 1998 een standaard licentieovereenkomst gesloten tussen KNMP en een aantal software leveranciers aan wie KNMP tot dan toe de G-standaard leverde, welke leveranciers de G-standaard integreerden in hun apothekers informatiesystemen. Ter uniformering van de

¹ De verhouding KNMP-bestanden en inhoud afkomstig van derden was uiteindelijk ongeveer 85% : 15%. Zie ook hierna in 2.10.

G-standaardlicentie is toen ook door KNMP met Id/farma een betreffende licentieovereenkomst gesloten op 18 september 1998, zodat dit de publicatie van de G-standaard bestanden op de KOMBI/rom cd-rom in het vervolg zou afdekken. Anders dan de andere licentieneemers, was Id/farma geen licentievergoeding verschuldigd voor deze G-standaardlicentie, omdat de kosten daarvan als voorheen al waren verdisconteerd in het vergoedingenstelsel van de KOMBI/rom overeenkomst. In deze niet-exclusieve G-standaardlicentie met Id/farma is neergelegd dat KNMP auteursrechthebbende is met betrekking tot de G-standaard bestanden, dat Id/farma licentie wordt verleend met het recht tot sub-licentiëring aan eindgebruikers en wel uitsluitend ten behoeve van door KNMP toegestane werkzaamheden (art. 4). De G-standaard licentieovereenkomst is aangegaan voor onbepaalde tijd en kan onder meer worden beëindigd door opzegging door Id/farma op termijn van 3 maanden (art. 7).

2.12. Nadat de farmaceutische groothandels uit SFI waren gestapt, is de betreffende samenwerking met Id/farma voor de publicatie van de KOMBI/rom cd-rom voortgezet door (een dochter van) KNMP. Eind 1998 is SFI omgezet in Farmaceutische Informatie B.V., een KNMP dochter, waarvan de naam vervolgens is gewijzigd in WINAp Plus B.V. (hierna: WINAp Plus).

2.13. Vervolgens is op 10 april 2000 een nieuwe, andermaal de betreffende samenwerking voortzettende, KOMBI/rom overeenkomst gesloten tussen WINAp Plus en Id/farma, eveneens voor onbepaalde tijd en andermaal met een opzegtermijn van 2 jaar (hierna: (de) KOMBI/rom III (overeenkomst)). De considerans verwijst expliciet naar KOMBI/rom II en de intentie deze samenwerking voort te zetten, terwijl daarin ook is verwoord dat de KOMBI/rom cd-rom wordt beschouwd als een co-productie van beide partijen. Ook dit betreft derhalve een samenwerkingsovereenkomst voor de uitgave van de KOMBI/rom cd-rom. WINAp Plus zorgde op grond daarvan voor aanlevering van de KNMP-bestanden (in de overeenkomst inmiddels: "Alexanderstraat-content" genoemd), alsook de administratie, facturering en verzending van de cd-rom naar de KNMP-abonnees. Id/farma zorgde voor de productie van de cd-rom en helpdeskondersteuning, alsmede verzending van de cd-rom naar niet KNMP-abonnees.

2.14. Nadat de activiteiten van WINAp Plus vervolgens weer werden ondergebracht in KNMP eind 2000, is andermaal een de betreffende samenwerking voortzettende overeenkomst gesloten, nu tussen KNMP en Id/farma op 14 november 2001, ook voor onbepaalde tijd met opnieuw een opzegtermijn van 2 jaar (hierna: (de) KOMBI/rom IV (overeenkomst)). In de considerans wordt verwezen naar KOMBI/rom II en III en de intentie de meer dan 10 jaar durende samenwerking te continueren. Tevens is in KOMBI/rom IV een collectief abonnement van KNMP ten behoeve van haar leden overeengekomen in artt. 1 en 4, een exclusieve collectieve afnameverplichting. Naast uiteindelijk ongeveer 1800 KNMP-abonnees die onder dit collectieve abonnement vielen, waren er ook ongeveer 200 "externe" abonnees die een rechtstreekse relatie aangingen met Id/farma.

2.15. Op eigen initiatief heeft Id/farma ook alternatieve distributiekanaalen ontwikkeld voor de KOMBI/rom cd-rom, waarbij partijen telkens een nieuwe overeenkomst sloten voor een dergelijk nieuw kanaal (zoals voor gebruik op PDA's, LAN's etc.). Zo is op 16 december 2004 de KOMBI/card overeenkomst gesloten, die zag op het toegankelijk maken van KOMBI/rom bestanden door middel van SD-cards voor gebruik op PDA's, waarbij de looptijd werd gekoppeld aan die van de KOMBI/rom overeenkomst.

2.16. Om toegang te verkrijgen tot de bestanden op de KOMBI/rom-cd en KOMBI/card hebben gebruikers een zogenoemde software sleutel nodig: de KOMBI/key of KOMBI/tip. Voor gebruik van de KOMBI/rom in een netwerk moest een KOMBI/lan toegangscode worden verkregen. Hiertoe dienden gebruikers naast een KOMBI/rom of KOMBI/card abonnement een KOMBI/key, KOMBI/lan en/of KOMBI/tip abonnement te nemen bij Id/farma. Abonnees betaalden de abonnementskosten van de KOMBI/card, KOMBI/key, KOMBI/lan en KOMBI/tip aan Id/farma. Tussen Id/farma en KNMP was met betrekking tot deze abonnementskosten een verdeelsleutel overeengekomen, op grond waarvan Id/farma 20% van de betreffende inkomsten aan KNMP afdraagt. Met behulp van de door Id/farma geleverde software sleutel werd voor iedere abonnee de informatie abonnee-specifiek toegankelijk gemaakt per verschillend type abonnement. KNMP voorzag Id/farma daartoe van informatie over die specifieke abonnementen, op basis van betalingen van de abonnees aan KNMP.

2.17. Ook heeft Id/farma de KOMBI/rom on-line ontwikkeld, waartoe in de periode 2004 tot 2007 een pilot is gestart met een beperkte groep gebruikers, maar dat niet heeft geleid tot sluiting van een samenwerkingsovereenkomst tussen partijen. In het kader van de pilot waren de KNMP-bestanden voor uitsluitend deze groep tijdelijk online beschikbaar op www.kombirom.nl.

2.18. In de loop van 2005 is KNMP intern het project "strategieontwikkeling KOMBI/rom" gestart, naar haar zeggen onder meer uit onvrede over de lopende samenwerking met Id/farma. Door het op eigen initiatief van Id/farma ontwikkelen van alternatieve distributiekanaalen had KNMP daar naar haar zeggen onvoldoende regie op. Zij moest bovendien WINAp-bestanden voor de cd-rom, door KNMP vervaardigd in Word, zelf invoeren in de door Id/farma gehanteerde applicatie Hi Author, omdat deze anders niet kon worden ontsloten op de KOMBI/rom als vervaardigd door Id/farma, waardoor deze bestanden zonder bewerking niet bruikbaar waren voor andere aanverwante producten van KNMP. Ook werd KNMP naar haar zeggen duidelijk dat cd-rom een achterhaald medium dreigde te worden. KNMP wenste te komen tot een organisatiebreed content management systeem op basis van open standaarden, zodat zij meer regie in eigen hand had en haar productaanbod kon toespitsen op individuele ledenwensen, en tevens tot efficiency-verbetering en kostenbeheersing. De verhouding met Id/farma werd naar zeggen van KNMP door haar als een onevenwichtige afhankelijkheidsrelatie ervaren.

2.19. In het kader van de in 2.18 geschetste ontwikkeling is er op 27 april 2005 overleg geweest tussen partijen. Niet alleen KNMP gaf in dit overleg aan de lopende overeenkomst KOMBI/rom IV met de in haar optiek (gegeven de betreffende achterhaald dreigende te worden techniek: te) lange opzegtermijn van 2 jaar te willen beëindigen, ook Id/farma gaf aan de overeenkomst te willen opzeggen, omdat ook zij zich wilde beraden op haar strategische positie en toekomstontwikkeling. Beide partijen besloten daarop KOMBI/rom IV "wederzijds op te zeggen" met inachtneming van de contractuele opzegtermijn van 2 jaar tegen 27 april 2007 en intussen te bezien hoe de samenwerking voor de toekomst gestalte kon worden gegeven op een voor beide zijden acceptabele wijze. Bij brief van 4 mei 2005 van KNMP is deze beëindiging als volgt aan Id/farma bevestigd:

In aansluiting op ons overleg van woensdag 27 april jl. bevestigen wij hierbij dat KNMP en Id/farma BV met ingang van 27 april 2005 de onderlinge KOMBI/rom-overeenkomst d.d. 14 november 2001 wederzijds opzeggen.

Zoals wij hebben aangegeven treedt de KNMP de komende periode graag in overleg met Id/farma BV om te bezien of en op welke wijze een toekomstige samenwerking tussen beide partijen kan worden ingevuld naar tevredenheid van KNMP en Id/farma BV. Onze doelstelling is om hierover voor het einde van dit jaar duidelijkheid te verkrijgen.

(...)

Graag ontvangen wij van u een schriftelijke bevestiging van dit schrijven.

In reactie daarop mailt X dezelfde dag nog aan KNMP onder meer als volgt:

Ik heb jullie brief betreffende de wederzijdse opzegging van de KOMBI/rom-overeenkomst ontvangen. Vandaag gaat onze bevestiging op de post.

Bij brief van 10 mei 2005 heeft Id/farma bedoelde beëindiging (uitsluitend in deze termen en zonder voorbehoud) als volgt aan KNMP bevestigd:

Hierbij bevestig ik de ontvangst van uw schrijven van 4 mei 2005 met kenmerk (...)

En daarmee het feit dat de tussen KNMP en Id/farma BV gesloten KOMBI/rom-overeenkomst per 26 april 2007 wordt beëindigd tenzij partijen voor 1 januari 2006 afspraken hebben gemaakt over continuering van de samenwerking.

Ervan uitgaande dat dat gaat lukken zal Id/farma BV tot laatstgenoemde datum niet actief naar buiten treden over deze opzegging.

2.20. Onderhandelingen over verdere samenwerking tussen partijen zijn stukgelopen, met name omdat de door Id/farma gestelde financiële eisen voor KNMP niet acceptabel waren. Id/farma verlangde een omzetgarantie van €655.000,- per jaar en een goodwill van enkele miljoenen Euro's. In een memo van Id/farma aan KNMP van 10 juni 2005 geeft Id/farma 4 scenario's aan voor de toekomst: 1) een aangepaste KOMBI/rom overeenkomst met onder meer een kortere opzegtermijn en een andere taak- en inkomstenverdeling van de externe (niet-KNMP) abonnementen, 2) koop door KNMP van exploitatierechten en merken die met de samenwerking verband houden met inhuur van Id/farma voor productie en helpdeskondersteuning en volledige facturering en administratie door KNMP (ook van de externe abonnementen), 3) overname van Id/farma door KNMP en 4) de KOMBI/rom gaat door als zelfstandige uitgave van Id/farma, het collectieve abonnement eindigt per 26 april 2007 en "Id/farma draagt een deel van de inkomsten af aan de KNMP, zolang een nader te definiëren KNMP en WINap-content (op niet-exclusieve basis) via de KOMBI/rom gedistribueerd wordt". Partijen praten met name verder over overname-optie 3, onder meer op 6 oktober, 15 november, 30 december 2005, 16 januari, 31 januari en 4 april 2006, maar komen er niet uit. Inmiddels was KNMP met een derde, Disk@d B.V. gesprekken begonnen over een alternatieve manier van digitale ontsluiting van de KNMP-bestanden die veel beter aan de wensen van KNMP kon voldoen. In de ochtend van 4 april 2006 gaf KNMP aan Id/farma te kennen een derde (Disk@d B.V.) gevonden te hebben die een systeem kon aanbieden tegen een substantieel lagere prijs. Id/farma gaf toen aan dat partijen wat haar betreft uitgesproken waren.

2.21. In een bericht aan haar leden verstuurd in de middag van 4 april 2006 communiceert KNMP de gang van zaken voor zover van belang als volgt:

MAAR ?

Ondanks de heersende tevredenheid onder de gebruikers van de KOMBI/rom ziet de KNMP ruime mogelijkheden voor verbetering van het product. Door gebruik te maken van de nieuwste technologie kan de schat aan informatie beter en sneller ontsloten worden. Concreet betekent dit dat gebruikers minder hoeven te zoeken naar informatie en minder hoeven te klikken met de muis.

REGIE

Gezien het grote belang van de KOMBI/rom, heeft het Hoofdbestuur van de KNMP besloten de regie bij de verdere ontwikkeling van dit product in eigen hand te nemen. Hiertoe zijn verschillende mogelijkheden verkend.

Het meest voor de hand liggende scenario, doorgaan met de huidige partner, is als eerste uitgewerkt. Ondanks de positieve intenties van beide zijden is het echter niet gelukt om met uitgever en producent ID/farma tot een gemeenschappelijke visie te komen ten aanzien van de wijze van samenwerking en de kwaliteit van het product. Hierdoor is een tweede scenario in beeld gekomen: samenwerking met een andere aanbieder van CD-rom- en internet-technologie.

In dit kader is gesproken met verschillende ICT-bedrijven die digitale informatieproducten leveren aan grote uitgevers. Met één van deze aanbieders werkt KNMP momenteel een plan van aanpak uit voor de realisatie van een alternatieve verbeterde KOMBI/rom.

2.22. Id/farma heeft op 5 april 2006 aan gebruikers van de KOMBI/rom cd-rom, althans contentaanbieders, systeemhuizen en het zogenoemde KOMBI/panel, bericht dat dit product zou worden opgevolgd door de KOMBI/rom online en wel als volgt:

KOMBI/rom-cd wordt opgevolgd door KOMBI/rom-online

Er is een tijd van komen en er is een tijd van gaan.

Wij hebben besloten om per 1 januari 2007 de uitgave van de KOMBI/rom-cd te staken.

Tot dat moment wordt de cd, die inmiddels al meer dan 15 jaar door ID/farma wordt uitgegeven, natuurlijk gewoon maandelijks geactualiseerd en gedistribueerd.

Vanaf heden steken wij al onze energie in KOMBI/rom-online:

- de huidige pilotfase (die vanwege de besluiteloosheid van het KNMP-bureau inmiddels al ruim 3 jaar duurt) wordt beëindigd en de KOMBI/rom-online is met ingang van vandaag officieel in de lucht
- openbare apotheken zullen worden aangemoedigd een abonnement op de KOMBI/rom-online af te sluiten via hun VPN-organisatie (E-Zorg en eHealthBet) of via hun KOMBI/lan-dealer (in combinatie met een KOMBI/lan)
- andere organisaties (ziekenhuisapotheken, onderwijsinstellingen, farmaceutische bedrijven etc.) kunnen rechtstreeks bij Id/farma een abonnement op KOMBI/rom-online afsluiten
- KOMBI/rom-online zal worden uitgebreid met nieuwe voor de farmacie interessante bestanden
- de samenwerking met leveranciers van apotheeksystemen zal waar mogelijk nog intensiever worden

Onderhandelingen met de KNMP stukgelopen

Gisteren zijn onze onderhandelingen met het KNMP-bureau over de toekomst van de KOMBI/rom stukgelopen. Dat na een jaar moeizaam onderhandelen en ondanks talloze door ons aangereikte scenario's.

Hèt struikelpunt vormde de halsstarrige eis van het KNMP-bureau de regierol inzake het uitgeven van de KOMBI/rom te verkrijgen.

Die eis is voor Id/farma niet acceptabel, want niet te verkopen aan de andere informatie-aanbieders, maar ook indruisend tegen de uitgangspunten van het fenomeen KOMBI/rom.

Dubieuze rol KNMP-bureau

Het KNMP-bureau had al voor de ultieme bespreking, die gisteren aan het eind van de ochtend plaatsvondt, een “persbericht” opgesteld.

Direct na afloop is deze tekst per e-mail verspreid onder de KNMP-leden.

De inhoud van dit “persbericht” is voor ons absoluut onacceptabel: onze goede naam en reputatie worden misbruikt voor het aanprijzen van het eigen nog naamloze KNMP-product. Ons advies aan de KOMBI/rom-abonnees, informatieaanbieders en systeemhuizen: eerst zien, dan geloven!

Ons advies aan de KNMP-leden: houd scherp in de gaten hoe uw contributie door het KNMP-bureau wordt gespendeerd aan “opnieuw uitvinden van het wiel”.

Aangeslagen maar niet knock-out

We willen er geen doekjes om winden: we zijn aangeslagen. Maar niet knock-out!

Wij gaan in ieder geval gewoon door met **onze** KOMBI/rom.

Weliswaar alleen nog tot het eind van dit jaar op cd, maar tot in lengte der jaren via internet.

Met (als u dat wilt en ons daarbij helpt) alle huidige content en nog veel meer.

En tegen schappelijke tarieven.

2.23. Bij brief van 13 april 2006 herinnert KNMP Id/farma eraan dat KOMBI/rom IV “wederzijds is opgezegd” per 26 april 2007 en dat Id/farma contractueel gehouden is de KOMBI/rom cd te blijven produceren tot 26 april 2007 (en deze niet kan stopzetten per 1 januari 2007, zoals zij had bericht in de in 2.22 bedoelde brief). Tevens bevat deze brief het volgende:

De afgelopen periode hebben wij met elkaar overlegd om te bezien of en op welke wijze een toekomstige samenwerking tussen beide partijen kan worden ingevuld naar tevredenheid van KNMP en Id/farma BV. Op 4 april 2006 hebben wij geconstateerd dat de prioriteiten en doelstellingen van beide organisaties dermate verschillen dat wij geen onderlinge overeenstemming hierover bereiken.

Dit betekent onder meer dat de KNMP na 26 april 2007 KNMP/WINAp-producten zoals het Informatorium en FNA/LNA-bestanden niet langer via KOMBI/rom (dan wel hieraan gerelateerde media) zal uitgeven.

2.24. Bij e-mail van 21 april 2006 reageerde Id/farma op deze brief onder meer als volgt:

1. De overeenkomsten tussen de KNMP en Id/farma BV betreffende KOMBI/rom-cd en KOMBI/rom-card eindigen inderdaad op 26 april 2007.

2. De distributie van KNMP/WINAp-producten zoals het Informatorium Medicamentorum, het FNA en de LNA-bestanden zal (zoals het er nu voor staat) vanaf die datum niet langer via KOMBI/rom-cd plaatsvinden.

3. Wij staken per 1 januari 2007 de uitgave van de KOMBI/rom-cd. Dat is wat wij aan ONZE abonnees communiceren. Maar wees niet bang, wij zullen onze contractuele verplichtingen jegens de KNMP volledig en onverkort nakomen en dus tot en met de KOMBI/rom van april 2007 maandelijks het gewenste aantal cd's blijven produceren en afle-

ren bij de KNMP-postkamer. Inclusief de huidige KNMP/WINAp-producten mits jullie ons daarvoor de brongegevens aanleveren.

(...)

7. Wij hebben inmiddels een stroom aan reacties ontvangen (...) op het voornemen van het KNMP-bureau om afscheid te nemen van de KOMBI/rom. Eufemistisch uitgedrukt wordt dat plan door het veld niet bepaald positief ontvangen. De meeste respondenten dringen sterk aan op een compromis. Het op straat uitvechten van onze ruzie wordt absoluut niet op prijs gesteld. Bij deze nogmaals ons aanbod om op een constructieve manier mee te werken aan een (in elk geval voor de buitenwereld oftewel ons beider klanten) rimpelloze overgang van de uitgave van het Informatorium Medicamentorum, het FNA, de LNA-bestanden etc. van Id/farma naar Disk@d.

2.25. Intussen werkte KNMP aan de ontwikkeling van haar KNMP Kennisbank, waarop zij na afloop van KOMBI/rom IV de KNMP-bestanden wilde gaan uitgeven, als onderdeel van het zakelijk KNMP-lidmaatschap, alsook tegen afzonderlijke betaling voor niet zakelijke leden. In een bericht op haar website van 21 september 2006 laat Id/farma zich over deze ontwikkelingen bij KNMP onder meer als volgt uit:

Het KNMP-bureau houdt zich oorverdovend stil voor wat betreft de plannen om in eigen beheer een nieuw, beter, sneller dataproduct dan KOMBI/rom te produceren. In de wandelgangen is wel het nodige te horen, maar op de officiële kanalen heerst een complete radiostilte.

Omdat de KOMBI/rom-abonnees toch behoefte hebben aan informatie een paar constateringingen vanaf de zijlijn:

- in opdracht van het KNMP bureau is door het gerenommeerde (en dure) onderzoeksbureau Millward Brown een enquête gehouden (...)
- het “nieuwe KNMP-informatieproduct” wordt in genoemde enquête gepositioneerd als zijnde “ter vervanging van de KOMBI/rom”
- dat is natuurlijk onzin: de KOMBI/rom (zowel cd- als online-versie) bevat veel meer dan alleen WINAp-gegevens
- gezien het contract tussen Z-Index en Id/farma is het zeker dat alle van de G-Standaard afgeleide bestanden gewoon op KOMBI/rom blijven staan
- net als andere veelgebruikte KOMBI/rom-onderdelen (...)
- zelfs de top van het KNMP-bureau geeft toe dat er zeker ruimte is voor KOMBI/rom naast de KNMP-uitgave (...)

2.26. In december 2006 voeren partijen nog overleg over de eventuele mogelijkheid om de KOMBI/key (ontsluitings)infrastructuur te gebruiken als een alternatieve mogelijkheid om de KNMP Kennisbank te benaderen, maar ook hier zijn partijen (financieel) niet uitgekomen. In het kader daarvan heeft KNMP Id/farma per e-mail van 14 december 2006 het volgende bericht:

De KNMP hecht er hierbij wel aan dat KNMP-relaties de mogelijkheid wordt geboden om het abonnement per 1 mei 2007 te beëindigen, als de betreffende infrastructuur geen toegevoegde waarde meer voor hen heeft, omdat de content die zij willen raadplegen vanaf 1 mei 2007 niet langer via KOMBI/rom-online en KOMBI/lan raadpleegbaar is.

2.27. Op 2 maart 2007 stuurt KNMP haar leden een keuzeformulier waarop zij konden aangeven welke uitvoering van de KNMP Kennisbank zij wensen te gebruiken na april 2007, wanneer het collectieve abonnement op de KOMBI/rom zou stoppen, met een keuze tussen online, cd-rom, LAN of PDA. Tevens is daarin een vergelijkend overzicht van databestanden meegestuurd tussen de KNMP Kennisbank en de verwachte KOMBI/rom na april 2007 en wordt aan de zakelijke KNMP-leden die een abonnement hadden op de KOMBI/rom geadviseerd om aan de hand daarvan zelf te beoordelen of een voortgezet abonnement op KOMBI/rom bij Id/farma gewenst is naast een abonnement op de KNMP Kennisbank.

2.28. Bij sommatiebrief van 7 maart 2007 aan KNMP geeft mr. Mensink namens Id/farma onder meer te kennen dat Id/farma krachtens de G-standaard overeenkomst recht blijft houden op aanlevering van G-standaard bronbestanden, omdat die overeenkomst niet is opgezegd en dat KNMP onrechtmatig handelt jegens Id/farma in de vorm van het plegen van merk- en auteursrechtinbreuk en het doen van oneerlijke mededinging en misbruik maken van haar economische machtspositie door de wijze waarop zij na beëindiging van KOMBI/rom IV ten koste van de KOMBI/rom haar eigen KNMP Kennisbank aanprijst en in de markt zet. Daarin wordt tevens gesteld dat KNMP een doorleveringsplicht zou hebben van WINAp-bestanden na beëindiging van KOMBI/rom IV:

(...)

Verder ontvangt cliënte reeds 16 jaar andere bronbestanden van de KNMP, waaronder het Informatorium Medicamentorum en het Formularium der Nederlandse Apothekers, welke gegevensverstrekking door cliënte met toestemming van de KNMP in sublicentie wordt verstrekt aan de leden van de KNMP.

(...)

Recentelijk (2 maart 2007) heeft de KNMP alle apothekers aangeschreven met het nadrukkelijke verzoek een keuze te maken voor de KNMP Kennisbank. In strijd met de aan cliënte toekomende rechten geeft u daarbij aan dat: 'Vanaf dat moment (= april 2007) publiceert de KNMP belangrijke databestanden als het Informatorium Medicamentorum en het Formularium Nederlandse Apothekers (FNA) niet meer via de KOMBI/rom maar via de KNMP Kennisbank.' Cliënte wordt hiermee onrechtmatig uit de markt gedrukt, nu de KNMP in strijd met de aan cliënte toekomende rechten aangeeft de betreffende bronbestanden niet meer te leveren aan cliënte, zodat zij deze niet meer ter beschikking kan stellen aan haar cliënten. Cliënte heeft gewoon recht op deze bronbestanden om deze in sublicentie te geven nu u de overeenkomst met cliënte heeft opgezegd.

(...)

Cliënte heeft gedurende de afgelopen 16 jaar van de KNMP bronbestanden gekregen waarmee zij ten behoeve van de bij de KNMP aangesloten leden de KOMBI/rom mede heeft vorm gegeven. Op basis van deze gegevensverstrekking is er een duurovereenkomst ontstaan tussen de KNMP en cliënte, welke continue levering omvat van de voor de productie van de KOMBI/rom benodigde bronbestanden, welke bestanden cliënte in verrijkte vorm mag aanbieden aan de bij de KNMP aangesloten leden. Voor wat betreft de G-Standaard is zulks zelf expliciet vastgelegd in een licentieovereenkomst(...).

(...)

De opzegging van het collectieve abonnement met Id/farma betekent in ieder geval niet dat de duurovereenkomst met Id/farma (waarbij de KNMP verplicht is bestanden te leveren aan cliënte) hiermee gelijktijdig is opgezegd. Deze is niet opgezegd zodat u om deze redenen alleen al de levering van de bestanden aan cliënte moet continueren. (waarop ver-

zoek/sommatie volgt levering van deze bestanden “na afloop van het collectieve abonnement” te continueren, rb).

2.29. Onder meer deze door Id/farma gestelde doorleveringsplicht wordt inzet van een kort geding. Bij vonnis van de voorzieningenrechter van deze rechtbank van 27 april 2007 wordt voorshands geoordeeld dat KNMP verplicht was op grond van een stilzwijgende, niet opgezegde en zodoende nog voortdurende licentieovereenkomst de WINAp-bestanden ook na 27 april 2007 te blijven leveren aan Id/farma. Voor de G-standaard bestanden werd eenzelfde verplichting voorshands gebaseerd op de niet opgezegde G-Standaard licentieovereenkomst uit 1998. Ook werd KNMP veroordeeld de in 2.27 bedoelde brief van 2 maart 2007 aan haar leden te rectificeren. De vorderingen tot staking van de KNMP Kennisbank wegens auteursrechtinbreuk en misbruik van een economische machtspositie werden afgewezen.

2.30. Op 27 april 2007 is dit kort geding vonnis aan KNMP betekend met bevel op aanzegging van verbeurte van dwangsommen aan het gestelde in het petitum te voldoen.

2.31. Bij brieven van 24 en 27 april 2007 is door KNMP de in het kort geding vonnis veronderstelde doorlopende stilzwijgende licentieovereenkomst tot aanlevering van WINAp-bestanden ten behoeve van de KOMBI/rom productie – voor zover deze zou bestaan – opgezegd tegen 1 augustus 2007. KNMP stelt met betrekking tot het gevolg van deze opzegging in haar brief van 27 april 2007 voorts dat dit betekent dat KNMP vanaf 1 augustus 2007 geen WINAp-bestanden meer aan Id/farma zal leveren. Tevens heeft KNMP in voornoemde brief van 27 april 2007 de G-Standaard licentieovereenkomst uit 1998 opgezegd tegen 1 augustus 2007, derhalve met inachtneming van een opzegtermijn van 3 maanden. Met betrekking tot de onderbouwing van die laatste opzegging bevat de brief van 27 april 2007 het volgende:

In een eerder stadium hebben wij aangegeven dat KNMP bereid is de G-standaard aan Id/farma te blijven leveren, op voorwaarde dat daarvoor een nieuwe overeenkomst wordt gesloten (met dezelfde voorwaarden als de huidige overeenkomst) en dat Id/farma bereid is dezelfde vergoeding te betalen die andere licentienemers op dit moment betalen. Op het ogenblik betaalt Id/farma alleen een bedrag van €1.100,= (exclusief BTW) als vergoeding voor de geleverde CD-ROMs. Daarnaast betalen licentienemers een vergoeding van €3.735,= (exclusief BTW) voor het gebruiksrecht. In het kader van de Kombi rom-overeenkomst is destijds besloten het gebruiksrecht niet in rekening te brengen, maar dit te verwerken in de abonnementsprijs die KNMP betaalt voor het collectief abonnement op de Kombi rom. Nu de Kombi rom-overeenkomst is beëindigd zal Id/farma, net als de andere licentienemers, ook de gebruiksvergoeding moeten betalen. Graag verneem ik of Id/farma geïnteresseerd is om een dergelijke overeenkomst af te sluiten.

Voor de goede orde vermeld ik dat KNMP eveneens aanspraak maakt op betaling van de gebruiksvergoeding voor de G-standaard over de periode 1 mei tot en met 31 juli 2007. Het standpunt van KNMP is immers dat door beëindiging van de Kombi rom-overeenkomst ook de licentieovereenkomst van 15 september 1998 met ingang van 27 april 2007 is beëindigd. Het vonnis van de voorzieningenrechter doet daar niet aan af.

2.32. In opvolgende correspondentie na betekening van het kort geding vonnis tussen (de raadslieden van) partijen omtrent dwangsomverbeuring wegens beweerdelijke overtreding van het betekende kort geding vonnis, komt onder meer het volgende naar voren.

Mr. Wefers Bettink (namens KNMP) aan mr. Mensink (voor Id/farma) bij fax van 24 mei 2007:

Naar aanleiding van uw fax van 21 mei jl. verzoek ik u mij zo spoedig mogelijk mee te delen op welke gronden uw cliënte thans aanspraak maakt op verbeurde dwangsommen. In uw fax geeft u aan dat KNMP verzuimd zou hebben updates van alle bestanden door te sturen. Naar de mening van KNMP is daarvan geen sprake, zodat het mij voor beide partijen – ook ter voorkoming van een eventueel onnodig executiegeschil – belangrijk lijkt op korte termijn hierover duidelijkheid te scheppen. (Onderstreping rb.)

Mr. Mensink antwoordt op dezelfde dag aan mr. Wefers Bettink per e-mail – onder verwijzing naar een daarbij gevoegde e-mailwisseling rechtstreeks tussen partijen – dat geen mutaties op bestanden zijn ontvangen, terwijl van deze bestanden in de afgelopen jaren elke maand wèl telkens wijzigingen waren ontvangen:

(...)zodat het ervoor gehouden moet worden dat ook niet voldaan wordt aan het vonnis.
(...)

De bij dit antwoord gevoegde e-mail van 21 mei 2007 van Id/farma rechtstreeks aan KNMP bevat onder meer dit:

Ik heb het idee dat jullie het vonnis van de voorzieningenrechter niet goed gelezen hebben. Aangezien jullie geen mutaties aanleveren voor het bestand Richtlijnen Nederlandse Apothekenorm op KOMBI/rom (...) zien wij ons genoodzaakt om onze advocaat in te schakelen bij het innen van de opgelegde dwangsom. (Onderstreping rb.)
(...)

Bij aangetekende brief aan KNMP van mr. Mensink van 19 juni 2007 bericht deze onder meer het volgende:

In de afgelopen periode is de aanlevering van bestanden door de KNMP moeizaam verlopen. Ik heb uw raadsman reeds eerder bericht dat cliënte aanspraak maakt op dwangsommen conform het vonnis van de voorzieningenrechter d.d. 27 april 2007. Cliënte verzocht mij de dwangsommen in eerste instantie niet te incasseren, nu zij meer belang zag in het gereedmaken van de KOMBI/rom over juni en juli 2007.
(...)

In ieder geval zal cliënte aanspraak maken op de dwangsommen zoals deze zijn vastgelegd in het vonnis van de voorzieningenrechter, indien u geen gevolg geeft aan deze verzoeken c.q. sommaties (te weten: tot onverkorte doorlevering van KNMP-bestanden, rb.). U zal, in dat voorkomende geval, elke week verzocht worden deze dwangsommen over te maken op mijn derdenrekening, dit o.a. ter voorkoming van een eventueel executiegeschil. (Onderstrepingen rb.)

In de fax van mr. Mensink aan mr. Wefers Bettink van 27 juni 2007 staat onder meer dit:

De KNMP heeft beide overeenkomsten (d.w.z. de in het kort geding vonnis veronderstelde stilzwijgende WINAp-bestanden licentie, alsmede de G-standaard licentie, rb.) opgezegd met als ingangsdatum 1 augustus 2007. Id/farma heeft deze opzeggingen betwist en gesteld dat de opzegging in strijd is met wat tussen partijen heeft te gelden, maar ook voor het overige beide overeenkomsten niet rechtsgeldig zijn opgezegd. Dan is de overeenkomst (totdat een rechter anders bepaald) niet rechtsgeldig opgezegd en kan Id/farma aanspraak maken op dwangsommen.

(...)

Indien alle bestanden op 1 augustus 2007 niet zijn aangeleverd, moet het ervoor gehouden worden dat de KNMP geen uitvoering geeft aan het vonnis van de voorzieningenrechter.

(...)

Indien bovengenoemde scenario's zich verwezenlijken zal Id/farma dus vanaf 1 augustus 2007 totdat er sprake is van een geldige opzegging van beide overeenkomsten aanspraak maken op de dwangsommen (taalfouten zo in origineel, onderstreping toegevoegd, rb.)

Bij brief van 18 juli 2007 bericht KNMP Id/farma onder meer dit:

Naar aanleiding van je brief van 11 juli 2007 bevestig ik dat de KNMP heeft besloten om, uitsluitend ter voorkoming van het eventueel verbeuren van dwangsommen en zonder daartoe enige verplichting te erkennen, ook voor de KOMBI/rom van de maand augustus en de KOMBI/rom van de maand september de KNMP/WINAp-bestanden te blijven leveren. De opzegging tegen 1 augustus in mijn brief van 27 april jl. moet je aldus lezen dat wordt opgezegd tegen die datum, of een latere datum, indien en voor zover vast komt te staan dat opzegging pas tegen een latere datum kon geschieden.

(...)

Ik teken daarbij aan dat de KNMP Id/farma aansprakelijk houdt voor de extra kosten die dit met zich brengt, evenals de andere kosten en schade die voor de KNMP voortvloeien uit de tenuitvoerlegging van het kort geding vonnis door Id/farma. Je mag ervan uitgaan dat dit per maand tenminste een bedrag van €8000 omvat, alleen al vanwege de kosten die wij moeten maken voor de aanlevering van de KNMP/WINAp-bestanden aan Id/farma.

De KNMP/WINAp-bestanden mogen uitdrukkelijk niet door middel van de KOMBI/rom-online ter beschikking worden gesteld. Anders dan Id/farma kennelijk meent, is daarvoor onze toestemming nodig en betekent het zonder toestemming online zetten daarvan inbreuk op onze auteursrechten.

(...)

De KNMP maakt verder aanspraak op schadevergoeding in verband met het (in ieder geval tot 1 juli) ongeautoriseerd online zetten van de KNMP/WINAp-bestanden. Tevens vorderen wij afdracht van de daarmee behaalde winst op grond van artikel 27a Auteurswet.

Tenslotte heeft KNMP sinds 1 mei 2007 geen afdracht van abonnementsinkomsten op KOMBI/rom, KOMBI/lan, KOMBI/key en KOMBI/card ontvangen. Hoewel de KOMBI/rom en Kombi-on-card overeenkomsten zijn beëindigd, is er geen reden dat Id/farma de KNMP/WINAp-bestanden nu gratis zou mogen verspreiden. Ik verzoek jullie daarom op-gave te doen van de verschuldigde vergoeding over de maanden mei t/m juli 2007 (...) en het totale bedrag uiterlijk 3 augustus 2007 over te maken naar (...). De over augustus en september verschuldigde bedragen dienen telkens op de 15^e van betreffende maand te zijn ontvangen. (Onderstreping rb.)

-
- 2.33. Uit de in 2.32 weergegeven correspondentie blijkt tevens dat KNMP in juni 2007 constateerde dat Id/farma KNMP-bestanden publiceerde op de website www.kombirom.nl zonder dat KNMP Id/farma daar toestemming voor had verleend. Na sommatie daartoe heeft Id/farma de WINAp-bestanden en de G-standaard in augustus 2007 van deze website verwijderd.
- 2.34. Id/farma heeft eind december 2007 via de website www.kombirom.nl meegedeeld dat zij zou stoppen met het uitgeven van de KOMBI/rom en de KOMBI/rom on-card. Partij- en zijn vervolgens begin 2008 overeengekomen dat de verplichting onder het kort geding vonnis om de KNMP-bestanden te leveren per 1 januari 2008 zou eindigen.
- 2.35. KNMP heeft over de periode 1 mei 2007 tot ultimo 2007 geen abonnements- en/of licentieafdrachten ontvangen van Id/farma voor het gebruik van de KNMP-bestanden op de KOMBI/rom producten, terwijl Id/farma in die periode alle inkomsten daaruit zelf heeft gefactureerd en geïncasseerd.
- 2.36. Bij arrest van 10 juli 2008 van het gerechtshof 's-Gravenhage is het kort geding vonnis van 27 april 2007 vernietigd. Tegen dit arrest is geen cassatieberoep ingesteld. De door de voorzieningenrechter voorshands veronderstelde stilzwijgende licentieovereenkomst tot doorlevering van de WINAp-bestanden aan Id/farma is blijkens het voorlopig oordeel in dit appel van het kort geding niet aangenomen, terwijl de opzegging van de G-standaard overeenkomst op 27 april 2007 tegen 1 augustus 2007 geldig wordt geacht.
- 2.37. In r.o. 13 van het arrest citeert het hof daartoe allereerst de brieven van 13 april 2006 van KNMP aan Id/farma en de reactie daarop van Id/farma aan KNMP bij e-mail van 21 april 2006 – hiervoor weergegeven in 2.23 en 2.24 – en constateert het voorshands dat Id/farma in deze reactie geen (inhoudelijk) bezwaar maakt tegen de inhoud van de brief van 13 april 2006. Het arrest vervolgt dan in r.o. 13:

Uit deze correspondentie blijkt dat Id/farma ervan uitging dat als gevolg van de opzegging van de KOMBI/rom-overeenkomst KNMP haar vanaf 27 april 2007 geen WINAp-bestanden meer zou aanleveren ter publicatie op de KOMBI/rom. Dat blijkt voorts uit de mededeling van 21 september 2006 die Id/farma op haar website heeft geplaatst: *'het "nieuwe KNMP-informatieproduct" wordt (...) gepositioneerd als zijnde "ter vervanging van de KOMBI/rom" • dat is natuurlijk onzin: KOMBI/rom (zowel de cd- als de online-versie) bevat veel meer dan alleen WINAp-gegevens'*. In het licht hiervan moet worden aangenomen dat de opzegging van de KOMBI/rom-overeenkomst tevens de opzegging van de licentie om WINAp-bestanden via de KOMBI/rom openbaar te maken en te vereenvoudigen impliceerde. Anders dan de rechtbank is het hof dan ook voorshands van oordeel dat deze licentie niet afzonderlijk behoefde te worden opgezegd. Voor zover Id/farma wil betogen dat in het licht van deze correspondentie de opzegging slechts betrekking had op de aanlevering van de WINAp-bestanden voor publicatie op de KOMBI/rom en dat de opzegging onverlet liet dat KNMP de WINAP-bestanden zou (blijven) aanleveren ter publicatie op de KOMBI/rom online, faalt dit betoog. De KOMBI/rom-overeenkomst houdt, kort gezegd, in dat Id/farma tegen betaling dient zorg te dragen voor conversie en publicatie van de KNMP-bestanden op KOMBI/rom-schijven. In de bepalingen valt niet te lezen dat KNMP Id/farma tevens het recht toekende om de KNMP-bestanden op andere wijze, via het internet, openbaar te maken en Id/farma heeft de KOMBI/rom-overeenkomst redelijkerwijs ook niet in die zin mogen opvatten. Dat is niet anders doordat gedurende een periode (van 2004 tot 2007), bij wijze van 'pilot' volgens een afspraak met KNMP, de

KOMBI/rom-bestanden online ter beschikking zijn gesteld. Uit de laatste zin van het hierboven weergegeven citaat uit haar brief van 21 april 2006 onder 3 blijkt dat Id/farma des tijds ook zelf ervan uitging dat KNMP de WINAp-bestanden nog slechts zou aanleveren voor publicatie op de KOMBI/rom (tot 27 april 2007) en niet voor publicatie via de KOMBI/rom-online, die zij vanaf 1 januari 2007 aan haar eigen abonnees zou gaan aanbieden.

14. Naar het voorlopige oordeel van het hof is de impliciete licentie voor de WINAp-bestanden ook niet gelijk te stellen met de op 18 september 1998 tussen partijen gesloten licentieovereenkomst met betrekking tot de G-standaard. KNMP wijst er terecht op dat deze licentieovereenkomst een andere aard en achtergrond heeft. Uit de considerans blijkt immers dat KNMP daarmee beoogt het 'Bestand' – dat is de G-standaard – toegankelijk te maken voor andere gebruikers en dat zij dat niet zelf wenst te doen maar wil uitbesteden aan verschillende licentienemers die zij toestaat sublicenties te verlenen.

(...)

Dat verklaart ook waarom voor de G-standaard een separate licentieovereenkomst is gesloten. Uit de omstandigheid dat de licentie niet exclusief is en KNMP, naar zij stelt, behalve met Id/farma ook met vier andere softwareleveranciers een licentieovereenkomst met betrekking tot de G-standaard heeft gesloten, volgt ook dat de licentieovereenkomst tussen partijen niet onlosmakelijk verbonden is aan de KOMBI/rom-overeenkomst. In het licht hiervan bestaat er geen aanleiding aan te nemen dat de licentie voor de WINAp-bestanden het complement is van de schriftelijke licentieovereenkomst en dat daarvoor hetzelfde geldt als is bepaald in de schriftelijke licentieovereenkomst. Naar het voorlopige oordeel van het hof diende de schriftelijke licentieovereenkomst daarom wel afzonderlijk te worden opgezegd. Gelet op de hiervoor geciteerde brieven heeft Id/farma de opzegging van 27 april 2005 niet opgevat en ook niet redelijkerwijs hoeven opvatten als mede gericht op de schriftelijke licentieovereenkomst. KNMP was ook bereid deze licentieovereenkomst, die betrekking heeft op de G-standaard, voort te zetten, met dien verstande dat zij zich op het standpunt stelde dat Id/farma op grond van artikel 6 lid 1 een gebruiksvergoeding verschuldigd was, die tot dan toe was verwerkt in het bedrag dat KNMP onder de KOMBI/rom-overeenkomst aan Id/farma betaalde.

15. Het voorgaande brengt mee dat de vordering tot doorlevering van de WINAp-bestanden niet toewijsbaar zijn (bedoeld moet zijn: is, rb.).

2.38. Voor wat betreft de opzegging van de G-standaard overeenkomst tegen 1 augustus 2007 overweegt het hof aldus in het kort geding arrest:

16. (...)KNMP heeft bij brief van 27 april 2007 de schriftelijke licentieovereenkomst van 15 september 1998 opgezegd tegen 1 augustus 2007. Zij heeft daarbij een opzegtermijn van drie maanden in acht genomen. Id/farma betwist dat de licentieovereenkomst daardoor rechtsgeldig is opgezegd. In dit verband is van belang dat de voorzieningenrechter in rechtsoverweging 4.14 van het bestreden vonnis heeft overwogen dat de licentieovereenkomst weliswaar enkel voorziet in opzegging door de licentienemer, met een opzegtermijn van drie maanden, maar dat daaruit niet mag worden afgeleid dat die overeenkomst tijdens de licentiegever niet opzegbaar is en dat het meer in de rede ligt om ten minste dezelfde termijn ook voor de licentiegever te laten gelden. Tegen deze overweging is grief II in het incidenteel appel gericht. In haar toelichting op de grief stelt Id/farma dat de opzegtermijn voor KNMP moet worden gesteld op (afgerond) 18 maanden en dat voorts, alle omstandigheden in aanmerking genomen, een financiële tegemoetkoming verschuldigd is.

17. Id/farma betwist in hoger beroep niet (langer) dat de licentieovereenkomst in beginsel niet opzegbaar was. KNMP stelt zich op het standpunt dat een opzegtermijn van drie maanden in het licht van de omstandigheden – te weten: dat Id/farma weigerde een gebruiksvergoeding voor de G-standaard te betalen en dat zij, door niettemin de G-standaard via de KOMBI/rom-online aan haar abonnees ter beschikking te stellen, inbreuk op het auteursrecht van KNMP maakte – redelijk is. In dit verband overweegt het hof als volgt. Bij de beoordeling van de vraag of bij de opzegging een redelijke termijn in acht is genomen, moeten de wederzijdse belangen van partijen worden afgewogen en zijn derhalve ook de aard en gewicht van de redenen voor opzegging van belang (HR 21 april 1995, NJ 1995, 437). Anders dan Id/farma meent, is de opzegging niet ‘op neutrale grondslag’ geschied: KNMP heeft de licentieovereenkomst met betrekking tot de G-standaard opgezegd, omdat Id/farma niet bereid was een licentievergoeding te betalen. In artikel 6 lid 1 sub a is bepaald:

‘Terzake van het gebruik van het Bestand door de eindgebruikers als bedoeld in artikel 1 lid 1 (...) is Licentienemer aan KNMP verschuldigd: (...) een per kalenderjaar te betalen vergoeding voor het gebruik van het Bestand per Eindgebruiker overeenkomstig de prijzen genoemd in bijgevoegde brief.’

Een brief met prijzen is niet overgelegd. Wel blijkt uit de bij de licentieovereenkomst gevoegde briefwisseling dat Id/farma bezwaar heeft gemaakt tegen toepasselijkheid van artikel 6 lid 1 sub b, betreffende een vergoeding voor door KNMP te verstrekken informatie dragers, en dat KNMP akkoord was met niet-toepasselijkheid van deze bepaling. Tegen toepasselijkheid van artikel 6 lid 1 sub a heeft Id/farma geen bezwaar gemaakt. Id/farma betwist niet dat de licentievergoeding voor de G-standaard was verdisconteerd in het bedrag dat KNMP per saldo onder de KOMBI/rom-overeenkomst aan Id/farma betaalde. Wat daarvan zij, in het licht van de gegeven omstandigheden heeft Id/farma redelijkerwijs moeten begrijpen dat zij KNMP voor het ter beschikking stellen van de G-standaard een gebruiksvergoeding verschuldigd was. Naar het voorlopige oordeel van het hof kon onder de gegeven omstandigheden van KNMP niet worden verlangd dat zij de licentieovereenkomst in stand zou houden. Nu Id/farma niet bereid was een gebruiksvergoeding te betalen, is het hof, de wederzijdse belangen afwegend, voorshands van oordeel dat een opzegtermijn van drie maanden alleszins redelijk is. Het hof gaat er dan ook in het kader van dit kort geding van uit dat de licentieovereenkomst met betrekking tot de G-standaard rechtsgeldig is opgezegd en per 1 augustus is geëindigd. Vanaf die datum was Id/farma dus niet gerechtigd de G-standaard op de KOMBI/rom-online te publiceren en was KNMP niet meer gehouden deze aan Id/farma aan te leveren.

2.39. Id/farma is niet binnen de in het kort geding vonnis gestelde termijn van 6 maanden een bodemprocedure begonnen en KNMP heeft geen een verklaring ex art. 1019i Rv ter griffie ingediend.

2.40. HiCare maakt met toestemming van Z-Index tegen betaling gebruik van de G-standaard voor een ander product genaamd FarmaTAP.

2.41. Id/farma bestaat thans naar eigen zeggen uitsluitend voort wegens de onderhavige procedure en ontplooit geen activiteiten meer. De laatste KOMBI/rom cd-rom dateert van december 2007.

3. Het geschil

in conventie en in reconventie

3.1. In conventie stelt KNMP dat sprake is van onrechtmatig handelen in de vorm van executie van het kort geding vonnis, dat in hoger beroep is vernietigd (HR 11 april 2008, NJ 2008/225), alsmede van auteursrechtinbreuk door Id/farma. Zij vordert in conventie op grond daarvan – samengevat en na vermindering van eis ter comparitie – in de eerste plaats een verklaring voor recht dat Id/farma onrechtmatig heeft gehandeld jegens KNMP door het in hoger beroep vernietigde kort geding vonnis van 27 april 2007 te executeren en KNMP te dwingen zich naar het in kort geding gegeven bevel te gedragen, alsmede een verklaring voor recht dat Id/farma auteursrechtinbreuk heeft gemaakt door het openbaarmaken en veelvoudigen van KNMP-bestanden op de website www.kombirom.nl na 1 januari 2007 en via KOMBI/rom, KOMBI/card en andere KOMBI producten na 1 mei 2007, met veroordeling van Id/farma tot betaling van de kosten voor doorlevering van de WINAp-bestanden na 27 april 2007 ten bedrage van €47.710,- vermeerderd met rente, en tot betaling van de rectificatiekosten van €2.500,- vermeerderd met rente, alsmede tot schadevergoeding wegens onrechtmatig handelen op te maken bij staat en winstafdracht van de met de KOMBI/rom, KOMBI/card/ KOMBI/key, KOMBI/lan, KOMBI/tip en KOMBI/rom online behaalde winst (voor zover cumulatie met schadevergoeding niet zou zijn toegestaan: de hoogste van beide bedragen) met als nevenvorderingen een op straffe van verbeurte van dwangsommen te geven registeraccountantsgecontroleerde en -gecertificeerde opgave van kort gezegd de omvang van de inbreuk in de periode 27 april 2007 – 1 januari 2008, alsmede opgave van de daarmee gemoeide bruto omzet en netto winst, kosten rechtens op de voet van art. 1019h Rv.

3.2. Id/farma verweert zich daar tegen met de volgende stellingen:

- a) er is geen sprake van onrechtmatige executie, omdat KNMP vrijwillig aan het kort geding vonnis zou hebben voldaan;
- b) er is geen schade opgetreden aan de kant van KNMP (maar juist een besparing van €280.000,-) en
- c) met de doorlevering van de bestanden is geen winst gegenereerd door Id/farma (dat over 2007 een verlies zou hebben geleden van €38.558,-);
- d) er kan hooguit sprake zijn van een schadepriode vanaf betekening van het kort geding vonnis tot aan 1 augustus 2007, omdat KNMP de “doorleverings” licentie voor de WINAp-bestanden en de G-standaard licentie heeft opgezegd tegen 1 augustus 2007;
- e) althans hooguit tot 27 oktober 2007 in verband met art. 1019i Rv en het niet tijdig starten van een bodemprocedure door KNMP;
- f) Id/farma heeft geen auteursrechtinbreuk gepleegd;
- g) KNMP kan geen aanspraak maken op vergoeding van de doorlevering van de WINAp-bestanden na 27 april 2007 tot (zoals de eis uiteindelijk is verminderd) 27 oktober 2007 en
- h) evenmin op vergoeding van de rectificatiekosten;
- i) de schadestaat/winstafdrachtvordering moet worden afgewezen, omdat geen sprake is van onrechtmatig handelen door Id/farma;
- j) het opgavebevel versterkt met dwangsom moet worden afgewezen, omdat de conclusie van antwoord in conventie met producties voldoende informatie zou opleveren voor een oordeel omtrent eventueel genoten winst;
- k) althans dienen op te leggen dwangsommen te worden gematigd;

-
- l) er bestaat geen aanspraak op de (omvang van) de redelijke en evenredige kosten in de zin van art. 1019h Rv bij gebreke van specificatie en omdat dit geschil geen IE-zaak is, maar beëindiging van een duurrelatie.

3.3. In reconventie vordert Id/farma vergoeding van schade op grond van *primair* ongeldige opzegging, nu KNMP daar in het licht van het Latour/De Bruin arrest², op grond waarvan bij bepaling van de opzegbaarheid van een duurovereenkomst alle omstandigheden van het geval moeten worden meegewogen, waaronder ook de aard en het gewicht van de redenen voor opzegging, geen geldige redenen voor zou hebben gehad. Zodoende zou in strijd met de redelijkheid en billijkheid zijn opgezegd (en aangezien KNMP inmiddels niet meer kan nakomen, is zij zonder ingebrekestelling in verzuim). *Subsidiair* vergoeding van schade op grond van onregelmatige opzegging, nu een opzegtermijn van 3 maanden veel te kort zou zijn, mede in het licht van het arrest Kakkenberg/Kakkenberg³, aangezien KNMP te weinig rekening zou hebben gehouden met de belangen van Id/farma. *Meer subsidiair* schadevergoeding op grond van overige verbintenissen tot schadevergoeding, te weten op grond van de redelijkheid en billijkheid waarbij zij verwijst naar het Mattel/Borka arrest⁴, waaruit volgt dat naast een redelijke opzegtermijn ruimte bestaat voor additionele schadevergoeding, en tevens op grond van onrechtmatig handelen van KNMP in de vorm van in de eerste plaats oneerlijke mededinging door misbruik te maken van haar economische machtspositie op de productmarkt van “farmaceutische kennisbanken” in Nederland in de vorm van uitbuiting en uitsluiting en in de tweede plaats door onrechtmatig profiteren door KNMP van de prestaties die Id/farma zou hebben geleverd en zodoende van haar bedrijfsdebet, zelfs in de vorm van databankinbreuk. Ten slotte vordert Id/farma in reconventie betaling van een door KNMP onbetaald gelaten factuur betreffende niet teruggeleverde KOMBI/keys. Concreet vordert Id/farma in reconventie op voornoemde grondslagen – samengevat – *primair* een verklaring voor recht dat KNMP de gestelde WINAp-licentieovereenkomst en de G-standaard licentieovereenkomst niet rechtsgeldig heeft opgezegd en betaling van schadevergoeding wegens het niet nakomen van de licentieovereenkomsten van €500.000,-, voorts betaling van €385.560,- op grond van de onbetaald gelaten factuur voor de niet ingeleverde KOMBI/keys, *subsidiair* een verklaring voor recht dat KNMP meerbedoelde licentieovereenkomsten heeft opgezegd met naar redelijkheid en billijkheid een te korte opzegtermijn met veroordeling van KNMP tot betaling van schadevergoeding wegens onregelmatige opzegging van €145.000,- en eveneens betaling van €385.560,- op bovenvermelde grondslag, *meer subsidiair* een verklaring voor recht dat KNMP op grond van de redelijkheid en billijkheid tot een schadevergoeding verplicht is en een verklaring voor recht dat KNMP onrechtmatig gehandeld heeft met veroordeling van KNMP tot betaling van schadevergoeding op te maken bij staat uit hoofde van deze twee grondslagen en andermaal betaling van €385.560,- op meervermelde grondslag, alles kosten rechtens.

3.4. KNMP verweert zich in reconventie als volgt:

- a) KOMBI/rom IV is beëindigd in overleg tussen partijen met inachtneming van de contractuele opzegtermijn van 2 jaar, zodat geen sprake is van ongeldige en evenmin van onregelmatige opzegging, waarbij zij aanvoert dat er geen stilzwijgende licentieovereenkomst met betrekking tot WINAp-bestanden bestaat. Althans is deze geldig beëindigd door opzegging op termijn van 3 maanden. Althans, voor zover dit

² HR 3 december 1999, NJ 2000/120.

³ HR 21 april 1995, NJ 1995/437.

⁴ HR 21 juni 1991, NJ 1991/742.

-
- als duurovereenkomst moet worden aangemerkt, is sprake van geldige beëindiging daarvan. Althans is er een einde van de doorleveringsplicht op 1 januari 2008 na een partiële schikking;
- b) de G-standaard licentieovereenkomst is geldig beëindigd, nu KNMP bereid was de G-standaard aan Id/farma te blijven leveren tegen een gebruiksvergoeding (die eerst verdisconteerd was in de respectieve KOMBI/rom overeenkomsten), welke vergoeding Id/farma niet bereid was te betalen, althans is deze overeenkomst op redelijke termijn opgezegd;
 - c) de meer subsidiaire grondslag voor Mattel/Borka schadeloosstelling gaat niet op, nu Id/farma geen investeringen heeft gedaan of kosten heeft gemaakt die toekenning van een dergelijke schadeloosstelling rechtvaardigen;
 - d) zelfs als sprake zou zijn van stilzwijgende licentieovereenkomsten en van onregelmatige/onrechtmatige opzegging, dan is er geen schade geleden door Id/farma, omdat er is doorgeleverd tot 1 januari 2008 en Z-Index de G-standaard nog steeds doorlevert aan een met Id/farma verbonden onderneming voor een nieuw product, terwijl Id/farma zelf heeft besloten te stoppen met de KOMBI/rom cd-rom en om over te gaan op de KOMBI/rom online, voor welk laatste product zij geen toestemming had om KNMP-bestanden te gebruiken. Althans heeft Id/farma geen causaal verband aannemelijk gemaakt tussen de teruggelopen omzet en de beweerdelijke onregelmatige/onrechtmatige opzegging;
 - e) er is geen sprake van misbruik van economische machtspositie door KNMP, aangezien Id/farma de relevante productmarkt niet juist afbakt, zodat – nu de (omvang van de) markt niet vast is te stellen, er niet bepaald kan worden of sprake is van een machtspositie, waarbij van belang is dat voor belangrijke delen van de KNMP-bestanden alternatieven zouden bestaan – zodat al helemaal niet kan worden vastgesteld dat KNMP *misbruik* zou maken van een economische machtspositie. Bovendien stelt KNMP dat onjuist zou zijn dat sprake is van leveringsweigering, omdat het gaat om weigering een (gratis) licentie te verlenen, terwijl een onderneming die intellectuele eigendomsrechten bezit slechts onder uitzonderlijke omstandigheden verplicht kan worden tot het verlenen van een (dwang)licentie – kortom: van misbruikelijke uitbuiting of uitsluiting is geen sprake;
 - f) er is geen sprake van overig onrechtmatig handelen in de vorm van profiteren van de prestaties en het bedrijfsdebiet van Id/farma door KNMP, omdat KNMP haar Kennisbank in samenwerking met Disk@d B.V. heeft ontwikkeld op grond van door KNMP zelf jarenlang aan Id/farma geleverde KNMP-bestanden, zonder daarbij te profiteren van de inspanningen van Id/farma met betrekking tot de KOMBI/rom. De informatievoorziening aan haar leden was volgens KNMP juist en niet onrechtmatig ten detrimente van Id/farma's KOMBI/rom. Van belang is ook dat de KOMBI/rom IV overeenkomst geen non-concurrentiebeding bevatte;
 - g) evenmin is sprake van inbreuk op databankrechten met betrekking tot de KOMBI/rom, nu Id/farma daar slechts nominale en geen substantiële investeringen in heeft verricht, terwijl KNMP geen delen van de KOMBI/rom heeft overgenomen in de KNMP Kennisbank; dat in de demoversie restanten Hi Author codes te traceren waren, lag aan Id/farma zelf;
 - h) met betrekking tot de teruglevering van de KOMBI/keys beroept Id/farma zich op door KNMP niet ontvangen leveringsvoorwaarden, zodat die niet gelden. Bovendien is KNMP, indien al boetes verschuldigd zouden zijn, ter zake geen debiteur, maar zijn de leden dat, is KNMP nooit om teruggave van de keys verzocht, terwijl Id/farma zelf op haar website heeft bericht dat alle niet-geretourneerde keys zijn gedeactiveerd;

-
- i) zelfs als moet worden aangenomen dat er stilzwijgende licentieovereenkomsten waren die onregelmatig/onrechtmatig zijn opgezegd, dan heeft Id/farma geen schade geleden als gevolg daarvan, omdat is doorgeleverd tot 1 januari 2008 en Id/farma zelf heeft besloten te stoppen met de KOMBI/rom cd-rom, terwijl zij voor de KOMBI/rom online geen toestemming had KNMP-bestanden te gebruiken en voorts Z-Index een met Id/farma verbonden onderneming nog steeds de G-standaard levert voor een ander product. Althans is het causaal verband onvoldoende aannemelijk gemaakt. Hoe dan ook is er geen schade mogelijk na 1 januari 2008 ten aanzien van de WINAp-bestanden vanwege de partiële schikking van partijen.

3.5. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan bij de beoordeling.

4. De beoordeling

in conventie en in reconventie

Impliciete licentie WINAp-bestanden?

4.1. De kern van hetgeen partijen verdeeld houdt betreft de vraag of partijen met inachtneming van het Haviltexcriterium redelijkerwijs over en weer dienden te begrijpen dat sprake was van een stilzwijgende (duur)(licentie) overeenkomst voor het aanleveren van WINAp bestanden, zoals Id/farma aanvoert, maar KNMP gemotiveerd betwist. Dat wil zeggen: een stilzwijgende overeenkomst die los stond van de met wederzijdse instemming op termijn van 2 jaar beëindigde KOMBI/rom IV overeenkomst. De rechtbank beantwoordt die vraag – evenals het hof voorshands deed in hoger beroep van het kort geding en anders dan de voorzieningenrechter van deze rechtbank op basis van de toen door partijen betrokken stellingen deed – ontkennend. Daarvoor is het navolgende redengevend.

4.2. De rechtbank neemt over als haar oordeel hetgeen het hof (alstoen: voorshands) heeft overwogen dienaangaande, zoals hiervoor weergegeven in 2.37. In aanvulling op hetgeen door het hof is verwoord (neerkomend op het oordeel dat sprake is van instemming zonder (financieel) voorbehoud van de kant van (ook) Id/farma met beëindiging van KOMBI/rom IV op termijn van 2 jaar, zonder dat sprake was van een buiten dat verband bestaande impliciete licentieovereenkomst tot doorlevering van WINAp-bestanden) wordt als volgt overwogen.

4.3. Op de periode van 2 jaar voorafgaand aan de KOMBI/rom I overeenkomst na, is de samenwerking van partijen met betrekking tot de KOMBI/rom onafgebroken vastgelegd in telkens nieuwe op elkaar aansluitende schriftelijke overeenkomsten, waarvan de laatste drie inhoudelijk vrijwel niet van elkaar afwijken. In geen van deze overeenkomsten is sprake van een expliciet verwoorde licentie of leveringsplicht in de door Id/farma bedoelde zin. Nu KOMBI/rom I met zoveel woorden beoogt vast te leggen de sinds 1990 tussen partijen bestaande samenwerking, kan de impliciete “productielicentie” met betrekking tot de WINAp-bestanden die aan Id/farma is verschaft om deze bestanden op cd-rom te zetten en te voorzien van ontsluitingssoftware (verveelvoudiging), alsmede om de cd-roms onder abonnees te verspreiden (tevens openbaarmaking) niet los worden gezien van de ratio voor een dergelijke licentie. Dat was het kunnen uitvoeren van de taken van Id/farma in het kader van deze samenwerking, te weten productie en publicatie van de KOMBI/rom cd-rom. Een verplichting tot aanlevering van deze bestanden teneinde Id/farma in staat te stellen haar werkzaam-

heden conform de samenwerkingsovereenkomst uit te voeren volgt zodoende uit en is onlosmakelijk verbonden met de contractuele taak van Id/farma, zoals KNMP met juistheid aanvoert. Nu de successievelijke overeenkomsten daar niets over bepalen, ligt deze toestemming telkens besloten in de feitelijke levering van de G-standaard bestanden door Z-index en WINAp-bestanden door KNMP, zoals KNMP eveneens met juistheid aanvoert.

4.4. Terecht voert KNMP voorts aan dat een door Id/farma voorgestane uitleg neerkomt op een los van de duur van de KOMBI/rom overeenkomst voortdurende verplichting van KNMP om *om niet* bestanden ter beschikking te stellen van Id/farma die daar ten behoeve van haar eigen economisch handelen van zou kunnen profiteren, los van de productie van de KOMBI/rom in het kader van de samenwerking van partijen, die uiteindelijk juist hoofdzakelijk ten dienste stond van de KNMP-leden zelf. Dat ligt zonder nadere steekhoudende onderbouwing, die niet is verschaft, niet bepaald in de rede.

4.5. Blijkens de overgelegde stukken aangaande het onderhandelingsproces volgend op de beëindiging met wederzijdse instemming is tot aan de sommatiebrief van begin maart 2007 – derhalve ruim 10 maanden – *niet* voor KNMP kenbaar door Id/farma naar buiten gebracht dat zij ervan uitging dat zij na beëindiging van de KOMBI/rom IV overeenkomst aanspraak kon blijven maken op voortgezette aanlevering (alsdan: om niet) van de WINAp-bestanden. Integendeel, in reactie op de in 2.23 weergegeven brief van KNMP, waarin KNMP Id/farma eraan herinnert dat Id/farma na 26 april 2007 geen WINAp-bestanden meer via KOMBI/rom kan distribueren vanwege de beëindiging van KOMBI/rom IV, geeft Id/farma in haar e-mail van 21 april 2006 (weergegeven in 2.24) aan KNMP aan dat zij ervan uitgaat dat partijen constructief zullen samenwerken “aan een (in elk geval voor de buitenwereld oftewel ons beider klanten) rimpelloze overgang van de uitgave van het Informatorium Medicamentorum, het FNA, de LNA-bestanden etc. (d.w.z.: de WINAp-bestanden, rb.) van Id/farma naar Disk@d.” Ook dat vormt een aanwijzing dat de thans door Id/farma gestelde doorleveringsplicht niet is hetgeen partijen redelijkerwijs voor ogen heeft kunnen staan.

Geldige beëindiging G-standaard licentie?

4.6. In het verlengde van de in 4.1 gestelde kernvraag ligt de volgende: Is de G-standaard licentie geldig beëindigd door KNMP door opzegging op termijn van 3 maanden bij brief van 27 april 2007 tegen 1 augustus 2007? Die vraag beantwoordt de rechtbank – evenals het hof dat voorshands in hoger beroep van het kort geding deed – bevestigend, waartoe als volgt wordt overwogen.

4.7. De rechtbank neemt ook hier over als haar oordeel hetgeen het hof (alstoen: voorlopig) heeft overwogen wat dat betreft, zoals dat hiervoor is weergegeven in 2.38. Beslissend is kort gezegd dat KNMP bereid was de licentieverlening voor G-standaard bestanden op dezelfde voet te continueren, indien Id/farma een gebruiksvergoeding zou betalen net als andere licentienemers. Niet gebleken is dat Id/farma daartoe bereid was, terwijl tevens vast staat dat zij zonder toestemming van KNMP G-standaard bestanden online heeft gezet na 1 januari 2007. Dat zou beëindiging met onmiddellijke ingang hebben gerechtvaardigd wegens dringende redenen (opzegging zonder inachtnaam van een termijn of ontbinding wegens toerekenbare tekortkoming), zodat zeker een beëindiging op termijn van 3 maanden genoegzaam moet worden geacht.

4.8. Overigens heeft het hof voorshands geoordeeld dat beëindiging van de KOMBI/rom IV overeenkomst niet tevens beëindiging van de G-standaard overeenkomst behelst, zodat deze eerst is geëindigd op 1 augustus 2007. Blijkens de stellingen van KNMP in deze bodemprocedure (vgl. dagvaarding 3.4) gaat KNMP er thans van uit dat (rechtsgeldig) is beëindigd per 1 augustus 2007, niet eerder. In die zin heeft Id/farma gelijk met haar stelling dat doorlevering van de G-standaard bestanden tot 1 augustus 2007 niet kan worden toegerekend aan de – blijkens het hierna overwogene: onrechtmatig geoordeelde – executie van het kort geding vonnis in eerste aanleg. Zij het dat daar weer bij verdisconteerd dient te worden dat Id/farma over de periode 1 mei 2007 tot 1 augustus 2007 geen gebruiksvergoeding heeft voldaan aan KNMP voor het ter beschikking krijgen van G-standaard bestanden, waaromtrent in 4.30 e.v. nader wordt overwogen.

4.9. Op overeenkomstige gronden als met betrekking tot de WINAp-bestanden aangegeven, is evenmin met betrekking tot de G-standaard bestanden sprake van een impliciete sinds 1990 bestaande doorlopende “licentie” of aanleveringsovereenkomst op grond waarvan Id/farma aanspraak zou kunnen maken op levering van G-standaard bestanden (kenmerk: om niet), zoals Id/farma ten onrechte aanvoert. De achtergrond van sluiting van de G-standaard overeenkomst in 1998 is weergegeven in 2.11.

Verdere eisen voortvloeiend uit de redelijkheid en billijkheid?

4.10. Van “opzegging” in eigenlijke zin van de KOMBI/rom IV overeenkomst is zodoende geen sprake. Partijen hebben deze overeenkomst met inachtneming van een overgangperiode van 2 jaar in onderling goedvinden beëindigd, zonder dat Id/farma daarbij een kenbaar voorbehoud heeft gemaakt ten aanzien van enige vorm van schadeloosstelling. Juridisch is dat geen (eenzijdige) opzeggingshandeling, maar te duiden als wilsovereenstemming over de beëindiging. Daarmee is in beginsel de kous af en faalt het betoog van Id/farma omtrent onrechtmatige en onregelmatige “opzegging” en haar daarop gebaseerde schadevorderingen in reconventie op primaire en subsidiaire grondslag.

4.11. Uitgaande van een duurrelatie van ongeveer 17 jaar zou overigens krachtens in rechtspraak en literatuur wel gehanteerde vuistregels een te hanteren opzegtermijn bij een neutrale opzeggingsgrond als de onderhavige (de wens om tot uitgave in eigen beheer over te gaan en kostenbesparing, kort samengevat) op een termijn van (iets minder dan) 2 jaar zijn uitgekomen. Ook zo bezien is derhalve geen sprake van onregelmatige “opzegging” van de KOMBI/rom IV overeenkomst, zoals Id/farma ten onrechte aanvoert.

4.12. Hetzelfde geldt als gelet wordt op de contractuele historie. In drie opvolgende samenwerkingsovereenkomsten tussen partijen is telkens een opzegtermijn van 2 jaar overeengekomen. Beide partijen zijn deze termijn (bij herhaling) overeengekomen. Dat terwijl de samenwerkingsduurrelatie van partijen met betrekking tot de uitgave van de KOMBI/rom telkens langer werd, hetgeen voor partijen blijkbaar geen reden was de opzegtermijn daarop aan te passen of te voorzien in een (andere) contractuele vorm van compensatie bij regelmatige beëindiging. Ook zo bezien vloeit uit de eisen van redelijkheid en billijkheid geen andere beëindigingscompensatie voort dan hantering van een overbruggingsperiode van 2 jaar waarin Id/farma gelegenheid had om te zien naar vervangende nering.

4.13. Weliswaar kan ondanks regelmatige opzegging sprake zijn van omstandigheden die toekenning van een additionele schadeloosstelling indiceren bij beëindiging van onbenoemde duurovereenkomsten als de onderhavige, maar alleen in bijzondere omstandighe-

den, waartoe Id/farma in deze zaak onvoldoende heeft aangevoerd. Overigens heeft ook hier te gelden dat voorop staat dat Id/farma onvoorwaardelijk heeft ingestemd met beëindiging van de KOMBI/rom IV overeenkomst zonder nadere financiële compensatie. Maar dat niettemin, bij wijze van analogie, investeringen als aan de orde in de zaak Mattel/Borka⁵ door Id/farma zouden zijn gedaan, die zij redelijkerwijs niet geacht kan worden te hebben terugverdiend ondanks inachtneming van een overbruggingsperiode van 2 jaar, is niet komen vast te staan, gegeven de gemotiveerde betwisting daarvan door KNMP. Ook dit levert derhalve geen grond op voor schadevergoeding door KNMP.

4.14. Ook het stuklopen van de onderhandelingen over voortzetting van de samenwerking tussen partijen maakt dit niet anders. Van “voor het blok zetten” van Id/farma door KNMP is in weerwil van de stellingen van Id/farma geen sprake. Partijen hebben een jaar lang de mogelijkheden van verdere samenwerking verkend. Toen partijen daar geen overeenstemming over konden bereiken, is onder ogen gezien of Id/farma kon worden betrokken bij de KNMP Kennisbank door gebruik te maken van de KOMBI/key infrastructuur. De financiële voorwaarden die Id/farma aan een en ander stelde, waren uiteindelijk niet acceptabel voor KNMP. Niet valt in te zien dat het KNMP op grond van de eisen van redelijkheid en billijkheid (post contractuele goede trouw) in de omstandigheden van dit geval niet vrij zou hebben gestaan om deze eisen van Id/farma niet te accepteren.

4.15. Met betrekking tot de beëindiging van de G-standaard licentieovereenkomst is evenmin op grond van de redelijkheid en billijkheid ruimte voor toekenning van enige vergoeding of andere compensatie aan Id/farma, nu zij geen gebruikersvergoeding wenst te voldoen zoals de andere licentienemers wel doen, als door KNMP onbestreden gesteld. En al helemaal niet indien daarbij betrokken wordt dat door het zonder toestemming online zetten van WINAp-bestanden sprake is van auteursrechtinbreuk door Id/farma, waaromtrent hierna in 4.27 e.v. wordt overwogen.

Misbruik van economische machtspositie?

4.16. Id/farma stelt in de schriftelijke fase zonder nadere toelichting dat de relevante productmarkt die van “farmaceutische kennisbanken in Nederland” is (antwoord in conventie/eis in reconventie 133). Ter comparitie is de relevante productmarkt door haar nader beperkt tot “farmaceutische kennisbanken voor apothekers in Nederland” (pleitaantekeningen ter comparitie 67). Dat is op die plaats door haar slechts nader onderbouwd als volgt:

(...) databanken die nuttige gegevens bij elkaar brengen om als het ware een handboek of vademecum te vormen voor apothekers, ziekenhuizen en een klein aantal andere partijen die actief zijn in de farmaceutische industrie. Concreet gaat het dus om bijna 2.000 apothekers, zo'n 140 ziekenhuizen en een handje vol fabrikanten van medicijnen, die een gemakkelijk te raadplegen bibliotheek willen hebben. Het gaat hierbij dus uitdrukkelijk niet om de losse boeken, maar om de gehele verzameling die in één handzaam product zijn samengebracht. Het gaat om de complete databank. Hiermee is de productmarkt tamelijk overzichtelijk en niet heel moeilijk te duiden.

4.17. Deze niet van enige onderliggende *economische* rapportage voorziene afbakening komt neer op de markt voor “totaalpakketten” van farmaceutische informatie. Dat ontbeert

⁵ HR 21 juni 1991, NJ 1991/742.

in de visie van KNMP de voor beoordeling van misbruik van een economische machtspositie vereiste economische onderbouwing, aangezien de relevante productmarkt moet worden afgebakend in overeenstemming met de economische realiteit. Id/farma kan volgens KNMP niet volstaan met de loutere stelling dat de relevante markt die voor databanken als die van KNMP is. Hoewel KNMP aangeeft dat het procedureel niet op haar weg ligt de relevante productmarkt te definiëren, omdat Id/farma stelt dat KNMP zich schuldig zou maken aan misbruik van een economische machtspositie, heeft KNMP bij antwoord in reconventie gedetailleerd aangegeven dat en welke naar haar stelling reële alternatieven er zijn voor belangrijke componenten van het KNMP informatie-aanbod als het Formularium, het Informatorium, alsmede voor medicatiebewaking en prijs en logistiek (antwoord in reconventie 5.8), hetgeen volgens KNMP duidt op het bestaan van markten voor “deeldatabanken” – en spoort met de mogelijkheid op delen van de KNMP-bestanden/KNMP Kennisbank abonnementen te nemen. Tevens volgt daaruit dat KNMP niet de enige partij in Nederland is die farmaceutische databanken maakt.

4.18. Alleen dat een en ander is al niet steekhoudend ontzenuwd door Id/farma – ook niet ter comparitie (vgl. pleitaantekeningen ter comparitie 70 en 71, waar zij het hebben van een machtspositie bespreekt, maar terloops (en niet voldoende steekhoudend) ingaat op de stelling dat er relevante alternatieve (deel)bronnen zijn). Zodoende voert KNMP terecht aan dat Id/farma terzake – mede in het licht van het bedoelde gemotiveerde verweer van KNMP – niet aan haar stelplicht heeft voldaan op dit uitgangspunt van afbakening van de relevante productmarkt, dat gestoeld moet zijn op een economische analyse (die niet is verricht).

4.19. Nu aldus al niet is komen vast te staan wat de relevante productmarkt is waarop de gestelde machtspositie van KNMP zou bestaan, moet deze grondslag van het door Id/farma gestelde onrechtmatig handelen van KNMP alleen al daarop stranden.

Ander onrechtmatig handelen KNMP?

4.20. Van ander onrechtmatig handelen door KNMP is naar het oordeel van de rechtbank evenmin sprake. KNMP heeft in samenwerking met Disk@d B.V. op basis van de jarenlang ook aan Id/farma geleverde elektronische bestanden een nieuw product ontwikkeld, de KNMP Kennisbank. Terecht stelt KNMP voorop dat er een mediumverschil zit tussen de KOMBI/rom *cd-rom* en de *online* KNMP Kennisbank. Dat KNMP de KOMBI/rom zou hebben “overgepompt” naar de KNMP Kennisbank, zoals Id/farma aanvoert, wordt gemotiveerd weersproken door KNMP en verworpen. Op basis van een onvoldoende ontzenuwd door KNMP overgelegd partijdeskundigenrapport waarin een vergelijking wordt gemaakt tussen de KOMBI/rom en de KNMP Kennisbank, blijkt dat gebruik wordt gemaakt van verschillende technische platforms, dat de *user interfaces* verschillen en dat de indeling van informatie verschilt.

4.21. Van “uit de markt drukken” van Id/farma ten gunste van de KNMP Kennisbank, zoals Id/farma aanvoert, is geen sprake. Het enkele feit dat KNMP niet langer WINAp-bestanden zou aanleveren, hoefde niet te betekenen dat de KOMBI/rom geen bestaansrecht meer zou hebben en Id/farma heeft na april 2005 twee jaar de tijd gehad om bestanden van derden te verwerven om een concurrerend product te maken, maar dat heeft zij niet gedaan. Dat Id/farma niet langer G-standaard bestanden ontvangt, heeft zij aan zichzelf te wijten.

4.22. KNMP heeft haar leden niet onjuist geïnformeerd en evenmin voor het blok gezet, zoals Id/farma ten onrechte stelt en de wijze van informatieverschaffing wordt niet onrecht-

matig geoordeeld jegens Id/farma. Het hof kwam voorshands tot een overeenkomstig oordeel in het hoger beroep van het kort geding. KNMP heeft haar leden vanaf april 2006 op de hoogte gehouden van de ontwikkelingen van de KNMP Kennisbank en toen duidelijk werd dat er geen voortzetting van de samenwerking met Id/farma inzat, heeft zij haar leden laten weten dat de WINAp-bestanden na 1 mei 2007 alleen nog via de nieuwe KNMP Kennisbank waren te raadplegen.

4.23. Van onrechtmatig profiteren van de inspanningen van Id/farma en haar bedrijfsdebiët is geen sprake. Deze stellingen heeft Id/farma onvoldoende inzichtelijk gemaakt. Juist is dat daarbij gezichtspunt is dat partijen in de opeenvolgende overeenkomsten geen non-concurrentiebeding zijn overeengekomen, zoals KNMP aangeeft.

4.24. Van overname van (delen) van de KOMBI/rom databank in de KNMP Kennisbank is in weerwil van de stellingen van Id/farma ook geen sprake. Evenmin heeft KNMP inbreuk gemaakt op databankrechten van Id/farma. De ter zake gestelde bevindingen uit productie 26 van Id/farma zijn door KNMP adequaat weersproken. Met name is niet komen vast te staan dat sprake is van een substantiële investering door Id/farma zoals de wettelijke definitie van databank vereist, hetgeen door KNMP mede is onderbouwd met een van Id/farma afkomstig kostenoverzicht dat in het kader van de onderhandelingen over voortgezette samenwerking aan KNMP is verschaft. Dat in de demoversie van de KNMP Kennisbank WINAp-bestanden afkomstig van de KOMBI/rom cd-rom zaten, is veroorzaakt doordat Id/farma weigerde de betreffende bestanden, die KNMP zelf aan Id/farma had aangeleverd en niet (meer) volledig bezat, weigerde terug te leveren aan KNMP toen zij deze nodig had voor vervaardiging van haar Kennisbank. Zij heeft zich toen genoodzaakt gezien kopiëren van de KOMBI/rom cd aan Disk@d ter beschikking te stellen, die vervolgens met door Disk@d ontwikkelde software in de Kennisbank demoversie is verwerkt. Daarbij is geen Id/farma-software gebruikt. Zodoende bevatte de demoversie van de Kennisbank restanten van de Hi Author code, die geen functie meer vervulde. Id/farma heeft niet weersproken dat per 1 februari 2007 alle bestanden volledig zelfstandig zijn ingevoerd in de KNMP Kennisbank en de restanten van de Hi Author code zijn verwijderd. In de gegeven omstandigheden van dit geval is een en ander niet onrechtmatig jegens Id/farma te achten.

Onrechtmatige executie kort geding vonnis?

4.25. Id/farma stelt zich op het standpunt dat KNMP vrijwillig aan het kort geding vonnis zou hebben voldaan. Dat wordt verworpen. Uit het betekeningsexploït met bevel tot het op straffe van verbeurte van dwangsommen voldoen aan het petitum van het vonnis en de in 2.32 geciteerde correspondentie tussen partijen (met name de onderstreepte delen daarvan) blijkt dat Id/farma KNMP bij herhaling onder dreiging van executie van dwangsommen heeft gemaand zich onverkort aan het kort geding vonnis te houden. KNMP heeft Id/farma te kennen gegeven dat te zullen doen uitsluitend ter voorkoming van verbeuring van dwangsommen en onder protest van gehoudenheid daartoe.

4.26. Onjuist is de stelling van Id/farma dat geen sprake is van in beginsel onrechtmatige executie indien een in eerste aanleg in kort geding gegeven bevel ten uitvoer wordt gelegd dat in hoger beroep in kort geding wordt vernietigd, zoals blijkt uit HR 11 april 2008, NJ 2008/225. r.o. 4.3.

Auteursrechtinbreuk

4.27. KNMP stelt dat Id/farma geen toestemming had KNMP-bestanden buiten de ten processe bedoelde online-pilot om online openbaar te maken en te verveelvoudigen en dat nu Id/farma dat na 1 januari 2007 zonder toestemming toch heeft gedaan op haar website www.kombirom.nl, sprake is van auteursrechtinbreuk. In de tweede plaats stelt KNMP dat sprake is van auteursrechtinbreuk door Id/farma via de KOMBI/rom, KOMBI/card en andere KOMBI producten vanaf 27 april 2007 voor de WINAp-bestanden en vanaf 1 augustus 2007 voor de G-standaard bestanden, vanwege de beëindiging van respectievelijk de KOMBI/rom IV overeenkomst en de G-standaard overeenkomst in combinatie met de vernietiging van het kort geding vonnis (vgl. onder meer pleitnotities ter comparitie 26-28). Zij vordert terzake een verklaring voor recht en schadevergoeding/winstafdracht.

4.28. De rechtbank stelt voorop dat deze vorderingen uitsluitend betrekking kunnen hebben op openbaarmaking en verveelvoudiging van *WINAp-bestanden*, omdat KNMP bij dagvaarding onder 2.6 zelf aangeeft dat niet zij, maar haar dochter Z Index auteursrechthebbende is met betrekking tot de G-standaard bestanden⁶. Z Index is geen partij in deze procedure. Voor zover KNMP bij dagvaarding onder 2.29, 2.30 en 3.5 stelt dat vanwege de gedane opzegging per 1 augustus 2007 – die hiervoor in 4.6 - 4.9 en 4.15 voor geldig en niet schadelijkt is gehouden – Id/farma niet langer gerechtigd was de G-standaard bestanden op de KOMBI/rom cd-rom te publiceren en terzake daarvan een verklaring voor recht en schadevergoeding/winstafdracht vordert, moet dit stranden, omdat KNMP geen auteursrechthebbende (meer) is met betrekking tot die bestanden. Hetzelfde heeft te gelden voor de online terbeschikkingstelling van de KNMP-bestanden, door KNMP ter comparitie (pleitnotities 22) gekwalificeerd als “inbreuk op de rechten van KNMP en Z-index”. KNMP kan als enige eiseres in conventie slechts terzake claimen voor inbreuk op de *WINAp-bestanden*.

4.29. Id/farma bestrijdt niet dat zij buiten de online pilot om vanaf 1 januari 2007 KNMP-bestanden via haar meerbedoelde website naar buiten heeft gebracht. Zij bestrijdt evenmin dat zij dit over de periode 27 april 2007 respectievelijk 1 augustus 2007 tot 1 januari 2008 via de KOMBI/rom cd-rom heeft gedaan. Zij bestrijdt wel dat dit kwalificeert als auteursrechtinbreuk, voor zover de rechtbank begrijpt voor wat de KOMBI/rom cd-rom betreft omdat zij gehouden zou zijn dat, zoals zij dat formuleert: “als doorgeefluik” te doen voor de abonnees van KNMP, maar dat is auteursrechtelijk geen adequaat verweer, zodat dit faalt. Niet in geschil is dat de WINAp-bestanden auteursrechtelijk beschermde werken zijn. Nu online buiten meerbedoelde pilot om vanaf 1 januari 2007 tot naar de onbestreden stelling van KNMP ergens in de zomer van 2007 zonder toestemming WINAp-bestanden op Id/farma’s website zijn gepubliceerd en dit tevens door Id/farma in KOMBI/rom cd-rom vorm is geschied na 27 april 2007 door executie van het kort geding vonnis, is sprake van auteursrechtelijk voorbehouden openbaarmaking en verveelvoudiging van deze werken van KNMP. Dat kwalificeert als auteursrechtinbreuk.

Schadetoerekening onrechtmatige executie

4.30. KNMP stelt ten gevolge van de onrechtmatige executie van het kort geding vonnis extra kosten te hebben gemaakt, onder meer bestaande uit doorleveringskosten van de WI-

⁶ Kennelijk is het auteursrecht op de G-standaard bestanden overgedragen door KNMP aan Z Index, want in de considerans van de G-standaard licentieovereenkomst van 18 september 1998 staat nog dat KNMP auteursrechthebbende was.

Nap-bestanden en rectificatiekosten. Tevens stelt KNMP schade te hebben geleden als gevolg van het onrechtmatig (inbreukmakend) gebruik door Id/farma van de KNMP-bestanden. Bij de in 2.32 *in fine* weergegeven brief van 18 juli 2007 heeft KNMP Id/farma aangezegd haar aansprakelijk te houden voor de hierbedoelde schade en aanspraak te maken op winstafdracht wegens auteursrechtinbreuk.

4.31. Id/farma heeft als één van haar subsidiaire verweren gevoerd dat de schadepriode die op grond van de gestelde onrechtmatige executie in aanmerking komt vanwege het achterwege laten van een verklaring ter griffie ex art. 1019i Rv van KNMP, is beperkt tot de periode 27 april 2007 – 27 oktober 2007. Dat is naar het oordeel van de rechtbank maar ten dele juist. De rechtbank stelt daarbij voorop dat partijen zich kennelijk niet hebben afgevraagd of überhaupt wel een art. 1019i Rv termijn diende te worden bepaald in kort geding. Immers, de auteurs- en merkenrechtelijke vorderingen zijn in eerste aanleg afgewezen en alleen de op de gestelde contractuele doorleveringsplicht gestoelde vorderingen (met rectificatie) zijn toegewezen. Wat daar verder van zij, blijktens het processuele debat in deze bodemzaak gaan partijen er kennelijk beiden van uit dat een dergelijke termijn diende te worden bepaald, omdat Id/farma er bedoeld verweer aan ontleent, dat ter comparitie aan de orde is geweest en naar aanleiding waarvan KNMP haar eis gedeeltelijk heeft verminderd, namelijk voor wat betreft de gevorderde doorleveringskosten van de WINAp-bestanden. Voor deze doorleveringskosten heeft KNMP haar eis verminderd tot de periode 27 april 2007 – 27 oktober 2007. Naar het oordeel van de rechtbank speelt dit evenwel geen beslissende rol voor de in conventie gevorderde schadestaat/winstafdracht en het opgavebevel wegens auteursrechtinbreuk over de periode na 27 oktober 2007. Met haar eisaanpassing voor wat betreft de doorleveringskosten wil nog niet gezegd zijn dat KNMP daarmee zou erkennen dat ook de auteursrechtinbreukschade die zij kan vorderen zou moeten worden beperkt tot aan 27 oktober 2007. Dat ligt ook niet voor de hand, nu de inbreuk op de tot 27 oktober 2007 al aangeleverde bestanden ook nadien, tot aan ultimo 2007 is blijven doorgaan. KNMP had het mogelijk in haar hand gehad om over de maanden november en december 2007 nadere “updates”-leveranties te blokkeren, maar het ligt op de weg van Id/farma om aan te geven dat dit zou hebben betekend dat van (enige) schade ten gevolge van auteursrechtinbreuk door tot aan 27 oktober 2007 geleverde bestanden dan niet meer kan worden gesproken (waarover zij ook nadien geen licentievergoedingen heeft afgedragen), hetgeen Id/farma niet heeft gedaan. De rechtbank laat voorts daar dat KNMP met het gedeeltelijk afzien van haar aanspraak op vergoeding van doorleveringskosten niet haar uitdrukkelijk ingenomen standpunt heeft prijsgegeven dat in die verplichting niet mag worden gezien dat het gebruik van die bestanden en het ter beschikking stellen aan klanten door Id/farma zonder enige licentievergoeding zou mogen plaatsvinden, hetgeen, zoals hiervoor werd overwogen, voor juist wordt gehouden.

4.32. Met de vastgestelde auteursrechtinbreuk is de mogelijkheid dat daardoor door KNMP schade is geleden aannemelijk te achten. Ter comparitie heeft KNMP aangegeven dat zij als schadeposten het volgende onderscheidt. Met betrekking tot voortgezette publicatie van de KOMBI/rom cd-rom betreft dit gemiste afdracht van abonnementsgelden door Id/farma (20%) en gemiste gebruiksvergoedingen die de abonnees op de KOMBI/rom cd-rom voorafgaand aan mei 2007 rechtstreeks betaalden aan KNMP, maar nadien aan Id/farma, omdat alleen Id/farma vervolgens factureerde en inde. Met betrekking tot de KOMBI/rom online betreft dit volgens KNMP eveneens gemiste abonnementsinkomsten (KOMBI/rom online abonnees werden geen KNMP Kennisbank abonnee) en gemiste gebruiksvergoedingen. Tegen dit een en ander is door Id/farma niet voldoende steekhoudend stelling genomen.

4.33. De schadestaat en winstafdrachtvorderingen in conventie zijn op grond daarvan beperkt toewijsbaar voor zover het auteursrechtinbreuk door Id/farma betreft op (alleen) de WINAp-bestanden (niet de G-standaard bestanden) middels voortgezette publicatie van de KOMBI/rom cd-rom en andere KOMBI-producten vanaf 27 april 2007. Voor zover het niet-geautoriseerde online publicatie van (andermaal alleen) WINAp-bestanden (en dus niet de G-standaard-bestanden) op Id/farma's website www.kombirom.nl betreft, is een en ander toewijsbaar vanaf 1 januari 2007 zoals gevorderd.

4.34. Dat KNMP haar schadevordering begroot op een vast te stellen bedrag aan gemiste licentievergoedingen, naar analogie met de verdeelsleutel die tussen partijen in het verleden gold voor externe abonnees, die rechtstreeks van Id/farma afnamen, volgens haar vast te stellen op 20% over alle door Id/farma met KOMBI/rom producten behaalde inkomsten⁷, behoeft geen nadere beoordeling, omdat dit kan blijven rusten tot de schadestaatprocedure. In dit stadium volstaat daaromtrent te overwegen dat dit niet zonder meer op kan gaan, nu zich de complicatie voordoet dat KNMP alleen schadevergoeding voor auteursrechtinbreuk op de WINAp-bestanden toekomt, terwijl de KNMP bestanden op de cd-rom en online versie van de KOMBI/rom daarnaast ook de (voor de praktijk onmisbare) G-standaard bestanden omvatte.

4.35. Met betrekking tot de in conventie gevorderde doorleveringskosten van WINAp-bestanden in de periode 27 april 2007 – 27 oktober 2007 van €47.710,- overweegt de rechtbank als volgt. Deze kosten zijn onderbouwd door KNMP middels producties 9 en 47, waaromtrent bij inlichtingenakte onder 6 gemotiveerd het bij antwoord in conventie onder 84 tot 90 gevoerde verweer van Id/farma – mede aan de hand van Id/farma's productie 20 – is weersproken. Daar is door Id/farma niet meer inhoudelijk op terug gekomen ter comparitie, hoewel zij daartoe blijkens de geboden pleitgelegenheid wel de mogelijkheid voor heeft gekregen. Bij die stand van zaken heeft haar verweer als onvoldoende steekhoudend gemotiveerd te gelden en worden haar bewijsaanboden ter zake als niet ter zake dienend gepasseerd. In productie 47 is aangegeven (p. 3) dat de opgevoerde werkzaamheden met betrekking tot de G-standaard niet de inhoud van de G-standaard betreffen, maar de bewerking en controle van verwijzingen in de WINAp-bestanden zoals gepresenteerd op de KOMBI/rom naar de G-standaard, zodat ook deze kosten in aanmerking komen als vergoeding van door KNMP geleden schade.

4.36. De in conventie gevorderde kosten voor rectificatie van €2.500,- zijn door Id/farma onder meer bestreden met de stelling dat voor het daadwerkelijk gemaakt zijn van die kosten geen bewijs is bijgebracht. Productie 10 van KNMP bevat naast kopie van de rectificatiebrief inderdaad alleen een verder niet met onderliggende stukken onderbouwd staatje met kosten. Daar is weliswaar in productie 47 van KNMP (een verklaring van haar directeur Tinke) een nadere toelichting op gegeven, maar ook die is niet onderbouwd met onderliggende stukken. Bovendien blijkt uit die toelichting dat dit voor een groot deel doorberekende interne overleguren betreft over het kort geding vonnis en de gevolgen daarvan en overleg met haar advocaat, hetgeen niet kan worden geclaimd onder de post rectificatie-

⁷ KNMP voert aan (inlichtingenakte 8.42 en pleitnotities ter comparitie 31) dat dit – afhankelijk van de opgave door Id/farma – tenminste een kleine €100.000,- zou moeten zijn, aangezien uit Id/farma's eis in reconventie en productie 22 blijkt dat zij over de periode mei – december 2007 €498.000,- aan inkomsten heeft genoten.

kosten. Gelet op het gevoerde verweer van Id/farma volstaat dit een en ander niet, zodat dit deel van de conventionele vordering wordt afgewezen.

4.37. Dat geen sprake zou zijn van schade maar van bespaarde kosten ad €280.000,-, zoals Id/farma stelt, wordt als niet te volgen standpunt verworpen. Terecht wijst KNMP er op dat de producties waar Id/farma zich ter zake op beroept, dateren van voor mei 2007 en derhalve niet de relevante schadepriode, terwijl niet valt in te zien welke relevantie deze stukken (prod. 15 met facturen uit 2006 en een overzicht van afdrachten januari – april 2007, prod. 19 Id/farma) voor de periode na 1 mei 2007 hebben. Ook het winstafdrachtverweer van Id/farma (vgl. 3.2 onder c)) faalt – alleen al omdat KNMP terecht aanvoert dat het beweerdelijke bedrijfsverlies van Id/farma over 2007 uit een niet volledige jaarrekening zou moeten volgen, welk verlies overigens los staat van de vraag of met de auteursrechtinbreuk op zichzelf winst is gegenereerd die zich desgevorderd leent voor afdracht op de voet van art. 27a Auteurswet.

KOMBI/key teruggave?

4.38. De beweerdelijk contractueel verbeurde boete per niet ingeleverde KOMBI/key heeft Id/farma niet genoegzaam onderbouwd, mede in het licht van het verweer van KNMP ter zake. Id/farma baseert dit op leveringsvoorwaarden – die zij niet overlegt – en die KNMP stelt niet te hebben ontvangen. Zoals KNMP met stukken onderbouwd heeft aangegeven, was bovendien niet zij, maar waren haar leden terzake debiteur. Bovendien heeft Id/farma niet weersproken dat zij KNMP nooit verzocht heeft om teruglevering van KOMBI/keys. Hierop strandt deze vordering in reconventie.

Slotsom

4.39. Het vorenoverwogene impliceert voor de vorderingen in conventie dat de gevorderde verklaring voor recht dat Id/farma onrechtmatig jegens KNMP heeft gehandeld door het in appel vernietigde kort geding vonnis te executeren en KNMP te dwingen zich naar het in kort geding gegeven bevel te gedragen, kan worden toegewezen.

4.40. De in conventie gevorderde verklaring voor recht dat Id/farma inbreuk heeft gepleegd op de auteursrechten van KNMP door openbaarmaking en verveelvoudiging van KNMP-bestanden is alleen toewijsbaar voor zover het WINAp-bestanden betreft, op grond van het in 4.28 overwogene.

4.41. De in conventie gevorderde kosten voor doorlevering van de WINAp-bestanden zijn toewijsbaar als in het dictum verwoord, de gevorderde rectificatiekosten worden afgewezen.

4.42. De conventionele schadestaat en winstafdrachtvorderingen worden beperkt toegewezen als in het dictum verwoord.

4.43. De in conventie gevorderde nevenvorderingen tot accountantsgespecificeerde en – gecertificeerde opgaven dient te worden beperkt tot de WINAp-bestanden, andermaal aangezien KNMP geen auteursrechthebbende (meer) is met betrekking tot de G-standaard. Ook moet de opgave worden uitgesplitst in een periode vanaf 27 april 2007 voor zover het voortgezette KOMBI/rom cd-rom publicaties betreft en vanaf 1 januari 2007 voor zover het publicatie in de vorm van de KOMBI/rom online betreft – en overigens slechts als in het dic-

tum verwoord, mede ter voorkoming van onnodige executiegeschillen. Het verweer van Id/farma dat dit overbodig zou zijn op grond van hetgeen zij aan gegevens heeft verschaft in haar conclusie van antwoord in conventie met producties, faalt. KNMP behoudt rechte te respecteren belang bij de gevorderde (accountantsgecontroleerde) opgaven ter bepaling van de omvang van de inbreuk en daardoor geleden schade en/of daarmee genoten af te dragen winst.

4.44. De in conventie op te leggen dwangsommen zullen worden gematigd en gemaximeerd als in het dictum verwoord.

4.45. Als in conventie in hoofdzaak in het ongelijk gestelde partij, wordt Id/farma verwezen in de kosten. Art. 1019h Rv is maar ten dele op deze zaak van toepassing, namelijk voor zover het auteursrechtinbreuk betreft. De rechtbank merkt 20% van de door KNMP verantwoorde kosten voor de zaak in conventie en in reconventie aan als IE-gerelateerd, omdat het merendeel van de bestede tijd aangemerkt wordt als gemoeid met de kwestie van beëindiging van de duurrelatie tussen partijen. Gelet op de betwisting door Id/farma van de redelijkheid en evenredigheid van de ten deze verantwoorde kosten en de omstandigheid dat KNMP met het oog op de Indicatietarieven IE ter comparitie heeft laten doorschemeren alsdan terug te vallen op het daarin voorkomende maximumtarief voor een gecompliceerde zaak als de onderhavige, wordt voor de conventie uitgegaan van 20% van de helft van €25.000,-, derhalve €2.500,- voor zover de kostenveroordeling is te baseren op art. 1019h Rv, vermeerderd met 80% van het terzake geldende liquidatietarief⁸ voor de overige kosten, een en ander als in het dictum verwoord.

4.46. Geen van de reconventionele vorderingen is toewijsbaar en Id/farma wordt als de in het ongelijk gestelde partij verwezen in de kosten, voor zover deze zijn te baseren op art. 1019h Rv (vanwege de gestelde auteursrecht- en databankinbreuk) andermaal te begroten op €2.500,-, vermeerderd met 80% van het terzake geldende liquidatietarief⁹ voor de overige kosten, een en ander als in het dictum verwoord.

5. De beslissing

De rechtbank

in conventie:

5.1. verklaart voor recht dat Id/farma onrechtmatig heeft gehandeld door het ten processe bedoelde in hoger beroep vernietigde vonnis van de voorzieningenrechter van deze rechtbank van 27 april 2007 te executeren en KNMP te dwingen zich naar het in kort geding gegeven bevel te gedragen;

5.2. verklaart voor recht dat Id/farma inbreuk heeft gemaakt op de auteursrechten van KNMP door het openbaarmaken en verveelvoudigen van WINAp-bestanden a) op de websi-

⁸ Daarbij is de comparitie met pleitgelegenheid gerekend voor 3 punten, met inlichtingenakte en dagvaarding uitkomend op 4,5 punten in tarief II in conventie (en daar 80% van).

⁹ Aangezien de reconventie voortvloeit uit het verweer in conventie wordt gekomen tot 2,25 punt in tarief II in reconventie (en daar 80% van).

te www.kombirom.nl na 1 januari 2007, b) via KOMBI/rom, KOMBI/card en andere ten processe bedoelde KOMBI/producten na 1 mei 2007;

5.3. veroordeelt Id/farma tot betaling van de kosten voor doorlevering van de WINAp-bestanden na 27 april 2007 tot aan 27 oktober 2007 ten bedrage van €47.710,- binnen 15 werkdagen na betekening van dit vonnis, te vermeerderen met de wettelijke rente over dit bedrag vanaf de datum van dagvaarding tot aan de dag van betaling;

5.4. veroordeelt Id/farma tot

- a. vergoeding van de door KNMP geleden schade als gevolg van het ten processe bedoelde onrechtmatig handelen jegens KNMP in de vorm van het plegen van auteursrechtinbreuk met betrekking tot de WINAp-bestanden, voor zover dit publicatie van de KOMBI/rom cd-rom, KOMBI/on-card, KOMBI/key, KOMBI/lan en KOMBI/tip betreft vanaf 27 april 2007 en voor zover dit de KOMBI/rom online betreft vanaf 1 januari 2007, welke schade dien te worden opgemaakt bij staat en vereffend volgens de wet, alsmede
- b. afdracht van de met de KOMBI/rom, KOMBI/on-card, KOMBI/key, KOMBI/lan, KOMBI/tip en KOMBI/rom online behaalde winst voor zover die is toe te rekenen aan auteursrechtinbreuk op de WINAp-bestanden in de respectieve sub a genoemde periodes,
althans, voorzover cumulatie van de sub a en b bedoelde bedragen volgens de stand van de rechtspraak niet is toegestaan, betaling van het hoogste van deze bedragen;

5.5. veroordeelt Id/farma om binnen één kalendermaand na betekening van dit vonnis aan de advocaat van KNMP te doen toekomen een schriftelijke, door een registeraccountant gecontroleerde en gewaarmerkte opgave van de volgende informatie;

- a. de door KNMP geleverde WINAp-bestanden die door Id/farma aan abonnees ter beschikking zijn gesteld via de KOMBI/rom cd-rom en de KOMBI/on-card vanaf 27 april 2007 en via de KOMBI/rom on-line in de periode na 1 januari 2007, waarbij per abonnee(-groep) wordt aangegeven:
 - de periode gedurende welk deze bestanden ter beschikking zijn gesteld;
 - het aantal gebruikers;
 - de door de gebruikers betaalde vergoeding per maand of andere tijdseenheid waarover deze door Id/farma in rekening is gebracht
- b. de bruto-omzet die Id/farma met de KOMBI/rom, KOMBI/on-card, KOMBI/online, KOMBI/key, KOMBI/lan en KOMBI/tip heeft behaald over de onder a bedoelde periodes en de netto-winst, met een specificatie van de verschillende kostenposten die ter berekening daarvan op de bruto-omzet in mindering zijn gebracht, een en ander voorzien van duidelijke en gedetailleerde schriftelijke bewijsstukken;

5.6. veroordeelt Id/farma tot betaling van een dwangsom van €5.000,- voor elke dag of deel daarvan dat Id/farma niet voldoet aan het in 5.5 bepaalde, met een maximum van €75.000,-;

5.7. veroordeelt Id/farma in de kosten van deze procedure in conventie, tot aan deze uitspraak aan de zijde van KNMP begroot op €1.287,25 aan verschotten en €4.127,20 aan salaris advocaat;

5.8. verklaart het in 5.3 tot en met 5.7 gestelde uitvoerbaar bij voorraad;

5.9. wijst af het meer of anders gevorderde;

in reconventie:

5.10. wijst de vorderingen af;

5.11. veroordeelt Id/farma in de kosten van deze procedure in reconventie, tot aan deze uitspraak aan de zijde van KNMP begroot op nihil aan verschotten en op €3.313,60 aan salaris advocaat;

5.12. verklaart het in 5.11 gestelde uitvoerbaar bij voorraad.

Dit vonnis is gewezen door mr. G.R.B. van Peurseem en in het openbaar uitgesproken op 9 november 2011.