

LJN: BR2033, Rechtbank Amsterdam , 455163 / HA ZA 10-1062

Datum 30-03-2011
uitspraak:
Datum 18-07-2011
publicatie:
Rechtsgebied: Handelszaak
Soort procedure: Eerste aanleg - enkelvoudig
Inhoudsindicatie: Totstandkoming overeenkomst. Afgebroken onderhandelingen.
Auteursrechtinbreuk.

Uitspraak

vonnis
RECHTBANK AMSTERDAM

Sector civiel recht

zaaknummer / rolnummer: 455163 / HA ZA 10-1062

Vonnis van 30 maart 2011

in de zaak van

de rechtspersoon naar vreemd recht
XPERIENCE HONG KONG LIMITED,
gevestigd te Amsterdam,
eiseres,
advocaat mr. R.N.E. Visser,

tegen

de rechtspersoon naar vreemd recht
NDDO INSTITUTE FOR PREVENTION AND EARLY DIAGNOSTICS BV,
gevestigd te Amsterdam,
gedaagde,
advocaat mr. J.A. Schuman.

Partijen zullen hierna Xperience en NIPED genoemd worden.

1. De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding met 28 producties;
- de conclusie van antwoord met 16 producties;
- het tussenvonnissen van 21 juli 2010, waarbij een comparitie van partijen is gelast;
- het proces-verbaal van de comparitie van partijen van 19 november 2010 en de daarin genoemde nadere stukken.

1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

2. De feiten

2.1. Xperience ontwikkelt en levert bewegingsconcepten en gezondheidsprogramma's op maat. Zij heeft een koffer met bewegingsproducten ontwikkeld, waarmee de gebruiker bewegingsprogramma's kan volgen en gestimuleerd wordt na te denken over zijn of haar beweeg- en voedingspatroon (hierna: de Xperience-koffer).

2.2. NIPED is in 2005 opgericht om binnen de bestaande gezondheidszorg op een structurele wijze meer aandacht te geven aan het voorkomen en vroegtijdig opsporen van de belangrijkste aandoeningen. Zij heeft in dat kader een wetenschappelijk kennisplatform ten behoeve van zorg op afstand ontwikkeld. Met gebruikmaking van dit kennisplatform heeft NIPED het zogenoemde PreventieKompas ontwikkeld. Alle belangrijke aspecten van de gezondheid van een deelnemer aan het PreventieKompas komen aan de orde via gevalideerde online vragenlijsten, niet belastende biometriemetingen (bloeddruk, buikomvang, lengte, gewicht en longfunctie) bij de huis- of bedrijfsarts en door middel van laboratoriumonderzoek. De gegevens komen samen in het NIPED-systeem dat de gegevens analyseert en omzet in een persoonlijk gezondheidsprofiel. Het systeem koppelt dit profiel aan de vigerende medische richtlijnen en best-practice inzichten op het zogenoemde

BRAVO-gebied (bewegen, roken, alcohol, voeding en ontspanning). Zo worden onder andere bestaande risico's opgespoord voordat er klachten optreden en worden deelnemers aangezet tot een gezondere levensstijl.

2.3. In de huidige versie van het PreventieKompas hebben deelnemers toegang tot de website www.PreventieKompas.nl, waarop onder "hoe werkt het/wie doen er mee?" onder "Leefstijlspecialisten" diverse geselecteerde bedrijven, instituten en organisaties vermeld staan, die in het kader van de follow-up van de persoonlijke uitslag in het BRAVO-domein een voor deelnemers passende bijdrage kunnen leveren aan een gezondere levensstijl.

2.4. Eind 2007 zijn Xperience en NIPED gesprekken aangegaan met betrekking tot een beoogde samenwerking.

2.5. Op 23 november 2007 stuurt [A] van NIPED (hierna: [A]), met een cc aan [B] van NIPED (hierna: [B]), een e-mailbericht aan [C] van Xperience (hierna: [C]). Dit bericht luidt voor zover hier van belang als volgt:

De notulen van vanmiddag stuur ik dit weekend of anders maandag, daaropvolgend zal ik zoals besproken een samenwerkingsovereenkomst opstellen (...) Ik ben erg benieuwd naar koffers, het is in ieder geval erg leuk om op zo een enthousiaste manier samen te werken!

2.6. [C] stuurt op 5 december 2007 informatie van SensaCare over een bloeddrukmeter van SensaCare, alsmede een exemplaar van die bloeddrukmeter, aan [B] om deze te proberen.

2.7. Op 14 december 2007 stuurt [A], met in cc [B], [C] de notulen van de bespreking van 23 november 2007. Deze notulen luiden, voor zover hier van belang, als volgt:
[C] (rechtbank: [C]) wijst op twee concepten om de samenwerking tussen NIPED en Xperience te realiseren en te presenteren aan klanten van het NIPED:

Concept I:

Xperience is een follow-up partij binnen de NIPED "stepped care" aanpak. PreventieKompas deelnemers kunnen dan kiezen of ze mee willen doen met het programma van Xperience. Als een aanzienlijk aantal deelnemers van een bedrijf/organisatie kiezen voor Xperience kunnen er afspraken gemaakt worden omtrent een intensivering van de samenwerking volgens concept II.

Concept II:

Elke deelnemer van het PreventieKompas krijgt ook een Xperience-koffer, en vice versa. De Xperience beweegmodule zal daarbij aansluiten op het eet- en beweegadvies en de balansfactor van NIPED en het e-logboek, de coaching en de follow-up applicatie van Xperience zal geïntegreerd kunnen worden in het NIPED Persoonlijk GezondheidsDossier van de deelnemer als basis (NIPED) interventie binnen de "stepped care" aanpak.

Er wordt besloten om op korte termijn de lijn van concept I te volgen. Xperience zal hiertoe bij de eerst volgende update toegevoegd worden als leefstijl FU-partij in de uitslag van het PreventieKompas, de verwachting is dat deze plaats zal vinden begin januari 2008.

Gemaakte afspraken:

- Het NIPED en Xperience zullen hun intentie tot samenwerking in een LOI vastleggen.
- Bij de eerstvolgende update zal Xperience als follow-up partij geïmplementeerd worden in het gezondheidsplan van het PreventieKompas (begin januari 2007).

Te ondernemen actie

- [C] (Xperience) zal worden opgenomen als follow-up partij en zal daarvoor een aantal teksten, een logo en een webpagina (tussenvagina) aanleveren conform met de specificaties (die overhandigd zijn).
- [C] zal een tweetal koffers laten maken als voorbeeld voor PreventieKompas
- [A] (rechtbank: [A]) zal voor de koffer het NIPED logo en de PMS kleur daarvoor aanleveren.
- [A] zal een LOI opstellen om de samenwerking tussen het NIPED en Xperience vorm te geven.

2.8. Op 26 december 2007 stuurt [B] [C] het volgende e-mailbericht:

Hierbij een overzichtje van een vergelijking tussen de Sensacare en een sphygomanometer (de standaard methode) bij 14 patiënten. Zoals je ziet doet hij het heel behoorlijk en bij de 2 patiënten bij wie ik ook een Omron meting heb gedaan zelfs beter dan de Omron meter.

2.9. Op 8 januari 2008 stuurt [A] aan [C] en [B] een door Xperience en NIPED ondertekende letter of intent (hierna: LOI). Deze LOI luidt voor zover hier van belang als volgt:

1, Tot een overeenkomst is getekend zullen Partijen werken onder deze Letter of Intent.

2. NIPED zal bij de eerstvolgende update (planning eind januari 2008) Xperience als follow-

up partij implementeren in het gezondheidsplan van het PreventieKompas.

(...)

4. Er gekeken zal worden naar de mogelijkheden voor Xperience om bij te dragen in de ontwikkeling van een 'doe-het-zelf'-versie van het PreventieKompas.

5. Partijen in overleg zullen treden hoe een en ander het beste vorm en inhoud gegeven kan worden.

2.10. Op 31 januari 2008 laat [B] aan [C] weten eerdere berichten over de bloeddrukmeter van SensaCare "mooi nieuws" te vinden.

2.11. Op 29 mei 2008 stuurt [C] aan [D] van NIPED (hierna: [D]) een e-mailbericht met onder andere de volgende inhoud:
Zoals gisteren besproken zou ik het een en ander via de mail bevestigen.

Het NIPED en Xperience gaan een strategische samenwerking aan waarbij Xperience een koffer zal leveren, specifiek voor het NIPED samengesteld, met als bedoeling de participatie van het NIPED programma te verhogen.

Xperience zal hiertoe een aantal voorstellen doen v.w.b. invulling van de koffer. Hartslagmeter, stappenteller, bloeddrukmeter en MP3 speler zijn hierin de meest logische. Verder is er de mogelijkheid dat de gegevens/producten van het NIPED in deze koffer worden opgenomen. Wat mij betreft haal ik volgende week de spullen op die in jullie box zitten. Ik stuur dit op naar Hong Kong zodat er een nieuwe blister ontworpen kan worden.

Uitgangspunt is om het in eerste instantie bij 1 a 2 bedrijven neer te leggen als pilot om vervolgens te kijken wat er gebeurt met de participatie om van hieruit verder te schakelen.

2.12. [D] stuurt diezelfde dag in antwoord daarop het volgende e-mailbericht:
Dank voor je bericht. Maak ervan dat NIPED en Xperience geïnteresseerd zijn om een strategische samenwerking aan te gaan en NIPED overweegt om de NIPED /experience box een wannahave te laten zijn bij het begin van het preventieprogramma dat door de werkgever wordt aangeboden. Idee van pilots etc prima.

2.13. Tussen partijen is er na het laatstgenoemde e-mailbericht van [D] geen contact meer, totdat [C] [D] op 12 juni 2008 een concept koopovereenkomst stuurt. Het begeleidende e-mailbericht luidt als volgt:
Het heeft even geduurd voordat we de prijzen konden bepalen vanwege de info die ik uit Hong Kong moest krijgen. In de offerte ben ik uitgegaan van jullie eigen logo en kleuren. Dit betekent wel dat er een minimale afname is van 3000 stuks. Echter door de aanpassingen die we zouden moeten maken in het geval van de NIPED box integreren in de Xperience koffer krijg je automatisch met deze aantallen te maken.

Twee mogelijkheden: de basis koffer die bekend is (hartslagmeter met draadloze borstband, stappenteller en een MP3 speler van Philips met 2 Gb geheugen. en dezelfde koffer aangevuld met een medisch gevalideerde bloeddrukmeter. Hiervoor moet ook de koffer en blister worden aangepast.

Ben benieuwd wat je ervan vindt, persoonlijk ben ik ervan overtuigd dat we de participatie op deze wijze ruim kunnen verhogen.

2.14. Op 27 november 2008 heeft [B] contact opgenomen met SensaCare. NIPED heeft SensaCare daarbij een offerte gevraagd voor de levering van Saa-102 SensaCare bloeddrukmeters voor het PreventieKompas van NIPED.

2.15. NIPED heeft Xperience uitgenodigd om op 17 december 2008 te komen praten over de levering van een aantal demoboxen met daarin in elk geval de genoemde bloeddrukmeter van SensaCare. Op 19 december 2008 vraagt [E] van NIPED (hierna: [E]) aan Xperience "voor de korte termijn (...) een aantal demo's (+/- n = 50) voor box 1 (50 min -ers) en box 2 (50+ers)".

2.16. Op 14 januari 2009 stuurt Xperience aan [E] foto's van de bloeddrukmeter met het logo van het PreventieKompas.

2.17. [C] stuurt [E] op 22 januari 2009 foto's van de Preventiebox. In het begeleidende e-mailbericht geeft [C] aan dat de box diezelfde dag nog wordt opgestuurd naar Nederland, samen met de bloeddrukmeters en de buiklinten. Hij geeft daarbij aan dat de tray in overleg met NIPED moet worden "ge fine tuned". In reactie daarop stuurt [E] diezelfde dag het volgende e-mailbericht.
De doos ziet er in ieder geval strak uit en goed dat er een 50 tal al deze kant op komen. Zodra de box binnen is moeten we even afstemmen en een vervolgspraak plannen.

2.18. [C] stuurt op 4 februari 2009 aan [E] per e-mail de gebruiksaanwijzing van de

bloeddrukmeter van SensaCare. Hij heeft diezelfde dag een e-mailbericht gestuurd aan [D], waarin onder andere het volgende valt te lezen:

Ik sprak [F] vandaag en hij gaf aan dat jullie het een goed idee vonden om bij elkaar te komen (...) en de voortgang te bespreken, m.n. de commerciële mogelijkheden. Dit was waar ik vrijdag voor belde maar je zat in een meeting.

(...)

[E], heb jij al wat gehoord over logo's, slogan etc om eventueel te plaatsen op de uiteindelijke versie op de box? Tevens voor jouw informatie. De resterende spullen zijn opgestuurd en zullen in een sample tray worden verwerkt zodat (...) een goed idee krijgen hoe dit er uit zal gaan zien.

2.19. In antwoord op dit e-mailbericht antwoordt [D] "is goed en belangrijk".

[C] stuurt [D] vervolgens op 13 februari 2009 een tekening van de tray van de Preventiebox.

2.20. Op 9 februari 2009 stuurt [C] [D] een e-mailbericht. Dit bericht luidt voor zover hier van belang als volgt:

Ik stuur je hierbij de eerste draft van de samenwerkingsovereenkomst tussen NIPED en Xperience. Het is gemaakt door één van de investeerders achter Xperience dus ik hoor graag je op- en aanmerkingen om te bespreken.

2.21. In verband met deze e-mail van [C] stuurt [D] op 13 februari 2009 aan [B] het volgende e-mailbericht:

Ik snap niet helemaal wat hij allemaal wil. Jij wel? Het klinkt als een strategische samenwerking dat gaat wel erg ver voor iemand die de dozen voor ons importeert.

2.22. Op 13 februari 2009 stuurt [E] [C] een e-mailbericht, dat voor zover hier van belang als volgt luidt:

We moeten nu vaart maken dus zoals besproken is het voor de eerste 40 stuks goed genoeg ondanks dat ik absoluut geen idee wat de extra kosten zijn voor deze tray. Begrijp me goed, na deze 40 willen we naar een veel flexibelere oplossing. Sinot denkt hiervoor ook mee, dus eea moet wel tegen elkaar opwegen. Stuur het kostenplaatsje svp ook even naar mij.

2.23. [C] antwoordt [E] per e-mailbericht van 18 februari 2009 als volgt:

hier een overzicht van de inkoopkosten om de @home box te laten produceren.

Naast de inkoop kosten staan er kosten voor [G] (onze mensen in HK) deze is standaard 8% over alles wat wordt uitgevoerd. Zie ook het overzicht. V.w.b. de verdiensten voor Xperience is 30% over de inkoopkosten opgenomen. Let wel deze percentages zijn over de inkoop en dus niet inkoop plus [G] en dan daarover de 30%.

Natuurlijk zal e.e.a. steeds worden overlegd d.m.v. de facturen van de leveranciers en/of instanties.

(...)

De minimale afname is 3000 stuks, bij grotere afnames zal de prijs dalen.

2.24. Op 10 maart 2009 laat [D] Xperience weten dat er over het prijsvoorstel gesproken zal moeten worden. Dit gesprek vindt op 23 maart 2009 plaats. NIPED laat in dat gesprek weten dat zij de geoffreerde prijs te hoog vindt en dat zij geen gebruik zal maken van de offerte. Zij is vervolgens zelf aan de slag gaan met de preventiebox ten behoeve van de "@home versie" van het PreventieKompas.

2.25. Xperience heeft NIPED een op 23 maart 2009 gedateerde factuur voor een bedrag van € 5.896,96 verzonden. Dit bedrag ziet op de aan NIPED geleverde "sample set". Deze factuur is door NIPED voldaan.

2.26. Op 9 september 2009 stuurt SensaCare aan Xperience een afschrift van een orderbevestiging, waaruit blijkt dat NIPED 5.000 bloeddrukmeters bij SensaCare heeft afgenomen. Op of omstreeks 1 december 2009 koopt NIPED nog eens 5.000 bloeddrukmeters bij SensaCare. Zij heeft deze bloeddrukmeters gebruikt voor door haar op de markt gebrachte Preventieboxen.

2.27. NIPED is bij brief van 15 februari 2010 door de advocaat van Xperience in gebreke gesteld. Daarbij is onder andere aangegeven dat Xperience nakoming wenst van de door haar gestelde overeenkomst van opdracht.

3. Het geschil

3.1. Xperience vordert na wijziging van eis - samengevat - en uitvoerbaar bij voorraad; I. NIPED te veroordelen tot nakoming van haar verplichtingen uit hoofde van de tussen haar en Xperience gesloten overeenkomst van opdracht onder verbeurte van een direct opeisbare dwangsom van € 10.000,00 voor elke dag, een gedeelte daarvan daaronder begrepen, dat NIPED deze veroordeling niet nakomt met een maximum van € 1.000.000,00;

II. te verklaren voor recht dat tussen Xperience en NIPED een perfecte koopovereenkomst

heeft bestaan, dat deze door Xperience buitengerechtelijk is ontbonden, althans hiervan op grond van het verzuim van NIPED alsnog de ontbinding uit te spreken en NIPED te veroordelen tot vergoeding van de door Xperience geleden en nog te lijden schade, op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet, met vergoeding van de wettelijke rente, althans, subsidiair, te verklaren voor recht dat NIPED, wegens het in strijd handelen met de precontractuele goede trouw jegens Xperience, jegens Xperience schadeplichtig is geworden en NIPED te veroordelen tot vergoeding van de door Xperience geleden en nog te lijden schade, op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet, met vergoeding van de wettelijke rente of, meer subsidiair, te verklaren voor recht dat tussen Xperience en NIPED een bemiddelingsovereenkomst bestaat en gedaagde te veroordelen tot betaling aan Xperience van loon uit hoofde van deze bemiddelingsovereenkomst, hetgeen berekend dient te worden aan de hand van de aan NIPED door SensaCare berekende inkoopprijs en het aantal door gedaagde bij SensaCare ingekochte bloeddrukmeters, waarover NIPED een vergoeding van 38% aan Xperience is verschuldigd, althans een door de rechtbank in goede justitie te bepalen loon;

III. NIPED te bevelen onmiddellijk na betekening van het op grond van dagvaarding te wijzen vonnis iedere inbreuk op de in deze dagvaarding omschreven auteursrechten van Xperience, te staken en gestaakt te houden, meer in het bijzonder maar uitdrukkelijk niet daartoe beperkt het produceren, inkopen, invoeren, in voorraad houden, te koop aanbieden, verkopen en/of (anderszins) verhandelen (waaronder mede begrepen via internet) van de in deze dagvaarding omschreven preventieboxen te staken en gestaakt te houden onder verbeurte van een direct opeisbare dwangsom van € 25.000,00 (zegge: vijftienduizend euro) voor iedere dag (een gedeelte van een dag daaronder mede begrepen) dat NIPED handelt in strijd met dit bevel of - zulks naar keuze van Xperience - een direct opeisbare dwangsom van € 5.000,00 (zegge: vijfduizend euro) per product waarmee NIPED dit bevel geheel of gedeeltelijk overtreedt, althans onder verbeurte van door de rechtbank in goede justitie vast te stellen dwangsommen;

IV. NIPED te veroordelen aan Xperience te betalen, het volledige salaris en de verschotten van de advocaat (conform de in het geding te brengen specificaties) of een ander door de rechtbank in goede justitie te bepalen bedrag ter vergoeding van de redelijke en evenredige gerechtskosten en andere kosten die de in het gelijk gestelde partij heeft gemaakt in de zin van artikel 1019h van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering voor wat betreft de vorderingen van Xperience op grond van haar auteursrechten;

V. NIPED te veroordelen in de kosten van deze procedure, de nakosten daaronder begrepen.

3.2. Xperience stelt daartoe dat tussen partijen een overeenkomst van opdracht tot stand is gekomen. Dit blijkt volgens Xperience uit de LOI van 8 januari 2008 en de notulen van 14 december 2007. Hieruit vloeit voor NIPED de verplichting voort Xperience als follow-up partij te introduceren.

3.3. Zij stelt voorts dat tussen partijen een koopovereenkomst tot stand is gekomen. Zij verwijst in dit verband naar het e-mailbericht van 13 februari 2009 (waarin NIPED verzoekt om vaart te maken) de toezending van de bloeddrukmeter, de interesse die in het e-mailbericht van 29 mei 2009 tot uitdrukking is gebracht en de gesprekken die hebben plaatsgevonden over een tot stand te brengen samenwerking, de door Xperience toegezonden conceptovereenkomst, het feit dat niet op de toegezonden conceptovereenkomst is gereageerd, de opdracht om een proefmodel te maken en het verzoek om inzage in de kosten.

Uit dat geheel van feiten en omstandigheden blijkt, aldus Xperience, dat NIPED het aanbod van Xperience heeft aanvaard. Zij mocht in ieder geval niet langer zonder meer de onderhandelingen over de koopovereenkomst afbreken. Subsidiair beroept Xperience zich er dan ook op dat zij er gerechtvaardigd op mocht vertrouwen dat een overeenkomst tot stand zou komen. Zij wijst er in dit verband op dat er al vanaf november 2007 werd samengewerkt, terwijl NIPED al die tijd niet heeft aangegeven dat zij zich het recht voorbehield om buiten Xperience om tot aankoop van bloeddrukmeters over te gaan. Meer subsidiair stelt zij dat tussen partijen een bemiddelingsovereenkomst tot stand is gekomen en maakt zij aanspraak op een bemiddelingsvergoeding.

3.4. Xperience stelt tot slot dat zij auteursrechtgebende is op de Preventiebox. NIPED maakt hier inbreuk op met de door haar aangeboden Preventiebox.

3.5. Niped voert verweer.

3.6. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

4. De beoordeling

Follow-up partij

4.1. Xperience stelt in de eerste plaats dat een overeenkomst van opdracht tot stand is gekomen. Zij vordert nakoming van die overeenkomst, welke – zo begrijpt de rechtbank – erin bestaat dat NIPED Xperience als follow-up partij in haar gezondheidsplan moet opnemen. Niet in geschil is dat NIPED Xperience op haar website als follow-up partij heeft

vermeld. Xperience meent echter dat NIPED daarmee niet kan volstaan en stelt dat van NIPED een actievere houding mag worden verwacht. NIPED is evenwel de mening toegedaan dat zij met bedoelde vermelding aan haar verplichting uit hoofde van de LOI heeft voldaan. Partijen verschillen derhalve van mening over het antwoord op de vraag wat het inhoudt dat NIPED Xperience als follow-up partij dient te implementeren in het gezondheidsplan van het PreventieKompas. De rechtbank stelt vast dat uit de LOI, waarin die verplichting is opgenomen, niet blijkt wat daaronder moet worden verstaan. Ook op grond van hetgeen Xperience stelt, wordt niet duidelijk wat daaronder moet worden verstaan. Zij komt niet verder dan dat sprake moet zijn van een actievere houding van NIPED. Wat dat is, wordt niet duidelijk. De rechtbank houdt het er daarom - bij gebreke van andere aanknopingspunten - voor dat NIPED heeft kunnen volstaan met de vermelding van Xperience als follow-up partij, gelijk zij nu al heeft gedaan en gelijk zij kennelijk ook doet bij andere follow-up partners. De vordering van Xperience zal in zoverre worden afgewezen.

Koopovereenkomst?

4.2. Xperience stelt dat de totstandkoming van de koopovereenkomst - zo begrijpt de rechtbank - ziet op de af te nemen bloeddrukmeters. Uit de door Xperience gestelde feiten en omstandigheden volgt naar het oordeel van de rechtbank niet dat Xperience NIPED een voldoende bepaald aanbod heeft gedaan. Xperience stelt ook niet wat het aanbod is geweest dat NIPED zou hebben aanvaard. Ter zitting stelt zij weliswaar dat het de opzet was dat NIPED op basis van de tot stand gekomen overeenkomst alle in het kader van het PreventieKompas te bestellen bloeddrukmeters bij Xperience zou afnemen, maar niet duidelijk wordt waaruit dat zou moeten blijken.

4.3. Zo ervan moet worden uitgegaan dat een voldoende bepaald aanbod met de door Xperience bedoelde inhoud is gedaan, bieden de stukken naar het oordeel van de rechtbank onvoldoende aanknopingspunten voor het oordeel dat dit aanbod door NIPED is aanvaard. Die aanvaarding zou volgens Xperience moeten worden afgeleid uit de diverse gedragingen van NIPED. Van overeenstemming op de belangrijkste punten geven de diverse e-mailberichten echter geen blijk. In het op 12 juni 2008 verzonden e-mailbericht (waarbij tevens de eerste concept koopovereenkomst is toegezonden) wijst [C] erop dat bij gebruik van het eigen logo en kleuren van NIPED een minimale afname geldt van 3000 stuks. Dit duidt er niet op dat partijen het eens waren/of tot dat moment zelfs gesproken hadden over aantallen. In de toegezonden conceptovereenkomst zijn de aantallen dan ook open gelaten. Ditzelfde geldt voor de prijs. Niet duidelijk is voor welke prijs de bloeddrukmeters zijn geoffreerd. Xperience stelt dit ook niet. Het e-mailbericht van 18 februari 2009 biedt weliswaar een aanknopingspunt voor met de box (en dus niet enkel de bloeddrukmeter) gemoeide prijzen, maar het daarin gedane aanbod is door NIPED resoluut van de hand gewezen. Hetgeen hiervoor is overwogen met betrekking tot aantallen en prijs kan ook worden gezegd met betrekking tot de leveringsvoorwaarden. De rechtbank is niet duidelijk wat die zouden moeten zijn.

4.4. De conclusie van het voorgaande is dat van een voldoende bepaalbaar aanbod geen sprake is. Zo uit het geheel van feiten en omstandigheden enig aanbod kan worden afgeleid, geven de stukken geen blijk van de aanvaarding van dit aanbod. Zoals uit het voorgaande blijkt, heeft voor belangrijke punten van de tot stand te komen overeenkomst te gelden dat partijen hierover niet hebben gesproken, dan wel geen overeenstemming hebben bereikt. Van de aanvaarding van enig aanbod is gelet hierop geen sprake. De aanvaarding van enig aanbod kan niet worden afgeleid uit de door NIPED getoonde interesse en het verzoek om proefmodellen te maken, waarvoor door NIPED is betaald.

Op onaanvaardbare wijze afbreken van onderhandelingen

4.5. Xperience wijst in verband met haar subsidiaire grondslag wederom op het geheel van de hiervoor bedoelde feiten en omstandigheden, op de duur van de onderhandelingen en op het feit dat NIPED al die tijd niet heeft aangegeven dat zij zich het recht voorbehield om buiten Xperience om tot aankoop van bloeddrukmeters over te gaan. Daaruit blijkt volgens Xperience dat NIPED de onderhandelingen op onaanvaardbare wijze heeft afgebroken. Zij is daarom volgens Xperience schadeplichtig.

4.6. De rechtbank stelt voorop dat als maatstaf voor de beoordeling van de schadevergoedingsplicht bij afgebroken onderhandelingen heeft te gelden dat ieder van de onderhandelende partijen - die verplicht zijn hun gedrag mede door elkaars gerechtvaardigde belangen te laten bepalen - vrij is de onderhandelingen af te breken, tenzij dit op grond van het gerechtvaardigd vertrouwen van de wederpartij in het totstandkomen van de overeenkomst of in verband met de andere omstandigheden van het geval onaanvaardbaar zou zijn. Daarbij dient rekening te worden gehouden met de mate waarin en de wijze waarop de partij die de onderhandelingen afbreekt tot het ontstaan van dat vertrouwen heeft bijgedragen en met de gerechtvaardigde belangen van deze partij. Hierbij kan ook van belang zijn of zich in de loop van de onderhandelingen onvoorzien omstandigheden hebben voorgedaan, terwijl, in het geval onderhandelingen ondanks gewijzigde omstandigheden over een lange tijd worden voortgezet, wat betreft dit vertrouwen doorslaggevend is hoe daaromtrent ten slotte op het moment van afbreken van de onderhandelingen moet worden geoordeeld tegen de achtergrond van het gehele verloop van de onderhandelingen. Bovendien dient de rechtbank bij de beantwoording van de vraag of Xperience er gerechtvaardigd op mocht vertrouwen dat de onderhandelingen tot een

overeenkomst zouden leiden, een strenge en tot terughoudendheid nopende maatstaf aan te leggen.

4.7. Uit hetgeen de rechtbank hiervoor heeft overwogen, volgt dat partijen op de belangrijke hoofdpunten van een tot stand te brengen koopovereenkomst, zoals prijs, aantallen en leveringsvoorwaarden, nog niet, of pas in een laat stadium van de onderhandelingen hebben gesproken. De door Xperience genoemde duur van de onderhandelingen komt in zoverre weinig betekenis toe. Het lijkt erop dat partijen tot het prijsaanbod van 18 februari 2009 vooral hebben gesproken over een eventuele opzet van de samenwerking, de (vormgeving van de) box en het type bloeddrukmeter. Aantallen en prijzen zijn pas in een laat stadium aan de orde gekomen, terwijl de rechtbank over leveringsvoorwaarden uit de stellingen van Xperience in het geheel niets kan afleiden. De rechtbank heeft geen aanknopingspunten voor de eventuele bedoeling van partijen met betrekking tot de nadere invulling van genoemde punten. Weliswaar kan uit de stukken worden afgeleid dat Xperience heeft aangegeven dat bij gebruik van het eigen logo en de eigen kleuren van NIPED een minimumafname van 3000 boxen heeft te gelden, alsmede dat zij op 18 februari 2009 een eerste prijsvoorstel heeft gedaan, maar van enige reactie op die punten van de zijde van NIPED (anders dan afwijzend) is de rechtbank niet gebleken. Gelet daarop en indachtig de strenge en tot terughoudendheid nopende toetsingsmaatstaf - kan naar het oordeel van de rechtbank niet gezegd worden dat Xperience het gerechtvaardigd vertrouwen kon hebben dat de onderhandelingen ook daadwerkelijk tot een overeenkomst zouden leiden. Dat NIPED zich niet het recht voorbehield om de bloeddrukmeters buiten Xperience om te kopen, kan niet tot een ander oordeel leiden. Dat hoefde NIPED niet te doen. NIPED kon de onderhandelingen gerechtvaardigd afbreken. Van een (kosten)veroordeling kan gelet daarop geen sprake zijn.

Bemiddelingsovereenkomst

4.8. Voor zover Xperience zich erop beroept dat een bemiddelingsovereenkomst tot stand is gekomen en zij aanspraak maakt op een bemiddelingsvergoeding, overweegt de rechtbank als volgt. Blijkens artikel 7:425 van het Burgerlijk Wetboek is de bemiddelingsovereenkomst de overeenkomst van opdracht waarbij de ene partij, de opdrachtnemer, zich tegenover de andere partij, de opdrachtgever, verbindt tegen loon als tussenpersoon werkzaam te zijn bij het tot stand brengen van een of meer overeenkomsten tussen de opdrachtgever en derden. Uit de stellingen van Xperience blijkt dat zij voor eigen rekening en risico bloeddrukmeters wilde leveren. De stukken geven er geen blijk van dat de wil van partijen erop gericht zou zijn geweest dat Xperience op enigerlei wijze zou bemiddelen tussen NIPED als opdrachtgever en (uiteindelijk) SensaCare (de derde). Reeds om die reden dienen de vorderingen van Xperience ook in zoverre te worden afgewezen.

Ongerechtvaardigde verrijking

4.9. Ter zitting heeft Xperience erop gewezen dat haar vordering ook zou kunnen worden gegrond op ongerechtvaardigde verrijking. Voor zover zij daarmee heeft bedoeld dit aan haar vordering ten grondslag te leggen slaagt haar beroep niet. Dit is reeds niet het geval omdat zij niet aangeeft in hoeverre NIPED is verrijkt. Ook valt zonder nadere toelichting, die ontbreekt, niet in te zien dat en tot welk bedrag Xperience is verarmd. De rechtbank wijst er in dit verband op dat NIPED voor de door Xperience toegezonden demoboxen een bedrag van € 5.896,96 heeft betaald. Xperience heeft derhalve onvoldoende gesteld om op basis van ongerechtvaardigde verrijking tot toewijzing van enige vordering te komen.

Auteursrechtinbreuk

4.10. Xperience stelt dat zij auteursrechthebbende is op de door haar ontwikkelde Preventiebox, welke er (in combinatie met de bloeddrukmeter) als volgt uitziet.

4.11. NIPED maakt volgens Xperience inbreuk op de Preventiebox doordat zij de volgende box op de markt brengt.

In de dagvaarding heeft Xperience daartoe gesteld dat er dermate veel auteursrechtelijk beschermde trekken van de Preventiebox zijn overgenomen (het materiaal van de doos, de kleur, de inlay) dat de totaalindrukken gelijk zijn en het vermoeden van ontlening niet kan worden ontzenuwd. Ter zitting is hieraan toegevoegd dat kenmerkend voor de Preventiebox de uitstekende randen zijn, maar dat vooral het geheel als concept bescherming verdient. Dat betreft, aldus Xperience, zowel de buitenkant als de materialen daarin. Met betrekking tot de box wordt in het bijzonder nog gewezen op de magneetsluiting. Met betrekking tot de bloeddrukmeter wordt er op gewezen dat er uit een groot aantal bloeddrukmeters specifiek voor deze bloeddrukmeter is gekozen.

4.12. De rechtbank stelt voorop dat de bloeddrukmeter afkomstig is van SensaCare. Niet duidelijk is hoe de keuze voor een bepaalde bloeddrukmeter in het onderhavige geval bijdraagt aan de totstandkoming van een eigen intellectuele schepping. De gestelde auteursrechtelijke trekken moeten daarom worden gevonden in de box zelf. Wat de box betreft is de rechtbank niet gebleken dat deze een eigen en oorspronkelijk karakter heeft.

De vorm van de Preventiebox is naar het oordeel van de rechtbank ontleend aan de Oneida-box, waarvan zich bij de producties van NIPED enkele afbeeldingen bevinden. Dit betreft een gelijke box als de Preventiebox (met overstekende randen en weggewerkte magneetsluiting). Het belangrijkste verschil met de Preventiebox, is dat de Oneida-box zwart is in plaats van wit. De keuze voor een witte box is zo triviaal, dat daarachter geen creatieve arbeid van welke aard ook valt aan te wijzen. Voor zover Xperience stelt dat de uiteinden van de Oneida-doos verder uit elkaar staan dan bij de Preventiebox het geval is, kan de rechtbank dat niet ontwaren op de overgelegde foto's en gaat zij daaraan voorbij. Dat de Oneida-box een wegwerpmodel zou zijn en de Preventiebox een concept betreft kan -wat daar verder ook van zij- niet leiden tot het oordeel dat de Preventiebox niet aan de Oneida-box is ontleend. Wat dan resteert is de inlay. Voor zover de inlay niet uitsluitend functioneel is bepaald omdat de vorm daarvan wordt bepaald door hetgeen in de box moet worden geplaatst, heeft te gelden dat de inlay van de door NIPED op de markt gebrachte box een geheel andere vlakverdeling laat zien dan de inlay van de Preventiebox. Zo daarin al een auteursrechtelijk beschermde trek valt te ontwaren, heeft te gelden dat van inbreuk geen sprake is. De vorderingen van Xperience zullen daarom ook wat betreft het auteursrecht worden afgewezen.

Kosten

4.13. Als de in het ongelijk gestelde partij zal Xperience in de kosten van de procedure worden veroordeeld. De rechtbank stelt daarbij voorop dat Xperience ter zitting een kostencompensatie heeft gevraagd, mocht zij in het ongelijk worden gesteld. Daartoe zou aanleiding bestaan omdat NIPED na de ingebrekestelling van 15 februari 2010 niets meer van zich heeft laten horen en Xperience aldus de mogelijkheid heeft ontnomen 'knopen te tellen'. De rechtbank ziet daarin geen aanleiding om tot compensatie van de kosten over te gaan. De toe te wijzen kosten dienen te worden onderverdeeld naar gelang de grondslag van de vordering al dan niet is gebaseerd op enig intellectueel eigendomsrecht (de IE-grondslag).

4.14. De kosten worden aan de zijde van NIPED wat de niet IE-grondslag betreft als volgt begroot, waarbij de rechtbank er op grond van de overgelegde specificaties van uitgaat dat met de IE-grondslag ongeveer 1/5 deel van de aan de zaak bestede tijd gemoeid is geweest:

- vast recht € 263,00
- kosten advocaat € 723,30 (2 punten volgens tarief II x 4/5 deel)
€ 986,20

4.15. Wat de IE-grondslag betreft, heeft NIPED kosten gevorderd en gespecificeerd tot een bedrag van € 13.456,86. Deze kosten zijn betwist. De rechtbank ziet daarom aanleiding aansluiting te zoeken bij de de Indicatietarieven in IE-zaken. Nu sprake is van een eenvoudige zaak zonder re- of dupliek en zonder pleidooi zal de rechtbank € 8.000,00 toewijzen.

4.16. De gevorderde veroordeling in de nakosten is in het kader van deze procedure slechts toewijsbaar voor zover deze kosten op dit moment reeds kunnen worden begroot. De nakosten zullen dan ook worden toegewezen op de wijze zoals in de beslissing vermeld.

5. De beslissing

De rechtbank

- wijst de vorderingen af;
- veroordeelt Xperience in de kosten van de procedure, in totaal aan de zijde van NIPED tot op heden begroot op € 8.986,20;
- veroordeelt Xperience in de na dit vonnis ontstane kosten, begroot op € 131,00 aan salaris advocaat, te vermeerderen, onder de voorwaarde dat betekening van de uitspraak heeft plaatsgevonden en Xperience niet binnen 14 dagen na aanschrijving aan het vonnis heeft voldaan, met een bedrag van EUR 68,00 aan salaris advocaat en de exploitkosten van betekening van de uitspraak;
- verklaart de beide veroordelingen uitvoerbaar bij voorraad.

Dit vonnis is gewezen door mr. P.W. van Straalen en in het openbaar uitgesproken op 30 maart 2011.?