

LJN: BJ8457, Gerechtshof Arnhem , 200.029.221/01

Datum uitspraak: 22-09-2009
Datum publicatie: 24-09-2009
Rechtsgebied: Handelszaak
Soort procedure: Hoger beroep kort geding
Inhoudsindicatie: Kort geding. Beëindiging exclusieve verkoopovereenkomst pauzesoftware 'workpace' wegens betalingsachterstand. Hof oordeelt ontbinding gerechtvaardigd. Na de beëindiging heeft voormalige exclusieve verkoper geen recht op levering van updates. Geen strijd met mededingingsrecht.

Uitspraak

Arrest d.d. 22 september 2009
Zaaknummer 200.029.221/01

HET GERECHTSHOF TE ARNHEM
Nevenzittingsplaats Leeuwarden

Arrest van de vierde kamer voor burgerlijke zaken in de zaak van:

ErgoDirect B.V.,
gevestigd te [plaats],
appellante in het principaal en geïntimeerde in het incidenteel appel,
in eerste aanleg: gedaagde in conventie en eiseres in reconventie,
hierna te noemen: ErgoDirect,
advocaat: mr. A.H.H.M. Roelofs, kantoorhoudende te Den Bosch, die ook heeft gepleit tezamen met
mr. R.H.B. Wortel, eveneens advocaat te Den Bosch,

tegen

Wellnomics Ltd.,
gevestigd te [plaats],
geïntimeerde in het principaal en appellante in het incidenteel appel,
in eerste aanleg: eiseres in conventie en verweerster in reconventie,
hierna te noemen: Wellnomics,
advocaat: mr. C.B.M. Scholten van Aschat, kantoorhoudende te Amsterdam, die heeft gepleit
tezamen met mr. D.D. Castelijns, eveneens advocaat te Amsterdam.

Het geding in eerste instantie

In eerste aanleg is geprocedeerd en beslist zoals weergegeven in het kort geding vonnis uitgesproken op 20 februari 2009 door de voorzieningenrechter van de rechtbank Zwolle-Lelystad.

Het geding in hoger beroep

Bij exploit van 20 maart 2009 is door ErgoDirect hoger beroep ingesteld van genoemd vonnis met dagvaarding van Wellnomics tegen de zitting van 31 maart 2009.

De conclusie van de dagvaarding in hoger beroep luidt:

"voorzover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad, te vernietigen het vonnis van de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Zwolle-Lelystad, op 20 februari 2009, bekend onder zaak/rolnummer 153759 / KG ZA 09-36, tussen partijen geweest, en opnieuw rechtdoende, bij arrest, volledig uitvoerbaar bij voorraad, de vorderingen van Wellnomics Ltd. in conventie (alsnog) - geheel of gedeeltelijk - af te wijzen en de vorderingen van ErgoDirect in reconventie (alsnog) toe te wijzen zoals verzocht, onder veroordeling van Wellnomics Ltd. in de kosten van beide instanties."

Bij memorie van antwoord is door Wellnomics verweer gevoerd en incidenteel geappelleerd met als conclusie:

"bij arrest uitvoerbaar bij voorraad

- appèllante in principaal appèl in haar vorderingen niet ontvankelijk te verklaren, althans de vorderingen af te wijzen, zonodig onder aanvulling van de gronden van het vonnis als in eerste instantie geweest;
- de vorderingen zoals verzocht door appèllante in incidenteel appèl toe te wijzen;
- appèllante in principaal appèl, geïntimeerde in incidenteel appèl te veroordelen in de kosten van het hoger beroep, te vermeerderen met de wettelijke handelsrente daarover vanaf 14 dagen na de datum van het arrest."

Door ErgoDirect is in het incidenteel appel geantwoord met als conclusie:

"IN INCIDENTEEL APPÈL

Het uw Gerechtshof moge behage, voorzover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad, om in incidenteel appèl:

- (i) de door Wellnomics Ltd. opgeworpen grief/grievens tegen het vonnis van de Rechtbank Zwolle-Lelystad d.d. 20 februari 2009 te verwerpen als onjuist en ongegrond, alsmede
- (ii) Wellnomics Ltd. te veroordelen in de kosten van het geding (in beide instanties).

IN PRINCIPAAL APPÈL:

Tot persistit!"

Wellnomics heeft bij brief van 18 juni 2009 aanvullende producties met toelichting gestuurd, die op 19 juni 2009 ter griffie van het hof zijn ontvangen.

Vervolgens hebben partijen hun zaak doen bepleiten onder overlegging van pleitnota's door hun advocaten.

Tenslotte heeft Wellnomics de stukken overgelegd voor het wijzen van arrest.

De grieven

ErgoDirect heeft in het principaal appel tien grieven opgeworpen.

Wellnomics heeft in het incidenteel appel één grief opgeworpen.

De beoordeling

1. Op vrijdag 19 juni 2009 heeft Wellnomics meer dan twintig nieuwe producties met toelichting ten behoeve van het pleidooi van dinsdag 23 juni 2009 aan de griffie van het hof doen toekomen. De nieuwe producties zijn zeer uitgebreid, bevatten informatie waarmee Wellnomics al veel eerder bekend was en zijn voor het hof en ErgoDirect niet eenvoudig te doorgronden. ErgoDirect heeft bezwaar gemaakt tegen de nieuwe producties.

2. Het hof heeft ten pleidooi deze producties niet in het geding toegelaten. Uit artikel 5 lid 2 juncto artikel 1.2 van het Landelijk procesreglement voor civiele dagvaardingszaken bij de Gerechtshoven volgt dat Wellnomics ervoor diende te zorgen dat het hof en ErgoDirect uiterlijk vier werkdagen vóór de datum van het pleidooi een afschrift van de in het geding te brengen producties hebben ontvangen. De stukken zijn later dan de vierde werkdag voor de zitting ontvangen en zullen alleen al om die reden buiten beschouwing gelaten moeten worden. Het hof overweegt verder dat ook de regels van een goede procesorde zich verzetten tegen het alsnog aanvaarden van de producties nu deze niet eenvoudig te doorgronden zijn, de daarin opgenomen berekeningen ook veel eerder in het geding gebracht hadden kunnen worden en ErgoDirect tegen de late indiening bezwaar heeft gemaakt.

3. De door de rechtbank in haar vonnis onder 2 (2.1 tot en met 2.12) vastgestelde feiten zijn in hoger beroep niet bestreden, zodat ook het hof van die feiten zal uitgaan. Voorts is door uitlatingen van Wellnomics tijdens pleidooi komen vast te staan dat het ErgoDirect vrij staat paussoftware te leveren dat compatible is met Workpace.

4. Het gaat in deze zaak, kort gezegd, om het volgende.

4.1 ErgoDirect is sinds 2001 de wederverkoper van de paussoftware "Workpace" in de Benelux. De afspraken tussen partijen zijn laatstelijk vastgesteld in een schriftelijke overeenkomst van 8 juli 2004 bestaande uit een hoofdovereenkomst met bijlagen waaronder algemene voorwaarden (hierna: de

Overeenkomst).

Op grond van de Overeenkomst was ErgoDirect gerechtigd aan afnemers (gebruiksrechten van) Workpace te verkopen. Op basis van een order van ErgoDirect leverde Wellnomics een elektronische sleutel die door ErgoDirect aan de afnemer ter beschikking werd gesteld en waarmee die afnemer toegang tot de software van Wellnomics kreeg. De elektronische sleutel gaf tevens toegang tot door Wellnomics middels haar website rechtstreeks verstrekte "updates" van die software.

4.2 De Overeenkomst is op 31 december 2007 van rechtswege geëindigd. Terwijl partijen in onderhandeling waren over de voorwaarden van een verlenging van de overeenkomst, hebben zij hun samenwerking na 31 december 2007 voortgezet. De onderhandelingen hebben niet tot overeenstemming geleid. Bij brief van 17 april 2008 heeft Wellnomics de relatie alsnog opgezegd tegen 1 mei 2008.

4.3 ErgoDirect heeft hiertegen bezwaar gemaakt. De voorzieningenrechter van de rechtbank van Zwolle-Lelystad heeft in haar vonnis van 6 juni 2008 ErgoDirect in zoverre in het gelijk gesteld dat Wellnomics geboden is de relatie met ErgoDirect nog zes maanden voort te zetten. Wellnomics heeft aan dit vonnis gehoor gegeven en de leveranties aan ErgoDirect aanvankelijk hervat. Door beide partijen is tegen dit vonnis hoger beroep ingesteld, doch in geen van beide zaken is van grieven gediend.

4.4 ErgoDirect is vervolgens in gebreke gebleven met het tijdig betalen van de door Wellnomics uitgevoerde orders. Wellnomics heeft met ingang van 26 juni 2008 de leveranties (deels) opgeschort. De betalingsachterstand heeft geleid tot een kort geding vonnis van 5 september 2008 waarin ErgoDirect veroordeeld werd aan Wellnomics een bedrag van €129.578,66 te betalen in hoofdsom. Tegen dat vonnis is geen hoger beroep ingesteld.

4.5 ErgoDirect bleef ook na voldoening aan het vonnis in gebreke met betaling van de na 5 september 2008 opeisbaar geworden facturen. Wellnomics heeft op grond daarvan de Overeenkomst bij brief van 24 september 2008 met onmiddellijke ingang beëindigd. Bij kort geding vonnis d.d. 3 december 2008 is ErgoDirect veroordeeld tot betaling van €106.122,98. ErgoDirect heeft hieraan niet voldaan, zich daartoe beroepende op verrekening. In het daaropvolgende executiegeschil is de executie van het vonnis d.d. 6 juni 2008 geschorst totdat in de bodemprocedure zal zijn beslist en is het door ErgoDirect onder zichzelf gelegde beslag opgeheven.

4.6 ErgoDirect is ook na 24 september 2008 klanten licenties op Workpace blijven verkopen. ErgoDirect is ook het onderhoud op Workpace voor haar klanten blijven verzorgen.

5. In essentie stelt Wellnomics zich in deze procedure op het standpunt dat ErgoDirect door zich na de beëindiging van de Overeenkomst te blijven gedragen alsof zij de exclusieve verkoper van Wellnomics is, in het bijzonder door het plaatsen van orders en het genereren van tijdelijke elektronische (proef) sleutels en die in de plaats van normale elektronische sleutels voor Workpace aan nieuwe klanten te leveren, zich niet aan haar verplichtingen uit de Overeenkomst heeft gehouden en ook onrechtmatig jegens Wellnomics heeft gehandeld. Wellnomics stelt zich vooral op het standpunt dat ErgoDirect bij beëindiging van de Overeenkomst haar klanten voor de verlenging van licenties en het verrichten van onderhoud had moeten doorverwijzen naar Wellnomics. Volgens Wellnomics zijn door de beëindiging van de Overeenkomst de rechten die ErgoDirect met betrekking tot het verlenen van onderhoud aan de Overeenkomst kon ontlenen, waaronder het leveren van updates, komen te vervallen. Wellnomics vordert tenslotte de overdracht van de domeinnamen Workpace.nl, Workpace.be, Workpace.de, Workpace.eu en Wellnomics.eu aan een door haar aan te wijzen entiteit.

6. ErgoDirect verweert zich door te stellen - eveneens verkort weergegeven - dat de Overeenkomst niet op 24 augustus 2008 is geëindigd. In prima in reconventie stelt ErgoDirect zich op het standpunt dat partijen los van de Overeenkomst aan elkaar verbonden zijn uit hoofde van rechten en verplichtingen uit onderhoudsovereenkomsten die ErgoDirect zelfstandig maar met medeweten en instemming van Wellnomics met eindgebruikers van Workpace heeft gesloten. ErgoDirect betoogt dat Wellnomics haar in staat moet stellen om de vóór de beëindiging van de Overeenkomst gesloten onderhoudscontracten na te komen inclusief de levering van updates waarvoor een licentiecode nodig is.

7. De voorzieningenrechter heeft in het beroepen vonnis, voorzover thans van belang, voorshands geoordeeld dat Wellnomics vanwege de betalingsachterstand van ErgoDirect gerechtigd was de Overeenkomst met ingang van 24 september 2008 te ontbinden (r.o. 5.16). Volgens de voorzieningenrechter is er door ErgoDirect onvoldoende gesteld om de conclusie te rechtvaardigen dat partijen in afwijking van de Overeenkomst zijn overeengekomen dat ErgoDirect ook na het einde van de Overeenkomst aanspraak zou kunnen maken op het leveren van updates van Workpace ten behoeve van door ErgoDirect gesloten onderhoudscontracten. De door Wellnomics gevraagde vorderingen die zien op de nakoming van ErgoDirect van de Overeenkomst worden toegewezen. De vordering dat ErgoDirect op haar website aan haar bezoekers kenbaar dient te maken dat zij de producten niet langer verkoopt en geautoriseerd ondersteunt, wordt eveneens toegewezen.

Met betrekking tot de grieven

Grief I

8. Grief I richt zich tegen het voorlopige oordeel van de voorzieningenrechter dat de bepalingen uit de Overeenkomst ook na 31 december 2007 tussen partijen zijn blijven gelden. ErgoDirect stelt zich op het standpunt dat na de beëindiging van de Overeenkomst op 31 december 2007 de samenwerking met Wellnomics gebaseerd was op 'business as usual', hetgeen volgens ErgoDirect betekende dat alleen de essentialia van de tussen partijen bestaande (duur)overeenkomst golden. ErgoDirect erkent dat bij de invulling van de essentialia aansluiting gezocht kan worden bij de bepalingen en afspraken in de Overeenkomst. ErgoDirect betoogt dat in dat geval slechts de voorwaarden die betrekking hebben op de leveringsverplichtingen van Wellnomics voortvloeienden uit de onderhoudscontracten die ErgoDirect met haar klanten heeft gesloten, gelden.

9. Het hof oordeelt dat ErgoDirect geen feiten of omstandigheden heeft gesteld die steun kunnen bieden aan het door haar ingenomen standpunt dat slechts bepaalde voorwaarden uit de Overeenkomst van toepassing zijn op de gecontinueerde samenwerking na 31 december 2007. Hetgeen ErgoDirect daaraan blijkt punt 41 van haar memorie van grieven ten grondslag heeft gelegd, bestaat uit blote stellingen en conclusies. Meer in het bijzonder ligt in de (subsidiare)stelling dat ErgoDirect na 1 januari 2008 de bijzondere bepalingen niet uitdrukkelijk heeft geaccepteerd (zie memorie van grieven punten 43/44 en 46), zonder feitelijke onderbouwing die evenwel ontbreekt, niet besloten dat ErgoDirect bezwaar heeft gemaakt tegen voortzetting van Overeenkomst na 31 januari 2007 of enig concreet aangeduid onderdeel daarvan. Het hof gaat er dan ook, met de voorzieningenrechter, van uit dat de samenwerking tussen partijen ook na 31 december 2007 beheerst wordt door de Overeenkomst, nu in de opstelling van ErgoDirect onduidelijk blijft welke onderdelen van de Overeenkomst nu wel, en welke juist niet van kracht zouden zijn gebleven, terwijl de aard van de procedure in de weg staat aan een nader onderzoek daaromtrent.

10. Grief I slaagt derhalve niet.

Grief II

11. Grief II is - voor zover daaruit een concrete en begrijpelijke grief kan worden gedestilleerd - gericht tegen hetgeen de voorzieningenrechter onder 5.16 van het beroepen vonnis heeft overwogen en beslist met betrekking tot de ontbinding van de Overeenkomst door Wellnomics, inhoudende dat de structurele grote betalingsachterstanden goede gronden waren om de leveringen aan ErgoDirect op te schorten en de Overeenkomst op 24 september 2008 te ontbinden.

12. Voorop staat dat krachtens artikel 6:265 BW iedere tekortkoming in een van de verbintenissen uit overeenkomst grond voor gehele of gedeeltelijke ontbinding oplevert. Slechts in uitzonderingsgevallen rechtvaardigt de tekortkoming vanwege zijn bijzondere aard of geringe betekenis geen ontbinding. De bewijslast dat de tekortkoming geen ontbinding rechtvaardigt rust op de tekortschietende partij.

13. Van het vonnis van 5 september 2008 is geen hoger beroep ingesteld, en ook thans staat de juistheid daarvan niet ter discussie. Nu ErgoDirect kort na dat vonnis opnieuw substantiële achterstanden oplep in de betaling van nadien opeisbaar geworden facturen, rechtvaardigt dit zondermeer de beëindiging van de onderliggende Overeenkomst. Het hof sluit zich derhalve aan bij de dienovereenkomstige overwegingen van de rechtbank en maakt deze tot de zijne. Hetgeen ErgoDirect daartegen nog heeft aangevoerd, kan daaraan niet afdoen.

14. Voor zover ErgoDirect in de toelichting op grief II (punt 49-54) nog wenst te betogen dat bij de beoordeling of de (gedeeltelijke of algehele)opschorting en ontbinding gerechtvaardigd is, rekening moet worden gehouden met de omstandigheid dat haar liquiditeit en solvabiliteit in de maanden mei en juni 2008 behoorlijk zijn aangetast doordat Wellnomics in die periode rechtstreeks de Nederlandse markt is gaan benaderen, overweegt het hof dat zij voorshands van mening is dat er onvoldoende causaal verband is tussen deze omstandigheid en het opnieuw oplopen van betalingsachterstanden na het vonnis van 5 september 2008 op grond waarvan Wellnomics de Overeenkomst heeft ontbonden. Dat het causale verband ontbreekt, wordt bevestigd door de opmerking van de advocaat van ErgoDirect ten pleidooie (zie punt 10 van haar pleitaantekening) dat ErgoDirect "medio september 2008 eindelijk weer zo goed als bij was met betalingen".

15. In de stelling dat ErgoDirect gedurende de samenwerking met Wellnomics facturen regelmatig onbetaald liet, ligt zonder feitelijke nadere onderbouwing die evenwel ontbreekt, evenmin besloten dat ErgoDirect van Wellnomics mocht verwachten dat zij de na 5 september 2008 opeisbaar geworden facturen niet behoefde te voldoen. Dit geldt temeer nu Wellnomics de betaling van eerdere facturen door middel van een incasso kort geding heeft moeten afdwingen.

16. Vaststaat dat ErgoDirect de facturen die na het vonnis van 5 september 2008 opeisbaar zijn

geworden, niet heeft voldaan. Het hof is voorshands van oordeel dat deze tekortkoming de ontbinding rechtvaardigt. Nu ErgoDirect er voorshands niet in geslaagd is aannemelijk te maken dat haar tekortkoming de ontbinding van de Overeenkomst door Wellnomics niet rechtvaardigt, is de ontbinding van de Overeenkomst naar het voorlopige oordeel van het hof gegrond en slaagt de daartegen gerichte grief niet. Aangezien de ontbinding van de Overeenkomst wordt gerechtvaardigd door het tekortschieten door ErgoDirect, is er evenmin grond voor levering van de door Wellnomics opgeschorte leveranties.

Grief III

17. Deze grief richt zich tegen het oordeel van de voorzieningenrechter dat ErgoDirect onvoldoende heeft gesteld om aan te nemen dat zij ook na het einde van Overeenkomst aanspraak zou kunnen maken op het leveren van de updates van Workpace ten behoeve van de door ErgoDirect gesloten onderhoudscontracten.

18. Voor het standpunt, betrokken in de toelichting op grief III, dat ErgoDirect en Wellnomics zijn overeengekomen dat ErgoDirect na het einde van Overeenkomst aanspraak zou kunnen maken op het leveren van updates, wordt door ErgoDirect onvoldoende gesteld.

19. ErgoDirect stelt zich voorts op het standpunt dat zij er op mocht vertrouwen dat Wellnomics ook na beëindiging van de Overeenkomst updates zou blijven leveren nu ErgoDirect op uitdrukkelijk verzoek van Wellnomics en op eigen naam als een "independant contractor " langdurige onderhoudscontracten is aangegaan.

20. Ten aanzien van het beroep op - naar het hof begrijpt - het opgewekte vertrouwen ex. artikel 3:35 BW en de aanvullende werking van redelijkheid en billijkheid, is het hof van oordeel dat ErgoDirect onvoldoende feiten en omstandigheden heeft gesteld die steun bieden aan de door haar bepleite verplichting van Wellnomics om ook na het einde van de Overeenkomst updates te blijven verstrekken aan klanten van ErgoDirect. Het enkele feit dat ErgoDirect tijdens de looptijd van de Overeenkomst met medeweten van Wellnomics op eigen naam onderhoudscontracten sloot, is onvoldoende om - in afwijking van de Overeenkomst - een voortdurende leveringsverplichting van Wellnomics aan te nemen voor de looptijd van de door ErgoDirect afgesloten onderhoudsovereenkomsten.

21. Evenmin mocht ErgoDirect erop vertrouwen dat tussen partijen ook na de beëindiging van de Overeenkomst een zodanig relatie zou (blijven) bestaan dat daaruit een leveringsverplichting voor Wellnomics zou voortvloeien, nu zij nalaat te stellen op welk toedoen van Wellnomics een dergelijk vertrouwen zou kunnen berusten, en dit vertrouwen niet kan voortvloeien enkel uit de ontbonden Overeenkomst.

22. Uit het voorgaande volgt dat grief III doel mist.

Grief IV

23. Grief IV bouwt voort op grief III en richt zich tegen de overweging van de voorzieningenrechter dat Wellnomics door het benaderen van de eindgebruikers jegens ErgoDirect niet onrechtmatig heeft gehandeld.

24. Bij de beoordeling van grief IV neemt het hof als uitgangspunt dat de rechten en verplichtingen tussen ErgoDirect en Wellnomics volgen uit de Overeenkomst terwijl de Overeenkomst op 24 september 2008 door Wellnomics rechtmatig is ontbonden. Op grond van artikel 16.2 sub (e) dient ErgoDirect na beëindiging van de Overeenkomst eindgebruikers die om onderhoud vragen door te verwijzen naar Wellnomics.

25. Uit de toelichting op grief IV begrijpt het hof dat ErgoDirect het standpunt inneemt dat Wellnomics onrechtmatig jegens haar heeft gehandeld door klanten - eindgebruikers van de Workpace software - door middel van onjuiste, onvolledige en misleidende informatie te bewegen de onderhoudscontracten met ErgoDirect niet te verlengen. De stelling van ErgoDirect dat Wellnomics door het verstrekken van, kort gezegd, misleidende informatie eindgebruikers van Workpace heeft overgehaald voor het onderhoud van Workpace over te stappen naar Wellnomics, wordt door ErgoDirect onvoldoende onderbouwd, nu het benaderen alleen niet onrechtmatig is. Door ErgoDirect zijn geen, althans onvoldoende, bijkomende omstandigheden gesteld.

26. Voor zover ErgoDirect ingang wenst te doen vinden dat Wellnomics al voor het einde van de Overeenkomst op 24 september 2008 de klanten van ErgoDirect actief benaderd heeft om het onderhoudscontract met haar voort te zetten en zulks op zich al een onrechtmatige daad oplevert, overweegt het hof dat hetgeen ErgoDirect daaraan blijkt punt 78 van haar memorie van grieven ten grondslag heeft gelegd, te weten een enkele e-mail van Wellnomics van 16 mei 2008 aan een

bestaande klant van ErgoDirect, voorshands onvoldoende is om een onrechtmatige daad aan te kunnen nemen, zulks mede gelet op de in dat bericht opgenomen bereidheid om ErgoDirect te betrekken in het overleg met de klant.

27. Tijdens het pleidooi is door ErgoDirect voor het eerst aangevoerd dat de veroordeling van de voorzieningenrechter tot het doorverwijzen van klanten verder gaat dan waartoe ErgoDirect op grond van artikel 9 van de Overeenkomst gehouden zou zijn. Tegen deze nieuwe grief is door Wellnomics bezwaar gemaakt. Krachtens vaste rechtspraak zal het hof deze nieuwe grief buiten beschouwing laten (HR 20 juni 2008, NJ 2009, 21).

Grief V

28. Met grief V komt ErgoDirect op tegen het voorlopige oordeel van de voorzieningenrechter dat artikelen 12.2 en 12.3 van de Overeenkomst niet in strijd met het mededingingsrecht zijn en er evenmin sprake is van misbruik van economische machtspositie door Wellnomics door leveringsweigering. ErgoDirect stelt zich meer in het bijzonder op het standpunt dat de voorzieningenrechter ten onrechte heeft geoordeeld dat de verkoop van ergonomische software op de Nederlandse markt door het beding in artikel 12.2 niet wordt belemmerd, verhinderd of vervalst. In de toelichting op grief V wordt deze stelling door ErgoDirect inhoudelijk niet verder onderbouwd.

29. Wellnomics voert gemotiveerd verweer, in het bijzonder door erop te wijzen dat ErgoDirect thans een concurrerend product op de markt brengt waartegen Wellnomics geen bezwaar maakt. Wellnomics stelt verder dat artikel 12.2 er slechts toe strekt dat ErgoDirect na beëindiging van de Overeenkomst niet meer de intellectuele eigendom van Wellnomics mag gebruiken.

30. Het hof overweegt dat uit de stukken en uitspraken van partijen tijdens pleidooi is komen vast te staan dat ErgoDirect een eigen concurrerend ergonomische softwareproduct op de Nederlandse markt brengt en de verkoop hiervan door Wellnomics niet belemmerd wordt. Het hof is met de voorzieningenrechter voorshands van oordeel dat de toegang van ErgoDirect tot de ergonomische software markt door Wellnomics dus niet belemmerd wordt. Nu ErgoDirect de stelling dat Wellnomics haar de markttoegang verhindert, niet verder heeft onderbouwd, zal het hof aan deze stelling voorbijgaan.

31. ErgoDirect stelt daarnaast dat Wellnomics door het niet ter beschikking stellen van updates op Workpace krachtens de criteria geformuleerd door het Europese Hof van Justitie in het Bronner arrest (HvJEG, 26-11-1998, NJ 1995, 523), misbruik van haar machtspositie maakt. Naar het voorlopig oordeel van het hof wordt er in het onderhavige geval niet voldaan aan de zogeheten "Bronner-criteria". Daartoe is het volgende redengevend.

32. Het feit dat ErgoDirect met een eigen softwareproduct de markt van ergonomische software heeft betreden, onderstreept dat de leveringsweigering van updates niet leidt tot volledige uitschakeling van de mededinging op de markt van ergonomische software. Hieruit volgt dat de updates ook niet onontbeerlijk zijn. De hiervoor besproken betalingsachterstand vormt, naar het voorlopige oordeel van het hof, een objectieve rechtvaardigingsgrond voor het opschorten en vervolgens beëindigen van het leveren van updates.

33. Het hof overweegt tenslotte dat ErgoDirect ook niet voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat Wellnomics op de relevante markt een machtspositie heeft. Voor het door ErgoDirect aangeboden nader bewijs is in kort geding geen plaats.

34. In de door ErgoDirect in punt 84 van de memorie van grieven ingenomen algemene stellingen en vragen kan het hof geen kenbare grief ontwaren noch een gemotiveerde onderbouwing van enige welkenbare grief. Aan deze stellingen zal het hof derhalve voorbijgaan. Met het voorgaande faalt ook grief V.

Grievens VI en VII

35. Beide grieven bestrijden de door de voorzieningenrechter toegewezen vorderingen met betrekking tot de overdracht van de hiervoor onder rechtsoverweging 6 genoemde domeinnamen en andere verplichtingen uit de Overeenkomst waaronder de verwijzingsplicht van ErgoDirect.

36. Nu het hof met de voorzieningenrechter voorshands van oordeel is dat de rechten en verplichtingen van partijen ook na 31 december 2007 beheerst worden door de bepalingen van de Overeenkomst inclusief de bijlagen, en ErgoDirect niet aangeeft op welke andere gronden de voorzieningenrechter de vorderingen niet kon toewijzen, missen beide grieven doel.

37. Grief VIII deelt het lot van de vorige grieven nu ErgoDirect ook in dit hoger beroep niet voldoende

verweer voert tegen de afzonderlijke door Wellnomics verzochte voorzieningen. Ook in dit hoger beroep maakt ErgoDirect onvoldoende kenbaar op welke gronden de afzonderlijke vorderingen niet toegewezen hadden moeten worden.

38. Grief IX richt zich tegen de beslissing van de voorzieningenrechter die er de facto op neerkomt dat het mogelijk faillissement van Wellnomics als grotendeels in het gelijk gestelde partij zwaarder dient te wegen dan het belang van ErgoDirect bij de schorsing bij de uitvoering van het vonnis.

39. Het hof stelt voorop dat de aard van het kort geding met zich brengt dat de uitspraak in beginsel direct uitvoerbaar is. Weliswaar kan een afweging van de belangen van partijen over en weer tot het oordeel leiden dat het belang van ErgoDirect zwaarder dient te wegen dan dat van Wellnomics, doch daartoe heeft ErgoDirect onvoldoende gesteld. Dit betekent dat grief IX ook zijn doel mist.

Grief X

40. Deze grief heeft tot onderwerp de dwangsom en de kostenveroordeling, waartoe ErgoDirect geen grond aanwezig acht nu zij haars inziens niet kan worden aangemerkt als "de (grotendeels) in het ongelijk gestelde partij".

41. Het hiervoor overwogene leidt tot de conclusie dat de grieven niet tot vernietiging van het beroepen vonnis kunnen leiden. Het beroepen vonnis dient te worden bekrachtigd. Hieruit volgt dat ErgoDirect terecht als grotendeels in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten is veroordeeld en grief X derhalve ook faalt.

42. Voor het door ErgoDirect nader aangeboden bewijs, in het bijzonder door het horen van getuigen, is in kort geding geen plaats.

Incidenteel appel

43. Uit de toelichting begrijpt het hof verder dat de door Wellnomics ingestelde grief in incidenteel appel uiteenvalt in drie deelgrieven. Deze drie deelgrieven waren voor ErgoDirect, blijkens haar memorie van antwoord in incidenteel appel, voldoende kenbaar. Het hof zal de drie deelgrieven hierna dan ook afzonderlijk bespreken.

Onderdeel I

44. Bij pleidooi heeft Wellnomics in antwoord op een vraag van het hof omtrent de inhoud van haar grief in incidenteel appel, deze uitdrukkelijk beperkt tot het niet versturen van brieven en heeft zij afgezien van haar bezwaar met betrekking tot de plaatsing van een advertentie en het uitgeven van een persbericht. Met deze grief beoogt Wellnomics dat ErgoDirect alsnog wordt opgelegd naar haar klanten een brief te sturen waarin, kort gezegd, de eindgebruikers van Workpace wordt meegedeeld dat Wellnomics sinds 24 september 2008 de ondersteuning van Workpace van ErgoDirect overneemt.

45. Het hof overweegt dat Wellnomics onvoldoende duidelijk maakt waaruit het gesteld onrechtmatig handelen van ErgoDirect bestaat. Dit geldt temeer nu Wellnomics erkend heeft dat ErgoDirect het onderhoud, uitgezonderd het leveren van de updates, van Workpace voor bestaande klanten kan blijven verzorgen.

46. Wellnomics stelt dat ErgoDirect verwarring op de markt creëert door bewust niet te berichten dat zij niet langer de wederverkoper van de software van Wellnomics is. Uit het enkele feit dat ErgoDirect niet uit eigen beweging de markt bericht dat zij niet langer de wederverkoper van Wellnomics is, kan nog geen onrechtmatig handelen worden afgeleid. Het hof zal dan ook voorbijgaan aan deze stelling zodat het eerste onderdeel van dit onderdeel in incidenteel appel doel mist.

Onderdeel II

47. In het tweede onderdeel van haar grief stelt Wellnomics zich op het standpunt dat ErgoDirect sinds januari 2008 door het ter beschikking stellen van tijdelijke jaarsleutels en proefsleutels van Workpace onrechtmatig jegens haar heeft gehandeld. De gestelde onrechtmatigheid wordt door ErgoDirect niet gemotiveerd betwist. ErgoDirect voert slechts aan dat zij in ieder geval tot 24 september 2008 gerechtigd was tijdelijke sleutels uit te geven. Wellnomics stelt dat zij er belang bij heeft te kunnen achterhalen aan wie de tijdelijke sleutels zijn verstrekt. Deze informatie heeft zij uit het bij ErgoDirect uitgevoerde boekenonderzoek niet kunnen halen.

48. Het hof overweegt dat Wellnomics niet heeft onderbouwd wat thans het spoedeisend belang van deze vordering is, hetgeen reeds hierom in de weg staat aan toewijzing. Door Wellnomics wordt daarnaast evenmin onderbouwd op welke wijze de door haar gevraagde vordering tot opgave van de

namen van de afnemers aan wie ErgoDirect de tijdelijke sleutels heeft verstrekt, zich verhoudt tot de gestelde onrechtmatig daad, in het bijzonder op welke wijze het verstrekken van deze namen een einde aan het onrechtmatig handelen maakt of anderszins de daaruitvolgende beweerdelijk geleden schade voor Wellnomics beperkt. Ook dit onderdeel treft derhalve geen doel.

Onderdeel III

49. In het derde onderdeel grieft Wellnomics tegen de afwijzing van het voorschot op schadevergoeding. Naar 's hofs oordeel slaagt dit onderdeel niet. Het hof overweegt daartoe dat niet alleen niet onderbouwd is wat thans het spoedeisend belang is van deze vordering van Wellnomics, doch dat Wellnomics haar vordering ook niet op toereikende wijze heeft onderbouwd. De vordering is onvoldoende komen vast te staan, en het kort geding biedt geen ruimte voor verder onderzoek.

Conclusie

50. De grieven in principaal en incidenteel appel falen. Het vonnis waarvan beroep dient te worden bekrachtigd. ErgoDirect zal, als de in het ongelijk te stellen partij in principaal appel worden veroordeeld in de kosten daarvan (3 punten tarief VIII) en Wellnomics zal als de in het ongelijk te stellen partij in incidenteel appel worden veroordeeld in de kosten daarvan (1,5 punt, tarief VII).

De beslissing

Het Gerechtshof:

In het principaal appel:

bekrachtigt het vonnis waarvan beroep;

veroordeelt ErgoDirect in de kosten van het hoger beroep tot aan de uitspraak aan de zijde van Wellnomics te begroten op € 313,- aan verschotten en € 13.740,- aan geliquideerd salaris voor de advocaat;

In het incidenteel appel:

verwerpt het beroep;

veroordeelt Wellnomics in de kosten van het hoger beroep tot aan deze uitspraak aan de zijde van ErgoDirect te begroten op nihil aan verschotten en € 5842,50 aan geliquideerd salaris voor de advocaat;

verklaart dit arrest uitvoerbaar bij voorraad.

Aldus gewezen door mrs. Knijp, voorzitter, Kuiper, en Weening, raden en uitgesproken door de rolraadsheer ter openbare terechtzitting van dit hof op dinsdag 22 september 2009 in bijzijn van griffier.