

arrest

AMSTERDAM

afdeling civiel recht en belastingrecht, team I

zaaknummer : 200.231.662/01

zaaknummer rechtbank Amsterdam : C/13/638334 / KG ZA 17-1209

arrest van de meervoudige burgerlijke kamer van 16 oktober 2018

inzake

1. HALLO DOKTER B.V.,
2. STICHTING EFFECTIEF MEDICIJNGEBRUIK,
beiden gevestigd te Naarden,
appellanten in principaal appel,
tevens geïntimeerden in incidenteel appel,
advocaat: mr. G.F. van Rappard te Amsterdam,

tegen

MEDISECURECARDS NEDERLAND B.V.,
gevestigd te Hendrik-Ido-Ambacht,
geïntimeerde in principaal appel,
tevens appellante in incidenteel appel,
advocaat: mr. T. van der Valk te Rotterdam.

1. Het geding in hoger beroep

Partijen worden hierna Hallo Dokter, SEM en MSC genoemd. Appellanten gezamenlijk worden ook wel als SEM c.s. aangeduid.

SEM c.s. zijn bij dagvaarding van 15 januari 2018 in hoger beroep gekomen van een vonnis van de voorzieningenrechter in de rechtbank Amsterdam van 20 december 2017, in kort geding onder bovenvermeld zaaknummer gewezen tussen MSC als eiseres en SEM c.s. als gedaagden. De dagvaarding bevat de grieven en bij die dagvaarding zijn producties gevoegd.

Partijen hebben daarna de volgende stukken ingediend:

- memorie van antwoord in principaal appel tevens memorie van grieven in incidenteel appel en wijziging van eis, met producties;
- memorie van antwoord in incidenteel appel, met producties.

Partijen hebben de zaak ter zitting van 6 juli 2018 doen bepleiten, SEM c.s. door hun in de aanhef van dit arrest genoemde advocaat en door mr. J.R. Minneboo, advocaat te Amsterdam, en MSC door mrs. R. Chalmers Hoyneck van Papendrecht en

C.L. Hermes, advocaten te Breda, allen aan de hand van pleitnotities die zijn overgelegd. Van de zijde van MSC zijn bij die gelegenheid nog producties in het geding gebracht.

Ten slotte is arrest gevraagd.

SEM c.s. hebben geconcludeerd dat het hof het bestreden vonnis zal vernietigen en, primair, de vorderingen van MSC alsnog integraal zal afwijzen althans, subsidiair, de toegewezen vorderingen zal beperken tot een verbod voor het gebruik door SEM c.s. van een op de Medisecurecard gelijkende kaart, althans zal beperken zodat een verbod niet ziet op het aanbieden van een medisch platform inclusief een persoonlijke gezondheidsomgeving, een en ander met - uitvoerbaar bij voorraad - veroordeling van MSC in de kosten van het geding in beide instanties en met veroordeling van MSC tot terugbetaling van hetgeen door SEM c.s. op grond van het vonnis is betaald, met rente.

MSC heeft geconcludeerd in principaal appel tot bekrachtiging van het bestreden vonnis en veroordeling van SEM c.s. in de proceskosten en in incidenteel appel tot vernietiging van het bestreden vonnis en - uitvoerbaar bij voorraad - alsnog integrale toewijzing van haar in hoger beroep gewijzigde vorderingen.

SEM c.s. hebben in incidenteel appel geconcludeerd tot verwerping van de grieven, met veroordeling van MSC in de proceskosten van het incidentele appel.

2. Feiten

De voorzieningenrechter heeft in het vonnis onder 2, 2.1 tot en met 2.15, de feiten opgesomd die hij bij de beoordeling van de zaak tot uitgangspunt heeft genomen. Deze feiten zijn niet in geschil en dienen derhalve ook het hof als uitgangspunt. Samengevat en waar nodig aangevuld met andere feiten die volgen uit de niet weersproken stellingen van partijen dan wel de niet (voldoende) bestreden inhoud van de producties waarnaar zij ter staving van hun stellingen verwijzen, komen de feiten neer op het volgende.

2.1 MSC is opgericht met het doel om een systeem, althans een werkwijze te ontwikkelen en exploiteren ten behoeve van de gezondheidszorg in het algemeen en de persoonlijke veiligheid van de zorgconsument (hierna: de patiënt) in het bijzonder. De werkwijze is erop gericht de medische gegevens van de patiënt op het door de patiënt gewenste moment, toegankelijk en beschikbaar te maken voor derden. De derden zijn in dit geval zorgverleners die door deze werkwijze sneller dan anders het geval zou zijn geweest, zorg van een hoger niveau kunnen leveren aan de patiënt, doordat zij bekend zijn met de medische achtergrond van de patiënt. De medische gegevens worden voor de bezitter van een specifieke pas/kaart toegankelijk doordat via het internet toegang wordt verschaft tot een online opslagplaats. Alleen degene die beschikt over een pas/kaart met een beveiligd inlogsysteem kan zich deze toegang verschaffen. Het totaalproduct zal hierna worden aangeduid als 'het systeem'. De pas zal worden aangeduid als 'de kaart'.

2.2 SEM (tevens handelend onder de handelsnaam 'Hallo Dokter') houdt zich bezig met educatie, wetenschappelijk onderzoek, product placing, en advies bij medisch en ethisch verantwoord medicijngebruik. Hallo Dokter is op 3 juli 2017 opgericht en houdt zich bezig met het ontwikkelen, beheren en exploiteren van systemen die digitale communicatie tussen zorgverleners en zorgconsumenten, alsmede tussen zorgverleners onderling, mogelijk maken.

2.3 In een e-mail van 2 augustus 2016 heeft MSC het gehele concept van het systeem en de daartoe ontwikkelde software aan SEM gestuurd. Daarbij was ook een presentatie gevoegd. Namens MSC is bij e-mail van 9 augustus 2016 in reactie op een eerdere e-mail van SEM op diezelfde dag (onder meer) aan SEM bericht:

'In de aanloop heeft men getracht mijn kaart te kopen. En daarna te kopieëren. Zoals ook the red cross dat heeft geprobeerd. Onze kaart gaat veel verder. Door het octrooi zijn deze pogingen ook niet verder gekomen.'

2.4 Halverwege 2016 heeft SEM te kennen gegeven dat zij geïnteresseerd was in het systeem. Zij wilde een mogelijke samenwerking onderzoeken. Voordat partijen in gesprek zijn gegaan over een mogelijke samenwerking, hebben zij een geheimhoudingsovereenkomst (verder ook: de geheimhoudingsovereenkomst) gesloten. De geheimhoudingsovereenkomst – die door SEM is opgesteld – is op 13 augustus 2016 door MSC en SEM ondertekend. In de geheimhoudingsovereenkomst is - voor zover van belang - het volgende opgenomen:

Artikel 1: Vertrouwelijkheid

Partij 1 en Partij 2 komen overeen dat de volgende voorwaarden van toepassing zijn op de uitwisseling van vertrouwelijke informatie.

1. Partij 1 en Partij 2 zullen alle informatie die in het kader van dit project wordt verstrekt gedurende de onderzoeksfase en twee jaar na de dag dat de onderzoeksfase is geëindigd vertrouwelijk behandelen, gelijkwaardig aan de wijze waarop de eigen vertrouwelijke informatie wordt behandeld.
 - a. De dag van beëindiging van de onderzoeksfase dient schriftelijk door partijen kenbaar te worden gemaakt.
 - b. Indien de onderzoeksfase leidt tot een samenwerking geldt de vertrouwelijkheid tevens gedurende deze samenwerking en twee jaren na beëindiging van een eventuele samenwerking.
2. Gedurende de in artikel 1.1 genoemde periode zullen Partijen zich tevens onthouden van het nabootsen of ontwikkelen van een gelijke of gelijksoortige dienstverlening als die van de andere Partij.
5. Voornoemde beperkingen gelden niet voor informatie, waarvan de ontvangende partij voordien reeds kennis droeg, die rechtmatig van derden is verkregen, die onafhankelijk is ontwikkeld of die door de verstrekkende partij zelf algemeen bekend is gemaakt.

Artikel 2: Intellectueel eigendom

3. Partij 2 heeft een octrooi verkregen op het concept. Partij 2 zal het octrooinummer en een beschrijving van het octrooi na ondertekening van deze overeenkomst aan Partij 1 overhandigen.

Artikel 7: Toepasselijk recht, boete & geschillen

2. In geval van schending van deze overeenkomst is de overtredende Partij een direct door de andere partij op te roepen contractuele boete verschuldigd te zijn van € 10.000,- voor iedere overtreding van deze overeenkomst.

2.5 Na ondertekening van de geheimhoudingsovereenkomst heeft MSC een aanzienlijke hoeveelheid documentatie en (vertrouwelijke) informatie aan SEM verstrekt ten behoeve van het onderzoek naar een mogelijke samenwerking. Ook heeft MSC aan SEM een presentatie gegeven waarin het gehele concept en de daartoe ontwikkelde software is getoond. Verder heeft MSC in een e-mail van 17 augustus 2016 een afschrift van het octrooi aan SEM toegestuurd, zonder de op het octrooi betrekking hebbende 'written opinion'.

2.6 Bij brief van 22 maart 2017 heeft SEM aan MSC meegedeeld dat bij SEM 'het vertrouwen in een vruchtbare en duurzame samenwerking op redelijke termijn' tussen partijen weg is. SEM informeerde MSC dat zij een einde maakte aan de samenwerking (en de onderzoeksfase) en dat SEM en Hallo Dokter samen verder zouden gaan. In de maanden april en mei 2017 heeft MSC enkele vruchteloos gebleven pogingen gedaan om de vertrouwensbreuk met SEM te herstellen.

2.7 MSC heeft na de beëindiging van de samenwerking ontdekt dat SEM op de website www.hallodokter.nl een kopie van de kaart toonde, volgens een systeem dat nagenoeg identiek is aan het systeem (door SEM aangeduid als 'Medi-ID'). Bij brief van 18 augustus 2017 heeft MSC SEM in gebreke gesteld en gesommeerd om de afspraken na te komen. SEM heeft zich in reactie op deze brief op het standpunt gesteld dat de geheimhoudingsovereenkomst niet is overtreden. Op 12 september 2017 is SEM live gegaan met 'Medi-ID'.

3. Beoordeling

3.1 MSC heeft in eerste aanleg gevorderd, voor zover in hoger beroep nog van belang: I. primair SEM te bevelen met onmiddellijke ingang de geheimhoudingsovereenkomst volledig en onverkort na te komen, meer in het bijzonder door het staken en tot en met 22 maart 2019 gestaakt houden van dienstverlening die gelijk of gelijksoortig is aan de dienstverlening van MSC zoals bedoeld in artikel 1.2 van de geheimhoudingsovereenkomst, althans, in ieder geval het gebruik van de online Persoonlijke Gezondheidsomgeving en het gebruik van de kaart waarmee toegang tot die omgeving kan worden verkregen, te staken en gestaakt te houden, een en ander op straffe van het verbeuren van een dwangsom; althans, subsidiair, SEM te gebieden met onmiddellijke ingang te staken en gestaakt te houden het onrechtmatig handelen jegens MSC, meer in het bijzonder door het staken en tot en met 22 maart 2019 gestaakt houden van dienstverlening die gelijk of gelijksoortig is aan de dienstverlening van MSC zoals bedoeld in artikel 1.2 van de geheimhoudingsovereenkomst, althans, in ieder geval het gebruik van de online Persoonlijke Gezondheidsomgeving en het gebruik van de kaart waarmee toegang tot die omgeving kan worden verkregen, te staken en gestaakt te houden, een en ander op straffe van het verbeuren van een dwangsom; II. Hallo Dokter te gebieden met onmiddellijke ingang te staken en gestaakt te houden het onrechtmatig handelen jegens MSC, meer in het bijzonder door het staken en tot en met 22 maart 2019 gestaakt houden van dienstverlening die gelijk of gelijksoortig is aan de dienstverlening van MSC zoals bedoeld in artikel 1.2 van de

geheimhoudingsovereenkomst, althans, in ieder geval het gebruik van de online Persoonlijke Gezondheidsomgeving en het gebruik van de kaart waarmee toegang tot die omgeving kan worden verkregen, te staken en gestaakt te houden, een en ander op straffe van het verbeuren van een dwangsom;

III. SEM te veroordelen tot betaling aan MSC van een contractuele boete van € 10.000,00 uit hoofde van artikel 7.2 van de geheimhoudingsovereenkomst in verband met de schending van artikel 1.2 van de geheimhoudingsovereenkomst;

IV. SEM c.s. ex artikel 843a Rv hoofdelijk te veroordelen binnen zeven dagen na dagtekening van het vonnis, primair een volledig leesbaar afschrift te verstrekken aan MSC van, althans subsidiair MSC inzage te geven in, alle bescheiden zoals genoemd onder randnummer 55 van de inleidende dagvaarding, een en ander op straffe van het verbeuren van een dwangsom;

een en ander met veroordeling van SEM c.s. in de kosten van deze procedure, met nakosten en rente.

3.2 MSC heeft daartoe gesteld, kort gezegd, dat SEM een dienst in de markt heeft gezet die nagenoeg identiek is aan het door haar ontwikkelde systeem. Daarmee handelt SEM in strijd met de non-concurrentie-bepaling uit artikel 1.2 van de geheimhoudingsovereenkomst. Hallo Dokter dient te worden vereenzelvigd met SEM zodat de vorderingen ook jegens haar dienen te worden toegewezen, aldus nog steeds MSC. SEM c.s. hebben verweer gevoerd tegen de vorderingen. De voorzieningenrechter heeft overwogen dat voldoende aannemelijk is dat de bodemrechter zowel het beroep van SEM op een voldoende ernstige tekortkoming – naar het hof begrijpt: van de zijde van MSC - als haar beroep op dwaling zal volgen, zodat de vordering onder I primair dient te worden afgewezen. De voorzieningenrechter heeft voorts overwogen dat de geheimhoudingsverplichting in artikel 1 van de geheimhoudingsovereenkomst naar zijn aard de ontbinding en/of vernietiging van de overeenkomst ‘overleeft’ en dat aannemelijk is dat SEM heeft gehandeld in strijd met die geheimhoudingsverplichting. De vordering onder I subsidiair is dan ook, met ambtshalve aanvulling van de rechtsgronden, toewijsbaar als in het dictum is vermeld. Naar het oordeel van de voorzieningenrechter is het voorts aannemelijk dat de bodemrechter het beroep op vereenzelviging gegrond zal achten zodat ook de vordering onder II toewijsbaar is als in het dictum vermeld. Ook de onder III gevorderde boete is toewijsbaar, op de grond dat SEM artikel 1 lid 2 van de geheimhoudingsovereenkomst heeft overtreden. De vordering onder IV wordt afgewezen omdat de privacy van de eventuele gebruikers van de kaart zwaarder weegt dan het belang van MSC om haar vordering op SEM te begroten. De voorzieningenrechter heeft op grond van een en ander SEM c.s. bevolen om met ingang van vijf dagen na betekening van het vonnis het gebruik van de online Persoonlijke Gezondheidsomgeving en van de kaart waarmee toegang tot die omgeving kan worden verkregen, te staken en tot en met 22 maart 2019 gestaakt te houden, op straffe van verbeuren van een dwangsom bij overtreding of niet-nakoming van dit bevel, en heeft voorts SEM veroordeeld tot betaling van een contractuele boete van € 10.000,-. De voorzieningenrechter heeft de proceskosten tussen partijen gecompenseerd nu zij over en weer in het ongelijk zijn gesteld.

3.3 De grieven I tot en met VI in principaal appel richten zich tegen de overwegingen die hebben geleid tot toewijzing van het door de voorzieningenrechter gegeven bevel. Grief VII in principaal appel strekt tot beperking van het gegeven bevel. SEM c.s. betogen bij grief VIII voorts dat het onderhavige geschil zich niet leent voor afdoening in kort geding. Grief IX in principaal appel is gericht tegen de toewijzing van de gevorderde boete en grief X in principaal appel, tot slot, tegen het oordeel omtrent de vereenzelviging van Hallo Dokter met SEM. Grief 1 in incidenteel appel richt zich tegen het oordeel dat aannemelijk is dat de bodemrechter het beroep van SEM op een voldoende ernstige tekortkoming van de zijde van MSC en op dwaling zal volgen. Grief 2 in incidenteel appel strekt ertoe dat de exhibitievordering ten onrechte is afgewezen en grief 3 in incidenteel appel, ten slotte, dat een proceskostenveroordeling in eerste aanleg ten onrechte achterwege is gebleven.

3.4 Het hof ziet aanleiding eerst grief 1 in incidenteel appel te behandelen. De grief strekt ertoe dat het in eerste aanleg (primair) gevorderde bevel dient te worden toegewezen op de grond dat SEM het overeengekomen non-concurrentiebeding heeft overtreden. Er is geen sprake van dwaling en evenmin van een relevante toerekenbare tekortkoming die daaraan in de weg staan, aldus MSC. Het hof overweegt naar aanleiding van deze grief het volgende.

3.5 SEM c.s. hebben hun beroep op dwaling als volgt onderbouwd. MSC heeft de bij het octrooi behorende written opinion achtergehouden en verzwegen en in strijd daarmee SEM meegedeeld dat zij beschikte over een beschermingswaardige en bijzondere uitvinding. Indien SEM door MSC op de hoogte zou zijn gesteld dat sprake was van een waardeloos octrooi dan zou zij de geheimhoudingsovereenkomst nimmer zijn aangegaan, aldus SEM c.s.

MSC stelt daar bij haar grief tegenover dat er, mede gelet op de aard van de overeenkomst, geen causaal verband bestaat tussen de gestelde dwaling en het aangaan van de geheimhoudingsovereenkomst. Zij wijst voorts erop dat zij geen uitspraken heeft gedaan over de geldigheid en handhaafbaarheid van het octrooi, dat zij niet hoefde te begrijpen dat de written opinion voor SEM van essentieel belang was voor het aangaan van de geheimhoudingsovereenkomst en dat met die written opinion nog geenszins vaststaat dat het octrooi nietig zal worden verklaard.

3.6 Het hof stelt voorop dat voor een geslaagd beroep op dwaling zal moeten worden vastgesteld dat die te wijten is aan een inlichting van de wederpartij (artikel 6:228 lid 1 onder a BW) dan wel dat de wederpartij in verband met hetgeen zij omtrent de dwaling wist of behoorde te weten, de dwalende had behoren in te lichten (artikel 6:228 lid 1 onder b BW) en voorts dat de overeenkomst tot stand is gekomen onder invloed van die dwaling. SEM c.s. hebben uitdrukkelijk geen beroep gedaan op de wederzijdse dwaling van artikel 6:228 lid 1 onder c BW.

3.7 SEM c.s. hebben ter onderbouwing van hun beroep op dwaling in de eerste plaats verwezen naar de hiervoor onder 2.3 geciteerde e-mail van MSC aan SEM van 9 augustus 2016. Het hof ziet in de inhoud daarvan onvoldoende aanleiding om te concluderen dat MSC SEM onjuist heeft ingelicht over de geldigheid en handhaafbaarheid van het octrooi. De e-mail bevat slechts de weinig concrete

opmerking dat de pogingen de kaart te kopen en/of te kopiëren door het octrooi niet verder zijn gekomen. Niet duidelijk is of deze mededeling daadwerkelijk onjuist of misleidend is. Het is bovendien, mede gelet op de hierna nog te bespreken aard en inhoud van de overeenkomst, niet zonder meer aannemelijk dat SEM de geheimhoudingsovereenkomst onder invloed van deze enkele, weinig concrete mededeling is aangegaan. Daartoe is meer nodig. SEM c.s. hebben in dit verband nog wel gesteld dat tussen partijen is gesproken over de handhaafbaarheid van het octrooi maar zij hebben niet concreet toegelicht op welke wijze dit is gegaan. MSC heeft bovendien betwist dat over de handhaafbaarheid van het octrooi is gesproken zodat daarvan niet kan worden uitgegaan. Hetgeen SEM c.s. hebben aangevoerd omtrent de gang van zaken ná het aangaan van de geheimhoudingsovereenkomst, is in verband met hun beroep op dwaling niet van betekenis.

3.8 SEM c.s. hebben daarnaast aangevoerd dat MSC doelbewust de written opinion heeft achtergehouden en dat zij had kunnen weten dat deze informatie voor SEM essentieel was in verband met het aangaan van de geheimhoudingsovereenkomst. MSC wijst echter terecht erop dat partijen de geheimhoudingsovereenkomst juist zijn aangegaan om op een veilige wijze, immers met wederzijdse geheimhouding, informatie met elkaar te delen teneinde te onderzoeken of partijen een verdere samenwerking wensten aan te gaan. Nadere gegevens, waaronder het nummer en de beschrijving van het octrooi, zouden pas na het aangaan van de geheimhoudingsovereenkomst worden verstrekt, zo is uitdrukkelijk in de geheimhoudingsovereenkomst bepaald. Een en ander wijst erop dat MSC juist niet hoeft te begrijpen dat het verstrekken van gegevens over het octrooi voor SEM essentieel was voor het aangaan van de geheimhoudingsovereenkomst; zij hoefde deze gegevens immers pas na het aangaan daarvan aan SEM te verstrekken. Dat de gegevens van belang zouden kunnen zijn voor de mogelijkheden tot verdere samenwerking is in dit verband niet van belang want dit leidt, zonder nadere toelichting die niet is gegeven, niet zonder meer tot dwaling ten aanzien van het aangaan van de geheimhoudingsovereenkomst.

3.9 MSC voert daarnaast aan dat met de written opinion nog niet evident is dat het octrooi nietig dan wel niet handhaafbaar is, en dat het door haar ontwikkelde concept ook waarde heeft zonder de bescherming van een octrooi. Het hof overweegt dat, hoewel de written opinion vragen oproept over de handhaafbaarheid van het octrooi, daarmee nog niet gegeven is dat het octrooi zonder enige waarde is. In elk geval kan niet worden volgehouden dat het door MSC ontwikkelde concept daarmee in economische zin waardeloos is geworden. Een dergelijk concept is immers ook op andere wijze te beschermen tegen ongewenste concurrentie, zoals al blijkt uit de tussen partijen gesloten geheimhoudingsovereenkomst, tevens inhoudende een non-concurrentiebeding. Daarmee beschermen zij immers, wederzijds, de door hen ontwikkelde concepten ook voor het geval daarop geen intellectuele eigendomsrechten zouden rusten. Het hof is op grond van een en ander van oordeel dat voorshands niet aannemelijk is dat de bodemrechter een beroep op dwaling van de zijde van SEM c.s. zal honoreren. Grief 1 in incidenteel appel slaagt in zoverre.

3.10 SEM c.s. hebben in eerste aanleg aangevoerd dat SEM de geheimhoudingsovereenkomst heeft ontbonden op de grond dat MSC is tekortgeschoten in de nakoming van haar verplichting haar een (volledige) beschrijving van het octrooi te overhandigen. In hoger beroep voegen zij daaraan toe dat SEM de geheimhoudingsovereenkomst ontbindt omdat MSC heeft nagelaten de SWOT-analyse aan haar te verstrekken en aldus niet aan haar verplichtingen uit de geheimhoudingsovereenkomst heeft voldaan. MSC voert ten verweere aan dat zij de betreffende stukken wel aan SEM heeft overhandigd en dus wel aan haar verplichtingen uit de overeenkomst heeft voldaan. MSC voert bovendien aan dat de geheimhoudingsovereenkomst haar niet verplicht de written opinion aan SEM te overhandigen.

3.11 Het hof overweegt dat uit de door MSC overgelegde e-mail met bijlage van haar aan SEM van 17 augustus 2016 weliswaar is af te leiden dat MSC de beschrijving van het octrooi op dat moment heeft verzonden zonder de written opinion, maar daaruit blijkt niet dat MSC die written opinion nimmer aan SEM heeft verstrekt. MSC heeft aangevoerd dat zij naderhand het complete dossier aan SEM heeft overhandigd. SEM heeft dat onvoldoende gemotiveerd betwist omdat zij geen stukken heeft overgelegd of omstandigheden heeft aangevoerd waaruit blijkt dat dit onjuist is. Hetzelfde geldt voor het al dan niet overhandigen van de SWOT-analyse. SEM heeft evenmin correspondentie overgelegd waaruit blijkt dat zij MSC heeft verzocht de ontbrekende stukken alsnog aan haar te overhandigen. Daarbij komt dat SEM in haar brief van 22 maart 2017, waarin zij MSC heeft medegedeeld dat zij geen vertrouwen meer heeft in een vruchtbare samenwerking en dat zij de overeengekomen onderzoeksperiode beëindigt, niet rept over het ontbreken van genoemde stukken, hoewel dat voor de hand had gelegen in het geval dat deze niet waren overhandigd.

3.12 De conclusie is dat op voorhand niet voldoende aannemelijk is dat de bodemrechter tot het oordeel zal komen dat SEM een grond had de geheimhoudingsovereenkomst te ontbinden. Grief 1 in incidenteel appel slaagt ook op dit onderdeel.

3.13 Een en ander wordt niet anders doordat MSC deskundigheid zou hebben op het gebied van octrooien, zoals SEM aanvoert. Vast staat immers dat MSC niet in die hoedanigheid heeft gehandeld maar met SEM samenwerking heeft gezocht op het gebied van online medische dienstverlening. Partijen hebben de geheimhoudingsovereenkomst bovendien gesloten als professionele partijen, terwijl juist ook SEM juridisch advies had ingewonnen voorafgaand aan en met betrekking tot het sluiten van de geheimhoudingsovereenkomst.

3.14 Het slagen van grief 1 in incidenteel appel heeft tot gevolg dat MSC een beroep toekomt op het in artikel 1 lid 2 overeengekomen non-concurrentiebeding dat door MSC in eerste aanleg aan haar vordering ten grondslag is gelegd, en dat een bij de nakoming van dat artikel passende voorziening in beginsel kan worden toegewezen. Uitgaande hiervan hebben SEM c.s. geen belang meer bij de bespreking van hun grieven I tot en met VI in principaal appel. Deze zijn immers gericht tegen overwegingen in het bestreden vonnis die hebben geleid tot toewijzing van de

vordering op de door de voorzieningenrechter ambtshalve aangevulde rechtsgrond, te weten dat SEM heeft gehandeld in strijd met de onder artikel 1 lid 3 overeengekomen geheimhoudingsbeding en het feit dat dit beding naar zijn aard een vernietiging of ontbinding van de geheimhoudingsovereenkomst overleeft, dan wel dat SEM heeft gehandeld in strijd met hetgeen in het maatschappelijk verkeer betamelijk is. Deze overwegingen zijn thans zonder belang gebleken. Ook grief VIII in principaal appel, dat ertoe strekt dat het onderhavige geschil zich niet leent voor afdoening in kort geding, behoeft gelet op het voorgaande niet te worden besproken.

3.15 SEM c.s. voeren bij grief VII in principaal appel aan dat het door de voorzieningenrechter uitgesproken bevel te vergaand is en dat dit beperkt moet worden tot, bijvoorbeeld, het staken van het gebruikmaken van een toegangskaart met krascode. Het bevel zoals dat nu luidt maakt het voor haar onmogelijk een persoonlijke gezondheidsomgeving aan te bieden, ook zonder toegangskaart, dit terwijl zij die persoonlijke gezondheidsomgeving reeds vanaf 2002 ontwikkelt en aanbiedt en dit in de markt gemeengoed is geworden. MSC wijst erop dat de rechter die heeft vastgesteld dat de verwerende partij een bepaalde handeling dient na te laten, gehouden is die partij een verbod op te leggen. Zij wijst voorts erop dat het opgelegde bevel SEM c.s. niet ervan weerhoudt hun kernactiviteit, het concept van online videoconsulten, te exploiteren. Zij betwist dat SEM c.s. in het verleden een persoonlijke gezondheidsomgeving als dienst hebben aangeboden.

3.16 Het hof overweegt naar aanleiding van deze grief als volgt. De aanhef van de geheimhoudingsovereenkomst beschrijft het door MSC ontwikkelde concept als het bieden van toegang tot alle medische en persoonlijke informatie van haar klanten aan hulp- en zorgverleners in het geval van acute ziekte of ongevallen. Het bieden van (beveiligde) toegang aan hulp- en zorgverleners in de beschreven gevallen staat in dat concept centraal en niet zozeer het aanbieden van een persoonlijke gezondheidsomgeving. Ook uit de verdere omschrijving van het concept van MSC, zoals bijvoorbeeld in de aanvraag van het octrooi, blijkt dat de door MSC ontwikkelde kaart centraal staat. Om deze redenen brengt een redelijke uitleg van 'gelijke of gelijksoortige dienstverlening' als bedoeld in het non-concurrentiebeding, met zich dat SEM zich dient te onthouden van het nabootsen of ontwikkelen van een beveiligde toegang tot medische gegevens van klanten met een kaart gelijk of gelijksoortig aan de door MSC ontwikkelde kaart. MSC heeft bovendien niet bestreden dat het aanbieden van een persoonlijke gezondheidsomgeving in de markt inmiddels gebruikelijk is. Ook dat staat eraan in de weg die persoonlijke gezondheidsomgeving als onderdeel van het door haar ontwikkelde concept te zien dat SEM op grond van het non-concurrentiebeding niet op de markt mag aanbieden. Het bestreden vonnis zal dan ook worden vernietigd wat betreft het aan SEM gegeven bevel. Het hof zal SEM c.s. bevelen zoals zij bij hun grief hebben voorgesteld. De grief slaagt.

3.17 Er is geen aanleiding een verder strekkend verbod op te leggen op de grond dat SEM niet eerder een persoonlijke gezondheidsomgeving op de markt heeft aangeboden. Het staat haar immers vrij dat te doen, zolang zij maar geen gebruik maakt van het door MSC ontwikkelde concept betreffende de kaart.

3.18 Grief IX in principaal appel luidt dat de vordering tot betaling van een contractuele boete ten onrechte is toegewezen. SEM c.s. voeren aan dat op een dergelijke vordering in een bodemzaak dient te worden beslist. Zij wijzen daarbij op het restitutierisico. Ook voeren zij aan dat zij in een bodemprocedure van haar zijde voor een bedrag van € 20.000,- aan door MSC verbeurde contractuele boetes zullen vorderen. Het hof gaat aan een en ander voorbij. In dit geding is vast komen te staan dat SEM het non-concurrentiebeding heeft overtreden door een kaart aan te bieden gelijksoortig aan de door MSC aangeboden kaart. Het is dan ook voorshands voldoende aannemelijk dat de bodemrechter een door MSC te vorderen boete zal toewijzen. SEM c.s. hebben onvoldoende onderbouwd dat zij daar tegenover een solide tegenvordering hebben. De grief faalt.

3.19 Grief X in principaal appel richt zich tegen het oordeel dat Hallo Dokter kan worden vereenzelvigd met SEM. SEM c.s. voeren aan dat Hallo Dokter is opgericht omdat een besloten vennootschap beter kapitaal kan aantrekken en niet om het non-concurrentiebeding te omzeilen. Dit betekent naar het oordeel van het hof dat Hallo Dokter kennelijk door de bestuurder van SEM is opgericht met als doel dezelfde activiteiten te ondernemen als SEM. Het opleggen van eenzelfde bevel aan zowel SEM als aan Hallo Dokter ligt dan ook in de rede. Ook deze grief faalt.

3.20 Grief 2 in incidenteel appel strekt ertoe dat de exhibitievordering ten onrechte is afgewezen. MSC wijst erop dat een geanonimiseerde lijst van klanten van SEM c.s. volstaat en dat het haar niet is te doen om medische- of identiteitsgegevens. Het hof is van oordeel dat de door de voorzieningenrechter gehanteerde weigeringsgrond daarmee vervalt. MSC heeft overigens niet gesteld en concreet toegelicht dat SEM c.s. vertrouwelijke gegevens met derden hebben gedeeld zodat het in de inleidende dagvaarding onder 55 sub b) gevorderde niet zal worden toegewezen. De vordering sub a) jegens Hallo Dokter zal worden afgewezen, nu zij vooralsnog geen partij is bij de onderhavige rechtsbetrekking. Nu voor de vordering onder a) jegens SEM is voldaan aan de vereisten van artikel 843a BW en SEM c.s. dat onvoldoende hebben betwist, zal de vordering voor het overige worden toegewezen als volgt. De grief slaagt in zoverre.

3.21 MSC heeft in hoger beroep nog haar eis vermeerderd in die zin dat zij thans vordert Hallo Dokter hoofdelijk, naast SEM, te veroordelen tot betaling van de contractuele boete van € 10.000,-. Dit omdat SEM zou hebben verklaard niet te beschikken over voldoende middelen om aan het vonnis te voldoen. De door de voorzieningenrechter aangenomen vereenzelving leidt ertoe dat hoofdelijke veroordeling van Hallo Dokter op zijn plaats is, aldus MSC. Het hof overweegt dat de door de voorzieningenrechter aangenomen vereenzelving niet de boete betreft nu deze in eerste aanleg slechts is gevorderd en toegewezen jegens SEM. Het hof ziet onvoldoende aanleiding thans reeds aan te nemen dat de contractspartij van MSC, SEM, niet aan haar verplichting tot het betalen van de boete zal voldoen. De vermeerderde vordering zal worden afgewezen.

3.22 MSC voert bij grief 3 in incidenteel appel aan dat in eerste aanleg een proceskostenveroordeling ten onrechte achterwege is gebleven. Het hof ziet in de

uitkomst van het geschil echter geen aanleiding alsnog te komen tot een proceskostenveroordeling in de eerste aanleg. De grief faalt dan ook.

3.23 De slotsom is dat grief VII in principaal appel en de grieven 1 en 2 in incidenteel appel slagen, en de grieven voor het overige niet hoeven te worden besproken dan wel falen. Het vonnis waarvan beroep zal deels worden vernietigd en er zal worden beslist als volgt. De kosten van het geding in principaal appel en in incidenteel appel zullen tussen partijen worden gecompenseerd nu zij over en weer in het ongelijk zijn gesteld.

4. Beslissing

Het hof:

vernietigt het vonnis waarvan beroep, voor zover daarbij in het dictum onder 5.1 het aldaar omschreven bevel is gegeven en voor zover afgifte van een lijst van geanonimiseerde personen en van instellingen als bedoeld onder randnummer 55 sub a van de inleidende dagvaarding is geweigerd;

en, in zoverre opnieuw rechtdoende:

beveelt SEM c.s. om het gebruik van de kaart waarmee toegang tot de online Persoonlijke Gezondheidsomgeving kan worden verkregen, te staken en tot en met 22 maart 2019 gestaakt te houden;

veroordeelt SEM binnen 14 dagen na betekening van dit arrest een volledig leesbaar afschrift te verstrekken aan MSC van een lijst van geanonimiseerde personen en van instellingen met wie SEM sinds 13 augustus 2016 een overeenkomst is aangegaan aangaande (een kopie van) de kaart, inclusief de data waarop de overeenkomst is aangegaan en het aantal gebruikers waarop de overeenkomst betrekking heeft, en bepaalt dat SEM een dwangsom zal verbeuren van € 500,- voor iedere dag dat zij nalatig blijft om volledig aan deze veroordeling te voldoen, tot een maximum van € 50.000,-;

bekrachtigt het vonnis waarvan beroep voor het overige;

verklaart bovenstaande veroordelingen uitvoerbaar bij voorraad;

bepaalt dat ieder der partijen de eigen proceskosten draagt;

wijst af het in hoger beroep meer of anders gevorderde.

Dit arrest is gewezen door mrs. D. Kingma, M.L.D. Akkaya en H.M.M. Steenberghe en door de rolraadsheer in het openbaar uitgesproken op 16 oktober 2018.

mr. A.R. Sturhoofd