

IN NAAM DES KONINGS

arrest

GERECHTSHOF ARNHEM-LEEWARDEN

locatie Arnhem

afdeling civiel recht

zaaknummer gerechtshof 200.089.129
(zaaknummer rechtbank Zutphen 111045)

arrest van de eerst kamer van 7 oktober 2014

in de zaak van

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
Bureau voor Educatieve Ontwerpen B.V.,
gevestigd te Rosmalen, gemeente 's-Hertogenbosch,
appellante in het principaal hoger beroep,
geïntimeerde in het incidenteel hoger beroep,
hierna: BVEO,
advocaat: mr. L.E.J. Jonker,

tegen:

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
ThiemeMeulenhoff B.V.,
gevestigd te Amersfoort,
geïntimeerde in het principaal hoger beroep,
appellante in het incidenteel hoger beroep,
hierna: ThiemeMeulenhoff,
advocaat: mr. J.M.B. Seignette.

1. **Het geding in eerste aanleg**

Voor het geding in eerste aanleg verwijst het hof naar de inhoud van het vonnis van 19 januari 2011 dat de rechtbank Zutphen tussen principaal appellante als eiseres in conventie/verweerster in reconventie en principaal geïntimeerde als gedaagde in conventie/eiseres in reconventie heeft gewezen.

2. **Het geding in hoger beroep**

2.1 Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding in hoger beroep d.d. 13 april 2011,
- de memorie van grieven met een productie,
- de memorie van antwoord tevens van grieven in incidenteel hoger beroep met 8 producties (genummerd 8 tot en met 15),
- de memorie van antwoord in incidenteel hoger beroep,
- de pleidooien d.d. 8 mei 2014 overeenkomstig de pleitnotities. Mr. Jonker voornoemd heeft voorafgaand aan de zitting aan mr. Seignette voornoemd en het hof een productie

(genummerd productie 2) gezonden. Deze productie is op 25 april 2014 ter griffie van het hof ontvangen. De productie bevat een twaalf pagina's omvattende verklaring van dr. Ad Bok (verder: Bok). Mr. M.E. Kingma heeft namens Thieme bezwaar gemaakt tegen het -te laat- inbrengen van dit stuk en voert daartoe verder aan dat het stuk een verkapte memorie of een akte is. Nadat mr. Jonker op deze bezwaren heeft kunnen reageren heeft het hof na schorsing van de zitting de produktie geweigerd.

2.2 Na afloop van de pleidooien heeft het hof arrest bepaald.

3. De vaststaande feiten

3.1 BVEO ontwikkelt digitaal onderwijsmateriaal. Bekadidact, in 2009 door fusie opgegaan in ThiemeMeulenhoff, is uitgever van educatieve leermiddelen voor het basisonderwijs.

3.2 Tussen BVEO en Bekadidact heeft in 2004 overleg plaatsgevonden over een interactieve digitale lesmethode. BVEO had een onderwijsleerconcept bedacht onder de naam Taalonderwijs in Ontwikkeling (TiO). Partijen hebben afgesproken dat BVEO op basis van dat concept een digitaal spellingsprogramma zou ontwikkelen met de naam IederSpelt.

3.3 BVEO heeft als productie 1 bij dagvaarding overgelegd een niet-ondertekende intentieverklaring. Deze houdt onder meer in:

"(...)

Artikel 1 - Algemene strekking

1.1

BVEO, als enige en onbetwiste eigenaar van het digitale spellingsprogramma "Spelling op het net" (werktitel), hierna te noemen Het Product, draagt door middel van deze intentieverklaring vooralsnog, dat wil zeggen tot een definitieve overeenkomst zal zijn aangegaan, het exploitatierecht over aan uitgeverij Bekadidact.

1.2

De samenwerking tussen BVEO enerzijds en Bekadidact anderzijds is gebaseerd op de kennis en kunde van BVEO met betrekking tot inhoudelijke en technische ontwikkeling van een webbased computerprogramma, te weten Het Product, en kennis, ervaring en deskundigheid van Bekadidact met betrekking tot het produceren en vermarkten van educatieve programma's.

(...)

1.4

Het Product zal volgens afspraak binnen een termijn van 12 maanden na ondertekening van deze overeenkomst c.q. intentieverklaring gereed zijn voor de markt.

1.5

Alle nog te nemen beslissingen over Het Product, in casu de vormgeving, de programmering, de hosting, administratieve handling en de vermarkting zullen in goed onderling overleg worden genomen en worden beschreven in de definitieve overeenkomst.

(...)

Artikel 2 - Duur van de overeenkomst

2.1

De overeenkomst wordt in eerste instantie aangegaan voor een periode van 3 jaren, te rekenen vanaf de datum waarop beide partijen deze overeenkomst rechtsgeeldig hebben ondertekend.

2.2

De overeenkomst wordt vervolgens stilzwijgend en telkens voor de periode van één jaar verlengd, tenzij de overeenkomst tijdig, dat wil zeggen uiterlijk voor drie maanden voor de afloop van de periode waarvoor de overeenkomst op dat moment geldt, door één der partijen bij aangetekend schrijven wordt opgezegd.

Artikel 3 - Omvang en typering van het marktbeleid waarvoor de overeenkomst geldt

(...)

3.2

Het Product zal in eerste instantie worden vermarkt binnen de schoolmarkt.

De schoolmarkt kan in brede zin geformuleerd worden, te weten: primair onderwijs, voortgezet onderwijs, middelbaar beroeps en volwassenenonderwijs.

Over de fasering van het betreden van bovengenoemde deelmarkten zal in goed overleg tussen beide partijen worden besloten.

(...)

Artikel 4 - Betalingen betreffende Het Product

4.1

Het bedrag van € 63.344 dat BVEO reeds heeft geïnvesteerd in het Product, zal als investering worden aangemerkt in de samenwerking. Dit betekent dat BVEO meedeelt in de netto opbrengsten, na aftrek van alle kosten. Het percentage zal worden vastgelegd in de definitieve overeenkomst.

4.2

Het bedrag van € 80.000 dat BVEO nog moet investeren voor verdere ontwikkeling en voltooiing van Het Product, zal door Bekadidact worden betaald, en wel volgens onderstaand schema:

- € 20.000, ultimo 2004 (reeds betaald)
- € 15.000, ultimo maart 2005
- € 15.000, ultimo juni 2005
- € 15.000, ultimo september 2005
- € 15.000, ultimo december 2005

Dit bedrag zal slechts betaald worden na definitieve ondertekening van het definitieve contract.

(...)

Artikel 5 - Het definitieve contract

5.1

Het definitieve contract zal, naast de vaststelling van het royaltypcentage en het

percentueel aandeel in de samenwerking, tevens voorzien in:

- *ontbindende voorwaarden*
- *arbitrage*
- *opzegging*
- *verslaggeving en vaststelling netto-opbrengsten*

en wat verder voor de beoogde definitieve overeenkomst van belang is of zal blijken te zijn.

5.2

*Binnen twee maanden nadat deze intentieverklaring rechtsgeeldig is ondertekend door beide partijen, zal de definitieve overeenkomst ter ondertekening worden voorgelegd aan beide partijen.
(...)"*

3.4 Voor de programmeerwerkzaamheden heeft Bekadidact, in overleg met BVEO, een overeenkomst gesloten (productie 3 bij conclusie van antwoord tevens eis in reconventie) met softwarebedrijf Global-e BV (hierna te noemen: Global-e). Global-e is begin 2005 begonnen met het programmeren van de eerste onderdelen voor het programma "TederSpelt"

3.5 Daarnaast werd door partijen samengewerkt ten aanzien van een programma met de naam IederLeest.

3.6 De ontwikkelaar BVEO, A. Bok (hierna te noemen: Bok) is in mei en juli 2005 en in oktober 2006 wegens ziekte uitgevallen. De directeur van Bekadidact, J. van Geenen (hierna te noemen: Van Geenen), is in augustus 2005 overleden. De uitgever van Bekadidact, G. van der Bruggen, is in de periode september 2006 tot januari 2007 door ziekte uitgevallen.

3.7 Namens Bekadidact is een door BVEO aangeleverd functioneel ontwerp voor IederSpelt beoordeeld door G. Bannenberg, consultant Kenniscentrum Veen Bosch & Keuning Educatief. Op 28 april 2005 heeft Bannenberg gerapporteerd (productie 5 bij conclusie van antwoord tevens eis in reconventie). Namens BVEO heeft Bok op het rapport gereageerd (productie 6 bij conclusie van antwoord tevens eis in reconventie). Uit het rapport van Bannenberg blijkt dat er nog veel werk moest worden verricht.

3.8 BVEO heeft (het laatste deel van) het functioneel-technisch ontwerp op 1 oktober 2005 ingeleverd bij Global-e.

3.9 Naar aanleiding van een bijeenkomst op 9 november 2005 bericht (Bok namens) BVEO bij brief van 15 november 2005 (productie 11 bij memorie van grieven) aan (Gera van der Bruggen van) Bekadidact:

"Voorstellen voor contractpunten Bekadidact-BVEO met betrekking tot het Spellingsprogramma.

(...)

Zoals afgesproken op de bijeenkomst in Baarn op 9 november, vat ik samen wat we besproken hebben. De punten zijn nog in het stadium van 'conceptvorming'.

Een werkbare procedure is misschien:

1. *eerste mondelinge bespreking (9 nov)*

2. eerste schriftelijke formulering BVEO (15 nov)
3. schriftelijke herziening door Bekadidact
4. gezamenlijke goedkeuring

Te regelen punten

1. Vastleggen van de rechten en plichten van beide partijen.

- de inspanning- en resultaatverplichtingen van Bekadidact;
- de inspanning- en resultaatverplichtingen van BVEO;
- de termijn waarbinnen de resultaatsverplichtingen moet worden voldaan;
- de regeling van het eigenaarschap ná beëindiging van het contract.

2. Vastleggen van het eigenaarschap van het programma.

(...)

Het BVEO wil de rechten van het programma voor de duur van het contract overdragen aan Bekadidact, opdat Bekadidact al hetgeen kan doen wat gunstig is voor de marktontwikkeling.

3. BVEO wil worden aangemerkt als mede-investeerder in het project.

(...)

In het licht van bovenstaande wil BVEO een aangepaste regeling met een winst en (gestaffeld) royaltiespercentage.

(...)

5. Bekadidact neemt de exploitatie van Spelling voor de doelgroep PO voor haar rekening. Geregeld moet worden wie de rechten en plichten krijgt t.a.v. andere doelgroepen:

- a. VO, VE, HBO
- b. Vlaanderen, po en vo
- c. Suriname en Antillen

(...)

Het contract moet vermelden welke doelgroepen Bekadidact zelf wil verzorgen en op welke termijn. Ook moet uitdrukkelijk worden vermeld dat BVEO het recht heeft om andere uitgeverijen te benaderen voor doelgroepen die Bekadidact niet wil.

(...)

7. Omschrijving van de dienstverlening (wie doet wat, tegen welke prijs)

- tussentijdse updates, bugs
- hosting
- helpdesk
- administratie

(...)"

3.10 In 2006 is tussen partijen over het project IederLeest een geschil ontstaan. BVEO heeft daarop Bekadidact gedagvaard. De gerechtelijke procedure is gevoerd voor de rechtbank Utrecht, waarin na het tussenvonnissen van 25 juli 2007 op de voortgezette comparitie van partijen van 27 februari 2008 een vaststellingsovereenkomst is gesloten.

3.11 De brief van Van der Bruggen namens Bekadidact aan BVEO d.d. 17 juli 2006 (productie 2 bij dagvaarding) houdt in:

“(…)

Net zoals jij ben ik afgelopen weken gewoon doorgegaan met alles hier intern op orde te krijgen om het programma Iederspelt straks goed te laten draaien. Ook dat vergt veel werk: afspraken met onze klantenservice, hoe gaan de scholen inloggen, hoe gaat het met factureren, alles kortsluiten met kenniscentrum en Global-E. Er moesten heel wat knopen worden doorgehakt.

Van Global-E heb ik begrepen dat er toch meer werk was dan zij hadden ingeschat. Dat gegeven en de perikelen met de overeenkomst hebben mij, overigens in overleg met Rianne, doen besluiten op het programma in januari 'live' op de markt te brengen. Een grootschalige introductie volgt dan met de NOT. Ook heeft de marketing nog veel voor te bereiden. Er moet ondermeer een aparte Iederspelt website worden gemaakt. Omdat de situatie ook rondom Iederspelt op een gegeven moment zo penibel was, durfde ik ook geen geld meer uit te geven. Ik twijfelde er echt aan of het wel ooit goed zou komen. Dat weet ik op dit moment nog niet, maar het stemt me hoopvol dat jullie in ieder geval zijn gaan testen. Dat dat een hele klus is, realiseer ik me al te goed. Ik kijk zelf ook regelmatig op de site en zie verschrikkelijk veel fouten, zowel inhoudelijk als technisch. Ik vertrouw erop dat alles goed komt.

*Overigens is de radiostilte door jullie ingezet, en ben ik gewoon doorgegaan met het stellen van vragen aan jullie. Ik hoop daar een dezer dagen ook antwoord op te krijgen.
(…)”*

3.12 Het e-mailbericht van 19 oktober 2006 (productie 2 bij dagvaarding) van BVEO (Bok) aan Bekadidact (R. Rhodes, Manager Business Unit Onderwijs, hierna: Rhodes) houdt onder meer in:

"Graag wil ik van je vernemen of wij de testprocedure van het spelprogramma moeten uitvoeren.

*Met verwijzing naar mijn eerdere onderbouwing (gericht aan Gera) wijs ik je er nogmaals op dat de test zeer ingewikkeld is, omdat het programma **interactief reageert op de leeftijd en de prestaties** van de leerling. Dat is uniek, maar óók zeer complex. Bovendien bedraagt de totale doorlooptijd van het programma 80 uur. Dat traject moet meermaals vanuit verschillende leerlingen worden doorlopen. Als je de test wilt onderbrengen, moeten we ons daarbij neerleggen, maar we verzekeren je dat de test dan alleen oppervlakkig kan plaatsvinden.*

*Zoals ik aangegeven heb, beslaat de test een lange periode. Zó lang, dat we vanaf dit moment al kunnen zeggen dat het programma **niet op 1 jan 2007 gebruiksklaar** kan zijn, tenzij we onderdelen uitbesteden.*

Het betekent de zoveelste opschuiving van de uitgeefdatum.

“(…)

*In een vorige brief vermeldde je dat wij mede schuldig waren aan de vertraging. Dat is een vergissing. Wij leverden (ondanks mijn ziekte) op **1 okt 2005** het functionele én technische ontwerp in bij Global-e. Precies zoals afgesproken.*

“(…)”

3.13 De reactie d.d. 25 oktober 2006 (productie 3 bij dagvaarding) van Bekadidact (Rhodes) op het e-mailbericht van BVEO houdt onder meer in:

“(…)”

"Mede gezien jouw gezondheidssituatie, wat weer zijn eigen risico's met zich meebrengt, maar ook vanwege de wijze waarop BvEO het testtraject aanpakt hebben zij mij geadviseerd het vervolg van het testtraject niet meer bij BvEO neer te leggen, maar bij een bedrijf

waarmee wij al jaren samenwerken op dit gebied. De wijze waarop BvEO test heeft namelijk tot gevolg dat er iedere keer wijzigingen in het functioneel ontwerp gemaakt moeten worden, en dus vervolgens in het functioneel ontwerp en in de programmering. Dit is de reden dat het testtraject tot nog toe heel veel tijd heeft gekost. Het testbedrijf waar wij mee werken volgt een andere procedure, waardoor we sneller kunnen werken. Ik heb besloten hun advies over te nemen en het testtraject dus niet meer bij BvEO neer te leggen.

*Wat betreft de planning betekent dit dat Global-e 1 november een complete versie kan opleveren, deze wordt vervolgens getest. Ik zie deze versie volgende week en dat is dan voor het eerst dat ik het complete product incl. vormgeving kan beoordelen. Een belangrijk moment, omdat dat ook het enige moment is waarop ik kan beslissen of we het zo uitgegeven of dat er nog zaken veranderd moeten worden. Ik zal daarbij speciaal letten op zaken als schermindeling, aansprekende vormgeving voor de doelgroep, duidelijkheid etc. Inschatting is dat het testen een maand in beslag zal nemen. Nadat de wijzigingen zijn doorgevoerd moeten we dan begin januari een compleet en af product hebben. Ondertussen ben ik ook met marketing bezig om het marketingtraject op te zetten. Kortom we werken er met z'n allen, ondanks de afwezigheid van Gera, hard aan om IederSpelt zo snel mogelijk op de markt te brengen.
(..)"*

3.14 Bij e-mailbericht van 3 januari 2007 (productie 4 bij dagvaarding) bericht BVEO (Bok) aan Bekadidact (Rhodes):

*"(...)
Ik probeerde je gisteren en vandaag tevergeefs een minuut aan de telefoon te krijgen om te informeren naar de status van het spellingsprogramma.
We zijn daar niet gerust over omdat we vernamen
- dat de programmeur zijn werkzaamheden heeft opgeschort;
- dat hij geen testresultaten heeft ontvangen;
De indruk ontstaat dat het werk voor onbepaalde tijd is stilgevallen, terwijl de definitieve uitgeefdatum toch naar 1 jan 07 was verschoven?
(...)"*

3.15 De brief van BVEO aan Bekadidact (Rhodes) d.d. 9 januari 2007 (productie 4 bij dagvaarding) houdt in:

*"(...)
Aangezien wij geen reactie krijgen via telefoon of e-mail op ons verzoek om nadere informatie over het Spellingsproject, zetten we zelf de volgende stap.
1. We hebben op 02 jan 07 geconstateerd dat het programma nog steeds niet helemaal geprogrammeerd is en vernomen dat Global-e de werkzaamheden heeft opgeschort in afwachting van nader contact met Bekadidact. Ook bleek dat Global-e geen testgegevens heeft ontvangen.
2. Het programma bevatte op 30 dec 06 nog steeds ernstige fouten op onderdelen die wel geprogrammeerd zijn. Het programma wekt de indruk dat het niet getest is. Wij deden eerder een aanbod om het programma grondig te testen, maar Bekadidact wees dat af zonder een poging te ondernemen om tot overeenstemming te komen.
3. Onze inschatting is dat een foutvrij programma nog maanden op zich zal laten wachten. We merken op dat Bekadidact de uitgeefdatum voor de zoveelste keer zal moeten opschorten, waardoor onze inkomstenderving alsmaar groter wordt.
4. Er is tussen Bekadidact en Bveo nog steeds geen overeenkomst over de naam 'Iederspelt'.
5. Bekadidact heeft nog steeds geen contract of licentieovereenkomst met Bveo. Het vorige*

'contract' was zo slordig en onjuist dat wij het mochten verscheuren in afwachting van een zorgvuldiger exemplaar.

6. Er is nog steeds geen overeenkomst mbt de investering van ca € 60.000 van Bveo.

7. Er is nog steeds geen enkele waardering voor het feit dat Bveo een veel hoogwaardiger programma heeft gemaakt dan was afgesproken.

(...)

We hopen dat Bekadidact onze opmerkingen en bevindingen serieus neemt. Wij zijn bereid een redelijk gesprek aan te gaan teneinde overeenstemming te bereiken over de voortgang en de hierboven genoemde punten. In dat kader zijn we ook bereid om de testprocedure alsnog uit te voeren.

(...)." "

3.16 Bij e-mailbericht van 22 januari 2007 (productie 4 bij dagvaarding) heeft R. Rhodes namens Bekadidact, aan Bok geschreven:

"(...) Eind november heeft Global-e een versie gereed voor testen opgeleverd (...) Ik moet je eerlijk zeggen dat wij geschrokken zijn van wat we te zien kregen. Onze eerste indruk was dat IederSpelt in zijn huidige vorm ongeschikt is voor het basisonderwijs en dat was toch de primaire doelgroep. Ik heb vervolgens met een deskundige (...) gevraagd een analyse van het programma te maken. (...)

Haar conclusies t.a.v. deze punten luiden als volgt:

Vormgeving en uitstraling:

- *Het zal de doelgroep niet echt aanspreken, omdat de jeugd van tegenwoordig met name op het gebied van de computer veel gewend (verwend) is. Het programma zoals het er nu uit ziet is nog saaier dan het gemiddelde schoolboek*
- *Ik vermoed dat de gemiddelde leerkracht niet echt aangesproken wordt door hoe het er uit ziet.*

Opzet en uitwerking van de oefeningen:

- *Ik vind er onderwijskundig nogal wat haken en ogen aan zitten*
- *Het lijkt mij eerder te demotiveren en te frustreren met name voor die leerlingen die al niet zo van spelling en taal houden.*
- *Het vraagt een hoog taal- en leesniveau van de leerlingen (...)*
Leerlingen die niet zo taal- en leesvaardig zijn, kunnen volgens mij veel niet begrijpen en zullen erg snel afhaken of hun leerkracht moeten inschakelen.

Gebruiksgemak:

- *Ik vind het programma ongebruiksvriendelijk voor de huidige leerlingen én ook voor de leerkrachten. Je raakt bijv. geregeld de weg kwijt in het programma. Het is in ieder geval niet kindvriendelijk.*
- *Er is veel te weinig aandacht besteed aan helderheid, duidelijkheid, snelheid en sluit niet aan bij de meest gebruikelijke manieren waarop huidige programma's en games werken.*

Status van oplevering:

- *Tijdens het doorlopen van de verschillende onderdelen, ben ik nogal wat fouten tegengekomen zoals:*
 - *Verkeerde informatie of oefeningen bij de verkeerde onderwerpen*
 - *Veel tikfouten*

- *Verkeerde afbrekingen van woorden*
- *Echt foutieve zinnen*
- *Dingen die goed zijn, die fout gerekend worden en andersom. (...)*

Eindconclusie

- *Zoals het programma nu is lijkt het me een heel moeilijk te positioneren product. Is het een bijproduct voor zwakke spellers? Voor alle leerlingen?*
 - *Voor zwakke spellers is het ongeschikt. (...)*
 - *Als je alle leerlingen neemt dan nog zal het voor de grootse groep te moeilijk zijn. Het is een programma voor intelligente en zeer taalsterke leerlingen, die ook nog eens intrinsiek gemotiveerd en zeer zelfstandig zijn. Dat lijkt me een erg kleine doelgroep. (...)*
- *In de huidige opzet lijkt het me meer iets voor Pabo studenten die naar aanleiding van de spellingstest bepaalde kennis en vaardigheden moeten opvijzelen. (...)*

Deze analyse, waarvan ik je als je daar prijs op stelt ook de complete versie kan sturen, bevestigde het beeld dat ik ook van het programma had gekregen. (...) Het programma is gewoon niet leuk om te doen. En volgens mij is dat al de eerste en grootste hobbel. We willen als Bekadidact leuke, stimulerende en kwalitatief goed producten maken. (...) Daar voldoet dit product in mijn ogen echt niet aan. Als we het wél daaraan willen laten voldoen betekent dit dat we drastisch in het concept moeten ingrijpen en daarvan kan ik de consequenties en de kosten niet overzien en dat terwijl we tot nu toe al ruim € 200.000,- hebben uitgegeven aan de ontwikkeling van het programma.

Ik heb vanwege bovenstaande nu vooralsnog besloten het werk bij Global-e voor de toetsmodule stop te zetten en het testtraject uit te stellen. Daarnaast ben ik in overleg getreden met de business units VO, BVE en HBO om te kijken of zij mogelijkheden zien voor het programma in hun markt en wat er dan nog aan gewijzigd zou moeten worden om een kans van slagen in deze markten te hebben. (...) Maar ik kan het product in zijn huidige vorm niet uitgeven voor het primair onderwijs omdat ik ervan overtuigd ben dat het geen enkele kans van slagen heeft binnen het PO. (...)

3.17 Bij e-mailbericht van 26 maart 2007 (onderdeel van productie 2 bij conclusie van antwoord tevens eis in reconventie) heeft Bok aan Rhodes geschreven:

“Hierbij reageer ik op uw brief van 22 jan. 07.

(...) Na twee volle maanden heeft u niet de moeite genomen om nader contact op te nemen over de voortgang.

- In de veronderstelling dat u aanstuurt op een nieuw, groot conflict, heb ik in de afgelopen weken een grondig rapport geschreven over de theoretische en didactische achtergronden van het programma, de gevoerde correspondentie, de geschiedenis van het project en ten slotte de veroordeling van het product. Aangezien u er voortdurend blij van heeft gegeven geen enkele belangstelling te hebben voor mijn opvattingen, en uw veroordeling toch al definitief is, zal ik dat rapport op het geschikte moment openbaar maken, wellicht pas met het betekenen van de dagvaarding. (...) U heeft precies gedaan waar uw directeur en uzelf zo vaak mee hebben bedreigd: als BvEO het Leesproces doorzet, trekt BK de stekker uit het Spellingproject. (...)”

4. De motivering van de beslissing in hoger beroep

In het principaal en het incidenteel hoger beroep

4.1 BVEO en Bekadidact hebben in 2004 met elkaar gesproken over de ontwikkeling en uitgave van het interactieve webbased spellingsprogramma "IederSpelt". Dit programma maakte onderdeel uit van het "Ieder Project 2014" en bestond uit de onderdelen: "IederSpelt", "IederSchrijft" en "IederLeest". In verband met diverse problemen/verschillen van inzicht is het programma "IederSchrijft" in mei 2006 bij een andere uitgever ondergebracht. Over het programma "IederLeest" hebben partijen een gerechtelijke procedure gevoerd die uiteindelijk na een tussenvonnis van 25 juli 2007 op 27 februari 2008 heeft geresulteerd in een schikking waarbij Bekadidact zich heeft verplicht tot betaling van € 25.000,- aan BVEO.

4.2 In onderhavige procedure gaat het alleen over het programma "IederSpelt". Dit spellingsprogramma is gebaseerd op het door Dr. A. Bok -werkzaam bij BVEO- ontwikkelde onderwijsleerconcept "Taalonderwijs in Ontwikkeling" (TiO). De gesprekken over IederSpelt hebben eind 2004/begin 2005 geresulteerd in een intentieverklaring. Partijen hebben deze intentieverklaring niet ondertekend. In de intentieverklaring is opgenomen dat partijen een definitieve overeenkomst zullen aangaan en dat deze door partijen zal worden ondertekend. Partijen hebben nadien geen definitieve overeenkomst ondertekend zoals bedoeld in de intentieverklaring. BVEO is in 2005 begonnen met het ontwikkelen van "IederSpelt" en heeft in 2005 op diverse momenten hiervan stukken aangeleverd bij het softwarebedrijf Global-e B.V. (verder: Global-e). Global-e verrichtte in opdracht en voor voor rekening van Bekadidact de benodigde programmeerwerkzaamheden. Global-e heeft Bekadidact vanaf 19 maart 2005 tot 4 december 2006 voor deze werkzaamheden gefactureerd. Bekadidact heeft deze facturen (totaal € 101.310,-) betaald.

4.3 Op 1 oktober 2005 heeft BVEO (het laatste stuk van) het functionele en technische ontwerp bij Global-e ingeleverd. Op 1 november 2006 levert Global-e voor het eerst een complete versie van "IederSpelt" aan Bekadidact. In opdracht van Bekadidact is deze complete versie getest. Bekadidact heeft ervoor gekozen deze test niet door BVEO te laten uitvoeren zoals door BVEO was aangeboden. Op 22 januari 2007 bericht Rhodes namens Bekadidact naar aanleiding van de uitgevoerde test aan BVEO onder meer:
"Ik heb vanwege bovenstaande nu voorsnog besloten het werk bij Global-e voor de toetsmodule stop te zetten en het testtraject uit te stellen. Daarnaast ben ik in overleg getreden met de business units VO, BVE en HBO om te kijken of zij mogelijkheden zien voor het programma in hun markt en wat er dan nog aan gewijzigd zou moeten worden om een kans van slagen in deze markten te hebben. Ik heb na de NOT een overleg met hen. Pas daarna ga ik pas besluiten hoe we verder gaan.

Ik begrijp dat bovenstaande zeer onprettig nieuws is voor jou en Trudy en ben me er van bewust dat jullie er zeer veel tijd en hart en ziel in hebben zitten. Maar ik kan het product in zijn huidige vorm niet uitgeven voor het primair onderwijs, omdat ik ervan overtuigd ben dat het geen enkele kans van slagen heeft binnen het PO. Ik hoop dat dit wel het geval zal zijn voor het BVE en HBO (over VO heb ik zelf mijn twijfels) en dat we, misschien met enkele aanpassingen, het alsnog succesvol kunnen lanceren. Zodra ik meer nieuws heb zal ik jullie berichten."

4.4 Ongeveer twee maanden later, bij e-mailbericht d.d. 26 maart 2007, reageert Bok

namens BVEO op de beslissingen van Bekadidact. Dit e-mailbericht houdt onder meer in:

(...)

Hierbij reageer ik op uw brief van 22 jan. 07.

-Omdat u toezegde na de NOT verdere stappen te ondernemen, wachtte ik even met deze reactie. Na twee volle maanden heeft u niet de moeite genomen om nader contact op te nemen over de voortgang.

-In de veronderstelling dat u aanstuurt op een nieuw, groot conflict, heb ik de afgelopen weken een grondig rapport geschreven over de theoretische en didactische achtergronden van het programma, de gevoerde correspondentie, de geschiedenis van het project en ten slotte de veroordeling van het project. Aangezien u er voortdurend blijk van heeft gegeven geen enkele belangstelling te hebben voor mijn opvattingen, en uw veroordeling toch al definitief is, zal ik het rapport op het geschikte moment openbaar maken, wellicht pas met het betekenen van de dagvaarding.

(...)"

4.5 BVEO vordert in deze procedure van Bekadidact vergoeding van de schade die zij lijdt ten gevolge van het niet uitgeven van "IederSpelt". Primair baseert zij haar vordering op een tekortkoming van Bekadidact. BVEO stelt dat Bekadidact zich heeft verplicht tot uitgave van dit programma. Subsidiar (op grond van redelijkheid en billijkheid) en meer subsidiar (op grond van onrechtmatige daad) baseert zij haar vordering op het ongeoorloofd afbreken van de onderhandelingen door Bekadidact. In de memorie van grieven, randnummer 144, heeft BVEO dit als volgt samengevat: *"BVEO heeft binnen de afgesproken termijn een programma ontwikkeld dat voldoet aan de met Bekadidact overeengekomen principes. BVEO heeft daarmee aan haar verplichtingen voldaan. Bekadidact was gehouden binnen een afgesproken termijn over te gaan tot uitgave van het door BVEO ontwikkelde programma. Zij had zich daartoe verplicht, onder meer op grond van de toezeggingen die zij al had gedaan aan BVEO. Het afzien van uitgave c.q. het stoppen van de onderhandelingen over een definitief exploitatiecontract stond Bekadidact niet vrij. Nu zij dat toch heeft gedaan, is zij gehouden de schade die BVEO daardoor lijdt te vergoeden. (...)"*.

De rechtbank heeft in het vonnis van 19 januari 2011 in conventie de vorderingen van BVEO afgewezen. Samengevat vorderde BVEO dat aan haar het positief contractsbelang zou worden vergoed. De grieven van BVEO strekken ertoe dat haar vorderingen in hoger beroep alsnog worden toegewezen. In genoemd vonnis heeft de rechtbank ook de vorderingen in reconventie van ThiemeMeulenhoff afgewezen. Samengevat vorderde ThiemeMeulenhoff dat BVEO zal worden veroordeeld tot betaling van de door haar ten behoeve van "IederSpelt" gemaakte ontwikkelingskosten groot € 191.990,-, omdat -kort gezegd- BVEO voor haar de mogelijkheden heeft geblokkeerd om van deze investeringen iets terug te verdienen. De grieven van ThiemeMeulenhoff strekken ertoe dat haar vorderingen in hoger beroep alsnog worden toegewezen.

De grieven in het principaal en het incidenteel hoger beroep leggen het geschil in volle omvang aan het hof voor.

In het principaal hoger beroep

Verplichting tot uitgeven

4.6 Hoewel Bekadidact heeft betwist dat in de Intentieverklaring de tussen partijen gemaakte afspraken zijn vastgelegd, volgt uit de Intentieverklaring duidelijk dat partijen samenwerking hebben beoogd ten aanzien van het spellingsprogramma "IederSpelt" en dat daarvoor tussen partijen een "definitieve overeenkomst" zal worden gesloten. In artikel 4.2

van de Intentieverklaring wordt bepaald: *“Dit bedrag zal slechts betaald worden na definitieve ondertekening van het definitieve contract”* en in artikel 5.2: *“Binnen twee maanden nadat deze intentieverklaring rechtsgeldig is ondertekend door beide partijen, zal de definitieve overeenkomst ter ondertekening worden voorgelegd aan beide partijen.”* Vast staat dat de Intentieverklaring niet is ondertekend en dat een door partijen ondertekende definitieve overeenkomst niet tot stand is gekomen. Bij gelegenheid van het pleidooi is van de zijde van Bekadidact verklaard dat het zou kunnen zijn dat het format van de Intentieverklaring door Bekadidact is aangeleverd en dat de tekst en inhoud van A. Bok (BVEO, toevoeging hof) komt. Van de zijde van BVEO is dat niet betwist zodat het hof hiervan uitgaat. Gezien de tekst van de Intentieverklaring en de betrokkenheid van BVEO bij de totstandkoming daarvan mag worden aangenomen dat het dus ook de bedoeling van BVEO was om de verhouding met Bekadidact schriftelijk vast te leggen in ondertekende contracten en is BVEO - evenals Bekadidact- zich er in 2005 en 2006 ook steeds van bewust geweest dat er nog geen definitieve overeenkomst was en heeft daarmee -naar achteraf blijkt- een door beide partijen onderschat risico genomen.

4.7 Beide partijen hebben vanaf begin 2005 vervolgens inspanningen/werkzaamheden verricht en aanzienlijke kosten gemaakt terwijl de Intentieverklaring nog niet was ondertekend en ook het in artikel 5 bedoelde definitieve contract nog niet tot stand was gebracht. Kennelijk hadden beide partijen zoveel vertrouwen in elkaar en in de samenwerking dat zij vooruitlopend op de totstandkoming en schriftelijke vastlegging van de definitieve overeenkomst met de samenwerking zijn begonnen. BVEO heeft vanaf begin 2005 aan de verdere ontwikkeling van "IederSpelt" gewerkt en in dat jaar periodiek onderdelen hiervan bij Global-e aangeleverd. Op 1 oktober 2005 heeft zij het laatste onderdeel van "IederSpelt" aangeleverd. Bekadidact heeft voor deze werkzaamheden aan BVEO totaal € 86.800,- (exclusief BTW) voldaan. Uit het overzicht van Bekadidact (productie 1 bij conclusie van antwoord in conventie tevens eis in reconventie) kan worden afgeleid dat de eerste vijf door BVEO gefactureerde bedragen en de betalingen door Bekadidact aansluiten bij de in artikel 4.2 van de Intentieverklaring opgenomen betalingsregeling. Aldus hebben beide partijen zich in zoverre gehouden aan de Intentieverklaring. Bekadidact heeft zich niet beroepen op artikel 4.2 inhoudende dat dit bedrag (€ 80.000,-) slechts zal worden betaald na de definitieve ondertekening van het definitieve contract. Bekadidact heeft verder vanaf 19 maart 2005 tot 20 oktober 2005 totaal € 85.125,- (exclusief BTW) aan Global-e betaald in verband met de door Global-e verrichte werkzaamheden ten behoeve van de ontwikkeling van "IederSpelt" en nog eens een bedrag van € 16.185,- (exclusief BTW) over de periode 1 augustus 2005 - 4 december 2006 in verband met hosting-activiteiten ten behoeve van "IederSpelt". Tot slot heeft Bekadidact in de eerste helft van 2006 nog € 3.880,- aan Monnikenwerk betaald in verband met werkzaamheden ten behoeve van de vormgeving van "IederSpelt". Totaal heeft Bekadidact € 191.990,- (exclusief BTW = € 228.468,10 inclusief BTW) kosten gemaakt ten behoeve van "IederSpelt".

4.8 Uit het bovenstaande volgt dat beide partijen vanaf het begin van de samenwerking ervan uitgingen, en zich daarvoor ook hebben ingezet, om van "IederSpelt" een succes te maken. Anders dan BVEO stelt, heeft Bekadidact zich echter niet contractueel verplicht tot het uitgeven van "IederSpelt". Hiertoe overweegt het hof het volgende. Aangenomen dat partijen zich hebben gebonden aan de Intentieverklaring moet worden vastgesteld dat een verplichting tot uitgeven daarin niet met zoveel woorden is opgenomen. Ook na uitleg van de Intentieverklaring aan de hand van de Haviltexmaatstaf kan een dergelijke verplichting daaruit niet worden afgeleid. Uit de Intentieverklaring in samenhang

met de brieven van 15 november 2005 en 9 januari 2007 van BVEO volgt nu juist dat partijen hierover nog een overeenkomst moesten sluiten -de definitieve overeenkomst- en dat partijen over essentiële onderdelen van deze overeenkomst nog geen overeenstemming hadden bereikt. BVEO heeft zich dit ook steeds gerealiseerd althans moeten realiseren gezien haar in de brief van 15 november 2005 geformuleerde *"Voorstellen voor contractpunten (...)"* en haar brief van 9 januari 2007 waarin onder 4-6 wordt gesteld dat voor de daar genoemde punten nog steeds geen overeenkomst is met Bekadidact. De in deze brieven genoemde punten betreffen essentiële onderdelen die alleen door partijen kunnen worden ingevuld. Aldus hebben partijen wat betreft de beoogde definitieve overeenkomst niet het stadium bereikt dat hetgeen hen nog verdeeld hield eventueel aan de hand van de redelijkheid en de billijkheid kan worden aangevuld. Aldus bestond er voor Bekadidact geen contractuele verplichting tot het uitgeven van "IederSpelt". Een dergelijke overeenkomst is tussen partijen niet tot stand gekomen. BVEO heeft voorts gesteld dat Bekadidact op grond van toezeggingen verplicht was tot uitgave van "IederSpelt".

BVEO heeft de door haar bedoelde -door Bekadidact betwiste- toezeggingen van Bekadidact onvoldoende geconcretiseerd en onderbouwd. BVEO heeft hierover in de memorie van grieven alleen gesteld: *"De toenmalige contactpersonen bij Bekadidact, de heer Van Geenen en mevrouw Van der Bruggen, hebben meermalen aangegeven dat het tot exploitatie van het programma zou komen."* Dat bij Bekadidact de intentie -en het vertrouwen- bestond dat het tot uitgave zou komen, kan worden afgeleid uit de aanzienlijke kosten -€ 228.468,10- die zij voor "IederSpelt" heeft gemaakt. Zo leest het hof ook de door BVEO overgelegde schriftelijke verklaring van Van der Bruggen d.d. 10 januari 2013 waar zij onder meer verklaart: *"Natuurlijk stond voor beide partijen al vroeg in het traject vast dat het programma zou worden uitgegeven."* Uit deze verklaring van Van der Bruggen volgt naar het oordeel van het hof evenwel niet dat door Bekadidact is toegezegd "IederSpelt" te zullen uitgeven. Daarbij heeft het hof mede betrokken hetgeen Van der Bruggen in de brief van 17 juli 2006 namens Bekadidact aan BVEO heeft geschreven: *"Omdat de situatie ook rondom Iederspelt op een gegeven moment penibel was, durfde ik ook geen geld meer uit te geven. Ik twijfelde er echt aan of het wel ooit goed zou komen. Dat weet ik op dit moment nog niet, maar het stemt me hoopvol dat jullie in ieder geval zijn gaan testen."* In dit verband merkt het hof nog op dat BVEO in haar brieven van 15 november 2005 en 9 januari 2007 niet als vertrekpunt neemt dat Bekadidact -op grond van toezeggingen- verplicht was tot uitgeven. Ook naar aanleiding van het geciteerde bericht van Bekadidact d.d. 17 juli 2006 en het bericht d.d. 25 oktober 2006 - *"Ik zie deze versie volgende week en dat is dan voor het eerst dat ik het complete product incl. vormgeving kan beoordelen. Een belangrijk moment, omdat dat ook het enige moment is waarop ik kan beslissen of we het zo uitgeven of dat er nog zaken veranderd moeten worden"* reageert BVEO niet richting Bekadidact met de stelling dat zij -op grond van eerdere toezeggingen- is verplicht tot het uitgeven van "IederSpelt". Dit had wel voor de hand gelegen nu uit deze berichten van Bekadidact voor BVEO duidelijk werd dat Bekadidact ervan uitging dat zij nog vrij was om al of niet uit te geven. Dit volgde ook uit het e-mailbericht van 25 oktober 2005 van Bekadidact aan BVEO: *"Ten aanzien van IederSpelt is sprake van een gevorderde productontwikkeling, maar ontbreken een goed businessplan en overeenkomsten."* en het e-mailbericht van 28 april 2006 van Bekadidact aan BVEO naar aanleiding van het verzoek van BVEO om tot definitieve besluitvorming te komen: *"dat wij niet op basis van een eerste presentatie van het programma op een vrijdagmiddag gaan besluiten het te exploiteren."* Op grond van het voorgaande komt het hof tot het oordeel dat Bekadidact zich niet heeft verplicht tot uitgave van "IederSpelt" en dat zij bij BVEO ook geen gerechtvaardigd vertrouwen heeft opgewekt dat zij dat zou doen.

Afbreken van de onderhandelingen

4.9 BVEO stelt dat Bekadidact -op 22 januari 2007- niet meer de vrijheid had de onderhandelingen af te breken en vordert terzake dit ongeoorloofd afbreken als schadevergoeding -kort gezegd- het positief contractsbelang. Bekadidact heeft de vordering gemotiveerd betwist. Het hof merkt hierbij op dat de mededelingen van Bekadidact aan BVEO d.d. 22 januari 2007 niet per se hoeven te worden uitgelegd als een definitief afbreken van de onderhandelingen door Bekadidact over de uitgave van "IederSpelt". BVEO heeft dit echter wel gesteld. Bekadidact heeft dit vervolgens onvoldoende gemotiveerd betwist. Weliswaar heeft Bekadidact betwist dat zij het project "IederSpelt" eenzijdig heeft stopgezet, maar uit de verdere onderbouwing daarvan volgt dat zij zich op het standpunt stelt dat BVEO een product heeft afgeleverd dat niet geschikt was voor de doelgroep en veel fouten bevatte en -zo begrijpt het hof- dat zij daarom gerechtigd was de onderhandelingen te beëindigen. Bekadidact heeft nadien -in ieder geval tot de brief van 26 maart 2007- geen contact meer gezocht met BVEO hetgeen ook een aanwijzing is dat zij de relatie met BVEO heeft beëindigd. Bekadidact heeft geen feiten en omstandigheden aangevoerd waardoor dit tijdsverloop niet kan worden aangemerkt als een aanwijzing dat zij met haar e-mailbericht van 22 januari 2007 de onderhandelingen met BVEO heeft beëindigd. Bij de verdere beoordeling zal het hof daarom tot uitgangspunt nemen dat de onderhandelingen op 22 januari 2007 door Bekadidact eenzijdig zijn afgebroken. Hetgeen daarna tussen partijen heeft plaatsgevonden kan eventueel van belang voor de omvang van de schadevergoeding wegens ongeoorloofd afbreken van de onderhandelingen, maar niet bij de beoordeling of de onderhandelingen op 22 januari 2007 ongeoorloofd zijn afgebroken.

4.10 Voor de beoordeling van de aansprakelijkheid van Bekadidact wegens afgebroken onderhandelingen stelt het hof op grond van de rechtspraak van de Hoge Raad het volgende voorop. Tijdens onderhandelingen zijn partijen verplicht hun gedrag mede te laten bepalen door elkaars gerechtvaardigde belangen. Partijen zijn -als uitvloeisel van het beginsel van contractsvrijheid- in beginsel vrij de onderhandelingen af te breken. Dit is slechts anders indien het afbreken op grond van het gerechtvaardigd vertrouwen van de wederpartij in het tot stand komen van de overeenkomst of in verband met de andere omstandigheden van het geval onaanvaardbaar zou zijn. Daarbij is van belang de mate waarin en de wijze waarop de afbrekende partij tot het ontstaan van dat vertrouwen heeft bijgedragen en met de gerechtvaardigde belangen van deze partij. Ook kan van belang zijn of zich in de loop van de onderhandelingen onvoorziene omstandigheden hebben voorgedaan, terwijl, in het geval de onderhandelingen ondanks de gewijzigde omstandigheden door partijen over een lange tijd worden voortgezet, wat betreft dit vertrouwen van de wederpartij doorslaggevend is hoe daarover op het moment van afbreken van de onderhandelingen moet worden geoordeeld tegen de achtergrond van het gehele verloop van de onderhandelingen.

4.11 Uit de uitvoerige correspondentie tussen partijen volgt dat de samenwerking ten aanzien van "IederSpelt" tussen partijen niet probleemloos is verlopen. Voorstelbaar is dat dit mede is veroorzaakt door de problemen tussen partijen met betrekking tot "IederLeest" en "IederSchrijft" en de personele wijzigingen binnen Bekadidact: het overlijden (augustus 2005) van de directeur van Bekadidact (Van Geenen) en het uitvallen van de uitgever van Bekadidact (Van der Bruggen) ten gevolge van ziekte (vanaf september 2006). Dit zijn overigens omstandigheden waarmee ook BVEO tijdens de onderhandelingen rekening behoorde te houden. BVEO moet zich dit ook hebben gerealiseerd nu zijn in haar e-mailbericht van 28 april 2006 aan Bekadidact bericht:
"De nasleep van het lees-debacle hangt als een zwaard van Damocles boven ons hoofd."
Zoals volgt uit hetgeen boven reeds is overwogen, zijn er door Bekadidact geen

toezeggingen gedaan, niet door de toenmalige directeur en uitgever en ook niet door de later bij het project betrokken directeur en uitgever. Aldus doet zich niet de situatie voor dat de opvolgend directeur en uitgever zijn teruggekomen op toezeggingen van hun voorgangers. In dit verband wijst het hof er nogmaals op dat de toenmalige uitgever van Bekadidact -Van der Bruggen- in haar brief van 17 juli 2006 -samengevat- schrijft dat zij op dat moment nog steeds niet weet of het met "IederSpelt" ooit wel goed zal komen.

4.12 Anders dan BVEO stelt zijn partijen niet tot overeenstemming gekomen over de aan BVEO toekomende vergoeding ingeval van uitgave van "IederSpelt". Uit de bij productie 2 bij memorie van antwoord tevens memorie van grieven in het incidenteel appel overgelegde correspondentie volgt dat partijen hebben gesproken over een joint venture constructie danwel een royalty constructie en dat partijen op dit punt niet tot overeenstemming zijn gekomen. Uit de brieven van 11 juni 2006, 13 juli 2006 en 22 juli 2006 van BVEO respectievelijk Bekadidact kan wellicht worden afgeleid dat partijen op het punt van de staffel voor de royalties elkaar dicht waren genaderd maar partijen waren elkaar in het geheel nog niet genaderd over de door BVEO verlangde vergoeding van de door haar gedane investering (€ 63.750,-) en evenmin over de vraag of de samenwerking de vorm van een joint venture zou krijgen. Ook wanneer vast zou komen te staan dat de door Bekadidact geformuleerde staffel voor de royalties door BVEO mondeling is geaccordeerd, hetgeen BVEO heeft gesteld en Bekadidact gemotiveerd heeft betwist, kan bij ontbreken van overeenstemming over de andere twee belangrijke punten niet worden aangenomen dat tussen partijen overeenstemming is bereikt over de aan BVEO toekomende vergoeding. Tot slot wijst het hof op de brief van de advocaat van Bekadidact d.d. 13 oktober 2006 (productie 2 bij conclusie van antwoord) waarin een voorstel -gestaffelde royalty- is geformuleerd voor het uitgeven van IederSpelt, welk voorstel in de brief van de advocaat van BVEO d.d. 15 november 2006 is verworpen. Bij deze afwijzing is niet gerefereerd aan een eerdere -mondelinge- overeenstemming over deze staffel.

4.13 Ondanks het feit dat partijen in juli 2006 nog steeds geen overeenstemming hebben bereikt over de vergoeding voor BVEO, gaan zij verder met de samenwerking. Beide partijen hebben kennelijk nog vertrouwen in een goede afloop. Bij e-mailbericht van 17 juli 2006 deelt Bekadidact aan BVEO onder andere mee dat is besloten om het programma "IederSpelt" in januari 2007 "live" op de markt te brengen. Uit het bericht volgt verder dat er volgens Bekadidact nog *"verschrikkelijk veel fouten, zowel inhoudelijk als technisch"* in het programma zitten en dat zij op dat moment nog niet weet of het wel goed zal komen maar daar wel op vertrouwt. BVEO heeft een en ander niet gemotiveerd betwist. In het e-mailbericht van 25 oktober 2006 bericht Bekadidact aan BVEO dat het programma extern getest zal worden en dat er dan beslist wordt of het zo zal worden uitgegeven of dat er nog zaken veranderd moeten worden.

Tegen de achtergrond van de samenwerking en inspanningen vanaf begin 2005 mocht BVEO op grond van de e-mailberichten van 17 juli 2006 en 25 oktober 2006 er gerechtvaardigd op vertrouwen dat partijen tot een overeenkomst zouden komen als het programma positief uit de test zou komen. Aldus was de vrijheid van Bekadidact om de onderhandelingen met BVEO in januari 2007 af te breken in die zin beperkt dat zij die alleen mocht afbreken voor zover de testresultaten daartoe aanleiding gaven.

4.14 BVEO heeft de door Bekadidact in haar e-mailbericht van 22 januari 2007 geformuleerde kritiek betwist (productie 16 bij conclusie van antwoord in reconventie). Voorts voert zij aan dat Bekadidact met deze kritiek te laat is en doet daarbij een beroep op artikel 6:89 BW. Anders dan BVEO met dit laatste lijkt te impliceren kan niet worden

aangenomen dat Bekadidact ten opzichte van BVEO verplicht was om de werkzaamheden van BVEO danwel Global-e te volgen en zo nodig te sturen. In haar berichten van 11 juni 2006 en 22 juli 2006 meldt BVEO aan Bekadidact *"Veel begeleiding hebben wij niet nodig" respectievelijk "Meegewogen moet worden dat Bekadidact praktisch geen inspanning heeft hoeven leveren bij de totstandkoming van het product (géén concept, geen aansturing, geen begeleiding, geen revisie, geen correctie, (...), geen aansturing functioneel ontwerp (...))"*. Voorts is gesteld noch gebleken dat BVEO om begeleiding danwel aansturing heeft verzocht. Nu BVEO verder geen feiten en omstandigheden heeft aangevoerd die zouden kunnen meebrengen dat Bekadidact op 22 januari 2007 te laat was met haar kritiek op het programma "IederSpelt" volgt uit het voorgaande dat Bekadidact haar recht daartoe niet heeft verwerkt, zoals door BVEO is betoogd. Blijft over de vraag of de testresultaten voor Bekadidact aanleiding hadden mogen zijn om de onderhandelingen met BVEO te beëindigen. Daarbij geldt ingevolge de hoofdregel van artikel 150 Rv als uitgangspunt dat BVEO moet stellen en -bij voldoende betwisting- bewijzen dat Bekadidact geen goede gronden had om de onderhandelingen af te breken.

4.15 Na de Intentieverklaring heeft BVEO op 10 februari 2005 bij Bekadidact een presentatie gegeven over "IederSpelt". BVEO heeft onbetwist gesteld dat de betrokkenen binnen Bekadidact enthousiast waren over het programma dat was gebaseerd op TiO. Op 28 april 2005 volgt een beoordeling van het functioneel ontwerp van Kenniscentrum Veen Bosch & Keuning Educatief (productie 5 bij conclusie van antwoord in conventie tevens eis in reconventie). Naar aanleiding van deze beoordeling bericht Van der Bruggen namens Bekadidact aan BVEO: *"Hierbij de opmerkingen van Gijs Bannenberg (kenniscentrum) op 't f.o. van spelling. Volgens mij kun je de meeste dingen weerleggen. Van de opmerkingen over planning hoef je je niets aan te trekken. Een echt serieus punt is wel de audio voor de dictees."* (productie 14 bij conclusie van antwoord in reconventie). Zoals uit deze -milde- reactie van Bekadidact op de -kritische- opmerkingen van Bannenberg kan worden afgeleid, tilde Van der Bruggen niet zwaar aan deze kritiek en vormde deze kritiek toen voor Bekadidact ook geen aanleiding om de samenwerking met BVEO te beëindigen of om daaraan nadere voorwaarden te stellen. Weliswaar is bij gelegenheid van het pleidooi in hoger beroep van de zijde van ThiemeMeulenhoff zonder enige onderbouwing nog gesteld dat BVEO met deze kritiek niets heeft gedaan, maar gesteld noch gebleken is dat de kritiek in het e-mailbericht van 22 januari 2007 is te herleiden tot de kritische punten van Bannenberg.

4.16 Uit de brief van 17 juli 2006 (zie boven r.o. 3.5) blijkt dat vanuit Bekadidact de website bij Global-e met daarop het programma "IederSpelt" regelmatig werd bekeken en dat daarop *"verschrikkelijk veel fouten, zowel inhoudelijk als technisch"* werden geconstateerd. Dit sluit aan bij hetgeen BVEO in de brief van 9 januari 2007 aan Bekadidact schrijft: *"Het programma bevatte op 30 dec 06 nog steeds ernstige fouten op onderdelen die wel geprogrammeerd zijn"* (zie boven r.o. 3.9) en de bevindingen van Brijde onder het kopje *"Status van oplevering"* (productie 9 bij memorie van antwoord in conventie tevens memorie van grieven in incidenteel appel) die ook zijn opgenomen in het e-mailbericht van 27 januari 2007. In de "korte weerlegging van de kritiek van Bekadidact" van BVEO (productie 16 bij conclusie van antwoord in reconventie) gaat BVEO niet in op de bedoelde fouten. In haar brief van 9 januari 2007 merkt zij echter op: *"Onze inschatting is dat een foutvrij programma nog maanden op zich zal laten wachten."* Tegen deze achtergrond heeft BVEO onvoldoende gemotiveerd betwist dat het programma "IederSpelt" begin 2007 nog ernstige fouten bevatte.

4.17 Het rapport van Brijde wordt als volgt afgesloten: *“Het is een lange lijst met heel veel kritiek. Er zitten zeker ook aardige kanten in het programma. Zoals de volledigheid, het feit dat een leerling zelf keuzes kan maken in onderwerp en oefenvorm en met name de adaptiviteit. Maar die worden totaal overvleugeld door al die andere punten die je tijdens het programma tegenkomt. Het is gewoon niet leuk om te doen. En volgens mij is dat al de eerste en grootste hobbel. We willen als Bekadidact leuke, stimulerende en kwalitatief goede producten maken. Producten die het ‘beste’ uit het kind willen halen en motiveren tot leren. Daar voldoet dit product in mijn ogen echt niet aan. Als we het wél daaraan willen laten voldoen moeten volgens mij héél drastisch in het concept worden ingegrepen en daarvan kan ik de consequenties en de kosten niet overzien. Ik vind het persoonlijk echt heel erg jammer dat iets waar zoveel tijd en geld aan besteed is en ook met heel veel zorg en aandacht is gemaakt (want daar twijfel ik niet aan) en wat ingenieus is qua programmeerwerk, toch niet voldoende is van kwaliteit. (...)”*. Uit deze korte samenvatting volgt naar het oordeel van het hof de kern van het verschil van inzicht tussen BVEO en Bekadidact, welk verschil zijn oorzaak vindt in het verschil in verantwoordelijkheid voor het uiteindelijke product zoals dat is geformuleerd in artikel 1.2 van de Intentieverklaring. Bekadidact heeft kennis, ervaring en deskundigheid op het terrein van het produceren en vermarkten van educatieve programma’s. Bekadidact oordeelt dat het product saai en statisch is en de doelgroep -in beginsel het basis onderwijs- niet zal aanspreken. BVEO merkt daarover op dat TiO opzettelijk sober is en dat TiO niet saai wordt maar door inhoudelijke rijkdom op den duur zelfs boeiender. Waar Bekadidact dus aandacht vraagt voor de presentatie -de uiterlijke vormgeving- van het programma reageert BVEO met de inhoudelijke rijkdom van TiO. Dit past weliswaar bij haar verantwoordelijkheid voor het product -de samenwerking is mede gebaseerd op haar kennis en kunde met betrekking tot inhoudelijke en technische ontwikkeling- maar gaat voorbij aan de kritiek van Bekadidact. Hetzelfde doet zich voor ten aanzien van de door Bekadidact genoemde gebruiksonvriendelijkheid. BVEO, zo blijkt uit onderdeel 4 van haar korte weerlegging, vindt dat het de leerlingen niet te gemakkelijk moet worden gemaakt, dat leerlingen moeite moeten doen om in “IederSpelt” de weg te vinden en dat de leeromgeving een werkplaats is en geen vermaakcentrum. Het hof is van oordeel dat BVEO hiermee de door ThiemeMeulenhoff gestelde gebruiksonvriendelijkheid onvoldoende gemotiveerd heeft betwist.

4.18 Mede tegen de achtergrond dat partijen op diverse onderdelen nog steeds geen overeenstemming hadden bereikt en de grote investering die Bekadidact op dat moment al had gedaan, mocht zij op grond van het rapport van Brijde de samenwerking danwel de onderhandelingen over een overeenkomst met BVEO op 22 januari 2007 beëindigen. Op dat moment bevatte het programma nog ernstige fouten, waarvan BVEO inschatte dat het nog maanden kon duren om deze te herstellen en voldeed het programma niet aan de door Bekadidact gewenste gebruiksvriendelijkheid en presentatie. Zoals uit hetgeen onder 4.16 en 4.17 volgt heeft BVEO een en ander onvoldoende gemotiveerd betwist.

In het incidenteel hoger beroep

4.19 ThiemeMeulenhoff vordert in hoger beroep dat BVEO alsnog zal worden veroordeeld om aan haar de door Bekadidact in het kader van “IederSpelt” gedane betalingen (totaal € 191.990,- exclusief BTW) te vergoeden. Zij voert hiertoe aan dat BVEO in de nakoming van de -stilzwijgende- voorovereenkomst van partijen is tekortgeschoten, althans dat BVEO heeft gehandeld in strijd met de redelijkheid en billijkheid, althans onrechtmatig heeft gehandeld, door een product te leveren dat niet geschikt was om in de beoogde markt te worden uitgegeven en vervolgens de mogelijkheden te blokkeren tot het uitgeven van het

programma. Ook bij de beoordeling van de vordering van ThiemeMeulenhoff heeft te gelden dat Bekadidact de samenwerking met BVEO danwel de onderhandelingen met BVEO door haar e-mailbericht van 22 januari 2007 heeft afgebroken. Het hof verwijst hiervoor naar rechtsoverweging 4.9. Bekadidact mocht de samenwerking danwel de onderhandelingen afbreken op grond van de uitkomsten van de door Brijde uitgevoerde test, mede tegen de achtergrond van het ontbreken van een definitieve overeenkomst tussen partijen en de reeds door haar gemaakte -aanzienlijke- kosten. Partijen zijn begin 2005 begonnen met het verrichten van werkzaamheden en het maken van aanzienlijke kosten terwijl de Intentieverklaring niet was getekend en tussen partijen ook geen overeenstemming over de definitieve overeenkomst was bereikt. Het hof verwijst hiervoor naar hetgeen hierover in het kader van het principaal hoger beroep is overwogen. Beide partijen waren optimistisch en zijn verder gegaan ook toen de onderhandelingen niet zonder problemen verliepen en BVEO Bekadidact in het kader van een ander project in rechte had betrokken. Naar achteraf blijkt zijn beide partijen te optimistisch geweest en hebben zij de risico's onderschat. Bekadidact lijkt zich dat ook te realiseren waar zij in de memorie van antwoord in principaal appel tevens memorie van grieven in incidenteel appel (randnummer 168) stelt dat zij bij het aangaan van de voorovereenkomst nooit had kunnen voorzien dat zij uiteindelijk geheel geen product zou hebben om uit te geven. In de Intentieverklaring zijn de gevolgen van het afbreken van de onderhandelingen danwel het mislukken van de samenwerking niet geregeld. Uit de overgelegde correspondentie blijkt verder dat partijen daarover ook niet met elkaar hebben gesproken. Tegen deze achtergrond moeten partijen in beginsel ieder de kosten dragen die zij in dit voortraject hebben gemaakt.

4.20 Bekadidact stelt echter dat BVEO niet heeft voldaan aan haar verplichtingen uit de -stilzwijgende- voorovereenkomst en daarom de kosten van Bekadidact wel moet vergoeden. Het hof oordeelt als volgt. Partijen zijn op basis van de niet ondertekende Intentieverklaring met de feitelijke uitvoering van hun samenwerking begonnen en hebben daarbij ook uitvoering gegeven aan onderdelen van de Intentieverklaring. Tegen deze achtergrond kan tussen partijen een stilzwijgende voorovereenkomst worden aangenomen waarvan de inhoud -mede- wordt bepaald door de Intentieverklaring. BVEO heeft op 1 oktober 2005 (het laatste gedeelte van) het functionele en technische ontwerp bij Global-e afgeleverd en Bekadidact heeft global-e voor haar werkzaamheden -nagenoeg- conform artikel 4.2 van de Intentieverklaring betaald. Gesteld noch gebleken is dat Bekadidact daarbij opmerkingen heeft gemaakt over de kwaliteit van het door BVEO aangeleverde programma. Dit blijkt ook niet uit de nadien tussen partijen gevoerde correspondentie. In het onder 3.5 geciteerde e-mailbericht van Bekadidact van 17 juli 2006 wordt melding gemaakt van "*verschrikkelijk veel fouten, zowel inhoudelijk als technisch*" in het programma, maar wordt niet gesteld dat sprake is van een tekortkoming van BVEO. Ook in het onder 3.7 geciteerde e-mailbericht van Bekadidact van 25 oktober 2006 wordt geen melding gemaakt van tekortkomingen van de zijde van BVEO. Bekadidact heeft evenmin in haar e-mailbericht van 22 januari 2007 gesteld dat BVEO is tekortgeschoten in de nakoming haar verplichtingen. Zij heeft toen en ook later BVEO niet in gebreke gesteld.

Uit het rapport van Brijde en het daarop gebaseerde e-mailbericht van 22 januari 2007 volgt dat Bekadidact op dat moment op grond van haar kennis, ervaring en deskundigheid met betrekking tot het produceren en vermarkten van educatieve programma's -zie artikel 1.2 van de Intentieverklaring- het product nog niet geschikt oordeelde voor de door haar beoogde markt. Voor Bekadidact is dit aanleiding geweest om de samenwerking met BVEO te beëindigen. Bekadidact heeft daarbij niet gesteld dat hetgeen BVEO heeft aangeleverd niet aansloot bij hetgeen zij op grond van de presentatie in 2005 van BVEO en op grond van de kennis en kunde van BVEO met betrekking tot inhoudelijke en technische ontwikkeling van

een webbased computerprogramma -zie artikel 1.2 van de Intentieverklaring- mocht verwachten. De omstandigheid dat de resultaten van de door Brijde uitgevoerde test -voor beide partijen- tegenvielen kan daarom niet tot het oordeel leiden dat BVEO is tekortgeschoten. Hieruit volgt tevens dat BVEO niet heeft gehandeld in strijd met de redelijkheid en billijkheid noch onrechtmatig heeft gehandeld door een product te leveren dat -naar het oordeel van Bekadidact- niet geschikt was om in de beoogde markt te worden uitgegeven.

4.21 Bekadidact legt aan haar vordering voorts ten grondslag dat BVEO haar heeft verhinderd de gedane investeringen terug te verdienen althans haar schade te beperken. Het hof volgt haar daarin niet. Bekadidact heeft de onderhandelingen danwel de samenwerking op 22 januari 2007 beëindigd. Zij was daartoe gerechtigd -er was een geoorloofde beëindiging- maar uit hetgeen onder 4.19 is overwogen volgt dat van een tekortkoming, een handelen strijd met de redelijkheid en billijkheid danwel onrechtmatig handelen van BVEO geen sprake was. De nadelige gevolgen voor Bekadidact ten gevolge van de beëindiging komen daarmee in beginsel voor haar rekening. Partijen hebben vervolgens nog met elkaar gecorrespondeerd en gezocht naar een oplossing voor de ontstane impasse, maar zijn daar niet uit gekomen. Aangenomen dat BVEO heeft geweigerd het product aan te passen - hetgeen BVEO overigens heeft betwist- dan zou daarvoor een nadere overeenkomst tussen partijen nodig zijn geweest. De contractsvrijheid brengt mee dat BVEO tot het aangaan van een dergelijke overeenkomst niet gehouden was. Hetzelfde geldt voor het aangaan van de door Bekadidact bedoelde exploitatieovereenkomst. Gesteld noch gebleken is dat Bekadidact hiertoe voorstellen heeft gedaan die BVEO naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet had mogen weigeren.

4.21 Bekadidact verwijt BVEO voorts dat zij niet heeft meegewerkt aan de afgifte van de broncode door Global-e. Bekadidact was de opdrachtgever van Global-e. Zij heeft verder erkend dat de broncode nooit onder BVEO is geweest. Het hof acht dit verwijt niet op zijn plaats. Zonder nadere toelichting -die ontbreekt- moet dan worden aangenomen dat voor deze afgifte door Global-e de medewerking van BVEO niet vereist was. BVEO was daartoe dan ook niet verplicht. Daarbij komt dat niet duidelijk is wat Bekadidact vervolgens met deze broncode had kunnen doen nu zij heeft erkend dat onder meer de auteursrechten op het functionele ontwerp, de teksten en de vormgeving nog aan BVEO toebehoorden. Tegen deze achtergrond ligt het ook voor de hand dat BVEO geen voorstander was van het overdragen van de broncode aan Bekadidact. Uit de overgelegde stukken noch uit de stellingen van Bekadidact kan worden afgeleid dat de opstelling van BVEO voor Global-e aanleiding is geweest voor haar weigering de broncode aan Bekadidact af te geven. In zoverre heeft Bekadidact haar stellingen onvoldoende onderbouwd.

5. Slotsom

In het principaal hoger beroep

5.1 Uit hetgeen onder 4.1 - 4.18 is overwogen volgt dat de grieven van BVEO falen en het bestreden vonnis van de rechtbank Zutphen van 19 januari 2011 in conventie onder aanvulling van de rechtsgronden moet worden bekrachtigd.

5.2 Als de in het ongelijk te stellen partij zal het hof BVEO in de kosten van het hoger beroep veroordelen, aan de zijde van ThiemeMeulenhoff vastgesteld op:

-
- griffierecht € 4.961,-
 - salaris advocaat € 11.685,- (3 punten x tarief VII).

5.3 Als niet weersproken zal het hof ook de gevorderde wettelijke rente over de proceskosten toewijzen zoals hierna vermeld.

In het incidenteel hoger beroep

5.4 Uit hetgeen onder 4.19 - 4.20 is overwogen volgt dat ook de grieven van ThiemeMeulenhoff falen en het bestreden vonnis van de rechtbank Zutphen van 19 januari 2011 in reconventie onder aanvulling van de rechtsgronden moet worden bekrachtigd.

5.5 Als de in het ongelijk te stellen partij zal het hof ThiemeMeulenhoff in de kosten van het hoger beroep veroordelen, aan de zijde van BVEO vastgesteld op:
- salaris advocaat € 5.842,50 (1,5 punten x tarief VII).

5.6 Als niet weersproken zal het hof ook de gevorderde wettelijke rente over de proceskosten toewijzen zoals hierna vermeld.

6. De beslissing

Het hof, recht doende in hoger beroep:

bekrachtigt onder aanvulling van rechtsgronden het vonnis van de rechtbank te Zutphen van 19 januari 2011 in conventie en in reconventie;

veroordeelt BVEO in de kosten van het principaal hoger beroep, tot aan deze uitspraak aan de zijde van Thieme Meulenhoff vastgesteld op € 4.961,- voor verschotten en op € 11.685,- voor salaris overeenkomstig het liquidatietarief, te voldoen binnen veertien dagen na dagtekening van dit arrest, en -voor het geval voldoening binnen bedoelde termijn niet plaatsvindt- te vermeerderen met de wettelijke rente te rekenen vanaf bedoelde termijn voor voldoening;

veroordeelt Thieme Meulenhoff in de kosten van het incidenteel hoger beroep, tot aan deze uitspraak aan de zijde van BVEO vastgesteld op € 5.842,50 voor salaris overeenkomstig het liquidatietarief, te voldoen binnen veertien dagen na dagtekening van dit arrest, en -voor het geval voldoening binnen bedoelde termijn niet plaatsvindt- te vermeerderen met de wettelijke rente te rekenen vanaf bedoelde termijn voor voldoening;

verklaart dit arrest (voor zover het de hierin vermelde proceskostenveroordelingen betreft) uitvoerbaar bij voorraad.

Dit arrest is gewezen door mrs. H. Wammes, P.H. van Ginkel en J.G.J. Rinkes en is in tegenwoordigheid van de griffier in het openbaar uitgesproken op 7 oktober 2014.



Rinkes
H. Wammes
Uitgegeven voor grosse
op 7-10-2014
door de griffier van het Gerechtshof
Arnhem-Leeuwarden