

ECLI:NL:GHSHE:2014:828

Instantie	Gerechtshof 's-Hertogenbosch
Datum uitspraak	25-03-2014
Datum publicatie	06-04-2014
Zaaknummer	HD 200.134.534-01
Rechtsgebieden	Civiel recht
Bijzondere kenmerken	Hoger beroep kort geding
Inhoudsindicatie	Verbod tot het doen van uitlatingen en gebod tot terbeschikkingstelling rapportages en data.
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl

Uitspraak

GERECHTSHOF 's-HERTOGENBOSCH

Afdeling civiel recht

zaaknummer HD 200.134.534/01

arrest van 25 maart 2014

in de zaak van

1 [appellant 1],

wonende te [woonplaats] België,

2. DCC Operations B.V.,

gevestigd te [vestigingsplaats 1],

3. Diplomatic Fuel Service B.V.,

gevestigd te [vestigingsplaats 1],

appellanten,

advocaat: mr. G.H. Meijerman te 's-Hertogenbosch,

tegen

1 Forax B.V.,

gevestigd te [vestigingsplaats 2],

2. Forax N.V.,

gevestigd te [vestigingsplaats 3] België,

geïntimeerden,

advocaat: mr. G.C. Vergouwen te Eindhoven,

op het bij exploit van dagvaarding van 23 september 2013 ingeleide hoger beroep van het door de rechtbank Zeeland-West-Brabant in kort geding gewezen vonnis van 27 augustus 2013 tussen appellanten – DCC – als eiser(essen) en geïntimeerden – Forax – als gedaagden.

1 Het geding in eerste aanleg (zaaknr. C/02/266674 KG ZA 13-394)

Voor het geding in eerste aanleg verwijst het hof naar voormeld vonnis.

2 Het geding in hoger beroep

Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding in hoger beroep met een productie
- de memorie van grieven met vier producties;
- de memorie van antwoord met vier producties, genummerd 25 tot en met 28;
- akte van 14 januari 2014 van DCC;
- antwoordakte van 28 januari 2014 van Forax;

Partijen hebben arrest gevraagd. Het hof doet recht op bovenvermelde stukken en de stukken van de eerste aanleg.

3 De gronden van het hoger beroep

Voor de tekst van de grieven wordt verwezen naar de memorie van grieven.

4 De beoordeling

4.1. Het gaat in deze zaak om het volgende.

4.1.1. Bij vonnis van 27 augustus 2013 heeft de voorzieningenrechter van de rechtbank Zeeland-West-Brabant de hierna genoemde feiten en omstandigheden vastgesteld. Het hof zal van deze feiten en omstandigheden uitgaan, nu daartegen geen grieven zijn gericht en voorts nog een aantal feiten en omstandigheden vaststellen.

4.1.2. " a. *DCC Exploitation Beheer BV hield zich tot in de loop van 2010 bezig met de ontwikkeling en exploitatie van een tankkaart, bestemd voor gebruik door diplomaten en medewerkers van internationale organisaties. Met behulp van deze kaart kunnen deze personen tot een vastgesteld quotum belasting- en accijnsvrij brandstof kopen bij de (tankstations van de) oliemaatschappijen, waarmee genoemde vennootschap een overeenkomst ter zake heeft gesloten. DCC Exploitation Beheer BV is in staat van faillissement verklaard. Haar bedrijfsactiviteiten met betrekking tot de tankkaart zijn voortgezet door andere tot het DCC-concern behorende vennootschappen, waaronder DCC Operations, Diplomatic Fuel Service en Diplomatic Card S&B SA, een vennootschap naar Luxemburgs recht.*

b. Forax NV is opgericht in september 2010 en Forax BV in januari 2012. Deze vennootschappen zijn actief op dezelfde productmarkt als DCC. DCC en Forax zijn derhalve rechtstreekse concurrenten. De feitelijke leiding van genoemde Forax – vennootschappen is in handen van enkele personen die in het verleden – tot in juli 2010 – bij of voor DCC Exploitation Beheer BV werkzaam zijn geweest in het kader van de ontwikkeling en exploitatie van de tankkaart. Het betreft onder anderen de heren [medewerker 1], [medewerker 2] en [medewerker 3].

c. Tussen DCC en Forax en de bij hen betrokken personen is in Nederland en België een aantal procedures gevoerd; enige procedures zijn nog aanhangig. In de dagvaarding vermeldt Forax 17 procedures. Globaal genomen hebben deze procedures tot in zekere mate enerzijds de stelling van DCC dat Forax en/of de bij deze werkzame personen onrechtmatig gebruik maken van de door of vanwege DCC ontwikkelde software met betrekking tot de tankkaart, dat Forax DCC onrechtmatig beconcurrert en anderzijds de stelling van Forax dat DCC onrechtmatig handelt door haar handelspartners – in het bijzonder de oliemaatschappijen waarmee Forax een overeenkomst heeft gesloten of voornemens is te sluiten – onjuist en onvolledig te informeren over de geschillen tussen [DCC; hof] en Forax en/of de bij deze werkzame personen zwart te maken.

d. Bij dagvaarding van 1 november 2010 hebben DCC Exploitation Beheer BV, [appellant 1] en Diplomatic Fuel Service voornoemde [medewerker 1], [medewerker 2] en [medewerker 3] gedagvaard voor de voorzieningenrechter van de [rechtbank [vestigingsplaats 1]; hof] en onder meer gevorderd, kort weergegeven, dat hen zou worden verboden enige met de tankkaart van DCC concurrerende activiteit te verrichten en contacten te onderhouden met oliemaatschappijen en diplomaten.

Bij vonnis van 15 december 2010 heeft de voorzieningenrechter deze vorderingen afgewezen op de volgende, kort weergegeven gronden. Ten aanzien van [medewerker 1] en [medewerker 3] heeft de voorzieningenrechter overwogen dat zij uit hoofde van eerdere werkzaamheden elders reeds beschikten over bijzondere kennis voordat zij werkzaam waren voor DCC Exploitation Beheer BV, [medewerker 1] op de markt van belastingvrije goederen en diensten en [medewerker 3] op het gebied van IT voor het betrokken type creditcards. Ten aanzien van [medewerker 2] heeft de voorzieningenrechter overwogen dat op grond van de in het vonnis vermelde feiten zeker niet uit te sluiten is dat deze in de bodemprocedure in het gelijk zal worden gesteld met betrekking tot het hem door DCC verleende ontslag op staande voet en de door hem van DCC ter zake gevorderde

schadevergoeding, en dat deze omstandigheden een rol spelen bij de beoordeling of de concurrentie door [medewerker 2] onrechtmatig moet worden geoordeeld.

e. Bij vonnis van 28 februari 2013 heeft de voorzitter van de Rechtbank van Koophandel te Brussel ongegrond verklaard de vordering van Diplomatic Card S&B SA en Diplomatic Fuel Service tegen Forax NV tot staking van haar onderneming, onder meer bestaande in het commercialiseren van de tankkaart aan diplomaten en instellingen. In dit vonnis heeft de rechtbank – overwegende dat het aan de eisende partijen is in concreto aan te tonen dat de handelingen van Forax NV strijdig zijn met de eerlijke marktpraktijken – geoordeeld dat er geen onrechtmatige afwerving van personeel of cliënteel is aangetoond, dat geen misleidende reclame is aangetoond, dat eisders geen bewijs hebben geleverd van enig onrechtmatig gedrag van Forax NV en dat evenmin slechtmaking door eisders is aangetoond.”

Het hof voegt daar aan toe dat in de uitspraak van de Rechtbank van Koophandel tevens is overwogen dat de rechtbank niet over voldoende elementen beschikt om te oordelen over de gestelde schending van intellectuele eigendomsrechten door Forax NV, nu het verslag van gerechtsdeskundige [gerechtsdeskundige] nog niet is neergelegd en de procedure voor wat betreft de door eisders ingeroepen inbreuken op intellectuele rechten van Diplomatic Card S&B SA dient te worden opgeschort.

“ Naar blijkt uit [het genoemde vonnis van 28 februari 2013 had Forax NV een tegeneis ingesteld en aangevoerd; hof] dat Shell en Esso bij brieven van 31 augustus en 4 september 2012 zijn aangeschreven door Diplomatic Card S&B SA en dat [eerste genoemde maatschappijen; hof] zouden zijn bedreigd betrokken te worden in de procedures tegen Forax NV. In de daaropvolgende e-mails aan Shell is deze door DCC aangemaand voor 3 oktober 2012 haar samenwerking met Forax NV te stoppen en in zee te gaan met DCC. Forax NV heeft hieraan de vordering verbonden Diplomatic Card S&B SA en Diplomatic Fuel Services te verbieden, samengevat, de commerciële partners van Forax NV verder te benaderen met enige mededeling waarin deze beschuldigd wordt van of in verband wordt gebracht met inbreuken op intellectuele eigendomsrechten van DCC, van oneerlijke marktpraktijken dan wel andere denigrerende communicaties omtrent de producten en diensten van Forax NV te doen. De rechtbank van Koophandel heeft (...) het gevorderde verbod [- beperkt tot oliemaatschappijen, commerciële partners van Forax N.V. ; hof -] opgelegd en daaraan een dwangsom verbonden.

f. Omstreeks 31 januari 2013 is onder de auto van [medewerker 2] aangetroffen een GPS-tracking device (hierna: tracker), een zender waarmee met behulp van GPS de bewegingen van de auto aan derden worden doorgegeven en aldus door die derden kunnen worden gevolgd. Daarna bleek ook onder de auto van [medewerker 3] een tracker te zijn aangebracht. Uit het daarop ingestelde politieonderzoek is gebleken dat de trackers zijn geplaatst door detectivebureau [detectivebureau] BVBA te [vestigingsplaats 4], België, (...) in het kader van de uitvoering van een opdracht van DCC Operations. Uit de overgelegde overeenkomst van opdracht blijkt dat de opdracht is verstrekt door [appellant 1], (...) handelend voor DCC Operations, en dat de opdracht ertoe strekt dat een onderzoek wordt ingesteld “naar de tijdsbesteding” van voornoemde [medewerker 1], [medewerker 2] en [medewerker 3] alsmede [medewerker 4].”

4.1.3. Aan voorgaande weergave van de feiten voegt het hof nog de volgende feiten toe:

g. Diplomatic Card S&B SA en Atos Worldline SAS (hierna: Atos) hebben een contract getekend getiteld: Contract for the provision of a system on The Pan European Tax Free Credit Card Project. Onder het kopje Customized Software is opgenomen; “(...) Client [Diplomatic Card S&B SA; hof] shall, after payment in full of development cost, hold all property rights attached to this Customized Software (...)”

h. Bij vonnis in kort geding van 2 augustus 2012 heeft de voorzieningenrechter van de rechtbank ‘s-Gravenhage de vordering van Forax BV tot opheffing van het op basis van de beschikking van 2 juli 2012 van de voorzieningenrechter van de rechtbank ‘s-Gravenhage door DCC gelegde bewijsbeslag onder Flusso BV afgewezen en de vordering van DCC tot inzage van het onder Flusso BV gelegde beslag toegewezen.

i. Bij beschikking van 14 november 2012 heeft de rechtbank ‘s-Gravenhage op verzoek van, kort gezegd, DCC een voorlopig getuigenverhoor toegestaan en een voorlopig deskundigenbericht bevolen. Dhr. [deskundige] is tot deskundige benoemd. Aan hem is een aantal vragen voorgelegd. De kern van de door hem te beantwoorden vragen betreft de vraag of het aannemelijk/ mogelijk is dat de software van DCC en Forax onafhankelijk van elkaar zijn ontwikkeld.

4.2.1. Bij dagvaarding van 15 juli 2013 heeft Forax de onderhavige procedure aanhangig gemaakt, haar vorderingen zijn opgenomen in de akte wijziging van eis. Kort weergegeven strekken de vorderingen van Forax tot

- een verbod voor [appellant 1], DCC Operations en Diplomatic Fuel Service zowel afzonderlijk als gezamenlijk, primair om zich (negatief) over Forax en/of haar werknemers uit te laten (IA) dan wel, subsidiair om zich in die zin uit te laten dat Forax en/of bij haar werkzame personen zich schuldig (zouden) maken aan (1) oneerlijke concurrentie jegens DCC en/of (2) schending van aan DCC toebehorende intellectuele eigendomsrechten (IB);

- een bevel tot rectificatie (II, III) en

- een bevel aan DCC Operations om aan Forax ter beschikking te stellen de door [detectivebureau] BVBA aan DCC Operations ter beschikking gestelde rapportages en data voor zover die berusten of mede berusten op de met GPS-trackers verkregen

informatie (IV), een en ander op straffe van verbeurte van een dwangsom (V), met veroordeling van DCC in de kosten (VI).

- 4.2.2. Bij vonnis van 27 augustus 2013 heeft de voorzieningenrechter het bezwaar van DCC tegen het nemen van een akte wijziging van eis door Forax verworpen en het verzoek van DCC om aanhouding van de behandeling van de zaak afgewezen.

Voorts zijn de vorderingen onder IA, II en III afgewezen;

De vordering onder IB is toegewezen. De voorzieningenrechter heeft DCC verboden zowel ieder afzonderlijk als gezamenlijk zich direct dan wel via één der verbonden (rechts)personen over wie een der gedaagden direct of indirect feitelijke zeggenschap uitoefent, jegens derden uit te laten over Forax en bij haar werkzame personen in die zin dat Forax en/of bij haar werkzame personen zich schuldig (zouden) maken aan oneerlijke concurrentie jegens DCC en/of aan schending van aan DCC toebehorende intellectuele eigendomsrechten. Dit alles onder veroordeling van DCC tot betaling aan Forax van een dwangsom van € 10.000,00 per overtreding per (rechts)persoon, tot een maximum van € 150.000,00 per gedaagde is bereikt.

De vordering onder IV is toegewezen. DCC Operations B.V. is veroordeeld om binnen achtenveertig uur na betekening van het vonnis aan Forax ter beschikking te stellen de door [detectivebureau] BVBA aan DCC Operations B.V. terbeschikkinggestelde rapportages en data voor zover die berusten of mede berusten op de met de GPS-trackers verkregen informatie. Het voorgaande onder veroordeling van DCC Operations B.V. tot betaling van een dwangsom van € 10.000,00 voor iedere dag of gedeelte daarvan dat niet is voldaan aan voornoemd bevel, tot een maximum van € 150.000,00 is bereikt.

- 4.3.1. In hoger beroep heeft DCC negentien grieven (te weten AI tot en met AVI, BI tot en met BII, CI tot en met CX en DI) aangevoerd, geconcludeerd tot vernietiging van het vonnis waarvan beroep en afwijzing van het bij inleidende dagvaarding gevorderde, met veroordeling van Forax in de volledige proceskosten in beide instanties.

- 4.4.1. Het hof stelt voorop dat het in de onderhavige zaak bevoegd is. Met de rechtbank en partijen gaat het hof er vanuit dat Nederlands recht van toepassing is.

De grieven AI tot en met AVI

- 4.4.2. Met de grieven AI tot en met AIII en de toelichting daarop heeft DCC betoogd dat de voorzieningenrechter het beginsel van hoor en wederhoor heeft geschonden, door het bezwaar van DCC tegen het nemen van een akte wijziging van eis door Forax te verwerpen en het verzoek tot aanhouding van de behandeling af te wijzen. DCC stelt in haar verdediging te zijn geschaad, nu zij gezien de korte termijn, enige uren voor de zitting, waarop de akte eisenwijziging aan haar ter beschikking is gesteld de aard van de bij eisenwijziging gevorderde documenten niet heeft kunnen vaststellen. Bij het voorgaande komt, aldus DCC, dat de heer [appellant 1] in verband met een, vóór de eisenwijziging bekend gemaakte, verhindering om ter zitting aanwezig te zijn, niet in de gelegenheid was een toelichting op de gevraagde documenten te geven. Voorts ontbeert, zo stelt zij, de gewijzigde vordering juridische grondslag.

- 4.4.3. Ingevolge artikel 130 Rv staat tegen de beslissing van de rechter op het bezwaar tegen eisenwijziging geen hoger beroep open. In het onderhavige geval wordt dat niet anders, nu van een evidente schending van hoor en wederhoor, welke schending een beroep op artikel 130 Rv onaanvaardbaar zou maken (artikel 6:2 lid 2 BW) geen sprake is.

Uit de dagvaarding in eerste aanleg, in samenhang met de, bij brief van 13 augustus 2013 door DCC zelf overgelegde opdracht van DCC Operations, vertegenwoordigd door [appellant 1], aan [detectivebureau] BVBA (hierna: [detectivebureau]) tot onderzoek naar de tijdsbesteding van [medewerker 2], [medewerker 4], [medewerker 1] en [medewerker 3], blijkt de aard van de gevorderde gegevens voldoende, namelijk rapportages en data voor zover die berusten of mede berusten op de, in het kader van voornoemde opdracht, met GPS-trackers verkregen informatie van onder andere [medewerker 2] en [medewerker 3]. Tevens blijkt uit de dagvaarding voldoende wat de grondslag voor de vordering tot ter beschikking stellen van bedoelde gegevens is, namelijk een onrechtmatige inbreuk op de persoonlijke en zakelijke belangen van Forax en voornoemde betrokkenen. Aldus is DCC niet in haar verdediging geschaad. Afgezien daarvan heeft DCC in hoger beroep de gelegenheid gekregen hierop in te gaan en zij heeft deze gelegenheid ook benut.

De grieven AI tot en met AIII falen.

- 4.4.4. Met grief AIV betoogt DCC dat Forax geen spoedeisend belang heeft bij de vordering tot afgifte van voornoemde rapportages en data.

- 4.4.5. Voorop wordt gesteld dat in hoger beroep niet beslissend is of in eerste aanleg al dan niet terecht een spoedeisend belang is aangenomen. Het gaat erom of ten tijde van de uitspraak in hoger beroep een spoedeisend belang aanwezig is.

Nu Forax onbetwist heeft gesteld dat zij vanuit mededingingsoogpunt groot belang bij het kennisnemen van de hier bedoelde informatie heeft, naar het hof begrijpt omdat door het schaduwen van onder andere [medewerker 2] en [medewerker 3] concurrentie gevoelige informatie is verkregen, is het spoedeisend belang met de aard der zaak gegeven. Ook overigens is het spoedeisend belang met de aard der zaak gegeven. Grief AIV faalt.

4.4.6. Met grief AV betoogt DCC dat het procesgedrag van Forax onrechtmatig is, nu Forax de eis tot afgifte van rapporten en data van [detectivebureau] door DCC rauwelijks heeft ingesteld. Forax had eerst afgifte van voornoemde data en rapportages aan DCC moeten vragen. Bovendien zo stelt DCC is sprake van een fishing expedition nu Forax in het geheel niet aangeeft welke documenten ter beschikking moeten worden gesteld.

4.4.7. Dienaangaande overweegt het hof dat van onrechtmatig procesgedrag geen sprake is. Daar de vordering tot terbeschikkingstelling van de onderhavige rapportages en data voortvloeit uit een door Forax gestelde onrechtmatige daad was niet vereist dat Forax DCC eerst in de gelegenheid zou stellen tot uit vrije wil afgifte van bedoelde rapportages en data; gesteld noch gebleken is dat DCC daartoe bereid zou zijn geweest.

In zoverre faalt grief AV.

Op het betoog van DCC dat de vordering tot terbeschikkingstelling van bedoelde rapportages en data een fishing expedition betreft, zal hierna bij de behandeling van de grieven BI en BII worden ingegaan.

4.4.8. Met grief AVI betoogt DCC dat de voorzieningenrechter de juistheid van de stelling van DCC niet heeft getoetst. DCC verwijst daarbij naar de rechtsoverwegingen 3.10, 3.15 en 3.16 van het vonnis waarvan beroep.

4.4.9. Het hof komt bij de behandeling van de volgende grieven op dit betoog van DCC terug.

De Grieven BI tot en met BII

4.4.10. Met de grieven BI en BII beoogt DCC dat Forax noch haar belang noch de grondslag voor haar vordering tot terbeschikkingstelling van de door [detectivebureau] aan DCC Operations B.V. terbeschikkinggestelde rapportages en data heeft gesteld. Voorts betoogt DCC dat niet zij, maar [detectivebureau] onrechtmatige jegens Forax gehandeld hebben.

4.4.11. Anders dan DCC betoogt, heeft Forax wel de juridisch grondslag en haar belang bij de vordering tot terbeschikkingstelling van voornoemde rapportages en data gesteld. Forax heeft gesteld dat zij belang heeft bij terbeschikkingstelling van de gevraagde gegevens ter ondersteuning en bepaling van de reikwijdte van de door DCC jegens Forax gepleegde onrechtmatige daad bestaande uit het gedurende een periode van omstreeks acht maanden door middel van onder auto's geplaatste trackers heimelijk volgen van medewerkers van Forax.

DCC heeft het oordeel van de voorzieningenrechter dat DCC - met het gedurende een onweersproken periode van omstreeks acht maanden door middel van onder auto's geplaatste trackers heimelijk volgen van medewerkers van Forax - jegens Forax een onrechtmatige daad heeft gepleegd slechts weersproken met de stelling dat zij de periode van acht maanden wel heeft betwist en voorts met de stelling dat het niet DCC is, die slechts als opdrachtgever van [detectivebureau] heeft te gelden, die deze onrechtmatige daad heeft gepleegd, maar [detectivebureau], die de handelingen heeft uitgevoerd. Deze laatste stelling dient te worden verworpen, nu in de verhouding tussen DCC en Forax voornoemde onrechtmatige daad aan DCC als opdrachtgever van [detectivebureau] dient te worden toegerekend. De stelling van DCC dat zij de periode van acht maanden ter zitting (grief AVI) heeft betwist is niet onderbouwd. In de overgelegde pleitnota is deze betwisting niet terug te vinden, nog daargelaten dat niet duidelijk is gemaakt om welke termijn het dan wel zou gaan en waarom het volgen gedurende enige andere termijn niet onrechtmatig zou zijn.

Voorts geldt, anders dan DCC heeft betoogd, dat Forax de bescheiden waarvan zij terbeschikkingstelling vordert voldoende heeft bepaald, duidelijk is dat het gaat om rapportages en data die (mede) berusten op - in het kader van de onder 4.4.3. genoemde opdracht van DCC aan [detectivebureau] - door [detectivebureau] met GPS-trackers verkregen informatie van onder andere [medewerker 2] en [medewerker 3] en die door [detectivebureau] aan DCC Operations BV ter beschikking zijn gesteld.

De omstandigheid dat Forax, naar DCC stelt, de gevraagde rapportages en data bij de Belgische Officier van justitie in het kader van de aangifte van [medewerker 2] jegens [appellant 1] heeft kunnen inzien, betekent niet dat DCC in de onderhavige procedure een gewichtige reden heeft om niet aan de vordering tot terbeschikkingstelling van Forax te voldoen noch betekent dit dat de stukken uit het oogpunt van behoorlijke rechtsbedeling kunnen worden gemist. Voorts brengt de omstandigheid dat Forax een tussen- en eindconclusie van [detectivebureau] uit het onderzoekdossier van de Belgische officier van justitie heeft overgelegd niet mee dat daarmee in de onderhavige procedure voor DCC een gewichtige reden bestaat om niet aan de vordering tot terbeschikkingstelling van Forax te voldoen noch betekent dat, dat uit het oogpunt van behoorlijke rechtsbedeling een gebod tot terbeschikkingstelling van bedoelde gegevens in de onderhavige procedure kan worden gemist. Voor zover DCC betoogt dat niet is voldaan aan de vereisten van artikel 843a Rv, gaat het hof hieraan voorbij aangezien een dergelijke vordering niet is ingesteld.

Gezien het voorgaande falen de grieven BI en BII, AV voor zover deze het punt van fishing expedition en het onder randnummer 47 betoogde betreft en grief AVI voor zover deze het onder randnummer 50, 51 en 52 betoogde betreft.

- 4.4.12. Met de grieven CI tot en met CX richt DCC zich tegen het oordeel van de voorzieningenrechter dat DCC onrechtmatig handelt door zich tegenover derden uit te laten in die zin dat Forax zich schuldig maakt aan oneerlijke concurrentie of de intellectuele eigendomsrechten van DCC schendt.
- DCC betoogt met de grieven en de toelichting daarop dat de van de zijde van DCC aan derden gerichte brieven niet onjuist zijn noch op een nodeloos kerkende of denigrerende toon zijn geschreven. Voor zover de brieven aan de afnemers van Forax zijn gericht, hebben zij tot doel afnemers van Forax te waarschuwen voor een inbreuk door Forax op het auteursrecht van DCC op de met betrekking tot de tankkaart ontwikkelde software. Voorts betoogt DCC dat zij in bedoelde brieven medewerking van de afnemers van Forax vraagt om inbreuk op haar auteursrecht vast te stellen. Ter onderbouwing van het aan haar toekomende auteursrecht wijst DCC op de brief van [gerechtsdeskundige], de door de Belgische rechter benoemde deskundige, d.d. 10 juli 2012 aan de advocaat van Forax NV te België en op het hiervoor, onder 4.1.3.h., genoemde vonnis van 2 augustus 2012 en de hiervoor, onder 4.1.3.i., genoemde beschikking 14 november 2012.
- 4.4.13. Het hof stelt voorop dat als uitgangspunt heeft te gelden dat degene die de afnemers van een concurrent waarschuwt voor een inbreuk op een bij hem (de waarschuwer) rustend intellectueel eigendomsrecht, eerst onrechtmatig handelt indien hij weet dan wel dient te beseffen dat een niet te verwaarlozen kans bestaat dat zijn intellectuele eigendomspretenties geen stand houden. (vgl. Hoge Raad 6 april 1962, NJ 1965, 116 en Hoge Raad 29 september 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU6098)
- 4.4.14. Dat sprake is van inbreuk door Forax staat nog niet vast. In de brief van 10 juli 2012 heeft [gerechtsdeskundige], de door de Belgisch rechter op initiatief van DCC benoemde deskundige, weliswaar aan de Belgische advocaat van Forax N.V. geschreven " *In dit stadium, heb ik onmogelijk alle bovenvermelde gegevens in detail kunnen ontleden, maar prima facie staat met zekerheid vast dat uw cliënten in het bezit zijn van een gigantische hoeveelheid aan documenten maar ook voornamelijk van bestanden afkomstig van DCC*", maar dit brengt nog niet mee dat Forax bij de vervaardiging van haar software ten behoeve van de tankkaart van gegevens van DCC gebruik heeft gemaakt. Evenmin betekent het vonnis van 2 augustus 2012 of de beschikking van 14 november 2012 dat inbreuk door Forax is komen vast te staan. Bij vonnis van 28 februari 2013 overweegt de Rechtbank van Koophandel dat zij niet over voldoende elementen beschikt om te oordelen over de gestelde schending van intellectuele eigendomsrechten door Forax, nu het verslag van gerechtsdeskundige [gerechtsdeskundige] nog niet is neergelegd en de procedure voor wat betreft de door eisers ingeroepen inbreuken op intellectuele rechten van Diplomatic Card S&B SA dient te worden opgeschort.
- Evenmin blijkt naar het voorlopig oordeel van het hof uit het proces-verbaal van voorlopig getuigenverhoor, gehouden op 26 maart 2013, van [medewerker Atos 1], werkzaam bij Atos en [medewerker Atos 2], tot 30 september 2012 werkzaam bij Atos, dat sprake is van inbreuk op het auteursrecht van DCC door Forax.
- Daar komt nog bij dat DCC er gezien de uitspraak van 15 december 2010, zie hiervoor onder 4.1.2. d, naar de rechtbank terecht heeft overwogen, niet vanuit kon gaan dat Forax – los van intellectuele eigendomsrechten - bij het ontwikkelen en commercialiseren van de tankkaart onrechtmatig handelde jegens DCC.
- 4.4.15. Desondanks schrijft, [raadsman DCC], de raadsman van DCC, bij brief van 31 augustus 2012 aan ExxonMobil 2012, "(...) *indicaties aanwezig zijn die er met een aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid op wijzen dat de bij Forax betrokken personen, (...) de heer [medewerker 1], de heer [medewerker 2], de heer [medewerker 3] (...) zich schuldig hebben gemaakt aan het onder meer onrechtmatig toe-eigenen, veelevoudigen en gebruiken van geheime en vertrouwelijke bedrijfsinformatie van DCC (...)*" en dat gegeven de in deze brief genoemde rechtsoverwegingen van het vonnis van de rechtbank 's-Gravenhage van 2 augustus 2012 "(...) *ExxonMobil niet langer haar stelling kan aanhouden dat de tankpas [van Forax; hof] geen inbreuk maakte op de intellectuele eigendomsrechten van DCC (...)*."
- De waarschijnlijkheid van het onrechtmatig handelen van Forax en voornoemde personen, alsmede de inbreuk op de intellectuele eigendomsrechten van DCC is dan ook zodanig groot, dat dit niet anders dan als een realistisch risico, ook voor de bedrijfsvoering van ExxonMobil, zal worden beoordeeld (...) Feit is dat ExxonMobil misbruik maakt/profiteert van voormeld onrechtmatig handelen en het plegen van inbreuk op intellectuele eigendomsrechten van/door Forax.*"
- In de brief van 4 september 2012 aan Shell Nederland B.V. heeft [raadsman DCC] woorden van gelijke strekking geschreven en voorts, dat de bewijzen van de schending door Forax van de intellectuele eigendomsrechten van DCC en het onrechtmatig handelen van haar en haar medewerkers zich opstapelen.
- In de brief van 24 juli 2013 heeft Diplomatic Card S&B aan Esso Benelux B.V. onder andere geschreven
- "*Ook het recente getuigenverhoor voor de rechtbank Den Haag van de medewerkers van Atos (...) die betrokken waren bij de ontwikkeling van het DCC concept voor het tankkaart systeem voor diplomaten, hebben nieuwe strafbare feiten in hoofde de (ex-DCC) Forax medewerkers aan het licht gebracht.*"
- In de brief van 7 mei 2012 heeft de advocaat van DCC, Meijerman, aan het European Patent Office geschreven dat mogelijk schending van aanbestedingsnormen bestaat aan de zijde van het European Patent Office en dat mogelijk al een pilot project is

gestart met Forax B.V. of Forax N.V., de concurrent van DCC. Het voorgaande, terwijl tegen voornoemde concurrent haar medewerkers en haar oprichter inzake het onrechtmatig gebruik van DCC Software en vertrouwelijke DCC bedrijfsgegevens al verschillende procedures aanhangig zijn en een schending in België al is geconstateerd.

In de brief van 12 augustus 2013 schrijft de raadsman van Diplomatic Card S&B SA, [raadsman Diplomatic Card S&B SA], aan Esso Belgium over naar het hof begrijpt Forax N.V. en/of B.V..

" heeft deze vennootschap haar product enkel kunnen ontwikkelen door malafide praktijken toe te passen", en over Esso "U lag mede aan de basis van deze foutieve handelwijzen en berokkende daardoor mijn cliënte uiteraard belangrijke schade."

4.4.16. Met voorgaande brieven wekt DCC een indruk die niet overeenkomt met de werkelijke stand van zaken aangaande de inbreuk/het onrechtmatig handelen waarvan zij Forax N.V. en/of B.V. in haar brieven beticht. Daarbij komt dat DCC de geadresseerden (handelspartners van Forax B.V. en /of Forax N.V.) in genoemde brieven van profiteren van voornoemde inbreuk/onrechtmatig handelen dan wel betrokkenheid beticht, terwijl nog niet vaststaat of van inbreuk/onrechtmatig handelen door Forax sprake is; in elk geval is zulks kennelijk tot op heden noch in België, noch in Nederland in rechte vast gesteld. Mededelingen als deze zijn geschikt om Forax nadeel te berokkenen, terwijl aan de andere kant DCC haar belangen ook had kunnen behartigen door de werkelijke stand van zaken weer te geven. Met het voorgaande is de grond voor toewijzing van het door Forax gevorderde verbod gegeven.

Daar doet niet aan af dat, voor zover daar vanuit zou moeten worden gegaan, naar DCC stelt het voorlopig deskundigenbericht van 25 oktober 2013 van [deskundige] BI RI ruimte laat voor het aannemen van onrechtmatig gebruik van DCC specificaties, naar het hof begrijpt in de door Forax gebruikte software ten behoeve van het tankkaart systeem.

Evenmin doet aan het voorgaande af dat, naar DCC stelt, DCC er alles aan doet om haar eigen onderneming te redden en niet om Forax te benadelen. (Grief CVI en AVI)

4.4.17. Het hof verwerpt het met grief CX door DCC ingenomen standpunt dat de voorzieningenrechter zijn beslissing, naar het hof begrijpt onder 4.1 en 4.2., ten onrechte in tijd niet heeft beperkt totdat de bodemrechter anders heeft geoordeeld. Deze grief gaat voorbij aan artikel 257 Rv, dat bepaalt dat de beslissingen bij voorraad geen nadeel toebrengen aan de zaak ten principale. Hetgeen DCC wenst, is al in de wet voorzien.

4.4.18. De grieven CI tot en met CX en AVI, voor zover deze het resterende punt onder randnummer 49 betreft, falen.

4.4.19. Met grief DI betoogt DCC dat de voorzieningenrechter ten onrechte een verbod aan [appellant 1] heeft opgelegd nu hem als bestuurder/feitelijk leidinggevende van het DCC-concern persoonlijk geen (ernstig) verwijt treft.

4.4.20. Deze grief faalt. Nu voor het opleggen van een verbod als het onderhavige, dat er op is gericht onrechtmatig handelen na te laten, verwijtbaarheid van de handelingen ten aanzien waarvan het verbod wordt opgelegd niet is vereist. Derhalve is de vraag of aan een bestuurder van een rechtspersoon eerst een verbod kan worden opgelegd, in geval hem een ernstig verwijt van de handelingen ten aanzien waarvan het verbod wordt opgelegd, kan worden gemaakt, niet aan de orde.

5 De uitspraak

Het hof:

bekrachtigt het vonnis waarvan beroep;

veroordeelt appellanten in de kosten in hoger, welke kosten tot op heden aan de zijde van Forax worden begroot op € 683,00 aan verschotten en op € 1341,00 aan salaris advocaat;

Dit arrest is gewezen door mrs. J.M. Brandenburg, B.A. Meulenbroek en Y.L.L.A.M. Delfos-Roy en is in het openbaar uitgesproken door de rolraadsheer op 25 maart 2014.