

vonnis

RECHTBANK DEN HAAG

Team handel
Zittingsplaats Den Haag

zaaknummer / rolnummer: C/09/427206 / HA ZA 12-1112

Vonnis van 23 juli 2014 in het incident en in de hoofdzaak

in de zaak van

1. de rechtspersoon naar vreemd recht
DIPLOMATIC CARD S&B SA,
gevestigd te Luxemburg, Luxemburg,
2. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
DIPLOMATIC FUEL SERVICE B.V.,
gevestigd te Breda,
eiseressen in het incident en in de hoofdzaak,
advocaat mr. G.H. Meijerman te Den Bosch,

tegen

1. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
FORAX B.V.,
gevestigd te Den Haag,
2. de rechtspersoon naar vreemd recht
N.V. FORAX,
gevestigd te Antwerpen, België,
3. **[A]**,
wonende te [plaats], België,
4. **[B]**,
wonende te [plaats], België,
5. **[C]**,
wonende te [plaats], België,
6. de rechtspersoon naar vreemd recht
NEWDAY CONSULT BVBA,
gevestigd te [plaats], België,
7. **[D]**,
wonende te [plaats], België,
8. **[E]**,
wonende te [plaats], België,
allen gedaagden in het incident en in de hoofdzaak,
advocaat gedaagden in het incident en in de hoofdzaak sub 1 tot en met 4 en 6 tot en met 8
mr. D. Knottenbelt te Rotterdam,
advocaat gedaagde in het incident en in de hoofdzaak sub 5 mr. W.P. den Hertog te Den Haag.

Eiseressen in het incident en in de hoofdzaak worden hierna afzonderlijk Diplomatic Card en Diplomatic Fuel Service genoemd en gezamenlijk DCC c.s. (in enkelvoud). Gedaagden in het incident en in de hoofdzaak worden hierna afzonderlijk Forax BV, NV Forax, [A], [B], [C], Newday Consult, [D] en [E] genoemd en tezamen Forax c.s. (in enkelvoud). De zaak wordt voor DCC c.s. behandeld door de advocaat voornoemd, mr. J.A.J. van de Wouw advocaat te Den Bosch en mr. M. Weij advocaat te Amsterdam. Voor Forax BV, NV Forax, [A], [B], Newday Consult, [D] en [E] wordt de zaak behandeld door mrs. P.N.A.M. Claassen en R. Chalmers Hoynck van Papendrecht, beiden advocaat te Breda. Voor [C] wordt de zaak behandeld door mr. M. Ripmeester, advocaat te Rotterdam.

1. De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de inleidende dagvaardingen tevens inhoudende een voorlopige voorziening binnen de bodemprocedure ex artikel 223 Rv van 30 juli 2012, met producties 1 tot en met 78;
- de conclusie van antwoord in de hoofdzaak tevens houdende conclusie van antwoord in het incident van Forax BV, NV Forax, [A], [B], Newday Consult, [D] en [E], met producties 1 tot en met 74;
- de conclusie van antwoord in de hoofdzaak en in het incident van [C], met producties 1 tot en met 8;
- het tussenvonnissen van 28 november 2012, waarbij een comparitie van partijen is gelast;
- de akte overlegging productie van DCC c.s., met productie 79;
- de akte overlegging producties van DCC c.s., met producties 80 tot en met 89;
- de akte overlegging aanvullende producties van Forax BV, NV Forax, [A], [B], Newday Consult, [D] en [E], met producties 75 tot en met 84;
- producties 85 en 86 van Forax BV, NV Forax, [A], [B], Newday Consult, [D] en [E];
- de akte wijziging van eis;
- productie 90 van DCC c.s.;
- het proces-verbaal van de comparitie van partijen op 23 februari 2014 met vooraf gegeven pleitmogelijkheid, met de daarin genoemde stukken (waaronder de pleitaantekeningen van de advocaten van beide zijden).

1.2. DCC c.s. heeft ter comparitie haar wijziging van eis ingetrokken.

1.3. Ten slotte is de datum voor het vonnis in het incident en in de hoofdzaak nader bepaald op heden.

2. De feiten

2.1. DCC c.s. maakt deel uit van een groep van ondernemingen die zich sinds 2001 bezighoudt met de ontwikkeling en verhandeling van een systeem van post-paid tankkaarten dat diplomaten en medewerkers van internationale instellingen in staat stelt om voor een bepaald overeengekomen quotum belasting- en accijnsvrij brandstof te tanken. Deze kaart wordt hierna aangeduid als de DF kaart.

2.2. Diplomatic Card is de overkoepelende holding van deze groep ondernemingen. De aandelen van Diplomatic Card worden voor twee derden gehouden door Shuriken S.A. (hierna: Shuriken) en voor één derde door Mercure International S.A. (hierna: Mercure).

Shuriken wordt vertegenwoordigd door [X] of familieleden van hem. De aandelen van Mercure International S.A. worden gehouden door een administratiekantoor; de certificaten zijn (direct of indirect) in handen van [Y] of familieleden van hem.

2.3. Diplomatic Card heeft een aantal dochterondernemingen, waaronder Diplomatic Fuel Service die zich bezighoudt met het commercialiseren van de DF kaart onder diplomaten en internationale organisaties en DCC Operations B.V. (hierna: DCC Operations) die een operationele rol in de exploitatie van de DF kaart vervult en zorgdraagt voor de administratieve werkzaamheden en technische begeleiding van het tankkaartproject. Voorheen maakte ook DCC Exploitation Beheer B.V. (hierna: DCC Exploitation) deel uit van deze groep. Deze vennootschap, die zich bezig hield met de ontwikkeling van de DF kaart, is inmiddels failliet verklaard.

2.4. [A], [B], [C], [D] (via zijn vennootschap New Day Consult) en [E] hebben vanaf 2009 of 2010, op basis van een arbeidsovereenkomst of een overeenkomst van opdracht, werkzaamheden verricht voor DCC Exploitation in het kader van het voornoemde tankkaartproject van DCC c.s. Voordat zij werkzaamheden zijn gaan verrichten voor DCC Exploitation, hebben [B], [D] en [E] bij Esso gewerkt aan een tankkaartproject van Esso.

2.5. DCC c.s. werkt vanaf 2007 samen met Atos Worldline SAS (hierna: Atos). Atos heeft aan de hand van door DCC c.s. aan de DF kaart te stellen eisen, specificaties (hierna: de specificaties van DCC) opgesteld voor de benodigde software en heeft vervolgens de (maatwerk)software voor de DF kaart ontwikkeld. De door Atos voor de DF kaart geleverde software bestaat uit het door Atos ontwikkelde standaardplatform SolarIS (deze software wordt hierna aangeduid als de standaardsoftware), gekoppeld aan een door Atos voor DCC c.s. op maat gemaakte module (dit deel wordt hierna aangeduid als de customized software).

2.6. In mei en juni 2010 hebben de aandeelhouders van Diplomatic Card, Mercure en Shuriken, onderhandelingen gevoerd over het verstrekken van nieuw kapitaal. Mercure wilde in ruil voor de verstrekking van nieuw kapitaal een belang van 50% in Diplomatic Card. Shuriken is daarmee niet akkoord gegaan.

2.7. In juni 2010 of eerder hebben [A], [B], [D] en [E] het plan opgevat om een nieuw project te starten onder de naam Forax. Doel van het project is de ontwikkeling en verhandeling van een post-paid tankkaart voor diplomaten en internationale instellingen waarmee voor een bepaald volume btw- en accijnsvrij brandstof kan worden gekocht bij bepaalde oliemaatschappijen. Aanvankelijk zou ter uitvoering van dit plan worden aangestuurd op een faillissement van DCC Exploitation, waarna de activa, waaronder rechten op de (maatwerk)software ten behoeve van de DF kaart, uit de failliete boedel zouden worden gekocht.

2.8. Op 8 juli 2010 hebben aan [Y] gelieerde vennootschappen leningen aan DCC Exploitation opgezegd.

2.9. Op 8 juli 2010 hebben [A], [D] en [Y] een bezoek gebracht aan Atos.

2.10. Met ingang van 8 juli 2010 heeft DCC Exploitation de arbeidsovereenkomst met [B] met onmiddellijke ingang opgezegd. [A], [C], [D] en [E] hebben hun overeenkomsten met DCC Exploitation in juli 2010 opgezegd.

-
- 2.11. Op 14 juli 2010 heeft [D] de domeinnaam forax.eu geregistreerd.
- 2.12. Op 10 augustus 2010 is vanuit het testaccount van [D] bij DCC Exploitation ingelogd op het systeem van DCC c.s. bij Atos.
- 2.13. In september 2010 heeft [A] NV Forax opgericht. [A], [D], [B] en [E] zijn na hun vertrek bij DCC Exploitation werkzaam geworden bij NV Forax.
- 2.14. Op 6 september 2010 hebben aan [Y] gelieerde vennootschappen het faillissement van DCC Exploitation aangevraagd. De rechtbank Breda heeft dit verzoek op 22 september 2010 afgewezen *“omdat onvoldoende is gebleken dat gerekwestreerde verkeert in de toestand van te hebben opgehouden te betalen”*.
- 2.15. Bij dagvaarding van 1 november 2010 hebben DCC c.s. en [X] een kort geding aanhangig gemaakt tegen [B], [D], [A], [C] en [Y] waarin zij een verbod hebben gevorderd op – samengevat – oneerlijke concurrentie door [B], [D], [A], [C] en [Y]. Bij vonnis 15 december 2010 heeft de voorzieningenrechter te Breda de vorderingen afgewezen op basis van onder meer de volgende overwegingen:

“3.32 (...)

De stelling van gedaagden dat zij op 22 juni 2010 het faillissement van DCC Exploitation Beheer als onafwendbaar beschouwden en mochten beschouwen, is aannemelijk. [Y] wenste niet te voorzien in verdere liquiditeiten zolang [X]/Shuriken de zeggenschap had. Shuriken/[X] kon niet financieren. De kosten waren veel hoger dan de opbrengsten. Schulden konden niet worden voldaan.

Niet onrechtmatig is het dat gedaagden in die periode, mogelijk ook ervoor, plannen maakten voor hun toekomst buiten DCC Exploitation Beheer. Aannemelijk is dat het onmiddellijk aangaan van concurrentie door [A] en [D] niet onrechtmatig was. Hetzelfde geldt voor [C]. Ten aanzien van [B] bestaan ernstige twijfels of concurrentie onrechtmatig is.

Dat [Y] toen plannen maakte waarin een doorstart van de onderneming na faillissement werd voorzien was niet onrechtmatig. Een dergelijke activa-transactie staat onder toezicht van de rechter-commissaris en is niet ongebruikelijk. Evenmin is onrechtmatig dat hij arrangeerde dat het faillissement werd aangevraagd. In deze aannemelijke feitenconstellatie was dit een rechtmatig dienen van het eigen belang.

[Y] had wel zoveel kennis van het bedrijf dat concurrentie mogelijk daardoor onrechtmatig werd. In het licht van alle verdere feiten oordeelt de voorzieningenrechter echter grote terughoudendheid op zijn plaats bij het treffen van een zo vergaande voorziening als gevorderd.”

Dit vonnis heeft inmiddels kracht van gewijsde.

- 2.16. Op 10 februari 2011 hebben Diplomatic Card en Atos een contract getekend getiteld *“Contract for the provision of a system to The Pan European Tax Free Credit Card Project”* (hierna: de Atos-overeenkomst). De volgende bepalingen maken deel uit van de Atos-overeenkomst (Atos wordt daarin aangeduid als *“Supplier”*, Diplomatic Card als *“Client”*):

“1. DEFINITIONS

(...)

“Customized Software” means software developed on behalf of the Client on the basis of the functional and/or technical specifications drawn up in relation to Client’s specific requirements and updated at the occasion of each change. In particular reference is made to, but not limited to, to ration control.

(...)

“Specifications” means the specifications provided by Supplier and approved by Client as set forth in Schedule I, defining the agreed scope of Services to be provided by Supplier under this Agreement and relating respectively to the authorization platform. The back office platform, the electronic invoicing platform and the loyalty platform. A new version of the specifications will be created after each new release.

(...)

14 INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS

14.1 Supplier’s Rights

(...)

Software

The Supplier uses its own software and monitors or standard commercially available software (together “Supplier’s software”) and represents that it holds the rights to use and operate said Supplier’s software on its servers on its behalf and on behalf of its clients.

The Client (including Associated Companies) and the Supplier shall be granted a non-transferable and non-exclusive right to access and use the System for the duration of the Agreement and for its own internal purposes. The Supplier is the sole owner or holder of all rights attached to the programs, sources and objects of the Supplier’s software.

Customized Software

The Supplier may develop software on the basis of functional specification files drawn up in relation to Client’s specific requirements that will be part of the System.

Subject to Supplier’s rights to its pre-existing technical elements and to Supplier’s software and third party software, Client shall, after payment in full of development costs, hold all property rights attached to this Customized Software. Supplier hereby assigns to Client all right, title and interest in these specific developments, including according to section L. 131-3 of the French Intellectual Property Code, all the author rights (including, but not limited to, the rights to reproduce, perform, distribute, license, modify, translate, broadcast or exploit), as well as all patents, patent rights, mask work rights, trade secret rights, and all other intellectual property rights of any soft anywhere in the world to any such specific developments.

It is however specified that much Customized Software may be closely linked to and dependent on Supplier monitors and/or standard software, as clearly are customized versions of standard software. Client’s property rights relating to Customized Software shall not result in any implicit or other rights to Supplier monitors and standard software programs for them.

(...)

17. TERM OF AGREEMENT

This Agreement shall enter into effect retroactively on the 1st October 2009 (“the Effective Date”) and shall continue until the expiry of Supplier’s obligations under this Agreement.”

- 2.17. Bij vonnis van 7 juni 2011 is op verzoek van aan [Y] gelieerde vennootschappen het faillissement van DCC Exploitation uitgesproken door de rechtbank Breda. Deze beslissing is tot aan de Hoge Raad in stand gebleven.
- 2.18. Op 9 januari 2012 is Forax BV opgericht.
- 2.19. Op 29 mei 2012 en 8 juni 2012 heeft een Belgische rechtbank verlov verleend tot het leggen van beschrijvend beslag onder NV Forax, [E], [D], New Day Consult, [B] en [A] in België. L. Golvers is daarbij benoemd tot gerechtsdeskundige. Op 2 juli 2012 zijn de beslagen gelegd. Bij beschikking van 8 juli 2012 is Golvers door de Belgische rechtbank bevolen dat hij en de door hem aangestelde mededeskundigen zich dienen te onthouden van het mededelen van informatie aan DCC c.s. Bij beschikking van 8 augustus 2012 is Golvers door de Belgische rechtbank aangesteld als “sekwester” van (kopieën van) alle bestanden, materiaal en documenten die in zijn bezit zijn naar aanleiding van het op 2 juli 2012 gelegde beslag.
- 2.20. Op 27 juni 2012 heeft de voorzieningenrechter te ’s-Gravenhage op verzoek van Diplomatic Card verlov verleend tot het leggen van conservatoir bewijsbeslag onder Forax BV en derden, te weten Fleetcor Technologieën B.V. en Logica Nederland B.V. Op basis van aanvullende verzoeken is op 28 juni 2012 en 2 juli 2012 tevens verlov verleend tot het leggen van conservatoir derdenbeslag bij Exact Software Nederland B.V., respectievelijk Flusso B.V. (hierna: Flusso).
- 2.21. Op basis van de laatstgenoemde beschikking heeft Diplomatic Card op 2 juli 2012 bewijsbeslag laten leggen onder Flusso. Forax BV heeft daarop in kort geding de onmiddellijke opheffing van dit beslag en retournering van de in beslaggenomen zaken gevorderd. In reconventie is door Diplomatic Card gevorderd inzage in het inbeslaggenomen materiaal en aanwijzing van een registeraccountant die op kosten van Forax BV onderzoek zal doen naar “*verschuldigheid van gebruiksvergoedingen met betrekking tot het Systeem en de DF kaart van DCC*”. De voorzieningenrechter te ’s-Gravenhage heeft in zijn vonnis van 2 augustus 2012 de vorderingen van Forax BV afgewezen en de door Diplomatic Card gevorderde inzage deels toegewezen. Het gaat daarbij om inzage in de eigen DCC-bestanden, zoals de DCC-specificaties en een internetapplicatie van DCC genaamd DCC-NET. Voorts is de inzage beperkt tot bestanden die kunnen dienen tot bewijs van de gestelde inbreuk op het auteursrecht aangezien het desbetreffende materiaal in beslag is genomen ter bescherming van bewijs van uitsluitend een auteursrechtinbreuk. De voorzieningenrechter heeft de inzage toegewezen onder de volgende voorwaarden:
- “5.8.1. Forax dient een door DCC aan te wijzen onafhankelijke deskundige (bijvoorbeeld een van de onafhankelijke deskundigen die de deurwaarder hebben bijgestaan bij het leggen van het beslag) inzage te geven in het onder Flusso in beslag genomen materiaal. De bij de beschikking van 2 juli 2012 aan de bewaarder opgelegde plicht tot geheimhouding van dat materiaal wordt in zoverre opgeheven, maar blijft voor het overige in stand.*

5.8.2. De deskundige dient te onderzoeken of zich onder het onder Flusso in bewaring genomen materiaal bestanden bevinden die voldoen aan de volgende omschrijving:

i) DCC Specification vXXX.doc

De specificaties welke als basis gebruikt werden voor de ontwikkeling van de Solaris software van DCC en Atos.

ii) dir.txt

Het betreft een overzicht van alle bestanden welke teruggevonden werden op de toenmalige bedrijfscomputer (laptop) van [D]. Alsmede kopieën van het intranet van DCC.

iii) SQL

Dit is de database van de intranet applicatie van DCC. Derhalve alle SQL bestanden met trefwoorden: DCCNET of DCC-NET.

iv) Algemeen

Bestanden welke verwijzen naar DCCNET of DCC-NET.

v) De kopie van de intranet applicatie van DCC (DCC-NET).

Deze werd ontwikkeld in PHP.

vi) E-mailverkeer met Atos.

vii) Specifieke codes afkomstig van Atos, die indertijd zijn gebruikt om de Solaris software voor DCC te bouwen.

viii) Informatie afkomstig van DCC-server bij Atos, die – door [D] e.a.– één op één is doorgegeven aan Forax.

5.8.3. Indien en voor zover de deskundige onder het in bewaring genomen materiaal bestanden aantreft die naar zijn oordeel voldoende duidelijk voldoen aan de hiervoor genoemde omschrijving, zal de deskundige een kopie maken van die bestanden. Uitsluitend die gekopieerde bestanden zal de deskundigen verstrekken aan DCC. De deskundige dient ook Forax een kopie van de verstrekte bestanden te geven, zodat voor Forax duidelijk en controleerbaar is welke gegevens aan DCC worden verstrekt. Voor het overige dient de deskundige het materiaal dat hij heeft ingezien geheim te houden ten opzichte van DCC en derden.”

Het ook door Diplomatic Card gevorderde onderzoek naar de verschuldigdheid van gebruiksvergoedingen is bij gebrek aan toelichting afgewezen.

2.22. Fox-IT heeft als door DCC c.s. aangewezen onafhankelijk deskundige het onder Flusso in beslag genomen materiaal onderzocht en heeft op 24 augustus 2012 het volgende bericht:

“Zoals u weet heeft Fox-IT de afgelopen periode gewerkt aan het onderzoek op het op 2 juli 2012 onder Flusso in beslag genomen materiaal. Doel van dit onderzoek was het beschikbaar maken van kopieën van bestanden aan beide partijen die voldoen aan de onder 5.8.2 opgegeven omschrijving in het vonnis van de Rechtbank 's-Gravenhage van 2 augustus 2012 (hierna: het vonnis).

Hiertoe heeft Fox-IT op 14 augustus 2012 het in beslag genomen materiaal ontvangen van de gerechtelijk bewaarder. Deze data is vervolgens in de onderzoeksomgeving van Fox-IT geladen en doorzocht op data die voldoet aan de in het vonnis opgenomen omschrijvingen. dit onderzoek is inmiddels afgerond en hieruit zijn een drietal e-mailberichten naar voren gekomen die voldoen aan een van de omschrijvingen onder 5.8.2 uit het vonnis (“vi) E-mailverkeer met Atos.”).

Buiten deze e-mailberichten is er geen andere data aangetroffen die volgens Fox-IT voldoet aan de omschrijvingen uit het vonnis.”

De desbetreffende drie e-mailberichten zijn aan het rapport gehecht.

2.23. Naar aanleiding van het op 31 mei 2012 door DCC c.s. bij de rechtbank 's-Gravenhage ingediende verzoekschrift, waarin zij de rechtbank heeft verzocht een voorlopig deskundigenbericht en een voorlopig getuigenverhoor te gelasten ter verkrijging van informatie omtrent (de ontwikkeling en vermarkting van (software voor)) een door Forax c.s. geëxploiteerde tankkaart voor diplomaten en omtrent de contacten die medewerkers van Forax c.s. hebben gehad met een aantal betrokken partijen, zijn bij beschikking van 14 november 2012 het voorlopig getuigenverhoor en het voorlopig deskundigenbericht toegestaan. Daarbij is de heer J. Honkoop (hierna: Honkoop) benoemt tot deskundige ten einde verslag uit te brengen ter beantwoording van zes door de rechtbank geformuleerde vragen.

2.24. In het kader van het voorlopig getuigenverhoor zijn inmiddels vier door DCC c.s. voorgebrachte getuigen gehoord.

2.25. Bij vonnis van de rechtbank te Brussel van 28 februari 2013 is de vordering van DCC c.s. tot – kort gezegd – inbreuk door NV Forax op de intellectuele eigendomsrechten van DCC c.s. geschorst tot het beschrijvend beslag door deskundige Golvers is ingediend. Voorts is de vordering van DCC c.s. vanwege inbreuken door NV Forax op de wet op de marktpraktijken ongegrond verklaard. Op vordering van NV Forax is het DCC c.s. verboden om commerciële partners van NV Forax te benaderen met mededelingen over – onder meer – inbreuken op intellectuele eigendomsrechten van Diplomatic Card en onrechtmatige marktpraktijken.

2.26. Bij arrest van het Brusselse hof van 18 maart 2013 zijn op verzoek van Forax c.s. de door DCC c.s. voor de beslagen ter griffie te consigneren borgsommen verhoogd tot € 100.000 en € 60.000 en is bepaald dat de aangestelde deskundige, Golvers, zijn verslag slechts zal mogen indienen zodra deze zijn geconsigneerd.

2.27. In zijn voorlopig deskundigenbericht van 25 oktober 2013 is Honkoop tot de volgende bevindingen en conclusies gekomen:

“Uit het vergelijken van de systemen

7.1. *De functionaliteit van de beide systemen is op hoofdlijnen gelijk. De functies zijn opgesplitst in functies voor de kaarthouders, voor de backoffice / helpdesk en batchfuncties. Ook deze opdeling is in beide systemen gelijk. Vanuit de leer van de functionele decompositie is dit een logische indeling.*

7.2. *Functionele decompositie streeft ernaar soortgelijke bewerkingen onder te brengen in één algemeen bruikbare functie en soortgelijke bewerkingen daarbinnen weer in andere functies enzovoorts. Op het tweede niveau, zoals bijvoorbeeld de onderverdeling van de kaarthouderfunctie in het inzien van en afdrukken van quota, transacties en facturen, zijn binnen die functies verschillen te constateren met betrekking tot de volgorde en presentatie van de gegevens en de navigatiemogelijkheden binnen en tussen de functies.*

7.3 *DCC is van mening (zie rapport van de heer Mulder, bijlage 4 (1), pagina 13) dat er een veelheid aan overeenkomsten in specificaties zichtbaar is op de schermen, zowel qua naamgeving als lengte. Ik deel die mening niet. Er zijn wat de namen betreft veel overeenkomsten, maar evenzo als in ieder administratiepakket de termen 'grootboek', 'journaal' en 'balans' de algemeen geaccepteerde namen zijn, geldt dat analoog voor 'account', 'cardtype', 'quotum', 'invoice' en 'statement' in*

deze (en andere) systemen. Wat betreft de lengte geldt dat die meestal door de buitenwereld (oliemaatschappijen, banken, douane) is bepaald.

- 7.4. *In diverse gevallen had het anders gekund, maar de vraag of het daarom ook anders moest is ter beoordeling van de rechtbank.*
- 7.5. *De functies voor de back-office en de helpdesk zijn geheel anders ingericht.*
- 7.6. *De gegevensstructuur van Forax is door Forax en Flusso eigenstandig ontwikkeld.*
- 7.7. *Mulder stelt ook dat door Forax ontwerpfouten van DCC zijn overgenomen. Ik heb geen duidelijke (dat wil zeggen voor mij evidente) ontwerpfouten geconstateerd. In zijn rapport meldt de heer Mulder er enkele. Deze worden door de deskundige van Forax weerlegd (bijlage 4 (2)). Het betreft detailzaken waarover ik geen uitspraak kan doen.*

Bevindingen m.b.t. de ontwikkeling van het Forax systeem

- 7.8. *Het systeem is door het softwarebedrijf Flusso gebouwd op basis van de specificaties die Forax heeft aangeleverd dan wel in samenspraak zijn opgesteld. Bij de ontwikkeling is geen code van .NET toepassingen gebruikt, gekopieerd of geconverteerd.*
- 7.9. *De door Flusso gefactureerde tijd valt binnen de grenzen die ik via een FunctiePunt Analyse heb berekend. De doorlooptijd is gezien de omvang van het project en het aantal door Flusso ingezette ontwikkelaars reëel.*

Bevindingen m.b.t. het voorbereidend werk

- 7.10 *In het voorbereidende werk dat Forax mij ter beschikking heeft gesteld wordt niet verwezen naar DCC-documenten en zijn daaruit, voorzover ik dat kan bepalen, ook geen teksten gekopieerd. Het voorbereidend werk van Forax is - evenals dat van DCC - voor een groot deel gebaseerd op informatie van oliemaatschappijen wettelijke voorschriften, bankinstellingen, douane- en belastingdienst en gangbare business praktijken."*

Voorts heeft Honkoop de hem voorgelegde vragen als volgt beantwoord (de antwoorden worden voorafgegaan door de door de rechtbank geformuleerde vragen):

- I. *Stelt u vast dat Forax software in gebruik heeft ten behoeve van het aanbieden van haar dutyfree postpaid tankkaart? Zo ja, kunt u deze software beschrijven?*

Antwoord: Ja. De beschrijving van de software is opgenomen in dit bericht.

- II. *Gebruikt Forax N.V. dezelfde software als Forax B.V.? Zo nee, wilt u dan bij de beantwoording van de volgende vragen onderscheid maken tussen de software van Forax N.V. en die van Forax B.V.?*

Antwoord: Forax gebruikt in alle landen en voor alle kaarten hetzelfde softwarepakket.

- III. *Hoeveel tijd schat u dat het kost, gezien de specificaties van de dutyfree kaart van Forax, om de dutyfree tankkaart en de daaraan ten grondslag liggende software van Forax te kunnen bouwen en te kunnen ontwikkelen?*

Antwoord: Ik raam de voor de ontwikkeling benodigde tijd op 2100 tot 3600 uur. Met een (minimale) inzet van 5 Fte's kan het systeem in plm 3,5 kalendermaand worden gerealiseerd

- IV. Bestaat er overeenstemming tussen de software van Forax ten behoeve van het aanbieden van haar eigen dutyfree postpaid tankkaart en de software van DCC ten behoeve van haar DE-kaart? Zo ja, kunt u toelichten waar die overeenstemming uit bestaat en hoe die zich verhoudt tot het geheel?

Antwoord:

De systemen bedienen dezelfde markt. De functionaliteit in het systeem van DCC is ook door Forax gerealiseerd. Daarnaast heeft het Forax systeem aanvullende functionaliteit als de online functie voor de douane en het factureren met BTW na overschrijden van het quotum. Forax heeft zelfstandig een systeem ontwikkeld om haar diensten te kunnen aanbieden. Een zinnige uitspraak over verhoudingen binnen de software kan ik niet geven. In dit bericht heb ik een opsomming gegeven van de overeenkomsten en verschillen vanuit verschillende invalshoeken.

- a. Indien er overeenstemming bestaat, wilt u dan bij uw beschrijving daarvan - indien mogelijk - ingaan op eventuele overeenstemming in technisch opzicht (waaronder op codeniveau), in functioneel opzicht en in grafisch opzicht (uiterlijk)?

Antwoord:

Overeenstemming in technisch opzicht: nauwelijks
In functioneel opzicht: nagenoeg volledig
In grafisch opzicht: weinig.

- b. Bestaat er overeenstemming tussen de software van Forax en de destijds door DCC ontwikkelde maatwerksoftware voor Esso?

Antwoord:

In de door DCC verstrekte documenten is onvoldoende duidelijk wanneer sprake is van maatwerk, standaard ATOS-software of parametrische eigenschappen van de ATOS software. Ik kan daarom slechts uitspraken doen over het totale systeem dat door DCC wordt gebruikt en dat niet relateren aan het maatwerk.

- c. Bestaat er overeenstemming tussen de software van Forax en het ontwerp en/of overige documentatie, vertrouwelijke bedrijfsgegevens en/of voorbereidend materiaal aangaande de software van DCC en/of de object- en/of broncode van de software van DCC?

Antwoord:

Naast de bij de eerdere antwoorden vermelde overeenkomsten heb ik verder geen overeenkomsten geconstateerd. In het voorbereidend materiaal dat Forax heeft verstrekt heb ik geen referentie naar of kopie aangetroffen van voorbereidend werk of systeemdokumentatie van DCC. In de Java-software van Forax zijn geen sporen aangetroffen van .Net software dat voor DCC is ontwikkeld. Ik kan niet beoordelen of er gebruik is gemaakt van vertrouwelijke bedrijfsgegevens van DCC door Forax. DCC heeft niet aangegeven welke gegevens zij als zodanig beschouwd.

- V. In aanmerking genomen de aard en omvang van de door u geconstateerde overeenstemming (indien daarvan sprake is) tussen de software van Forax ten behoeve van het aanbieden van haar eigen dutyfree postpaid tankkaart en de

software van DCC ten behoeve van haar DF-kaart, acht u het aannemelijk en/of mogelijk dat de software van DCC en Forax onafhankelijk van elkaar is ontwikkeld?

Antwoord: De systemen van DCC en Forax zijn - technisch beschouwd - onafhankelijk van elkaar ontwikkeld. Of door Forax gebruik is gemaakt van voorbereidend werk van DCC heb ik niet geconstateerd, maar ik kan dat niet uitsluiten.

VI. *Heeft u overigens nog opmerkingen die u van belang acht?*

*Antwoord:
Neeen."*

2.28. DCC c.s. heeft bij de deskundige en bij de rechtbank bezwaar gemaakt tegen het niet openbaar maken van vertrouwelijke stukken van Forax c.s. die door de deskundige bij zijn onderzoek zijn gebruikt. In zijn definitieve deskundigenbericht is door Honkoop toegelicht waarom hij daartoe heeft besloten en is hij niet op die beslissing teruggekomen. De rechtbank heeft DCC c.s. (bij brieven van 10 en 17 september 2013) bericht geen mogelijkheden te zien om zich inhoudelijk met het voorlopig deskundigenbericht bezig te houden, ook waar het de wijze betreft waarop de deskundige dit opzet en uitvoert; de deskundige voert zijn onderzoek namelijk zelfstandig uit. Voorts heeft DCC c.s. de rechtbank verzocht een comparitie te bepalen in het voorlopig deskundigenbericht. De rechtbank heeft (bij brief van 19 november 2013) bericht een dergelijke mondelinge behandeling niet opportuun te achten en dat het – zoals DCC c.s. ook al als mogelijkheid suggereerde – op dat moment efficiënter was om het voorlopig deskundigenbericht aan de orde te stellen op de reeds geplande comparitie in de onderhavige procedure. Bij verzoekschrift in hoger beroep heeft DCC c.s. het Gerechtshof te Den Haag verzocht de beslissingen neergelegd in de hiervoor genoemde brieven van de rechtbank te vernietigen en zelf te voorzien in – onder meer – terbeschikkingstelling van de alle stukken waarop de deskundige zijn deskundigenbericht heeft gebaseerd. De rechtbank heeft ambtshalve kennisgenomen van de beschikking van het hof van 24 juni 2014 waarin DCC c.s. niet-ontvankelijk is verklaard in het hoger beroep tegen de in tegen de in voornoemde brieven vervatte beslissingen. Door het hof is het volgende overwogen:

“8. De rechter in de hoofdzaak is niet gebonden aan de conclusies van de deskundigen. Voor zover het deskundigenbericht bewijs bevat, is de waardering daarvan aan de rechter overgelaten, waarbij de rechter een grote mate van vrijheid heeft. Hij dient bij de beantwoording van de vraag of hij de conclusies waartoe de deskundige in zijn rapport is gekomen in zijn beslissing zal volgen, alle terzake door partijen aangevoerde feiten en omstandigheden in aanmerking te nemen en op basis van deze aangevoerde stellingen in volle omvang te toetsen of aanleiding bestaat van de in het rapport geformuleerd conclusies af te wijken. (T&C Burgerlijke Rechtsvordering art. 198)

9. Het hof overweegt dat in beginsel met de beschikking waarin het voorlopig getuigenverhoor is gelast een einde is gekomen aan de taak van de rechter. Op zich zelf genomen is juist dat de rechter daarna nog een regie functie heeft maar dat betekent niet dat er dus ook hoger beroep openstaat tegen de beslissingen die de rechter naar aanleiding van verzoeken van partijen in dat kader neemt. Voor de in dit hoger beroep aan de orde zijnde beslissingen in de brieven van 19 november 2013, 17 september 2013 en 10 september 2013 kan aansluiting worden gezocht bij de in artikel 22 Rv neergelegde regeling (waarnaar met betrekking tot het overleggen van stukken in de Leidraad onder punt 11.3, 104 ook wordt verwezen). Artikel 22 Rv geeft de rechter een discretionaire bevoegdheid om in elke stand van de procedure een inlichtingencomparitie te gelasten.

Anders dan DCC betoogt komt haar op grond van deze bepaling geen vorderingsrecht toe. De rechter kan een inlichtingencomparitie gelasten. Of de rechter van deze bevoegdheid gebruik maakt is overgelaten aan zijn procesbeleid. Dit betekent dat DCC niet-ontvankelijk verklaard zal worden in haar hoger beroep tegen de in de brief van 19 november 2013 vervatte beslissingen.

10. Het hof verwerpt de stelling van DCC dat de brief van 19 november 2013 moet worden aangemerkt als een eindbeschikking die voortborduurt op de beslissingen in de brieven 10 september 2013 en 17 september 2013. Deze uitleg past niet in de hiervoor besproken regeling van het voorlopig deskundigenbericht. Deze brieven moeten worden aangemerkt als zelfstandige beslissingen waarvoor de appeltermijn van drie maanden is gaan lopen vanaf respectievelijk 10 september 2013 en 17 september 2013. Dit betekent dat het hoger beroep tegen de in de brieven van 10 september 2013 en 17 september 2013 vervatte beslissingen te laat is ingesteld. Reeds om deze reden is DCC dus niet-ontvankelijk in haar hoger beroep tegen de in deze brieven vervatte beslissingen.

11. Gelet op het voorgaande ten overvloede overweegt het hof dat ook hier geldt dat artikel 22 Rv de rechter de discretionaire bevoegdheid geeft om in elke stand van de procedure partijen te bevelen op de zaak betrekking hebbende bescheiden over te leggen en dat partijen op grond van artikel 22 Rv op dit punt geen vorderingsrecht toekomt. Dus ook op deze grond dient DCC niet-ontvankelijk verklaard te worden in haar hoger beroep tegen de in de brieven van 10 september 2013 en 17 september 2013 vervatte beslissingen.

12. Het hof verwerpt tot slot de stelling van DCC dat hier sprake zou zijn van schending van artikel 6 EVRM (en dat naar het hof begrijpt DCC om die reden ontvankelijk is in haar hoger beroep). Naar het oordeel van het hof volgt uit de hiervoor beschreven gang van zaken niet dat aan DCC een behoorlijke rechtsgang is onthouden, als bedoeld in dit artikel. Hierbij verdient opmerking dat alle bezwaren tegen het voorlopig deskundigenbericht naar voren kunnen worden gebracht in de bodemprocedure indien het voorlopig deskundigenbericht daar wordt ingebracht.”

3. Het geschil

in het incident:

3.1. DCC c.s. vordert – samengevat – bij vonnis uitvoerbaar bij voorraad, en slechts indien de voorzieningenrechter niet reeds eerder zulks heeft toegestaan:

- i. het haar toe te staan afschriften van de inbeslaggenomen en vervolgens in bewaring gegeven bescheiden in te zien, al dan niet door een door DCC c.s. in te schakelen deskundige en onder bepaalde voorwaarden, althans een kopie van alleen de index van deze bescheiden in te zien al dan niet door een door DCC c.s. in te schakelen deskundige en onder bepaalde voorwaarden;
- ii. te bevelen dat een registeraccountant onderzoek zal doen naar de verschuldigdheid van gebruiksvergoedingen met betrekking tot het systeem en de DF kaart van DCC c.s. en daarover aan de advocaten van partijen rapporteert en dat Forax c.s. aan dit onderzoek haar medewerking dient te verlenen op straffe van verbeurte van een dwangsom;
- iii. het DCC c.s. zo nodig wordt toegestaan om op grond van artikel 730 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (hierna: Rv) jo. artikel 843a Rv beslag te leggen onder gerkwestreerde/eiser in conventie [rb: bedoeld zal zijn Forax c.s.] en onder Flusso en inzage als onder i. bedoeld toe te staan;
- vi. met veroordeling van Forax c.s. in de redelijke en evenredige proceskosten ex artikel 1019h Rv.

3.2. DCC c.s. stelt deze incidentele vordering in voor het geval de door haar in reconventie in het kort geding ingestelde eis tot inzage overlegging van hetgeen in

bewijsbeslag is genomen en bij Hofman deurwaarders in bewaring is gegeven, niet wordt toegewezen. Zij wenst, mede gezien de vondst door Golvers in België, dat de bij Hofman deurwaarders in bewaring gegeven data worden beschreven en door haar kunnen worden ingezien. Inbreuk op auteursrechten en namaak van software zijn een onlosmakelijk onderdeel van de onrechtmatige concurrentie van Forax c.s. voor zover de rechtbank zou menen dat de grondslag van het verlov enkel in de artikelen 1019b of c Rv kan worden gevonden, verzoekt zij het verleende verlov van 2 juli 2012 uit te breiden tot de in artikel 730 Rv jo artikel 843 Rv genoemde grondslag.

3.3. Forax c.s. voert gemotiveerd verweer. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

in de hoofdzaak:

3.4. DCC c.s. vordert – samengevat – dat, bij vonnis voor zoveel mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

I. Forax c.s. wordt bevolen iedere inbreuk op de auteursrechten van Diplomatic Card te staken en gestaakt te houden, waaronder in ieder geval begrepen gebruik van de customized software en de specificaties;

II. Forax c.s. wordt bevolen om alle informatie en/of documenten in welke vorm dan ook, daaronder begrepen: de customized software, de specificaties en bewerkingen daarvan in welke vorm dan ook, dan wel software, specificaties, informatie en/of documenten die inbreuk maken op de auteursrechten van Diplomatic Card, te af te geven aan de advocaat van Diplomatic Card of te vernietigen;

III. Forax c.s. wordt bevolen om opgave te doen aan de advocaat van DCC c.s. over aan wie zij enige informatie en/of documenten in welke vorm dan ook, daaronder begrepen: de customized software, de specificaties en bewerkingen daarvan in welke vorm dan ook dan wel software, specificaties, informatie en/of documenten die inbreuk maken op de auteursrechten van Diplomatic Card aanbiedt, of heeft aangeboden, levert of heeft geleverd en ten behoeve van wie Forax c.s. die informatie gebruikt of heeft gebruikt;

IV. Forax c.s. wordt bevolen om een bepaalde rectificatietekst op haar websites te plaatsen;

V. Forax c.s. wordt veroordeeld tot betaling van dwangsommen in geval van niet nakoming van de genoemde bevelen;

VI. Forax c.s. hoofdelijk wordt veroordeeld tot schadevergoeding en/of winstafdracht aan Diplomatic Card, te vermeerderen met de wettelijke handelsrente, een en ander op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet;

VII. Forax c.s. hoofdelijk wordt veroordeeld in de redelijke en evenredige proceskosten en andere kosten ex artikel 1019h Rv.

3.5. DCC c.s. legt aan haar vorderingen ten grondslag dat Forax c.s. inbreuk maakt op de auteursrechten van Diplomatic Card ten aanzien van de customized software, met inbegrip van de specificaties van DCC. Diplomatic Fuel Service is haar operationele werkmaatschappij in Nederland en is uit dien hoofde medebelanghebbende. Forax c.s. handelt hiermee onrechtmatig jegens DCC c.s. Daarnaast voert DCC c.s. aan dat Forax c.s. onrechtmatig jegens haar heeft gehandeld door (te profiteren van) inbreuk op de rechten van DCC c.s., door DCC c.s. onrechtmatige concurrentie aan te doen en door stelselmatig en substantieel het duurzame bedrijfsdebiet van Forax c.s. af te breken.

3.6. Forax c.s. voert gemotiveerd verweer. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

4. De beoordeling

Bevoegdheid

4.1. De bevoegdheid van deze rechtbank ten aanzien van Forax BV bestaat op grond van artikel 2 van de Verordening (EG) nr. 44/2001 betreffende de rechtelijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (hierna: EEX-Vo). Op grond van artikel 6 lid 1 EEX-Vo is deze rechtbank eveneens bevoegd om kennis te nemen van de vorderingen jegens de andere gedaagden. De vorderingen hangen zodanig nauw samen dat bij afzonderlijke berechting gevaar bestaat voor onverenigbare beslissingen. De beweerde inbreuken hebben betrekking op eenzelfde feitencomplex waarbij dezelfde software in het geding is en ook rechtens is sprake van eenzelfde situatie. Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie volgt immers dat het auteursrechtelijke werkbegrip en inbreukbegrip Europees geharmoniseerde begrippen zijn.¹ Daarom zijn de verschillende nationale rechtsgrondslagen die van toepassing zijn op de handelingen van de verschillende gedaagden, in hoofdzaak identiek. Het Painer-arrest² bevestigt dat aan toepassing van artikel 6 lid 1 EEX-Vo niet in de weg staat dat vorderingen tegen meerdere verweerders wegens inhoudelijk identieke inbreuken op het auteursrecht op per lidstaat verschillende nationale rechtsgrondslagen berusten. Daarbij komt dat de vorderingen betrekking hebben op het gestelde gezamenlijk handelen van gedaagden. De bevoegdheid van deze rechtbank is overigens niet bestreden.

Stellingen ten aanzien van inbreuk

4.2. DCC c.s. stelt dat Forax c.s. met haar software en/of specificaties voor haar software inbreuk maakt op de auteursrechten die DCC c.s. heeft ten aanzien van de customized software en/of de specificaties van DCC die daaraan ten grondslag liggen. De specificaties van DCC vallen als “voorbereidend materiaal” onder de “werk”-definitie van computerprogrammatuur dan wel worden als zelfstandig werk auteursrechtelijk beschermd. Zowel de customized software als de specificaties van DCC zijn door Atos tot stand gebracht en vervolgens door Atos overgedragen aan Diplomatic Card. Het gaat hier om een eigen intellectuele schepping waarin tal van creatieve keuzes zijn gemaakt. Volgens DCC c.s. (zie pleitnota onder 1.) zijn de volgende inbreuken aan de orde: de specificaties van DCC zijn gevonden bij Forax c.s.; de specificaties van Forax zijn een bewerking van de specificaties van DCC; de software van Forax is geschreven op basis van de specificaties van DCC. DCC c.s. voert daartoe aan dat Forax c.s. eenzelfde soort post-paid duty-free tankkaart aanbiedt als de DF kaart, dat Forax c.s. in de gelegenheid is geweest om inbreuk te plegen (aangezien zij over de customized software en/of de specificaties van DCC heeft kunnen beschikken en toegang had tot bedrijfsgeheimen van DCC c.s.), dat Forax c.s. te weinig tijd tot haar beschikking heeft gehad om zelfstandig een computerprogramma te (laten) ontwikkelen zoals zij dat nu heeft, dat in de specificaties van DCC en die van Forax overeenkomsten te vinden zijn die op ontlening door Forax c.s. wijzen. Volgens DCC c.s. heeft Forax c.s. de specificaties van DCC tot uitgangspunt genomen bij het opstellen van haar eigen specificaties; zij heeft de specificaties van DCC gekopieerd en vervolgens aanpassingen gedaan voor het Forax systeem, de structuur van de specificaties hier en daar

¹ HvJ EG, 16 juli 2009, C-5/08, ECLI:NL:XX:2009:BJ3749 (Infopaq v DDF)

² HvJ EU 1 december 2011, C-145/10, ECLI:NL:XX:2011:BU7495, (Painer v Standard Verlags)

veranderd en de tekst ingekort en op punten herschreven. De aldus bewerkte specificaties heeft zij vervolgens aan Flusso gegeven, die op basis daarvan de software van Forax c.s. heeft gebouwd.

4.3. Forax c.s. betwist dat de specificaties van DCC voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking komen. De specificaties van DCC behelzen namelijk niets meer dan een loutere opsomming van de verschillende functies die het computerprogramma dient te vervullen, daar is niets oorspronkelijks aan. Forax c.s. betwist voorts dat de auteursrechten ten aanzien van de customized software door Atos rechtsgeldig aan Diplomatic Card zijn overgedragen. Deze auteursrechten en (zo daarvan sprake is) de auteursrechten op de door Atos opgestelde specificaties behoren in de failliete boedel van Diplomatic Exploitation die immers de opdrachten heeft verleend en de investeringen daarvoor heeft gepleegd. De overeenkomst (aangehaald onder 2.16) is in strijd met de realiteit en benadeelt de boedel van Diplomatic Exploitation. Daarnaast is de customized software niet te scheiden van de standaardsoftware, zo is tijdens het deskundigenonderzoek (door Honkoop) gebleken. De standaardsoftware en de customized software vormen dus samen één onscheidbaar werk. De overdracht van een daarvan niet af te scheiden onderdeel (de customized software) zou dus leiden tot een gemeenschappelijk auteursrecht van Atos en Diplomatic Card op het gehele werk, dat is echter niet gesteld door DCC c.s. Volgens de overeenkomst heeft Atos alleen de rechten op de customized software overgedragen voor zover dit haar rechten op de standaardsoftware niet aantast. Een dergelijke overdracht tast Atos' positie als enig gerechtigde ten aanzien van de standaardsoftware aan, dus dat kan hier niet aan de orde zijn. Conclusie van Forax c.s. is dat Diplomatic Card niet beschikt over auteursrechten met betrekking tot de customized software. Tot slot betwist Forax c.s. dat (zo er sprake is van auteursrechten waar DCC c.s. zich op kan beroepen) zij inbreuk maakt op de customized software en/of de specificaties van DCC. Hoewel de software van DCC c.s. en die van Forax c.s. deels dezelfde functies vervullen, is de software van Forax c.s. een volledig eigen schepping van Flusso. Er is geen sprake van overeenstemming, niet qua opzet noch qua uitwerking.

Criteria auteursrechtelijke bescherming van computerprogramma's en andere werken

4.4. In artikel 10 lid 1 sub 12 van de Auteurswet (hierna: Aw) is bepaald dat "computerprogramma's en het voorbereidend materiaal" onder werken van letterkunde, wetenschap of kunst begrepen worden, waardoor zij voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking kunnen komen. Deze toevoeging aan het werkbegrip is terug te voeren op de Richtlijn 2009/24/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 april 2009 betreffende de rechtsbescherming van computerprogramma's (hierna: Softwarerichtlijn). Artikel 1 lid 2 Softwarerichtlijn bepaalt dat "[d]e bescherming overeenkomstig deze richtlijn wordt verleend aan de uitdrukkingswijze, in welke vorm dan ook, van een computerprogramma. De ideeën en beginselen die aan enig element van een computerprogramma ten grondslag liggen, met inbegrip van de ideeën en beginselen die aan de interfaces daarvan ten grondslag liggen, worden niet krachtens deze richtlijn auteursrechtelijk beschermd." Artikel 1 lid 3 Softwarerichtlijn bepaalt dat "[e]en computerprogramma wordt beschermd wanneer het in die zin oorspronkelijk is, dat het een eigen schepping van de maker is. Om te bepalen of het programma voor bescherming in aanmerking komt, mogen geen andere criteria worden aangelegd."

4.5. De bron- en de doelcodes van een computerprogramma zijn uitdrukkingswijzen van het programma en worden daarom door artikel 1 lid 2 Softwarerichtlijn auteursrechtelijk

beschermd. Een grafische gebruikersinterface vormt geen uitdrukingswijze van een computerprogramma in de zin die artikel 1 lid 2 Softwarerichtlijn daaraan toekent. En ook de functionaliteit van een computerprogramma, de programmeertaal en de indeling van gegevensbestanden die in het kader van een computerprogramma worden gebruikt om bepaalde functies van dat computerprogramma te kunnen benutten, vormen geen uitdrukingswijzen van dit computerprogramma en worden derhalve door het auteursrecht op computerprogramma's niet beschermd. Deze elementen kunnen mogelijk als andersoortige werken in aanmerking komen voor auteursrechtelijke bescherming, indien zij oorspronkelijk zijn in de zin dat zij een eigen intellectuele schepping van hun maker vormen. Aan dit oorspronkelijkheids criterium is niet voldaan wanneer de uitdrukking van deze onderdelen door hun technische functie wordt bepaald, aangezien de verschillende manieren om een idee uit te voeren dan zodanig beperkt zijn dat het idee samenvalt met de uitdrukking daarvan. Met "het voorbereidend materiaal" wordt gedeut op het voorbereidende ontwerp materiaal dat tot het vervaardigen van het desbetreffende programma leidt, op voorwaarde dat dit materiaal van dien aard is dat het later tot zulk een programma kan leiden.³

4.6. Een werk (een computerprogramma of een andersoortig werk) komt voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking indien het een eigen intellectuele schepping van de maker betreft die de persoonlijkheid van deze laatste weerspiegelt en tot uiting komt door de vrije creatieve keuzen bij de totstandkoming van dat voortbrengsel.⁴ Daartoe behoort in elk geval niet al hetgeen een vorm heeft die zo banaal of triviaal is, dat daarachter geen creatieve arbeid van welke aard ook valt aan te wijzen. Verder is niet van belang of de verschillende elementen waar het voortbrengsel uit bestaat ieder afzonderlijk auteursrechtelijk beschermd zijn of niet. Het gaat erom of de combinatie van (al dan niet op zich zelf beschermde) elementen waaruit het voortbrengsel is opgebouwd, voldoet aan de hiervoor vermelde maatstaf.⁵ Voor de beantwoording van de vraag of sprake is van inbreuk op een auteursrecht op een werk dient beoordeeld te worden in welke mate de totaalindrukken van het beweerdelijk inbreukmakende werk en het beweerdelijk bewerkte of nagebootste werk overeenstemmen. Bij de vergelijking van de totaalindrukken dienen dus ook onbeschermd elementen in aanmerking te worden genomen, voor zover de combinatie van al deze elementen in het beweerdelijk nagebootste werk aan de "werktoets" beantwoordt.

Auteursrechten

4.7. Dat de customized software (al dan niet als onderdeel van de standaardsoftware) en de standaardsoftware oorspronkelijk zijn en daarmee voor auteursrechtelijke bescherming in

³ HvJ EU 22 december 2010, C-393/09, ECLI:EU:C:2010:816 (BSA v Ministerstvo Kultury); HvJ EU 2 mei 2012, C-406/10, ECLI:EU:C:2012:259 (SAS v WPL).

⁴ HvJ EG, 16 juli 2009, C-5/08, ECLI:EU:C:2009:465 (Infopaq v DDF); HvJ EU 4 oktober 2011, C-403/08 en C-429/08 (Premier League); HvJ EU 1 december 2011, C-145/10 (Painer v Standard Verlags) en de in voetnoot 3 genoemde uitspraken. De in de arresten van het HvJ EU gebruikte van artikel 1 lid 3 Softwarerichtlijn afgeleide terminologie, komt in essentie neer op de door de Hoge Raad gebruikte woordenkeus in HR 30 mei 2008, LJV BC2153 (Endstra-tapes) en de Stokke-uitspraken van de Hoge Raad: HR 22 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY1529 (Stokke v H3 Products); HR 12 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY1532 (Stokke v Fikszo); HR 12 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY1533 (Hauck v Stokke).

⁵ Vgl. de in voetnoot 4 genoemde Stokke-uitspraken van de Hoge Raad.

aanmerking komen, wordt door Forax c.s. niet bestreden, zodat de rechtbank daarvan uitgaat. Wel bestrijdt Forax c.s. dat de specificaties van DCC oorspronkelijk zijn. DCC c.s. heeft haar specificaties niet overgelegd. Deze zijn echter door Forax c.s. als bijlage bij het door haar als productie 4 overgelegde onderzoek van ing. W. Huys (hierna: Huys) in het geding gebracht. Dat het hier om de in dit geding voorliggende vragen van belang zijnde relevante versie van de specificaties van DCC gaat, is niet door DCC c.s. betwist, zodat de rechtbank van deze specificaties uitgaat voor de beoordeling of deze auteursrechtelijke bescherming genieten.

4.8. Volgens DCC c.s. geven haar specificaties geen puur technische omschrijving van wat de customized software moet doen, maar een functionele omschrijving. DCC c.s. betoogt dat zij op de functionaliteit geen auteursrecht kan claimen, maar dat op de omschrijving van de functionaliteit, de uitdrukkingwijze, wel auteursrecht kan rusten.

4.9. De rechtbank overweegt dat voor zover de specificaties van DCC een beschrijving van (in de software gewenste of opgenomen) functionaliteit zijn, er inderdaad geen grond is voor auteursrechtelijke bescherming. Dat geldt ook voor het concept van een systeem voor een post-paid tankkaart dat diplomaten en medewerkers van internationale instellingen in staat stelt belasting- en accijnsvrij brandstof te tanken. De wijze waarop een dergelijke beschrijving of een dergelijk concept is vormgegeven en/of verwoord, kan dat wel zijn. Daarvoor is vereist dat een dergelijke uitwerking en/of beschrijving een eigen intellectuele schepping van de maker betreft die de persoonlijkheid van deze laatste weerspiegelt en tot uiting komt door de vrije creatieve keuzen bij de totstandkoming van dat voortbrengsel. Dat er veel geld en/of tijd met de ontwikkeling van de specificaties van DCC en/of customized software gemoeid is geweest en dat het gecompliceerd was om alle systemen met elkaar te laten werken, moge zo zijn, die omstandigheden zijn echter niet van belang bij de beantwoording van de vraag of er sprake is van een auteursrechtelijk beschermd werk.

4.10. Gesteld noch gebleken is dat bij de uitwerking van het concept voor het tankpassensysteem in de specificaties van DCC, er andere dan functioneel bepaalde keuzen zijn gemaakt. Honkoop heeft beschreven in zijn rapport dat iedere daartoe geschoolde informaticus op basis van de DCC-functionaliteit zal komen tot de gekozen opdeling van de functionaliteit van het systeem (rapport onder 4.19). Voorts is door Honkoop beschreven dat *“het DCC systeem [is] gebaseerd (...) op een tweetal bestaande softwarepakketten die met interfaces aan elkaar zijn geknoopt. Het hele DCC systeem is derhalve niet op basis van een functionele decompositie gebouwd, maar als antwoord op de vraag: hoe realiseer ik de gevraagde functionaliteit in mijn standaardpakketten met zo min mogelijk maatwerk.”* (rapport onder 4.20). Ook daaruit blijkt niet dat er ruimte was voor vrije creatieve keuzen, laat staan dat daar gebruik van is gemaakt. Dat wil echter nog niet zonder meer zeggen dat er in het geheel geen ruimte voor vrije creatieve keuzen bij het opstellen van de specificaties van DCC is geweest. Voor zover deze de functionaliteit beschrijven, is er geen aanleiding deze te beschermen, maar voor zover het gaat om de wijze waarop de functionaliteit wordt beschreven, kan er ruimte zijn voor vrije creatieve keuzen en daarmee auteursrechtelijke bescherming, althans dit is door Forax c.s. onvoldoende onderbouwd bestreden. DCC c.s. heeft echter niet of nauwelijks concreet aangegeven waar er voor haar vrije creatieve keuzen bestonden noch op welke wijze zij invulling heeft gegeven aan dergelijke keuzen bij de totstandkoming van haar specificaties. Ervan uitgaande dat er sprake is van enige auteursrechtelijke bescherming van de specificaties van DCC zal hierna aan de orde komen of daarop inbreuk is gemaakt.

Diplomatic Card auteursrechthebbende.

4.11. Met betrekking tot haar betwisting van de positie van Diplomatic Card als auteursrechthebbende, wijst Forax c.s. – onder meer – op hetgeen over het opvragen van de broncode van de customized software door Honkoop in zijn voorlopig deskundigenbericht is vastgelegd onder de kop “Het DCC systeem”:

- “4.4 *De pakketten van Atos Origin S.A., te weten SolarIS (kaartdeel) en World Line Invoice (financiële afhandeling) zijn in gebruik voor veel cliënten van deze leverancier. Een softwareleverancier die een pakket in de markt brengt heeft er groot belang bij dat er geen pakketversies van de kern per cliënt ontstaan. Dat heeft immers tot gevolg dat aanpassingen die voor alle cliënten noodzakelijk zijn in meerdere pakketten moeten worden aangepast. Daardoor wordt het versiebeheer ingewikkeld en tenslotte onbeheersbaar. Om die reden is het regel dat het ontwikkelaars die cliëntdelen bouwen of onderhouden verboden is en/of onmogelijk gemaakt wordt, om aanpassingen in de kern aan te brengen. Dit is voorbehouden aan de releasebeheerders van het pakket.*
- 4.5. *Van deze werkwijze zal men slechts afwijken indien de voor één specifieke cliënt te ontwikkelen toepassing zoveel aanpassingen in het standaardpakket met zich meebrengt dat het (in technisch opzicht, maar (daardoor) meestal ook in economisch opzicht) onverantwoord is.*
- 4.6. *In dat geval wordt voor die cliënt het pakket gekopieerd en wordt vanuit de kopie (clone) een cliënt specifieke toepassing gebouwd. Deze aanpak is naar ik aanneem door Atos voor DCC toegepast. Ik trek die conclusie op basis van de e-mail van de advocaat van Forax van 11 april 2013 waarin wordt gesteld dat:*
- “In vervolg op uw verzoek om bij ATOS te verifiëren of sprake is van een scheiding tussen de kern en de cliëntdelen kan ik u berichten dat de heer Stephane Vittu eerder vandaag namens ATOS heeft bevestigd dat geen sprake is van een kern en cliënt-delen, en ATOS daardoor geen afzonderlijke broncode beschikbaar kan stellen”.*
- 4.7. *Mijn veronderstelling wordt gesteund door het Functional Design Document van DCC. Daarin staat onder 1.1: “The background database is based on a clone of the core SolarIS database but this will then be substantially revised to cater for the specific requirements of DCC”.*
- 4.8. *Blijkbaar is de ATOS SolarIS kern, zowel de database als de sourcecode, gekopieerd en daarna aangepast aan de eisen van DCC. Ik veronderstel dat dit de voorkeur verdiende omdat de eisen van DCC teveel afweken van de standaard SolarIS toepassing. Mogelijk zijn de intranet functies ten behoeve van de DCC Help Desk, de functionaliteit van de DCC Consumer Website en de batchfuncties ook gekloond en aangepast om ze geschikt te maken voor DCC.*
- 4.9. *Hoe dit alles zich verhoudt met de passage over de IP-rechten in het contract tussen DCC en ATOS (zie r.o. 3.2 van de beschikking van de rechtbank d.d. 14 november 2012) is niet aan mij ter beoordeling, maar dat deel van de software waarop DCC “holds all property rights attached to this Customized Software” bestaat volgens ATOS (zie eerder), naar ik begrijp, dus niet. Mocht deze software wel bestaan, dan is ATOS niet bereid deze software aan DCC ter beschikking te stellen om te vergelijken met de Forax software. Welke IP-rechten DCC gezien bovenstaande uittaling van ATOS toekomen is niet ter mijner beoordeling.”*

4.12. Van een gemeenschappelijk auteursrecht in de zin van artikel 26 Aw is sprake indien er twee of meer gerechtigden zijn tot een en hetzelfde werk. Daarvan is hier geen sprake. Uit de in 2.16 hiervoor aangehaalde overeenkomst volgt dat Atos als maker van de standaardsoftware en de customized software in beginsel auteursrechthebbende ten aanzien van beide is. Slechts dat deel van de software dat speciaal voor een klant is vervaardigd (hier de customized software) wordt door Atos onder omstandigheden overgedragen aan die klant. Hoewel door Atos aan de deskundige Honkoop is bericht dat er in de door Atos aan DCC c.s. ter beschikking gestelde software geen scheiding tussen “de kern en de cliëntdelen” (de rechtbank begrijpt dat hiermee wordt bedoeld op een scheiding tussen de standaardsoftware en de customized software) bestaat, wil dat nog niet zeggen dat er dus sprake is van één ondeelbaar auteursrechtelijk relevant werk. Er is sprake van een ondeelbaar werk wanneer de verschillende bijdragen aan het werk niet zijn te scheiden in die zin dat zij geen voorwerp van afzonderlijke beoordeling kunnen zijn. Uit de aangehaalde overeenkomst blijkt dat het zeer wel mogelijk is de standaardsoftware van Atos te onderscheiden van de maatwerk aanpassingen die zij in een exemplaar van de standaardsoftware heeft aangebracht ten behoeve van Diplomatic Card. Dat sprake is van een kopie van de standaardsoftware waarin maatwerk aanpassingen zijn aangebracht, wordt ook door de deskundige beschreven. Ook daaruit volgt dat sprake is van twee te onderscheiden en te scheiden werken. Gesteld noch gebleken is dat de standaardsoftware niet kan worden onderscheiden van de maatwerk aanpassingen die daarin ten behoeve van DCC c.s. door Atos zijn aangebracht, noch dat beide onderdelen niet los van elkaar zouden kunnen worden beoordeeld. Dat er kennelijk geen afzonderlijk *exemplaar* van de broncode van de customized software (d.w.z. een exemplaar van de customized software los van een exemplaar van de broncode van de standaardsoftware) bestaat, leidt niet zonder meer tot de conclusie dat de customized software *dus* geen afzonderlijk werk kan zijn. De specificaties van DCC tonen bovendien dat de maatwerk aanpassingen wel degelijk van de standaardsoftware kunnen worden onderscheiden. Er valt dan ook niet in te zien dat Atos de auteursrechten ten aanzien van de customized software en de door haar voor DCC c.s. opgestelde specificaties niet kan hebben overgedragen zoals is vastgelegd in de overeenkomst tussen haar en Diplomatic Card en door haar is bevestigd in haar e-mailbericht van 16 juli 2012 (productie 69 van DCC c.s.).

4.13. Dat, volgens Forax c.s., de overeenkomst van 10 februari 2011 tussen Atos en Diplomatic Card niet strookt met de economische realiteit omdat de customized software in opdracht, onder leiding en op aanwijzing en op kosten van (het op 7 juni 2011 failliet verklaarde) Diplomatic Exploitation tot stand is gekomen en daardoor de boedel van Diplomatic Exploitation is benadeeld, moge zo zijn. Het heeft in ieder geval niet zonder meer tot gevolg dat de auteursrechten op de customized software niet zijn overgedragen aan Diplomatic Card noch dat zij die rechten niet tegen Forax c.s. zou kunnen invoeren.

4.14. Gelet op het voorgaande gaat de rechtbank ervan uit dat de auteursrechten met betrekking tot de customized software en de specificaties van DCC berusten bij Diplomatic Card en dat Diplomatic Card uit dien hoofde juridische actie kan ondernemen tegen inbreuk.

Inbreuk

4.15. Aangezien DCC c.s. (de broncode van) de customized software (al dan niet tezamen met de broncode van de standaardsoftware) niet heeft overgelegd noch aan de verschillende door partijen ingeschakelde deskundigen of aan de door de rechtbank benoemde deskundige, Honkoop, ter onderzoek en rapportage ter beschikking heeft gesteld,

kan de customized software niet worden vergeleken met de specificaties en software van Forax en kan niet worden beoordeeld of Forax c.s. met haar specificaties en/of software inbreuk maakt op de customized software. Ook overigens heeft DCC c.s. geen deugdelijke vergelijking gemaakt (of laten maken) waaruit inbreuk kan volgen. DCC c.s. volstaat met het wijzen op – door Forax c.s. in de meeste gevallen bestreden – omstandigheden die haar in haar vermoeden sterken dat Forax c.s. gebruik heeft gemaakt van de customized software en/of de specificaties van DCC. Zij gaat er daarbij aan voorbij dat gebruik niet zonder meer ook inbreuk inhoudt. Gezien de bestreden stelling betreffende inbreuk, had het op de weg van DCC c.s. gelegen een concrete onderbouwing te geven van ontlening en overeenstemmende totaalindrukken. Een dergelijke onderbouwing kan niet worden gevonden in de (als onderdeel van productie 80 door DCC c.s. overgelegde) getuigenverklaringen uit het voorlopig getuigenverhoor nu deze getuigen de software niet hebben vergeleken. De enkele, algemene, niet onderbouwde stelling dat de DF kaart en de kaart van Forax c.s. eenzelfde product zouden zijn, omdat het in beide gevallen gaat om een post-paid duty-free tankkaart voor diplomaten, voldoet in ieder geval niet. Ook wanneer daar aan toegevoegd wordt dat beide kaarten werken met een magneetstrip, dat de werking van de kaarten gelijk is en dat de opbouw en teksten van de FAQ-pagina's op de websites overeenkomsten vertonen, wordt geen onderbouwing gegeven die direct relevant is voor de vraag of inbreuk wordt gemaakt op de customized software. Dat Forax c.s. aan Atos heeft gevraagd om een kopie van de software die zij voor DCC c.s. heeft vervaardigd, is evenmin (een aanwijzing voor) inbreuk op de auteursrechten van customized software. Niet tussen partijen staat immers ter discussie dat Atos dat heeft geweigerd. Ook dat er op 10 augustus 2010 vanuit het testaccount van [D] is ingelogd op het systeem van DCC c.s. bij Atos, is nog geen (aanwijzing voor) inbreuk op de auteursrechten van customized software. Daar komt bij dat Forax c.s. bestrijdt dat zij heeft ingelogd. Forax c.s. heeft tevens bestreden dat zij door middel van een dergelijke login over (een kopie van) de customized software zou kunnen beschikken. DCC c.s. heeft haar stellingen omtrent de login vervolgens niet van een nadere onderbouwing voorzien, zodat de rechtbank deze passeert. DCC c.s. heeft onvoldoende gemotiveerd gesteld dat Forax c.s. heeft kunnen beschikken over de broncode van de customized software. Ook wanneer de genoemde omstandigheden in onderling verband worden gezien, volgt daaruit nog geen inbreuk op auteursrechten. Nu door DCC c.s. nog geen begin is gemaakt van enige concrete onderbouwing van haar stellingen op dit punt, is er geen plaats voor een bewijsopdracht en wordt de vordering voor zover deze betrekking heeft op gestelde inbreuk op de customized software afgewezen.

4.16. Met betrekking tot de vraag of Forax c.s. inbreuk maakt op de rechten van Diplomatic Card resteren daarmee nog twee vragen: (1) maken de specificaties van Forax inbreuk op die van DCC en (2) maakt de software van Forax inbreuk op de specificaties van DCC. Nu Forax c.s. dit bestrijdt, is het aan DCC c.s. om concreet te onderbouwen dat (delen van) de software en/of de specificaties van Forax ontleend zijn aan de specificaties van DCC zodanig dat de totaalindrukken van de software en/of de specificaties van Forax overeenstemmen met die van de specificaties van DCC. DCC c.s. wijst in dit verband wederom op een heleboel omstandigheden die volgens haar aantonen dat Forax c.s. zich zodanig heeft gedragen dat zij inbreuk zou hebben kunnen plegen (het beschikken over de specificaties van DCC, de veronderstelde toegang tot de customized software en geheime bedrijfsinformatie, onvoldoende tijd om zelf software te ontwikkelen, de intentie om DCC c.s. te beschadigen, dat het om kaarten of kaartsystemen met eenzelfde functie gaat, etc.). Deze omstandigheden op zichzelf en in combinatie gezien, kunnen echter nog niet leiden tot de conclusie dat Forax c.s. inbreuk op auteursrechten maakt. Daarvoor is noodzakelijk dat de specificaties van DCC worden vergeleken met de software en de specificaties van Forax.

De in het voorlopig getuigenverhoor gehoorde getuigen hebben een dergelijke vergelijking niet gemaakt, althans daarover hebben zij niets verklaard, zodat hun verklaringen buiten beschouwing kunnen blijven. Partijen hebben voorafgaand aan en lopende dit geding verschillende deskundigen ingeschakeld die zij hebben gevraagd zich uit te laten over de desbetreffende software en de specificaties en de ontwikkeling daarvan. Deze worden hieronder – zoveel mogelijk – chronologisch besproken.

4.17. Forax c.s. heeft mr. ing. N.M. Keijser (hierna: Keijser) gevraagd een gesprek aan te gaan met de directie en ontwikkelaars van Flusso om zich een mening te vormen waarop Flusso heeft samengewerkt met Forax c.s. om tot een gereed softwareproduct te komen. Keijser is in zijn rapport van 8 april 2011 (productie 2 van Forax c.s.) – kort gezegd – tot de conclusie gekomen dat wat hij heeft waargenomen strookt met een op normale wijze doorlopen proces van softwareontwikkeling, die is aangevangen met een functionele beschrijving van 30 augustus 2010 tot en met een gereed product dat op 15 januari 2011 in productie is genomen, en dat de opdracht van Forax c.s. betrekking had op het maken van een nieuw en oorspronkelijk werk en als zodanig ook door Flusso is opgevat. In een aanvullend rapport van 9 juli 2012 (productie 67 Forax c.s.) heeft Keijser naar aanleiding vragen van Forax c.s. – kort samengevat – de volgende conclusies vastgelegd: Atos heeft in opdracht van Diplomatic Card maatwerk gemaakt dat in samenwerking met Atos' standaard platform functioneert. Atos heeft een Microsoft Windows applicatie gemaakt op basis van Microsoft.NET frameworkapparatuur. Overnemen van het maatwerk door Forax c.s. is technisch niet mogelijk omdat de applicatie van Forax c.s. een op Linux georiënteerde applicatie is gebaseerd op SUN Java programmatuur en deze programmatuur en de bijbehorende applicaties niet uitwisselbaar is.

4.18. DCC c.s. heeft vervolgens aan prof.dr.ing. J.B.F. Mulder en prof. Th.J. Mulder (hierna: Mulder en Mulder) gevraagd of Keijser een vergelijking heeft gemaakt tussen de programmatuur van DCC en die van Forax, en welk oordeel zij hebben over die vergelijking en of Keijser laat zien waar de specificaties van Forax vandaan komen, en zo ja, in welke mate er overeenstemming bestaat tussen het werk van DCC en dat van Forax. In hun rapport van 16 juli 2012 (productie 67 DCC c.s.) komen zij tot de conclusie dat Keijser geen vergelijking laat zien tussen de programmatuur van Forax en van DCC en dat hij niet aantoont dat de specificaties en ontwerpen een oorspronkelijk werk zijn van Forax c.s.

4.19. Keijser heeft in een reactie van 7 juli 2012 (productie 68 Forax c.s.) op het rapport van Mulder en Mulder geschreven dat hij niet beweerd heeft een vergelijking te maken en heeft voorts de bevindingen van Mulder en Mulder bestreden.

4.20. Keijser noch Mulder en Mulder hebben blijkens hun rapporten de software en/of de specificaties van Forax vergeleken met de specificaties van DCC en hun rapportages bieden dan ook geen concrete onderbouwing van de stelling van DCC c.s. ten aanzien van inbreuk op haar specificaties door Forax c.s..

4.21. In het hiervoor al eerder genoemde rapport van 5 september 2012 (productie 4 van Forax c.s.) heeft Huys in opdracht van Forax c.s. – zoals hij het heeft verwoord: “de uitdrukingsvorm en de structuur” van de specificaties van DCC en die van Forax vergeleken. De samenvatting van dit rapport luidt als volgt:

“5.1. *Algemeen*

5.1.1. *Van de DIPLOMATIC CARD specificaties kunnen hoogstens 133 van de 334 pagina's theoretisch relevant zijn, in die zin dat ze inhoudelijk thema's behandelen die ook in de FORAX specificaties worden behandeld. Van de FORAX specificaties kunnen hoogstens 73,5 van de 137 pagina's theoretisch relevant zijn in die zin dat ze inhoudelijk thema's behandelen die ook in de DIPLOMATIC CARD specificaties worden behandeld.*

5.1.2. *Belangrijk is dat in het geval van FORAX de specificaties eerder functioneel zijn (leest bij wijze van spreken als een roman voor de business user), terwijl bij DIPLOMATIC CARD de specificaties veeleer technisch zijn en bij momenten behoorlijk onbegrijpelijk voor een leek.*

5.2. *Belangrijke verschillen*

5.2.1. *FORAX ontvangt transacties inclusief alle taksen, berekent zelf de taksen en splitst zelf de transacties op, zulks terwijl DIPLOMATIC CARD enkel reeds van taksen ontdane transacties ontvangt van TOTAL.*

5.2.2. *FORAX doet aan effectieve quota-controle, terwijl DIPLOMATIC CARD deze louter bijhoudt om als info mee te geven op de factuur (in het geval van DIPLOMATIC CARD blokkeert TOTAL de pomp wanneer het quotum bereikt is, bij FORAX doen ESSO en SHELL zulks niet).*

5.2.3. *FORAX factureert tax-free tot het quotum bereikt is en maakt dan een separate taks-paid factuur voor het overige deel. DIPLOMATIC CARD kan enkel taks-free factureren.*

5.2.4. *De rapportering naar de overheid maakt wel deel uit van de FORAX-specificaties, hetgeen niet het geval is voor DIPLOMATIC CARD. DIPLOMATIC CARD vervult deze functionaliteit niet vanuit de Atos-applicatie.”*

4.22. Op verzoek van DCC c.s. is voorts een voorlopig deskundigenbericht gelast dat heeft geleid tot het voorlopig deskundigenbericht (definitieve versie) van Honkoop van 25 oktober 2013. Bij zijn onderzoek heeft Honkoop de beschikking gehad over de specificaties van beide zijden en daarnaast heeft hij ook kunnen beschikken over een exemplaar van de software van Forax. Hij heeft – zoals hiervoor in 4.11 aangehaald – niet de beschikking gehad over een exemplaar van de customized software. Honkoops bevindingen en conclusies zijn hiervoor in 2.27 aangehaald. Door DCC c.s. is – voorafgaand aan de comparitie van partijen – dit deskundigenbericht van Honkoop overgelegd als onderdeel van het door haar als productie 80 in het geding gebrachte, bij het hof ingediende verzoekschrift hoger beroep inzake het voorlopig deskundigenbericht met bijlagen. Noch in de akte waarbij deze producties in het geding zijn gebracht noch ter gelegenheid van de comparitie van partijen (met vooraf gegeven pleitmogelijkheid) heeft DCC c.s. bezwaren geuit tegen de door de deskundige gevolgde werkwijze of de door haar eerder genoemde bezwaren (vervat in haar brieven aan de rechtbank en het verzoekschrift in hoger beroep) tegen in de onderhavige procedure herhaald. Bij gebreke van een gemotiveerde klacht van de zijde van DCC c.s. tegen het deskundigenbericht, gaat de rechtbank uit van de deugdelijkheid van het onderzoek door de deskundige, althans de rechtbank vindt in de door de deskundige gevolgde werkwijze, zoals hij deze na klachten daarover door DCC c.s. nader heeft toegelicht, zonder meer geen aanleiding de rapportage van het door de deskundige verrichte onderzoek buiten beschouwing te laten bij beantwoording van de vraag of sprake is van

auteursrechtinbreuk. Het deskundigenbericht is voorts ook door Forax c.s. – voorafgaand aan de comparitie van partijen – overgelegd (productie 82 van Forax c.s.) ter onderbouwing van haar betwisting van de gestelde auteursrechtinbreuk.

4.23. Noch in Huys' rapport noch in dat van Honkoop wordt de conclusie getrokken dat de specificaties en de software van Forax een bewerking zijn van de specificaties van DCC. Waar gesignaleerd is dat er sprake is van overeenstemming (rapport Honkoop, antwoord op vraag IV.a, zie hiervoor in 2.27) gaat het voornamelijk om overeenstemming in functioneel opzicht, terwijl functionaliteit op zich niet auteursrechtelijk beschermd is. Gezien de in de rapporten gesignaleerde, veelal functioneel geachte overeenkomsten en significante verschillen tussen de software en/of de specificaties van Forax en de specificaties van DCC, bieden zij geen steun aan de voor inbreuk vereiste overeenstemmende totaalindrukken van de software en/of de specificaties van Forax met die van de specificaties van DCC. De besprekingen door Huys en Honkoop van de specificaties van DCC en de specificaties en/of software van Forax geven in ieder geval geen aanleiding te oordelen dat sprake is van een overeenstemmende totaalindruk. Dat er sprake is van een overeenstemmende totaalindruk is door DCC c.s. overigens ook niet concreet onderbouwd.

4.24. Honkoop heeft in zijn deskundigenbericht opgenomen dat DCC c.s. hem heeft beschreven dat de Atos standaardsoftware en de customized software zijn gebouwd in een .NET omgeving. Honkoop heeft voorts zelf geconstateerd dat de software van Forax is gebouwd op het zogenaamde Java Platform, Enterprise Edition (hierna: Java EE), te weten JBoss met zoals Honkoop beschrijft totaal andere hulpmiddelen. Honkoop heeft deze termen als volgt toe gelicht:

“ .NET en Java EE worden wel aangeduid als applicatiebibliotheken (libraries). Het betreft een verzameling van componenten om de bouw van software te ondersteunen. ”

Honkoop heeft vervolgens de gebruikte ontwikkeltaal en hulpmiddelen voor de ontwikkeling voor de Forax software beschreven. Waarna hij tot de volgende conclusie komt:

“ Het heeft geen toegevoegde waarde om deze hulpmiddelen nader toe te lichten. Ik noem ze omdat ze het kopiëren vanuit een .NET omgeving uitsluiten. Iedere poging tot kopiëren naar het JBoss platform zou meer tijd vergen dan het opnieuw bouwen. ”

Honkoop heeft voorts het volgende beschreven:

“ in de software [van Forax, toevoeging rb] zijn geen sporen aangetroffen van .NET talen of kenmerken van .Net bibliotheken. Ik herhaal dat het converteren van .NET broncodes naar de JBoss omgeving waarschijnlijk meer tijd kost dan het opnieuw met de eerder genoemde hulpmiddelen realiseren van die functionaliteit. ”

4.25. Aan Mulder en Mulder kan worden toegegeven dat het mogelijk is om programmacode te migreren tussen de verschillende platforms (in tegenstelling tot wat Keijser daarover heeft geschreven). Zij gaan echter niet in op de – overigens onbestreden – opmerkingen van Honkoop dat dit waarschijnlijk meer tijd kost dan het opnieuw met de eerder genoemde hulpmiddelen realiseren van die functionaliteit, zodat niet valt in te zien welk voordeel Forax c.s. daarmee zou hebben behaald. Ook is niet bestreden dat er geen sporen van codemigratie uit een .NET omgeving zijn gevonden, zodat er geen concrete aanwijzingen zijn voor het overnemen van (delen van) de programmacode van DCC.

4.26. Een belangrijke aanwijzing dat sprake is van het overnemen van (delen van) de customized software en/of de specificaties van DCC, is volgens DCC c.s. de te korte termijn waarop Forax c.s. met haar software op de markt is gekomen. Honkoop heeft in zijn deskundigenbericht aan de hand van de functiepuntanalyse, (naar onbestreden is gebleven) een veel gehanteerde methode om de ontwikkeltijd van een softwaresysteem te ramen, de omvang van het Forax-systeem op 300 functiepunten, dat wil zeggen op 2.100 tot 3.600 uur ontwikkeltijd, geraamd. Hij heeft een doorlooptijd van ruim drie maanden, met een bezetting van zes ontwikkelaars en een meewerkend projectleider, reëel geacht. Over het opstellen van de specificaties van Forax heeft Honkoop geschreven:

“Gezien de beknoptheid van het document en in de wetenschap dat Forax redelijk goed beeld had van het door haar gewenste systeem kan een dergelijk document in enkele dagen zijn opgesteld.”

Honkoop heeft onderkend dat Forax c.s. door de opgedane ervaringen waarschijnlijk sneller kon zijn in haar ontwikkeling van de software dan DCC c.s. Volgens Honkoop ligt dat niet aan de omvang van de systemen (die volgens hem beide van betrekkelijke geringe omvang zijn). Voor beide systemen komt hij tot hetzelfde aantal (300) functiepunten. De tijdswinst schuilt volgens Honkoop in iets anders:

“Uit de overgelegde stukken blijkt dat DCC veel voorwerk heeft gedaan met de (vooreerst Belgische) douane, belastingdienst, oliemaatschappijen en diplomaten. Helaas komt het op velerlei gebied voor dat door frontrunners geëffende paden spoedig daarna door derden worden gebruikt in hun diensten of producten.”

4.27. Honkoops gemotiveerde uiteenzetting van de benodigde ontwikkeltijd weerspreekt dat het onmogelijk is (zoals Mulder en Mulder concluderen) dat Forax c.s. in de gegeven tijd haar specificaties en software zelf heeft ontwikkeld.

4.28. Er zijn voorts ook nog rapporten overgelegd (door DCC c.s.) van Hoffmann Bedrijfsrecherche, (en door Forax c.s.) van Fox-IT en KPMG. Nu daarin niet wordt ingegaan op een vergelijking van de desbetreffende software en/of specificaties, kunnen die geen ander licht werpen op het voorgaande en blijven die verder buiten beschouwing, behoudens één van de rapporten van Hoffmann Recherche dat hierna aan de orde komt.

4.29. Uit het onderzoek van Hoffmann Recherche (gedateerd 29 oktober 2013 dat DCC c.s. twee weken voor de comparitie in het geding heeft gebracht als productie 85) blijkt dat 14 snelkoppelingen naar de website van DCC c.s. (“<http://www.diplomaticcard.com>”) zijn aangetroffen in het functioneel ontwerp voor de software van DCC c.s. Deze koppelingen komen niet letterlijk voor in de tekst maar zijn – volgens Hoffmann Recherche – alleen “op de achtergrond als zogenoemde metadata” zichtbaar. Forax c.s. heeft erkend dat [D] bij het opstellen van de tekst voor de zogenaamde “password e-mail” voor Forax c.s. gebruik heeft gemaakt van de password e-mail van DCC c.s. die nog in zijn persoonlijk archief zat. De rechtbank begrijpt dat partijen met een “password e-mail” bedoelen het e-mailbericht dat aan alle nieuwe klanten wordt toegestuurd met betrekking tot het paswoord dat zij nodig hebben voor toegang. De tekst van het standaardbericht dat Forax c.s. daarvoor gebruikt, blijkt voor een groot deel overeen te stemmen met dat van DCC c.s., met dien verstande dat in de tekst telkens wordt verwezen naar e-mailadressen van Forax c.s. (terwijl onzichtbaar op de achtergrond de metadata die verwijzen naar de website van DCC c.s. zijn blijven staan). [D] heeft – volgens Forax c.s. – zijn eigen tekst, die hij in het verleden voor Esso

heeft geschreven, voor DCC c.s. gebruikt en later, met een aantal wijzigingen, opgenomen in het functioneel ontwerp voor de software van Forax c.s. [D] was niet in dienst bij DCC c.s. en heeft zijn auteursrechten niet overgedragen, zodat als de password e-mail al auteursrechtelijk beschermd is, die rechten hem – en niet DCC c.s. – toekomen. Omdat hij vervolgens de door hem aangepaste verwijzing naar de website van Forax c.s. een aantal maal in de software van Forax heeft gekopieerd, zijn onzichtbaar op de achtergrond telkens de metadata die verwijzen naar de website van DCC c.s. mee gekopieerd.

4.30. Met Forax c.s. acht de rechtbank de inhoud van de password e-mails dermate kort en banaal, dat niet goed valt in te zien dat er buiten de functioneel bepaalde inhoud, ruimte bestaat voor vrije creatieve keuzen. Nog daargelaten of er auteursrechten verbonden zijn aan de password e-mails en wie daartoe gerechtigd is, nu gesteld noch gebleken is dat dat door de overname van een deel van de tekst van de password e-mail opgenomen in de specificaties van DCC in de specificaties van Forax, de totaalindruk van deze specificaties overeenstemt dan wel de totaalindruk van de software van Forax overeenstemt met de specificaties van DCC, kan hiermee geen auteursrechtinbreuk worden vastgesteld. Het zelfde geldt voor de – overigens onzichtbare – verwijzingen naar de website van DCC c.s.

4.31. Eerst ter gelegenheid van de comparitie van partijen is door DCC c.s. tijdens het vooraf toegestane pleidooi aangevoerd dat haar bij nadere bestudering van de specificaties opgenomen in het rapport van Huys is gebleken dat er meer overeenstemmende teksten zijn aan te wijzen in de specificaties van DCC en die van Forax. Ter zitting is een exemplaar getoond van dit rapport van Huys waarin een aantal zinnen en/of zinsneden gearceerd was ter indicatie van hun voorkomen in beide sets specificaties. Volgens Forax c.s. is DCC c.s. te laat met het nu pas onderzoeken en melden van overeenkomsten in de specificaties. Ook wijst Forax c.s. erop dat DCC c.s. deze niet heeft voorgelegd aan deskundigen als Mulder en Mulder of Honkoop.

4.32. Gesteld noch gebleken is dat DCC c.s. niet eerder in de procedure tot een dergelijke vergelijking had kunnen komen. Niet bestreden is immers dat DCC c.s. het rapport van Huys (waarin de specificaties van DCC en van Forax zijn opgenomen en vergeleken) al geruime tijd, ten minste anderhalf jaar, tot haar beschikking had en dat zij niet eerder melding heeft gemaakt van deze volgens haar overeenstemmende teksten. Het exemplaar dat DCC c.s. ter zitting heeft getoond, is bovendien niet in het geding gebracht en ook de desbetreffende teksten waarvan DCC c.s. stelt dat deze overeenstemmen, zijn niet in het geding gebracht, zodat noch Forax c.s. noch de rechtbank een deugdelijke mogelijkheid is geboden zich een oordeel te vormen met betrekking tot de gestelde overname van teksten. Nog daargelaten dat een dergelijke late en gebrekkige presentatie buiten beschouwing dient te worden gelaten wegens strijd met de goede procesorde, nu Forax c.s. niet of nauwelijks in de gelegenheid is geweest daarop te reageren, volgt uit het enkel ter zitting tonen van een aantal gearceerde zinnen en zinsneden nog niet zonder meer dat er daarmee dus sprake is van inbreuk op auteursrechten. Gesteld noch gebleken is immers dat dit tot gevolg heeft dat de totaalindruk van deze specificaties overeenstemt dan wel de totaalindruk van de software van Forax overeenstemt met de specificaties van DCC. Daar komt bij dat Honkoop in zijn deskundigenbericht (zie hiervoor het citaat alinea 7.3 opgenomen in 2.27), kennelijk naar aanleiding van hetgeen DCC c.s. daarover bij hem naar voren heeft gebracht, reeds heeft gesignaleerd dat de overeenkomsten in naamgeving en lengte betrekking hebben op het gebruik van algemeen geaccepteerde namen in dit soort kaartsystemen en dat wat de lengte betreft, geldt dat die meestal door de buitenwereld (oliemaatschappijen, banken, douane) is bepaald. Zonder nadere onderbouwing door DCC c.s. valt dan ook niet in te zien dat dit

soort overeenkomsten tot gevolg heeft dat inbreuk op auteursrechten op de specificaties van DCC wordt gemaakt. Van de ter gelegenheid van de tijdens het pleidooi gestelde overeenkomsten in de specificaties van DCC en Forax valt niet op te maken of het om dezelfde overeenkomsten gaat die reeds door Honkoop zijn besproken of dat er nieuwe overeenkomsten zijn aangetroffen. In het eerste geval is hiervoor reeds geoordeeld dat niet valt in te zien dat daardoor inbreuk wordt gemaakt. In het laatste geval geldt dat DCC c.s. heeft verzuimd deugdelijk te onderbouwen dat de (na het deskundigenbericht door haar aangetroffen) overeenkomsten zodanig zijn dat zij tot inbreuk leiden.

4.33. Gelet op het voorgaande kan niet worden vastgesteld dat Forax c.s. inbreuk maakt op auteursrechten van DCC c.s. ten aanzien van de customized software en/of de specificaties van DCC, althans DCC c.s. heeft daarvoor onvoldoende concrete onderbouwing verschaft, en zullen de daarop gegronde vorderingen worden afgewezen. Met deze afwijzing van de op auteursrecht gegronde vorderingen, behoeven ten aanzien van deze vorderingen de overige weren geen bespreking meer.

Onrechtmatig handelen

4.34. De rechtbank overweegt dat voor zover de door DCC c.s. ingestelde vorderingen (de beëindiging van) auteursrechtinbreuk tot onderwerp hebben, voor toewijzing onvoldoende is dat sprake is van onrechtmatig handelen, zonder dat vaststaat dat inbreuk is of wordt gemaakt op auteursrechten. Dat houdt in ieder geval in dat de vordering sub I (bevel staking inbreuk auteursrecht) niet op de grondslag van enkel onrechtmatig handelen kan worden toegewezen. Dat geldt ook voor de vorderingen sub II en III, in ieder geval voor zover het daarbij gaat om “software, specificaties, informatie en/of documenten die inbreuk maken op de auteursrechten van Diplomatic Card” (de afgifte/vernietiging daarvan en opgave van personen aan wie zij deze heeft aangeboden/geleverd). Indien en voor zover moet worden aangenomen dat deze vorderingen voor het overige (dat wil zeggen met betrekking tot software, specificaties, informatie en/of documenten die geen inbreuk maken op de auteursrechten van Diplomatic Card maar die wel kunnen vallen onder de noemer “alle informatie en/of documenten in welke vorm dan ook, daaronder begrepen: de customized software, de specificaties en bewerkingen daarvan in welke vorm dan ook”) in beginsel op de grondslag van enkel onrechtmatig handelen zouden kunnen worden toegewezen, heeft te gelden dat voor zover het door DCC c.s. gestelde onrechtmatige handelen uitgaat van of afhankelijk is gesteld van inbreuk op auteursrechten door Forax c.s. op de auteursrechten van Diplomatic Card (zoals het gestelde (en bestreden) profiteren van inbreuk op de auteursrechten), dit niet voor toewijzing in aanmerking komt omdat – zoals hiervoor aan de orde is geweest – een dergelijke auteursrechtinbreuk niet kan worden vastgesteld. De rechtbank overweegt daarnaast dat deze vorderingen voor zover zij betrekking hebben op “alle informatie en/of documenten in welke vorm dan ook” zodanig niet-specifiek en onbegrensd zijn dat zij niet voor toewijzing in aanmerking komen, althans daarvoor is door DCC c.s. onvoldoende gemotiveerde onderbouwing verschaft.

4.35. Uitgangspunt van de rechtbank bij oneerlijke concurrentie is dat het eenieder in beginsel vrij staat om deel te nemen aan het economische verkeer en met een ander in concurrentie te treden. Ten aanzien van het stelselmatig en substantieel afbreken van het duurzame bedrijfsdebet van DCC c.s., overweegt de rechtbank, dat het enkele – door Forax c.s. gemotiveerd bestreden – bewerkstelligen dat klanten van DCC c.s. en/of oliemaatschappijen naar Forax c.s. overstappen niet betekent dat zij onrechtmatig handelt jegens DCC c.s.. Ook het stelselmatig benaderen van klanten en/of andere contractpartijen

van DCC c.s. kan op zichzelf niet de conclusie dragen dat zij daardoor onrechtmatig heeft gehandeld. Uitgangspunt is dat het concurrenten, zoals DCC c.s. en Forax c.s., vrijstaat om te proberen hun marktaandeel te vergroten, ook wanneer dat ten koste gaat van het marktaandeel van de ander. Bijkomende omstandigheden kunnen er echter toe leiden dat het stelselmatig benaderen van klanten van een ander onrechtmatig is. De rechtbank zal nagaan of van die omstandigheden sprake is.

4.36. Volgens DCC c.s. volgt de onrechtmatigheid van het handelen van Forax c.s. mede uit de in het verleden bestaande arbeids- dan wel opdrachtrelaties met [A], [B], [C], Newday Consult, [D] en [E]. Nog daargelaten dat een ex-werknemer en een ex-opdrachtnemer in beginsel vrij zijn om deel te nemen aan het economische verkeer en met een ander in concurrentie te treden, ook als dat zijn ex-werkgever of ex-opdrachtgever is, staat tussen partijen niet ter discussie dat noch Forax BV en NV Forax noch [A], [B], [C], Newday Consult, [D] en [E] in een arbeids- of opdrachtrelatie hebben gestaan tot DCC c.s. [A], [B], [C], Newday Consult, [D] en [E] hebben gewerkt voor een andere vennootschap te weten: Diplomatic Exploitation en tussen Forax BV en NV Forax en DCC c.s. of Diplomatic Exploitation heeft nooit een dergelijke betrekking bestaan. Ook staat niet ter discussie dat er geen geheimhoudings- of non-concurrentieafspraken zijn (geweest) tussen [A], [B], [C], Newday Consult, [D] en [E] enerzijds en DCC c.s. en Diplomatic Exploitation anderzijds. Zonder meer valt dus niet in te zien dat de onrechtmatigheid gelegen kan zijn in de inmiddels beëindigde arbeids- of opdrachtrelatie.

4.37. Dat de bedrijfsinformatie en -kennis die [A], [B], [C], Newday Consult, [D] en [E] hebben opgedaan tijdens hun arbeids- of opdrachtrelatie met Diplomatic Exploitation van DCC c.s. zou zijn of dat DCC c.s. daar rechten aan zou kunnen ontleen (hetgeen Forax c.s. bestrijdt), ligt niet voor de hand en dat is door DCC c.s. ook niet concreet onderbouwd. Voorts valt niet in te zien dat het enkele bezit of gebruik van dergelijke informatie (hetgeen Forax c.s. overigens bestrijdt) onrechtmatig is jegens DCC c.s. Ten aanzien van bestanden en stukken van DCC c.s. die als gevolg van de beslagen bij Forax c.s. zijn aangetroffen, is bovendien niet vast komen te staan dat deze door Forax c.s. zijn of worden gebruikt (laat staan dat sprake is van onrechtmatig gebruik), terwijl niet valt in te zien dat het enkel aanwezig hebben van die bestanden en stukken al onrechtmatig jegens DCC c.s. is, althans daarvoor is door DCC c.s. geen enkele concrete onderbouwing verschaft.

4.38. Naar het oordeel van het rechtbank kunnen voornoemde omstandigheden ieder voor zich noch tezamen bezien de conclusie dragen dat Forax c.s. onrechtmatig heeft gehandeld jegens DCC c.s. Hetgeen overigens door DCC c.s. is aangevoerd met betrekking tot de door haar veronderstelde onrechtmatigheid van het handelen van Forax c.s., kan niet tot een ander oordeel leiden. Nu niet kan worden vastgesteld dat Forax c.s. onrechtmatig jegens DCC c.s. heeft gehandeld, zullen worden vorderingen worden afgewezen. Gelet op deze afwijzing behoeven de overige weren geen bespreking meer.

De incidentele vorderingen

4.39. In het kortgedingvonnis van 2 augustus 2012 is een deel van de door Diplomatic Card in die procedure in reconventie ingestelde vorderingen afgewezen. Daarmee is voldaan aan de voorwaarde waaronder DCC c.s. dit incident wenst in te stellen en dienen deze vorderingen te worden beoordeeld. Wat er ook zij van de processuele verweren die Forax c.s. tegen deze incidentele vorderingen aanvoert, deze vorderingen zullen worden afgewezen omdat – zoals hiervoor aan de orde is geweest – geen auteursrechtinbreuk of onrechtmatig handelen door Forax c.s. kan worden vastgesteld en niet valt in te zien dat er

bij DCC c.s. een rechtmatig belang bestaat in de zin die de artikelen 843a en 1019a Rv daaraan toekennen, althans daarvoor is door DCC c.s. onvoldoende concrete onderbouwing verschaft. Reeds daarom is er ook geen plaats voor het gevorderde en bestreden bevel aan een registeraccountant en toestemming voor verdere beslagen.

Proceskosten

4.40. Als de zowel in het incident als in de hoofdzaak in het ongelijk gestelde partij zal DCC c.s. in de proceskosten van het incident en van de hoofdzaak worden veroordeeld.

4.41. Forax BV, NV Forax, [A], [B], Newday Consult, [D] en [E] vorderen in dit verband de proceskosten vast te stellen op de voet van artikel 1019h Rv. Zij begroten hun gezamenlijke proceskosten conform de overgelegde specificatie in totaal op € 211.700,21. De rechtbank overweegt dat omdat de vorderingen betrekkingen hebben op handhaving van intellectuele eigendomsrechten, artikel 1019h Rv van toepassing is. Ter comparitie is ten aanzien van de kostenspecificatie van Forax BV, NV Forax, [A], [B], Newday Consult, [D] en [E] door DCC c.s. opgemerkt dat bijvoorbeeld in het vonnis van het opnieuw in rekening kunnen worden gebracht. Andere concrete voorbeelden zijn door DCC c.s. niet genoemd. Aangezien DCC c.s. niet inzichtelijk heeft gemaakt welke kosten of welk deel van de door Forax BV, NV Forax, [A], [B], Newday Consult, [D] en [E] hier opgegeven proceskosten onder de proceskostenveroordeling in het kortgedingvonnis begrepen zouden zijn, terwijl dit ook niet uit het desbetreffende kortgedingvonnis is op te maken (Forax BV is in de conventie van die procedure in de kosten van Diplomatic Card veroordeeld en in de reconventie zijn de kosten gecompenseerd in de zin dat iedere partij de eigen kosten draagt), gaat de rechtbank hieraan voorbij bij de begroting van de proceskosten van Forax BV, NV Forax, [A], [B], Newday Consult, [D] en [E]. Voor het overige zijn de opgegeven kosten niet bestreden zodat de rechtbank daarvan uit zal gaan. Forax BV, NV Forax, [A], [B], Newday Consult, [D] en [E] hebben bij de opgegeven kosten niet aangegeven welk deel daarvan betrekking heeft op het incidentele geschil. Ook omdat het verweer in het incident dezelfde strekking heeft als het verweer in de hoofdzaak en het dus niet zonder meer duidelijk is of voor het incident extra kosten zijn gemaakt of dat het gaat om kosten die toch al moesten worden gemaakt in de hoofdzaak, begroot de rechtbank de proceskosten van Forax BV, NV Forax, [A], [B], Newday Consult, [D] en [E] in het incident op nihil en die in de hoofdzaak op € 211.700,21. Dit bedrag zal in de hoofdzaak met de – onbestreden verzochte – uitvoerbaar bij voorraad verklaring worden toegewezen.

4.42. De proceskosten van [C] zullen – nu niet is gevorderd deze vast te stellen op de voet van artikel 1019h Rv en geen specificatie is overgelegd – worden begroot conform het liquidatietarief. Voor het incident worden deze kosten begroot op (1 punt x tarief II) op € 452,- aan salaris advocaat en voor de hoofdzaak op (2 punten x tarief II) € 904,- aan salaris advocaat vermeerderd met € 267,- aan griffierecht. De aldus begrote kosten worden als in het dictum vermeld toegewezen.

5. De beslissing

De rechtbank

in het incident:

- 5.1. wijst de vorderingen af;
- 5.2. veroordeelt DCC c.s. in de proceskosten, aan de zijde van Forax BV, NV Forax, [A], [B], Newday Consult, [D] en [E] gezamenlijk tot op heden begroot op nihil, en aan de zijde van [C] tot op heden begroot op € 452,-;
- 5.3. verklaart de proceskostenveroordeling in 5.2 uitvoerbaar bij voorraad;

in de hoofdzaak:

- 5.4. wijst de vorderingen af;
- 5.5. veroordeelt DCC c.s. in de proceskosten, aan de zijde van Forax BV, NV Forax, [A], [B], Newday Consult, [D] en [E] gezamenlijk tot op heden begroot op € 211.700,21, en aan de zijde van [C] tot op heden begroot op € 1.171,-;
- 5.6. verklaart de proceskostenveroordeling in 5.5 uitvoerbaar bij voorraad;

Dit vonnis is gewezen door mr. E.A.W. Schippers en in het openbaar uitgesproken op 23 juli 2014.