

vonnis

RECHTBANK 'S-GRAVENHAGE

Sector civiel recht

zaaknummer / rolnummer: 413291 / KG ZA 12-161

Vonnis in kort geding van 19 april 2012

in de zaak van

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
EBENEFITS B.V.,
gevestigd te Gouda,
eiseres in conventie,
verweerster in reconventie,
advocaat: mr. L.F. Jagtenberg te Hoofddorp.

tegen

1. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
[VG Beheer],
gevestigd te 's-Gravenhage,
2. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
BENEFITS-PLAZA B.V.,
gevestigd te Rotterdam,
gedaagden in conventie,
eiseressen in reconventie,
advocaat: mr. D.I. Madunic te Amsterdam.

Eiseres in conventie, verweerster in reconventie, zal hierna eBenefits worden genoemd.
Gedaagden in conventie, eiseressen in reconventie, zullen hierna gezamenlijk worden aangeduid als VGB (in enkelvoud).

1. De procedure

- 1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:
 - de dagvaarding van 7 maart 2012, met producties 1-10,
 - de brief van 3 april 2012 van VGB, met een eis in reconventie en producties 1-6,
 - de mondelinge behandeling, gehouden op 5 april 2012, ter gelegenheid waarvan beide advocaten pleitnota's hebben overgelegd.

- 1.2. Vonnis is bepaald op heden.

2. De feiten

- 2.1. Bij vonnis van 11 juli 2011 (hersteld bij herstellvonnis van 15 juli 2011) heeft de voorzieningenrechter van deze rechtbank uitspraak gedaan in een door VGB tegen eBenefits

aangespannen kort geding (hierna zal de herstelde versie van het vonnis worden aangeduid als: het vonnis). Het dictum van het vonnis luidt als volgt:

De voorzieningenrechter

in conventie

5.1 beveelt eBenefits binnen twee dagen na betekening van dit vonnis het verveelvoudigen en openbaar maken van het computerprogramma EblPro te staken en gestaakt te houden,

5.2 beveelt eBenefits binnen twee dagen na betekening van dit vonnis aan [VG Beheer] alle versies van de Software te leveren die zijn gecreëerd tot aan de dag van de overeenkomst van overdracht (29 november 2009) en van die versies zowel de variant in de programmeertaal (broncode), als de variant in de machinetaal (objectcode) te verstrekken op een voor [VG Beheer] toegankelijke gegevensdrager,

5.3 beveelt eBenefits om binnen acht weken na betekening van dit vonnis een volledige en door een onafhankelijke registeraccountant geaccordeerde en aan de hand van de krachtens de beschikking van 1 april 2011 in beslag genomen documentatie geverifieerde schriftelijke opgave te doen aan de advocaat van VGB van de namen en adressen van alle afnemers van het programma EblPro ter zake van de periode vanaf 1 januari 2011 tot de datum dit vonnis,

5.4 beveelt eBenefits en de bewaarder van de krachtens de beschikking van 1 april 2011 in beslag genomen documentatie om de registeraccountant die de onder 5.3 bedoelde opgave accordeert, op diens eerste verzoek inzage te verlenen in die documentatie ter verificatie van de juistheid van die opgave, en om die registeraccountant toe te staan afschriften te maken van de voor die verificatie relevante delen van die documentatie,

5.5 beveelt eBenefits en de bewaarder van de krachtens de beschikking van 1 april 2011 in beslag genomen documentatie om een door VGB aan te wijzen deskundige van de SGOA op diens eerste verzoek inzage te verlenen in die documentatie ter uitvoering van het in rechtsoverweging 4.17 beschreven onderzoek overeenkomstig de in die overweging genoemde voorwaarden, en om die deskundige toe te staan afschriften te maken van de voor dat onderzoek relevante delen van die documentatie;

5.6 veroordeelt eBenefits om aan VGB een dwangsom te betalen van €20.000,00 voor iedere gehele of gedeeltelijke overtreding van de hiervoor genoemde bevelen, of, ter keuze van VGB, voor iedere dag of gedeelte daarvan dat eBenefits niet aan een of meer van de hiervoor genoemde bevelen voldoet, tot een maximum van €500.000,00 is bereikt,

5.7 verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad,

5.8 bepaalt de termijn voor het instellen van een eis in de hoofdzaak op drie maanden na dagtekening van dit vonnis,

5.9 compenseert de kosten van de procedure in conventie tussen partijen, in die zin dat iedere partij de eigen kosten draagt,

5.10 wijst het meer of anders gevorderde af,

in reconventie

5.11 heft de krachtens de beschikking van 1 april 2011 gelegde conservatoire verhaalsbeslagen op, onder de voorwaarde dat eBenefits zekerheid stelt ten bedrage van €50.000,00 door middel van een bankgarantie,

5.12 verklaart dit vonnis in reconventie tot zover uitvoerbaar bij voorraad,

5.13 compenseert de kosten van de procedure in reconventie tussen partijen, in die zin dat iedere partij de eigen kosten draagt,

5.14 wijst het meer of anders gevorderde af.

2.2. Op 14 juli 2011 heeft VGB het vonnis laten betekenen aan eBenefits.

2.3. Op 15 juli 2011 heeft eBenefits een USB-stick overhandigd aan VGB waarop volgens eBenefits de broncodes, objectcodes en technische documentatie van de in rechtsoverweging 5.3 van het vonnis bedoelde software staan, te weten de programma's EbIPro, Offertemanager en eBenefits 4.8 (met inbegrip van het programma Mutatiemanager, dat onderdeel uitmaakt van eBenefits 4.8) (hierna: de Software).

2.4. Op 7 september 2011 heeft een door eBenefits ingeschakelde accountant een rapport opgesteld. In het rapport staat onder meer het volgende:

Onze opdracht heeft zich vooralsnog beperkt tot het integraal doornemen van de verkoopfacturen over de periode 1 januari 2011 tot en met 31 augustus 2011, teneinde vast te stellen dat eBenefits B.V. geen omzet met betrekking tot de verkoop van het programma EbIPro heeft gerealiseerd.

[...]

Wij hebben op basis van de factuuromschrijving vastgesteld dat eBenefits B.V. over de periode 1 januari 2011 tot en met 31 augustus 2011 geen directe omzet heeft gerealiseerd met de verkoop van het programma EbIPro.

2.5. Op verzoek van VGB heeft de deurwaarder bij exploit van 6 oktober 2011 eBenefits aangezegd dat eBenefits 84 maal in strijd met het vonnis heeft gehandeld en dat daarom op dat moment het maximum aan dwangsommen van €500.000,00 was verbeurd. Tevens is eBenefits in het exploit bevolen om de bedoelde dwangsommen, vermeerderd met kosten, te voldoen.

2.6. Bij brief van 27 maart 2012 heeft VGB derden onder wie zij op 1 april 2011 conservatoir derdenbeslag had gelegd, laten weten dat de beslagen werden opgeheven omdat eBenefits inmiddels een bankgarantie had gesteld. Vrijwel gelijktijdig heeft VGB executoriaal beslag laten leggen onder zes van deze derden ter verhaal van de dwangsommen die eBenefits haar volgens VGB is verschuldigd.

3. Het geschil

in conventie

3.1. eBenefits vordert – samengevat – (i) dat VGB wordt bevolen elke executiemaatregel van het vonnis te staken en gestaakt te houden, op straffe van verbeurde van een dwangsom, en (ii) dat VGB wordt bevolen een rectificatiebrief te schrijven aan alle derdenbeslagenen en benaderde relaties van eBenefits.

3.2. eBenefits voert daartoe aan dat zij volledig heeft voldaan aan het vonnis en dat VGB de derdenbeslagenen een brief heeft geschreven waarin VGB aanspraak maakt op een dwangsom of de in beslag genomen gelden.

3.3. VGB voert verweer.

3.4. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

in reconventie

3.5. VGB vordert in reconventie een verhoging van de bij het vonnis opgelegde dwangsommen of van het maximum daarvan.

3.6. Zij voert daartoe aan dat eBenefits niet heeft voldaan aan het vonnis ondanks dat inmiddels het maximum aan dwangsommen is verbeurd.

3.7. eBenefits voert verweer.

3.8. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

4. De beoordeling

in conventie

inbreuk

4.1. Voorshands moet worden aangenomen dat eBenefits het verveelvoudigen en openbaar maken van het computerprogramma EblPro vanaf de datum van het vonnis heeft gestaakt en dat zij dus heeft voldaan aan het onder 5.1 van het vonnis gegeven bevel. eBenefits heeft aangevoerd dat zij op die datum het bedoelde programma van haar website heeft verwijderd. VGB betwist dat, kort gezegd omdat zij eBenefits niet vertrouwt. VGB heeft echter ter zitting desgevraagd verklaard dat zij geen concrete aanwijzingen heeft dat eBenefits het programma nog ter beschikking stelt aan het publiek. Onder die omstandigheden moet voorshands worden geconcludeerd dat eBenefits op dit punt aan het vonnis heeft voldaan.

opgave

4.2. Naar voorlopig oordeel heeft eBenefits ook voldaan aan het onder 5.3 van het vonnis gegeven bevel om een volledige en door een onafhankelijke registeraccountant geaccordeerde en aan de hand van de krachtens de beschikking van 1 april 2011 in beslag genomen documentatie geverifieerde schriftelijke opgave te doen aan de advocaat van eBenefits van de namen en adressen van alle afnemers van het programma EblPro ter zake van de periode vanaf 1 januari 2011 tot de datum van het vonnis. eBenefits heeft binnen de in het vonnis gestelde termijn een accountantsrapport ingediend bij de advocaat van VGB, waarin die accountant heeft vastgesteld dat eBenefits over de periode van 1 januari 2011 tot en met 31 augustus 2011 geen directe omzet heeft gerealiseerd met de verkoop van het programma EblPro.

4.3. Op zich heeft VGB terecht aangevoerd dat de vaststelling dat eBenefits geen omzet heeft gerealiseerd met de verkoop van het programma EblPro niet uitsluit dat eBenefits het

programma in die periode wel aan derden ter beschikking heeft gesteld en dat er dus wel afnemers zijn. eBenefits erkent ook dat dit het geval kan zijn geweest omdat zij het programma in de relevante periode gratis ter beschikking heeft gesteld via haar website. eBenefits heeft echter ook aangevoerd dat zij geen logboek heeft bijgehouden van de bezoekers van haar website en dat zij niet heeft geregistreerd wie het programma in die relevante periode heeft gedownload. Dat laatste is voorshands voldoende aannemelijk, gelet op het feit dat het gaat om een gratis ter beschikking gesteld programma. Onder die omstandigheden moet voorshands worden geconcludeerd dat eBenefits het bevel voldoende heeft nageleefd met de hiervoor bedoelde accountantsverklaring.

levering

4.4. Naar voorlopig oordeel heeft eBenefits tevens voldaan aan het onder 5.2 van het vonnis gegeven bevel om binnen twee dagen na betekening van het vonnis VGB alle versies van de Software te leveren die zijn gecreëerd tot aan de dag van de overeenkomst van overdracht (29 november 2009) en van die versies zowel de variant in de programmeertaal (broncode), als de variant in de machinetaal (objectcode) te verstrekken op een voor VGB toegankelijke gegevensdrager. Vast staat dat eBenefits binnen de gestelde termijn een USB-stick heeft overhandigd. Voorshands moet worden aangenomen dat op die USB-stick de broncode en objectcode van de Software staat.

4.5. Het verweer van VGB dat de USB-stick “geen toegankelijke data bevat”, wordt ontkracht door de verklaring van de door haarzelf ingeschakelde deskundige Stuurman (productie 3 van VGB). In die verklaring beschrijft Stuurman immers gedetailleerd de inhoud van de USB-stick. Bovendien meldt Stuurman dat hij diverse bestanden met broncodes heeft gevonden en dat de pakketten “compleet” lijken. Dat bestanden of pakketten niet leesbaar zouden zijn, blijkt niet uit de verklaring.

4.6. Wel blijkt uit de verklaring van Stuurman dat het om verschillende redenen ingewikkeld is om de software “aan de praat te krijgen”. Zo zou het volgens Stuurman software betreffen die niet meer is bewerkt sinds 2008 en die gebruik maakt van verschillende typen databases en verschillende ontwikkelomgevingen. Ook zou de documentatie gebrekkig zijn. Wat daar ook van zij, het impliceert niet dat eBenefits niet heeft voldaan aan het bevel. eBenefits is immers niet bevolen om software te leveren die makkelijk aan de praat is te krijgen, maar om de software te leveren die was gecreëerd tot aan de dag van de overeenkomst van overdracht (29 november 2009). Dat het voor VGB mogelijk lastig is om die software te implementeren brengt naar voorlopig oordeel niet mee dat er sprake is van een overtreding van het bevel.

4.7. Het feit dat een deskundige van de SGOA, die VGB heeft ingeschakeld in verband met het onder 5.5 van het vonnis bedoelde onderzoek, heeft opgemerkt dat de USB-stick niet de “documentatie” bevatte die de deskundige nodig meende te hebben voor zijn onderzoek, kan niet leiden tot een ander oordeel. Voor zover de deskundige met de term “documentatie” doelt op de broncodes van de Software, is die opmerking niet verenigbaar met de hiervoor genoemde constatering van Stuurman. Voor zover de deskundige op iets anders doelt, heeft VGB onvoldoende duidelijk gemaakt dat eBenefits op grond van het vonnis verplicht was die “documentatie” aan VGB te leveren.

brieven

4.8. Het betoog van eBenefits dat VGB onrechtmatig jegens haar heeft gehandeld door de derdenbeslagen een brief te sturen waarin VGB aanspraak heeft gemaakt op de in beslag genomen gelden, is naar voorlopig oordeel ongegrond. eBenefits heeft de betreffende brieven niet in het geding gebracht en heeft ook niet aangegeven wanneer die zijn verstuurd en wat de precieze inhoud van die brieven is. De voorzieningenrechter begrijpt dat het gaat om brieven die VGB heeft gestuurd aan de partijen onder wie VGB conservatoir derdenbeslag heeft laten leggen, en dat die brieven zijn verstuurd op een moment dat VGB die beslagen nog niet had opgeheven hoewel eBenefits haar een bankgarantie had gestuurd in verband met het bepaalde onder 5.11 van het vonnis. Gezien de kritiek die VGB heeft geuit op die door eBenefits gestelde bankgarantie (o.m. dat die is gesteld op naam van de verkeerde partij), heeft VGB naar voorlopig oordeel terecht geweigerd om het beslag op dat moment al op te heffen. Daarvan uitgaande valt voorshands zonder nadere toelichting, die ontbreekt, niet in te zien dat het sturen van de bedoelde brieven onrechtmatig is.

conclusie

4.9. Op grond van het voorgaande moet worden geconcludeerd dat de gevorderde verzending van een rectificatie moet worden afgewezen en dat de gevorderde staking van de executie moet worden toegewezen. Het bezwaar van VGB tegen de aan de staking van executie verbonden dwangsommen is wel gegrond omdat een effectieve staking van de executie ook kan worden bewerkstelligd zonder een dwangsom, te weten via een schorsing van de executie. Daarom zal hieronder een schorsing van de executie worden uitgesproken. Voor de duidelijkheid zal daarbij specifiek worden aangegeven dat het gaat om de schorsing van de executie van de volgens VGB verbeurde dwangsommen. Anders dan eBenefits heeft gevorderd, zal de schorsing niet duren totdat de bodemrechter “onherroepelijk” heeft beslist. Een eventueel afwijkende beslissing van de bodemrechter dient voor te gaan op het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter, ook al is het oordeel van de bodemrechter nog niet in kracht van gewijsde gegaan.

4.10. VGB zal als de grotendeels in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de proceskosten. Die kosten zullen niet worden begroot op basis van artikel 1019h van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering omdat eBenefits uitdrukkelijk heeft betoogd dat dat artikel in deze zaak niet van toepassing is en eBenefits dus ook geen 1019h-veroordeling heeft gevorderd. De proceskosten zullen daarom conform het liquidatietarief worden begroot op €1.481,64 (€575,00 aan griffierechten, €90,64 aan kosten deurwaarder en €816,00 aan kosten advocaat).

in reconventie

4.11. Onder verwijzing naar hetgeen is overwogen in conventie, moet voorshands worden geconcludeerd dat er geen reden is voor een verhoging van de bij het vonnis opgelegde dwangsommen of het maximum daarvan. De vorderingen van VGB zullen daarom worden afgewezen, met veroordeling van VGB in de kosten van het geding, tot op heden begroot op €408,00 aan kosten advocaat ($0,5 \times €816,00$).

5. De beslissing

in conventie

- 5.1. schorst de executie van de volgens VGB krachtens het vonnis verbeurde dwangsommen totdat in een bodemprocedure is beslist;
- 5.2. veroordeelt VGB in de proceskosten, tot op heden aan de zijde van eBenefits begroot op €1.481,64;
- 5.3. verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad;
- 5.4. wijst af wat meer of anders is gevorderd;

in reconventie

- 5.5. wijst de vorderingen af;
- 5.6. veroordeelt VGB in de proceskosten, tot op heden aan de zijde van eBenefits begroot op €408,00 aan kosten advocaat;
- 5.7. verklaart de proceskostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

Dit vonnis is gewezen door mr. P.H. Blok en in het openbaar uitgesproken op 19 april 2012.