

GERECHTSHOF ARNHEM-LEEWARDEN

locatie Arnhem

afdeling civiel recht

zaaknummer gerechtshof 200.255.416 & 200.256.418
(zaaknummers rechtbank Midden-Nederland C/16/414763 & C/16/472363)

arrest in de bodemprocedure en in kort geding van 10 december 2019

in de zaken 200.255.416 en 200.256.418 van

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
ProRail B.V.,
gevestigd te Utrecht,
appellante in de bodemprocedure en in het kort geding,
in eerste aanleg: gedaagde in conventie en eiseres in reconventie in de bodemprocedure en
gedaagde in het kort geding,
hierna: ProRail,
advocaat: mr. M.C. Franken-Schoemaker,

tegen:

1. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
[REDACTED] **Infra Advies B.V.**,
gevestigd te [REDACTED]
2. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
Neven Beheer B.V.,
gevestigd te [REDACTED]
geïntimeerden in de bodemprocedure en in het kort geding,
in eerste aanleg: eiseressen in conventie en verweersters in reconventie in de bodemproce-
dure en eiseressen in het kort geding,
hierna [REDACTED], respectievelijk Neven B.V. en tezamen in enkelvoud Nonaf,
advocaat: mr. R.W. Lagerwaard.

1 Het geding in eerste aanleg in beide zaken

Voor het geding in eerste aanleg in de bodemprocedure verwijst het hof naar de inhoud van de vonnissen van 13 juli 2016, 1 maart 2017, 30 augustus 2017, 22 november 2017 en 7 november 2018 die de rechtbank Midden Nederland, locatie Utrecht, heeft gewezen. Voor het geding in eerste aanleg in het kort geding verwijst het hof naar de inhoud van het vonnis van 6 februari 2019 dat de voorzieningenrechter van de rechtbank Midden Nederland, locatie Utrecht, heeft gewezen.

2 Het geding in hoger beroep in beide zaken

2.1 Het verloop van de bodemprocedure blijkt uit:

- de dagvaarding in hoger beroep d.d. 22 januari 2019,
- de memorie van grieven met producties,
- de memorie van antwoord met producties,
- de rolbeslissing van 6 augustus 2019 tot het houden van een comparitie van partijen,
- het proces-verbaal van comparitie van partijen van 30 september 2019. Ter comparitie van partijen heeft ProRail bij akte de producties 30 tot en met 34 in het geding gebracht en heeft zij een akte vermindering van eis genomen en heeft Nonaf een akte van verzet tegen eisvermindering en een akte voorwaardelijke vermeerdering van eis genomen.

2.2 Het verloop van de procedure in kort geding blijkt uit het tussenarrest van 16 juli 2019 en uit het proces-verbaal van comparitie van partijen van 30 september 2019. Tijdens de comparitie van partijen heeft ProRail bij akte de producties 23 tot en met 27 in het geding gebracht.

2.3 Vervolgens heeft het hof in beide zaken arrest bepaald.

3 De vaststaande feiten in beide zaken

3.1 Het hof gaat in het hoger beroep in de bodemprocedure uit van de feiten zoals beschreven in de rechtsoverwegingen 2.1 tot en met 2.11 van het tussenvonnissen van 1 maart 2017, aangevuld met de feiten die in hoofdstuk 4 van dit arrest worden vermeld.

3.2 Het hof gaat in het hoger beroep in het kort geding uit van de feiten zoals beschreven in de rechtsoverwegingen 2.1 tot en met 2.9 van het vonnis van 6 februari 2019.

4 De motivering van de beslissing in hoger beroep in de bodemprocedure

Technische uitgangspunten

4.1 Het gaat in deze zaak om het volgende. ProRail onderhoudt op de spoorinfrastructuur, waarvan zij beheerder is, het systeem van Automatische Treinbeïnvloeding (ATB) dat voorkomt dat treinen harder dan de toegestane snelheid rijden. Rond de spoorstaven wordt een pulserend elektromagnetisch veld gecreëerd (het ATB-signaal) dat wordt opgevangen door opnamespoelen die zich aan de voorzijde onder de trein bevinden (de ATB-oppijspoele). Het ritme van de puls geeft aan welk snelheidsplafond ter plaatse van toepassing is. Als de trein te hard rijdt, wordt de machinist gewaarschuwd af te remmen; als dat niet gebeurt bewerkstelligt het ATB-systeem dat de snelheid automatisch wordt teruggebracht tot de maximaal toegestane snelheid. Vangt de trein geen signaal op, dan wordt de snelheid teruggebracht tot de laagst toegestane maximumsnelheid (40 km/uur). Om het systeem goed te laten werken moet een minimum stroomsterkte in de spoorstaven worden gerealiseerd van 6,5 Ampère; dit levert ter hoogte van de opneemspoelen (20 cm boven het spoor) een elektromagnetische veldsterkte op van minimaal 4,5 microTesla (μT). De spoorinfrastructuur is onderverdeeld in secties. De elektrische stroom in een spoorsectie wordt gerealiseerd met een stroombron, condensator en railspoel; het geheel wordt de ATB-versterker genoemd. Om in een sectie van het spoor met een lengte van bijvoorbeeld tussen 750 en 900 meter een stroomsterkte

van 6,5 A te halen, wordt een spanning van 120 volt (V) opgewekt. Als de minimaal vereiste stroomsterkte van 6,5 A niet wordt gehaald, dan kan de spanningsbron met stappen van 10 V worden verhoogd tot maximaal 140 V. De spanning kan niet onbeperkt worden verhoogd, omdat het ATB-systeem dan op een onwenselijke manier gaat interfereren met het ook in de spoorweginfrastructuur aanwezige treindetectiesysteem, dat gebruik maakt van dezelfde apparatuur. Aan het andere einde van de sectie, gezien vanuit de voedingsbron, is een relais aangebracht dat gedeactiveerd wordt zodra een trein passeert. Door dit deactiveren, wat ProRail ook wel afvallen of opkomen noemt (zie 4.6), wordt gesignaleerd dat er een trein in de sectie aanwezig is.

4.2 Bij stalen bruggen met een lengte van meer dan 10 meter ontstaan problemen met het ATB-signaal. Dit komt vooral voor op plaatsen waar de spoorstaven in een stalen goot zijn gemonteerd, de zogenaamde spoorstaafgoot. Om de kracht van het signaal te waarborgen worden in dat geval extra stroomkabels (ook wel aangeduid als lussen) naast de spoorstaven gelegd. Daarvoor is het nodig van de stalen brug een aparte sectie te maken, die door middel van een zogenaamde Elektrische Scheiding ("ES-lassen") van de andere secties is gescheiden. Dit een en ander worden versterkende maatregelen genoemd, die kostbaar zijn om aan te leggen.

4.3 Nonaf heeft een spoorstaafgoot ontwikkeld, de Nonaf-goot, die volgens haar de demping van het elektromagnetische veld in stalen bruggen zodanig tegengaat dat geen versterkende maatregelen naast de ATB-versterker meer nodig zijn. Op 24 maart 2009 hebben ProRail en Nonaf een overeenkomst gesloten, waarin zij afspraken dat de Nonaf-goot ter gelegenheid van het onderhoud aan de brug over de Westelijke Randweg te Haarlem (vervanging brugliggers) zou worden aangebracht en vervolgens getest (hierna: de Overeenkomst). In deze Overeenkomst staat onder meer:

"Overwegende dat

(...)

- c) *NONAF stelt dat toepassing van (...) [de] "NONAF-goot" ertoe leidt dat de overdracht van het ATB-signaal niet meer significant wordt afgezwakt;*
- d) *NONAF verder stelt dat bij toepassing van de NONAF-goot naast het gebruik van een ATB-versterker geen aanvullende versterkende maatregelen meer nodig zijn;*

e) *ProRail hierin een financieel voordeel ziet;*

(...)

- g) *NONAF daarmee in de gelegenheid wordt gesteld om aan te tonen dat toepassing van de NONAF-goot het gebruik van versterkende maatregelen naast de ATB-versterker overbodig maakt en daarmee een voordeel voor ProRail ontstaat bij toepassing van de NONAF-goot.*

(...)

Artikel 1 Definities

(...)

Overdracht Eigendomsoverdracht van het auteursrecht in de zin van artikel 1 Auteurswet 1912 tegen een nader te bepalen vergoeding

(...)

Vrijgave Autorisatie van een document door ProRail na goedkeuring van het resultaat van toepassing van de NONAF-goot, waarmee toestemming wordt verleend voor generieke toepassing van de NONAF-goot

(...)

Artikel 3 Project en Werkwijze

(...)

3.3 *ProRail wijst een projectmanager aan die de resultaten van toepassing van de NONAF-goot in het kader van eventuele Vrijgave beoordeelt. NONAF wordt op diens verzoek en in ieder geval binnen 10 werkdagen na uitvoering van de werkwijze over de inhoud van de beoordeling geïnformeerd.*

Artikel 4 Vrijgave

4.1 *Toepassing van de NONAF-goot dient ertoe te leiden dat naast de ATB-versterker geen andere versterkende maatregelen nodig zijn voor voldoende overdracht van het ATB-sigitaal.*

4.2 *ProRail toetst de resultaten van de toepassing van de NONAF-goot aan de eisen als genoemd in het eerste lid.*

4.3 *Indien de NONAF-goot voldoet aan de eisen als genoemd in het eerste lid, volgt Vrijgave.*

Artikel 5 Intellectuele Eigendom

5.1 *Het auteursrecht van de NONAF-goot ligt bij NONAF.*

(...)

5.4 *Indien op grond van het in artikel 4 bepaalde wordt overgegaan tot Vrijgave, zullen Partijen in overleg treden over de door ProRail aan NONAF te betalen vergoeding voor Overdracht aan ProRail."*

4.4 Nonaf heeft op 11 maart 2009 een Nederlands octrooi op de Nonaf-goot aangevraagd dat vervolgens op 4 november 2009 is verleend als NL 2002614.

4.5 Voordat de NONAF-goot daadwerkelijk op de brug in Haarlem is geplaatst heeft Movares Nederland B.V. (hierna: Movares) met een simulatieprogramma de demping van het ATB-sigitaal berekend. In haar rapport "*Berekeningen aan de demping van het ATB-sigitaal op de stille brug te Haarlem*" van 15 juni 2010 (hierna: het Simulatierapport) heeft Movares geconcludeerd dat geen van de zes berekende varianten van de Nonaf-goot (aluminium, staal en roestvast staal, telkens met en zonder isolatie van de brugligger) de demping zodanig beperkt dat een elektromagnetische veldsterkte van 4,5 μ T wordt gemeten op de ATB-oppikspoelen en dat versterkende maatregelen nodig zijn, zoals de aanleg van ATB-luskabels of verhoging van de stroomsterkte.

4.6 In september 2011 is de nieuwe brugconstructie over de Westelijke Randweg te Haarlem geplaatst. Daarop zijn roestvaststalen Nonaf-goten geïsoleerd van de brugligger geplaatst. Movares heeft in haar "*Meetplan demping van het ATB-sigitaal op de stillebrug te Haarlem*" van 6 april 2012 (hierna: het Meetplan) beschreven hoe zij de mate van demping van het elektromagnetische veld op de brug zal gaan meten. De bestaande sectie van 806 m wordt verdeeld in 3 deelsecties, waarbij de brug een deelsectie (de brugsectie) is van 42 m en de gedeelten aan weerszijden ieder ook (de landhoofd- of vrije-baan-secties). De brugsectie heeft een luskabel. Aangezien het een dubbelspoor betreft, gaat het in feite om 2 secties (richting Haarlem, respectievelijk richting Leiden) die ieder worden verdeeld in 3 deelsecties. Om de mate van demping te bepalen zal Movares de elektromagnetische veldsterkten meten in iedere deelsectie, maar ook over de gehele oorspronkelijke sectie, eenmaal met inschakeling van de luskabel en eenmaal zonder inschakeling van de luskabel. De metingen worden verricht door het spoor "*bezet*" te maken (de aanwezigheid van een trein te simuleren) met een meetlans (een stroom geleidend apparaat dat beide spoorstaven met elkaar ver-

bindt), waarbij ten aanzien van de metingen van de deelsecties is bepaald dat de meetlans telkens op regelmatige afstanden tussen de brug en de zijde met de ATB-versterker wordt geplaatst (§ 1.1 onder 4 en § 1.3, laatste alinea van het Meetplan). Movares heeft de metingen uitgevoerd in de nacht van 11 op 12 juni 2012.

4.7 Movares heeft in haar rapport *“Demping van ATB-sigitaal op geluidsarme brug met NONAF-goot”* van 7 november 2012 (hierna: het Movares-rapport) de metingen besproken. Zij vermeldt over meting 2 (de meting waarin over de gehele sectie is gemeten zonder inschakeling van de luskabel) dat de gemiddelde veldsterkte op het binnenbeen (de spoorstaaf aan de zijde van het tegemoetkomende spoor) gemiddeld 6,2 A is en op het buitenbeen 5,6 A. Haar conclusie is als volgt:

“Uit de metingen volgt een demping van de ATB-veldsterkte van orde 31-37% door de geluidsarme brugconstructie met RVS NONAF-goot.

Aan de hand van de metingen kan gesteld worden dat de drie secties 216D_1T, 216D_2T en 216D_3T samengevoegd kunnen worden tot één sectie, waarbij de ATB-veldsterkte op de geluidsarme brug wordt versterkt door, naast de ATB-stroom in de spoorstaven, gebruik te maken van een luskabel met 1 wikkeling.

Uit de metingen volgt dat de door de actieve luskabel geïnduceerde spanning over het spoorrelais van sectie 216D_2T voldoende laag is zodat het spoorrelais niet onbedoeld zal opkomen.

Dwarsliggers van het type NS90 geven een iets sterkere demping van de ATB-veldsterkte dan dwarsliggers van het type wisselligger 14002.”

4.8 Op basis van het Movares-rapport heeft ProRail Nonaf bij brief van 1 februari 2013 bericht dat niet wordt voldaan aan de voorwaarden voor vrijgave van de Nonaf-goot en dat de overeenkomst is komen te vervallen. Nonaf heeft deze conclusies bestreden, met de argumenten dat (1) de meetapparatuur niet goed was ingeregeld bij de meting van de gehele sectie, dat (2) er ondanks de noodzaak een luskabel te handhaven bij de Nonaf-goot er niettemin een aanzienlijk voordeel is, omdat ES-lassen niet meer nodig zijn en dat (3) de brug over de Westelijke Randweg te Haarlem veel staal bevat en daarom voor veel demping zorgt en dat de Nonaf-goot wel voldoet op andere stalen bruggen. Om dat laatste verder uit te zoeken, hebben partijen afgesproken dat ProRail een haalbaarheidsstudie zou uitvoeren naar de toepassing van de Nonaf-goot op andere bruggen. ProRail heeft de vermindering van de demping ten gevolge van toepassing van de Nonaf-goot op de bruggen te Culemborg, Venlo en Roosendaal berekend, uitgaande van de metingen op de brug te Haarlem. Zij is in haar *“Haalbaarheidsonderzoek ATBEG op stalen bruggen met NONAF goot”* van 4 juni 2015 tot de conclusie gekomen dat bij toepassing van de Nonaf-goot ook op die bruggen het niet mogelijk is zonder additionele maatregelen een ATB-sigitaal te krijgen van voldoende sterkte.

De vorderingen in conventie en in reconventie en de beslissingen van de rechtbank

4.9 Nonaf betwist de conclusies van ProRail dat de Nonaf-goot de demping van het elektromagnetische veld op de brug te Haarlem en op de andere onderzochte bruggen onvoldoende tegengaat. Zij is deze procedure begonnen en heeft in conventie samengevat (na wijziging eis) gevorderd, ten eerste: dat (1) voor recht wordt verklaard dat (a) Movares het onderzoek niet correct heeft uitgevoerd, dat (b) is voldaan aan de eisen van artikel 4.1 van de Overeenkomst, dat (c) ProRail over moet gaan tot vrijgave van de Nonaf-goot en tot overleg over de te betalen vergoeding voor overdracht of licentie, dat (d) ProRail wanprestatie, althans een onrechtmatige daad heeft gepleegd en dat (e) ProRail de schade van Nonaf moet

vergoeden; ten tweede: dat (2) ProRail wordt veroordeeld (primair) tot (a) nakoming van de Overeenkomst wat betreft de koop van het auteursrecht of afname van een licentie en (b) tot betaling van de daar tegenover staande vergoeding, althans (subsidiar) tot vergoeding van de door Nonaf gemaakte kosten op te maken bij staat; en voorts dat ProRail wordt veroordeeld tot betaling van (ten derde) de wettelijke handelsrente over de te betalen koopprijs of licentievergoeding, (ten vierde) schadevergoeding op te maken bij staat en (ten vijfde) de wettelijke rente en proceskosten. ProRail heeft in reconventie samengevat gevorderd dat de rechtbank de Overeenkomst gedeeltelijk vernietigt wegens dwaling, althans gedeeltelijk ontbindt, waarbij beide vorderingen zien op het gedeelte van de Overeenkomst dat de overdracht of licentiëring van het auteursrecht en de daar tegenover staande vergoeding betreft.

4.10 De rechtbank heeft in haar tussenvonnis van 1 maart 2017 beslist dat de Nonaf-goot niet voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking komt en heeft het beroep op dwaling van ProRail gehonoreerd. In plaats van gedeeltelijke vernietiging van de Overeenkomst heeft de rechtbank deze aldus gewijzigd dat in plaats van het auteursrecht het verleende octrooi aan ProRail wordt overgedragen of (ter keuze van ProRail) gelicentieerd. De rechtbank heeft na inwinning van een deskundigenbericht bij eindvonnis van 7 november 2018 in conventie ProRail veroordeeld tot nakoming van de bepalingen in de Overeenkomst tot vrijgave van de Nonaf-goot en tot overleg over de te betalen licentievergoeding, een en ander onder verbeurte van dwangsommen, en tot schadevergoeding nader op te maken bij staat en tot vergoeding van de proceskosten en in reconventie de vorderingen afgewezen, met veroordeling van ProRail in de kosten van het geding. ProRail is van de vonnissen van de rechtbank in hoger beroep gekomen onder aanvoering van 19 grieven. Zij heeft bij grieven haar eis aldus voorwaardelijk vermeerderd dat Nonaf wordt veroordeeld voor zover het hof het vonnis van de rechtbank vernietigt tot terugbetaling van door ProRail intussen aan haar betaalde dwangsommen. Nonaf heeft zich tegen de grieven verweerd.

4.11 ProRail is niet-ontvankelijk in haar hoger beroep tegen het comparitievonnis van 13 juli 2016, omdat tegen zo'n vonnis op grond van artikel 130 lid 2 Rv geen hoger beroep openstaat. Verder kan ProRail niet worden ontvangen in haar hoger beroep tegen het vonnis van 22 november 2017, omdat zij tegen dat vonnis geen grieven heeft gericht.

Eisvermindering en -wijziging ter comparitie in hoger beroep

4.12 Ter comparitie in hoger beroep heeft ProRail haar eis verminderd, voor zover deze betrekking had op gedeeltelijke vernietiging van de Overeenkomst wegens dwaling over het bestaan van een auteursrecht op de Nonaf-goot. Nonaf heeft daartegen bezwaar gemaakt, en indien dat bezwaar niet zou worden gehonoreerd (dus voorwaardelijk) haar eis willen vermeerderen in de zin dat het hof de overeenkomst zou wijzigen zoals door de rechtbank voorzien. Op grond van artikel 129 Rv kan ProRail haar eis te allen tijde verminderen en is verzet daartegen niet mogelijk. Uit HR 20 juni 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC4959, NJ 2009/21 volgt dat vermindering van eis in een later stadium van de procedure in hoger beroep dan de uitwisseling van de memories van grieven en antwoord niet in strijd is met de twee-conclusieregel, ook al zou de vermindering van eis moeten worden beschouwd als een grief. Dat een eisvermindering in dit stadium in strijd zou zijn met de goede procesorde of met het recht van hoor en wederhoor, omdat ProRail daarmee de discussie over wijziging van de overeenkomst voor het geval er geen auteursrecht op de Nonaf-goot zou rusten, buiten het debat plaatst, zonder dat Nonaf nog in de gelegenheid is om haar stellingen daarop aan te passen, is onjuist. Van Nonaf mag worden verwacht dat zij haar stellingen en vorderingen zo

inkleedt, dat behandeling daarvan niet afhankelijk is van het al of niet handhaven van een stelling of vordering door ProRail. Nonaf had zonder bezwaar haar vordering tot wijziging van de Overeenkomst ter opheffing van het door dwaling veroorzaakte nadeel in een eerder stadium kunnen instellen. De twee-conclusieregel brengt daarom mee dat zij haar eis niet meer bij akte ter comparitie na memorie van antwoord kon wijzigen.

4.13 Ook al zou Nonaf in dit stadium wel haar eis nog mogen wijzigen met een al of niet subsidiaire vordering tot wijziging van de Overeenkomst door de rechter, inhoudende dat in de Overeenkomst voor "auteursrecht" wordt gelezen "octrooi", dan zou die vordering worden afgewezen, ook als met de rechtbank ervan wordt uitgegaan dat niet alleen ProRail dwaalde over het bestaan van het auteursrecht, maar ook Nonaf. In Nonaf werken twee ondernemingen samen. Nonaf verdedigt dat haar schepping of uitvinding tot een kostenbesparing bij ProRail kan leiden van circa € 100.000.000 en dat het aan de uitvinding verbonden IE-recht € 5.000.000 waard is. Zij wenst de rechten op haar ontwerp van de Nonaf-goot over te dragen of in licentie te geven aan ProRail tegen vergoeding van een eenmalig bedrag. Verder blijkt uit het door Nonaf overgelegde kostenoverzicht dat zij in 2007, twee jaar voor het sluiten van de Overeenkomst, onderzoek heeft gedaan naar de "mogelijkheden tot vastleggen van IE" en dat zij een adviseur in het octrooirecht heeft ingeschakeld. Vóór het sluiten van de Overeenkomst heeft Nonaf een aanvraag voor een Nederlands octrooi ingediend. Gezien de commerciële context, het door Nonaf zelf aangegeven omvangrijke belang van de transactie en de expertise op IE-gebied die Nonaf van tevoren had ingewonnen, komt haar dwaling over het al of niet bestaan van het door haar aangeboden auteursrecht krachtens de in het verkeer geldende opvattingen voor haar rekening en faalt op grond van artikel 6:228 lid 2 BW haar beroep op dwaling als grond voor vernietiging en in het verlengde daarvan wijziging ex 6:230 lid 2 BW. Het had op Nonafs weg gelegen nader onderzoek te doen naar de vraag welk IE-recht voor overdracht of licentiëring in aanmerking kwam. Daar komt verder bij dat de wijzigingsbevoegdheid van artikel 6:230 BW niet is gegeven aan de partij die - geconfronteerd met de onmogelijkheid haar verbintenis na te komen - door een wijzigingsverzoek ex artikel 6:230 lid 2 BW zou kunnen ontkomen aan de gevolgen van haar verzuim.

Bestaan van het auteursrecht

4.14 Het hof merkt in dit verband op dat het zich verenigt met de beslissing van de rechtbank dat de Nonaf-goot niet vatbaar is voor auteursrechtelijke bescherming (rechtsoverwegingen 4.7-4.8 van het tussenvonnissen van 1 maart 2017) en deze beslissing tot de zijne maakt. Dit betekent dat als komt vast te staan dat de Nonaf-goot aan de eisen voldoet (zie nader hieronder), Nonaf niet in staat is de artikelen 5.4 en 5.5 na te leven en dat reeds nu vaststaat dat Nonaf in dat geval zal tekortschieten (artikel 6:80 lid 1 sub a BW). De vordering van ProRail tot partiële ontbinding zal, voor het geval de Nonaf-goot aan de eisen voldoet, daarom aldus worden toegewezen, dat partijen over en weer zijn bevrijd van hun verplichtingen die voortvloeien uit artikel 5 van de Overeenkomst. Het verweer van Nonaf dat partijen in afwijking van het bepaalde in de Auteurswet een auteursrecht kunnen creëren, ook al voldoet het recht niet aan de vereisten van een auteursrecht is onjuist. Het is bovendien voor toepassing in de praktijk van de Nonaf-goot niet noodzakelijk dat het octrooirecht van Nonaf aan ProRail wordt overgedragen. Aannemers die in een door ProRail aanbesteed werk kiezen voor toepassing van de Nonaf-goot, kunnen immers direct met Nonaf een licentie overeenkomen. Een en ander brengt mee dat het verweer dat de tekortkoming van Nonaf de ontbinding niet rechtvaardigt, wordt verworpen. Het voorgaande brengt mee dat grief 5 van ProRail gegrond is.

Uitleg van de Overeenkomst

4.15 De beslissing in dit geschil over de vraag of de Nonaf-goot aan de eisen voldoet, begint bij uitleg van de artikelen 3.3 en 4 van de Overeenkomst, mede in het licht van de overwegingen c, d, e en g die hieronder nogmaals worden weergegeven:

“Overwegende dat

(...)

- c) NONAF stelt dat toepassing van (...) [de] “NONAF-goot” ertoe leidt dat de overdracht van het ATB-sigitaal niet meer significant wordt afgezwakt;*
- d) NONAF verder stelt dat bij toepassing van de NONAF-goot naast het gebruik van een ATB-versterker geen aanvullende versterkende maatregelen meer nodig zijn;*
- e) ProRail hierin een financieel voordeel ziet;*

(...)

- g) NONAF daarmee in de gelegenheid wordt gesteld om aan te tonen dat toepassing van de NONAF-goot het gebruik van versterkende maatregelen naast de ATB-versterker overbodig maakt en daarmee een voordeel voor ProRail ontstaat bij toepassing van de NONAF-goot.*

(...)

Artikel 3 Project en Werkwijze

(...)

- 3.3 ProRail wijst een projectmanager aan die de resultaten van toepassing van de NONAF-goot in het kader van eventuele Vrijgave beoordeelt. NONAF wordt op diens verzoek en in ieder geval binnen 10 werkdagen na uitvoering van de werkwijze over de inhoud van de beoordeling geïnformeerd.*

Artikel 4 Vrijgave

- 4.1 Toepassing van de NONAF-goot dient ertoe te leiden dat naast de ATB-versterker geen andere versterkende maatregelen nodig zijn voor voldoende overdracht van het ATB-sigitaal.*
- 4.2 ProRail toetst de resultaten van de toepassing van de NONAF-goot aan de eisen als genoemd in het eerste lid.*
- 4.3 Indien de NONAF-goot voldoet aan de eisen als genoemd in het eerste lid, volgt Vrijgave.”*

4.16 Partijen verschillen van mening over de uitleg van deze artikelen, met name over het begrip “versterkende maatregelen” maar ook over de bevoegdheid van ProRail te beslissen of de Nonaf-goot al of niet voldoet aan de afgesproken eisen. Aan de hand van de Haviltex-norm moet het hof de gemeenschappelijke partijbedoeling vaststellen. Hoewel de Haviltex-norm in eerste aanleg niet aan de orde is gekomen, heeft Nonaf er terecht op gewezen dat het gaat om uitleg van de hier geciteerde bedingen (nr. 14 van de memorie van antwoord). Het komt daarbij aan op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan deze bepalingen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. De bewoordingen van de artikelen zijn van belang, zo nodig geplaatst in de context van de inleidende overwegingen en de andere artikelen. Verder zijn de strekking van de Overeenkomst - wat beoogden partijen ermee te regelen? - en de aannemelijkheid van de rechtsgevolgen van de verschillende tekstinterpretaties relevant. Partijen hebben niet aangevoerd dat de schriftelijke tekst onnauwkeurig is of afwijkt van de mondelinge wilsovereenstemming, zodat het hof geen onderzoek hoeft te doen naar die aspecten.

Versterkende maatregelen

4.17 Over de inhoud van het begrip “*versterkende maatregelen*” (in overweging d) van de Overeenkomst aangeduid als “*aanvullende versterkende maatregelen*” en in overweging e) aangeduid als het “*overbodig*” worden van “*versterkende maatregelen*” naast de “*ATB-versterker*”) verschillen partijen van mening. Uit de hier geciteerde tekstonderdelen blijkt dat bedoeld is dat de ATB-versterker voldoende moet zijn voor overdracht van het ATB-sigitaal naar de ATB-oppijspoelen onder de trein. Partijen zijn het erover eens dat het aanbrengen van ES-lassen voor en na de brug en ATB-luskabels op de brug versterkende maatregelen zijn.

4.18 Partijen verschillen erover van mening of het opvoeren van de spanning in de sectie van 806 m over de brug te Haarlem boven 120 V een versterkende maatregel is of niet. ProRail meent van wel, omdat door het opvoeren van de spanning boven 120 V wordt afgeweken van de regels in het “*Onderhoudsdocument Laagfrequent spoorstroomlopen, 75 Hz in ET-gebied*” (hierna: het Onderhoudsdocument) die meebrengen dat op een sectie tussen de 750 en 900 m de spanning wordt ingesteld op 120 V en dat de spanning alleen dan wordt verhoogd als op de spoorstaven een elektrische stroom wordt gemeten onder 6,5 A. Omdat tijdens de metingen op de brug te Haarlem stroomsterkten zijn gemeten van rond 9 A, is het op grond van het Onderhoudsdocument niet toegestaan de spanning te verhogen. Zou het opvoeren van de spanning boven 120 V in deze sectie niet zijn te beschouwen als een versterkende maatregel, dan zou dat tot de onaannemelijke consequentie leiden dat toepassing van de Nonaf-goot voor ProRail geen meerwaarde heeft ten opzichte van de reguliere goot: door het opvoeren van de spanning tot 140 V ontstaat ook bij een conventionele spoorstaafgoot een voldoende stroomsterkte op een stalen brug om het ATB-systeem te laten werken (nr. 178 van de memorie van grieven en productie 25 bij memorie van grieven).

4.19 Nonaf stelt dat verhoging van de spanning tot 140 V geen versterkende maatregel is. Het betreft slechts een geringe verhoging van de spanning die binnen de kaders van het Onderhoudsdocument blijft. Er is geen andere apparatuur voor nodig. De veiligheid van de spoorinfrastructuur en slijtage van de apparatuur zijn niet in het geding. Ook al zou de levensduur van de stroombron of de relaiskast worden verkort, dan wegen de daaraan verbonden kosten niet op tegen de omvangrijke besparingen die toepassing van de Nonaf-goot meebrengt. Nonaf heeft niet betwist dat bij opvoering van de spanning tot 140 V een conventionele spoorstaafgoot de demping van de magnetische veldsterkte op de brug te Haarlem voldoende vermindert.

4.20 Het hof overweegt dat het opvoeren van de spanning tot 140 V in afwijking van de regels in het Onderhoudsdocument die voorschrijven dat de spanning in de gehele sectie van de brug te Haarlem moet worden ingesteld op 120 V, moet worden beschouwd als een versterkende maatregel. Door verhoging van de spanning wordt immers ten opzichte van de gebruikelijke situatie de elektrische stroom in de spoorstaven versterkt, als gevolg waarvan ook het ATB-sigitaal wordt versterkt, waardoor het ATB-sigitaal gemakkelijker de ATB-oppijspoelen bereikt. De strekking van de overeenkomst wijst ook in de richting van een ruim begrip “*versterkende maatregelen*”: in overweging a) is vermeld dat toepassing van de Nonaf-goot de overdracht van het ATB-sigitaal niet meer significant afzwakt. Dat illustreert dat partijen voor ogen stond dat de Nonaf-goot ervoor zorgde dat het ATB-sigitaal goeddeels in stand bleef op stalen bruggen. Daarbij past het niet dat de spanningsbron boven de grenzen uit het Onderhoudsdocument zou moeten worden opgevoerd. Ten slotte zou de uitleg van

Nonaf tot het onaannemelijke resultaat leiden dat ProRail - een omvangrijk bedrag - zou moeten betalen voor een nieuwe vinding die niet beter presteert dan de bestaande goot, die immers bij een verhoogde spanning van 140 V ook het bestaande ATB-sigitaal voldoende in stand houdt.

4.21 Nonaf stelt ook in hoger beroep dat Movares tijdens de metingen op de brug te Haarlem alleen de demping van het elektromagnetische veld heeft gemeten en niet de elektromagnetische veldsterkten. Die stelling is onjuist, omdat uit de in het Movares-rapport opgenomen tabellen en figuren blijkt dat Movares de elektromagnetische veldsterkten in Ampères heeft gemeten en naar aanleiding van die metingen de demping heeft berekend. De opmerking van Nonaf dat Movares niet de ATB-veldsterkte zou hebben gemeten, maar de veldsterkte die nodig is om de demping te bepalen, is niet te begrijpen zonder nadere toelichting, die echter ontbreekt. Nonaf heeft die opmerking daarom onvoldoende uitgewerkt, zodat het hof eraan voorbijgaat. Al hetgeen Nonaf op die stelling heeft gebaseerd faalt daarom en behoeft geen verdere behandeling.

De partijbeslissing

4.22 ProRail heeft vermeld dat zij [REDACTED] heeft aangesteld als de projectmanager, zoals bedoeld in artikel 3.3 van de Overeenkomst en dat hij samen met Movares en met Nonaf de metingen heeft uitgevoerd. [REDACTED] heeft in de brief van ProRail van 1 februari 2013, waarin hij als behandelaar is vermeld, aan Nonaf bericht dat zonder versterkende maatregelen het ATB-sigitaal niet voldoende is en dat daarom de Nonaf-goot niet voldoet aan de voorwaarde voor vrijgave. Nonaf vecht deze beslissing aan.

4.23 ProRail heeft in nrs. 55-56 van de memorie van grieven aangevoerd dat de projectmanager beoordeelt of de Nonaf-goot voldoet aan de eisen van artikel 4.1 van de Overeenkomst en dat die beslissing niet is overgelaten aan partijen gezamenlijk. Nonaf heeft daartegen aangevoerd dat de beslissing van de projectmanager objectief controleerbaar moet zijn en dat hij geen carte blanche heeft (nrs. 21-22 van de memorie van antwoord). Op die plaats heeft Nonaf ook vermeld dat [REDACTED] de beslissing niet binnen 10 werkdagen aan haar heeft meegedeeld, maar zij verbindt daaraan geen consequenties.

4.24 Het hof legt de bepaling aldus uit dat ProRail bindend bepaalt of de Nonaf-goot voldoet aan de voorwaarden voor vrijgave. Deze bevoegdheid is echter, zoals Nonaf terecht vermeldt, geen carte blanche. De rechtsverhouding tussen partijen wordt beheerst door de redelijkheid en billijkheid en die brengt mee dat partijen rekening moeten houden met de gerechtvaardigde belangen van de ander. De beslissingsvrijheid van ProRail is daarmee begrensd. Als ProRail in redelijkheid niet heeft kunnen komen tot het oordeel dat de Nonaf-goot niet voldoet aan de voorwaarden voor vrijgave, zal de rechter deze beslissing in beginsel buiten toepassing moeten laten. Op het gebied van het bedrijfszeker functioneren van de beveiligingssystemen op het spoor heeft ProRail de nodige ruimte om te beoordelen of een nieuwe toepassing bruikbaar is of juist te veel afdoet aan die zekerheid. Als ProRail van oordeel is en dit oordeel bij betwisting ook voldoende kan toelichten, dat gebruik van de Nonaf-goot zonder ES-lassen en/of luskabels maar met een verhoogde spanning onwenselijk interfereert met andere onderdelen van het beveiligingssysteem van de spoorweginfrastructuur, omdat de stroomsterkte aan de relaiszijde van de sectie dan hoger wordt dan 8 A en er een risico bestaat dat het relais ondanks het passeren van een trein niet afvalt, is er geen reden de geldigheid van die beslissing aan te tasten.

4.25 Een en ander brengt in de eerste plaats mee dat, indien Movares haar metingen op de juiste wijze heeft verricht, ProRail op basis van die metingen in redelijkheid heeft kunnen beslissen dat de Nonaf-goot niet voldeed, nu het ATB-signaal bij een spanning van 120 V in de brugsectie gemiddeld onder de minimaal vereiste 6,5 A bleef. De beslissingsvrijheid van ProRail gaat ook zover dat zij mocht beslissen dat de Nonaf-goot niet aan de vereisten voldeed, toen bleek dat de magnetische veldsterkte op de brug slechts in geringe mate onder 6,5 A bleef steken. Het andersluidende oordeel van de rechtbank in rechtsoverwegingen 2.22 e.v. van het eindvonnis is onjuist. Zelfs als verhoging van de spanning in de gehele sectie waarin de brug te Haarlem is opgenomen naar 140 V niet zou worden beschouwd als een versterkende maatregel, dan nog ziet het hof geen aanleiding te komen tot het buiten toepassing laten van de beslissing van ProRail. ProRail heeft voldoende toegelicht dat het treindedetectiesysteem naar haar oordeel aan onnodige risico's wordt blootgesteld, als in de gehele sectie de spanning wordt verhoogd tot 140 V. Het risico op foutmeldingen zou dan onaanvaardbaar worden vergroot. Ook in dat geval oordeelt het hof dat ProRail in redelijkheid heeft kunnen komen tot de beslissing dat de Nonaf-goot niet voldoet.

Geschil over de juistheid van de metingen door Movares

4.26 Het voorgaande wordt anders als Movares de metingen op onjuiste wijze zou hebben verricht; in dat geval mocht ProRail haar oordeel immers niet op die metingen baseren. Volgens Nonaf heeft ProRail niet op de juiste wijze het ATB-signaal gemeten, waardoor er te lage waarden zijn gemeten. Zij voert met name aan dat er geen kortsluitlans, maar een meetlans is gebruikt om de stroomkring te sluiten en dat deze kortsluitlans niet is verplaatst van de relaiszijde van de sectie naar de voedingszijde van de sectie om aldus de situatie van een rijdende trein te simuleren of niet op de juiste plaats is aangebracht, althans zo begrijpt het hof haar stelling. Dat kan bij een lange sectie als hier aan de orde een meetverschil van 2 tot 4 A meebrengen (zie met name p. 6 van de e-mail van [REDACTED] van 11 juni 2018, productie 16 bij de conclusie na deskundigenbericht van Nonaf en p. 5 van de reactie van [REDACTED] productie 24 bij memorie van antwoord). ProRail voert aan dat zij geen meetfouten heeft gemaakt. Volgens haar is er geen verschil tussen een meetlans en een kortsluitlans en is de afname van de stroomsterkte tussen de voedingszijde en de relaiszijde van de sectie verwaarloosbaar. Deskundige [REDACTED] heeft dit meningsverschil gesignaleerd, maar heeft hieraan geen conclusies verbonden (een na laatste alinea van zijn antwoord op vraag 3).

4.27 Het hof merkt op dat Movares in haar meetplan meldt dat bij de metingen in de deelsecties de meetlans telkens op regelmatige afstanden tussen de brug en de voedende zijde van de sectie (de zijde met de ATB-versterker) wordt geplaatst (§ 1.1 onder 4 en § 1.3, laatste alinea van het Meetplan, 4.6 hierboven), maar dat een dergelijk voorschrift niet voorkomt voor de metingen over de gehele sectie. Anderzijds blijkt uit de figuur 2 op p. 8 van het Movares-rapport van 7 november 2012 dat er tijdens meting 2 over de gehele sectie niet of nauwelijks sprake was van verzwakking van het ATB-signaal over de landhoofdgedeelten van de gehele sectie. Dat doet de vraag rijzen of de metingen een andere uitkomst zouden hebben gegeven als de meet-/kortsluitlans een aantal malen zou zijn verplaatst. Deze aspecten zullen door een nader deskundigenonderzoek moeten worden opgehelderd. Het hof is voornemens een deskundige te benoemen, aan wie de volgende vragen zullen worden gesteld:

1. Is er verschil tussen een meetlans en een kortsluitlans? Zo ja, had Movares bij de metingen op 11 en 12 juni 2012 een kortsluitlans moeten gebruiken? Zo ja, wat is het gevolg van het gebruik van de meetlans en is een uitspraak te doen aan de hand van de gemeten waarden, welke waarden zouden zijn gemeten als

2. een kortsluitlans zou zijn gebruikt?
Is er een verschil tussen de stroomsterkte aan de voedingszijde en aan de relaiszijde van de gehele sectie 216DT op en rond de brug over de Westelijke Randweg te Haarlem bij opwekking van stroom met behulp van een spanningsbron van 120 V en zo ja, hoeveel?
3. Heeft Movares bij de meting van de ATB-veldsterkte in sectie 216DT de meetlans op de juiste plaats aangebracht, althans verplaatst om aldus een rijdende trein te simuleren? Zo neen, wat is daarvan het gevolg? Is in dat geval een uitspraak te doen over de waarden, die zouden zijn gemeten, als de meetlans/kortsluitlans wel goed zou zijn aangebracht of zou zijn verplaatst?
4. Geeft het onderzoek overigens nog aanleiding tot het maken van opmerkingen, die in verband met de beslissing van dit geschil van belang zouden kunnen zijn?

4.28 Het hof zal de zaak naar de rol verwijzen, opdat partijen zich kunnen uitlaten over de vragen en over de persoon van de deskundige. [REDACTED] komt niet aanmerking voor benoeming, omdat hij inmiddels is ingeschakeld door ProRail.

Vrijgave van de Nonaf-goot (grief 6)

4.29 In grief 6 heeft ProRail erover geklaagd dat de rechtbank in rechtsoverweging 4.11 van het tussenvonniss van 1 maart 2017 en rechtsoverweging 2.1 van het tussenvonniss van 30 augustus 2017 ten onrechte heeft overwogen dat voor het geval de Nonaf-goot aan de eisen die in de Overeenkomst zijn gesteld, voldoet, ProRail de Nonaf-goot zal voorschrijven. ProRail heeft aangevoerd dat de inschrijver op een aanbesteding bepaalt op welke wijze hij de opdracht zal uitvoeren en dat ProRail niet de bevoegdheid heeft in aanbestedingen de Nonaf-goot verplicht voor te schrijven. Dit verweer heeft Nonaf onvoldoende betwist in haar reactie op grief 6. De grief is daarom gegrond.

4.30 Het hof zal iedere verdere beslissing aanhouden.

5 De motivering van de beslissing in hoger beroep in het kort geding

5.1 Het kort geding draait om de vraag of ProRail heeft voldaan aan onderdeel 3.2 van het dictum van het eindvonniss van 7 november 2017, dat voor zover hier nog van belang als volgt luidt:

“veroordeelt ProRail om, op voorwaarde dat dit vonnis aan haar is betekend en vervolgens een termijn van twee weken is verstreken, aan Nonaf een dwangsom te betalen van € 10.000 voor ieder dag dat zij niet:

- een document autoriseert waarmee toestemming wordt verleend voor generieke toepassing van de Nonaf-goot en/of

(...)

tot een maximum van € 1.000.000 is bereikt”.

5.2 De passage achter het gedachtestreepje in het dictum heeft te maken met artikel 4.3 van de Overeenkomst, waarin is bepaald dat “Vrijgave” volgt, als de Nonaf-goot voldoet aan de eisen genoemd in artikel 4.1. “Vrijgave” is in artikel 1 gedefinieerd als: “Autorisatie van een document door ProRail na goedkeuring van het resultaat van toepassing van de NONAF-goot, waarmee toestemming wordt verleend voor generieke toepassing van de NONAF-goot.”

5.3 Het eindvonnis is op 14 november 2018 betekend. ProRail heeft op 20 november 2018 een brief doen uitgaan, die in rechtsoverweging 2.8 van het bestreden vonnis is geciteerd. ProRail beschouwt dat als de vrijgaveverklaring en zij stelt dat zij daarmee heeft voldaan aan de hierboven weergegeven veroordeling. Daarna hebben partijen langdurig overlegd over de tekst van de vrijgaveverklaring, waarna ProRail op 19 februari 2019 een tekst op haar website heeft geplaatst, waarmee Nonaf akkoord was.

5.4 Het hof houdt de beslissing aan of de verschillende teksten die ProRail tussen 20 november 2018 en 19 februari 2019 heeft opgesteld, in overeenstemming zijn met het (in algemene termen opgestelde) dictum, totdat in de bodemprocedure is beslist of de Nonaf-goot voldoet aan de eisen van artikel 4.1 van de Overeenkomst.

5.5 Nu uit dit arrest volgt dat uiteindelijk alleen nog de vraag open ligt of de Nonaf-goot moest worden vrijgegeven en de partijen al tijdens de meervoudige comparitie in overleg waren over een voorstel dat perspectief bood op onderhandelingen over die vrijgave, geeft het hof partijen in overweging om dat overleg, uitgaande van de door het hof reeds hiervoor weergegeven beslissingen, weer op te pakken om te bezien of het mogelijk is in samenspraak te komen tot een bevredigende vrijgave van de Nonaf-goot, zodat een deskundigenbericht met bijbehorende kosten en vertraging wordt voorkomen. Een springend punt tijdens dat overleg was immers of ProRail moest betalen voor overdracht van het octrooirecht en daar heeft het hof inmiddels over geoordeeld.

5.6 Het hof zal iedere verdere beslissing aanhouden.

6 De beslissing

Het hof, recht doende in hoger beroep:

in de bodemprocedure:

verwijst de zaak naar de rol van 7 januari 2020, opdat partijen zich kunnen uitlaten over hetgeen in 4.26-27 heeft overwogen;

in de bodemprocedure en het kort geding:

houdt iedere verdere beslissing aan.

Dit arrest is gewezen door mrs. F.J. de Vries, D.M.I. De Waele en M. Schut, en is in tegenwoordigheid van de griffier in het openbaar uitgesproken op 10 december 2019.



Voor kopie conform
De griffier van het Gerechtshof
Arnhem-Leeuwarden mv