

vonnis

RECHTBANK OVERIJSEL

Team kanton en handelsrecht

Zittingsplaats Zwolle

zaaknummer / rolnummer: C/08/247146 / KG ZA 20-85

Vonnis in kort geding van 20 mei 2020

in de zaak van

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
PERSISTENCE IT B.V.,
gevestigd te Zwolle,
eiseres in conventie,
verweerster in reconventie,
advocaat mr. J.W. Silvius te Utrecht,

tegen

1. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
ADITUM SOFTWARE B.V.,
gevestigd te Zwolle,
2. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
INVITEE MUSIC & SPORT B.V.,
gevestigd te Zwolle,
gedaagden in conventie,
eiseressen in reconventie,
advocaat mr. M. Russchen te Amersfoort.

Partijen zullen hierna Persistence en Aditum c.s. (beide vrouwelijk enkelvoud) genoemd worden.

1. De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding van 24 april 2020 met 23 producties
- de brief van Aditum c.s. van 30 april 2020 met een eis in reconventie, pleitnotities en producties 1 t/m 12
- de pleitnota van Persistence
- de mondelinge behandeling (via Skype) op 1 mei 2020
- de aanhouding ten behoeve van minnelijk overleg
- de separate brieven van Persistence en Aditum c.s. van 7 mei 2020 met het verzoek om vonnis te wijzen.

1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

2. De feiten

2.1. Eind 2019 is tussen partijen een geschil ontstaan over de uitvoering van een tussen hen gesloten samenwerkingsovereenkomst, die – kort gezegd – ziet op de ontwikkeling van software teneinde zogenaamde “secondary ticketing” te voorkomen (doorverkoop tickets tegen woekerprijzen). Dit geschil heeft geresulteerd in een tussen partijen gewezen vonnis in kort gezeg van 21 februari 2020 (zaaknummer / rolnummer: C/08/242611 / KG ZA 20-6, hierna: het vonnis van 21 februari 2020), waarbij de voorzieningenrechter, voor zover hier van belang, als volgt heeft beslist:

5.1. *veroordeelt Persistence om binnen zeven dagen na het vonnis over te gaan tot installatie van de pilot-software, zoals die op 16 juli 2019 is getest, op een door Aditum aan te geven computerserver, onder afgifte van de broncodes en onder afgifte van de data die verzameld is tijdens de pilot, zulks op straffe van een dwangsom van € 5.000,00 voor iedere dag of gedeelte van een dag dat Persistence in strijd handelt met deze veroordeling, met een maximum tot € 100.000,00.*

5.2. *veroordeelt Persistence om binnen zeven dagen na het vonnis medewerking te verlenen aan ondertekening van een akte tot overdracht van auteursrechten op de pilot-software zonder de aanvullende modules aan Aditum, zulks op straffe van een dwangsom van € 5.000,00 voor iedere dag of gedeelte van een dag dat Persistence in strijd handelt met deze veroordeling, met een maximum tot € 100.000,00.*

5.3. *veroordeelt Persistence tot overdracht aan Aditum van de domeinnamen getstubs.com, stubsapp.com, getstubs.nl, getstubs.eu, stubs-app.com, mysiip.nl, mysiip.com, mysiip.eu, siip-id.com, siipid.com, siip.software binnen zeven dagen na het vonnis, door deze aan Aditum ter beschikking te stellen de token ofwel overdracht code, zulks op straffe van een dwangsom van € 5.000,00 voor iedere dag of gedeelte van een dag dat Persistence in strijd handelt met deze veroordeling, met een maximum tot € 100.000,00.*

5.4. *veroordeelt Persistence tot afgifte aan Aditum c.s. van de login codes van het content management systeem en de broncodes van de websites, alsmede de overdracht van de intellectuele eigendommen met betrekking tot de websites binnen zeven dagen na het vonnis, zulks op straffe van een dwangsom van € 2.000,00 voor iedere dag of gedeelte van een dag dat Persistence in strijd handelt met deze veroordeling, met een maximum tot € 40.000,00.*

5.5. *veroordeelt Persistence om zich binnen twee dagen na het vonnis te onthouden en blijvend te onthouden van het aanbieden van de programmatuur aan derden door licenties te verkopen of anderszins het programma te exploiteren of aan te bieden, zulks op straffe van een dwangsom van € 5.000,00 voor iedere dag of gedeelte van een dag dat Persistence in strijd handelt met deze veroordeling, met een maximum tot € 100.000,00.*

5.6. *veroordeelt Persistence in de proceskosten, aan de zijde van Aditum c.s. tot op heden begroot op € 1.729,23, vermeerderd met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW over dit bedrag vanaf de vijftiende dag na betekening van dit vonnis tot aan de dag der algehele voldoening.*

2.2. Naar aanleiding van het vonnis van 21 februari 2020 hebben partijen op 25 februari 2020 een bespreking gehad, waarbij L en O namens Persistence en W en C namens Aditum c.s. aanwezig waren en waarvan Persistence notulen heeft opgemaakt. Tijdens deze bespreking hebben partijen gesproken over de wijze waarop Persistence uitvoering zal geven aan de veroordelingen in het vonnis van 21 februari 2020, alsmede andere bestaande geschilpunten.

2.3. Bij e-mail van 26 februari 2020 heeft een zestal punten benoemd waarvoor zij de medewerking van Aditum c.s. nodig heeft (een e-mailadres en diverse accounts) om het vonnis van 21 februari 2020 te kunnen uitvoeren.

2.4. Bij e-mail van 27 februari 2020 om 18:17 uur heeft aan , voor zover hier van belang, het volgende meegedeeld:

De uitspraak bevat 4 voor nu relevant punten

- 5.1 Oplevering Pilot software
- 5.2 Overdracht auteursrechten
- 5.3 Overdracht domeinnamen
- 5.4 Overdracht websites

Van jou begreep ik dat met name punt 5.1 lastig is om binnen de gestelde tijd op te leveren. Ik wil je hier wat meer tijd voor gunnen. Morgenochtend app ik je voor een afspraak. Ik wil je uitstel geven om de software op te leveren 72 uur na onze afspraak. Zodra we de afspraak bevestigd hebben, laat ik dat per mail weten, zodat we geen misverstand over de nieuwe deadline kunnen hebben.

Ik begreep van je dat de oplevering van punten 5.2, 5.3 en 5.4 wel tijdig geleverd konden worden, dus verwacht ik die morgen wel.

Ik hoop hiermee de druk wat verminderd te hebben.

2.5. Bij e-mail van dezelfde dag om 20:44 uur heeft als volgt gereageerd:

De website zit op hetzelfde domein als de applicatie. We leveren dan morgen de website als bronbestanden. De installatie van de website moet gelijk met de applicatie backend.

We sturen de transfer codes maar die moet je nog niet gebruiken want dan valt de applicatie ook om.

De akte teken ik morgen.

2.6. Bij e-mail van 28 februari 2020 heeft (Persistence) het volgende aan Voorhorst bericht:

Hierbij de inloggegevens voor onze bestandserver waarop alle bestanden en inloggegevens staan [“secure file server”. toevoeging voorzieningenrechter]. Je kunt deze gegevens gebruik om in te loggen op: (...)

Username: (...)

Wachtwoord: (...)

*Met deze link (...) krijg je **eenmaal** het wachtwoord te zien, zorg dat je deze meteen opslaat anders krijg je hem niet nogmaals te zien.*

2.7. Op 28 februari 2020 heeft Persistence de “Akte overdracht auteursrecht en afgifte broncodes” ondertekend.

2.8. Op 9 maart 2020 hebben partijen een vaststellingsovereenkomst gesloten. Artikel 8 luidt als volgt:

Deze overeenkomst wordt aangegaan onder de ontbindende voorwaarde dat Aditum en Invitee niet uiterlijk op 25 maart 2020, onder overlegging van stukken waaruit dat blijkt, hebben bevestigd dat zij kunnen voldoen aan de financiële afspraken en verplichtingen vervalt [lees: vervat, toevoeging voorzieningenrechter] in deze overeenkomst.

Het doel van deze afspraak is dat deze overeenkomst volledig vernietigd wordt als de financiering niet rondkomt.

2.9. Op 16 maart 2020 heeft [L] aan [W] het volgende WhatsApp-bericht gestuurd:

We hebben je op 28 Feb 2020 de software en transfer codes van de domeinen gestuurd. Voor zover wij kunnen zien heb je die niet gedownload. Er zijn gisteren een aantal domeinen verlopen. Dat betekent dat ze zo snel mogelijk opnieuw geregistreerd moeten worden. Je kunt ook nog proberen om de transfer codes te gebruiken. Ik app je de transfer codes en de expiratiedatums.

2.10. Bij exploit van 20 maart 2020 heeft Aditum c.s. het vonnis van 21 februari 2020 aan Persistence laten betekenen.

2.11. Naar aanleiding van de betekening van het vonnis van 21 februari 2020 heeft [W] op verzoek van [L] het volgende bij e-mail van 23 maart 2020 aan [L] bevestigd:

Ik heb de deurwaarder een mail gestuurd om geen executiemaatregelen te nemen. Overigens hebben we uitsluitend opdracht gegeven om het vonnis te betekenen. Betalingen zijn immers overeengekomen in de vaststellingsovereenkomst.

De codes voor de overdracht van de volgende domeinnamen werken niet: www.getstubs.com www.getstubs.nl www.mysiip.com www.mysiip.nl

Gezien de huidige Corona-crisis is het niet te verwachten dat de gewenste financiering voor 25 maart rond is. Ik zal de aankomende 2 dagen alles in het werk stellen om te kijken of het toch lukt.

Aditum is akkoord gegaan met het uitstellen van de levering van de software, omdat oplevering van alleen de pilot software veel programmeertijd aan de zijde van Persistence kostte en niet nodig was als alle software geleverd kon worden. Mocht Aditum toch verzoeken de pilot software volledig te leveren, dan kijken we naar een redelijk termijn zodat dit door Persistence kan worden uitgevoerd.

2.12. Bij e-mail van 25 maart 2020 heeft Aditum c.s. – als gevolg van de Corona-uitbraak waardoor geen financiering kon worden verkregen – zich beroepen op artikel 8 van de vaststellingsovereenkomst en de vernietiging daarvan ingeroepen.

2.13. Op 29 maart 2020 heeft [L] als middellijk (mede)bestuurder van Aditum een betaling van € 10.500,00 aan Persistence verricht.

2.14. Bij e-mail van 30 maart 2020 om 11:21 uur heeft [W] het volgende aan [L] bericht:

De gegevens werken niet meer. Ik heb de software nog niet gedownload en had nog niet ingelogd vanwege voortgang v.w.b. vaststellingsovereenkomst.

Kun je mij direct toegang geven tot de software. Tevens verzoek ik je de ontbrekende software binnen 72 uur volledig werkend op te leveren.

2.15. Bij e-mail van dezelfde dag om 23:22 uur heeft aan een link gestuurd om het nieuwe wachtwoord in te zien.

2.16. Bij brief van 30 maart 2020 heeft Aditum c.s. Persistence meegedeeld dat vanaf 2 maart 2020 inmiddels € 140.000,00 aan dwangsommen zijn verbeurd omdat “*diverse punten uit het vonnis zijn nog altijd niet uitgevoerd*”. Daarbij heeft Aditum c.s. Persistence voorts gesommeerd gemeld bedrag van € 10.500,00 terug te betalen. Vervolgens hebben partijen hierover op 31 maart 2020 via e-mail met elkaar gecorrespondeerd.

2.17. Bij e-mail van 2 april 2020 heeft Persistence Aditum c.s. meegedeeld aan de veroordelingen uit het vonnis van 21 februari 2020, voor zover mogelijk, te hebben voldaan. Voorts heeft Persistence aangegeven dat alleen de scannersoftware niet is geïnstalleerd omdat zij niet bij de scannerkastjes kan en dat Aditum nog drie acties moet uitvoeren om de software onder de naam Aditum operationeel te krijgen. In een bijlage heeft Persistence per veroordeling uiteengezet welke acties zij heeft ondernomen en wat de status daarvan is.

2.18. Bij exploit van 2 april 2020 heeft Aditum c.s. Persistence gesommeerd een bedrag van € 84.000,00 aan verbeurde dwangsommen te betalen (21 maart 2020 t/m 1 april 2020 = 12 dagen x € 5.000,00 = € 60.000,00 i.v.m. de veroordeling in punt 5.3 van het vonnis van 21 februari 2020 + 21 maart 2020 t/m 1 april 2020 = 12 dagen x € 2.000,00 = € 24.000,00 i.v.m. de veroordeling in punt 5.4 van het vonnis van 21 februari 2020). Gelijktijdig heeft Aditum c.s. ten laste van Persistence executoriaal beslag laten leggen onder de Coöperatieve Rabobank U.A. en dit beslag op 6 april 2020 aan Persistence laten betekenen.

2.19. Op 1 en 6 april 2020 zijn de laatste domeinnamen aan Aditum overgedragen en is de applicatie/software geïnstalleerd op een server die aan Aditum is overgedragen.

2.20. Bij brief van 22 april 2020 heeft Aditum c.s. Persistence gesommeerd een bedrag van € 117.500,00 te voldoen in verband met verbeurde dwangsommen van in totaal € 107.000,00 en de eerder gemelde betaling van € 10.500,00.

3. Het geschil in conventie

3.1. Persistence vordert dat de voorzieningenrechter bij vonnis, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

Primair:

(1) Aditum c.s. zal bevelen de tenuitvoerlegging van het vonnis van 21 februari 2020 te staken en gestaakt te houden, op straffe van een dwangsom van € 10.000,00 voor iedere dag dat zij in gebreke blijft om aan deze veroordeling te voldoen, met een maximum van € 200.000,00, althans een in goede justitie door de voorzieningenrechter te bepalen dwangsom per dag en maximum;

(2) het ten laste van Persistence gelegde executoriale beslag zal opheffen, althans Aditum c.s. zal veroordelen om dit beslag binnen 24 uur na het vonnis op te heffen, op straffe van een dwangsom van € 10.000,00 voor iedere dag dat zij in gebreke blijft om aan deze

veroordeling te voldoen, met een maximum van € 200.000,00, althans een in goede justitie door de voorzieningenrechter te bepalen dwangsom per dag en maximum;

Subsidiair:

(3) de in het vonnis van 21 februari 2020 aan Persistence opgelegde dwangsommen zal opheffen, althans deze dwangsommen zal verminderen tot nihil, althans een door de voorzieningenrechter in goede justitie te bepalen bedrag;

Primair en subsidiair:

(4) Aditum c.s. zal veroordelen in de kosten van dit kort geding, inclusief de nakosten, alsmede in de wettelijke rente over deze kosten voor zover deze niet zijn voldaan binnen veertien dagen na dagtekening van het vonnis.

3.2. Aditum c.s. voert gemotiveerd verweer.

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

4. Het geschil in reconventie

4.1. Aditum c.s. vordert dat de voorzieningenrechter bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad, Persistence zal veroordelen tot terugbetaling van een bedrag van € 10.500,00, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf de datum van het vonnis tot de dag der algehele voldoening.

4.2. Persistence voert gemotiveerd verweer.

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

5. De beoordeling in conventie

5.1. Uit de aard van het gevorderde volgt reeds dat Persistence daarbij voldoende spoedeisend belang heeft.

5.2. Aan haar vorderingen legt Persistence, samengevat, primair ten grondslag dat zij tijdig aan de veroordelingen in punt 5.3 (overdracht domeinnamen) en 5.4 (overdracht CMS-codes) van het vonnis van 21 februari 2020 heeft voldaan en dat zij daarom geen dwangsommen heeft verbeurd. In dit verband verwijst Persistence naar haar e-mail van 28 februari 2020 (zie 2.6). Voor zover aangenomen moet worden dat Persistence niet (volledig) aan deze veroordelingen heeft voldaan, stelt Persistence zich subsidiair op het standpunt dat de termijn voor het verbeuren van dwangsommen niet is gaan lopen. Volgens Persistence heeft Aditum c.s. onvoldoende duidelijk gemaakt op welke grond zij meent dat dwangsommen zijn verbeurd. Ook heeft Aditum c.s. Persistence geen redelijke termijn voor (alsnog) nakoming geboden. Voorts betoogt Persistence (meer subsidiair) dat er aanleiding bestaat voor opheffing, althans vermindering van de dwangsommen ex artikel 61 ld Rv. Daartoe voert Persistence aan dat zij alle inspanning en zorgvuldigheid heeft betracht die redelijkerwijs van haar kon worden gevergd. Aditum c.s. betwist dit alles. De voorzieningenrechter overweegt als volgt.

Ten aanzien van de gevorderde staking van de executie van het vonnis van 21 februari 2020

5.3. In een executiegeschil kan de voorzieningenrechter de tenuitvoerlegging van een vonnis slechts schorsen, indien hij van oordeel is dat de executant - mede gelet op de belangen aan de zijde van de geëxecuteerde die door de executie zullen worden geschaad - geen in redelijkheid te respecteren belang heeft bij gebruikmaking van zijn bevoegdheid tot tenuitvoerlegging over te gaan. Dat zal het geval kunnen zijn indien het te executeren vonnis klaarblijkelijk op een juridische of feitelijke misslag berust of indien de tenuitvoerlegging op grond van na dit vonnis voorgevallen of aan het licht gekomen feiten klaarblijkelijk aan de zijde van de geëxecuteerde een noodtoestand zal doen ontstaan, waardoor een onverwijlde tenuitvoerlegging niet kan worden aanvaard.

5.4. De voorzieningenrechter begrijpt de stellingen van Persistencee aldus dat zij primair vordert – kort gezegd – staking van de executie van het vonnis van 21 februari 2020, waaronder de eerste opeising van dwangsommen zoals omschreven in het exploit van 2 april 2020 en het opheffen van het gelegde beslag, omdat die jegens haar onrechtmatig is. Dit omdat geen dwangsommen (kunnen) zijn verbeurd, aldus Persistencee.

5.5. In geschil is of Persistencee haar in het vonnis van 21 februari 2020 opgelegde dwangsommen heeft verbeurd.

5.6. In een executiegeschil waarbij het er om gaat of dwangsommen zijn verbeurd, beperkt de rechter zich ertoe de ter uitvoering van de veroordelende beslissing verrichte handelingen te toetsen aan de inhoud van de veroordeling, zoals deze door uitleg moet worden vastgesteld. Daarbij dient de voorzieningenrechter het doel en de strekking van de veroordeling tot richtsnoer te nemen in die zin dat de veroordeling niet verder strekt dan tot het bereiken van het daarmee beoogde doel. Hierbij geldt dat de rechter geen eigen oordeel kan geven over de juistheid van de rechterlijke beslissing die ten uitvoer wordt gelegd of van de onderliggende rechtsoverwegingen.

5.7. Aan de orde is dus de vraag of sprake is van overtreding van het vonnis van 21 februari 2020.

Domeinnamen

5.8. Ten aanzien van de overdracht van de domeinnamen is de voorzieningenrechter voorshands van oordeel dat Aditum c.s. voldoende gemotiveerd heeft bestreden dat Persistencee tijdig aan de veroordeling in punt 5.3 van het vonnis van 21 februari 2020 heeft voldaan door allereerst te verwijzen naar gemelde e-mail van [L] van 27 februari 2020 waarin [L] heeft aangekondigd dat hij de transfer codes (verhuiscodes domeinnamen) zal toesturen met daarbij de – niet voor tweërlei uitleg vatbare – restrictie die nog niet te gebruiken “want dan valt de applicatie ook om”. Gelet op deze mededeling heeft [W] kunnen en mogen begrijpen dat hij het document “domein-verhuiscodes” in de secure file server in afwachting van nadere berichtgeving van Persistencee niet kon gebruiken. Daarbij komt dat Aditum c.s. terecht erop heeft gewezen dat in de daaropvolgende e-mail van [] van 28 februari 2020 aan [W] weliswaar “de inloggegevens voor onze bestandserver waarop alle bestanden en inloggegevens staan” zijn verstrekt, maar zonder dat daarbij gelijktijdig melding is gemaakt dat de wachtwoord-link uit veiligheidsoverwegingen slechts zeven dagen geldig is en daarna zal verlopen. Hoewel Persistencee nauwgezet toezicht hield

of en wanneer Aditum c.s. in de beveiligde server (secure file server) inlogde, heeft zij Aditum c.s. hierop niet gewezen en evenmin aangegeven dat ondertussen gebruik kon worden gemaakt van bedoelde transfer codes. Nadat O op 30 maart 2020 aan W een nieuwe wachtwoord-link had verzonden, is bovendien gebleken dat Persistence L (zonder overleg met/instemming van Aditum c.s.) de domeinnamen getstubs.com, getstubs.nl, mysiip.com en mysiip.nl op 28 februari 2020 per 13 maart 2020 heeft opgezegd waardoor deze domeinnamen tijdelijk in quarantaine zijn geplaatst en alleen de eigenaar gedurende een bepaalde bedenperiode de domeinnaam opnieuw kan registreren, zo volgt uit de door Aditum c.s. als productie 3 overgelegde e-mail van Yourhosting Klantenservice d.d. 23 april 2020. Mede gelet op artikel 11 lid 2 van de algemene voorwaarden van Yourhosting, waarin onder meer is bepaald dat domeinnaamregistraties immer worden verlengd met een termijn gelijk aan de eerste termijn, kan de voorzieningenrechter de stelling van Persistence niet volgen dat de jaarabbonnementen van een aantal domeinnamen “toevalligerwijs” in maart 2020 afliepen. Dat opzegging van deze domeinnamen vanwege verhuizing naar een andere provider nodig was, heeft Persistence onvoldoende aannemelijk gemaakt en ook niet met Aditum c.s. gecommuniceerd.

CMS-logincodes

5.9. Ten aanzien van de afgifte van de logincodes van het content management systeem (CMS) heeft Persistence toegelicht dat voor de website in kwestie geen gebruik werd gemaakt van een CMS (een systeem om de website te beheren) en dat zij logischerwijs dan ook niet beschikt over inlogcodes van een CMS die zij aan Aditum kan afgeven. Volgens Persistence werd de website in kwestie beheerd met HTML en JavaScript en betekent dit in de praktijk dat aanpassingen op de website niet met een speciaal systeem plaatsvinden, maar simpelweg door op de server in te loggen en met een tekst editor rechtstreeks aanpassingen te maken in de broncode. Om de website te beheren – het doel van het verstrekken van CMS codes als bedoeld in punt 5.4 van het vonnis van 21 februari 2020 – zijn dus (slechts) de inlogcodes van de servers nodig, welke op 28 februari 2020 zijn verstrekt door het document “server-wachtwoorden” in de secure file server ter beschikking te stellen, aldus Persistence. Aditum c.s. heeft dit onvoldoende weersproken. De enkele stelling van Aditum c.s. – zie de e-mail van mr. Russchen d.d. 31 maart 2020 – dat L Persistence de codes van de CMS nog altijd niet ter beschikking heeft gesteld, is zonder nadere onderbouwing, die ontbreekt, in ieder geval onvoldoende. Daarbij betreft de voorzieningenrechter dat de restrictie met betrekking tot het gebruik – zie de e-mail van L van 27 februari 2020 – slechts gold ten aanzien van de transfercodes.

5.10. Nu het vonnis van 21 februari 2020 eerst op 20 maart 2020 door Aditum c.s. aan Persistence is betekend en de laatste domeinnamen op 1 en 6 april 2020 aan Aditum zijn overgedragen, kan niet worden geoordeeld dat Aditum c.s. misbruik heeft gemaakt van haar bevoegdheid tot tenuitvoerlegging van (punt 5.3 van) het vonnis van 21 februari 2020 over te gaan. Het voorgaande leidt ertoe dat het primair gevorderde moet worden afgewezen, nog daargelaten dat in een executiegeschil als de onderhavige slechts schorsing van de tenuitvoerlegging van een vonnis kan worden gevorderd. De vraag of en, zo ja, hoeveel dwangsommen zijn verbeurd staat in dit executiegeschil niet ter beoordeling maar zal in een eventuele bodemprocedure beantwoord moeten worden. In dat verband stelt de voorzieningenrechter vast dat tussen partijen niet (meer) in geschil is dat Persistence in ieder

geval op 31 maart 2020 (CMS-inlogcodes = “server-wachtwoorden”) en 6 april 2020 (domeinnamen) aan punt 5.3 en 5.4 van het vonnis van 21 februari 2020 heeft voldaan.

Ten aanzien van de gevorderde opheffing / vermindering van dwangsommen

5.11. Ten aanzien van de (meer) subsidiair gevorderde opheffing dan wel vermindering van de opgelegde dwangsommen overweegt de voorzieningenrechter het volgende. Ingevolge artikel 611d lid 1 Rv kan de rechter die een dwangsom heeft opgelegd, op vordering van de veroordeelde, de dwangsom opheffen, de looptijd ervan opschorten gedurende de door hem te bepalen termijn of de dwangsom verminderen, ingeval van blijvende of tijdelijke, gehele of gedeeltelijke onmogelijkheid voor de veroordeelde om aan de hoofdveroordeling te voldoen. Lid 2 van dit artikel bepaalt dat voor zover de dwangsom verbeurd was voordat de onmogelijkheid intrad, de rechter haar niet kan opheffen of verminderen.

Ratio van dit artikel is dat er alleen dan plaats is voor een dwangsom, indien het voor de veroordeelde redelijkerwijs mogelijk is om aan de veroordeling te voldoen en daarmee de verbeurde van dwangsommen te voorkomen. Een dwangsom dient een prikkel tot nakoming te zijn en geen straf voor niet-nakoming in de situatie waarin het voor de veroordeelde niet mogelijk was om te voldoen aan hetgeen waartoe hij was veroordeeld. Van onmogelijkheid om aan de veroordeling te voldoen, is sprake indien zich een situatie voordoet waarin de dwangsom als dwangmiddel zijn zin verliest (Benelux Gerechtshof 25 mei 1999, NJ 2000, 14). Van onmogelijkheid is ook sprake indien het onredelijk zou zijn meer inspanning en zorgvuldigheid te vergen dan de veroordeelde heeft betracht (Hoge Raad 13 juni 2003, NJ 2003, 521).

5.12. Anders dan Persistence betoogt, is de voorzieningenrechter voorshands van oordeel dat uit rechtsoverweging 5.4 volgt dat niet gezegd kan worden dat Persistence zich ten volle heeft ingezet om (tijdig) de domeinnamen aan Aditum over te dragen, waartoe zij bij vonnis van 21 februari 2020 is veroordeeld. Van een onmogelijkheid in de hiervoor bedoelde zin is onvoldoende gebleken. Dit betekent dat ook het subsidiair gevorderde niet toewijsbaar is.

Conclusie

5.13. Al met al komt de voorzieningenrechter tot de slotsom dat de vorderingen van Persistence, zowel primair als subsidiair, niet voor toewijzing in aanmerking komen.

Proceskosten

5.14. Persistence zal als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld. De kosten aan de zijde van Aditum c.s. worden tot op heden begroot op:

- griffierecht	€ 656,00
- salaris advocaat	€ 980,00
Totaal	€ 1.636,00

6. De beoordeling in reconventie

6.1. Aan haar vordering legt Aditum c.s., samengevat, ten grondslag dat L als indirect bestuurder van Aditum slechts bevoegd is tot het verrichten van betalingen tot een bedrag van € 5.000,00 en dat Voorhorst niet heeft ingestemd met de gewraakte betaling van

€ 10.500,00 aan Persistence. Volgens Aditum c.s. heeft Aditum hierdoor te kampen met liquiditeitsproblemen en was dit bedrag bedoeld om rekeningen van Aditum te voldoen. Persistence voert als verweer dat zij de betaling heeft verricht teneinde dit bedrag veilig te stellen in verband met een openstaande lening van [L] Holding BV aan Aditum en openstaande facturen van Persistence aan Aditum. De voorzieningenrechter overweegt als volgt.

6.2. Met betrekking tot een voorziening in kort geding, bestaande in veroordeling tot betaling van een geldsom, is terughoudendheid op zijn plaats. De rechter zal daarbij niet alleen hebben te onderzoeken of het bestaan van een vordering van de eiser op de gedaagde voldoende aannemelijk is, maar ook of daarnaast sprake is van feiten en omstandigheden die meebrengen dat uit hoofde van onverwijlde spoed een onmiddellijke voorziening is vereist, terwijl de rechter in de afweging van de belangen van partijen mede zal hebben te betrekken de vraag naar - kort gezegd - het risico van onmogelijkheid van terugbetaling, welk risico kan bijdragen tot weigering van de voorziening.

6.3. De voorzieningenrechter overweegt dat het formeel ontbreken van de bevoegdheid van Persistence om bedragen van deze omvang te voldoen aan de geldigheid van deze betaling voorshands niet in de weg staat, omdat ter zitting is gebleken dat [L] en [W] in de praktijk gewend waren om elkaar (stilzwijgend) tot het betalen van dit soort bedragen te machtigen. Voorts heeft Persistence terecht gewezen op het restitutierisico, omdat Aditum naar eigen zeggen thans in financieel zwaar weer verkeert en dat deze situatie (mede) de oorzaak is dat de ontbindende voorwaarde van de vaststellingsovereenkomst is vervuld. Het voorgaande betekent dat de gevorderde terugbetaling moet worden afgewezen.

Proceskosten

6.4. Aditum c.s. zal als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld. De kosten aan de zijde van Persistence worden tot op heden begroot op € 490,00 aan salaris advocaat ($\frac{1}{2}$ x tarief € 980,00).

7. De beslissing

De voorzieningenrechter

in conventie

7.1. wijst de vorderingen af,

7.2. veroordeelt Persistence in de proceskosten, aan de zijde van Aditum c.s. tot op heden begroot op € 1.636,00,

in reconventie

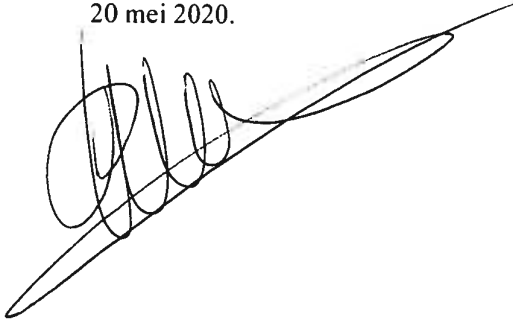
7.3. wijst de vordering af,

7.4. veroordeelt Aditum c.s. in de proceskosten, aan de zijde van Persistence tot op heden begroot op € 490,00,

in conventie en in reconventie

7.5. verklaart 7.2 en 7.4 uitvoerbaar bij voorraad.

Dit vonnis is gewezen door mr. A.M. Koene en in het openbaar uitgesproken op
20 mei 2020.



- 

Voor kopie conform
De griffier van de
Rechtbank Overijssel
Afdeling civiel en handelsrecht, Zwolle



type:
coll: