

---

## 9

Rechtbank 's-Gravenhage 2 augustus 2012, nr. 422922 KG  
ZA 12-711  
(mr. P.H. Blok))  
m.nt. mr. H. Struik<sup>1</sup>

(art. 1.1, 1.2 Softwarerichtlijn; art. 10.1 onder 12e Aw; art.  
843a, 1019b Rv)

**Inbreuk op auteursrecht op computerprogrammatuur  
door bewerking van specificaties die zijn opgesteld in  
het kader van de ontwikkeling van de software van eiser.**

---

<sup>1</sup> Mr. Hendrik Struik is advocaat bij CMS Derks Star Busmann.

**Bewijsbeslag en inzage in het in beslag genomen materiaal na selectie door deskundige. Vereiste van redelijk vermoeden van inbreuk. Specificaties als voorbereidend materiaal c.q. niet beschermde functionaliteit: vraag in hoeverre de functionaliteit in die specificaties is uitgewerkt.**

In de zaak van  
de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid  
FORAX B.V.,  
gevestigd te 's-Gravenhage,  
eiseres in conventie,  
verweerster in reconventie,  
advocaat D. Knottenbelt, te Rotterdam,  
tegen  
de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid  
DIPLOMATIC CARD S&D SA,  
gevestigd te Luxemburg, Luxemburg,  
gedaagde in conventie,  
eiseres in reconventie,  
advocaat mr. G.H. Meijerman te 's-Hertogenbosch.

Partijen zullen hierna Forax en DCC worden genoemd. Forax is bijgestaan door mr. P.N.A.M. Claassen en mr. R. Chalmers Hoyneck van Papendrecht, advocaten te Breda. DCC is bijgestaan door haar hiervoor genoemde advocaat en mr. M. Weij, advocaat te Amsterdam.

### De procedure

- 1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:
  - de dagvaarding van 11 juli 2012;
  - de door Forax overlegde producties 1-17;
  - de door DCC overlegde producties 1-69, alsmede haar akte eis in reconventie;
  - de mondelinge behandeling van 19 juli 2012 en de daarbij door partijen gehanteerde pleitnotities.
- 1.2. Ter zitting heeft de voorzieningenrechter het bezwaar van DCC tegen (het tijdstip van) overlegging van de producties 13-15 van Forax verworpen. Ook die stukken maken dus deel uit van het procesdossier.
- 1.3. Het vonnis is bepaald op heden.

### De feiten

- 2.1. DCC 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 te tanken.
- 2.2. De aandelen van DCC worden voor 2/3 gehouden door Shuriken S.A. (hierna: Shuriken) en voor 1/3 door Mercure International S.A. (hierna: Mercure). Shuriken wordt vertegenwoordigd door A of familieleden van A. De aandelen van Mercure International S.A. worden gehouden door een administratiekantoor. De certificaten zijn (direct of indirect) in handen van B of familieleden van B.

2.3. De heren C, D, E en F en mevrouw G hebben vanaf 2009 of 2010, op basis van een arbeidsovereenkomst of een overeenkomst van opdracht, werkzaamheden verricht voor een dochtervennootschap van DCC, DCC Exploitation Beheer B.V. (hierna: DCC Exploitation) in het kader van het voornoemde tankkaart-project van DCC.

2.4. In mei en juni 2010 hebben de aandeelhouders van DCC, 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 DCC. Shuriken is daarmee niet akkoord gegaan.

2.5. In juni 2010 of eerder hebben B, D, E, C en F 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, waarna de activa, waaronder rechten op maatwerksoftware, uit de failliete boedel zouden worden gekocht.

2.6. Op 2 juli 2010 hebben aan B gelieerde vennootschappen leningen aan DCC opgezegd.

2.7. Met ingang van 8 juli 2010 heeft DCC Exploitation de arbeidsovereenkomst met D met onmiddellijke ingang opgezegd. C, E, G en F hebben hun overeenkomsten in juli 2010 opgezegd.

2.8. Op 14 juli 2010 heeft E de domeinnaam *forax.eu* geregistreerd.

2.9. In september 2010 heeft C de vennootschap naar Belgisch recht Forax N.V. opgericht.

2.10. Op 6 september 2010 heeft een aan B gelieerde vennootschap het faillissement van DCC Exploitation aangevraagd. De Rechtbank Breda heeft dit verzoek afgewezen op 22 september 2010.

2.11. Bij dagvaarding van 1 november 2010 hebben onder meer DCC Exploitation en A een kort geding aanhangig gemaakt tegen D, E, C, G en B waarin zij een verbod hebben gevorderd op – samengevat – oneerlijke concurrentie door D, E, C, G en B. Bij vonnis 15 december 2010 heeft de voorzieningenrechter van de rechtbank 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. B wenste niet te voorzien in verdere liquiditeiten zolang A/Shuriken de zeggenschap had. Shuriken/A 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 C en E niet onrechtmatig was. Hetzelfde geldt voor G. Ten aanzien van D bestaan ernstige twijfels of concurrentie

onrechtmatig is. Dat B toen plannen maakte waarin een doorstart van de onderneming na faillissement wordt voorzien was niet onrechtmatig. Een dergelijke activatransactie 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. B 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.

2.12. Op 10 februari 2011 hebben DCC en Atos Worldline SAS (hierna: 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). Onder meer de volgende bepalingen maken onderdeel uit van de Atos-overeenkomst (Atos wordt daarin aangeduid als 'Supplier', DCC als 'Client'):

--

#### "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.

[...]

##### 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.

[...]

#### 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."

2.13. Op 7 juni 2011 heeft de Rechtbank Breda alsnog het faillissement van DCC Exploitation Beheer uitgesproken. Deze beslissing is tot aan de Hoge Raad in stand gebleven.

2.14. Op 9 januari 2012 is Forax opgericht.

2.15. Op 26 mei 2012 en 4 juni 2012 heeft een Belgische rechtbank verlof verleend tot het leggen van beschrijvend beslag onder Forax N.V. en derden in België.

2.16. Op 31 mei 2012 heeft DCC een verzoekschrift ingediend bij de rechtbank 's-Gravenhage waarin zij de rechtbank onder meer heeft verzocht een voorlopig deskundigenbericht te gelasten ter beoordeling van onder meer de mate waarin Forax gebruik maakt van het functioneel en technisch ontwerp van de software die DCC gebruikt in het kader van haar tankkaart-project.

2.17. Op 27 juni 2012 heeft de voorzieningenrechter van de rechtbank 's-Gravenhage op verzoek van DCC verlof verleend tot het leggen van conservatoir bewijsbeslag onder Forax 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 verlof verleend tot het leggen van conservatoir derdenbeslag bij Exact Software Nederland B.V., respectievelijk Flusso B.V. (hierna: Flusso).

2.18. Op basis van de laatstgenoemde beschikking heeft DCC op 2 juli 2012 bewijsbeslag laten leggen onder Flusso.

#### Het geschil in conventie

3.1. Forax vordert de onmiddellijke opheffing van het gelegde beslag en met retournering van de in beslag genomen zaken, onder bepaling van een dwangsom, met veroordeling van DCC in de volledige proceskosten ex artikel 1019h van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (hierna: Rv).

3.2. Aan haar vordering legt Forax ten grondslag dat DCC ter verkrijging van het beslagverlof de rechtbank niet correct en volledig heeft ingelicht en dat Forax geen inbreuk maakt op enig aan DCC toekomend auteursrecht. In dat kader heeft Forax aangevoerd (i) dat de Forax-software is ontwikkeld onafhankelijk van de software die DCC gebruikt en de specificaties daarvan, (ii) dat DCC geen auteursrechthebbende is op de software en de specificaties, (iii) dat de specificaties waarop DCC zich beroept, niet in aanmerking komen voor auteursrechtelijke bescherming daar deze enkel bestaan uit een beschrijving van functionaliteiten bestaan, (iv) dat het beslag schade toebrengt aan Forax en (v) dat het beslag te ruim is gelegd.

3.3. DCC voert verweer. Op de stellingen van partijen zal hierna, voor zover van belang, nader worden ingegaan.

#### in reconvenie

3.4. DCC vordert – samengevat – inzage in het beslagen materiaal, rechtstreeks of door een deskundige, subsidiair inzage in een kopie van alleen de index van het beslagen materiaal. Tevens vordert DCC een registeraccount aan te wijzen welke op kosten van Forax onderzoek zal doen 'naar verschuldigheid van gebruiksvergoedingen met betrek-

king tot het Systeem en de DF kaart van DCC', onder bepaling van een dwangsom en met veroordeling van Forax in de proceskosten in de zin van artikel 1019h Rv.

3.5. In haar akte van eis in reconventie heeft DCC tevens gevorderd haar toe te staan op grond van art. 730 Rv jo 843 Rv bewarend beslag te doen leggen onder Forax en Flusso. Ter zitting heeft zij dit deel van haar vordering ingetrokken.

3.6. DCC heeft aan haar vordering ten grondslag gelegd dat zij wenst de in beslag genomen gegevens 'nu ook beschreven te zien worden'.

3.7. Forax voert verweer. Op de stellingen van partijen zal hierna, voor zover van belang, nader worden ingegaan.

### De beoordeling in conventie

#### *spoedeisend belang*

4.1. Het spoedeisende belang van Forax bij de gevorderde opheffing van het beslag vloeit voort uit het voortdurende karakter van de schade die Forax stelt te lijden ten gevolge van het beslag.

#### *opheffing*

4.2. Volgens art. 705 lid 2 Rv dient een beslag te worden opgeheven indien summierlijk blijkt van de ondeugdelijkheid van het door de beslaglegger ingeroepen recht. De argumenten die Forax heeft aangevoerd brengen weliswaar mee dat de inbreuk die DCC ten grondslag heeft gelegd aan de beslagrekeningen allerminst vast staat, maar voor de handhaving van een beslag is volledig bewijs van een inbreuk niet nodig. Het beslag dient immers juist ter bescherming van materiaal dat kan dienen als nader bewijs van die inbreuk. Voor opheffing is daarom vereist dat Forax summierlijk aantoont dat de door DCC gestelde inbreuk onvoldoende aannemelijk is in de zin van artikel 1019b Rv, dat wil zeggen dat er onvoldoende concrete feiten en omstandigheden zijn waaruit een redelijk vermoeden van inbreuk kan volgen (hof Amsterdam 24 april 2012, LJN BW4100, *Rhodia – VAT*). Zoals hierna zal worden toegelicht, is Forax daar naar voorlopig oordeel niet in geslaagd.

#### *bewerking*

4.3. DCC stelt dat de software die Forax op dit moment gebruikt (hierna: de Foraxsoftware), is ontleend aan software van DCC en meer specifiek dat de Foraxsoftware een bewerking is van specificaties die Atos voor DCC heeft opgesteld in het kader van de ontwikkeling van de software van DCC (hierna: de DCC-specificaties). DCC heeft naar voorlopig oordeel terecht aangevoerd dat de volgende feiten en omstandigheden, in samenhang beschouwd, die stelling voldoende aannemelijk maken voor handhaving van het beslag.

4.3.1. Ten eerste staat vast dat medewerkers van Forax tot juli 2010 nauw betrokken zijn geweest bij de ontwikkeling van de DCC-software en in die hoedanigheid ook ken-

nis hebben gekregen van de DCC-specificaties. Forax heeft niet weersproken dat D, E, C, G en F in het kader van hun werkzaamheden voor DCC toegang hadden tot alle relevante informatie en documenten ten aanzien van de DCC-software, waaronder de DCC-specificaties. Ook staat vast dat die personen die kennis van de DCC-specificaties hebben ingebracht bij Forax. Ter zitting heeft Forax zelf uitdrukkelijk verklaard dat Forax kennis heeft van de DCC-specificaties (pleitnota Forax, § 102).

4.3.2. Ten tweede staat vast dat de Forax-software en de DCC-specificaties betrekking hebben op hetzelfde specifieke product, te weten een systeem van *post paid* tankkaarten dat diplomaten en medewerkers van internationale instellingen in staat stelt om voor een bepaald overeengekomen quotum belastingvrij te tanken. Gegeven de gelijkheid van die producten is voorshands aannemelijk dat de DCC-specificaties bruikbaar zijn geweest voor de ontwikkeling van de Forax-software. Dat het DCC-maatwerk onlosmakelijk is verbonden met de standaard software van Atos en dat het Forax-systeem anders is opgebouwd, sluit anders dan Forax heeft aangevoerd, niet uit dat op zijn minst bepaalde delen van de DCC-specificaties bruikbaar zijn geweest voor Forax. Of dat het geval is, dient te worden beoordeeld in de hoofdzaak.

4.3.3. Ten derde staat vast dat Forax de specificaties voor haar software in aanzienlijk kortere tijd heeft opgesteld dan DCC. DCC heeft onweersproken en onder verwijzing naar een verklaring van Atos (productie 56 van DCC) aangevoerd dat de ontwikkeling van de DCC-specificaties circa zes maanden in beslag heeft genomen. Forax stelt dat pas met de ontwikkeling van haar specificaties is begonnen na het vertrek van de Forax-medewerkers bij DCC halverwege juli 2010 en dat de specificaties eind augustus 2010 aan Flusso zijn geleverd. Door DCC ingeschakelde deskundigen hebben verklaard dat het 'meer dan onwaarschijnlijk' is dat die specificaties in die korte tijd tot stand zijn gekomen zonder gebruikmaking van de DCC-specificaties (rapport van de heren Mulder, productie 67 van DCC, p. 10). Dat is een voldoende onderbouwing in het kader deze procedure, waarin uitsluitend de vraag voorligt of het bewijsbeslag moet worden opgegeven. In hoeverre de verklaringen die Forax heeft aangevoerd voor de relatief korte duur steek houden (zoals de aanwezige know how van medewerkers van Forax, het gebruik van een bepaalde applicatie bij de ontwikkeling van de Foraxsoftware en de minder complexe aard van de Forax-software), kan worden beoordeeld in de hoofdzaak.

4.4. Gelet op het voorgaande kan in het midden blijven of de Forax-software is ontleend aan de broncode of objectcode van de software die DCC gebruikt, zoals Forax onder verwijzing naar onder meer een rapport van haar deskundige Keijser (productie 5 van Forax) en een verklaring van haar softwareontwikkelaar Flusso (productie 6 van Forax), heeft bestreden. Ook als de software niet is ontleend aan die broncode en objectcode laat dat onverlet dat de Forax-software mogelijk wel een bewerking is van de DCC-specificaties. DCC baseert haar betoog juist met name op het gebruik van die specificaties. Om diezelfde reden heeft ook het feit dat DCC heeft nagelaten om in de beslagrekeningen

melding te maken van het rapport van Keijser, waarover zij al beschikte op het moment van indienen van de rekest, niet tot gevolg dat het beslag moet worden opgeheven. Weliswaar is de voorzieningenrechter met Forax van oordeel dat DCC dat rapport mede gelet op artikel 21 Rv had moeten melden, maar omdat het beslag in dit geval op andere feitelijke grondslagen kan worden gehandhaafd dan de grondslag die in het rapport is onderzocht, gaat het naar het oordeel van de voorzieningenrechter te ver om het beslag op te heffen vanwege dat verzuim.

4.5. Het betoog van Forax dat zij pas is opgericht op 9 januari 2012 en dus niet betrokken kan zijn geweest bij de gestelde ontlening, moet naar voorlopig oordeel ook worden gepasseerd. Als onweersproken staat vast dat Forax na haar oprichting de Foraxsoftware heeft gebruikt. Om te kunnen beoordelen of dat gebruik kan worden aangemerkt als inbreukmakende handeling is het noodzakelijk om vast te stellen of de Forax-software een bewerking is van de DCC-specificaties. Voor die beoordeling is de wijze waarop de Forax-software tot stand is gekomen relevant, ook voor zover de software is ontwikkeld voorafgaand aan 9 januari 2012.

#### *rechthebbende*

4.6. Het betoog van Forax dat de gestelde auteursrechten met betrekking tot het software systeem dat DCC gebruikt, niet bij DCC liggen, is naar voorlopig oordeel ten dele ongegrond. DCC heeft aangevoerd dat haar systeem bestaat uit een laag standaard software en een laag maatwerk software. Onder verwijzing naar de Atos-overeenkomst (productie 9 van DCC) heeft DCC betoogd dat de auteursrechten met betrekking tot de standaard software bij Atos zijn gebleven, maar dat de auteursrechten met betrekking tot de maatwerk software (*Customized Software*) door Atos zijn overgedragen aan DCC. Ook Forax gaat daarvan uit. Daarnaast heeft DCC aangevoerd dat haar auteursrecht op het maatwerk zich ook uitstrekt tot de specificaties. Mede gelet op het feit dat dit betoog wordt ondersteund door een verklaring van Atos (producties 69 van DCC), moet voorshands worden aangenomen dat in ieder geval de gestelde auteursrechten met betrekking tot de specificaties van het maatwerk bij DCC berusten. De hiervoor vastgestelde gronden voor het vermoeden van inbreuk, hebben mede betrekking op dat deel van de specificaties. Ook als dat deel heel gering zou zijn, zoals Forax suggereert (en DCC bestrijdt), kan er sprake zijn van een inbreuk. Het betoog van Forax dat de overdracht van die auteursrechten pas heeft plaatsgevonden bij ondertekening van de overeenkomst tussen Atos en DCC op 10 februari 2011, kan naar voorlopig oordeel evenmin leiden tot een ander oordeel. Daarbij kan in het midden blijven of auteursrechten met terugwerkende kracht kunnen worden overgedragen. Ook als dat niet het geval is, staat immers vast dat DCC de recht-hebbende was op het moment dat Forax na haar oprichting begon met het gebruik van de Forax-software.

#### *auteursrechtelijk beschermd werk*

4.7. Forax heeft betoogd dat de DCC-specificaties slechts de functionaliteit van het computerprogramma weergeven en daarom, mede gelet op het arrest van het Hof van Justitie in de zaak SAS Institute – WPL (HvJ EU 2 mei 2012, C-406/10, LJN BW6074), niet voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking komen. Daartegenover heeft DCC aangevoerd dat specificaties bij uitstek kwalificeren als voorbereidend materiaal dat op grond van artikel 10 lid 1 sub 12 Aw en artikel 1 lid 1 van richtlijn 2009/24/EG uitdrukkelijk wel voorwerp van auteursrechtelijke bescherming is. Wie op dit punt gelijk heeft, zal naar voorlopig oordeel mede afhangen van de wijze waarop de functionaliteit van de software is uitgewerkt in de DCC-specificaties. Dat kan niet worden vastgesteld in dit geding, alleen al omdat geen van partijen de DCC-specificaties heeft overgelegd, hoewel niet in geschil is dat beide partijen daarover beschikken

#### *belangenafweging*

4.8. Forax heeft aangevoerd dat moet worden meegewogen dat onder het beslag ook vertrouwelijke gegevens vallen en dat het enkele gerucht dat Forax zou werken met 'illegale software' haar schade toebrengt. Op zich is juist dat bij de beoordeling van de opheffing van een beslag de wederzijdse belangen moeten worden afgewogen (HR 14 juni 1996, NJ 1997/481). Het feit dat er vertrouwelijke gegevens in bewaring zijn gegeven, is echter onvoldoende om het beslag op te heffen, omdat er bij het verlot de nodige waarborgen zijn gesteld ter bescherming van de vertrouwelijkheid. Gesteld noch gebleken is dat die waarborgen onvoldoende zijn. Ook de schade die geruchten zouden veroorzaken is onvoldoende grond voor opheffing van het beslag, alleen al omdat die geruchten niet uit de wereld zullen zijn met de opheffing aangezien er nog diverse andere procedures tussen partijen lopen waarin DCC dezelfde claim naar voren brengt.

#### *omvang beslag*

4.9. Ten slotte heeft Forax aangevoerd dat het beslag te ruim is gelegd omdat het mede gegevens omvat die geen verband houden met de gestelde inbreuk. Forax heeft echter zelf aangevoerd dat alle beslagen gegevens op één draager zijn geplaatst en daarom niet kunnen worden gescheiden. Daarvan uitgaande heeft het alleen zin om ofwel het beslag voor alle gegevens op te heffen, ofwel het beslag voor alle gegevens in stand te laten. Gelet op het hiervoor voorshands vastgestelde redelijke vermoeden van inbreuk en de waarborgen die zijn getroffen ter bescherming van de vertrouwelijkheid van de gegevens, moet in dit geval worden gekozen voor handhaving van het beslag op alle gegevens.

### conclusie

4.10. Op grond van het voorgaande moeten de vorderingen van Forax worden afgewezen. Forax zal als de in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de proceskosten. De voorzieningenrechter begrijpt uit de door DCC als producties 68 overgelegde facturen van haar advocaat ten bedrage van € 14.327,84 (exclusief BTW) en € 4.297,50 (exclusief BTW) en haar deskundigen ten bedrage van € 5.000,00 dat DCC een bedrag van in totaal € 23.625,34 vordert. Partijen hebben daarbij geen onderverdeling aangebracht tussen de zaak in conventie en reconventie. Aangezien in beide zaken de gestelde inbreuk centraal staat, zullen de kosten bij helfte worden verdeeld en zal dus een bedrag van € 11.812,67 worden toegerekend aan de conventie. Forax heeft de redelijkheid en evenredigheid van die kosten niet bestreden. Daarom zal het volledig worden toegewezen, te vermeerderen € 575,00 aan griffierecht.

### De beoordeling in reconventie

5.1. Het spoedeisend belang van DCC bij de gevorderde inzage in het beslagen materiaal vloeit voort uit het feit dat zij het aldus te verkrijgen bewijsmateriaal wil gebruiken in een op korte termijn aanhangig te maken bodemprocedure tegen Forax.

5.2. De gevorderde inzage kan ten dele worden toegewezen. Naar voorlopig oordeel heeft DCC voldoende aangevoerd voor een redelijk vermoeden van inbreuk. Voor de motivering van dit oordeel wordt verwezen naar hetgeen op dit punt is overwogen in conventie. Uitgaande van dat redelijke vermoeden van inbreuk heeft DCC een rechtmatig belang bij inzage in gegevens voor zover die kunnen dienen tot staving van de gestelde inbreuk.

5.3. Welke gegevens DCC wil inzien, is voldoende bepaald in de zin van artikel 843a Rv voor zover DCC inzage vordert in de bestanden die specifiek zijn omschreven in paragraaf 82 onder a) tot en met n) van het eerste beslagrekest, waarnaar DCC ter zitting heeft verwezen ter toelichting van de bepaaldheid van haar eis. Voor zover DCC heeft bedoeld om inzage te vorderen in meer dan die specifiek omschreven bestanden, moet de vordering worden afgewezen vanwege de onbepaaldheid.

5.4. De gespecificeerde bestanden die DCC wil inzien zijn, zoals DCC zelf aangeeft, bestanden die van haarzelf afkomstig zijn, zoals de DCC-specificaties en een internet applicatie van DCC, genaamd DCC-NET. Dat sluit in dit geval niet uit dat DCC een belang heeft bij inzage omdat, naar de voorzieningenrechter begrijpt, de vaststelling dat bepaalde DCC-bestanden aanwezig zijn bij de softwareontwikkelaar van Forax, Flusso, de gestelde inbreuk mogelijk kan onderbouwen.

5.5. Het feit dat DCC inzage wil in bestanden die van haarzelf afkomstig zijn, brengt ook mee dat niet valt in te zien waarom die informatie vertrouwelijk gehouden moet worden ten opzichte van DCC. De bescherming van vertrouwelijke informatie staat dus niet in de weg aan toewijzing van de vordering. Aangezien als onbestreden vast staat dat

het beslag ook andere bestanden omvat die wel vertrouwelijk zijn, zoals de database met klantgegevens van Forax, zal wel worden bepaald dat de inzage moet worden verleend via een onafhankelijke deskundige op de hierna te bepalen wijze.

5.6. Daarnaast dient de inzage te worden beperkt tot de bestanden die kunnen dienen tot bewijs van de gestelde inbreuk op het auteursrecht. Forax heeft onweersproken aangevoerd dat dit niet geldt voor de bestanden die zijn omschreven in paragraaf 82 onder a), b), c), d), j) en n) van het eerste beslagrekest. Het betoog van DCC dat die bestanden wel relevant zijn voor de door haar gestelde oneerlijke concurrentie, kan niet leiden tot een andere conclusie. DCC vordert namelijk inzage in materiaal dat in bewaring is genomen op grond van uitsluitend de gestelde inbreuk op het auteursrecht. Naar voorlopig oordeel is inzage in materiaal dat in beslag is genomen ter bescherming van bewijs van uitsluitend een auteursrechtinbreuk, ter verkrijging van bewijs van iets anders, niet mogelijk.

5.7. Het betoog van DCC dat de beslagrekest en de beslagverloven mede zijn gebaseerd op de gestelde oneerlijke concurrentie door (medewerkers van) Forax, is naar voorlopig oordeel ongegrond. In het petitum van de rekestten verzoekt DCC immers uitdrukkelijk om 'beslag tot bescherming van bewijs ex art. 1019c Rv', dat wil zeggen om beslag ter handhaving van een recht van intellectuele eigendom in de zin van artikel 1019 Rv. Niet in geschil is dat de door DCC gestelde oneerlijke concurrentie niet kan worden aangemerkt als handhaving van een recht van intellectuele eigendom in de zin van die bepaling. De formulering van het petitum is bovendien in overeenstemming met de toelichting die DCC daarop heeft gegeven in de beslagrekestten. In het lichaam van de rekestten heeft DCC het verzoek ook uitsluitend gemotiveerd op basis van de gestelde inbreuk op het auteursrecht. Dat DCC in de beslagrekestten ook stellingen heeft ingenomen die relevant kunnen zijn voor beoordeling van de gestelde oneerlijke concurrentie, kan niet leiden tot een ander oordeel, omdat zij die stellingen in de rekestten uitsluitend heeft gepresenteerd als onderbouwing van de gestelde inbreuk. In overeenstemming hiermee heeft de voorzieningenrechter in de beschikkingen verlot verleend voor het leggen van 'bewijsbeslag in de zin van artikel 1019b Rv' en is in de motivering van de beschikkingen uitsluitend de gestelde inbreuk op het auteursrecht beoordeeld.

5.8. Gelet op het voorgaande zal de voorzieningenrechter de gevorderde inzage toewijzen onder de volgende, krachtens artikel 843 lid 2 Rv te stellen 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 E. 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 E 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.

5.8.4. De kosten van de werkzaamheden van de deskundige komen gelet op artikel 843a lid 1 Rv voor rekening van DCC.

5.9. Het gevorderde 'onderzoek naar de verschuldigdheid van gebruiksvergoedingen met betrekking tot het Systeem en de DF kaart' moet bij gebrek aan toelichting worden afgewezen. Daar komt bij dat voor zover DCC hiermee heeft bedoeld een onderzoek te vorderen ter begroting van de schade die zij heeft geleden door de gestelde auteursrechtinbreuk, gesteld noch gebleken is dat zij daarbij een spoedeisend belang heeft.

5.10. Aangezien partijen over en weer op punten in het ongelijk zijn gesteld, zullen de proceskosten in reconventie in die zin worden gecompenseerd, dat elke partij zijn eigen kosten draagt.

### De beslissing

De voorzieningenrechter

### in conventie

- 6.1. wijst de vorderingen af;
- 6.2. veroordeelt Forax in de proceskosten, aan de zijde van DCC tot op heden begroot op [...];

### in reconventie

- 6.3. beveelt Forax en de bewaarder van het krachtens de beschikking van 2 juli 2012 onder Flusso in beslag genomen materiaal om een door DCC aan te wijzen onafhankelijke deskundige op diens eerste verzoek inzage te verlenen in dat materiaal ter uitvoering van het onder 5.8 beschreven onderzoek;
- 6.4. verklaart dit vonnis in reconventie tot zover uitvoerbaar bij voorraad;
- 6.5. wijst de vorderingen voor het overige af;
- 6.6. compenseert de proceskosten in die zin dat elke partij zijn eigen kosten draagt;
- 6.7. bepaalt, voor zover nodig, de termijn voor het instellen van een eis in de hoofdzaak in de zin van artikel 1019i Rv op zes maanden na heden.

### Noot

1. 'Klassiek' aan deze auteursrecht-inbreukcasus is, dat de bij de beweerde inbreukmaker (Forax) betrokken personen vroeger hebben gewerkt bij of met de beweerde rechthebbende (DCC), waarna betrekkelijk snel na het verbreken van die samenwerking Forax met een concurrerend softwareproduct op de markt komt. Het kort geding gaat over de vraag of een door DCC bij Forax en anderen gelegd bewijsbeslag (op grond van art. 1019b Rv) rechtmatig was en of DCC recht heeft op inzage van het in beslag genomen (en in gerechtelijke bewaring gegeven) materiaal om haar stellingen inzake inbreuk nader te kunnen onderbouwen. Daartoe moet sprake zijn, zoals de voorzieningenrechter terecht overweegt (4.2), van een redelijk vermoeden van inbreuk.

2. Minder klassiek aan deze casus is dat DCC haar beschuldiging van inbreuk toespitst op de stelling (4.3), dat de Forax-software 'een bewerking is van specificaties die (zijn) opgesteld in het kader van de ontwikkeling van de software van DCC' (mijn cursivering); gelet daarop meent de rechtbank (4.4) dat in het midden kan blijven of de Forax-software is ontleend aan de broncode of objectcode van de DCC-software. Daarmee komt het debat, zoals Forax ook heeft aangevoerd, te staan in de sleutel van het recente arrest van het Europese Hof van Justitie *SAS/World Programming*.<sup>2</sup> In dat arrest oordeelde het HvJ EU, met verwijzing naar zijn eerdere arrest uit 2010 over de gebruikersinterface (*Softwarová*)<sup>3</sup>, dat de auteursrechtelijke bescherming voor *computerprogrammatuur* (dus op grond van de Software-richtlijn) ziet op de uitdrukkingwijze 'zoals de bron- en de doelcode' (= objectcode) van een programma, die de mogelijkheid bieden het programma te produceren of reproduceren, maar (dus) *niet* op de functionaliteit, programmeertaal en indeling van gegevensbestanden. Het monopoliseren van functionaliteit is volgens het Hof uitdrukkelijk niet verenig-

<sup>2</sup> HvJ EU 2 mei 2012 (nr. C-406/10), LJN BW6074, CR 2012/121, m.nt. M. Truyens (*SAS/World Programming*).

<sup>3</sup> HvJ EU 22 december 2010, LJN BP0405, CR 2011/35, m.nt. J.J. Krikke (*Svaz softwarová ochrany/Ministerstvo kultury*).

baar met Softwarerichtlijn. Het HvJ EU voegde eraan toe dat de omstandigheid dat programmeertaal en bestandsindexing geen programmatuur zijn, er niet aan afdoet dat ze een 'gewoon' auteursrechtelijk werk kunnen zijn, indien ze een 'eigen intellectuele schepping' van de auteur zijn.

3. Aan het beroep van Forax op dit arrest werpt DCC tegen (4.7); maar blijkens art. 1 lid 1 van de Softwarerichtlijn en art. 10 lid 1 sub 12 Aw valt het 'voorbereidend materiaal' van software ook onder de auteursrechtbescherming voor software, en specificaties zijn voorbereidend materiaal. Wie hier gelijk heeft hangt er volgens de voorzieningenrechter van af hoe die functionaliteit is uitgewerkt in de specificaties waarvoor DCC bescherming vraagt – en dat lijkt op zichzelf juist. Want wanneer die specificaties zich zouden beperken tot het opsommen van de functies, het louter beschrijven van wat de programmatuur moet *doen*, dan zal gelet op het SAS-arrest, van beschermde computerprogrammatuur geen sprake zijn (en zal dus het schrijven van programmacode voor die beschreven functionaliteit geen inbreuk zijn); maar naarmate in die specificaties ook wordt 'afgedaald' naar het niveau van specificeren hoe de programmatuur moet worden *gemaakt*, moet worden *geschreven*, zal wel van bescherming als programmatuur sprake kunnen zijn. Hoe het in casu zat kon de rechter in dit geding niet vaststellen, 'alleen al omdat geen van partijen de DCC-specificaties heeft overgelegd.' Als onduidelijk is of het geclaimde object überhaupt kwalificeert als werk zou er, normaal gesproken, geen grond zijn voor een redelijk vermoeden van auteursrechtinbreuk. Toch gaat de rechter daar wel vanuit. Daarbij moet echter worden bedacht dat een beschrijving van specificaties, ook wanneer die niet als (voorbereidend materiaal van) *computerprogrammatuur* kan worden beschouwd, nog wel een 'gewoon' auteursrechtelijk werk kan zijn, dat wil zeggen een geschrift dat een 'eigen intellectuele schepping' van de maker is (dat overweegt de voorzieningenrechter overigens niet). In dat geval zal de inbreukvraag echter minder eenvoudig liggen: of de programmatuur(code) van Forax dan inbreuk vormt op het specificatiedocument zal ervan afhangen of in die code sprake is van overgenomen gedeelten die de uitdrukking zijn van de eigen intellectuele schepping van de maker van de DCC-specificaties.<sup>4</sup>

4. Bij bewijsbeslag in het bedrijf van de wederpartij en de wens om het beslagene in te zien, speelt bijna altijd de vraag of de vertrouwelijke bedrijfsinformatie van die wederpartij voldoende is beschermd; art. 1019b lid 4 Rv waarborgt dat belang uitdrukkelijk. Mede daarom beveelt de voorzieningenrechter denk ik een 'getrapte' inzage (5.8.1–5.8.3): eerst moet een deskundige selecteren welk in beslag genomen materiaal valt onder bepaalde categorieën die de rechter in zijn vonnis aanduidt, daarna moet hij van het geselecteerde een kopie maken, en ten slotte die kopie afgeven aan DCC. In de bepaling (5.8.1) dat die deskundige onafhankelijk moet zijn maar *door DCC wordt aangewezen* zit overigens iets tegenstrijdigs. Ook is opmerkelijk dat de rechter in zijn vonnis aan die door DCC te benoemen des-

kundige geheimhouding oplegt (5.8.3 laatste zin), terwijl die deskundige natuurlijk geen partij in de procedure is en het vonnis als zodanig hem dus niet bindt. Ten slotte valt op dat in het dictum (6.3) wel wordt bevolen dat Forax en de bewaarder (ook geen partij trouwens) aan de zich meldende deskundige *inzage* moeten geven, maar niets meer wordt gezegd over het kopieën maken en meenemen daarvan.

mr. H. Struik

4 HvJ EG 16 juli 2009 (nr. C-5/08), AMI 2009/5, nr. 20 (*Infopaq*).