



Vonnis

RECHTBANK MIDDEN-NEDERLAND

Afdeling Civiel recht
handelskamer

locatie Lelystad

zaaknummer / rolnummer: C/16/336635 / HL ZA 13-23

Vonnis van 23 juli 2014

in de zaak van

& DEVELOPMENT,
wonende te 's-Hertogenbosch,
eiser in conventie,
verweerder in reconventie,
advocaat mr. C. Jeunink te 's-Hertogenbosch,

L I. HODN TONIT CONSULTING

tegen

1. **G**
wonende te
gedaagde in conventie,
eiser in reconventie,
(voorheen) advocaat mr. D.N. van Beem te Amsterdam,
2. **w** **z**,
wonende te
gedaagde in conventie,
eiseres in reconventie,
(voorheen) advocaat mr. D.N. van Beem te Amsterdam,
3. **w**
de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
CSIPOS B.V.,
gevestigd te Nederhorst den Berg,
gedaagde in conventie,
advocaat mr. A. van Hees te Amsterdam.

Partijen zullen hierna Tonit, **G** s, **w** en CSIPOS genoemd worden.

1. De procedure

- 1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:
- het tussenvonnissen van 26 juni 2013
 - het proces-verbaal van comparitie van 5 november 2013
 - de conclusie van antwoord in reconventie van Tonit
 - de akte wijziging eis van Tonit
 - de akte overlegging producties van Tonit

C/16/336635 / HL ZA 13-23
23 juli 2014

2

- de akte overlegging producties van CSIPOS
- de akte na comparitie van Tonit
- de akte na comparitie van CSIPOS
- de akte overlegging producties van Tonit
- de akte overlegging producties van CSIPOS
- de tweede akte na comparitie van Tonit
- de tweede akte na comparitie van CSIPOS

1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

1.3. Mr Van Beem heeft zich op 5 november 2013 onttrokken als advocaat van
G en W

2. De feiten

In conventie en reconventie

2.1. Tonit ontwikkelt en produceert sinds 2000 software. Tonit heeft de software Ecash en Ecash Mobile ontwikkeld. De Ecash software wordt gebruikt voor kassasystemen in de horeca en vormt samen met de hardware, zoals een bonnenprinter, touchscherm en geldlade, een compleet kassasysteem. De Ecash Mobile software wordt gebruikt voor mobiele bestelsystemen, ook wel "handhelds" genoemd. De Ecash software en de Ecash Mobile software worden hierna ook genoemd: de Software.

2.2. G en W waren vennoten van Control Systems V.O.F. (verder te noemen Control Systems). Control Systems is op 14 september 2012 uitgeschreven uit het handelsregister van de Kamer van Koophandel. Witte was op 17 juli 2012 uitgeschreven als vennoot van Control Systems.

2.3. Control Systems was een groothandel in onder meer computers, randapparatuur en software voor de horeca.

2.4. Control Systems was wederverkoper van Tonit met betrekking tot de Software. Dit geschiedde op basis van een mondelinge overeenkomst. Op grond van deze overeenkomst nam Control Systems softwarelicenties af bij Tonit tegen betaling van een licentievergoeding. Control Systems leverde de Software (tezamen met de hardware) aan haar afnemers. De relatie tussen partijen heeft 8 jaar bestaan.

2.5. Op 27 februari 2012 is CSIPOS opgericht. G is en W e waren tezamen met Carto Holding BV en V a Consultancy vanaf de oprichting bestuurder van CSIPOS. V a was bestuurder van Carto Holding BV en van V Consultancy BV. W is op 17 juli 2012 uitgetreden als bestuurder.

2.6. In 2010 is er een geschil ontstaan tussen Tonit en Control Systems met betrekking tot het leveren van Software door Control Systems aan haar afnemers zonder daarvoor de overeengekomen licentievergoeding te betalen aan Tonit. Ter beëindiging van dit geschil is op 8 september 2010 een onthoudingsverklaring getekend door G en W in hun hoedanigheid van vennoten van Control Systems. In deze onthoudingsverklaring wordt erkend dat inbreuk is gemaakt op de auteursrechten van Tonit op de Software door de

C/16/336635 / HL ZA 13-23
23 juli 2014

3

Software ter beschikking te stellen aan derden zonder de licentievergoeding te betalen.
Verder staat er in deze onthoudingsverklaring:

"Ondergetekenden verklaren voorts dat zij:

- i) zich met onmiddellijke ingang zullen onthouden van iedere ongeoorloofde verveelvoudiging en/of openbaarmaking van de Software, zoals bijvoorbeeld door, maar niet beperkt tot, het verlenen van toegang tot de Software en/of het verstrekken van (sub)licenties aan derden zonder daarvan mededeling te doen aan Tonit en/of zonder daarvoor de gebruikelijke en door Tonit gehanteerde licentievergoeding af te dragen aan Tonit, waardoor inbreuk wordt gemaakt op de auteursrechten van Tonit in de zin van Auteurswet.*
- ii) zich met onmiddellijke ingang zullen onthouden van het omzeilen van de technische en of andersoortige beveiligingsmaatregelen van de Software en/of het aanbrengen van iedere wijziging in de Software, waardoor inbreuk wordt gemaakt op de auteursrechten van Tonit in de zin van de Auteurswet en/of waardoor onrechtmatig jegens Tonit wordt gehandeld;*
- iii) aan Tonit onmiddellijk schriftelijk mededeling zullen doen van alle toekomstige systeem- en module-uitbreidingen (bijvoorbeeld aanvullende softwaremodules en/of extra handhels) die in aanvulling op de basislicentie van de Software aan afnemers van Control Systems wordt/worden geleverd en die van invloed zijn of kunnen zijn op de geldigheid van de licenties van de Software en/of de door Control Systems af te dragen licentievergoedingen;*
- (...)*
- iv) aan Tonit een onmiddellijke opeisbare hoete is verschuldigd van € 5.000,- voor iedere keer en/of dag, een gedeelte van de dag daaronder begrepen, één en ander naar keuze van Tonit, dat zij in strijd met het bepaalde in sub i, ii, iii, iv en v hierboven handelt of laat handelen;*

2.7. In het kader van de afspraken die in de onthoudingsverklaring waren gemaakt heeft Control Systems een lijst opgesteld met klanten waaraan zij Software had geleverd zonder daarvoor een licentie aan te vragen bij Tonit of een licentievergoeding af te dragen. Control Systems heeft op basis van de door haar verstrekte lijst alsnog de verschuldigde licentievergoeding betaald aan Tonit.

2.8. Op 24 juni 2011 zijn partijen een betalingsregeling overeen gekomen met betrekking tot nog openstaande facturen van Tonit over 2009. Deze betalingsregeling werd door Control Systems niet correct nagekomen. Ook bleven er facturen over het jaar 2011 onbetaald. In totaal bedroeg de betalingsachterstand een bedrag van € 32.470,38. Tonit heeft Control Systems bij brief van 2 januari 2012 in gebreke gesteld en gesommeerd de nog openstaande facturen te betalen. Control Systems heeft de openstaande facturen voldaan door een betaling op 9 januari 2012 en middels verrekening.

2.9. Control Systems heeft alternatieve kassasoftware ontwikkeld welke onder de naam CSJPOS op de markt werd gebracht.

C/16/336635 / HL ZA 13-23
23 juli 2014

4

2.10. Op 19 januari 2012 heeft Tonit de overeenkomst tussen partijen schriftelijk met directe ingang beëindigd. In de brief van 19 januari 2012 staat onder meer:
"Tot mijn grote verontwaardiging ben ik tot de ontdekking gekomen dat er door jullie wederom inbreuk is gemaakt op mijn auteursrechten betreffende de door mij ontwikkelde Ecash software.

(...)

Omdat er wederom inbreuk is gemaakt op mijn auteursrechten wil ik hierbij iedere samenwerking met Control Systems beëindigen. {...}

Als aanvullende redenen voor de beëindiging van de samenwerking wil ik opmerken dat ik ondanks mijn schrijven van 11 januari 2012 nog altijd geen volledige betaling van de openstaande posten heb ontvangen. Ook heb ik nog geen creditfacturen ter verrekening ontvangen. {...}

Nog een reden is het ontbrekende wederzijdse vertrouwen. {...} Terwijl ik jullie op allerlei manieren heb geholpen hebben jullie een pakket ontwikkeld dat wel verdacht veel lijkt op Ecash. De meeste functionaliteit is 1-op-1 overgenomen..."

3. Het geschil

in conventie

3.1. Tonit vordert – samengevat en na wijziging van eis – hoofdelijke veroordeling van **CS**, **W** en CSIPOS,

primair:

- a) dat zij zich onthouden van iedere inbreuk op de auteursrechten van Tonit op de in de dagvaarding omschreven software;
- b) dat zij staken en gestaakt houden ieder onrechtmatig handelen jegens Tonit;
- c) dat zij een overzicht verstrekken van alle professionele afnemers aan wie zij licenties voor de software hebben verstrekt, met vermelding van de aantallen en soort per afnemer, en de met deze leveringen gerealiseerde omzet en winst;
- d) dat zij op hun kosten een controle laten uitvoeren door een registeraccountant van de hiervoor bedoelde gegevens en een ondertekende verklaring van deze registeraccount overleggen waarin de juistheid van de gegevens wordt bevestigd;
- e) dat zij een boete betalen van € 60.000,- te vermeerderen met rente;
- f) dat zij de licentievergoedingen afdragen voor door Control Systems verstrekte licenties waarvan uit het overzicht blijkt dat daarover nog geen licentievergoeding aan Tonit is afgedragen, alsmede dat zij een licentievergoeding betalen van €2.250,- te vermeerderen met rente.

subsidiar:

- dat CSIPOS staakt en gestaakt houdt ieder onrechtmatig handelen jegens Tonit, bestaande uit het misbruik maken van het identiteitsverschil tussen Control Systems en CSIPOS

C/16/336635 / HL ZA 13-23
23 juli 2014

5

- dat CSIPOS de schade moet vergoeden die Tonit heeft geleden als gevolg van het onrechtmatig misbruik van identiteitsverschil, op te maken bij staat.

primair en subsidiair;

-veroordeling in de proceskosten bestaande uit de feitelijke door Tonit gemaakte kosten, althans een door de rechtbank te bepalen bedrag, te vermeerderen met rente

3.2. Ter onderbouwing van zijn vorderingen voert Tonit het volgende aan. Tonit is auteursrechthebbende ten aanzien van de Software. In 2010 heeft Tonit met Control Systems een onthoudingsverklaring getekend. Control Systems heeft nadien opnieuw softwarelicenties aan haar klanten verstrekt zonder betaling van de licentievergoeding aan Tonit. Daardoor heeft Control Systems gehandeld in strijd met de auteursrechten van Tonit op de Software en in strijd met de onthoudingsverklaring. Tonit heeft de Software eveneens doen kraken hetgeen in strijd is met de auteursrechten van Tonit en de onthoudingsverklaring. **G** en **W** zijn als beherend vennoten hoofdelijk aansprakelijk voor de handelingen van Control Systems.

3.3. Tonit voert verder aan dat ook CSIPOS aansprakelijk is voor de inbreuken op de auteursrechten van Tonit. Enkele inbreuk makende handelingen zijn mede in naam van CSIPOS gepleegd. Daarnaast dient CSIPOS vereenzelvigd te worden met Control Systems, dan wel heeft CSIPOS onrechtmatig gehandeld jegens Tonit.

3.4. **G** en **W** voeren verweer. Zij voeren allereerst aan dat het auteursrecht op de Software mede bij **G** ligt. Daarnaast voeren **G**'s en **W** aan dat de Software niet goed werkte en dat Tonit dit niet wilde verhelpen, hetgeen er toe heeft geleid dat zij inbreuk moesten maken op de auteursrechten van Tonit. Ook hadden zij met Tonit afgesproken dat zij bij klanten die veel problemen ondervonden gratis handhelds mochten leveren.

3.5. CSIPOS voert eveneens verweer. Zij betwist dat zij vereenzelvigd kan worden met Control Systems en dat zij onrechtmatig heeft gehandeld.

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

in reconventie

3.7. **G**'s en **W** vorderen - samengevat - veroordeling van Tonit tot vergoeding van de schade als gevolg van de onregelmatige beëindiging van de overeenkomst, op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet.

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

C/16/336635 / HL ZA 13-23
23 juli 2014

6

4. De beoordeling

in conventie

Tussen Tonit en *G/W*

Co-auteurschap

4.1. Tonit heeft gesteld auteursrechthebbende te zijn van de Software op grond waarvan hij zich kan verzetten tegen een ieder die zonder zijn toestemming de Software openbaar maakt en/of vereenvoudigt. *G* heeft gesteld mede auteursrechthebbende te zijn omdat hij Tonit bij de ontwikkeling van de Software van wezenlijke input heeft voorzien.

4.2. De rechtbank oordeelt als volgt. *G* heeft zijn stelling dat hij mede auteursrechthebbende zou zijn nauwelijks onderbouwd. Hij heeft bijvoorbeeld niet aangegeven wat de inhoud en omvang was van de input die hij heeft gegeven en in welke fase van de software ontwikkeling dit heeft plaatsgevonden. Deze nadere onderbouwing had in het licht van de onthoudingsverklaring, waarin is opgenomen dat Tonit auteursrechthebbende is en welke onthoudingsverklaring door *G* is ondertekend, wel van hem mogen worden verwacht. Op grond hiervan gaat de rechtbank er van uit dat Tonit als enige auteursrechthebbende is van de Software.

4.3. Tonit heeft gesteld dat Control Systems na het ondertekenen van de onthoudingsverklaring in strijd heeft gehandeld met de auteursrechten van Tonit en in strijd heeft gehandeld met de onthoudingsverklaring. Volgens Tonit bestaan deze handelingen uit het kraken van de licentiebeveiliging, het verstrekken van licenties zonder de verschuldigde licentievergoeding aan Tonit af te dragen en het niet vermelden van systeem- en module-uitbreidingen. Deze handelingen zullen hieronder worden besproken.

Kraken van de licentiebeveiliging

4.4. Tonit heeft gesteld dat Control Systems de beveiliging van de Software heeft omzeild door daartoe opdracht te geven aan een medewerker, de heer *K*. De beveiliging is een technische voorziening waardoor het zonder geldige licentie niet mogelijk is de Software te gebruiken. *K* heeft via een hackersforum hulp gekregen over de wijze waarop de beveiliging van de Software kon worden omzeild. Volgens Tonit is het de heer Kroes gelukt om de beveiliging van de Software te omzeilen. Het kraken van de beveiliging is onrechtmatig op grond van de Auteurswet en in strijd met ii) van de onthoudingsverklaring.

4.5. *G* en *W* hebben de stellingen van Tonit niet betwist en erkennen dat inbreuk is gemaakt op de auteursrechten. Zij hebben het verweer aangevoerd, zo begrijpt de rechtbank de stellingen van *G* als on *W* dat er problemen waren met de Software. Daardoor heeft Control Systems een "licentie 2055" bij klanten geïnstalleerd. Op die manier waren de problemen opgelost.

4.6. De rechtbank oordeelt als volgt. Artikel 29 Auteurswet beoogt bescherming te geven tegen omzeiling van doeltreffende technische voorzieningen die dienen tot het tegengaan van handelingen ten aanzien van auteursrechtelijk beschermde werken. Het enkel

C/16/336635 / HL ZA 13-23
23 juli 2014

7

in het bezit hebben van een omzeilingsmiddel is reeds onrechtmatig jegens de auteursrechthebbende als dat geschiedt met een commercieel doel. In deze zaak kan worden aangenomen dat Control Systems een product heeft laten maken dat de beveiliging van de Software kon omzeilen. Mede gezien de erkenning door G's en W kan worden aangenomen dat daarmee in strijd is gehandeld met de auteursrechten van Tonit. Voor zover het verweer van G's en W moet worden opgevat als een beroep op overmacht, wordt geoordeeld dat dat verweer onvoldoende is onderhouden. De enkele stelling van G's en W dat de Software niet goed functioneerde en dat Tonit niet meewerkte aan een oplossing, levert nog geen overmacht op.

4.7. Het (doen) maken en in bezit hebben van een omzeilingsmiddel van de Software levert eveneens een overtreding op van de onthoudingsverklaring. In de onthoudingsverklaring wordt het daadwerkelijk omzeilen van de Software verboden. Daarvan is al sprake bij het enkel in bezit hebben van het omzeilingsmiddel.

4.8. Op grond van het voorgaande concludeert de rechtbank dat Control Systems met het doen ontwikkelen en in bezit hebben van een middel dat de beveiliging van de Software omzeilt, in strijd heeft gehandeld met de wet en de onthoudingsverklaring.

Verstrekken licenties zonder licentievergoeding

4.9. Tonit verwijt Control Systems verder dat zij kassasystemen en handhelds met de Software aan haar klanten (horecagelegenheden) heeft geleverd zonder een licentievergoeding te betalen. Ook heeft Control Systems gekraakte Software aan klanten geleverd. De concrete verwijten van Tonit zullen hieronder worden besproken.

Brasserie Baton

4.10. Tonit heeft gesteld dat er aan Brasserie Baton in eerste instantie een kassasysteem en één handheld is geleverd. De licentievergoedingen daarvoor zijn door Control Systems aan Tonit betaald. Daarna zijn nog drie handhelds geleverd. Twee naar aanleiding van een order van 19 juli 2011 en een naar aanleiding van een order van 22 februari 2012. Voor deze leveringen zijn geen vergoedingen aan Tonit betaald. Op grond hiervan vordert Tonit drie maal de boete van € 5.000,-- en driemaal de standaardlicentie van € 150,--.

4.11. G's en W erkennen dat er in juli 2011 resp. februari 2012 nog drie handhelds zijn geleverd. Zij verwerpen zich echter met de stelling dat het hier om vervangende handhelds ging omdat de eerdere handhelds stuk waren gegaan. De afspraak was met Tonit gemaakt dat handhelds die stuk gingen tegen een lagere verkoopprijs en zonder licentievergoeding mochten worden verkocht aan de klant.

4.12. De rechtbank oordeelt als volgt. De stelling van G's en W dat het hier zou gaan om drie vervangende handhelds is onwaarschijnlijk. Vaststaat immers dat vóór juli 2011 slechts één handheld aan Brasserie Baton was geleverd. G's en W maken niet duidelijk waarom dan in juli 2011 twee handhelds als vervanging geleverd zouden moeten worden. Ook de gestelde afspraak met Tonit over het zonder vergoeding mogen leveren van vervangende handhelds is onwaarschijnlijk en door G's en W ook niet nader gemotiveerd. In het licht van de stellingen van Tonit waaruit blijkt dat Tonit een dergelijke

C/16/336635 / HL ZA 13-23
23 juli 2014

8

afpraak betwist, had van G en W naar feiten en omstandigheden mogen worden verwacht die hun stelling zouden steunen.

4.13. De vorderingen van Tonit liggen met betrekking tot Brasserie Baton in beginsel voor toewijzing gereed.

Bir Bey

4.14. Tonit heeft gesteld dat er aan Bir Bey in eerste instantie een kassasysteem en twee handhelds zijn geleverd. De licentievergoedingen daarover zijn door Control Systems aan Tonit betaald. Daarna zijn er na 19 januari 2012 nog drie handhelds geleverd. Voor deze leveringen zijn geen licentievergoedingen aan Tonit voldaan. Op grond hiervan vordert Tonit driemaal de boete van € 5.000,- en driemaal de standaardlicentie van € 150,-.

4.15. G en W hebben onder verwijzing naar de factuur van 12 juni 2012 gesteld dat niet Control Systems maar CSIPOS de 3 handhelds heeft geleverd aan Bir Bey.

4.16. De rechtbank oordeelt als volgt. Met G en W wordt geoordeeld dat uit de factuur van 12 juni 2012 in beginsel moet volgen dat de drie handhelds zijn geleverd door CSIPOS. Deze factuur is immers verstuurd namens CSIPOS BV. Zonder nadere toelichting van Tonit, die ontbreekt, valt niet te oordelen dat de levering zou hebben plaatsgevonden door Control Systems. De verklaring van de heer GR is in dit verband onvoldoende mede omdat hij spreekt over (in totaal) 4 handhelds in plaats van drie. Hierdoor is het niet duidelijk op welke handhelds de verklaring van de heer GR betrekking heeft.

4.17. De vorderingen van Tonit met betrekking tot Bir Bey zullen worden afgewezen.

Brug 132

4.18. Tonit stelt dat Brug 132 gebruik maakt van een kassasysteem met de Software. Deze Software heeft zij gekregen van Control Systems zonder dat daarvoor aan Tonit een licentievergoeding is betaald. Tonit verwijst naar de verklaring van de heer Mulder, eigenaar van Brug 132, van 22 augustus 2012 waarin hij aangeeft dat de software van zijn kassasysteem is aangeschaft bij Control Systems. Op grond hiervan vordert Tonit een boete van € 5.000,- en een licentievergoeding van € 400,-.

4.19. G en W stellen dat Brug 132 het voormalige Kafka betreft, dat weer de opvolger was van restaurant Dupont. Aan restaurant Dupont is destijds onder licentienummer 90012102006001 een kassasysteem geleverd waarvoor een licentievergoeding is afgedragen. Zij stellen dat met Tonit was afgesproken dat licenties verstrekt worden per adres. De onderhavige licentie is verstrekt aan restaurant Dupont dat destijds was gevestigd op het adres De Wittekade 190-192 te Amsterdam, het adres waar Brug 132 thans zit. Control Systems was dan ook geen licentie verschuldigd en heeft de onthoudingsverklaring niet overtreden.

4.20. De rechtbank oordeelt als volgt. In de verklaring van de heer M staat dat hij van Control Systems een kassasysteem heeft aangeschaft met software onder de licentiecode 963230409001. G en W betwisten de aanspraak van Tonit op de boete en de

C/16/336635 / HL ZA 13-23
23 juli 2014

9

licentievergoeding door er op te wijzen dat destijds een kassasysteem is verstrekt aan restaurant Dupont met software onder licentiecode 90012102006001. Dit is een andere licentiecode. Zonder nadere toelichting van G en W, die ontbreekt, is niet duidelijk wat de relevantie is van de levering van de software onder deze andere licentiecode. Als de stelling van G en W al juist zou zijn, dan hebben zij daarmee nog geen verklaring gegeven voor de levering van de Software aan Brug 132 onder de licentiecode 96323049001. Dit betekent dat G en W de stelling van Tonit dat aan Brug 132 Software is geleverd zonder betaling van een licentievergoeding onvoldoende gemotiveerd hebben betwist.

4.21. Op grond van het bovenstaande ligt de vordering van Tonit met betrekking tot Brug 132 in beginsel voor toewijzing gereed.

Le Temps Perdu

4.22. Tonit stelt dat Control Systems op 26 juni 2012 een gekraakt licentiebestand van de Software heeft verstuurd naar Le Temps Perdu en middels bijgeleverde aanwijzingen heeft doen installeren. Hiermee is de beveiliging van de Software omzeild en op onrechtmatige wijze toegang verschaft tot de Software. Dit levert een inbreuk op van het bepaalde in i) en ii) van de onthoudingsverklaring op grond waarvan zij een boete vordert van € 5.000.--.

4.23. G en W erkennen de stellingen van Tonit. Zij wijzen er echter op dat bij Le Temps Perdu in 2011 al een demoversie van de Software was geïnstalleerd. Dat was bedoeld als een tijdelijke oplossing omdat de monteur een update had geplaatst maar niet beschikte over de oorspronkelijke licentie. De demolicentie is eind 2011 verlengd met 6 maanden omdat niemand van de technische dienst in de buurt was geweest om de oorspronkelijke licentie terug te plaatsen. Vlak na deze verlenging vond een inbraak plaats bij Control Systems waarbij de originele licentiebestanden werden gestolen. Tonit wilde de licentielijst niet meer aan Control Systems overhandigen. Control Systems moest daardoor naar een oplossing zoeken om de klant tegemoet te komen. Daarom heeft zij het gekraakte licentiebestand toegestuurd.

4.24. De rechtbank oordeelt als volgt. G en W hebben erkend dat Control Systems een gekraakt licentiebestand op 26 juni 2012 aan Le Temps Perdu heeft gestuurd. Daarmee staat een overtreding van het bepaalde in ii) van de onthoudingsverklaring in beginsel vast. Op grond van de boetebepaling uit de onthoudingsverklaring verbeurt Control Systems daardoor een boete van € 5.000.--. Voor zover het verweer van G en W: beschouwd moet worden als een beroep op overmacht, wordt dit verweer verworpen. G en W hebben immers zelf aangegeven dat de monteur van Control Systems in 2011 niet beschikte over de oorspronkelijk licentie en ook daarna niet meer is langs geweest om de oorspronkelijke licentie te herplaatsen. Dit betekent dat het aan de eigen handelingen van Control Systems is te wijten dat hij Le Temps Perdu een demo versie van de Software was geplaatst. Dat nadien de oorspronkelijke licentiebestanden zijn gestolen, zoals G en W stellen, dient in dit licht voor rekening en risico te blijven van Control Systems. Ook een beroep op matiging wordt om dezelfde reden afgewezen.

4.25. De vorderingen van Tonit met betrekking tot Le Temps Perdu liggen in beginsel voor toewijzing gereed.

C/16/336635 / HL ZA 13-23
23 juli 2014

10

De Bosberg

4.26. Tonit heeft gesteld dat in april 2011 één kassasysteem en twee handhelds door Control Systems zijn geleverd aan **B**. Control Systems heeft echter een licentie bij Tonit aangevraagd voor één kassasysteem en één handheld. Hierdoor heeft Control Systems één handheld met de Software geleverd zonder daarvoor een licentievergoeding af te dragen hetgeen een overtreding oplevert van het bepaalde onder i) van de onthoudingsverklaring. Tonit vordert een boete van € 5.000,-- en een licentievergoeding van € 150,--.

4.27. Daarnaast stelt Tonit dat Control Systems op 26 juni 2012 een gekraakt licentiebestand van de Software heeft verstuurd naar **B** en middels bijgeleverde aanwijzingen heeft doen installeren. Hiermee is de beveiliging van de Software onzeild en op onrechtmatige wijze toegang verschaft tot de Software. Dit levert een inbreuk op van het bepaalde in i) en ii) van de onthoudingsverklaring op grond waarvan zij een boete vordert van € 5.000,--.

4.28. **G** en **w** erkennen dat er aan **B** twee handhelds zijn geleverd en dat er voor slechts één handheld een licentievergoeding is afgedragen. Met betrekking tot de tweede handheld opperen zij de mogelijkheid dat het hier om een vervangende handheld of een extra handheld als goedmakertje voor software problemen zou zijn gegaan. Met betrekking tot het versturen van het gekraakte licentiebestand erkennen **G** en **w** de stellingen van Tonit. Zij wijzen er echter op dat bij **B** in 2011 al een demoversie van de Software was geïnstalleerd. Dat was bedoeld als een tijdelijke oplossing omdat de monteur een update had geplaatst maar niet beschikte over de oorspronkelijke licentie. De demolicentie is eind 2011 verlengd met 6 maanden omdat niemand van de technische dienst in de buurt was geweest om de oorspronkelijke licentie terug te plaatsen. Vlak daarna vond de inbraak plaats bij Control Systems waarbij de originele licentiebestanden werden gestolen. Toen Tonit de licentielijst niet wilde overhandigen aan Control Systems, moest Control Systems naar een oplossing zoeken om de klant tegemoet te komen. Daarom heeft zij het gekraakte licentiebestand toegestuurd.

4.29. De rechtbank oordeelt als volgt. **G** en **w** hebben erkend dat slechts voor één handheld is betaald. De suggestie van **G** en **w** dat het met betrekking tot de tweede handheld zou kunnen gaan om een vervangende handheld of een extra handheld in verband met software problemen, wordt verworpen. Uit de verklaring van de heer **R** van **B** blijkt immers dat de handhelds tezamen met het kassasysteem zijn geleverd, waardoor het, zonder nadere toelichting die ontbreekt, niet aannemelijk is dat sprake zou zijn geweest van vervanging of de gratis levering in verband met softwareproblemen. Daarmee staat een overtreding van het bepaalde in i) van de onthoudingsverklaring vast. Op grond van de boetebepaling uit de onthoudingsverklaring verbeurt Control Systems daardoor een boete van € 5.000,--. Verder hebben **G** en **w** erkend dat Control Systems een gekraakt licentiebestand op 26 juni 2012 aan **B** heeft gestuurd. Daarmee staat een overtreding van het bepaalde in ii) van de onthoudingsverklaring vast. Op grond van de boetebepaling uit de onthoudingsverklaring verbeurt Control Systems daardoor een boete van € 5.000,--. Voor zover het verweer van **G** en **w** beschouwd moet worden als een beroep op overmacht, wordt dit verweer verworpen om redenen die hierboven zijn gegeven (zie 4.24). Ook een beroep op matiging wordt om dezelfde reden afgewezen.

C/16/336635 / HL ZA 13-23
23 juli 2014

11

4.30. De vorderingen van Tonit met betrekking tot B liggen in beginsel voor toewijzing gereed.

Bread & Butter

4.31. Tonit stelt dat Bread & Butter gebruik maakt van een kassasysteem met de Software. Het kassasysteem met de Software heeft zij gekregen van Control Systems zonder dat daarvoor aan Tonit een licentievergoeding is betaald. Tonit verwijst naar de verklaring van de heer H, eigenaar van Bread & Butter, van 27 april 2012 waarin hij aangeeft dat zijn kassasysteem is aangeschaft bij Control Systems. Tonit stelt dat Control Systems in strijd heeft gehandeld met het bepaalde onder i) van de onthoudingsverklaring. Op grond hiervan vordert Tonit een boete van € 5.000,- en een licentievergoeding van € 400,-.

4.32. G en w erkennen dat er geen licentievergoeding aan Tonit is afgedragen, maar stellen dat voor Bread & Butter in of voor 2009 een licentie is aangevraagd.

4.33. De rechtbank oordeelt als volgt. De stelling van G en w dat voor Bread & Butter wel een licentie is aangevraagd, heeft Tonit reeds in zijn dagvaarding nadrukkelijk betwist. In dit licht had van G en w een nadere toelichting op hun stelling mogen worden verwacht. G en w hadden bijvoorbeeld kunnen aangeven op welk moment de aanvraag zou zijn gedaan, de wijze waarop deze aanvraag zou zijn gebeurd, etc. Dit geldt te meer nu G en w zelf hebben aangeven dat er bij Bread & Butter sprake was van Software die van een andere klant was. Deze nadere toelichting hebben G en w niet gegeven. In dit licht oordeelt de rechtbank dat G en w hun stelling, mede gezien de nadrukkelijke betwisting door Tonit, onvoldoende hebben onderhouden.

4.34. De vorderingen van Tonit met betrekking tot Bread & Butter liggen in beginsel voor toewijzing gereed.

Bij Babette

4.35. Tonit stelt dat Bij Babette gebruik maakt van een kassasysteem met de Software. Het kassasysteem met de Software heeft Bij Babette geleverd gekregen van Control Systems zonder dat daarvoor aan Tonit een licentievergoeding is betaald. Tonit stelt dat Control Systems in strijd heeft gehandeld met het bepaalde onder i) van de onthoudingsverklaring. Op grond hiervan vordert Tonit een boete van € 5.000,- en een licentievergoeding van € 400,-.

4.36. G en w erkennen dat er geen licentievergoeding aan Tonit is afgedragen, maar stellen dat voor Bij Babette in of voor 2009 een licentie is aangevraagd.

4.37. De rechtbank oordeelt als volgt. De stelling van G en w dat voor Bij Babette wel een licentie is aangevraagd, heeft Tonit reeds in zijn dagvaarding nadrukkelijk betwist. Zoals hierboven reeds is overwogen (zie 4.33) had van G en w een nadere toelichting op hun stelling mogen worden verwacht. Dit geldt te meer nu G en w hebben aangeven dat er bij Bij Babette in 2011 een demo licentie werd geplaatst.

C/16/336635 / HL ZA 13-23
23 juli 2014

12

omdat de oorspronkelijke licentie geen update kon krijgen omdat de adressering die bij de licentie hoorde niet klopte. Deze nadere toelichting hebben *G* en *w* niet gegeven. In dit licht oordeelt de rechtbank dat *G* en *w* hun stelling, mede gezien de nadrukkelijke betwisting door Tonit, onvoldoende hebben onderbouwd.

4.38. De vorderingen van Tonit met betrekking tot Bij Babette liggen in beginsel voor toewijzing gereed.

4.39. Op grond van het bovenstaande moet worden geconcludeerd dat Control Systems in strijd heeft gehandeld met de onthoudingsverklaring en de auteursrechten van Tonit door kassasystemen en handhelds met Software te leveren en/of gekraakte Software te leveren aan de volgende horecagelegenheden: Brasserie Baton, Brug 132, Le Temps Perdu, De Bosberg, Bread& Butter en Bij Babette. De boetebedragen die Tonit heeft gevorderd op grond van deze inbreuken liggen in beginsel voor toewijzing gereed. Hetzelfde geldt voor de verschuldigdheid van de licentievergoedingen. Ook deze liggen in beginsel voor toewijzing gereed.

4.40. Tonit houdt *G* en *w* als voormalige vennoten van Control Systems hoofdelijk aansprakelijk voor de inbreuken van Control Systems, aangezien de inbreuk makende handelingen zijn gepleegd toen zij beiden vennoot waren. Het feit dat Control Systems als v.o.f. inmiddels is uitgeschreven uit het handelsregister van de Kamer van Koophandel doet daar niets aan af. *G* en *w* hebben hun hoofdelijke aansprakelijkheid niet betwist, zodat de rechtbank daar van uit zal gaan.

Anderszins onrechtmatig handelen

4.41. Naast het in strijd handelen met de auteursrechten van Tonit en het niet nakomen van de onthoudingsverklaring, meent Tonit dat Control Systems ook nog op andere wijze onrechtmatig heeft gehandeld. Zij profiteert van de door Tonit ontwikkelde Software door deze zonder betaling van een licentievergoeding aan derden te leveren.

4.42. De rechtbank overweegt als volgt. Het is niet duidelijk welke onrechtmatige handeling(en) Tonit hier aanvoert, naast de inbreuken op zijn auteursrechten en zijn vorderingen uit hoofde van de onthoudingsverklaring. Evenmin is duidelijk welke feiten en omstandigheden Tonit in dit kader aanvoert. Dat Control Systems heeft geprofiteerd van het niet afdragen van de licentievergoedingen vormt geen zelfstandige grondslag om *G* en *w* aan te spreken. Dit profiteren wordt gecompenseerd door de schade die Tonit van Control Systems kan vorderen als gevolg van het niet afdragen van de overeengekomen licentievergoedingen. De rechtbank zal deze grondslag verder buiten beschouwing laten. De vordering onder b) zal in dit licht worden afgewezen.

Vorderingen

4.43. *G* en *w* hebben aangevoerd dat de vorderingen onder c) en d) van de inleidende dagvaarding praktisch onuitvoerbaar zijn omdat zij geen beschikking meer hebben over de gegevens van de klanten van Control Systems aan wie Software is geleverd. Deze gegevens zijn er niet meer als gevolg van de crash van de harde schijf in 2010 en de diefstal van de kluis in 2012.

C/16/336635 / HL ZA 13-23
23 juli 2014

13

4.44. Tonit heeft betwist dat de vorderingen c) en d) van de inleidende dagvaarding niet uitvoerbaar zijn. Volgens Tonit kunnen de in de vorderingen gevraagde gegevens ook blijken uit andere documenten dan de administratie.

4.45. De rechtbank is van oordeel dat G en W onvoldoende gespecificeerd hebben aangegeven waarom zij niet de beschikking hebben over gegevens betreffende afnemers aan wie licenties met betrekking tot de Software zijn gegeven. Het is niet aannemelijk geworden – en G en W hebben dat ook niet gesteld – dat G en W niet meer zouden kunnen beschikken over hardcopy stukken, zoals facturen, offertes, opdrachtbevestigingen, bankgegevens, onderhoudscontracten en klantenlijsten. De rechtbank zal de vorderingen van Tonit toewijzen met dien verstande dat de termijnen onder c) en d) zullen worden verlengd tot 21 resp. 35 dagen en dat de periode zal worden beperkt tot de periode na 8 september 2010.

Wettelijke rente

4.46. Tonit heeft wettelijke rente gevorderd vanaf het moment waarop zij Control Systems in kennis heeft gesteld van de auteursrechtinbreuken en de boete heeft opgeëist. Deze wettelijke rente vordert zij over de verbeurde boetes en de licentievergoedingen.

4.47. G en W hebben aangevoerd dat de wettelijke rente over de licentievergoedingen die Tonit vordert, niet kunnen worden toegewezen omdat Tonit geen schriftelijke ingebrekestellingen heeft verstuurd. Met betrekking tot de boetes wordt gesteld dat deze pas opeisbaar zijn indien in rechte wordt vastgesteld dat Control Systems in strijd met de auteursrechten heeft gehandeld.

4.48. Ingevolge artikel 6:119 BW in verbinding met art. 6:82 BW geldt als hoofdregel dat voor het verschuldigd worden van wettelijke rente een voorafgaande aanmaning is vereist. Dit betekent dat wettelijke rente over een ingevolge een boetebeding verbeurde boete eerst verschuldigd wordt na schriftelijke aanmaning op de voet van artikel 6:82 BW. Het zelfde geldt voor de verschuldigdheid van wettelijke rente over de licentievergoeding. Nu van een aanmaning in de zin van artikel 6:82 BW niet is gebleken en Tonit ook niet heeft gereageerd op de stelling van G en W lat een dergelijke ingebrekestelling niet is verstuurd, zal de rechtbank de wettelijke rente toewijzen vanaf de dag van betekening van de dagvaarding.

Matiging vorderingen

4.49. G en W hebben aangevoerd dat de vorderingen van Tonit dienen te worden gematigd. Daartoe wordt gesteld dat Control Systems telkens heeft geprobeerd met Tonit samen te werken. Control Systems zag zich genoodzaakt de schade zoveel mogelijk bij haar klanten beperkt te houden.

4.50. Tonit wijst matiging van de vorderingen van de hand. De inbreuken hebben te kwader trouw plaats gevonden en Control Systems had al eerder inbreuk op de rechten van Tonit gemaakt.

4.51. De rechtbank overweegt als volgt. Ingevolge art. 6:94 lid 1 BW kan een bedongen boete door de rechter op verzoek van de schuldenaar worden gematigd indien de billijkheid

C/16/336635 / HL ZA 13-23
23 juli 2014

14

dit klaarblijkelijk eist. Deze maatstaf noopt de rechter tot terughoudendheid. De rechter mag pas van zijn matigingsbevoegdheid gebruik maken als de toepassing van het boetebeding in de gegeven omstandigheden tot een buitensporig en daarmee onaanvaardbaar resultaat leidt. Daarbij dient niet slechts te worden gelet op de verhouding tussen de werkelijke schade en de hoogte van de boete, maar ook op de aard van de overeenkomst, de inhoud en de strekking van het beding en de omstandigheden waaronder het is ingeroepen. Op grond van de feiten en omstandigheden die *G* en *W* hebben aangevoerd kan niet de conclusie worden gekomen dat toekenning van de boetes tot een buitensporig en onaanvaardbaar resultaat zou leiden. In dit oordeel weegt nadrukkelijk mee dat Control Systems al eerder licenties had verstrekt met betrekking tot de Software zonder licentievergoeding af te dragen. Daarom werd de onthoudingsverklaring opgesteld en ondertekend. Control Systems was dus gewaarschuwd. Dit heeft haar er desondanks niet van weerhouden wederom licenties te verstrekken zonder vergoeding te betalen. Ook de toegewezen licentievergoedingen zullen niet worden gematigd. *G* en *W* hebben ook niet aangegeven op grond waarvan een dergelijke contractueel afgesproken licentievergoeding gematigd zou moeten worden.

Proceskosten en buitengerechtelijke kosten

4.52. Tonit heeft op grond van artikel 1019h Rv. vergoeding gevorderd van de werkelijk gemaakte advocaatkosten. Hij stelt dat gezien de omstandigheden van dit geval er geen aanleiding is om rekening te houden met het feit dat de vorderingen mede zijn gebaseerd op de onthoudingsverklaring. Daarnaast vordert Tonit buitengerechtelijke kosten van € 1712,50. *G* en *W* hebben geen specifiek verweer gevoerd tegen deze vordering.

4.53. De rechtbank oordeelt als volgt. In deze zaak heeft Tonit de volledige proceskosten gevorderd. In de tweede akte na comparitie komt hij tot een totaalbedrag van € 26.336,74 onder verwijzing naar producties 46, 47 en 49. Op grond van deze producties komt de rechtbank echter tot een bedrag van 18.627,74 (excl. BTW). Daarbij is in deze zaak sprake van een gemengde grondslag (inbreuk op auteursrechten en tekortschieten in verbintenissen uit de onthoudingsovereenkomst en de distributieovereenkomst). Ook is het voor de rechtbank niet duidelijk of de werkzaamheden ten behoeve van de reconventie eveneens in de overgelegde facturen zijn opgenomen. Het voorgaande geeft aanleiding om aan te sluiten bij de indicietarieven in ic-zaken. Aangezien de onderhavige zaak gekwalificeerd kan worden als een eenvoudige bodenzaak, worden de te vergoeden kosten vastgesteld op € 10.000,-. Daarnaast zal het griffierecht (€ 842,-) als kostenpost worden gehonoreerd.

in reconventie

4.54. In de reconventie hebben *G* en *W* zich op het standpunt gesteld dat de overeenkomst tussen Tonit en Control Systems niet opzegbaar was. Door de overeenkomst op te zeggen is Tonit toerekenbaar tekort geschoten, dan wel heeft hij onrechtmatig gehandeld. Subsidiar stellen *G* en *W* zich op het standpunt dat voor opzegging een voldoende zwaarwegende grond nodig was. Deze voldoende zwaarwegende grond was er niet waardoor Tonit met de opzegging onrechtmatig heeft gehandeld. Meer subsidiar stellen *G* en *W* zich op het standpunt dat Tonit met de opzegging van de overeenkomst onrechtmatig heeft gehandeld door geen opzegtermijn in acht te nemen.

C/16/336635 / HL ZA 13-23
23 juli 2014

15

4.55. De rechtbank neemt het volgende tot uitgangspunt. Het gaat in deze zaak om de opzegging van een duurovereenkomst die voor onbepaalde tijd is aangegaan. Of en, zo ja, onder welke voorwaarden zo'n overeenkomst opzegbaar is, wordt bepaald door de inhoud daarvan en door de van toepassing zijnde wettelijke bepalingen. Indien, zoals hier, wet en overeenkomst niet voorzien in een regeling van de opzegging, geldt dat de overeenkomst in beginsel opzegbaar is. De eisen van redelijkheid en billijkheid kunnen in verband met de aard en inhoud van de overeenkomst en de omstandigheden van het geval meebrengen dat opzegging slechts mogelijk is indien een voldoende zwaarwegende grond voor de opzegging bestaat (HR 3 december 1999, LJN AA3821, NJ 2000/120 NJ 2000/120). Uit diezelfde eisen kan, eveneens in verband met de aard en inhoud van de overeenkomst en de omstandigheden van het geval, voortvloeien dat een bepaalde opzegtermijn in acht moet worden genomen of dat de opzegging gepaard moet gaan met het aanbod tot betaling van een (schade)vergoeding.

4.56. Het bovenstaande brengt met zich dat de primaire stelling van *G* en *W*, inhoudende dat de duurovereenkomst niet opzegbaar was, niet kan worden gevolgd.

4.57. Het bovenstaande betekent tevens dat voorts de vraag beantwoord moet worden of de eisen van redelijkheid en billijkheid in de onderhavige zaak meebrengen dat een voldoende zwaarwegende grond nodig was voor de opzegging. In dit verband hebben *G* en *W* aangevoerd dat Control Systems als jarenlange exclusieve dealer van de Software grotendeels afhankelijk was van de exploitatie van de Software. Door de samenwerking plotseling te beëindigen werd Control Systems "kaltgesteld". Daarnaast voeren zij aan dat de gestelde inbreuken op de auteursrechten van Tonit dateren van vóór 2010 en slechts een klein percentage betreffen van alle licentievergoedingen die Control Systems heeft afgedragen. Ook heeft Control Systems geen kans gekregen de (gestelde) inbreuken te herstellen.

4.58. Tonit heeft in dit verband aangevoerd dat Control Systems willens en wetens inbreuk heeft gemaakt op de auteursrechten van Tonit. Zelfs na het ondertekenen van de onthoudingsverklaring. Hij wijst erop dat *G* als en *W* hebben erkend dat de technische beveiliging van de Software was omzeild en dat de gekraakte Software aan afnemers was toegestuurd.

4.59. De rechtbank overweegt als volgt. In de conventie is reeds vastgesteld dat Control Systems in strijd heeft gehandeld met de auteursrechten van Tonit door de technische beveiliging van de Software te omzeilen en gekraakte licentiebestanden aan afnemers te sturen. Ook staat vast dat Control Systems in strijd heeft gehandeld met de auteursrechten van Tonit door Software te leveren aan afnemers zonder daarvoor een licentievergoeding af te dragen. Dit is meerdere malen geschied ná 2010. In ieder geval bij Brasserie Baton, De Bosberg en Bij Babette. Deze handelingen zijn als een ernstige schending van de rechten van Tonit te duiden hetgeen te meer geldt in het licht van de onthoudingsverklaring waarmee Tonit expliciet en onomwonden de afspraak heeft vastgelegd dat niet meer in strijd met zijn auteursrechten zou worden gehandeld. Control Systems gold dus als een gewaarschuwd man, maar heeft de auteursrechten van Control Systems desondanks wederom geschonden. Dat het hier zou gaan om slechts een geringe inbreuk als gekeken wordt naar het totaal aantal licenties waarvoor Control Systems wel een vergoeding heeft afgedragen, maakt het inbreuk makende karakter van de handelingen van Control Systems

C/16/336635 / HL ZA 13-23
23 juli 2014

16

niet minder. Bovendien heeft Tonit onweersproken gesteld dat de door hem gevonden inbreuken slechts het topje van de ijsberg zijn.

4.60. Ook staat vast dat Control Systems een concurrerend softwareproduct heeft ontwikkeld. Tonit heeft gesteld dat Control Systems dit heeft gedaan met het doel dit concurrerende software product naast en uiteindelijk in plaats van de Software van Tonit op de markt te exploiteren. Control Systems had de concurrerende software zelfs al gepresenteerd op een vakbeurs. Control Systems heeft deze stelling niet bestreden, zodat van de juistheid daarvan wordt uitgegaan.

4.61. Op grond van de hierboven besproken omstandigheden, mede in hun onderlinge verband en samenhang beschouwd, concludeert de rechtbank dat de redelijkheid en billijkheid niet meebrachten dat Tonit een zwaarwegende grond nodig had voor opzegging van de distributie overeenkomst met Control Systems.

4.62. Tot slot heeft Control Systems zich er nog op beroepen dat Tonit geen enkele opzegtermijn in acht heeft genomen. Zij voert aan dat geen vooraankondiging van de opzegging heeft plaatsgevonden en dat zij mocht vertrouwen op een opzegtermijn. Door de plotselinge beëindiging heeft zij veel schade geleden. Tonit heeft in dit kader dezelfde omstandigheden aangevoerd als besproken in 4.59 en 4.60.

4.63. De rechtbank oordeelt als volgt. Op grond van de omstandigheden zoals besproken in 4.59 en 4.60 mede in hun onderlinge verband en samenhang beschouwd, moet geconcludeerd worden dat de redelijkheid en billijkheid niet met zich brachten dat Tonit con opzegtermijn in acht moest nemen bij het opzeggen van de distributie overeenkomst met Control Systems. Het feit dat er geen vooraankondiging is geweest maakt dit niet anders. Zoals eerder geoordeeld was Control Systems al gewaarschuwd. Door het ondertekenen van de onthoudingsverklaring had zij kunnen verwachten dat Tonit bij het niet nakomen van de daarin opgenomen afspraken, de contractuele relatie per direct zou opzeggen.

4.64. De vorderingen in reconventie zullen worden afgewezen. *G* en *w* zullen veroordeeld worden in de kosten

In conventie tussen Tonit en CSIPOS

4.65. Tonit stelt dat ook CSIPOS aansprakelijk is voor de inbreuken die hebben plaatsgevonden op zijn auteursrechten. Ten aanzien van Bir Bey en De Bosberg stelt Tonit dat auteursrechtelijke inbreuken mede namens CSIPOS zijn gepleegd en dat CSIPOS aansprakelijk is voor de door hem geleden schade. Daarnaast stelt Tonit dat CSIPOS vereenzelvigd dient te worden met Control Systems en op grond daarvan aansprakelijk is voor de auteursrechtelijke inbreuken die Control Systems heeft gepleegd. De rechtbank zal eerst de vereenzelving bespreken.

Vereenzelving

4.66. Tonit stelt dat CSIPOS vereenzelvigd dient te worden met Control Systems omdat de activiteiten van Control Systems zijn overgeheveld naar CSIPOS en dat ten gevolge daarvan Control Systems geen verhaal meer zal bieden voor de vorderingen die hij heeft uit hoofde van deze procedure. In dit kader voert hij de volgende omstandigheden aan:

C/16/336635 / HL ZA 13-23
23 juli 2014

17

- a) G s en W waren vennoten van Control Systems en vanaf de oprichting bestuurder van CSIPOS.
- b) De activiteiten van CSIPOS en Control Systems waren nagenoeg dezelfde.
- c) CSIPOS en Control Systems gebruikten hetzelfde emailadres.
- d) E-mails verstuurd namens CSIPOS bevatten het onderschrift "software powered by Control Software".
- e) De website www.csipos.nl en de website www.controlsystems.nl hadden dezelfde inhoud. Het logo van CSIPOS was te zien alsmede het logo van Control Systems en de tekst "software powered by Control Systems".
- f) De domeinnamen controlsystems.nl en csipos.nl werden gehouden door Goedhals.
- g) Op de websites controlsystems.nl en csipos.nl stond de tekst "CSIPOS heeft meer dan 15 jaar ervaring op het gebied van afrekensystemen en software ontwikkeling". Daardoor adverteerde CSIPOS met de ervaring van Control Systems.
- h) Op de Horecava vakbeurs adverteerde CSIPOS met folders waarop het logo van Control Systems duidelijk was opgenomen. Mede door de overige inhoud van de folders was voor afnemers onduidelijk of men met CSIPOS of Control Systems van doen had.
- i) Control Systems stuurde al voor de oprichting van CSIPOS facturen naar klanten met daarop het webadres www.csipos.nl.
- j) CSIPOS en Control Systems waren statutair op hetzelfde adres gevestigd.

4.67. CSIPOS betwist dat het leerstuk van de vereenzelviging van toepassing is. Zij wijst erop dat zij in februari 2012 bepaalde activa en passiva van Control Systems heeft overgenomen, waarvoor een vergoeding van € 25.000,- werd overeengekomen. Zij heeft dus niet alle activa en verhaalsobjecten overgenomen. CSIPOS heeft bewust voor een activa/passiva transactie gekozen omdat zij niet met een onbekende erfenis van Control Systems opgezaaid wilde worden. Betalingen die aan Control Systems gedaan moesten worden zijn niet ten goede gekomen aan CSIPOS. Met betrekking tot de overige omstandigheden voert zij aan:

- a) CSIPOS had ook nog twee andere bestuurders, nl. Carto Holding en Consultancy. G s en W hadden geen doorslaggevende stem.
- b) CSIPOS heeft de activiteiten met betrekking tot de Csipos-software overgenomen, alsmede de onderhoudsactiviteiten met betrekking tot de Software. Uit hoofde van de activa/passiva transactie brengt dat logischerwijs met zich dat CSIPOS dezelfde activiteiten uitvoerde die daarvoor door Control Systems werden uitgevoerd.
- c) CSIPOS gebruikte het email adres info@csipos.nl en Control Systems het email adres info@controlsystems.nl. Dit zijn derhalve niet dezelfde adressen.
- d) Het is juist dat het onderschrift "software powered by Control Systems" werd gebruikt. In het kader van de activa/passiva en de overdracht van goodwill was dit niet meer dan logisch.
- e) In het kader van een activa/passiva transactie is het gebruikelijk dat gebruik wordt gemaakt van dezelfde website.
- f) De domeinnaam is door G s inmiddels overgedragen aan CSIPOS.
- g) De vermelding van 15 jaar ervaring slaat op de ervaring van Goedhals.
- h) De folders zijn verspreid door Control Systems bij de eerste introductie van de Csipos-software.
- i) Op de facturen die Control Systems verstuurde, stond de domeinnaam www.csipos.nl. omdat Control Systems het nieuwe softwarepakket de naam Csipos had gegeven.

C/16/336635 / HL ZA 13-23
23 juli 2014

18

- j) Onderdeel van de activa/passiva transactie was de overname van het huurcontract. Daardoor heeft CSIPOS hetzelfde statutaire adres.

4.68. De rechtbank neemt het volgende tot uitgangspunt. Vereenzelviging is een vorm van redres die in uitzonderlijke omstandigheden aangewezen kan zijn indien misbruik wordt gemaakt van het identiteitsverschil tussen twee rechtspersonen – of tussen een natuurlijke persoon en een rechtspersoon. Van misbruik van identiteitsverschil is sprake indien het identiteitsverschil wordt “ingezet” met het uitsluitende oogmerk daarmee de belangen van schuldeisers te benadelen. In de regel zal tegen misbruik van identiteitsverschil dienen te worden opgetreden langs de weg van de onrechtmatige daad en niet langs de weg van vereenzelviging. De rechtbank is van oordeel dat in de gegeven – door Tonit gestelde – omstandigheden vereenzelviging van Control Systems met CSIPOS – zodat CSIPOS op deze grond gehouden is tot nakoming van de op Control Systems rustende betalingsverplichtingen uit hoofde van de inbreuken op de rechten van Tonit – niet kan worden aangenomen. De rechtbank neemt hierbij in aanmerking dat CSIPOS een nieuwe vennootschap was waarbij de heer [naam] als (indirect) bestuurder en aandeelhouder een belangrijke rol speelde. De heer [naam] was niet betrokken bij Control Systems. In dit licht is het niet opvallend dat partijen hebben gekozen voor een activa/passiva transactie. Het is immers niet ongebruikelijk dat voor een zodanige constructie wordt gekozen teneinde de kopende partij (CSIPOS) niet te betrekken bij de financiële en andere problemen van de verkopende partij (Control Systems) Zonder nadere toelichting, die ontbreekt, kan hieruit niet de conclusie worden getrokken dat deze activa/passiva transactie enkel tot doel had om schuldeisers te benadelen.

4.69. Bij de activa/ passiva overeenkomst van 27 februari 2012 heeft Control Systems aan CSIPOS alle onderhoudscontracten ten aanzien van de Software en activa met betrekking tot de verkoop van de Csiapos-software, overgedragen. Op grond van de activa/passiva overeenkomst was CSIPOS daarom gerechtigd voortaan, ten eigen bate, de handelsactiviteiten uit te voeren die voorheen door Control Systems werden verricht. Dat er derhalve overeenstemming bestond tussen de activiteiten van CSIPOS en – voor de overdracht- van Control Systems, is daarom geen omstandigheid die kan leiden tot de conclusie dat misbruik is gemaakt van het identiteitsverschil tussen CSIPOS en Control Systems. Evenmin kan uit deze overdracht van activa zonder meer worden afgeleid dat de schuldeisers van Control Systems zonder verhaalsmogelijkheden zijn achtergebleven. Zonder nadere toelichting kan deze stelling niet als juist worden aangenomen. Dit geldt temeer nu CSIPOS onweersproken heeft aangegeven ook passiva te hebben overgenomen en voor de activa te hebben betaald.

4.70. Dat CSIPOS betalingen heeft ontvangen die toekwamen aan Control Systems is onvoldoende gesteld en overigens ook niet gebleken. Ook het feit dat CSIPOS en Control Systems het zelfde statutaire adres hadden, de aanduiding CSIPOS en de domeinnaam www.csiapos.nl gebruikten ter aanduiding van het nieuwe software product en dezelfde website gebruikten, leidt niet tot het oordeel dat sprake is van misbruik van identiteitsverschil omdat CSIPOS, uit hoofde van de activa/passiva overeenkomst hoe dan ook, of nu wel of niet door de naamvoering bij klanten verwarring is geschapen, gerechtigd was om, met uitsluiting van Control Systems, de onderhoudscontracten met betrekking tot de Software uit te voeren en de marketing en verkoop van de Csiapos-software te doen. Voor zover Tonit zich beroept op het gebruik van de aanduiding “software powered by Control Systems” en het logo van Control Systems door CSIPOS, zijn deze omstandigheden – nu de

C/16/336635 / HL ZA 13-23
23 juli 2014

19

overige argumenten van Tonit in het kader van zijn beroep op vereenzelviging geen doel treffen – op zichzelf genomen onvoldoende voor het aanvaarden van vereenzelviging – waarbij het identiteitsverschil tussen twee rechtspersonen volledig wordt weggedacht – van CSIPOS en Control Systems, mede gelet op de terughoudendheid die ten aanzien van deze wijze van redres moet worden betracht. Dit brengt mee dat thans nader dient te worden onderzocht of de vordering van Tonit jegens CSIPOS op de grondslag onrechtmatige daad voor toewijzing in aanmerking komt.

Onrechtmatige daad

4.71. In het kader van het onrechtmatig handelen stelt Tonit dat CSIPOS bewust het verhaal van de vorderingen van Tonit heeft bemoeilijkt door activa van Control Systems over te nemen, maar voor die activa de facto niet te betalen. De overeengekomen vergoeding van € 25.000,- werd immers omgezet in een achtergestelde lening die nadien is voldaan door betalingen te verrichten aan W. Dat het onrechtmatig handelen bewust heeft plaatsgevonden volgt uit het feit dat alle bestuurders van CSIPOS op de hoogte waren van de vorderingen van Tonit.

4.72. CSIPOS heeft het onrechtmatig handelen betwist. Zij stelt dat Control Systems in zwaar financieel weer verkeerde en dat de heer V om hulp werd gevraagd. De heer V wilde niet betrokken raken bij eventuele oude claims. Ook wijst CSIPOS er op dat er passiva zijn overgenomen zoals de huurverplichtingen en de arbeidscontracten. Met betrekking tot de vergoeding voor de activa en passiva wijst CSIPOS er op dat deze werd omgezet in een achtergestelde lening van Control Systems aan CSIPOS. Met betrekking tot deze lening is op 17 juli 2012 een nadere afspraak gemaakt, inhoudende dat deze maandelijks met een bedrag van € 1.250,- zou worden afbetaald.

4.73. De rechtbank oordeelt als volgt. Het aangaan van een transactie waarbij bepaalde activa en passiva worden overgenomen is niet zonder nadere toelichting financieel nadelig voor de onderneming van wie de activa en passiva worden overgenomen. Of de transactie financieel nadelig is hangt immers af van de waarde van de activa en passiva die zijn overgedragen en de vergoeding die daarvoor is betaald. Niet gesteld noch gebleken is dat de vergoeding van € 25.000,- die CSIPOS diende te voldoen aan Control Systems voor de overname van de activa en passiva, niet een redelijke vergoeding betrof. Evenmin is gebleken dat deze vergoeding niet ten goede is gekomen aan Control Systems. Weliswaar is deze vergoeding omgezet in een achtergestelde lening, maar CSIPOS heeft gesteld dat deze vergoeding sinds juli 2012 maandelijks in termijnen wordt uitgekeerd en te goede komt van (een van de twee) voormalige vennoten van Control Systems. Dit heeft Tonit niet betwist, zodat van de juistheid daarvan wordt uitgegaan. Dit betekent dat de stelling van Tonit dat voor de overgenomen activa niet is betaald, niet als juist kan worden aangenomen.

4.74. Op grond van bovenstaande overwegingen zullen de vorderingen van Tonit voor zover die zijn gebaseerd op bovenbedoeld onrechtmatig handelen, worden afgewezen.

Auteursrechtelijke inbreuk

4.75. Tonit heeft gesteld dat CSIPOS (mede) aansprakelijk is voor de schade die zij heeft geleden als gevolg van de inbreuk op zijn auteursrechten door de levering aan Bir Bey van

C/16/336635 / HL ZA 13-23
23 juli 2014

20

drie handhelds met Software en het toesturen aan B van een gekraakt
licentiebestand van de Software.

4.76. CSIPOS heeft haar aansprakelijkheid betwist. Allereerst zal haar beroep op het ontbreken van auteursrechtelijke bescherming van de Software worden besproken.

Auteursrechtelijke bescherming van de Software

4.77. Tonit heeft gesteld dat de door hem ontwikkelde Software auteursrechtelijk beschermd is. Bij het bouwen zijn tal van creatieve keuzes gemaakt. Daardoor heeft de Software een eigen, oorspronkelijk karakter en draagt het persoonlijk stempel van de maker.

4.78. CSIPOS betwist de auteursrechtelijke bescherming bij gebrek aan wetenschap. Zij stelt dat Tonit niet heeft aangegeven waar de gestelde creatieve keuzes uit blijken. CSIPOS stelt dat veel kenmerkende onderdelen van de Software technisch en functioneel bepaald zijn. Daarnaast heeft zij de oorspronkelijkheid betwist door te wijzen op de gelijkenis met de Eborder software.

4.79. De rechtbank oordeelt als volgt. Aangezien het hier om Software gaat dat door Tonit zelf is gemaakt, hetgeen door CSIPOS niet is betwist, lijkt het niet onwaarschijnlijk dat de betreffende Software auteursrechtelijk is beschermd. Dit geldt te meer nu in het algemeen moet worden aangenomen dat de auteursrechtelijke werktoets laag is. Gezien echter de gemotiveerde betwisting door CSIPOS, kan de rechtbank op dit moment geen beslissing nemen over de gestelde auteursrechtelijke bescherming van de Software. De rechtbank heeft onder meer onvoldoende inzicht in de creatieve en oorspronkelijke programmeerhandelingen die door Tonit zijn verricht. De rechtbank wenst op dit punt nader geïnformeerd te worden en zal partijen in de gelegenheid stellen zich op dit punt nader bij akte uit te laten.

4.80. Voor het geval dat de rechtbank, na het nemen van bovenbedoelde aktes, zal oordelen dat de Software auteursrechtelijk is beschermd, komt de rechtbank met betrekking tot de gestelde inbreuken tot de volgende beslissing.

Bir Bey

4.81. Tonit heeft gesteld dat uit de factuur van 12 mei 2012 blijkt dat drie handhelds met de Software mede namens CSIPOS zijn geleverd. Daarvoor heeft Tonit geen toestemming verleend zodat deze handeling een inbreuk oplevert op zijn auteursrechten.

4.82. CSIPOS stelt dat Bir Bey had aangegeven dat drie oerder aan haar geleverde handhelds vervangen diende te worden. Daarom zijn de drie handhelds geleverd. Begin juli 2012 kwam CSIPOS er achter dat de stelling van Bir Bey onjuist was. CSIPOS heeft de drie handhelds teruggenomen en aan Bir Bey gecrediteerd.

4.83. De rechtbank overweegt als volgt. CSIPOS heeft erkent dat zij drie handhelds met de Software heeft geleverd aan Bir Bey. Daarmee heeft zij inbreuk gepleegd op de auteursrechten van Tonit. Dat de drie handhelds zijn geretourneerd doet daar niet aan af.

B

C/16/336635 / HL ZA 13-23
23 juli 2014

21

4.84. Tonit stelt dat Witte op 26 juni 2012 namens Control Systems en mede namens CSIPOS een gekraakt licentiebestand tezamen met installatieaanwijzingen aan de B g heeft gestuurd.

4.85. CSIPOS erkent dat het gekraakte licentiebestand op 26 juni 2012 is toegestuurd. Zij verweert zich met de stelling dat B een originele licentie had waarvoor ook was betaald en door Control Systems was afgedragen aan Tonit. Omdat Control Systems niet meer over de originele licentie beschikte heeft zij een demo licentie geplaatst bij B. Deze liep af op 30 juni 2013. Om het gebruik van de Software toch te verlengen is het gekraakte bestand toegestuurd. Control Systems noch CSIPOS heeft daar voordeel uit getrokken.

4.86. De rechtbank overweegt als volgt. CSIPOS heeft erkend dat zij op 26 juni 2012 een gekraakt licentiebestand met de Software heeft toegestuurd aan B. Dit is in strijd met de auteursrechten van Tonit. Immers artikel 29 Auteurswet beoogt bescherming te geven tegen omzeiling van doeltreffende technische voorzieningen die dienen tot het tegengaan van handelingen ten aanzien van auteursrechtelijk beschermde werken. Het enkel in het bezit hebben van een omzeilingsmiddel is reeds onrechtmatig jegens de auteursrechthebbende als dat geschiedt met een commercieel doel. In deze zaak kan worden aangenomen dat CSIPOS een product in handen heeft gehad en heeft toegestuurd aan B dat de beveiliging van de Software kon omzeilen. Daarmee is in strijd gehandeld met de auteursrechten van Tonit. Voor zover het verweer van CSIPOS moet worden opgevat als een beroep op overmacht, wordt geoordeeld dat dat verweer wordt verworpen. Indien al aangenomen zou moeten worden dat Control Systems na de inbraak niet meer beschikte over de codes voor de verlenging van de Software – hetgeen door Tonit wordt betwist - en om die reden een demo licentie heeft geplaatst bij B, dan levert dat aan de kant van CSIPOS nog geen overmacht op. De gestelde diefstal van de codes voor de verlenging van de licentie van de Software is immers een omstandigheid die voor rekening dient te blijven van Control Systems. Bovendien had CSIPOS klanten met problemen omtrent de Software eenvoudig door kunnen sturen naar Tonit, zoals Tonit ook heeft gesteld, waarna de klanten door Tonit geholpen hadden kunnen worden.

4.87. Het bovenstaande leidt tot de conclusie dat, indien komt vast te staan dat de Software auteursrechtelijk is beschermd, CSIPOS in strijd met de auteursrechten van Tonit heeft gehandeld door de levering van drie handhelds met Software aan Bir Bey en de levering van gekraakte Software aan De Bosberg. Dat Tonit daardoor schade heeft geleden moet worden aangenomen. De omvang van deze schade is waarschijnlijk beperkt in het licht van de verdere procedurele stappen die in deze procedure nog genomen moeten worden om tot een eindvonnis te komen. De rechtbank geeft Tonit en CSIPOS dan ook in overweging met elkaar in contact te treden en de mogelijkheid van een minnelijke regeling te beproeven.

5. De beslissing

De rechtbank

In de zaak van Tonit tegen G en W:

In conventie

C/16/336635 / HL ZA 13-23
23 juli 2014

22

- 5.1. veroordeelt **G** en **W** om zich met onmiddellijke ingang na betekening van dit vonnis te onthouden van iedere inbreuk op de auteursrechten van Tonit op de in de dagvaarding omschreven Software, waaronder, maar niet beperkt tot, door het verlenen van toegang tot de Software en/of het verstrekken van licenties aan derden, en/of door de beveiligingsmaatregelen van de Software te omzeilen en/of wijzigingen aan te brengen in de Software zonder de toestemming van Tonit, waardoor inbreuk wordt gemaakt op zijn auteursrechten.
- 5.2. veroordeelt **G** en **W** hoofdelijk om binnen 21 dagen na betekening van dit vonnis, schriftelijk aan de advocaat van Tonit een overzicht te verstrekken van alle professionele afnemers, met naam en volledige adresgegevens, aan wie Control Systems licenties voor de Software heeft verstrekt in de periode ná 8 september 2010, met vermelding van de aantallen en soort per afnemer, en de met deze leveringen gerealiseerde omzet en winst, één en ander onder overlegging van facturen en/of deugdelijke bewijsstukken;
- 5.3. veroordeelt **G** en **W** hoofdelijk om binnen 35 dagen na betekening van dit vonnis, op hun kosten door een registeraccountant een controle te laten uitvoeren op de hiervoor onder 5.2 bedoelde gegevens, op basis van de (financiële) administratie, alsmede een ondertekende verklaring van deze registeraccountant aan de advocaat van Tonit toe te zenden, waarin de juistheid van de opgegeven gegevens wordt bevestigd;
- 5.4. veroordeelt **G** en **W** tot betaling van een onmiddellijk opeisbare dwangsom van € 5.000,- voor elke keer of dag, een gedeelte van een dag daaronder begrepen, dat Goedhals en Witte in gebreke blijven aan de hiervoor onder 5.1 tot en met 5.3 genoemde veroordelingen te voldoen.
- 5.5. veroordeelt **G** en **W** hoofdelijk om binnen 14 dagen na betekening van dit vonnis te betalen aan Tonit een bedrag van € 45.000,-, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf de dag van betekening van de dagvaarding tot aan de dag van de algehele voldoening.
- 5.6. veroordeelt **G** en **W** hoofdelijk om binnen 21 dagen na betekening van dit vonnis de licentievergoedingen af te dragen aan Tonit voor de door Control Systems verstrekte licenties voor de Software, waarvan uit het onder 5.2 bedoelde overzicht is gebleken dat Control Systems hiervoor nog geen vergoeding aan Tonit heeft afgedragen en tot betaling aan Tonit van € 1.800,- voor het verstrekken van licenties en/of het toegang verlenen tot de Software bij Brasserie Baton, Brug 132, **B**, Bread & Butter en Bij Babette, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf de dag van betekening van de dagvaarding tot aan de dag van de algehele voldoening.
- 5.7. veroordeelt **G** en **W** hoofdelijk in de kosten van deze procedure in conventie, aan de kant Tonit te begroten op € 10.842,-

In reconventie

- 5.8. wijst de vorderingen af.

C/16/336635 / HL ZA 13-23
23 juli 2014

23

5.9. veroordeelt **G** is en **W** in de kosten, aan de zijde van Tonit te begroten op € 452,--

In de zaak van Tonit tegen CSIPOS

5.10. bepaalt dat de zaak weer op de rol zal komen van 3 september 2014 voor het nemen van een akte door Tonit als bedoeld in overweging 4.79 van dit vonnis.

5.11. houdt iedere verdere beslissing aan.

Dit vonnis is gewezen door mr. J.A. Schuman en in het openbaar uitgesproken op 23 juli 2014.

~~MBouw~~



Voor afschrift
De griffier van de
rechtbank
Midden-Nederland

type: SJ(M)
coll:

