

arrest

GERECHTSHOF ARNHEM-LEEWARDEN

locatie Arnhem

afdeling civiel recht, handel

zaaknummer gerechtshof 200.288.348

(zaaknummer rechtbank Midden-Nederland, zittingsplaats Utrecht: NL18.5132)

arrest van 6 juni 2023

in de zaak van:

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

Rainbow Solutions B.V.,

gevestigd te Heeswijk-Dinther,

appellante in het principaal hoger beroep,

geïntimeerde in het incidenteel hoger beroep,

bij de rechtbank: eiseres in conventie, verweerster in reconventie

hierna: **Rainbow**,

advocaat: mr. L.E.J. Jonker,

tegen:

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

Transportinfo B.V.,

gevestigd te Wijk bij Duurstede,

geïntimeerde in het principaal hoger beroep,

appellante in het incidenteel hoger beroep,

bij de rechtbank: verweerster in conventie, eiseres in reconventie

hierna: **Transportinfo**,

advocaat: mr. Q.J.A. Meijnen.

1. De verdere procedure bij het hof

1.1 Het hof neemt de inhoud van het tussenarrest van 26 april 2022 hier over.

1.2 Op grond van dit tussenarrest heeft op 18 oktober 2022 een mondelinge behandeling plaatsgevonden. Het daarvan opgemaakte proces-verbaal bevindt zich in afschrift bij de stukken. Voorafgaand aan de mondelinge behandeling heeft het hof van partijen een kostenopgave ontvangen.

1.3 Vervolgens hebben partijen de processtukken voor het wijzen van arrest overgelegd en heeft het hof arrest bepaald.



2. Waar gaat deze procedure over?

2.1 In deze zaak gaat het om onderhoud en support dat Transportinfo in de periode oktober 2014 tot en met maart 2017 voor de gebruikers van de zogenoemde TMS-software heeft verricht, terwijl Rainbow in oktober 2014 daarop het auteursrecht had verworven. Rainbow stelt zich op het standpunt dat Transportinfo hiermee inbreuk heeft gemaakt op haar auteursrecht en vordert vergoeding van de schade die zij daardoor heeft geleden.

2.2 Het hof is net als de rechtbank van oordeel dat Transportinfo met de onderhoudswerkzaamheden opgenomen in het rapport van feitelijke bevindingen van Acoban van 22 mei 2017 inbreuk heeft gemaakt op het auteursrecht van Rainbow op de TMS-software. Het hof zal Transportinfo veroordelen de daarmee gemaakte winst aan Rainbow af te dragen. De overige vorderingen zal het hof afwijzen. Het hof legt hierna uit hoe het tot zijn oordeel komt.

3. De feiten en de procedure bij de rechtbank

Het hof gaat in hoger beroep uit van de volgende feiten.

3.1 Rainbow is een ICT-dienstverlener. Zij ontwikkelt en verkoopt bedrijfssoftware aan logistieke dienstverleners.

3.2 Transportinfo is ook een ICT-dienstverlener in de logistieke sector. Zij biedt service, onderhoud en support aan gebruikers van het softwareproduct "Transport Management Systeem" (hierna: de TMS-software). Haar bestuurder is Besade B.V. (hierna: Besade)

3.3 De TMS-software is ontwikkeld door Nachon. De TMS-software wordt door transportbedrijven en logistieke bedrijven gebruikt als backoffice systeem voor bedrijfsprocessen. De software verzorgt de afwikkeling van het gehele logistieke proces van een transportonderneming. Met de software kunnen bedrijven transportopdrachten innemen, orders opmaken, factureren en ritten plannen. De TMS-software heeft verschillende versies. In deze zaak gaat het om de versies TMS-5 en TMS-6.

3.4 Nachon is in 2014 failliet gegaan. Op 27 oktober 2014 heeft Rainbow met de curator van Nachon een koopovereenkomst gesloten, waarbij zij tegen betaling de activa van Nachon heeft overgenomen, inclusief de intellectuele eigendomsrechten op de TMS-software en de lopende overeenkomsten met de gebruikers van de TMS-software. Een deel van die gebruikers heeft aangegeven de overeenkomst niet met Rainbow te willen voorzetten, maar gebruikt de TMS-software nog wel.

3.5 Transportinfo is voor die gebruikers onderhoudswerkzaamheden blijven verrichten. Transportinfo heeft hen medio 2014 per brief bericht dat zij daartoe namens Nachon gerechtigd was. Rainbow heeft de gebruikers per e-mail van 19 december 2014 bericht dat dit niet het geval was. Daarover is tussen Rainbow en Transportinfo en Besade een conflict ontstaan, Het conflict is door Rainbow twee keer aan de rechter voorgelegd. Transportinfo en Besade hebben in beide procedures tegenvorderingen ingesteld.

3.6 In de eerste procedure heeft de rechtbank Midden-Nederland, zittingsplaats Utrecht (hierna: de rechtbank) in haar tussenvonnis van 28 december 2016¹ beslist dat de auteursrechten op de TMS-software bij Rainbow berusten. Verder heeft zij geoordeeld dat indien het de rechtmatige verkrijger vrijstaat bepaalde verveelvoudigingshandelingen in het kader van onderhoud te verrichten, het hem ook vrijstaat om die handelingen door een derde (zoals in dit geval Transportinfo) te laten verrichten. Of het onderhoud dat Transportinfo voor de voormalige klanten van Nachon aan de TMS-software heeft verricht onder de uitzondering van artikel 45j Aw valt, heeft de rechtbank bij gebreke van een nadere onderbouwing daarvan door Transportinfo alleen in algemene zin beantwoord. Het toevoegen van nieuwe functionaliteiten in de TMS-software valt naar het oordeel van de rechtbank in ieder geval buiten de uitzondering van artikel 45j Aw, tenzij de toevoeging noodzakelijk is om de software voor het beoogde doel te gebruiken.

3.7 In haar eindvonnis van 22 maart 2017² heeft de rechtbank de vorderingen over en weer als volgt toegewezen:

“in conventie

3.1 verklaart voor recht dat de auteursrechten verbonden aan TMS-Software (zowel TMS5 als TMS6) toebehoren aan Rainbow;

3.2 verklaart voor recht dat gedaagden (*Rainbow en Besade, toevoeging hof*) door het verzenden van het bericht als weergegeven in productie 24 van Rainbow (brief medio december 2014) onrechtmatig jegens Rainbow hebben gehandeld;

3.3. gebiedt gedaagden om binnen vijf werkdagen na betekening van dit vonnis, ter rectificatie daarvan aan alle bedrijven aan wie de betreffende brief is gezonden, een brief per post te verzenden met uitsluitend de volgende tekst in lettertype Trebuchet met lettergrootte 12:

“Rectificatie

Geachte klant,

U maakt gebruik van TMS Software.

Ten onrechte hebben wij in eerdere correspondentie de indruk gewekt dat Besade B.V.

beschikkingsbevoegd is gebleven ten aanzien van de TMS Software.

Die berichtgeving is onjuist, zo heeft de rechtbank te Utrecht bij vonnis beslist.

De rechten van intellectueel eigendom met betrekking tot voornoemde software rusten uitsluitend bij Rainbow Solutions B.V.

Hoogachtend”

3.4 gebiedt gedaagden om kopieën van de in 3.3 genoemde rectificatiebrieven binnen tien werkdagen na betekening van dit vonnis aan het adres van de raadsman van Rainbow te bezorgen;

3.5 gebiedt gedaagden zich - in het kader van onderhoud en support van TMS-software - te onthouden van het gebruik van de broncode van TMS-Software, maar uitsluitend in de volgende gevallen:

i. voor het toevoegen van nieuwe functionaliteiten (behoudens voor zover deze technisch zijn vereist om de software te kunnen blijven gebruiken voor het beoogde doel); en

ii. in het geval de betreffende TMS-gebruiker met Nachon module 1 van de ICT-voorwaarden was overeengekomen en de broncode niet aan de klant is verstrekt met het doel deze door de klant te laten gebruiken;

iii. ten behoeve van het aanbrengen van wijzigingen in de TMS-software in het geval de betreffende TMS-gebruiker met Nachon een ERP-overeenkomst had gesloten; met dien verstande dat de geboden onder i), ii) en iii) niet gelden voor zover het gaat om het verbeteren van fouten en aanbrengen van correcties;

3.6 gebiedt gedaagden om binnen zestig dagen na betekening van dit vonnis een door een registeraccountant goedgekeurde schriftelijke rapportage aan de raadsman van Rainbow te verstrekken, waarin op basis van bewijsstukken objectief verifieerbaar is:

a. ten behoeve van welke TMS-gebruikers in de periode van 27 oktober 2014 tot de dag van dit

vonnissen onderhoudswerkzaamheden zijn uitgevoerd;

b. welke vergoedingen voor de sub a) genoemde werkzaamheden in rekening zijn gebracht;”

3.7 veroordeelt gedaagden om bij het niet, niet volledig of niet tijdig nakomen van de onder 3.3. tot en met 3.6 vermelde bevelen, aan Rainbow een dwangsom te betalen van € 1.000,- per overtrekking per dag dat zij niet, niet volledig of niet tijdig nakomt, met een (totaal) maximum van € 100.000,-;

(...)

in reconventie

3.11 verklaart voor recht dat het gebruikers van TMS (5&6) vrijstaat, in de zin dat er geen sprake is van inbreuk op auteursrechten van de auteursrechthebbende op de TMS-software, om het verbeteren van fouten zoals bedoeld in artikel 45j Auteurswet (Aw) in de TMS-software zelf te verzorgen en/of een opdracht te verlenen aan een door de TMS-gebruiker te kiezen partij om in opdracht van de TMS-gebruiker de bedoelde fouten te verbeteren

(...)

3.8 Partijen hebben tegen dit tussen- en eindvonnis (zie 3.6 en 3.7) geen hoger beroep ingesteld.

3.9 De vonnissen zijn aan Transportinfo en Besade betekend. Transportinfo en Besade hebben de daarin bevolen rectificatiebrieven verstuurd en een accountant een rapport laten opmaken van feitelijke bevindingen (hierna: het accountantsrapport). Het accountantsrapport is aan Rainbow gestuurd.

3.10 Rainbow heeft naar aanleiding van het accountantsrapport een tweede procedure tegen Transportinfo en Besade geïnitieerd. In deze tweede procedure heeft Rainbow gevorderd i) een algemene verklaring voor recht dat Transportinfo en Besade inbreuk hebben gemaakt op de auteursrechten van Rainbow op de broncode van de TMS-software, ii) een vergoeding van de schade die zij als gevolg van het onrechtmatig handelen van Transportinfo en Besade heeft geleden, iii) de verbeurde dwangsommen tot een bedrag van € 100.000,- en iv) volledige vergoeding van haar proceskosten. Zij heeft vorderingen gebaseerd op auteursrechtinbreuk en ongeoorloofde concurrentie.

3.11 Transportinfo en Besade hebben een tegenvordering ingesteld. Zij hebben gevorderd dat eventueel verbeurde dwangsommen als gevolg van het niet of niet volledig nakomen van het vonnis 22 maart 2017 worden opgeheven of verminderd en Rainbow wordt veroordeeld in de volledige proceskosten.

3.12 De rechtbank heeft in deze tweede procedure drie vonnissen gewezen.

3.13 In het tussenvonnis van 10 april 2019³ (hierna: vonnis 1) heeft de rechtbank allereerst geoordeeld dat er geen sprake is van ongeoorloofde concurrentie. Zij heeft verder overwogen dat zij niet kan beoordelen of de onderhoudswerkzaamheden van Transportinfo in het accountantsrapport onder de uitzondering van artikel 45j Aw vallen, omdat onduidelijk is welke werkzaamheden Transportinfo heeft verricht en of die noodzakelijk waren voor het beoogde gebruik van de software. De rechtbank heeft geoordeeld dat voor zover er sprake is van auteursrechtinbreuk, alleen Transportinfo daarvoor aansprakelijk is.

De rechtbank heeft Transportinfo en Besade opgedragen in een akte een gespecificeerde toelichting te geven van de concrete werkzaamheden die Transportinfo aan de TMS-software heeft verricht, en de noodzakelijkheid daarvan voor het beoogde gebruik van de TMS-software.

3.14 In het tweede tussenvonnis van 5 maart 2020⁴ (hierna: vonnis 2) heeft de rechtbank geoordeeld dat Transportinfo en Besade niet aan hun opdracht hebben voldaan, met als

gevolg dat alle onderhoudswerkzaamheden in het accountantsrapport niet vallen onder de uitzondering van artikel 45j Aw en dan ook inbreuk maken op het auteursrecht van Rainbow op de TMS-software. De rechtbank heeft Rainbow in de gelegenheid gesteld nader in te gaan op het door haar gestelde causale verband tussen de onrechtmatige gedragingen van Transportinfo (de auteursrechtinbreuk en het versturen van de brief medio december 2014) en de door haar geleden schade alsook de omvang daarvan.

3.15 De rechtbank heeft in het eindvonnis van 18 september 2020 (hierna: vonnis 3) de schadevordering van Rainbow afgewezen. Naar het oordeel van de rechtbank ontbreekt het causaal verband tussen het onrechtmatig handelen van Transportinfo en de door Rainbow gestelde schade, omdat Rainbow door het ontbreken van de vereiste kennis en kunde niet in staat was de onderhoudswerkzaamheden zelf te verrichten, zodat geen sprake is van gederfde inkomsten. Zij heeft de proceskosten gecompenseerd in de zin dat elke partij zijn eigen kosten draagt.

3.16 De rechtbank heeft de tegenvordering van Transportinfo en Besade eveneens afgewezen en hen in de proceskosten van de tegenvordering veroordeeld.

4. De beoordeling van de grieven

Omvang van het hoger beroep

4.1 Rainbow heeft tegen de drie vonnissen hoger beroep ingesteld. Met vijf grieven bestrijdt Rainbow vanuit verschillende invalshoeken het oordeel van de rechtbank dat zij geen schade heeft geleden omdat zij niet in staat was zelf de onderhoudswerkzaamheden en additionele werkzaamheden aan de TMS-software te verrichten. In haar memorie van grieven heeft Rainbow haar eis gewijzigd. In aanvulling op de gevorderde schade wegens gederfde inkomsten, vordert zij nu op de voet van artikel 27a Aw en artikel 6:104 BW afdracht van de winst die Transportinfo heeft gemaakt met de onderhoudswerkzaamheden aan de TMS-software in de periode 27 oktober 2014 tot en met maart 2017. Tegen deze eiswijziging heeft Transportinfo (terecht) geen bezwaar gemaakt.

4.2 Rainbow heeft geen grieven gericht tegen het oordeel van de rechtbank in vonnis 1 dat Transportinfo zich niet schuldig heeft gemaakt aan ongeoorloofde concurrentie. Ook heeft zij geen bezwaar gemaakt tegen de afwijzing van de door haar gevorderde betaling van verbeurde dwangsommen. Beide onderwerpen zijn daarmee definitief afgehandeld en vormen geen onderdeel van dit hoger beroep. Verder heeft Rainbow in hoger beroep Besade niet meegedagvaard met als gevolg dat Besade in dit hoger beroep geen partij is.

4.3 Transportinfo heeft op haar beurt voorwaardelijk, namelijk voor het geval de grieven van Rainbow slagen, incidenteel hoger beroep ingesteld. Omdat, zoals hierna zal blijken, de grieven van Rainbow gedeeltelijk slagen, zal het hof eerst ingaan op de acht incidentele grieven van Transportinfo. De acht grieven bestrijden het oordeel van de rechtbank dat Transportinfo met het verrichten van de onderhoudswerkzaamheden in het accountantsrapport inbreuk heeft gemaakt op het auteursrecht van Rainbow op de TMS-software. De grieven zullen hierna gezamenlijk worden behandeld.

De door Transportinfo verrichte onderhoudswerkzaamheden vallen niet onder de uitzondering van artikel 45j Aw

4.4 Transportinfo gaat met haar argumenten eraan voorbij dat de rechtbank in de eerste procedure op een aantal punten al heeft beslist (zie hiervoor rechtsoverwegingen 3.6 en 3.7) en dat die beslissingen definitief zijn, omdat Transportinfo tegen de vonnissen van 28 december 2016 en 22 maart 2017 geen hoger beroep heeft ingesteld.

4.5 Op grond van beide vonnissen staat tussen partijen allereerst vast dat de uitzondering in artikel 45j Aw beperkt is tot onderhoudswerkzaamheden die technisch absoluut vereist zijn om de TMS-software overeenkomstig het beoogde gebruik te kunnen (blijven) gebruiken (tussenvonnis van 28 december 2016, r.o. 4.16). Alleen daarom al gaat het hof voorbij aan de klacht van Transportinfo dat de wetgever de Softwarerichtlijn onjuist heeft geïnterpreteerd. Bovendien volgt het hof Transportinfo ook niet dat het in artikel 45j Aw opgenomen “beoogd gebruik” een andere betekenis zou hebben dan “beoogd doel” in de Softwarerichtlijn. De klacht van Transportinfo berust bovendien op een onjuiste lezing van vonnis 2. De rechtbank heeft daarin namelijk getoetst aan het beoogde doel van de TMS-software (r.o. 2.4 en 2.7). Met de omschrijving van dat doel door de rechtbank in r.o. 2.4 kan het hof zich verenigen.

4.6 De rechtbank heeft bij het vaststellen van het beoogde doel aangeknoopt bij de functionaliteiten, zoals die blijken uit bijlage 2 van de akte van uitlating van Transportinfo en Besade van 10 april 2019. Transportinfo is het daarmee niet eens. Zij meent dat de rechtbank bij het vaststellen van het doel ook rekening had moeten houden met de bedoelingen van Nachon en de afnemers van de TMS-software. In het bijzonder stelt zij in hoger beroep dat het beoogde doel zou zijn een transportmanagement-systeem te bieden ‘dat al naar gelang naar de wensen van de transportondernemer wordt ingericht en aangepast’.

4.7 Het hof acht ook dit verwijt niet gegrond. Het hof volgt Rainbow in haar stelling dat bij het vaststellen van het beoogde doel de subjectieve bedoelingen van partijen niet doorslaggevend kunnen zijn. De uitzondering van artikel 45j Aw zou daardoor immers te veel worden opgerekt, terwijl die uitzondering naar zijn aard juist beperkt moet worden toegepast. Bovendien geldt voor het (subjectieve) doel zoals nu door Transportinfo omschreven dat daarin de wens tot het aanbrengen van wijzigingen reeds zou zijn vervat, waarmee de toets van art. 45j Aw in feite wordt omzeild. Voor het vaststellen van het beoogde doel moet, zoals Rainbow terecht aanvoert, gekeken worden naar de aard van de software en de wijze waarop Nachon de TMS-software destijds aan de markt heeft aangeboden.

4.8 Partijen zijn het erover eens dat de TMS-software zogenaamde standaardsoftware is. Standaardsoftware wordt anders dan maatwerksoftware niet voor een individuele gebruiker ontwikkeld. Bij standaardsoftware is het niet gebruikelijk dat de individuele gebruiker toegang tot de broncode heeft om de software zelf aan te kunnen passen. Dat Nachon dit voor een enkele klant van de TMS-software zou hebben toegestaan, betekent niet dat dit voor alle gebruikers van de TMS-software geldt. Ook dit is in de vonnissen van 28 december 2016 en 22 maart 2017 al beslist. Bovendien heeft Transportinfo opnieuw niet duidelijk gemaakt om welke van de in het accountantsrapport genoemde klanten het dan zou gaan.

4.9 Transportinfo heeft ook niets gesteld over de wijze waarop Nachon de TMS-software destijds aan de markt heeft aangeboden. Omdat Transportinfo op dit punt niet aan haar stelplicht heeft voldaan, heeft de rechtbank haar bewijsaanbod terecht afgeslagen en zal ook het hof daaraan voorbijgaan.

4.10 Transportinfo heeft in hoger beroep opnieuw niet gespecificeerd welke van de in het accountantsrapport genoemde onderhoudswerkzaamheden vereist waren om de TMS-software te kunnen blijven gebruiken voor het beoogde doel. Ook ten aanzien van dit punt, heeft Transportinfo niet aan haar stelplicht voldaan. Het hof zal daarom, net als de rechtbank, het bewijsaanbod van Transportinfo passeren.

4.11 De tussenconclusie is dat de grieven van Transportinfo tegen de vonnissen 1, 2 en 3 falen. Het hof gaat met de rechtbank ervanuit dat Transportinfo met het verrichten van de onderhoudswerkzaamheden genoemd in het accountantsrapport inbreuk heeft gemaakt op het auteursrecht van Rainbow op de TMS-software. Dat Transportinfo de onderhoudswerkzaamheden op verzoek van de voormalig klanten van Nachon heeft verricht, maakt niet dat zij niet aansprakelijk is voor de door haar gepleegde inbreuk. De inbreuk is haar ook toe te rekenen. Dat Transportinfo haar klanten niet in de kou wilde laten staan, is haar keuze en creëert tegenover Rainbow geen situatie van overmacht, zoals zij stelt.

Het is aannemelijk dat Rainbow enige schade heeft geleden

4.12 Rainbow heeft als de benadeelde partij in beginsel recht op vergoeding van de door haar als gevolg van het onrechtmatig handelen van Transportinfo geleden schade. De door Rainbow in hoger beroep gevorderde schadevergoeding, in de vorm van winstderving en afdracht van de door Transportinfo genoten winst, zijn slechts toewijsbaar indien het bestaan van schade aannemelijk is en er sprake is van oorzakelijk verband tussen de gevorderde schade en de auteursrechtinbreuk.

4.13 De vraag of Rainbow enig nadeel heeft geleden, moet worden beantwoord door de gestelde hypothetische situatie zonder auteursrechtinbreuk te vergelijken met de werkelijke feitelijke situatie. Bij die vergelijking heeft de rechtbank, zoals Rainbow onder grieven 1 en 2 aanvoert, zich ten onrechte beperkt tot de vraag of Rainbow de kennis en kunde in huis had om de door Transportinfo inbreukmakende onderhoudswerkzaamheden aan de TMS-software zelf te kunnen verrichten, zodat sprake zou zijn van gederfde inkomsten. De schade kan namelijk, zoals Rainbow terecht stelt, ook bestaan uit de vergoeding die zij aan Transportinfo (of andere derden) had kunnen vragen voor het gebruik van haar auteursrechten voor het verrichten van onderhoudswerkzaamheden aan de TMS-software. Nu Rainbow als auteursrechthebbende in elk geval een dergelijke vergoeding had kunnen vragen acht het hof het bestaan van enige schade aannemelijk.

De begroting van de schade, causaal verband

4.14 Bij de begroting van de schade komt het eveneens aan op de hypothetische vergelijking tussen de werkelijke situatie en de hypothetische situatie dat Transportinfo de inbreukmakende onderhoudswerkzaamheden aan de TMS-software niet zou hebben verricht. Daarbij komt dat de door Rainbow gevorderde schadeposten alleen toewijsbaar zijn voor zover die in voldoende oorzakelijk verband staan tot de door Transportinfo gepleegde auteursrechtinbreuk.

4.15 Verder geldt dat indien, zoals hier, behalve naast winstderving ook winstafdracht op de voet van artikel 27a Aw en artikel 6:104 BW wordt gevorderd, niet beide gevorderde bedragen maar alleen het hoogste bedrag toewijsbaar is⁵. De regeling in artikel 27a Aw en artikel 6:104 BW biedt de auteursrechthebbende de mogelijkheid in geval van inbreuk

schadevergoeding te verkrijgen, begroot op het bedrag van de door de inbreukmaker met de inbreuk behaalde winst, juist om de rechthebbende tegemoet te komen indien zijn schade moeilijk aantoonbaar is, maar de aanwezigheid van enige (vorm van) schade aannemelijk is. Artikel 27a Aw laat de rechter een grote mate van vrijheid bij het vaststellen van de wijze van winstberekening⁶.

4.16 Het hof zal hierna met inachtneming van deze uitgangspunten de verschillende schadeposten van Rainbow⁷ beoordelen.

Misgelopen inkomsten door onrechtmatig verrichte onderhoudswerkzaamheden

4.17 Rainbow stelt dat zij doordat Transportinfo de onderhoudswerkzaamheden is blijven verrichten, een bedrag van € 36.829,51 aan inkomsten is misgelopen. Zij begroot die inkomsten door het aantal door Transportinfo verrichte uren (302 uur en 42 minuten) te vermenigvuldigen met het door haar gehanteerde gemiddelde uurtarief van € 121,67. Transportinfo betwist dat Rainbow inkomsten is misgelopen, omdat zij niet over de kennis en kunde beschikte om de onderhoudswerkzaamheden in de periode van 27 oktober 2014 tot en met maart 2017 zelf te verrichten.

4.18 In rechtsoverweging 2.11 van vonnis 3 heeft de rechtbank na een uitgebreide behandeling van de stellingen van Rainbow geconcludeerd dat Rainbow onvoldoende gemotiveerd heeft aangetoond dat zij in staat zou zijn geweest om in genoemde periode de door Transportinfo uitgevoerde werkzaamheden aan de TMS-software zelf te verrichten. In de daartegen gerichte grief III van Rainbow leest de hof geen nieuwe stellingen. Rainbow herhaalt slechts haar eerdere stelling dat zij gelet op haar werkzaamheden aan andere TMS-systemen daartoe in staat zou zijn geweest. Dat is in het licht van de door de rechtbank genoemde concept-email van 19 november 2014 en het ontbreken van bewijs dat zij daadwerkelijk onderhoudswerkzaamheden aan de TMS-software heeft verricht, onvoldoende. Van belang is verder dat Rainbow ook met zoveel woorden heeft verklaard dat zij enige tijd nodig had om genoemde onderhoudswerkzaamheden te kunnen gaan verrichten, maar een concrete onderbouwing vanaf welk moment dat het geval zou zijn geweest en de betekenis daarvan voor het door haar gevorderde bedrag van € 36.829,51 ontbreekt. Bij de berekening van de gestelde misgelopen inkomsten heeft Rainbow bovendien ten onrechte geen rekening gehouden met de door haar bespaarde kosten van onder andere personeel en aan de werkzaamheden toe te rekenen algemene kosten. Die moeten vanzelfsprekend in mindering worden gebracht op het gestelde omzetverlies van € 36.829,51.

4.19 Dit alles betekent niet dat er geen causaal verband is tussen de door Transportinfo gepleegde auteursrechtinbreuk en (mogelijk) een deel van de gevorderde schadepost, maar wel dat Rainbow onvoldoende gegevens heeft aangeleverd om de schade concreet te kunnen begroten. Het hof zal de schade daarom begroten op de winst die Transportinfo met het onrechtmatig verrichten van de onderhoudswerkzaamheden heeft genoten.

4.20 Die winst is op grond van het accountantsrapport eenvoudig te begroten. Uit dit rapport blijkt dat Transportinfo met de inbreukmakende onderhoudswerkzaamheden over de periode oktober 2014 tot en met september 2017 een omzet heeft gerealiseerd van € 30.270,-. Indien, zoals Rainbow voorstelt en Transportinfo niet betwist, ervan wordt uitgegaan dat de helft daarvan opgaat aan kosten, resteert er een winst van € 15.135,-.

4.21 Transportinfo betwist dat zij winst heeft gemaakt. Zij verwijst daartoe naar haar jaarstukken over 2014 tot en met 2017, waaruit blijkt dat zij over die jaren verlies heeft gemaakt van € 92.914,-. Dit verweer slaagt niet. Bij de vaststelling van de winst op de voet van artikel 27a Aw en artikel 6:104 BW gaat het immers niet om het bedrijfsresultaat, maar om de winst die met de inbreukmakende activiteiten is behaald.

Misgelopen onderhoudsfees en gemist additioneel werk

4.22 Rainbow vordert daarnaast een bedrag van € 60.553,50 voor gemiste onderhoudsfees en een bedrag van € 73.578,58 voor gemist additioneel werk, zoals consultancy en maatwerk aan de software. Aan beide vorderingen ligt ten grondslag dat indien Rainbow na overname van de activa in oktober 2014 voor de toenmalige Nachon-klienten de onderhoudswerkzaamheden aan de TMS-software zou hebben verricht, zij als gevolg daarvan ook het reguliere niet inbreukmakende onderhoud zou hebben verricht en van de klienten additioneel werk zou hebben verkregen.

4.23 Het hof is van oordeel dat beide vorderingen niet toewijsbaar zijn, alleen al omdat Rainbow niet heeft aangetoond dat zij in de periode oktober 2014 tot maart 2017 in staat was de in het accountantsrapport opgenomen werkzaamheden aan de TMS-software te verrichten. Ten aanzien van het gevorderde gemiste additioneel werk is het hof bovendien van oordeel dat het causaal verband met de door Transportinfo gepleegde auteursrechtinbreuk ontbreekt. Rainbow stelt dat het algemeen bekend is dat (software)onderhoudscontracten leiden tot verdere omzet, maar onderbouwt dit verder niet, terwijl Transportinfo dit gemotiveerd betwist.

Conclusie en proceskosten

4.24 De grieven van Rainbow in het principaal hoger beroep slagen deels. Het hof zal de bestreden vonnissen gedeeltelijk vernietigen en Transportinfo veroordelen aan Rainbow te betalen een bedrag van € 15.135,-, te vermeerderen met de wettelijke rente. Tegen de door Rainbow gevorderde ingangsdatum van 22 maart 2017 heeft Transportinfo geen bezwaar gemaakt. Duidelijk is dat Rainbow de schade toen al had geleden. Het hof wijst de rente dan ook met ingang van 22 maart 2017 toe.

4.25 Omdat van het door Rainbow gevorderde bedrag van € 170.961,59 slechts € 15.135,- zal worden toegewezen, zal het hof de proceskosten in principaal hoger beroep compenseren in de zin dat elke partij de eigen kosten draagt van het principaal hoger beroep. Het incidenteel hoger beroep van Transportinfo slaagt niet. Transportinfo zal als de verliezende partij in de proceskosten van Rainbow worden veroordeeld. Rainbow vordert op de voet van artikel 1019h Rv een bedrag van € 6.169,50,-. Transportinfo heeft geen bezwaar gemaakt tegen de hoogte van dit bedrag en dit bedrag komt het hof ook niet onredelijk voor. Het hof zal het gevorderde bedrag dan ook toewijzen.

5. Beslissing

Het hof:

in het principaal en incidenteel hoger beroep:

vernietigt het vonnis van de rechtbank van 18 september 2020 voor zover daarin de vordering van Rainbow tot veroordeling van Transportinfo tot betaling van schadevergoeding van € 170.961,59 volledig is afgewezen, en in zoverre opnieuw rechtdoende:

veroordeelt Transportinfo aan Rainbow te betalen aan schadevergoeding een bedrag van € 15.135,- te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 22 maart 2017;

compenseert de proceskosten van partijen in het principaal hoger beroep in de zin dat elke partij de eigen kosten draagt;

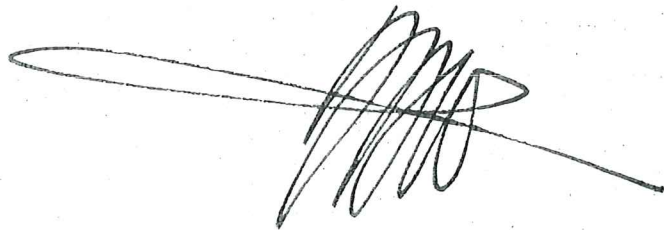
veroordeelt Transportinfo in de kosten van Rainbow in het incidenteel hoger beroep en stelt deze vast op een bedrag van € 6.169,50 voor salaris advocaat;

bepaalt dat de proceskosten binnen veertien dagen na arrestdatum aan Rainbow moet worden voldaan en voor het geval betaling daarvan niet binnen gestelde termijn plaatsvindt, dat de kosten worden vermeerderd met de wettelijke rente vanaf die termijn totdat het gehele bedrag is voldaan;

verklaart de in dit arrest opgenomen veroordelingen uitvoerbaar bij voorraad;

wijst het meer of anders gevorderde af.

Dit arrest is gewezen door mrs. R.E. Weening, D.M.I. De Waele en M. Schut en is in het openbaar uitgesproken op 6 juni 2023 door de rolraadsheer, in aanwezigheid van de griffier.



Uitgegeven voor grosse
op 6 juni 2023
door de griffier van het Gerechtshof
Arnhem-Leeuwarden



-
- ¹ ECLI:NL:RBMNE:2016:6791
 - ² ECLI:NL:RBMNE:2017:1336
 - ³ ECLI:NL:RBMNE:2019:1478
 - ⁴ Zaaknummer NL18.5132
 - ⁵ Zie HR 8 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY8286
 - ⁶ Vgl. HR 12 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY1533
 - ⁷ Zoals opgenomen in haar akte van 2 april 2020 onder 52-82