

ARBITRAAL KORT GEDING VONNIS

In de zaak van:

De besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid **[Leverancier] B.V.**, statutair gevestigd te Veenendaal,

Verzoekster,

Gemachtigde: mr. [Gemachtigde Leverancier]

Tegen:

De besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid [AFNEMER] **Holding B.V.**, statutair gevestigd te Arnhem,

Verweerster,

Gemachtigde: mr. [Gemachtigde Afnemer]

Hebben de arbiters:

[Arbiter 1], wonende te [Woonplaats],

[Arbiter 2] , wonende te [Woonplaats], en

[Arbiter3], wonende te [Woonplaats],

het volgende arbitrale vonnis in kort geding gewezen:

1. VERLOOP KORT GEDING

1.1. Verzoekster (‘**[Leverancier]**’) heeft in een geschil met verweerster (‘[Afnemer]’)

op 26 augustus 2019 een arbitraal kort geding aanhangig gemaakt bij de Stichting Geschillenoplossing Automatisering ('SGOA') door het indienen van een schriftelijk inleidend verzoek met 16 producties (**Inleidend Verzoek**).

- 1.2. Conform artikel 22.4 jo. 10.1 van het Arbitragereglement bestaat het scheidsgerecht (**Scheidsgerecht**) bij een arbitraal kort geding uit drie arbiters.
- 1.3. Het bestuur van de SGOA heeft [Arbiter 1], mr. [Arbiter 2] en [Arbiter 3], voornoemd, benoemd tot arbiters, welke opdracht door ieder van hen schriftelijk is aanvaard.
- 1.4. Nadat het Scheidsgerecht de mondelinge behandeling had bepaald op 9 september 2019, heeft [Leverancier] het Scheidsgerecht verzocht om uitstel tot 17 september 2019. De gemachtigde van [AFNEMER] heeft het Scheidsgerecht meegedeeld dat één van de bevoegde personen van [AFNEMER] op 17 september 2019 deels was verhinderd. Conform het bepaalde in artikel 22.9 van het Arbitragereglement van de SGOA van 20 januari 2015 (**Arbitragereglement**) heeft het Scheidsgerecht de mondelinge behandeling van het kort geding hierna bepaald op 17 september 2019 om 09.30 uur, te Amsterdam.
- 1.5. [AFNEMER] heeft op 13 september 2019 10 producties bij het Scheidsgerecht ingediend.
- 1.6. Op 17 september 2019 heeft te Amsterdam de mondelinge behandeling plaatsgevonden. Daarbij waren naast de arbiters en mevrouw [A]:

namens [Leverancier]:
 - De heer [[Aandeelhouder Leverancier], aandeelhouder;
 - Mr. [Gemachtigde Leverancier] , gemachtigde.
en namens [Afnemer] :
 - Mevrouw [Bedrijfsjurist Afnemer], bedrijfsjurist [AFNEMER] ;
 - De heer [Directeur Afnemer], directeur Fleet & Logistics [AFNEMER] ;
 - De heer [Manager Afnemer], manager E-logistics & Technology [AFNEMER] ; en
 - Mr. [Gemachtigde Afnemer] , gemachtigde.
- 1.7. Bij de mondelinge behandeling zijn beide partijen in de gelegenheid gesteld hun standpunten toe te lichten en te reageren op de wederzijdse stellingen.
- 1.8. [Leverancier] heeft het Scheidsgerecht verzocht om te kunnen reageren na het antwoord namens [AFNEMER] . De voorzitter heeft geweigerd [Leverancier]'s verzoek in te willigen, omdat dat de procesorde zou schenden. Vervolgens heeft [Leverancier]'s gemachtigde vrijwillig afgezien van de mogelijkheid om [Leverancier]'s standpunten in eerste instantie toe te lichten.
- 1.9. Hierna heeft [AFNEMER] verweer gevoerd, met gebruikmaking van

pleitaantekeningen.

- 1.10. Op verzoek van [Leverancier] heeft de Voorzitter [Leverancier] enige tijd gegund voor intern overleg, alvorens te repliceren. Na dat interne overleg heeft [Leverancier] bij monde van haar gemachtigde en de heer [Aandeelhouder Leverancier] van repliek gediend op het verweer van [AFNEMER] .
- 1.11. Vervolgens heeft de Voorzitter [AFNEMER] in het kader van een goede procesorde eveneens de mogelijkheid geboden voor intern overleg voorafgaand aan de dupliek. [AFNEMER] heeft aangegeven geen gebruik te maken van deze mogelijkheid. De gemachtigde van [AFNEMER] heeft vervolgens van dupliek gediend.
- 1.12. Het Scheidsgerecht heeft partijen mondeling een aantal vragen gesteld.
- 1.13. Vervolgens heeft het Scheidsgerecht de behandeling van het geding gesloten, teneinde overeenkomstig het verzoek van partijen vonnis in kort geding te wijzen.

2. BEVOEGDHEID, BESLISSINGSMAATSTAF, PLAATS VAN ARBITRAGE

Bevoegdheid

- 2.1. In het Inleidende Verzoek heeft [Leverancier] gesteld dat partijen zijn overeengekomen dat de tussen hen bestaande geschillen door de SGOA via arbitrage zullen worden beslecht met inachtneming van artikel 16.2 in het van toepassing verklaarde Arbitragereglement van de SGOA (versie 2008, depotnr. KvK 301774840, de '**ICT~Office Voorwaarden v. 2008**').
- 2.2. Op grond van het bepaalde in artikel 1052 lid 1 Rv is het Scheidsgerecht bevoegd om over zijn bevoegdheid te oordelen.
- 2.3. Het Scheidsgerecht verwijst naar artikel 5.2 van de Aanbieding Mobiele Communicatie d.d. 3 september 2015 van [Leverancier] (**Productie 3** [Leverancier], hierna de '**Aanbieding**' of '**Overeenkomst**'). Hierin wordt verwezen naar artikel 16.2 van de ICT~Office Voorwaarden versie 2008. [AFNEMER] heeft gesteld noch betwist dat zij geen redelijke mogelijkheid zou hebben gekregen om van de inhoud van voornoemde Modules van de ICT~Office Voorwaarden versie 2008 kennis te nemen.
- 2.4. Geen van de partijen heeft beroep gedaan op de onbevoegdheid van het Scheidsgerecht, waardoor diens bevoegdheid hiermee rechtens vaststaat. Het Scheidsgerecht acht zich mitsdien ten aanzien van alle (gewijzigde) vorderingen bevoegd. De SGOA heeft op correcte gronden het Scheidsgerecht benoemd.

Beslissingsmaatstaf

- 2.5. Op basis van artikel 28.1 van het Arbitragereglement beslist het Scheidsgerecht als goede personen naar billijkheid, rekening houdend met de van toepassing zijnde handelsgebruiken.

Plaats van arbitrage en de mondelinge behandeling

- 2.6. Op grond van het bepaalde in artikel 4 van het Arbitragereglement vindt de arbitrage plaats in **Haarlem**. In afwijking van het bepaalde in artikel 4 van het Arbitragereglement heeft met instemming van partijen de mondelinge behandeling in Amsterdam plaatsgevonden.

3. VASTSTAANDE FEITEN

- 3.1. [Leverancier] is een onderneming die zich toelegt op IT-advisering en -ondersteuning, alsmede het verhandelen, ontwikkelen en produceren van softwaresystemen, de verwerking van gegevens op computers en voor bedrijven uit de afval-, milieu- en recyclingsectoren.
- 3.2. [AFNEMER] is een onderneming die zich onder meer toelegt op recycling en recovery binnen het kader van afvalverwerking.
- 3.3. In 2004 is [Telecombedrijf] een project gestart bij [AFNEMER] onder de naam ‘[TC]’ voor het gebruik van mobiele boardcomputers in [AFNEMER]’ vrachtwagens ten behoeve van haar afvalverwerkingsprocessen. [Telecombedrijf] stelde onder meer [Naam boardcomputer] boardcomputers van producent [producent boardcomputers] aan [AFNEMER] beschikbaar. [Leverancier] leverde toen al de bijbehorende software onder de naam ‘[Software naam]’.
- 3.4. In 2008 trok [Telecombedrijf] zich terug als hoofdaannemer. [Leverancier] is vanaf dat moment [naam boardcomputers] gaan leveren aan [AFNEMER]. Op voorspraak van [AFNEMER] is [Leverancier] in 2009 in Nederland tevens leverancier van de zogenaamde [BC]s van producent (‘[Naam producent]’) geworden.
- 3.5. In 2015 is [Producent boardcomputers] – de leverancier van de [Naam boardcomputers] – in insolventieproblemen geraakt. Vanwege deze problemen heeft [Leverancier] haar afnemers – waaronder [AFNEMER] – een *end of sale* aankondiging gestuurd, waarbij zij aan de gebruikers een gefaseerde migratie van de [naam boardcomputers] naar [BC]s aanbood.
- 3.6. [Leverancier] bood [AFNEMER] aan om de [BC]s (met daarin haar software) in de Benelux tegen dezelfde condities af te nemen als [Naam producent] aan [AFNEMER]’s zusteronderneming in Duitsland, [AFNEMER] Deutschland GmbH (‘**[AFNEMER] Deutschland**’), deed.
- 3.7. Op 3 september 2015 zijn partijen in de Overeenkomst met elkaar de afname door [AFNEMER] van 190 [BC] systemen en de licentiëring op afroep overeengekomen; en nog eens 100 systemen per uiterlijk 1 juli 2016. [AFNEMER] Deutschland nam op dat moment al [BC]s af bij [Naam producent].
- 3.8. In de periode 2015-2017 heeft [AFNEMER] in totaal 462 [BC]s met toebehoren aangeschaft bij [Leverancier]. Tevens heeft [AFNEMER] in deze periode door tussenkomst van [AFNEMER] Deutschland een aantal [BC]s, die aan [AFNEMER] Deutschland geleverd werden door [Naam producent], afgenomen.
- 3.9. [Leverancier] had toegezegd dat de bestaande interface en werkwijze gebruikt

konden blijven zonder extra kosten. De [Software naam] software was echter niet helemaal geschikt voor de nieuwe [BC] configuratie. Om die reden heeft [Leverancier] de [Software naam] software herontwikkeld, c.q. vervangen door de [nieuwe softwareversie] software.

- 3.10. Bovendien bleek na levering van de eerste [BC]s dat deze niet helemaal goed functioneerden. Er was sprake van een bug in het onderdeel van de software waarmee weeginformatie van de weegschaal kon worden afgelezen. [Leverancier] heeft vervolgens voor [AFNEMER] een tussenoplossing beschikbaar gesteld.
- 3.11. [Leverancier] heeft in dat kader ook de nog in gebruik zijnde [Software naam] software vervangen door de [nieuwe softwareversie] software. Voorts heeft [Leverancier] aan [AFNEMER] voor de bestaande [Software naam] licenties upgrades naar de [nieuwe softwareversie] software verstrekt.
- 3.12. In de tussentijd is [AFNEMER] ook de [nieuwe softwareversie] software op haar boardcomputers gaan uitfasen voor nieuwe software genaamd '[ER]'. De uitrol van het vernieuwde systeem ging gepaard met afbouw van onder meer de [nieuwe softwareversie] licenties.
- 3.13. Partijen hebben een geschil over: (i) de reikwijdte en impact op de Aanbieding van een tussen [Leverancier] en [Naam producent] gesloten, door [Leverancier] gestelde exclusieve, distributieovereenkomst voor de Benelux; (ii) een door [Leverancier] gestelde inbreuk op haar auteursrechten op [Leverancier]' software; en (iii) het niet afnemen van onderhoudsdiensten door [Leverancier] voor de geleverde [BC]s en software voor een periode van drie jaar.

4. STELLINGEN PARTIJEN

[Leverancier]

- 4.1. Ter toelichting op haar vorderingen en de gegrondheid daarvan heeft [Leverancier], samengevat, het navolgende gesteld (kopjes toegevoegd door Scheidsrecht).

Profiteren van wanprestatie

- 4.1.1 [Leverancier] heeft sinds 2012 tot en met 30 september 2019 het exclusieve recht om als distributeur mobiele boardcomputers van het merk [BC] binnen de Benelux te verkopen met hierop software van [Leverancier].
- 4.1.2 [Leverancier] heeft [AFNEMER] laten weten dat zij het exclusieve distributierecht op de [BC]s had verkregen voor de Benelux. Het bestaan van het exclusieve distributierecht is in artikel 2.1.1 Overeenkomst vastgelegd, aldus [Leverancier] (Verzoekschrift, randnummers 19-20).
- 4.1.3 Na 1 december 2017 is [AFNEMER] direct [BC]s gaan bestellen bij [Naam producent] door tussenkomst van [AFNEMER] Deutschland. Ook is mogelijk dat [AFNEMER] direct en zonder tussenkomst [BC]s is gaan bestellen bij [Naam producent].
- 4.1.4 Een vertegenwoordiger van [AFNEMER] heeft tegen [Naam producent]

gezegd dat de exclusieve relatie tussen [Leverancier] en [Naam producent] tot een einde zou zijn gekomen (Productie 9 [Leverancier], brief van 18 december 2018). Vanwege deze mededeling van [AFNEMER] is [Naam producent] ervan uit gegaan dat de exclusieve overeenkomst met [Leverancier] was beëindigd.

4.1.5 Het toch bestellen en aanschaffen van [BC]s direct bij [Naam producent] kwalificeert als het misbruik maken van wanprestatie. [AFNEMER] heeft daarmee onrechtmatig gehandeld jegens [Leverancier].

4.1.6 [Leverancier] is door dit onrechtmatig handelen van [AFNEMER] marge misgelopen. Het gaat om tenminste € 74.440,00 (Productie 11 [Leverancier]).

Auteursrechtinbreuk op software

4.1.7 [AFNEMER] heeft erkend dat zij buiten [Leverancier] om [BC]s heeft gekocht; en dat zij deze zonder toestemming van [AFNEMER] heeft geïnstalleerd en gebruikt. De ongeoorloofde vervuldiging (lees: verveelvoudiging) van de software is in strijd met (het bepaalde in) artikel 1 jo. 13 en 45i Aw.

4.1.8 Kort gezegd, levert het gebruik van voornoemde software auteursrechtinbreuk op de software van [Leverancier] op.

4.1.9 Met een beroep op artikel 843a Rv wil [Leverancier] weten hoeveel [BC]s [AFNEMER] buiten [Leverancier] om rechtstreeks bij [Naam producent], dan wel door tussenkomst van [AFNEMER] Deutschland, heeft gekocht. Deze vordering wordt geschraagd met een beroep op artikel 3.7 Module 1 van de ICT~Office Voorwaarden.

Niet nakomen verplichting tot afname van onderhoud c.q. onrechtmatige opzegging onderhoudsovereenkomst

4.1.10 Vanaf het moment van levering door [Leverancier] aan [AFNEMER] zijn partijen onderhoudsovereenkomsten met een looptijd van drie jaar overeengekomen. Er is sprake van strijd met het bepaalde in artikel 3 van Module 1 van de ICT~Office Voorwaarden (dit artikel gaat over onderhoud op programmatuur, Scheidsgerecht).

4.1.11 [AFNEMER] heeft aanvankelijk erkend dat dat de looptijd van (verschillende) onderhoudsovereenkomsten drie jaar bedroeg; er was wel onduidelijkheid over de einddatum van verschillende onderhoudsovereenkomsten. [Leverancier] verwijst hierbij naar haar Productie 4).

4.1.12 [AFNEMER] heeft geen onderhoud van [Leverancier] afgenomen – in ieder geval niet voor 80 [BC]s. Hierdoor heeft [Leverancier] schade geleden van ten minste € 98.440,-.

4.1.13 Ook heeft [Leverancier] acht onderhoudsovereenkomsten met een looptijd

van drie jaar tussentijds onrechtmatig opgezegd, waarbij [Leverancier] verwijst naar haar Producties 12 en 13.

Spoedeisendheid

4.1.14 [Leverancier] heeft het door haar gestelde spoedeisende belang bij de hierna vermelde vorderingen onderbouwd. De onderbouwing bestaat eruit dat:

1. de Overeenkomst tussen [Leverancier] en [Naam producent] “nog slechts tot 30 september 2019 van kracht is”. Hierom, aldus [Leverancier], heeft [Leverancier] groot belang om “helder te krijgen dat verweerster tot die tijd verplicht is om [BC]s en toebehoren via haar te kopen” (vorderingen (a), (e) en (i));

en:

2. bij de gestelde inbreuk van auteursrecht op software en andere intellectuele eigendomsrechten naar “*de aard van de zaak*” sprake is van spoedeisend belang (vorderingen (b), (c) nevenvorderingen (d), (f) en (g));

en:

3. [AFNEMER] toerekenbaar is tekortgeschoten in de uitvoering van haar contractuele verplichting jegens [Leverancier] door onderhoudsovereenkomsten onregelmatig op te zeggen en de uit hoofde van deze overeenkomsten verschuldigde vergoedingen onbetaald te laten. Hierdoor loopt [Leverancier] inkomsten mis, wat een spoedeisend belang is.

4.1.15 De spoedeisendheid van nevenvorderingen (i) volgt op de spoedeisendheid van de hoofdvorderingen (a) en (e).

4.1.16 Hoofdvorderingen (j) en (k) komen sowieso voor behandeling in aanmerking, aangezien zij de proceskosten betreffen.

4.1.17 Bij e-mail van 23 januari 2019 heeft [Leverancier] [AFNEMER] aansprakelijk gehouden voor [AFNEMER]’s onrechtmatig handelen. Tevens heeft zij [AFNEMER] verzocht haar onrechtmatig handelen te staken en gestaakt te houden (Productie 14 [Leverancier]).

4.1.18 Op 11 februari 2019 heeft [AFNEMER] aangegeven dat zij geen gehoor zou geven aan de verzoeken van [Leverancier]. Ook aan de daaropvolgende sommatie van 28 maart 2019 (Productie 15 [Leverancier]) heeft zij geen gevolg gegeven.

4.1.19 [Leverancier] vordert in dit kort geding van [AFNEMER] de door haar gemaakte juridische kosten, die zij begroot op circa € 12.000,-.

[AFNEMER]

4.2 [AFNEMER] heeft gemotiveerd verweer gevoerd tegen de stellingen van [Leverancier] en voert onder meer het volgende aan (kopjes toegevoegd door Scheidsgerecht).

Geen profiteren van wanprestatie

- 4.2.1 [AFNEMER] erkent een aantal [BC]s te hebben verworven via [AFNEMER] Deutschland in het kader van het [ER] project. Deze [BC]s hebben een andere configuratie dan het type [BC] dat [Leverancier] levert. Anders dan [Leverancier] stelt, heeft [AFNEMER] bij monde van de heren [D]en [directeur Afnemer]hierover gesproken met (onder meer) de heer [Aandeelhouder Leverancier] van [Leverancier] op 14 januari 2019.
- 4.2.2 [AFNEMER] betwist dat één van haar medewerkers [Naam producent] op het verkeerde been heeft gezet met betrekking tot de beëindiging van de exclusieve distributieovereenkomst met [Leverancier]. [AFNEMER] onderbouwt dit nog met de stelling dat zij niet bekend was met een beweerdelijke exclusieve distributierelatie tussen [Naam producent] en [Leverancier]. Het stond evenmin zo in paragraaf 2.1.1 van de Overeenkomst.
- 4.2.3 [AFNEMER] betwist uitdrukkelijk dat zij direct van [Naam producent] [BC]s zou hebben afgenomen en verwijst daarbij naar Productie 5 [AFNEMER].
- 4.2.4 Op grond van het bovenstaande betwist [AFNEMER] dat zij zou hebben geprofiteerd van wanprestatie van [Naam producent] ten opzichte van [Leverancier]:
- in de eerste plaats omdat [AFNEMER] niet is gebonden aan een exclusieve afnameverplichting van [Leverancier].
 - evenmin is [AFNEMER] gebonden aan de tussen [Naam producent] en [Leverancier] beweerdelijk gemaakte exclusiviteitsafspraken over de distributie van de [BC]s. [Leverancier] heeft geen bewijs overgelegd waaruit valt af te leiden dat [Naam producent] en [Leverancier] exclusieve distributie-afspraken zouden hebben gemaakt. [Leverancier]'s verwijzing naar paragraaf 2.1.1 Overeenkomst die niet bepaalt dat [Leverancier] exclusieve rechten jegens [Naam producent] zou hebben. Wel wijst de door [Leverancier] aangehaalde paragraaf naar rechtstreeks door [AFNEMER] (voorheen [vorige naam afnemer]) met [Naam producent] gevoerde prijsonderhandelingen.
- 4.2.5 Zelfs al zou er aantoonbaar sprake zijn van een exclusieve distributieovereenkomst tussen [Leverancier] en [Naam producent] voor Nederland of de Benelux, dan is het op de voet van artikel 101 VWEU verboden om beperkingen te verbinden aan passieve verkoop – dat is het geval wanneer een gebruiker de principaal direct benadert buiten het gebied waarvoor op het wholesale niveau de exclusiviteitsafpraak geldt.

Geen auteursrechtinbreuk op software

- 4.2.6 [Leverancier] stelt dat sprake is van inbreuk op haar auteursrecht op de door haar vervaardigde software, die [AFNEMER] op [BC]s heeft geïnstalleerd die zij van een andere partij dan [Leverancier] ([Naam producent] dan wel [AFNEMER] Deutschland) heeft gekocht. In de prijs van de door [AFNEMER] van [Leverancier] in de loop der jaren gekochte [naam boardcomputers] en [BC]s was echter steeds de licentievergoeding voor het gebruik van de software inbegrepen (Overeenkomst, artikel 2.1.3) en de licenties waren niet systeemgebonden, waardoor geen sprake is van auteursrechtinbreuk, omdat [AFNEMER] niet méér [BC]s met daarop [Leverancier] software heeft dan het aantal licenties dat zij van [Leverancier] heeft afgenomen. Nergens uit blijkt dat [AFNEMER] de aldus verkregen rechten niet zou kunnen gebruiken op [BC]s die zij niet via [Leverancier] heeft gekocht.
- 4.2.7 Ten aanzien van de beweerde auteursrechtinbreuk stelt [AFNEMER] dat zij voor alle gebruikte software op haar [BC]s van [Leverancier] bij aanschaf de afgesproken licentievergoedingen heeft betaald. [AFNEMER] betwist de stelling van [Leverancier] dat haar licenties apparaatgebonden zijn, dat wil zeggen gekoppeld aan het gebruik van een specifieke [BC]. Het gebruiken van software op [BC]s die [AFNEMER] niet van [Leverancier] maar van een andere partij heeft afgenomen levert geen auteursrechtinbreuk op.

Niet nakomen verplichting tot afname van onderhoud, c.q. onrechtmatige opzegging onderhoudsovereenkomst

- 4.2.8 [AFNEMER] heeft naast de embedded licentievergoeding in 2015 een lump sum bedrag betaald voor onderhoud van de software, laatstelijk voor een bedrag van € 100.000,- exclusief BTW op jaarbasis. Deze vergoeding was gebaseerd op een in gebruik zijnde aantal van 770 boardcomputers.
- 4.2.9 De Overeenkomst kent geen looptijd. [AFNEMER] ontkent met [Leverancier] te zijn overeen gekomen dat partijen een onderhoudsovereenkomst voor drie jaar zijn aangegaan. Op grond van art. 7:408 BW kan [AFNEMER] de onderhoudsovereenkomsten te allen tijde opzeggen.
- 4.2.10 [AFNEMER] betwist dat er sprake is van margeverlies door [Leverancier], onder verwijzing naar Productie 7 [Leverancier]. Dit bedrag is, zo het al verschuldigd zou zijn, gebaseerd op 72 en niet 235 stuks. De gestelde misgelopen onderhoudsvergoedingen zijn onvoldoende onderbouwd. Ook is een margeverlies indien het gaat om afname van licenties door [AFNEMER] Deutschland, niet de verantwoordelijkheid van [AFNEMER], omdat er geen sprake is van het profiteren van wanprestatie noch van inbreuk op intellectuele eigendomsrechten op software.

Geen spoedeisendheid

- 4.3 [AFNEMER] betwist dat sprake is van spoedeisend belang bij de door [Leverancier] gedane vorderingen (randnummers 2.1-2.6 pleitnota mr. [Gemachtigde Afnemer]),

zakelijk weergegeven:

- 4.3.1 [Leverancier] stoelt de spoedeisendheid op de omstandigheid dat de tussen haar en [Naam producent] gesloten overeenkomst eindigt op 30 september 2019 en zij “(...) er op een zo kort mogelijke termijn groot belang bij heeft helder te krijgen dat verweerster tot die tijd verplicht is om [BC]s en toebehoren uitsluitend via haar te kopen.” De rechtsverhouding tussen [Leverancier] en [Naam producent] regardeert [AFNEMER] niet. Hierbij refereert [AFNEMER] ook aan het verbod op de voet van artikel 101 VWEU om passieve verkoop te verbieden.
- 4.3.2 Gezien het feit dat het verbieden van passieve verkoop een nietige bepaling is in het mededingingsrecht kan [Leverancier] zich daarop niet beroepen.
- 4.3.3 Overigens zegt [AFNEMER] toe dat zij tot en met 30 september 2019 geen [BC]s zal afnemen van [Naam producent] of een andere derde partij, waarmee zij er op doelt dat door die toezegging evenmin sprake is van spoedeisend belang.
- 4.3.4 De vorderingen die zijn gestoeld op auteursrechtinbreuk lenen zich niet voor behandeling in kort geding dit omdat [Leverancier] geen toelichting op deze stelling heeft verschaft. Uit niets kan worden afgeleid dat [AFNEMER] de via [AFNEMER] Deutschland verkregen rechten niet mag gebruiken op [BC]s die zij niet via [Leverancier] heeft aangeschaft.
- 4.3.5 De vorderingen die zijn gestoeld op het opzeggen van onderhoud dan wel het niet betalen daarvoor lenen zich niet voor behandeling in kort geding – in het bijzonder omdat [AFNEMER] betwist dat zij zich had verbonden om gedurende drie jaar onderhoudsdiensten af te nemen, en [AFNEMER] sowieso jaarlijks op basis van een lump sum vergoeding toch al onderhoud afnam en de termijnen inmiddels (bijna) zijn verstreken.
- 4.3.6 [Leverancier] heeft te lang stil gezeten (onder verwijzing naar Producties 6, 7 en 8 [Leverancier]).
- 4.3.7 Aan de toewijzing van geldvorderingen worden stringente eisen gesteld (HR 14 april 2000, ECLI:NL:PHR:2000:AA5519, NJ 2000, 489, *Trading/Danstyle*), waaraan in casu niet is voldaan.

5. DE VORDERINGEN

- 5.1. [Leverancier] heeft het Scheidsgerecht verzocht om [AFNEMER] bij arbitraal vonnis in kort geding te veroordelen tot:

“a. het staken en gestaakt houden van het anders dan via eiseres kopen van [BC]s en toebehoren voor de BENELUX-markt bij [Naam producent] gedurende de looptijd van de exclusieve distributieovereenkomst tussen eiseres en [Naam producent], op straffe van een dwangsom van € 10.000,- per dag, met een maximum van € 200.000,-;

b. het staken en gestaakt houden van iedere inbreuk op de auteursrechten van eiseres ten aanzien van de door eiseres ontwikkelde software voornoemd, op straffe van een dwangsom van € 10.000,- per dag, met een maximum van € 200.000,-;

c. het binnen 14 dagen na het wijzen van onderhavig arbitraal vonnis onder toezicht van een deurwaarder verwijderen en verwijderd houden van software van eiseres welke illegaal door verweerster op [BC]s is geïnstalleerd en gebruikt, onder overleggen van een door een deurwaarder opgemaakt proces-verbaal daarvan, op straffe van een dwangsom van € 10.000,- per dag, met een maximum van € 200.000;

d. het binnen 24 uur na het opmaken daarvan overleggen van voornoemd proces-verbaal aan eiseres, op straffe van een dwangsom van € 10.000,- per dag, met een maximum van € 200.000;

e. het verstrekken aan eiseres van een overzicht, waaruit volgt hoeveel [BC]s en toebehoren, inclusief vermelding van de bijbehorende serienummers en facturen door verweerster, anders dan via eiser bij [Naam producent] zijn gekocht, op straffe van een dwangsom van € 10.000 per dag, met een maximum van € 200.000;

f. het verstrekken aan eiseres van een overzicht, waaruit volgt op welke [BC]s, inclusief bijbehorende serienummers, de software van eiseres voornoemd, zonder haar toestemming door verweerster is geïnstalleerd en gebruikt, op straffe van een dwangsom van € 10.000 per dag, met een maximum van € 200.000;

g. het afnemen van [nieuwe softwareversie]-licenties ten aanzien van de buiten eiseres om gekochte [BC]s, in ieder geval ten aanzien van de minstens 80 exemplaren welke buiten haar om zijn gekocht en het aangaan van onderhoudsovereenkomsten voor de duur van 3 jaar ten aanzien van de software op deze [BC]s, te rekenen vanaf de datum van levering van de [BC]s, op straffe van een dwangsom van € 10.000 per dag, met een maximum van € 200.000;

h. het nakomen van de betalingsverplichtingen ten aanzien van de 8 onderhoudsovereenkomsten, zoals hierboven omschreven en de verweerster te verbieden onderhoudsovereenkomsten voor de duur van 3 jaar, zonder tussentijdse opzegmogelijkheid tussentijds op te zeggen, dat laatste op straffe van een dwangsom van € 10.000 per dag, met een maximum van € 200.000;

i. betaling aan eiseres van een bedrag van € 172.880,00, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf de datum van opeisbaarheid tot de dag der algehele voldoening, als voorschot op de volledige schadevergoeding, althans tot betaling van een door uw arbitraal college te bepalen redelijk bedrag;

j. onmiddellijke en volledige betaling van alle kosten van rechtsbijstand, verleend en nog te verlenen door de voornoemde gemachtigde van eiser in het onderhavige arbitrale kort geding, tot op heden begroot op minstens € 4.479,48 (inclusief BTW), althans tot betaling van een door uw arbitraal college te bepalen redelijk bedrag, zulks tegen bewijs van behoorlijke kwijting;

k. onmiddellijke en volledige betaling van alle gerechtelijke kosten van dit arbitraal kort geding, waaronder begrepen de honoraria en voorschotten van arbiters, de door eiser aan de Stichting Geschillenoplossing Automatisering betaalde vaste en variabele administratie kosten, althans tot betaling van een door uw arbitraal college te bepalen redelijk bedrag zulks tegen bewijs van behoorlijke kwijting.”

6. SPOEDEISENDHEID: OORDEEL SCHEIDSGERECHT

6.1. Alvorens in te gaan op de merites van [Leverancier]’ vorderingen, dient het Scheidsgerecht te bepalen of er sprake is van spoedeisend belang bij de gevraagde voorzieningen.

6.2. Hierbij dient het Scheidsgerecht een belangenafweging te maken. De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 22 november 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE4553, NJ 2003, 78, de norm voor de door het Scheidsgerecht te maken belangenafweging als volgt omschreven:

“De vraag of een eisende partij in kort geding voldoende spoedeisend belang heeft bij de gevraagde voorziening, dient beantwoord te worden aan de hand van een afweging van de belangen van partijen, beoordeeld naar de toestand ten tijde van de uitspraak. De omstandigheid dat de eisende partij lang heeft stilgezeten, kan bij die afweging een rol spelen, en de omstandigheid dat een rechtsvraag in geschil is waarop het antwoord niet evident is, kan leiden tot behoedzaamheid bij de toewijzing van de gevraagde voorziening, maar deze omstandigheden kunnen noch ieder voor zich noch in onderlinge samenhang het oordeel rechtvaardigen dat de eisende partij geen spoedeisend belang bij de gevraagde voorziening (meer) heeft.”

6.3. Het Scheidsgericht bespreekt de spoedeisendheid aan de hand van de door [Leverancier] verschillende vorderingen in deze procedure.

6.4. Ten aanzien van vorderingen (a), (e) en (i), die zijn gestoeld op de stelling dat, samengevat, [AFNEMER] een overeenkomst tussen [Leverancier] en de Duitse producent [Naam producent] heeft genegeerd door – in weerwil van de daarin tussen [Leverancier] en [Naam producent] gemaakte exclusieve distributieafpraak – direct bij [Naam producent] [BC]s te bestellen, oordeelt het Scheidsgerecht als volgt.

Profiteren van wanprestatie

6.5. [Leverancier] heeft de spoedeisendheid van de hoofdvordering met nummer (a) en de nevenvorderingen (e) en (i) niet of onvoldoende onderbouwd. Meer in het bijzonder heeft [Leverancier] niet aannemelijk gemaakt dat het aflopen van distributieafspraken die [Leverancier] en [Naam producent] hebben gemaakt een factor is die een voorlopige voorziening gebaseerd op het profiteren van wanprestatie door [AFNEMER] noodzaakt.

6.6. [Leverancier] heeft voorts verzuimd de distributieafspraken waaruit zou blijken van de exclusiviteit tussen [Naam producent] en [Leverancier] over te leggen.

6.7. Gelet dat [Leverancier] [AFNEMER] ’ onderbouwing, dat zij haar [BC]s en toebehoren via [AFNEMER] Deutschland heeft ingekocht onbetwist heeft gelaten,

valt, bij de blote bewering dat [AFNEMER] zou profiteren van wanprestatie door [Naam producent] jegens [Leverancier], evenmin in te zien waarom een verbod voor [AFNEMER] tot het afnemen van [BC]s en toebehoren bij [Naam producent] nu nog spoedeisend is.

- 6.8. De omstandigheid dat [Leverancier] bijna acht maanden heeft gewacht met het instellen van een kort geding geeft er blijk van dat [Leverancier] lang heeft stilgezeten. Niet valt in te zien dat het juridische debat over de stelling en vordering dat [AFNEMER] zou profiteren van wanprestatie door [Naam producent] en de daarmee samenhangende nevenvorderingen niet in een bodemprocedure kan worden gevoerd.
- 6.9. Alles overziend en een belangenweging makend naar de toestand ten tijde van de uitspraak is het Scheidsgerecht van oordeel dat vordering (a) niet spoedeisend is. De nevenvorderingen (e) en (i) zijn dan evenmin spoedeisend, aangezien deze pas aan bod kunnen komen in geval het Scheidsgerecht aan de behandeling van vordering (a) zou toekomen en deze zou toewijzen aan [Leverancier].

Auteursrechtinbreuk op software

- 6.10. Een gestelde inbreuk op auteursrecht op software is naar de aard van de materie spoedeisend, stelt [Leverancier]. Het direct dan wel indirect (via [AFNEMER] Deutschland) aanschaffen van software bij [Naam producent] levert een inbreuk op. [Leverancier] heeft dit onderbouwd met de stelling dat het verveelvoudigen en gebruiken van onrechtmatig verkregen software kwalificeert als auteursrechtinbreuk.
- 6.11. Ten aanzien van vordering (b) en de daarmee samenhangende nevenvorderingen (b), (c), (d), (f), (g) en (i) (tweede gedeelte) overweegt het Scheidsgerecht het volgende.
- 6.12. Niet in geschil is dat er auteursrecht rust op de software, en dat het auteursrecht op de verschillende versies van [Software naam], tot [nieuwe softwareversie] berust bij [Leverancier].
- 6.13. Het Scheidsgerecht begrijpt de onderbouwing van het gevorderde verbod tot gebruik van software van [Leverancier] aldus dat [Leverancier] van mening is dat [AFNEMER] op de [BC]s die zij van anderen dan [Leverancier] heeft afgenomen en in gebruik heeft genomen de software van [Leverancier] heeft geïnstalleerd hetgeen inbreuk op haar auteursrecht maakt.
- 6.14. Aangezien niet in geschil is dat [AFNEMER] van [AFNEMER] Deutschland afgenomen [BC]s nog steeds in gebruik heeft is, als zou komen vast te staan dat er ongeautoriseerde kopieën van de software van [Leverancier] op de desbetreffende [BC]s staan, sprake van een voortdurende inbreuk op het auteursrecht van [Leverancier], zodat het Scheidsgerecht de vordering sub (b) als spoedeisend beoordeelt. Dit oordeel strekt zich ook uit tot de hiervoor in overweging 6.11 genoemde nevenvorderingen die direct samenhangen met de gestelde auteursrechtinbreuk. Dat betreft alle in overweging 6.11 genoemde

nevenvorderingen behalve vordering sub (g) die naar oordeel van het Scheidsgerecht niet samenhangt met de gestelde auteursrechtinbreuk, maar met het gestelde misbruik van wanprestatie met betrekking waartoe hiervoor is overwogen dat er niet van spoedeisendheid is gebleken.

Niet nakomen verplichting tot afname van onderhoud c.q. onrechtmatige opzegging onderhoudsovereenkomst

- 6.15. Ten aanzien van vorderingen (h) overweegt het Scheidsgerecht het volgende.
- 6.16. Allereerst heeft [Leverancier] niet aannemelijk gemaakt dat zij een spoedeisend belang heeft bij het verrichten van onderhoudsdiensten voor [AFNEMER] dan wel dat zij deze heeft verricht of aangeboden. Het partijdebat heeft zich toegespitst op de vraag of [AFNEMER] zich per [BC] moet houden aan een onderhoudsperiode van 3 jaar en deze niet tussentijds mag opzeggen, plus op de betalingsvordering voor gestelde openstaande onderhoudsdiensten.
- 6.17. De omstandigheid dat er vragen zijn gesteld door [AFNEMER] over de opzegbaarheid van de onderhoudsovereenkomst draagt niet bij aan de gestelde spoedeisendheid. Het stellen van vragen hierover betekent niet dat de vraagsteller namens [AFNEMER] heeft erkend dat deze met [Leverancier] telkens onderhoudsovereenkomsten voor drie jaar heeft afgesloten, bijvoorbeeld omdat dat in het verleden gebruikelijk was.
- 6.18. [Leverancier] heeft bovendien niet aannemelijk gemaakt dat Partijen op of na 3 september 2015 één of meer onderhoudsovereenkomsten hebben gesloten telkens voor de duur van drie jaren. Het staat niet in de Overeenkomst; dat er discussie is geweest over verschillende looptijden onderstreept juist dat partijen contractueel geen vaste looptijd hebben verankerd.
- 6.19. [AFNEMER] heeft onweersproken gesteld dat zij voor het onderhoud op de [BC]s een lump sum heeft betaald voor een bedrag van € 100.000,- per jaar; [Leverancier] heeft niet betwist dat onderhoud is verleend.
- 6.20. Bij betwisting door [AFNEMER] valt niet goed in te zien welk spoedeisend belang [Leverancier] heeft bij het verkrijgen van een voorziening die betrekking heeft op de nakoming van verschillende onderhoudsovereenkomsten.
- 6.21. Ten aanzien van de door [Leverancier] gevorderde betaling van onderhoudsbedragen, is het uitgangspunt dat terughoudendheid past bij de toewijzing van geldvorderingen in kort geding. Overigens heeft de heer [Aandeelhouder Leverancier], die ter zitting uitdrukkelijk verklaarde bevoegd te zijn om [Leverancier] te vertegenwoordigen en in het kader van deze procedure bindende besluiten te nemen, ter zitting aangegeven ook te kunnen leven met behandeling van deze vordering in een bodemprocedure.
- 6.22. Niet betwist is dat [AFNEMER] in de periode na 3 september 2015 een [Leverancier] een lump sum heeft betaald. Hierom valt niet in te zien welk spoedeisend belang [Leverancier] nu heeft bij een vordering tot nakoming van

betalingsverplichtingen ten aanzien van acht onderhoudsovereenkomsten. Ook hier heeft [Leverancier] lang stil gezeten.

Conclusie met betrekking tot de spoedeisendheid

- 6.23. Het Scheidsgerecht is voor hoofdvorderingen (a) en (h) van oordeel dat [Leverancier] te lang heeft gewacht met het instellen van bovenvermelde vorderingen, zonder hiervoor een geloofwaardige verklaring te hebben gegeven. [Leverancier] heeft producties overgelegd waaruit blijkt dat zij al in december 2018 contact heeft gehad met [Naam producent] en [AFNEMER]. Op de sommatie email van 28 maart 2019 heeft [AFNEMER] op 4 april 2019 in onmiskenbare bewoordingen aan [Leverancier] geantwoord geen gevolg te zullen geven aan enige vordering van [Leverancier], waarbij zij de grondslag van die vorderingen ernstig in twijfel heeft getrokken. Het contact hierna is geïnitieerd door [Leverancier]. [Leverancier] heeft echter tot 26 augustus 2019 gewacht met het uitbrengen van de dagvaarding, terwijl er in de tussentijd geen betekenisvolle besprekingen of onderhandelingen met [AFNEMER] hebben plaatsgevonden. Door nog bijna vijf maanden te wachten met het instellen van een aantal vorderingen voor een voorlopige voorziening, is er geen sprake van spoedeisendheid meer en dat geldt ook voor de nevenvorderingen.
- 6.24. Ten aanzien van vordering (h) is het bovendien de vraag of [Leverancier] ontvankelijk is in het verzoek tot het opleggen van een dwangsom wegens gestelde lopende betalingsverplichtingen, aangezien naar Nederlands recht een dwangsom in beginsel niet kan worden opgelegd in geval van een veroordeling tot betaling van een geldsom (HR 23 januari 2015, zoekresultaat ECLI:NL:HR:2015:113).
- 6.25. [Leverancier] heeft ten aanzien van vordering (i) gesteld noch gemotiveerd dat er sprake is van een situatie dat onverwijld handelen geboden is en de beslissing in de arbitrale procedure ten principale niet kan worden afgewacht. Bovendien stelt de jurisprudentie dat de rechter ten aanzien van betwiste geldvorderingen in kort geding terughoudendheid dient te betrachten.
- 6.26. Ten aanzien van de op auteursrechtinbreuk gestelde vorderingen (b), (c), (d), (f) en (i) (tweede gedeelte) is hiervoor uiteengezet dat het Scheidsgerecht voldoende spoedeisendheid aanwezig acht.
- 6.27. Het vorenstaande brengt mee dat de vorderingen (a), (e), (g), (h), (i) (eerste gedeelte) van [Leverancier] voorgelegd aan het Scheidsgerecht dienen te worden afgewezen wegens gebrek aan spoedeisendheid.

7. BEOORDELING VAN DE **GESTELDE AUTEURSRECHTINBREUK**

- 7.1. Allereerst constateert het Scheidsgerecht dat de verbodsvordering niet erg specifiek is gesteld. [Leverancier] vraagt een verbod ten aanzien van “voornoemde software” maar heeft niet onderbouwd om welke softwareversie (van [nieuwe softwareversie]; of [ER] het gaat. Dat maakt het op voorhand voor het Scheidsgerecht moeilijk om een voorziening te treffen.

- 7.2. In dit geding is door [AFNEMER] aangevoerd en door [Leverancier] niet of onvoldoende betwist dat de software die [AFNEMER] op haar [BC]s in Nederland gebruikt, is verkregen via [AFNEMER] Deutschland en dat daarvoor aan [Naam producent] licentievergoedingen zijn betaald. Ook ten aanzien van de patches die [Leverancier] in het kader van onderhoud voor de [BC]s aan [AFNEMER] heeft geleverd geldt dat hiervoor is betaald middels onderhoudsvergoedingen.
- 7.3. Een relevante omstandigheid is dat de software voor [BC]s niet apparaat-gebonden is – wat tijdens de zitting is bevestigd door [Leverancier]. Dit betekent in principe dat het de rechtmatige verkrijger is toegestaan de software te porteren naar andere mobiele boardcomputers. Hieraan doet niet af dat [Leverancier] haar software levert met onderhoud.
- 7.4. Omdat [Leverancier] haar stelling dat op de door [AFNEMER] van derde partijen verkregen [BC]s haar software is geïnstalleerd onvoldoende heeft onderbouwd, terwijl [AFNEMER] heeft aangevoerd dat dit niet het geval is, en als het wel gebeurd zou zijn dat was toegestaan omdat zij nooit meer exemplaren van de software in gebruik heeft genomen als waarvoor zij van [Leverancier] licentie heeft afgenomen, hetgeen [Leverancier] in dupliek niet heeft betwist, oordeelt het Scheidsgerecht dat naar zijn voorlopig oordeel dat [Leverancier] niet heeft aangetoond dat er sprake is van auteursrechtinbreuk.
- 7.5. De op auteursrechtinbreuk gestoelde nevenvorderingen treffen naar het voorlopig oordeel van het Scheidsgerecht hetzelfde lot als de hoofdvordering zodat de door [Leverancier] ingestelde vorderingen (b), (c), (d), (f) en (i) (tweede gedeelte) worden afgewezen.

8. **BESLISSING**

Om bovengenoemde redenen wijst het Scheidsgerecht de vorderingen van [Leverancier] af en verwijst [Leverancier] in de kosten van [AFNEMER] .

9. **KOSTEN VAN DE ARBITRAGE**

- 9.1 Gezien het voorgaande is het Scheidsgerecht van oordeel dat [Leverancier] als de in het ongelijk gestelde partij, de kosten van de procedure dient te dragen, te weten een totaalbedrag van € [bedrag] excl. BTW.
- 9.2 De kosten van deze arbitrage tot en met dit vonnis worden vastgesteld op € 11.398,00 (excl. BTW) welk bedrag als volgt is samengesteld:

Administratiekosten SGOA:	€ [bedrag]
Honorarium en verschotten arbiters:	€ [bedrag]
Verschotten (locatiekosten):	€ <u> </u> [bedrag]
Totaal:	€ [bedrag]

9.3 Het Scheidsgerecht ziet eveneens aanleiding om een vergoeding van de advocaatkosten van [AFNEMER] toe te wijzen. Het door de advocaat van [AFNEMER] in Productie 10 gespecificeerde bedrag acht het Scheidsgerecht redelijk in de zin van artikel 38 van het Arbitragereglement juncto artikel 1019h Rv. Het Scheidsgerecht stelt de vergoeding van de advocaatkosten aan de zijde van [AFNEMER] derhalve vast op een bedrag van € 23.397,02 exclusief BTW.

9.4 Partijen hebben reeds de volgende kosten voldaan aan de SGOA:

[LEVERANCIER]:

Administratiekosten:	€ [bedrag]
Depot Honorarium arbiters:	€ [bedrag]
Depot onkosten en overige verschotten:	€ [bedrag]
Totaal:	€ [bedrag]

[AFNEMER]:

Nihil.

De kosten in deze procedure worden verrekend met hetgeen partijen bij de SGOA in depot hebben gestort. [Leverancier] ontvangt uit het depot nog een bedrag van € [bedrag] excl. BTW. [Leverancier] dient [AFNEMER] de advocaatkosten van € 23.397,02 plus BTW te betalen.

10. SLOTSOM

10.1 Gelet op het vorenstaande komt het Scheidsgerecht tot de volgende beslissing.

RECHTDOENDE ALS GOEDE PERSONEN NAAR BILLIJKHEID:

- 1) Verklaren zich bevoegd kennis te nemen van de vorderingen van [Leverancier].
- 2) Wijzen de vorderingen van [Leverancier] sub (a), (e), (g), (h) en (i) (eerste gedeelte) jegens [AFNEMER] af wegens gebrek aan spoedeisendheid.
- 3) Wijzen de overige vorderingen van [Leverancier] af.
- 4) Stellen de kosten van deze arbitrage tot en met de uitspraak vast op in totaal € [bedrag] excl. BTW aan honorarium/verschotten arbiters, € [bedrag] excl. BTW aan locatiekosten en € [bedrag] excl. BTW aan administratiekosten van de SGOA.
- 5) Verstaan dat deze kosten met de door [Leverancier] bij de SGOA in depot gestorte bedragen zullen worden verrekend.

- 6) Veroordelen [Leverancier] tot betaling van de kosten van deze procedure.
- 7) Veroordelen [Leverancier] tot betaling van advocaatkosten aan [AFNEMER] van € 23.397,02 plus BTW.
- 8) Wijzen af hetgeen meer of anders is gevorderd.

Aldus gewezen te Haarlem op 26 september 2019,

[Arbiter 1], wonende te [Woonplaats], voorzitter,

[Arbiter 2], wonende te [Woonplaats], en

[Arbiter 3], wonende te [Woonplaats]