

vonnis

RECHTBANK OVERIJSEL

Team kanton en handelsrecht

Zittingsplaats Zwolle

zaaknummer / rolnummer: C/08/242611 / KG ZA 20-6

Vonnis in kort geding van 21 februari 2020

in de zaak van

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

tegen

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid **PERSISTENCE IT B.V.**,
gevestigd te Zwolle,
gedaagde,
advocaat mr. D.J. de Jongh te Zwolle.

Partijen zullen hierna Aditum c.s. (dan wel afzonderlijk Aditum en Invitee) en Persistence genoemd worden.

1. De procedure

- 1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:
 - de dagvaarding van 20 januari 2020 met 18 producties
 - de brief van Aditum c.s. van 26 januari 2020 met productie 19 t/m 23
 - de conclusie van antwoord met 10 producties
 - de mondelinge behandeling op 29 januari 2020
 - de pleitnotities van Aditum c.s.
 - de pleitnota van Persistence
 - de aanhouding ten behoeve van minnelijk overleg
 - het faxbericht van Aditum c.s. van 11 februari 2020 met het verzoek om vonnis te wijzen.
- 1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

2. De feiten

2.1. Aditum houdt zich bezig met het ontwikkelen, produceren en uitgeven van software. Bestuurders en gevolmachtigden van Aditum zijn R. X Holding B.V. en Invitee Group B.V., ondernemingen van respectievelijk R.J. (X) X en R. (Remco) Y. Op grond van de tussen X en Y gesloten aandeelhoudersovereenkomst houdt R. X Holding B.V. 45% van het winstgerechtigde aandelenkapitaal en 50% van het stemgerechtigde aandelenkapitaal in Aditum, terwijl Invitee Group B.V. 55% van het winstgerechtigde aandelenkapitaal en de overige 50% van het stemgerechtigde aandelenkapitaal in Aditum houdt.

2.2. Persistence houdt zich bezig met het verlenen van diensten, het geven van adviezen en het verrichten van werkzaamheden op het gebied van informatietechnologie (IT), met name softwareontwikkeling, alsmede het in- en verkopen van hard- en software. Enig aandeelhouder en bestuurder van Persistence is R. X Holding B.V.

2.3. Op basis van een door X en Y eind 2018 opgesteld businessplan (beGUESTLISTED.com, waarvan de werktitel later is vervangen door de merknaam Stubs) hebben R. X Holding B.V. en Persistence enerzijds en Invitee Group B.V. (i.o.) en Invitee (i.o.) anderzijds op 21 januari 2019 de "Samenwerkingsovereenkomst Aditum Software" gesloten, die – kort gezegd – ziet op de ontwikkeling van software teneinde zogenaamde "secondary ticketing" te voorkomen (doorverkoop tickets tegen woekerprijzen), ter uitvoering waarvan op 7 februari 2019 Aditum is opgericht. Deze overeenkomst luidt, voor zover hier van belang, als volgt:

Doel

Bundelen van kennis en kunde om een platform te bouwen voor de Invitee Group BV en/of haar dochterondernemingen in een nieuwe entiteit Aditum Software BV.

Beoogd resultaat

Binnen deze samenwerking bouwen we een platform waarmee ticketverkopers een veilige gastenlijst samen kunnen stellen en organisatoren de gastenlijst kunnen gebruiken om te controleren of gasten een ticket gekocht hebben. Het platform digitaliseert unieke informatie van een officieel identificatiedocument.

(...).

Structuur

Voor het exploiteren van het door Y bedachte- en ontwikkelde bedrijfsconcept richt R. Y de Invitee Group op.

De Invitee Group BV exploiteert de commerciële activiteiten in werkmaatschappijen. Voor de klantendoelgroep rond ticketing wordt Invitee Music & Sport BV opgericht.

(...).

Softwareontwikkeling

De ontwikkeling van de eerste versie van de software zal worden uitbesteed aan Persistence. Zodra het in het belang van Aditum beter is zullen we binnen Aditum Software zelf personeel in dienst te nemen of andere externe partijen inschakelen. Persistence heeft dus geen exclusiviteit voor het ontwikkelen van de software.

Intellectueel eigendom

Persistence IT BV draagt het intellectueel eigendom van alles wat ontwikkeld wordt binnen het project over aan Aditum Software BV. Eventuele patentaanvragen doen we vanuit Aditum Software BV. Persistence mag het platform niet zelf exploiteren of aan andere partijen leveren.

(...).

Tarieven

Persistence rekent € 80,00 per uur.

Exclusiviteit

Persistence zal exclusief verantwoordelijk zijn voor de ontwikkeling van de eerste versie van het platform. Voor vervolgprijzen spreken we geen exclusiviteit af.

Aditum Software levert het platform exclusief aan de Invitee Group BV en haar werkmaatschappijen.

(...).

Leveringsvoorwaarden

Voor de levering van de software door Persistence zal een raamovereenkomst worden opgesteld en zijn de algemene voorwaarden van Nederland ICT (...) van toepassing. Een exemplaar hiervan is meegestuurd met deze overeenkomst.

De Nederland ICT Voorwaarden luiden, voor zover hier van belang, als volgt:

Art. 20 Toepasselijk recht en geschillen

20.2 Geschillen welke ontstaan naar aanleiding van de tussen partijen gesloten overeenkomst en/of naar aanleiding van nadere overeenkomsten die daarvan het gevolg zijn, worden beslecht door arbitrage overeenkomstig het Arbitragereglement van de Stichting Geschillenoplossing Automatisering, statutair gevestigd te Den Haag, één en ander onverminderd het recht van elk der partijen een voorziening in (arbitraal) kort geding te vragen en onverminderd het recht van elk der partijen tot het treffen van conservatoire rechtsmaatregelen. De plaats van arbitrage is Den Haag.

Art. 28 Gebruiksrecht en gebruiksbepalingen

28.1 Leverancier stelt aan klant op basis van een gebruikslicentie de overeengekomen computerprogramma's en de overeengekomen gebruiksdocumentatie gedurende de looptijd van de overeenkomst voor gebruik ter beschikking, hierna te noemen "de programmatuur". Het recht tot gebruik van de programmatuur is niet-exclusief, niet-overdraagbaar, niet verpandbaar en niet-sublicentieerbaar.

Art. 29 Aflevering en installatie

29.1 Leverancier zal, te zijner keuze, de programmatuur op het overeengekomen formaat gegevensdrager of, bij gebreke van afspraken daaromtrent, op een door leverancier te bepalen formaat gegevensdrager afleveren dan wel de programmatuur online aan klant voor aflevering beschikbaar stellen. Eventueel overeengekomen gebruikersdocumentatie wordt ter keuze van de leverancier in papieren dan wel digitale vorm in een door leverancier bepaalde taal verstrekt.

Art. 31 Beschikbaarstelling

31.1 Leverancier zal de programmatuur binnen een redelijke termijn na het aangaan van de overeenkomst aan klant ter beschikking stellen.

2.4. Op 16 juli 2019 is de tot dan toe ontwikkelde software tijdens een eerste pilot bij de voetbalwedstrijd ZAC-PEC Zwolle getest. De tweede pilot heeft op 19 december 2019 plaatsgevonden (kerstgala school).

2.5. Persistence heeft voor haar ontwikkelwerkzaamheden in totaal een bedrag van € 300.427,00 (inclusief BTW) aan Aditum gefactureerd, waarvan Aditum een bedrag van € 103.008,00 heeft betaald.

2.6. Eind 2019 is tussen partijen een geschil ontstaan over de uitvoering van de Samenwerkingsovereenkomst, onder meer met betrekking tot de ontwikkelingskosten van de software en de overdracht daarvan door Persistence aan Aditum.

3. Het geschil

3.1. Aditum c.s. vordert dat de voorzieningenrechter bij vonnis, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

(a) Persistence zal veroordelen om binnen twee dagen na het vonnis haar werkzaamheden te hervatten en over te gaan tot installatie van de software, althans subsidiair de pilot-software, op een door Aditum aan te geven computerserver, onder afgifte van de broncodes en onder afgifte van de data die verzameld is tijdens de pilots, zulks op straffe van een dwangsom van € 5.000,00 voor iedere dag of gedeelte van een dag dat Persistence in strijd handelt met deze veroordeling;

(b) Persistence zal veroordelen om binnen zeven dagen na het vonnis medewerking te verlenen aan ondertekening van een akte tot overdracht van auteursrechten op de software, subsidiair de pilot-software zonder de aanvullende modules, aan Aditum, zulks op straffe van een dwangsom van € 5.000,00 voor iedere dag of gedeelte van een dag dat Persistence in strijd handelt met deze veroordeling;

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

(d) Persistence zal veroordelen tot afgifte aan Aditum c.s. van de login codes van het content management systeem en de broncodes van de websites, alsmede de overdracht van de intellectuele eigendommen met betrekking tot de websites binnen twee dagen na het vonnis, zulks op straffe van een dwangsom van € 2.000,00 voor iedere dag of gedeelte van een dag dat Persistence in strijd handelt met deze veroordeling;

(e) Persistence zal veroordelen om zich binnen twee dagen na het vonnis te onthouden en blijvend te onthouden van het aanbieden van de programmatuur aan derden door licenties te verkopen of anderszins het programma te exploiteren of aan te bieden, zulks op straffe van een dwangsom van € 5.000,00 voor iedere dag of gedeelte van een dag dat Persistence in strijd handelt met deze veroordeling, althans zodanig te beslissen als de voorzieningenrechter in goede justitie juist acht;

(f) Persistence zal veroordelen tot betaling van de kosten van dit geding, te voldoen binnen twee weken na betekening van het vonnis, en – voor het geval betaling binnen deze termijn niet plaatsvindt – te vermeederen met nakosten en de wettelijke rente te rekenen vanaf de genoemde termijn voor voldoening tot de dag der algehele voldoening.

3.2. Persistence voert gemotiveerd verweer.

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

4. De beoordeling

4.1. Persistence heeft zich voor alle weren beroepen op artikel 20.2 van de Nederland ICT Voorwaarden waarin volgens haar is bepaald dat de Stichting Geschillenbeslechting Automatisering te Den Haag (SGOA) exclusief bevoegd is om van het onderhavige geschil kennis te nemen.

4.2. Naar voorshands oordeel van de voorzieningenrechter heeft Aditum c.s. tegen dit bevoegdheidsverweer terecht aangevoerd dat Aditum c.s. ten tijde van de totstandkoming van de Samenwerkingsovereenkomst nog niet was opgericht en dus geen partij bij die overeenkomst is. Zelfs als dit anders is, dan geldt het volgende.

4.3. Hoewel Persistence met een beroep op artikel 1022c Rv erop heeft gewezen dat de SGOA, gelet op artikel 22 van het door haar gehanteerde Arbitragereglement, binnen maximaal vijf weken na ontvangst van het inleidende verzoekschrift een uitspraak in arbitraal kort geding kan doen en dus de door Aditum c.s. gevraagde beslissing tijdig kan worden gekregen, acht de voorzieningenrechter zich niettemin bevoegd om van het geschil kennis te nemen. Daartoe overweegt de voorzieningenrechter dat zij thans sneller tot beslissing in de zaak kan overgaan – de onderhavige vorderingen van Aditum c.s. zijn reeds op 29 januari 2020 inhoudelijk behandeld – dan dat het scheidsgerecht uitspraak in arbitraal kort geding kan doen. Onder deze omstandigheden is de voorzieningenrechter van oordeel dat voldaan wordt aan het in artikel 1022c Rv neergelegde bevoegdheidscriterium dat de gevraagde beslissing niet of niet tijdig in arbitrage kan worden gekregen.

4.4. Anders dan Persistence betoogt, is de voorzieningenrechter van oordeel dat uit de aard van het gevorderde reeds volgt dat Aditum c.s. daarbij voldoende spoedeisend belang heeft.

4.5. Aan haar vorderingen legt Aditum c.s., samengevat, ten grondslag dat Persistence jegens haar toerekenbaar is tekortgeschoten in de nakoming van haar verplichtingen voortvloeiende uit de Samenwerkingsovereenkomst door de door haar ontwikkelde software (en daarbij behorende broncodes en data) en domeinnamen niet aan Aditum over te dragen.

4.6. Persistence betwist dit en beroept zich op haar beurt op opschorting omdat Aditum weigert haar facturen tot een bedrag van € 197.419,00 (inclusief BTW) te betalen.

4.7. Aditum c.s. meent dat Persistence geen beroep op opschorting toekomt om de volgende redenen. Aditum c.s. betoogt dat Persistence de op haar rustende zorgplicht heeft geschonden door Aditum c.s. niet tijdig te informeren over of te waarschuwen voor kostenoverschrijdingen. Bovendien is ook als gekeken wordt naar het resultaat te veel door Persistence in rekening gebracht. Ook wijst Aditum c.s. erop dat Persistence c.q. XXXXXXXXXX in strijd heeft gehandeld met de aandeelhoudersovereenkomst door zonder geldig bestuursbesluit aanvullende opdrachten aan Persistence te verstrekken om een aantal aanvullende modules te ontwikkelen voor de programmatuur van Aditum en de kosten daarvoor te factureren aan Aditum. Volgens Aditum c.s. was zij bevoegd om de betaling van

de facturen van Persistence op te schorten, voor zover deze het budget overschrijden. Ter onderbouwing van haar standpunt heeft Aditum c.s. onder meer schriftelijke (intentie)verklaringen van J. (Jan) Brink, E.J. (Erik Jan) van de Worp, R. (Ramon) van Ingen, J. (Johan) Althof, J. (Jelle) Richard en J. (Joost) Aanen in het geding gebracht.

4.8. De voorzieningenrechter overweegt als volgt. Tussen partijen is niet in geschil dat zij hebben afgesproken – zie ook de Samenwerkingsovereenkomst – dat Persistence “*de eerste versie van de software*” zal ontwikkelen en dat Persistence het intellectuele eigendom daarvan aan Aditum zal overdragen. Dit laatste heeft X ook bevestigd in zijn e-mail van 23 september 2019 aan J. [REDACTED] (Marae Support) waarin hij onder meer heeft gezegd dat “*het intellectueel eigendom van alle voor Stubs en Siip ontwikkelde software, algoritmen, documentatie is overgedragen aan Aditum.*” In de Samenwerkingsovereenkomst is niet gedefinieerd wat onder “*de eerste versie van de software*” moet worden verstaan. Wel is in het businessplan (“Commerciële Milestones”) opgenomen dat voor de fase realisatie prototype (eerste kwartaal 2019) en de fase realisatie productierijp maken (tweede kwartaal 2019) Persistence wordt ingehuurd, waarvoor een budget van € 66.000,00 respectievelijk € 36.000,00 beschikbaar is gesteld, in totaal dus € 102.000,00. Aditum c.s. heeft tot op heden facturen van Persistence tot een bedrag van € 103.008,00 betaald.

4.9. Naar voorshands oordeel van de voorzieningenrechter komt Persistence geen beroep op opschorting toe ter zake van de non-betaling van (een deel van) haar facturen. Persistence heeft ter zitting erkend dat zij wist dat Aditum geen geld had en heeft om de facturen te betalen en dat dit pas zou kunnen als een (nieuwe) investeerder is gevonden. De voorzieningenrechter verbindt hieraan de conclusie dat de vordering van Persistence nog niet opeisbaar is (nog daargelaten de juistheid van de hoogte ervan en de vraag of rechtsgeldig opdracht is gegeven voor werkzaamheden tot dat bedrag). Dit past ook bij de aard van de relatie tussen partijen. Het gaat om een start up en insteek is dat beide partijen daarin investeren, Persistence door het verrichten van ontwikkelwerkzaamheden, zonder te weten of de kosten daarvan ooit worden vergoed. Als Persistence nu levering zou kunnen opschorten, bemoeilijkt dit juist het opstarten van Aditum. Bovendien zou het uitblijven van betaling dan tot gevolg kunnen hebben dat Aditum of Invitee en Y [REDACTED] buiten spel kunnen worden gezet, terwijl het juist Y [REDACTED] is die dit plan heeft bedacht. Dit betekent dat Persistence niet bevoegd was de levering op te schorten wegens het uitblijven van de betaling door Aditum van de facturen tot het openstaande bedrag van € 197.419,00 (inclusief BTW).

4.10. Het voorgaande leidt ertoe – na afweging van de wederzijdse belangen van partijen – dat de vorderingen van Aditum c.s. toewijsbaar zijn, voor zover de gevorderde installatie van de software en overdracht van auteursrechten betrekking hebben op de pilot-software zoals die op 16 juli 2019 voor het eerst is getest. Ter comparitie heeft de voorzieningenrechter van Persistence begrepen dat deze software relatief snel en eenvoudig kan worden geleverd. De gevorderde hervatting van de werkzaamheden zal worden afgewezen, nu Aditum c.s. ter zitting heeft verklaard dat Persistence daartoe niet gehouden is. De gevorderde dwangsommen zullen worden gemaximeerd. De voorzieningenrechter ziet geen aanleiding om de door Persistence verzochte zekerheidsstelling – bijvoorbeeld in de vorm van een bankgarantie dan wel aan de uitvoerbaarverklaring de voorwaarde verbinden dat tot aan het openstaande bedrag zekerheid wordt gesteld ex artikel 233 lid 3 Rv – te honoreren.

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

- dagvaarding	€ 93,23
- griffierecht	€ 656,00
- salaris advocaat	<u>€ 980,00</u>
Totaal	€ 1.729,23

4.12. De gevorderde nakosten en wettelijke rente zullen eveneens, op de hierna te melden wijze, worden toegewezen.

5. De beslissing

De voorzieningenrechter

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

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

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

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

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

5.6. veroordeelt Persistence in de proceskosten, aan de zijde van Aditum c.s. tot op heden begroot op € 1.729,23, vermeerderd met de wettelijke rente als bedoeld in artikel

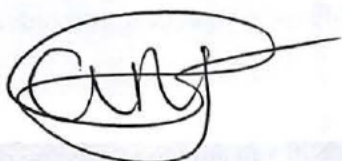
6:119 BW over dit bedrag vanaf de vijftiende dag na betekening van dit vonnis tot aan de dag der algehele voldoening,

5.7. veroordeelt Persistence in de na dit vonnis ontstane kosten aan de zijde van Aditum c.s. begroot op € 157,00 aan salaris advocaat, te vermeerderen- onder de voorwaarde dat Persistence niet binnen 14 dagen na aanschrijving aan het vonnis heeft voldaan en er vervolgens betekening van de uitspraak heeft plaatsgevonden – met een bedrag van € 82,00 aan salaris advocaat en de exploitkosten van betekening van de uitspraak, vermeerderd met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW over dit bedrag vanaf de vijftiende dag na betekening van dit vonnis tot aan de dag der algehele voldoening,

5.8. verklaart dit vonnis uitvoerbaar bij voorraad,

5.9. wijst af het meer of anders gevorderde.

Dit vonnis is gewezen door mr. K.G.F. van der Kraats en in het openbaar uitgesproken door mr. C.H. de Haan op 21 februari 2020. (PS)



type:
coll: