

IN NAAM DER KONINGIN!



tussenvonniss

RECHTBANK AMSTERDAM

Sector civiel recht, voorzieningenrechter

zaaknummer / rolnummer: 519034 / KG ZA 12-801 HJ/MB

Vonniss in kort geding van 25 juli 2012

in de zaak van

1. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
MASSXESS B.V.,
 gevestigd te Amsterdam,
 eiseres in conventie bij dagvaarding van 15 juni 2012,
 verweerster in reconventie,
 advocaat mr. J.J. Allen te Amsterdam,

tegen

1. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
MCXESS B.V.,
 gevestigd te Amstelveen,
 2. [REDACTED],
 wonende te Harderwijk,
 gedaagden in conventie,
 eisers in reconventie,
 advocaat mr. H. Struik te Utrecht.

I. De procedure

Ter terechtzitting van 11 juli 2012 heeft eisers, hierna: Massxess, gesteld en gevorderd overeenkomstig de in fotokopie aan dit vonnis gehechte dagvaarding. Gedaagden, hierna gezamenlijk MCXess c.s. en afzonderlijk MCXess en [REDACTED] hebben verweer gevoerd met conclusie tot weigering van de gevraagde voorzieningen en in reconventie gevorderd overeenkomstig de eveneens in fotokopie aan dit vonnis gehechte akte. Massxess heeft de eis in reconventie bestreden. Beide partijen hebben producties en pleitnota's in het geding gebracht. Na verder debat hebben partijen verzocht vonnis te wijzen.

Ter zitting waren aanwezig: aan de zijde van Massxess: [REDACTED] directeur,
 [REDACTED] general manager, [REDACTED] en zijn kantoorgenoot [REDACTED]
 aan de zijde van MCXess c.s.: [REDACTED] en zijn
 kantoorgenoot [REDACTED]

519034 / KG ZA 12-801
25 juli 2012

2

2. De feiten

2.1. Massxess is gespecialiseerd in dienstverlening op het gebied van voice response- en routeringsdiensten, die grote ondernemingen in staat stellen grote hoeveelheden telefoonoproepen te verwerken. Onder meer met behulp van computergestuurde keuzemenus's zorgt Massxess ervoor dat duizenden telefoonoproepen van klanten op de juiste bestemming terecht komen. Voor deze dienstverlening wordt een eigen technisch platform aangeboden en hanteert Massxess speciale software, de zogenaamde "Interactive Voice Response Manager" oftewel "IVR-Manager".

2.2. Massxess pleegt haar platform en software in licentie te geven aan ondernemingen die gespecialiseerd zijn in het leveren van verkoop- en marketingdiensten. Deze dienstverleners ("resellers") krijgen daarbij het recht om zelf klanten te werven en aan te sluiten op het platform van Massxess. Resellers krijgen ook toegang tot de IVR-Manager. Met bepaalde beheersrechten kunnen resellers samen met de door hen geworven klanten de voice response dienstverlening afstemmen op de wensen van de klant.

2.3. MCXess is een reseller van Massxess. In dit verband zijn Massxess en MCXess op 24 oktober 2006 een overeenkomst (hierna: de overeenkomst) aangegaan, op grond waarvan het MCXess onder meer is toegestaan om klanten te werven en deze met behulp van IVR-Manager bepaalde diensten aan te bieden die via het platform en netwerk van Massxess worden geleverd. In de overeenkomst staat onder meer het volgende:

"In overweging nemende dat:

- dat Massxess een telecommunicatieplatform heeft ontwikkeld dat elektronische communicatie kan 'hosten', in het bijzonder Interactive Voice Response (IVR) & SMS-applicaties (...);
- dat Massxess verder een softwareprogramma heeft ontwikkeld, genaamd (...) "IVR-Manager", waarmee haar klanten via het Internet zelf een op het telecommunicatieplatform van Massxess functionerende IVR-applicatie kunnen maken en beheren; (...)

Artikel 15. Intellectuele eigendomsrechten

15.1 Het intellectuele eigendom op de door Massxess te leveren Telecommunicatieproducten en/of -diensten berust bij Massxess. MCXess verkrijgt een niet-exclusief recht tot gebruik van de IVR-Manager en het Telecommunicatieplatform van Massxess, welk recht is beperkt tot het doel waarvoor zij is verstrekt, tenzij de Overeenkomst anders bepaalt."

2.4. [REDACTED] is thans (sinds augustus 2011) Director IT & Development bij MCXess. Volgens zijn [REDACTED] was hij van 2004 tot November 2007 ('3 years') 'CTO-Director IT' bij Massxess en ongeveer gelijktijdig (van januari 2004 tot november 2007 '3 years 11 months') eigenaar van Systematix B.V.

519034 / KG ZA 12-801
25 juli 2012

3

- 2.5. Onder de gedingstukken bevindt zich correspondentie uit 2002 waarin namens TeleInfo [REDACTED] aan een potentiële klant melding maakt van de door TeleInfo ontwikkelde IVR-Manager.
- 2.6. Vanaf 2004 is de IVR-Manager geactiveerd op de balans van Massxess.
- 2.7. Op 25 oktober 2011 heeft (een medewerkster van) Massxess aan (een medewerker van) MCXess desgevraagd de documentatie/de handleiding voor de 'Outboundmanager' toegezonden.
- 2.8. Op 13 april 2012 heeft MCXess een SMS gezonden aan Massxess, waarin zij aankondigt haar klanten te zullen migreren naar een ander platform. Vervolgens heeft zij in twee maanden tijd alle klanten gemigreerd naar de zogenoemde MCIN software.
- 2.9. Massxess heeft (als productie 5 en in het lichaam van de dagvaarding) diverse screenshots in het geding gebracht van (de software van) IVR-Manager en MCIN.
- 2.10. Massxess heeft op 15 mei 2012 verlof verkregen van de voorzieningenrechter van deze rechtbank om ten laste van MCXess c.s. conservatoir bewijsbeslag te leggen op grond van artikel 1019d lid 1 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv), alsmede een gedetailleerde beschrijving te doen opmaken op grond van artikel 1019d lid 1 Rv terzake:
- de broncode van MCIN (hierna: de broncode);
 - gegevens uit het versiebeheersysteem, waaruit kan worden afgeleid in welke periode MCIN is geschreven of samengesteld;
 - facturen en correspondentie met betrekking tot de oorsprong van de broncode;
 - gegevens met betrekking tot de personen die een bijdrage hebben geleverd aan de totstandkoming van MCIN, voor zover deze een licht kunnen werpen op de totstandkoming van MCIN en de oorsprong van de broncode;
 - gegevens van de klanten die gebruik maken of hebben gemaakt van MCIN voor zover deze een licht kunnen werpen op de totstandkoming van MCIN en de oorsprong van de broncode;
 - de gehanteerde prijzen en de ontvangen betalingen ter zake van het gebruik van MCIN; (a tot en met f hierna: de Beslagobjecten) dit alles zoals nader omschreven onder punt 29 in het lichaam van de dagvaarding.
- De voorzieningenrechter heeft tevens de gerechtelijke bewaring van de beslagobjecten bevolen.
- 2.11. Op 16 mei 2012 heeft de deurwaarder op het kantoor van MCXess en in de woning van [REDACTED] op basis van het onder 2.10 genoemde verlof beslag gelegd.
- 2.12. Eveneens op 16 mei 2012 heeft de voorzieningenrechter van deze rechtbank Massxess aanvullend verlof verleend om ook op de locatie van de server van

519034 / KG ZA 12-801
25 juli 2012

4

MCXess, zich bevindende bij Telecity te Amsterdam, bewijsbeslag te leggen, wat vervolgens eveneens is gebeurd.

2.13. De Beslagobjecten zijn in gerechtelijke bewaring gegeven aan DigiJuris B.V. te Nijkerk (hierna: DigiJuris).

2.14. Massaxess heeft als productie 9 een advies van 25 mei 2012 in het geding gebracht van prof. mr. J.H. Spoor (hierna: Spoor). Hierin staat onder meer:
"4. U hebt mij de vraag voorgelegd of de gebruikersinterface van ivrManager en/of delen daarvan auteursrechtelijk beschermd zijn, en zo ja, of de gebruikersinterface van MCIN binnen de beschermingsomvang van de gebruikersinterface van ivrManager valt, zodat ongeautoriseerde openbaarmaking en vereenvoudiging van (de gebruikersinterface van) MCIN inbreuk maakt op het auteursrecht op (de gebruikersinterface van) ivrManager.

Conclusie

5. Op grond van de door u verstrekte nadere informatie kom ik tot de conclusie dat beide vragen bevestigend moeten worden beantwoord."

Het rapport van Spoor is deels gebaseerd op een TNO rapport van 8 mei 2012, opgesteld door [REDACTED] (hierna: [REDACTED]) en anderen. Dit rapport bevat de volgende passages:

3.1.2 Beschouwing TNO

Het hoofdmenu van de ivrManager en de MCIN applicaties vertonen qua structuur en functionaliteit sterke overeenkomsten:

- Bewoordingen zijn vaak identiek.
- De volgorde van het menu is grotendeels hetzelfde (...)

Vergelijking met andere IVR systemen laat veel grotere verschillen zien. (...)

Het TNO-rapport eindigt met de volgende alinea:

"Op basis van de voorgaande analyse is het ons inziens onwaarschijnlijk dat de MCIN applicatie in de huidige vorm het resultaat is van een zelfstandige ontwikkeling en (in het rapport van Spoor is hier toegevoegd: 'aannemelijk', vzw.) dat deze ontleend is aan de IvrManager. Hoewel er op details kleine verschillen zijn waar te nemen zijn de layout, bewoordingen en de werking nagenoeg identiek. Daardoor is de verwachting gerechtvaardigd dat ook de MCIN software op het niveau van de broncode op zijn minst sterke overeenkomsten vertoont met die van IvrManager. Hierover kan pas definitief uitsluitel worden gegeven op het moment dat broncode en ontwerpdocumentatie van de MCIN applicatie beschikbaar is."

2.15. MCXess heeft als productie 1 een rapport in het geding gebracht van 6 juli 2012, opgesteld door [REDACTED] (hierna: [REDACTED]) en gecontroleerd door [REDACTED]. Met betrekking tot de achtergrond van [REDACTED] is in het rapport het volgende vermeld:

"(...) [REDACTED] is sinds 1979 werkzaam binnen de automatisering. Sinds 1989 geeft hij vanuit de eigen onderneming (...) met 12 medewerkers adviezen op het gebied van informatisering en automatisering. (...) [REDACTED] treedt regelmatig op als gerechtelijk deskundige en gecertificeerd informaticadeskundige en brengt in dat

519034 / KG ZA 12-801
25 juli 2012

5

kader ook regelmatig deskundigenberichten uit (...). Hij is (...) als ICT deskundige verbonden aan de Stichting Geschillenoplossing Automatisering (SGOA). (...) is lid van de Nederlandse Vereniging van Beëdigde Informatica-deskundigen NVBI (...)."

De slotsom van het rapport van luidt als volgt:

"9 Conclusie

Vragen aan deskundigen:

1. Vertoont MCIN zodanige overeenstemming met IVRMANAGER dat moet worden geconcludeerd dat MCIN aan IVRMANAGER is ontleend?

Antwoord:

De beide softwareproducten IVR-Manager en MCIN vertonen geen gelijkenis; de broncode van de beide producten is totaal verschillend, er is geen enkele aanwijzing van ontlening van de MCIN-programmatuur aan IVR-Manager van Massxess. Ook is geen sprake van overeenstemming op het niveau van ontwerp en structuur van de beide producten.

Aangezien voor MCIN de eis gold dat gebruikers de scripts die zij hebben ontwikkeld voor gebruik met IVR-Manager moeten kunnen blijven gebruiken voor MCIN, toont de vergelijking van IVR-Manager en MCIN wel dat sprake is van een gelijksoortige configuratiestructuur in de database, gelijkenis bij de database element-naamgeving en daarmee in bepaalde naamgeving en termen in de gebruikersinterface, en een op veel punten gelijke indeling van de gegevensbestanden.

2. Indien vraag 1 met Ja is beantwoord: Hebben die punten van overeenstemming betrekking op aspecten c.q. onderdelen van IVRMANAGER die als eigen, oorspronkelijke schepping binnen IVRMANAGER kunnen worden beschouwd of juist op aspecten die functioneel of technisch bepaald zijn zodat geen of nauwelijks ruimte bestond voor eigen oorspronkelijke keuzes?

Antwoord:

Ik ben van mening dat het m.b.t. de bij vraag 1 benoemde punten van gelijkenis gaat om gelijkenis op aspecten die functioneel en of technisch bepaald zijn (...). De keuzes zijn beperkt door de eisen gesteld aan de blijvende bruikbaarheid van de in de markt bestaande scripts van de klanten en de daaruit voortvloeiende eisen aan de gebruikers interface, en door het vakjargon resp. gebruikelijke termen in de branche.

Slotopmerking

(...) Massxess heeft gevraagd om n.a.v. het beslag het product van MCXess te mogen onderzoeken. Ik merk in dat verband nog op – ongevraagd – dat het product van MCXess zeer veel concurrentiegevoelige informatie bevat en dat kennisneming/analyse daarvan door Massxess zeer nadelig voor MCXess kan zijn omdat MCIN op dit moment een grote technologische voorsprong heeft op IVR-Manager van Massxess."

519034 / KG ZA 12-801
25 juli 2012

6

3. Het geschil in conventie

3.1. Massxess vordert, samengevat,

I. veroordeling van MCXess c.s. tot het (laten) gedogen dat Massxess, binnen twee dagen na betekening van dit vonnis, door middel van tussenkomst en/of met bijstand van DigiJuris inzage krijgt in en wordt voorzien van (afgegeven krijgt) de Beslagobjecten, met dien verstande dat:

- de inzage zal geschieden door een deskundige derde, zoals [REDACTED] die niet in enige dienstbetrekking staat tot Massxess, en die zich verbindt tot geheimhouding jegens derden van hetgeen te zijner kennis komt;

- de inzage geschiedt met het oogmerk om onderzoek te doen naar de vraag of de MCIN software het resultaat is van een zelfstandige ontwikkeling; en dat

- de inzage leidt tot een schriftelijk verslag van de bevindingen van de deskundige derde, welk rapport tevens aan MCXess zal worden verstrekt;

II. veroordeling van MCXess c.s. tot het (laten) gedogen dat de Beslagobjecten in bewaring blijven bij DigiJuris totdat in de bodemprocedure zal zijn beslist omtrent het recht op inzage door Massxess in alle informatie waarop beslag is gelegd;

III. veroordeling van MCXess c.s. tot volledige medewerking aan de inzage als gevorderd onder I, zoodig door middel van het verschaffen van codes, wachtwoorden, informatie en/of het verrichten van aanvullende handelingen, op straffe van verbeurte van dwangsommen, te vermeerderen met de wettelijke rente daarover;

IV. hoofdelijke veroordeling van MCXess c.s. tot voldoening aan Massxess van de volledige proceskosten op de voet van artikel 1019h Rv.

3.2. MCXess c.s. voert verweer.

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

4. Het geschil in reconventie

4.1. MCXess c.s. vordert, samengevat:

Massxess te bevelen met onmiddellijke ingang na de betekening van dit vonnis zich te onthouden van het (laten) doen van mededelingen die inhouden dat MCXess en/of [REDACTED] inbreuk maken of hebben gemaakt op het auteursrecht op het product IVR-Manager van Massxess, dan wel van mededelingen met vergelijkbare inhoud of strekking, op straffe van verbeurte van dwangsommen en met veroordeling van Massxess ex artikel 1019h Rv in de werkelijk gemaakte kosten van dit geding.

4.2. Massxess voert verweer.

519034 / KG ZA 12-801
25 juli 2012

7

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

5. De beoordeling in conventie

5.1. Omdat in dit geval sprake is van een procedure waarin een voorlopige voorziening wordt gevorderd, zal de voorzieningenrechter artikel 127a lid 1 en lid 2 Rv - waarin is bepaald dat aan het niet tijdig betalen van het griffierecht consequenties worden verbonden - buiten beschouwing laten. Toepassing van deze bepaling zou immers, gelet op het belang van één of beide partijen bij de toegang tot de rechter, leiden tot een onbillijkheid van overwegende aard.

5.2. Centraal in deze zaak staat in de eerste plaats de vraag of gegevens die onder bewijsbeslag rusten aan een deskundige kunnen worden afgegeven voor onderzoek. Bij haar vordering in dit verband heeft Massxess een voldoende spoedeisend belang, aangezien de Beslagobjecten kunnen dienen ter ondersteuning van haar stellingen dat MCXess inbreuk maakt op haar auteursrechten. Het is in het belang van Massxess dat dit op zo kort mogelijke termijn wordt onderzocht.

5.3. Ingevolge artikel 843a lid 1 Rv kan degene die daarbij *rechtmatig belang* heeft, inzage, afschrift of uittreksel vorderen van *bepaalde bescheiden* aangaande een *rechtsbetrekking* waarin hij partij is, van degene die deze bescheiden te zijner beschikking heeft.

5.4. Artikel 1019a lid 1 Rv bepaalt dat een verbintenis uit onrechtmatige daad wegens inbreuk op een intellectueel eigendomsrecht geldt als een 'rechtsbetrekking' in de zin van art. 843a Rv. De inbreuk hoeft nog niet vast te staan, maar daarvoor dienen wel gerechtvaardigde vermoedens aanwezig te zijn. Gezien de gestelde auteursrechtinbreuk door MCXess als voormalige licentiehouder van Massxess, welke stellingen Massxess met (zij het deels betwiste) concrete feiten en omstandigheden heeft onderbouwd - zoals dat [REDACTED] en een aantal anderen aanvankelijk voor Massxess en vervolgens voor MCXess werkzaam zijn (geweest), dat in korte tijd klanten van het ene naar het andere systeem zijn overgezet, zonder dat MCXess gespecialiseerd was in het ontwikkelen van software, dat de uiterlijke kenmerken van beide systemen gelijkend zijn - is naar het oordeel van de voorzieningenrechter voldaan aan het vereiste dat er een rechtsbetrekking moet bestaan tussen de beslaglegger en de beslagene.

5.5. Het gaat hier om *bepaald* bewijsmateriaal, te weten het bewijsmateriaal dat onder het bewijsbeslag rust. Anders dan MCXess c.s. heeft betoogd, is van een *fishng expedition* geen sprake. Massxess heeft de vordering terzake de Beslagobjecten immers beperkt tot die informatie, bestanden, correspondentie en dergelijke, die een licht kunnen werpen op de totstandkoming van MCIN in relatie tot het programma IVR-Manager, zoals nader omschreven in het petitum.

519034 / KG ZA 12-801
25 juli 2012

8

Aan het vereiste dat sprake dient te zijn van 'bepaalde bescheiden' is aldus eveneens voldaan.

5.6. Dat dit materiaal de beslagene ter beschikking staat volgt uit het feit dat het in beslag kon worden genomen. Dat aan dit vereiste is voldaan heeft MCXess ook niet betwist.

5.7. De vraag of en in hoeverre Massxess toegang tot het in beslag genomen bewijsmateriaal kan krijgen hangt dus af van de vraag in hoeverre zij daarbij een rechtmatig belang heeft. Dat zal in elk geval aan de orde zijn, als op basis van het door Massxess gestelde een auteursrechtinbreuk aannemelijk is.

5.8. *Auteursrecht op IVR-Manager*
MCXess heeft het auteursrecht van Massxess op het programma IVR-Manager betwist. Zij stelt daartoe dat dit programma is ontwikkeld in het kader van Systematix B.V. en dat [REDACTED] daarbij als niet-werknemer ten behoeve van dat bedrijf de leiding heeft gehad over het maken van die software. Programmeurs die in dienst waren van Systematix zouden onder leiding van [REDACTED] de software hebben geschreven.

5.9. Uitgangspunt in dit verband is artikel 4 lid 1 van de Auteurswet (Aw) waarin het volgende is bepaald:
"Behoudens bewijs van het tegendeel wordt voor den maker gehouden hij die op of in het werk als zoodanig is aangeduid, of bij gebreke van zulk eene aanduiding, degene, die bij de openbaarmaking van het werk als maker daarvan is bekend gemaakt door hem, die het openbaar maakt."

Daarnaast heeft Massxess terecht verwezen naar artikel 8 Aw, dat luidt:
"Indien eene openbare instelling, eene vereeniging, stichting of vennootschap, een werk als van haar afkomstig openbaar maakt, zonder daarbij eenig natuurlijk persoon als maker er van te vermelden, wordt zij, tenzij bewezen wordt, dat de openbaarmaking onder de bedoelde omstandigheden onrechtmatig was, als de maker van dat werk aangemerkt."

5.10. Vast staat dat Massxess het programma IVR-Manager onder haar eigen naam op de markt heeft gebracht en geëxploiteerd (in ieder geval) sinds 2004, terwijl [REDACTED] daarvan op de hoogte was. Daarnaast heeft [REDACTED] in 2002 zelf namens het bedrijf TeleInfo (volgens Massxess behorende tot de groep waaruit Massxess is voortgekomen) jegens een potentiële klant ook al melding gemaakt van de IVR-Manager. Niet is gesteld of gebleken dat [REDACTED] zich er gedurende de voorgaande jaren op heeft beroepen dat hijzelf (al dan niet samen met anderen) de maker van IVR-Manager zou zijn geweest, ook niet toen hij bij MCXess werkzaam was en IVR-Manager via de licentie van Massxess op basis van de onder 2.3 aangehaalde overeenkomst, aan klanten van MCXess beschikbaar werd gesteld. De stelling dat de IVR-Manager eigenlijk pas onder zijn leiding na 2004 tot ontwikkeling is gekomen heeft [REDACTED] tegenover de gemotiveerde betwisting daarvan door Massxess

519034 / KG ZA 12-801
25 juli 2012

9

voorschans niet aannemelijk gemaakt. Vooral nog kan Massxess dus als de maker van de IVR-Manager worden aangemerkt en dientengevolge als auteursrechtrechthebbende. Gezien het bovenstaande kan in ieder geval niet worden gezegd dat Lutz op dat punt het tegenbewijs als bedoeld in artikel 4 en artikel 8 Aw heeft geleverd.

5.11. *Onderzoek naar inbreuk*

Massxess stelt dat de software van MCXess inbreuk maakt op het auteursrecht dat zij heeft op haar software (IVR-Manager) omdat structuur, opbouw en vormgeving van de gebruikersinterface van de software van MCXess (MCIN) zeer sterk lijkt op die van Massxess. Zij wil de broncode zoals die onder bewijsbeslag berust laten onderzoeken door een deskundige teneinde vast te stellen of haar vermoeden juist is, waarmee ook haar procespositie duidelijk wordt.

5.12. MCXess stelt dat uit een onderzoek door haar partijdeskundige [REDACTED] blijkt dat MCIN geen inbreuk maakt op het auteursrecht van Massxess op IVR-Manager. Alleen al om die reden zal het verzoek om de broncode te mogen onderzoeken moeten worden afgewezen, aldus MSXess. Het rapport van [REDACTED] wordt betwist door Massxess en is naar het oordeel van de voorzieningenrechter weliswaar een indicatie dat de software van MCXess door haar zelf is ontwikkeld en dat deze een andere architectuur heeft en van andere standaarden gebruik maakt, maar dat staat, mede gelet op de rapporten van TNO en van Spoor, waarop Massxess zich beroept, nog niet vast en sluit bovendien niet uit dat er in de software ontlenen aan software van Massxess aanwezig zouden kunnen zijn. Een onderzoek door een onafhankelijk deskundige kan dat uitwijzen.

5.13. Op basis van het hiervoor overwogene wordt geoordeeld dat Massxess in dit stadium in ieder geval een rechtmatig belang heeft bij een onderzoek door een onafhankelijke deskundige, in voormelde zin.

5.14. *procedure benoeming deskundige*

MCXess heeft aangevoerd dat het onderhavige geding geen juiste procedure is om te komen tot het benoemen van een deskundige; daarvoor had een voorlopig deskundigenbericht als bedoeld in art. 202 e.v. Rv gevraagd moeten worden. Massxess voert aan dat een onderzoek door een deskundige hier het mindere is van het meerdere, te weten inzage door Massxess zelf; zulks is ook bij de rechtbank Den Haag een standaardprocedure. De voorzieningenrechter is van oordeel dat een onderzoek door een onafhankelijke deskundige zoals Massxess terecht stelt het mindere is, waartoe de rechter bevoegd is als hij ook het meerdere (volledige inzage) zou kunnen toewijzen. Dat noemt niet weg dat de goede procesorde vereist dat nu hier geen specifieke wettelijke regels gelden, de regels voor een vergelijkbaar geval (het voorlopig deskundigenbericht) zo veel mogelijk worden gevolgd, zodat het resultaat ook in de verdere procedure maximaal bruikbaar zal zijn en waarbij ook de bescherming van vertrouwelijke informatie zal zijn gewaarborgd.

519034 / KG ZA 12-801
25 juli 2012

10

5.15. Dit leidt tot het volgende. De in te schakelen deskundige zal door de voorzieningenrechter worden benoemd, zodat deze zal gelden als een onafhankelijke deskundige. Partijen zullen commentaar mogen leveren op de concept vraagstelling, zodat ook de vraagstelling evenwichtig is en wordt voorkomen dat voor de wederpartij belangrijke vragen niet worden gesteld. De voorzieningenrechter wijst daarom een tussenvonnis. Partijen zullen namen mogen noemen van volgens hen geschikte deskundigen, – niet zijnde (partij-) deskundigen die bij het onderhavige geschil reeds betrokken zijn – waarbij het de voorkeur heeft dat partijen gezamenlijk een deskundige kiezen. Ook kunnen partijen zich uitlaten over de volgende concept vragen.

"Inleiding

U ontvangt van Massxess de broncode van de versie van het programma IVR-Manager zoals deze ten tijde van het bewijsbeslag (op 15 en 16 mei 2012) door Massxess werd geëxploiteerd. Uit het bewijsbeslag ontvangt u de meest recente broncode van het programma MCIN. Indien u van beide partijen aanvullende gegevens nodig hebt om onderstaande vragen te kunnen beantwoorden, kunt u die bij Massxess opvragen en kunt u DigJuris als bewaarder van het bewijsbeslag vragen die gegevens vanuit het beslagen bewijsmateriaal te verstrekken. U dient de beide broncodes en eventueel verder opgevraagde gegevens geheim te houden, behoudens voor zover u ontleningen aantreft.

Vragen:

1. Hoe zijn de programma's opgebouwd, wat is de architectuur?
2. Van welke protocollen, standaarden en programmeertalen maken de programma's gebruik?
3. Zijn er tussen de broncode van de beide programma's overeenkomsten die erop wijzen dat MCIN geheel of gedeeltelijk aan IVR-Manager is ontleend? Zo ja, welke overeenkomsten ziet u?
4. In hoeverre zijn de overeenkomsten tussen de gebruikersinterface van IVR-Manager en MCIN technisch noodzakelijk om te komen tot het door MCXess gewenste mogelijkheid dat in haar programma MCIN scripts van klanten die draaiden onder IVR-Manager moesten kunnen worden overgenomen?"

De voorzieningenrechter merkt op dat de vierde vraag is ingegeven door het bepaalde in artikel 45m Aw, met betrekking tot het gebruik van bepaalde (gegevens uit) computerprogramma's voor zover deze noodzakelijk zijn voor het tot stand brengen van interoperabiliteit met (onafhankelijk vervaardigde) andere computerprogramma's. Voorshands is immers aannemelijk dat de door gebruikers vervaardigde scripts als computerprogramma's moeten worden beschouwd die interoperabel zijn met IVR-Manager en die alleen ook interoperabel kunnen zijn met MCIN, als MCIN aan bepaalde vereisen voldoet.

De vraag in hoeverre bij de scripts sprake is van interoperabiliteit in de zin van artikel 45 m Aw en hoe de in dat verband te stellen eisen zich verhouden tot het

519034 / KG ZA 12-801
25 juli 2012

11

auteursrecht van Massxess op haar gebruikersinterface, zal overigens niet in dit geding worden beantwoord; deze vraag zal in de te voeren bodemprocedure aan de orde kunnen komen.

5.16. *verdere procedure*

Nadat partijen zich hebben uitgelaten zoals voormeld, zal bij vonnis van 3 september 2012 een deskundige worden benoemd. Nadat de deskundige zijn rapport heeft uitgebracht zal worden beoordeeld of en zo ja in welke mate het gevorderde overigens kan worden toegewezen.

In het eindvonnis zal tevens een beslissing worden genomen met betrekking tot de proceskosten in conventie.

6. De beoordeling in reconventie

6.1. MCXess c.s. heeft een eis in reconventie ingediend, als vermeld onder 4.1. Zij heeft deze eerst tijdens haar pleidooi ter zitting toegelicht. Daargelaten of aldus sprake is van een tijdige indiening van de vordering in reconventie en de gronden daarvan – wat volgens Massxess niet het geval is – heeft Massxess terecht aangevoerd dat MCXess c.s. onvoldoende concrete feiten of omstandigheden heeft gesteld waaruit zou blijken dat Massxess onrechtmatig handelt jegens MCXess c.s. door te schermen met haar auteursrechten en te stellen dat MCXess c.s. daarop inbreuk maakt. De enkele omstandigheid dat een negental klanten van MCXess, zonder vermelding van reden, inmiddels zou zijn overgestapt naar Massxess, is daartoe onvoldoende. Massxess heeft erkend dat een aantal klanten naar haar is overgestapt, maar dat had volgens haar te maken met het minder goede functioneren van MCXess. Bovendien is in een enkel geval een klant (Bol.com) weliswaar weggegaan bij MCXess, maar is overgestapt naar KPN. MCXess c.s. heeft dat niet weersproken. In het licht van dit verweer heeft MCXess c.s. onvoldoende gesteld om de vordering in reconventie toe te wijzen.

6.2. Als de in het ongelijk gestelde partij wordt MCXess c.s. veroordeeld in de kosten van het geding in reconventie, gevallen aan de zijde van Massxess. Deze zullen echter, gezien de samenhang met het geschil in conventie tot op heden worden begroot op nihil.

519034 / KG ZA 12-801
25 juli 2012

12

7. De beslissing

De voorzieningsrechter

In conventie:

7.1. bepaalt dat partijen zich uiterlijk op 22 augustus 2012 schriftelijk uitlaten over de hiervoor onder 5.15 opgenomen vragen, inclusief de vermelding van de naam en overige gegevens van een onafhankelijke deskundige;



7.2. houdt iedere verdere beslissing aan tot 3 september 2012;

In reconventie:

7.3. weigert de gevraagde voorziening;

7.4. veroordeelt MCXess c/s. in de kosten van dit geding, tot heden aan de zijde van Massxess begroot op nihil.

Dit vonnis is gewezen door mr. R.H.C. Jongeneel, voorzieningenrechter, bijgestaan door mr. M. Balk, griffier, en in het openbaar uitgesproken op 25 juli 2012.



UITGESEN VAN GROSSE
De Griffier van de
Rechtbank Amsterdam

type: MB
coll: 