

Rb Rotterdam, 5 augustus 2009, TGS Solutions



## VASTSTELLINGSOVEREENKOMST

### Bewijsopdracht gebrekkige levering source-codes

- Indien TGS Solutions slaagt in de haar opgedragen bewijslevering, moet het ervoor gehouden worden dat [geopposeerde] is tekortgeschoten in de nakoming van zijn verplichtingen uit de vaststellingsovereenkomst door de overeengekomen bescheiden niet te leveren. De vervolgvraag is dan of [geopposeerde] in verzuim is. Uit efficiencyoverwegingen gaat de rechtbank hierop in onder C.3.

## AUTEURSRECHT

### Bewijsopdracht auteursrechtinbreuk

- Vast moet komen te staan dat [geopposeerde] (delen van) de software die eigendom zijn/is van TGS Solutions tevens heeft gebruikt in de website die hij heeft gebouwd voor The Game Syndicate.

Voor de gestelde inbreuk is echter onvoldoende dat twee websites (sterk) op elkaar lijken. TGS Solutions geeft zelf al aan dat de gelijkenis een gevolg is van de omstandigheid dat de websites door dezelfde persoon zijn gemaakt en hetzelfde doel hebben. Vast moet komen te staan dat [geopposeerde] (delen van) de software die eigendom zijn/is van TGS Solutions tevens heeft gebruikt in de website die hij heeft gebouwd voor The Game Syndicate. De bewijslast hiervan rust op TGS Solutions op grond van de hoofdregel van artikel 150 Rv. TGS Solutions zal tot dit bewijs worden toegelaten nadat geoordeeld zal zijn over de ontbinding van de vaststellingsovereenkomst (zie hierna onder F).

Vindplaatsen: LJN: [BJ5612](#)

Rb Rotterdam, 5 augustus 2009

(N. Doorduijn)

RECHTBANK ROTTERDAM

Sector civiel recht

Zaak-/rolnummer: 292125 / HA ZA 07-2398

Uitspraak: 5 augustus 2009

VONNIS van de enkelvoudige kamer in de zaak van:

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid TGS SOLUTIONS B.V., gevestigd te Rotterdam, opposant in conventie, eiseres in reconventie, advocaat mr. M.A.T. Schroots,

- tegen -

[geopposeerde], wonende te Veenendaal, geopposeerde in conventie, verweerder in reconventie, advocaat mr. J.R. Maas.

Partijen worden hierna aangeduid als: TGS Solutions en [geopposeerde].

### 1 Het verloop van het geding

De rechtbank heeft kennisgenomen van de volgende stukken:

- de inleidende dagvaarding d.d. 4 juni 2007 van [geopposeerde], met producties;
- het door deze rechtbank op 27 juni 2007 onder zaak-/rolnummer 285614 / HA ZA 07-1467 bij verstek gewezen vonnis;
- de verzetdagvaarding (aan te merken als conclusie van antwoord in conventie en van eis in reconventie) d.d. 14 september 2007 van TGS Solutions, met producties;
- het tussenvonnissen van deze rechtbank d.d. 31 oktober 2007, waarbij een comparitie van partijen is gelast;
- de brief d.d. 7 maart 2008 van TGS Solutions, waarbij producties zijn toegezonden;
- de conclusie van antwoord in reconventie (in oppositie) van [geopposeerde], met producties;
- het proces-verbaal van de comparitie van partijen, gehouden op 27 maart 2008;
- de akte uitlating na comparitie, tevens vermeerdering van eis in reconventie van TGS Solutions d.d. 4 juni 2008, met producties;
- de antwoordakte van [geopposeerde] d.d. 2 juli 2008, met producties;
- de akte uitlating na comparitie, tevens vermeerdering van eis in reconventie van TGS Solutions d.d. 10 september 2008, met producties;
- de antwoordakte van [geopposeerde] d.d. 12 november 2008, met producties;
- de akte uitlating producties van TGS Solutions d.d. 10 december 2008;
- de antwoordakte van [geopposeerde] d.d. 14 januari 2009, met producties;
- de akte uitlating producties van TGS Solutions d.d. 11 februari 2009.

### 2 De vaststaande feiten

Als enerzijds gesteld en anderzijds erkend dan wel niet of onvoldoende gemotiveerd weersproken, gelet ook op de in zoverre niet betwiste inhoud van in het geding gebrachte producties, staat tussen partijen - voorzover van belang - het volgende vast:

2.1 [geopposeerde] is directeur van een eenmansbedrijf met de naam [bedrijf geopposeerde], dat zich onder meer bezig houdt met het ontwikkelen van maat-/klantspecifieke applicatiesoftware en het bouwen en onderhouden van websites.

2.2 TGS Solutions is een aanbieder van online diensten, die tevens multimediazulen exploiteert in TGS game-

centers. [persoon 1] (hierna: [persoon 1]) is statutair directeur van TGS Solutions.

2.3 TGS Solutions heeft rond maart 2005 een overeenkomst van opdracht gesloten met [geopposeerde] voor het maken van een website met een online gamestore. [geopposeerde] heeft deze website gebouwd en daarvoor regelmatig facturen gezonden. Vanaf ongeveer augustus 2005 zijn deze facturen door TGS Solutions onbetaald gelaten.

2.4 Op 21 april 2006 hebben TGS Solutions en The Game Syndicate Holding B.V. (hierna: The Game Syndicate) een samenwerkingsovereenkomst gesloten. Voor de uitvoering van deze overeenkomst had TGS Solutions de website nodig die [geopposeerde] voor haar bouwde.

2.5 Op 18/19 juli 2006 hebben [geopposeerde] en TGS Solutions een vaststellingsovereenkomst gesloten (hierna: de vaststellingsovereenkomst). In deze overeenkomst is onder meer het volgende opgenomen:

"in aanmerking nemende dat:

1. (...)

2. er volledige eigendom overdracht heeft plaatsgevonden aan [TGS Solutions] door [[geopposeerde]] van de volledige source-code, ontwerpen en technische beschrijving van de door [[geopposeerde]] ontwikkelde 'TGS Game store' en 'GamePluimen' ontwikkelde web-, services- en backoffice-applicatie;

3. er een volledige overdracht heeft plaatsgevonden van aanwezige documentatie, back-ups, wachtwoorden en overige parameters;

4. uitgangspunt van deze overdracht is dat [TGS Solutions] op basis van deze gegevens in staat moet zijn deze door [[geopposeerde]] ontwikkelde applicatie te hercompileren (herbouwen) tot een applicatie met minstens dezelfde functionaliteit zoals de applicatie die op dit moment door [TGS Solutions] in gebruik is;

5. (...)

6. [TGS Solutions] en [[geopposeerde]] kwijten elkaar over-en-weer voor welke verdere verplichting dan ook; komen overeen

dat [TGS Solutions] aan [[geopposeerde]] in verband [met] de hiervoor genoemde overdracht een bedrag van 15.232,00 euro verschuldigd is (...)

en zich te verbinden om van deze som aan [[geopposeerde]] te zullen betalen een rente van 4% per jaar, verschijnende in 4 kwartaaljkse termijnen op de 1e dag van ieder nieuw kwartaal, eerstmaal op de 1e september 2006 over het alsdan verstreken tijdvak te rekenen vanaf heden, (...)

De hoofdsom zal uiterlijk op 31 maart 2007 volledig worden afgelost. (...)"

2.6 In tegenstelling tot wat in de vaststellingsovereenkomst is overwogen, zijn de sourcecodes van de software niet voorafgaand aan de ondertekening van de overeenkomst overgedragen. Het was de bedoeling van partijen dat dit na ondertekening van de vaststellingsovereenkomst zou gebeuren.

2.7 Op zeker moment in de periode tussen 18 juli 2006 en 17 oktober 2006 is de server van TGS Solutions "gekraakt".

2.8 De samenwerking tussen TGS Solutions en The Game Syndicate is op 17 oktober 2006 beëindigd. Op die datum heeft TGS Solutions aan The Game Syndicate Den Haag, The Game Syndicate Holding en The Game Syndicate Rotterdam telkens een bedrag van € 4.998,00 gefactureerd wegens overdracht van de TGS online store (voorraad, domein, verpakkingsmateriaal etc.). Daarnaast is op die datum aan The Game Syndicate Den Haag, The Game Syndicate Holding en The Game Syndicate Rotterdam gezamenlijk een bedrag gefactureerd van €41.650,00 onder de vermelding "afkoop-, onkosten en schadevergoeding wegens beëindiging totaal relatie op eenzijdig verzoek van The Game Syndicate, correctie op o.a. afrekening merkrechten TGS en domeinnamen". The Game Syndicate heeft deze facturen niet betaald.

2.9 The Game Syndicate heeft een website voor een online gamestore in gebruik, die is ontwikkeld door [geopposeerde].

2.10 TGS Solutions heeft in de verzetdagvaarding de vaststellingsovereenkomst ontbonden.

### **3 Het geschil in conventie**

3.1 [geopposeerde] heeft in de oorspronkelijke dagvaarding gevorderd dat de rechtbank bij vonnis uitvoerbaar bij voorraad TGS Solutions zal veroordelen tot betaling van € 16.471,02, te vermeerderen met overeengekomen rente vanaf 23 mei 2007, althans vanaf de dag der dagvaarding, tot de dag der algehele voldoening en met veroordeling van TGS Solutions in de kosten van het geding.

3.2 Bij verstekvonnis is TGS Solutions veroordeeld tot betaling aan [geopposeerde] van €15.671,02, vermeerderd met de overeengekomen rente vanaf 23 mei 2007 tot aan de dag der algehele voldoening, met dien verstande dat deze rente over de in genoemd bedrag reeds begrepen rente slechts verschuldigd is overeenkomstig het in artikel 6:119 lid 2 Burgerlijk Wetboek bepaalde. Voorts heeft de rechtbank TGS Solutions veroordeeld in de proceskosten.

3.3 TGS Solutions vordert in verzet dat zij wordt ontheven van de tegen haar uitgesproken veroordeling onder afwijzing van de vorderingen van [geopposeerde], met veroordeling van [geopposeerde] in de kosten van het verzet.

3.4 Op de stellingen van partijen wordt, voor zover van belang, ingegaan bij de beoordeling.

### **in reconventie**

3.5 TGS Solutions vordert - na eiswijziging - om bij vonnis zoveel mogelijk uitvoerbaar bij voorraad te verklaren voor recht dat de vaststellingsovereenkomst is ontbonden en dat [geopposeerde] aansprakelijk is voor alle geleden en nog te lijden schade van TGS Solutions (i) als gevolg van het niet leveren van de broncode met toebehoren van de ten behoeve van TGS Solutions geleverde website, alsmede (ii) als gevolg van het kopiëren en verkopen van de website van TGS Solutions aan een derde op de wijze als weergegeven in de akte d.d. 4 juni 2008, alsmede (iii) wegens inbreuk(en) op de intellectuele eigendomsrechten van TGS Solutions terzake voorgenoemde broncode en website met

toebehoren, althans wegens het verlenen van medewerking daaraan, nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet, kosten rechtens.

3.6 Volledigheidshalve wordt als volgt overwogen. TGS Solutions heeft bij akte d.d. 4 juni 2008 haar eis vermeerderd. Daarbij heeft zij niet aangegeven dat zij haar eis gelijktijdig vermindert. De rechtbank leest de eisvermeerdering daarom aldus dat TGS Solutions onder handhaving van het eerste deel van haar aanvankelijke vordering, het tweede deel dat betrekking heeft op de door haar geleden schade heeft aangevuld. Deze interpretatie is niet in strijd met een goede procesorde omdat [geopposeerde] - gelet op het debat in het verdere verloop van de procedure over de door TGS Solutions aan haar vordering ten grondslag gelegde tekortkoming van [geopposeerde] - hierdoor niet in zijn belangen is geschaad.

3.7 [geopposeerde] heeft de vordering gemotiveerd betwist en geconcludeerd tot afwijzing daarvan, met veroordeling van TGS Solutions in de kosten van het geding.

3.8 Op de stellingen van partijen wordt, voor zover van belang, ingegaan bij de beoordeling.

#### **4 De beoordeling**

##### **in conventie en in reconventie**

###### **A Inleiding**

4.1 De kern van het geschil is als volgt. [geopposeerde] vordert in conventie betaling van het bedrag van € 15.232,--, waarvan in de vaststellingsovereenkomst is afgesproken dat TGS Solutions dit aan hem zal betalen, vermeerderd met rente. TGS Solutions verweert zich met de stelling dat [geopposeerde] zijn verplichting tot levering van de sourcecodes en andere bescheiden uit de vaststellingsovereenkomst niet is nagekomen; TGS Solutions heeft op grond van die tekortkoming de vaststellingsovereenkomst ontbonden en is daarom niet gehouden tot betaling van het bedrag van € 15.232,--. Daarnaast zijn partijen verdeeld over het antwoord op de vraag of [geopposeerde] aansprakelijk is voor schade die TGS stelt te lijden.

4.2 Na enkele procedurele opmerkingen in § B zal hierna in § C worden ingaan op de vraag of TGS Solutions op goede grond de vaststellingsovereenkomst heeft ontbonden. Vervolgens zal in § D worden ingegaan op de schadevergoeding die TGS Solutions vordert op de grond dat [geopposeerde] de sourcecodes niet heeft geleverd. In § E zal worden ingegaan op de schade die TGS Solutions vordert wegens - kort gezegd - inbreuk op auteursrechten. Tenslotte zal in § F worden ingegaan op het vervolg van de procedure.

###### **B Procedurele opmerkingen**

4.3 De rechtbank merkt op dat de standpunten van beide partijen niet uitblinken in helderheid. Zo is regelmatig onduidelijk waartegen hetgeen één van partijen heeft aangevoerd zich richt. De rechtbank zal daarom de verschillende standpunten bespreken bij de onderwerpen waarmee deze naar haar oordeel (het meest) verband houden.

4.4 De rechtbank merkt verder op dat beide partijen standpunten hebben ingenomen die niet gericht zijn op de tussen hen bestaande rechtsverhouding ná het sluiten

van de vaststellingsovereenkomst, maar op - mogelijke - verplichtingen uit de oorspronkelijke overeenkomst. Thans liggen echter de verplichtingen uit de vaststellingsovereenkomst ter beoordeling voor. Deze overeenkomst moet geacht worden alle voorgaande afspraken te vervangen omdat het wezen van een vaststellingsovereenkomst is dat partijen zich binden aan een vaststelling die ook bestemd is te gelden voor zover zij van een tevoren bestaande rechtstoestand mocht afwijken. Dit volgt ook uit de omstandigheid dat partijen elkaar bij het sluiten van deze overeenkomst hebben gekwetend voor welke verdere verplichting dan ook. Nu niet gesteld of gebleken is dat partijen beoogd hebben enig tussen hen bestaand geschil buiten deze kwijting te houden zal de rechtbank niet ingaan op de standpunten die betrekking hebben op de oorspronkelijke overeenkomst, tenzij vast komt te staan dat TGS Solutions de vaststellingsovereenkomst terecht heeft ontbonden.

4.5 Het verzet van TGS Solutions is tijdig en op de juiste wijze ingesteld, zodat TGS Solutions in zoverre in haar verzet kan worden ontvangen.

##### **C Betaling van de overeengekomen vergoeding van € 15.232,-- / Ontbinding van de vaststellingsovereenkomst**

###### **C.1 Inleiding**

4.6 Het is niet in geschil dat [geopposeerde] recht heeft op betaling van het overeengekomen bedrag van € 15.232,--, tenzij het beroep van TGS Solutions op ontbinding van de vaststellingsovereenkomst slaagt. Vooropgesteld wordt dat voor ontbinding van een vaststellingsovereenkomst - behoudens het niet van toepassing zijnde artikel 7:905 van het Burgerlijk Wetboek (BW) - de normale aan de ontbinding van een overeenkomst te stellen voorwaarden gelden. Hiertoe behoort allereerst dat [geopposeerde] tekortgeschoten is in de nakoming van zijn verplichtingen. Voorts behoort tot deze voorwaarden dat [geopposeerde] in verzuim is. Nakoming is immers niet blijvend of tijdelijk onmogelijk (art. 6:265 lid 2 BW).

4.7 De rechtbank zal eerst ingaan op de vraag of [geopposeerde] zijn verplichtingen is nagekomen. Vervolgens zal worden beoordeeld of [geopposeerde] in verzuim was.

###### **C.2 Tekortkoming van [geopposeerde]?**

4.8 Het is niet in geschil dat [geopposeerde] op grond van de vaststellingsovereenkomst gehouden is om de volledige sourcecode, ontwerpen en technische beschrijving, de aanwezige documentatie, back-ups en overige parameters van de door hem in opdracht van TGS Solutions ontwikkelde web-, services- en backoffice-applicatie (hierbij gezamenlijk aan te duiden als: de sourcecodes) over te dragen.

4.9 [geopposeerde] stelt zich op het standpunt dat TGS Solutions de sourcecode (php-code) altijd tot haar beschikking heeft gehad en daarnaast dat hij deze per e-mail d.d. 22 juli 2006 aan TGS Solutions heeft verzonden. Ter onderbouwing heeft hij een print van dit e-mailbericht overgelegd waaruit blijkt dat twee bijlagen zijn meegezonden, te weten "Delphi Sources TGS.zip" en "decode PHP Classes.zip". Uit een door [geopposeerde]

seerde] ontvangen en overgelegd e-mailbericht dat als afzender [persoon 1] vermeldt, blijkt volgens [geopposeerde] dat TGS Solutions de sourcecodes heeft ontvangen.

4.10 TGS Solutions ontkent dat zij het e-mailbericht van [geopposeerde] heeft ontvangen. Volgens haar zijn de daarvan overgelegde prints niet authentiek. Het is bovendien volstrekt onlogisch en problematisch om zipfiles per e-mail te verzenden. Daarnaast kan een bestand in Delphi de sourcecode niet bevatten omdat de website gebouwd is in PHP. Over dit laatste merkt de rechtbank op dat TGS Solutions blijkens een door haar overgelegd faxbericht aan de incassoadvocaat van [geopposeerde] d.d. 31 mei 2006 - waarnaar zij in ander verband heeft verwezen - heeft verzocht om levering van de Delphi-code. De rechtbank houdt het er daarom voor dat TGS Solutions, in elk geval op dat moment van mening was dat zij een code in Delphi nodig had, zodat zonder nadere toelichting - die ontbreekt - niet valt in te zien waarom TGS Solutions thans van mening is dat [geopposeerde] door toezending van genoemd bestand niet aan (een deel van) haar verplichtingen zou voldoen.

4.11 Nu TGS Solutions aan het niet ontvangen van de sourcecodes het rechtsgevolg verbindt dat zij de vaststellingsovereenkomst kan ontbinden, rust op grond van de hoofdregel van artikel 150 Rv de bewijslast hiervan op haar. TGS Solutions zal daarom worden toegelaten tot het bewijs dat [geopposeerde] de in de vaststellingsovereenkomst genoemde bestanden en bescheiden niet aan haar heeft geleverd. Gelet op het in de vaststellingsovereenkomst genoemde uitgangspunt van de overdracht dient zij daarbij te betrekken in welke mate zij daardoor niet in staat was om zelfstandig verder te gaan met de webapplicatie. Tevens kan zij daarbij ingaan op haar stelling dat de bijlagen bij de email d.d. 22 juni 2006 te klein zijn om de sourcecodes te bevatten (rekening houdend met hetgeen hierna onder 4.14 wordt overwogen).

4.12 Indien TGS Solutions niet slaagt in de haar opgedragen bewijslevering, dan geldt dat zij niet gerechtigd was tot het ontbinden van de vaststellingsovereenkomst en evenmin bevoegd tot het opschorten van de overeengekomen betalingen. In dat geval zal de vordering van [geopposeerde] tot betaling van het overeengekomen bedrag worden toegewezen. De vorderingen in reconventie, voor zover gebaseerd op een tekortkoming van [geopposeerde] onder de vaststellingsovereenkomst, zullen in dat geval worden afgewezen.

4.13 Indien TGS Solutions slaagt in de haar opgedragen bewijslevering, moet het ervoor gehouden worden dat [geopposeerde] is tekortgeschoten in de nakoming van zijn verplichtingen uit de vaststellingsovereenkomst door de overeengekomen bescheiden niet te leveren. De vervolgvraag is dan of [geopposeerde] in verzuim is. Uit efficiencyoverwegingen gaat de rechtbank hierop in onder C.3.

4.14 Volledigheidshalve wordt nog als volgt overwogen. Als vast zou komen te staan dat [geopposeerde] de sourcecodes wel aan TGS Solutions heeft geleverd maar dat dit met gebreken gepaard is gegaan - lees: er

is wel wat geleverd, maar niet alles c.q. het geleverde werkt niet - dan is er sprake van een gebrekkige levering. In dat geval geldt op grond van artikel 6:89 BW dat TGS Solutions geen beroep meer kan doen op een gebrek, indien zij niet binnen bekwame tijd nadat zij het gebrek heeft ontdekt of redelijkerwijs had moeten ontdekken, bij [geopposeerde] heeft geprotesteerd. Gesteld noch gebleken is dat TGS Solutions binnen bekwame tijd ter zake van deze gebreken bij [geopposeerde] heeft geprotesteerd. Dit betekent dat als vast komt te staan dat (i) de email d.d. 22 juli 2006 door TGS Solutions is ontvangen en dat (ii) deze email niet alle overeengekomen bescheiden bevat, TGS Solutions door te laat te klagen, geen beroep meer kan doen op eventuele gebreken. In dat geval slaagt het beroep op ontbinding niet.

### C.3 Verzuim?

4.15 Zoals hiervoor is overwogen, is voor ontbinding in dit geval verzuim nodig. Gesteld noch gebleken is dat er een voldoende concrete termijn voor nakoming is afgesproken, zodat verzuim van [geopposeerde] alleen intreedt op grond van ofwel een schriftelijke ingebrekestelling als bedoeld in artikel 6:82 lid 1 of 2 BW ofwel een mededeling van [geopposeerde] dat hij tekort zal schieten in de nakoming (artikel 6:83 aanhef en onder c BW).

4.16 Bij akte uitlating producties d.d. 11 februari 2009 heeft TGS Solutions aangevoerd dat zij [geopposeerde] in gebreke heeft gesteld bij een aan zijn incassoadvocaat gericht faxbericht. De door TGS Solutions overgelegde faxberichten dateren echter van 31 mei 2006, 9 juni 2006 en 14 juni 2006 (drie berichten). Uit de inhoud van deze berichten blijkt dat zij zien op gerezen meningsverschillen die partijen wensen te beëindigen door het aangaan van de vaststellingsovereenkomst. In geen deze faxberichten is echter een ingebrekestelling opgenomen wegens het niet nakomen van de verplichtingen uit die overeenkomst.

4.17 Bij gelegenheid van de comparitie heeft TGS Solutions ter onderbouwing van haar standpunt dat [geopposeerde] in verzuim is e-mailberichten overgelegd, gedateerd 10 september 2006, 19 september 2006, 5 oktober 2006 en 7 oktober 2006. In deze berichten is te lezen dat TGS Solutions [geopposeerde] sommeert de afgesproken goederen alsnog te leveren, waaraan op 5 oktober 2006 het verzoek is toegevoegd dit binnen 24 uur te doen. TGS Solutions heeft eveneens een e-mailbericht, gedateerd 6 oktober 2006, overgelegd waarin [geopposeerde] schrijft dat hij de e-mailberichten heeft ontvangen maar op dat moment niet in staat was de afspraken na te komen. [geopposeerde] heeft ontkend dat hij de betreffende e-mailberichten heeft ontvangen en dat het bericht van 6 oktober 2006 van hem afkomstig is.

4.18 De rechtbank overweegt hieromtrent als volgt. Indien de onder 4.17, 1ste volzin, bedoelde emailberichten [geopposeerde] hebben bereikt, dan is er sprake van een ingebrekestelling en was [geopposeerde], indien hij daaraan geen gevolg heeft gegeven, in verzuim. [geopposeerde] is eveneens in verzuim komen te verkeren, indien het onder 4.17 bedoelde

emailbericht d.d. 6 oktober 2006 van hem afkomstig was, nu uit die email blijkt dat hij niet zal nakomen. Nu TGS Solutions zich beroept op de rechtsgevolgen van de onder 4.17 bedoeld emailberichten, zal zij worden belast met het bewijs dat [geopposeerde] de onder 4.17, 1ste volzin, bedoelde e-mailberichten heeft ontvangen danwel dat [geopposeerde] het de onder 4.17 bedoelde emailbericht d.d. 6 oktober 2006 heeft verzonden aan TGS Solutions.

4.19 Volledigheidshalve wordt nog als volgt overwogen. [geopposeerde] heeft aangevoerd dat haar algemene voorwaarden van toepassing zijn en dat TGS Solutions op grond daarvan binnen twee weken had moeten reclameren. Daarbij gaat [geopposeerde] er echter aan voorbij dat niet blijkt dat haar algemene voorwaarden bij het sluiten van de vaststellingsovereenkomst van toepassing zijn verklaard. De mening van [geopposeerde] dat TGS Solutions ontijdig bezwaren naar voren heeft gebracht, deelt de rechtbank daarom niet.

4.20 Indien TGS Solutions in deze aan haar opgedragen bewijslevering slaagt, volgt daaruit dat aan de voorwaarden voor verzuim is voldaan. Als TGS Solutions zowel slaagt in het bewijs van de tekortkoming als van het verzuim, dan geldt dat aan de voorwaarden voor ontbinding is voldaan. Dat zou betekenen dat de ontbinding van de vaststellingsovereenkomst - welke ontbinding is vervat in de verzetdagvaarding - rechtsgeldig is. Dat zou leiden tot de slotsom dat TGS Solutions niet langer op grond van de vaststellingsovereenkomst gehouden is het in deze overeenkomst vermelde bedrag te voldoen. In dat geval kwam aan TGS Solutions in afwachting van deze ontbinding eveneens een opschortingsbevoegdheid toe. Het gevolg van een geslaagde ontbinding is echter ook dat de oorspronkelijke rechtsverhouding tussen partijen - dat wil zeggen: de rechtsverhouding zoals die bestond voor het aangaan van de vaststellingsovereenkomst - herleeft. Hierop wordt hierna in § F ingegaan.

4.21 Indien TGS Solutions niet slaagt in beide bewijsopdrachten, was zij niet gerechtigd de vaststellingsovereenkomst te ontbinden omdat niet aan alle voorwaarden daarvoor is voldaan. Aan haar komt dan ook geen opschortingsbevoegdheid toe.

#### **C.4 Overige**

4.22 TGS Solutions heeft aangevoerd dat de vordering moet worden afgewezen omdat [geopposeerde] op grond van art. 6:62 BW niet bevoegd is tot het nemen van executiemaatregelen omdat hij in verzuim is. Hiervóór is reeds overwogen dat een eventueel verzuim van [geopposeerde] ertoe leidt dat TGS Solutions bevoegd was haar verplichtingen op te schorten en de vaststellingsovereenkomst te ontbinden. TGS Solutions heeft daarom bij bespreking van dit verweer geen afzonderlijk belang zodat de rechtbank daarvan afziet.

4.23 TGS Solutions heeft gesteld dat de totstandkoming van de vaststellingsovereenkomst nog steeds ter discussie is. Zij heeft daartoe aangevoerd dat zij geen kant op kon omdat de website de kern vormt van haar onderneming en zij door The Game Syndicate werd aangesproken op het functioneren daarvan. Volgens

TGS Solutions heeft [geopposeerde] hiervan misbruik gemaakt. Voor zover TGS Solutions heeft beoogd dit argument ten grondslag te leggen aan haar stelling dat zij gerechtigd is de vaststellingsovereenkomst te ontbinden, ziet zij eraan voorbij dat honorering van een beroep op misbruik van omstandigheden leidt tot vernietiging van een overeenkomst, niet tot ontbinding. Nu TGS niet heeft gevorderd dat de vaststellingsovereenkomst wegens misbruik van omstandigheden wordt vernietigd, gaat de rechtbank voorbij aan deze stelling.

#### **D [geopposeerde] aansprakelijk voor schade wegens niet leveren van sourcecodes?**

4.24 TGS Solutions heeft aangevoerd dat zij schade heeft geleden als gevolg van het niet leveren van de sourcecode. Omdat de broncode ontbrak kon zij de website niet opnieuw werkend krijgen toen de server waarop deze draaide "gekraakt" was. Hierdoor kon TGS Solutions haar verplichtingen uit de samenwerkingsovereenkomst met The Game Syndicate niet nakomen en heeft The Game Syndicate deze beëindigd. TGS Solutions houdt [geopposeerde] hiervoor aansprakelijk. [geopposeerde] betwist dit. De beslissing hierover wordt aangehouden in afwachting van de bewijsvoering.

#### **E [geopposeerde] aansprakelijk voor schade wegens inbreuk op auteursrechten?**

4.25 TGS Solutions heeft aangevoerd dat zij schade heeft geleden als gevolg van het onrechtmatig handelen door [geopposeerde] omdat hij de door hem voor TGS Solutions gemaakte website heeft gekopieerd en aan een derde (The Game Syndicate) heeft verkocht.

Hierover wordt overwogen dat uit het tussen partijen gevoerde debat niet volgt dat [geopposeerde] de website van TGS Solutions heeft verkocht aan The Game Syndicate. TGS Solutions heeft weliswaar aanvankelijk aangevoerd dat The Game Syndicate de website één op één heeft overgenomen, maar dit is door [geopposeerde] bestreden en TGS Solutions heeft dit later genuanceerd door aan te geven dat de applicaties nagenoeg hetzelfde waren en door dezelfde partij gemaakt. Dat [geopposeerde] in opdracht van The Game Syndicate een vergelijkbare website heeft gebouwd, kan echter niet worden beschouwd als het verkopen van de website van TGS Solutions. Dit deel van de gevorderde verklaring voor recht is derhalve niet toewijsbaar.

4.26 TGS Solutions heeft verder aangevoerd dat zij schade heeft geleden als gevolg van de inbreuk op haar auteursrecht ter zake van de sourcecode en de website met toebehoren. De rechtbank merkt hieromtrent allereerst op dat van een inbreuk op auteursrechten pas sprake kan zijn als de intellectuele eigendomsrechten op de sourcecode en de website aan TGS Solutions toebehoren. Partijen zijn het erover eens dat deze op grond van de vaststellingsovereenkomst aan TGS Solutions toebehoren. Indien in conventie na bewijslevering zal worden geoordeeld dat TGS Solutions de vaststellingsovereenkomst ten onrechte heeft ontbonden, staat derhalve vast dat de intellectuele eigendomsrechten op de sourcecode en website aan TGS Solutions toebehoren en dat [geopposeerde] schadeplichtig is als hij

inbreuk heeft gemaakt op het auteursrecht van TGS Solutions.

4.27 Indien echter in conventie na bewijslevering zal worden geoordeeld dat TGS Solutions de vaststellingsovereenkomst op goede gronden heeft ontbonden, dan kan zij zich niet langer op deze overeenkomst beroepen voor wat betreft de intellectuele eigendomsrechten. Immers, door een geslaagde ontbinding worden partijen bevrijd van de daardoor getroffen verbintenissen en voor zover deze reeds zijn nagekomen, ontstaan ongedaanmakingsverplichtingen. Indien TGS Solutions van oordeel is dat zij ook na uitvoering van deze ongedaanmaking rechthebbende is/blijft van de sourcecodes (en dus schadevergoeding kan vorderen wegens inbreuk hierop), dient zij dit nader bij conclusie na enquête te onderbouwen.

4.28 Uit efficiencyoverwegingen zal de rechtbank reeds thans ingaan op hetgeen door TGS Solutions is aangevoerd omtrent de door haar geleden schade als gevolg van de gestelde inbreuk op het auteursrecht. Indien er veronderstellenderwijs van wordt uitgegaan dat de intellectuele eigendomsrechten aan TGS Solutions zijn overgedragen, is de te beantwoorden vraag of [geopposeerde] inbreuk heeft gemaakt op het auteursrecht. TGS Solutions heeft daartoe onder meer aangevoerd dat de website die [geopposeerde] heeft gebouwd voor The Game Syndicate vrijwel identiek is aan haar website. [geopposeerde] erkent dat beide websites sterk op elkaar lijken. Voor de gestelde inbreuk is echter onvoldoende dat twee websites (sterk) op elkaar lijken. TGS Solutions geeft zelf al aan dat de gelijkenis een gevolg is van de omstandigheid dat de websites door dezelfde persoon zijn gemaakt en hetzelfde doel hebben. Vast moet komen te staan dat [geopposeerde] (delen van) de software die eigendom zijn/is van TGS Solutions tevens heeft gebruikt in de website die hij heeft gebouwd voor The Game Syndicate. De bewijslast hiervan rust op TGS Solutions op grond van de hoofdregel van artikel 150 Rv. TGS Solutions zal tot dit bewijs worden toegelaten nadat geoordeeld zal zijn over de ontbinding van de vaststellingsovereenkomst (zie hierna onder F).

#### **F Het verdere procesverloop**

4.29 Zoals uit het voorgaande blijkt, is de ontbinding van de vaststellingsovereenkomst het meest verstrekende geschilpunt. Indien komt vast te staan dat TGS Solutions deze overeenkomst terecht heeft ontbonden, dan heeft dat als consequentie dat partijen worden ontheven van hun verplichtingen uit hoofde van de vaststellingsovereenkomst. Voor zover partijen al aan hun verplichtingen hebben voldaan, dient dit ongedaan gemaakt te worden. Daarnaast heeft de ontbinding tot gevolg dat de oorspronkelijke rechtsverhouding tussen partijen weer herleeft. Dit betekent dat als de ontbinding succesvol is,

- [geopposeerde] niet langer op grond van de vaststellingsovereenkomst betaling kan vorderen van € 15.232,-, (maar hij mogelijk wel op basis van de oorspronkelijke overeenkomst van opdracht betaling kan vorderen);

- de schadevergoeding wegens inbreuk op intellectuele eigendomsrechten alleen kan slagen, indien TGS Solutions op andere gronden dan de vaststellingsovereenkomst de eigendom hiervan kan claimen.

4.30 Gelet op het centrale belang voor het geschil, zal de rechtbank na eventuele bewijsvoering door TGS Solutions eerst een beslissing nemen over de ontbinding. Indien de rechtbank alsdan tot de conclusie komt dat de ontbinding slaagt, dan zullen partijen in de gelegenheid worden gesteld om hun stellingen aan te vullen zodat de vorderingen over en weer beoordeeld kunnen worden, uitgaand van de situatie dat er geen vaststellingsovereenkomst (meer) is.

4.31 Gelet op deze mogelijke uitkomsten, kan de rechtbank zich voorstellen dat partijen de rechtbank verzoeken een comparitie van partijen te gelasten ten einde een schikking te beproeven. Alleen een gezamenlijk verzoek daartoe zal worden gehonoreerd.

4.32 Alle overige beslissingen worden aangehouden.

#### **5 De beslissing**

De rechtbank,

##### **in conventie en reconventie**

a. draagt TGS Solutions op het bewijs dat:

(i) de in de vaststellingsovereenkomst genoemde bestanden en bescheiden niet aan TGS Solutions zijn geleverd,

(ii) [geopposeerde] de e-mailberichten d.d. 10 september 2006, 19 september 2006, 5 oktober 2006 en 7 oktober 2006 waarin TGS Solutions hem in gebreke heeft gesteld, heeft ontvangen en/of dat het e-mailbericht d.d. 6 oktober 2006 met het bericht dat [geopposeerde] niet in staat was de afspraken na te komen, van [geopposeerde] afkomstig is;

b. bepaalt dat indien TGS Solutions dit bewijs wil leveren door het doen horen van getuigen, deze zullen worden gehoord in het gebouw van deze rechtbank voor de rechter mr. N. Doorduijn;

c. bepaalt dat de advocaat van TGS Solutions binnen twee weken na vonnisdatum aan de rechtbank - sector civiel recht, afdeling planningsadministratie, kamer E 12.43, Postbus 50954, 3007 BR Rotterdam - opgave moet doen van de voor te brengen getuigen en de verhinderdata van de betrokkenen aan zijn zijde in de maanden september tot en met december 2009 en dat de advocaat van [geopposeerde] binnen dezelfde termijn opgave moet doen van de verhinderdata van de betrokkenen aan zijn zijde in dezelfde periode, waarna dag en uur van de verhoren zullen worden bepaald;

d. bepaalt dat het aan de hand van de opgaven vastgestelde tijdstip, behoudens dringende redenen, niet zal worden gewijzigd;

e. bepaalt dat bescheiden die op de zaak betrekking (kunnen) hebben en die nog niet in de procedure zijn overgelegd door de partij die deze ter sprake wil brengen uiterlijk twee weken vóór de zitting aan de rechter (sector civiel recht, afdeling planningsadministratie, kamer E 12.43, Postbus 50954, 3007 BR Rotterdam) en aan de wederpartij dienen te worden toegezonden;

f. houdt iedere verdere beslissing aan.

Dit vonnis is gewezen door mr. N. Doorduijn.

Uitgesproken in het openbaar.

---