

arrest IN NAAM DES KONINGS

GERECHTSHOF DEN HAAG

Afdeling Civiel recht

zaaknummer : 200.149.932/01
zaak-/rolnummer rechtbank : C/09/427644 / HA ZA 12-1132

Arrest van 26 mei 2015

in de zaak van

de rechtspersoon naar vreemd recht
MOULINSART S.A.,
gevestigd te Brussel, België,
appellante,
hierna te noemen: Moulinsart,
advocaat: mr. M. Driessen te Leiden,

tegen

de vereniging met volledige rechtsbevoegdheid
HERGÉ GENOOTSCHAP,
gevestigd te Gouda,
geïntimeerden,
hierna te noemen: HG,
advocaat: mr. K.A. van Voorst te Amsterdam,



Het verloop van het geding

- 1.1. Bij exploit van 16 mei 2014 is Moulinsart in hoger beroep gekomen van het tussen partijen gewezen vonnis van de rechtbank Den Haag, team handel, van 19 februari 2014 (ECLI:NL:RBDHA:2014:2028), gewezen tussen Moulinsart als eiseres en HG als gedaagde. Bij memorie van grieven tevens akte houdende wijziging van eis (met producties) heeft Moulinsart vier grieven tegen genoemd vonnis aangevoerd en haar eis in de hoofdzaak gewijzigd. HG heeft de grieven en de gewijzigde eis bij memorie van antwoord (met producties) bestreden.
- 1.2. Vervolgens heeft Moulinsart haar eis bij akte houdende eiswijziging van 13 januari 2015 gewijzigd. HG heeft daarop bij antwoordakte eiswijziging van 27 januari 2015 (met producties) gereageerd en bezwaar gemaakt tegen de eiswijziging. Daarna heeft Moulinsart een akte houdende reactie bezwaar eiswijziging genomen op 17 februari 2015. Bij rolbeslissing van 24 februari 2015 heeft de rolraadsheer het bezwaar van HG tegen de eiswijziging afgewezen.

- 1.3. Vervolgens hebben partijen op 16 april 2015 de zaak laten bepleiten, Moulinsart door haar advocaat en mr. O.H.J. Schmutzer, advocaat te Leiden, en HG door haar advocaat, allen aan de hand van overgelegde pleitnotities. Voorafgaand aan de pleitzitting heeft Moulinsart twee producties in het geding gebracht (producties 27 en 28) alsmede een aanvullende specificatie van werkzaamheden behorend bij productie 27, en heeft HG een akte na eiswijziging tevens incidentele vordering tot overlegging documenten artikel 843a jo. 1019a/22 Rv ingediend (met een productieoverzicht en productie 58). Tijdens de zitting heeft HG de (inhoudelijke punten in de) zojuist genoemde akte en de daarin genoemde incidentele vordering tot overlegging documenten ex artikel 843a jo. 1019a/22 Rv ingetrokken; de akte dient nog slechts om het productieoverzicht en productie 58 in het geding te brengen. Na afloop van de zitting hebben partijen arrest gevraagd.

Beoordeling van het hoger beroep

2. Als enerzijds gesteld en anderzijds erkend dan wel niet of onvoldoende gemotiveerd weersproken, staat tussen partijen, voor zover thans (na de laatste eiswijziging van Moulinsart) nog van belang, het volgende vast (vgl. ook overwegingen 2.1 tot en met 2.14 van het bestreden vonnis).
 - 2.1. Moulinsart stelt zich ten doel om het werk van George Remi (1907-1983, hierna aangeduid met zijn pseudoniem Hergé) te beschermen en te promoten. Hergé is de auteur van, onder meer, de stripfiguur Kuifje (in het Frans: Tintin).
 - 2.2. Moulinsart pretendeert de auteursrechten die voortvloeien uit het oeuvre van Hergé te beheren en te exploiteren namens de weduwe van Hergé die enig erfgename is. Moulinsart maakt in dat kader afspraken met partijen (bijvoorbeeld verenigingen, fanclubs en genootschappen) die onderdelen van het oeuvre Hergé willen gebruiken voor eigen uitgaven.
 - 2.3. Moulinsart is voorts houdster van het hieronder afgebeelde Benelux woord-/beeldmerk gedeponneerd op 13 augustus 1982 voor waren in klassen 9, 16 en 28, welk depot is ingeschreven onder nummer 384450.



- 2.4. Over de hele wereld bestaan verenigingen, fanclubs en genootschappen die zich richten op het werk en het leven van Hergé (hierna: de genootschappen).
- 2.5. HG is een dergelijk genootschap. Zij is op 4 maart 1999 opgericht en heeft zich tot doel gesteld bij te dragen aan een beter begrip van de historische en culturele waarde van werk en leven van Hergé. In dat verband heeft zij vanaf 2000 ten behoeve van

haar leden een tijdschrift ('Duizend Bommen!') en een nieuwsbrief ('Sapristi!!') uitgegeven. Daarnaast geeft HG een elektronische nieuwsbrief uit ('Potverpillep@p') en een documentaireserie van kleine boekjes over een bijzonder Kuifje-onderwerp ('Sapperloot').

- 2.6. HG is houdster van de domeinnamen *kuijfe.nl* en *hergegenootschap.nl*, die beide toegang geven tot haar website.
- 2.7. Partijen hebben tot in 2009 samengewerkt.
- 2.8. In 2008/2009 heeft er intern bij Moulinsart een wisseling van de wacht plaatsgevonden. Vanaf 1 januari 2009 wordt het contact met de genootschappen onderhouden door twee (nieuwe) vaste medewerkers.
- 2.9. Begin 2009 heeft Moulinsart de genootschappen nieuwe voorwaarden voor reproductie van elementen uit het oeuvre Hergé toegezonden; dit wordt het charter genoemd. Die heeft zij bij brief van 12 februari 2009 ook aan HG toegezonden. Bij brief van 26 maart 2009 heeft HG daarop gereageerd; zij heeft daarbij randvoorwaarden en uitgangspunten geformuleerd voor toekomstige samenwerking, gewezen op de volgens haar bestaande discrepantie tussen de voorgestelde tekst en de uitzonderingen die gelden binnen het auteursrecht en voorstellen gedaan voor samenwerking. In reactie heeft Moulinsart in haar brief van 23 april 2009 aan HG geschreven dat zij in strijd met het auteursrecht op het oeuvre Hergé in bepaalde publicaties een groot aantal afbeeldingen heeft gebruikt, en heeft zij HG gesommeerd een bedrag van € 35.000,- te betalen.
- 2.10. Vervolgens hebben partijen geprobeerd tot een regeling te komen, hetgeen niet gelukt is.
- 2.11. HG heeft het charter op 23 juni 2012 geaccepteerd per 1 januari 2012. Het charter is geëindigd per 23 juni 2013.
3. Bij inleidende dagvaarding van 11 september 2012 heeft Moulinsart de onderhavige procedure tegen HG geëntameerd. In eerste aanleg heeft Moulinsart in de hoofdzaak, na wijziging van eis, gevorderd – kort gezegd – een verklaring voor recht dat HG in de periode 23 april 2009 tot 1 juli 2012 inbreuk heeft gemaakt op door Moulinsart beheerde auteursrechten op het oeuvre Hergé, dat HG aldus onrechtmatig heeft gehandeld en dat zij ter zake gehouden is tot vergoeding van door Moulinsart geleden schade. Daarnaast heeft Moulinsart opgave gevorderd van het aantal openbaar gemaakte HG-publicaties in genoemde periode, en een bevel tot staking van het gebruik van het teken 'kuijfe' in de domeinnaam, een en ander op straffe van een dwangsom. Ten slotte heeft Moulinsart gevorderd HG te veroordelen tot vergoeding van schade, nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet, alsmede HG te veroordelen in de proceskosten op de voet van artikel 1019h Rv.
4. De rechtbank heeft de vorderingen afgewezen.
5. In hoger beroep vordert Moulinsart dat het hof het bestreden vonnis vernietigt en, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad, opnieuw rechtdoende haar (in hoger beroep gewijzigde) vorderingen toewijst, met veroordeling van HG in de kosten van beide

instanties, te vermeerderen met de nakosten, en met veroordeling van HG tot betaling aan Moulinsart van hetgeen door Moulinsart op grond van het bestreden vonnis is betaald, een en ander met rente. Voor de goede orde merkt het hof op dat de in eerste aanleg (na eiswijziging) als 1 genummerde vordering van Moulinsart (incidentele vordering ex artikel 1019a jo. 843a Rv) buiten de omvang van het hoger beroep valt. Moulinsart heeft haar appel in dit verband uitdrukkelijk beperkt tot het geschil in de hoofdzaak (memorie van grieven onder 10).

6. Moulinsart heeft in de loop van deze procedure, zowel in eerste aanleg als in hoger beroep, haar vorderingen meerdere malen vermeerderd, verminderd en veranderd. Voor de duidelijkheid zet het hof de aanpassingen in hoger beroep op een rij.
7. Bij memorie van grieven (hoofdstuk II) heeft Moulinsart haar vorderingen als volgt gewijzigd:

“2. te verklaren voor recht dat HG inbreuk heeft gemaakt op de door Moulinsart beheerde auteursrechten op het oeuvre Hergé, door de in het lichaam van deze dagvaarding beschreven HG-Publicaties die zijn verschenen in de periode 23 april 2009 - 1 januari 2012, althans een periode die de rechtbank [het hof, neemt het hof aan] in goede justitie juist acht, openbaar te maken en te verveelvoudigen;

3. te verklaren voor recht dat HG wanprestatie heeft gepleegd in de periode 1 januari 2012 - 23 juni 2013 door de voorwaarden uit het Charter niet na te leven, onder meer door HG-publicaties openbaar te maken en te verveelvoudigen zonder daarvoor de afgesproken vergoeding af te dragen aan Moulinsart, alsmede door de domeinnaam kuiffe.nl te gebruiken;

4. te verklaren voor recht dat HG onrechtmatig handelt, althans heeft gehandeld door de onder 2. genoemde handelingen te verrichten;

5. te verklaren voor recht dat HG gehouden is de als gevolg van de handelingen onder 2. - 4. door Moulinsart geleden schade, al dan niet in de vorm van gederfde reproductievergoedingen, te vergoeden aan Moulinsart;

6. HG te bevelen, binnen 10 (tien) dagen na het ten dezen te wijzen vonnis [arrest, neemt het hof aan], aan de advocaat van Moulinsart schriftelijk opgave te doen van:

a. het aantal geproduceerde en (al dan niet aan leden) openbaar gemaakte HG-Publicaties in de periode 23 april 2009 – 23 juni 2013, gespecificeerd per jaar en per publicatie;

en deze opgave binnen drie werkdagen te laten volgen door een door een onafhankelijke registeraccountant gecertificeerde verklaring waaruit volgt dat deze registeraccountant op grond van eigen boekenonderzoek heeft vastgesteld dat de gedane opgave volledig overeenstemt met de door HG gevoerde administratie, een en ander vergezeld van alle betreffende (goed leesbare) bewijsstukken;

7. HG te bevelen met onmiddellijke ingang na betekening van het ten deze te wijzen vonnis [arrest, neemt het hof aan] te staken en gestaakt te houden het gebruik in de domeinnaam van HG van het merk Kuifje, of elk daarmee verwarringwekkend overeenstemmend teken;

het sub 6. en 7. gevorderde, op verbeurte van een aan Moulinsart te verbeuren dwangsom van € 10.000 (zegge: tienduizend euro) ineens voor ieder niet-nagekomen bevel, alsmede € 5.000 (zegge: vijfduizend euro) voor iedere dag of gedeelte van een dag dat de niet-nakoming voortduurt; en

8. HG te veroordelen tot vergoeding van de door Moulinsart als gevolg van voornoemd inbreukmakend en onrechtmatig handelen geleden schade en alsnog te lijden schade, nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet;

9. HG te veroordelen in de volledige kosten van dit geding, ex artikel 1019h Rv. ”

8. Voor zover HG tegen deze eiswijziging bezwaar heeft gemaakt (vgl. akte van 27 januari 2015 onder 18), verwerpt het hof dat bezwaar. Deze eiswijziging is immers tijdig gedaan en (ook overigens) niet in strijd met de eisen van een goede procesorde.
9. Moulinsart heeft vervolgens bij akte van 13 januari 2015 haar vorderingen wederom gewijzigd. Moulinsart heeft daarbij te kennen gegeven met die wijziging de (auteursrecht)inbreukvraag inclusief vragen met betrekking tot auteursrechtexcepties te willen ecarteren uit de onderhavige procedure (hoewel zij in de memorie van grieven voorop stelde dat zij de onderhavige procedure tegen HG heeft geëntameerd wegens auteursrechtinbreuk en dat deze zaak primair een auteursrechtelijk geschil betreft) en die procedure te beperken tot de contractuele geschilpunten en het merkenrechtelijke geschilpunt. Haar vorderingen zijn als volgt komen te luiden:

“2. te verklaren voor recht dat in de periode 23 april 2009 – 1 januari 2012, althans een periode die de rechtbank [het hof, zo neemt het hof aan] in goede justitie juist acht, geen overeenkomst tussen partijen gold op grond waarvan HG gerechtigd was werken uit het oeuvre Hergé openbaar te maken en/of te veelelvoudigen;

3. te verklaren voor recht dat HG wanprestatie heeft gepleegd in de periode 1 januari 2012 – 23 juni 2013 door de voorwaarden uit het Charter niet na te leven, door de HG-Publicaties openbaar te maken en te veelelvoudigen zonder daarvoor de afgesproken vergoeding af te dragen aan Moulinsart, alsmede door de domeinnaam kuifje.nl te gebruiken;

4. te verklaren voor recht dat HG gehouden is de als gevolg van de handelingen onder 3 door Moulinsart geleden schade, al dan niet in de vorm van gedeelde reproductievergoedingen, te vergoeden aan Moulinsart;

5. HG te bevelen met onmiddellijke ingang na betekening van het ten deze te wijzen vonnis [arrest, zo neemt het hof aan] te staken en gestaakte te houden het gebruik in de domeinnaam van HG van het merk Kuifje, of elk daarmee

verwarringwekkend overeenstemmend teken,

het sub 5 gevorderde op verbeurte van een aan Moulinsart te verbeuren dwangsom van € 10.000 (zegge: tienduizend euro) ineens voor ieder niet-nagekomen bevel, alsmede € 5.000 (zegge: vijfduizend euro) voor iedere dag of gedeelte van een dag dat de niet-nakoming voortduurt; en

6. HG te veroordelen tot vergoeding van de door Moulinsart als gevolg van voornoemde wanprestatie geleden schade en alsnog te lijden schade, nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet;

7. HG te veroordelen in volledige kosten van dit geding, ex artikel 1019h Rv."

10. HG heeft bezwaar gemaakt tegen deze eisenwijziging. Dit komt aan de orde onder 15.

Grief 2: feiten en omstandigheden

11. Met grief 2 klaagt Moulinsart dat feiten en omstandigheden in overwegingen 2.1 tot en met 2.14 van het bestreden vonnis onvolledig zijn weergegeven althans dat daaraan onjuiste conclusies zijn verbonden. Met deze grief, voor zover nog van belang na de laatste eisenwijziging van Moulinsart, is met voormelde feitenvaststelling door het hof rekening gehouden. Deze grief kan op zichzelf niet tot vernietiging leiden. Indien mocht blijken dat de beoordeling van deze grief van belang is voor de beoordeling van het hoger beroep, komt het hof daarop hierna terug.

Grief 3: auteursrechtinbreuk en overeenkomst

12. In hoger beroep, in het kader van grief 3, stelt Moulinsart twee periodes aan de orde:
- periode (i): vanaf 23 april 2009 tot 1 januari 2012, en
 - periode (ii): vanaf 1 januari 2012 tot en met 23 juni 2013.
13. Ten aanzien van periode (i) bestrijdt grief 3 de oordelen van de rechtbank inhoudende, kort gezegd, dat HG geen inbreuk heeft gemaakt op de auteursrechten op het oeuvre Hergé, dat er tussen Moulinsart en HG vanaf 2000 tot 1 januari 2012 een overeenkomst heeft bestaan op basis waarvan HG toestemming had gebruik te maken van het oeuvre Hergé in haar publicaties en dat zij niet onrechtmatig heeft gehandeld jegens Moulinsart (rechtsoverwegingen 4.7 - 4.15 van het bestreden vonnis).
14. Nadien, bij akte houdende eisenwijziging van 13 januari 2015, heeft Moulinsart haar eis aldus gewijzigd dat de (auteursrecht)inbreukvraag is geëcarteerd uit de onderhavige procedure en dat nog één vordering op deze periode betrekking heeft, te weten vordering 2 zoals geformuleerd onder 9.
15. Het bezwaar van HG tegen de eisenwijziging bij akte van 13 januari 2015 is door de rolraadsheer afgewezen. De vraag of het hof op die beslissing kan of moet terugkomen in verband met de twee-conclusie-regel kan in het midden blijven gelet op het volgende.

-
16. Vordering 2 strekt er toe dat het hof voor recht verklaart dat in de periode 23 april 2009 tot 1 januari 2012 tussen Moulinsart en HG géén overeenkomst gold op grond waarvan HG gerechtigd was werken uit het oeuvre Hergé openbaar te maken en/of te verveelvoudigen. Die vordering moet bij gebrek aan belang worden afgewezen, zoals HG terecht heeft aangevoerd. Nu immers de auteursrechtelijke grondslag in het onderhavige geschil is geëcarteerd, en Moulinsart zich dus niet langer op een auteursrecht beroept, valt zonder nadere toelichting, die ontbreekt, niet in te zien welk belang Moulinsart heeft bij een verklaring voor recht die er op neer komt dat HG geen toestemming had om werken uit het oeuvre Hergé openbaar te maken en/of te verveelvoudigen. In zoverre faalt grief 3 dus.
17. Periode (ii) bestrijkt het tijdvak vanaf 1 januari 2012 tot en met 23 juni 2013. Volgens Moulinsart gold voor deze periode tussen partijen het charter, op grond waarvan HG onder bepaalde voorwaarden werken uit het oeuvre Hergé mocht openbaar maken en verveelvoudigen, maar waaraan HG zich niet (volledig) heeft gehouden. In hoger beroep gaat het in dit verband (na de laatste eiswijziging) om de vorderingen 3, 4 en 6.
18. HG heeft zich beroepen op dwaling als vernietigingsgrond van het charter. Zij heeft in dat verband gesteld (i) dat Moulinsart tot 5 augustus 2014 in en buiten rechte heeft gesteld dat de weduwe van Hergé alle auteursrechten ten aanzien van het oeuvre Hergé bezit en dat Moulinsart al deze rechten voor haar exploiteert en beheert; (ii) dat HG het charter in juni 2012 (met ingangsdatum 1 januari 2012) is aangegaan in de veronderstelling dat Moulinsart daartoe de rechten (machtiging) bezat; (iii) dat aan HG op 5 augustus 2014, tijdens een zitting in een kort geding procedure tussen Moulinsart en HG voor de rechtbank Den Haag (ECLI:NL:RBDHA:2014:11809), is gebleken dat eerdergenoemde veronderstelling onjuist is nu uit een overeenkomst uit 1942 blijkt dat Hergé de publicatierechten op de albums van de avonturen van Kuifje had overgedragen aan uitgever Casterman zodat Moulinsart *niet* degene is die kan beslissen wie materiaal uit de albums openbaar mag maken en dus niet (machtiging ter zake van) de in deze zaak relevante auteursrechten heeft; en (iv) dat HG het charter nooit met Moulinsart zou hebben gesloten indien zij had geweten dat Moulinsart de rechten (machtiging) niet bezat. In de door HG als productie 56/58 in het geding gebrachte overeenkomst tussen Hergé en Casterman uit 1942 wordt onder meer bepaald:

“Art. 1 – Monsieur Georges REMI concède aux Etablissements CASTERMAN le droit exclusif de publication de la série des Albums LES AVENTURES DE TINTIN, QUICK ET FLUPKE, GAMINS DE BRUXELLES et autres parus ou à paraître, dont il est l’auteur sous le pseudonyme de HERGE.

Art. 2 – Le droit de publication concédé s’étend pour toutes éditions en langue française et étrangères.”

19. Moulinsart heeft vanuit verschillende invalshoeken gereageerd op het HG’s beroep op dwaling.

-
- 19.1. In de eerste plaats dient het beroep op dwaling volgens Moulinsart buiten beschouwing te blijven omdat het pas bij akte van 27 januari 2015 is aangevoerd, hetgeen te laat is gelet op de twee-conclusie-regel. Het hof verwerpt dat bezwaar. HG's beroep op dwaling is niet tardief want het ligt in het verlengde van hetgeen zij reeds in haar memorie van antwoord heeft aangevoerd (vgl. memorie van antwoord onder 9 e.v., 22 en 48). Daarnaast zou het naar het oordeel van het hof in strijd met de goede procesorde zijn indien HG geen beroep op dwaling zou mogen doen na de talloze eisveranderingen van Moulinsart, in het bijzonder de eisenwijziging waarbij zij onverwachts de (eerder nog door haar als kern van het geschil bestempelde) auteursrechtelijke grondslag in het onderhavige geschil heeft geëcarteerd en het geschil te dezen geheel in een contractenrechtelijke sleutel heeft willen plaatsen. Daar komt bij dat HG de overeenkomst uit 1942 pas onder ogen heeft gekregen na haar memorie van antwoord (akte van 27 januari 2015 onder 3-4).
- 19.2. In de tweede plaats stelt Moulinsart dat de rolraadsheer de akte van HG terzijde zou hebben geschoven en daarmee zou hebben beslist dat HG dit verweer niet meer mag voeren. Dit is onjuist. De rolraadsheer heeft alleen een beslissing genomen over het bezwaar van HG tegen de eisenwijziging van Moulinsart bij akte van 13 januari 2015 en niet over (de toelaatbaarheid van) HG's akte of beroep op dwaling.
- 19.3. In de derde plaats heeft Moulinsart ten pleidooie van 16 april 2015 verzocht om, voor zover het beroep op dwaling is toegelaten, in de gelegenheid te worden gesteld zich daarover later uit te laten. Dit verzoek wordt door het hof afgewezen. Moulinsart heeft de gelegenheid gehad op deze kwestie te reageren bij dat pleidooi. Daarbij merkt het hof op dat – anders dan Moulinsart ten pleidooie heeft gesteld – het betoog van HG dat Moulinsart niet auteursrechthebbende is, niet nieuw is en evenmin een verrassing voor Moulinsart kan zijn geweest. HG heeft het uitdrukkelijk aangevoerd in haar memorie van antwoord (naar aanleiding van de door Moulinsart zelf te berde gebrachte overeenkomst uit 1942) en nader uitgewerkt in haar akte van 27 januari 2015.
20. Ten aanzien van HG's beroep op dwaling overweegt het hof als volgt.
21. Moulinsart heeft de onder 18 genoemde stellingen (i), (ii) en (iv) niet betwist. Ten aanzien van stelling (iii) heeft Moulinsart de overeenkomst uit 1942 niet betwist, maar alleen opgemerkt (a) dat 'aantoonbaar onjuist' is dat Hergé (een deel van) zijn auteursrechten zou hebben overgedragen aan Casterman, (b) dat aan Casterman rechten zijn overgegaan die voor deze zaak niet relevant zijn, en (c) dat deze kwestie niet in deze procedure moet worden besproken maar in de eerdergenoemde kort geding procedure die thans bij dit hof aanhangig is met het zaaknummer 200.158.786/01. Aldus heeft Moulinsart naar het oordeel van het hof, gelet op hetgeen HG in dit verband naar voren heeft gebracht, stelling (iii) onvoldoende gemotiveerd betwist. In dat verband overweegt het hof dat de (door Moulinsart niet betwiste) overeenkomst spreekt over een overdracht van Hergé aan Casterman van de exclusieve publicatierechten ten aanzien van onder meer de serie albums 'De avonturen van Kuifje', zodat (ten aanzien van (a)) zonder nadere toelichting, die ontbreekt, niet valt in te zien waarom aantoonbaar onjuist zou zijn dat Hergé een deel van zijn auteursrechten heeft overgedragen aan Casterman. De door Moulinsart zelf overgelegde verklaring van mevrouw Gallimard van Éditions Casterman S.A. van 25 augustus 2014 (productie 16) bevestigt dat Hergé het exclusieve recht van publicatie van de serie albums "Les aventures de Tintin" heeft overgedragen aan Casterman.

Evenmin valt (ten aanzien van (b)) zonder nadere toelichting, die ontbreekt, niet in te zien waarom de exclusieve publicatierechten ten aanzien van de serie albums 'De avonturen van Kuifje' niet de voor deze zaak relevante rechten zijn. Ook kan het hof (ten aanzien van (c)) niet inzien waarom deze kwestie niet in de onderhavige procedure zou moeten worden besproken maar zou moeten worden doorgeschoven naar een kort geding procedure. Deze kwestie is immers – zoals Moulinsart ook ten pleidooie heeft onderkend – van primordiaal belang voor het beoordelen van het beroep op dwaling door HG.

22. Nu Moulinsart stelling (iii) onvoldoende gemotiveerd heeft betwist, wordt aan (tegen)bewijslevering door middel van getuigen niet toegekomen. Het hof passeert derhalve het bewijsaanbod van Moulinsart in haar memorie van grieven onder 30 en 115. Voor zover dat bewijsaanbod betrekking heeft op het overleggen van nadere stukken, overweegt het hof dat Moulinsart dergelijke stukken eigener beweging in het geding had moeten brengen. Het hof ziet geen aanleiding Moulinsart daartoe alsnog in de gelegenheid te stellen.
23. Tezamen genomen heeft Moulinsart de onder 18 genoemde stellingen van HG dus niet, of niet voldoende gemotiveerd betwist, zodat het hof dit een en ander in rechte als vaststaand beschouwt.
24. Dat betekent dat het beroep van HG op dwaling slaagt (artikel 6:228 lid 1 sub a juncto 3:51 BW). Het charter is dus nietig (in ieder geval voor zover het betreft de publicatie van tekeningen en teksten uit de (in de overeenkomst van 1942 bedoelde) albums van Hergé, zie ook onder 33).
25. Daaruit volgt dat vorderingen 3, 4 en 6 niet kunnen worden toegewezen voor zover zij betrekking hebben op (wanprestatie wegens) openbaarmaking en verveelvoudiging van de HG-publicaties. In zoverre faalt grief 3 dus.
26. Grief 3 faalt dus ten aanzien van beide periodes.

Grief 4: domeinnaam Kuifje

27. Grief 4 betreft de domeinnaam *kuifje.nl*. Met deze grief keert Moulinsart zich tegen het oordeel van de rechtbank dienaangaande in rechtsoverweging 4.20 van het bestreden vonnis.
28. Met deze grief bestrijdt Moulinsart in de eerste plaats het oordeel van de rechtbank dat, kort gezegd, het gebruik van deze domeinnaam door HG geen inbreuk op de merkrechten van Moulinsart oplevert. Moulinsart heeft ten pleidooie toegelicht dat zij zich beroept op het onder 2.3 genoemde woord/beeldmerk en dat zij de bescherming van artikel 2.20 lid 1 sub a, b en d Benelux-Verdrag inzake Intellectuele Eigendom (BVIE) inroept. In hoger beroep gaat het in dit verband (na de laatste eiswijziging) om vordering 5.
29. Wat betreft artikel 2.20 lid 1 sub a en b BVIE heeft Moulinsart gesteld dat HG het teken 'kuifje' gebruikt ter onderscheiding van waren en/of diensten waarvoor het merk is ingeschreven omdat zij producten zoals publicaties, muismatten en postzegels,

alsmede diensten zoals het verstrekken van informatie over Kuifje en Hergé, onder dat teken/merk aanbiedt en verkoopt via de website met de domeinnaam *kuifje.nl*. HG heeft dat betwist: zij stelt dat zij het teken 'kuifje' niet gebruikt ter onderscheiding van waren of diensten, dat er geen producten (meer) worden verkocht via deze website, en dat alleen sprake is van 'ander gebruik' als bedoeld in artikel 2.20 lid 1 sub d BVIE. Bij pleidooi in hoger beroep heeft HG nader toegelicht dat zij vroeger wel enkele producten aanbood maar dat deze niet waren voorzien van het teken Kuifje. Gelet op deze betwisting had het op de weg van Moulinsart gelegen om haar stelling te onderbouwen. Nu zij dat heeft nagelaten, is naar het oordeel van het hof in rechte niet komen vast te staan dat HG (in ieder geval thans) het merk 'kuifje' gebruikt ter onderscheiding van waren en/of diensten. De vordering van Moulinsart, voor zover gebaseerd op artikel 2.20 lid 1 sub a of b BVIE, is dus niet toewijsbaar. In zoverre faalt grief 4. Voor zover deze vordering is gebaseerd op de bepaling sub a is zij bovendien niet toewijsbaar omdat het teken 'kuifje' in de domeinnaam niet gelijk (identiek) is aan genoemd woord/beeldmerk.

30. Wat betreft artikel 2.20 lid 1 sub d BVIE heeft Moulinsart, gelet op de betwisting van HG, naar het oordeel van het hof niet (voldoende) onderbouwd dat door HG ongerechtvaardigd voordeel wordt getrokken uit of afbreuk wordt gedaan aan het onderscheidend vermogen van het merk. Voor zover de vordering van Moulinsart is gebaseerd op artikel 2.20 lid 1 sub d BVIE, is zij reeds daarom dus niet toewijsbaar. Ook in zoverre faalt grief 4.
31. Gelet op het voorgaande is het bewijsaanbod van Moulinsart betreffende de algemene bekendheid van het merk Kuifje als bedoeld in artikel 6bis Verdrag van Parijs niet relevant (memorie van grieven onder 111). Dit volgt uit de omstandigheid dat, wat er ook zij van de bekendheid van het woord/beeldmerk, artikel 6bis ook vereist dat er sprake is van gebruik van het merk voor waren of diensten, hetgeen zoals hiervoor overwogen niet het geval is. Voor zover dat bewijsaanbod betrekking heeft op het overleggen van nadere stukken, overweegt het hof daarenboven dat Moulinsart dergelijke stukken eigener beweging in het geding had moeten brengen. Het hof ziet geen aanleiding Moulinsart daartoe alsnog in de gelegenheid te stellen.
32. Met grief 4 bestrijdt Moulinsart in de tweede plaats het oordeel van de rechtbank dat Moulinsart onvoldoende heeft onderbouwd dat het charter verbiedt om gebruik te maken van de naam 'kuifje' als onderdeel van een domeinnaam. In hoger beroep gaat het in dit verband (na de laatste eisenwijziging) om de vorderingen 3, 4 en 6.
33. Zoals hiervoor overwogen heeft HG zich terecht op dwaling beroepen. Hoewel zij zich in haar akte van 27 januari 2015 onder 9 beroept op dwaling '*voor zover het betreft de publicatie van tekeningen en teksten uit de albums van Hergé*', begrijpt het hof uit latere, door Moulinsart niet betwiste uitlatingen van HG dat zij buitengerechtigd de nietigheid van het *gehele* charter heeft ingeroepen (pleitnotities onder 7-9, 32-33) en dat haar dus geen partiële nietigheid voor ogen staat (artikel 3:41 BW). Voor zover inderdaad moet worden aangenomen dat het charter geheel nietig is, kunnen vorderingen 3, 4 en 6 in dit verband dus niet worden toegewezen en faalt grief 4 in zoverre.
34. Voor zover evenwel zou moeten worden aangenomen dat het charter partieel nietig is, dat wil zeggen alleen voor zover het betreft de publicatie van tekeningen en teksten uit

de (in de overeenkomst van 1942 bedoelde) albums van Hergé, overweegt het hof als volgt. Het charter bepaalt onder 3, vierde streepje: "*The domain name of the internet site shall under no circumstances include the name and/or trademark TINTIN®. There is the possibility of placing this name to the right of the domain name (for example: www.moulinsart.com/tintin)*". Volgens Moulinsart is daarmee ook 'Kuifje' (de Nederlandse naam van Tintin) verboden. HG heeft dat betwist. Gelet op die betwisting en op de tekst van de charter-bepaling, die duidelijk alleen spreekt over 'Tintin' en die niet spreekt over vertalingen, had het op de weg van Moulinsart gelegen op haar (impliciete) stelling dat partijen met deze bepaling ook op 'Kuifje' doelden, te onderbouwen. Nu zij dat heeft nagelaten, is naar het oordeel van het hof in rechte niet komen vast te staan dat het charter ook 'Kuifje' in een domeinnaam verbiedt. Vorderingen 3, 4 en 6 kunnen (ook) in dit verband dus niet worden toegewezen. In zoverre faalt grief 4.

35. Grief 3 faalt dus, zowel wat betreft merkinbreuk als wat betreft het charter.

Grief 1: veeggrief

36. Grief 1, waarmee beoogd wordt het geschil in volle omvang aan het hof voor te leggen, mist zelfstandige betekenis en behoeft om die reden geen bespreking.

Slotsom

37. Uit het vorenstaande volgt dat de grieven falen en dat de in hoger beroep gewijzigde vorderingen van Moulinsart moeten worden afgewezen; het bestreden vonnis dient te worden bekrachtigd.
38. Moulinsart zal als de in het ongelijk te stellen partij worden veroordeeld in de kosten van het hoger beroep.
39. HG vordert een proceskostenveroordeling op de voet van artikel 1019h Rv. Naar het oordeel van het hof moet de onderhavige procedure worden aangemerkt als een procedure waarop (artikel 14 van de Handhavingsrichtlijn (Richtlijn 2004/48/EG) en) artikel 1019h Rv van toepassing is, alsmede de Indicatie tarieven in IE-zaken Gerechtshoven 2015 (hierna: de Indicatie tarieven). Tot de laatste eiswijziging van Moulinsart, die in een laat stadium van het hoger beroep is gedaan, stond immers, naast merkinbreuk, auteursrechtinbreuk centraal (zoals Moulinsart zelf ook heeft benadrukt in haar memorie van grieven). Dat Moulinsart in dit late stadium van de procedure in hoger beroep de auteursrechtinbreuk heeft geëcarteerd, brengt naar het oordeel van het hof niet mee dat de onderhavige procedure van kleur verschieft naar een procedure waarop artikel 1019h Rv niet van toepassing is, zoals HG terecht heeft betoogt. Moulinsart heeft dit betoog overigens ook niet bestreden.
40. HG vordert een bedrag van € 19.646,08 en heeft dit bedrag voldoende gespecificeerd. Moulinsart heeft de gevorderde proceskosten niet bestreden met uitzondering van de kosten die zijn gemaakt in verband met een Hergé-expert ten bedrage van € 1.016,40 (opgenomen in factuur 164, productie 57). Zij heeft – terecht – aangevoerd dat dergelijke kosten niet voor vergoeding in aanmerking komen (Indicatie tarieven onder

3). Dit bedrag wordt dus in mindering gebracht.

41. Het door HG gevorderde bedrag is inclusief BTW. HG heeft nagelaten te onderbouwen waarom BTW verschuldigd zou zijn, zoals wordt voorgeschreven door de Indicatie tarieven onder 5c en 3. Gesteld noch gebleken is dat HG de BTW niet kan verrekenen met een eigen BTW-aangifte. Dat betekent dat de BTW in mindering moet worden gebracht. De proceskostenveroordeling komt dan uit op (€ 19.646,08 – € 1.016,40 =) € 18.629,68, waarop € 3.912,23 (21% BTW) in mindering wordt gebracht, dus € 14.717,45. De Indicatie tarieven in aanmerking nemende, is dit bedrag naar het oordeel van het hof niet onredelijk of onevenredig.
42. De proceskostenveroordeling zal uitvoerbaar bij voorraad worden verklaard, zoals door HG gevorderd.

Beslissing

Het hof:

- bekrachtigt het tussen partijen gewezen vonnis van de rechtbank Den Haag van 19 februari 2014;
- wijst de bij (wege van eiswijziging in hoger beroep ingestelde) vorderingen van Moulinsart af;
- veroordeelt Moulinsart in de kosten van het geding in hoger beroep, aan de zijde van HG tot op heden begroot op € 704,- aan griffierechten en € 14.717,45 aan salaris advocaat;
- verklaart dit arrest ten aanzien van de kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

Dit arrest is gewezen door mrs. A.D. Kiers-Becking, S.J. Schaafsma en Ch. Gielen, en is uitgesproken ter openbare terechtzitting van 26 mei 2015 in aanwezigheid van de griffier.

Voor grosse aan:
Uitgegeven aan mr. K.A. van Ooijest
Advocaat van: app./geint.
De Griffier van het Gerechtshof
te Den Haag