

arrest

GERECHTSHOF 's-HERTOGENBOSCH

Sector civiel recht

zaaknummer HD 200.097.067

arrest van 9 oktober 2012

in de zaak van

1. LOVIN' ENTERPRISES, INC. DBA DREAMGIRL INTERNATIONAL,
gevestigd te Bell, Californië, Verenigde Staten,

2. ROBERTUS FRANCISCUS GERARDUS ANTONIUS JÖRG,
mede handelende onder de naam Dreamgirl

appellanten in principaal appel,
geïntimeerden in incidenteel appel,

— advocaat: mr. R.M. van Rompaey,

tegen:

BERNARDUS GODEFRIDUS TIJS,
handelend onder de naam Benstout(.nl),

wonende te Etten-Leur,
geïntimeerde in principaal appel,

appellant in incidenteel appel,
advocaat: mr. C.M. van den Reek,

op het bij exploit van dagvaarding van 2 september 2011 ingeleide hoger beroep van het door de voorzieningenrechter van de rechtbank Breda gewezen vonnis in kort geding van 1 september 2011 tussen principaal appellanten – Dreamgirl c.s. - als gedaagden en principaal geïntimeerde - Benstout- als eiser.

1. Het geding in eerste aanleg (zaaknr. 238230/KG ZA 11-413)

Voor het geding in eerste aanleg verwijst het hof naar voormeld vonnis.

2. Het geding in hoger beroep

2.1. Bij memorie van grieven heeft Dreamgirl c.s. acht grieven aangevoerd en geconcludeerd tot vernietiging van het vonnis waarvan beroep en, kort gezegd, tot niet-ontvankelijk verklaring van Benstout althans afwijzing van zijn vorderingen, met veroordeling in de proceskosten ex artikel 1019h Rv, zoals bij in het geding gebrachte specificatie begroot.

2.2. Bij memorie van antwoord heeft Benstout de grieven bestreden. Voorts heeft Benstout (voorwaardelijk) incidenteel appel ingesteld, daarin één grief aangevoerd, zijn eis gewijzigd in die zin dat hij thans staking van de executie vordert, en geconcludeerd, kort gezegd, tot bekrachtiging van het vonnis in principaal appel en vernietiging daarvan in

incidenteel appel, voor zover in het beroepen vonnis de door Benstout gevorderde hoofdelijke veroordeling in de procedurekosten is afgewezen, een en ander met veroordeling van Dreamgirl c.s. in de gedingkosten in beide instanties op basis van art. 1019h Rv.

2.3. Dreamgirl c.s. heeft in incidenteel appel geantwoord.

2.4 Partijen hebben hun zaak doen bepleiten, Dreamgirl c.s. door mr. van Rompaey en Benstout door mr. C.M. van den Reek. De pleitnota's van partijen bevinden zich onder de gedingstukken.

2.5 Partijen hebben ermee ingestemd dat arrest wordt gewezen op de voorafgaand aan het pleidooi aan het hof toegezonden gedingstukken. Partijen hebben vervolgens uitspraak gevraagd.

3. De gronden van het hoger beroep

Voor de tekst van de grieven wordt verwezen naar de beide memories.

4. De beoordeling

in principaal en incidenteel appel

4.1. Het gaat in deze zaak om het volgende.

Benstout is bij vonnis in kort geding van 27 juni 2011 (het Vonnis) veroordeeld om zich van inbreuken op de auteursrechten van Dreamgirl c.s. te onthouden. De tekst van het hrt dictum van het Vonnis luidt - voor zover relevant - aldus:

5.1 *'gebiedt Benstout om met ingang van drie dagen na de betekening van dit vonnis, zich te onthouden van iedere directe of indirecte inbreuk op de auteursrechten van Dreamgirl Int. alswel op de licentierechten van Jörg, met betrekking tot alle ten behoeve van Dreamgirl Int. door het auteursrecht beschermde foto's die zijn afgebeeld op de websites dreamgirldirect.com en dreamgirllingerie.nl, en derhalve het openbaar maken en/of verveelvoudigen van deze foto's op welke wijze ook, derhalve ook in gewijzigde vorm, te staken en gestaakt te houden;*

5.2 *gebiedt Benstout om de foto's zoals hierboven bedoeld binnen drie dagen na betekening van dit vonnis volledig en genoegzaam te (doen) verwijderen en verwijderd te (doen) houden, van de website(s) van Benstout, alsook van de servers waarop de foto's zijn opgeslagen, en uit alle overige (promotionele) materialen van Benstout waarin deze zijn verveelvoudigd en/of worden openbaar gemaakt.*

5.3 *gebiedt Benstout om binnen uiterlijk vijf dagen na betekening van dit vonnis gedurende tien werkdagen een rectificatie te doen plaatsen op de homepage van de website www.benstout.nl, op zodanige wijze dat deze voor iedere bezoeker van de genoemde website bij elk bezoek duidelijk zichtbaar wordt weergegeven, met uitsluitend de volgende inhoud: 'Bij vonnis van 27 juni 2011 heeft de voorzieningenrechter van de rechtbank Breda geoordeeld dat wij inbreuk maken op het auteursrecht van Dreamgirl door een groot aantal (bewerkte) foto's van Dreamgirl lingerie op onze website af te beelden, terwijl wij daarvoor geen toestemming hebben gekregen van Dreamgirl en wij bovendien geen Dreamgirl producten aanbieden en/of leveren. De inbreukmakende foto's zijn door ons inmiddels*

verwijderd.

5.4 veroordeelt Benstout tot betaling aan eisers van een dwangsom van € 500,= voor iedere dag dat Benstout met de gehele of gedeeltelijke nakoming van de hiervoor opgelegde geboden in gebreke blijft alsook -ter keuze van eisers- per overtreding, waarbij elke inbreukmakende foto als overtreding wordt beschouwd, met bepaling dat in totaal aan dwangsommen maximaal € 50.000,= kan worden verbeurd.'

4.2 Dreamgirl c.s. heeft Benstout bij brief van 13 juli 2011 medegedeeld dat hij niet volledig gehoor heeft gegeven aan het Vonnis, onder verwijzing naar door haar in deze procedure overgelegde processen-verbaal van constatering van deurwaarder Mies, gedateerd 2, 4, 5 en 6 juli 2011 (de Processen-verbaal). Het betreft volgens Dreamgirl de volgende overtredingen:

- a) proces verbaal van 2 juli 2011 (productie 4 incl. dagvaarding) ondersteund met 9 kleurenprints:
- op de website van Benstout staan twee inbreukmakende foto's genaamd 'sexy jurk' en 'serveerster';
 - op de servers staan 126 inbreukmakende afbeeldingen;
- b) proces verbaal van 4 juli 2011 (productie 5 incl. dagvaarding):
- op de website van Benstout staat een inbreukmakende foto genaamd 'sexy jurk';
 - op de servers staan 126 inbreukmakende afbeeldingen;
- c) proces verbaal van 5 juli 2011 (productie 6 incl. dagvaarding) ondersteund met 1 kleurenprint:
- op de website van Benstout staat een inbreukmakende foto genaamd 'sexy Princess Costume';
 - de bovengenoemde inbreukmakende foto staat bovendien (nog) op de server;
- d) proces verbaal van 6 juli 2011 (productie 7 incl. dagvaarding) ondersteund met 58 kleurenprints:
- op de servers staan 126 inbreukmakende afbeeldingen.

4.3 Dreamgirl c.s. heeft in verband met de gestelde overtredingen (r.o. 4.2) op 14 juli 2011 executoriaal beslag laten leggen op zowel de bankrekening als het woonhuis van Benstout, voor een dwangsomvordering ter hoogte van € 50.000,=.

4.4 Bij dagvaarding van 2 augustus 2011 heeft Benstout primair opheffing gevorderd van twee van de door Dreamgirl c.s. gelegde beslagen op zijn woonhuis en zijn bankrekening, op de grond dat geen dwangsommen zijn verbeurd. Subsidiair heeft Benstout beperking van deze beslagen gevorderd tot een bedrag van € 25.000,=. Benstout stelt aan het Vonnis voldaan te hebben, door alle foto's waarvan hij wist dat deze onder de auteursrechtelijke bescherming van Dreamgirl c.s. vielen, van zijn website te verwijderen en aan 'mijn webwinkel.nl' opdracht te geven de foto's niet meer te tonen. Ten aanzien van de Processen-verbaal (r.o. 4.2), heeft Benstout aangevoerd dat deze slechts betrekking hebben op 23 verschillende foto's, waarvan er maar tien te vinden zijn op de websites dreamgirldirect.com en dreamgirllingerie.nl. Benstout verwijst in dit verband naar door hem als productie 8, 9 en 10 bij inleidende dagvaarding in het geding gebrachte processen-verbaal. Benstout heeft daarnaast aangevoerd dat hij de foto's op de server had verborgen op een voor het publiek niet toegankelijke database.

4.5 Dreamgirl c.s. heeft betwist dat Benstout aan het vonnis heeft voldaan. Volgens Dreamgirl c.s. heeft Benstout het maximum aan dwangsommen verbeurd, waarbij zij

verwijst naar de Processen-verbaal (r.o. 5.2). Dreamgirl heeft betwist dat de door Benstout gebruikte foto's niet op websites van Dreamgirl c.s. te vinden zijn, en stelt dat de betrokken foto's bovendien onderwerp zijn geweest van het kort geding dat tot het Vonnis heeft geleid. Dreamgirl c.s. wijst erop dat Benstout uitdrukkelijk bij afzonderlijke met dwangsom versterkte veroordeling is geboden de foto's ook van de server te verwijderen, hetgeen hij – onbetwist – niet heeft gedaan.

4.6 De voorzieningenrechter heeft geoordeeld dat de foto's op de server niet voor het gewone publiek toegankelijk zijn geweest, zodat Benstout op dit punt geen dwangsommen heeft verbeurd. Evenmin heeft Benstout naar het oordeel van de voorzieningenrechter dwangsommen verbeurd in verband met de drie in de Processen-verbaal genoemde foto's op zijn website. In het dictum van het Vonnis is bepaald dat het verbod slechts geldt voor foto's die zijn afgebeeld op de websites dreamgirldirect.com en dreamgirlingerie.nl. De aanwezigheid van de betrokken foto's op die websites kan naar het oordeel van de voorzieningenrechter niet worden aangenomen. De voorzieningenrechter heeft Dreamgirl c.s. op straffe van verbeurde van dwangsommen derhalve geboden de executie met betrekking tot de in de Processen-verbaal bedoelde foto's te staken en heeft Dreamgirl c.s. veroordeeld in de proceskosten ter hoogte van € 7.397,56.

4.7 Dreamgirl c.s. is tegen dit vonnis in hoger beroep gekomen. Zij heeft grieven gericht tegen voornoemd oordeel van de voorzieningenrechter, alsmede tegen de gronden waarop dit berust.

Benstout heeft in incidenteel appel een grief gericht tegen het feit dat de voorzieningenrechter geen hoofdelijke proceskostenveroordeling heeft uitgesproken jegens Dreamgirl en Jörg.

Het hof ziet aanleiding de grieven hierna zoveel mogelijk gezamenlijk te behandelen.

4.8 Het hof dient – zo nodig ambtshalve – in verband met zijn bevoegdheid als voorzieningenrechter te beoordelen of bij de in kort geding ingestelde vorderingen voldoende spoedeisend belang bestaat. Dit is het geval, reeds gelet op de aard van de zaak. Voorts is de voorzieningenrechter op grond van art. 438 lid 2 Rv bevoegd van de zaak kennis te nemen.

4.9 Dreamgirl c.s. heeft aan haar stelling dat Benstout het maximumbedrag ad € 50.000,- aan dwangsommen heeft verbeurd, ten grondslag gelegd dat in de periode 2 t/m 6 juli 2011 foto's van Dreamgirl zowel op de website als op de server van Benstout hebben bestaan, zoals door de deurwaarder in de Processen-verbaal is geconstateerd.

4.10 Benstout heeft niet betwist dat hij de in de Processen-verbaal bedoelde foto's niet van de server heeft verwijderd. Hij voert in dit verband echter aan dat de foto's niet, althans niet dan door de specifieke URL-links daarvan in te voeren, voor het publiek toegankelijk zijn geweest. Volgens Benstout heeft hij aan het gebod om de foto's van de server te verwijderen voldaan door de foto's van de website te halen en op de server in zijn eigen beheersomgeving te bewaren.

4.11 Het hof stelt voorop dat het door de voorzieningenrechter in het Vonnis gegeven gebod om de foto's van Dreamgirl van de server te verwijderen naar redelijkheid dient te worden uitgelegd, waarbij mede belang moet worden toegekend aan de wijze waarop het gebod door partijen moest worden begrepen en blijkt de formulering daarvan ook door de rechter zelf is verstaan. Daarbij is niet alleen het dictum van de rechterlijke veroordeling van belang, maar ook de overwegingen waarop dit dictum is gebaseerd. Daarbij moeten voorts doel en strekking van de veroordeling in aanmerking worden genomen.

4.12 Naar het oordeel van het hof is het door de voorzieningenrechter geformuleerde gebod om de foto's als in r.o. 5.1 van het Vonnis omschreven van de server te verwijderen ongeclausuleerd en voldoende duidelijk, zodat – anders dan Benstout betoogt – in ernst niet kan worden betwijfeld dat het op de server aanwezig hebben van die foto's in beginsel een inbreuk op dit gebod behelst.

Het hof verwerpt het verweer van Benstout dat als doel van het vonnis slechts heeft te gelden dat Benstout de foto's van Dreamgirl niet meer mag tonen op zijn eigen website of in een andere webwinkel. Voorshands wordt aannemelijk geacht dat de door Benstout genoemde doelstelling is verbonden aan het in r.o. 5.2 van het Vonnis eveneens weergegeven gebod om de foto's van de website te verwijderen. Afzonderlijk is Benstout evenwel in r.o. 5.2 geboden om de betrokken foto's van de server te verwijderen, waarmee naar het voorlopig oordeel van het hof niets anders kan zijn bedoeld dan uit de tekst van dit gebod is af te leiden. Zou de bedoeling van het Vonnis zo beperkt zijn als door Benstout bepleit, dan is immers niet in te zien waarom het Vonnis naast het gebod de foto's van de website te verwijderen een afzonderlijk gebod behelst om de foto's van de server te verwijderen.

Het hof is overigens bovendien van oordeel dat Benstout onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt dat de foto's op de aparte database niet zichtbaar zijn geweest voor het publiek. Benstout heeft immers erkend dat 'mijn webwinkel' een link bevatte waardoor de foto's nog wel voor het publiek zichtbaar waren, terwijl ook uit de door Dreamgirl c.s. overgelegde processen-verbaal blijkt dat de foto's gedurende de daarin vermelde dagen voor de deurwaarder zichtbaar zijn geweest. Dat daartoe een specifieke link moest worden gebruikt, doet daaraan niet af, nog daargelaten de –met stukken onderbouwde – stellingen van Dreamgirl dat de foto's ook zonder die link, via Google konden worden gevonden. Onbetwist is voorts dat Benstout de server niet aan beperkingen (zoals een bepaalde toegangscode) heeft onderworpen, zodat voorshands wordt aangenomen dat de foto's via de servers raadpleegbaar waren.

4.13 Het hof verwerpt voorts het verweer van Benstout dat het bewaren van de in de Processen-verbaal bedoelde foto's op de server geen overtreding van het in r.o. 5.2 van het Vonnis weergegeven gebod behelst nu dit -deels- foto's betreft die niet kunnen worden gevonden op de websites dreamgirldirect.com en dreamgirlingerie.nl. Dreamgirl c.s. heeft immers aangevoerd – en bij gelegenheid van het pleidooi is dit door beide partijen bevestigd – dat de foto's waarvan Benstout betoogt dat deze op genoemde websites niet te vinden zijn, in ieder geval onderwerp zijn geweest van de kortgedingprocedure die tot de in het Vonnis gegeven geboden heeft geleid. Naar het oordeel van het hof brengt een redelijke uitleg van de veroordeling mee dat de in rechtsoverwegingen 5.1 en 5.2 gegeven geboden in ieder geval betrekking hebben op de foto's die aan de voorzieningenrechter in dit geding ter beoordeling zijn voorgelegd. Immers, op deze foto's heeft de voorzieningenrechter zijn oordeel omtrent de auteursrechtelijke beschermwaardigheid en onrechtmatigheid, dat de grondslag voor de geboden vormt, gebaseerd. Naar het voorlopig oordeel van het hof moet het Vonnis redelijkerwijs zo worden verstaan dat de voorzieningenrechter in de rechtsoverwegingen 5.1 en 5.2 een gebod heeft beoogd te geven dat verder strekte dan slechts tot het verwijderen van de foto's die hem in het kort geding ter beoordeling waren voorgelegd. Door aan dit verderstrekkende gebod de voorwaarde te verbinden dat het betrekking heeft op foto's die op de websites van Dreamgirl c.s. (dreamgirldirect.com en dreamgirlingerie.nl) te vinden zijn, heeft de Voorzieningenrechter blijkens rechtsoverweging 3.7 willen verzekeren dat Benstout er in de toekomst mee bekend zou kunnen zijn welke foto's in de toekomst door het gebod (mede) zouden worden bestreken. Met de foto's waarop de voorzieningenrechter zijn oordeel reeds had gebaseerd, was Benstout vanzelfsprekend reeds bekend, zodat in ernst niet kan worden

betwijfeld dat de voorzieningenrechter de hiervoor bedoelde voorwaarde niet aan het verwijderen van deze foto's heeft willen verbinden.

Het voorgaande sluit voorts aan bij het debat tussen partijen in de procedure die tot het Vonnis heeft geleid. In zijn pleidooi in eerste aanleg heeft Dreamgirl c.s. dienaangaand gesteld:

'Dreamgirl bepleit dan ook een verbod in die zin dat gedaagde niet alleen wordt verboden inbreuk te maken op de in deze procedure geëxpliciteerde foto's, doch op alle ten behoeve van Dreamgirl door het auteursrecht beschermde foto's, althans op alle in de Catalogi en op de websites dreamgirldirect.com en dreamgirlingerie.nl opgenomen/afgebeelde foto's.'

Onduidelijkheid omtrent de geoorloofdheid kan bij Benstout ten aanzien van de foto's waarvan de inbreuk reeds in kortgeding werd vastgesteld naar het voorlopig oordeel van het hof niet hebben bestaan. In ernst kan niet worden betwijfeld dat het aanwezig hebben van deze foto's op de server verbeurte van dwangsommen meebrengt.

4.14 Het hof verwerpt het betoog van Benstout bij memorie van antwoord, dat erop neerkomt dat de foto's van Dreamgirl c.s. geen auteursrechtelijke bescherming verdienen. Aan de executierechter ligt immers deze vraag niet ter beoordeling voor. Het onderhavige executiegeschil heeft nog slechts betrekking op de vraag of Benstout heeft voldaan aan de reeds gegeven geboden, die op een in het Vonnis neergelegd oordeel omtrent auteursrechtelijke beschermwaardigheid en onrechtmatigheid zijn gebaseerd. Zoals hiervoor reeds werd overwogen, is het hof voorshands van oordeel dat Benstout aan de in r.o. 5.2 van het Vonnis neergelegde veroordeling niet heeft voldaan.

4.15 Voor zover Benstout zich er ten slotte op beroept dat hij na het raadplegen van een advocaat wel direct tot verwijdering van de foto's is overgegaan, oordeelt het hof voorshands dat dit niet kan afdoen aan het hiervoor weergegeven oordeel, dat dwangsommen zijn verbeurd. Voor zover de toerekenbaarheid van het verzuim aan de zijde van Benstout in dit geding al aan de orde is, had het naar het voorlopig oordeel van het hof op de weg van Benstout gelegen om op dit punt tijdig advies in te winnen. De stelling van Benstout dat hij tevergeefs telefonisch contact heeft opgenomen met de raadsman van Dreamgirl, kan evenmin tot een andere conclusie leiden.

4.16 Ook indien wordt aangenomen dat Benstout slechts het door hem gestelde aantal foto's van 23 op zijn server heeft laten staan, gedurende vijf dagen, leidt dit tot de conclusie dat Benstout jegens Dreamgirl c.s. dwangsommen heeft verbeurd tot het in het Vonnis bepaalde maximum van € 50.000,=, ervan uitgaande dat Benstout – zoals hij niet betwist- per foto per dag een dwangsom van € 500,= heeft verbeurd.

In zoverre slagen de grieven van Dreamgirl c.s., zodat het Vonnis zal worden vernietigd. Aan de behandeling van de grief van Benstout in het incidenteel appel wordt niet toegekomen, nu het vonnis in eerste aanleg zal worden vernietigd en niet Dreamgirl c.s., maar Benstout als de grotendeels in het ongelijk gestelde partij zal worden veroordeeld in de procedurekosten.

Evenmin wordt – gelet op hetgeen hiervoor is overwogen - in principaal of incidenteel appel toegekomen aan bewijslevering, zodat aan de bewijsaanbiedingen wordt voorbijgegaan, voor zover de onderhavige kortgeding procedure zich voor bewijslevering al leent.

4.17 Benstout zal als de grotendeels in het ongelijk gestelde partij zowel in eerste aanleg als in hoger beroep worden veroordeeld in de kosten van de procedure. Dreamgirl c.s. heeft aanspraak gemaakt op een kostenveroordeling als bedoeld in art. 1019h Rv. Op grond van dit artikel wordt de in het ongelijk gestelde partij desgevorderd veroordeeld in redelijke en evenredige gerechtskosten en andere kosten die de in het gelijk gestelde partij heeft gemaakt,

tenzij de billijkheid zich daartegen verzet. Het hof zal het door Dreamgirl c.s. in eerste aanleg gevorderde bedrag aan advocaatkosten ter hoogte van € 8.469,13 matigen tot een bedrag van € 6.000,=, conform het indicatietarief betreffende een eenvoudig kort geding. In hoger beroep zal het hof de gevorderde advocaatkosten matigen tot een bedrag ter hoogte van 8.000,=. Het hof acht toewijzing van dit bedrag aan gerechtskosten in het onderhavige geval redelijk en evenredig.

5. De uitspraak

Het hof:

op het principaal en incidenteel appel

vernietigt het vonnis van de voorzieningenrechter van de rechtbank Breda van 1 september 2011,

en, opnieuw rechtdoende,

wijst de vorderingen van Benstout af;

veroordeelt Benstout in de proceskosten van de eerste aanleg en het hoger beroep, welke kosten tot op heden aan de zijde van Dreamgirl c.s. worden begroot op € 568,= aan verschotten en op € 6.000,= aan salaris advocaat in eerste aanleg en op € 649,= aan verschotten en op € 8.000,= aan salaris advocaat voor het hoger beroep;

verklaart dit arrest in zoverre uitvoerbaar bij voorraad.

Dit arrest is gewezen door mrs. T. Rothuizen- van Dijk, M.B.Beehoven van den Boezem en J.Ch. Koster-Vaags en in het openbaar uitgesproken door de rolraadsheer op 9 oktober 2012.

griffier

rolraadsheer

typ.
c. ***



w.g. de griffier w.g. de rolraadsheer
VOOR GROSSE / AFSCHRIFT

Afgegeven aan: adv. app./geintim.: mr. R.M. van Rompaey

Griffier gerechtshof 's-Hertogenbosch d.d.: 09-10-2012
k.marechal