

arrest

GERECHTSHOF AMSTERDAM

afdeling civiel recht en belastingrecht, team II

zaaknummer : 200.143.248/01 SKG

zaaknummer rechtbank (Amsterdam): C/13/557142/KG ZA 14-24

arrest van de meervoudige burgerlijke kamer van 9 december 2014

inzake

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

PRETIUM B.V.,

gevestigd te Haarlem,

appellante in het principale appel,

geïntimeerde in het incidentele appel,

advocaat: mr. D.P. Kuipers te Den Haag,

tegen

de vereniging

OMROEPVERENIGING BNN-VARA (voorheen: Omroepvereniging Vara),

gevestigd te Hilversum,

geïntimeerde in het principale appel,

appellante in het incidentele appel,

✓ advocaat: mr. R.S. Le Poole te Amsterdam.

Partijen worden hierna Pretium en Vara genoemd.

1. Het verloop van het geding in hoger beroep

Bij dagvaarding van 27 februari 2014 is Pretium in hoger beroep gekomen van het vonnis van de voorzieningenrechter in de rechtbank Amsterdam van 31 januari 2014, in deze zaak onder bovengenoemd zaaknummer in kort geding gewezen tussen Vara als eiseres in conventie, verweerster in reconventie en Pretium als gedaagde in conventie, eiseres in reconventie.

Ter rolzitting van het hof van 11 maart 2014 heeft Pretium overeenkomstig de appel-dagvaarding van grieven gediend en geconcludeerd dat het hof bij arrest, uitvoerbaar bij voorraad, het vonnis waarvan beroep zal vernietigen, en, opnieuw recht doende, de vorderingen van Vara in conventie zal afwijzen, de vorderingen van Pretium in reconventie zal toewijzen en Vara zal veroordelen in de proceskosten van beide instanties – met bevel aan Vara om wat Pretium op grond van het bestreden vonnis

aan proceskosten heeft voldaan als onverschuldigd aan haar terug te betalen – en in de nakosten, een en ander te vermeerderen met wettelijke rente.

Vara heeft bij memorie de grieven van Pretium bestreden. Tevens heeft zij daarbij incidenteel appel ingesteld, waarbij zij één grief heeft geformuleerd. Zij heeft geconcludeerd dat het hof bij arrest, uitvoerbaar bij voorraad, in het principale appel het vonnis waarvan beroep zal bekrachtigen en in het incidentele appel het vonnis waarvan beroep zal vernietigen en, opnieuw recht doende, Pretium zal veroordelen (naar het hof begrijpt) de tenuitvoerlegging van het vonnis van de rechtbank Amsterdam van 20 november 2013 te staken en gestaakt te houden voor zover deze het bedrag van € 20.000,= aan verbeurde dwangsommen als omschreven in rechts-overweging 5.7 van het bestreden vonnis overtreft, met veroordeling van Pretium in de proceskosten van (het hof leest:) zowel het principale als het incidentele appel, met nakosten en wettelijke rente.

Bij memorie van antwoord in incidenteel appel heeft Pretium tegen de incidentele grief verweer gevoerd en geconcludeerd dat het hof bij arrest, uitvoerbaar bij voorraad, het incidentele beroep zal verwerpen, met veroordeling van Vara in de proceskosten van (het hof leest:) het incidentele appel, met nakosten en wettelijke rente.

Ter zitting van het hof van 5 november 2014 hebben partijen de zaak doen bepleiten, Pretium door haar voornoemde advocaat alsmede door mr. O.G. Trojan, advocaat te Den Haag, en Vara door haar voornoemde advocaat; alle advocaten hebben daarbij pleitnotities in het geding gebracht. Tevens is aan beide partijen akte verleend van het in het geding brengen van aanvullende producties.

Ten slotte is arrest gevraagd op de stukken van beide instanties.

2. De feiten

De voorzieningenrechter heeft in het vonnis waarvan beroep onder 2.1 tot en met 2.18 een aantal feiten vermeld en tot uitgangspunt genomen. Omdat die feiten tussen partijen niet in geschil zijn, zal ook het hof daarvan uitgaan.

3. De beoordeling

3.1. Het gaat in deze zaak, voor zover thans nog relevant, om het volgende.

- (i) Pretium is een telecommunicatiebedrijf.
- (ii) Vara (waaronder mede de rechtsvoorgangster van Vara wordt begrepen) is een publieke omroep. Zij zendt wekelijks onder de naam 'Kassa' een consumentenprogramma uit op de televisie. Per uitzending wordt een aantal onderwerpen besproken.
- (iii) In de uitzending van 10 maart 2012 (hierna: de uitzending) heeft Vara aandacht besteed aan klachten over Pretium. Vara heeft een aantal van de bij haar

binnengekomen klachten geselecteerd en daarover drie reportages gemaakt. Een van de klachten betrof de klacht van een zekere mevrouw Glas (verder: Glas).

(iv) Bij vonnis van 20 november 2013 van de rechtbank Amsterdam (hierna ook: het bodemvonnis) is omroepvereniging Vara (de rechtsvoorgangster van Vara) op vordering van Pretium onder meer veroordeeld om binnen twee weken na betekening van dat vonnis het op Glas betrekking hebbende deel van de uitzending te verwijderen en verwijderd te houden uit de diverse media waarop de uitzending is terug te zien en die Vara direct of indirect beheert, of waarvoor zij voor de plaatsing verantwoordelijk is, op straffe van verbeurte een dwangsom van € 20.000,= per dag, met een maximum van € 500.000,=. Het bodemvonnis luidt, voor zover hier van belang:

“(…)

4.11 Pretium Telecom heeft er recht en belang bij dat Vara wordt gelast op straffe van een dwangsom het (betreffende gedeelte) van de uitzending niet langer voor het publiek beschikbaar te stellen via media waarover Vara beschikkingsmacht heeft. (...) Daarmee is in voldoende mate recht gedaan aan de door het onderwerp door Pretium Telecom geleden reputatieschade. (...)”

- (v) Pretium heeft het bodemvonnis op 21 november 2013 aan Vara betekend.
- (vi) Fragmenten van de Kassa-uitzendingen (de afzonderlijke onderwerpen die per uitzending aan bod zijn gekomen) kunnen alleen worden bekeken op de Kassa website (via het archief of het zaaksdossier). De fragmenten van uitzendingen van Kassa worden door de web-redactie van Kassa zelf op de Kassa-website geplaatst.
- (vii) Gehele uitzendingen van Kassa kunnen worden bekeken via de website Uitzending Gemist of de Kassa-website. Vara maakt voor de Kassa-website verplicht gebruik van het afspeelprogramma van Uitzending Gemist door deze te ‘embedden’ in de website van Kassa.
- (viii) Vara maakt voor het plaatsen van gehele uitzendingen van Kassa op de websites van Kassa en Uitzending Gemist verplicht gebruik van de diensten van NPO ICT. Laatstgenoemde fungeert als Internet Service Provider voor het gehele publieke bestel. Via de infrastructuur van NPO ICT kunnen derden op het internet tv-programma’s bekijken van de publieke omroepen, onder andere via Uitzending Gemist, maar ook via de eigen websites van de publieke omroepen. NPO ICT neemt alle programma’s die op Nederland 1, 2 en 3 worden uitgezonden op en digitaliseert deze uitzendingen.
- (ix) In de middag van 3 december 2013 heeft R. van den Ochtend, verantwoordelijk voor de programma’s van Vara op Uitzending Gemist, aan NPO ICT geschreven, voor zover hier van belang:

“Voor de Kassa uitzending van zaterdag 10 maart 2012 willen we een hermontage. Reden is een vonnis van de rechtbank. Zodra wij (Erik Leender/Rop Beesems) de MXF hebben zorgen wij voor de upload (...)”

- (x) Op 3 en 4 december 2013 is de hermontage ingesteld en ge-upload in het systeem van NPO ICT.

(xi) Vara heeft aan het begin van het her-gemonteerde fragment ten behoeve van de Kassa-website een *still* van de directeur van Pretium, Nyks, toegevoegd. Verder wordt de titel van het fragment, 'Nog steeds veel klachten over Pretium', herhaald onder in beeld wanneer het fragment wordt bekeken. Deze tekst verdwijnt na enige seconden vanzelf, maar verschijnt weer (gedurende enkele seconden) telkens als de muis wordt bewogen.

(xii) Vara heeft ervoor gezorgd dat de uitzending op 5 december 2013 van YouTube is verwijderd, door bij YouTube bezwaar te maken tegen het exploiteren van de uitzending door een derde.

(xiii) Bij brief van 2 januari 2014 aan Vara heeft Pretium aanspraak gemaakt op het maximumbedrag aan dwangsommen (€ 500.000,=) omdat zij heeft geconstateerd dat het op Glas betrekking hebbende deel van de uitzending, gerekend vanaf 6 december 2013, nog zeker 25 dagen te zien is geweest op de website van Kassa.

(xiv) Nog diezelfde dag heeft Vara maatregelen genomen, zodat de uitzending niet meer vanaf de Kassa-website bekeken kon worden.

(xv) Een e-mail van R. van den Ochtend, web-redacteur bij Vara, aan de bedrijfsjurist van Vara, van 14 januari 2014 bevat, voor zover van belang, de volgende passage:

“(...) Omdat een hermontage niet zo vaak voorkomt, kan ik mij nog goed herinneren dat ik op de website van UitzendingGemist heb gekeken of de gehermonteerde uitzending goed was geupload. Ik heb daarbij gecontroleerd of de juiste dingen waren verwijderd uit de gehermonteerde uitzending en dat was het geval. (...)”

(xvi) Vara heeft als productie 12 het navolgende e-mailverkeer tussen haarzelf en NPO ICT overgelegd. In de daarin genoemde punten 1, 2 en 3 staat telkens eerst een samenvatting van Vara vermeld, met daarachter, in het geel, de reactie van NPO ICT. Het e-mailverkeer – waarbij de geel gemaakte antwoorden hier cursief zullen worden weergegeven – luidt, voor zover hier van belang:

“1.

Wij, de VARA, hebben op 3 december 2013 op de gebruikelijke wijze bij jullie, de NPO, een verzoek gedaan tot vervanging van de Kassa uitzending van 10 maart 2012 door een hergemonteerde versie.

Naar aanleiding van dat verzoek heeft de NPO ICT zoals te doen gebruikelijk de oorspronkelijke uitzending in haar systeem off line gehaald (revoke) en hebben jullie op 4 december 2013 de hergemonteerde versie geplaatst.

Klopt

2.

Jullie hebben die revoke uitgezet in/op al jullie systemen. Het proces verloopt vanaf dan volledig geautomatiseerd. De revoke heeft ertoe geleid dat de oorspronkelijke uitzending op al jullie servers en in alle players permanent onbeschikbaar c.q. ontoegankelijk werd gemaakt. Ook in het systeem ODI, één van jullie oude systemen, waar de site kassa.vara.nl gebruik van maakt werd de revoke uitgezet. Vervolgens is er een hermontage beschikbaar gekomen en is

de uitzending (de nieuwe uitzending) weer vrijgegeven. Door een technische fout ergens in jullie systeem is daarbij op het ODI-platform de originele uitzending weer beschikbaar gemaakt aan kassa.vara.nl

Omdat dit een geautomatiseerd proces is en jullie geen foutmelding hebben ontvangen, is deze fout niet opgemerkt.

Klopt, maar wel een kleine nuance alleen in de Silverlight player is de oude versie weer beschikbaar gekomen, de Flash en NPO player speelden wel de hermontage af.

3.

Ik heb begrepen dat dit nooit eerder is voorgekomen en dat jullie er niet op bedacht waren dat een dergelijke fout in het systeem zat of kon zitten.

Jullie zijn enorm geschrokken en zijn nu aan het onderzoeken of het ook bij andere hermontage aanvragen of revokes is misgegaan.

Klopt (...) inmiddels hebben we een nieuwe versie van de leverancier waarmee dit is opgelost. (...)”

(xvii) Vara heeft als productie 16 een overzicht in het geding gebracht van de ip-adressen die de uitzending hebben bekeken in de periode van 5 december 2013 tot en met 2 januari 2014. Daaruit blijkt de uitzending in totaal 314 keer is bekeken vanaf 31 ip-adressen, te weten 152 keer door het kantoor van de advocaten van Pretium, 12 keer door het kantoor van de advocaten van Vara en 13 keer door NPO. Verder blijkt uit het overzicht dat een zestal niet-geïdentificeerde ip-adressen de uitzending 7 keer of meer (tot 44 keer) heeft bekeken. De uitzending is vanaf 16 niet-geïdentificeerde ip-adressen 1, 2 of 3 keer bekeken.

(xviii) Bij appeldagvaarding van 14 januari 2014 is Vara in hoger beroep gekomen van het vonnis.

3.2. Vara heeft in eerste aanleg gevorderd, kort gezegd, *primair* Pretium te veroordelen tot het staken en gestaakt houden van de executie van het bodemvonnis ter incasso van dwangsommen, op straffe van verbeurte van een dwangsom, *subsidiar* de dwangsommen te matigen tot nihil, *meer subsidiar* de dwangsommen te matigen tot één overtreding van het bodemvonnis, *nog meer subsidiar* de dwangsommen te matigen tot een door de voorzieningenrechter in goede justitie te bepalen bedrag, en, voorts, Pretium te veroordelen tot betaling van de kosten van het geding. Zij heeft daartoe gesteld, kort gezegd, dat Vara geen dwangsommen heeft verbeurd omdat zij er alles aan heeft gedaan om het bodemvonnis na te leven, dat het feit dat de uitzending na 5 december 2013 nog te zien is geweest, het gevolg was van een technische fout waarvan Vara geen verwijt kan worden gemaakt, dat, voorts, de gevolgen van de overtreding van het bodemvonnis beperkt zijn gebleven, dat zij bovendien hoger beroep tegen het bodemvonnis heeft ingesteld en dat, als het bodemvonnis in appel geheel of gedeeltelijk wordt vernietigd, dit met zich kan brengen dat Vara reeds op die grond geheel geen dwangsommen, dan wel een lager bedrag aan dwangsommen, verbeurt. Zij stelt een spoedeisend belang bij haar vordering te hebben. Pretium heeft hiertegen verweer gevoerd en van haar kant gevorderd, kort gezegd, Vara te gebieden de aangepaste versie van de uitzending, althans de *still* van Nyks en de ondertitel ‘Nog

steeds veel klachten over Pretium', te verwijderen en verwijderd te houden op straffe van verbeurte van een dwangsom, voorts Vara te gebieden de exploitanten van websites, die de onrechtmatige onderdelen van de aangepaste versie van de uitzending hebben overgenomen, te verzoeken om die uitzending te verwijderen en verwijderd te houden, op straffe van verbeurte van een dwangsom, althans een zodanig maatregel te nemen als de voorzieningenrechter passend acht, en, ten slotte, Vara te veroordelen in de proceskosten. Zij heeft daartoe gesteld, kort gezegd, dat Vara de periode van twee weken die haar vergund was om de uitzending van verschillende websites te verwijderen, niet heeft gebruikt om te goeder trouw de veroordeling na te komen, maar om binnen de grenzen van de aan haar opgelegde geboden zoveel mogelijk afbreuk te doen aan die geboden en Pretium en haar directeur, Nyks, opnieuw schade toe te brengen. Zo begint de her-montage met een *still* van Nyks. Bovendien heeft Vara aan de her-gemonteerde versie op haar eigen Kassa-website de ondertitel 'Nog steeds veel klachten over Pretium' meegegeven. Die ondertitel is niet alleen geplaatst onder de *still* van Nyks, maar blijft volgens Pretium gedurende de gehele uitzending van het fragment op de Kassa-website in beeld. Daarmee maakt Vara aan haar vaste Kassa-kijkers duidelijk dat 'de vele klachten over Pretium' aan Nyks persoonlijk te wijten zijn. Bovendien kan er door de ondertitel geen twijfel over bestaan wat de inzet en strekking van de uitzending is, aldus (nog steeds) Pretium. Door Pretium, en in het bijzonder haar directeur Nyks, op deze wijze opnieuw in een kwaad daglicht te stellen, handelt Vara volgens Pretium onrechtmatig. Zij stelt er een spoedeisend belang bij te hebben dat deze onrechtmatige toevoegingen worden verwijderd.

3.3. De voorzieningenrechter heeft in het vonnis waarvan beroep, kort samengevat, in conventie overwogen dat het doel van het bodemvonnis was te bewerkstelligen dat het publiek niet langer kennis kan nemen van de onrechtmatige reportage over Glas, teneinde verdere reputatieschade van Pretium te voorkomen, dat Vara onvoldoende inspanning en zorgvuldigheid heeft betracht om het bodemvonnis na te komen en daarom dan ook een dwangsom heeft verbeurd, dat vaststaat dat Pretium voor het eerst op 6 december 2013 – één dag na het verstrijken van de aan Vara gegunde termijn – heeft geconstateerd dat de oorspronkelijke uitzending nog te zien was op de Kassa-website, dat voor die ene dag in elk geval niet kan worden gezegd dat Vara geen dwangsommen heeft verbeurd, dat voor Pretium op 6 december 2013 duidelijk moet zijn geweest dat Vara inspanningen had verricht om aan het bodemvonnis te voldoen, dat Pretium echter niet op die datum bij Vara heeft aangeklopt maar daarmee 27 dagen heeft gewacht, zodat zij niet overeenkomstig de strekking van het bodemvonnis heeft gehandeld en misbruik van haar bevoegdheid tot executie maakt door aanspraak te maken op betaling van dwangsommen die na 6 december 2013 zijn verbeurd. In reconventie heeft de voorzieningenrechter, kort samengevat, overwogen dat het feit dat, al met al, het gebruik van het portret van Nyks en het in beeld brengen van de titel van het fragment niet onrechtmatig jegens Pretium zijn, zodat geen grond bestaat voor de gevorderde inperking van de vrijheid van meningsuiting van Vara, en dat overigens ter zitting is gebleken dat Vara de *still* van Nyks al heeft verwijderd en alleen nog is te zien in de vorm van een klein icoontje naast de titel van het fragment en Vara heeft verklaard ook nog dit icoontje te zullen aanpassen in die zin dat het portret van Nyks daarvoor niet zal worden gebruikt, zodat Pretium dan ook geen

belang meer heeft bij toewijzing van haar vordering op dit punt. Op grond van een en ander heeft de voorzieningenrechter in conventie de executie op grond van het bodemvonnis geschorst voor zover deze het bedrag van € 20.000,= aan verbeurde dwangsommen overtreft totdat in het door Vara aanhangig gemaakte hoger beroep is beslist alsmede Pretium veroordeeld in de proceskosten, en in reconventie de gevraagde voorzieningen geweigerd en Pretium veroordeeld in de proceskosten.

3.4. De grieven in het principale appel strekken ertoe de beslissingen van de voorzieningenrechter en de gronden die daartoe zijn gebezigd, grotendeels aan het oordeel van het hof te onderwerpen en zullen, gelet op hun onderlinge verwevenheid, zoveel mogelijk gezamenlijk worden behandeld. Bij de beoordeling ervan zal het hof, als in kort geding beslissende rechter, zich hebben te richten naar de waarschijnlijke uitkomst van de eventuele bodemprocedure in het onderhavige geschil.

3.5. Nu tegen de daarop betrekking hebbende overwegingen (5.5 en 5.7) uit het vonnis waarvan beroep geen grieven zijn gericht, dient in het onderhavige geding onder meer ervan te worden uitgegaan

- dat aannemelijk is dat Vara de intentie had om de veroordeling na te komen,
- dat de her-montage door een technische fout in de systemen van NPO ICT wel is geplaatst op de website van Uitzending Gemist maar dat via de website van Kassa de oorspronkelijke uitzending zichtbaar bleef,
- dat dit niet wegneemt dat het op de weg van Vara had gelegen om, na de upload van de her-montage, op alle media die direct of indirect door haar worden beheerd, te controleren of het fragment over Glas ook daadwerkelijk was verwijderd,
- dat voor Vara een dergelijke controle ook heel gemakkelijk was uit te voeren en zij die controle ook gedeeltelijk (met betrekking tot de website Uitzending Gemist) heeft uitgevoerd,
- dat Vara, door controle van de Kassa-website na te laten en blind te vertrouwen op het computersysteem van de Internet Service Provider, bij de uitvoering van de veroordeling (het hof leest:) in zoverre niet de zorgvuldigheid heeft betracht die van haar mocht worden verwacht,
- dat Vara niet aan Pretium heeft gevraagd of de manier waarop zij aan de veroordeling had voldaan volgens Pretium juist was, en
- dat Pretium voor het eerst op 6 december 2013 – één dag na het verstrijken van de aan Vara gegunde termijn – heeft geconstateerd dat de oorspronkelijke uitzending nog te zien was op de Kassa-website, zodat Vara in elk geval voor deze ene dag een dwangsom heeft verbeurd.

Bovendien staat vast (zie hiervoor, 3.1 sub (xiii) en (iv)) dat Vara eerst op 2 januari 2014 maatregelen heeft genomen die ertoe hebben geleid dat het desbetreffende fragment niet meer kon worden bekeken vanaf de Kassa-website. Hieruit trekt het hof de conclusie dat dit fragment, gerekend vanaf 5 december 2013, al met al ten minste 25 dagen te zien is geweest op de Kassa-website en dat Vara derhalve het maximumbedrag aan dwangsommen (€ 500.000,=) heeft verbeurd. Dit betekent dat de vraag of en, zo ja, in hoeverre dwangsommen zijn verbeurd en hoe in dat kader het bodemvonnis moet worden uitgelegd, in het onderhavige geval niet meer aan de orde is.

3.6. Vara heeft onweersproken aangevoerd dat het in het bodemvonnis aan haar gegeven bevel erop neerkwam dat op drie plaatsen door haar moest worden gerectificeerd, te weten op de website van Uitzending Gemist, op de Kassa-website en bij You Tube, dat zij twee her-montages heeft moeten maken – te weten een van de gehele Kassa-uitzending (voor Uitzending Gemist en de Kassa-website) en een van het desbetreffende fragment (voor de Kassa-website en You Tube) –, dat met betrekking tot het fragment de her-montage goed is uitgevoerd en door Vara ook goed op de Kassa-website en You Tube is teruggedraaid, dat de her-montage van de gehele Kassa-uitzending ook goed is uitgevoerd door de redactie van Kassa, dat op de website van Uitzending Gemist slechts deze geher-monteerde versie van de gehele Kassa-uitzending was te zien en dat uitsluitend bij het overschrijven van de oorspronkelijke Kassa-uitzending door de geher-monteerde versie in het IT-systeem van NPO iets is misgegaan, waardoor de gehele oorspronkelijke Kassa-uitzending weer te zien was via enkel het archief van de Kassa-website. Vast staat bovendien dat Vara voor het plaatsen van gehele Kassa-uitzendingen op de website van Uitzending Gemist en de Kassa-website verplicht aangewezen was op een derde, te weten NPO ICT, en dat de technische handelingen die NPO ICT op verzoek van Vara heeft verricht met betrekking tot de geher-monteerde versie van de gehele Kassa-uitzending (de oorspronkelijke uitzending off line halen op alle systemen en de geher-gemonteerde versie plaatsen) in het verleden altijd tot gevolg hadden gehad dat uitsluitend de geher-monteerde versie beschikbaar kwam, maar nu voor het eerst de oorspronkelijke versie (in dit geval: van de gehele Kassa-uitzending uitsluitend in het afspeelsysteem de “Silverlight Player” – niet in de Flash en NPO player – waar de Kassa-website gebruik van maakt) zichtbaar is geworden. Vast staat, voorts, dat tijdens het door de handelingen van NPO ICT in gang gezette geautomatiseerde proces geen foutmelding is ontvangen en de fout ook anderszins niet is opgemerkt, zodat op grond van een en ander voorshands aannemelijk is dat sprake is geweest van een voor Vara niet voorzienbaar technisch probleem waarvan het ontstaan, anders dan Pretium stelt, niet had kunnen worden vermeden omdat Vara verplicht was van de service van NPO ICT gebruik te maken. Ten slotte staat niet alleen vast dat Pretium al op 6 december 2013 heeft geconstateerd dat de oorspronkelijke versie van de gehele Kassa-uitzending (enkel) nog te zien was (via de Silverlight Player) in het archief op de Kassa-website maar dat deze ook in de periode daarna vele malen per dag door (de advocaten van) Pretium is bekeken, wat, mede gelet op het voorgaande, voorshands aannemelijk maakt dat Pretium heeft geweten althans heeft moeten begrijpen dat Vara zich had ingespannen de in het bodemvonnis vervatte veroordeling na te komen maar dat bij de uitvoering daarvan kennelijk een (niet bedoelde) fout was opgetreden die ook Vara was en bleef ontgaan. Dat Vara aan de her-montage van het fragment de ondertitel ‘Nog steeds veel klachten over Pretium’ meegaf en een *still* van Nyks verbond, levert, anders dan Pretium betoogt, tegen de hiervoor geschetste achtergrond dan ook geen omstandigheid op die meebracht dat Pretium ervan mocht uitgaan dat Vara bewust ervoor had gezorgd dat de oorspronkelijke uitzending nog via het archief op de Kassa-website te zien was.

3.7. Aan al deze (onder 3.6 genoemde) omstandigheden, in onderling verband en samenhang beschouwd, verbindt het hof de conclusie dat in het onderhavige geval voor Pretium, gelet op de haar in die omstandigheden tegenover Vara betamende zorgvuldigheid, vanaf het moment dat zij op 6 december 2013 had geconstateerd dat de oorspronkelijke versie van de gehele Kassa-uitzending nog te zien was op de Kassa-website de verplichting is ontstaan Vara te waarschuwen dat dit het geval was. Daarbij betreft het hof dat, naar achteraf – te weten toen Vara op 2 januari 2014 wel wetenschap kreeg van het feit dat de oorspronkelijke versie van de gehele Kassa-uitzending nog te zien was op de Kassa-website – ook is gebleken, Vara in staat was op betrekkelijk eenvoudige en zeer snelle wijze te bewerkstelligen, en ook heeft bewerkstelligd, dat de oorspronkelijke versie van de gehele Kassa-uitzending op geen enkele manier meer was te zien op de Kassa-website.

3.8. Nu Pretium niet aan haar jegens Vara ontstane verplichting heeft voldaan om Vara te waarschuwen als hiervoor (onder 3.7) omschreven, maakt zij misbruik van haar bevoegdheid tot executie voor zover zij aanspraak maakt op betaling door Vara van de dwangsommen die deze met ingang van 7 december 2013 heeft verbeurd. Daarbij neemt het hof mede in aanmerking dat, naar vaststaat, enerzijds de onverkorte versie van de gehele Kassa-uitzending in de periode van 5 december 2013 tot en met 2 januari 2014 in totaal 314 maal is bekeken vanaf slechts 31 ip-adressen – waarvan bijna de helft (152 keer) door het kantoor van de advocaten van Pretium (en onder meer twaalf maal door het kantoor van de advocaten van Vara en dertien maal door NPO) – en dat anderzijds het maximumbedrag aan verbeurde dwangsommen over die periode liefst € 500.000,= bedraagt, welke omstandigheden verder bijdragen tot het oordeel dat Pretium geen in redelijkheid te respecteren belang heeft, en dus misbruik van bevoegdheid maakt, bij executie van de door Vara verbeurde dwangsommen. Daaraan voegt het hof volledigheidshalve toe dat uit het voorgaande volgt dat geen sprake is van misbruik van recht voor zover Pretium aanspraak heeft gemaakt op betaling van de eenmalig op 6 december 2013 door Vara verbeurde dwangsom, zoals ook de voorzieningenrechter reeds heeft overwogen, tegen welke beslissing evenmin is gegriefd.

3.9. Het voorgaande brengt mee dat grief III, grief IV en grief V in het principale appel falen en dat grief I en grief II in het principale appel buiten bespreking kunnen blijven.

3.10. Voor zover de grieven in principaal appel zijn gericht tegen de afwijzing door de voorzieningenrechter van de reconventionele vordering van Pretium overweegt het hof als volgt. Ter zitting in eerste aanleg is gebleken (zie rechtsoverweging 6.5 van het vonnis waarvan beroep) dat Vara de zogenoemde *still* van Nyks al had verwijderd, dat deze alleen nog te zien was in de vorm van een klein icoontje naast de titel van het bedoelde fragment en dat Vara verklaarde het icoontje ook nog te zullen aanpassen in die zin dat het portret van Nyks daarvoor niet zal worden gebruikt. Bij gelegenheid van de pleidooien voor dit hof hebben partijen desgevraagd verklaard dat ook hieraan inmiddels uitvoering is gegeven, heeft Vara verklaard dat een en ander verwijderd zal blijven en zijn geen aanwijzingen naar voren gekomen – Pretium heeft dat evenmin

(gemotiveerd) gesteld – dat dit niet zal gebeuren. In zoverre heeft Pretium geen belang meer bij toewijzing van haar reconventionele vordering en kan de afweging die de voorzieningenrechter heeft gemaakt in het kader van artikel 10 lid 2 EVRM – die het hof overigens onderschrijft – buiten bespreking blijven. Voor zover haar reconventionele vordering betrekking had op de ondertitel ‘Nog steeds veel klachten over Pretium’, lijken de grieven van Pretium, gelet op de toelichting daarvan, hieraan voorbij te gaan. Voor zover Pretium niettemin heeft bedoeld deze ondertitel wel in het hoger beroep te betrekken, overweegt het hof dat ook haar hierop betrekking hebbende vordering in reconventie niet kan slagen, reeds omdat in (rechtsoverweging 4.7 van) het bodemvonnis onder meer uitdrukkelijk is overwogen dat ten aanzien van de overige in de uitzending behandelde klachten – dat wil zeggen alle klachten die niet op Glas betrekking hebben – niet kan worden gezegd dat Vara door de desbetreffende klachten in de uitzending aan de orde te stellen, jegens Pretium onrechtmatig heeft gehandeld. Een en ander leidt ertoe dat ook grief VI en grief VII in het principale appel falen.

3.11. Het incidentele appel is gericht tegen de conclusie die de voorzieningenrechter heeft getrokken uit de overwegingen in conventie, te weten (rechtsoverweging 5.10 van het bestreden vonnis) dat Pretium misbruik van bevoegdheid maakt

“voor zover zij in afwachting van de uitslag van het door Vara tegen het Vonnis ingestelde hoger beroep meer dan € 20.000,00 aan dwangsommen executeert”,

zodat de executie van de dwangsommen zal worden geschorst tot de uitkomst van het hoger beroep voor zover meer dan € 20.000,= wordt geëxecuteerd. Volgens Vara leidt (bekrachtiging van) een dergelijk dictum tot onnodige executiegeschillen omdat (zo begrijpt het hof), als de uitgesproken *schorsing* geldt *totdat in de bodemprocedure is beslist* en het bodemvonnis wordt bekrachtigd, opnieuw de vraag aan de orde komt of Pretium ook het bodemvonnis mag executeren voor zover het om de verbeurte van dwangsommen boven een bedrag van € 20.000,= gaat. Het hof overweegt hieromtrent dat het in het voorgaande heeft geoordeeld dat Pretium, kort gezegd, misbruik van bevoegdheid maakt voor zover zij de dwangsommen die zijn verbeurd met ingang van 7 december 2013 executeert, en niet heeft geoordeeld dat daarvan sprake is voor zover Pretium dit doet in afwachting van de uitkomst van het door Vara tegen het bodemvonnis ingestelde hoger beroep. In het oordeel van het hof ligt besloten dat ook als het bodemvonnis wordt bekrachtigd, Pretium misbruik van bevoegdheid maakt voor zover zij de dwangsommen die zijn verbeurd met ingang van 7 december 2013 executeert. Dit betekent dat aangewezen is een veroordeling uit te spreken tot (enkel) staking en gestaakt houden van de executie voor zover het gaat om de verbeurte van dwangsommen boven een bedrag van € 20.000,=. De conclusie is dat de grief in het incidentele appel slaagt.

3.12. De slotsom luidt als volgt. Het principale appel faalt, terwijl het incidentele appel slaagt en het vonnis waarvan beroep in zoverre zal worden vernietigd. Pretium zal als de in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de proceskosten van het principale en het incidentele appel.

4. De beslissing

Het hof:

vernietigt het vonnis waarvan beroep voor zover (in het dictum onder 7.1 daarvan) de executie van het bodemvonnis is geschorst voor zover het om de verbeurte van dwangsommen gaat boven een bedrag van € 20.000,= totdat in het door Vara aanhangig gemaakte hoger beroep is beslist, en, in zoverre opnieuw recht doende:

beveelt Pretium de tenuitvoerlegging van het tussen partijen gewezen vonnis van de rechtbank Amsterdam van 20 november 2013 (zaaknummer C/13/538301 / HA ZA 13-316) te staken en gestaakt te houden voor zover het om de verbeurte van dwangsommen gaat boven een bedrag van € 20.000,=;

bekrachtigt dit vonnis voor het overige;

verwijst Pretium in de proceskosten van het geding in het principale appel en begroot die kosten, voor zover tot heden aan de kant van Vara gevallen, op € 704,= aan verschotten, op € 2.682,= aan salaris advocaat en op € 131,= voor nasalaris van de advocaat, te vermeerderen met € 68,= voor nasalaris van de advocaat, met de kosten van het betekeningsexploit en met de wettelijke rente ingeval niet binnen veertien dagen is voldaan aan deze veroordeling en betekening van dit arrest heeft plaatsgevonden;

verwijst Pretium in de proceskosten van het geding in het incidentele appel en begroot die kosten, voor zover tot heden aan de kant van Vara gevallen, op nihil aan verschotten, op € 1.341,= aan salaris advocaat en op € 131,= voor nasalaris van de advocaat, te vermeerderen met € 68,= voor nasalaris van de advocaat, met de kosten van het betekeningsexploit en met de wettelijke rente ingeval niet binnen veertien dagen is voldaan aan deze veroordeling en betekening van dit arrest heeft plaatsgevonden;

verklaart deze proceskostenveroordelingen uitvoerbaar bij voorraad;

wijst het meer of anders gevorderde af.

Dit arrest is gewezen door mrs. D.J. van der Kwaak, W.H.F.M. Cortenraad en C.C. Meijer, en is in het openbaar uitgesproken op 9 december 2014 door de rolraadsheer.

mr. J.C. Toorman

AFGEGEVEN VOOR GROSSE
AAN: mr. R.S. Lepoole
DE GRIFFIER