

ECLI:NL:GHARL:2013:5404

Instantie	Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden
Datum uitspraak	23-07-2013
Datum publicatie	09-09-2013
Zaaknummer	200.115.916
Formele relaties	Eerste aanleg: ECLI:NL:RBALM:2012:BX8407 , Meerdere afhandelingswijzen
Rechtsgebieden	Civiel recht
Bijzondere kenmerken	Hoger beroep kort geding
Inhoudsindicatie	Auteursrecht. In opdracht vervaardigde werken. Opdrachtgever/rechtspersoon geen maker krachtens artikel 8 Aw.
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl

Uitspraak

GERECHTSHOF ARNHEM-LEEWARDEN

locatie Arnhem

afdeling civiel recht

zaaknummer gerechtshof 200.115.916
(zaaknummer rechtbank Almelo 130807)

arrest in kort geding van de zesde kamer van 23 juli 2013

in de zaak van

1 [appellant sub 1],

hierna: [appellant sub 1],

2. [appellant sub 2],

hierna: [appellant sub 2],

beiden wonende te [woonplaats],

appellanten,

hierna tezamen ook:[appellant sub 1],

advocaat: mr. P. Hulsegge,

tegen:

1. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

[geïntimeerde sub 1],

gevestigd te [woonplaats],

hierna: [geïntimeerde sub 1],

2.[geïntimeerde sub 2][geïntimeerde sub 2],

hierna: [geïntimeerde sub 2],

wonende te [woonplaats],

3. [geïntimeerde sub 3],

hierna: [geïntimeerde sub 3],

wonende te [woonplaats],

hierna tezamen ook: [geïntimeerde sub 1],

geïntimeerden,

advocaat: mr. W.A.J. Hagen.

1 Het geding in eerste aanleg

Voor het geding in eerste aanleg verwijst het hof naar de inhoud van het vonnis van 25 september 2012 dat de voorzieningenrechter in de rechtbank Almelo tussen [appellant sub 1] als eiseressen en [geïntimeerde sub 1] als gedaagden heeft gewezen. Het vonnis van de voorzieningenrechter is gepubliceerd onder LJN BX8407.

2 Het geding in hoger beroep

2.1 Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding in hoger beroep d.d. 22 oktober 2012, inhoudende de grieven,
- de memorie van eis, met producties,
- de memorie van antwoord, met producties,
- de op 4 juni 2013 gehouden pleidooien overeenkomstig de door mrs. P. Hulsegge en A.B. Sixma overgelegde pleitnotities, evenals de daarvoor – tijdig – zijdens [appellant sub 1] ingezonden producties 28 tot en met 37 en de over en weer voor de zitting overgelegde proceskostenoverzichten.

2.2 Vervolgens zijn de stukken voor het wijzen van arrest aan het hof overgelegd en heeft het hof arrest bepaald.

3 De vaststaande feiten

3.1 Met **grief I** komt [appellant sub 1] op tegen de feitenvaststelling in het bestreden vonnis onder 2.4. Gelet op deze grief en de voor het overige niet bestreden feiten zoals beschreven in de rechtsoverwegingen 2.1 tot en met 2.3 en 2.5 tot en met 2.7 van het vonnis van 25 september 2012, kan in hoger beroep van de volgende feiten worden uitgegaan.

3.2 [appellant sub 1] is kunstenaar en voert sinds januari 2007 een eenmanszaak onder de naam '[L]'. Ook [appellant sub 2] is kunstenaar; zij voert sinds maart 2007 een eenmanszaak onder de naam '[D]'. Beiden ontwerpen en maken vrolijke en kleurrijke schilderijen die zij verkopen aan bedrijven, particulieren en kunsthandelaren.

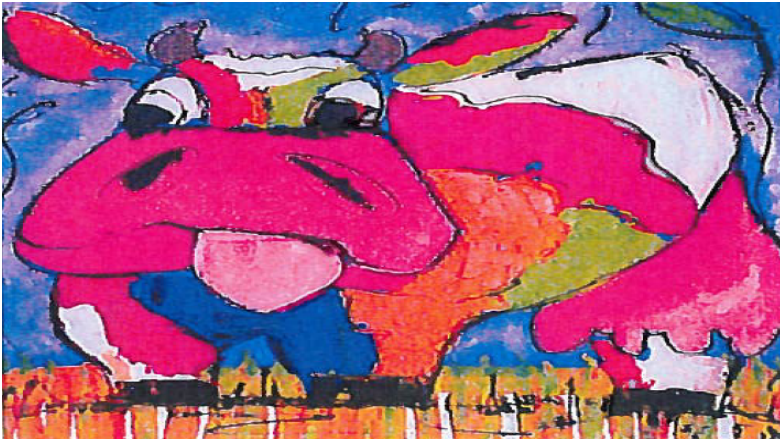
3.3 [appellant sub 1] en [appellant sub 2] exploiteren gezamenlijk onder de naam '[V]' sinds mei 2011 een online winkel en sinds januari 2007 een winkel in het centrum van [woonplaats].

3.4 [appellant sub 1] heeft daarbij de zogenoemde 'koeien- en kippenschilderijen' geschilderd, [appellant sub 2] schilderijen van kikkers en samen hebben zij de papegaaienschilderijen vervaardigd.

Voorbeelden van de vier categorieën schilderijen zijn hieronder opgenomen.



3.5 [geïntimeerde sub 1] ontwikkelt, produceert en levert sinds 2002 schilderijen aan onder andere detailhandelaren en projectinrichters. De schilderijen neemt zij af van kunstenaars die deze schilderijen maken in opdracht van [geïntimeerde sub 1]. De in opdracht van [geïntimeerde sub 1] gemaakte schilderijen worden onder de naam [geïntimeerde sub 1],



maar meestal ook met de naam '[F]' gesigneerd. Afbeeldingen van de schilderijen worden opgenomen op de website van [geïntimeerde sub 1] en in een catalogus.

3.6 [appellant sub 1] en [appellant sub 2] hebben gedurende enige periode voor november 2011 in opdracht van [geïntimeerde sub 1] schilderijen vervaardigd, waaronder schilderijen van koeien, kippen, kikkers en papegaaien.

3.7 [geïntimeerde sub 2] en [geïntimeerde sub 3] maken beiden schilderijen in opdracht van [geïntimeerde sub 1].

3.8 [appellant sub 1] hebben in november 2011de samenwerking met [geintimeerde sub 1] beëindigd. Zij hebben [geintimeerde sub 1] begin 2012 medegedeeld dat [geintimeerde sub 1] kopieën van hun schilderijen vervaardigt en verhandelt en hebben [geintimeerde sub 1] gesommeerd te stoppen met deze (gestelde) auteursrechtinbreuken.

4 De motivering van de beslissing in hoger beroep

4.1 Tegen de achtergrond van de hiervoor vermelde feiten hebben[appellant sub 1]dit kort geding aanhangig gemaakt. Zij hebben daarin, samengevat, een verbod voor [geintimeerde sub 1] gevorderd om de door [appellant sub 1] vervaardigde schilderijen van koeien, kippen, kikkers en papegaaien openbaar te maken en/of te (laten) verveelvoudigen, met nevenvorderingen (inleidende dagvaarding, petitum sub I tot en met X).

4.2 [geintimeerde sub 1] hebben gemotiveerd verweer gevoerd. Daarbij hebben zij zich onder meer erop beroepen dat [geintimeerde sub 1] als opdrachtgever krachtens artikel 8 Auteurswet (Aw) en/of artikel 4 Aw als (initieel) auteursrechthebbende op de onderhavige schilderijen moet worden aangemerkt. Voorts hebben zij betwist dat [geintimeerde sub 2] en [geintimeerde sub 3] verveelvoudigingen hebben gemaakt, terwijl dezen volgens [geintimeerde sub 1] bovendien geen zelfstandige positie innemen ten aanzien van de gestelde inbreuken, aldus[geintimeerde sub 1]

4.3 De voorzieningenrechter heeft, bij vonnis van 25 september 2012, de vorderingen van [appellant sub 1] afgewezen en hen op de voet van art. 1019h Rv in de proceskosten van [geintimeerde sub 1] veroordeeld. Hiertoe heeft de voorzieningenrechter, samengevat, als volgt overwogen. Vaststaat dat de koe- en kipschilderijen tijdens de samenwerking tussen partijen openbaar zijn gemaakt onder de naam '[F]', niet zijnde de naam van een natuurlijk persoon (rov. 4.8). Niet aannemelijk is dat deze schilderijen als eerste onder de naam van [appellant sub 1] openbaar zijn gemaakt of dat de openbaarmaking door [geintimeerde sub 1] onrechtmatig was. Het moet ervoor worden gehouden dat [geintimeerde sub 1] krachtens artikel 8 Aw gerechtigd is de werken openbaar te maken en te verveelvoudigen (rov. 4.9 en 4.10). De kikker- en papegaaischilderijen zijn nagenoeg identiek aan bestaand werk en zijn bij gebrek aan oorspronkelijkheid geen auteursrechtelijke werken (rov. 4.11). Tegen deze achtergrond kan de positie van [geintimeerde sub 2] en [geintimeerde sub 3] in het midden blijven (rov. 4.13).

4.4 Tegen dit vonnis zijn [appellant sub 1] in hoger beroep gekomen, onder aanvoering van zeven grieven. Daarbij hebben zij hun eis aldus gewijzigd dat zij thans de in het appelexploot, p. 26 onder I tot en met III geformuleerde verboden vorderen, onder handhaving van de overige onder IV tot en met VIII in eerste aanleg geformuleerde vorderingen, een en ander op straffe van een dwangsom van € 10.000,- per overtreding en met veroordeling van [geintimeerde sub 1] in de volledige en evenredige proceskosten (petitum sub IX en X). Ter gelegenheid van het pleidooi in hoger beroep hebben [appellant sub 1] nog nader toegeelicht dat een drietal schilderijen dat wel in productie 37 maar niet in productie 8 staat afgebeeld, niet aan hun vorderingen ten grondslag zijn gelegd en geen vermeerdering van eis inhouden.

De koeien- en kippenschilderijen

4.5 Het hof zal eerst de vorderingen ten aanzien van de koeien- en kippenschilderijen bespreken. Voor deze schilderijen stelt [appellant sub 1] – als maker – auteursrechthebbende te zijn. Volgens [geintimeerde sub 1] is [geintimeerde sub 1] rechthebbende krachtens artikel 8 Aw, omdat zij de onderhavige werken als eerste heeft openbaargemaakt onder de naam '[F]'. De voorzieningenrechter heeft dit betoog gehonoreerd, welk oordeel door de grieven II tot en met V wordt bestreden.

Artikel 8 Aw

4.6 Het hof stelt het volgende voorop. Ingevolge artikel 8 Aw wordt in een geval een rechtspersoon een werk als van haar afkomstig openbaar maakt, zonder daarbij een natuurlijk persoon als maker ervan te vermelden, de rechtspersoon als maker van dat werk aangemerkt, tenzij de openbaarmaking onder de bedoelde omstandigheden onrechtmatig was.

4.7 Onder **grief II** (memorie van grieven, onder 38 – 40) voeren [appellant sub 1] (onder meer) aan dat de openbaarmaking van de schilderijen onder de naam van en/of gesignd met "[F]" niet kwalificeert als een openbaarmaking van het desbetreffende werk "als van de rechtspersoon afkomstig" als bedoeld in artikel 8 Aw.

4.8 Dit betoog slaagt. [geintimeerde sub 1] hebben hun – door [appellant sub 1] gemotiveerd betwiste – stelling dat "[F]" een handelsnaam van [geintimeerde sub 1] is, onvoldoende onderbouwd. Blijkens hetgeen partijen hierover hebben gesteld en ter zitting nog nader is toegelicht, verwijst de aanduiding "[F]" uitsluitend naar de (groep van) free-lance kunstenaars die onder diezelfde signatuur in opdracht van [geintimeerde sub 1] schilderijen vervaardigen. Desgevraagd heeft [R], eigenaar van [geintimeerde sub 1], ter zitting in hoger beroep ook verklaard dat [F] als zoekterm op internet vermoedelijk niet naar [geintimeerde sub 1] leidt. Verder wijst het hof in dit verband op productie 11 bij memorie van grieven, volgens welke webuitdraai [F] een kunstenaarscollectief is. Ter zitting is gebleken dat het daarbij om een website van een wederverkoper gaat waarbij [geintimeerde sub 1] niet is

betrokken. Ook uit deze website blijkt niet van een (voor het publiek duidelijk) relatie tussen de aanduiding '[F]' en de rechtspersoon [geïntimeerde sub 1]. Dat op de eigen website van [geïntimeerde sub 1] voor het publiek duidelijk zou zijn dat met '[F]' gesigioneerde schilderijen exclusief voor [geïntimeerde sub 1] zijn vervaardigd, is niet in voldoende mate aannemelijk geworden. Bovendien is het hof voorshands van oordeel dat de vermelding bij de openbaarmaking van de naam van een collectie onvoldoende is om te bewerkstelligen dat deze is openbaargemaakt 'als van de rechtspersoon afkomstig' in de zin van artikel 8 Aw. Tegen een ruimere uitleg van het vereiste dat het werk als afkomstig van de rechtspersoon is openbaar gemaakt, spreekt naar het voorlopig oordeel van het hof voorts dat artikel 8 Aw een uitzondering vormt op de hoofdregel dat de (feitelijke) maker auteursrechthebbende is. Het hof wijst in dit verband nog op recente jurisprudentie van het Europese Hof (HvJEU 9 februari 2012, C-277/10, Luksan/Van der Let), in welk licht een ruime uitleg van artikel 8 Aw ten nadele van de feitelijke maker en ten gunste van de rechtspersoon te minder voor de hand ligt.

4.9 Voor zover [geïntimeerde sub 1] eerst bij pleidooi in hoger beroep nog hebben gesteld dat de openbaarmaking van de schilderijen op de website van [geïntimeerde sub 1] – los van de aanduiding '[F]' – volstaat als openbaarmaking 'als van de rechtspersoon afkomstig', hebben zij die stelling in strijd met de twee-conclusie-regel te laat aangevoerd, terwijl ook overigens ter zitting is betwist dat [F] op de website is vermeld en/of uit de presentatie op de website van [geïntimeerde sub 1] voldoende zou blijken dat de als '[F]' gesigioneerde werken 'van de rechtspersoon afkomstig' zijn, zodat daarvan in dit kort geding niet kan worden uitgegaan.

4.10 De **grievens II en III**, voor zover daarin is betoogd dat het beroep van [geïntimeerde sub 1] op art. 8 Aw moet falen, omdat de schilderijen niet als van haar afkomstig zijn openbaargemaakt, zijn dan ook gegrond en behoeven voor het overige geen bespreking meer. Dat laatste geldt ook voor de **grievens I en IV**, waarmee door [appellant sub 1] wordt bestreden dat [geïntimeerde sub 1] de onderhavige schilderijen als eerste openbaar heeft gemaakt. **Grief V**, voor zover gericht tegen het oordeel van de voorzieningenrechter dat [geïntimeerde sub 1] krachtens art. 8 Aw auteursrechthebbende is op de koeien- en kippenschilderijen, slaagt eveneens.

4.11 Gelet op de stukken en de ter zitting door mr. Sixma nader gegeven toelichting moet het (als niet, dan wel onvoldoende betwist) ervoor worden gehouden dat [appellant sub 1] de specifieke (in productie 8 in eerste aanleg afgebeelde) koeien- en kippenschilderijen, waarop zij haar vorderingen baseert, als eerste (feitelijk) heeft vervaardigd. Voor zover [geïntimeerde sub 1] nog hebben gesteld dat uit productie 16 – volgens hen een eerder bestaand, niet door [appellant sub 1] geschilderd kippenontwerp – zou volgen dat [appellant sub 1] niet als maker van de onderhavige schilderijen kan worden aangemerkt, gaat het hof daaraan in dit kort geding voorbij, evenwel met in achtneming van het hetgeen hierna onder 4.12 wordt overwogen omtrent de omvang van de aan de werken van [appellant sub 1] toekomende auteursrechtelijke bescherming.

4.12 Met de diverse verwante koeien- en kippenschilderijen (zoals door [geïntimeerde sub 1] met productie 17 is onderbouwd) heeft [geïntimeerde sub 1] voldoende aannemelijk gemaakt dat sprake is en was van een 'umfeld' van min of meer vergelijkbare koeien- en kippenschilderijen. Dit brengt naar het voorlopig oordeel van het hof voor de schilderijen van [appellant sub 1] mee dat de auteursrechtelijk beschermde trekken van de in productie 8 afgebeelde koeien- en kippenschilderijen beperkt zijn tot de (exacte) wijze waarop de koeien en kippen verbeeld zijn, waardoor de omvang van de auteursrechtelijke bescherming hiertoe beperkt blijft. Voorshands is het hof dan ook van oordeel dat alleen (vrijwel) exacte kopieën van de schilderijen van [appellant sub 1] als auteursrechtelijk relevante vervaardigingen kunnen worden aangemerkt. Voor zover [appellant sub 1] een verdergaande (stijl)bescherming pretenderen, bestaat daarvoor naar het voorlopig oordeel van het hof rechtens geen grondslag.

4.13 Naar het hof begrijpt, hebben [appellant sub 1] alleen voor het geval het op artikel 8 Aw gebaseerde verweer van [geïntimeerde sub 1] zou slagen een beroep gedaan op artikel 25 Aw.

Nu dat verweer van [geïntimeerde sub 1] is verworpen, behoeft deze grondslag dan ook geen verdere bespreking. Overigens hebben [appellant sub 1] het verband van deze grondslag met de in hoger beroep geformuleerde verbodsvorderingen ook onvoldoende toegelicht.

4.14 Nu in dit kort geding het ervoor moet worden gehouden dat [appellant sub 1] feitelijk de onderhavige koeien- en kippenschilderijen (als eerste) heeft vervaardigd, moet het (subsidiare) beroep van [geïntimeerde sub 1] op artikel 4 Aw reeds worden verworpen, nog daargelaten dat ook in dat verband naar het voorlopig oordeel van het hof onvoldoende is gesteld en aannemelijk gemaakt dat (de rechtspersoon) [geïntimeerde sub 1] op de werken als zodanig is aangeduid of als maker daarvan is bekend gemaakt in de zin van deze bepaling.

(Impliciet) gebruiksrecht [geïntimeerde sub 1]

4.15 Omdat het beroep van [geïntimeerde sub 1] op artikel 8 en 4 Aw faalt, dient het (subsidiar) door hen gedane beroep op een door [appellant sub 1] aan [geïntimeerde sub 1] (impliciet) verleend gebruiksrecht te worden beoordeeld. Het hof overweegt hierover als volgt.

- 4.16 Vast staat dat tussen [appellant sub 1] en [geïntimeerde sub 1] geen schriftelijke overeenkomst is gesloten over de exploitatie van de in opdracht te schilderen werken. Naar het oordeel van het hof is evenwel voldoende aannemelijk dat de onder de signatuur van [F] werkende kunstenaars waaronder [appellant sub 1] ervan op de hoogte waren dat de samenwerking met [geïntimeerde sub 1] erop was gericht dat de door hen geschilderde werken voor [geïntimeerde sub 1] werden vervaardigd en vervolgens desgevraagd in verschillende formaten al dan niet door derden werden verveelvoudigd ten behoeve van de verkoop aan eindafnemers van [geïntimeerde sub 1]. Dit blijkt genoegzaam uit de producties van een aantal andere freelance kunstenaars, in het bijzonder de verklaring van [Le] (productie 3 van [geïntimeerde sub 1]), maar ook uit de (aanvullende) verklaring van [Vr], volgens wie [geïntimeerde sub 1] haar werken mocht (laten) verveelvoudigen (productie 33 van [appellant sub 1]). Het hof wijst voorts op het voldoende aannemelijk gemaakte onderscheid in de facturen tussen nieuwe ontwerpen en gekopieerde schilderijen. Ook de olopende AWX-nummering, waarop vervolgens bij latere opdrachten in verschillende formaten kon worden teruggegrepen wijst in de richting van de door [geïntimeerde sub 1] gestelde wijze waarop de samenwerking met de kunstenaars was ingericht. Aldus acht het hof in dit kort geding voldoende aannemelijk geworden dat ([geïntimeerde sub 1] redelijkerwijs erop mocht vertrouwen dat) de kunstenaars toestemming gaven voor exploitatie van de desbetreffende werken voor het hiervoor omschreven doel: de verkoop van originelen en de (eventuele) verveelvoudiging daarvan door derden.
- 4.17 Dat die toestemming zich tevens uitstrekte tot verveelvoudiging van de desbetreffende werken na een (eventuele) beëindiging van de samenwerking, is evenwel niet voldoende gebleken. Voldoende concrete feiten en omstandigheden – betrokken op de relatie tussen [appellant sub 1] en [geïntimeerde sub 1] – waaruit een zodanige omvang van het gebruiksrecht kan worden afgeleid, zijn gesteld noch gebleken. Aan de door [geïntimeerde sub 1] overgelegde verklaringen van andere free-lancers (productie 3 in eerste aanleg) kunnen zulke (voldoende concrete) feiten en omstandigheden niet worden ontleend. Hetzelfde geldt voor de door [geïntimeerde sub 1] gestelde exclusiviteit van het gedurende de samenwerking verleende gebruiksrecht. Het hof wijst bij het voorgaande nog op artikel 2 lid 2 Aw, met welke bepaling een dergelijke extensieve interpretatie van een impliciet verleende licentie als de onderhavige, zonder dat daarvoor voldoende duidelijke aanwijzingen bestaan, niet verenigbaar is.
- 4.18 Aldus is het hof voorshands van oordeel dat [geïntimeerde sub 1] gedurende de samenwerking met [appellant sub 1] krachtens een impliciet verleende licentie bevoegd was de hier bedoelde in opdracht gegeven koeien- en kippenschilderijen al dan niet door derden te (laten) verveelvoudigen en de originelen, evenals verveelvoudigingen daarvan, aan derden te verkopen. Gelet op de voor [appellant sub 1] voldoende kenbare strekking van die samenwerking en handelwijze van [geïntimeerde sub 1], strekte dit gebruiksrecht zich gedurende die samenwerking tevens uit tot het tonen van die werken aan (potentiële) eindafnemers op de website van [geïntimeerde sub 1] en (zodanig) in haar winkel/galerie. Na de beëindiging van de opdrachtrelatie mocht [geïntimeerde sub 1] er redelijkerwijs niet op vertrouwen dat dit gebruiksrecht voortduurde en mocht [geïntimeerde sub 1] uitsluitend nog de zich in haar voorraad bevindende (resterende) exemplaren behouden en verkopen. Voor zover [geïntimeerde sub 1] nog met een beroep op de uitputtingsleer hebben betoogd dat zij tot verdergaande exploitatie gerechtigd blijven (memorie van antwoord, 68), zien zij eraan voorbij dat die leer uitsluitend ziet op de verdere verhandeling van (rechtmatig verkregen) werkexemplaren. Ten slotte hebben [geïntimeerde sub 1] – in het licht van het voorgaande – onvoldoende gesteld om het oordeel te dragen dat het beroep van [appellant sub 1] op hun onderhavige auteursrechten in hun verhouding tot [geïntimeerde sub 1] naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Ook dat verweer kan [geïntimeerde sub 1] derhalve niet baten.

De kikker- en papegaaischilderijen

- 4.19 **Grief VI** bestrijdt het oordeel van de voorzieningenrechter dat de kikker- en papegaaischilderijen niet als auteursrechtelijke werken kunnen worden aangemerkt.
- 4.20 Het hof stelt het volgende voorop. Om voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking te komen, is vereist dat het desbetreffende werk een eigen, oorspronkelijk karakter heeft en het persoonlijk stempel van de maker draagt (vgl. HR 30 mei 2008, LJN BC2153). Het HvJEU heeft de maatstaf aldus geformuleerd dat het moet gaan om "een eigen intellectuele schepping van de auteur van het werk" (HvJEU 16 juli 2009, nr. C-5/08, LJN BJ3749, NJ 2011/288 (Infopaq I)). Voor de beantwoording van de vraag of sprake is van inbreuk op een auteursrecht bij werken als de onderhavige is beslissend in welke mate de auteursrechtelijk beschermde trekken of elementen van het beweerdelijk bewerkte of nagebootste werk zijn overgenomen in het beweerdelijk inbreukmakende werk (HR 12 april 2013, LJN: BY1533).
- 4.21 Naar het voorlopig oordeel van het hof hebben [appellant sub 1] onvoldoende geconcretiseerd (per schilderwerk) dat de desbetreffende schilderijen gezien hun sterke gelijkenis met de door [geïntimeerde sub 1] in het geding gebrachte foto's (producties 18 en 19 van [geïntimeerde sub 1]) voldoen aan de hiervoor vermelde maatstaf voor auteursrechtelijke bescherming. Maar ook indien deze schilderijen van [appellant sub 1] voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking zouden komen, hebben [appellant sub 1] in dit kort geding onvoldoende toegelicht welke (concrete) auteursrechtelijk beschermde trekken van welke specifieke schilderijen zijn overgenomen in welke specifieke schilderijen van [geïntimeerde sub 1] en/of welke (combinatie van) oorspronkelijke elementen is overgenomen. Aldus is niet voldoende aannemelijk gemaakt dat ten aanzien van deze

groep schilderijen sprake is van auteursrechtinbreuk door [geïntimeerde sub 1].

(spoedeisend belang bij) de vorderingen van [appellant sub 1]

- 4.22 Gezien het voorgaande zijn de vorderingen van [appellant sub 2] niet toewijsbaar. In het navolgende gaat het dan ook alleen nog om de koeien- en kippenschilderijen, waarvan alleen [appellant sub 1] de maker is.
- 4.23 Nu [geïntimeerde sub 1] zich op het standpunt hebben gesteld tot exploitatie van de hier bedoelde koeien- en kippenschilderijen gerechtigd te zijn, terwijl zij niet (voldoende) hebben betwist dat de onderhavige schilderijen ook na beëindiging van de samenwerking met [appellant sub 1] nog in de catalogus zijn aangeboden en [geïntimeerde sub 1] deze nog heeft laten veeveelvoudigen en/of voornemens is deze te laten veeveelvoudigen, is voldoende aannemelijk dat sprake is van (dreigend) onrechtmatig handelen. Het spoedeisend belang bij de gevorderde verboden is daarmee gegeven.
- 4.24 Het in hoger beroep onder I gevorderde verbod is toewijsbaar ten aanzien van de in productie 8 vermelde koeien- en kippenschilderijen, met uitzondering van het leveren, verhandelen en op voorraad hebben van werkexemplaren daarvan die reeds in opdracht waren vervaardigd en aan [geïntimeerde sub 1] waren geleverd vóór de beëindiging van de relatie met [appellant sub 1] in november 2011.
- Het onder II gevorderde verbod is ten aanzien van de in productie 8 vermelde koeien- en kippenschilderijen geheel toewijsbaar. Onder verwijzing naar het onder 4.12 overwogene, is het hof voorshands van oordeel dat het auteursrecht van [appellant sub 1] haar in dit geval alleen beschermt tegen de (ongeoorloofde) exploitatie van (nagenoeg) identieke veeveelvoudingen. Reeds daarom is het onder III gevorderde verbod op slaafse nabootsing, voor zover dat een ruimere strekking heeft, in zoverre niet toewijsbaar. Ook voor het overige is het onder III gevorderde verbod niet toewijsbaar, nu [appellant sub 1] onvoldoende hebben gesteld over de voor een geslaagd beroep op slaafse nabootsing geldende eisen, terwijl voorts niet valt in te zien welk belang [appellant sub 1] bij een dergelijk zelfstandig verbod heeft naast het reeds toegewezen auteursrechtelijke verbod.
- Gezien enerzijds de – niet weersproken – stellingen van [geïntimeerde sub 1] (pleitnota eerste aanleg, onder 40) omtrent de termijn die zij nodig hebben om aan de gevorderde verboden te voldoen en anderzijds de beperkte omvang van de thans toewijsbaar geoordeelde bevelen, zullen de hiervoor vermelde bevelen en de daaraan te verbinden dwangsommen (petitum sub IX) worden gemaximeerd en gebonden aan een termijn van vier weken na de betekening van dit arrest.
- 4.25 Ten aanzien van de (neven)vorderingen sub IV tot en met VIII hebben [appellant sub 1] onvoldoende toegelicht waarin – met het oog op een na dit arrest in te stellen bodemprocedure – het spoedeisend belang bij de desbetreffende specifieke voorlopige voorzieningen is gegeven (vgl. HR 14 april 2000, LJN: AA5519). Dit klemt te meer voor de verstrekkende en onomkeerbare vorderingen tot vernietiging (petitum sub VI) en de in kort geding in beginsel niet toewijsbare vorderingen tot winstafdracht en/of schadevergoeding (petitum sub VIII). De sub IV tot en met VIII gevorderde voorzieningen zijn derhalve niet toewijsbaar.

Ten aanzien van [geïntimeerde sub 2] en [geïntimeerde sub 3]

- 4.26 [appellant sub 1] hebben in eerste aanleg gesteld dat [geïntimeerde sub 2] en [geïntimeerde sub 3] schilderijen voor [geïntimeerde sub 1] veeveelvoudigen, waaronder de onderhavige schilderijen. [geïntimeerde sub 1] hebben dat laatste toen betwist en voorts gesteld dat [geïntimeerde sub 2] en [geïntimeerde sub 3] ten opzichte van de inbreuken geen zelfstandige positie innemen (pleitnota mr. Willems, onder 4). In hoger beroep hebben [appellant sub 1] gesteld dat zij hebben geconstateerd dat [geïntimeerde sub 1] derden – in ieder geval [geïntimeerde sub 2] en [geïntimeerde sub 3] – inschakelde voor het maken van kopieën van de onderhavige werken, dat die kopieën waren te zien in het atelier van [geïntimeerde sub 2] en [geïntimeerde sub 3], dat zij dat ook nooit hebben ontkend en dat uit telefonische navraag is gebleken dat [geïntimeerde sub 2] door [geïntimeerde sub 1] is gevraagd de 'sfeer' van de schilderijen van [appellant sub 1] zoveel mogelijk te benaderen (memorie van grieven, onder 16 en 18). Deze (nadere) specifieke stellingen zijn vervolgens door [geïntimeerde sub 1] niet meer (voldoende gemotiveerd) betwist. Zij hebben in hoger beroep volstaan met een verwijzing naar (en herhaling van) hun desbetreffende stellingen in eerste aanleg. Het hof aan dit verweer dan ook voorbij.
- 4.27 Het verweer van [geïntimeerde sub 1] dat [geïntimeerde sub 2] en [geïntimeerde sub 3] ten aanzien van de inbreuken 'geen zelfstandige positie' innemen is onvoldoende toegelicht. Nu immers (voorshands) ervan moet worden uitgegaan dat [geïntimeerde sub 1] na beëindiging van de samenwerking in november 2011 niet langer gerechtigd waren de onderhavige schilderijen te (doen) veeveelvoudigen, kan evenmin staande worden gehouden dat free-lancers die zulke veeveelvoudingen in haar opdracht vervaardigen, daartoe wel gerechtigd zouden zijn.
- Voor de omvang van de verboden sub I tot en met III verwijst het hof naar het hiervoor onder 4.24 overwogene en voor de overige (neven)vorderingen naar 4.25. Het tegen [geïntimeerde sub 2] en [geïntimeerde sub 3] gevorderde is daarom toewijsbaar zoals hierna vermeld.
- 4.28 **Grief VII** is gericht tegen het vonnis voor zover daarin de vorderingen van [appellant sub 1] zijn afgewezen en zij daarin in de proceskosten zijn veroordeeld. Deze (verzamel)grief slaagt ten aanzien van de in 4.23 en 4.27 genoemde vorderingen en voor de

proceskostenveroordeling. Zij faalt voor het overige.

Proceskosten

- 4.29 Gelet op hetgeen hiervoor toewijsbaar is geoordeeld en mede gezien het feit dat het processuele debat in overwegende mate betrekking heeft gehad op het – door het hof verworpen – verweer van [geintimeerde sub 1] dat [geintimeerde sub 1] krachtens artikel 8 Aw rechthebbende is, moeten [geintimeerde sub 1] als de overwegend in het ongelijk gestelde partij worden aangemerkt. [geintimeerde sub 1] zullen dan ook in de kosten van beide instanties van [appellant sub 1] worden veroordeeld. In de zaak tussen [appellant sub 2] en [geintimeerde sub 1] is [appellant sub 2] de in het ongelijk gestelde partij. Het specifiek op de schilderijen van [appellant sub 2] betrokken deel van het partijdebat is evenwel van relatief ondergeschikt belang. Het hof zal de daarop betrokken kosten aan de zijde van [geintimeerde sub 1] dan ook begroten op nihil. Het hof neemt hierbij tevens in aanmerking dat geen van partijen de gevorderde (volledige) proceskosten heeft uitgesplitst naar beide zaken.
- 4.30 [appellant sub 1] heeft in dit verband vergoeding van de volledige proceskosten op de voet van artikel 1019h Rv. gevorderd, welke vordering gelet op de aard van de zaak toewijsbaar is als volgt.
- 4.31 Het hof zal de kosten voor de eerste aanleg begroten overeenkomstig de voor die instantie geldende indicatietarieven. Naar het oordeel van het hof is sprake van een kort geding van gemiddelde complexiteit/omvang, corresponderend met een (indicatie)tarief van € 10.000,-, te vermeerderen met het bij [appellant sub 1] geheven griffierecht.
- 4.32 Voor de kosten in hoger beroep hebben [appellant sub 1] kostenoverzichten voor de periode 1 oktober 2012 tot en met 4 juni 2013 overgelegd (producties 27, 34 en 38). [geintimeerde sub 1] hebben ter gelegenheid van het pleidooi in hoger beroep (pleitnota, onder 35) het bij die berekeningen gehanteerde uurtarief betwist, stellende dat uit het declaratievoorstel blijkt dat feitelijk aan een lager uurtarief, ten hoogste van € 177,-, aan [appellant sub 1] in rekening is (zal worden) gebracht. Dit laatste is vervolgens van de zijde van [appellant sub 1] niet meer weersproken, zodat het hof uit zal gaan van een uurtarief van € 177,-. Vermenigvuldigd met het uit productie 34 blijkende en als zodanig niet weersproken urenaantal van 66,5 en vermeerderd met de evenmin weersproken kantoorkosten ten bedrage van € 874,-, komen de – naar het oordeel van het hof in dit geval ook redelijke en evenredige – kosten van het hoger beroep, inclusief btw, aan de zijde van [appellant sub 1] uit op een bedrag van € 15.299,86. Als niet weersproken is eveneens toewijsbaar de wettelijke rente over de proceskosten vanaf 14 dagen na dit arrest. Evenmin weersproken en daarmee toewijsbaar is de vordering van [appellant sub 1] tot – hoofdelijke – veroordeling van [geintimeerde sub 1] tot terugbetaling van door [appellant sub 1] op grond van het bestreden vonnis betaalde proceskosten, met rente vanaf de dag van betaling.

5 Slotsom

- 5.1 De grieven II, III, V en VII slagen (gedeeltelijk), grief VI faalt en de grieven I en IV behoeven geen verdere bespreking. Het bestreden vonnis moet worden vernietigd.
De jegens [geintimeerde sub 1] gevorderde voorzieningen zijn toewijsbaar als onder 4.24 e.v. overwogen.
- 5.2 [geintimeerde sub 1] zullen worden veroordeeld in de kosten van beide instanties, zoals vermeld onder 4.31 en 4.32.

6 De beslissing

Het hof, recht doende in kort geding in hoger beroep:

In de zaak tussen [appellant sub 2] en [geintimeerde sub 1]:

bekrachtigt het vonnis van de voorzieningenrechter in de rechtbank Almelo van 25 september 2012 voor zover het gaat om het dictum onder 5.1 en vernietigt dit voor het overige.

veroordeelt [appellant sub 2] in de kosten van beide instanties, aan de zijde van [geintimeerde sub 1] begroot op nihil;

In de zaak tussen [appellant sub 1] en [geintimeerde sub 1]:

vernietigt het vonnis van de voorzieningenrechter in de rechtbank Almelo van 25 september

2012 en, opnieuw recht doende:

beveelt [geintimeerde sub 1] om vanaf vier weken na betekening van dit arrest het (doen) vervaardigen, aanbieden, tentoonstellen, verhandelen, verhuren, leveren en op voorraad hebben van (nagenoeg identieke) verveelvoudigingen van de in productie 8 bij inleidende dagvaarding afgebeelde koeien- en kippenschilderijen – met uitzondering van het leveren, verhandelen en op voorraad hebben van reeds vóór eind november 2011 in opdracht van [geintimeerde sub 1] vervaardigde en door haar verkregen exemplaren – te staken en gestaakt te houden, zulks op straffe van een dwangsom van € 1.000,- per afzonderlijk product (in de zin van individueel exemplaar) waarmee dit bevel wordt overtreden, of – zulks naar keuze van [appellant sub 1] – € 2.000,- voor iedere dag (een gedeelte van een dag als hele dag gerekend) waarop de inbreuk voortduurt, een en ander tot een maximum van € 100.000,-;

beveelt [geintimeerde sub 1] om vanaf vier weken na betekening van dit arrest iedere openbaarmaking van afbeeldingen van de in productie 8 bij inleidende dagvaarding afgebeelde koeien- en kippenschilderijen, waaronder op de website [www.\[geintimeerde sub 1\].nl](http://www.[geintimeerde sub 1].nl) en in catalogi, – met uitzondering van de reeds vóór eind november 2011 in opdracht van [geintimeerde sub 1] vervaardigde, door haar verkregen en nog niet verkochte exemplaren – te staken en gestaakt te houden, zulks op straffe van een dwangsom van € 500,- voor iedere dag (een gedeelte van een dag als hele dag gerekend) waarop de inbreuk voortduurt, een en ander tot een maximum van € 50.000,-;

veroordeelt [geintimeerde sub 1] in de redelijke en evenredige kosten van beide instanties, aan de zijde van [appellant sub 1] voor de eerste aanleg begroot op € 267,- voor griffierecht en € 10.000,- voor salaris van de advocaat en voor het hoger beroep op € 291,- voor griffierecht en op € 15.299,86 voor salaris van de advocaat, te vermeerderen met de wettelijke rente over deze proceskosten vanaf 14 dagen na dit arrest tot de dag van algehele voldoening;

In beide zaken:

veroordeelt [geintimeerde sub 1] – hoofdelijk – tot terugbetaling van de proceskosten voor de eerste aanleg, voor zover [appellant sub 1] deze op grond van het vonnis van de voorzieningenrechter aan [geintimeerde sub 1] hebben betaald, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf de dag waarop [appellant sub 1] deze kosten hebben betaald tot de dag van voldoening;

bepaalt de termijn voor het instellen van de bodemprocedure op drie maanden vanaf de datum van dit arrest;

verklaart dit arrest, voor zover het bovenstaande veroordelingen betreft, uitvoerbaar bij voorraad;

wijst het meer of anders gevorderde af.

Dit arrest is gewezen door mrs. B.J. Lenselink, A.W. Steeg en P.B. Hugenholtz en is in tegenwoordigheid van de griffier in het openbaar uitgesproken op 23 juli 2013.