

arrest

GERECHTSHOF 's-HERTOGENBOSCH

Sector civiel recht

zaaknummer HD 200.079.650

arrest van de vierde kamer van 15 november 2011

in de zaak van

Gerdine Annie Barbera Duijsens-Kroezen

wonende te Lieshout,
appellante in principaal appel,
geïntimeerde in incidenteel appel,
—advocaat: mr. R.S. Le Poole,

tegen:

Theodorus Wilhelmus Hubertus Broeren

wonende te Oss,
geïntimeerde in principaal appel,
appellant in incidenteel appel,
advocaat: mr. Y.K. Scheijde,

op het bij exploit van dagvaarding van 23 november 2010 en herstelexploit van 21 december 2010 ingeleide hoger beroep van het door de rechtbank 's-Hertogenbosch gewezen vonnis van 25 augustus 2010 tussen principaal appellante - hierna Duijsens genoemd - als eiseres en principaal geïntimeerde - hierna Broeren genoemd - als gedaagde.

1. **Het geding in eerste aanleg (zaak/rolnr. 207794 / HA ZA 10-510)**

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 Duijsens, onder overlegging van 22 producties, vijf grieven aangevoerd en geconcludeerd tot vernietiging van het vonnis waarvan beroep voor zover aan het oordeel van het hof onderworpen en, kort gezegd, tot het alsnog toewijzen van haar bij appeldagvaarding nader geformuleerde vorderingen voor zover deze door de rechtbank waren afgewezen, met veroordeling van Broeren in de kosten in beide instanties overeenkomstig art. 1019 h Rv.

2.2. Bij memorie van antwoord heeft Broeren, onder overlegging van vijf producties, de grieven bestreden. Voorts heeft Broeren incidenteel appel ingesteld, daarin één grief aangevoerd en geconcludeerd tot vernietiging van 5.1 van het dictum van het vonnis waarvan beroep met veroordeling van Duijsens in de kosten van het hoger beroep op grond van art. 1019h Rv.

2.3. Duijsens heeft in incidenteel appel geantwoord.

2.4. Partijen hebben hun zaak op 1 september 2011 doen bepleiten, Duijsens door mr. R.S. Le Poole en Broeren door mr. Y.K. Scheijde. Beide advocaten hebben gepleit aan de hand van overgelegde pleitnotities, die bij de stukken zijn gevoegd. Ter voorbereiding op het pleidooi heeft Duijsens op 17 augustus 2011 één productie (productie 42) en op 19 augustus 2011 een aanvulling op deze productie in het geding gebracht. Partijen hebben ten slotte uitspraak gevraagd op het ten behoeve van het pleidooi door Duijsens overgelegde dossier.

2.5. Het hof heeft naar aanleiding van het pleidooi partijen per brief verzocht de door hen in het geding gebrachte afbeeldingen op een DVD aan te leveren. Op 7 september 2011 is door Duijsens een DVD bij de griffie van het hof gedeponereerd. Het hof heeft geconstateerd dat de DVD de digitale weergave bevat van de door Duijsens in het geding gebrachte afbeeldingen. De in dit arrest gebruikte foto's zijn van deze DVD afkomstig.

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. De rechtbank heeft onder 2 van het vonnis van 25 augustus 2010 de relevante feiten voor het geschil in eerste aanleg opgenomen. Deze feiten zijn in hoger beroep niet betwist en vormen ook in hoger beroep het uitgangspunt. Duijsens heeft ten aanzien van de feitenvaststelling door de rechtbank een aanvulling bepleit zoals in onderdeel 2 van de memorie van grieven is aangegeven. Blijkens de inhoud daarvan betoogt Duijsens hiermee niet dat het dictum van het bestreden vonnis zou moeten worden gewijzigd, zodat het hof dit niet als een verborgen grief beschouwt. Het hof zal hierna een samenvatting geven van de relevante tussen partijen vaststaande feiten in hoger beroep.

4.1.2. Duijsens is beeldend kunstenaar-schilder. Voorbeelden van haar werk zijn als producties 1, 2, 30 en 34 tot en met 41 van Duijsens en productie 7 en 8 van Broeren overgelegd.

4.1.3. Broeren is beeldend kunstenaar-schilder. Voorbeelden van zijn werk zijn als producties 7 en 13 van Duijsens en producties 1, 2, 5, 6 en 14 van Broeren overgelegd.

4.1.4. Duijsens exposeert sinds 1999 op diverse tentoonstellingen in binnen- en buitenland.

4.1.5. Op 27 november 2007 heeft F. Meerhoff (directeur van Holland Art Gallery) de galerie van Broeren bezocht en daar foto's gemaakt van (in ieder geval) drie schilderijen die daar aanwezig waren. Kopieën van deze foto's zijn in productie 6 van Duijsens overgelegd.

4.1.6. Broeren verkoopt zijn werken onder meer via IQ kunst en MondiArt.

4.1.7. Op 7 november 2009 heeft Duijsens een e-mail verzonden aan MondiArt, waarin zij onder meer schrijft: '*Door middel van een brief met foto's ben ik op de hoogte gesteld van het feit dat u copieën van mijn werk verkoopt.*'

4.1.8. Als reactie schrijft J. Brekoo van MondiArt per e-mails van 7 november 2009 onder meer:

‘Deze schilderijen zijn gereproduceerde werken van de kunstenaar Theo Broeren uit Oss. Wij hebben een overeenkomst met Theo Broeren, waarin hij expliciet te kennen geeft dat dit zijn werk is en hij over de auteursrechten van deze werken beschikt.’

‘Theo Broeren hebben wij vandaag ook benaderd n.a.v. uw email. Hij bevestigt dat er ooit een zaak is geweest via Holland Art, maar dat dit op niets is uitgelopen en dat hij deze werken mag maken c.q. verkopen en u hier geen claim op kan doen gelden.’

4.1.9. Tussen toenmalige advocaten van partijen heeft vervolgens een briefwisseling plaatsgevonden. De toenmalige advocaat van Duijsens heeft Broeren onder meer gesommeerd een onthoudingsverklaring te tekenen, welke door Broeren niet is getekend.

4.2. In haar inleidende dagvaarding van 12 februari 2010 heeft Duijsens gevorderd, kort gezegd, uitvoerbaar bij voorraad:

A. te verklaren voor recht:

1. dat de figuren voorkomend op haar werken zelfstandig auteursrechtelijke bescherming genieten;
2. dat de werken van Broeren (producties 7 en 13 van Duijsens) inbreuk op haar auteursrecht maken;

B. Broeren te veroordelen:

3. zich te onthouden van deze inbreuken;
4. een door een registeraccountant gecontroleerde opgave te verstrekken van a) het aantal inbreukmakende schilderijen bij Broeren, b) het aantal inbreukmakende schilderijen bij derden en c) de behaalde omzet en winst;
5. die winst aan Duijsens af te staan;
6. op zijn kosten terugnemen van de inbreukmakende zaken;
7. op zijn kosten alle inbreukmakende zaken ter vernietiging af te staan, dan wel zelf te vernietigen;
8. tot betaling van een dwangsom van € 5.000, - per dag dat hij in strijd handelt met het onder 1 t/m 7 gevorderde;
9. tot betaling van de proceskosten op grond van art. 1019 h Rv vermeerderd met nakosten.

4.2.1. Duijsens heeft aan deze vorderingen (in ieder geval) ten grondslag gelegd dat Broeren inbreuk maakt op het auteursrecht op de door haar vervaardigde schilderijen en geschilderde figuren.

4.2.2. Broeren heeft erkend dat de drie schilderijen die door Duijsens als productie 6 in het geding zijn gebracht (hierna: de drie werken) als verveelvoudiging van de drie schilderijen die door Duijsens als productie 1 zijn overgelegd, zouden kunnen worden beschouwd. Hij heeft daarbij gesteld dat deze werken geen inbreuk inhouden, omdat deze hebben gediend tot eigen oefening, studie of gebruik, zoals in art. 16b Aw bedoeld. Voor de overige werken betwistte Broeren dat er sprake zou zijn van inbreuk op enig werk van Duijsens. Hij heeft daarbij geconcludeerd tot afwijzing van de vorderingen en de veroordeling van Duijsens gevorderd in de kosten van het geding overeenkomstig art. 1019h Rv.

4.3. De rechtbank heeft de vordering van Duijsens met betrekking tot de drie werken toegewezen, onder oplegging van een dwangsom. De andere vorderingen heeft de rechtbank

afgewezen met veroordeling van Duijsens in de proceskosten op de voet van art. 1019 h Rv. De rechtbank legde aan haar oordeel ten grondslag dat Broeren heeft erkend dat de drie werken kunnen worden gezien als verveelvoudiging van werken van Duijsens en dat deze werken ook daadwerkelijk verveelvoudigingen zijn. Het beroep van Broeren op art. 16b Aw heeft de rechtbank verworpen, omdat de drie werken in een voor belangstellenden toegankelijk gedeelte van het atelier van Broeren zichtbaar waren. Met betrekking tot de gevorderde verklaring voor recht heeft de rechtbank geoordeeld dat de wijze van afbeelden van een gezicht of lichaamshouding door Duijsens, hoe consequent ook, een stijlement is dat niet voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking komt. Voldoende koppeling met een werk van Duijsens ontbreekt, zodat, nog steeds volgens de rechtbank, de door Duijsens in het geding gebrachte werken van Broeren geen verveelvoudigingen zijn van concrete werken van haar. De rechtbank heeft daarnaast overwogen dat Duijsens aan haar vorderingen uitsluitend het auteursrecht ten grondslag heeft gelegd.

4.4. Duijsens is tijdig in hoger beroep gekomen van het bestreden vonnis.

4.5. Met grief 4 stelt Duijsens aan de orde dat de rechtbank ten onrechte het geschil niet mede op basis van onrechtmatige daad - slaafse nabootsing - heeft beoordeeld, maar heeft geoordeeld dat Duijsens uitsluitend het auteursrecht aan haar vorderingen ten grondslag heeft gelegd. Deze grief slaagt, nu uit onderdeel 5.3 van haar aantekeningen ten behoeve van de comparitie van partijen blijkt dat Duijsens haar vorderingen mede op onrechtmatige daad had gebaseerd. Reeds het feit dat deze grief slaagt, leidt tot vernietiging van het vonnis op het principaal appel, en leidt tot een integrale nieuwe beoordeling van de vorderingen, rekening houdend met de grenzen van het geschil zoals deze door de grieven zijn getrokken.

4.6. Het incidenteel appel van Broeren heeft een beperkte omvang. De rechtbank heeft Broeren veroordeeld de drie werken af te geven aan Duijsens, nadat de rechtbank had geoordeeld dat deze werken inbreuk maken op de werken zoals overgelegd in productie 1 van Duijsens en dat aan Broeren geen beroep toekomt op art. 16b Aw. Tegen dat oordeel is het incidentele appel gericht, met de nadere stelling dat niet Broeren, doch een ander de drie werken heeft vervaardigd. Deze kwestie komt hierna inhoudelijk aan de orde. Het hof is van oordeel dat met deze incidentele grief - in samenhang met de kennelijke stelling van Duijsens dat de verveelvoudiging van de drie werken mede ter onderbouwing dient van het door haar gevorderde verbod, zoals dat in het principaal appel aan de orde is - ook de kwestie van de drie werken in volle omvang onderdeel uitmaakt van het geschil tussen partijen in hoger beroep.

in incidenteel appel

4.7. Broeren komt in het incidenteel appel op tegen het oordeel in ro. 4.2.1. van het bestreden vonnis dat zijn verweer - dat er geen sprake is van inbreuk, omdat deze drie werken slechts dienden tot eigen oefening, studie of gebruik - faalt. Daarnaast stelt Broeren in dit hoger beroep dat de drie werken niet door hem, maar door een leerling van hem, Ahdy Goossens (hierna: Goossens), zijn gemaakt. Ter verduidelijking heeft het hof hieronder de schilderijen van Duijsens en de drie werken naast elkaar geplaatst. Links zijn de schilderijen van Duijsens afgebeeld en rechts de drie werken, die zich in het atelier van Broeren bevonden.



Duijsens, productie 1a



productie 6a



Duijsens, productie 1b



productie 6b



Duijsens, productie 1c



productie 6c

4.7.1. Broeren erkent dat de drie werken als verveelvoudiging kunnen worden beschouwd van de werken uit productie 1 van Duijsens. Broeren heeft ook geen grief gericht tegen het oordeel van de rechtbank in ro. 4.2 dat de drie werken daadwerkelijk verveelvoudigingen zijn van de overgelegde schilderijen van Duijsens. Broeren stelt echter dat deze verveelvoudigingen om genoemde twee redenen niet een door hem begane inbreuk inhouden op de betreffende werken van Duijsens. Het hof zal eerst ingaan op de nieuwe stelling van Broeren dat de drie werken niet door hem maar door Goossens zijn gemaakt.

4.7.2. In eerste aanleg is door Broeren over de drie werken onder meer het volgende gesteld. In de conclusie van antwoord sub 7 verwijst Broeren naar een brief van zijn advocaat van 23 december 2009 waarin wordt erkend dat de drie bewuste werken overgelegd als productie 1 - bedoeld is: als productie 6 - gezien zouden kunnen worden als verveelvoudiging, doch dat deze slechts hebben gediend tot eigen oefening, studie of gebruik. Ofschoon hierin niet met zoveel woorden is gesteld dat het Broeren zelf is geweest die de bewuste inbreukmakende werken voor eigen oefening, studie of gebruik heeft vervaardigd, kan de desbetreffende passage redelijkerwijze niet anders worden verstaan dan

dat hiermee wordt gezegd dat Broeren deze heeft vervaardigd. Sub 13 van de conclusie van antwoord stelt Broeren dat de drie werken hebben gediend tot eigen oefening, studie en gebruik en dat Broeren *derhalve* op de werken van Duijsens geen inbreuk heeft gepleegd. Ook hierin ligt de implicatie besloten dat het Broeren zelf is geweest die de inbreukmakende werken heeft vervaardigd. In de conclusie van antwoord sub 17 stelt Broeren zelfs expliciet: *'Immers, het gaat om drie werken die Broeren voor zichzelf heeft gemaakt en nooit zijn atelier hebben verlaten.'*

4.7.3. Pas in hoger beroep is Broeren het standpunt gaan innemen dat de drie werken niet door hem, maar door Goossens zouden zijn geschilderd. Dat zou in eerste instantie niet naar voren zijn gebracht omdat Broeren niet dacht dat dit van belang was. Op zichzelf dient het hoger beroep ook voor het herstel van eigen fouten of verzuimen, maar waarom Broeren in de conclusie van antwoord sub 17 expliciet als maker naar voren wordt geschoven terwijl dat standpunt nu is verlaten, wordt door Broeren niet nader toegelicht.

4.7.4 Door Broeren is ten bewijze van zijn nieuwe stelling een verklaring overgelegd, die opgesteld zou zijn door Goossens. De bewuste verklaring vormt een reactie op een e-mailbericht van de advocaat aan Broeren, waarin de advocaat schrijft dat het verstandig zou zijn een verklaring van Goossens over te leggen. In een antwoord e-mail vanuit het e-mailadres van Broeren van dezelfde dag, is een verklaring opgenomen, waarin als afzender Ahdy Goossens wordt vermeld. Onder deze omstandigheden kan de overgelegde e-mail niet als een verklaring van Goossens worden beschouwd. Op zijn best is het een weergave van Broeren van een verklaring welke Goossens tegenover hem *zou* hebben afgelegd. Broeren heeft nagelaten een door Goossens ondertekende verklaring in het geding te brengen, waartoe hij - mede in het licht van de betwisting van de genoemde e-mail door Duijsens bij memorie van antwoord in het incidenteel appel - bij pleidooi wel de gelegenheid had.

4.7.5. Op twee van de drie werken, namelijk productie 6 sub b en c, is de signatuur 'Theo Broeren' duidelijk leesbaar. De stelling dat niet Broeren, maar Goossens de werken zou hebben vervaardigd impliceert dat Goossens zou hebben gesigneerd met 'Theo Broeren'. Elke redelijke verklaring daarvoor is achterwege gebleven. Broeren heeft ter zitting desgevraagd aangegeven dat het bij hem op het atelier een gezellige informele boel was waarbij Goossens, een - volgens Broeren - typisch kunstenaarstype, zomaar een signatuur van Broeren zou hebben geplaatst. Het hof acht deze verklaring niet geloofwaardig.

4.7.6. Daar komt bij dat Broeren in zijn memorie van antwoord sub 60 aanvoert dat hij als achtergrond van zijn website, zoals overgelegd in productie 14 van Duijsens, een schilderij *van hemzelf* als achtergrond heeft gebruikt. Onweersproken heeft Duijsens gesteld dat deze achtergrond gelijk is aan het werk dat door haar als productie 6 c is overgelegd. Dit is één van de werken, waarvan Broeren in het incidenteel appel stelt dat deze door Goossens zou zijn vervaardigd.

Al met al heeft Broeren niet aannemelijk gemaakt dat niet hijzelf, maar Goossens de drie werken heeft vervaardigd. Broeren heeft bewijs aangeboden van zijn nieuwe stelling door het (laten) horen van Goossens. Het hof acht de hierboven genoemde stellingen van Broeren zodanig tegenstrijdig en ongeloofwaardig dat Broeren geacht moet worden onvoldoende aan zijn stelplicht te hebben voldaan, zodat het hof aan zijn bewijsaanbod voorbij zal gaan. Bovendien mist het bewijsaanbod van Broeren relevantie om de volgende redenen.

4.7.7. Ook al zouden de drie werken niet van de hand van Broeren zijn, maar van Goossens, dan is er nog sprake van inbreuk door Broeren op de betreffende werken van Duijsens. Broeren heeft gesteld dat Goossens de verveelvoudigingen in opdracht van

Broeren heeft gemaakt en tijdens het pleidooi heeft Broeren desgevraagd bevestigd dat de drie werken aan hem zelf toebehoren, dan wel zijn eigendom zijn. De uitzondering van art. 16b Aw, waarop Broeren zich beroept, kan weliswaar ook gelden indien de verveelvoudiging is vervaardigd *ten behoeve van* Broeren, maar ook dan geldt dat de verveelvoudiging zonder direct of indirect commercieel oogmerk moet zijn vervaardigd. Bovendien geldt ook dan dat, indien sprake is van openbaarmaking van het werk, er geen sprake meer is van eigen gebruik.

4.7.8. Vast staat dat de drie werken in het atelier van Broeren aanwezig zijn geweest. Uit de foto's van de drie werken blijkt dat deze werken voor eenieder zichtbaar in het atelier van Broeren hingen of stonden tentoongesteld. De maker van de foto's van de drie werken heeft van Broeren toegang gekregen tot het atelier. Ook heeft Broeren op een website het publiek opgeroepen om zijn atelier te bezoeken. Hieruit volgt dat de drie werken zijn openbaar gemaakt en met een (in)direct commercieel oogmerk zijn vervaardigd. Broeren heeft nog aangevoerd dat het atelier privé-terrein is. Al zou dat zo zijn, dan doet dat niets af aan het voorgaande.

Daar komt nog bij dat, zoals reeds opgemerkt, door Broeren niet is weersproken dat hij als achtergrond van zijn website (dan wel van zijn visitekaartje op een website) - zoals in productie 14 door Duijsens overgelegd - één van de drie werken (productie 6 c) heeft gebruikt. Door Broeren is niet betwist dat deze website voor derden vrij toegankelijk was. Het plaatsen van dit werk op deze website geldt dan ook als openbaarmaking van dit werk. Ook kan dit gebruik niet anders worden gezien dan gebruik van dit werk met commercieel oogmerk. De uitzondering van art. 16b Aw gaat daarom niet op.

4.7.9. Het voorgaande leidt ertoe dat het hof het incidenteel appel van Broeren zal verwerpen en het vonnis in zoverre zal bekrachtigen. Als de in het ongelijk gestelde partij zal Broeren in de kosten van het incidenteel appel worden veroordeeld, waarop het hof later in dit arrest zal terugkomen.

in principaal appel

4.8. Duijsens stelt dat zij vanaf 1999 haar eigen stijl heeft ontwikkeld, en dat Broeren feitelijk eerst vanaf 2006 zijn schilderijen, die bestaan uit nabootsingen van haar werk, openbaar is gaan maken.

Duijsens heeft voorts gesteld dat na uitspraak van het, voor haar grotendeels teleurstellende, vonnis waarvan beroep, Broeren zich is gaan profileren als ware hij de 'bedenker' van de stijl waarin Broeren schildert.

4.8.1. Broeren betwist dat hij degene is die in de markt geruchten is gaan verspreiden dat in wezen niet Duijsens, doch Broeren de bedenker is van de stijl waarin beide partijen schilderen. Wel geeft hij aan dat hij al dertig jaar in deze stijl schildert en zijn stijl heeft ontwikkeld, in het bijzonder geïnspireerd door Botero en Fiep Westendorp. Nu hij al dertig jaar in dezelfde stijl schildert is het dus niet zo is dat Duijsens de eerste was die voluptueuze figuren in deze stijl is gaan schilderen, aldus Broeren.

Desgevraagd kon Broeren, bij gelegenheid van het pleidooi in hoger beroep, echter geen concreet werk noemen van vóór 2006 waarmee hij deze stellingen zou kunnen staven. Hij bleef vaag bij de vraag wat hij dan in het verleden zou hebben geschilderd; het zou gaan om kindertekeningen op slaapkamerwanden, schetsjes en af en toe schilderijen. Bovendien verklaarde hij geen enkele schildering, tekening, schets, dan wel foto of andere kopie daarvan te hebben bewaard of te kunnen tonen.

4.8.2. In tegenstelling tot dat van Broeren, is het schildersverleden van Duijsens behoorlijk gedocumenteerd. Zij heeft in elk geval ter zitting een boek getoond uit 2004, op welk moment zij kennelijk reeds een gevestigd kunstenares was. Daarin is een expositie-overzicht van het werk van Duijsens opgenomen dat teruggaat tot november 2001. Dat overzicht is door Broeren niet betwist. Daarmee staat vast dat Duijsens in ieder geval vanaf 2001 haar werk heeft openbaar gemaakt. Er is geen enkele aanwijzing voorhanden dat zij haar stijl zou hebben ontwikkeld op basis van schilderijen van Broeren.

4.8.3. Door Broeren is niet gesteld dat één of meerdere van zijn werken, waarvan afbeeldingen zijn overgelegd in producties 7 en 13 van Duijsens en 1, 2, 5, 6 en 14 van Broeren van eerdere datum zouden zijn dan de schilderijen van Duijsens, waarvan afbeeldingen in het geding zijn gebracht in producties 1, 2, 30 en 34 tot en met 41 van Duijsens en producties 7 en 8 van Broeren. Onder punt 9 van zijn conclusie van antwoord heeft Broeren inzake de in het geding gebrachte werken opgemerkt dat Duijsens eerder in essentie vergelijkbare werken heeft gemaakt.

4.8.4. Tijdens het pleidooi heeft Broeren aangegeven dat hij door veel kunstenaars is geïnspireerd en mogelijk ook door Duijsens en dat hij een boek over haar werk in zijn atelier had liggen. De stelling van Broeren dat hij al dertig jaar in dezelfde stijl schildert impliceert echter dat hij zijn stijl onafhankelijk van Duijsens zou hebben ontwikkeld. Gelet op de grote gelijkenis van het werk van Broeren met het werk van Duijsens - met in achtname van het hiervoor opgemerkte gebrek aan enig voorbeeld van werk van Broeren van vóór 2006 - acht het hof niet geloofwaardig dat Broeren - uitgaande van de door hemzelf genoemde inspiratiebronnen Botero en Fiep Westendorp en zonder hoofdzakelijk door Duijsens geïnspireerd te zijn geweest - een stijl ontwikkeld zou hebben die zo sterk lijkt op die van Duijsens als in concreto het geval is.

4.8.5. Het hof is om voorgaande redenen van oordeel dat rechtens ervan uitgegaan moet worden dat niet Broeren, maar Duijsens aangemerkt dient te worden als degene die de specifieke schilderijstijl, welke haar werken zo kenmerkend maakt, heeft ontwikkeld.

4.9. Nu vaststaat dat de in het geding gebrachte werken van Duijsens door haar zijn vervaardigd vóór de vervaardiging van de in het geding gebrachte werken van Broeren en als uitgangspunt geldt dat de specifieke schilderijstijl waar het in deze procedure over gaat als eerste door Duijsens is ontwikkeld, zijn voor de verdere beoordeling van dit geschil de volgende vragen relevant:

- a) Komt Duijsens een zelfstandig auteursrechtelijke bescherming toe op de op haar werken voorkomende figuren naast de bescherming op haar schilderijen als geheel?
- b) Is er sprake van inbreuk door Broeren op het aan Duijsens toekomende auteursrecht?
- c) Als, of voor zover, er geen sprake is van auteursrechtelijke bescherming of inbreuk, is er dan sprake van slaafse nabootsing door Broeren?

4.10. *Komt Duijsens auteursrechtelijke bescherming toe op de door haar geschilderde figuren?*

4.10.1. Allereerst merkt het hof op dat in elk geval auteursrecht rust op de werken van Duijsens als geheel. Dat wordt ook niet door Broeren betwist en daar is de door Duijsens gevorderde verklaring voor recht niet op gericht.

4.10.2. Duijsens vordert een verklaring voor recht dat *'de ten processe bedoelde op de door Duijsens vervaardigde schilderijen voorkomende figuren zelfstandig auteursrechtelijke*

beschermde werken zijn en mitsdien zelfstandige auteursrechtelijke bescherming genieten'. In de toelichting op deze vordering stelt Duijsens dat deze figuren de essentie vormen van het werk van Duijsens, zodat zij met een dergelijke verklaring voor recht haar creaties eenvoudiger kan beschermen tegen inbreukmakers.

4.10.3. De vordering laat de uitleg toe dat Duijsens een auteursrecht claimt op alle 'figuren' - afbeeldingen van mensen - welke op haar schilderijen voorkomen, alles met elkaar dus vele tientallen of honderden figuren. Doch daarnaast laten haar stellingen de uitleg toe dat zij auteursrechtelijke bescherming wenst op een idee, een bepaald archetype, dat wordt gekenmerkt door de 19 afzonderlijk aangeduide elementen, zoals door Duijsens in punt 3.8 van haar memorie van grieven opgesomd. Uit het geheel aan stellingen van Duijsens maakt het hof op dat de gevorderde verklaring voor recht ziet op het archetype waarvan feitelijk alle concrete afbeeldingen van figuren in haar schilderijen een uitwerking zijn.

4.10.4. Partijen hebben bespiegelingen gewijd aan de vraag of en in hoeverre aan bepaalde 'characters' - het hof spreekt hierna van figuur - auteursrecht kan toekomen en in hoeverre de figuren van Duijsens als auteursrechtelijk werk of werken kunnen worden gezien. Daarbij zijn Bambi, Nijntje, Suske en Wiske, Fokke en Sukke en zo meer de revue gepasseerd.

4.10.5. Alle genoemde figuren hebben gemeen dat zij een grote mate van individualiteit en een herkenbare en bekende identiteit bezitten. Ofschoon het hebben van een naam niet vereist is, wijst dat wel op het bezit van een dergelijke individualiteit/identiteit. Als Dick Bruna Nijntje tekent, en dat telkens weer iets afwijkend doet omdat hij elke Nijntje afzonderlijk met de hand tekent, dan is toch duidelijk dat de tekenaar daarmee telkens een en dezelfde Nijntje heeft getekend. Nijntje is, kortom, een bekend en herkenbaar individu.

4.10.6. De figuren op de schilderijen van Duijsens zijn dat niet. Er is dus op de schilderijen van Duijsens geen sprake van één (of twee, te weten een man en een vrouw) figuur dat telkens terugkomt en een bekende individualiteit/identiteit bezit (noch van een beperkte groep figuren met elk een eigen herkenbare individualiteit/identiteit). Waar er meer vrouwen of meer mannen op een schilderij zijn afgebeeld zijn die onderling wel verschillend, maar van consistente en herkenbare verschillen waardoor telkens de ene dame als dame A en de andere dame als dame B valt te identificeren is geen sprake.

4.10.7. Het hof sluit niet uit dat op bepaalde figuren uit de schilderijen van Duijsens auteursrechtelijke bescherming kan rusten, maar door Duijsens is niet concreet gewezen op bepaalde figuren doch slechts op de kenmerken die zij haar figuren in het algemeen toeschrijft. De concretisering door Duijsens gaat niet verder dan de opsomming van 19 elementen die telkens in meer of mindere mate terugkomen in alle figuren die voorkomen op de schilderijen van Duijsens en die leiden tot een bepaald archetype. Alleen een concrete uitwerking, maar niet een geheel van kenmerken, komt voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking. Terecht wijzen partijen in dit kader op het Van Gelder/Van Rijn arrest van de Hoge Raad (HR 28 juni 1946, NJ 1946/712), waaruit volgt dat alleen de vormgeving de bescherming van het auteursrecht geniet. Indien ook een geheel aan terugkerende elementen, dat verschillende werken gemeen hebben, voor bescherming in aanmerking zou komen, dan blijft voor derden onduidelijk wat het eigenlijke object van bescherming is. Dat zou de rechtszekerheid niet ten goede komen.

4.10.8. Op grond van het voorgaande is het hof van oordeel dat de figuren op de schilderijen van Duijsens - gedefinieerd als een geheel van elementen en kenmerken en niet als concreet

vormgegeven werken - niet als afzonderlijke auteursrechtelijk beschermde werken kunnen worden beschouwd, zoals duidelijk identificeerbare concrete personages dat wel kunnen. Daarbij overweegt het hof dat wel van geval tot geval bekeken kan worden of een bepaald bestanddeel - in het bijzonder één bepaald figuur - van een schilderij zozeer het beeldbepalend element vormt, dat overname van die specifieke figuur inbreuk oplevert op het gehele schilderij waarop die figuur voorkomt. Het hof komt hier op terug in het kader van de inbreukvraag.

4.10.9. Bij genoemde stand van zaken dient de gevorderde verklaring voor recht, dat de op de schilderijen van Duijsens voorkomende figuren zelfstandig auteursrechtelijk beschermde werken zijn en mitsdien zelfstandige auteursrechtelijke bescherming genieten, te worden afgewezen en dienen ook de specifiek daarop gerichte verboden te worden afgewezen. Dit leidt ertoe dat grief 2 faalt.

4.11. *Is er sprake van inbreuk door Broeren op het aan Duijsens toekomende auteursrecht?*

4.11.1. Zoals eerder overwogen, komt Duijsens auteursrecht toe op haar schilderijen als geheel. In het incidenteel appel heeft het hof reeds geoordeeld dat Broeren met de drie werken, zoals overgelegd in productie 6 van Duijsens, inbreuk maakt op het auteursrecht op de werken van Duijsens die overgelegd zijn als productie 1 van Duijsens. Met betrekking tot de werken van Broeren zoals overgelegd in producties 7 en 13 van Duijsens oordeelt het hof als volgt.

4.11.2. Gelet op het voorgaande oordeel dat op de door Duijsens geschilderde figuren geen afzonderlijk auteursrecht rust, overweegt het hof dat er sprake moet zijn van verveelvoudiging conform art. 13 Aw van één of meer concrete werken van Duijsens, wil er sprake zijn van een door Broeren gepleegde inbreuk. Voor de vraag of er sprake is van inbreuk komt het erop aan of het beweerdelijk inbreukmakende werk in zodanige mate de auteursrechtelijk beschermde trekken van het eerdere werk vertoont, dat de totaalindrukken die de beide werken maken te weinig verschillen voor het oordeel dat het eerstbedoelde werk als een zelfstandig werk kan worden aangemerkt (HR 29 november 2002, LJN AE8456, IER 2003, 17, Una Voce Particolare, ro. 3.5). Hieronder zal het hof de werken van Broeren uit producties 7 en 13 van Duijsens één voor één beoordelen in het licht van de door Duijsens overgelegde werken in producties 34 tot en met 41.

4.11.3.

Ter onderbouwing van de stelling dat deze vier werken van Broeren inbreuk maken op de auteursrechten van Duijsens heeft Duijsens in productie 34 acht verschillende werken van haarzelf overgelegd. Ondanks dat Broeren enkele beschermde trekken van deze werken van Duijsens heeft overgenomen, is het hof van oordeel dat de totaalindrukken van deze werken van Broeren - één voor één beschouwd - voldoende van de werken van Duijsens verschillen, waardoor er geen sprake is van een ongeoorloofde verveelvoudiging in auteursrechtelijke zin.

Productie 7 (Broeren):



4.11.4.



Productie 35, p.2 (Duijsens)



Productie 13, p.1 boven (Broeren)

Door Duijsens zijn afbeeldingen van vier van haar schilderijen overgelegd in productie 35. De tweede pagina bevat de afbeelding, zoals hierboven links is afgebeeld. Het hof is van oordeel dat de vrouw met de fles en het glas wijn in haar handen het meest beeldbepalende element is in het werk van Broeren. Dit element stemt nagenoeg volledig overeen met het hierboven afgebeelde schilderij van Duijsens. De houding van de afgebeelde vrouw, de kijkrichting, de fles wijn in de rechterhand, het glas wijn in de linkerhand, het parelsnoer, het model van de jurk en de verschillende diktes van beide armen, zijn allemaal door Broeren overgenomen beschermde trekken van het schilderij van Duijsens. Daar komt bij dat het werk van Broeren ook de stijlkenmerken vertoont die het schilderij van Duijsens typeren. Het hof is van oordeel dat deze combinatie van overeenstemmende elementen ertoe leidt dat er sprake is van een ongeoorloofde verveelvoudiging in auteursrechtelijke zin.

4.11.5.

Ter onder van haar stelling dat dit werk inbreuk maakt op haar auteursrechten heeft Duijsens in productie 36 zes van haar schilderijen overgelegd. Het hof is van oordeel dat ondanks dat Broeren weliswaar enige (stijl) kenmerken van deze schilderijen van Duijsens heeft overgenomen, de totaalindruk niet zodanig overeenstemt met een bepaald werk of meerdere werken van Duijsens, dat er sprake is van een ongeoorloofde verveelvoudiging in auteursrechtelijke zin.

Productie 13, p. 1 onder (Broeren):



4.11.6.



Productie 37 (Duijsens)



Productie 13, p. 2 boven (Broeren)

Ook bij dit werk van Broeren is het hof van oordeel dat de totaalindruk niet zodanig overeenstemt met de totaalindruk van het schilderij van theedrinkende dames van Duijsens, die hierboven links is afgebeeld, dat er sprake zou zijn van inbreuk op de auteursrechten van Duijsens.

4.11.7.



Productie 38 (Duijsens)

Productie 13, p.2 onder
(Broeren)

Duijsens heeft in productie 38 twee van haar schilderijen overgelegd als concrete koppeling met het afgebeelde werk van Broeren. Ook hiervoor geldt dat Broeren weliswaar duidelijk (stijl)kenmerken van de schilderijen van een zangkoor van Duijsens heeft overgenomen, maar dat dit niet op zodanige wijze en in zodanige omvang is geschied dat er sprake is van een ongeoorloofde verveelvoudiging in auteursrechtelijke zin.

4.11.8.



Productie 2, laatste pagina (Duijsens)



Productie 13, p. 3 boven (Broeren)

Door Duijsens is het rechts getoonde werk van Broeren gekoppeld aan haar schilderij "Lady like?" zoals hier links afgebeeld. Naar het oordeel van het hof geldt ten aanzien van deze twee werken dat deze wel overeenstemming vertonen, maar niet dusdanig dat Broeren met dit werk inbreuk maakt op het auteursrecht van Duijsens. Het werk van Broeren is minder abstract, meer gedetailleerd geschilderd en ook de duidelijk aanwezige tafel met taart en theepot op de voorgrond maken dat dit werk een voldoende andere totaalindruk wekt dan het schilderij "Lady like?" van Duijsens.

4.11.9.



Productie 39 (Duijsens)



Productie 13, p.3 onder (Broeren)

De overeenstemming tussen het hier rechtsboven afgebeelde werk van Broeren met het linksboven afgebeelde werk van Duijsens is zodanig groot dat het hof van oordeel is dat sprake is van een ongeoorloofde verveelvoudiging in auteursrechtelijke zin. De door Broeren genoemde verschillen, zoals het verschil in helderheid, het prominenter aanwezig zijn van de mand met proviand en de roedere blossen op de wangen zijn niet zodanig dat de totaalindrukken die beide werken maken voldoende van elkaar verschillen om het werk van

Broeren als een zelfstandig werk te kunnen aanmerken.

4.11.10. Ten aanzien van deze werken van Broeren oordeelt het hof dat de overeenstemming met de werken van Duijsens die door haar in producties 40 en 41 zijn overgelegd niet dusdanig is dat er sprake is van inbreuk op haar auteursrechten.



Productie 13, p.4 boven en onder (Broeren)

4.11.11. Het voorgaande leidt ertoe dat Broeren met vijf van zijn werken inbreuk maakt op de auteursrechten van Duijsens. Het gaat om de drie werken die in productie 6 van Duijsens zijn overgelegd en besproken zijn bij het incidenteel appel en twee werken die hierboven zijn besproken in ro. 4.11.4. en 4.11.9.

Hiermee slaagt de derde grief voor zover deze ziet op genoemde werken van pagina 1 en 3 van productie 13 en faalt de grief voor het overige.

Het hof zal daarom de door Duijsens gevorderde verklaring voor recht die betrekking heeft op auteursrechtinbreuk alleen toewijzen met betrekking tot de genoemde twee werken in productie 13. Met betrekking tot de drie werken in productie 6 van Duijsens is immers zodanige verklaring voor recht niet gevorderd omdat partijen het daarover eens waren.

4.12. *Als, of voor zover, er geen sprake is van auteursrechtelijke bescherming of inbreuk, is er dan sprake van slaafse nabootsing door Broeren?*

4.12.1. Uit het voorgaande volgt dat een deel van de overgelegde werken van Broeren geen inbreuk vormen op de aan Duijsens toekomende auteursrechten. De vraag die daarom overblijft is of deze werken overgelegd in productie 7, en productie 13 pagina 1 onderaan, pagina's 2 en 4 volledig en pagina 3 bovenaan een nodeloze slaafse nabootsing vormen van de schilderijen en/of de stijl van Duijsens, waardoor Broeren onrechtmatig handelt tegenover Duijsens.

4.12.2. Uit de overgelegde werken van Duijsens blijkt dat deze zich kenmerken door een eigen en duidelijk herkenbare stijl, waaraan niet afdoet dat mogelijk, zoals Broeren stelt, bepaalde van de door Duijsens gehanteerde stijlelementen, afzonderlijk, eerder ook door anderen zijn gebruikt.

De kenmerken van de stijl van Duijsens zijn onder meer:

- de omhoog stekende neus
- de verhouding tussen de omvang van het hoofd en de rest van het lichaam
- de vorm van de mond en de ogen (gesloten)
- de positie van de ogen, hoog op het hoofd
- de vorm en positie van de neus (boven de ogen)
- het overlopen van het hoofd in de hals (geen kin)
- de grote boezems bij de voluptueuze vrouwen
- de vorm van de jurk (galastijl) van de vrouw
- het pak (met vlinderdas) bij de stevige mannen
- de feestelijke setting (vaak drinkend)
- de parelsnoeren in stipvorm die de vorm van de boezem volgen
- de stand en vorm van de handen en de wijze van vasthouden van een glas of kopje
- de felle (met name primaire) kleuren

4.12.3. Al de hierboven opgesomde kenmerken van de stijl van Duijsens komen in meer of mindere mate terug in voornoemde werken van Broeren. Niet alleen de vormgeving van de voluptueuze vrouwen en stevige mannen en hun gezichten zijn nagenoeg gelijk, maar ook het felle kleurgebruik, de feestelijke setting, de houding van de mannen en vrouwen, de parelsnoeren en vlinderdassen en de wijze van vasthouden van glazen en kopjes zijn nagenoeg volledig nagebootst van de werken van Duijsens. De verschillen waar Broeren op wijst, zoals de strakkere lijnen, de preciezere schilderwijze en het verschil in concrete afbeelding vallen pas op indien schilderwerken van beide kunstenaars naast elkaar worden bekeken.

4.12.4. De stijlnabootsing van Broeren is naar het oordeel van het hof niet alleen opvallend, maar ook nodeloos. Door Broeren zijn in productie 15 enkele afbeeldingen - overigens zonder naam of datum vermelding - overgelegd van werk van kunstenaars die naar zijn stelling eenzelfde soort stijl hanteren. Het hof valt vooral, meer nog dan de gelijkenis, het verschil op tussen deze afbeeldingen onderling en tussen deze afbeeldingen enerzijds en die van Duijsens én Broeren anderzijds. In ieder geval blijkt uit deze voorbeelden dat er diverse mogelijkheden zijn om voluptueuze dames en stevige heren met de neus omhoog in een feestelijke setting te schilderen. Het is dus zeker niet noodzakelijk of nodig om de stijl van Duijsens op een zo vergaande wijze na te bootsen als door Broeren is gedaan. Broeren is daarmee tekortgeschoten in zijn verplichting om bij het nabootsen alles te doen wat redelijkerwijs mogelijk en nodig is om te voorkomen dat door de gelijkheid van de schilderijen gevaar voor verwarring kan ontstaan.

Het hof merkt daarbij op dat bij de werken van Broeren waarvan afbeeldingen zijn overgelegd op de vierde pagina van productie 13 wel meer afstand is genomen tot de specifieke stijl van Duijsens. Toch is het hof van oordeel dat ook in deze werken nog onvoldoende van de specifieke, hierboven genoemde, stijlkenmerken van Duijsens is afgeweken om niet meer als nodeloze slaafse nabootsing te worden aangemerkt.

4.12.5. De door Broeren vervaardigde schilderijen roepen direct associaties op met de schilderijen van Duijsens. Broeren heeft niet betwist dat Duijsens bekendheid geniet. Met zijn nabootsingen kan Broeren profiteren van de commerciële mogelijkheden die de werken van Duijsens hebben.

Bij het publiek kan verwarring ontstaan en een werk van Broeren kan door het publiek allicht voor een schilderij van Duijsens worden aangezien. Wat er ook zij van de voorbeelden van verwarring in de e-mails en brieven die door Duijsens zijn overgelegd en waarvan de authenticiteit door Broeren wordt betwist, het hof is van oordeel dat als gevolg van de nabootsing van de stijl van Duijsens verwarring bij het publiek te duchten valt. Dat, volgens zijn stelling, Broeren altijd zijn naam op zijn werken vermeldt, doet daar niet aan af. Nabootsers kunnen niet aan een onrechtmatigheidsoordeel ontkomen door een eigen merk, of in dit geval een eigen naam, op hun werk te zetten.

Dat het hier om een kritisch publiek gaat omdat een schilderij een luxeobject is, neemt het gevaar voor verwarring niet weg. De schilderijen van Broeren worden, in ieder geval voor een belangrijk deel, niet via dezelfde kanalen verkocht als die van Duijsens, waardoor het voor potentiële kopers bijna nooit mogelijk is de werken naast elkaar te bekijken. Herinneringen van het publiek zijn meestal niet fotografisch en vaak onvolledig. De associatie die de werken van Broeren oproept met de werken van Duijsens maken dat gevaar voor verwarring met werken van Duijsens reëel is.

4.12.6. Op grond van het voorgaande en mede gelet op de reeds geconstateerde inbreuken op de auteursrechten van Duijsens met betrekking tot vijf voornoemde werken van Broeren, is het hof van oordeel dat Broeren door het vervaardigen en exploiteren van de werken zoals

overgelegd in productie 7, en productie 13 pagina 1 onderaan, pagina's 2 en 4 volledig en pagina 3 bovenaan, onrechtmatig handelt jegens Duijsens door nodeloos haar stijl na te bootsen.

Het hof zal de gevorderde verklaring voor recht en de op slaafse nabootsing gebaseerde verboden en geboden van Duijsens derhalve toewijzen met dien verstande dat de toewijzing zich enkel uitstrekt over de ten processe middels producties aan de orde gestelde werken van Broeren.

Grief 1

4.13. Duijsens komt in haar eerste grief op tegen het oordeel van de rechtbank dat de afbeelding die als achtergrond op een webpagina dan wel op een visitekaartje van Broeren staat (productie 14 Duijsens) niet als ongeoorloofde verveelvoudiging in de zin van de auteurswet heeft te gelden. Deze grief slaagt.

4.13.1. Onweersproken heeft Duijsens gesteld dat deze afbeelding één van de drie werken is, namelijk het werk dat is overgelegd als productie 6c van Duijsens. Zoals bij de behandeling van de incidentele grief is geoordeeld, heeft dit werk te gelden als een ongeoorloofde verveelvoudiging in de zin van art. 13 Aw. Het werk van Broeren dat als achtergrondafbeelding is gebruikt vormt, naar de mening van het hof, het hoofbestanddeel, dan wel een meer dan onbetekenend deel van de webpagina of het visitekaartje. Anders dan de rechtbank is het hof van oordeel dat deze achtergrond niet voldoende afwijkt om niet meer van een verveelvoudiging te kunnen spreken. De enkele wijziging van de kleurstelling en scherpte van de afbeelding leveren nog niet een zelfstandig werk op ten aanzien van het schilderij van Duijsens zoals overgelegd in productie 1c. Om deze reden maakt Broeren door gebruik te maken van één van de inbreukmakende werken als achtergrond van zijn website/visitekaartje eveneens inbreuk op het auteursrecht van Duijsens.

Grief 5

4.14. Met haar vijfde grief voegt Duijsens niet specifiek iets toe aan de hiervoor behandelde grieven, zodat deze grief geen afzonderlijke behandeling behoeft.

Slotsom

4.15. Op grond van het voorgaande zal het hof het vonnis waarvan beroep enkel bekrachtigen voor zover het ziet op de op de drie werken die als producties 6a, 6b en 6c van Duijsens in het geding zijn gebracht (ro. 4.2, 4.2.1 en 5.1 van het vonnis). Het hof zal het vonnis voor het overige vernietigen en de vorderingen van Duijsens grotendeels toewijzen, zoals hierna in het dictum vermeld.

Dwangsommen

4.16. Het hof ziet aanleiding om de gevorderde dwangsommen over de toe te wijzen vorderingen te matigen tot € 1.000, - per dag of gedeelte van de dag dat Broeren niet aan deze veroordelingen mocht voldoen, met een maximum van € 100.000, -.

Proceskosten

4.17. De rechtbank heeft Duijsens veroordeeld in de proceskosten van eerste aanleg overeenkomstig art. 1019h Rv. Nu het hof het vonnis op diverse punten vernietigt en de vorderingen van Duijsens voor een groot deel zal toewijzen, is het hof van oordeel dat Duijsens ook in eerste aanleg als grotendeels in het gelijk gestelde partij heeft te gelden, zodat Broeren zal worden veroordeeld in de proceskosten van eerste aanleg overeenkomstig art. 1019h Rv. De kosten aan de zijde van Duijsens zijn begroot op € 20.000, - excl. BTW. Broeren heeft verzocht om ten aanzien van de proceskosten in eerste aanleg aansluiting te

zoeken bij het indicatietarief voor een eenvoudige bodemzaak. Het hof is echter van oordeel dat het hier niet om een eenvoudige zaak gaat, mede gelet op de hoeveelheid werken die in deze procedure aan bod zijn gekomen en de aard en (juridische) complexiteit van de zaak. Ook de kosten van € 14.500,- van Broeren zelf liggen in eerste aanleg aanzienlijk hoger dan de € 10.000,- die op grond van de indicatietarieven geldt voor een eenvoudige bodemzaak. Het hof acht de door Duijsens begrote kosten al met al redelijk en evenredig en zal deze conform toewijzen.

4.18. In haar memorie van grieven heeft Duijsens gevorderd Broeren op grond van art. 1019h Rv te veroordelen in de kosten van het hoger beroep, te fixeren op € 10.000,-, te vermeerderen met de griffierechten en de nakosten. In zijn memorie van antwoord tevens houdende incidenteel beroep heeft Broeren gevorderd Duijsens op grond van art. 1019 h Rv te veroordelen in de volledige kosten van het hoger beroep, door partijen gefixeerd op € 10.000,-. In haar memorie van antwoord in het incidenteel appel heeft Duijsens de veroordeling verzocht van Broeren op grond van 1019h Rv in de volledige kosten van het incidenteel appel. Van deze kosten heeft Duijsens geen specificatie in het geding gebracht. Onder deze omstandigheden begrijpt het hof de gevorderde proceskostenveroordeling aldus dat partijen de totale kosten van zowel het principaal als het incidenteel appel hebben gefixeerd op € 10.000,-. Het hof acht deze kosten, gezien de omvang en complexiteit van de onderhavige zaak, evenredig. Nu Broeren als de grotendeels in het ongelijk gestelde partij heeft te gelden van zowel het principaal als het incidenteel appel, zal het hof Broeren veroordelen in voornoemde, door partijen gefixeerde kosten van het hoger beroep, vermeerderd met de griffierechten en nakosten.

4.19. De vordering van Duijsens die betrekking heeft op de terugbetaling van de aan Broeren betaalde proceskosten van € 14.500,-, vermeerderd met de wettelijke rente conform art. 6:119 BW vanaf de dag van betaling tot aan de dag van volledige terugbetaling, zal het hof, gelet op het voorgaande, eveneens toewijzen.

5. De uitspraak

Het hof:

op het principaal en incidenteel appel

bekrachtigt het vonnis waarvan beroep voor zover dat betrekking heeft op de drie werken die als producties 6a, 6b en 6c van Duijsens in het geding zijn gebracht (dictum onder 5.1 van het bestreden vonnis);

vernietigt het vonnis waarvan beroep voor het overige;

in zoverre opnieuw rechtdoende:

1) verklaart voor recht dat de werken van Broeren, zoals bedoeld in de rechtsoverwegingen 4.11.4 en 4.11.9 van dit arrest, inbreuk maken op het aan Duijsens toekomend auteursrecht;

2) verklaart voor recht dat Broeren onrechtmatig handelt jegens Duijsens door het vervaardigen en exploiteren van de werken waarvan door Duijsens afbeeldingen zijn overgelegd in productie 7 en productie 13 pagina 1 onderaan, pagina's 2 boven en onderaan, pagina 3 bovenaan en pagina 4 boven en onderaan;

-
- 3) veroordeelt Broeren om met onmiddellijke ingang na betekening van dit arrest zich te onthouden van iedere directe of indirecte inbreuk op het auteursrecht van Duijsens op de ten processe middels producties aan de orde gestelde schilderijen van Duijsens;
- 4) veroordeelt Broeren om met onmiddellijke ingang na betekening van dit arrest zich te onthouden van elke wijze van openbaar maken, verkopen, te koop aanbieden van door Broeren vervaardigde schilderijen en/of zeefdrukken die een slaafse nabootsing zijn van de ten processe middels producties aan de orde gestelde schilderijen van Duijsens en daarop voorkomende figuren;
- 5) veroordeelt Broeren om uiterlijk binnen 30 dagen na betekening van dit arrest aan de advocaat van Duijsens, mr. R.S. Le Poole te Amsterdam, te doen toekomen een schriftelijke, door een onafhankelijke registeraccountant gecontroleerde en gewaarmerkte opgave van de volgende informatie:
- a) het aantal van de bij Broeren nog aanwezige door hem vervaardigde schilderijen en zeefdrukken die inbreuk maken op of een slaafse nabootsing zijn van de ten processe middels producties aan de orde gestelde schilderijen van Duijsens, onder vermelding van de locatie waar deze werken zich bevinden;
 - b) de vermelding van de naam, adres(sen), e-mailadres(sen), telefoon- en telefaxnummers van iedere derde aan wie Broeren de door hem vervaardigde schilderijen en zeefdrukken die inbreuk maken op of een slaafse nabootsing zijn van de ten processe middels producties aan de orde gestelde schilderijen van Duijsens, op enigerlei wijze heeft geleverd, verkocht, verhuurd of anderszins ter beschikking heeft gesteld;
 - c) de door Broeren behaalde omzet en winst met de door hem vervaardigde schilderijen en zeefdrukken die inbreuk maken op of een slaafse nabootsing zijn van de ten processe middels producties aan de orde gestelde schilderijen van Duijsens;
- 6) veroordeelt Broeren om met de door hem vervaardigde schilderijen en zeefdrukken die inbreuk maken op of een slaafse nabootsing zijn van de ten processe middels producties aan de orde gestelde schilderijen van Duijsens, genoten winst zoals hiervoor sub 5 c bedoeld, binnen 14 dagen na verzending aan mr. R.S. Le Poole van de hiervoor bedoelde opgave af te dragen aan Duijsens, zulks door betaling daarvan op een door Duijsens aan te geven wijze;
- 7) veroordeelt Broeren om alle schilderijen en/of zeefdrukken die inbreuk maken op of een slaafse nabootsing zijn van de ten processe middels producties aan de orde gestelde schilderijen van Duijsens en die zich bevinden bij de hierboven sub 5 b bedoelde derden, met uitzondering van de schilderijen en/of zeefdrukken die Broeren aan derden verkocht heeft, binnen 30 dagen na betekening van dit arrest op zijn kosten terug te nemen;
- 8) veroordeelt Broeren om op zijn kosten, binnen 30 dagen na betekening van dit arrest, zijn totale voorraad schilderijen en/of zeefdrukken die inbreuk maken op of een slaafse nabootsing zijn van de ten processe middels producties aan de orde gestelde schilderijen van Duijsens, alsmede de sub 7 bedoelde schilderijen en zeefdrukken, naar keuze van Duijsens, hetzij ter vernietiging af te staan aan Duijsens, hetzij te vernietigen in aanwezigheid van een gerechtsdeurwaarder en het daarvan opgemaakte proces-verbaal binnen drie werkdagen na de vernietiging toe te zenden aan mr. R.S. Le Poole, voornoemd;
- 9) veroordeelt Broeren tot betaling van een dwangsom van € 1.000, - voor iedere dag of gedeelte van een dag dat Broeren niet voldoet aan of in strijd handelt met de veroordelingen

sub 3 tot en met 8, met dien verstande dat in totaal niet meer dan € 100.000, - aan dwangsommen wordt verbeurd.

10) veroordeelt Broeren in de proceskosten van de eerste aanleg, welke kosten aan de zijde van Duijsens worden begroot op € 20.000 excl. BTW, en bepaalt dat dit bedrag binnen 14 dagen na betekening van dit arrest moet zijn voldaan, te vermeerderen met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW vanaf het einde van voormelde termijn tot aan de dag van volledige voldoening;

11) veroordeelt Broeren om binnen 14 dagen na betekening van dit arrest de door Duijsens aan hem betaalde proceskosten ad € 14.500, - aan Duijsens terug te betalen, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf de dag van betaling door Duijsens tot de dag van volledige terugbetaling;

12) veroordeelt Broeren in de proceskosten van het hoger beroep, welke kosten aan de zijde van Duijsens worden begroot op € 10.000, -, te vermeerderen met € 649, - aan griffierechten, en voor wat betreft de nakosten op € 131, - indien geen betekening plaatsvindt, dan wel op € 199, - in geval van betekening, te voldoen binnen veertien dagen na de datum van dit arrest en indien deze kosten niet binnen de genoemde termijn zijn voldaan, te vermeerderen met de wettelijke rente conform art. 6:119 BW vanaf de dag na afloop van deze termijn tot de dag van volledige voldoening;

verklaart dit arrest, met uitzondering van de verklaringen voor recht, uitvoerbaar bij voorraad;

wijst het meer of anders gevorderde af.

Dit arrest is gewezen door mrs. J.M. Brandenburg, M.A. Wabeke en H. Struik en in het openbaar uitgesproken door de rolraadsheer op 15 november 2011.

griffier

rolraadsheer



w.g. de griffier

w.g. de rolraadsheer

VOOR GROSSE / AFSCHRIFT

Afgegeven aan: adv. app./gointim.: *ms. R.S. Le Poole*

Griffier gerechtshof 's-Hertogenbosch d.d.: *15-11-2011*

Promodis