

LJN: BR4234, Gerechtshof 's-Hertogenbosch , HD 200.080.545

Datum 26-07-2011
uitspraak:
Datum 05-08-2011
publicatie:
Rechtsgebied: Civiel overig
Soort procedure: Hoger beroep
Inhoudsindicatie: Art. 1019h Rv, nevenvorderingen, spoedeisend belang,
proceskostenveroordeling

Uitspraak

GERECHTSHOF 's-HERTOGENBOSCH
Sector civiel recht

zaaknummer HD 200.080.545

arrest van de vierde kamer van 26 juli 2011

in de zaak van

Search Opleidingen B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats],
appellante,
advocaat: mr. C. Jeunink,

tegen:

Aquatest B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats],
geïntimeerde,
advocaat: mr. A.A.H.M. van der Wijst,

op het bij exploit van dagvaarding van 23 december 2010 ingeleide hoger beroep van het door de voorzieningenrechter van de rechtbank 's-Hertogenbosch gewezen vonnis van 29 november 2010 tussen appellante - hierna Search genoemd - als eiseres en geïntimeerde - hierna Aquatest genoemd - als gedaagde.

1. Het geding in eerste aanleg (zaak/rolnr. 220153 / KG ZA 10-723)

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 Search twee grieven aangevoerd en geconcludeerd tot vernietiging van het vonnis waarvan beroep en, kort gezegd, tot alsnog toewijzen van de vorderingen van Search met veroordeling van Aquatest in de kosten in beide instanties overeenkomstig art. 1019h Rv.

2.2. Bij memorie van antwoord heeft Aquatest, onder overlegging van één productie (genummerd 3), de grieven bestreden en voorts gevorderd Search te veroordelen in de kosten in hoger beroep overeenkomstig art. 1019h Rv.

2.3. Partijen hebben hun zaak op 23 juni 2011 doen bepleiten, Search door mr. C. Jeunink en Aquatest door mr. A.A.H.M. van der Wijst. De advocaat van Search heeft gepleit aan de hand van een overgelegde pleitnotitie, die bij de stukken is gevoegd. Voorafgaand aan het pleidooi hebben Search en Aquatest beiden nog een productie toegezonden, inhoudende een declaratie met een specificatie van de in rekening gebrachte werkzaamheden. Deze producties zijn ter gelegenheid van de pleidooizitting in het geding gebracht. Partijen hebben ten slotte uitspraak gevraagd. Zij hebben ermee ingestemd dat het hof arrest wijst op de door Search ten behoeve van het pleidooi overgelegde stukken.

3. De gronden van het hoger beroep

Voor de tekst van de grieven wordt verwezen naar de memorie van grieven.

4. De beoordeling

4.1. In de overwegingen 2.1 t/m 2.9 heeft de rechtbank vastgesteld van welke feiten zij is uitgegaan. Deze feiten zijn in hoger beroep niet betwist, zodat zij ook voor het hof het

uitgangspunt vormen. Het gaat in deze zaak om het volgende.

4.1.1. Search verleent sinds 1997 diensten op gebied van milieu- en asbestvraagstukken. Search ontwikkelt en verzorgt in dit kader ook opleidingen. Search heeft verschillende opleidingsboeken vervaardigd, waaronder de uitgave 'SCA Asbestdeskundige SC-570:2009'. Search is auteursrechthebbende ten aanzien van alle door haar vervaardigde opleidingsboeken en/of uitgaven, derhalve ook ten aanzien van de uitgave 'SCA Asbestdeskundige SC-570:2009'.

4.1.2. Aquatest houdt zich sinds 2005 bezig met asbest- en milieuonderzoek, organisatieadvies, opleidingen en het verlenen van diensten. Aquatest biedt op haar website www.aquatestbv.nl cursusmateriaal aan dat door cursisten en belangstellenden gratis kan worden ingezien en gedownload.

4.1.3. Aquatest heeft op haar website ook de door Search ontwikkelde uitgave 'SCA Asbestdeskundige SC-570:2009' aangeboden, waarbij de 'copyright notice' van Search was verwijderd.

4.1.4. Namens Search is Aquatest bij brief van 31 mei 2010 gesommeerd iedere inbreuk op haar auteursrechten en ieder onrechtmatig handelen jegens Search te staken en gestaakt te houden en daartoe een bijgevoegde onthoudingsverklaring te ondertekenen en retour te zenden.

4.1.5. Aquatest heeft daarop bij brief van 2 juni 2010 aan Search onder meer geschreven: 'Wij handelen niet onrechtmatig jegens Search. Dus is er geen inbreuk op (...)auteursrechten. (...) Door jullie vordering zou er nooit lesmateriaal voor asbestdeskundige of een ander opleidingen kunnen of worden ontwikkeld. (...) We doen niets verkeerd.'

4.1.6. Bij brieven van 2 en 26 augustus 2010 heeft Aquatest Search bericht dat zij zich zal onthouden van inbreuk op de auteursrechten van Search en van onrechtmatig handelen jegens Search. Voor het overige (boeteclausule, schadevergoeding en vergoeding advocaatkosten) voldeed zij niet aan de sommatie van Search van 31 mei 2010.

4.1.7. Nadat Search Aquatest op 19 oktober 2010 in kort geding had gedagvaard, heeft Aquatest op 8 november 2010 een onthoudingsverklaring getekend, waarin tevens een boeteclausule was opgenomen en een vergoeding van advocaatkosten. Deze boete en vergoeding waren lager dan waartoe Search Aquatest op 31 mei 2010 had gesommeerd. Tot vergoeding van schade was Aquatest niet bereid.

4.2. In eerste aanleg heeft Search gevorderd Aquatest - kort gezegd - te veroordelen:

1. onmiddellijk na betekening van het vonnis iedere inbreuk op de auteursrechten van Search te staken en gestaakt te houden;
 2. onmiddellijk na betekening van het vonnis ieder onrechtmatig handelen jegens Search te staken en gestaakt te houden;
 3. binnen 7 dagen na betekening van het vonnis een schriftelijke opgave te verstrekken van het aantal exemplaren van uitgaven van Search dat Aquatest aan haar afnemers heeft verstrekt, alsmede een opgave te verstrekken van het aantal cursisten dat de cursus 'SCA Asbestdeskundige SC-570:2009' heeft gevolgd met de uitgave van Search onder vermelding van de NAW gegevens en de in rekening gebrachte vergoeding onder overlegging van facturen of deugdelijke bewijsstukken;
 4. binnen 14 dagen na betekening van het vonnis op kosten van Aquatest door een registeraccountant de onder 3 bedoelde gegevens te laten controleren en daarover een verklaring op te laten stellen;
 5. tot betaling van een dwangsom van € 5.000,-, dan wel een in goede justitie te bepalen dwangsom, voor iedere dag dat Aquatest de onder 1 t/m 4 verzochte bevelen niet nakomt;
 6. met bepaling van de termijn bedoeld in art. 1019i Rv. op 6 maanden vanaf het in kracht van gewijsde gaan van het vonnis;
 7. tot betaling van de kosten van het geding overeenkomstig art. 1019h Rv.;
- een en ander zo mogelijk uitvoerbaar bij voorraad.

4.3. Bij vonnis van 29 november 2010 heeft de voorzieningenrechter de vorderingen sub 1 en 2 toegewezen onder oplegging van een dwangsom van € 1.000,- per dag waarop Aquatest niet aan de toegewezen vorderingen sub 1 en 2 voldoet en de overige vorderingen afgewezen. De proceskosten zijn door de voorzieningenrechter gecompenseerd in die zin dat iedere partij de eigen kosten draagt. Aan dit oordeel legde de voorzieningenrechter - kort samengevat - ten grondslag dat sprake was van een reële dreiging van inbreuk op het auteursrecht van Search. Verder had Search, volgens de voorzieningenrechter, niets aangevoerd tegenover de betwisting door Aquatest van het gestelde gebruik van cursusmateriaal en het gestelde ontvangen van financiële vergoedingen, zodat de gevorderde opgave en accountantscontrole niet toewijsbaar waren.

4.4. Search is tijdig in hoger beroep gekomen van het bestreden vonnis. In haar memorie van grieven (onder 4) heeft Search aangegeven dat het hoger beroep alleen gericht is tegen de afwijzing door de voorzieningenrechter van de vorderingen sub 3 en 4 (grief 1) en tegen

de compensatie van de proceskosten (grief 2). Ter gelegenheid van het pleidooi heeft Search te kennen gegeven dat haar vorderingen zoals opgenomen in het petitum van haar memorie van grieven sub i en ii in dit hoger beroep niet meer aan de orde zijn en in zoverre als ingetrokken kunnen worden beschouwd. Daarnaast heeft Search desgevraagd opgemerkt dat de gevorderde dwangsom niet € 5.000,-, zoals genoemd onder v van het petitum van de memorie van grieven, maar € 1.000,- bedraagt. Door Aquatest is geen incidenteel appel ingesteld. De rechtsstrijd in hoger beroep is dus beperkt tot de gevorderde opgaven met accountantscontrole (vorderingen 3 en 4) en de proceskosten.

4.5. In de toelichting op haar eerste grief heeft Search aangevoerd dat zij met de gevraagde opgaven haar schade kan begroten. Daarnaast stelt Search met die gegevens te kunnen nagaan wie het cursusmateriaal heeft afgenomen, zodat zij kan voorkomen dat er door die afnemers verdere inbreuken worden gepleegd.

4.5.1. Aquatest betwist dat Search een spoedeisend belang heeft bij toekenning van de thans nog in hoger beroep aan de orde zijnde gevorderde voorzieningen. Aquatest stelt dat zij op haar website geen 'meter' heeft die het aantal bezoekers dat de uitgave van Search heeft gedownload, heeft gemeten. Aquatest stelt geen enkele financiële opbrengst te hebben behaald met het inzage geven of verstrekken van deze uitgave. Aquatest heeft daarnaast gemotiveerd betwist dat zij de cursus voor asbestdeskundige ooit heeft gegeven. Zij heeft in dat verband opgemerkt dat het gestelde in haar memorie van antwoord op dat punt (sub 20) een vergissing bevat; anders dan daar is vermeld heeft Aquatest deze cursus nooit aangeboden op haar website. Zij verwijst daarvoor naar productie 12 van Search, waarin een overzicht is opgenomen van de door Aquatest aangeboden cursussen en waarop de cursus voor asbestdeskundige niet voorkomt. Aquatest heeft voorts ter gelegenheid van het pleidooi toegelicht dat de aangeboden cursus 'DAV-Deskundig Asbest Verwijderaar' een andere cursus is dan de cursus 'Asbest Deskundige' waarop de uitgave 'SCA Asbestdeskundige SC-570:2009' betrekking heeft.

4.5.2. Het hof stelt voorop dat ook in hoger beroep de eisende partij bij elke gevraagde voorziening een spoedeisend belang dient te hebben. Het hof is van oordeel dat Search voldoende spoedeisend belang heeft bij de gevorderde voorzieningen die schadebeperking beogen, zoals de verzochte opgave om verdere inbreuken te voorkomen. Aquatest heeft weliswaar aangevoerd dat ook de systeembeheerders hebben laten weten dat het achterhalen van het aantal keren dat de uitgave is gedownload niet mogelijk is, maar zij heeft die stelling niet onderbouwd met bijvoorbeeld een verklaring van deze systeembeheerders. Het door Aquatest tijdens het pleidooi gedane aanbod om alsnog verklaringen over dit aspect in het geding te brengen, passeert het hof als tardief. Bovendien heeft Aquatest ook tijdens het pleidooi meegedeeld dat zij wel een uitdraai van haar systeembeheerders heeft ontvangen, maar dat zij die niet begreep. Het had echter op haar weg gelegen om dan een toelichting te vragen en de uitdraai met toelichting tijdig in het geding te brengen.

4.5.3. Vaststaat dat de uitgave 'SCA Asbestdeskundige SC-570:2009' van Search met verwijderde copyright notice twee maanden op de website van Aquatest gestaan. De mogelijkheid is daardoor reëel dat derden deze uitgave hebben gedownload en mogelijk verder hebben verspreid of zullen verspreiden. Gelet op het voorgaande heeft Search voldoende (spoedeisend) belang bij een door een accountant gecontroleerde opgave van het aantal afnemers van de uitgave 'SCA Asbestdeskundige SC-570:2009' met hun NAW gegevens. Zoals uit r.o. 4.5.2 volgt, acht het hof het bij de huidige stand van zaken onvoldoende aannemelijk geworden dat het onmogelijk is die opgave te verstrekken. De toewijzing zal worden beperkt tot genoemde uitgave, omdat Search niet aannemelijk heeft gemaakt dat Aquatest andere uitgaven van haar aan derden ter beschikking heeft gesteld. De gevorderde termijn waarbinnen de door een accountant gecontroleerde opgave zou moeten worden verstrekt, is naar het oordeel van het hof te kort. Het hof zal een ruimere termijn bepalen.

4.5.4. Voor zover de gevorderde voorzieningen betrekking hebben op schadebegroting, heeft Search niet een voldoende spoedeisend belang voor toewijzing daarvan in kort geding. Schadebegroting hoort thuis in de bodemprocedure. Bovendien heeft Search, in het licht van de gemotiveerde betwisting van Aquatest, onvoldoende aannemelijk gemaakt dat Aquatest de cursus 'Asbest Deskundige' heeft gegeven. De eerste grief slaagt derhalve gedeeltelijk.

4.6. Met haar tweede grief is Search opgekomen tegen de beslissing van de voorzieningenrechter om de proceskosten te compenseren, in die zin dat iedere partij de eigen kosten dient te dragen. Search heeft daartoe onder meer aangevoerd dat zij in haar hoofdvordering in het gelijk was gesteld door de voorzieningenrechter en dat afwijzing van de nevensvorderingen niet een dusdanige compensatie van de proceskosten rechtvaardigde. Aquatest is van oordeel dat de voorzieningenrechter terecht de proceskosten heeft gecompenseerd als voormeld, omdat beide partijen gedeeltelijk in het gelijk en gedeeltelijk in het ongelijk zijn gesteld.

4.6.1. Uit vaste rechtspraak volgt dat een grief gericht tegen een proceskostenveroordeling in eerste aanleg voldoende belang oplevert in hoger beroep, ook in een kort geding

procedure (vergelijk HR 22 september 2006, NJ 2007,188).

4.6.2. Het hof is van oordeel dat in deze zaak sprake is geweest van een flagrante auteursrechtinbreuk zodat Search terecht haar hoofdvorderingen in eerste aanleg heeft ingesteld. Toewijzing van de hoofdvorderingen van Search leidt er naar het oordeel van het hof toe dat Aquatest in eerste aanleg beschouwd dient te worden als de grotendeels in het ongelijk gestelde partij, zodat zij op grond van art. 237 Rv. in de proceskosten van het geding in eerste aanleg dient te worden veroordeeld. De tweede grief slaagt.

4.6.3. Search heeft in eerste aanleg haar proceskosten op de voet van art. 1019h Rv. begroot op een bedrag van € 5.551,26 (excl. BTW) aan honorarium van haar advocaat, kantoorkosten en belaste verschotten. Mede in het licht van het feit dat de door Aquatest in dit kader begrote kosten van dezelfde orde van grootte zijn (zelfs wat hoger), acht het hof deze kosten redelijk en evenredig. Dat brengt de totale proceskosten op € 6.185,15 (€ 633,89 aan verschotten en € 5.551,26 aan salaris advocaat).

4.7. De slotsom is dat grief 1 slaagt, voor zover deze ziet op de vordering tot opgave met accountantscontrole en accountantsverklaring met betrekking tot het aantal exemplaren van de uitgave 'SCA Asbestdeskundige SC-570:2009' van Search dat door of via Aquatest aan haar afnemers (digitaal of anderszins) is verstrekt, met de NAW gegevens van deze afnemers, en grief 2 volledig slaagt. Het hof zal daarom het vonnis van de voorzieningenrechter van de rechtbank 's-Hertogenbosch van 29 november 2010 - voor zover dat aan het oordeel van het hof is onderworpen - vernietigen voor zover het de genoemde opgave, controle en verklaring en de compensatie van de proceskosten betreft. Voor het overige zal het hof het bestreden vonnis - voor zover dat aan het oordeel van het hof is onderworpen - bekrachtigen.

4.8. Tussen partijen is in confesso dat Search in deze zaak reeds een bodemprocedure aanhangig heeft gemaakt, zodat termijnbepaling conform art. 1019i lid 1 Rv niet meer aan de orde is.

4.9. Nu in onderhavig hoger beroep Search en Aquatest over en weer in het ongelijk zijn gesteld, terwijl - anders dan in eerste aanleg - niet kan worden gezegd dat onderdelen waarin Search ongelijk heeft gekregen van ondergeschikt belang zijn ten opzichte van de onderdelen waarin zij gelijk heeft gekregen, worden de proceskosten in hoger beroep aldus gecompenseerd dat iedere partij de eigen kosten draagt.

5. De uitspraak

Het hof:

1. vernietigt het vonnis waarvan beroep - voor zover dat aan het oordeel van het hof is onderworpen - en uitsluitend voor zover betrekking hebbend op de afwijzing van de vordering tot opgave met accountantscontrole van het aantal exemplaren van de uitgave van Search 'SCA Asbestdeskundige SC-570:2009' dat door of via Aquatest aan haar afnemers (digitaal of anderszins) is verstrekt, met de NAW gegevens van deze afnemers en voor zover betrekking hebbend op de compensatie van de proceskosten, zoals opgenomen in punt 5.7 van het bestreden vonnis;

in zoverre opnieuw rechtdoende:

2. gebiedt Aquatest om binnen veertien dagen na betekening van dit arrest een schriftelijke opgave te verstrekken aan de advocaat van Search van het aantal exemplaren van de uitgave 'SCA Asbestdeskundige SC-570: 2009' dat zij aan haar afnemers (digitaal of anderszins) heeft verstrekt, onder vermelding van de naam, adres en woonplaatsgegevens van deze afnemers, één en ander onder overlegging van deugdelijke bewijsstukken;

3. gebiedt Aquatest om binnen vier weken na betekening van dit arrest op haar kosten een controle te laten uitvoeren door een registeraccountant van de sub 2 van deze uitspraak bedoelde gegevens op basis van haar administratie alsmede een ondertekende verklaring van deze registeraccountant, waarin de juistheid van de opgegeven gegevens wordt bevestigd, toe te sturen aan de advocaat van Search;

4. veroordeelt Aquatest tot betaling van een dwangsom van € 1.000,- (duizend euro) voor iedere dag, een gedeelte van een dag daaronder begrepen, dat zij nalatig blijft aan de onder 1 en/of onder 2 omschreven geboden te voldoen en bepaalt dat boven de som van € 50.000,- geen dwangsom meer wordt verbeurd;

5. veroordeelt Aquatest in de proceskosten van eerste aanleg, aan de zijde van Search begroot op een bedrag van € 6.185,15 (€ 633,89 aan verschotten en € 5.551,26 aan salaris advocaat);

6. bekrachtigt het vonnis waarvan beroep - voor zover aan het oordeel van het hof onderworpen - voor het overige;
7. compenseert de proceskosten in hoger beroep aldus dat iedere partij de eigen kosten draagt;
8. verklaart dit arrest tot zover uitvoerbaar bij voorraad;
9. wijst het meer of anders gevorderde af.

Dit arrest is gewezen door mrs. P.Th. Gründemann, M.A. Wabeke en T. Deurvorst en in het openbaar uitgesproken door de rolraadsheer op 26 juli 2011.