

IN NAAM DER KONINGIN !

vonnis



RECHTBANK AMSTERDAM

Sector civiel recht, voorzieningenrechter

zaaknummer / rolnummer: 524143 / KG ZA 12-1153 HJ/NLA

Vonnis in kort geding van 14 september 2012

in de zaak van

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
EMRYSS B.V.,
gevestigd te Haarlem,
eiseres bij dagvaarding van 24 augustus 2012,
advocaat mr. C.A. IJff te Amsterdam,

tegen

██████████
wonende in de Verenigde Staten van Amerika,
domicilie gekozen hebbende te Amsterdam,
gedaagde,
advocaat mr. M.J. Spit te Amsterdam.

Partijen zullen hierna Emryss en ██████████ genoemd worden.

1. De procedure

Ter terechtzitting van 7 september 2012 heeft Emryss gesteld en gevorderd overeenkomstig de in fotokopie aan dit vonnis gehechte dagvaarding en akte houdende vermeerdering van eis en overlegging producties. ██████████ heeft verweer gevoerd met conclusie tot weigering van de gevraagde voorziening. Beide partijen hebben een pleitnota overgelegd en producties in het geding gebracht. Na verder debat hebben partijen verzocht vonnis te wijzen. Aan het einde van de zitting heeft de voorzieningenrechter bepaald dat de raadvrouw van ██████████ in de gelegenheid werd gesteld tot nader overleg met haar cliënt over de akte houdende vermeerdering van eis en overlegging producties. Tot dinsdag 11 september 2012 12.00 uur kreeg zij om haar standpunten ter zake zo nodig schriftelijk aan te vullen. De raadvrouw van Emryss werd de gelegenheid gegeven tot woensdag 12 september 2012 12.00 uur om hierop schriftelijk te reageren. Op maandag 10 september 2012 heeft de raadvrouw van Emryss een faxbrief met bijlage in het geding gebracht. Op dinsdag 11 september 2012 heeft de raadvrouw van ██████████ een fax met aanvullingen op haar ter zitting ingenomen standpunten in het geding gebracht. Op woensdag 12 september 2012 heeft de raadvrouw van

Emryss een schriftelijke reactie hierop ingebracht. Ter zitting waren aanwezig aan de zijde van Emryss de heer A.N.M. Bakker, directeur, met mr. IJff en aan de zijde van [REDACTED] mr. Spit.

2. De feiten

2.1. De voorzieningenrechter heeft in een kort geding tussen partijen op 8 september 2011 - onder zaaksnummer 472909 / KG ZA 10-1952 - vonnis gewezen. Het dictum van dit vonnis luidt, voor zover van belang:

"In conventie:

7.1. veroordeelt [REDACTED] na betekening van dit vonnis en totdat de bodemrechter uitspraak zal hebben gedaan, al zijn verplichtingen uit de overeenkomst met Emryss na te komen met betrekking tot de bij Emryss reeds verschenen werken in boekvorm en in de Engelse taal, op straffe van een dwangsom van € 1.000,- per dag dat [REDACTED] in gebreke blijft aan deze veroordeling te voldoen, met een maximum van € 50.000,-

7.2. verbiedt [REDACTED] na betekening van dit vonnis en totdat de bodemrechter uitspraak zal hebben gedaan, om (sub)licenties aan derden te verlenen, tenzij hij hiertoe bevoegd is op grond van artikel 6 lid 1 van de overeenkomst, op straffe van een dwangsom van € 5.000,- per overtreding van dit verbod, met een maximum van € 50.000,-
(...)

In reconventie:

(...)

7.8. verbiedt Emryss na betekening van dit vonnis en totdat de bodemrechter uitspraak zal hebben gedaan de door Emryss uitgegeven werken van [REDACTED] zonder schriftelijke toestemming van [REDACTED] te exploiteren op een andere wijze dan haar overeenkomstig de bepalingen van de overeenkomst van 20 maart 1997 is toegestaan, op straffe van een dwangsom van € 5.000,- per overtreding van dit verbod, met een maximum van € 50.000,-

7.9. veroordeelt Emryss na betekening van dit vonnis en totdat de bodemrechter uitspraak zal hebben gedaan, tot het op de tussen partijen gebruikelijke wijze verschaffen van statements en het betalen van royaltyvergoedingen aan [REDACTED] nadat [REDACTED] eerst een onderbouwde opgave heeft gedaan aan Emryss van vergoedingen die hij rechtstreeks van derden heeft ontvangen en van vergoedingen die staan op de derdengeldrekening van mr. IJff, die in mindering mogen worden gebracht op de betalingen door Emryss.
(...)"

- 2.2. [REDACTED] heeft ten laste van Emryss op 4 mei 2012 executoriaal derdenbeslag doen leggen onder ING Bank N.V. (verder ING) ter verzekering en om betaling te verkrijgen van royaltyvergoedingen 1^e en 2^e kwartaal 2012 en kosten tot een totaal van EUR 15.514,11 (waarvan EUR 15.149,50 aan royalties).
- 2.3. [REDACTED] heeft op 3 augustus 2012 aan Emryss een betalingsbevel laten doen om binnen twee dagen royaltyvergoedingen 3^e kwartaal 2012 en kosten te betalen tot een totaal van EUR 7.661,99 (waarvan EUR 7.574,75 aan royalties).
- 2.4. [REDACTED] heeft op 8 augustus 2012 executoriaal beslag doen leggen op roerende zaken van Emryss voor royalty-vergoedingen 1^e, 2^e en 3^e kwartaal 2012 en kosten van in totaal EUR 23.165,61 (waarvan EUR 22.724,25 aan royalties).
- 2.5. Op 9 augustus 2012 heeft [REDACTED] aan Emryss de verkoop doen aanzeggen van de beslagen roerende zaken tegen 14 september 2012. Deze datum is naderhand gewijzigd in 21 september 2012.
- 2.6. In het op 5 september 2012 tussen partijen in de bodemprocedure - onder nummer 475366 / HA ZA 10-3658 - gewezen (tussen)vonnis heeft de rechtbank, voor zover van belang, het navolgende overwogen en beslist:
"in reconventie in de hoofdzaak
- (...)
- 6.25. *Met betrekking tot de geweigerde toestemming voor een vertaling geldt het volgende. Artikel 6 lid 1 sub b van het contract bepaalt dat [REDACTED] zijn toestemming voor het uitbrengen van een vertaling niet op "onredelijke gronden" mag weigeren. De overeenkomst gaat uit van de bevoegdheid van Emryss om in beginsel toestemming te weigeren. Dat impliceert een terughoudende toetsing van de rechtbank op dit punt. [REDACTED] stelt ter onderbouwing van zijn weigering dat hij het vertrouwen in (een samenwerking met) Emryss c.s. was verloren. In het kort geding is echter geoordeeld dat – ongeacht het tussen partijen ontstane geschil – partijen gehouden zijn de overeenkomsten na te komen, totdat in de hoofdzaak uitspraak is gedaan. Daaruit volgt dat de weigering van [REDACTED] om toestemming te geven voor een vertaling niet alleen gebaseerd kan worden op het tussen partijen ontstane geschil en zijn stelling dat de overeenkomst reeds ontbonden was. Die beide omstandigheden zijn immers betrokken in het oordeel van de voorzieningenrechter. Gelet hierop is de rechtbank van oordeel dat er sprake is van een weigering op onredelijke gronden in de zin van het contract.*
- (...)
- 6.31. *Niet in geschil is dat er tussen CMM en CR verschillen bestaan. De rechtbank stelt na een vergelijking van beide werken vast, dat die verschillen zijn ontstaan door het aanpassen van de inhoud en de terminologie van CMM aan de*

huidige stand van de homeopathie en wetenschap en het toevoegen van informatie uit een niet eerder geïncorporeerde bron. Niet gezegd kan worden dat CR ten opzichte van CMM nieuw is (en niet slechts herzien). Bovendien heeft Vermeulen onvoldoende onderbouwd dat de aard en omvang van de wijzigingen maken dat er ten opzichte van CMM sprake is van een "ingrijpende" wijziging in de zin van het contract. Derhalve kan niet worden gezegd dat er een nieuwe overeenkomst gesloten zou moeten worden, zodat de rechtbank van oordeel is dat CR onder de exclusieve licentie in het contract valt

6.32. Door CR door een andere uitgever te laten uitgeven is [REDACTED] tekortgeschoten in de nakoming van zijn verplichtingen uit de overeenkomst met Emryss c.s. Daarmee heeft hij het kort gedingvonnis overtreden en – verder onweersproken – de maximale dwangsom ad € 50.000,00 verbeurd. Datzelfde geldt voor de weigering toestemming te geven voor de Italiaanse vertalingen (zie onder 6.25) De gevorderde verklaring van recht zal derhalve bij eindvonnis worden toegewezen. Nu in conventie in de hoofdzaak een tussenvonnis wordt gewezen, zal deze beslissing in reconventie in de hoofdzaak worden aangehouden, gelet op artikel 138 Rv.

6.33. Zelfs indien in de hoofdzaak zal worden geoordeeld dat de desbetreffende overeenkomsten per 30 maart 2010 rechtsgeldig zijn ontbonden, doet dat niet af aan de verschuldigdheid van reeds verbeurde dwangsommen, nu partijen bij vonnis in kort geding van 8 september 2011 zijn veroordeeld – kort gezegd – de overeenkomsten over en weer na te komen, totdat de bodemrechter uitspraak heeft gedaan."

3. Het geschil

3.1. Emryss vordert na vermeerdering van eis bij vonnis uitvoerbaar bij voorraad:

I primair om het executoriale beslag op de roerende zaken van Emryss alsmede op ING bankrekeningnummer [REDACTED] 12345678 op te heffen;

subsidiair om [REDACTED] te veroordelen:

- het beslag roerende zaken met onmiddellijke ingang op te heffen op straffe van een dwangsom van EUR 5.000,- voor iedere dag dat [REDACTED] hiermee in gebreke blijft;

- het derdenbeslag op ING bankrekeningnummer [REDACTED] 12345678 met onmiddellijke ingang op te heffen op straffe van een dwangsom van EUR 1.000,- voor iedere dag dat [REDACTED] hiermee in gebreke blijft;

II [REDACTED] te bevelen aan Emryss te betalen een bedrag van EUR 100.000,-, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf 19 december 2011, dan wel vanaf heden, tot de dag der voldoening;

III [REDACTED] te veroordelen in de buitengerechtelijke en gerechtelijke kosten, althans een door de voorzieningenrechter te bepalen bedrag, vermeerderd met de nakosten en vermeerderd met de wettelijke rente over de nakosten.

3.2. Emryss stelt hiertoe, kort samengevat, het volgende. Bij verkoop van de beslagen zaken wordt zij onevenredig zwaar getroffen, omdat zij haar bedrijfsvoering dan niet zal kunnen voortzetten. Hierom en onder meer omdat [REDACTED] geen aanspraak heeft op betaling van royalties vanwege de verbeurte van EUR 100.000,- aan dwangsommen op grond van het kort gedingvonnis van 8 september 2011, maakt [REDACTED] oneigenlijk gebruik van de mogelijkheid om beslag te leggen en verkoop aan te zeggen. Nu over de verbeurte van dwangsommen door [REDACTED] in de bodemprocedure is beslist, doch dit niet heeft geleid tot opheffing van de executoriale beslagen, vordert Emryss een bevel tot betaling van EUR 100.000,- aan verbeurde dwangsommen.

3.3. [REDACTED] voert verweer. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

4. De beoordeling

4.1. Omdat in dit geval sprake is van een procedure waarin een voorlopige voorziening wordt gevorderd, zal de voorzieningenrechter artikel 127a lid 1 en lid 2 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) - waarin is bepaald dat aan het niet tijdig betalen van het griffierecht consequenties worden verbonden - buiten beschouwing laten. Toepassing van deze bepaling zou immers, gelet op het belang van een of beide partijen bij de toegang tot de rechter, leiden tot een onbillijkheid van overwegende aard.

4.2. Bij de faxbrief van maandag 10 september 2012 rond half vier in de middag van de raadvrouw van Emryss is een productie bijgesloten, betreffende een schrijven van ING aan Emryss van 6 september 2012. In dit schrijven valt te lezen dat in verband met door [REDACTED] op tegoed van Emryss bij ING op 22 oktober 2010 en op 4 mei 2012 gelegd beslag, in opdracht van Groot & Evers Gerechtsdeurwaarders een bedrag van EUR 2.613,99 van de rekening van Emryss naar de rekening van de deurwaarders is overgemaakt en dat daarmee het beslag als opgeheven kan worden beschouwd.

In de faxbrief staat dat Emryss haar vordering vermeerdert met een bedrag van EUR 2.613,99, waarop volgens haar ten onrechte door [REDACTED] beslag zou zijn gelegd. Verder staat er in dat Emryss het schrijven van ING pas na, naar de voorzieningenrechter begrijpt, de kort gedingzitting van 7 september 2012 heeft ontvangen en dat ter zitting niet is gemeld dat eerdergenoemd beslag inmiddels was opgeheven.

Met betrekking tot voormelde faxbrief wordt in het faxbericht van dinsdag 11 september 2012 rond twaalf uur in de middag van de raadvrouw van Vermeulen opgemerkt *“dat een kort geding als het onderhavige zich niet leent voor eiswijzigingen nadat de zitting heeft plaatsgevonden”*.

In haar fax van woensdag 12 september 2012 van rond twaalf uur in de middag heeft de raadvrouw van Emryss de eiswijziging meer “aangekleed”.

4.3. De voorzieningenrechter overweegt dat voor de eisenwijziging nadat de terechtzitting heeft plaatsgevonden geen plaats is. Gezien de zeer korte termijn voor vonnis en van aanzegging verkoop als hiervoor weergegeven onder 2.5, acht de voorzieningenrechter het in strijd met de goede procesorde om een eisvermeerdering, ten aanzien waarvan nog aan de vereisten van hoor en wederhoor dient te worden voldaan, thans toe te staan.

4.4. De opheffing van het bankbeslag betekent dat het in deze procedure thans nog gaat om de vordering met betrekking tot betaling van de dwangsommen ten bedrage van EUR 100.000,- en met betrekking tot opheffing van het - hiervoor onder 2.4 weergegeven - executoriale beslag op roerende zaken van Emryss.

4.5. De gevorderde voorziening tot betaling van de dwangsommen strekt tot betaling van een geldsom. Voor toewijzing van een dergelijke vordering is in kort geding slechts plaats, als het voldoende aannemelijk is dat de bodemrechter de vorderingen zal toewijzen en uit hoofde van onverwijlde spoed een onmiddellijke voorziening is vereist.

De voorzieningenrechter is van oordeel dat Emryss bij deze vordering een voldoende spoedeisend belang heeft, nu in de bodemprocedure op 5 september 2012 is beslist, zoals hiervoor weergegeven onder 2.6 (in rechtsoverwegingen 6.32 en 6.33), dat de gevorderde dwangsommen door [REDACTED] zijn verbeurd. Hierbij komt dat Emryss tengevolge van de gewraakte gedragingen van [REDACTED] haar omzetten ziet dalen en Emryss een executoriale verkoop van haar roerende zaken door [REDACTED] boven het hoofd hangt.

Bij kortgedingvonnis van 8 september 2011 is Emryss, zoals hiervoor weergegeven onder 2.1, onder meer veroordeeld tot het betalen van royalties aan [REDACTED] totdat de bodemrechter uitspraak zal hebben gedaan. Op dit onderdeel is dat in de bodemprocedure nog niet gebeurd. Emryss is zich op enig moment tegen de royalty-aanspraken door Vermeulen gaan verweren met een beroep op opschorting in verband met een tegenvordering op grond van vermeende, door [REDACTED] verbeurde dwangsommen. Nadat op grond van het (tussen)vonnis in de bodemprocedure vaststond dat, anders dan [REDACTED] zelf kennelijk meent, door [REDACTED] dwangsommen tot een bedrag van EUR 100.000,- zijn verbeurd, heeft Emryss haar eis in onderhavige procedure vermeerderd met een vordering tot betaling van het met die dwangsommen gemoeide bedrag. Uit het partijdebat op dit punt leidt de voorzieningenrechter af, dat Emryss haar beroep op opschorting daarmee heeft doen uitmonden in een beroep op verrekening met de royalty-aanspraken van Vermeulen.

4.6. Ook is voldoende aannemelijk dat de bodemrechter de vorderingen zal toewijzen. De bodemrechter heeft immers daarover zoals vermeld zijn oordeel reeds gegeven. De voorzieningenrechter is verplicht zijn oordeel ter zake van de verbeurde dwangsommen af op dat van de bodemrechter. Daarom moet er in dit geding vanuit worden gegaan dat Vermeulen EUR 100.000,- aan dwangsommen heeft verbeurd.

Anders dan [REDACTED] kennelijk meent, slaagt dus het beroep van Emryss op verrekening van de dwangsomvordering met de royalty-vordering van [REDACTED]. Voor zover [REDACTED] ten verweere met een eigen beroep op verrekening beoogt aan de verrekeningsverklaring van Emryss zijn werking te ontnemen, gaat dit niet op. Het slagen van dit verweer is immers afhankelijk van de uitkomst in de bodemprocedure ter zake, die echter op dit punt nog onzeker is. Daarom moet gezien het bepaalde in art. 6:136 Burgerlijk Wetboek (BW) een beroep op verrekening worden gepasseerd omdat de gegrondheid ervan niet op eenvoudige wijze is vast te stellen.

4.7. Als gevolg van het beroep op verrekening gaan voorshands de wederzijdse vorderingen van [REDACTED] – de royalty-vordering – en Emryss – de dwangsomvordering – tot hun gemeenschappelijk beloop teniet. Nu [REDACTED] aan het kort gedingvonnis van 8 september 2011 aanspraak ontleent op betaling van royalties en door Emryss onvoldoende aannemelijk is gemaakt dat de hoogte van deze aanspraak correspondeert met een ander bedrag – laat staan welk ander bedrag – dan EUR 23.165,61 waarvoor [REDACTED] het executoriaal beslag op de roerende zaken van Emryss heeft doen leggen, zoals hiervoor weergegeven onder 2.4, gaat de voorzieningenrechter ervan uit dat de wederzijdse vorderingen teniet gaan tot een bedrag van EUR 23.165,61. Nu inmiddels is gebleken dat uit het bankbeslag een bedrag van EUR 2.613,99 aan de deurwaarder is overgemaakt, neemt de voorzieningenrechter aan dat dit bedrag aan [REDACTED] zal worden doorbetaald, zodat dit op zijn royaltyvordering in mindering moet worden gebracht; per saldo bedraagt deze EUR 20.511,62.

4.8. Het hiervoor overwogene leidt ertoe dat de vordering tot betaling van de gevorderde geldsom toewijsbaar is tot een bedrag van EUR 79.448,38 (EUR 100.000,- minus EUR 20.511,62). Een mogelijk restitutierisico op dit punt dient, gezien het feit dat [REDACTED] door zijn eigen gedragingen over zich heeft afgeroepen dat dwangsommen verbeurd werden, voor rekening van [REDACTED] zelf te blijven. Reeds om diezelfde reden gaat een beroep op matiging van de dwangsommen niet op. Voor het onthouden van een uitvoerbaar bij voorraadverklaring aan de veroordeling is onvoldoende reden. De wettelijke rente is eerst toewijsbaar vanaf 7 september 2012, nu voor een ingangsdatum van 19 december 2011 geen aanknopingspunt is gegeven.

4.9. Aangezien de vordering waarvoor [REDACTED] het executoriaal beslag op de roerende zaken van Emryss heeft doen leggen door verrekening teniet is gegaan, is er voor deze beslaglegging geen grond meer. De voorzieningenrechter zal het beslag dan ook opheffen.

4.10. Emryss heeft vergoeding van buitengerechtelijke kosten gevorderd. Wat van deze vordering verder zij, bij gebreke van enige concrete onderbouwing ervan kan niet worden vastgesteld dat, laat staan in welke mate buitengerechtelijke werkzaamheden zijn verricht, zodat voor vergoeding daarvan geen plaats is.

4.11. [REDACTED] zal als de overwegend in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de proceskosten. De kosten aan de zijde van Emryss worden begroot op:

- dagvaarding	EUR 76,17
- griffierecht	EUR 1.789,-
- salaris advocaat	EUR 816,-
Totaal	EUR 2.681,17

De nakosten zullen op de navolgende wijze worden toegewezen.

5. De beslissing

De voorzieningenrechter

5.1. heft op het door [REDACTED] gelegde executoriaal beslag op de roerende zaken van Emryss;

5.2. veroordeelt [REDACTED] aan Emryss te betalen EUR 79.448,38, te vermeerderen met de wettelijke rente hierover vanaf 7 september 2012;

5.3. veroordeelt [REDACTED] in de kosten van dit geding, aan de zijde van Emryss tot op heden begroot op EUR 2.681,17;

5.4. veroordeelt [REDACTED] in de na dit vonnis ontstane kosten, begroot op:
- EUR 131,- aan salaris advocaat, vermeerderd met de wettelijke rente met ingang van de vijftiende dag na aanschrijving.
- te vermeerderen, indien betekening van het vonnis heeft plaatsgevonden en onder de voorwaarde dat [REDACTED] niet binnen 14 dagen na aanschrijving door Emryss volledig aan dit vonnis voldoet, met een bedrag van EUR 68,- aan salaris advocaat en de exploitkosten van betekening van het vonnis, vermeerderd met de wettelijke rente met ingang van de vijftiende dag na aanschrijving;

5.5. verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad;

5.6. wijst af het meer of anders gevorderde.

Dit vonnis is gewezen door mr. R.H.C. Jongeneel en in het openbaar uitgesproken in tegenwoordigheid van de griffier mr. N.L. Adam op 14 september 2012.

type: NLA
coll:

UITGEGEVEN VOOR GROSSE
De griffier van de
Rechtbank Amsterdam