

vonnis

RECHTBANK BREDA

Sector civiel recht

zaaknummer / rolnummer: 216818 / KG ZA 10-172

Vonnis in kort geding van 22 april 2010

in de zaak van

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
JB-INFLATABLE BV,
statutair gevestigd en kantoorhoudende te Meppel,
eiseres,
advocaat mr. P. Dalhuisen,

tegen

h.o.d.n.

HAPPY-POINT,
wonende te Breda,
gedaagde,
advocaat mr. R.M. van Rompaey.

Partijen zullen hierna JB en Happy-Point genoemd worden.

1. De procedure

- 1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit de navolgende processtukken:
- de dagvaarding van 24 maart 2010 met producties, genummerd 1 tot en met 11;
 - de bij brief van 6 april 2010 ingediende producties, genummerd 1 tot en met 4, van de zijde van Happy-Point;
 - de brief met bijlage van 6 april 2010 van de zijde van JB;
 - de bij faxbericht van 8 april 2010 ingediende productie, genummerd 12, van de zijde van JB;
 - de mondelinge behandeling gehouden op 8 april 2010;
 - de pleitnota van de zijde van JB;
 - de pleitnota van de zijde van Happy-Point met aangehechte kostenspecificatie.

1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

2. Het geschil

- 2.1. JB vordert - samengevat - bij vonnis uitvoerbaar bij voorraad:
1. Happy-Point te veroordelen de executie van het vonnis van de rechtbank Breda van 6 januari 2010, waarbij de dwangsommen zijn opgelegd, te staken en gestaakt te houden, op straffe van een dwangsom;

2. de uit hoofde van het vonnis van de rechtbank Breda van 6 januari 2010 (verbeurde) dwangsommen op te heffen, althans op te schorten voor onbepaalde tijd, althans te verminderen en/of te matigen tot nihil, althans tot een in goede justitie te bepalen som;

met veroordeling van Happy-Point in de kosten van de procedure ex artikel 1019h Rv.

- 2.2. Happy-Point voert verweer. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

3. De beoordeling

3.1. Op grond van de niet of onvoldoende weersproken stellingen en de overgelegde producties wordt uitgegaan van de volgende feiten:

- De rechtbank Breda heeft op 6 januari 2010 tussen partijen vonnis in kort geding gewezen in de zaak met kenmerk 211838 / KG ZA 09-707 (hierna te noemen: het vonnis). In dit vonnis werd JB geboden zich te onthouden van verdere inbreuk op auteursrechten van Happy-Point op opblaasbare Abraham-pop en Sarah-pop. Het vonnis is onherroepelijk geworden.

- In het vonnis is onder punt 4.2. van het dictum het volgende opgenomen:

'gebiedt JB en Stef-Verhuur ieder voor zich binnen uiterlijk dertig dagen na betekening van dit vonnis aan de advocaat van Happy-Point, mr. R.M. van Rompaey, te doen toekomen een schriftelijke, door een registeraccountant gecontroleerde en gewaarmerkte opgave van de volgende informatie: a. de door of in opdracht van JB en Stef-Verhuur geproduceerde aantallen van de inbreukmakende zaken, allthans -indien JB en Stef-Verhuur de inbreukmakende zaken aantoonbaar niet zelf produceren of doen produceren- de aan JB en Stef-Verhuur geleverde aantallen, nummers, prijzen en leverdata van de inbreukmakende zaken, zulks gerangschikt per leverancier, maker, producent of distributeur van de inbreukmakende zaken, onder overlegging van kopieën van de daarop betrekking hebbende facturen en onder mededeling van adres(sen), e-mailadres(sen), telefoon- en telefaxnummer(s); b. de afnemers (voor zover bekend), alsmede de verkochte en verhuurde aantallen, nummers, prijzen, leverdata en afleveradressen van de inbreukmakende zaken, zulks gerangschikt per afnemer, onder overlegging van kopieën van de daarop betrekking hebbende facturen en onder mededeling van de adres(sen), e-mailadres(sen), telefoon- en telefaxnummer(s); c. de bij JB en Stef-Verhuur nog aanwezige voorraad van de inbreukmakende zaken onder vermelding van de locatie waar de inbreukmakende zaken zich bevinden. Alsmede de aantallen van de inbreukmakende zaken; d. de met de inbreukmakende zaken behaalde omzet en winst;'

- In het vonnis is onder punt 4.6. van het dictum het volgende opgenomen:

'veroordeelt JB en Stef-Verhuur ieder voor zich tot betaling aan Happy-Point van een dwangsom van € 5.000, = voor iedere overtreding van de onder punt 4.1. t/m 4.4. toegewezen geboden, alsook voor iedere dag dat JB en Stef-Verhuur met de gehele of gedeeltelijke nakoming van de onder punt 4.1. t/m 4.4. toegewezen geboden in gebreke blijven, met bepaling dat JB maximaal € 100.000, = en Stef-Verhuur maximaal € 50.000, = aan dwangsommen kan verbeuren;'

- Bij exploit van 18 januari 2010 is het vonnis aan JB betekend.

- Op 29 januari 2010 heeft J.C.S. Otto AA, verbonden aan De Jong & Laan accountants en belastingadviseurs in opdracht van JB rapport uitgebracht. Dit is de "huisaccountant" van JB.

- JB heeft bij brief van 1 februari 2010 dit rapport toegezonden aan Happy Point. De brief vermeldt: "(...) Overeenkomstig het vonnis van 6 januari jl. met zaaknummer: 211838 / KG ZA 09-

707 ontvangt u ingesloten een schriftelijke door een registeraccountant gecontroleerde en
gewaarmerkte opgave van de onder punt 4.2 a,b,c en d gevraagde informatie.(...)"

- In het rapport is onder meer het volgende opgenomen: "(...) In de beslissing van de
voorzieningenrechter is bepaald dat JB-Inflatable B.V. een door een registeraccountant
gecontroleerde en gewaarmerkte opgave moet verstrekken van de in de punt 4.2 a t/m d van het
vonnis beschreven zaken. Het is voor een accountant niet mogelijk de beschreven zaken in de zin van
de wet te controleren. Gezien de beperkte grootte en het ontbreken van voldoende functiescheidingen
binnen de organisatie van de onderneming kan er geen accountantscontrole worden uitgevoerd. (...)
De aard van de opdracht brengt met zich mee dat op het in deze rapportage opgenomen
cijfermateriaal en toelichtingen geen accountantscontrole is toegepast en dat tevens geen
beoordelingsopdracht is uitgevoerd. Een en ander impliceert dat aan onze rapportage geen zekerheid
kan worden ontleend omtrent de getrouwheid van het in deze rapportage opgenomen cijfermateriaal
en toelichting daarop. (...)"

- JB heeft nadien niet alsnog een rapport van een registeraccountant toegezonden aan Happy
Point.

- JB heeft de poppen die zij moest afgeven, in verminkte staat afgegeven: de
verankeringspunten waren door haar verwijderd en de poppen waren door haar bespoten,
met de bedoeling de exploitatie door Happy Point van deze poppen onmogelijk te maken.

- Bij brief van 25 februari 2010 heeft Happy-Point JB gesommeerd om het bedrag van
EUR 11.510,60, zijnde de volgens genoemd rapport van JB behaalde winst, aan haar over te
maken.

- JB heeft op 26 februari 2010 voornoemd bedrag van EUR 11.510,60 overgemaakt op de
bankrekening van de Stichting Beheer Derdengelden o.v.v. Happy-Point.

- Bij exploit van 16 maart 2010 heeft de deurwaarder bevel gedaan verbeurde
dwangsommen te voldoen, tot het maximum van EUR 100.000,00.

- Bij dagvaarding van 16 maart 2010 heeft Happy-Point de bodemprocedure bij de
rechtbank Breda aanhangig gemaakt. In deze dagvaarding is vermeld dat JB dwangsommen
tot het maximumbedrag heeft verbeurd omdat zij heeft nagelaten middels een
registeraccountant te voldoen aan punt 4.2. van het dictum en omdat JB poppen verminkt
zou hebben afgegeven.

3.2. *Overtreding van het gebod ten aanzien van rapportage door een registeraccountant?*

Anders dan JB en conform de stellingname van Happy Point is de voorzieningenrechter van
oordeel dat sprake is van overtreding van het gebod tot het overleggen van een rapportage
door een registeraccountant.

Het betreffende gebod is zeer concreet in de aanwijzing van de hoedanigheid van de
rapporteur: een registeraccountant. Van algemene bekendheid is dat dit een specifiek
omschreven beroepsgroep is.

Dit gebod is gegeven op vordering van Happy Point. JB had tijdens het vorige kort geding
hierop verweer kunnen voeren en alternatieven kunnen voorstellen. Zij kan niet achteraf in
een executiegeschil dat debat gaan voeren.

De keuze voor een registeraccountant bij een nevenvordering als deze is in een IE kort
geding zeer gebruikelijk. De partij op wiens auteursrecht inbreuk is gemaakt, wenst
informatie met het oog op de schadevergoeding en winstafdracht. Zij ziet ervan af om zelf
inzage te vragen in de administratie van haar concurrent en staat toe dat de haar toekomstige

informatie wordt vergaard en getoetst door een derde. Zij kiest voor de soort accountant die haar de hoogst mogelijke graad van vertrouwen verschaft; een registeraccountant. Naar doel en strekking van deze veroordeling en naar redelijkheid en billijkheid is geen andere uitleg te volgen dan de letterlijke: er dient gerapporteerd te worden door een registeraccountant, en dus niet door een AA-accountant. Dit rapport, zo staat vast, is er gedurende 20 dagen na verstrijken van de termijn ervoor, niet verschaft, zodat het maximum aan dwangsommen is verbeurd.

3.3. *Vordering ex artikel 611 d Rv.*

Vorenstaand gevolg treedt niet in indien de vordering sub 2 zou worden toegewezen ex artikel 611 d Rv. JB stelt dat zij al het redelijkerwijs mogelijke heeft gedaan om de veroordeling na te komen.

De voorzieningenrechter volgt dit niet, overeenkomstig de stellingname van Happy Point. Er waren immers in Nederland talloze registeraccountants door wie JB de rapportage had kunnen laten verzorgen. Aan JB treft in dit aspect een verwijt. Als ondernemer moet zij het verschil tussen een registeraccountant en een AA-accountant hebben gekend. Zij heeft ook niet gesteld dat zij dit niet kende.

3.4. *Strijd met redelijkheid en billijkheid dan wel misbruik van recht?*

JB stelt vervolgens dat de executie van de dwangsommen misbruik van recht oplevert, meer algemeen in strijd is met de redelijkheid en de billijkheid en dat deze algemene rechtsbeginselen gemeenschappelijk zijn aan het recht van de Benelux-landen en uit dien hoofde mede het eenvormige dwangsommenrecht beheersen.

Het eenvormig Benelux-dwangsommenrecht kent niet een matigingsbevoegdheid op grond van redelijkheid en billijkheid in ruime zin, naast de regeling van artikel 611 d Rv.

Veronderstellenderwijs aannemende dat misbruik van recht, als algemeen leerstuk van het recht der Benelux-landen, wel in de weg zou kunnen staan aan executie van een dwangsom, faalt dat beroep in dit geval op de navolgende feitelijke gronden.

JB voert in de eerste plaats aan dat een registeraccountant niet tot een ander oordeel zou komen dan de AA-accountant in dit geval deed. Dit laatste betwist Happy Point. Zij betwist de juistheid van de inhoud van de rapportage over de aantallen inbreukmakende poppen. Naar haar mening zou een registeraccountant meer diepgaand onderzoek hebben gedaan.

JB heeft niet alsnog een rapportage overgelegd van een registeraccountant. Op dit moment kan dus niet feitelijk vastgesteld worden of een registeraccountant tot hetzelfde oordeel zou komen als de AA-accountant. Reeds om deze reden treft dit argument feitelijk geen doel.

JB voert in de tweede plaats aan dat Happy Point haar, meteen, had moeten meedelen dat zij geen genoegen nam met de rapportage door de AA-accountant. Terecht stelt Happy Point echter dat op haar geen verplichting daartoe rustte. JB wist zelf, althans kon en behoorde te weten dat zij met dit rapport niet voldeed aan de veroordeling. Bovendien is aannemelijk dat de advocaat van Happy Point, zoals gesteld, op de aanbiedingsbrief heeft vertrouwd, de aanbiedingsbrief met de rapportage heeft doorgestuurd

naar Happy Point, en pas later, toen Happy Point de rapportage inhoudelijk ging betwijfelen opmerkte dat het rapport niet was uitgebracht door een registeraccountant. JB heeft Happy Point verwijtbaar in een onjuiste veronderstelling gebracht door de aanbiedingsbrief.

Terecht ook stelt Happy Point dat haar verzoek om het winstbedrag over te boeken dat uit het rapport voortvloeide door JB in redelijkheid niet opgevat kon worden als een acceptatie van de prestatie of als het afstand doen van recht op dwangsommen. Dit gaat in zijn algemeenheid al te ver, maar in dit geval des te meer omdat JB behoorde te beseffen dat Happy Point door haar eigen aanbiedingsbrief in het vertrouwen kon zijn geraakt dat correct was nagekomen.

Gelet op deze feitelijke beoordelingen faalt het beroep op misbruik van recht reeds.

3.5. De vorderingen behoren op grond van het vorenstaande te worden afgewezen, met veroordeling van JB in de kosten van het geding. Het maximum aan dwangsommen is met aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid reeds door de besproken overtreding verbeurd.

Anders dan Happy Point stelt zijn geen dwangsommen verbeurd door de omstandigheid dat de poppen in verminkte toestand zijn afgeleverd. Uit het vonnis blijkt niet of afgifte strekte tot vernietiging dan wel tot eigendomsverkrijging. JB heeft in de door haar gestelde veronderstelling kunnen verkeren dat beoogd werd afgifte ter vernietiging, zodat voor haar niet buiten redelijke twijfel stond dat de met dwangsom versterkte veroordeling ertoe strekte dat zij de poppen intact behoorde af te geven.

3.6. JB zal op grond van artikel 1019h Rv worden veroordeeld in de werkelijke proceskosten van Happy Point, welke onbestreden zijn verantwoord tot een bedrag van EUR 5.773,00 exclusief BTW.

4. De beslissing

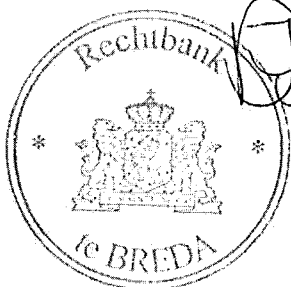
De voorzieningenrechter

4.1. wijst de vorderingen af,

4.2. veroordeelt JB in de proceskosten, aan de zijde van Happy-Point tot op heden begroot op EUR 5.773,00, exclusief BTW,

4.3. verklaart dit vonnis wat betreft de kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

Dit vonnis is gewezen door mr. J.P. Leijten en in het openbaar uitgesproken in tegenwoordigheid van de griffier mr. I.L. Leijten-Puister op 22 april 2010.



Leijten-Puister
" VOOR GROSSE "
Afgegeven aan de advocaat van gedaagde
De griffier de rechtbank te Breda

Leijten