

arrest

GERECHTSHOF AMSTERDAM

Nevenzittingsplaats Arnhem

Sector civiel recht

zaaknummer gerechtshof 200.013.645

(zaaknummer/rolnummer rechtbank 250926 / KG ZA 08-634)

arrest in kort geding van de eerste civiele kamer van 23 augustus 2011

inzake

1. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

Sapph Intimates B.V.,

gevestigd te Amersfoort,

2. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

Underlines B.V.,

gevestigd te Amersfoort,

3. **Robert Emanuel Heilbron**,

wonende te Wassenaar,

appellanten,

advocaat: mr. D.E. Stols,

tegen:

Leendert de Deugd, handelende onder de naam **Revelations**,

wonende te Rotterdam,

geïntimeerde,

advocaat: mr. N.H.G. Beltman.

Partijen zullen worden aangeduid als Sapph c.s., voor appellanten gezamenlijk, en als Sapph, Underlines en Heilbron, voor hen afzonderlijk, onderscheidenlijk De Deugd.

1. Het verdere verloop van het geding in hoger beroep

1.1 Het hof verwijst naar zijn tussenarrest van 5 april 2011. In dat arrest heeft het hof Sapph c.s. opgedragen bij akte het in de bodemprocedure door de rechtbank Utrecht tussen Sapph en De Deugd gewezen eindvonnis van 23 maart 2011 in het geding te brengen, waarbij Sapph c.s. desgewenst nog zouden kunnen ingaan op de betekenis van dat vonnis voor de onderhavige procedure. Voorts heeft het hof Sapph c.s. in de gelegenheid gesteld om bij diezelfde akte de ten pleidooie aangekondigde verklaring als bedoeld in artikel 1019i van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) in het geding te brengen, desgewenst voorzien van een nadere toelichting.

1.2 Op de rol van 3 mei 2011 hebben Sapph c.s. een akte na tussenarrest genomen, waarbij zij de hiervoor bedoelde stukken (het vonnis en de verklaring) in het geding hebben gebracht, voorzien van een korte toelichting.

1.3 De Deugd heeft daarop bij antwoordakte gereageerd.

1.4 Vervolgens hebben Sapph c.s., onder verwijzing naar de door hen reeds ten behoeve van het pleidooi aan het hof gezonden kopie van hun procesdossier, de aanvullende stukken van het geding voor het wijzen van arrest aan het hof overgelegd en heeft het hof arrest op het aangevulde dossier bepaald.

2. De vaststaande feiten

Het hof gaat uit van de feiten die de voorzieningenrechter heeft vastgesteld onder 2.1 tot en met 2.6 van het bestreden vonnis.

3. De nadere motivering van de beslissing in hoger beroep

3.1 Zoals in het tussenarrest is overwogen, dient het hof zijn oordeel in kort geding af te stemmen op het oordeel van de bodemrechter. Ingevolge dit uitgangspunt – dat gelding heeft ongeacht of de oordelen van de bodemrechter kracht van gewijsde hebben verkregen – zal het hof de door De Deugd gevorderde voorzieningen, voor zover deze door de grieven aan de orde zijn gesteld, beoordelen aan de hand van de in de bodemprocedure tussen De Deugd als eiser in conventie, verweerder in reconventie en Sapph als gedaagde in conventie, eiseres in reconventie gewezen vonnissen van de rechtbank Utrecht van 8 september 2010 (hierna ook: het tussenvonnis) en 23 maart 2011 (hierna ook: het eindvonnis).

3.2 In het onderhavige kort geding heeft De Deugd een bedrag van € 31.894,- gevorderd als vergoeding voor de inkomsten die hij heeft gederfd doordat zijn jaarkalender in 2007 niet heeft kunnen verschijnen. Overwegende dat aannemelijk is dat de omstandigheid dat de kalender niet is gedrukt het gevolg is van een tekortkoming van Sapph, heeft de voorzieningenrechter een bedrag van € 5.000,- toegewezen. In de bodemprocedure heeft De Deugd vervolgens het restantbedrag (ad € 26.894,-) gevorderd. De rechtbank was echter (in rechtsoverweging 4.31 van het tussenvonnis) van oordeel dat De Deugd, gelet ook op de betwisting zijdens Sapph, onvoldoende concreet heeft gesteld dat sprake is van een causaal verband tussen hetgeen hij Sapph verwijt en de door hem geleden schade en zij heeft de vordering in het eindvonnis afgewezen. Dit oordeel van de bodemrechter brengt mee dat het bedrag van € 5.000,- met de daarover (subsidiar) gevorderde wettelijke rente, in eerste aanleg ten onrechte is toegewezen, zodat grief 1 slaagt.

3.3 Voorts heeft De Deugd aanspraak gemaakt op betaling van de overeengekomen, maar door Sapph nog niet betaalde, licentievergoeding ter grootte van € 12.000,-. Dit bedrag is in het bestreden vonnis toegewezen en vervolgens door Sapph betaald, waarna De Deugd het niet heeft betrokken in zijn vordering in de bodemprocedure. Dat deze licentievergoeding contractueel is verschuldigd, wordt door Sapph c.s. niet betwist, maar zij achten het onredelijk dat De Deugd vasthoudt aan betaling van het volledige bedrag terwijl Sapph van de licentie slechts beperkt profijt heeft gehad. Voor zover dit verweer berust op de stelling dat een groot deel van de foto's was bestemd voor publicatie in 2008, stuit het af op het oordeel in rechtsoverweging 4.38 van het tussenvonnis in de bodemprocedure. In navolging van dat oordeel gaat het hof ervan uit dat alle uitgeleverde werken (die slechts eenmalig mochten worden gebruikt) in 2007 zijn gepubliceerd. In de enkele omstandigheid dat De Deugd (bij brief van 19 december 2007) Sapph heeft gesommeerd om alle foto's voor 1 januari 2008 van haar website te halen, ziet het hof – ook wanneer het er veronderstellenderwijs met Sapph van uitgaat dat de licentie zich niet tot het kalenderjaar

2007 beperkte – geen reden om (voorshands) te oordelen dat de contractuele betalingsverplichting voor de licentie niet volledig hoeft te worden nagekomen. Daarbij speelt mede een rol dat in de bodemprocedure is vastgesteld dat Sapph heeft nagelaten alle foto's te verwijderen. Het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter dat De Deugd niet langer kan worden gehouden aan de contractueel bepaalde wijze van betaling (in natura), maar betaling in geld kan verlangen wordt in hoger beroep niet kenbaar bestreden. Voor zover vereist, verwijst het hof naar de door de voorzieningenrechter (onder 4.9 tot en met 4.11) gegeven motivering en maakt die tot de zijne. Grief 2 slaagt dus niet.

3.4 Van het door De Deugd gevorderde voorschot van € 10.000,- op de hem toekomende vergoeding wegens meerwerk heeft de voorzieningenrechter in het bestreden vonnis een bedrag van € 9.000,- toegewezen. Daartoe overwoog de voorzieningenrechter het in hoge mate aannemelijk te achten dat de bodemrechter (in elk geval) dit bedrag zou toewijzen, nu De Deugd in opdracht van Sapph negen extra achtergrondonderwerpen/locaties heeft vervaardigd, waarvoor een meerprijs geldt van € 1.000,- voor iedere locatie. In rechtsoverweging 4.28 van het tussenvonnis heeft de rechtbank dit bedrag inderdaad toewijsbaar geoordeeld, met dien verstande dat het niet tot een veroordeling is gekomen omdat Sapph het bedrag (uit hoofde van het bestreden kort geding vonnis) reeds had voldaan en De Deugd het niet in zijn vordering had betrokken. Dit betekent dat grief 3 faalt.

3.5 Grief 4 ziet op het in eerste aanleg aan Sapph opgelegde verbod om (verder) gebruik te maken van het fotomateriaal van De Deugd zonder diens toestemming, aan welk verbod een dwangsom was verbonden van € 2.000,- per overtreding en van € 500,- voor iedere dag dat de overtreding voortduurt, een en ander met een maximum van € 100.000,-. Dit verbod is inmiddels (op 16 maart 2010) vervallen met het uitbrengen van de onder 1.2 genoemde verklaring ex artikel 1019i Rv door de advocaat van Sapph c.s. Voor zover nog van belang overweegt het hof dat het verbod terecht is uitgesproken, gelet op de door Sapph gepleegde inbreuken op de auteursrechten van De Deugd, zoals vastgesteld in het bestreden vonnis en in de bodemprocedure. Dit betekent dat ook deze grief vergeefs is voorgesteld.

3.6 Sapph c.s. zijn, ook bij het slagen van grief 1 en de daaruit voortvloeiende afwijzing van de vordering inzake de gederfde inkomsten uit de kalenderverkoop, te beschouwen als de in eerste aanleg overwegend in het ongelijk gestelde partij. Grief 5 leidt dan ook niet tot een wijziging van de in eerste aanleg uitgesproken proceskostenveroordeling.

3.7 Het door Sapph c.s. gedane bewijsaanbod wordt gepasseerd, reeds omdat dit kort geding zich, anders dan de bodemprocedure, niet leent voor bewijslevering.

4. Slotsom

Nu grief 1 slaagt, zal het bestreden vonnis moeten worden vernietigd teneinde de vordering wegens gederfde inkomsten uit de kalenderverkoop en daarover gevorderde wettelijke rente ex artikel 6:119 van het Burgerlijk Wetboek (BW) alsnog af te wijzen. Voor het overige dient het bestreden vonnis te worden bekrachtigd.

Als de overwegend in het ongelijk gestelde partij zullen Sapph c.s. worden veroordeeld in de kosten van het hoger beroep.

5. De beslissing

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

vernietigt het tussen partijen gewezen vonnis van de voorzieningenrechter in de rechtbank Utrecht van 23 juli 2008, doch uitsluitend voor zover daarbij Sapph op vordering van De Deugd is veroordeeld tot betaling aan De Deugd van een schadeloosstelling voor de gedeerde inkomsten van de kalenderverkoop ten bedrage van € 5.000,-, vermeerderd met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW vanaf 25 juni 2008 en in zoverre opnieuw recht doende;

wijst de bedoelde (onder 3.1 sub b en h van het bestreden vonnis weergegeven) vordering van De Deugd alsnog volledig af;

bekrachtigt voornoemd vonnis voor het overige;

veroordeelt Sapph c.s. in de kosten van het geding in hoger beroep, tot aan deze uitspraak aan de zijde van De Deugd begroot op € 1.148,- voor griffierecht en op € 3.474,- voor salaris van de advocaat overeenkomstig het liquidatietarief;

verklaart dit arrest uitvoerbaar bij voorraad.

Dit arrest is gewezen door mrs. F.W.J. Meijer, A. Smeeïng-van Hees en A.A. van Rossum, en is in tegenwoordigheid van de griffier in het openbaar uitgesproken op 23 augustus 2011.



Uitgegeven voor eerste grosse
aan mr. Beltman
advocaat voor
De Griffier van het Gerechtshof
te Amsterdam,
nevenzittingsplaats ARNHEM