



Een ex parte cross-border verbod tegen een galeriehouder in Kopenhagen

Noot bij vzr. Rechtbank 's-Gravenhage, 27 januari 2011, [B9 9452](#) (Vuitton/ Plesner)

Richard Ebbink

Inleiding

Bij ex parte beschikking van 27 januari 2011 heeft de voorzieningenrechter te 's-Gravenhage aan twee gerkwestreerden bevolen “*iedere inbreuk in de Europese Unie*” te staken op een gemeenschapsmodel met betrekking tot een dessin. Een kopie van de beschikking is te vinden op [Boek9.nl](#) (B9 9452).

De twee gerkwestreerden zijn Nadia Plesner Joensen en Eloise Florio. De eerste is een kunstenares die een eenmanszaak in Nederland heeft. De tweede is een galeriehouder in Kopenhagen. Naar hun namen te oordelen zijn noch de kunstenares noch de galeriehouder in Nederland geboren. Verzoekster is het vermaarde Franse modehuis Louis Vuitton (hierna ook: LV).

Onderwerp van geschil is het dessin van een tas. Om de aandacht te vestigen op ‘Darfur’ heeft de kunstenares een schilderij gemaakt met daarin een afbeelding van een naakte zwarte kleuter aan wier (of wiens) arm een exclusieve damestas tas hangt. Het dessin van die tas wekt volgens Louis Vuitton bij de geïnteresseerde gebruiker geen andere algemene indruk dan een geregistreerd dessin van LV doet en valt daarom onder de draagwijdte van dit model (artikel 10 lid 1 GModVo).

In januari van dit jaar hield de galeriehouster in haar galerie te Kopenhagen een tentoonstelling van schilderijen van de kunstenaar, waaronder het schilderij met de Darfur-afbeelding. De schilderijen waren ook te koop. Op uitnodigingen voor deze tentoonstelling stond de Darfur-afbeelding (zie de kleurafbeelding op p. 13 van de beschikking). Verder stelt LV dat zowel de galeriehouster als de kunstenaar in heel Europa T-shirts en posters te koop aanbieden met daarop dezelfde afbeelding.

Louis Vuitton ziet hierin verschillende vormen van gebruik van haar geregistreerde dessin zodat inbreuk op haar exclusieve gemeenschapsmodelrecht wordt gemaakt. Zij vraagt op 26 januari 2011 aan de voorzieningenrechter te Den Haag om een verbod voor heel Europa tegen zowel de galeriehouster als de kunstenaar in een procedure niet op tegenspraak ('ex parte'). De beide verboden, uitvoerbaar bij voorraad op straffe van een dwangsom, worden haar de volgende dag bij beschikking verleend.

De verweten gedragingen

Aan het verzoekschrift dat aan de Haagse ex parte beschikking ten grondslag ligt en dat de hoofdmoot van de beschikking uitmaakt, kan wat de betrokken gedragingen betreft het volgende worden ontleend.

Louis Vuitton verwijt *de galeriehouster* 1) dat zij in haar galerie in Kopenhagen een schilderij aanbiedt waarin de Darfur-afbeelding (met 'namaaktas') is opgenomen, 2) dat zij de Darfur-afbeelding gebruikt op uitnodigingen voor deze tentoonstelling, 3) dat zij de afbeelding op een website heeft geplaatst, en 4) dat zij in haar galerie T-shirts en posters met de Darfur-afbeelding te koop aanbiedt.

Louis Vuitton verwijt *de kunstenaar* dat zij de Darfur-afbeelding op een aantal websites en op haar facebookpagina heeft opgenomen. Verder *suggereert* LV dat ook de kunstenaar de uitnodigingen met afbeelding voor de tentoonstelling verspreidt en dat ook zij T-shirts en posters te koop aanbiedt. Uit de tekst van het verzoekschrift wordt niet duidelijk of omtrent die laatste twee aan de kunstenaar verweten gedragingen ook bewijzen (producties) zijn overgelegd.

De territoriale omvang van de gestelde inbreuk – Europawijd – wordt in hoofdzaak gebaseerd op die laatste twee aan beide dames verweten handelingen (uitnodigingen verspreiden en T-shirts en posters te koop aanbieden) "*in Nederland en in de rest van Europa.*"

Uit het verzoekschrift krijgt men de indruk dat die laatste twee handelingen (uitnodigingen verspreiden en T-shirts en posters aanbieden) veeleer *in Denemarken* plaatsvinden en *van de galeriehouster* uitgaan. Dat zou kunnen verklaren waarom LV voor de zekerheid nog in haar verzoekschrift opneemt:

“25. Voor zover voornoemde producten [bedoeld worden de T-shirts en de posters] nog niet in andere Europese landen worden aangeboden of verkocht, bestaat daartoe een reële en concrete dreiging nu [de kunstenaars] voornemens is de tentoonstelling waar de inbreukmakende producten worden aangeboden en verkocht, ook elders in Europa te organiseren.”

Het wordt uit het verzoekschrift niet duidelijk of LV ook bewijzen (producties) heeft overgelegd die licht zouden kunnen werpen op de gestelde ‘Europese’ tentoonstellingsvoornemens van de kunstenaars.

Vrijheid van meningsuiting

Wij weten niet hoe de beide dames zich in Den Haag tegen de vorderingen zouden hebben geweerd. Daartoe hebben zij de gelegenheid niet gekregen alvorens de beschikking met het verbod werd afgegeven. De beschikking van 27 januari vermeldt in het dictum dat er op donderdag 10 februari 2011, 14:00 uur, tijd is gereserveerd voor de behandeling van een eventuele vordering tot opheffing van de eenzijdige verboden. De dagvaarding dient dan wel “uiterlijk op dinsdag 1 februari 2011, 16:00 uur” betekend te zijn. Het lijkt erop dat de galeriehoudster en de kunstenaar van die gelegenheid geen gebruik hebben gemaakt.

Van de kunstenaar waren, aldus het verzoekschrift, een aantal verweren bekend uit een eerdere procedure over in wezen dezelfde afbeelding die zich in 2008 in Parijs heeft afgespeeld en die heeft geleid tot een ex parte verbod van de Parijse rechter van 25 maart 2008. Uit de Parijse beschikking – die is overgelegd als productie - is in het verzoekschrift enkel het dictum opgenomen.

Uit dat dictum blijkt niet (uit de Nederlandse beschikking ook niet) op welke grond de Parijse rechter zich jegens de kunstenaar bevoegd achtte en waarom hij een belang dat een ex parte voorziening zou rechtvaardigen aanwezig achtte. Uit het Franse dictum wordt ook niet duidelijk of het verbod zich uitstreckte tot Frankrijk of tot de gehele EU. Wel meldt het verzoekschrift dat het Franse ex parte verbod als gevolg van een schikking met de kunstenaar van later dat jaar (2008) zijn gelding had verloren.

De verweren van de kunstenaar uit 2008 zagen volgens het verzoekschrift in hoofdzaak op de vrijheid van meningsuiting als rechtvaardigingsgrond. Over eventuele verweren van de galeriehoudster vermeldt het verzoekschrift niets, zodat wij moeten aannemen dat LV van haar geen verweren bekend waren.

De vrijheid van meningsuiting is een fundamenteel recht in de Europese rechtsorde. Een bespreking van de merites ervan in de concrete omstandigheden van de voorliggende casus gaat het kader van deze annotatie te buiten. Volstaat de constatering dat het onder de omstandigheden van het geval op het eerste gezicht geen frivool verweer zou zijn. En daarmee een verweer dat men zou willen horen alvorens het te beoordelen.

Voldoende belang bij een ex parte verbod?

Het is geen eenvoudige opgave voor een rechthebbende op een intellectueel eigendomsrecht – en behoort dat ook niet te zijn – uit te leggen aan de rechter waarom zijn inbreukvordering in aanmerking zou moeten komen voor voorlopige toewijzing *zonder* dat de vermeende inbreukmaker wordt gehoord.

Ook het recht op wederhoor is immers een fundamenteel recht in de Europese rechtsorde.

Wanneer is sprake van een zodanig groot en spoedeisend belang dat een zaak niet op een beslissing kan wachten tot nadat de wederpartij, hoe summierlijk ook, op de aanklacht is gehoord?

In het verzoekschrift ging LV liggen voor het anker van *onherstelbare* schade en een spoedeisend belang. Schade zou ontstaan omdat er een koppeling zou worden gemaakt “*tussen Louis Vuitton en haar producten enerzijds en de situatie in Darfur anderzijds.*” Waarom die schade onherstelbaar zou zijn, wordt niet toegelicht. Over het spoedeisend belang meldt het verzoekschrift:

7. “(...) *De tentoonstelling waar de verkoop van de inbreukmakende producten momenteel plaatsvindt, is nog gedurende beperkte tijd open, zodat een spoedvoorziening noodzakelijk is om de rechten van Louis Vuitton te beschermen.*”

Eerder wordt in het verzoekschrift over de tentoonstelling gezegd dat deze “*(in elk geval) tot eind januari 2011*” loopt. De betrokken “beperkte tijd” was op het moment van afgeven van de beschikking – 27 januari 2011 - dus nog een kwestie van dagen.

Ten eerste verdient opmerking dat de gestelde ‘noodzaak’ enkel de tentoonstelling in Denemarken geldt.

Tegelijkertijd roept de nog zeer korte duur van de Kopenhaagse tentoonstelling de gedachte op dat een belang bij een onverwijld voorziening bij voorraad over enkele dagen niet meer bestaat; zonder dat daarvoor rechterlijk ingrijpen benodigd is. Maakt die omstandigheid de vordering niet juist *minder* urgent? Het rechtsleven vertoont wel vaker dit soort paradoxen.

Bevoegdheid

De kunstenaar heeft een eenmanszaak welke gevestigd is in Nederland. De voorzieningenrechter kan zijn bevoegdheid met betrekking tot de kunstenaar dan ook op artikel 82 lid 1 GModVo baseren, wat is gebeurd. De rechter van vestigingsplaats van de gedaagde heeft krachtens artikel 83 lid 1 GModVo een grensoverschrijdende bevoegdheid (een bevoegdheid die zich uitstrekt tot het grondgebied van alle lidstaten).

Is de Haagse rechter ook bevoegd kennis te nemen van de ‘Europese’ vorderingen die de Franse verzoekster tegen de galeriehoudster wil doen gelden?

De galerie staat in Denemarken en uit niets blijkt dat de galeriehoudster (ook) een woon- of vestigingsplaats in Nederland heeft.

Eveneens uit niets blijkt dat de galeriehoudster inbreuk zou maken in Nederland. Als zij dat *wel* zou doen, zou bevoegdheid jegens haar kunnen worden ontleend aan artikel 82 lid 5 GModVo. Een dergelijke bevoegdheid – gebaseerd op de *locus delicti* – is echter beperkt tot het nationale territoir van de betrokken rechter (artikel 83 lid 2 GModVo).

Wat de bevoegdheid van de Haagse rechter met betrekking tot de galeriehoudster betreft deed LV daarom een beroep op artikel 6 lid 1 van Verordening (EG) No 44/2001 (hierna: EEX-Vo), welke bepaling van welke verordening volgens artikel 82 lid 1 jo. 79 GModVo – dat nog spreekt van het EEX-Verdrag - “onverminderd” geldt.

Artikel 6 lid 1 EEX-Vo luidt als volgt:

“[Een persoon die woonplaats heeft op het grondgebied van een lidstaat, kan in een andere lidstaat ... worden opgeroepen: (...)]. Artikel 6. Deze persoon kan ook worden opgeroepen: 1. indien er meer dan één verweerder is: voor het gerecht van de woonplaats van een hunner, op voorwaarde dat er tussen de vorderingen een zo nauwe band bestaat dat een goede rechtsbedeling vraagt om hun gelijktijdige behandeling en berechting, teneinde te vermijden dat bij afzonderlijke berechting van de zaken onverenigbare beslissingen worden gegeven;“

Het HvJ heeft artikel 6 lid 1 EEX-Verdrag/EEX-Vo (in verschillende versies) een aantal keren uitgelegd. In casu zijn vooral de zaken C-189/87 (Kalfelis/Schröder), C-539/03 (Roche/Primus) en C-98/06 (Freeport/Arnoldsson) van belang.

Terugkerende overwegingen in deze arresten zijn dat het rechtszekerheidsbeginsel een van de doelstellingen van het verdrag is, dat het artikel ten opzichte van de hoofdregel van artikel 2 (de rechter van woonplaats) een uitzonderingskarakter draagt, dat deze uitzondering eng moet worden uitgelegd, dat de bevoegdheidsregels zeer voorspelbaar moeten zijn en dat woonplaatsbevoegdheid altijd aanwezig moet zijn behoudens enkele duidelijk omschreven situaties die met het onderwerp van het geschil te maken hebben (*Freeport*, alinea 36).

In *Kalfelis* heeft het hof vastgesteld dat de uitzondering toepassing kan vinden als sprake is van een zodanig verband tussen de vorderingen tegen de verschillende verweerders dat een goede rechtsbedeling vraagt om hun gelijktijdige behandeling om onverenigbare beslissingen te vermijden (alinea’s 12 en 13). In *Roche* heeft het HvJ vervolgens uitgelegd dat beslissingen niet reeds onverenigbaar kunnen worden geacht op de grond dat er sprake is van een divergentie in de beslechting, maar dat daarvoor bovendien

vereist is “*dat deze divergentie zich voordoet in het kader van eenzelfde situatie, feitelijk en rechtens*” (alinea 26).

Het HvJ eist voor toepassing van artikel 6 lid 1 dus het bestaan van een situatie – een complex van feiten en rechten – die voor de betrokken gedaagden “*eenzelfde*” is.

In de internationale octrooizaak die voorlag in *Roche* was dit volgens het HvJ *niet* zo. Het ging in die casus niet om eenzelfde feitelijke situatie “*aangezien de verweerders verschillen en de hun ten laste gelegde, in verschillende verdragsluitende staten gepleegde octrooi-inbreuken niet dezelfde zijn.*” (*Roche*, alinea 27). In *Roche* werden de betrokken gedaagden wel dezelfde handelingen verweten, maar die werden door *verschillende* gedaagden gepleegd op *verschillende* nationale delen van het betrokken Europese octrooi (een Europees octrooi is nu eenmaal geen unitaire titel).

Dat laatste ligt in het onderhavige geval op het eerste gezicht anders. Het recht over de schending waarvan wordt geklaagd, is een Gemeenschapsmodel en dus een unitaire titel.

In de zaak die voorligt, lijkt het echter niet zozeer om een unitaire modelinbreuk te gaan als wel om de mogelijke rechtvaardiging die daarvoor bestaat. Die rechtvaardiging (de uitingsvrijheid) kan op het eerste gezicht niet ontleend worden aan de Gemeenschapsmodellenverordening zelf, zodat daarvoor geen ‘unitaire’ invulling beschikbaar is. De uitingsvrijheid in de betrokken landen van de EU lijkt veeleer gebaseerd te moeten worden op de betrokken Europese verdragen en grondwetten.

Met de vraag wat in een bepaalde EU lidstaat wel en niet gezegd of wel en niet vertoond mag worden, dient bij voorkeur de rechter van de *woonplaats* van de betrokken verweerder zich in te laten. Die rechter is immers bij uitstek bekend met de feitelijke en juridische situatie ter plekke. Wat de kunstenaar betreft dus de Nederlandse rechter en wat de galeriehoudster betreft de Deense rechter. Waarbij de woonplaatsrechter dus terughoudendheid past als hij tevens geroepen zou zijn de uitingsvrijheid in andere landen te bepalen.

Daarbij komt dat de dames in het onderhavige drama verschillende rollen spelen. De inhoud van het verzoekschrift van Louis Vuitton laat immers voldoende ruimte voor de conclusie dat de situatie voor de ene dame niet dezelfde is als de situatie voor de andere. De ‘Nederlandse’ kunstenaar is wel *de bron* van het veronderstelde kwaad, maar de vermeend schadelijke *handelingen* vinden in hoofdzaak plaats in Denemarken. Daar wordt een tentoonstelling gehouden, in ieder geval daar worden uitnodigingen verspreid en in ieder geval daar worden T-shirts en posters aangeboden.

De vraag naar de mate van identiteit van de situatie voor de beide dames dient de door de aanlegger geadieerde rechter – in casu de Haagse rechter - zelfstandig te onderzoeken. Hij heeft daarbij een discretionaire bevoegdheid.

Anders dan in Nederland wel wordt aangenomen (vgl. voor een recent voorbeeld Rechtbank Den Haag 16 maart 2011, r.o. 4.9 – Lankhorst/Samsonite), lijkt zo’n

onderzoek naar de merites van een bij dagvaarding of verzoekschrift gestelde feitelijke en juridische situatie in ieder geval wat artikel 6 lid 1 betreft niet naar behoren verricht te worden als *enkel* acht wordt geslagen op de *stellingen van de aanlegger bij dagvaarding*.

Volgens het HvJ in *Freeport* (alinea 41):

“Het is aan de nationale rechter om te beoordelen of de verschillende bij hem ingestelde vorderingen samenhangend zijn en dus of er in geval van afzonderlijke berechting gevaar voor onverenigbare beslissingen bestaat. Daarbij dient hij rekening te houden met alle noodzakelijke elementen van het dossier, waartoe hij in voorkomend geval, ook al is dit voor de beoordeling niet noodzakelijk, de rechtsgrondslagen van de bij hem ingestelde vorderingen in de beschouwing zal moeten betrekken.”

In ex parte procedures is de nationale rechterlijke verantwoordelijkheid *“rekening te houden met alle noodzakelijke elementen van het dossier”* uiteraard nog groter. Zonder stuk van de verweerder is er in wezen nog geen dossier. De gedachte dringt zich dan ook op dat toepassing van het bevoegdheidsartikel in een procedure zonder tegenspraak niet past.

Mogelijk dat de feiten bij nader onderzoek de conclusie kunnen dragen dat de situatie voor de beide dames ‘dezelfde’ is. Zij zouden echter ook tot de conclusie kunnen leiden dat LV met haar beroep op artikel 6 lid 1 probeert de Kopenhaagse galeriehoudster van haar nationale rechter (de Deense rechter) ‘af te trekken’. Tegen die mogelijke consequentie van de toepassing van artikel 6 lid 1 verzet zich het rapport Jénard uit 1968 dat als toelichting diende bij invoering van het EEX-Verdrag. Het voorkomen van die consequentie is inmiddels geen voorwaarde meer voor de toepasselijkheid van artikel 6 lid 1, maar heeft het HvJ in *Kalfelis* wel tot het formuleren van de thans in artikel 6 lid 1 opgenomen connexiteitstoets gebracht (vgl. *Freeport*, alinea 53).

Over de vraag naar de mogelijke ‘onverenigbaarheid’ met andere rechterlijke beslissingen van een *voorlopig* cross-border octrooi-inbreukoordeel van de Haagse rechter in het kader van artikel 6 lid 1, gaat het EUHvJ zich hopelijk het komende jaar buigen. Bij vonnis van 22 december 2010 heeft de Rechtbank Den Haag het hof daarover (en over de uitleg van de artikelen 22 lid 4 en 31 EEX-Vo) prejudiciële vragen gesteld (*Solvay/Honeywell*).

In het licht van dit een en ander stelt de enige overweging over artikel 6 lid 1 uit de ex parte beschikking van 27 januari 2011 teleur:

“Gelet op hetzelfde inbreukmakend handelen dat gerekwestreerden verweten wordt en het unitaire karakter van het ingeroepen Gemeenschapsmodelrecht, is de voorzieningenrechter op grond van artikel 6 lid 1 EEX-Vo eveneens bevoegd kennis te nemen van het verzoek dat zich richt tegen [de galeriehoudster].”

Conclusie

Een ex parte ordemaatregel van de Nederlandse voorzieningenrechter op grond waarvan een in Denemarken gevestigde galeriehoudster op straffe van een dwangsom verplicht wordt onverwijld in de samenstelling van een schilderijtentoonstelling in Kopenhagen in te grijpen, is, ook vanuit een internationaal perspectief, geen kleinigheid.

Het is de vraag of de omstandigheden van het geval een grensoverschrijdende ex parte maatregel rechtvaardigen, zowel jegens de ene als jegens de andere gerekwestreerde.

Tot die omstandigheden behoort de vraag of er werkelijk voldoende belang is om het recht op wederhoor niet toe te passen. Tot die omstandigheden behoort ook de vraag naar de internationale grensoverschrijdende bevoegdheid van de Nederlandse rechter (de situatie van de 'Deense' galeriehoudster is op het eerste gezicht niet dezelfde als die van de 'Nederlandse' kunstenaar). Tot die omstandigheden behoort tenslotte de vraag naar een mogelijke rechtvaardiging van de inbreuk. De uitingsvrijheid is een belangrijk en gevoelig grondrecht dat de afgelopen jaren onder vuur ligt, zowel in Nederland als in Denemarken.

Richard Ebbink
Brinkhof

Amsterdam, 20 maart 2011