

Rb Middelburg, 24 januari 2007, Art Bizniz

AUTEURSRECHT

Inbreuk

Inbreuk door dezelfde wandreliëfs te laten maken door andere gipsgieterij.

Inbreuk staat vast nu dezNu Art Bizniz heeft erkend de vormen te hebben gebruikt om dezelfde wandreliëfs op de markt te brengen, gemaakt door een andere gipsen-gieterij (Spiros), en voorts vaststaat dat zij daarvoor geen toestemming heeft gekregen van [eiser in conventie, verweerder in reconventie], staat daarmee de inbreuk op het auteursrecht van (...) vast.

Schadevergoeding en winstafdracht

Het voorgaande leidt tot de conclusie dat de vordering van (...) tot vergoeding van door hem geleden schade kan worden toegewezen tot een bedrag van € 3.150.--, nu deze hoger is dan de winstafdracht in het kader van artikel 27a Aw.

PROCESRECHT

Geen belang bij stakingsbevel

Geen belang meer nu vaststaat dat Art Bizniz de inbreukmakende handelingen heeft gestaakt door alle werken terug te geven

De vordering van [eiser in conventie, verweerder in reconventie] terzake het staken en gestaakt houden van de inbreuk op de auteursrechten van [eiser in conventie, verweerder in reconventie] kan niet worden toegewezen. Immers, tussen partijen staat vast dat Art Bizniz op 7 september 2005 de inbreukmakende handelingen heeft gestaakt door alle werken terug te geven aan [eiser in conventie, verweerder in reconventie]. Derhalve heeft [eiser in conventie, verweerder in reconventie] geen belang meer bij deze vordering.

gecertificeerde registeraccountantsverklaring.

Geoordeeld wordt dan ook dat het rapport van bevindingen beschouwd kan worden als een gecertificeerde registeraccountantsverklaring

(...) heeft de heer [D.] op de eerste pagina aangegeven dat zijn werkzaamheden (...) zijn verricht in overeenstemming met in Nederland aanvaarde richtlijnen inzake opdrachten tot het verrichten van overeengekomen specifieke werkzaamheden. Tevens geeft hij de reikwijdte aan van zijn onderzoek: "Op het cijfermateriaal en de toelichtingen is geen accountantscontrole toegepast (...) anders dan ter zake van de aspecten zoals door ons onderzocht en waarover dienovereenkomstig door ons in deze rapportage wordt gerapporteerd (...)" Hiermee geeft de registeraccountant expliciet aan dat hij wel degelijk uitspraak doet over het door hem onderzochte cijfermateriaal en hetgeen hem door de voorzieningenrechter opgedragen is. Een onderzoek naar de getrouwheid van het overige cijfermateriaal is niet aan de orde en behoorde ook niet tot de opdracht. Uit het rapport volgt dat thans duidelijk is welke nabootsing door de leverancier, Spiros, zijn

geleverd en welke er aan wie zijn verkocht. Bovendien is inzichtelijk gemaakt wat de gemaakte winst is en hoe deze berekend is. Geoordeeld wordt dan ook dat het rapport van bevindingen beschouwd kan worden als een gecertificeerde registeraccountantsverklaring.

Vindplaatsen: LJN: [AZ8608](#)

Rb Middelburg, 24 januari 2007

(S. Kuypers)

(...)

54022HA ZA 06-41054022HA ZA 06-41

(...)

In de zaak van

[eiser in conventie, verweerder in reconventie],

wonende te Etten-Leur,

eiser in conventie,

verweerder in reconventie,

procureur: mr. C.J. IJdema

tegen:

de vennootschap onder firma Art Bizniz v.o.f.,

gevestigd te Almelo,

en haar vennoten

[vennoot sub 1],

wonende te Almelo,

[vennoot sub 2],

wonende te Zierikzee, gemeente Schouwen-Duiveland,

gedaagden in conventie,

eisers in reconventie,

procureur: mr. H. Goedegebure.

De procedure

Het verloop van de procedure blijkt uit het vonnis van deze rechtbank, sector kanton, locatie Middelburg van 4 september 2006. De kantonrechter heeft zich onbevoegd verklaard om van het geschil in conventie kennis te nemen en de zaak verwezen naar de sector civiel van deze rechtbank in de stand waarin zij zich bevindt. De vordering in reconventie is, wegens samenhang, eveneens verwezen.

Vervolgens is vonnis bepaald.

De feiten

[eiser in conventie, verweerder in reconventie] is sinds 1992 als beeldhouwer werkzaam. Hij maakt beeldhouwwerken zowel in de vorm van staande beelden als in reliëfvorm, welke aan de wand dienen te worden gehangen. Reproducties van deze werken worden door middel van de V.O.F. Kardesign of onder eigen naam ter wederverkoop aangeboden aan detail- en groothandel.

Vanaf 2003 heeft er een samenwerkingsovereenkomst bestaan tussen [eiser in conventie, verweerder in reconventie] en Art Bizniz op grond waarvan Art Bizniz reproducties van de wandreliëfs verkocht aan detailhandelaren.

[eiser in conventie, verweerder in reconventie] heeft deze samenwerkingsovereenkomst op 17 januari 2005 telefonisch per direct opgezegd.

Bij brief van mr. Kukolka, voormalig raadsman van gedaagden, van 8 juli 2005 wordt door Art Bizniz toegezegd dat zij geen inbreukmakende voorwerpen meer verkopen en dat er geen inbreukmakende produk-

ten meer bij hen op voorraad liggen. Voorts is een verklaring van accountant [V.] van 1 juli 2005 overgelegd met daarin opgenomen de omzet van gedaagden uit de inbreukmakende kunstvoorwerpen.

[eiser in conventie, verweerder in reconventie] heeft een kort geding aangespannen. Bij vonnis d.d. 18 augustus 2005 heeft de voorzieningenrechter van deze rechtbank het volgende overwogen:

“(…)

Eiser heeft op basis van bestaande thema's en methoden zelf nieuwe wandreliëfs gemaakt waarvoor hij afbeeldingen heeft gebruikt die hij zelf uit klei heeft geboetseerd. Op deze manier is naar voorlopig oordeel een origineel werk met een eigen en uniek karakter ontstaan wat het persoonlijk stempel van de maker draagt. (...) Gelet hierop zijn de wandreliëfs naar voorlopig oordeel auteursrechtelijk beschermd.

Vaststaat dat gedaagden deze wandreliëfs hebben laten namaken en dat zij die namaakwandreliëfs vervolgens op de markt hebben gebracht. Hiermee hebben zij een inbreuk gemaakt op de auteursrechten van eiser.

(…)

Gedaagden hebben bekend gemaakt wie hun toeleverancier is en wat het adres van die toeleverancier is. Gelet echter op de stellingen van partijen over en weer en de overgelegde stukken blijkt dat er bij eiser terecht onduidelijkheid bestaat over de aantallen nabootsingen die de leverancier heeft geleverd en die zijn verkocht aan gedaagden. Bovendien is geen inzicht gegeven in de gemaakte winst en de wijze waarop deze is berekend.

(…)

gebiedt gedaagden om binnen énéntwintig dagen na betekening van dit vonnis een door een registeraccountant gecertificeerde verklaring aan eiser te overhandigen waaruit blijkt:

hoeveel en welke nabootsingen de leverancier aan gedaagden heeft geleverd;

hoeveel nabootsingen en welke door gedaagden zijn verkocht;

aan welke personen en ondernemingen de nabootsingen zijn verkocht;

tegen welke prijs de nabootsingen zijn ingekocht;

tegen welke prijs de nabootsingen zijn verkocht;

wat de per verkochte nabootsing gemaakte winst is;

wat de precieze wijze is waarop deze winst is berekend;

wat de voorraad ongeoorloofde nabootsing is die gedaagden nog hebben;

(…)”

Door het retourneren en afstaan aan [eiser in conventie, verweerder in reconventie] van de laatste nabootsingen is op 7 september 2005 de inbreuk gestaakt.

Op 13 september 2005 heeft drs. [D.], registeraccountant bij Ten Kate & Huizinga accountants te Almelo, in opdracht van [vennoot sub 2] een rapport van bevindingen opgemaakt.

Het rapport van bevindingen is één dag te laat aan [eiser in conventie, verweerder in reconventie] overhandigd, zodat daarvoor een bedrag van € 500,- aan dwangsommen was verbeurd. Dit bedrag is aan [eiser in conventie, verweerder in reconventie] betaald,

evenals de door de accountant berekende winst ad € 44,-.

Bij deurwaardersexploot van 18 oktober 2005 is door [eiser in conventie, verweerder in reconventie] aan [vennoot sub 2] aangezegd dat sedert 13 september 2005 dwangsommen zijn verbeurd ad €500,- per dag, omdat niet is voldaan aan de veroordeling tot overhandigen van een door een registeraccountant gecertificeerde verklaring zoals in het vonnis van de voorzieningenrechter van 18 augustus 2005 vermeld, met bevel tot betaling van de verbeurde dwangsommen, onder aanzegging van executie.

[vennoot sub 2] is vervolgens een kort gedingprocedure gestart teneinde te bewerkstelligen dat de executie zou worden geschorst. [eiser in conventie, verweerder in reconventie] heeft in deze procedure verweer gevoerd en in reconventie gevorderd overlegging door [vennoot sub 2] van een door een registeraccountant gerecificeerde verklaring, zulks op straffe van verbeurde van een dwangsom.

De voorzieningenrechter heeft bij vonnis d.d. 15 november 2005 het volgende overwogen:

“(…)

4.1. Op grond van het vonnis van 18 augustus 2005 dient [vennoot sub 2] ex artikel 27a van de Auteurswet rekening en verantwoording af te leggen ten aanzien van de door hem genoten winst ten gevolge van de inbreuk op het auteursrecht van [eiser in conventie, verweerder in reconventie]. (...) Deze rekening en verantwoording dient op basis van voornoemd vonnis te worden afgelegd door middel van een door een registeraccountant gecertificeerde verklaring. Op basis van de inhoud van het rapport van bevindingen en de stellingen van [vennoot sub 2] is voldoende aannemelijk geworden dat de registeraccountant, de heer [D.], aan de hand van de administratie van Art Bizniz en haar vennoten, zelf de in het dictum genoemde punten heeft onderzocht en op basis daarvan zijn rapport heeft opgesteld. Dit is naar voorlopig oordeel tegen de achtergrond van het bovenoverwogene en de inhoud van het vonnis van 18 augustus 2005 de bedoeling van de daarin opgenomen en thans in geschil zijnde veroordeling.

(...) in tegenstelling tot de stelling van [eiser in conventie, verweerder in reconventie], (biedt) het rapport wel zekerheid ten aanzien van het daarin opgenomen cijfermateriaal en de toelichting daarop (...) Op basis van het vonnis van 18 augustus 2005 is niet vereist dat de registeraccountant een controle ten aanzien van de volledige administratie uitvoert en daaromtrent een verklaring afgeeft. Het rapport is bovendien ondertekend door de heer [D.], waarvan vaststaat dat hij registeraccountant is. Hiermee is derhalve voldaan aan de vereiste certificering.

(…)”

Het geschil in conventie

[eiser in conventie, verweerder in reconventie] vordert, na wijziging van eis, dat de rechtbank bij vonnis, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

I gedaagden zal gebieden, om binnen veertien dagen aan eiser een door een registeraccountant gecertificeerde verklaring te overhandigen waaruit blijkt:

welke benaming, of benamingen gedaagden op factuur of ter verkoop aan de nabootsingen hebben gegeven, en wat de originele benaming voor deze werken is geweest;

hoeveel en welke nabootsingen gedaagden bij beeldengieten Spiros, te Sliedrecht, hebben ingekocht, op welke datum, tegen welke prijs, en onder welke benaming;

aan welke personen en ondernemingen deze nabootsingen zijn verkocht, op welke datum, tegen welke prijs, en onder welke benaming;

wat de totale omzet is van de gehele inbreuk, betreffende de negen verschillende werken;

wat de genoten winst is over deze omzet, en de precieze wijze waarop deze winst is berekend,

dit alles betreffende de periode van 1 oktober 2004 tot en met 7 september 2005, zijnde het tijdstip waarop de inbreuk werd gestaakt;

II gedaagden zal veroordelen, ter vergoeding van de geleden schade, aan eiser een bedrag van €5.000,- te voldoen, of een zodanig bedrag wat de rechtbank rechtmatig of gegrond voorkomt;

III gedaagden zal veroordelen in de kosten van deze procedure.

[eiser in conventie, verweerder in reconventie] heeft zijn vordering op het volgende gegrond. Alle reproducties zijn door hem zelf vervaardigd en zijn voorafgegaan door een origineel door hemzelf handmatig uit klei, gips of was gemaakt beeldhouwwerk. Op grond van de Auteurswet is er dan ook sprake van auteursrechtelijke bescherming op al zijn werken. Art Bizniz heeft vrijwel het gehele assortiment aan auteursrechtelijk beschermde beeldhouwwerken laten namaken door Beeldengieten Spiros en aan de klanten van [eiser in conventie, verweerder in reconventie] te koop aangeboden. De mate waarin de inbreuk heeft plaatsgevonden is nog immer onduidelijk. Het door Art Bizniz, in het kader van het vonnis van de voorzieningenrechter van 18 augustus 2005, ingediende accountantsrapport voldoet niet aan de daaraan te stellen vereisten, nu dit slechts een rapport van bevindingen is. De gegevens zijn door Art Bizniz en Spiros aangeleverd en niet gecontroleerd door de accountant. [eiser in conventie, verweerder in reconventie] stelt dat er meer verkopen zijn verricht dan door hen is gemeld aan de accountant. Bovendien hebben Art Bizniz en Spiros niet alleen in 2005 zaken gedaan, maar ook in 2004. Hij leidt dit af uit het feit dat Art Bizniz op een beurs d.d. 16 januari 2005 te Rijswijk het volledige assortiment aan nabootsingen heeft aangeboden. Nu er geen controle heeft plaatsgevonden van de cijfers, is er geen door een registeraccountant gecertificeerde verklaring overgelegd. Hij wordt daarin zijns inziens gesteund door een bericht van de Helpdesk van het Nivra, het overkoepelende orgaan van accountants: op grond van artikel 6 van de Gedrags- en Beroepsregels Accountants (GBA) mag een rapport van bevindingen niet gebruikt worden als een gecertificeerde

de accountantsverklaring. Hij wenst derhalve dat er alsnog een door een registeraccountant gecertificeerde verklaring wordt overgelegd. Daarnaast stelt [eiser in conventie, verweerder in reconventie] dat hij, als gevolg van het onrechtmatig handelen door Art Bizniz, schade heeft geleden ad €25.000,-. Dit bestaat uit het gebrek aan winst door omzetverlies. Art Bizniz is gehouden een bedrag van € 5.000,- te vergoeden. De inbreuk die Art Bizniz heeft gepleegd heeft zodanig grote gevolgen voor het bedrijf van [eiser in conventie, verweerder in reconventie], dat de bedrijfsuitoefening in gevaar is.

Art Bizniz voert verweer. Zij stelt zich primair op het standpunt dat [eiser in conventie, verweerder in reconventie] niet ontvankelijk dient te worden verklaard in zijn vorderingen. De vorderingen die hij thans heeft ingesteld, kunnen beschouwd worden als een herhaling van hetgeen reeds twee keer aan de voorzieningenrechter is voorgelegd. [eiser in conventie, verweerder in reconventie] is niet in hoger beroep gegaan, zodat hij thans niet via een andere weg zijn gelijk kan trachten te krijgen. Subsidiar stelt zij dat [eiser in conventie, verweerder in reconventie] geen auteursrechtelijke bescherming toekomt nu de gestelde auteursrechten nergens zijn geregistreerd of gedeponereerd. Mensen of menselijke vormen, in welke hoedanigheid ook, dienen niet te gelden als een origineel werk en de nabootsingen worden door een ieder in hobby of professie en in vele materialen nagemaakt en mogen ook nagemaakt worden. Daarbij komt dat zij, indien al sprake is van nabootsingen, zij pas met een andere gipsengieten zij gaan samenwerken nadat [eiser in conventie, verweerder in reconventie] de samenwerking abrupt eenzijdig had opgezegd. Zij was hiertoe genoodzaakt, omdat zij op een beurs stond en een leveringsverplichting had. De inbreuk kan haar derhalve niet toegerekend worden. Nadat de voorzieningenrechter te Middelburg vonnis heeft gewezen op 18 augustus 2005 heeft Art Bizniz aan alle daarin gestelde eisen voldaan. Het door de registeraccountant overgelegde rapport van bevindingen kan beschouwd worden als een gecertificeerde verklaring, zodat zij openheid heeft gegeven met betrekking tot de verkochte werken en de winst die zij daaruit heeft ontvangen. In het vonnis van de voorzieningenrechter van 15 november 2005 is ook geoordeeld dat Art Bizniz heeft voldaan aan de veroordeling een gecertificeerde accountantsverklaring over te leggen.

Art Bizniz is van mening dat [eiser in conventie, verweerder in reconventie] geen schade heeft geleden en dat zij niet aansprakelijk is voor eventueel door [eiser in conventie, verweerder in reconventie] geleden schade, nu hij deze schade aan zichzelf te wijten heeft. [eiser in conventie, verweerder in reconventie] leverde geen nieuwe artikelen, terwijl Art Bizniz daar regelmatig om vroeg. Ten slotte was er sprake van een slechte economische situatie, als gevolg waarvan de omzet beïnvloedend lager was.

in reconventie

Art Bizniz vordert [eiser in conventie, verweerder in reconventie] te veroordelen tot betaling aan Art Bizniz van een bedrag van €5.000,- als zijnde een vergoeding

van de schade die Art Bizniz heeft geleden of een zodanig bedrag dat de rechtbank rechtmatig en gegrond voorkomt.

Art Bizniz grondt haar vordering op het volgende. Zij is van mening dat zij schade heeft geleden die door [eiser in conventie, verweerder in reconventie] vergoed dient te worden. [eiser in conventie, verweerder in reconventie] heeft in 2004 handelsagent [B.] in de arm genomen, terwijl Art Bizniz een samenwerkings-overeenkomst met [eiser in conventie, verweerder in reconventie] had gesloten en dus de exclusieve verkoop voor [eiser in conventie, verweerder in reconventie]-produkten had. De geschatte winstderving bedraagt € 2.500,- (omzet van € 1.000,- per week x 20% marge x 12,5 weken). Bovendien is er ondanks de overeenkomst door [eiser in conventie, verweerder in reconventie] rechtstreeks geleverd aan winkels, zonder commissie af te dragen. Deze winstderving bedraagt eveneens € 2.500,-.

[eiser in conventie, verweerder in reconventie] betwist de vordering. Hij voert aan nimmer aan Art Bizniz de exclusieve verkoop van zijn producten te hebben toegezegd. De enige exclusiviteit die hij aan Art Bizniz geboden heeft, betreft de toezegging dat hij voor heel Nederland geen andere groothandel of agentuur dan Art Bizniz voor de verkoop zou inschakelen. Deze mondelinge toezegging was onder bepaalde voorwaarden, te weten een bepaalde minimum omzet behalen, gegeven. [eiser in conventie, verweerder in reconventie] stelt zich tot na de gebleken inbreuk aan zijn belofte te hebben gehouden. [eiser in conventie, verweerder in reconventie] stelt daarbij dat hij de samenwerking schriftelijk heeft ingeperkt met de gebieden Brabant en Limburg, zodat Art Bizniz op dat moment geen enkel verkooprecht had in die gebieden. Art Bizniz heeft vervolgens geen bezwaar gemaakt tegen de opzegging in januari 2005, zodat hij vanaf dat moment vrij was om een andere agent in de arm te nemen. Vanaf dat moment heeft hij een andere handelsagent in de arm genomen. Daarnaast stelt [eiser in conventie, verweerder in reconventie] zich op het standpunt dat hij zich immer de mogelijkheid voorbehouden heeft producten direct aan klanten te leveren indien zij dit wensten (een aantal klanten wilde geen zaken doen met Art Bizniz) en dat hij eveneens de mogelijkheid had behouden wel met andere groothandels en/of handelsagenten zaken te doen betreffende andere producten, zoals beelden, Abrahams & Sarah's en babyartikelen. Art Bizniz is daarvan op de hoogte. Ten slotte betwist [eiser in conventie, verweerder in reconventie] dat Art Bizniz schade heeft geleden.

4. De beoordeling in conventie

Het primaire verweer, dat [eiser in conventie, verweerder in reconventie] niet ontvankelijk is in zijn vorderingen, treft geen doel. Art Bizniz miskent daarbij immers dat de door zowel [eiser in conventie, verweerder in reconventie] als Art Bizniz aanhangig gemaakte voorlopige voorzieningenprocedures "slechts" leiden tot een tijdelijke beslissing omdat sprake is van een voorlopig oordeel. Het is vervolgens de keuze van partijen een zogenaamde bodemprocedure aanhangig te

maken, zodat de vorderingen, zoals die in kort geding zijn behandeld, definitief beoordeeld kunnen worden. Het feit dat [eiser in conventie, verweerder in reconventie] niet in hoger beroep is gegaan tegen het vonnis van de voorzieningenrechter van 15 november 2005, brengt niet met zich dat [eiser in conventie, verweerder in reconventie] zijn rechten om een bodemprocedure aan te spannen heeft verspeeld. [eiser in conventie, verweerder in reconventie] is derhalve ontvankelijk in zijn vorderingen.

De vordering van [eiser in conventie, verweerder in reconventie] terzake het staken en gestaakt houden van de inbreuk op de auteursrechten van [eiser in conventie, verweerder in reconventie] kan niet worden toegewezen. Immers, tussen partijen staat vast dat Art Bizniz op 7 september 2005 de inbreukmakende handelingen heeft gestaakt door alle werken terug te geven aan [eiser in conventie, verweerder in reconventie]. Derhalve heeft [eiser in conventie, verweerder in reconventie] geen belang meer bij deze vordering.

Kern van het geschil betreft dan ook allereerst de vraag of Art Bizniz inbreuk heeft gemaakt op het auteursrecht van [eiser in conventie, verweerder in reconventie] als gevolg waarvan laatstgenoemde schade heeft geleden.

Het verweer van Art Bizniz, dat [eiser in conventie, verweerder in reconventie] geen auteursrechtelijke bescherming heeft op de wandreliëfs, gaat niet op. Anders dan Art Bizniz heeft aangevoerd, ontstaat het auteursrecht niet door inschrijving, registratie of neerlegging in leveringvoorwaarden. Conform artikel 5, tweede lid van de Berner Conventie, ontstaat het auteursrecht in beginsel op het moment van schepping van het werk. Enige formaliteit is niet vereist. Op die grond kan [eiser in conventie, verweerder in reconventie] als maker van nieuw werk worden beschouwd tenzij Art Bizniz het tegendeel aantoonst. Zij heeft daartoe gewezen op het feit dat mensen of vormen van mensen reeds bestaan en dus geen nieuw werk zijn. Geoordeeld wordt dat deze omstandigheid niet aan het verkrijgen van auteursrechtelijke bescherming afdoet. Het gegeven (onderwerp) van een beeldhouwwerk is immers vrij. Indien de kunstenaar een gegeven (in dit geval bijvoorbeeld de handen of het lichaam van een mens) door een bewerking wijzigt (het gieten van gips, waardoor een reliëf ontstaat), realiseert hij een nieuw en oorspronkelijk werk. Gesteld noch gebleken is dat er nagenoeg identieke wandreliëfs op de markt aanwezig waren. Daarnaast is niet gebleken dat [eiser in conventie, verweerder in reconventie] de wandreliëfs naar een reeds bestaand model heeft nagemaakt. [eiser in conventie, verweerder in reconventie] heeft op basis van bestaande thema's en methoden wandreliëfs gemaakt waarvoor hij afbeeldingen heeft gebruikt die hij uit klei heeft geboetseerd. Op deze manier ontstaat een origineel werk met een eigen en uniek karakter dat bovendien het persoonlijk stempel van de maker draagt. Daarmee is aan de vereisten voor het verkrijgen van een auteursrecht voldaan. Nu Art Bizniz heeft erkend de vormen te hebben gebruikt om dezelfde wandreliëfs op de markt te brengen, gemaakt door een andere gipsengietsterij (Spiras), en voorts vaststaat dat zij daarvoor geen

toestemming heeft gekregen van [eiser in conventie, verweerder in reconventie], staat daarmee de inbreuk op het auteursrecht van [eiser in conventie, verweerder in reconventie] vast.

Partijen twisten vervolgens over de vraag of deze inbreuk aan Art Bizniz moet worden toegerekend. [eiser in conventie, verweerder in reconventie] is van mening dat dit het geval is, nu Art Bizniz volgens hem op de hoogte was van de rechten van [eiser in conventie, verweerder in reconventie] en op Art Bizniz voorts een onderzoeksplicht rust ten aanzien van het bestaan van auteursrechten op de reliëfvormen. Art Bizniz stelt echter te goeder trouw te hebben gehandeld, nu zij niet is gewezen op het bestaan van eventuele rechten, geen enkele registratie aanwezig is en zij genoodzaakt was (na de eenzijdige onmiddellijke opzegging door [eiser in conventie, verweerder in reconventie]) met een andere beeldengietsterij in zee te gaan teneinde te kunnen voldoen aan haar leveringsverplichting. Art Bizniz kan hier niet in worden gevolgd. Immers, het auteursrecht is een uitsluitend recht van een individuele (in dit geval) beeldhouwer op zijn afzonderlijke werken. Wie dit werk openbaar wil maken, wendt zich dan ook tot de beeldhouwer. In het onderhavige geval heeft Art Bizniz zich tot [eiser in conventie, verweerder in reconventie] gewend om deze te ondersteunen in het op de markt brengen van zijn werken. Zij wist, althans behoorde te weten dat [eiser in conventie, verweerder in reconventie] als schepper van de reliëfwerken auteursrechtelijke bescherming toekwam, zodat zij zich had moeten onthouden van het op de markt brengen van nabootsingen. De omstandigheid dat de werken niet geregistreerd zijn doet daar niet aan af. Dat [eiser in conventie, verweerder in reconventie] de samenwerking eenzijdig heeft beëindigd heeft niet tot gevolg dat de auteursrechtelijke bescherming is komen te vervallen. Derhalve is de inbreuk op het auteursrecht Art Bizniz toe te rekenen, en is zij in beginsel aansprakelijk voor de door [eiser in conventie, verweerder in reconventie] als gevolg van die inbreuk geleden schade. Noodzakelijk is wel dat aannemelijk is dat [eiser in conventie, verweerder in reconventie] tenminste enige schade heeft geleden.

De vraag die derhalve thans voorligt, is of [eiser in conventie, verweerder in reconventie] schade heeft geleden en zo ja, in welke mate. In dat kader is het volgende van belang. Artikel 27a van de Auteurswet (Aw), waaraan mede dezelfde gedachte ten grondslag ligt als aan artikel 6:104 van het Burgerlijk Wetboek (BW), biedt de auteursrechthebbende de mogelijkheid in geval van inbreuk schadevergoeding te verkrijgen, begroot op het bedrag van de door de inbreukmaker met de inbreuk behaalde winst, juist teneinde de rechthebbende tegemoet te komen indien zijn schade moeilijk aantoonbaar is, maar de aanwezigheid van enige (vorm van) schade aannemelijk is. Daarom zal allereerst beoordeeld moeten worden of het, in opdracht van Art Bizniz opgemaakte, rapport van bevindingen van drs. [D.] een door een registeraccountant gecertificeerde verklaring is, zodat aan artikel 27a Aw terzake het afleggen van rekening en verantwoording is voldaan. Indien dit het geval is, kan immers dit rapport als

uitgangspunt worden gehanteerd voor de schadebepaling. Zo niet, dan zal een nieuw onderzoek moeten worden verricht.

[eiser in conventie, verweerder in reconventie] stelt zich op het standpunt dat de kort geding-rechter heeft geoordeeld dat er een door een registeraccountant gecertificeerde verklaring overgelegd diende te worden. Een dergelijke verklaring kan slechts worden afgegeven na controle van het onderliggend cijfermateriaal. Het rapport van [D.] is gebaseerd op cijfermateriaal dat afkomstig is van beide inbreukmakende partijen en daar is geen controle op geweest. Het rapport geeft derhalve geen enkele zekerheid over de werkelijke aantallen in- en verkochte nabootsingen. Na het rapport van Veldt is een aantal nieuwe inbreuken geconstateerd en deze zijn het in [D.]-rapport samengevat onder de noemer "showmodellen". Bovendien behelst het rapport slechts de gegevens over 2005 en bevat het een aantal onjuistheden. Er is geen goedkeurende verklaring afgegeven. Volgens het Nivra, het overkoepelende orgaan van de accountants, kan op grond van artikel 6 van de Beroeps- en gedragsregels voor accountants een rapport van bevindingen niet gepresenteerd worden als een verklaring van een accountant. De accountant, en daarmee Art Bizniz, heeft derhalve niet volledig voldaan aan het vonnis van de rechtbank. [eiser in conventie, verweerder in reconventie] heeft belang bij een gecertificeerde verklaring omdat hij in zijn eer is aangetast en omdat hij wenst te vernemen of hij een procedure kan starten teneinde winstaftocht te vorderen indien deze hoger is dan de thans gevorderde schadevergoeding. Zo is door Spiros een mal geleverd van "Facing the world" (oorspronkelijk "Double Vision genaamd) en "Vierhanden steen" welke in de opgaven van Art Bizniz nergens zijn terug te vinden. Gelet op de staat van de mal moeten er minimaal 20 gietsels mee zijn verricht. Daarnaast heeft hij zelf nagebootste werken aangetroffen bij detailhandelaren die niet op de lijst voorkomen.

Art Bizniz voert aan dat zij heeft voldaan aan het vonnis van de kort geding-rechter van 18 augustus 2005. Dit is ook bevestigd in het kort-geding vonnis van 8 november 2005. Zij verwijst daarbij ook naar de toelichting die door accountant [H.] is overgelegd. Volstaan kon worden met een rapport van bevindingen, nu dit hetzelfde is als een gecertificeerde accountantsverklaring. Zij benadrukt dat altijd geleverd is volgens de facturen en dat de accountant zijn rapport hierop heeft gebaseerd. Er zijn niet meer nabootsingen verkocht dan uit het rapport is gebleken. Zij heeft bij gelegenheid van de kort-gedingzitting nog aangeboden een nieuw rapport op te laten stellen, maar daar wenste [eiser in conventie, verweerder in reconventie] geen gehoor aan te geven.

Voorop dient te worden gesteld dat een accountantsverklaring betekent, volgens de door [eiser in conventie, verweerder in reconventie] aangehaalde Beroeps- en gedragsregels voor accountants, een schriftelijke mededeling van een accountant inhoudende de uitkomst van de controle van een verantwoording. Controle houdt volgens dezelfde rege-

ling in: het geheel van werkzaamheden dat erop gericht is een (relatief) hoge maar niet absolute mate van zekerheid te krijgen omtrent de getrouwheid van een verantwoording, die in de accountantsverklaring in positief geformuleerde bewoordingen als “redelijke mate van zekerheid” wordt weergegeven. De registeraccountant heeft een rapport van bevindingen opgemaakt. Artikel 6 van voornoemde gedragsregels kan [eiser in conventie, verweerder in reconventie] niet baten. Immers, in dit artikel is bepaald dat een registeraccountant die een stuk, inhoudende een niet door of mede door hem afgelegde verantwoording afgeeft of doet afgeven, zodanig dat de indruk wordt gewekt dat het van hem afkomstig is, wordt geacht beroepshalve de controle van die verantwoording te hebben uitgevoerd, tenzij het tegendeel blijkt. Dit tegendeel kan slechts blijken door onder andere de woorden "geen accountantscontrole toegepast" te gebruiken. In dit geval blijkt uit het rapport dat de registeraccountant het rapport zelf heeft opgemaakt, zodat ervan uit wordt gegaan dat hijzelf de verantwoording aflegt.

Daarbij komt het volgende. Bij brief van 11 oktober 2005 heeft de heer [H.], RA het volgende meegedeeld: “(...)

De voorzieningenrechter van de Rechtbank Middelburg heeft bij vonnis bepaald dat er een aantal specifieke gegevens dienden te worden verzameld waarbij een registeraccountant een gecertificeerde verklaring diende af te geven.

Een dergelijke opdracht aan een accountant wordt binnen de accountantsberoepsgroep (...) aangemerkt als een “opdracht tot het verrichten van overeengekomen specifieke werkzaamheden”. Welke werkzaamheden er door de accountant specifiek verricht worden c.q. welke aspecten onderzocht moeten worden zijn door de voorzieningenrechter expliciet bepaald (...) De bevindingen van de accountant naar aanleiding van zijn onderzoek c.q. de verrichte specifieke werkzaamheden, dienen (eveneens overeenkomstig de richtlijnen van de beroepsorganisatie) gerapporteerd te worden middels een zogenaamd “Rapport van bevindingen”.

Dit rapport volgt een vast gedefinieerd stramien. In dit rapport dient de accountant tevens expliciet de reikwijdte aan te geven van zijn onderzoek en dient hij aan te geven volgens welke richtlijnen hij zijn onderzoek heeft uitgevoerd. Hij geeft derhalve exact aan over welke aspecten hij een oordeel geeft en over welke hij geen uitspraak kan doen (...)

In het rapport van bevindingen van 13 september j.l. heeft de heer [D.] op de eerste pagina aangegeven dat zijn werkzaamheden (...) zijn verricht in overeenstemming met in Nederland aanvaarde richtlijnen inzake opdrachten tot het verrichten van overeengekomen specifieke werkzaamheden. Tevens geeft hij de reikwijdte aan van zijn onderzoek: “Op het cijfermateriaal en de toelichtingen is geen accountantscontrole toegepast (...) anders dan terzake van de aspecten zoals door ons onderzocht en waarover dienovereenkomstig door ons in deze rapportage wordt gerapporteerd (...)” Hiermee geeft de registeraccountant expliciet aan dat hij wel degelijk uitspraak doet over het door hem onderzochte

cijfermateriaal en hetgeen hem door de voorzieningenrechter opgedragen is. Een onderzoek naar de getrouwheid van het overige cijfermateriaal is niet aan de orde en behoorde ook niet tot de opdracht. Uit het rapport volgt dat thans duidelijk is welke nabootsingen door de leverancier, Spiros, zijn geleverd en welke er aan wie zijn verkocht. Bovendien is inzichtelijk gemaakt wat de gemaakte winst is en hoe deze berekend is. Geoordeeld wordt dan ook dat het rapport van bevindingen beschouwd kan worden als een gecertificeerde registeraccountantsverklaring. Dat betekent dat de vordering van [eiser in conventie, verweerder in reconventie] tot het laten verrichten van een accountantsverklaring niet toewijsbaar is en dat het rapport van de accountant als uitgangspunt zal worden gehanteerd voor de schadeberekening.

[eiser in conventie, verweerder in reconventie] heeft een bedrag van €5.000,- aan schadevergoeding gevorderd. De rechtbank begrijpt uit de stellingen van [eiser in conventie, verweerder in reconventie] dat hij deze vordering op twee gronden stoelt: allereerst heeft [eiser in conventie, verweerder in reconventie] gesteld dat Art Bizniz inbreuk heeft gemaakt op de meest commerciële producten van hem en dat voor ieder van deze werken een vergoeding voor gebruiksrecht kan worden gevraagd tussen de €400,- en €600,-. Omdat Art Bizniz volgens hem geen duidelijkheid wenst te geven over het aantal verkochte namaakproducties, is hij van mening dat er een veelvoud is verkocht van deze werken. Daarmee is een bedrag van €3.400,- tot €5.400,- per maand gemoeid, derhalve € 14.400,- tot € 21.600,- gedurende de inbreukperiode (februari tot en met mei 2005). Daarnaast stelt hij dat hij in het vierde kwartaal van 2004 en de eerste drie kwartalen van 2004 normaal gesproken een omzet genoot van €32.730,- en dat deze in het vierde kwartaal van 2004 en de eerste drie kwartalen van 2005 is geslonken tot € 7.805,-. Na vermindering van de productiekosten resteert een verlies aan inkomsten van €22.000,-. Dit is te wijten aan het onrechtmatig gebruik van zijn producties.

Art Bizniz heeft de vordering betwist. Zij is van mening dat de door [eiser in conventie, verweerder in reconventie] gesuggereerde omzet van €32.730,- niet klopt. Bovendien, zo voert zij aan, heeft [eiser in conventie, verweerder in reconventie] in een brief van 13 maart 2004 zelf gememoreerd dat de omzet snel daalde als gevolg van de verslechterde economische situatie en de hoge maandelijksse kosten. Uit het rapport van de accountant [D.] blijkt daarenboven dat zij slechts een winst van €44,- heeft behaald door de verkoop van de nabootsingen, zodat [eiser in conventie, verweerder in reconventie] niet meer schade kan hebben geleden dan dat bedrag.

In het algemene vermogensrecht bepaalt artikel 6:104 BW dat wanneer iemand die op grond van een onrechtmatige daad jegens een ander aansprakelijk is door die daad winst heeft genoten, de schade begroot kan worden op het bedrag van die winst of een gedeelte ervan. In het Nederlandse intellectuele eigendomsrecht is de vordering tot winstafdracht bij wet van 12 januari 1977, Stb. 160 opgenomen in de toenmalige Rijksoc-

trooiwet als artikel 43, derde lid. In deze wet werd de vordering tot winstafdracht geformuleerd als een alternatief voor schadevergoeding. Bij een daarop volgende herziening van de Auteurswet 1912 is in artikel 27a, eerste lid Aw bepaald: “Naast schadevergoeding kan de maker of zijn rechtsverkrijgende vorderen dat degene die inbreuk op het auteursrecht heeft gemaakt, wordt veroordeeld de door deze ten gevolge van de inbreuk genoten winst af te dragen en dienaangaande rekening en verantwoording af te leggen.” De Hoge Raad heeft vervolgens bepaald op 14 april 2000 (NJ 2000, 489) dat, indien zoals in het onderhavige geval, behalve vergoeding van schade tevens afdracht wordt gevorderd van de door de inbreukmaker genoten winst, slechts één van deze vorderingen toegewezen kan worden, waarbij de hoogste daarvan kan worden toegewezen. Dit laat onverlet dat schade van andere aard, niet bestaande in gederfde winst met betrekking tot de verkochte inbreukmakende producten wel toegewezen is naast het bedrag van de tengevolge van de inbreuk genoten winst.

In dit geval staat thans vast, op grond van het accountantsrapport, dat Art Bizniz met de verkoop van nagebootste wandreliëfs een winst heeft gerealiseerd van €44,--. Dit bedrag is inmiddels uitgekeerd aan [eiser in conventie, verweerder in reconventie]. Deze uitkering kan worden beschouwd als de voldoening van de vordering uit hoofde van artikel 27a Aw. Indachtig het vorenoverwogene zal thans bekeken moeten worden of de gevorderde schadevergoeding, die is gegrond op artikel 6:104 BW, daadwerkelijk door [eiser in conventie, verweerder in reconventie] is geleden. [eiser in conventie, verweerder in reconventie] grondt zijn vordering tot schadevergoeding eveneens op gederfde winst.

[eiser in conventie, verweerder in reconventie] kan niet in zijn stelling worden gevolgd dat er meer werken zijn verkocht dan door Art Bizniz is aangegeven. Overwogen is reeds dat het accountantsrapport als uitgangspunt dient te worden gehanteerd en daaruit volgt dat er in totaal 38 nabootsingen door Spiros aan Art Bizniz zijn geleverd. De rechtbank gaat daar dan ook van uit. Het verweer dat er sprake is geweest van een omzetzdaling als gevolg van een economische recessie en dat dat door [eiser in conventie, verweerder in reconventie] zelf is aangegeven, wordt niet gevolgd. Nog daargelaten dat de brief van [eiser in conventie, verweerder in reconventie] dateert van begin 2004, zodat dit niet ziet op de inbreukmakende periode, blijkt uit het rapport dat er in totaal 36 namaakproducties zijn verkocht, waarvan 12 met winst. Daaruit kan worden geconcludeerd dat er wel een markt was voor de producties, maar dat [eiser in conventie, verweerder in reconventie] daar niet van heeft kunnen profiteren omdat Art Bizniz via een andere leverancier de markt bediende. De rechtbank zal dan ook in het hierna volgende vaststellen wat de daadwerkelijk door [eiser in conventie, verweerder in reconventie] geleden schade is.

De door Art Bizniz genoten winst over de 12 verkochte nabootsingen ad €44,-- is inmiddels aan [eiser in conventie, verweerder in reconventie] uitgekeerd. Echter,

indien [eiser in conventie, verweerder in reconventie] de “echte” -door hem zelf gemaakte- reliëfwerken op de markt zou hebben gebracht, zou er door [eiser in conventie, verweerder in reconventie] meer winst zijn gemaakt. Er hoeft dan immers geen rekening gehouden te worden met de inkooprij die Art Bizniz aan Spiros heeft betaald. [eiser in conventie, verweerder in reconventie] diende in dat geval een bepaald percentage aan provisie aan Art Bizniz te betalen. Nu partijen daar geen duidelijkheid over hebben gegeven, zal de rechtbank deze provisie redelijkerwijs vaststellen op 15%. Het totale verkoopbedrag van de 12 namaakwerken minus de reeds uitbetaalde winst (€2.220,-- - €44,--) = €2.176,--. De rechtbank gaat ervan uit dat de productiekosten zo gering zijn, nu [eiser in conventie, verweerder in reconventie] ze in eigen beheer produceert, dat hiermee geen rekening gehouden hoeft te worden. De gederfde winst minus provisie wordt derhalve vastgesteld op €1.850,--. Daar komt bij dat van de verkochte exemplaren er 14 in beslag zijn genomen door [eiser in conventie, verweerder in reconventie] en dat er 10 door hem retour zijn genomen. Daaruit leidt de rechtbank af dat, indien Art Bizniz geen nabootsingen op de markt zou hebben gebracht, voor deze producties een markt zou zijn geweest. Daarmee is [eiser in conventie, verweerder in reconventie] derhalve een omzet misgelopen van 24 producties. Op grond van de voor handen zijnde gegevens wordt de volgende rekenom gemaakt (waarbij uitgegaan wordt van de verkoopprijs zoals in het rapport is weergegeven):

Harmony: 6 x €69,-- + Body woman: 4 x €45,-- + Body man: 4 x €45,-- + Facing the world: 2 x €105,-- + Family feet: 6 x €69,-- + In Love: 2 x €69,-- = €1.536,-- aan gederfde omzet. Hierbij geldt dezelfde berekening als hiervoor: minus provisie voor Art Bizniz en geen productie- en inkoopkosten. De rechtbank schat de gederfde winst voor deze producties op €1.300,--. Derhalve heeft [eiser in conventie, verweerder in reconventie] een schade geleden van €3.150,--.

Het voorgaande leidt tot de conclusie dat de vordering van [eiser in conventie, verweerder in reconventie] tot vergoeding van door hem geleden schade kan worden toegewezen tot een bedrag van €3.150,--, nu deze hoger is dan de winstafdracht in het kader van artikel 27a Aw.

Gelet op het feit dat beide partijen over en weer in het ongelijk zijn gesteld, zullen de proceskosten worden gecompenseerd, in die zin dat iedere partij de eigen kosten draagt.

In reconventie

Art Bizniz heeft zich op het standpunt gesteld dat zij de exclusieve verkoop had voor alle producten van [eiser in conventie, verweerder in reconventie]. Omdat [eiser in conventie, verweerder in reconventie] met een andere handelsagent zaken heeft gedaan, stelt zij schade te hebben geleden en zij wenst dit vergoed te zien door [eiser in conventie, verweerder in reconventie]. [eiser in conventie, verweerder in reconventie] heeft de gestelde exclusiviteit gemotiveerd betwist. Het ligt dan ook op de weg van Art Bizniz, indien mogelijk met onderbouwende stukken, aan te tonen dat partijen een

exclusieve samenwerkingsovereenkomst zijn aange-
gaan. Zij heeft in het vervolg van de procedure echter
slechts benadrukt dat de overeenkomst bestaat. De
rechtbank is van oordeel dat dit volstrekt onvoldoende
is om de gemotiveerde betwisting van [eiser in conven-
tie, verweerder in reconventie] te ontkrachten. Daar Art
Bizniz in het geheel geen nadere onderbouwing van
haar stelling heeft gegeven, wordt de vordering als on-
voldoende onderbouwd afgewezen.

Art Bizniz zal, als de in het ongelijk gestelde partij
worden veroordeeld in de kosten van deze procedure.

Beslissing

De rechtbank

In conventie:

- veroordeelt Art Bizniz tot betaling aan [eiser in con-
ventie, verweerder in reconventie] van een bedrag van
€3.150,-;
- compenseert de proceskosten zodanig dat iedere partij
de eigen kosten draagt;
- wijst af het meer of anders gevorderde;

In reconventie:

- wijst de vordering van Art Bizniz af;
- veroordeelt Art Bizniz in de kosten van het geding
welke aan de zijde van [eiser in conventie, verweerder
in reconventie] tot aan dit moment worden begroot op €
768,- wegens procureurssalaris;

in conventie en in reconventie:

- verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad.
-