

Hof Arnhem, 13 februari 2007, Test & Drive v Veka Best

Het lukt met www.theorie-leren.nl

contact - kvk - routebeschrijving

Particulieren
Welkom bij de grootste leverancier van verkeersleermiddelen, leerboeken, examenboeken, CD-rom, interactieve cursussen.
Les één: hoe beter je de theorie leert, hoe minder rijlessen je straks nodig hebt. De verklaring? Onze theoriecursussen gaan voor 90% over de praktijk. Vooral onze internet theoriecursus met oefenexamens. Die zetten je meteen achter het stuur.
Interactief de theorie leren is een sensatie. Koop bij je rijschool een internet theoriepakket en begin je rijopleiding. Ervaren automobilisten dagen we uit met onze opfriscursus en wagenparkbezitters bieden we kostenbesparende safetytests.
Veka Best, altijd de eerste in actualiteit en vernieuwing.

Business to business
verkeersscholen

Internationaal
di theoretischepruefung.de

www.theorie-leren.nl

www.rijbewijsbezitter.nl

ING CAR LEASE

RENAULT

safety-test

Al 3 miljoen gestaagden dankzij de leermiddelen van Veka Best
Veka Best is de leverancier van het officiële theorie-examensysteem van het CBR
© Veka Best powered by **Emmia**

Versus

Welkom bij i-Theorie: dé studiesite voor je theorie examen

PROCESRECHT

VERBEUREN DWANGSOMMEN WEGENS INBREUK AUTEURSRECHT

Niet tijdig instellen van eis in hoofdzaak – art 260 Rv/TRIPS

Voorlopige voorziening verliest haar kracht maar niet met terugwerkende kracht

Test & Drive c.s. hebben als meest verstrekkende stelling aangevoerd dat, ook als zou moeten worden aangenomen dat dwangsommen zijn verbeurd op grond van het vonnis van 11 augustus 2005, thans geen aanspraak meer kan worden gemaakt door Veka Best op betaling daarvan, omdat de betrokken voorlopige voorziening in dit vonnis door de verklaring als bedoeld in artikel 260 lid 2 Rv van de kant van Test & Drive c.s. (bij brief van 4 oktober 2005: zie productie 6 bij memorie van antwoord in incidenteel appèl, tevens houdende akte uitlating producties) haar werking heeft verloren, en wel met terugwerkende kracht, zodat achteraf vaststaat dat er nooit een voorziening is geweest op grond waarvan dwangsommen door hen zouden kunnen worden verbeurd, Veka Best thans niets van hen te vorderen heeft en haar vorderingen in hoger beroep voor toewijzing gereed liggen. Hoewel deze als (nieuwe) grief op te vatten stelling tardief is aangevoerd, dient het hof - er (veronderstellenderwijs) van uitgaand dat het hieromtrent niettemin ambtshalve heeft te beslissen - deze in elk geval te verwerpen, nu in de wetsgeschiedenis geen aanknopingspunten zijn te vinden die ertoe nopen deze bepaling - anders dan de tekst mede in verband met het in lid 1 van dit artikel bepaalde meebrengt - zo uit te leggen dat een voorlopige voorziening door een dergelijke verklaring met terug-

werkende kracht haar werking verliest (vgl. Parl. Gesch. Burg. Procesrecht, p. 428-431).

Verbeuren dwangsommen

Hof acht overtreden gebod aannemelijk en kent bijzondere waarde toe aan processen-verbaal van constatering van deurwaarder

Het hof acht voorshands aannemelijk dat Test & Drive c.s., het in het dictum van het vonnis van 11 augustus 2005 onder 2 geformuleerde gebod hebben overtreden. Voor dat oordeel hecht het hof in het bijzonder waarde aan de processen-verbaal van constatering die deurwaarder A. Agterhuis (verder: "de deurwaarder") te dezer zake heeft opgemaakt voor zover deze betrekking hebben op overtreding van het in het dictum van het vonnis van 11 augustus 2005 onder 2 geformuleerde gebod en waarin de deurwaarder constateert dat de internetpagina <http://www.i-theorie.nl> met de in die exploitatie omschreven subpagina's (in strijd met dit gebod) bereikbaar zijn (zie producties 3 en 4 bij producties Veka Best in eerste aanleg). Deze exploitatie betreffen de dagen 19 augustus 2005, 23 augustus 2005, 24 augustus 2005, 25 augustus 2005, 26 augustus 2005, 29 augustus 2005, 30 augustus 2005, 31 augustus 2005, 2 september 2005, 5 september 2005, 6 september 2005, 9 september 2005, 12 september 2005 en 16 september 2005. Het hof hecht bijzondere betekenis aan het relaas dat de deurwaarder telkenmale heeft gedaan, omdat het openbare ambt dat een deurwaarder hier te lande bekleedt en het vertrouwen dat in ambtenaren met een dergelijke publieke functie in beginsel moet worden gesteld, meebrengen dat in beginsel veel waarde dient te worden toegekend aan constateringen die door dergelijke ambtenaren worden gedaan.

Laten oplopen dwangsommen – misbruik van recht?

Onvoldoende gesteld waaruit subjectieve bedoeling kan worden aangewend en door aanvankelijk niet naleven gebod risico genomen en aanbod tot vooraf toetsen

Test & Drive c.s. hebben ten slotte gesteld dat Veka Best, die al op 19 augustus 2005 met de vermeende overtreding van het gebod bekend was, de dwangsommen te lang (tot 26 september 2005) heeft laten oplopen en dat dit misbruik van recht oplevert, omdat Veka Best aldus doende uitsluitend heeft gehandeld om zoveel mogelijk dwangsommen te incasseren, hetgeen in strijd is met het doel van de dwangsom. Voor zover Test & Drive c.s. hiermee hebben beoogd te stellen dat Veka Best het uitsluitende doel heeft gehad om hen te benadelen en daarom misbruik van bevoegdheid hebben gemaakt, faalt hun betoog, omdat zij onvoldoende feiten en omstandigheden hebben gesteld waaruit een dergelijke (subjectieve) bedoeling kan worden afgeleid. Voor zover Test & Drive c.s. hiermee hebben bedoeld te stellen dat Veka Best haar bevoegdheid heeft gebruikt voor een ander doel dan waarvoor deze is gegeven, kan haar betoog evenmin slagen, reeds omdat uit het voorgaande voorshands volgt dat Test & Drive c.s. het gewraakte gebod aanvankelijk niet hebben na-

geleefd en daarmee welbewust het risico hebben genomen dat zij gedurende meerdere dagen dwangsommen zouden gaan verbeuren. Daarnaast heeft Veka Best onvoldoende weersproken gesteld dat reeds in juli 2005 Test & Drive c.s. heeft aangeboden om producten van Test & Drive c.s. die volgens dezen niet meer inbreukmakend waren vooraf te toetsen, zodat voor Test & Drive c.s. niet meer het risico zou bestaan dat zij op een later moment zou worden geconfronteerd met aanspraken van Veka Best tot betaling van beweerdelijk verbeurde dwangsommen.

Vindplaatsen: [boek9](#)

Hof Arnhem, 13 februari 2007

(Van der Kwaak, Rijken en Rinzema)

(...)

rolnummer 20061132 KG

(...)

Arrest

in de zaak van

1. de vennootschap onder firma Test & Drive VOF, voorheen handelend onder de naam Media Group V.O.F., gevestigd te Zwolle,

2. [A],

3. [B],

appellanten in het principaal appèl,

geïntimeerden in het incidenteel appèl,

procureur: mr. F.J. Boom,

tegen:

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Veka Best Verkeersleermiddelen B.V., gevestigd te Eindhoven,

geïntimeerden in het principaal appèl,

appellante in het incidenteel appèl,

procureur: mr. J.R.O. Dantuma

1 Het geding in eerste aanleg

Voor het verloop van het geding in eerste aanleg verwijst het hof naar het vonnis van de voorzieningenrechter van de rechtbank Zwolle-Lelystad van 16 december 2005, in kort geding gewezen tussen appellanten in het principaal appèl, geïntimeerden in het incidenteel appèl (hierna gezamenlijk te noemen "Test & Drive c.s.") als eisers en geïntimeerde in het principaal appèl, appellante in het incidenteel appèl (hierna te noemen "Veka Best") als gedaagde. Dit vonnis is in fotokopie aan dit arrest gehecht.

2 Het geding in hoger beroep

2.1 Test & Drive c.s. hebben bij exploit van 12 januari 2006 aangezegd van voornoemd vonnis in hoger beroep te komen, met dagvaarding van Veka Best voor dit hof.

2.2 Bij memorie van grieven hebben Test & Drive c.s. elf grieven geformuleerd en toegelicht, hebben zij producties overgelegd en bewijs aangeboden en hebben zij geconcludeerd dat het hof bij arrest, uitvoerbaar bij voorraad, [het hof leest] het vonnis waarvan beroep zal vernietigen en, opnieuw recht doende:

a. Veka Best het recht zal ontzeggen op (het vorderen van) de door haar bij exploit opgeëiste dwangsommen, althans met onmiddellijke ingang Veka Best zal verbieden het vonnis van 11 augustus 2005 van de rechtbank Zwolle-Lelystad onder rolnummer 109497fKGZA 05-233 ten uitvoer te leggen, althans de executie daarvan zal schorsen zolang niet in de bodemprocedure definitief is beslist over de vermeende inbreuken [het hof leest] ter zake waarvan Test & Drive c.s. een dwangsom zou verbeuren van € 5.000,- per dag dal zij in gebreke zou blijven aan dit vonnis te voldoen, althans deze dwangsommen zal matigen en zal fixeren tot een zodanig bedrag als het hof juist acht;

b. met onmiddellijke ingang alle bestegen zal opheffen die door Veka gelegd, waaronder het beslag op de onroerende zaak staande en gelegen te (8017 DV) Zwolle aan het adres V. Zwaanenburgstraat 80, kadastraal bekend gemeente Zwolle, sectie P, nummer 2093, en op de bankrekeningen van Test & Drive c.s.:

c. met onmiddellijke ingang het gebod zal opheffen tot het ontoegankelijk van alle internproducten van Test & Drive c.s., waaronder de producten die op de website www.i-theorie.nl werden aangeboden;

d. Veka Best zal veroordelen om tegen behoorlijk bewijs van kwijting aan Test & Drive c.s. te betalen de kosten van de door Test & Drive c.s. ingeschakelde deskundige ten bedrage van € 3.846,08 inclusief BTW;

e. Veka Best zal veroordelen in de kosten van de procedure, zowel in eerste aanleg als in hoger beroep.

2.3 Bij memorie van antwoord tevens incidenteel appèl heeft Veka Best in het principaal appèl de grieven bestreden en heeft zij producties overgelegd en bewijs aangeboden. Tevens heeft zij daarbij incidenteel appèl ingesteld, waarbij zij één grief heeft aangevoerd en toegelicht. Ten slotte heeft Veka Best in het principaal en het incidenteel appèl geconcludeerd dat het hof bij arrest, uitvoerbaar bij voorraad, het vonnis waarvan beroep, met inachtneming van de in het incidenteel appèl opgeworpen grief, zal bekrachtigen en Test & Drive c.s. hoofdelijk zal veroordelen in de kosten van deze instantie.

2.4 Bij memorie van antwoord in incidenteel appèl, tevens houdende akte uitlating producties hebben Test & Drive c.s. in het incidenteel appèl de grief bestreden, hebben zij zich uitgelaten over de door Veka Best in het principaal appèl overgelegde producties, hebben zij zelf opnieuw producties overgelegd en hebben zij in het incidenteel appèl geconcludeerd dat het hof

- primair - door de toepassing van artikel 260 Rv - zal vaststellen dat de voorlopige voorzieningen, inclusief de nevenvoorzieningen waaronder de dwangsommen zoals deze in het vonnis van 11 augustus van de voorzieningenrechter van de rechtbank Zwolle Lelystad zijn neergelegd, zonder dat daarvoor rechterlijke tussenkomst nodig is hun kracht hebben verloren, en Veka Best daarom niet-ontvankelijk zal verklaren in haar incidenteel appèl;

- subsidiair [het hof leest] het vonnis waarvan beroep voor zover dit door Veka Best is bestreden zal bekrachtigen;

• Veka Best zal veroordelen in de kosten van [het hof leest] het Incidenteel appèl.

2.5 Bij antwoordakte uitlating producties heeft Veka Best akte verzocht van haar reactie op de uitlating van Test & Drive c.s. over de door Veka Best In het principaal appèl overgelegde producties.

2.6 Ter terechtzitting van het hof van 11 januari 2007 hebben partijen de zaak doen bepleiten, waarbij namens Test & Drive c.s. het woord is gevoerd door mr. R.J. Bakker, advocaat te Almere en namens Veka Best door mr. A.P. Maes, advocaat te Apeldoorn, overeenkomstig door hen overgelegde pleitnota's.

2.7 Ten slotte heeft Veka Best de stukken overgelegd voor het wijzen van arrest en hebben partijen ermee ingestemd dat recht zal worden gedaan op basis van die stukken van de fotokopieën van de stukken die Test & Drive c.s. voorafgaand aan de pleidooien aan het hof hebben doen toekomen.

3 De vaststaande feiten

Nu geen grieven zijn aangevoerd tegen de vaststelling van de In het bestreden vonnis onder 2.1 tot en met 2.5 genoemde feiten, gaat ook het hof van die feiten uit.

4 De beoordeling van het geschil in hoger beroep in het principaal en het incidenteel appèl

4.1 In het onderhavige geschil gaat het om de vraag of Veka Best jegens Test & Drive c.s. aanspraak kan maken op betaling van beweerdelijk door Test & Drive c.s. jegens haar verbeurde dwangsommen uit hoofde van overtreding van het In het tussen partijen gewezen vonnis van de voorzieningenrechter van de rechtbank Zwolle-Lelystad van 11 augustus 2005 (rolnr, 1094971KG ZA 05-233; verder te noemen: "het vonnis van 11 augustus 2005") In het dictum onder 2 geformuleerde gebod en, zo ja, tot welk bedrag.

4.2 Test & Drive c.s. hebben als meest verstrekkende stelling aangevoerd dat, ook als zou moeten worden aangenomen dat dwangsommen zijn verbeurd op grond van het vonnis van 11 augustus 2005, thans geen aanspraak meer kan worden gemaakt door Veka Best op betaling daarvan, omdat de betrokken voorlopige voorziening in dit vonnis door de verklaring als bedoeld in artikel 260 lid 2 Rv van de kant van Test & Drive c.s. (bij brief van 4 oktober 2005: zie productie 6 bij memorie van antwoord in incidenteel appèl, tevens houdende akte uitlating producties) haar werking heeft verloren, en wel met terugwerkende kracht, zodat achteraf vaststaat dat er nooit een voorziening is geweest op grond waarvan dwangsommen door hen zouden kunnen worden verbeurd, Veka Best thans niets van hen te vorderen heeft en haar vorderingen in hoger beroep voor toewijzing gereed liggen.

4.3 Hoewel deze als (nieuwe) grief op te vatten stelling tardief is aangevoerd, dient het hof - er (veronderstellenderwijs) van uitgaand dat het hieromtrent niettemin ambtshalve heeft te beslissen - deze in elk geval te verwerpen, nu in de wetsgeschiedenis geen aanknopingspunten zijn te vinden die ertoe nopen deze bepaling - anders dan de tekst mede in verband met het in lid 1 van dit artikel bepaalde meebrengt - zo uit te leggen dat een voorlopige voorziening door een dergelijke

lijke verklaring met terugwerkende kracht haar werking verliest (vgl. Parl. Gesch. Burg. Procesrecht, p. 428-431). Nu door Veka Best aanspraak wordt gemaakt op betaling van dwangsommen die beweerdelijk zijn verbeurd in de periode van 16 augustus 2005 tot en met 16 september 2005 en de verklaring van de kant van Test & Drive c.s. eerst is afgelegd op 4 oktober 2005, impliceert dit dat de dwangsommen - indien verbeurd - al waren verbeurd op het moment dat de voorlopige voorziening haar werking verloor, zodat dit laatste - bij gebreke van terugwerkende kracht - geen gevolgen meer kon hebben voor de verschuldigdheid van de dwangsommen.

4.4 Veka Best baseert haar aanspraak op betaling jegens Test & Drive c.s. hierop dat deze laatsten 32x een dwangsom hebben verbeurd van € 5.000, (dus in totaal een bedrag van € 160.000,-) omdat zij zich in de periode van 16 augustus 2005 tot en met 16 september 2005 - dus gedurende 32 dagen - niet hebben gehouden aan het in het vonnis van 11 augustus 2005 in het dictum onder 2 geformuleerde gebod tot - kort gezegd - het ontoegankelijk maken en drie maanden ontoegankelijk houden van haar internetproducten én de Internetproducten waarbij zij betrokken is, en in het dictum van datzelfde vonnis onder 8 Test & Drive c.s. hoofdelijk zijn veroordeeld tot betaling aan Veka Best van een dwangsom bij overtreding van enig onderdeel van de petita onder 1 tot en met 5 van € 5.000,- per overtreding of - naar keuze van Veka Best- € 5.000,- per dag waarop dit vonnis of enig onderdeel daarvan is overtreden. Test & Drive c.s. hebben betwist dat zij enigerlei bedrag jegens Veka Best verschuldigd zijn geworden.

4.5 Het hof acht voorshands aannemelijk dat Test & Drive c.s., het in het dictum van het vonnis van 11 augustus 2005 onder 2 geformuleerde gebod hebben overtreden. Voor dat oordeel hecht het hof in het bijzonder waarde aan de processen-verbaal van constatering die deurwaarder A. Agterhuis (verder: "de deurwaarder") te dezer zake heeft opgemaakt voor zover deze betrekking hebben op overtreding van het in het dictum van het vonnis van 11 augustus 2005 onder 2 geformuleerde gebod en waarin de deurwaarder constateert dat de internetpagina <http://www.i-theorie.nl> met de in die exploten omschreven subpagina's (in strijd met dit gebod) bereikbaar zijn (zie producties 3 en 4 bij producties Veka Best in eerste aanleg). Deze exploten betreffen de dagen 19 augustus 2005, 23 augustus 2005, 24 augustus 2005, 25 augustus 2005, 26 augustus 2005, 29 augustus 2005, 30 augustus 2005, 31 augustus 2005, 2 september 2005, 5 september 2005, 6 september 2005, 9 september 2005, 12 september 2005 en 16 september 2005. Het hof hecht bijzondere betekenis aan het relaas dat de deurwaarder telkenmale heeft gedaan, omdat het openbare ambt dat een deurwaarder hier te lande bekleedt en het vertrouwen dat in ambtenaren met een dergelijke publieke functie in beginsel moet worden gesteld, meebrengen dat in beginsel veel waarde dient te worden toegekend aan constateringen die door dergelijke ambtenaren worden gedaan.

4.6 Nu het vonnis van 11 augustus 2005 op 16 augustus 2005 aan Test & Drive c.s. is betekend en deze onvoldoende gemotiveerd hebben gesteld dat en waarom de betrokken internetpagina's - anders dan Veka Best heeft gesteld - op de dagen dat de deurwaarder zijn controle niet heeft uitgevoerd, niet toegankelijk zouden zijn geweest, acht het hof voorshands tevens voldoende aannemelijk dat Test & Drive c.s. ook op die dagen het gebod hebben overtreden, zodat het hof de voorlopige conclusie trekt dat Test & Drive c.s. in verband met die (dagelijkse) overtredingen 32x een bedrag van € 5,000,- hebben verbeurd en derhalve uit dien hoofde een bedrag van € 160,000,- aan Veka Best verschuldigd zijn geworden. In dit verband acht het hof mede relevant dat vaststaat dat Test & Drive c.s. reeds voorafgaand aan het vonnis van 11 augustus 2005 - door het toegankelijk hebben en houden van de Internetpagina <http://www.i-theorie.nl> met de in de exploitatie van de deurwaarder omschreven subpagina's - inbreuk maakten op de auteursrechten van Veka Best. Voor zover Test & Drive c.s., in dit verband - subsidiair - hebben gesteld dat geen sprake is geweest van afzonderlijke overtredingen maar een en ander moet worden gezien als één doorlopende overtreding, zodat ook slechts eenmaal de dwangsom is verbeurd, wordt deze stelling verworpen, reeds omdat deze in strijd is met hetgeen in het dictum onder 8 van het vonnis van 11 augustus 2005 is bepaald.

4.7 Het voorgaande impliceert dat de door Test & Drive c.s. opgeworpen verweren falen.

4.8 Dit betreft allereerst hun stelling dat zij het gegeven gebod niet hebben overtreden omdat dit er (enkel) toe strekte om de door hen op internet tegen betaling aangeboden producten ontoegankelijk te maken. Het hof kan Test & Drive c.s. niet volgen in deze stelling omdat in (de tekst van) het dictum onder 2 van het vonnis van 11 augustus 2005 een dergelijke toevoeging ergens is te vinden en een dergelijke uitleg van dat dictum te minder voor de hand ligt omdat dit moet worden gelezen in verband met het dictum van dat vonnis onder 1 bepaalde, dat daarmee in onlosmakelijk verband staat. Het onder 1 van dat vonnis bepaalde zou immers niet (kunnen) worden voldaan indien de betrokken Internetpagina (met subpagina's) gratis toegankelijk zou blijven, omdat in dat geval evenzeer (als bij gebruik tegen betaling) inbreuk zou worden gemaakt op de auteursrechten van Veka Best.

4.9 Test & Drive c.s. hebben voorts gesteld dat uit de documenten die de deurwaarder aan zijn processen-verbaal heeft toegevoegd - anders dan hij in die processen-verbaal van constatering heeft gerelateerd - niet blijkt dat hij via de website www.i-theorie.nl heeft ingelogd en dat derhalve niet is gebleken dat hij in de betrokken periode de daarbij behorende internetpagina, met bijbehorende subpagina's, heeft weten te bereiken. Uit die documenten blijkt, aldus Test & Drive c.s., dat de deurwaarder op andere sites is geweest, te weten het adres van de interne voor externe gebruikers afgeschermd werkserver van Test & Drive c.s. (<http://cursus.i-theorie.nl>). Ook hier volgt het hof de toelichting van de deurwaarder dat hij, zoals hij in de

processen-verbaal heeft gerelateerd, wel degelijk steeds via eerstgenoemde website heeft ingelogd en dat laatstgenoemde website enkel een vervolgscherm betreft, dat hij - zoals hij bij gelegenheid van de pleidooien voor dit hof desgevraagd heeft verklaard de eerste keer via een kraskaart en de daarbij behorende unieke code is "binnengekomen" op www.i-theorie.nl en daarna hiervoor steeds kon volstaan met het intypen van zijn gebruikersnaam en wachtwoord en dat hij vervolgens - hoewel op deze website een melding stond over (on)toegankelijkheid en werkzaamheden - via het vervolgscherm normaal met examens kon oefenen (zie in dit verband ook productie 11 bij memorie van antwoord tevens incidenteel appèl). Daarbij neemt het hof in aanmerking dat Test & Drive c.s. bij gelegenheid van de pleidooien voor dit hof desgevraagd op geen enkele wijze een (begin van een) verklaring hebben kunnen geven voor het feit dat de deurwaarder (rechtstreeks) zou hebben kunnen inloggen op het adres van de interne voor externe gebruikers afgeschermd werkserver van Test & Drive c.s., (<http://cursus.i-theorie.nl>), hoewel deze site volgens hun eigen verklaring slechts voor eigen medewerkers toegankelijk was en met (alleen aan die medewerkers bekende) gebruikersnamen en wachtwoorden was beveiligd. Bij alles tekent het hof aan dat het proces-verbaal van constatering van deurwaarder P.J.J.M. Storms - aan wiens bevindingen het hof op dezelfde gronden op zichzelf evenveel waarde toekent als aan die van de deurwaarder - van 30 september 2005 aan het voorgaand niet afdoet zulks reeds niet omdat dit is opgemaakt nadat in de gewraakte periode de bewuste overtredingen van het bedoelde gebod door Test & Drive c.s. hadden plaatsgevonden en nadat op 26 september 2005 ten verzoeken van Veka Best terzake een exploitatie van opeising dwangsom aan Test & Drive c.s. was uitgebracht. Ook hetgeen overigens door Test & c.s. in dit verband naar voren is gebracht kan aan het voorgaand niet afdoen.

4.10 Het voorgaand impliceert dat voor zover Test & Drive c.s., hebben aangevoerd dat de website www.i-theorie.nl weliswaar niet "off line" was maar de database en applicatie voor onderzoek en de nodige updates naar de werkserver waren verplaatst, die daarvoor vanaf diverse locaties moest kunnen worden benaderd via internet door medewerkers en programmeurs, het hof deze stelling verworpt, reeds omdat op grond van het voorgaand voorshands moet worden aangenomen dat de database en applicatie niet naar de werkserver waren verplaatst in die zin dat deze niet via de website www.i-theorie.nl bereikbaar waren.

4.11 Nu Veka Best onvoldoende weersproken heeft gesteld dat de website www.i-theorie.nl ontoegankelijk kon worden gemaakt door de toegang ervan te blokkeren, de "content" te verwijderen of de server niet op internet aan te sluiten, maar voorshands ervan moet worden uitgegaan dat de deurwaarder door via de website www.i-theorie.nl in te loggen daarbij behorende internetpagina, met bijbehorende subpagina's, kon bereiken en met examens kon oefenen, volgt hieruit dat Test & Drive c.s. geenszins alles wat redelijkerwijs mogelijk was hebben gedaan om het geveengebod na

te leven. Dit brengt mee dat voor Test & Drive c.s. geen sprake was van een onmogelijkheid als bedoeld in artikel 611d lid 1 Rv en dat hen derhalve geen beroep op deze bepaling toekomt.

4.12 Test & Drive c.s. hebben ten slotte gesteld dat Veka Best, die al op 19 augustus 2005 met de vermeende overtreding van het gebod bekend was, de dwangsommen te lang (tot 26 september 2005) heeft laten oplopen en dat dit misbruik van recht oplevert, omdat Veka Best aldus doende uitsluitend heeft gehandeld om zoveel mogelijk dwangsommen te incasseren, hetgeen in strijd is met het doel van de dwangsom. Voor zover Test & Drive c.s. hiermee hebben beoogd te stellen dat Veka Best het uitsluitende doel heeft gehad om hen te benadelen en daarom misbruik van bevoegdheid hebben gemaakt, faalt hun betoog, omdat zij onvoldoende feiten en omstandigheden hebben gesteld waaruit een dergelijke (subjectieve) bedoeling kan worden afgeleid. Voor zover Test & Drive c.s. hiermee hebben bedoeld te stellen dat Veka Best haar bevoegdheid heeft gebruikt voor een ander doel dan waarvoor deze is gegeven, kan haar beloog evenmin slagen, reeds omdat uit het voorgaande voorshands volgt dat Test & Drive c.s. het gewraakte gebod aanvankelijk niet hebben nageleefd en daarmee welbewust het risico hebben genomen dat zij gedurende meerdere dagen dwangsommen zouden gaan verbeuren. Daarnaast heeft Veka Best onvoldoende weersproken gesteld dat reeds in juli 2005 Test & Drive c.s. heeft aangeboden om producten van Test & Drive c.s. die volgens dezen niet meer inbreukmakend waren vooraf te toetsen, zodat voor Test & Drive c.s. niet meer het risico zou bestaan dat zij op een later moment zou worden geconfronteerd met aanspraken van Veka Best tot betaling van beweerdelijk verbeurde dwangsommen.

4.13 Voor het overige hebben Test & Drive c.s. geen feiten gesteld die tot een ander oordeel zouden kunnen leiden, zodat deze buiten bespreking kunnen blijven.

4.14 Voor bewijslevering is in de procedure in kort geding geen plaats, zodat het door Test & Drive c.s. gedane bewijsaanbod reeds op die grond wordt gepasseerd.

4.15 Bij gelegenheid van de pleidooien heeft Veka Best desgevraagd verklaard dat zij op dit moment - dal wil zeggen in de onderhavige procedure - geen belang heeft bij haar grief in het incidenteel appèl, in welk geding zij ook geen eis heeft ingesteld. Het hof heeft haar uitlatingen op dit punt mede aldus begrepen dat zij daarmee het incidenteel appèl heeft willen intrekken, zodat dit verder buiten bespreking kan blijven.

5 De conclusie

Het principaal appèl faalt, het incidenteel appèl blijft buiten bespreking. Het bestreden vonnis zal worden bekrachtigd. Test & Drive c.s. zullen als de in het ongelijkgestelde partij worden veroordeeld. In de kosten van het geding in het principaal appèl.

De beslissing

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

In het principaal en het incidenteel appèl

6.1 bekrachtigt het tussen partijen in kort geding gewezen vonnis van de voorzieningenrechter van de rechtbank Zwolle-Lelystad van 16 december 2005;

6.2 veroordeelt Test & Drive c.s. In de kosten van het geding in het principaal appèl, tot aan deze uitspraak aan de zijde van Veka Best begroot op € 2.682,- voor salaris procureur en op € 296 voor verschotten;

6.3 verklaart de onder 6.2 uitgesproken veroordeling uitvoerbaar bij voorraad.