

Vzgr Rb Zwolle, 20 mei 2009, Örnell v ABK

PROCESRECHT

Executie vonnis – geen dwangsommen verbeurd

- De voorzieningenrechter is voorshands van oordeel dat de vier door ABK gestelde punten, zoals hiervoor onder 5.2 opgenomen, niet door het vonnis van 5 maart 2009 worden gesanctioneerd met een dwangsom. ABK kan namelijk niet worden gevolgd in haar stelling dat Örnell op die punten niet aan het vonnis heeft voldaan.

Vindplaatsen:

Vzgr Rb Zwolle, 20 mei 2009

(M.H.S. Lebens-de Mug)

RECHTBANK ZWOLLE-LELYSTAD

Sector civiel recht

zaaknummer / rolnummer: 157430 / KG ZA 09-230

Vonnis in kort geding van 20 mei 2009

in de zaak van

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid ÖRNELL B.V., gevestigd te Staphorst, eiseres in conventie,

verweerster in reconventie,

advocaat mr. P.D. van Gaalen-Rens,

tegen

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid ABK INNOVENT B.V.,

gevestigd te Doetinchem,

gedaagde in conventie,

eiseres in reconventie,

advocaat mr. A.J. Kronenberg.

Partijen zullen hierna Örnell en ABK genoemd worden.

1. De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding

- de mondelinge behandeling

- de wijziging van eis

- de eis in reconventie

- de pleitnota van Örnell

- de pleitnota van ABK.

1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

2. De feiten

2.1. De voorzieningenrechter van deze rechtbank heeft op 5 maart 2009 een kort gedingvonnis met zaaknummer 153996 I KG ZA 09-44 (hierna ook: het vonnis) gewezen tussen partijen. In dit vonnis is Örnell, kort gezegd, veroordeeld om zich te onthouden van iedere inbreuk op de auteursrechten van ABK ten aanzien van de ABK InnoVent brochure 2006 en een wijnrek van ABK. In het vonnis staat, voor zover van belang, vermeld:

"De voorzieningenrechter

(...)

5.3. veroordeelt Örnell om uiterlijk binnen veertien dagen na betekening van dit vonnis aan de advocaat van ABK, mr. A.J. Kronenberg, postbus 3015, 6802 DA

Arnhem, een schriftelijke verklaring toe te zenden, vergezeld van onderliggende documenten, waarin opgave wordt gedaan van:

(...)

c. De aantallen nog in voorraad gehouden inbreukmakende brochures en wijnrekken met vermelding van plaatsnaam en adres van opslag en naam van de bewaarder, onder overlegging van orderbevestiging, fabricageopdrachten, bewaargevingopdrachten en/of andere deugdelijke bewijsstukken;

(...)

e. Een berekening van de met de verkoop van de inbreukmakende wijnrekken behaalde omzet en winst (berekend op basis van verkoopprijs minus inkoopprijs vermeerderd met toerekenbare directe kosten), met een specificatie van de verschillende in mindering gebrachte directe kostenposten. en onder overlegging van duidelijke en gedetailleerde schriftelijke bewijsstukken, 5.4. veroordeelt Örnell om uiterlijk binnen zes weken na betekening van dit vonnis een origineel ondertekende verklaring van een registeraccountant te overhandigen aan de advocaat van ABK, mr. A.J. Kronenberg voornoemd, waarin de accountant de juistheid en de volledigheid bevestigt van de op grond van de veroordeling onder 5.3. a tot en met e hierboven verstrekte gegevens, op basis van een door die accountant verricht onderzoek in de financiële administratie, boekhouding en facturen en andere gegevens van Örnell, één en ander op kosten van Örnell,

5.5. veroordeelt Örnell om uiterlijk binnen twee weken na berekening van dit vonnis aan de afnemers en andere derden die van Örnell een inbreukmakende brochure hebben toegezonden gekregen of anderszins hebben ontvangen, een brief te versturen, waarin, met uitzondering van de adressering, datering en de afsluiting, uitsluitende de navolgende tekst, in een normaal lettertype op wit papier, is opgenomen:

"Geachte heer, mevrouw,

Wij hebben aan u overhandigd een productbrochure van Örnell B.V. In onze brochures 2007 en 2009 hebben wij de lay-out, en in onze brochure2007 hebben wij delen van de tekst van de brochure van onze concurrent ABK Inno Vent B.V., gevestigd te Doetinchem, zonder toestemming overgenomen. Voorts bieden wij onder meer in onze brochure een wijnrek aan dat (nagenoeg) identiek is aan het wijnrek von ABK Inno Vent. Aldus plegen wij inbreuk op de auteursrechten van ABK InnoVent B.V. en zijn wij verplicht de brochure en de inbreukmakende wijnrekken terug te nemen en te vernietigen. In het licht hiervan verzoeken wij u binnen zeven dagen na de datum van deze brief de door u van ons ontvangen brochures van Örnell B.V. en de eventueel door u bij ons afgenomen Örnell wijnrekken aan ons te retourneren, waartegenover wij de verzendkosten en de eventueel betaalde koopprijs aan u zullen vergoeden. Wij wijzen u erop dat het in voorraad houden, verhandelen, of ter beschikking stellen van onze productbrochures en wijnrekken een inbreuk vormt op de auteursrechten van ABK InnoVent B.V. en zij u ook rechtstreeks kan aanspreken."

en gelijktijdig aan de advocaat van ABK een kopie van deze brief toe te zenden tezamen met de lijst van adressen en namen van geadresseerde aan wie deze brief is verstuurd.

5.6. veroordeelt Örnell om uiterlijk binnen zes weken na betekening van dit vonnis de bij haar in voorraad zijnde, alsnog in haar bezit komende en/of de door haar afnemers geretourneerde brochures en wijnrekken, op haar kosten te vernietigen en wel onder toezicht van een deurwaarder en met de verplichting om een procesverbaal van vernietiging van de deurwaarder binnen zeven dagen na de vernietiging, aan de advocaat van ABK mr. Kronenberg voornoemd, toe te zenden.
(...)"

2.2. Örnell heeft hoger beroep tegen het vonnis ingesteld.

2.3. Örnell heeft diverse handelingen verricht, waaronder het vernietigen van brochures en het verzenden van een rectificatie-/recallbrief.

2.4. ABK heeft de executie van de dwangsommen ingezet. Op 29 april 2009 heeft de deurwaarder aan Örnell betekend een exploit van betekening en bevel om binnen twee dagen te voldoen aan de inhoud van het vonnis en te betalen een bedrag van EUR 100.069,54, zijnde de door ABK gesteld verbeurde dwangsommen en kosten van exploit.

3. Het geschil in conventie

3.1. Örnell vordert - uitvoerbaar bij voorraad:

- primair: de bij vonnis van de voorzieningenrechter van deze rechtbank van 5 maart 2009 opgelegde dwangsommen op te heffen;

- subsidiair: ABK te veroordelen om de tenuitvoerlegging van het [vonnis van de voorzieningenrechter van deze rechtbank van 5 maart 2009](#), ter zake de opeising van dwangsommen, te schorsen en geschorst te houden, totdat in een bodemprocedure daaromtrent is beslist, één en ander op straffe van een dwangsom van EUR 40.000,= per dag dat de veroordeling wordt overtreden;

- met veroordeling van ABK in de werkelijke proceskosten van dit geding, in de zin van artikel 1019h Rv, in ieder geval zijnde advocaatkosten en griffierechten.

3.2. ABK voert verweer. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

4. Het geschil in reconventie

4.1. ABK vordert -uitvoerbaar bij voorraad:

(i) Örnell te veroordelen om uiterlijk binnen zeven dagen na de betekening van dit vonnis aan de afnemers van inbreukmakende wijnrekken en aan andere derden die van Örnell een inbreukmakende brochure hebben toegezonden gekregen of anderszins hebben ontvangen, een brief, op briefpapier van Örnell met duidelijke vermelding van de naam en het adres van Örnell, te versturen, waarin, met uitzondering van de adressering, datering en de afsluiting, overigens uitsluitend de navolgende tekst, in een normaal lettertype op wit papier (althans de kleur van het briefpapier van Örnell is opgenomen:

"Geachte heer, mevrouw,

Wij hebben aan u toegezonden dan wel overhandigd een productbrochure van Örnell B.V. en/of we hebben

aan u geleverd een of meer wijnrekken. In onze brochures 2007 en 2009 hebben wij de lay-out en delen van de tekst van de brochure van onze concurrent ABK Inno Vent B.V., gevestigd te Doetinchem, zonder toestemming overgenomen. Voorts bieden wij onder meer in onze brochure een wijnrek aan dat nagenoeg identiek is aan het wijnrek van ABK Inno Vent. Met de brochure en het wijnrek plegen wij inbreuk op de auteursrechten van ABK Inno Vent en zijn wij verplicht de brochure en de inbreukmakende wijnrekken terug te nemen en te vernietigen. In het licht hiervan verzoeken wij u binnen zeven dagen na de datum van deze brief de door u van ons ontvangen brochures van Örnell B.V. en de eventueel door U bij ons afgenomen wijnrekken aan ons te retourneren, waartegenover wij de verzendkosten en de eventueel betaalde koopprijzen aan u zullen vergoeden, Het retouradres is Örnell B.V., Burgemeester Niemeijerstraat 2, 7951 TD Staphorst. Wij wijzen u erop dat het in voorraad houden, verhandelen, of ter beschikking stellen van onze productbrochures en wijnrekken een inbreuk vormt op de auteursrechten van ABK Inno Vent B.V. en zij u ook rechtstreeks kan aanspreken."

en gelijktijdig aan de advocaat van ABK een kopie van deze brief toe te zenden tezamen met de lijst van adressen en namen van geadresseerden aan wie deze brief is verstuurd;

(ii) Örnell veroordelen om uiterlijk binnen 28 dagen na betekening van dit vonnis aan de advocaat van ABK:

a. een schriftelijke verklaring toe te zenden, vergezeld van onderliggende documenten, waarin opgave wordt gedaan van de aantallen op 21 dagen na betekening van het vonnis bij of ten behoeve van Örnell in voorraad gehouden en/of geretourneerde inbreukmakende/onrechtmatige brochures en wijnrekken met vermelding van plaatsnaam en adres van opslag en naam van de bewaarder, met uitsplitsing naar brochures 2007 en 2009 en naar wijnrek;

b. schriftelijke duidelijke en gedetailleerde bewijsstukken toe te zenden van de door de registeraccountant van Örnell, in het kader van de nakoming van het eerdere kort gedingvonnis van 5 maart 2009, in zijn brief van 20 april 2009 aangegeven berekening van de met de verkoop van de inbreukmakende/onrechtmatige wijnrekken behaalde winst, berekend op basis van verkoopprijs minus inkoopprijs vermeerderd met toerekenbare directe kosten, met een specificatie van de verschillende in mindering gebrachte directe kostenposten, zoals bijvoorbeeld maar daartoe niet beperkt de jaarrekeningen 2007 en 2008 van Örnell en de afzonderlijke nota's en/of verzamelnota's van Van der Sluis Staphorst B.V. aan Örnell ter zake van aan Örnell geleverde producten in 2007 en 2008;

c. een origineel ondertekende verklaring van een registeraccountant toe te zenden, waarin de accountant de juistheid en volledigheid bevestigt van de op grond van sub a en b hierboven verstrekte gegevens en bewijsstukken en hij tevens bevestigt dat er geen andere stukken in de administratie van Örnell aanwezig zijn die bewijs kunnen leveren van de berekening van de met de inbreukmakende/onrechtmatige wijnrekken behaalde winst en dat de door Örnell gehanteerde

maatstaven ter bepaling van die winst in het algemeen aanvaardbaar zijn, dit alles op basis van een door die accountant verricht onderzoek in de financiële administratie van Örnell en een telling van de bij Örnell aanwezige inbreukmakende brochures 2007 en 2009, een en ander op kosten van Örnell:

(iii) Örnell te veroordelen om uiterlijk binnen 30 dagen na betekening van dit vonnis de bij haar in voorraad zijnde, alsnog in haar bezitkomende en/of de door haar afnemers geretourneerde inbreukmakende brochures 2007 en 2009 en wijnrekken, op haar kosten te vernietigen en wel onder toezicht van een deurwaarder en met de verplichting om een proces-verbaal van vernietiging van de deurwaarder binnen zeven dagen na de vernietiging aan de advocaat van ABK toe te zenden;

(iv) Örnell te veroordelen tot betaling aan ABK van een onmiddellijk opeisbare dwangsom van EUR 10.000,= voor elke keer of elke dag, een gedeelte van de dag daaronder begrepen, dat zij in gebreke blijft aan de hiervoor onder (i) lot en met (iii) genoemde veroordelingen te voldoen, dan wel- zulks uitsluitend ter keuze van ABK – een dwangsom van EUR 1.000,= per inbreukmakende brochure of inbreukmakend product waarmee in strijd met een of meer van de veroordelingen is/wordt gehandeld;

(v) op basis van artikel 1019i Rv, in samenhang met artikel 50 lid 6 Trips-verdrag, te bepalen dat de termijn waarbinnen ABK een bodemprocedure terzake de onderhavige reconventionele vorderingen aanhangig moet maken - voorzover dit al niet is gebeurd - zes maanden zal zijn, te rekenen vanaf de datum dat dit vonnis in kracht van gewijsde is gegaan;

(vi) Örnell te veroordelen in de kosten van dit geding, in de zin van artikel 1019h Rv, bestaande uit de volledige feitelijke door ABK gemaakte kosten van de salarissen en de verschotten van haar advocaat, althans een door de voorzieningenrechter in goede justitie te bepalen bedrag ter vergoeding van de redelijke en evenredige gerechtskosten en andere kosten die ABK heeft gemaakt.

4.2. Örnell voert verweer. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

5. De beoordeling in conventie

5.1. In dit geding is in voldoende mate gebleken van het spoedeisende belang van Örnell bij haar vorderingen.

5.2. Örnell stelt dat zij volledig aan het vonnis heeft voldaan en dat zij geen dwangsommen heeft verbeurd. ABK stelt dat Örnell op vier punten haar verplichtingen uit hoofde van het vonnis niet is nagekomen en dat Örnell daarom dwangsommen verbeurd. Het betreft de punten:

a. het overleggen van duidelijke en gedetailleerde schriftelijke bewijsstukken omtrent de berekening van de met de verkoop van de wijnrekken behaalde omzet en winst (5.3 sub c van het vonnis);

b. het ontbreken van voorraadaantallen brochures en wijnrekken in de verklaring van de accountant (5.4 jo 5.3 sub c van het vonnis);

c. het versturen van de rectificatie-/recallbrief (5.5 van het vonnis);

d. het vernietigen van de brochures (5.6 van het vonnis).

5.3. ABK is in beginsel gerechtigd het in kort geding gewezen en uitvoerbaar bij voorraad verklaarde vonnis jegens Örnell ten uitvoer te leggen. Kern van het geschil betreft de vraag of de door ABK ingestelde executiemaatregelen desondanks onrechtmatig zijn. Voor het antwoord op die vraag is bepalend of Örnell heeft voldaan aan hetgeen waartoe zij op basis van het in kort geding gewezen vonnis is veroordeeld, meer specifiek aan de veroordelingen 5.3 sub e, 5.4 jo 5.3 sub c, 5.5 en 5.6 uit het vonnis.

5.4. De voorzieningenrechter is voorshands van oordeel dat de vier door ABK gestelde punten, zoals hiervoor onder 5.2 opgenomen, niet door het vonnis van 5 maart 2009 worden gesanctioneerd met een dwangsom. ABK kan namelijk niet worden gevolgd in haar stelling dat Örnell op die punten niet aan het vonnis heeft voldaan.

Hierbij wordt als uitgangspunt genomen dat de hiervoor onder 5.3 genoemde veroordelingen zien op door Örnell te verrichten handelingen. Deze veroordelingen om iets te doen dienen beperkt te worden geïnterpreteerd (HR 18-2-1996, NJ 1966, 208 en [HR 20-5-1994, NJ1994, 652](#)).

In het navolgende zullen de vier punten afzonderlijk worden besproken.

5.5. Ad a. Schriftelijke bewijsstukken omtrent de winstberekening van de wijnrekken

ABK heeft twijfels bij de winstmarge van 10% tussen de in- en verkoopprijs van de wijnrekken en stelt dat Örnell die marge op basis van het vonnis met schriftelijke bewijsstukken moet onderbouwen. Nu zij dat niet heeft gedaan heeft zij niet aan het vonnis voldaan. De voorzieningenrechter kan ABK hierin niet volgen. Örnell heeft immers bij brieven van haar advocaat van 20 en 27 maart 2009 verklaard hoeveel wijnrekken zij heeft verkocht en hoe zij de omzet en winst van de verkochte rekken heelt berekend. Deze verklaring is vervolgens door de registeraccountant bevestigd op 20 april 2009. Gezien het, door de accountant goedgekeurde, systeem van bulkfacturen waarmee Örnell werkt kan van haar niet meer worden verwacht dan hetgeen zij heeft gedaan ter uitvoering van dit onderdeel van het vonnis. Het is overigens aan Örnell te bepalen met welke winstmarges, die zij onweersproken reeds vanaf het begin van haar bestaan hanteert, zij wenst zaken te doen.

5.6. Ad. b. Ontbreken voorraadaantallen in accountantsverklaring

ABK is van mening dat Örnell niet aan het vonnis heeft voldaan omdat in de verklaring van 20 april 2009 van de accountant niet is opgenomen een bevestiging van de juistheid en de volledigheid ten aanzien van de opgave van de in voorraad zijnde brochures en wijnrekken. Ter zitting heeft de registeraccountant van Örnell, de heer drs. A. Prins RA, meegedeeld dat ten aanzien van een organisatie van de omvang van Örnell een accountant wel kan verklaren over de juistheid maar niet over de volledigheid van opbrengsten of verstuurd brochures. Dit kan pas bij ondernemingen met een balanstotaal van 4,4 miljoen. Örnell is gezien haar

omvang geen controleplichtige onderneming zodat een samenstellingsverklaring zeer beperkt is; een accountant kan dan nooit iets over volledigheid zeggen. Ook hieruit blijkt dat van Örnell, dan wel diens accountant, niet meer verwacht kan worden dan hetgeen zij heeft gedaan ter uitvoering van dit onderdeel van het vonnis. De voorzieningenrechter heeft geen reden te twijfelen aan de accountant en ABK heeft hiertoe ook niets aan-gevoerd.

5.7. Ad c. De rectificatie-/recallbrief

Met Örnell is de voorzieningenrechter van oordeel dat zij ook ten aanzien van de rectificatie-/recallbrief aan het vonnis heeft voldaan. Zij heeft immers exact aan de veroordeling onder 5.5 van het vonnis voldaan, hetgeen ook niet door ABK is betwist. ABK heeft zich echter na het vonnis op het standpunt gesteld dat ook het adres van Örnell in de brief had moeten worden opgenomen. Dat dit niet is gebeurd is echter geen chicane van Örnell maar is het gevolg van de wijze van formuleren van de eis door ABK. Daarbij komt dat ontvangers van de brief het adres van Örnell toch hebben ontvangen, aangezien dit op de envelop stond vermeld. Verder is het een algemeen gegeven dat in een verkoopbrochure ook het adres van de verkopende onderneming staat vermeld zodat een ontvanger, die in het bezit is van de Örnell-brochure, óók over het retouradres beschikt. Door te handelen zoals Örnell heeft gedaan is bovendien voldaan aan de strekking van de veroordeling.

5.8. Ad d. Het vernietigen van de brochures

ABK stelt zich op het standpunt dat niet alle brochures zijn vernietigd, nu uit het proces-verbaal van de deurwaarder blijkt dat er 4836 brochures zijn vernietigd terwijl Örnell heeft opgegeven dat er 5315 brochures zijn. Örnell heeft echter een sluitende verklaring gegeven voor het verschil tussen het door de deurwaarder opgegeven aantal vernietigde brochures en het door Örnell opgegeven aantal. Bij het tellen door de deurwaarder is ervan uitgegaan dat in alle aanwezige dozen 30 brochures zaten. Door ABK is niet betwist dat de brochures 2007 dunner zijn dan die van 2009 zodat, nu de deurwaarder in haar proces-verbaal van 16 april 2009 heeft geconstateerd dat alle dozen van gelijke grootte zijn, het niet anders kan zijn dan dat er méér brochures 2007 in een doos zaten dan de 30 waarvan de deurwaarder is uitgegaan, en wel een aantal van 42 brochures. Ook is niet betwist dat er 40 dichte dozen met brochures 2007 waren, zodat er in de dozen geen 1200 maar 1680 brochures 2007 zaten. Hieruit volgt dat alle door Örnell opgegeven in voorraad zijnde brochures 2007 op 16 april 2009 in bijzijn van de deurwaarder zijn vernietigd.

5.9. Het primair gevorderde zal op grond van hetgeen hiervoor is overwogen worden toegewezen.

5.10. ABK zal als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld. De kosten aan de zijde van Örnell worden begroot op:

- dagvaarding EUR	72,25
- vast recht	262,00
- overige kosten	0,00
- salaris advocaat	5,967,66
Totaal EUR	6,301,91

6. De beoordeling in reconventie

6.1. ABK baseert haar reconventionele vorderingen op een nieuw feit, te weten dat het vonnis van 5 maart 2009 niet door Örnell is nagekomen. Nu in conventie is geoordeeld dat Örnell aan het vonnis heeft voldaan leidt dat tot de conclusie dat de vorderingen in reconventie dienen te worden afgewezen.

6.2. ABK zal als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld. De kosten aan de zijde van Örnell worden begroot op:

- salaris advocaat EUR	1.415,30
- overige kosten	0,00
Totaal	EUR 1415,30

7. De beslissing

De voorzieningenrechter

in conventie

7.1. heft de bij vonnis van de voorzieningenrechter van deze rechtbank van 5 maart 2009 opgelegde dwangsommen op,

7.2. veroordeelt ABK in de proceskosten, aan de zijde van Örnell tot op heden begroot op EUR 6.301,91,

7.3. verklaart dit vonnis in conventie tot zover uitvoerbaar bij voorraad,

in reconventie

7.4. wijst de vorderingen af,

7.5. veroordeelt ABK in de proceskosten, aan de zijde van Örnell tot op heden begroot op EUR 1.415,30.

Dit vonnis is gewezen door mr. M.H.S. Lebens-de Mug en in het openbaar uitgesproken op 20 mei 2009.