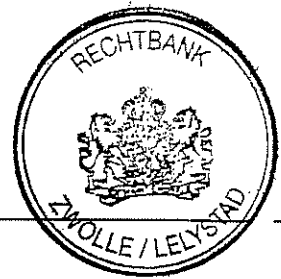


vonnis



RECHTBANK ZWOLLE-LELYSTAD

Sector civiel recht

zaaknummer / rolnummer: 114580 / KG ZA 05-477

Vonnis in kort geding van 16 december 2005

in de zaak van

1. de vennootschap onder firma
TEST & DRIVE VOF V/H HODN LENS MEDIA GROUP V.O.F.,
gevestigd te Zwolle,
2. **ROELOF LEEMBERG**,
wonende te Zwolle,
3. **PETRUS THEODORUS SOMERS**,
wonende te Zwolle,
eisers,
procureur mr. R.J. Bakker,

tegen

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
VEKA BEST VERKEERSLEERMIDDELEN B.V.,
gevestigd te Eindhoven,
gedaagde,
procureur mr. C. Borstlap,
advocaat mr. A.P. Maes te Apeldoorn.

Partijen zullen hierna Test & Drive c.s. en Veka Best genoemd worden.

1. De procedure

- 1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:
 - de dagvaarding
 - de mondelinge behandeling
 - de pleitnota van Test & Drive c.s. en de daarbij gevoegde producties;
 - de pleitnota van Veka Best en de daarbij gevoegde producties.

1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

2. De feiten

2.1. Bij vonnis van de voorzieningenrechter van deze rechtbank van 11 augustus 2005, dat op 16 augustus 2005 aan Test & Drive c.s. is betekend, is - voor zover van belang - bepaald:

"De voorzieningenrechter:

[...]

gebiedt Lens c.s. tot het ontoegankelijk maken en drie maanden ontoegankelijk houden van haar internetproducten en de internetproducten waarbij zij betrokken is (waaronder de Planet Internet Theorie Cursus, het I-theorie product en de producten verkrijgbaar via Tele4U Education), met de bepaling dat deze producten niet weer toegankelijk zullen zijn voordat eerst al het hiervoor in het petitum onder 1 genoemde inbreukmakend en aanvullend inbreukmakend werk uit de internetproducten is verwijderd;

[...]

veroordeelt Lens c.s. hoofdelijk tot betaling aan Veka Best van een dwangsom bij overtreding van enig onderdeel van de petita onder 1. tot en met 6. van € 5.000,- per overtreding, waarbij ieder inbreukmakend product als een overtreding geldt, of - naar keuze van Veka Best - € 5.000,- per dag waarop dit vonnis of enig onderdeel daarvan is overtreden, met een maximum van € 250.000,-;"

2.2. Tegen het vonnis van 11 augustus 2005 is geen hoger beroep ingesteld.

2.3. Bij brief van 4 oktober 2004 heeft Test & Drive c.s. de griffie van deze rechtbank - voor zover van belang - bericht:

"Bijgaand zend ik u een kopie van het vonnis [...] d.d. 11 augustus 2005 [...].

Door deze bericht ik u dat nadien door de eisende partij, Veka Best

Verkeersmiddelen B.V., geen eis in de hoofdzaak is ingesteld binnen de termijn zoals bedoeld in artikel 260 van het wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering."

2.4. Laatstelijk bij "exploot van opeising dwangsom" van 16 november 2005 heeft Veka Best aan Test & Drive c.s. doen weten dat (mede) in verband met overtreding van bovengenoemd gebod in de periode van 23 augustus 2005 tot en met 8 november 2005 Test & Drive c.s. een bedrag van EUR 200.000,- aan dwangsommen heeft verbeurd, en voldoening van dit bedrag gevorderd.

2.5. Veka Best heeft executoriaal (derden)beslag doen leggen op het woonhuis van Somers en bankrekeningen van Somers en Leemberg.

3. Het geschil

3.1. De vorderingen van Test & Drive c.s. strekken ertoe dat de voorzieningenrechter bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad:

- 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 ten uitvoer te leggen, althans de executie daarvan zal schorsen zolang niet in de bodemprocedure over de vermeende inbreuken definitief is beslist, onder verbeurte van een dwangsom van EUR 5.000,- per dag dat Veka Best in gebreke blijft aan dit vonnis te

voldoen, althans deze dwangsommen zal matigen en maximeren tot een bedrag dat de voorzieningenrechter redelijk acht;

- b. met onmiddellijke ingang op zal heffen alle beslagen die door Veka Best zijn gelegd, waaronder het beslag op de onroerende zaak, staande en gelegen te (8017 DV) Zwolle aan de V. Zwanenburgstraat 80, kadastraal bekend gemeente Zwolle, sectie P, nummer 2093 en op de bankrekeningen van Test & Drive c.s.;
- c. met onmiddellijke ingang op zal heffen het gebod tot het ontoegankelijk maken van alle internetproducten van Test & Drive c.s. waaronder de producten die op de website www.i-theorie.nl werden aangeboden;
- d. Veka Best zal veroordelen tot betaling aan Test & Drive c.s. de kosten van de door Test & Drive c.s. ingeschakelde deskundige ten bedrage van EUR 3.846,08, inclusief btw;
- e. Veka Best zal veroordelen in de kosten van deze procedure.

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

4. De beoordeling

4.1. Kernvraag van dit geding is of Test & Drive c.s. in strijd hebben gehandeld met het vonnis van 11 augustus 2005, en dan met name ten aanzien van het gebod tot het ontoegankelijk maken en drie maanden ontoegankelijk te houden van "haar internetproducten en de internetproducten waarbij zij betrokken is (waaronder de Planet Internet Theorie Cursus, het I-theorie product en de producten verkrijgbaar via Tele4U Education)".

4.2. Test & Drive c.s. stelt zich op het standpunt dat zij haar internetproducten direct ontoegankelijk heeft gemaakt en zij niet in strijd heeft gehandeld met dit gebod. Er was geen toegang tot de proefexamens via de website www.i-theorie.nl. Zij erkent dat via een "deeplink" vanaf de website www.adgoossens.nl een flash-bestand van haar server kon worden gedownload, doch stelt zich op het standpunt dat dit slechts geschikt en bedoeld was als reclame

4.3. Veka Best stelt zich daarentegen op het standpunt dat ook nadat het vonnis was betekend, op de website www.i-theorie.nl nog kon worden ingelogd, door het invullen van een naam en een wachtwoord, en vervolgens de van de door Test & Drive c.s. aangeboden leerproducten gebruik kon worden gemaakt. Daarnaast vormde de mogelijkheid om het flash-bestand te downloaden een schending van het gebod.

4.4. Tussen partijen is niet in geschil dat het zich middels het invullen van een inlognaam en een wachtwoord op de website www.i-theorie.nl toegang verkrijgen tot de mogelijkheid om proefexamens te doen, in strijd is met het onder 2.1 genoemde verbod.

4.5. Naar het oordeel van de voorzieningenrechter heeft Veka Best in voldoende mate aannemelijk weten te maken dat dergelijke toegang ook binnen de periode van drie maanden na betekening van het vonnis heeft bestaan. Veka Best heeft een groot aantal exploiten in het geding gebracht waarin dhr. A. Agterhuis, gerechtsdeurwaarder, relateert dat hij op verschillende data van 19 augustus 2005 tot en met 16 september 2005 op de onder 4.4 beschreven wijze toegang heeft verkregen tot proefexamens op de website www.i-theorie.nl, hoewel op de toegangspagina werd meegedeeld dat toegang (tijdelijk) onmogelijk was in verband met onderhoudswerkzaamheden.

Ter zitting heeft hij voorts verklaard dat hij met een op regelmatige wijze verkregen inlognaam en wachtwoord vanaf verschillende computers, zowel binnen als buiten zijn kantoor deze toegang heeft verkregen, dat het hierbij voorts (ook) ging om computers waarmee niet eerder de website www.i-theorie.nl was bezocht en voorts dat de computers zijn aangesloten op een beveiligd en niet van buitenaf toegankelijk netwerk..

De voorzieningenrechter heeft geen reden om aan de juistheid van zijn verklaringen te twijfelen.

Hetgeen Test & Drive c.s. daar tegenover heeft gesteld is met de verklaringen van Agterhuis niet zonder meer in tegenspraak. Dat het (betalende) bezoek aan www.i-theorie.nl (sterk) is teruggelopen na 11 augustus 2005, zoals uit de producties 5, 9 en 15 van Test & Drive c.s. mogelijk kan worden afgeleid, kan heel wel verband houden met de mededeling op de toegangspagina dat toegang niet mogelijk was in verband met werkzaamheden aan de website. Evenmin sluiten de door Test & Drive c.s. ontvangen e-mails, door Test & Drive c.s. als productie 9 overgelegd, waarin klanten zich beklagen over (de toegang tot) de website www.i-theorie.nl uit dat Agterhuis met de door hem op regelmatige wijze verkregen inlognaam en wachtwoord wel toegang heeft verkregen tot de website.

Ook de akte van constatering van dhr. P.J.M. Storms, deurwaarder is niet in tegenspraak met de waarnemingen van Agterhuis. Storms heeft immers geconstateerd dat op 30 september 2005 geen toegang kon worden verkregen. Niet kan worden uitgesloten dat de website ontoegankelijk is gemaakt na de laatste constatering van Agterhuis dat toegang mogelijk was (op 16 september 2005) en nadat tot opeising van dwangsommen was overgegaan.

Ook de constatering dat hij met behulp van www.google.nl een cache-pagina van www.i-theorie.nl heeft opgevraagd welke was gedateerd op 2 september 2005, maar dat met deze cache-pagina geen toegang kon worden verkregen, sluit niet uit dat Agterhuis op 2 september 2005 wél toegang heeft verkregen, aangezien niet onaannemelijk is dat juist de omstandigheid dat het een (eerst op 23 september 2005 opgevraagde) "cache-pagina" betrof in de weg heeft gestaan aan de mogelijk tot inloggen.

114580 / KG ZA 05-477
16 december 2005

5

Van omstandigheden waaruit zou kunnen worden afgeleid dat Agterhuis - opzettelijk of onopzettelijk - op irreguliere wijze toegang heeft verkregen tot de website, is niet gebleken.

Het voorgaande brengt mee dat voldoende aannemelijk is dat vanaf 16 augustus 2005 tot en met 16 september 2005 toegang tot de proefexamens op www.i-theorie.nl kon worden verkregen.

Bij een en ander dient nog te worden onderzocht of art 611d B.Rv. toegepast zou behoren te worden. Daarbij is van belang of in de gegeven omstandigheden geoordeeld kan worden dat tijdelijke of blijvende gehele of gedeeltelijke onmogelijkheid heeft bestaan aan de veroordeling te voldoen.

Ter zitting is aangegeven dat de meest verstrekkende en minst risico veroorzakende wijze van voldoen aan de veroordeling (het geheel van het net halen van de bewuste voorziening) wel mogelijk was waaraan door Test& Drive is toegevoegd dat men daarvoor niet had gekozen omdat dit voor de website als geheel de nodige complicaties zou geven.

De voorzieningenrechter is van oordeel dat het kiezen voor de thans gebruikte methodiek, met alle risico's van dien, voor rekening van Test&Drive dient te worden gelaten. Het had op haar weg gelegen om "ontoegankelijk maken" in zo absoluut mogelijke zin na te streven, hetgeen is nagelaten.

Dit klemt temeer nu de onderhavige veroordeling het resultaat was van eerder tussen partijen bereikte overeenstemming over beëindiging van de gewraakte publicaties; dat maakt dat Test&Drive reeds vóór het vonnis had kunnen en moeten onderzoeken hoe zij aan de bereikte overeenstemming én dus aan de later gevolgde veroordeling zou gaan voldoen.

Dit heeft ten gevolge dat uit dien hoofde 32 maal EUR 5.000,- aan dwangsommen is verbeurd, derhalve een bedrag van EUR 160.000,-.

4.6. De voorzieningenrechter acht het niet aannemelijk dat in verband met toegang tot een "flashbestand" middels een zogeheten "deeplink" van een site van een derde (www.adgoossens.nl) dwangsommen zijn verbeurd. Test & Drive c.s. heeft uiteengezet dat het een soort interactief reclamefilmpje betrof waarmee een voorbeeld van een proefexamen kon worden gedaan, waarna - los van de juistheid van de door de gebruiker gegeven antwoorden - altijd als resultaat werd gegeven dat men (altijd eenzelfde) aantal vragen foutief had beantwoord, waarna aanbevolen om cursusmateriaal aan te schaffen.

Het betreft hier niet een internetproduct waar het vonnis van 11 augustus 2005 het oog op kan hebben gehad, aangezien aangenomen moet worden dat het gevorderde

(en verkregen) gebod ertoe strekte om het door Test & Drive c.s. op internet tegen betaling aangeboden cursusmateriaal ontoegankelijk te maken.

4.7. Partijen hebben nog uitgebreid gedebatteerd over de vraag of het TRIPS-verdrag van toepassing is op het vonnis van 11 augustus 2005. Dit kan echter in het midden blijven. Immers indien het TRIPS-verdrag van toepassing zou zijn, dan heeft de voorziening eerst op 4 oktober 2004, de datum waarop Test & Drive c.s. de onder 1.3 verklaring heeft gedaan, haar werking verloren. Naar het oordeel van de voorzieningenrechter leiden de voorlaatste en laatste volzin van artikel 260, lid 1 Rv, in onderlinge samenhang bezien, tot de conclusie dat de verklaring werking heeft vanaf de dag dat zij is gedaan maar dat daaraan geen terugwerkende kracht kan worden toegekend.

4.8. Test & Drive c.s. heeft nog aangevoerd dat Veka Best misbruik van recht heeft gemaakt door de dwangsommen te laten oplopen zonder Test & Drive c.s. daarop te wijzen.

De voorzieningenrechter volgt Test & Drive c.s. hierin niet, aangezien het niet (geheel) ontoegankelijk maken van de website www.i-theorie.nl in de risicosfeer van Test & Drive c.s. lag, temeer nu niet is weersproken de stelling van Veka Best dat zij na 11 augustus 2005 aan Test & Drive c.s. heeft aangeboden samen te werken teneinde inbreukmakend materiaal van de website van Test & Drive c.s. te verwijderen.

4.9. Het voorgaande brengt mee dat de vordering onder a. en b. dient te worden afgewezen.

4.10. Een redelijke uitleg van het vonnis brengt mee dat het gebod om 3 maanden de site ontoegankelijk te houden, (uiterlijk) aanving op de dag van betekening van het vonnis op 16 augustus 2005 en derhalve eindigde op 16 november 2005. Dat brengt mee dat de vordering onder c. wegens gebrek aan belang dient te worden afgewezen.

4.11. Gelet op de afwijzing van bovengenoemde vorderingen bestaat geen aanleiding om Veka Best te belasten met de kosten van de door Test & Drive c.s. ingeschakelde deskundige. De vordering onder d. dient mitsdien eveneens te worden afgewezen.

4.12. Test & Drive c.s. zal als de grotendeels in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld. De kosten aan de zijde van Veka Best worden begroot op:

| | |
|---------------------|---------------|
| - vast recht | EUR 244,00 |
| - salaris procureur | <u>904,00</u> |
| Totaal | EUR 1.148,00 |

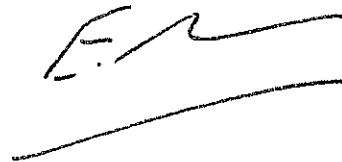
5. De beslissing

De voorzieningenrechter

5.1. wijst de vorderingen af,

5.2. veroordeelt Test & Drive c.s. in de proceskosten, aan de zijde van Veka Best tot op heden begroot op EUR 1.148,00.

Dit vonnis is gewezen door mr. E.A. Maan, president, als voorzieningenrechter, en in het openbaar uitgesproken op 16 december 2005.



Voor afschrift conform
De griffier der rechtbank
te Zwolle-Leijstade

