

arrest

GERECHTSHOF AMSTERDAM

afdeling civiel recht en belastingrecht, team 1

zaaknummer : 200.141.211/01 SKG

zaaknummer rechtbank Amsterdam : C/13/556733/KG ZA 13-1565

arrest van de meervoudige burgerlijke kamer van 18 februari 2014

inzake

de stichting STICHTING NEDERLANDS PHILHARMONISCH ORKEST,
gevestigd te Amsterdam,
appellante,
advocaat: mr. L. Bakers te Amsterdam,

tegen

de stichting STICHTING NEDERLANDS SYMFONIEORKEST
(voorheen: Stichting Orkest van het Oosten),
gevestigd te Enschede,
geïntimeerde,
advocaat: mr. M.C.S. de Boer te Amsterdam.

1. Het geding in hoger beroep

Partijen worden hierna NedPho en NedSym genoemd.

NedPho is bij dagvaarding van 4 februari 2014 in hoger beroep gekomen van een vonnis van de voorzieningenrechter in de rechtbank Amsterdam, onder bovenvermeld zaaknummer in kort geding gewezen tussen NedSym als eiseres en NedPho als gedaagde en uitgesproken op 29 januari 2014. De dagvaarding bevat de grieven.

Het hoger beroep is behandeld ter zitting van het hof van 10 februari 2014. NedPho heeft overeenkomstig de appeldagvaarding van 10 februari 2014 van grieven gediend en NedSym heeft geantwoord. Bij diezelfde gelegenheid hebben partijen hun standpunten mondeling door hun advocaat doen bepleiten, waarbij de beide advocaten zich hebben bediend van aan het hof overgelegde pleitaantekeningen.

Ten slotte is arrest gevraagd.

NedPho heeft geconcludeerd dat het hof het bestreden vonnis (hierna: het vonnis) zal vernietigen en de vorderingen van NedSym alsnog zal afwijzen, met beslissing over de proceskosten.

NedSym heeft geconcludeerd tot bekrachtiging van het vonnis, met beslissing over de proceskosten.

2. Feiten

De voorzieningenrechter heeft in het vonnis onder 2.1 tot en met 2.9 de feiten opgesomd die hij tot uitgangspunt heeft genomen. Deze feiten zijn in hoger beroep niet in geschil en dienen derhalve ook het hof als uitgangspunt.

3. Beoordeling

3.1 Het gaat in deze zaak om het volgende.

(i) NedPho bestaat uit het Nederlands Philharmonisch Orkest en het Nederlands Kamerorkest en is op 24 april 1963 opgericht. Het is gevestigd te Amsterdam. Sinds 1985 voert NedPho als handelsnaam het Nederlands Philharmonisch Orkest en maakt het tevens gebruik van de aanduiding NedPho. NedPho is houder van de Benelux merkregistraties betreffende het woordmerk 'NedPho' en het woordmerk 'NEDERLANDS PHILHARMONISCH ORKEST'.

In het buitenland bedient NedPho zich van de naam 'the Netherlands Philharmonic Orchestra'.

(ii) NedSym, voorheen genaamd Stichting orkest van het Oosten, is op 7 juli 1994 opgericht en gevestigd te Enschede.

(iii) In een faxbericht van 4 oktober 1996 heeft (de toenmalige directeur van) NedPho aan (de toenmalige directeur van) NedSym geschreven:

'Ik verneem uit de krant, dat je orkest (...) gaat toeren in Amerika. (...) Jammer vind ik het, dat je de naam Netherlands Symfony Orchestra daarbij wilt gaan gebruiken. Die lijkt natuurlijk verdacht veel op Netherlands Philharmonic Orchestra, waar wij mee op reis gaan.'

(iv) Daarop is vervolgens door (de toenmalige directeur van) NedSym bij brief van 6 december 1996 als volgt gereageerd:

'Op 4 oktober j.l. ontving ik je fax met betrekking tot onze buitenlandse naamgeving.

Hierover zou ik een paar opmerkingen willen maken:

- De naam wordt uitsluitend gebruikt in het buitenland en dat zijn dus die sporadische momenten in het bestaan van het Orkest van het Oosten, waarop onze eigen naam een verkeerde indruk zou wekken;*
- de naam is zodanig gekozen, dat er geen zelfde naam in het Nederlandse orkestbestel voorkomt. Wij hebben dus terdege rekening gehouden met mogelijke verdubbeling;*

- ik besef dat er natuurlijk onderdelen in voorkomen, die ook in de namen van andere orkesten bestaan, dat is onontkoombaar.

(...)

Naar aanleiding van jouw opmerking heb ik natuurlijk nagedacht hoe e.e.a. op te lossen. Onderstaand vind je een oplossing op een aantal punten, afwijkend van de mogelijk met jullie conflicterende naam:

1. aan de naam hebben wij toegevoegd Enschede.

Derhalve wordt de complete naam dus nu The Netherlands Symfonie Orchestra "based in" Enschede;

2. de naam is vervat in een logovorm, die afgeleid is van onze eigen Orkest van het Oostenlogo, derhalve is een optimaal onderscheid gegarandeerd;

3. de naam wordt uitsluitend gebruikt in het buitenland. In het Nederlandse taalgebied blijven wij met plezier onze eigen naam voeren.'

(v) Ten slotte heeft (de directeur van) NedSym bij brief van 14 januari 1997 aan (de directeur van) NedPho geschreven:

'Tijdens het concert van ons orkest in de Beurs van Berlage op 8 januari j.l. fluisterde je mij in het kort toe met betrekking tot de Engelse naamgeving van ons orkest, het er maar bij te laten.

Graag wil ik je danken voor je plooibare opstelling.

Ik kan je verzekeren, dat onze naam uitsluitend gebruikt wordt op die momenten in het buitenland waarop de naam van het Orkest van het Oosten niet gehanteerd kan worden.'

(vi) In oktober 2011 heeft NedSym bij haar muzikale collega's aangekondigd haar naam te zullen wijzigen in 'Nederlands Symfonieorkest' met als ondertitel 'het orkest van het oosten'. Deze wijziging heeft zij op 13 februari 2012 statutair doorgevoerd.

(vii) Bij brief van 25 november 2011 van haar directeur heeft NedPho bij Nedsym bezwaar gemaakt tegen de naamswijziging van Nedsym en heeft NedPho verzocht om van de naamswijziging af te zien. NedPho heeft daarbij onder meer verwezen naar tussen partijen in 1996 gemaakte afspraken.

(viii) Bij brief van 30 november 2011 van haar directeur heeft NedSym aan NedPho bericht aan het in de brief van 25 november 2011 vermelde verzoek niet te zullen voldoen.

(ix) Daarop heeft NedPho NedSym bij brief van 7 december 2011 gesommeerd het gebruik van (onder meer) de naam Nederlands Symfonie Orkest te staken en gestaakt te houden, primair op grond van de in 1996 tussen partijen gemaakte afspraken en subsidiair op grond van merk- en handelsnaam van NedPho. NedSym heeft aan deze sommatie geen gevolg gegeven.

(x) NedPho heeft vervolgens in kort geding geëist dat aan NedSym verboden zou worden (onder meer) de naam Nederlands Symfonie Orkest te voeren. Nadat deze vordering bij vonnis van 6 april 2012 door de voorzieningenrechter in de Rechtbank

Amsterdam was afgewezen, heeft dit hof, in het door NedPho ingestelde hoger beroep, bij arrest van 25 juni 2013 onder meer als volgt beslist:

veroordeelt NedSym om vanaf veertien dagen na betekening van dit arrest bij de voorbereiding van en met ingang van seizoen 2014-2015 ieder gebruik van de aanduiding Nederlands Symfonie Orkest (of een daarmee overeenstemmende aanduiding) voor optredens in het Nederlandse taalgebied te staken en gestaakt te houden;

bepaalt dat NedSym bij overtreding van voormelde veroordeling een boete verbeurt van € 1.000,- voor iedere dag dat deze overtreding voortduurt tot een maximum van € 1.000.000,-.

Het hof heeft in het arrest onder meer overwogen:

‘Niet valt in te zien dat NedPho NedSym voor zover het optredens van deze laatste in het Nederlandse taalgebied betreft niet zou mogen houden aan de toezeggingen die in de eind 1996/begin 1997 gevoerde correspondentie zijn neergelegd. Dat het daarbij louter zou zijn gegaan om een vorm van collegiaal overleg dat niet gericht was op het maken van bindende afspraken valt daaruit niet op te maken. Aangenomen moet worden dat NedPho slechts bereid was haar bezwaar tegen de ‘Engelse naamgeving’ van NedSym te laten varen omdat door NedSym uitdrukkelijke toezeggingen waren gedaan met betrekking tot het beperkte gebruik van die naamgeving en dat NedPho in zoverre wel degelijk het door NedSym gedane aanbod (c.q. de geboden oplossing) heeft aanvaard.’

(xi) NedSym heeft bij dagvaarding van 25 juli 2013 een bodemprocedure aanhangig gemaakt, waarin onder meer een verklaring voor recht wordt gevorderd dat geen sprake is van bindende contractuele afspraken tussen partijen die in de weg staan aan het voeren van de naam Nederlands Symfonie Orkest. NedPho heeft in die bodemprocedure in (voorwaardelijk) reconventie onder meer een verbod op inbreuk op haar merk- en handelsnaamrechten gevorderd. De comparitie van partijen is gelast op 18 maart 2014. Het verzoek van NedSym tot het houden van een voorlopig getuigenverhoor heeft de Rechtbank Amsterdam bij beschikking van 12 december 2013 toegewezen. Het voorlopig getuigenverhoor zal op 21 februari 2014 plaatsvinden.

(xii) NedSym heeft in een brief aan NedPho van 6 september 2013 de gestelde tussen partijen in 1996/1997 gemaakte afspraken met betrekking tot de naam Nederlands Symfonie Orkest wederom betwist, voor zover nodig de vernietigbaarheid daarvan wegens dwaling c.q. bedrog ingeroepen en de afspraken, voor zover nog nodig, beëindigd per 1 januari 2014.

(xiii) NedSym heeft NedPho verzocht, laatstelijk bij brief van haar advocaat van 6 december 2013, of zij bereid is om het arrest van het gerechtshof, voor zover het een verbod op voorbereidingshandelingen betreft (het drukken en verspreiden van programmaboekjes voor het seizoen 2014/2015, het maken van afspraken met

concertzalen en sponsors, abonnementenverkoop en het contracteren van musici) niet ten uitvoer te leggen. NedPho heeft hier afwijzend op gereageerd.

(xiv) In het onderhavige geding vordert NedSym, samengevat, dat NedPho op straffe van een dwangsom wordt verboden het arrest van het gerechtshof te Amsterdam van 25 juni 2013 (zie 3.1.(x)) ten uitvoer te leggen, primair totdat in de tussen partijen aanhangige bodemprocedure een beslissing is genomen en subsidiair voor zover dat arrest betrekking heeft op een verbod op het gebruik van de naam Nederlands Symfonieorkest bij voorbereidingshandelingen voor het seizoen 2014/2015, met verwijzing van NedPho in de proceskosten. NedSym voerde daartoe, kort gezegd, aan dat de strenge maatstaf van een executiegeschil in deze zaak niet van toepassing is omdat het arrest van het hof in kort geding is gewezen en een kort geding geen kracht van gewijsde heeft. Volgens NedSym staat het de voorzieningenrechter dan ook vrij om thans een voorlopig oordeel te geven op grond van de situatie van dit moment en om zijn oordeel daarbij af te stemmen op de verwachte uitkomst van de bodemprocedure. Sinds het arrest van het hof zijn, aldus NedSym, de omstandigheden in die zin gewijzigd dat er een bodemprocedure aanhangig is gemaakt waarin op 18 maart 2014 de comparitie wordt gehouden, er op 21 februari 2014 een voorlopig getuigenverhoor zal plaatsvinden en de in 1996/1997 gemaakte afspraken zijn vernietigd en opgezegd. Onder deze omstandigheden, waarbij de kans groot is dat de bodemrechter NedSym na het getuigenverhoor in het gelijk zal stellen, is het volgens NedSym naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar wanneer zij ten aanzien van de voorbereidingshandelingen voor het seizoen 2014/2015 gehouden zou worden aan het arrest van het hof. Een afweging van de wederzijdse belangen moet volgens NedSym leiden tot de conclusie dat de uitspraak van de bodemrechter moet worden afgewacht. NedSym heeft in dat kader naar voren gebracht dat zij als gevolg van het arrest van het hof thans in de onmogelijke situatie verkeert dat zij met de voorbereidingen van het nieuwe seizoen een andere naam moet gaan voeren, terwijl aannemelijk is dat de bodemrechter nog voor aanvang van het nieuwe seizoen uitspraak zal hebben gedaan. Het is, nog steeds volgens NedSym, van groot belang dat zij in afwachting van de bodemprocedure ook in haar reeds thans aangevangen voorbereidingshandelingen voor het nieuwe seizoen de naam Nederlands Symfonie Orkest, die zij volgens het arrest van het hof in ieder geval tot 1 september 2014 (dan vangt het nieuwe seizoen aan) mag voeren, mag gebruiken. In het geval dat NedSym aan het arrest van het hof wordt gehouden en dus in de voorbereidingen een andere naam moet gaan voeren, zij vervolgens in de bodemprocedure in het gelijk wordt gesteld en de naam weer terugwijzigt, zal NedSym worden geconfronteerd met aanzienlijke kosten, welke zij begroot op € 150.000,=. Het belang van NedPho bij het reeds bij de voorbereidingen niet meer gebruiken van de naam weegt daar volgens NedSym niet tegen op.

3.2. In het vonnis heeft de voorzieningenrechter de tenuitvoerlegging van het arrest van het hof geschorst en bepaald

- dat NedSym, totdat de bodemrechter uitspraak heeft gedaan, brochures mag verspreiden met daarop de naam (alles in even grote letters) '*Nederlands Symfonie Orkest/HET orkest van het oosten*' en

- dat NedSym in de communicatie met zaalverhuurders en bij alle andere afspraken met betrekking tot het seizoen 2014/2015 steeds moet bedingen dat de naam van het orkest in communicatie met het publiek met ingang van het seizoen 2014/2015 wordt aangeduid als '*Nederlands Symfonie Orkest/HET orkest van het oosten*' of als daarvoor geen plaats is: '*NedSym/orkest v.h. Oosten*',

- dat als vóór aanvang van het nieuwe seizoen op 1 september 2014 geen uitspraak de bodemrechter is gedaan, de bovenstaande aanwijzingen [gelden] tot de bodemrechter uitspraak doet voor alle communicatie die van NedSym uitgaat.

De voorzieningenrechter heeft het vonnis uitvoerbaar bij voorraad verklaard, het meer of anders gevorderde afgewezen en de proceskosten gecompenseerd.

3.3. NedPho is tegen deze beslissing - en de gronden waarop zij berust - in hoger beroep gekomen. De grieven lenen zich voor gezamenlijke behandeling.

3.4. De te beantwoorden vraag is of de tenuitvoerlegging van het arrest van het hof van 25 juni 2013 moeten worden geschorst totdat in deze zaak een bodemvonnis is uitgesproken. Daarvoor zou reden bestaan indien NedPho misbruik zou maken van haar uit hoofde van het arrest verkregen recht om ook al in afwachting van de uitslag van de bodemprocedure tot tenuitvoerlegging van dat arrest over te gaan. Van zodanig misbruik van bevoegdheid zou onder meer sprake kunnen zijn indien het arrest klaarblijkelijk berust op een juridische of feitelijke misslag of indien de executie op grond van na het arrest voorgevallen of aan het licht gekomen feiten aan de zijde van NedSym klaarblijkelijk een noodtoestand doet ontstaan, zodat onverwijlde tenuitvoerlegging onaanvaardbaar is. In deze beoordeling kan betekenis toekomen aan het gegeven dat het in deze zaak niet gaat om de tenuitvoerlegging van een in een bodemprocedure tot stand gekomen beslissing maar om een veroordeling in kort geding, derhalve totstandgekomen in een met minder waarborgen (dan de bodemprocedure) omgeven procedure.

Het hof zal onderzoeken of zodanige omstandigheden zich voordoen.

3.5. Voor zover NedSym zich zou willen beroepen op een noodtoestand, erin bestaande dat de naamswijziging op korte termijn tot zeer hoge, achteraf mogelijk onnodige, kosten zou leiden, gaat dat beroep niet op. Vanaf de brief van november 2011 (zie 3.1.(vii)) en het door NedPho aangespannen kort geding (zie 3.1.(x)) weet NedSym dat NedPho zich verzet tegen de naamswijziging. Het arrest van het hof impliceert dat het NedSym ook al in november 2011 verboden was de naam Nederlands Symfonie Orkest te voeren. Het arrest is op zodanig tijdstip uitgesproken dat de voorbereidingen voor het seizoen 2013/2014 in redelijkheid niet waren terug te draaien zodat de veroordeling is uitgesproken met betrekking tot (de voorbereiding van) het seizoen 2014/2015. Door het alleszins duidelijke arrest naast zich neer te leggen en desondanks, zonder deugdelijke reden, er bij de voorbereidingshandelingen voor het seizoen 2014/2015 van uit te gaan dat zij de naam Nederlands Symfonie Orkest zou kunnen blijven voeren, heeft NedSym eventuele schade die uit tenuitvoerlegging van het arrest van 25 juni 2013, op zeer korte termijn, zou ontstaan, volledig aan zichzelf te wijten en kan zij een eventuele noodtoestand aan NedPho niet tegenwerpen.

3.6. NedSym heeft zich tevens beroepen op de (nieuwe) feiten dat door haar na het arrest van 25 juni 2013 een bodemprocedure is gestart en dat op haar verzoek een voorlopig getuigenverhoor zal worden gehouden. Ook dit betoog kan NedSym niet baten. Naar mag worden aangenomen heeft het hof zijn beslissing van 25 juni 2013 gegeven tegen de achtergrond van een mogelijke bodemprocedure waarin hetzelfde geschil aan de orde zou zijn. Omdat voldoende aannemelijk was dat NedPho in deze procedure in het gelijk gesteld zou worden, heeft het hof de veroordeling uitgesproken. Dit zo zijnde valt niet in te zien dat het enkele gegeven dat de bodemprocedure, die het hof voor ogen heeft gehad, inmiddels door NedSym is aangevangen en dat in februari/maart 2014 in het kader van een voorlopig getuigenverhoor getuigen zullen worden gehoord en een comparitie van partijen zal plaatsvinden, reden kan opleveren de executie te verbieden. Het hof laat daarbij nog buiten beschouwing dat, nadat de dagvaarding in de bodemzaak was uitgebracht, één van de te horen getuigen, de voormalig directeur van NedSym, een schriftelijke verklaring heeft doen uitgaan die omtrent de in 1996/97 gemaakte afspraken het standpunt daaromtrent van NedPho - en niet dat van NedSym - lijkt te onderschrijven.

3.7. Ten aanzien van het beroep op vernietigbaarheid van de overeenkomst wegens dwaling of bedrog heeft te gelden dat, wat er – na zovele jaren – zij van de kansen daarvan, het beroep is gegrond op feiten en omstandigheden die ten tijde van het kort geding in 2010/2011 reeds bekend waren. Het verweer had daarom reeds toen moeten worden gevoerd.

3.8. Daargelaten de vraag of de tussen partijen in 1996/97 gesloten overeenkomst naar zijn aard opzegbaar is, moet worden geoordeeld dat, tegen de achtergrond dat partijen naar de kennelijke strekking een overeenkomst voor langere duur zijn overeengekomen en dat na een kort geding in twee instanties met betrekking tot (de voorbereiding van) het seizoen 2014/2015 een verbod tot het voeren van de naam van Nederlands Symfonie Orkest was uitgesproken, een opzegging met een zeer korte termijn (bij brief van 6 september 2013 tegen 1 januari 2014) in redelijkheid niet tot gevolg kan hebben dat NedSym het arrest van het hof naast zich neer zou kunnen leggen. Ook dit argument kan NedSym daarom niet baten.

3.9. Ten slotte constateert het hof dat ook anderszins niet kan worden geoordeeld dat NedPho, door het arrest ten uitvoer te willen leggen, misbruik maakt van bevoegdheid. NedPho heeft, ter bescherming van zijn naamsbekendheid en omdat het op nakoming door NedSym van de gemaakte afspraken heeft mogen vertrouwen, een reëel belang bij tenuitvoerlegging van het arrest. De belangen van NedSym, om het (in strijd met de afspraken zijnde) gebruik nog te mogen continueren, zijn in vergelijking daarmee niet onevenredig groot.

3.10. De grieven treffen derhalve doel. Het vonnis waarvan beroep zal worden vernietigd en de vorderingen van NedSym zullen alsnog worden afgewezen. NedSym zal als de in het ongelijk gestelde partij in de kosten van de beide instanties worden veroordeeld.

4. Beslissing

Het hof:

- vernietigt het vonnis waarvan beroep;
- wijst de vorderingen alsnog af;
- veroordeelt NedSym in de kosten van het geding in beide instanties, in eerste aanleg aan de zijde van NedPho begroot op € 608,- aan verschotten en € 816,- voor salaris en in hoger beroep tot op heden op € 781,52 aan verschotten en € 2.682,- voor salaris;
- verklaart de proceskostenveroordelingen uitvoerbaar bij voorraad;

Dit arrest is gewezen door mrs. G.J. Visser, E.M. Polak en P.F.G.T. Hofmeijer-Rutten en door de rolraadsheer in het openbaar uitgesproken op 18 februari 2014.