

vonnis

RECHTBANK ARNHEM

Sector civiel recht

zaaknummer / rolnummer: 177559 / KG ZA 08-731

Vonnis in kort geding van 12 december 2008

in de zaak van

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
TEAM FOURWARD B.V.,
gevestigd te Amsterdam,
eiseres,
advocaat mr. A.T. Bolt te Arnhem,

tegen

1. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
VERO SALES B.V.,
gevestigd te Zaandam, gemeente Zaanstad,
2. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
VERO HOLDING B.V.,
gevestigd te Zaandam, gemeente Zaanstad,
3. **RONNY JACOBUS MARIA VAN VELDHOVEN**,
wonende te Westzaan, gemeente Zaanstad,
gedaagden,
advocaat mr. E.C. Leuftink te Amsterdam.

Eiseres zal hierna Team Fourward worden genoemd, gedaagden gezamenlijk Vero, dan wel ieder afzonderlijk Vero Sales, Vero Holding en Van Veldhoven.

1. De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding met producties
- de producties van Vero
- de mondelinge behandeling
- de pleitnota van Team Fourward
- de pleitnota van Vero.

1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

2. De feiten

2.1. Team Fourward is een onderneming die in 2006 onder de naam Carspotter is gestart met het aanbieden van een sms-dienst voor het opvragen van informatie over een specifieke auto. Iemand die is geïnteresseerd sms't daartoe het kenteken van de betreffende auto die hij of zij heeft gezien naar het nummer 2020. In reactie daarop ontvangt de geïnteresseerde twee sms-berichten van Team Fourward. Het eerste sms-bericht bevat informatie over het merk en het type van de auto, alsmede de datum van kenteken deel I, de nieuwwaarde en de actuele waarde van de auto. Het tweede sms-bericht bevat informatie over de prestaties van de auto, zoals het aantal cilinders, de totale cilinderinhoud, het aantal pk's/kw, de acceleratiesnelheid van 0 tot 100 km per uur, de topsnelheid en het ledig gewicht. De kosten hiervoor bedragen €1,50 per ontvangen sms-bericht.

2.2. De hiervoor bedoelde sms-dienst wordt door Team Fourward aangeboden via de website www.carspotter.nl en via veelvuldig uitgezonden televisie- en radiocommercials. Hieronder is een afbeelding van de website www.carspotter.nl afgebeeld.



2.3. Team Fourward is sinds 9 februari 2006 houder van het navolgende beeldmerk:



2.4. Dit beeldmerk is bij het Benelux-Bureau voor Intellectuele Eigendom onder nummer 0798345 ingeschreven voor waren en/of diensten in de klassen 35 (onder meer het opzetten en beheren van gegevensbestanden bevattende informatie over onder meer voertuigen; het verschaffen van commerciële informatie over voertuigen), 36 (onder meer het verschaffen van financiële informatie over voertuigen), 39 (onder meer verhuur van vervoermiddelen, vervoer van personen en goederen, het verschaffen van informatie inzake voornoemde diensten) en 42 (het verschaffen van technische informatie over voertuigen).

2.5. Een televisiecommercial van Team Fourward - er zijn in totaal zes verschillende televisiecommercials - is samengevat als volgt opgebouwd. Er wordt iemand bij of in een auto gefilmd. Een journalist overvalt deze persoon en stelt een vraag over de betreffende auto (bijvoorbeeld "Zeg, wat kost die bak van je baas?", of "Hoeveel zou die auto nog waard zijn?"), waarop de persoon een nietszeggend antwoord geeft (bijvoorbeeld "Geen commentaar", "Pff, geen idee", of "Man, weet ik veel!"). Vervolgens zegt een voice over "Even carspotten en je weet het. Sms alleen het kenteken naar 2020 en je weet wat een auto kost en kan". Daarna verschijnt in witte en rode letters tegen een zwarte achtergrond als tekst in beeld "SMS [kenteken] naar 2020". Ten slotte verschijnt het teken Carspotter in de kleuren zwart/wit/rood groot in beeld.

2.6. Een van de drie radiocommercials van Team Fourward luidt als volgt.

Stem 1: "En wat kost de bak van de baas?"

Stem 2: "Even carspotten en je weet het! Sms spot spatie kenteken naar 2020 en je krijgt een sms over de waarde en een sms over de prestaties van die auto."

Stem 3: "Anderhalve euro per bericht."

Stem 2: "Sms spot spatie kenteken naar 2020, kijk ook op carspotten.nl."

2.7. Vero Holding is bestuurder en enig aandeelhouder van Vero Sales. Van Veldhoven is enig bestuurder van Vero Holding. Vero Sales maakt onder meer gebruik van de handelsnaam Zuka.nl. Zuka exploiteert een huizenzoekmachine op het internet.

2.8. Vanaf 11 november 2008 biedt Vero een sms-dienst aan voor het opvragen van informatie over een bepaalde woning. Iemand die is geïnteresseerd sms't daartoe de postcode en het huisnummer van de betreffende woning naar het nummer 1008. In reactie daarop ontvangt de geïnteresseerde twee sms-berichten met daarin in ieder geval de waarde van de woning, dan wel een waarde-indicatie, de kenmerken van de woning en enige wijkinformatie. De kosten hiervoor bedragen €1,50 per ontvangen sms-bericht.

2.9. De hiervoor bedoelde sms-dienst van Vero wordt aangeboden via internet, via de website www.huisspotter.nl, en via één televisiecommercial. De registratie van de domeinnaam www.huisspotter.nl staat op naam van Van Veldhoven. Hieronder is een afbeelding van de website www.huisspotter.nl afgebeeld.



2.10. Vero maakt ten behoeve van haar handelsactiviteiten gebruik van het navolgende teken:

Huisspotter.nl
Wat is de waarde van uw woning?

2.11. De televisiecommercial van Vero is samengevat als volgt opgebouwd. Er wordt iemand bij zijn huis gefilmd. Een journalist overvalt deze persoon en stelt hem de vraag “Meneer! Wat kost die woning?”, waarop de persoon antwoordt met “Ja, dat zou je wel willen weten hè?”. Vervolgens zegt een voice over “Huisspotter. En u weet wat uw huis waard is”. Daarna verschijnt in witte en rode letters tegen een zwarte achtergrond als tekst in beeld “Stuur de volgende SMS: “Spot [spatie] postcode huisnummer naar 1008”. Ten slotte verschijnt het teken Huisspotter zoals hiervoor onder 2.10 is weergegeven groot in beeld.

2.12. Op 11 november 2008 heeft Vero het navolgende persbericht doen uitgaan.

Carspotter maakt weg vrij voor Huisspotter

Nadat Carspotter de weg heeft vrijgemaakt is er nu Huisspotter. Huisspotter is voor haar data een samenwerking aangegaan met Zuka.nl om zodoende consumenten via een sms te laten weten "wat een huis kost en wat het heeft". Dit kan in iedere gewenste straat in Nederland toegepast worden. Is het jaren 30 of jaren 70 bouw? Wat is het woonoppervlak bij de buurman? In een tijd waarbij wij snel over informatie willen beschikken kan dit enorm handig zijn bij het maken van een keuze. Een voorbeeld, hoeveel personenauto's per huishouden zijn er in de buurt van deze woning; hoeveel inwoners zijn er in de wijk enz. Indien de woning te koop staat op Zuka wordt deze informatie automatisch meegenomen in de sms. Stel je voor dat een consument in de donkere avonduren voor een woning staat en wil weten wat het woonoppervlak van deze woning is?..... even huisspotten en je weet het!

2.13. Bij brief van 19 november 2008 heeft de advocaat van Team Fourward Vero gesommeerd het onrechtmatig handelen en het maken van inbreuk op het merkenrecht, handelsnaamrecht en auteursrecht van Team Fourward te staken en uiterlijk 20 november 2008 om 14.00 uur schriftelijk te berichten dat hij vrijwillig aan de in bijgevoegde conceptdagvaarding opgenomen vorderingen zal voldoen.

2.14. Vero heeft tot op heden niet aan voornoemde sommatie voldaan.

3. Het geschil

3.1. Team Fourward vordert dat de voorzieningenrechter Vero:

- a. verbiedt om in de Benelux de aanduiding Huisspotter en Huisspotter.nl (al dan niet met enige toevoeging) te gebruiken, alsmede enige andere met het gecombineerde Benelux woord/beeldmerk Carspotter met nummer 798345 overeenstemmend teken te (doen) gebruiken of te (doen) registreren voor de in deze merkregistratie genoemde diensten, alsmede voor enige andere waren of diensten welke soortgelijk zijn aan die diensten, waaronder het aanbieden van sms-diensten voor huizen;
- b. beveelt om de handelsnamen Huisspotter en Huisspotter.nl onmiddellijk zodanig te wijzigen dat het bestanddeel spotter daarin niet meer wordt gevoerd;
- c. gelast met onmiddellijke ingang elke inbreuk op het auteursrecht van Team Fourward te (doen) staken en gestaakt te (doen) houden op de televisiespots van Team Fourward en op het format dat daaraan ten grondslag ligt, in het bijzonder door het uitzenden en publiceren van de in de dagvaarding en hiervoor onder 2.11 omschreven televisiespot van Vero;
- d. gelast met onmiddellijke ingang elke inbreuk op het auteursrecht van Team Fourward te (doen) staken en gestaakt te (doen) houden op de slagzinnen van Team Fourward, te weten "Even carspotten en je weet het", "Carspotter weet wat een auto kost en kan" en "En je weet wat een auto kost en kan", in het bijzonder door het gebruik van "Even huisspotten en je weet het", "Huisspotter weet wat een huis kost en kan" en "Huisspotter en u weet wat uw huis waard is";
- e. gelast met onmiddellijke ingang ieder onrechtmatig handelen jegens Team Fourward te staken, in het bijzonder het gebruik van onderscheidingstekens die een tot verwarring aanleiding gevende navolging vormen van de onderscheidingstekens van Team Fourward, in het bijzonder het gebruik van de kleurencombinatie zwart, wit en rood en het woord 'spot';
- f. gelast met onmiddellijke ingang ieder onrechtmatig handelen jegens Team Fourward te staken, in het bijzonder door het bewust creëren van verwarring met

- Carspotter of haar diensten en in het bijzonder door in uitingen misleidende of verwarringwekkende mededelingen te doen of uitingen te doen waardoor op ongeoorloofde wijze wordt geprofiteerd van Carspotter;
- g. gelast een mededeling te plaatsen in een landelijk dagblad, in een duidelijk lettertype, zwarte letters op een witte achtergrond, van minimaal een kwart pagina, met de volgende inhoud, althans een door de voorzieningenrechter in goede justitie te bepalen tekst:

“Rectificatie

Onlangs hebben wij de sms-dienst Huisspotter.nl gelanceerd.

De voorzieningenrechter van de rechtbank te Arnhem heeft echter geoordeeld dat wij hiermee inbreuk maakten op het merkrecht en het handelsnaamrecht van Carspotter. De naam Huisspotter zal dus niet meer door ons worden gebruikt. Ook oordeelde de voorzieningenrechter dat onze tv commercial en een slogan in strijd waren met het auteursrecht van Carspotter en dat onze handelswijze een onrechtmatige daad vormde jegens Carspotter.

Onze dienstverlening was en is op geen enkele wijze verbonden met die van Carspotter.

Namens Huisspotter/Zuka.nl (Vero Sales B.V.)

De Directie”

- en zich te onthouden van enige mededeling waarmee bovenstaande mededeling op enigerlei wijze wordt ontkracht;
- h. gelast een mededeling te plaatsen op de internetsite die de vervangende site wordt van www.huisspotter.nl (en subsidiair: indien het gebruik van deze domeinnaam toch aan Vero wordt toegestaan, deze te plaatsen op de internetsite www.huisspotter.nl), gedurende tenminste een maand te handhaven, op een opvallende plaats, in een duidelijk lettertype en in een duidelijke kleurstelling, in een grootte die minstens de helft van een normaal beeldscherm beslaat, met de volgende inhoud, althans een door de voorzieningenrechter in goede justitie te bepalen tekst:

“Rectificatie

Onlangs hebben wij de sms-dienst Huisspotter.nl gelanceerd.

De voorzieningenrechter van de rechtbank te Arnhem heeft echter geoordeeld dat wij hiermee inbreuk maakten op het merkrecht en het handelsnaamrecht van Carspotter. De naam Huisspotter zal dus niet meer door ons worden gebruikt. Ook oordeelde de voorzieningenrechter dat onze tv commercial en een slogan in strijd waren met het auteursrecht van Carspotter en dat onze handelswijze een onrechtmatige daad vormde jegens Carspotter.

Onze dienstverlening was en is op geen enkele wijze verbonden met die van Carspotter.

Namens Huisspotter/Zuka.nl (Vero Sales B.V.)

De Directie”

en zich te onthouden van enige mededeling waarmee bovenstaande mededeling op enigerlei wijze wordt ontkracht;

- i. veroordeelt tot betaling aan Team Fourward van een dwangsom ten bedrage van €10.000,00 voor elke dag of iedere keer dat Vero, dan wel enige thans of in de toekomst verbonden (rechts)persoon, in strijd mocht handelen met een overeenkomstig het sub a tot en met h gevorderde en op te leggen verbod of gebod of enig gedeelte daarvan;
- j. veroordeelt tot vergoeding van alle door Team Fourward geleden schade als gevolg van de merkinbreuk, de handelsnaaminbreuk en de auteursrechtinbreuk door Vero en de onrechtmatige daad van Vero jegens Team Fourward, nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet;
- k. veroordeelt in de volledige proceskosten, een en ander overeenkomstig artikel 1019h Rv, zijnde een bedrag van €18.371,95.

3.2. Team Fourward legt het volgende aan haar vorderingen ten grondslag.

a) Primair maakt Vero op grond van artikel 2.20 lid 1 sub b van het Beneluxverdrag inzake de intellectuele eigendom (BVIE) inbreuk op het aan Team Fourward toekomende merkrecht. Het woord/beeldmerk van Team Fourward heeft een groot onderscheidend vermogen en de combinatie van de woorden ‘car’ en ‘spotter’ geniet dusdanig veel bekendheid dat er sprake is van inburgering. De grote gelijkens tussen het woord carspotter en de kleuren daarvan enerzijds en het woord huisspotter en de daarbij gebruikte kleuren anderzijds én de grote bekendheid van het merk carspotter zorgen ervoor dat de indruk van de gemiddelde consument is dat carspotter en huisspotter een en dezelfde zijn, althans van dezelfde onderneming afkomstig zijn. Er is sprake van zowel direct als indirect verwarringsgevaar. Subsidiair maakt Vero op grond van artikel 2.20 lid 1 sub c en d BVIE inbreuk op het aan Team Fourward toekomende merkrecht. Vero trekt met het teken huisspotter ongerechtvaardigd voordeel uit en doet daarmee afbreuk aan zowel het onderscheidend vermogen als de reputatie van het merk van Team Fourward. Vero heeft daarvoor geen geldige reden.

b) De commercials en het daaraan ten grondslag liggende format van Team Fourward, evenals de slogans “Even carspotten en je weet het”, “En je weet wat een auto kost en kan” en “Carspotter weet wat een auto kost en kan” en de huisstijl (de ‘look and feel’) van Team Fourward genieten auteursrechtelijke bescherming aangezien zij een eigen oorspronkelijk karakter hebben dat het persoonlijk stempel van de maker draagt. Vero maakt hierop met haar commercial, slogan en huisstijl inbreuk, omdat de auteursrechtelijk beschermde trekken uit de commercials, slogans en huisstijl van Team Fourward zijn overgenomen en omdat de totaalindrukken hetzelfde zijn.

c) Voorts maakt Vero met het gebruik van de handelsnaam huisspotter en de domeinnaam www.huisspotter.nl inbreuk op de handelsnaam carspotter en de domeinnaam www.carspotter.nl. Zij wijken namelijk slechts in geringe mate af van de handelsnaam van Team Fourward, als gevolg waarvan verwarring is te duchten. Vero handelt dan ook in strijd met artikel 5 Handelsnaamwet (Hnw). Omdat de handelsnaam huisspotter een inbreuk

oplevert op de handelsnaam carspotter, waarvan het merk carspotter deel uitmaakt, is er ook sprake van handelen in strijd met artikel 5a Hnw.

d) De handelwijze van Vero levert ten slotte een onrechtmatige daad op jegens Team Fourward. In de eerste plaats maakt Vero zich op grond van artikel 6:162 BW schuldig aan ongeoorloofde mededinging. Zij volgt de onderscheidingstekens en onderscheidingsmiddelen van Team Fourward te nauw en bootst ze zelfs na, waardoor verwarringsgevaar ontstaat. Door haar handelwijze profiteert Vero van het op zorgvuldige wijze opgebouwde bedrijfsdebiët van Team Fourward, waardoor zij investeringen bespaart en meelift op de investeringen die Team Fourward heeft gedaan. In de tweede plaats levert het samenstel van alle uitingen van Vero, zoals de identieke kleuren, de gelijkende naam, de parasiterende slogans, de gelijkende televisiecommercial en het weglaten van de daadwerkelijke afzender een misleidende mededeling op in de zin van artikel 6:194 sub i BW.

3.3. Vero voert gemotiveerd verweer.

a) Zij betwist allereerst dat zij inbreuk maakt op het merkrecht van Team Fourward. Het beeldmerk van Team Fourward en het teken huisspotter van Vero verschillen zodanig van elkaar, evenals de diensten waarvoor het beeldmerk is geregistreerd en het teken huisspotter wordt gebruikt, dat geen sprake is van een zodanige gelijkenis dat bij het in aanmerking komende publiek verwarring kan ontstaan. Voort is het beeldmerk van Team Fourward geen bekend merk en wordt er door Vero evenmin ongerechtvaardigd voordeel getrokken uit of afbreuk gedaan aan de reputatie van het merk. Ten slotte gebruikt Vero de naam huisspotter niet anders dan ter onderscheiding van waren of diensten.

b) Vero betwist primair dat de radio- en televisiecommercials en de slogans auteursrechtelijk zijn beschermd. Zij hebben geen eigen oorspronkelijk karakter, noch dragen zij het persoonlijk stempel van de maker. Dit geldt tevens voor het format waarop de commercials zijn gebaseerd. Subsidiair betwist Vero dat zij met haar commercial inbreuk maakt op het format van Team Fourward.

c) Vero betwist primair dat carspotter een onderneming is in de zin van de Handelsnaamwet, zodat haar een beroep op artikel 5 en 5a Hnw niet toekomt. Vero betwist ook dat zijzelf onder de naam huisspotter een onderneming voert in de zin van de Handelsnaamwet. Subsidiair stelt Vero op dit punt dat er geen gevaar voor verwarring is te duchten tussen de beide handelsnamen, omdat er geen sprake is van verwarringsgevaar tussen het beeldmerk van Team Fourward en het teken huisspotter van Vero.

d) Vero betwist ten slotte dat zij parasiteert en meelift op het succes van Team Fourward en dus onrechtmatig jegens haar handelt. Er is geen sprake van zeer vergaand parasiteren of nabootsen. Op de website www.huisspotter.nl en in haar commercial blijkt duidelijk dat huisspotter onderdeel is van Zuka. Van misleidende mededelingen in de zin van artikel 6:194 sub i BW is evenmin sprake. Er is geen misleiding omtrent de aard van de onderneming. Het is duidelijk wat Zuka via huisspotter aanbiedt.

4. De beoordeling

bevoegdheid

4.1. De bevoegdheid van de voorzieningenrechter om kennis te nemen van de vorderingen, voor zover die zijn gebaseerd op het merkenrecht, vloeit voort uit het bepaalde in artikel 4.6 BVIE. Voor zover de vorderingen zijn gebaseerd op auteursrecht en/of

onrechtmatig handelen vloeit de bevoegdheid van de voorzieningenrechter voort uit artikel 102 Rv, omdat uit de stellingen van Team Fourward volgt dat zich schadebrengende feiten hebben voorgedaan en kunnen voordoen in het arrondissement Arnhem. Voor het overige is de zaak met voornoemde grondslagen verknocht, zodat de voorzieningenrechter uit dien hoofde bevoegd is. De bevoegdheid is overigens ook niet bestreden.

spoedeisend belang

4.2. Het spoedeisend belang bij de vorderingen is gegeven omdat de gestelde merkinbreuk, auteursrechtinbreuk en handelsnaaminbreuk van Vero een voortdurend karakter heeft.

merkenrecht

4.3. Team Fourward kan als merkhouders worden ontvangen in haar vorderingen.

4.4. Artikel 2.20 lid 1 sub b BVIE geeft de merkhouders het recht om op grond van zijn uitsluitend recht iedere derde die zonder zijn toestemming hiertoe gebruik maakt, het gebruik van een teken te verbieden wanneer dat teken gelijk is aan of overeenstemt met het merk en in het economisch verkeer wordt gebruikt voor dezelfde of soortgelijke waren of diensten, indien daardoor bij het publiek verwarring kan ontstaan, inhoudende het gevaar van associatie met het merk.

4.5. Voor een geslaagd beroep op voornoemd artikel is derhalve in elk geval vereist dat merk en teken met elkaar overeenstemmen. Daarvan is sprake indien het beeldmerk van Team Fourward - en niet zoals Team Fourward stelt het gecombineerde woord/beeldmerk - en het teken huisspotter van Vero, globaal beoordeled, naar de totaalindruk die zij maken, visueel, auditief of begripsmatig zodanige gelijkenis vertonen, daarbij onder meer rekeninghoudend met hun onderscheidende en dominerende bestanddelen, dat daardoor de mogelijkheid bestaat dat bij het in aanmerking komende publiek (waaronder is te verstaan de gemiddelde geïnformeerde, omzichtige en oplettende gewone consument van de betrokken soort producten) verwarring wordt gewekt tussen het beeldmerk van Team Fourward en het teken van Vero (directe verwarring), dan wel de indruk wordt gewekt dat enig verband bestaat tussen beiden (indirecte verwarring). Daarbij dienen alle relevante omstandigheden in aanmerking te worden genomen, waaronder de onderscheidingskracht en bekendheid van het beeldmerk van Team Fourward (vergelijk HvJ EG 11 november 1997, NJ 1998, 523, Puma/Sabèl, HvJ EG 12 juni 2007, C-334/05, BHIM/Shaker, HvJ EG 20 september 2007, C-193/06, Nestlé/Quick).

4.6. Naar het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter stemmen merk en teken in het onderhavige geval niet met elkaar overeen. Uit het hieronder naast elkaar geplaatste merk en teken blijkt in de eerste plaats onmiskenbaar dat zij visueel van elkaar verschillen. Het teken huisspotter van Vero verschilt zowel qua vorm als kleurstelling en lettertype van het merk van Team Fourward.



Huisspotter.nl
Wat is de waarde van uw woning?

Auditief verschillen merk en teken ook aanzienlijk, nu de nadruk van het wordelement in zowel merk als teken ligt op het eerste deel van het samengestelde woord, te weten ‘car’ respectievelijk ‘huis’. Juist die woorden wijken totaal van elkaar af. Dat het woord ‘spotter’ in de samengestelde woorden gelijkkluidend is, is niet van doorslaggevende betekenis, omdat dit woord voorshands geoordeeld zuiver beschrijvend van aard is. Begripsmatig verschillen merk en teken ten slotte ook, nu het in het ene geval gaat om het spotten van auto’s en in het andere geval om het spotten van huizen.

4.7. Gelet op het voorgaande is de totaalindruk van merk en teken, globaal beoordeeld, dusdanig verschillend dat geen sprake is van overeenstemming tussen beiden. Van direct, dan wel indirect verwarringsgevaar is dan ook geen sprake. Reeds hierom kan niet worden geoordeeld dat Vero op grond van artikel 2.20 lid 1 sub b BVIE inbreuk maakt op het aan Team Fourward toekomende merkrecht.

4.8. Team Fourward stelt subsidiair dat Vero op grond van artikel 2.20 lid 1 sub c en d BVIE inbreuk maakt op het aan Team Fourward toekomende merkrecht. Voorshands geoordeeld kan Team Fourward geen geslaagd beroep doen op artikel 2.20 lid 1 sub c BVIE, omdat ook in die situatie in elk geval is vereist dat merk en teken met elkaar overeenstemmen. Zoals hiervoor reeds is overwogen, is van overeenstemming in dit geval echter geen sprake. Bovendien is het nog maar de vraag of het beeldmerk van Team Fourward als een bekend merk binnen de Benelux kan worden aangemerkt. Ingevolge artikel 2.20 lid 1 sub d BVIE kan de merkhouder op grond van zijn uitsluitend recht ieder gebruik van een teken verbieden, wanneer dat teken gebruikt wordt anders dan ter onderscheiding van waren of diensten, indien door gebruik, zonder geldige reden, van dat teken ongerechtvaardigd voordeel wordt getrokken uit of afbreuk wordt gedaan aan het onderscheidend vermogen of de reputatie van het merk. Voorshands geoordeeld gebruikt Vero het teken huisspotter echter niet anders dan ter onderscheiding van waren of diensten. Zij gebruikt het immers ter onderscheiding van haar sms-dienst. Daarmee kan Team Fourward Vero ook niet op grond van artikel 2.20 lid 1 sub d BVIE aanspreken.

4.9. Het voorgaande leidt tot de conclusie dat de vorderingen van Team Fourward niet op grond van het merkenrecht kunnen worden toegewezen.

auteursrecht

4.10. Op grond van artikel 1 Aw is het auteursrecht het uitsluitend recht van de maker van een werk van letterkunde, wetenschap of kunst, of van diens rechtsverkrijgenden, om dit openbaar te maken en te verveelvoudigen. In het onderhavige geval dient daarom eerst te worden nagegaan óf er auteursrecht rust op de commercials en het daaraan ten grondslag liggende format, de slogans en de huisstijl (de ‘look and feel’) van Team Fourward. Een en ander valt binnen de categorie ‘en in het algemeen ieder voortbrengsel op het gebied van letterkunde, wetenschap of kunst, op welke wijze of in welken vorm het ook tot uitdrukking zij gebracht’ in de zin van artikel 10 lid 1 slot Aw en dit zijn dus werken waarop auteursrecht kan rusten. Om voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking te komen moeten de commercials en het daaraan ten grondslag liggende format, de slogans en de huisstijl een eigen oorspronkelijk karakter hebben en het persoonlijk stempel van de maker dragen (vgl. HR 4 januari 1991, NJ 1991, 608, Van Dale/Romme). Van belang daarbij is dat de maker van het werk bij de vormgeving van het werk keuzes heeft gemaakt die subjectief

zijn bepaald en die dus niet uitsluitend op objectieve vereisten van technische of praktische aard zijn gebaseerd. In dit verband is het volgende van belang.

De commercials en het daaraan ten grondslag liggende format

4.11. Voorop wordt gesteld dat de zes televisiecommercials en de drie radiocommercials van Team Fourward zijn opgebouwd volgens een telkens terugkerend vast patroon zoals hiervoor onder 2.5 en 2.6 is weergegeven. Dit telkens terugkerende vaste patroon kan worden aangemerkt als een format. De commercials zijn te beschouwen als de uiterlijke verschijningsvorm van het format. Om die reden worden de commercials en het format hier tezamen besproken.

4.12. Anders dan het format op zichzelf hebben de daaraan ontleende commercials naar het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter een eigen oorspronkelijk karakter en dragen zij het persoonlijk stempel van de maker. Er is sprake van een vorm die het resultaat is van scheppende menselijke arbeid en dus van creatieve keuzes. Bij de televisiecommercials gaat het daarbij met name om de volgende steeds terugkerende elementen:

- (1) de opdringerige journalist die iemand overvalt;
- (2) de prikkelende vraag die wordt gesteld naar de prijs;
- (3) het nietszeggende antwoord dat daarop volgt;
- (4) de harde voice over die vervolgens de oplossing aandraagt; en
- (5) de afsluiting waarbij de door de voice over aangedragen oplossing nog eens met grote letters in beeld wordt gebracht,

in combinatie met (6) de wijze van filmen, (7) de sfeer en (8) de korte dialogen. Gelet hierop kan niet worden geoordeeld dat de commercials van Team Fourward een vorm hebben die zo banaal of triviaal is, dat daarachter geen creatieve arbeid van welke aard ook valt aan te wijzen (vergelijk Hoge Raad 30 mei 2008, RvdW 2008, 567). Aan het voorgaande doet niet af dat de zes commercials van Team Fourward onderling niet identiek zijn. De hiervoor geschetste, van belang zijnde elementen komen immers wel in alle commercials terug. Dit betekent dat de televisie-commercials van Team Fourward voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking komen. Het voorgaande geldt mutatis mutandis ook voor de radio-commercials van Team Fourward. Deze radio-commercials spelen verder evenwel geen rol van betekenis, omdat Vero zelf geen radio-commercial uitzendt. Indien Vero dit wel zou doen, maakt zij dan ook mogelijk inbreuk op de auteursrechten van Team Fourward.

De slogans

4.13. Volgens Team Fourward maakt zij gebruik van drie auteursrechtelijk beschermde slogans, te weten “Even carspotten en je weet het”, “En je weet wat een auto kost en kan” en “Carspotter weet wat een auto kost en kan”. Voorshands geoordeeld heeft Team Fourward echter onvoldoende aannemelijk gemaakt dat laatstgenoemde slogan ook door haar als slogan wordt gebruikt. Bij de beoordeling zal dan ook alleen van de eerste twee genoemde slogans worden uitgegaan.

4.14. Team Fourward stelt dat Vero gebruikt maakt van drie slogans, te weten “Even huisspotten en je weet het”, “Huisspotter weet wat een huis kost en kan” en “Huisspotter en u weet wat uw huis waard is”. Vero betwist dit. Zij stelt dat zij alleen de slogan “Huisspotter

en u weet wat uw huis waard is” in haar commercial gebruikt. De slogan “Even huisspotten en je weet het” is slechts eenmaal genoemd, namelijk in het persbericht van 11 november 2008 en daarna nooit meer, terwijl de slogan “Huisspotter weet wat een huis kost en kan” helemaal nooit door haar is gebruikt, hetgeen kan worden afgeleid uit een overgelegde uitdraai van zoekresultaten op google. Voorshands geoordeeld heeft Team Fourward in het licht van dit verweer van Vero onvoldoende gesteld om aan te nemen dat Vero wel daadwerkelijk gebruikmaakt van die twee slogans. Dit betekent dat bij de beoordeling alleen de slogan “Huisspotter en u weet wat uw huis waard is” zal worden betrokken.

4.15. Los van de vraag of deze slogans van Team Fourward voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking komen, is de voorzieningenrechter voorshands van oordeel dat bij een vergelijking van de in aanmerking te nemen slogans niet kan worden aangenomen dat de slogan van Vero zoveel op de slogans van Team Fourward lijkt dat er sprake is van een overeenstemmende totaalindruk.

De huisstijl (de ‘look and feel’)

4.16. Voorop wordt gesteld dat een stijl op zichzelf niet als werk in de zin van de Auteurswet kan worden aangemerkt. Slechts wanneer een idee of stijl in een concrete uiting is uitgewerkt, geniet die betreffende uiting mogelijk bescherming als werk (vergelijk HR 29 december 1995, NJ 1996, 546). Voorshands geoordeeld is de huisstijl van Team Fourward, anders dan in de hiervoor reeds besproken uitingsvormen, niet in een concrete uiting uitgewerkt, zodat aan deze stelling geen zelfstandige betekenis toekomt.

Is er sprake van inbreuk?

4.17. De vraag die vervolgens dient te worden beantwoord, is of Vero met haar commercial inbreuk maakt op de auteursrechten van Team Fourward. Team Fourward beroept zich daarbij op artikel 13 Aw. Ingevolge dit artikel moet onder de verveelvoudiging van een auteursrechtelijk beschermd werk onder meer worden verstaan iedere gehele of gedeeltelijke bewerking of nabootsing in gewijzigde vorm, welke niet als nieuw, oorspronkelijk werk moet worden aangemerkt.

4.18. Van belang is derhalve te beoordelen of de commercial van Vero als een verveelvoudiging van de commercials van Team Fourward moet worden aangemerkt. Daarvan is sprake indien auteursrechtelijk beschermde elementen uit de commercials van Team Fourward zijn overgenomen door Vero in haar commercial. Echter, niet reeds het enkele feit dat tussen een werk waarvoor auteursrechtelijke bescherming wordt ingeroepen en een als inbreukmakend bestreden voortbrengsel punten van overeenstemming bestaan, wettigt het vermoeden dat het laatste de vrucht is van ontlening. Daartoe is een mate van overeenstemming vereist die van een zodanige aard en omvang is dat, indien vorenbedoeld vermoeden niet wordt ontzenuwd, geoordeeld moet worden dat van een ongeoorloofde verveelvoudiging in auteursrechtelijke zin sprake is. Bij de beantwoording van de vraag of sprake is van een dergelijke overeenstemming komt het erop aan of het beweerdelijk inbreukmakende werk in zodanige mate de auteursrechtelijk beschermde trekken van het eerdere werk vertoont, dat de totaalindrucken die de beide werken maken te weinig verschillen voor het oordeel dat het eerstbedoelde werk als een zelfstandig werk kan worden aangemerkt (vgl. HR 29 november 2002, NJ 2003, 17, Una Voce Particolare).

4.19. Ter zitting heeft Team Fourward een van haar commercials vertoond, evenals de commercial van Vero. Wanneer deze commercials met elkaar worden vergeleken, leidt deze vergelijking naar het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter tot de conclusie dat de commercial van Vero in het geheel genomen sterk overeenstemt met de vertoonde commercial (en daarmee ook met de overige vijf commercials) van Team Fourward. Dit komt met name naar voren in:

- de opdringerige journalist die iemand overvalt;
- de prikkelende vraag die wordt gesteld naar de prijs;
- het nietszeggende antwoord dat daarop volgt;
- de harde voice over die vervolgens de oplossing aandraagt;
- de afsluiting waarbij de door de voice over aangedragen oplossing nog eens met grote letters in beeld wordt gebracht;
- de bij deze afsluiting gebruikte kleuren, te weten het eerste woord in witte letters, gevolgd door een woord in rode letters, waarna weer een woord in witte letters volgt et cetera, tegen een zwarte achtergrond;
- de wijze van filmen;
- de sfeer;
- de korte dialogen.

Aan het gebruik van een vrolijk muziekje in de commercial van Vero, waarin deze afwijkt van de commercials van Team Fourward, komt tegenover deze punten van overeenstemming onvoldoende betekenis toe. Ditzelfde geldt voor het feit dat de commercial van Vero over een huis gaat in plaats van over een auto. Dit betreft slechts geringe verschillen in de uitwerking. De totaalindrukken die beide commercials maken verschillen te weinig om te oordelen dat de commercial van Vero als een zelfstandig werk kan worden aangemerkt.

4.20. Het een en ander leidt tot de conclusie dat de commercial van Vero moet worden aangemerkt als een verveelvoudiging van de commercials van Team Fourward, hetgeen een inbreuk oplevert op het auteursrecht van Team Fourward, nu zij voor die verveelvoudiging geen toestemming heeft gegeven.

handelsnaamrecht

4.21. Op grond van artikel 5 Hnw is het verboden een handelsnaam te voeren, die, vóórdat de onderneming onder die naam werd gedreven, reeds door een ander rechtmatig gevoerd werd, of die van diens handelsnaam slechts in geringe mate afwijkt, een en ander voor zover dientengevolge, in verband met de aard der beide ondernemingen en de plaats, waar zij gevestigd zijn, bij het publiek verwarring tussen die ondernemingen te duchten is.

4.22. In de eerste plaats betwist Vero dat de naam waaronder Team Fourward haar sms-dienst aanbiedt, Carspotter, een onderneming is in de zin van de Handelsnaamwet, zodat zij ook geen beroep kan doen op een handelsnaamrecht. Dit verweer wordt verworpen. Een handelsnaam is, gelet op artikel 1 Hnw, de naam waaronder men feitelijk handelt, de naam die naar buiten toe wordt gebruikt als aanduiding van de onderneming. De handelsregisterinschrijving is daarbij niet van doorslaggevend belang. In het onderhavige geval is naar het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter onmiskenbaar dat Carspotter de naam is die naar het publiek toe wordt gebruikt als aanduiding van de onderneming. Dit blijkt niet alleen uit de handelsregisterinschrijving, maar bovenal uit alle televisie- en radiocommercials en de website www.carspotter.nl. Op alle pagina's die op

genoemde website oproepbaar zijn, wordt de naam Carspotter prominent in beeld gebracht. Hieraan doet niet af dat de naam Carspotter feitelijk wordt gebruikt ter onderscheiding van de sms-dienst die Team Fourward aanbiedt. Van doorslaggevend belang is, en dat is voldoende aannemelijk geworden, dat Team Fourward zich aan het publiek presenteert onder de naam Carspotter.

4.23. Hetzelfde geldt ook voor de naam Huisspotter. Hoewel Vero betwist dat zij onder deze naam een onderneming voert in de zin van de Handelsnaamwet, is naar het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter voldoende aannemelijk geworden dat Huisspotter de naam is die naar het publiek toe wordt gebruikt als aanduiding van de onderneming. In verschillende uitingen (zoals de televisiecommercial en de website www.huisspotter.nl) presenteert Vero zich als Huisspotter. Vero stelt nog dat op de website www.huisspotter.nl voldoende duidelijk wordt gemaakt dat Huisspotter slechts een aangeboden dienst is van Zuka. Op de startpagina van deze website is immers met grote letters opgenomen "Powered by: Zuka.nl". Voorshands geoordeeld is dit evenwel onvoldoende om tot een andersluidend oordeel te komen. De woorden 'Powered by' verwijzen niet zonder meer naar Zuka als de onderneming die de sms-dienst aanbiedt. 'Powered by' kan evengoed betekenen dat de sms-dienst wordt gesponsord door Zuka of dat Zuka als webdesigner kan worden aangemerkt. In het persbericht van 11 november 2008 spreekt Vero zelf ook slechts van het aangaan van een 'samenwerking' met Zuka.nl. Daarbij komt dat op de website www.huisspotter.nl geen enkele nadere gegevens van Zuka zijn opgenomen. Het is voor het publiek dan ook onduidelijk wie er achter Huisspotter schuilgaat. Het vermelden van een algemeen e-mailadres (info@zuka.nl) maakt dit niet anders.

4.24. Niet in geschil is dat Team Fourward de handelsnaam Carspotter eerder voerde dan Vero de handelsnaam Huisspotter.

4.25. De voorzieningenrechter stelt vervolgens vast dat de handelsnaam Huisspotter slechts in geringe mate afwijkt van de handelsnaam Carspotter. Het kenmerkende deel van beide namen lijkt te zijn 'spotter'. De woorden 'Car' en 'Huis' geven immers slechts aan wat kan worden gespot.

4.26. Cruciaal is derhalve de vraag of de geringe mate waarin de handelsnaam Huisspotter afwijkt van de handelsnaam Carspotter, in verband met de aard der beide ondernemingen en de plaats waar zij gevestigd zijn, tot gevolg heeft dat bij het publiek verwarring tussen die ondernemingen te duchten is, dat wil zeggen gevaar voor verwarring bij het publiek doet ontstaan. Daarbij is niet vereist dat de handelsnaam Carspotter onderscheidend vermogen dient te bezitten. Ook beschrijvende namen kunnen een geldige handelsnaam zijn. Wel geldt dat algemeen beschrijvende aanduidingen niet via de Handelsnaamwet gemonopoliseerd mogen worden, zodanig dat anderen die niet meer zouden kunnen gebruiken als aanduiding van hun onderneming. Bij een beroep op het bepaalde in artikel 5 Hnw moet daarom eerst nog worden nagegaan of honorering van dat beroep niet met zich brengt dat een louter beschrijvende aanduiding gemonopoliseerd wordt.

4.27. Voorshands geoordeeld doet zich in de onderhavige zaak niet de situatie voor dat een zuiver beschrijvend woord als handelsnaam wordt gebruikt. De handelsnaam van Team Fourward is samengesteld uit de Engelse woorden 'Car' en een vervoeging van 'spotten'. Dit zijn weliswaar gewone Engelse woorden, maar door de combinatie van deze woorden - met de vervoeging van 'spotten' tot 'spotter' - is een niet zuiver beschrijvend en uniek

woord ontstaan voor de door Team Fourward aangeboden dienst, te weten het per sms opvragen van informatie over een specifieke auto. Er is derhalve geen sprake van monopolisering door Team Fourward van een louter beschrijvende aanduiding.

4.28. Naar het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter is voldoende aannemelijk geworden dat er verwarring tussen de beide ondernemingen te duchten is in de zin van artikel 5 Hnw. Zoals hiervoor reeds is overwogen wijkt de handelsnaam Huisspotter slechts in geringe mate af van de handelsnaam Carspotter. Daarnaast richten beide ondernemingen zich via internet en televisie op geïnteresseerden in het gehele Nederlandse taalgebied, zodat niet van belang is dat partijen in verschillende plaatsen zijn gevestigd. Voorts is de aard van de ondernemingen identiek, te weten het aanbieden van een sms-dienst voor het opvragen van bepaalde specifieke informatie. Verder heeft Vero zelf een persbericht laten uitgaan met als kop "Carspotter maakt weg vrij voor Huisspotter", zodat het publiek al snel denkt dat Carspotter haar diensten heeft uitgebreid met informatie over huizen. Dat het verwarringsgevaar zich reeds daadwerkelijk heeft verwezenlijkt, heeft Team Fourward voldoende aannemelijk gemaakt met het overleggen van een aantal e-mailberichten van mensen die vragen/klachten hebben over de sms-dienst van Huisspotter en zich daarvoor hebben gewend tot de klantenservice van Carspotter. Ten slotte valt uit de website www.huisspotter.nl nergens af te leiden wie er schuilgaat achter Huisspotter. Dit leidt tot de conclusie dat Vero haar handelsnaam voert in strijd met het bepaalde in artikel 5 Hnw.

4.29. Met betrekking tot de vraag of de domeinnamen www.carspotter.nl en www.huisspotter.nl als handelsnaam in de zin van de Handelsnaamwet te kunnen worden aangemerkt, wordt het volgende overwogen. In beginsel is een domeinnaam niet meer of anders dan een (internet)adres van de domeinnaamhouder en is het gebruik daarvan niet aan te merken als het voeren van een handelsnaam. Door omstandigheden kan dat evenwel anders zijn. Dat is het geval als de domeinnaam overeenkomt met een handelsnaam en gebruikt wordt ter aanduiding van de bedrijfsactiviteiten van een onderneming, waarbij ook de inhoud van de website achter de domeinnaam van belang is (vgl. o.a. gerechtshof Amsterdam, 19 oktober 2006, BIE 2007, 116 (Quikprint)).

4.30. Op grond van het bovengenoemde toetsingskader oordeelt de voorzieningenrechter dat beide domeinnamen als handelsnaam kunnen worden aangemerkt. Zij zijn, behoudens de toevoeging ".nl" waaraan geen zelfstandige betekenis kan worden toegekend, in de eerste plaats immers identiek aan de handelsnamen Carspotter en Huisspotter. Bovendien worden Carspotter en Huisspotter op de betreffende website niet alleen gebruikt als domeinnaam, maar ook als handelsnaam voor de aangeboden sms-dienst. In feite wordt daarmee de domeinnaam gekleurd tot handelsnaam. Deze is zozeer met het gebruik van Carspotter respectievelijk Huisspotter verweven, dat het gebruik van de domeinnamen moet worden aangemerkt als handelsnaamgebruik.

4.31. Mede gelet op hetgeen hiervoor onder 4.28 is overwogen, is de voorzieningenrechter vervolgens van oordeel dat door het als handelsnaam gebruiken van de domeinnaam www.huisspotter.nl bij het publiek verwarring is te duchten tussen de onderneming van Team Fourward en die van Vero. Zowel via de website www.carspotter.nl als via de website www.huisspotter.nl wordt immers informatie verstrekt over de aangeboden, identieke, sms-dienst. Dit leidt tot de conclusie dat Vero ook de domeinnaam www.huisspotter.nl voert in strijd met het bepaalde in artikel 5 Hnw.

4.32. Team Fourward stelt verder nog dat Vero ook in strijd handelt met artikel 5a Hnw. Op grond van dit artikel is het verboden een handelsnaam te voeren, die het merk bevat, waarop een ander ter onderscheiding van zijn fabrieks- of handelswaren recht heeft, dan wel een aanduiding, die van zodanig merk slechts in geringe mate afwijkt, voor zover dientengevolge bij het publiek verwarring omtrent de herkomst van de waren te duchten is. Gelet op hetgeen hiervoor ten aanzien van het merkenrecht is overwogen, komt Team Fourward evenwel geen beroep toe op artikel 5a Hnw.

onrechtmatig handelen

4.33. Team Fourward stelt dat de handelwijze van Vero jegens haar een onrechtmatige daad in de vorm van ongeoorloofde mededinging oplevert, nu Vero de onderscheidingstekens en onderscheidingsmiddelen van Team Fourward te nauw volgt en zelfs nabootst, waardoor verwarringsgevaar ontstaat. Door deze handelwijze profiteert Vero van het op zorgvuldige wijze opgebouwde bedrijfsdebiet van Team Fourward. Bovendien levert het samenstel van alle uitingen van Vero volgens Team Fourward een misleidende mededeling op in de zin van artikel 6:194 sub i BW.

4.34. Volgens vaste jurisprudentie van de Hoge Raad is het profiteren van het bedrijfsdebiet van een concurrent niet onrechtmatig. Dit kan anders zijn bij bijkomende omstandigheden, zoals in het geval degene die profiteert verwarringsgevaar of gevaar voor verwatering doet ontstaan. Nabootsing - ook als die verwarrend is - van een product of dienst is alleen dan ongeoorloofd, indien men, zonder aan de deugdelijkheid en bruikbaarheid afbreuk te doen, op bepaalde punten evengoed een andere weg had kunnen inslaan en men door dit na te laten verwarring sticht. In dit licht bezien wordt het volgende overwogen.

4.35. Team Fourward maakt voor haar sms-dienst gebruik van een kenmerkende en onderscheidende vormgeving, waarbij het gebruik van de kleuren wit en rood tegen een zwarte achtergrond een belangrijke rol speelt. Dit komt met name tot uiting in het beeldmerk, de website www.carspotter.nl en de televisiecommercials. Daarnaast zijn de commercials van Team Fourward volgens hetzelfde format opgebouwd en hanteert zij dezelfde, steeds terugkerende slogans op haar website en in haar commercials. Vanaf de start van de campagne van Team Fourward in 2006 tot in juni 2008 maakte Team Fourward in haar commercials ook gebruik van het woord 'spot'. Vero biedt een identieke sms-dienst aan. Deze dienst wordt aangeboden via de website www.huisspotter.nl en via één televisiecommercial. De naam die zij hiervoor hanteert, Huisspotter, wijkt in geringe mate af van de door Team Fourward gehanteerde naam Carspotter. Bovendien stemt de televisiecommercial van Vero, zoals hiervoor al overwogen, in het geheel genomen sterk overeen met de commercials van Team Fourward. Verder zijn de websites van partijen voor een groot deel hetzelfde opgebouwd. In de eerste plaats wordt bovenaan de betreffende webpagina's met grote letters het beeldmerk carspotter, dan wel het teken huisspotter weergegeven. Daaronder volgt de aanduiding van de feitelijk aangeboden dienst ("sms: [kenteken] naar 2020" op de website van Team Fourward en "stuur de volgende sms: spot [spatie] postcode huisnummer naar 1008" op de website van Vero), weergegeven in afwisselend wit en rood gekleurde (Team Fourward) en wit en oranje gekleurde (Vero) woorden. Aanvankelijk maakte ook Vero gebruik van wit en rood gekleurde woorden, hetgeen blijkt uit een door Team Fourward overgelegde print van de website van Vero. Vero heeft daarna op enig moment haar website op dit punt aangepast. Verder hebben beide

websites een zwarte achtergrond en bevatten zij de op televisie en/of radio uitgezonden commercial(s). Ten slotte maakt ook Vero op haar website en in haar commercial gebruik van het woord 'spot'.

4.36. Naar het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter kan met inachtneming van hetgeen hiervoor is overwogen, in onderlinge samenhang bezien, geen andere conclusie worden getrokken dan dat er sprake is van een in hoge mate overeenstemmende totaalindruk tussen de aangeboden sms-dienst van Team Fourward en die van Vero. Daarbij is voldoende aannemelijk geworden dat Vero er welbewust voor heeft gekozen om de wervingskracht van 'Carspotter' aan te tasten, althans te gebruiken ten gunste van de wervingskracht van 'Huisspotter'. Vero heeft daarmee nodeloos verwarring gesticht bij het publiek, althans heeft zij de uniforme uitstraling van Team Fourward doen verwateren. Dit terwijl Vero zonder afbreuk te doen aan de deugdelijkheid en de bruikbaarheid van de door haar aangeboden sms-dienst op de hiervoor geschetste punten evengoed een andere weg had kunnen inslaan. Dat het verwarringsgevaar zich reeds daadwerkelijk heeft verwezenlijkt, blijkt uit door Team Fourward overlegde e-mailberichten van mensen die vragen/klachten hebben over de sms-dienst van Vero en zich daarvoor hebben gewend tot de klantenservice van Team Fourward. De handelwijze van Vero kan dan ook als ongeoorloofde mededinging en daarmee als onrechtmatig jegens Team Fourward worden aangemerkt. Bovendien levert de wijze waarop Vero haar sms-dienst aanbiedt voorshands geoordeeld een misleidende mededeling op in de zin van artikel 6:194 sub i BW. Nergens valt uit af te leiden wie er daadwerkelijk schuilgaat achter 'Huisspotter' (zie hiervoor r.o. 4.23), terwijl Vero met haar sms-dienst zeer nauw aanleunt tegen de sms-dienst van Team Fourward. De vermoedelijke verwachting van een gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende gewone consument tot wie de sms-dienst zich richt is dan ook dat 'Huisspotter' een onderdeel is van 'Carspotter', dan wel daaraan gelieerd is.

de vorderingen

4.37. Het gevorderde onder 3.1 sub a zal worden afgewezen, nu zoals hiervoor reeds is overwogen, de vorderingen van Team Fourward niet op grond van het merkenrecht kunnen worden toegewezen.

Het gevorderde onder 3.1 sub b zal worden toegewezen, nu Vero zowel haar handelsnaam Huisspotter, als de domeinnaam www.huisspotter.nl voert in strijd met het bepaalde in artikel 5 Hnw.

Het gevorderde onder 3.1 sub c zal worden toegewezen zoals hierna aan te geven, nu de commercial van Vero moet worden aangemerkt als een auteursrechtelijk inbreukmakende verveelvoudiging van de commercials van Team Fourward.

Het gevorderde onder 3.1 sub d zal worden afgewezen, omdat niet kan worden aangenomen dat de slogan van Vero zoveel op de slogans van Team Fourward lijkt dat er sprake is van een overeenstemmende totaalindruk.

Het gevorderde onder 3.1 sub e zal worden toegewezen, nu de handelwijze van Vero met betrekking tot haar sms-dienst als ongeoorloofde mededinging en daarmee als onrechtmatig jegens Team Fourward kan worden aangemerkt. Daarbij dient Vero het gebruik van onderscheidingstekens die een tot verwarring aanleiding gevende navolging vormen van de onderscheidingstekens van Team Fourward te staken, in het bijzonder het gebruik van de kleuren zwart, wit en rood in combinatie met het woord 'spot', een en ander met inachtneming van hetgeen hiervoor onder r.o. 4.35 is weergegeven.

Het gevorderde onder 3.1 sub f zal op de wijze als hierna aan gegeven worden toegewezen, nu de wijze waarop Vero haar sms-dienst aanbiedt een misleidende mededeling oplevert in de zin van artikel 6:194 sub i BW.

Het gevorderde onder 3.1 sub g zal worden toegewezen, voor zover dit betrekking heeft op de televisiecommercial van Vero, de handelsnaam Huisspotter, de domeinnaam www.huisspotter.nl en de door Vero jegens Team Fourward gepleegde onrechtmatige daad, een en ander zoals hierna omschreven.

Het gevorderde onder 3.1 sub h zal worden toegewezen onder dezelfde voorwaarden als het gevorderde onder 3.1 sub g.

De voorzieningenrechter zal ten aanzien van alle toe te wijzen vorderingen bepalen dat Vero hieraan binnen vijf werkdagen na betekening van dit vonnis dient te voldoen.

4.38. De bij de verschillende vorderingen aan Vero op te leggen dwangsom zal worden gemaximeerd. Deze dwangsom zal alleen aan de drie gedaagden worden opgelegd en niet ook aan enige thans of in de toekomst aan hen verbonden (rechts)personen. Team Fourward heeft dit deel van de vordering niet onderbouwd.

4.39. Het gevorderde onder 3.1 sub j zal worden afgewezen. In kort geding kan alleen een voorschot op schadevergoeding worden gevorderd en geen schadevergoeding nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet. Voor toewijzing van een geldvordering in kort geding is voorts slechts dan plaats, als het bestaan en de omvang van de vordering in hoge mate aannemelijk zijn, terwijl voorts uit hoofde van onverwijlde spoed een onmiddellijke voorziening is vereist en het risico van onmogelijkheid van terugbetaling - bij afweging van de belangen van partijen - aan toewijzing niet in de weg staat. Gesteld noch gebleken is dat aan deze voorwaarden is voldaan.

4.40. Vero zal als de in dit kort geding overwegend in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de kosten van Team Fourward. Team Fourward heeft een kostenspecificatie overgelegd van in totaal €18.371,95 inclusief btw en op grond van artikel 1019h Rv aanspraak gemaakt op dit volledige bedrag. De voorzieningenrechter zal ten aanzien van het salaris van de procureur aansluiten bij de per 1 augustus 2008 in werking getreden indicatietarieven in IE-zaken. De proceskosten ter zake van het intellectuele eigendomsrecht worden begroot op €15.000,00 inclusief btw. Het betreft hier een niet eenvoudig kort geding, waarbij in zo'n geval een bedrag van €15.000,00 redelijk en evenredig wordt geacht. In hetgeen van de zijde van Team Fourward is betoogd wordt geen aanleiding gezien om in dit geval van dit indicatietarief naar boven toe af te wijken. De kosten ter zake van de schending van het gemene recht (onrechtmatige daad) worden geacht daarin te zijn begrepen. De kosten aan de zijde van Team Fourward worden derhalve begroot op:

- dagvaarding	€	71,80
- vast recht	€	254,00
- salaris advocaat	€	<u>15.000,00</u>
Totaal	€	15.325,80 (inclusief btw)

4.41. In verband met het bepaalde in artikel 1019i Rv zal de voorzieningenrechter de redelijke termijn waarbinnen een bodemprocedure aanhangig moet worden gemaakt stellen op zes maanden na het wijzen van dit vonnis.

5. De beslissing

De voorzieningenrechter:

5.1. beveelt Vero om binnen vijf (5) werkdagen na betekening van dit vonnis de handelsnamen Huisspotter en Huisspotter.nl zodanig te wijzigen dat het bestanddeel spotter daarin niet meer wordt gevoerd;

5.2. gelast Vero om binnen vijf (5) werkdagen na betekening van dit vonnis elke inbreuk op het auteursrecht van Team Fourward te (doen) staken en gestaakt te (doen) houden, voor zover het gaat om het uitzenden en publiceren van de hiervoor onder 2.11 omschreven televisiespot van Vero;

5.3. gelast Vero om binnen vijf (5) werkdagen na betekening van dit vonnis ieder onrechtmatig handelen jegens Team Fourward te staken, bestaande in het gebruik van onderscheidingstekens die een tot verwarring aanleiding gevende navolging vormen van de onderscheidingstekens van Team Fourward, in het bijzonder het gebruik van de kleuren zwart, wit en rood in combinatie met het woord 'spot', een en ander met inachtneming van hetgeen hiervoor onder r.o. 4.35 is weergegeven;

5.4. gelast Vero om binnen vijf (5) werkdagen na betekening van dit vonnis in haar uitingen te staken het doen van misleidende of verwarringwekkende mededelingen of het doen van uitingen waardoor op ongeoorloofde wijze wordt geprofiteerd van Carspotter, de sms-dienst van Team Fourward;

5.5. gelast Vero om binnen vijf (5) werkdagen na betekening van dit vonnis een mededeling te plaatsen in een landelijk dagblad, in een duidelijk lettertype, zwarte letters op een witte achtergrond, van minimaal een kwart pagina, en gedurende één (1) maand een mededeling te plaatsen op de internetsite die de vervangende site wordt van www.huisspotter.nl, op een opvallende plaats, in een duidelijk lettertype en in een duidelijke kleurstelling, in een grootte die tenminste de helft van een normaal beeldscherm beslaat, in beide gevallen met de volgende inhoud:

"Rectificatie"

Onlangs hebben wij de sms-dienst Huisspotter gelanceerd.

De voorzieningenrechter van de rechtbank te Arnhem heeft op 12 december 2008 geoordeeld dat onze televisiecommercial moet worden aangemerkt als een verveelvoudiging van de commercials van Carspotter, hetgeen een inbreuk oplevert op het auteursrecht van Carspotter. Bovendien heeft de voorzieningenrechter geoordeeld dat wij de handelsnaam Huisspotter en de domeinnaam www.huisspotter.nl in strijd voeren met het bepaalde in artikel 5 Handelsnaamwet. De naam Huisspotter zal dus niet meer door ons worden gebruikt. Ten slotte oordeelde de voorzieningenrechter dat wij onrechtmatig jegens Carspotter hebben gehandeld door een sms-dienst aan te bieden waarvan de totaalindruk in hoge mate overeenstemt met de sms-dienst van Carspotter. Onze dienstverlening was en is op geen enkele wijze verbonden met die van Carspotter.

Namens Huisspotter/Zuka.nl (Vero Sales B.V.)

De Directie

- 5.6. gelast Vero zich te onthouden van enige mededeling waarmee bovenstaande rectificaties onder 5.5 op enigerlei wijze worden ontkracht;
- 5.7. bepaalt dat Vero voor iedere dag of gedeelte daarvan, of iedere keer, dat zij geheel of gedeeltelijk in strijd handelt met het onder 5.1 tot en met 5.6 bepaalde, aan Team Fourward een dwangsom verbeurt van €10.000,00, tot een maximum van €250.000,00;
- 5.8. bepaalt de termijn waarbinnen op grond van artikel 1019i Rv een bodemprocedure aanhangig dient te worden gemaakt op zes (6) maanden vanaf de dag van het wijzen van dit vonnis;
- 5.9. veroordeelt Vero in de proceskosten, aan de zijde van Team Fourward tot op heden begroot op €15.325,80;
- 5.10. verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad;
- 5.11. weigert het meer of anders gevorderde.

Dit vonnis is gewezen door mr. M.J. Blaisse en in het openbaar uitgesproken in tegenwoordigheid van de griffier mr. M. van Gameren op 12 december 2008.