



Vonnis

RECHTBANK UTRECHT

Sector Civiel – Afdeling Handel

zaaknummer / rolnummer: 244879 / HA ZA 08-451

Vonnis van 12 november 2008

in de zaak van

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
THUISBEZORGD.NL BV,
statutair gevestigd en kantoorhoudende te Enschede,
eiseres in conventie,
verweerster in reconventie,
advocaat mr. J.M. van Noort te Utrecht,

tegen

1. de vennootschap onder firma **JOLIDÉ V.O.F.**,
gevestigd, althans kantoorhoudende te Utrecht,
2. **GIJSBERTUS VAN LEEUWEN**,
pro se, in zijn hoedanigheid van vennoot van voornoemde vennootschap onder firma en
mede in zijn hoedanigheid van vertegenwoordiger van de besloten vennootschap met
beperkte aansprakelijkheid **TJOKKIE E-MARKETING B.V.** in oprichting,
wonende te Houten,
3. **GIJSBERTUS ELBERT JAN VAN LEEUWEN**,
pro se, in zijn hoedanigheid van vennoot van voornoemde vennootschap onder firma en
mede in zijn hoedanigheid van vertegenwoordiger van de besloten vennootschap met
beperkte aansprakelijkheid **TJOKKIE E-MARKETING B.V.** in oprichting,
wonende te Houten,
4. **WILCO GIJSBERTUS CORNELIS ROELOF VAN LEEUWEN**,
pro se in zijn hoedanigheid van vennoot van voornoemde vennootschap onder firma en
mede in zijn hoedanigheid van vertegenwoordiger van de besloten vennootschap met
beperkte aansprakelijkheid **TJOKKIE E-MARKETING B.V.** in oprichting,
wonende te Houten,
gedaagden in conventie,
eisers in reconventie,
advocaat mr. D. van Kampen te Utrecht.

Eiseres in conventie, verweerster in reconventie zal hierna ook Tb genoemd worden.
Gedaagden 1 tot en met 4 zullen hierna ook gezamenlijk Jolidé genoemd worden.
De vennoten van Jolidé afzonderlijk zullen ook respectievelijk G. van Leeuwen,
G.E.J. van Leeuwen en W.G.C.R. van Leeuwen genoemd worden.

1. De procedure

- 1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:
- het tussenvonnis van 23 april 2008

zaaknummer / rolnummer: 244879 / HA ZA 08-451
12 november 2008

2

- het proces-verbaal van comparitie van 10 juli 2008.

1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

2. De feiten

2.1. Tb is volgens het door haar als productie 2 in het geding gebrachte uittreksel uit het handelsregister van de Kamer van Koophandel voor Oost-Nederland op 30 december 2005 opgericht en houdt zich onder meer bezig met het leveren van bestellings- en acceptatiediensten.

2.2. Jolidé is volgens het door Tb als productie 6 in het geding gebrachte uittreksel uit het handelsregister van de Kamer van Koophandel voor Midden-Nederland op 1 januari 1990 opgericht en houdt zich volgens haar bedrijfsomschrijving bezig met de verkoop van kleine koude en warme snacks en met de reparatie en inkoop van bromfietsen.

2.3. Vanaf 2000 wordt de website <www.thuisbezorgd.nl> geëxploiteerd. Op deze website kunnen bezoekers op basis van hun postcode een overzicht krijgen van de bedrijven die in hun buurt eten aan huis bezorgen, online bestellingen bij deze bedrijven doen en afrekenen. Jolidé heeft in de periode tussen 8 oktober 2002 en begin 2007 haar snackbarassortiment via deze website aangeboden. Op 22 maart 2007 heeft Jolidé telefonisch aan Tb laten weten geen gebruik meer te zullen maken van deze diensten.

2.4. Tb exploiteert op dit moment de website <www.thuisbezorgd.nl>. Deze website is gekoppeld aan de Nederlandse domeinnaam thuisbezorgd.nl welke domeinnaam op 12 oktober 1999 is geregistreerd bij de Stichting Internet Domeinregistratie Nederland (hierna te noemen: "SIDN"). Tb staat thans als houder van deze domeinnaam geregistreerd.

2.5. De besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid MediaDesign B.V. te Leiden (hierna ook: MediaDesign) heeft op 6 oktober 1999 de domeinnaam thuisbezorgen.nl bij SIDN laten registreren. Op 28 september 2006 heeft Jolidé deze domeinnaam van MediaDesign gekocht.

2.6. Op 3 november 2006 heeft Tb een brief van Jolidé ontvangen waarin zij gesommeerd werd het gebruik van de domeinnaam thuisbezorgd.nl te staken en gestaakt te houden. Tb heeft aan deze sommatie geen gevolg gegeven. Tb heeft op haar beurt op 24 november 2006 Jolidé gesommeerd om elke (dreiging van) inbreuk op haar handelsnaamrechten te staken.

2.7. Op 3 november 2006 is door Tb bij het Benelux Merkenbureau een beeldmerk gedeponereerd, zijnde een afbeelding van een huis met daarnaast een afbeelding van een vork en een mes met daaronder een afbeelding van het woord "thuisbezorgd.nl". Dit beeldmerk is ingeschreven voor de volgende klassen, waren en diensten:
- KL 35 Reclame; beheer van commerciële zaken; zakelijke administratie, administratieve diensten.
- KL 42 Wetenschappelijke en technologische diensten, alsmede bijbehorende onderzoeks-ontwerpdiensten; dienstverlening op het gebied van industriële analyse en industrieel onderzoek; ontwerpen en ontwikkelen van computers en van software; juridische diensten.
Tb is daarbij als houder van dit beeldmerk vermeld.

zaaknummer / rolnummer: 244879 / HA ZA 08-451
12 november 2008

3

2.8. Op 7 januari 2007 is bij het Benelux Merkenbureau hetzelfde beeldmerk gedeponereerd, dit keer voor de volgende klassen, waren en diensten:
- KL 35 Reclame, publiciteit en beheer van commerciële zaken; zakelijke administratie; administratieve diensten; zakelijke bemiddeling bij de aan- en verkoop van producten en diensten in het kader van een bestel- en bezorgdienst, in het bijzonder langs elektronische weg waaronder het internet; het verzamelen en beheren van gegevens over producten en diensten in de vorm van een on-line zoekbare bestelgids; zakelijke exploitatie van bedrijven die zich bezig houden op het gebied van bestellen en bezorgen van goederen, tevens langs elektronische weg waaronder het internet.
- KL 39 Transport; verpakking en opslag van goederen.
- KL 43 Horecadiensten, tevens langs elektronische weg waaronder het internet.
Tb is daarbij als houder van dit beeldmerk vermeld.

2.9. Tb heeft een kort geding aanhangig gemaakt tegen Jolidé en haar toenmalige vennoten en daarin onder meer gevorderd dat hun bevolen wordt om ieder gebruik van de domeinnaam thuisbezorgen.nl en het teken 'THUISBEZORGEN.NL', dan wel enig ander teken, hieronder begrepen een domeinnaam of merk, dat overeenstemt met het merk en de handelsnaam thuisbezorgd.nl te staken en gestaakt te houden. Ook heeft ze gevorderd dat Jolidé en haar vennoten wordt geboden om de domeinnaam thuisbezorgen.nl aan Tb of een door haar aan te wijzen (rechts) persoon over te dragen.
Bij op tegenspraak gewezen en uitvoerbaar bij voorraad verklaard vonnis van 6 april 2007 zijn de vorderingen van Tb afgewezen. De voorzieningenrechter heeft daartoe onder meer overwogen dat de naam thuisbezorgd.nl te weinig onderscheidend vermogen heeft om als handelsnaam in de zin van de Handelsnaamwet (HNW) aangemerkt te kunnen worden.

2.10. In het handelsregister van de Kamer van Koophandel voor Utrecht en omstreken is ingeschreven de rechtspersoon in oprichting Tjokkie E-marketing B.V. (hierna ook: Tjokkie) met als datum van vestiging 17 juli 2007. Als domeinnamen vermeldt het uittreksel www.Tjokkie.nl en www.thuisbezorgen.nl. Volgens het uittreksel houdt Tjokkie zich bezig met e-marketing en met het ontwerpen, bouwen, beheren en exploiteren van websites. Bevoegde functionarissen zijn de drie vennoten van Jolidé.

2.11. Op 20 november 2007 is de website onder de domeinnaam thuisbezorgen.nl feitelijk van start gegaan. Na het openen van de website verschijnt de tekst: 'TjokkieVOL bedrijven die thuisbezorgen!' met als ondertitel: 'je laat het gewoon lekker thuisbezorgen'. De website biedt keus uit de hoofdgroepen eten & drinken, flora & fauna, postorder, vervoer en verzorging. Na het invoeren van de postcode krijgt men volgens de site een overzicht van beschikbare bezorgdiensten. Anders dan bij de website thuisbezorgd.nl van Tb is het niet mogelijk via de website met de domeinnaam thuisbezorgen.nl bestellingen te plaatsen en deze te betalen.

2.12. Tb heeft hoger beroep tegen de beslissing van de voorzieningenrechter te Utrecht aangetekend. Bij op tegenspraak gewezen en uitvoerbaar bij voorraad verklaard arrest van 15 januari 2008 heeft het gerechtshof te Amsterdam, nevenzittingsplaats Arnhem, het vonnis van de voorzieningenrechter van 6 april 2007 vernietigd en opnieuw rechtdoende Jolidé en haar toenmalige vennoten ieder voor zich bevolen ieder gebruik van de domeinnaam <www.thuisbezorgen.nl> en het teken 'THUISBEZORGEN.NL', dan wel enig ander teken, hieronder begrepen een domeinnaam of merk, dat overeenstemt met de handelsnaam thuisbezorgd.nl van Tb, voor activiteiten en diensten gelijk aan of overeenstemmend met die van Tb met onmiddellijke ingang na betekening van het arrest te staken en gestaakt te houden, dit op straffe van een dwangsom. Het hof heeft voor het

zaaknummer / rolnummer: 244879 / HA ZA 08-451
12 november 2008

4

overige de gevraagde voorzieningen geweigerd. Jolidé is voorts veroordeeld in de kosten van beide instanties, tot aan deze uitspraak aan de zijde van Tb voor beide instanties tezamen begroot op € 25.000,- voor salaris en verschotten.

2.13. Na betekening van het arrest van het hof van 15 januari 2008 aan Jolidé is het gebruik van de website <www.thuisbezorgen.nl> gestaakt. De website toont nu de mededeling "deze website is tijdelijk buiten gebruik". Jolidé heeft geweigerd aan Tb toe te zeggen dat het gebruik van de website niet alsnog zal worden hervat voor activiteiten en diensten gelijk aan of overeenstemmend met die van Tb.

3. De vordering in conventie

3.1. Tb vordert dat de rechtbank bij vonnis, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

1. Jolidé en haar vennoten, zowel pro se als in ieder van de genoemde hoedanigheden, te bevelen ieder gebruik van:

- a. de domeinnaam <thuisbezorgen.nl>;
- b. de handelsnaam "thuisbezorgen.nl";
- c. het teken 'THUISBEZORGEN.NL'; en
- d. enig ander teken, hieronder mede begrepen een domeinnaam, handelsnaam of merk, dat verwarringwekkend overeenstemt met de handelsnaam "thuisbezorgd.nl" of de domeinnaam thuisbezorgd.nl van Tb en/of (verwarringwekkend) overeenstemt met de hiervoor bedoelde merken van Tb,

voor zover gebruikt met betrekking tot activiteiten en/of diensten (soort)gelijk aan of overeenstemmend met die van Tb of waarvoor (een van) de merken van Tb is ingeschreven, dan wel ongerechtvaardigd voordeel trekt uit of afbreuk doet aan het onderscheidend vermogen van de merken van Tb alsmede iedere directe of indirecte betrokkenheid bij voornoemde wijzen van inbreukmakend gebruik door derden, met onmiddellijke ingang na betekening van het ten deze te wijzen vonnis, te staken en gestaakt te houden, zulks op straffe van een onmiddellijk opeisbare dwangsom van € 10.000,- voor iedere dag of een gedeelte van een dag dat aan het gegeven bevel geheel of gedeeltelijk geen gevolg is gegeven; en

2. Jolidé en haar vennoten hoofdelijk, des de een betalende de anderen zullen zijn bevrijd, ex artikel 1019h Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) zal veroordelen tot voldoening aan Tb van alle door haar daadwerkelijk gemaakte kosten van deze procedure, waaronder ook begrepen de kosten van juridische bijstand, het beslag en de betekening, waarvan in rechte een specificatie zal worden overgelegd, althans van een bedrag dat de rechtbank redelijk en billijk zal oordelen.

3.2. Tb legt aan haar vorderingen naast de vaststaande feiten het volgende ten grondslag.

Het gebruik door Jolidé van de domeinnaam thuisbezorgen.nl, de handelsnaam "thuisbezorgen.nl" en het teken 'THUISBEZORGEN.NL' is in strijd met het handelsnaamrecht van Tb respectievelijk haar merkrechten. Ook overigens is het gebruik van die naam onrechtmatig jegens haar.

4. Het verweer in conventie

4.1. Jolidé heeft geconcludeerd dat Tb bij vonnis, voor zover uitvoerbaar bij voorraad, niet-ontvankelijk verklaard zal worden dan wel dat het door haar gevorderde zal worden

zaaknummer / rolnummer: 244879 / HA ZA 08-451
12 november 2008

5

afgewezen met veroordeling van Tb in het proceskosten op de voet van artikel 1019h Rv waarvan Jolidé een nadere specificatie zal overleggen.

4.2. Op het verweer van Jolidé zal hierna nader worden ingegaan.

5. De vordering in reconventie

5.1. Jolidé verzoekt de rechtbank, bij vonnis voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad, Tb te veroordelen tot betaling aan Jolidé van een bedrag van € 25.000,-, dan wel een bedrag dat de rechtbank billijk oordeelt, vermeerderd met rente vanaf 30 januari 2007 tot aan de dag der volledige betaling.

5.2. Jolidé baseert deze vordering op de stelling dat zij ten onrechte door het gerechtshof is veroordeeld tot betaling van proceskosten ten bedrage van € 25.000,-. Zij heeft deze kosten daarom onverschuldigd betaald.

6. Het verweer in reconventie

6.1. Tb voert gemotiveerd verweer. Op haar verweer zal hierna nader worden ingegaan.

7. De beoordeling

In conventie en in reconventie

7.1. In verband met een herverdeling van werkzaamheden wordt dit vonnis niet mede gewezen door de rechter die de comparitie heeft gehouden.

7.2. Tb heeft haar vordering in conventie ingesteld tegen Jolidé en haar vennoten G. van Leeuwen, G.E.J. van Leeuwen en W.G.C.R. van Leeuwen. Zowel in de conclusie van antwoord in conventie en van eis in reconventie als in de akte houdende overlegging productie wordt door Jolidé ook als gedaagde in conventie en eiseres in reconventie en vennoot van Jolidé vermeld Jannetje Johanna Jacoba van Leeuwen-Bosma (hierna ook: Van Leeuwen-Bosma). Uit de door Tb als productie 6 en productie 10 in het geding gebrachte uittreksels uit het handelsregister blijkt echter dat Van Leeuwen-Bosma geen vennoot (meer) is van Jolidé en evenmin bevoegd functionaris van Tjokkie is. De rechtbank gaat ervan uit dat de vermelding van Van Leeuwen-Bosma als gedaagde in conventie en eiseres in reconventie berust op een vergissing, waarschijnlijk voortvloeiend uit het feit dat Van Leeuwen-Bosma zowel in eerste aanleg als in hoger beroep partij is geweest in het door Tb tegen Jolidé en haar vennoten gevoerde kort geding. In het geval wel beoogd is de vordering in reconventie namens van Leeuwen-Bosma in te stellen geldt dat zij niet door Tb is gedagvaard, zodat zij ook niet als gedaagde in conventie kan worden aangemerkt. Op grond van het bepaalde in artikel 136 Rv is van Leeuwen-Bosma daarom niet bevoegd een eis in reconventie in te stellen. Die bevoegdheid komt immers alleen aan een gedaagde in conventie toe. Voor zover nodig zal Van Leeuwen-Bosma dan ook niet-ontvankelijk verklaard worden in haar vordering in de conventie.

7.3. Hoewel G. van Leeuwen, G.E.J. van Leeuwen en W.G.C.R. van Leeuwen in de conclusie van antwoord in conventie en van eis in reconventie steeds worden aangeduid als vennoot van Jolidé, gaat de rechtbank er van uit dat zij in de procedure ook opkomen in hun hoedanigheid van vertegenwoordigers van de besloten vennootschap met beperkte

zaaknummer / rolnummer: 244879 / HA ZA 08-451
12 november 2008

6

aansprakelijkheid Tjokkie e-marketing B.V. in oprichting, nu zij ook namens Tjokkie verweer voeren.

In conventie

Uit de door Tb in het geding gebrachte uittreksels uit het handelsregister blijkt dat Tjokkie e-marketing B.V. nog steeds in oprichting is en dat G. van Leeuwen, G.E.J. van Leeuwen en W.G.C.R. van Leeuwen de bevoegde functionarissen zijn. Nu de domeinnaam thuisbezorgen.nl nog steeds op naam van Jolidé staat en onder (in elk geval) de naam Tjokkie e-marketing B.V. i.o. geëxploiteerd wordt door de drie vennoten van Jolidé, wordt het gebruik van de domeinnaam thuisbezorgen.nl door Tjokkie e-marketing B.V.i.o. aan Jolidé toegerekend.

De handelsnaam

7.4. Artikel 5 HNW bepaalt dat het verboden is een handelsnaam te voeren, die, voordat 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 diens gevolg, 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.

7.5. Jolidé heeft betwist dat zij de domeinnaam thuisbezorgen.nl als handelsnaam hanteert. Zij heeft aangevoerd dat zij op dit moment de aanduiding thuisbezorgen.nl niet als handelsnaam voert, aangezien zij alle activiteiten met gebruikmaking van deze domeinnaam sinds het arrest van het hof van 15 januari 2008 heeft gestaakt. Het gebruik van de domeinnaam levert niet noodzakelijkerwijs het voeren van een handelsnaam op. Verwijzend naar het arrest van het hof heeft Jolidé betoogd dat er geen sprake kan zijn van gebruik als handelsnaam enkel omdat de betreffende website een bedrijfsmatig karakter heeft. Ook een website met een bedrijfsmatig karakter kan de domeinnaam alleen als internetadres gebruiken, maar dan is er volgens Jolidé nog geen sprake van gebruik van een handelsnaam.

7.6. Een domeinnaam is in beginsel niet meer of anders dan een (internet)adres van de domeinnaamhouder. De enkele registratie van een domeinnaam op zich is in beginsel niet aan te merken als het voeren van een handelsnaam.

De handelsnaam van een onderneming is de naam waaronder deze onderneming in het handelsverkeer optreedt. Er is alleen sprake van het voeren van een bepaalde naam als handelsnaam, als de onderneming zich aan het publiek presenteert onder die naam.

7.7. Vaststaat dat Jolidé van plan is geweest de domeinnaam thuisbezorgen.nl te gebruiken voor een website voor eten en drinken, de zogenaamde Thuisbezorg Portal. Zij heeft in verband met dat voornemen onder meer door Tjokkie de domeinnaam thuisbezorgen.nl laten registreren in het handelsregister. Als productie 1.i sub 5 in het kort geding heeft zij een aantal afbeeldingen in het geding gebracht van die door haar te exploiteren website. Daarin staan steeds in de linkerbovenhoek een logo met de tekst thuisbezorgen.nl en onderaan de tekst: "je vindt het en wordt gevonden op thuisbezorgen.nl". Daaronder staat vermeld dat thuisbezorgen.nl het copyright van de site heeft.

Nadat in eerste aanleg in kort geding de vorderingen van Tb zijn afgewezen, heeft Jolidé daadwerkelijk een actieve website voor het bestellen van eten en drinken onderhouden met de domeinnaam thuisbezorgen.nl (productie 27). Anders dan Jolidé heeft betoogd blijkt uit deze site niet dat zij geëxploiteerd wordt door Tjokkie. Aan haar verwijzing naar de

zaaknummer / rolnummer: 244879 / HA ZA 08-451
12 november 2008

7

aankondiging van de website, waaruit zou blijken dat deze door Tjokkie zal worden gelanceerd, wordt voorbijgegaan. Zou deze aankondiging al op internet hebben gestaan (uit de stelling van Jolidé blijkt dat deze aankondiging inmiddels van het internet is verwijderd) dan geldt toch dat deze aankondigingen een bezoeker van de uiteindelijk gelanceerde website niet (meer) bereiken.

Zoals door het hof is geconstateerd en overwogen in het arrest van 15 januari 2008, moet men doorklikken naar "Over ons" of op de homepage helemaal naar beneden scrollen om te kunnen lezen dat het copyright van de site bij Tjokkie berust. Zoals ook door het hof is overwogen zijn deze acties niet nodig om gebruik te maken van de website en liggen deze acties ook niet voor de hand voor de gemiddelde gebruiker. Die gemiddelde gebruiker zal immers slechts gericht zijn op het (snel) bestellen van eten en drinken via de website. Uit de zin "Tjokkie vol bedrijven die thuisbezorgen" kan niet worden afgeleid dat Tjokkie de handelsnaam is van de onderneming die de website voert. Het woord VOL wordt wel groot en in een andere kleur afgedrukt, het woord Tjokkie niet. Voor de gebruiker is dan ook niet (voldoende) duidelijk dat men op de site van Tjokkie terecht is gekomen.

Tb heeft voorts als productie 15 in het kort geding in het geding gebracht een afdruk van een bladzijde van Marktplaats.nl van 14 april 2007. Deze print toont een advertentie voor de website thuisbezorgen.nl. Als de naam van de adverteerder wordt vermeld: thuisbezorgen. Als productie 28 in het kort geding heeft Tb een bladzijde van marktplaats.nl van 25 november 2007 in het geding gebracht met de kop: "staat U bedrijf al op www.thuisbezorgen.nl". Iets lager in deze advertentie staat: "thuisbezorgen het portal dat alle bedrijven kosteloos in beeld brengt!" De naam Tjokkie staat in tegenstelling tot de naam thuisbezorgen in deze advertenties niet zodanig prominent genoemd dat daaruit voor derden kenbaar is dat Tjokkie en niet "thuisbezorgen" of "thuisbezorgen.nl" de handelsnaam is van de onderneming die de site exploiteert.

Dit alles leidt tot de conclusie dat de domeinnaam thuisbezorgen.nl gebruikt wordt als een uithangbord voor een website waaruit niet een duidelijk andere handelsnaam blijkt voor de onderneming die de site voert. Daarmee wordt de domeinnaam niet uitsluitend als een adres gebruikt, maar tevens als voor derden kenbare aanduiding van de bedrijfsactiviteiten/ onderneming. Door deze koppeling aan de website wordt thuisbezorgen.nl gekleurd tot handelsnaam.

Het mag zo zijn dat Jolidé na het arrest van het hof het gebruik van de website thuisbezorgen.nl heeft gestaakt, waardoor de website feitelijk slechts twee maanden en een week bezocht kon worden, uit de handelwijze van Jolidé blijkt genoegzaam dat haar een duurzaam gebruik van de handelsnaam thuisbezorgen.nl voor ogen staat. Ook blijkt uit de door Jolidé geplaatste advertenties op Marktplaats.nl dat zij voornemens is de website thuisbezorgen.nl breed onder de aandacht van het relevante publiek te brengen. Gelet hierop wordt voorbijgegaan aan het feit dat het gebruik van de handelsnaam thuisbezorgen.nl door Jolidé van een zo korte duur is geweest dat deze handelsnaam nog maar weinig bekendheid bij het publiek heeft gekregen.

7.8. Dat Tb thuisbezorgd.nl als handelsnaam gebruikt is door Jolidé niet (voldoende) weersproken en blijkt ook uit de door Tb in het geding gebrachte producties. De site thuisbezorgd.nl vermeldt als naam van de onderneming die de site exploiteert: thuisbezorgd.nl. en in het handelsregister staat thuisbezorgd.nl vermeld als handelsnaam van Tb, zo blijkt uit productie 2 van Tb.

Tb heeft afbeeldingen in het geding gebracht van vrachtwagens van een transportbedrijf, met aan de achterzijde het beeldmerk van thuisbezorgd.nl en de vermelding 'de eten-bestel site'. Ook heeft zij foto's van reclamemasten, onder andere geplaatst langs de A 10 Zuid en Noord, de A 13 bij Rijswijk en bij Delft-Zuid, met daarop dezelfde afbeeldingen in het geding gebracht alsmede foto's van voetbalwedstrijden waarop haar naam, beeldmerk en de

zaaknummer / rolnummer: 244879 / HA ZA 08-451
12 november 2008

8

vermelding 'de eten-bestel site' als veldreclame te zien zijn. De bij haar aangesloten bezorgrestaurants en de bezorgbrommers van die restaurants zijn voorzien van stickers met de naam thuisbezorgd.nl en het beeldmerk van Tb. In verklaringen van Heineken Brouwerij Nederland, New York Pizza BV, Domino's Pizza en Spare Rib Express Nederland BV, wordt thuisbezorgd.nl als veruit de grootste eten-bestelsite van Nederland en een belangrijke speler in de bezorgmarkt aangemerkt. In verschillende bladen zijn advertenties en artikelen over thuisbezorgd.nl verschenen. Tb heeft in dit verband onder meer afschriften van de treinkranten Spits en De Pers, en van Tubantia, de Nieuwsbank, Computeridee, de Gouden Gids en Misset Horeca in het geding gebracht waaruit dit blijkt.

Uit dit alles volgt dat er sprake is van een duurzaam gebruik door Tb van de handelsnaam thuisbezorgd.nl en dat deze naam bekend bij het publiek is.

Anders dan Jolidé heeft aangevoerd behoeft een handelsnaam geen onderscheidend vermogen te bezitten. Ook beschrijvende namen kunnen een geldige handelsnaam zijn. Wel geldt dat beschrijvende aanduidingen niet via de Handelsnaamwet gemonopoliseerd mogen worden. Bij een beroep op het bepaalde in artikel 5 HNW moet daarom worden nagegaan of honorering van dat beroep niet met zich brengt dat een louter beschrijvende aanduiding gemonopoliseerd wordt.

7.9. Jolidé heeft gemotiveerd maar tevergeefs aangevoerd dat de handelsnaam thuisbezorgen.nl ouder is dan de handelsnaam thuisbezorgd.nl.

Zij heeft daartoe gesteld dat de huidige eigenaar van Tb, Jitse Groen, op 1 januari 1999 de eenmanszaak "Grib" heeft opgericht. De vennootschap onder firma Grib International IT v.o.f., waarvan Groen vennoot was, voerde als handelsnaam slechts de naam: Grib! Per 1 december 2005 is aan deze onderneming een aantal handelsnamen toegevoegd maar niet de handelsnaam thuisbezorgd.nl.

Vervolgens is op 30 december 2005 de besloten vennootschap Gribhold B.V. opgericht. Op het inschrijfformulier van deze vennootschap, als productie 5 door Jolidé in het geding gebracht, staat bij de vraag of de onderneming met een of meer handelsnamen naar buiten treedt aangekruist dat de onderneming één handelsnaam, Gribhold, voert.

Op 7 april 2000 is een andere vennootschap onder firma opgericht met Groen als vennoot. Deze vennootschap droeg de naam I.T.B.F. Internet Thuis Bezorg Faciliteiten v.o.f. en voerde de handelsnaam thuisbezorgd.nl. De vennootschap is op 30 september 2003 ontbonden. Deze vennootschap kan niet zijn ingebracht in Grib International IT B.V., de rechtsvoorganger van het huidige Gribhold B.V., omdat Grib International IT B.V. nooit heeft bestaan en Grib International IT v.o.f. niet de rechtsvoorganger van Gribhold B.V. is, zo heeft Jolidé betoogd.

Tb heeft ter terechtzitting aangevoerd dat deze betwisting door Jolidé het gevolg is van een verschrijving in de dagvaarding. Waar gesproken wordt over Grib International IT B.V. is bedoeld de eenmanszaak Grib International IT. Deze eenmanszaak is per 30 december 2005 omgezet in de besloten vennootschap Gribhold B.V. Ter onderbouwing hiervan heeft Tb verwezen naar de door haar in kort geding en door Jolidé bij de conclusie van antwoord in het geding gebrachte producties.

Gelet op deze nadere toelichting houdt de betwisting door Jolidé van de stelling van Tb dat door haar, dan wel door haar rechtsvoorgangers, vanaf het jaar 2000 onder de naam thuisbezorgd.nl diensten op het gebied van het bestellen en thuisbezorgen van eten worden verleend, geen stand.

7.10. Ter onderbouwing van haar door Tb betwiste stelling dat door MediaDesign onder de naam thuisbezorgen.nl eerder dan door Tb soortgelijke diensten werden aangeboden, heeft Jolidé als productie 1 bij de akte houdende overlegging productie een verklaring in het

zaaknummer / rolnummer: 244879 / HA ZA 08-451

12 november 2008

9

geding gebracht van de heer C. de Waard van MediaDesign B.V. van 9 juni 2008. De Waard verklaart als volgt:

"(...) In aansluiting op onze verklaring van 9 maart 2007, kunnen wij inderdaad bevestigen dat na vastlegging/registratie van de domeinnaam www.thuisbezorgen.nl op 9 oktober 1999 een koppeling heeft plaatsgehad met een website (waarvan een afdruk aan deze verklaring is gehecht), die online was en dus vrij toegankelijk voor publiek (na het intypen van de domeinnaam: www.thuisbezorgen.nl).

Laatstgenoemde domeinnaam was dan ook doorgelinkt naar dit portal waar ook, naast andere goederen en diensten, eten en drinken door het publiek kon worden gekozen.(...)"

In zijn verklaring van 9 maart 2007 heeft De Waard verklaard dat de domeinnaam thuisbezorgen.nl door MediaDesign B.V. is vastgelegd/geregistreerd op 6 oktober 1999 met de bedoeling door middel van deze domeinnaam een bezorgdienst aan huis te (laten) exploiteren dan wel deze domeinnaam voor deze doeleinden te verkopen en dat zij uiteindelijk deze domeinnaam op 28 september 2006 heeft verkocht aan Jolidé.

Deze verklaringen van De Waard leveren geen bewijs voor de stelling van Jolidé dat de domeinnaam thuisbezorgen.nl eerder werd gebruikt voor het via internet aanbieden van diensten gelijk aan de door Tb aangeboden diensten. Hoewel dat de kern is van het geschil rept De Waard in de verklaring van 9 maart 2007 niet over een toenmalig gebruik van deze domeinnaam voor het exploiteren van een bezorgdienst aan huis. De Waard spreekt in die eerste verklaring alleen over het voornemen van deze naam gebruik te maken of te verkopen. In zijn tweede verklaring vermeldt De Waard niet expliciet dat onder de naam thuisbezorgen.nl een thuisbezorgddienst voor eten en drinken werd geëxploiteerd. Hij vermeldt slechts dat naast andere goederen en diensten, eten en drinken door het publiek kon worden gekozen.

Het uiterlijk van de site en de daar genoemde onderwerpen bieden steun aan de stelling van Tb dat de site betrekking heeft op aanbiedingen voor tijdschriften en kranten. De in de site genoemde onderwerpen zijn volgens Tb onderwerpen waarop een tijdschrift of krant kan worden gezocht. Onder het kopje 'Zoek op onderwerp' staan naast de rubriek eten en drinken onder meer de onderwerpen auto's & motoren, computers & Internet, dieren & planten, erotisch, lifestyle en mode vermeld. Jolidé heeft de stelling van Tb dat op de site tijdschriften en kranten worden aangeboden waarin de betreffende onderwerpen worden behandeld, niet weersproken.

Het verweer van Jolidé dat al eerder dan Tb onder de naam thuisbezorgen.nl soortgelijke diensten als die van Tb werden aangeboden, wordt verworpen.

Dit alles leidt tot de conclusie dat Tb dan wel haar rechtsvoorgangers de handelsnaam thuisbezorgd.nl al voerden ruim voordat Jolidé een onderneming onder de naam thuisbezorgen.nl is gaan exploiteren.

7.11. Vast staat dat beide partijen zich richten op dezelfde markten, namelijk op internet gebruikers die maaltijden en dranken thuis bezorgd willen krijgen en op ondernemingen die maaltijden en dranken aan huis bezorgen. Door het gebruik van het medium internet wordt heel Nederland bestreken.

7.12. Hoewel Jolidé het doet voorkomen alsof de door haar op te zetten thuisbezorgservice ook bedoeld is voor andere producten dan eten en drinken, zijn haar inspanningen tot nu toe nog steeds uitsluitend gericht geweest op het opzetten van een dergelijke dienst voor eten en drinken. In dit verband is van belang dat door het hof Jolidé slechts is verboden gebruik te maken van thuisbezorgen.nl voor activiteiten en diensten gelijk aan of overeenstemmend met die van Tb. Gesteld noch gebleken is in de onderhavige procedure en in het kort geding in eerste en tweede aanleg dat Tb buiten het voeren van een eten-besteldienst via thuisbezorgd.nl nog andere producten en/of diensten aanbiedt. Vast

zaaknummer / rolnummer: 244879 / HA ZA 08-451
12 november 2008

10

staat dat Jolidé nadat het arrest van het hof aan haar betekend is, het gebruik van de domeinnaam thuisbezorgen.nl voor een thuisbezorgservice geheel heeft gestaakt. Jolidé heeft ter terechtzitting verklaard dat het dictum van het arrest van het hof zodanig ruim was dat zij geen risico op dwangsommen wilde lopen. Zij heeft aangevoerd dat er een vloed van discussies zou kunnen ontstaan over wat nu precies een eten-besteldienst is. Dat mag zo zijn, het laat onverlet dat het arrest van het hof Jolidé de mogelijkheid bood om onder de naam thuisbezorgen.nl andere producten en diensten aan te bieden. Hoewel op de website van Tjokkie (productie 27 in het kort geding) ook de hoofdgroepen flora en fauna, postorder en vervoer staan vermeld, is Jolidé niet verdergegaan met de ontwikkeling van een bezorgdienst voor deze diensten en producten, hoewel overduidelijk is dat deze niet vallen onder het begrip eten-besteldienst.

Geconcludeerd moet worden dat de door Jolidé via thuisbezorgen.nl aangeboden diensten gelijk zijn aan de door Tb via thuisbezorgd.nl aangeboden diensten.

7.13. De handelsnaam thuisbezorgen.nl wijkt slechts in zeer geringe mate af van de handelsnaam thuisbezorgd.nl.

Jolidé heeft niet weersproken dat de beide handelsnamen zo weinig van elkaar afwijken dat daardoor verwarring ontstaat of kan ontstaan. Tb heeft onweersproken gesteld dat dat verwarringsgevaar niet alleen bestaat bij de consument, maar ook bij het personeel van de bij haar aangesloten bezorgrestaurants, met als gevolg dat deze bezorgrestaurants consumenten naar de website van thuisbezorgen.nl verwijzen in plaats van naar de website van thuisbezorgd.nl. De verklaring van Tb dat dit in de praktijk zich ook al heeft voorgedaan, is door Jolidé niet betwist.

Uit het feit dat Jolidé bij brief van 3 november 2006 Tb heeft gesommeerd het gebruik van de naam thuisbezorgd.nl te staken leidt de rechtbank af dat ook Jolidé van mening is dat er sprake is van verwarring of verwarringsgevaar.

7.14. Jolidé heeft ten aanzien van dat verwarringsgevaar slechts betoogd dat Tb door gebruik te maken van een handelsnaam met een zwak onderscheidend vermogen, zelf het risico heeft genomen dat anderen gebruikmaken van variaties van het woord (thuis)bezorgen. Zij heeft daarbij verwezen naar het arrest van het hof te Arnhem van 27 februari 2007 in de zaak van Vacansoleil, waarin werd overwogen dat Vacansoleil, door in de handelsnaam waaronder zij haar kampeervakanties aanbiedt de woorden "Camping Holidays" op te nemen zelf het risico heeft genomen dat andere marktpartijen bij hun kampeervakanties gebruik maken van een in de handelsnaam van Vacansoleil voorkomende term.

Jolidé heeft aangevoerd dat uit dit oordeel van het hof blijkt dat het woord "Vacansoleil" niet gemonopoliseerd kan worden en daaruit geconcludeerd dat het woord thuisbezorgd evenmin gemonopoliseerd kan worden.

Deze verwijzing naar dit arrest kan Jolidé niet baten. Allereerst geldt dat in dit arrest niet is geoordeeld dat het woord "Vacansoleil" niet gemonopoliseerd kan worden, het oordeel van het hof had betrekking op het woord "Camping Holidays" zonder het voorvoegsel "Vacansoleil" voor kampeervakanties.

In de onderhavige zaak doet zich niet de situatie voor dat een zuiver beschrijvend woord als handelsnaam gebruikt wordt. De handelsnaam van Tb is samengesteld uit het woorden thuis gevolgd door een vervoeging van het woord bezorgen. Dit zijn weliswaar gewone Nederlandse woorden maar door de combinatie van deze woorden met het achtervoegsel ".nl" is een niet zuiver beschrijvend woord ontstaan voor de door Tb aangeboden diensten, te weten het via online bemiddeling thuis (laten) bezorgen van maaltijden. In zoverre is er hier een andere situatie dan bij het gebruik van de naam Camping Holidays voor kampeervakanties of hypotheekofferte.nl voor het online aanbieden van hypotheekoffertes.

zaaknummer / rolnummer: 244879 / HA ZA 08-451
12 november 2008

11

Anders dan Jolidé heeft aangevoerd is hier derhalve geen sprake van monopolisering door Tb van een louter beschrijvende aanduiding.

Jolidé heeft nog aangevoerd dat zij op dit moment de aanduiding thuisbezorgen.nl niet voert aangezien zij alle activiteiten met gebruikmaking van deze domeinnaam sinds het arrest van het hof van 15 januari 2008 heeft gestaakt. Waar geen sprake is van een (dreigend) gebruik van de aanduiding als handelsnaam door Jolidé is volgens haar onvoldoende grond voor een verbodsactie.

Het mag zo zijn dat Jolidé ingevolge het arrest van het hof van het gebruik van de aanduiding thuisbezorgen.nl heeft gestaakt, uit het feit dat zij geweigerd heeft aan Tb toe te zeggen dat het gebruik van de website thuisbezorgen.nl niet alsnog zal worden hervat voor activiteiten en diensten gelijk aan of overeenstemmend met die van Tb volgt dat er in ieder geval sprake is van een dreigend gebruik van de handelsnaam thuisbezorgen.nl door Jolidé. Dit rechtvaardigt al een verbod op ieder gebruik van de handelsnaam thuisbezorgen.nl door Jolidé.

Het merkenrecht

7.15. Voor wat betreft de stelling van Tb dat Jolidé met de domeinnaam thuisbezorgen.nl inbreuk maakt op haar merkenrecht verwijst de rechtbank naar het oordeel daarover in het arrest van 15 januari 2008 van het gerechtshof te Amsterdam, nevenzittingsplaats Arnhem. Ook de rechtbank is van oordeel dat er onvoldoende overeenstemming bestaat tussen de tekst thuisbezorgen.nl en het door de Tb geregistreerde beeldmerk om te kunnen oordelen dat inbreuk op het merkenrecht van Tb wordt gemaakt.

De onrechtmatige daad

7.16. Tb heeft aangevoerd dat het gebruik van een domeinnaam die verwarringwekkend veel lijkt op haar handelsnaam en domeinnaam onrechtmatig jegens haar is. Door het gebruik van die domeinnaam haakt Jolidé aan bij de reputatie van Tb en doet aan die reputatie afbreuk, althans dreigt dat te doen waardoor Tb schade lijdt. Gezien het in het verleden steeds wijzigende uiterlijk en gebruik van de website van Jolidé en haar dreigementen om middels de domeinnaam thuisbezorgen.nl soortgelijke diensten als die van Tb aan te bieden, heeft Tb belang bij een verbod van elk gebruik van de met de handelsnaam thuisbezorgd.nl verwarringwekkend overeenstemmende domeinnaam thuisbezorgen.nl voor soortgelijke diensten als Tb aanbiedt.

Het verweer van Jolidé dat niet Tb, maar zij, Jolidé, als eerste op de markt was met een domeinnaam met het werkwoord thuisbezorgen of een vervoeging daarvan, is hiervoor besproken en verworpen.

Ook de stelling van Jolidé dat voor zover er al sprake zou zijn van verwarring(sgevaar), dat is veroorzaakt door Tb door zelf onder deze omstandigheden deze handelsnaam te kiezen, baat Jolidé niet. Het enkele feit dat er sprake is van verwarring en van verwarringsgevaar met de handelsnaam van Tb, leidt al tot de conclusie dat het gebruik van de domeinnaam thuisbezorgen.nl of enig ander daarmee overeenstemmend teken onrechtmatig is jegens Tb.

7.17. Tb vraagt een verbod op het gebruik van de domein- en handelsnaam voor zover gebruikt met betrekking tot activiteiten en/of diensten (soort)gelijk aan of overeenstemmend met die van Tb of waarvoor (een van) de merken van Tb is ingeschreven. Gelet op de zeer ruime omschrijving van de categorieën waarvoor de merken van Tb zijn ingeschreven, zal dit bevel beperkt worden tot activiteiten en/of diensten gelijk aan of overeenstemmend met die van Tb. Uit hetgeen hiervoor is overwogen blijkt genoegzaam welke diensten of activiteiten dat zijn.

zaaknummer / rolnummer: 244879 / HA ZA 08-451
12 november 2008

12

Anders dan Jolidé heeft aangevoerd, kan niet gezegd worden dat een vordering om iedere directe of indirecte betrokkenheid bij inbreukmakend gebruik door derden te staken en gestaakt houden te vaag is om voor toewijzing in aanmerking te komen. In het feit dat Jolidé met een concurrent van Tb gesproken heeft over een mogelijke samenwerking om een nieuwe internet bezorgdienst door middel van de domeinnaam www.thuisbezorgen.nl op te zetten en in het feit dat de vennoten van Jolidé betrokken zijn bij Tjokkie, welke vennootschap in oprichting onder de domeinnaam thuisbezorgen.nl een website voor een bezorgdienst van maaltijden heeft opgestart, wordt aanleiding gezien deze vordering toe te wijzen.

7.18. Omdat de door Tb gevorderde dwangsom te hoog voorkomt, zal deze gematigd worden. Aan de te verbeuren dwangsommen zal een maximum worden verbonden. Dit laat uiteraard onverlet, dat bij voortgaande overtreding van dit vonnis oplegging van hogere dwangsommen kan worden gevorderd dan wel hernieuwde oplegging van dezelfde dwangsommen. Het bedrag van zowel de dwangsom als het maximum staat in een redelijke verhouding tot de zwaarte van het geschonden belang en de beoogde prikkelende werking van de dwangsomoplegging.

7.19. Jolidé zal als de in het ongelijk gestelde partij veroordeeld worden in de kosten van deze procedure. Nu er sprake is van een gegrond beroep op het bepaalde in artikel 5 HNW is het bepaalde in artikel 1019h van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering van toepassing en dient Jolidé veroordeeld te worden in de redelijke en evenredige gerechtskosten en andere kosten die Tb als in het gelijkgestelde partij heeft gemaakt, tenzij de billijkheid zich daartegen verzet. In dit verband wijst de rechtbank op de indicatietarieven in IE-zaken, welke van toepassing zijn op alle zaken waarin na 1 augustus 2008 vonnis wordt gewezen. Deze indicatie tarieven zijn te vinden via <http://rechtspraak.nl/Naar+de+rechter/Landelijke+regelingen/Sector+civiel+recht>. Deze tarieven doen geen afbreuk aan de regel dat de werkelijk gemaakte proceskosten worden vergoed. De tarieven geven een indicatie van het maximale bedrag aan proceskosten dat door de bank genomen nog als redelijk en evenredig kan worden aangemerkt. Het gaat dus niet om forfaitaire bedragen, maar om een handvat om de redelijkheid van de gemaakte proceskosten te beoordelen. De tarieven staan er niet aan in de weg dat een afwijkend, lager of hoger, bedrag wordt vastgesteld. Verwacht mag worden dat in ieder geval gedetailleerd opgave wordt gedaan van het uurtarief en het aantal gewerkte uren met een concrete omschrijving van de verrichte werkzaamheden. Indien echter aanspraak wordt gemaakt op een hoger bedrag zullen, bij betwisting door de wederpartij, hoge eisen aan de motivering gesteld moeten worden. Tb heeft als productie 8 een overzicht declaratievoorstel in het geding gebracht waarin alleen de hoogte van de verzonden declaraties staat vermeld, echter zonder nadere specificatie. Van een gedetailleerde opgave van uurtarief en het aantal gewerkte uren met de concrete omschrijving van de verrichte werkzaamheden kan niet gesproken worden. Tb zal in de gelegenheid gesteld worden haar overzicht declaratievoorstel nader toe te lichten.

Uit de inleidende dagvaarding blijkt dat Tb naast de proceskosten van de onderhavige procedure ook de kosten vordert die zij heeft moeten maken voor het leggen van beslag op de domeinnaam en voor het voeren van het kort geding in eerste en tweede aanleg. Zij heeft aangevoerd dat de daadwerkelijke proceskosten in de twee instanties van het kort geding € 61.487 bedroegen. Bij pleidooi in hoger beroep is een lager bedrag, namelijk € 48.098,- gevorderd omdat op dat moment de kosten van het voeren en voorbereiden van de pleidooien, reistijd en nakosten nog niet bekend waren. Het hof heeft Jolidé echter veroordeeld tot betaling van slechts € 25.000,-. Tb heeft betoogd dat deze matiging onterecht is.

zaaknummer / rolnummer: 244879 / HA ZA 08-451
12 november 2008

13

Wat van dat laatste ook zij, vast staat dat Tb voor wat betreft de thans door haar gewraakte proceskostenveroordeling in eerste en tweede aanleg in korte geding geen rechtsmiddel heeft aangewend tegen het arrest van het hof van 15 januari 2008. In dit arrest is dan ook onherroepelijk beslist op de proceskostenveroordeling in kort geding. Voor een oordeel over die proceskostenveroordeling is hier dan ook geen plaats meer. De door Jolidé opgeworpen vraag of het redelijk is om honoraria van twee of meer advocaten in rekening te brengen, waar met één advocaat had kunnen worden volstaan en of ook de kosten gemoeid met de wisseling van advocaten ook voor rekening van Jolidé moeten komen, behoeft daarom niet meer beantwoord te worden.

Jolidé heeft aangevoerd dat er sprake is van een gemengde zaak en dat alleen de kwesties met betrekking tot het handelsnaamrecht en het merkenrecht vallen onder het bepaalde van artikel 1019h Rv. De kosten gemoeid met het door Tb gelegde conservatoir beslag vallen daar niet onder. Dit geldt volgens Jolidé temeer nu Tb niet, althans niet tijdig, een bodemprocedure aanhangig heeft gemaakt. In het verleende verlov om beslag te mogen leggen is bepaald dat het instellen van de hoofdzaak binnen 12 weken na de eerste beslaglegging dient te geschieden. Tb heeft binnen deze termijn geen bodemprocedure ingesteld, terwijl het door Tb aanhangig gemaakte kort geding gelet op artikel 50 lid 6 TRIPs niet beschouwd kan worden als een procedure ter beslissing ten principale.

Deze stellingen van Jolidé treffen doel. Uit het door Tb als productie 1.d in het kort geding in het geding gebrachte beslagexploit blijkt dat zij op 17 november 2006 beslag heeft doen leggen op de domeinnaam thuisbezorgen.nl. en op 9 februari 2007 de dagvaarding in kort geding in eerste aanleg aan Jolidé doen betekenen. Zou al de door de voorzieningenrechter bepaalde termijn van 12 weken gezien moeten worden als een termijn in de zin van artikel 50 lid 6 TRIPs (in deze regeling zelf is een kortere termijn opgenomen), dan geldt toch dat ingevolge de systematiek van TRIPs een dagvaarding in kort geding niet aangemerkt kan worden als het instellen van de hoofdzaak. Tb heeft eerst op 14 februari 2008, en dus niet tijdig, Jolidé doen dagvaarden in de hoofdzaak. Dit leidt ertoe dat Tb geen aanspraak kan maken op vergoeding van de kosten van het conservatoir beslag.

Jolidé heeft nog betoogd dat het onderdeel onrechtmatige daad en de discussie over proceskostenveroordeling niet vallen onder de reikwijdte van artikel 1019h Rv.

Zoals ter terechtzitting is bepaald zal Tb in de gelegenheid gesteld worden zich bij akte over de (hoogte van) proceskostenveroordeling uit het te laten. Jolidé zal vervolgens in de gelegenheid gesteld worden bij akte daarop te reageren.

in reconventie

7.20. Uitgangspunt bij de beoordeling van deze vordering is dat in het geval door de Hoge Raad een arrest van het hof wordt gecasseerd, de rechtsgrond ontvalt aan hetgeen al ter uitvoering van dit arrest is verricht. Op de voet van art. 6:203 BW ontstaat dan een vordering tot ongedaanmaking van deze prestatie.

7.21. Een dergelijke situatie doet zich hier evenwel niet voor. Tegen het arrest van het hof van 15 januari 2008 is geen beroep in cassatie ingesteld. Dit betekent dat het arrest van het hof en de daarin uitgesproken proceskostenveroordeling onherroepelijk is geworden. De rechtsgrond van de betaling door Jolidé van de proceskosten aan Tb is derhalve niet komen te vervallen, zodat niet gezegd kan worden dat Jolidé onverschuldigd heeft betaald. In het geval Jolidé meende dat zij in het kort geding in hoger beroep door het hof ten onrechte is veroordeeld tot betaling van proceskosten ten bedrage van € 25.000,-, had het op haar weg gelegen beroep in cassatie tegen dit arrest in te stellen. Vast staat dat Jolidé dat niet heeft gedaan.

zaaknummer / rolnummer: 244879 / HA ZA 08-451
12 november 2008

14

De stelling van Jolidé dat de bodemrechter de rechter in kort geding kan 'overrulen', in die zin dat de bodemrechter een door de voorzieningenrechter uitgesproken onherroepelijk geworden proceskostenveroordeling achteraf als onverschuldigd betaald kan aanmerken, past niet binnen het systeem van burgerlijke rechtsvordering.

De stelling van Jolidé dat het onaannemelijk is dat de Hoge Raad op dit specifieke punt een beslissing zou hebben genomen moet verworpen worden. Door de Hoge Raad is onder meer in het arrest van 19 februari 1999, NJ 1999 nummer 367 beslist over de al dan niet verschuldigdheid van een door een eerdere rechter uitgesproken veroordeling die na aanwending van een rechtsmiddel is vernietigd.

7.22. De vordering van Jolidé is dan ook niet voor toewijzing vatbaar en Jolidé zal veroordeeld worden in de kosten van deze procedure. Die kosten worden aan de zijde van Tb begroot op € 575,- aan salaris advocaat.

8. De beslissing

De rechtbank

In conventie

draagt Tb op zich bij akte uit te laten over de (hoogte van) proceskosten, waartoe de zaak wordt verwezen naar de rol van 10 december 2008, ambtshalve peremptoir;

bepaalt dat Jolidé in de gelegenheid zal worden gesteld op deze akte bij antwoordakte te reageren;

in conventie en in reconventie

houdt iedere verdere beslissing aan.

In verband met een herverdeling van werkzaamheden wordt dit vonnis door een andere rechter geschreven dan door degene die de comparitie heeft gehouden.

Dit vonnis is gewezen door mrs. D. Vergunst, S.A.M. Vrendenburg-Elsbeek en K. Gilhuis en in het openbaar uitgesproken op 12 november 2008.

w.g. griffier

w.g. rechter



Voor grasse / afschrift
De griffier van de rechtbank

[Handwritten signature]

ap/vg/vr/kg