

Hof Amsterdam, 3 augustus 2006, Airpur**HANDELSNAAMSRECHT****Voeren handelsnaam****Bewijs voeren handelsnaam met facturen en correspondentie**

Ter staving van zijn aanspraken op het als eerste voeren van de handelsnaam Airpur heeft Klein een groot aantal van hem afkomstige, vanaf eind 1994 daterende facturen en rekeningen/nota's alsmede aan hem gerichte facturen en zakelijke correspondentie overgelegd (productie 2 in eerste aanleg), waarop zijn bedrijf steevast is aangeduid als 'Fa, Klein Airpur' of daarmee overeenstemmende vermeldingen. Van onrechtmatig gebruik van die handelsnaam door Klein is, mede gelet op de in rov. 5.3 [zie het vonnis, rov. 2.10. Red.] genoemde verklaringen van Waal en Steur, niet gebleken. Op facturen van Clean Elements zelf aan Klein wordt diens firma trouwens ook Airpur genoemd. Niet gebleken is dat Clean Elements de handelsnaam Airpur eerder dan Klein heeft gevoerd. Nu in verband met de aard van de beide ondernemingen, alsmede de omstandigheid dat beide hun producten verkopen via internet, verwarring tussen hen beide bij het publiek te duchten is, is het door Klein in hoger beroep onder 3 gevorderde verbod toewijsbaar.

Geen strijd met merkrecht**Handelsnaam reeds gebruikt voor merkdepot**

Het beroep van Clean Elements op artikel 5a Handelsnaamwet gaat niet op. Klein gebruikte de handelsnaam Airpur reeds voordat het woordmerk Airpur in 1995 door, Airpur International B.V., werd gedeponereerd. Bovendien hebben haar bovengenoemde directeuren Waal en Steur volgens hun verklaringen reeds in 1994 aan Klein toestemming gegeven om het logo/beeldmerk van Airpur te gebruiken. Het in 1999 door Clean Elements verrichte merkdepot moet, zoals hierna bij de behandeling van het principaal appel nog zal blijken, voorshands als te kwader trouw worden aangemerkt.

MERKENRECHT**Depot te kwader trouw****Depot verricht terwijl wist dat merk reeds door Klein voor zelfde producten binnen Benelux werd gebruikt**

Het depot van het woord/beeldmerk Airpur (met de afbeelding van een omgekeerde druppel) in 1999, waarop Clean Elements c.s. zich hebben beroepen, is verricht terwijl Clean Elements, naar voldoende aannemelijk is geworden, wist dat dit merk reeds door Klein voor de

zelfde producten binnen het Beneluxgebied werd gebruikt. In 1994 had Klein hiervoor toestemming verkregen van Airpur Benelux B.V. c.q. Airpur International B.V., die het woordmerk Airpur in 1995 heeft gedeponereerd. Het beeldmerk is reeds sinds 1994 afgebeeld op facturen van Klein. Onder deze omstandigheden moet naar het voorlopig oordeel van het hof worden geoordeeld dat het merkdepot van Clean Elements in 1999 niet te goeder trouw is verricht en dat zij derhalve hieruit geen merkrecht heeft verkregen.

Vindplaatsen: BIE 2007, nr. 117, p. 533

Hof Amsterdam, 3 augustus 2006

(M. Coeterier, N. van Lingen en R.J.F. Thiessen)
],AJG,2C0611:15 HonOFF BURUMA ~R, 5062 p, 2/16

rolnummer 532/06 SKG

3 augustus 2006

inNaam der Koningin

GERECHTSHOF TE AMSTERDAM

VIERDE MEERVOUDIGE BURGERLIJKE KAMER
ARREST

in de zaak van:

1. de vennootschap onder firma CLEAN ELEMENTS, gevestigd te Volendam, gemeente Edam-Volendam,
2. [X] MOLENAAR.,
wonende te Volendam, gemeente Edam-Volendam,
3. [Y] ERMELING,
wonende te Lommel (België),
4. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid JOMOPUTERS .B.V.,
gevestigd te Amersfoort,
APPELLANTEN in het principaal hoger beroep,
GEÏNTIMEERDEN in het incidenteel hoger beroep,
procureur: mr. G.W. Kernkamp,
t e g e n
[Z] KLEIN,
wonende te Dronten,
GEÏNTIMEERDE in het principaal hoger beroep,
APPELLANT in het incidenteel hoger beroep,
~procureur: mr. P.E. Falkena.

1. Het geding in hoger beroep

Principaal appellanten worden hierna aangeduid als Clean Elements c.s. dan wel afzonderlijk als Clean Elements, Molenaar, Ermeling en Jomoputers, principaal geïntimeerde als Klein. Bij dagvaarding van 13 maart 2006 zijn Clean Elements c.s. in hoger beroep gekomen van het vonnis dat de voorzieningenrechter in de rechtbank te Haarlem in het kort geding tussen partijen (Klein als eiser in conventie/gedaagde in reconventie en Clean Elements, Molenaar en Jomoputers als gedaagden in conventie/eisers in reconventie) onder rolnummer 120676 / KG ZA 06-17 heeft gewezen en dat is uitgesproken op 21 februari 2006. Het appelpleet bevat de grieven. Clean Elements c.s. hebben overeenkomstig de dagvaarding vijf grieven voorgesteld en geconcludeerd dat het hof bij arrest, uitvoerbaar bij voorraad, het vonnis waarvan beroep zal vernietigen en alsnog de vorderingen van Klein zal af-

wijzen en de vorderingen van Clean Elements c.s. zal toewijzen, met veroordeling van Klein in de kosten van het geding in beide instanties. Daarop heeft Klein geantwoord, de grieven bestrèden en zijnerzijds - in incidenteel hoger beroep - eveneens appel ingesteld. Daarbij heeft hij vier grieven voorgesteld, zijn eis gewijzigd en geconcludeerd, naar het hof begrijpt, in, het principaal appel tot bekrachtiging van het vonnis waarvan beroep in reconventie en in het incidenteel appel tot bekrachtiging van het vonnis in conventie voor zover het betreft het bepaalde in het dictum onder 6.1 tot en met 6.4, onder verhoging van het maximum aan te verbeuren dwangsommen tot € 150.000,-, en vernietiging van dat vonnis voor het overige en alsnog toewijzing van het door Klein in hoger beroep gevorderde, met veroordeling van Clean Elements c.s. in de kosten van zowel het principaal als het incidenteel hoger beroep. Vervolgens hebben Clean Elements c.s. in het incidenteel hoger beroep geantwoord en geconcludeerd dat het hof de grieven in het incidenteel hoger beroep zal verwerpen en Klein zal veroordelen in de daarop gevallen kosten. Partijen hebben de zaak doen bepleiten op 28 juni 2006, Clean Elements c.s. door mr. F.J. van Eeckhoutte, advocaat te Amersfoort, en Klein door mrs. M.A.S.M. van Leent en L.G. Bongers, beiden advocaat te Enschede, aan de hand van wederzijds overgelegde pleitnotities. Klein heeft bij die gelegenheid nog een akte met bewijsstukken genomen. Ten slotte hebben partijen recht gevraagd op de stukken van beide instanties, waarvan de inhoud als hier ingevoegd wordt beschouwd.

2. Grieven

Voor de grieven verwijst het hof in het principaal beroep naar de appeldagvaarding, in het incidenteel beroep naar de desbetreffende memorie.

3. Feiten

De voorzieningenrechter heeft in het bestreden vonnis onder 2.1 tot en met 2.19 een aantal feiten tot uitgangspunt genomen, Clean Elements c.s. acht die feitenvaststelling onjuist dan wel vaag of te beperkt voor zover de voorzieningenrechter in rov. 5.2 is uitgegaan, van de in de eerste sin van die overweging weergegeven, vaststaande feiten. Voor zover nodig zal het hof hierna daarop nog ingaan. Voor het overige bestaat over de vastgestelde feiten tussen partijen geen geschil zodat ook het hof van die feiten zal uitgaan.

4 Ontvankelijkheid

In eerste aanleg zijn door Klein gedagvaard Clean Elements, Molenaar en Jomoputers, Deze drie gedaagden zijn in rechte verschenen en het vonnis waarvan beroep is tussen hen en Klein geweest. Ermeling, die tezamen met Molenaar vennoot is van Clean Elements, was in eerste aanleg in dit geding geen procespartij en hij is derhalve niet ontvankelijk in het mede door hem ingestelde hoger beroep.

5 Beoordeling

5.1. De vennootschap onder firma Clean Elements, waarvan Molenaar en Ermeling de vennoten zijn, voert volgens een uittreksel uit het handelsregister van 9 januari 2006 een op 14 december 1993 gevestigde onderneming met de handelsnamen Clean Elements en

Airpur en als bedrijfsomschrijving groothandel in milieuproducten. Ermeling is tevens eigenaar van het automatiseringsbedrijf Jomoputers, Klein voert volgens een uittreksel uit het handelsregister van 15 november 2005 een op 1 juni 1994 gevestigde eenmanszaak met de handelsnamen Fa. Klein en Airpur en de domeinnaam www.airpur.nl en als bedrijfsomschrijving, onder meer, groothandel/importeur en handelsmaatschappij in milieuvriendelijke luchtbehandelingssystemen. Sinds medio 1994 verkoopt Klein onder meer producten onder het merk Airpur.

5.2. Clean Elements verkoopt sinds het voorjaar van 1994 producten onder het merk Airpur, van oorsprong in Oostenrijk geproduceerde luchtzuiveringsproducten die bestaan uit geurvloeistoffen en bijbehorende vloeistofhouders. In een mede door Molenaar ondertekende brief van 18 december 1994 heeft Airpur Benelux B.V. aan Clean Elements de afspraak bevestigd dat Clean Elements het recht heeft de etherische oliën van Airpur en toebehoren bij deze in te kopen en dat Airpur Benelux B.V. het recht heeft de ACP-vloeistoffen van Airpur in te kopen bij Clean Elements. Bij brief van 22 mei 1996 heeft Clean Elements aan Klein onder meer geschreven:

"Wij verlenen u het exclusieve recht in de Benelux de Airpur RVS Sanitair houders en de bijbehorende vloeistof Airpur Sanitair Lemon-S bij ons in te kopen en te verkopen op de Nederlandse, Belgische en Luxemburgse markt."

Airpur Benelux B.V. is in 1995 overgenomen door Airpur International B.V., welke laatste vennootschap op 11 juni 1997 failliet is verklaard. Het faillissement is op 24 maart 1999 opgeheven wegens gebrek aan baten. 5.3. Airpur Internatimlal B.V. heeft op 12 april 1995 het woordmerk AIRPUR laten inschrijven in het Benelux Merkenregister voor de klassen 5, 11 en 37 onder nummer 057356B. In het register. is daarbij vermeld: "Dagtekening van de aanvraag van de vernieuwing 28-9-2005 (...)

Mutatie 1078490

Overgegaan aan:

[...]. Klein h.o.d.n.

Fa. Klein/Airpur

(...)

Aangetekend: 28-09-2005".

Clean Elements heeft op 6 juli 1999 het woord- en beeldmerk AIRPUR (met de afbeelding van een omgekeerde druppel) laten inschrijven in het Benelux Merkenregister Voor de klassen 5, 11 en 37 onder nummer 0654592. Bij brief van 23 januari 2006 heeft de raadsman van Clean Elements namens deze aan de curator van Airpur International B.V. medegedeeld "(...) dat u op 12 juli 2005 beschikkingsonbevoegd was tot overdracht aan Fa. Klein van alle intellectuele eigendomsrechten (zoals de auteursrechten en de merk-inschrijving Beneluxnr. 573568) m.b.t. woorden beeldmerk Airpur. U kon over geen van beide merken beschikken, want het beeldmerk Airpur was/is in handen van mijn cliënte, het woordmerk was in handen van Airpur International B.V., die sinds maart 1999 was ontbonden. "

[A] en [B] hebben ieder op 30 januari 2006 schriftelijk en gelijkluidend verklaard dat zij in juni 1994, als directeur/aandeelhouder

(zaakvoerend/beslissingsbevoegd) van Airpur Benelux B.V., aan Theo Klein toestemming hebben gegeven "om het gehele assortiment van Airpur Benelux B.V. te verkopen en daarbij gebruik te maken van het logo/beeldmerk met de druppel Airpur", en dat de B.V. Airpur Benelux in 1995 in zijn geheel is overgenomen met alle lusten en lasten, waartoe ook behoort de verleende toestemming aan T. Klein, en dat genoemde vennootschap is voortgezet als Airpur International B.V.

5.4. De domeinnaam airpur.nl staat sinds 7 april 1999 geregistreerd op naam van Clean Elements. Vanaf 1999 is door Klein het assortiment van zijn producten, waaronder Airpur, aangeboden via een website die te bereiken is onder de domeinnaam airpur.nl. De website is ontworpen en onderhouden door Jomoputers die daarvoor van Klein een percentage van diens online-omzet ontving. Klein betaalde zelf de rekeningen voor domeinnaamhosting en registratie. Medio april 2005 heeft Ermeling de Belgische vennootschap Airpur v.o.f., handelend onder de naam Airpur, gevestigd te Lommel in België, opgericht. Op 26 augustus 2002 was de domeinnaam airpur.be door Clean Elements in België geregistreerd.

5.5. In mei 2005 hebben Klein en Clean Elements onderhandelingen gevoerd over nadere samenwerking. Op basis daarvan is eind mei 2005 een concept "samenwerkingsovereenkomst Airpur" opgesteld. Partijen hebben vanaf juni 2005 over de nadere invulling van die samenwerkingsovereenkomst onderhandeld. Bij brief van 2 november 2005 schreef de raadsman van Clean Elements aan Klein onder meer;

"Nu naar de mening van cliënte onvoldoende basis meer aanwezig is om met betrekking tot de producten van AIRPDR nog enigerlei samenwerking met u te hebben, zegt cliënte u hierbij het gebruik van de handelsnaam(het woord- en beeldmerk/de domeinnaam AIRPUR hierbij op met ingang van december 2005. U wordt hierbij met kracht van sommatie verzocht om uw inschrijving van de handelsnaam AIRPUR in het handelsregister uiterlijk per 1 december 2005 te laten doorhalen en het gebruik van deze naam, het woord- en beeldmerk en de domeinnaam vanaf 1 december 2005 te staken. Ook bent u niet meer gerechtigd de producten van AIRPUR in uw assortiment te voeren. Cliënte heeft er geen bezwaar tegen dat u de nog in uw bezit zijnde voorraad AIRPUR-producten aan derden zult verkopen. Voorts kan cliënte er mee instemmen dat u de site-inhoud - met uitzondering van de naam AIRPUR - zult gebruiken voor het inhoud geven van uw eigen site, mits uw site onder een andere, niet gelijkende domeinnaam wordt gevoerd. Hierover kunt u contact opnemen met Jomoputers B.V., die medewerking zal verlenen aan het overzetten van de site-inhoud, zodat u spoedig kunt beschikken over een eigen domein op internet."

5.6. sinds 3 januari 2006 heeft Klein geen toegang meer tot de aan de domeinnaam airpur.nl verbonden website en sindsdien ontvangt hij geen bestellingen meer via

deze website. Klein heeft op 10 januari 2006 namens AIRPUR Fa. Klein een brief verzonden aan haar relaties met onder meer de volgende inhoud;

"Begin mei 2005 heeft onze webmaster (dhr. [...] Ermeling, wonende te België) ons te kennen gegeven, samen met een vriend [...] een Airpur v.o.f. België te hebben opgericht. [...] zij hebben m.i.v. 3 januari 2005 de site, waarop wij ONZE producten en diensten aanbieden www.airpur.nl in beslag genomen en laten het op deze site voorkomen alsof ZIJ degene zijn met alle kennis, ervaring en referenties. Dat is ronduit gelogen. [...] Totdat de rechter de oneerlijke werkwijze van deze heren heeft veroordeeld gaan wij verder met een nieuwe website, www.airpur.biz".

5.7 De vorderingen van Klein, zoals gewijzigd in hoger beroep, strekken kort gezegd tot (1) het herstel van zijn toegankelijkheid tot de website www.airpur.nl, (2) het hem verschaffen van het feitelijk beheer over die website, (3) een verbod aan Clean Elements c.s. om de handelsnaam Airpur te gebruiken, (4-5) schriftelijke rectificatie door Clean Elements c.s. aan zakelijke relaties, (6) opgave door Clean Elements c.s. van door derden via de website geplaatste bestellingen en (7) betaling van € 2,314,07 als vergoeding van gemaakte kosten, de vorderingen 1 tot en met 5 versterkt met een dwangsom tot een maximum van €150.000,-.

5.8 De vorderingen van Clean Elements c.s. strekken kort gezegd tot (1) een verbod tot inbreuk op haar merkrecht, (2-3) een verbod tot gebruik van de (handels)naam Airpur, (4) het op haar naam doen stellen van de domeinnaam airpur.biz, (5) het door het Benelux Merkenbureau doen doorhalen van de overdracht en vernieuwing van het woordmerk Airpur, (6) dit een en ander op straffe van een dwangsom en (7) met bepaling van de in artikel 250 Rv bedoelde termijn op zes maanden.

5.9 De voorzieningenrechter heeft in conventie het door Klein onder 1 gevorderde gebod tot herstel van toegankelijkheid tot de website toegewezen, op straffe van een op €50.000,- gemaximeerde dwangsom. Het meer of anders door Klein gevorderde werd afgewezen, evenals de vorderingen van Clean Elements c.s. in reconventie. Clean Elements c.s. werden in de kosten veroordeeld. Naar aanleiding van de door beide partijen tegen het vonnis gerichte grieven oordeelt het hof als volgt.

Grief I van Klein in het incidenteel appel

5.10 Ter staving van zijn aanspraken op het als eerste voeren van de handelsnaam Airpur heeft Klein een groot aantal van hem afkomstige, vanaf eind 1994 daterende facturen en rekeningen/nota's alsmede aan hem gerichte facturen en zakelijke correspondentie overgelegd (productie 2 in eerste aanleg), waarop zijn bedrijf steevast is aangeduid als 'Fa, Klein Airpur' of daarmee overeenstemmende vermeldingen. Van onrechtmatig gebruik van die handelsnaam door Klein is, mede gelet op de in rov. 5.3 [zie het vonnis, rov. 2.10. Red.] genoemde verklaringen van Waal en Steur, niet gebleken. Op facturen van Clean Elements zelf aan Klein wordt diens firma trouwens ook Airpur genoemd. Niet gebleken is dat Clean Elements de handelsnaam Airpur

eerder dan Klein heeft gevoerd. Nu in verband met de aard van de beide ondernemingen, alsmede de omstandigheid dat beide hun producten verkopen via internet, verwarring tussen hen beide bij het publiek te duchten is, is het door Klein in hoger beroep onder 3 gevorderde verbod toewijsbaar.

5.11 Grief I slaagt derhalve.

5.12 Het beroep van Clean Elements op artikel 5a Handelsnaamwet gaat niet op. Klein gebruikte de handelsnaam Airpur reeds voordat het woordmerk Airpur in 1995 door, Airpur International B.V., werd gedeponereerd. Bovendien hebben haar bovengenoemde directeurs Waal en steur volgens hun verklaringen reeds in 1994 aan Klein toestemming gegeven om het logo/beeldmerk van Airpur te gebruiken. Het in 1999 door Clean Elements verrichte merkdepot moet, zoals hierna bij de behandeling van het principaal appel nog zal blijken, voorshands als te kwader trouw worden aangemerkt.

De grieven van Clean Elements c.s. in het principaal appel

5.13 Met grief I voeren Clean Elements c.s. aan dat het predikaat 'samenwerking', waarvan in het vonnis is uitgegaan, misleidend is omdat de verhouding tussen partijen er een was van distributeur (Clean Elements c.s.) en wederverkoper (Klein). Deze grief, die door Klein gemotiveerd is weersproken, mist in het verband van de overige grieven zelfstandige betekenis en behoeft daarom geen afzonderlijke bespreking. Hetzelfde geldt voor hetgeen bij grief I verder nog naar voren is gebracht, waaronder het gebruik van de handelsnaam Airpur waarover het hof hierboven al heeft geoordeeld.

5.14 Met grief II betogen Clean Elements c.s., dat de voorzieningenrechter ten onrechte geen uitspraak heeft gedaan over hun op intellectuele eigendomsrechten gebaseerde reconventionele vorderingen en die vorderingen op onjuiste gronden heeft afgewezen.

5.15 Ook het hof acht die vorderingen echter niet toewijsbaar. Voor de handelsnaam wordt verwezen naar het vooroverwogene. Op de registratie van de domeinnaam komt het hof hierna nog terug. Het depot van het woord/beeldmerk Airpur (met de afbeelding van een omgekeerde druppel) in 1999, waarop Clean Elements c.s. zich hebben beroepen, is verricht terwijl Clean Elements, naar voldoende aannemelijk is geworden, wist dat dit merk reeds door Klein voor dezelfde producten binnen het Beneluxgebied werd gebruikt. In 1994 had Klein hiervoor toestemming verkregen van Airpur Benelux B.V. c.q. Airpur International B.V., die het woordmerk Airpur in 1995 heeft gedeponereerd. Het beeldmerk is reeds sinds 1994 afgebeeld op facturen van Klein. Onder deze omstandigheden moet naar het voorlopig oordeel van het hof worden geoordeeld dat het merkdepot van Clean Elements in 1999 niet te goeder trouw is verricht en dat zij derhalve hieruit geen merkrecht heeft verkregen. De door Clean Elements c.s. ingeroepen ongeldigheid van de overdracht in 2005 van het in 1995 gedeponereerde woordmerk Airpur door de faillissementscurator aan Klein behoeft bij deze stand van zaken hier verder geen bespreking, evenmin als het door Clean Elements c.s. ingeroepen verval van

dat merkrecht wegens niet-gebruik door Airpur International B.V. sedert haar faillissement in 1997.

5.16 De voorzieningenrechter heeft overwogen dat niet is gebleken van feiten of omstandigheden die rechtvaardigen dat Clean Elements c.s. op 3 januari 2006 de onderhavige website zodanig hebben gewijzigd dat Klein daartoe geen toegang meer had en de bestellingen via de website niet meer naar het adres van Klein werden doorgeleid. Op grond daarvan is dit ingrijpen van Clean Elements c.s. onzorgvuldig en onrechtmatig geoordeeld en is de vordering van Klein tot herstel toegewezen. Het hof oordeelt die beslissing juist. Hetgeen Clean Elements c.s. in de toelichting op hun grief III hiertegen inbrengen leidt niet tot een ander oordeel. Op grond van hetgeen door het hof hiervoor reeds is overwogen kunnen Clean Elements c.s. niet worden gevolgd in hun stelling, dat alleen Clean Elements intellectuele rechten kan doen gelden op de benaming Airpur. Anders dan Clean Elements c.s. aanvoeren is onvoldoende komen vast te staan dat het recht van Klein om de naam Airpur te gebruiken is ontleend aan een van Clean Elements verkregen licentie; het is derhalve niet vervallen door de opzegging door Clean Elements van de samenwerking per 1 december 2005. Grief III faalt.

5.17 Op dezelfde gronden faalt ook grief IV. Het in het vonnis onder 6.1 aan Clean Elements c.s. opgelegde gebod tot herstel van de website is gegrond op onrechtmatig handelen van Clean Elements c.s., en is reeds om die reden niet in strijd met de contracteervrijheid en de contractsvrijheid van Clean Elements c.s. De stelling van Clean Elements c.s. dat hun commerciële belangen zijn veronachtzaamd en dat na herstel van de website www.airpur.nl deze door toedoen van Klein thans doodbloedt is, mede in aanmerking nemend dat het beheer van de website nog bij Clean Elements c.s. berust, niet aannemelijk geworden.

5.18 Het hof zal eveneens toewijzen het (bij dagvaarding in eerste aanleg onder 2) door Klein gevorderde gebod om de registratie van de domeinnaam www.airpur.nl op zijn naam te doen stellen. Klein heeft die registratie in goed vertrouwen overgelaten aan Jomoputers en hij heeft de kosten van registratie en hosting steeds zelf betaald, op grond waarvan hij er gerechtvaardigd van kon uitgaan dat die domeinnaam op zijn naam zou worden gesteld. In het verlengde hiervan is eveneens toewijsbaar het door Klein in hoger beroep onder 2 gevorderde bevel aan Clean Elements c.s. tot het hem verschaffen van het feitelijk beheer over die website.

5.19 Grief V van Clean Elements c.s. slaagt evenmin. De stelling dat Jomoputers niet aan het bevel tot herstel van de website www.airpur.nl kan voldoen omdat zij terzake niet beschikkingsbevoegd is aangezien niet zij maar Clean Elements rechthebbende is op de domeinnaam en de daaraan gekoppelde website, gaat niet op. Jomoputers is de vennootschap van Ermeling, medevenoot van Clean Elements, zij treedt in opdracht van Klein en Clean Elements op als (technisch) beheerder van de website en zij beschikt over de voor het effectueren van het herstel benodigde know-how.

Grievens XI t/m XV van Klein in het incidenteel appel 5.20 De incidentele grieven II tot en met IV, die gezamenlijk kunnen worden behandeld, zijn gericht tegen de afwijzing van de bij dagvaarding in eerste aanleg onder 6 tot en met 10 ingestelde vorderingen van Klein, kort gezegd strekkende tot betaling van een voorschot op schadevergoeding, opgave van door derden via de website geplaatste orders, schriftelijke rectificatie en vergoeding van gemaakte kosten. De grieven falen nu Klein zijn spoedeisend belang bij deze (in hoger beroep deels gehandhaafde) vorderingen niet genoegzaam heeft geadstrueerd en hij, gelet op de uitkomst van het geding in hoger beroep, geen belang meer heeft bij de verzochte rectificatie.

6 Slotsom

6.1 Ermeling is niet ontvankelijk in zijn hoger beroep.

6.2 De grieven in het principaal appel kunnen niet tot vernietiging van het vonnis leiden. De vorderingen van Clean Elements c.s. zijn door de voorzieningenrechter terecht afgewezen, in het incidenteel appel slaagt grief I en falen de overige grieven. Het hof zal het vonnis waarvan beroep, met bekrachtiging voor het overige, vernietigen voor zover daarbij de vorderingen van Klein werden afgewezen en in zoverre opnieuw rechtdoen.

6.3 Toewijsbaar zijn de vorderingen van Klein als na te melden, met afwijzing van het meer of anders gevorderde. Het hof ziet geen aanleiding om het maximum aan te verbeuren dwangsommen op een hoger bedrag te stellen dan in eerste aanleg werd bepaald.

6.4 Clean Elements c.s. worden als de in het ongelijk gestelde partij veroordeeld in de kosten van het geding in hoger beroep, zowel in het principaal appel als in het incidenteel appel.

7 Beslissing

Het hof:

- verklaart Ermeling niet ontvankelijk in het door hem ingestelde hoger beroep;
- vernietigt het vonnis waarvan beroep voor zover daarbij in het dictum onder 6.5 het door Klein in conventie meer of anders gevorderde is afgewezen, en in zoverre opnieuw rechtdoende;
- (1) beveelt Clean Elements c.s. ieder afzonderlijk om binnen acht dagen na betekening van dit arrest op eigen kosten alles te doen dat nodig is om te bewerkstelligen dat de registratie van de domeinnaam www.airpur.nl op naam wordt gesteld van Klein;
- (2) beveelt Clean Elements c.s. ieder afzonderlijk om Klein de feitelijke beheersmogelijkheden over de website www.airpur.nl in handen te geven, zodanig dat de invulling van de website, de aanpassing, en de toegankelijkheid volledig door Klein kan worden bepaald en uitgevoerd, waaronder mede begrepen de verschaffing aan Klein van de FTP-codes;
- (3) verbiedt Clean Elements c.s. ieder afzonderlijk de handelsnaam Airpur te gebruiken of een daarvan in geringe mate afwijkende aanduiding;
- (4) bepaalt dat Clean Elements c.s. voor iedere dag of gedeelte daarvan dat zij in strijd handelen met hetgeen onder (1), (2) en/of (3) is bepaald aan Klein een

dwangsom verbeuren van € 5.000,- tot een maximum van €50.000,-;

- verwijst Clean Elements c.s. in de kosten van het geding in hoger beroep, aan de zijde van Klein tot op heden in het principaal appel begroot op €2.682,- aan salaris procureur en op € 296,- aan verschotten en in het incidenteel appel op €1,341,- aan salaris procureur;
- verklaart dit arrest tot zover uitvoerbaar bij voorraad;
- bekrachtigt het vonnis waarvan beroep voor al het overige;
- wijst het meer of anders door Klein in hoger beroep gevorderde af.