

Rb Leeuwarden, 29 april 2009, Huis & Hypotheek v DSB



RECLAME

Geen website van DSB

- DSB heeft gemotiveerd gesteld dat de website genoemd in rechtsoverweging 2.16. sub I niet van haar afkomstig is maar van [naam] in privé.

DSB niet bekend met reclamebord

- Het had derhalve op de weg van Huis & Hypotheek Nederland gelegen om DSB, waarvan vaststaat dat zij niet van het bestaan van voornoemd bord op de hoogte was, bij het einde van de franchiseovereenkomst op het bord te wijzen. Dit heeft zij nagelaten.

DSB-reclame met beeltenis Huis & Hypotheken persoon niet misleidend

- Naar het oordeel van de rechtbank kan derhalve niet vastgesteld worden dat, door deze wijze van reclame maken, de redelijk geïnformeerde, omzichtige en oplettende gemiddelde consument uit Leeuwarden en omgeving misleid wordt in die zin dat de suggestie wordt opgeroepen dat DSB de voortzetting van (de onderneming van) Huis & Hypotheek is.

Gebruik beeltenis [X] en glimlachende dame misleidend

- Naar het oordeel van de rechtbank moeten de advertenties waarin de beeltenis van [naam] met de glimlachende dame wordt vertoond in combinatie met de tekst "voor uw huis & hypotheek op het vertrouwde adres" -zoals opgenomen in de telefoongids editie 2007- worden beschouwd als misleidend in de zin van artikel 6:194 BW. De beeltenis van [naam] en een glimlachende dame met daarbij het merk en handelsnaam van Huis & Hypotheek zoals afgebeeld in rechtsoverweging 2.16. onder I is door Huis & Hypotheek vrij intensief gebruikt in Leeuwarden en omgeving.

Mailing is openbare mededeling

- Nu onweersproken is dat de brieven zijn verstuurd aan deze klanten en aan nieuwe klanten van DSB is voldaan aan het vereiste dat de betreffende mededelingen openbaar moeten zijn gemaakt

De eerste vraag waar de rechtbank zich voor gesteld ziet is de vraag of de brieven van 29 maart 2007 en 20 april 2007 beschouwd moeten worden als een openbare mededeling in de zin van artikel 6:194 BW. Blijkens vaste jurisprudentie (o.a. Rb. Amsterdam 10 maart 1993, BIE 1994, 92 en HR 2 december 1994, NJ 1996,

246) moet het begrip "openbaar" ruim worden uitgelegd, waarbij ook mededelingen aan een beperkte groep mensen als openbaarmaking kan worden beschouwd. Tussen partijen staat vast dat het klantenbestand van de voormalige Huis & Hypotheek vestiging is overgenomen door DSB. Nu onweersproken is dat de brieven zijn verstuurd aan deze klanten en aan nieuwe klanten van DSB is voldaan aan het vereiste dat de betreffende mededelingen openbaar moeten zijn gemaakt.

Misleidende mailing: suggestie van voortzetting onderneming van Huis & Hypotheek

- Geconcludeerd moet worden dat DSB in een aantal van haar reclameuitingen de suggestie oproept een voortzetting van (de onderneming van) Huis & Hypotheek te zijn.

MERKENRECHT

Geen afbreuk of ongerechtvaardigd voordeel ex artikel 2.20(1)(d) BVIE

- De rechtbank zal daarom bij de beoordeling van de vraag of er sprake is van een inbreuk als bedoeld in artikel 2.20 lid 1 sub d BVIE aanknoping zoeken bij hetgeen door het HvJEG omtrent deze begrippen o.a. in het Intel-arrest is beslist.

Artikel 2.20 lid 1 sub d BVIE is gebaseerd op artikel 5 lid 5 van de Eerste richtlijn (89/104 EEG) van de Raad van 21 december 1988 betreffende de aanpassing van het merkenrecht der lidstaten (PB 1989, L 40, blz. 1 hierna: richtlijn). Deze bepaling valt volgens het HvJEG (HvJEG 21 november 2002, LJN AK2863) buiten de communautaire harmonisatie. Artikel 5 lid 5 van de richtlijn behoeft derhalve door het HvJEG niet te worden uitgelegd. De rechtbank acht het echter niet waarschijnlijk dat aan de begrippen "afbreuk doen aan het onderscheidend vermogen", "afbreuk doen aan de reputatie van een merk" en "ongerechtvaardigd voordeel trekken uit het onderscheidend vermogen of de reputatie van het merk" zoals vermeld in artikel 2.20 lid 1 sub d BVIE een andere uitleg moet worden gegeven dan de overeenkomstige begrippen zoals vermeld in artikel 2.20 lid 1 sub c BVIE. De rechtbank zal daarom bij de beoordeling van de vraag of er sprake is van een inbreuk als bedoeld in artikel 2.20 lid 1 sub d BVIE aanknoping zoeken bij hetgeen door het HvJEG omtrent deze begrippen o.a. in het Intel-arrest is beslist. Het enkele feit dat alleen 'bekende merken' een beroep kunnen doen op overtreding van artikel 2.20 lid 1 sub c BVIE, maakt dit oordeel niet anders.

- De rechtbank overweegt dat het aan Huis & Hypotheek is om te bewijzen dat DSB door gebruik van de benaming huis & hypotheek ongerechtvaardigd voordeel trekt uit of afbreuk doet aan het onderscheidend vermogen of de reputatie van het merk Huis & Hypotheek, dan wel bewijst dat er elementen zijn op basis waarvan kan worden geconcludeerd dat er sprake is van een ernstig gevaar dat een dergelijke inbreuk zich in de toekomst zal voordoen.

Zoals ook in het vonnis van de [Vzr. Rb. 's-Gravenhage van 15 december 2008 \(IER 2009,9\)](#) in r.o. 4.10. is overwogen, heeft het HvJEG in het Intel-arrest de lat terzake de bewijslevering hoog gelegd.

Vindplaatsen: [Boek9](#)

Rb Leeuwarden, 29 april 2009

(H. Mol, mr. F. le Poole en mr. P.G.F.A. Geerts)

RECHTBANK LEEUWARDEN

Sector civiel recht

zaaknummer / rolnummer: 87328 / HA ZA 08-96

Vonnis van 29 april 2009

in de zaak van

1. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

HUIS & HYPOTHEEK NEDERLAND B.V.,
statutair gevestigd te Heerenveen,

2. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

HYPODROOM FINANCIËLE DIENSTVERLENING
B.V.,

gevestigd te Leeuwarden,

eiseressen,

advocaat mr. R.H. Hulshof,

tegen

1. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

DSB LEEUWARDEN B.V.,

gevestigd te Leeuwarden,

2. de naamloze vennootschap

DSB BANK N.V.,

gevestigd te Wognum,

gedaagden,

advocaat mr. J.B. Dijkema.

Partijen zullen hierna Huis & Hypotheek en DSB genoemd worden. Eiseressen zullen tevens afzonderlijk aangeduid worden als Huis & Hypotheek Nederland en Hypodroom. Gedaagden zullen tevens afzonderlijk aangeduid worden als DSB Leeuwarden en DSB Bank.

1. De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding

- akte vermeerdering van eis tevens akte overlegging producties

- de conclusie van antwoord

- de conclusie van repliek tevens wijziging van eis

- akte overlegging producties aan de zijde van Huis & Hypotheek

- de conclusie van dupliek

- akten overlegging producties aan de zijde van Huis & Hypotheek en DSB

- de pleidooien en de ter gelegenheid daarvan overgelegde stukken.

1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

2. De feiten

2.1. Huis & Hypotheek Nederland is houdster van het woordmerk Huis & Hypotheek. Deze aanduiding staat als merk ingeschreven in het Merkenregister van het Benelux-bureau voor de intellectuele eigendom. Het

hieronder afgebeelde logo van Huis & Hypotheek Nederland staat als beeldmerk ingeschreven in het Merkenregister van het Benelux-bureau voor de intellectuele eigendom, waarbij Huis & Hypotheek Nederland naast de zin "Haal het beste advies in huis" ook het logo met daaronder de woorden "onafhankelijk hypotheekadviseurs", "magazine", "certificaat", "koopkracht" en "meer huis voor je hypotheek" als beeldmerk heeft laten inschrijven.



HUIS & HYPOTHEEK
Haal het beste advies in huis.

2.2. Op 4 mei 2002 hebben Huis & Hypotheek Nederland en Huis & Hypotheek Leeuwarden (thans DSB Leeuwarden) een samenwerkingsovereenkomst (hierna de franchiseovereenkomst) ondertekend. Deze overeenkomst is namens Huis & Hypotheek Leeuwarden door de heer A.D. [naam] (hierna: [naam]) ondertekend. Enig aandeelhouder van Huis & Hypotheek Leeuwarden was A.D. [naam] Beheermaatschappij B.V.

2.3. In de franchiseovereenkomst staan de navolgende bepalingen:

Artikel 2

1. Deze overeenkomst wordt aangegaan voor een periode van vijf jaar, ingaande de maand dat de vestiging van start gaat doch uiterlijk op 1 mei 2002. Deze overeenkomst wordt geacht telkens voor een periode van vijf jaar stilzwijgend te worden verlengd.

2. Ieder der partijen is bevoegd de overeenkomst bij aangetekend schrijven op te zeggen per eerste van de kalendermaand. Hierbij dient een opzegtermijn van 12 maanden in acht genomen te worden.

Artikel 6

1. Ingeval de deelnemer voornemens is het bedrijf en/of zijn aandelen in het bedrijf geheel of gedeeltelijk over te dragen, geldt het volgende:

(...)

b. Indien de deelnemer voornemens is zijn Huis & Hypotheek vestiging geheel of gedeeltelijk aan een derde over te dragen, zodanig dat anderen dan de deelnemer waarmee HHN een samenwerkingsovereenkomst heeft gesloten, zeggenschap verkrijgen over de Huis & Hypotheek vestiging, dan is de deelnemer verplicht schriftelijk toestemming te vragen aan HHN voordat hij zijn Huis & Hypotheek vestiging(en) overdraagt.

(...)

Artikel 10:

1. De deelnemer is een zelfstandige ondernemer die zijn bedrijf geheel voor eigen rekening en risico exploiteert. HHN is nimmer gebonden aan de door de deelnemer met derden gesloten overeenkomsten.

(...)

Artikel 14:

1. De overeenkomst eindigt:

a. Krachtens opzegging ex artikel 2;

(...)

2. Indien de samenwerkingsovereenkomst eindigt c.q. ontbonden wordt, is de deelnemer op de datum van beëindiging wegens HHN verplicht met onmiddellijke ingang zich te onthouden, op welke wijze dan ook, van al hetgeen waartoe hij in het kader van de onderhavige overeenkomst is gerechtigd.

(...)

4. De deelnemer is bij beëindiging van de onderhavige overeenkomst gehouden al datgene te doen c.q. na te laten, waardoor bij het publiek en/of de relaties van HHN en/of de deelnemer de indruk zou kunnen worden gewekt, dat de deelnemer een Huis & Hypotheek-vestiging binnen de franchise-organisatie uitoefent. In het bijzonder is de deelnemer verplicht zulks terstond aan de hypothecaire geldverstrekkers en verzekeraars te melden.

(...)

Artikel 16:

1. Indien één der partijen enige verplichting voortvloeiend uit deze overeenkomst en het daarvan deel uitmakende handboek niet, niet tijdig of niet voldoende nakomt, heeft de andere partij het recht, nadat de tekort schietende partij schriftelijk tot nakoming is aangemaand en met inachtneming van een termijn van 30 (dertig) dagen in gebreke is gesteld, de onderhavige overeenkomst te ontbinden, zulks onverminderd het recht van die partij om van de tekort schietende partij alsnog nakoming van diens verplichtingen uit de onderhavige overeenkomst te vorderen.

Artikel 17:

1. In de navolgende gevallen is de nalatige partij, na tevergeefse sommatie en ingebrekestelling, voorts aan de andere partij zonder nadere ingebrekestelling of rechterlijke tussenkomst opeisbaar verschuldigd, onverminderd het recht van die partij om alsnog van de nalatige partij volledige schadevergoeding te vorderen, een boete groot:

a. € 2.268,90 (zegge tweeduizend tweehonderd achtenzestig euro en negentig eurocent), als omschreven in artikel 1.2, 1.3, 1.6, 1.8.

b. € 11.344,51 (zegge elfduizend driehonderd vierenveertig euro en eenenvijftig cent), als omschreven in artikel 6, 14 en 15.

c. € 453,78 (zegge vierhonderd drieënvijftig euro en achtenzeventig eurocent) voor iedere dag, dat de overtreding voortduurt bij overtreding van enige bepaling genoemd in artikel 14.

2.4. Op 31 oktober 2006 heeft [naam] de aandelen in Huis & Hypotheek Leeuwarden overgedragen aan DSB Bank.

2.5. Met betrekking tot de verkoop van die aandelen heeft Huis & Hypotheek Nederland bij brief van 5 oktober 2006 aan Huis & Hypotheek Leeuwarden en [naam] laten weten dat, voordat de onderneming wordt verkocht, de statutaire naam Huis & Hypotheek Leeuwarden dient te worden gewijzigd.

2.6. In haar brief aan Huis & Hypotheek Leeuwarden van 8 november 2006 schrijft Huis & Hypotheek Nederland:

(...)

Per 1 november jl. is de vestiging van Huis en Hypotheek Leeuwarden door jou ([naam], rb) verkocht aan de DSB-Bank. Hoewel Huis en Hypotheek Nederland op de hoogte was van de besprekingen met de DSB Bank, was ons niet bekend dat de verkoop al was geschied. (...)

Huis en Hypotheek Nederland heeft vooraf geen toestemming gegeven tot wijziging van het aandeelhouderschap. Volgens de franchiseovereenkomst ben je verplicht vooraf toestemming te vragen en krijgen. Daarnaast hebben wij in al onze gesprekken aangegeven dat het voor ons, voor zover wij dat nu kunnen overzien, niet in de rede ligt om een franchiseovereenkomst aan te gaan met de nieuwe aandeelhouder. Een reden daartoe is dat wij op generlei wijze voor de buitenwereld de indruk wordt gewekt dat er een link ligt tussen beide ondernemingen. De ongebondenheid van Huis en Hypotheek Nederland BV met welke financiële partij dan ook is van essentieel belang voor onze positie in de markt.

(...)

Mede gezien onze langjarige goede relatie hebben wij gezocht naar een voor alle partijen aanvaardbare oplossing, waarbij wij de volgende voorstellen aan je willen doen:

1. de te naamstelling van de huidige BV. wordt deze week op een voor ons acceptabele wijze gewijzigd;

2. de vestiging van Huis en Hypotheek Leeuwarden kan tot uiterlijk 1-5-2007 blijven bestaan onder de volgende condities:

- De directie wordt in de periode tot 1-5-2007 uitsluitend door jou ([naam]) gevoerd en jij bent alleen bevoegd;

- De nieuwe aandeelhouder blijft tot 1-5-2007 een "stille" vennoot. Feitelijk leider van de vestiging blijft in die periode jijzelf. Huis en Hypotheek Nederland BV heeft uitsluitend jou als aanspreekpunt;

- Er worden geen DSB activiteiten uitgevoerd vanuit de Huis en Hypotheek vestiging gedurende de periode vanaf heden tot 1-5-2007.

- Per 1-5-2007 wordt het franchisecontract beëindigd en zal er een nieuwe Huis en Hypotheek vestiging in Leeuwarden door een franchisenemer van onze keuze worden geopend;

(...)

2.7. In aansluiting op de brief van 8 november 2006 laat Huis & Hypotheek Nederland in haar brief van 10 januari 2007 Huis & Hypotheek Leeuwarden weten dat Huis & Hypotheek Nederland ook voor 1 april 2007 kan overgaan tot het verbreken van de franchiseovereenkomst als niet is voldaan aan de voorwaarden zoals vermeld in de brief van 8 november 2006.

2.8. Bij brief van 27 februari 2007 van Huis & Hypotheek Nederland aan [naam] Beheer B.V. bevestigt Huis & Hypotheek Nederland dat de samenwerking tussen Huis & Hypotheek Leeuwarden en Huis & Hypotheek Nederland per 1 april 2007 zal worden beëindigd.

In deze brief staat het volgende vermeld:

Voor de goede orde hebben wij de consequenties van opzegging van een samenwerkingsovereenkomst met HHN hieronder voor u ([naam], rb) op een rijtje gezet:

a) Wij verzoeken u ervoor zorg te dragen dat de vermelding van Huis & Hypotheek uit het Handelsregister wordt verwijderd. Naar onze informatie is dit reeds gebeurd.

b) Na 15 april 2007 is het niet toegestaan op enigerlei wijze (advertenties, winkel profilering, briefpapier, brochures, etc) met de naam Huis & Hypotheek naar buiten te treden. Dit met uitzondering van eventuele vermeldingen in de Telefoongids en Gouden Gids, gezien de verschijningsfrequentie van deze media. Bij deze wil ik u wijzen op het feit dat Telefoon- en Gouden Gids alleen uitgezonderd zijn van deze regel, wanneer de gidsen op het moment van opzegging nog in de markt zijn. De daaropvolgende Telefoongidsen vallen niet onder deze regeling. Huis & Hypotheek Nederland zegt de Gouden Gids op. De standaard vermelding in de Telefoongids wordt tevens door Huis & Hypotheek Nederland afgehandeld. (...)

2.9. [naam] heeft op briefpapier met daarop het logo van Huis & Hypotheek op 29 maart 2007 aan klanten bericht:

(...)

Misschien heeft u het in de krant gelezen, of zag u al enkele wijzigingen aan ons pand. Maar na vijf jaar Huis & Hypotheek en daarvoor negen jaar als Hypotheek Visie, vonden wij het weer eens tijd voor iets nieuws.

(...)

Gesprekken met diverse banken hebben er toe geresulteerd dat wij u vanaf 1 april als DSB Bank Leeuwarden mogen verwelkomen. Samen met DSB Bank gaan wij het beste van twee werelden in ons kantoor in Leeuwarden samenvoegen. De snelheid en accuratesse van de DSB Bank, met het uitgebreide aanbod aan geldverstrekkers en de creativiteit van ons kantoor.

2.10. Op 1 april 2007 heeft Huis & Hypotheek Nederland een franchiseovereenkomst gesloten met Hypodroom. Als gevolg van deze overeenkomst is twee panden naast de vestiging van DSB een Huis & Hypotheek vestiging geopend.

2.11. Bij brief van 20 april 2007 heeft DSB -op briefpapier met daarop haar logo- aan cliënten kenbaar gemaakt:

Recentelijk heeft u bij ons een hypotheek afgesloten. Vervolgens zijn er in korte tijd een aantal veranderingen doorgevoerd binnen ons bedrijf. De samenvoeging tussen DSB Bank en Huis & Hypotheek is inmiddels gerealiseerd en de omzetting is zeer snel en voorspoedig verlopen.

2.12. Bij brief van 10 mei 2007 heeft de juridisch adviseur van Huis & Hypotheek DSB Bank N.V. gewezen op inbreuken op de intellectuele eigendomsrechten van Huis & Hypotheek. Voorts wordt in de brief een aantal eisen gesteld waarbij DSB Bank N.V. werd gesommeerd om aan deze eisen te voldoen.

2.13. Bij brief van 29 mei 2007 van Huis & Hypotheek Nederland aan [naam] Beheer B.V. heeft Huis & Hypotheek Nederland [naam] gesommeerd de website

www.huis-hypotheekleeuwarden.nl te verwijderen. In deze brief staat het volgende vermeld:

Geachte heer [naam],

Op 7 maart jongstleden hebben wij u een opzeggingsbrief gestuurd waarin is aangegeven dat het vanaf 1 april 2007 niet langer toegestaan is om op welke manier dan ook naar buiten te treden als Huis & Hypotheek. Tot onze verbazing moeten wij nu constateren dat de website www.huis-hypotheekleeuwarden.nl nog steeds online te benaderen is. Bij controle van de domeinregistratiegegevens, blijkt dat u de administrator ben van de website (zie bijlage). Bij deze sommeren wij u de website per ommegaande te verwijderen en hiervan bewijs te leveren. Tevens verwijzen wij naar de samenwerkingsovereenkomst, artikel 1 lid 2, artikel 14 lid 4 en artikel 17. (...)

2.14. Ten tijde van de franchiseovereenkomst tussen Huis & Hypotheek Leeuwarden en Huis & Hypotheek Nederland was [naam] letterlijk het gezicht van Huis & Hypotheek Leeuwarden. De reclameuitingen werden vorm gegeven door het logo van H&H gecombineerd met een afbeelding van [naam] en een glimlachende dame.

2.15. Na afloop van de franchiseovereenkomst tussen Huis & Hypotheek Leeuwarden en Huis & Hypotheek Nederland heeft DSB bank eveneens de beeltenis van [naam] en de beeltenis van een glimlachende dame in reclameuitingen gebruikt. In de reclameuitingen van DSB waren [naam] en een glimlachende dame in dezelfde pose te zien als in de reclameuitingen van Huis & Hypotheek Leeuwarden. In sommige reclameuitingen van DSB bank stond, naast haar eigen slogan en naam, onder de afbeelding van [naam] met de glimlachende dame de tekst "Voor uw huis & hypotheek op het vertrouwde adres".

2.16. Huis & Hypotheek heeft onder andere de volgende afbeeldingen in het geding gebracht:

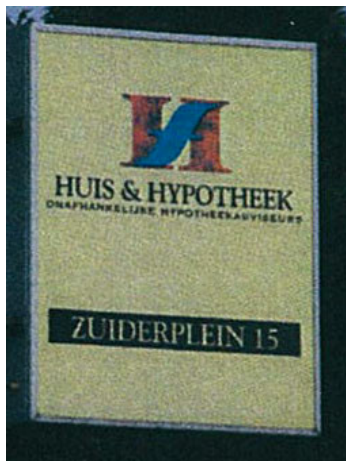
I website

The screenshot shows the top part of the website. At the top right, it says "Het allerbeste advies is dicht bij huis." Below this is a navigation bar with links: Home, Producten & Diensten, Contact, and Landelijke website. Below the navigation bar is a list of services with icons and text:

- De beste hypotheek van Nederland ...** komt uit Zwitserland. De Privaatwoninghypotheek® van Huis & Hypotheek Leeuwarden. [meer informatie >>](#)
- Second Opinion** De Second Opinion van Huis & Hypotheek Leeuwarden laat zien dat het vaak beter kan. [meer informatie >>](#)
- Nieuw. De LapeWoonlastHypotheek®.** Een uniek financieringsconcept voor zorgeloze wunnen. [meer informatie >>](#)

On the right side of the screenshot, there is a section titled "Waarom Huis & Hypotheek Leeuwarden?" with text explaining the benefits of their services and a "Vragen / afspraak maken?" section with contact information.

II reclameborden



III reclame met de beeltenis van [naam]



IV reclame met de beeltenis van [naam] en de tekst "voor uw huis & hypotheek op het vertrouwde adres"



3. Het geschil

3.1. Huis & Hypotheek vordert – voor zoveel mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:-

- a. Een verklaring voor recht dat DSB jegens Huis & Hypotheek onrechtmatig heeft gehandeld door, mede met gebruik van de aanduiding Huis & Hypotheek, in reclame-uitingen, de suggestie op te roepen dat DSB de voortzetting van (de onderneming van) Huis & Hypotheek is;
- b. DSB te verbieden, vanaf 24 uur na de betekening van dit vonnis, ieder gebruik van de aanduiding Huis &

Hypotheek, of een daarmee overeenstemmend teken, als handelsnaam en/of ter onderscheiding van financiële diensten in de reclameuitingen of enige andere openbaarmaking;

c. DSB te veroordelen tot een dwangsom van € 10.000,00 voor iedere gehele of gedeeltelijke overtreding van het sub (b) gevorderde verbod, waarbij iedere uiting, resp. iedere dag, of dagdeel, waarop de overtreding van dit verbod voortduurt, een zelfstandige overtreding van het verbod oplevert, zulks met een maximum van € 1.000.000,00;

d. DSB te veroordelen tot betaling van een boete van € 453,78 per dag vanaf 1 april 2007 voor iedere dag dat zij de aanduiding Huis & Hypotheek in reclameuitingen heeft gevoerd of, in haar opdracht, heeft laten voeren, onverschillig de wijze van openbaarmaking, zulks met de samengestelde rente per dag en vanaf de dag dat de boete verschuldigd is, tot aan de dag waarop voormeld gebruik volledig is gestaakt;

e. DSB te veroordelen tot betaling van een boete van € 11.344,50, te vermeerderen met de wettelijke vertragsrente vanaf de dag dat de boete verschuldigd is;

f. DSB te veroordelen tot betaling van de afdracht van de nettowinst per transactie, die DSB Leeuwarden B.V. heeft gesloten terwijl zij de aanduiding Huis & Hypotheek voerde in openbare uitingen, zonder aftrek van enige overhead, zulks vast te stellen op kosten van DSB door een onafhankelijke registeraccountant, verbonden aan een gerenommeerd accountantskantoor dat niet door DSB is ingeschakeld, naar keuze van Huis & Hypotheek, en vervolgens het door de registeraccountant vastgestelde bedrag aan Huis & Hypotheek te betalen, met de bepaling dat DSB de wettelijke rente verschuldigd zal zijn nadat veertien dagen zijn verstreken na vorenbedoelde vaststelling, met de veroordeling van DSB tot een dwangsom van € 5.000,00 voor iedere dag, of ieder dagdeel, dat DSB weigert volledig mede te werken aan voornoemd onderzoek, zulks ter beoordeling van de aangewezen registeraccountant, met een maximum van € 2.000.000;

g. DSB te bevelen vanaf 24 uur na de betekening van het vonnis op de homepage van haar website een rectificatie te plaatsen en geplaatst te houden, gedurende de periode waarin de nieuwste editie van De Telefoongids de advertentie bevat zoals geplaatst in De Telefoongids van 2008, zulks op straffe van een dwangsom van € 5.000,00 voor iedere dag, of ieder dagdeel, dat DSB in gebreke blijft volledig te voldoen aan voormeld bevel tot rectificatie, zulks met een maximum van 365 x € 5.000,00, in totaal € 1.825.000,00;

h. DSB te veroordelen in de kosten van het geding op de voet van het bepaalde in artikel 1019h Rv. Met de bepaling dat de wettelijke vertragsrente over het bedrag van de kosten veroordeling verschuldigd zal zijn vanaf 14 dagen na het vonnis.

3.2. DSB heeft verweer gevoerd waarbij zij de rechtbank heeft verzocht om zich onbevoegd te verklaren. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

4. De beoordeling Wijziging van eis

4.1. Huis & Hypotheek heeft bij conclusie van repliek haar vorderingen aanzienlijk gewijzigd. Nu hiertegen door DSB geen uitdrukkelijk verweer is gevoerd zal de rechtbank bij de beoordeling van het geschil uitgaan van de vorderingen van Huis & Hypotheek zoals deze zijn geformuleerd bij haar conclusie van repliek.

Arbitrageclausule

4.2. Artikel 18 van de franchiseovereenkomst bepaalt - kort gezegd - dat partijen in eerste instantie geschillen die voortvloeien uit de franchiseovereenkomst met behulp van bemiddeling moeten oplossen. Het artikel bepaalt voorts dat, mocht het geschil niet middels bemiddeling kunnen worden opgelost, partijen het geschil dienen te beslechten middels arbitrage.

4.3. DSB heeft in haar conclusie van dupliek een exceptie van onbevoegdheid opgeworpen. Zij stelt zich op het standpunt dat de rechtbank op grond van voornoemd artikel in de franchiseovereenkomst onbevoegd is voor zover de vorderingen van Huis & Hypotheek hun grondslag vinden in de franchiseovereenkomst. In reactie op het verweer van Huis & Hypotheek heeft DSB aangevoerd dat zij zich tijdig op de arbitrageclausule heeft beroepen, daar Huis & Hypotheek pas bij wijziging van eis bij conclusie van repliek de franchiseovereenkomst mede ten grondslag aan haar vordering heeft gelegd.

4.4. Artikel 1022 lid 1 Rv bepaalt dat degene die zich op de arbitrageclausule in een tussen partijen gesloten overeenkomst beroept, dit beroep moet doen voor alle werven. Degene die zich beroept op de arbitrageclausule -en zich daarmee beroept op de onbevoegdheid van de rechtbank- moet in beginsel dit beroep doen in de eerste door hem of haar ingediende schriftelijke conclusie. Anders dan DSB is de rechtbank van oordeel dat Huis & Hypotheek zich bij dagvaarding wel degelijk op de franchiseovereenkomst heeft beroepen. Huis & Hypotheek legt bij dagvaarding een schending van haar intellectuele eigendomsrechten aan haar vordering ten grondslag waarbij zij deze vordering onderbouwt met een verwijzing naar de destijds gesloten franchiseovereenkomst. Zij stelt in de dagvaarding dat het huidige DSB Leeuwarden haar voormalige franchisenemer was en dat DSB, na het beëindigen van de franchiseovereenkomst zich, gelet op haar reclameuitingen, ten onrechte voordoet als een franchisenemer van Huis & Hypotheek. Nu de franchiseovereenkomst in artikel 14 de ex-franchisenemer verbiedt om zich als franchisenemer van Huis & Hypotheek voor te doen, kan niet gezegd worden dat Huis & Hypotheek zich bij dagvaarding niet op de franchiseovereenkomst heeft beroepen.

4.5. Hierbij overweegt de rechtbank dat, ook als de exceptie tijdig was opgeworpen, de rechtbank dit beroep had verworpen op grond van het feit dat het beroep van DSB niet eenduidig is nu zij zich slechts voor zover het de contractuele grondslag van de vordering betreft op arbitrage beroept. Wanneer de rechtbank zich onbevoegd zou verklaren enkel en alleen voor zover het betreft de contractuele grondslag van de vordering van Huis & Hypotheek dan zou dit tot het resultaat leiden dat de zaak zou moeten worden gesplitst. Immers, Huis

& Hypotheek beroept zich in deze procedure eveneens op onrechtmatig handelen van DSB. Splitsing van de zaak in dier voege dat de contractuele grondslag door arbiters en de buitencontractuele grondslag van de vordering door de rechtbank moet worden beoordeeld is ondoelmatig, leidt tot complicaties en moet worden beschouwd als strijdig met de goede procesorde.

De vordering onder a (verklaring voor recht)

4.6. De rechtbank constateert dat Huis & Hypotheek DSB onrechtmatig handelen verwijt.

Dit onrechtmatig handelen ziet (blijkens de conclusie van repliek) volgens Huis & Hypotheek op:

a) het gebruik van DSB van de in het kader van de franchiseovereenkomst opgebouwde know how en het gebruik van DSB van de databank bestaande uit relaties van Huis & Hypotheek;

b) het schenden door DSB van de handelsnaam- en merkrechten van Huis & Hypotheek;

c) het voeren van misleidende reclame.

4.7. De rechtbank stelt evenwel vast dat Huis & Hypotheek terzake het onrechtmatig handelen van DSB enkel een verklaring voor recht vordert voor zover DSB in haar reclameuitingen de suggestie oproept een voortzetting van (de onderneming van) Huis & Hypotheek te zijn. De rechtbank is gebonden aan de in het petitum geformuleerde eis. Derhalve dient de rechtbank zich te beperken tot de beoordeling van de vraag of DSB de suggestie heeft opgeroepen een voortzetting van (de onderneming van) Huis & Hypotheek te zijn.

4.8. Huis & Hypotheek heeft aangevoerd dat het belang van de vordering daarin is gelegen dat zij niet met DSB wil worden geassocieerd omdat haar onafhankelijkheid ten opzichte van geldschietters voor haar een belangrijk verkoopargument is.

Huis & Hypotheek heeft gewezen op brieven van DSB aan klanten (direct mailing) waarin DSB onder meer aangeeft dat DSB en Huis & Hypotheek zijn samengevoegd. Voorts heeft Huis & Hypotheek gewezen op de wijze waarop DSB haar reclame heeft vormgegeven. DSB heeft in haar reclameuitingen gebruik gemaakt van de term "huis & hypotheek". Ook heeft DSB gebruik gemaakt van het portret van [naam], voorheen het gezicht van Huis & Hypotheek Leeuwarden. De rechtbank constateert dat Huis & Hypotheek zich terzake haar vordering heeft beroepen op reclameuitingen van DSB. Zij stelt zich in de conclusie van repliek en in haar pleitnotitie op het standpunt dat er sprake is van misleidende reclame. Zij beroept zich daarbij op de bepalingen van misleidende reclame en oneerlijke handelspraktijken. De rechtbank begrijpt derhalve de vordering aldus dat Huis & Hypotheek van mening is dat de onrechtmatige gedraging van DSB bestaat uit het doen van misleidende mededelingen als bedoeld in artikel 6:194 BW en artikel 6:193c BW, in die zin dat de suggestie wordt opgeroepen dat DSB de voortzetting van (de onderneming van) Huis & Hypotheek is. De rechtbank overweegt hierbij dat de handelingen van DSB in beginsel moeten worden getoetst aan de artikelen 6:193a e.v. BW nu het hier gaat om reclameuitingen die zijn gericht op consumenten. De rechtbank is in dit verband overigens van oordeel dat

naast consumenten ook concurrenten tegen handelaren kunnen optreden die zich niet aan de in de artikelen 6:193a-j BW neergelegde regels houden. Voor zover de reclameuitingen zijn verricht voor 15 oktober 2008 (de inwerkingtreding van de artikelen 6:193a-j BW) zullen ze echter aan artikel 6:194 BW (en daar waar nodig zoveel mogelijk richtlijn conform¹) worden getoetst.

4.9. Bij het beantwoorden van de vraag of er sprake is van misleidende mededelingen zullen de door Huis & Hypotheek aangehaalde reclameuitingen afzonderlijk aan de orde komen. Bij het beantwoorden van voornoemde vraag is van belang tot welk publiek de reclame is gericht. Uit artikel 1 van de franchiseovereenkomst blijkt dat Nederland door Huis & Hypotheek is verdeeld in werkgebieden, waarbij het een franchise-nemer verboden is om buiten het aan hem toegewezen gebied te acquireren (artikel 1 lid 6). Huis & Hypotheek heeft aangegeven dat [naam] het gezicht was van de toenmalige Huis & Hypotheek vestiging te Leeuwarden. Voorts heeft Huis & Hypotheek zich beroepen op reclame gemaakt in en rondom Leeuwarden. De rechtbank zal bij het beantwoorden van de vraag of er sprake is van misleidende reclame derhalve uitgaan van de redelijk geïnformeerde, omzichtigte en oplettende gemiddelde consument woonachtig in Leeuwarden en omgeving (**HvJ EG 16 juli 1998 NJ 2000, 347**).

I website

4.10. DSB heeft gemotiveerd gesteld dat de website genoemd in rechtsoverweging 2.16. sub I niet van haar afkomstig is maar van [naam] in privé. Tevens heeft zij aangevoerd dat Huis & Hypotheek van dit feit op de hoogte is en dat Huis & Hypotheek omtrent de website met de heer [naam] in privé een conflict heeft. Zij heeft daarbij verwezen naar een door Huis & Hypotheek bij conclusie van repliek overgelegde brief van 29 mei 2007, welke is geadresseerd aan [naam] Beheer B.V. en welke brief betrekking heeft op de website. In deze brief wordt [naam], als administrator van de website, door Huis & Hypotheek gesommeerd om de website te verwijderen. DSB heeft verder gemotiveerd gesteld dat [naam] niet bij haar in dienst is, of is geweest. Naar het oordeel van de rechtbank had het vervolgens op de weg van Huis & Hypotheek gelegen om haar standpunt, dat de inhoud van de website aan DSB moet worden toegerekend, nader te onderbouwen. Het zonder nadere motivering stellen dat DSB verantwoordelijk is voor het handelen van [naam] is hiertoe onvoldoende. Hierbij is van belang dat -na de overdracht van de aandelen in Huis & Hypotheek Leeuwarden aan DSB Bank op 31 oktober 2006 -, de vestiging van Huis & Hypotheek tot het einde van de franchiseovereenkomst -1 april 2007- is blijven bestaan waarbij [naam] in ieder geval tot 1 april 2007 op uitdrukkelijk verzoek van Huis & Hypotheek, zoals verwoord in haar brief van 8 novem-

¹ Richtlijn nr. 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 mei 2005 betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt en tot wijziging van Richtlijn 84/450/EEG van de Raad, Richtlijnen 97/7/EG, 98/27/EG en 2002/65/EG van het Europees Parlement en de Raad en van Verordening (EG) nr. 2006/2004 van het Europees Parlement en de Raad. (PbEG 2005, L 149/0022-0039).

ber 2006, de leiding heeft gehad over deze vestiging. Nu niet geoordeeld kan worden dat de website door of namens DSB is gecreëerd of anderszins aan DSB is toe te rekenen, stuit de vordering reeds hierop af.

II reclameborden

4.11. Huis & Hypotheek heeft gewezen op een bewegwijzeringsbord en reclame bij de vestigingen van de McDonalds te Leeuwarden en te Goutum. Terzake de reclame bij de McDonalds, zoals weergegeven in rechtsoverweging 2.16. sub II tweede afbeelding, heeft Huis & Hypotheek niet kunnen aantonen dat deze is geplaatst door of in opdracht van DSB, zodat de rechtbank niet toekomt aan de vraag of deze reclame-uiting misleidend is in de zin van artikel 6:193c BW of 6:194 BW.

4.12. Ten aanzien van het bewegwijzeringsbord is tussen partijen niet in geschil dat deze is geplaatst vóór de aandelenoverdracht en derhalve in de tijd dat Huis & Hypotheek Leeuwarden een volwaardige Huis & Hypotheek vestiging was en dat DSB niet op de hoogte was van het bestaan van het bord. Naar het oordeel van de rechtbank is het aan de franchisegever, in casu Huis & Hypotheek Nederland, om bij het einde van de franchiseovereenkomst te controleren of alle materiaal dat kenmerkend is voor de franchise-formule (waaronder reclameborden) is weggehaald. Zij heeft er immers, als bewaker van haar formule, alle belang bij dat er geen onjuiste mededelingen omtrent haar franchiseformule worden gedaan. Dit klemt temeer daar Huis & Hypotheek Nederland, anders dan DSB, op de hoogte moet zijn geweest van de plaatsing van het bewegwijzeringsbord. Immers, op grond van artikel 10 van de franchiseovereenkomst moet al het materiaal waarmee de Huis & Hypotheek franchise-formule gekenmerkt wordt van Huis & Hypotheek Nederland worden betrokken. Het had derhalve op de weg van Huis & Hypotheek Nederland gelegen om DSB, waarvan vaststaat dat zij niet van het bestaan van voornoemd bord op de hoogte was, bij het einde van de franchiseovereenkomst op het bord te wijzen. Dit heeft zij nagelaten. Het feit dat het bewegwijzeringsbord na het einde van de franchiseovereenkomst is blijven hangen kan, anders dan Huis & Hypotheek meent, DSB niet worden toegerekend. Naar het oordeel van de rechtbank kan -voor zover deze reclame-uitingen aan DSB zouden moeten worden toegerekend- niet gezegd worden dat deze reclameuitingen de consument op het verkeerde been zetten, in die zin dat bij de consument bij het zien van deze reclame de suggestie wordt opgeroepen dat DSB de voortzetting van (de onderneming van) Huis & Hypotheek is. Het feit dat het adres van DSB op deze reclameborden staat vermeld maakt dit niet anders nu Huis & Hypotheek in dezelfde straat twee panden naast DSB een vestiging heeft geopend. Naar het oordeel van de rechtbank zal de redelijk geïnformeerde, omzichtige en oplettende gemiddelde consument niet zozeer letten op de adressering, maar zich eerder richten op de logos zoals aangebracht op de vestigingen van respectievelijk DSB en Huis & Hypotheek. Voor zover de consument zich het huisnummer zoals aangegeven op de reclameborden herinnert zal hij, op het Zuiderplein

aangekomen, hooguit van mening zijn dat het geadverteerde huisnummer niet klopt.

III reclame met de beeltenis van [naam]

4.13. Door DSB is aangevoerd dat het haar vrijstaat om -met toestemming van [naam]- het portret van [naam] voor reclamedoeleinden te gebruiken.

4.14. De rechtbank overweegt allereerst dat de toestemming van de portretgerechtigde voor het gebruik van het portret voor reclamedoeleinden niet betekent dat de reclameuiting niet onrechtmatig kan zijn (Vzr. Rb 's Hertogenbosch 11 mei 2007, IER 2007, 88).

Vast staat dat de beeltenis van [naam], zoals hierboven afgebeeld in rechtsoverweging 2.16. onder III, bijna een kopie is van de beeltenis van [naam] zoals afgebeeld in de eerdere reclameuitingen van Huis & Hypotheek Leeuwarden. De door Huis & Hypotheek overgelegde reclame-afbeeldingen zijn allen in de huisstijl van DSB met, naast de beeltenis van [naam], duidelijk zichtbaar de naam DSB en het logo van DSB (de schaatser). Naar het oordeel van de rechtbank kan derhalve niet vastgesteld worden dat, door deze wijze van reclame maken, de redelijk geïnformeerde, omzichtige en oplettende gemiddelde consument uit Leeuwarden en omgeving misleid wordt in die zin dat de suggestie wordt opgeroepen dat DSB de voortzetting van (de onderneming van) Huis & Hypotheek is. Voor dit oordeel is van belang dat in de reclameuitingen de naam van Huis & Hypotheek niet direct of indirect wordt vermeld. Voorts is gesteld noch gebleken dat de enkele afbeelding van [naam] met de glimlachende dame zodanig met Huis & Hypotheek is verweven dat hierdoor bij de redelijk geïnformeerde, omzichtige en oplettende gemiddelde consument uit Leeuwarden en omgeving bij het zien van de afbeelding, zoals hier door DSB is gebruikt, de suggestie zal worden opgeroepen dat DSB de voortzetting van (de onderneming van) Huis & Hypotheek is.

IV reclame met de beeltenis van [naam] en de tekst "voor uw huis & hypotheek op het vertrouwde adres"

4.15. Door Huis & Hypotheek zijn advertenties van DSB in de papieren en de online telefoongids overgelegd zoals hierboven afgebeeld onder 2.16. sub IV.

Door DSB is gesteld dat de reclameuitingen waarbij de tekst "voor uw huis & hypotheek op het vertrouwde adres" enkel is gebruikt in de periode tot 1 april 2007. Huis & Hypotheek heeft deze stelling niet dan wel onvoldoende weersproken zodat de rechtbank van de juistheid van deze stelling zal uitgaan.

4.16. DSB heeft verder aangegeven dat voornoemde tekst na 1 april 2007 wel in de papieren telefoongids is blijven staan, maar dat zij voor het opnemen van deze reclame in de telefoongids geen opdracht heeft gegeven. Ter onderbouwing van deze laatste stelling heeft DSB een e-mail van de Telefoongids B.V. overgelegd waarin staat aangegeven dat de advertentie door een technische systeemfout per abuis in de nieuwe editie (2008) van de telefoongids is geplaatst. Huis & Hypotheek heeft terzake de laatste telefoongidsaanduiding met een beroep op artikel 6:171 BW gesteld dat de plaatsing van de advertentie aan DSB, als opdrachtge-

ver, is toe te rekenen. Naar het oordeel van de rechtbank ziet Huis & Hypotheek hierbij over het hoofd dat DSB, met verwijzing naar de e-mail van de Telefoon-gids B.V., juist stelt dat zij geen opdracht heeft gegeven voor de plaatsing van de gewraakte advertentie. Naar het oordeel van de rechtbank blijkt uit voornoemde e-mail -waarvan de juistheid niet dan wel onvoldoende is weersproken- voldoende dat DSB niet als opdrachtgever van de geplaatste advertentie in de telefoongids van 2008 te gelden heeft. Het had op de weg van Huis & Hypotheek gelegen om, als zij de mening was toegedaan dat DSB wel degelijk als opdrachtgever te gelden had, feiten en omstandigheden te stellen waaruit haar stelling had kunnen blijken. Dit temeer daar Huis & Hypotheek Nederland in haar brief van 27 februari 2007 heeft aangegeven dat zij de vermeldingen in de Gouden Gids en de telefoongids zou afhandelen. Nu Huis & Hypotheek nagelaten heeft haar stelling voldoende te onderbouwen moet er in deze procedure vanuit worden gegaan dat DSB geen opdracht heeft gegeven voor plaatsing van de advertentie in de telefoongids van 2008. Nu DSB niet als opdrachtgever te gelden heeft, zal de rechtbank voor de verdere beoordeling van het geschil de reclame-uiting zoals opgenomen in de telefoongids van 2008 buiten beschouwing laten.

4.17. Naar het oordeel van de rechtbank moeten de advertenties waarin de beeltenis van [naam] met de glimlachende dame wordt vertoond in combinatie met de tekst "voor uw huis & hypotheek op het vertrouwde adres" -zoals opgenomen in de telefoongids editie 2007- worden beschouwd als misleidend in de zin van artikel 6:194 BW. De beeltenis van [naam] en een glimlachende dame met daarbij het merk en handelsnaam van Huis & Hypotheek zoals afgebeeld in rechtsoverweging 2.16. onder I is door Huis & Hypotheek vrij intensief gebruikt in Leeuwarden en omgeving. De beeltenis van [naam] tesamen met de glimlachende dame in combinatie met de woorden "huis & hypotheek" zal -mede gelet op het gebruik van de ampersand- ook de redelijk geïnformeerde, omzichtige en oplettende gemiddelde consument uit Leeuwarden en omgeving in verband brengen met de vestiging van Huis & Hypotheek in Leeuwarden. Voor dit oordeel is tevens van belang de omstandigheid dat het woord DSB slechts een klein onderdeel uitmaakt van de reclame-uiting zoals getoond onder 2.16. sub IV. Ook speelt mee dat achter het woord DSB eveneens in kapitale letters het woord "HYPOTHEEK BANK" staat vermeld. Deze benaming komt in de latere advertenties van DSB niet meer voor. Dat bij de redelijk geïnformeerde, omzichtige en oplettende gemiddelde consument uit Leeuwarden en omgeving door deze reclame-uiting de suggestie wordt opgeroepen dat DSB de voortzetting van (de onderneming van) Huis & Hypotheek is, acht de rechtbank dan ook aannemelijk.

V direct mailing

4.18. Huis & Hypotheek heeft terzake de direct mailing gewezen op de brief van 29 maart 2007, de brief van 20 april 2007 en de brief van 28 januari 2009.

4.19. De eerste vraag waar de rechtbank zich voor gesteld ziet is de vraag of de brieven van 29 maart 2007 en 20 april 2007 beschouwd moeten worden als een openbare mededeling in de zin van artikel 6:194 BW. Blijkens vaste jurisprudentie (o.a. Rb. Amsterdam 10 maart 1993, BIE 1994, 92 en HR 2 december 1994, NJ 1996, 246) moet het begrip "openbaar" ruim worden uitgelegd, waarbij ook mededelingen aan een beperkte groep mensen als openbaarmaking kan worden beschouwd. Tussen partijen staat vast dat het klantenbestand van de voormalige Huis & Hypotheek vestiging is overgenomen door DSB. Nu onweersproken is dat de brieven zijn verstuurd aan deze klanten en aan nieuwe klanten van DSB is voldaan aan het vereiste dat de betreffende mededelingen openbaar moeten zijn gemaakt.

4.20. DSB heeft aangaande de brief van 29 maart 2007 en onder verwijzing naar de brief van Huis & Hypotheek van 8 november 2006 aangevoerd dat het hier een solo-actie van [naam] betrof. DSB was blijkens de brief van 8 november 2006 in die tijd een "slapende vennoot". De rechtbank begrijpt uit deze stelling dat DSB zich op het standpunt stelt dat zij voor het versturen van deze brief geen opdracht heeft gegeven. Tussen partijen is niet in geschil dat, zoals ook in de brief van 8 november 2006 staat verwoord, de vestiging van Huis & Hypotheek tot het einde van de franchiseovereenkomst -1 april 2007- is blijven bestaan en dat [naam] in ieder geval tot 1 april 2007 op verzoek van Huis & Hypotheek de leiding heeft gehad over de vestiging. Tevens staat in deze procedure vast dat [naam] niet in dienst is getreden van DSB. Gelet op deze omstandigheden had Huis & Hypotheek haar standpunt dat de brief in opdracht van DSB is opgesteld nader moeten onderbouwen. Zoals hiervoor in rechtsoverweging 4.10. reeds is overwogen is het zonder nadere onderbouwing, die ontbreekt, stellen dat DSB verantwoordelijk is voor het handelen van [naam] onvoldoende.

4.21. Huis & Hypotheek heeft voorts gewezen op de brieven van 20 april 2007 en 28 januari 2009. De brief van 20 april 2007 is voorzien van het logo van DSB en blijkens de inhoud verzonden aan nieuwe klanten van DSB. DSB vermeldt in deze brief dat DSB Bank en Huis & Hypotheek zijn samengevoegd. Naar het oordeel van de rechtbank zal de redelijk geïnformeerde, omzichtige en oplettende gemiddelde consument uit Leeuwarden en omgeving bij lezing van deze brief tot geen andere conclusie komen dan dat DSB en Huis & Hypotheek thans tot één en dezelfde onderneming behoren. Deze brief moet dan ook als misleidend in de zin van artikel 6:194 BW beschouwd worden.

4.22. Ter zitting heeft Huis & Hypotheek gewezen op een brief van 28 januari 2009. Huis & Hypotheek heeft deze brief echter niet overgelegd. Zij heeft de openingszin van de brief in haar pleitnotitie geciteerd, waarbij DSB de juistheid van het citaat niet heeft weersproken. Het citaat luidt: "Onze medewerkers van DSB Bank te Eefde (voormalig Huis & Hypotheek Leeuwarden) hebben een aantal keren geprobeerd om u telefonisch te bereiken". Gelet op deze tekst zal de re-

delijk geïnformeerde, omzichtige en oplettende gemiddelde consument uit Leeuwarden en omgeving, zonder nadere uitleg, die klaarblijkelijk in de brief ontbreekt, naar het oordeel van de rechtbank een verband leggen tussen de organisaties van Huis & Hypotheek en DSB. Ook deze brief moet als misleidend maar dan in de zin van artikel 6:193c BW beschouwd worden.

4.23. Geconcludeerd moet worden dat DSB in een aantal van haar reclameuitingen de suggestie oproept een voortzetting van (de onderneming van) Huis & Hypotheek te zijn. De vordering zoals geformuleerd onder a van het petitum kan derhalve worden toegewezen.

De vordering onder b (verbod op gebruik aanduiding Huis & Hypotheek).

4.24. De rechtbank begrijpt -gelet op de nadruk die door Huis & Hypotheek op de schending van haar intellectuele eigendomsrechten is gelegd- de vordering van Huis & Hypotheek aldus dat zij ter bescherming van haar handelsnaam en/of haar merk een verbod vordert op het gebruik door DSB van de aanduiding Huis & Hypotheek als merk (in de zin van artikel 2.20 lid 1 sub a, b of c BVIE of als handelsnaam (in de zin van artikel 5 HNW) in reclameuitingen of enige andere openbaarmaking. De rechtbank overweegt dat het aan Huis & Hypotheek is om aan te tonen dat DSB thans een zodanig gebruik van de aanduiding Huis & Hypotheek maakt dat Huis & Hypotheek er belang bij heeft om dit gebruik middels een verbod te stoppen. In het onderhavige geval heeft Huis & Hypotheek gewezen op het gebruik van de website, het gebruik van reclameborden, reclameteksten en direct mailing zoals hierboven weergegeven in rechtsoverweging 2.16.

4.25. In deze procedure staat als niet dan wel onvoldoende onweersproken vast dat DSB geen gebruik meer maakt van de reclameteksten zoals hierboven in rechtsoverweging 2.16. sub III en sub IV. Tevens staat onweersproken vast dat het bewegwijzeringsbord zoals afgebeeld in rechtsoverweging 2.16. sub II door DSB is weggehaald. Terzake de reclame-uiting bij de McDonalds zoals weergegeven in rechtsoverweging 2.16. sub II (tweede afbeelding) is niet duidelijk of deze reclame-uiting nog aanwezig is en -belangrijker- staat niet vast dat DSB als opdrachtgever van deze reclame-uiting te gelden heeft. Evenmin is komen vast te staan dat door of namens DSB opdracht is gegeven tot het plaatsen van de advertentie in de telefoongids editie 2008 zoals in rechtsoverweging 4.16. is overwogen. Voorts moet er in deze procedure vanuit worden gegaan dat DSB geen bemoeienis heeft gehad met de door Huis & Hypotheek genoemde website (rechtsoverweging 4.10.). Nu verder gesteld noch gebleken is dat DSB voornemens is om voornoemde uitingen in de toekomst (weer) in gebruik te nemen moet voor de beoordeling van de vraag of aan DSB een verbod moet worden opgelegd slechts nog gekeken worden of DSB de benaming Huis & Hypotheek in haar direct mailing gebruikt (ter onderscheiding van financiële diensten in haar direct mailing) en of het gebruik zodanig is dat dit het gevorderde verbod rechtvaardigt. Vast staat, gezien de direct mail van 28 januari 2009, dat DSB het gebruik van de

naam Huis & Hypotheek (Leeuwarden) in haar direct mailing voortzet.

4.26. Door Huis & Hypotheek zijn drie direct mailings waarin de naam Huis & Hypotheek is gebruikt overgelegd. Gelet op hetgeen hiervoor in rechtsoverweging 4.20. is overwogen, zal bij het beantwoorden van voormelde vraag de direct mailing van 29 maart 2007 buiten beschouwing blijven.

4.27. Vast staat dat DSB in haar direct mailing van 20 april 2007 en 28 januari 2009 de benaming Huis & Hypotheek heeft gebruikt. De rechtbank overweegt dat het enkele gebruik van de naam van een onderneming niet automatisch betekent dat de onderneming deze naam ook als handelsnaam voert. Van belang voor de vraag of DSB de handelsnaam Huis & Hypotheek gebruikt is of DSB zich ter identificatie onder het publiek aandient onder de naam Huis & Hypotheek. De wijze waarop DSB (die in elk geval voor de brief van 20 april 2007 haar eigen briefpapier gebruikt) van de naam Huis & Hypotheek in voornoemde brieven gebruik maakt, betekent zonder nadere onderbouwing die ontbreekt, niet dat geoordeeld moet worden dat DSB de handelsnaam Huis & Hypotheek voert.

4.28. Huis & Hypotheek heeft aan haar vordering tevens ten grondslag gelegd dat DSB haar merk Huis & Hypotheek of een daarmee overeenstemmend teken gebruikt ter onderscheiding van financiële diensten. De rechtbank constateert dat Huis & Hypotheek herhaalde malen stelt dat het gebruik door DSB van (het merk en/of de handelsnaam) Huis & Hypotheek inbreuk maakt op haar intellectuele eigendomsrechten, dat DSB verantwoordelijk en aansprakelijk is voor de gevoerde reclameuitingen en dat zij belang heeft bij het staken van dit gebruik door DSB omdat zij, als onafhankelijk hypotheekverstrekker, niet met één bank geassocieerd wenst te worden. Het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (HvJEG) heeft in een aantal arresten² beslist over het gebruik van een merk door een derde ter onderscheiding van waren of diensten. Gelet op deze jurisprudentie en het verweer van DSB had het op de weg van Huis & Hypotheek gelegen om gemotiveerd te onderbouwen waarom en op welke wijze het gebruik van de naam Huis & Hypotheek in de direct mailing van 20 april 2007 en 28 januari 2009 beschouwd moet worden als zijnde het gebruik van het merk ter onderscheiding van financiële diensten in de zin van artikel 2.20 lid 1 sub a, b of c BVIE. Dit heeft zij nagelaten. Zonder nadere onderbouwing die ontbreekt, kan naar het oordeel van de rechtbank, gelet op de door het HvJEG op dit punt geformuleerde uitgangspunten, niet gezegd worden dat door DSB het merk Huis & Hypotheek in voormelde reclameuitingen gebruikt wordt ter onderscheiding van financiële diensten in de zin van artikel 2.20 lid 1 sub a, b of c BVIE.

De vordering onder c (dwangsom)

4.29. De vorderingen onder b en c staan in zodanig verband met elkaar dat het afwijzen van de vordering

² HvJEG 23 februari 1999, C-63/97 ([BMW/Deenik](#)), HvJEG 25 januari 2007 C-48/05 ([Opel/Autec](#)) en HvJEG 12 juni 2008 C-533/06 ([O2/Hutchison](#))

onder b tot gevolg heeft dat ook de vordering onder c moet worden afgewezen.

De vordering onder d en e

4.30. De rechtbank constateert dat de vorderingen onder d en e haar grondslag vinden in de franchiseovereenkomst die destijds tussen Huis & Hypotheek Leeuwarden en Huis & Hypotheek Nederland is gesloten. Beide vorderingen zijn gebaseerd op artikel 17 van deze franchiseovereenkomst. Huis & Hypotheek vordert op grond van artikel 17 lid b betaling van een bedrag ad € 11.344,51 (vordering onder e). Haar vordering tot betaling van een boete van € 453,78 voor iedere dag dat DSB de aanduiding Huis & Hypotheek in reclame voert of heeft gevoerd vindt haar grondslag in artikel 17 lid c. Uit de aanhef van artikel 17 volgt dat, alvorens de nalatige partij op grond van de franchiseovereenkomst boetes verbeurt, zij eerst gesommeerd en in gebreke gesteld moet zijn. Niet is gebleken dat dit is gebeurd. De brieven van 10 mei 2007 en 29 mei 2007 van Huis & Hypotheek, waarop zij zich in dit verband beroept, kunnen niet als zodanig beschouwd worden. Afgezien van het feit dat de brief van 29 mei 2007 niet als ingebrekestelling kan worden beschouwd, is deze brief niet gericht aan de contractspartij DSB Leeuwarden maar aan [naam] Beheer B.V. De brief van 10 mei 2007 is gericht aan de DSB Bank N.V. Daargelaten de vraag of DSB Bank N.V. gezien moet worden als contractspartij, is deze brief enkel te beschouwen als sommatie. Nu DSB niet in gebreke is gesteld zullen de vorderingen onder d en e moeten worden afgewezen.

De vordering onder f (afdracht winst)

4.31. Huis & Hypotheek vordert op grond van artikel 2.21 BVIE afdracht van de winst die door DSB als gevolg van de gestelde merkinbreuk is behaald. Bij de beoordeling van deze vordering zal de rechtbank de direct mailing van 20 april 2007 en 28 januari 2009 en de reclameuitingen van DSB waarop de beeltenis van [naam] in combinatie met een glimlachende dame en de tekst "voor uw huis & hypotheek" is afgebeeld -met uitzondering van de reclame-uiting zoals vermeld in de telefoongids van 2008- betrekken. Terzake de website, de reclameborden, de direct mailing van 29 maart 2007 en de reclame-uiting in de telefoongids van 2008 is hiervoor geoordeeld dat deze niet aan DSB kunnen worden toegerekend. De reclame van DSB zoals afgebeeld onder 2.16. sub III zal evenmin bij de beoordeling worden betrokken nu gesteld noch gebleken is dat de afbeelding van [naam] een merk is van Huis & Hypotheek.

4.32. Nu de vordering is gebaseerd op een gestelde merkinbreuk door DSB moet allereerst de vraag worden beantwoord of er sprake is van een merkinbreuk als bedoeld in artikel 2.20 BVIE. De rechtbank constateert dat Huis & Hypotheek wel artikel 2.20 lid 1 BVIE aanhaalt, maar vervolgens haar stelling dat er sprake is van merkinbreuk niet concreet toespitst op één van de vier in artikel 2.20 lid 1 BVIE genoemde inbreukcriteria. De rechtbank zal derhalve bij de beoordeling van de vraag of er sprake is van merkinbreuk alle in artikel 2.20 lid 1 BVIE genoemde inbreukcriteria betrekken.

4.33. Terzake de in artikel 2.20 lid 1 sub a, b en c BVIE genoemde inbreukcriteria, die alle zien op het gebruik van een merk door een derde ter onderscheiding van waren of diensten, heeft de rechtbank in rechtsoverweging 4.28. reeds overwogen dat door Huis & Hypotheek niet gemotiveerd onderbouwd is waarom en op welke wijze het gebruik van de naam Huis & Hypotheek in de direct mailing van 20 april 2007 en 28 januari 2009 beschouwd moet worden als zijnde het gebruik van het merk ter onderscheiding van financiële diensten in de zin van artikel 2.20 lid 1 sub a, b of c BVIE. Ook terzake de reclame-uiting van DSB waarbij zij gebruik heeft gemaakt van de beeltenis van [naam] in combinatie met de beeltenis van een glimlachende dame en de tekst "voor uw huis & hypotheek" heeft te gelden dat Huis & Hypotheek, gelet op het verweer van DSB en de jurisprudentie van het HvJEG op dit punt, onvoldoende gemotiveerd heeft waarom en op welke wijze het gebruik van voornoemde reclameuiting beschouwd moet worden als zijnde het gebruik van het merk ter onderscheiding van financiële diensten in de zin van artikel 2.20 lid 1 sub a, b of c BVIE. Ook hier heeft te gelden dat, gelet op de door het HvJEG op dit punt geformuleerde uitgangspunten, zonder nadere onderbouwing, die ontbreekt, niet geoordeeld kan worden dat door DSB het merk Huis & Hypotheek in voormelde reclame-uiting gebruikt wordt ter onderscheiding van financiële diensten in de zin van artikel 2.20 lid 1 sub a, b of c BVIE.

4.34. Voor zover Huis & Hypotheek zich op artikel 2.20 lid 1 sub d BVIE beroept, heeft DSB verwezen naar het arrest van het [HvJEG van 27 november 2008, IER 2009,7 \(Intel/Intelmark: hierna het Intel-arrest\)](#) en geconcludeerd tot afwijzing van de vordering. De rechtbank overweegt dat voornoemd arrest niet ziet op artikel 2.20 lid 1 sub d BVIE maar op 2.20 lid 1 sub c BVIE.

4.35. Artikel 2.20 lid 1 sub d BVIE is gebaseerd op artikel 5 lid 5 van de Eerste richtlijn (89/104 EEG) van de Raad van 21 december 1988 betreffende de aanpassing van het merkenrecht der lidstaten (PB 1989, L 40, blz. 1 hierna: richtlijn). Deze bepaling valt volgens het HvJEG ([HvJEG 21 november 2002, LJN AK2863](#)) buiten de communautaire harmonisatie. Artikel 5 lid 5 van de richtlijn behoeft derhalve door het HvJEG niet te worden uitgelegd. De rechtbank acht het echter niet waarschijnlijk dat aan de begrippen "afbreuk doen aan het onderscheidend vermogen", "afbreuk doen aan de reputatie van een merk" en "ongerechtvaardigd voordeel trekken uit het onderscheidend vermogen of de reputatie van het merk" zoals vermeld in artikel 2.20 lid 1 sub d BVIE een andere uitleg moet worden gegeven dan de overeenkomstige begrippen zoals vermeld in artikel 2.20 lid 1 sub c BVIE. De rechtbank zal daarom bij de beoordeling van de vraag of er sprake is van een inbreuk als bedoeld in artikel 2.20 lid 1 sub d BVIE aanknopingspunten zoeken bij hetgeen door het HvJEG omtrent deze begrippen o.a. in het Intel-arrest is beslist. Het enkele feit dat alleen 'bekende merken' een beroep kunnen doen op overtreding van artikel 2.20 lid 1 sub c BVIE, maakt dit oordeel niet anders.

4.36. De rechtbank overweegt dat het aan Huis & Hypotheek is om te bewijzen dat DSB door gebruik van de benaming huis & hypotheek ongerechtvaardigd voordeel trekt uit of afbreuk doet aan het onderscheidend vermogen of de reputatie van het merk Huis & Hypotheek, dan wel bewijst dat er elementen zijn op basis waarvan kan worden geconcludeerd dat er sprake is van een ernstig gevaar dat een dergelijke inbreuk zich in de toekomst zal voordoen. Zoals ook in het vonnis van de [Vzr. Rb. 's-Gravenhage van 15 december 2008 \(IER 2009,9\)](#) in r.o. 4.10. is overwogen, heeft het HvJEG in het Intel-arrest de lat terzake de bewijslevering hoog gelegd.

4.37. Voor zover Huis & Hypotheek zich op het standpunt stelt dat de reclameuitingen van DSB afbreuk doen aan het onderscheidend vermogen van het merk Huis & Hypotheek moet worden geoordeeld dat dit beroep op artikel 2.20 lid 1 sub d BVIE niet kan slagen. Blijkens het [Intel-arrest](#) moet terzake het begrip "afbreuk doen aan het onderscheidend vermogen" worden aangetoond dat het economisch gedrag van de gemiddelde consument van de waren of diensten waarvoor het oudere merk is ingeschreven, is gewijzigd als gevolg van het gebruik van het jongere merk of dat er grote kans bestaat dat dit gedrag in de toekomst wijzigt. Gelet op de zware bewijslast die blijkens het arrest op dit punt op Huis & Hypotheek rust moet geconcludeerd worden dat door Huis & Hypotheek onvoldoende feiten en omstandigheden zijn aangevoerd op grond waarvan kan worden geconcludeerd dat het economische gedrag van de gemiddelde consument als gevolg van de reclameuitingen van DSB is gewijzigd of in de toekomst zal wijzigen.

4.38. Van afbreuk doen aan de reputatie van het merk is sprake -kort samengevat- wanneer de waren of diensten waarop het teken van de derde betrekking heeft op zodanige wijze aan de zintuigen van het publiek kunnen appelleren dat de aantrekkingskracht van het merk erdoor vermindert. Dat er als gevolg van het gebruik van de benaming huis & hypotheek door DSB op de een of andere manier daadwerkelijk afbreuk is gedaan aan de reputatie van het merk Huis & Hypotheek is de rechtbank, gehoord partijen en gelezen de stukken, niet gebleken. Evenmin dat er sprake is van een ernstig gevaar dat een dergelijke inbreuk zich in de toekomst zal voordoen.

4.39. Van ongerechtvaardigd voordeel trekken uit het onderscheidend vermogen of de reputatie van het merk is sprake wanneer het imago van het merk of de door dit merk opgeroepen kenmerken worden overgedragen op de door het teken aangeduide waren of diensten van de derde, zodat de waren of diensten van de derde wegens de associatie met het merk gemakkelijker kunnen worden verhandeld. Of zoals de advocaat-generaal -P. Megozzi- bij het HvJEG het heeft geformuleerd: het teken van de derde krijgt een "impuls" dankzij het verband dat met het merk wordt gelegd (10 februari 2009, C-487/07, nr. 107). Door DSB is gemotiveerd weersproken dat zij enig voordeel heeft genoten van het gebruik van de term huis & hypotheek in voornoemde reclameuitingen. Ook op dit punt geldt dat er geen (be-

gin van) bewijs aannemelijk geworden is dat DSB daadwerkelijk ongerechtvaardigd voordeel trekt uit het onderscheidend vermogen of de reputatie van het merk Huis & Hypotheek of dat er sprake is van een ernstig gevaar dat een dergelijke inbreuk zich in de toekomst zal voordoen.

4.40. Gelet op hetgeen hierboven is overwogen zal de vordering tot afdracht van winst worden afgewezen.

De vordering onder g (rectificatie)

4.41. Huis & Hypotheek hebben gevorderd om DSB te veroordelen tot het plaatsen van een rectificatie op een website. Deze rectificatie moet geplaatst worden gedurende de periode waarin de nieuwste editie van de telefoongids -lees de editie van 2008- de hierboven onder rechtsoverweging 2.5 sub IV advertentie bevat. De rechtbank overweegt dat hierboven in rechtsoverweging 4.16. is geoordeeld dat DSB niet als opdrachtgever van de in de telefoongids -editie 2008- geplaatste advertentie kan worden beschouwd. De vordering tot rectificatie die blijkens de in het petitum geformuleerde eis haar grondslag vindt in voornoemde advertentie, zal dan ook worden afgewezen.

De vordering h (kostenveroordeling)

4.42. De rechtbank constateert dat, hoewel beide partijen aanspraak hebben gemaakt op vergoeding van de volledige proceskosten (artikel 1019h Rv), de vordering niet volledig op een inbreuk van een IE-recht is gebaseerd, maar ook andere grondslagen kent (o.a. misleidende reclame). De rechtbank komt echter niet toe aan het berekenen van de kosten (o.a. op basis van de Indicatie-tarieven in IE-zaken³). In het onderhavige geval zijn partijen over en weer deels in het gelijk en deels in het ongelijk gesteld. De rechtbank acht daarom termen aanwezig om de proceskosten te compenseren als na te melden.

5. De beslissing

De rechtbank

verklaart voor recht dat DSB jegens Huis & Hypotheek onrechtmatig heeft gehandeld door, mede met gebruik van de aanduiding Huis & Hypotheek, in reclameuitingen, de suggestie op te roepen dat DSB de voortzetting van (de onderneming van) Huis & Hypotheek is; compenseert de kosten aldus dat iedere partij de eigen kosten draagt;

verklaart dit vonnis uitvoerbaar bij voorraad;

wijst af het meer of anders gevorderde.

Dit vonnis is gewezen door mr. H. Mol, mr. F. le Poole en mr. P.G.F.A. Geerts en in aanwezigheid van de griffier, mr. J. den Dulk, in het openbaar uitgesproken op 29 april 2009.

³ <http://www.rechtspraak.nl/>