

**LJN: BP7380, Gerechtshof 's-Gravenhage , 200.039.657/01**

Datum uitspraak: 22-02-2011  
Datum publicatie: 10-03-2011  
Rechtsgebied: Handelszaak  
Soort procedure: Hoger beroep  
Inhoudsindicatie: Toerekenbare tekortkoming bij overeenkomst tot registreren en geregistreerd houden van een domeinnaam; gedaagde/appellant betwist dat schade is geleden. Vraag of er ruimte is voor verwijzing naar schadestaatprocedure, dus of de mogelijkheid dat schade is

---

**Uitspraak**

GERECHTSHOF 's-GRAVENHAGE

Sector handel

Zaaknummer : 200.039.657/01

Rolnummer rechtbank : 309-399 HAZA 08 1297

arrest van de vijfde civiele kamer d.d. 22 februari 2011

inzake

[APPELLANT] h.o.d.n. STARFIX,  
wonende te [plaats 1],  
appellant,  
hierna te noemen: [appellant],  
advocaat: thans mr. P. Drenth te Den Haag,

tegen

[GEÏNTEERDE],  
wonende te [plaats 2],  
geïntimeerde,  
hierna te noemen: [geïntimeerde],  
advocaat: thans mr. J. Smolders te Tilburg.

Het geding

Bij exploit van 24 juli 2009 is [appellant] in hoger beroep gekomen van het door de rechtbank 's-Gravenhage tussen partijen gewezen vonnis van 13 mei 2009. [appellant] heeft bij memorie van grieven drie grieven tegen het vonnis aangevoerd. [geïntimeerde] heeft de grieven bestreden bij memorie van antwoord. Vervolgens hebben partijen hun standpunten doen bepleiten door hun voormelde advocaten, voor welke gelegenheid door [appellant] vijf producties (1 tot en met 5) en door [geïntimeerde] zes producties (26 tot en met 31) zijn overgelegd. De advocaten hebben ingestemd met overlegging van de producties door de wederpartij, ook voor zover deze, gelet op het Landelijk procesreglement voor civiele dagvaardingszaken bij de gerechtshoven, te laat zijn ontvangen. Het hof heeft het in het geding brengen van de producties toegelaten. Tenslotte is arrest gevraagd.

Beoordeling van het hoger beroep

1. De door de rechtbank in rechtsoverwegingen 2.1 tot en met 2.22 van het vonnis als vaststaand aangemerkte feiten zijn niet bestreden, zodat ook het hof van die feiten uitgaat.

2. [geïntimeerde] heeft een uitvinding gedaan ter verbetering van het gebruik van fitnessapparaten, welke uitvinding op de markt wordt, althans werd aangeboden onder de naam Fitpads. [appellant] heeft in opdracht van [geïntimeerde] op 6 oktober 2006 voor haar de domeinnaam www.fitpads.com via de door hem ingeschakelde registrar TransIP geregistreerd. Op grond van de tussen partijen gesloten overeenkomst diende [appellant] de

domeinnaam geregistreerd te houden voor de duur van (in eerste instantie) één jaar, derhalve tot 6 oktober 2007. [appellant] - die inmiddels met een derde was overeengekomen zijn hostingactiviteiten over te dragen aan deze derde - heeft op 4 maart 2007 bij zijn registrar TransIP de registratie van de domeinnaam www.fitpads.com opgezegd, waarna TransIP de domeinnaam, eveneens op 4 maart 2007, heeft laten verwijderen. Op 10 april 2007 is de domeinnaam geregistreerd door een Amerikaan K. Berry die aanvankelijk slechts bereid was deze aan [geïntimeerde] over te dragen tegen betaling van een bedrag van USD 10.000,-. Begin 2010 heeft Berry de domeinnaam overgedragen aan [appellant], waarna [appellant] op 21 mei 2010 de domeinnaam weer aan [geïntimeerde] heeft overgedragen. Sedert begin januari 2011 heeft [geïntimeerde] een website onder deze domeinnaam.

3. [geïntimeerde] vorderde, voor zover thans nog van belang, [appellant] te veroordelen tot vergoeding van de schade die zij geleden heeft door de verwijdering van de domeinnaam, op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet, met rente, en veroordeling van [appellant] in de proceskosten. Zij heeft daartoe gesteld dat [appellant] toerekenbaar is tekortgeschoten in de nakoming van de tussen partijen gesloten overeenkomst en dat zij ten gevolge daarvan schade heeft geleden.

4. De rechtbank heeft geoordeeld dat [appellant] toerekenbaar tekort is geschoten in de nakoming van zijn contractuele verplichting. De rechtbank heeft voorts (in rechtsoverweging 4.6) geoordeeld dat door [geïntimeerde] voldoende aannemelijk is gemaakt dat zij als gevolg van de tekortkoming van [appellant] enige schade heeft geleden en dat de vordering tot vergoeding van schade op te maken bij staat voor toewijzing vatbaar is. De grieven richten zich slechts tegen dit oordeel over de mogelijke schade en de daarvoor gegeven motivering. Voor zover ook een grief moet worden gelezen in de stelling van [appellant] in de toelichting op grief III dat er geen sprake meer is van een tekortkoming en de tekortkoming hem niet (meer) is toe te rekenen omdat hij ervoor heeft gezorgd dat de domeinnaam inmiddels in 2010 aan hem (en later aan [geïntimeerde]) is overgedragen, faalt deze. Deze omstandigheid doet er immers niet aan af dat [geïntimeerde] in de overeengekomen periode niet over de domeinnaam heeft beschikt. Bovendien bestond de bevoegdheid tot zuivering niet meer nu [geïntimeerde] de overeenkomst buitengerechtelijk had ontbonden (bij e-mail van haar advocaat van 16 mei 2007) en schadevergoeding vorderde. Ten slotte heeft [appellant] niet tevens vergoeding van eventuele schade en kosten aangeboden.

5. De grieven van [appellant] komen er op neer dat de vordering tot vergoeding van schade op te maken bij staat direct had moeten worden afgewezen en er geen plaats was/is voor verwijzing naar de schadestaatprocedure. Als begroting van de schade in het vonnis niet mogelijk is, spreekt de rechter een veroordeling uit tot schadevergoeding op te maken bij staat. Voldoende voor een verwijzing naar de schadestaatprocedure is dat de mogelijkheid dat (enige) schade is of zal worden geleden aannemelijk is (gemaakt). In de schadestaatprocedure kan meer dan het vaststellen van de feitelijke omvang (de begroting) van de schade aan de orde komen; verschillende andere onderwerpen kunnen (desgewenst) ook pas in de schadestaatprocedure aan de orde worden gesteld, waarbij kan worden gedacht aan vragen omtrent causaal verband, eigen schuld, voordeelstoerekening, matiging van schadevergoeding en verjaring. De grondslag van de aansprakelijkheid moet wel in het hoofdgeding worden vastgesteld, maar de schadestaatprocedure kan er mede toe strekken om vast te stellen dat de eiser(es) schade heeft geleden. Dit doet er niet aan af dat de rechter de vrijheid heeft, ook al strekt de vordering tot schadevergoeding op te maken bij staat, over de vraag of aannemelijk is dat de tekortkoming (mogelijk) tot de gestelde schade heeft geleid, al in het hoofdgeding een beslissing in ontkennende zin te geven, als hij zich daartoe in staat acht.

6. [geïntimeerde] heeft gesteld schade te hebben geleden doordat zij niet kon beschikken over de domeinnaam, (onder meer) omdat

1. dit een negatief effect heeft gehad op de verkopen van de Fitpads-producten,
2. zij ten gevolge daarvan een minder gunstig contract heeft kunnen sluiten met haar licentienemer Armacell GmbH,
3. haar investeringen in haar afgebroken marketingcampagne teniet zijn gegaan,
4. zij kosten moet maken om de domeinnaam terug te krijgen en
5. zij buitengerechtelijke incassokosten heeft gemaakt om de schade te verhalen.

7. De rechtbank heeft in de door [appellant]s bestreden rechtsoverweging 4.6 van het vonnis overwogen dat [geïntimeerde] voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat zij als gevolg van de tekortkoming van [appellant] enige schade heeft geleden. Zij heeft daartoe overwogen dat de door [appellant] aangeboden alternatieve domeinnamen niet kunnen worden geacht gelijkwaardig te zijn aan de (verwijderde) domeinnaam www.fitpads.com en dat door [geïntimeerde] voldoende aannemelijk is gemaakt dat het niet kunnen beschikken over de domeinnaam een negatief effect heeft op de verkoop van de fitpads-producten.

8. [appellant] heeft gemotiveerd betwist dat het niet kunnen beschikken over de domeinnaam de in rechtsoverweging 6 onder 2, 3 en 4 gestelde gevolgen heeft gehad. Hij betwist dat [geïntimeerde] investeringen heeft gedaan en een marketingcampagne heeft gevoerd en dat haar positie ten opzichte van Armacell in de onderhandelingen over het licentiecontract is verslechterd door het niet kunnen beschikken over de domeinnaam. Alvorens de vraag of aannemelijk is dat [geïntimeerde] (mogelijk) de, onder 2 en 3 bedoelde, schade heeft geleden, (ontkennend) te kunnen beantwoorden, zou [geïntimeerde] eerst moeten worden toegelaten tot het door haar op dit punt aangeboden bewijs. Voor bewijslevering in deze procedure ziet het hof echter geen aanleiding. Immers, indien het hof daarna tot het oordeel zou komen dat die vraag ontkennend moet worden beantwoord, zou dit nog niet tot directe afwijzing van de vordering tot vergoeding van schade op te maken bij staat leiden, nu naar het oordeel van het hof ook dan de mogelijkheid aannemelijk is dat [geïntimeerde] enige (andere) schade heeft geleden. [geïntimeerde] heeft weliswaar erkend dat de domeinnaam inmiddels op 21 mei 2010 weer aan haar (om niet) is overgedragen, maar dat doet er niet aan af dat [geïntimeerde] de door haar in punt 32 van de inleidende dagvaarding genoemde, althans enige (buitengerechtelijke) kosten, als bedoeld in rechtsoverweging 6 onder 5, als gevolg van de tekortkoming van [appellant] heeft gemaakt. Bovendien acht het hof de mogelijkheid van enige schade in de vorm van een negatief effect op de verkopen van de fitpads-producten, als vermeld in rechtsoverweging 6 onder 1, aannemelijk. [geïntimeerde] heeft dit door haar gestelde negatieve effect aldus onderbouwd dat zij door het niet kunnen beschikken over een website onder de domeinnaam geen eigen verkopen via de website heeft kunnen doen en het product niet heeft kunnen promoten, naar het hof begrijpt, (ook) ten behoeve van de verkopen door Armacell, van welke verkopen de aan haar verschuldigde licentievergoedingen (bonussen) afhankelijk zijn. [appellant] heeft niet gemotiveerd betwist dat het niet kunnen beschikken over de onderhavige domeinnaam op zichzelf een negatief effect op de verkoop kan hebben. Hij betwist weliswaar dat de website zou dienen voor eigen verkoop door [geïntimeerde], maar erkent, althans betwist niet dat de website een promotiefunctie kan hebben met zijn stelling dat “het vermeende negatieve effect op de verkoop van de fitpads-producten hooguit doelt op de promotiefunctie van de website”. Hij stelt wel dat er op 4 maart 2007 nog geen website was geupload onder de domeinnaam, maar betwist niet gemotiveerd dat [geïntimeerde] toentertijd wel voornemens was dat te doen. Dit voornemen valt ook af te leiden uit het concept van de licentieovereenkomst tussen [geïntimeerde] en Armacell (productie 16 in eerste aanleg), waar in artikel 3.4 is bepaald dat een website [www.fitpads.com](http://www.fitpads.com) zal worden ontwikkeld “in order to support the sale”. Nu deze website niet ontwikkeld kon worden en dus ook niet de bedoelde support-/ promotiefunctie kon vervullen, acht het hof de mogelijkheid van enige schade ten gevolge daarvan aannemelijk. [appellant] stelt dat [geïntimeerde] haar schade had kunnen en moeten beperken door een alternatieve domeinnaam, zoals een van de domeinnamen die [appellant] inmiddels had geregistreerd - [www.fitpads.nl](http://www.fitpads.nl), [www.fitpads.eu](http://www.fitpads.eu), [www.fitpads.org](http://www.fitpads.org) en [www.fitpads.biz](http://www.fitpads.biz) en [www.fit-pads.com](http://www.fit-pads.com) en [www.fit-pads.nl](http://www.fit-pads.nl) - te gebruiken voor een website. [geïntimeerde] heeft gemotiveerd betwist dat de aangeboden domeinnamen een gelijkwaardig alternatief waren en daarmee dat zij haar schade (volledig) had kunnen beperken door een alternatieve domeinnaam te gebruiken. In dat verband twisten partijen of de onderhavige [www.fitpads.com](http://www.fitpads.com) domeinnaam voor [geïntimeerde] een (internationale commerciële) meerwaarde had. Hierbij gaat het er dus in feite om of [geïntimeerde] haar schade had kunnen en moeten beperken en/of de schade (deels) aan haar zelf is toe te rekenen, ter zake waarvan de bewijslast in beginsel op [appellant] rust, die geen bewijsaanbod heeft gedaan. Deze vragen kan het hof thans niet beantwoorden en kunnen in de schadestaatprocedure aan de orde komen. Gelet op het bovenstaande acht het hof de mogelijkheid van enige schade ten gevolge van het niet kunnen beschikken over de domeinnaam in de periode van 4 maart 2007 tot 21 mei 2010 aannemelijk. Dit brengt mee dat de vordering tot vergoeding van schade op te maken dient te worden toegewezen.

9. Het bovenstaande leidt ertoe dat de grieven falen, althans niet tot vernietiging kunnen leiden. Het bestreden vonnis zal derhalve worden bekrachtigd, met veroordeling van [appellant] in de kosten van het hoger beroep.

Beslissing

Het gerechtshof:

bekrachtigt het door de rechtbank 's-Gravenhage tussen partijen op 13 mei 2009 gewezen vonnis;

veroordeelt [appellant] in de kosten van de procedure in hoger beroep, tot op heden aan de zijde van [geïntimeerde] begroot op € 419,- aan verschotten en € 2.682,- aan salaris voor de advocaat, derhalve in totaal een bedrag van € 3.101,- waarvan te voldoen

a. aan de griffier van dit hof een bedrag van € 2.996,25, waarmee de griffier zal handelen overeenkomstig het bepaalde in art. 243 Rv, en

b. aan [geïntimeerde] een bedrag van € 104,75 voor niet in debet gesteld griffierecht;

verklaart de kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

Dit arrest is gewezen door mrs. A.D. Kiers-Becking, M.Y Bonneur en R.C. Schlingemann; het is uitgesproken ter openbare terechtzitting van 22 februari 2010 in aanwezigheid van de griffier.

---