

GERECHTSHOF AMSTERDAM

afdeling civiel recht en belastingrecht, team I

zaaknummer : 200.233.941/01

zaak- en rolnummer rechtbank Amsterdam : C/13/618681/HA ZA 16-1157

arrest van de meervoudige burgerlijke kamer van 14 januari 2020

inzake

V

wonende te
appellant,
advocaat: mr. M. Ellens te Amsterdam,

tegen

1. LEIDSEPLEIN BEHEER B.V.,
gevestigd te Amsterdam,

2. D

wonende te
geïntimeerden,
advocaat: mr. A. van Hees te Amsterdam.

1. Het geding in hoger beroep

Partijen worden hierna V Leidseplein Beheer en D genoemd.
Geïntimeerden gezamenlijk worden in mannelijk enkelvoud D c.s. genoemd.

V is bij dagvaarding van 5 december 2017 in hoger beroep gekomen van een vonnis van de rechtbank Amsterdam van 6 september 2017, onder bovenvermeld zaak- en rolnummer gewezen tussen V als eiser en verweerder in het incident en D c.s. als gedaagde en eiser in het incident.

Partijen hebben daarna de volgende stukken ingediend:

- memorie van grieven, tevens houdende akte wijziging eis, met producties;
- memorie van antwoord.

Partijen hebben de zaak ter zitting van 29 oktober 2019 doen bepleiten, V door mr. Ellens voornoemd, en D c.s. door mrs. L. Bakers, advocaat te Amsterdam, ieder aan de hand van pleitnotities die zijn overgelegd. V heeft ter zitting nog een akte overlegging producties en redactionele aanpassing eis genomen. Ten slotte is arrest gevraagd.

V heeft geconcludeerd dat het hof het bestreden vonnis zal vernietigen en – uitvoerbaar bij voorraad – alsnog D) voor recht zal verklaren dat D c.s. hoofdelijk jegens V aansprakelijk is voor alle schade, als door V sedert 9 augustus 2004 geleden en die hij thans nog

lijdt, en voor alle kosten als door V sedert 9 augustus 2004 gemaakt en nog te maken, als gevolg van het verlies van het eigendom van en het verlies van de controle over de domeinnamen <BULLDOG.COM> en <BULDOG.COM> in de periode van 9 augustus 2004 tot 6 augustus 2009,

II) *primair* D c.s. hoofdelijk zal veroordelen om de schade en de kosten aan de zijde van V door het hof in goede justitie te bepalen, aan V te vergoeden, vermeerderd met wettelijke (handels)rente, of *subsidiair* D c.s. hoofdelijk zal veroordelen om de schade en de kosten aan de zijde van V aan hem te vergoeden, die schade en kosten nader op te maken bij staat, vermeerderd met wettelijke (handels)rente, en ten aanzien van het gevorderde *primair en subsidiair*, D c.s. hoofdelijk zal veroordelen om een voorschot te betalen van € 100.000,-, dan wel een nader door het hof in goede justitie te betalen voorschot, aan V en III) met veroordeling van D c.s. in de kosten van het geding in beide instanties, met nakosten.

D c.s. heeft geconcludeerd tot bekrachtiging van het bestreden vonnis, met - uitvoerbaar bij voorraad - beslissing over de proceskosten.

V heeft in hoger beroep bewijs van zijn stellingen aangeboden.

2. Feiten

De rechtbank heeft in het bestreden vonnis onder 2.1 tot en met 2.13 de feiten vastgesteld die tot uitgangspunt zijn genomen. In grief I wordt betoogd dat deze vaststelling onvolledig is. De voor beoordeling van belang zijnde feiten worden hierna weergegeven. Daarbij dienen de door de rechtbank vastgestelde feiten, die als zodanig in hoger beroep niet in geschil zijn, ook het hof als uitgangspunt. Samengevat en waar nodig aangevuld met niet (voldoende) betwiste feiten, komen de feiten neer op het volgende.

2.1 V exploiteerde sinds respectievelijk 12 november 1997 en 20 april 2000 websites met de domeinnamen Bulldog.com en Buldog.com (hierna gezamenlijk kortweg aangeduid als: de domeinnamen). Via deze domeinnamen werd als startpagina toegang verkregen tot pornografische websites.

2.2 D is grondlegger en eigenaar van het "The Bulldog"-concern in Amsterdam, vooral bekend van de coffeeshops. D is (indirect) 100%-aandeelhouder van Leidseplein Beheer. Leidseplein Beheer is een holdingmaatschappij en licentiehouder van diverse intellectuele eigendomsrechten binnen het concern, waaronder het merk "THE BULLDOG".

2.3 In 2004 is tussen partijen een geschil ontstaan over het gebruik van de domeinnamen door V D c.s. is toen een geschillenprocedure gestart bij de "World Intellectual Property Organization" (hierna: WIPO) met als doel de overdracht van de domeinnamen aan hem. Dit betreft een alternatieve geschillenregeling waarop procedurele regels van toepassing zijn zoals neergelegd in "the Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy" (hierna: het WIPO-beleid). Alvorens een procedure van start gaat, stemmen partijen in met de toepasselijkheid van dit WIPO-beleid. In gevallen waarin beslist wordt dat domeinnamen moeten worden overgedragen, bepaalt artikel 4(k) van dit beleid dat daartoe op verzoek van een partij kan worden overgegaan, tenzij de verliezende partij binnen tien werkdagen melding maakt van een aangespannen bodemprocedure bij de nationale rechter. Een dergelijke overdracht wordt in dat geval bewerkstelligd door de "registrar" Network

Solutions Inc. (hierna: Network Solutions) die de domeinnamen overzet. Artikel 16 van het WIPO-beleid bepaalt dat Network Solutions een “date of implementation” van de beslissing opgeeft aan de partijen.

2.4 Bij beslissing van 7 juni 2004 heeft het WIPO Arbitration and Mediation Center geoordeeld dat de domeinnamen overgedragen dienden te worden aan D c.s.

2.5 Bij dagvaardingen van 28 en 29 juni 2004 heeft V een bodemprocedure aangespannen bij de rechtbank Den Haag waarbij hij een verklaring voor recht heeft gevorderd dat hij met het gebruik van de domeinnamen geen inbreuk maakt op enig recht van D c.s. D c.s. stelde daarbij in reconventie een schadevergoedingsvordering jegens V in.

2.6 Bij e-mail van 28 juni 2004 heeft (de advocaat van) V Network Solutions op de hoogte gesteld van de gestarte bodemprocedure en – onder (impliciete) verwijzing naar artikel 4(k) van het WIPO-beleid – verzocht niet over te gaan tot uitvoering van de beslissing van 7 juni 2004. Bij e-mail van 29 juni 2004 heeft Network Solutions daarop geantwoord dat de melding niet was gedaan binnen de termijn van tien werkdagen en voorts als volgt: *“Therefore, the transfer will occur and upon the receipt of the (...) complaint, we will lock the registration for the duration of the litigation in the Netherlands”.*

2.7 Bij e-mail van 1 juli 2004 heeft (de advocaat van) V daarop geantwoord met een sommatie niet tot overzetten over te gaan, in ieder geval te zorgen dat de domeinnamen niet zouden gaan verwijzen naar andere “content”. Voor het geval aan de sommatie geen gevolg werd gegeven werd Network Solutions daarbij door V aansprakelijk gesteld voor mogelijke schade van Va Deze e-mail werd cc gestuurd aan (de advocaat van) D c.s.

2.8 Op 18 juli 2004 heeft Network Solutions de domeinnamen overgezet op naam van D c.s. Per 9 augustus 2004 verwezen ook de DNS-servers van beide domeinnamen naar websites van D c.s. en niet meer naar websites van Va Vanaf die datum zagen bezoekers van de websites dus niet langer de sites van Va maar die van D c.s.

2.9 Bij e-mail van 10 augustus 2004 heeft (de advocaat van) V zijn beklag gedaan tegenover Network Solutions over het feit dat – in afwijking van de “toezegging” in de e-mail van Network Solutions van 29 juni 2004 – met de uitvoering niet was gewacht op de ontvangst van de uitgebrachte dagvaarding. In deze e-mail, die ook cc aan de advocaat van D c.s. was gericht, stond tevens het volgende vermeld: *“It goes without saying that this is in contradiction with said confirmation and therefore my client will hold Network Solutions as well as Mr. D fully and totally liable for any damages resulting herefrom. (...) Copy will be sent to WIPO and Mr. L. Bakers, as has been done previously.”*

2.10 Bij e-mail van 10 augustus 2004 heeft (de advocaat van) D c.s. aan (de advocaat van) V bericht dat hij van Network Solutions heeft vernomen dat het verzoek van D c.s. tot volledige overdracht van de domeinnamen is gehonoreerd en dat de domeinnamen overgezet zijn naar de server/host van D c.s. In reactie op en met doorzending van dit bericht heeft V bij e-mailbericht van 10 augustus 2004 gericht aan info@bulldog.nl het volgende geschreven: *“Dit bericht is voor d Onderstaande zorgt ervoor dat mijn omzet daalt en ik houd je daarvoor verantwoordelijk. Ik*

zou maar snel de internet traffic forwarden en beginnen met de terug overdracht van domeinnamen.”

2.11 Op 11 en 17 augustus 2004 heeft (de advocaat van) V e-mails gestuurd aan Network Solutions, steeds met de advocaat van D c.s. in de cc, inhoudende dat V schade leed als gevolg van de overzetting door het verlies aan inkomsten. V is bij dagvaarding van 3 september 2004 een kortgedingprocedure tegen Network Solutions gestart. Daarbij is onder meer gesteld dat V aanzienlijke omzetschade lijdt. Bij incidentele conclusie hebben D c.s. verzocht zich te mogen voegen aan de zijde van Network Solutions, alsmede tussen te komen. Bij kortgedingvonnis van 19 oktober 2004 heeft de rechtbank Den Haag zich onbevoegd verklaard om van de vorderingen van V kennis te nemen.

2.12 Bij vonnis van 24 mei 2006, uitvoerbaar bij voorraad verklaard (hersteld) bij vonnis van 19 september 2007, heeft de rechtbank Den Haag in de bodemprocedure geoordeeld dat de beslissing van het WIPO-panel geen arbitraal vonnis inhield en dat zij derhalve niet gebonden was aan dit oordeel. Bij dit vonnis is voorts voor recht verklaard dat de domeinnamen geen inbreuk maakten op enig recht van D c.s. met betrekking tot het teken “The Bulldog”. Dit vonnis is aan D c.s. betekend bij exploit van 14 juli 2009. Het is door het hof Den Haag bij arrest van 2 oktober 2012 bekrachtigd. Deze procedure zal hierna kortweg worden aangeduid als “de bodemprocedure”.

2.13 Bij dagvaarding van 3 juli 2009 heeft V in kort geding gevorderd dat D c.s. wordt veroordeeld tot terug-overdracht van de domeinnamen aan V en tot toewijzing van de DNS-servers naar zijn IP-adressen. Bij het vonnis in dit kort geding van 27 juli 2009 heeft de voorzieningenrechter van de rechtbank Den Haag deze vorderingen toegewezen. In de in deze procedure genomen antwoordakte bevoegdheid van de zijde van V van 20 juli 2009 is het volgende opgenomen: *“Thans stelt Network Solutions anders en is D c.s. – ondanks betekening van de vonnissen d.d. 24 mei 2006 en 19 september 2007 – niet bereid de domeinnamen aan Van der Zwan over te dragen, hetgeen onrechtmatig is jegens V, nu daarmee de tenuitvoerlegging van een executoriale titel wordt geweigerd en V niet over de betreffende domeinnamen kan beschikken, hetgeen hem dagelijks bezoekers kost, die niet op zijn website kunnen kijken en dat resulteert in inkomensschade, waarvoor D aansprakelijk is.”*

2.14 Aan laatstgenoemd vonnis is uitvoering gegeven. Met ingang van 6 augustus 2009 zijn de DNS-servers overgezet naar de websites/IP adressen van V. Via zijn websites is hij onder de domeinnamen vanaf die datum dan ook weer dataverkeer gaan genereren.

2.15 Op verschillende momenten (waaronder in september 2007, mei 2010 en juli 2013) is tussen (de advocaten van) partijen, parallel aan de op dat moment lopende procedures en procedurele vervolgstappen, overleg gevoerd over een mogelijke minnelijke regeling. Dit heeft niet tot resultaat geleid.

2.16 Bij brief van 20 maart 2015 heeft (de gemachtigde van) V D c.s. aansprakelijk gesteld voor de geleden schade als gevolg van het verlies van het gebruik van de domeinnamen over de periode van 9 augustus 2004 tot 6 augustus 2009 tot een bedrag van € 1.725.000,-. D c.s. heeft zich in reactie hierop op het standpunt gesteld dat de vordering tot schadevergoeding is verjaard. V heeft vervolgens in kort geding een voorschot gevorderd op schadevergoeding. Deze vordering is door de voorzieningenrechter van de rechtbank Amsterdam bij vonnis van 25 augustus 2015 afgewezen omdat voorshands

aannemelijk werd geacht dat de vordering was verjaard. Vervolgens is V bij dagvaarding van 7 november 2016 de onderhavige procedure gestart.

3. Beoordeling

3.1 Ter beoordeling staan de hiervoor onder 1 weergegeven vorderingen, zoals ter gelegenheid van het pleidooi redactioneel aangepast. Kort samengevat strekken de vorderingen van V ertoe dat voor recht wordt verklaard dat D c.s. jegens hem aansprakelijk is voor de schade en kosten die hij stelt te hebben geleden en gemaakt als gevolg van het verlies van (de controle op) de domeinnamen in de periode tussen 9 augustus 2004 en 6 augustus 2009 en dat D c.s. wordt veroordeeld tot vergoeding van deze schade en kosten.

3.2 De rechtbank heeft in het bestreden vonnis geoordeeld dat de vorderingen van V zijn verjaard. Tegen deze beslissing en de daaraan ten grondslag gelegde motivering komt V met acht grieven op.

3.3 V grieft met zijn eerste grief tegen de onvolledige vaststelling van de feiten en het niet-meeewegen van een aantal feiten in het bestreden vonnis. Voor zover V klaagt over de onvolledigheid van de door de rechtbank vastgestelde feiten, gaat het hof aan die klachten voorbij omdat de rechter niet verplicht is alle tussen partijen vaststaande feiten weer te geven.

Dat de rechtbank bepaalde vaststaande feiten of omstandigheden ten onrechte niet relevant heeft geacht voor de beoordeling van het geschil, is niet relevant, nu het hof de zaak binnen de grenzen van de rechtsstrijd in hoger beroep opnieuw beoordeelt. Overigens berust deze grief in zoverre op een verkeerde lezing van het bestreden vonnis.

Grief I faalt daarom.

3.4 Met zijn overige grieven voert V aan dat het beroep van D c.s. op verjaring moet worden verworpen, zodat het hof zich inhoudelijk kan richten op het vaststellen van een schadevergoeding gebaseerd op het door V ingebrachte schaderapport van SMAN. Deze grieven lenen zich voor een gezamenlijke behandeling.

3.5 Het hof stelt voorop dat een rechtsvordering tot vergoeding van schade, zoals door V in deze procedure ingesteld, op grond van artikel 3:310 BW verjaart door verloop van vijf jaren na de aanvang van de dag, volgende op die waarop de benadeelde zowel met de schade als met de daarvoor aansprakelijke persoon bekend is geworden. V kan niet worden gevolgd in zijn – met grief II aangedragen – stelling dat de toepasselijke verjaringstermijn niet vijf maar twintig jaar bedraagt. Dat een schadevergoedingsvordering op grond van het slot van artikel 3:310 BW in ieder geval verjaart door verloop van twintig jaren na de gebeurtenis waardoor de schade is veroorzaakt, is op zich juist, maar deze absolute verjaringstermijn kan niet afdoen aan de toepasselijkheid van de relatieve termijn van vijf jaren, die een aanvang neemt zodra de benadeelde bekend is geworden met zowel de schade als de daarvoor aansprakelijke persoon. Naar vaste rechtspraak van de Hoge Raad begint deze verjaringstermijn van vijf jaren te lopen op de dag na die waarop de benadeelde daadwerkelijk in staat is een rechtsvordering tot vergoeding van de door hem geleden schade in te stellen (HR 24 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF0694; HR 31 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:552). Daarvan zal sprake zijn als de benadeelde voldoende zekerheid – die niet een absolute zekerheid behoeft te zijn – heeft verkregen dat de schade is veroorzaakt door tekortschietend of foutief handelen van de betrokken persoon. Een en ander betekent dat het antwoord op de vraag op welk tijdstip de verjaringstermijn is gaan lopen afhankelijk is van

alle ter zake dienende omstandigheden (HR 14 november 2014, ECLI:NL:HR:2014:3240). Voor de aanvang van de verjaringstermijn is niet vereist dat de benadeelde – behalve met de feiten en omstandigheden die betrekking hebben op de schade en de daarvoor aansprakelijke persoon – daadwerkelijk bekend is met de juridische beoordeling van de feiten en omstandigheden waaruit voor hem de schade voortvloeit (HR 26 november 2004, ECLI:NL:HR:2004:AR1739; HR 5 januari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AY8771; HR 31 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:552).

3.6 Toepassing van het bovenstaande op de onderhavige zaak brengt mee dat de verjaringstermijn is gaan lopen op de dag na 9 augustus 2004, de datum waarop de domeinnamen niet langer verwezen naar de sites van Va vanwege de overdracht aan D c.s. Immers, vanaf toen is de gestelde schade ingetreden, terwijl V bekend was met degene aan wie hij dat verweet, namelijk D c.s. De stelling van V dat de verjaringstermijn pas een aanvang nam na het onherroepelijk worden van het arrest van 2 oktober 2012, te weten op 2 januari 2013, kan niet als juist worden aanvaard. Bekendheid met de juridische beoordeling en daarmee de haalbaarheid van de zaak is blijkens de jurisprudentie van de Hoge Raad immers niet vereist. Omdat V op 9 augustus 2004 wist dat hij vanaf dat moment omzet zou derven door de overdracht van de domeinnamen en tevens wist wie hij voor deze schade aansprakelijk zou stellen (zoals hij een dag later ook heeft gedaan), was hij reeds vanaf dat moment daadwerkelijk in staat een rechtsvordering tot vergoeding van de door hem geleden schade in te stellen. Het betoog van V dat voor verschillende schadeonderdelen verschillende verjaringstermijnen op verschillende momenten zijn gaan lopen, snijdt evenmin hout. Wanneer de aansprakelijkheid scheppende gebeurtenis reeds schade heeft veroorzaakt, treft de verjaringstermijn die op de voet van artikel 3:310 lid 1 BW voor de vordering tot vergoeding van die schade begint te lopen mede de vordering tot vergoeding van schade waarvan de benadeelde redelijkerwijs kon verwachten dat hij die als gevolg van diezelfde gebeurtenis zou kunnen gaan lijden, omdat in zoverre sprake is van afzonderlijke elementen van de reeds ingetreden schade (HR 10 september 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM7041). Verworpen wordt het betoog van V (grievens II en VII) dat handelingen van D van na 9 augustus 2004, waaronder in het bijzonder de weigering van D c.s. om direct na 14 juli 2009 de domeinnamen vrijwillig aan V over te dragen, nieuwe schadeveroorzakende feiten behelzen waarvoor separate verjaringstermijnen gelden. Op 14 juli 2009 zijn door V de vonnissen van 24 mei 2006 en 19 september 2007 aan D c.s. betekend (2.12). Deze vonnissen houden echter geen verplichting van D c.s. in om de domeinnamen terug over te dragen. Enig onzorgvuldig handelen van D c.s. kan daarop dan ook niet worden gebaseerd. V heeft verder geen feiten of omstandigheden aangedragen die, indien bewezen, de gevolgtrekking kunnen dragen dat D c.s. in de periode na 14 juli 2009 nieuwe schadeveroorzakende en aansprakelijkheidscheppende feiten heeft gepleegd. De verjaring heeft derhalve op 10 augustus 2004 een aanvang genomen.

3.7 Niet in geschil is dat V de verjaring bij e-mail van dezelfde dag (zie in rechtsoverweging 2.9 hiervoor) heeft gestuit. Wel in geschil is of V de verjaring nadien tijdig, dat wil zeggen voor 11 augustus 2009 heeft gestuit, zoals V stelt en D c.s. betwist. V voert achtereenvolgens met zijn grieven IV, V en VI aan dat de verjaring is gestuit door handelingen van V als gerechtigde in de zin van artikel 3:316 BW en door handelingen van V als schuldeiser in de zin van artikel 3:317 alsook door erkenning door D c.s. zoals bedoeld in artikel 3:318 BW. D c.s. betwist dat hij de vordering(en) heeft erkend en meent dat noch enige proceshandeling

noch de correspondentie over en weer kan worden gezien als een tijdige stuitingshandeling. Dienaangaande overweegt het hof als volgt.

3.8 Volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad dient een stuitingshandeling naar inhoud en strekking een voldoende duidelijke waarschuwing aan de schuldenaar in te houden dat hij ook na het verstrijken van de verjaringstermijn ermee rekening moet houden dat hij de beschikking houdt over zijn gegevens en bewijsmateriaal opdat hij zich tegen een alsnog ingestelde vordering van de schuldeiser behoorlijk kan verweren (HR 14 februari 1997, nr. 16144; HR 8 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM9615; HR 18 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2741). Aan de mededeling die aan de schuldenaar wordt gedaan kan weliswaar niet de eis worden gesteld dat deze nauwkeurig de vordering moet omschrijven waarvoor de schuldeiser zich het recht op nakoming voorbehoudt met aanwijzing van de correcte juridische grondslag daarvoor, maar voor een voldoende duidelijke waarschuwing is wel noodzakelijk dat voor de schuldenaar kenbaar is welke vordering is bedoeld. Daartoe is in elk geval vereist dat de vordering zodanig is omschreven dat de schuldenaar kan begrijpen welk recht op nakoming wordt voorbehouden en waartegen hij zich eventueel heeft te verweren (HR 8 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM9615). In de artikelen 3:316, 317 en 318 BW waarop V zich beroept worden verschillende gevallen van stuiting van verjaring onderscheiden en worden uiteenlopende vormvereisten gesteld aan de stuiting in die verschillende gevallen.

3.9 Ingevolge artikel 3:316 BW wordt de verjaring van een rechtsvordering gestuit door het instellen van een eis, alsmede door iedere andere daad van rechtsvervolging van de zijde van de gerechtigde, die in de vereiste vorm geschiedt. Anders dan V ingang wil doen vinden, hebben de rechtsvorderingen die zijn ingesteld in de bodemprocedure en het kort geding geen stuitende werking gehad voor de rechtsvordering tot het vergoeden van schade die het gevolg is van het (controle)verlies van de domeinnamen in de periode tussen 9 augustus 2004 en 6 augustus 2009. Daartoe overweegt het hof dat in de bodemprocedure en het daarop volgende kort geding geen juridische beoordeling is gevraagd of verkregen van de (on)rechtmatigheid van het handelen van D c.s. dat volgens V de grondslag vormt voor de gevorderde schadevergoeding. In de op 28 juni 2004 door V gestarte bodemprocedure tegen D c.s., resulterend in het arrest van het hof Den Haag van 2 oktober 2012, werd een negatieve verklaring voor recht gevorderd en toegewezen dat V met het gebruik van de domeinnamen geen inbreuk maakt op enig recht van D c.s. De in de bodemprocedure ingestelde rechtsvordering berust op een andere grondslag dan de onderhavige rechtsvordering tot vergoeding van de schade. Terwijl de insteek in de bodemprocedure is dat V niet onrechtmatig handelde jegens D c.s. voert V voor zijn onderhavige vordering tot vergoeding van schade aan dat andersom D c.s. jegens V wel onrechtmatig handelde. Het onderwerp van de kortgedingprocedure in juli 2009 was evenmin een vordering tot vergoeding van schade, maar opnieuw het bezit en daarop aansluitend de overdracht van de domeinnamen. De vordering in dit kort geding tot overdracht van de domeinnamen was gegrond op de toegewezen verklaring voor recht in de bodemprocedure dat V met het gebruik van de domeinnamen geen inbreuk maakte op enig recht van D c.s.

3.10 De in de bodemprocedure en het kort geding ingestelde vorderingen kunnen niet op één lijn worden gesteld met de vordering tot schadevergoeding wegens onrechtmatig handelen van D c.s., zodat de desbetreffende dagvaardingen en andere processtukken waarop V zich beroept niet kunnen worden aangemerkt als het instellen van een eis of een andere daad van rechtsvervolging als bedoeld in art. 3:316 BW, waardoor de verjaringstermijn is gestuit. Noch het vorderen van een negatieve verklaring voor recht dat V niet

onrechtmatig heeft gehandeld noch het instellen van de vordering in kort geding tot terugoverdracht van de domeinnamen kan naar het oordeel van het hof gelden als een voldoende duidelijke waarschuwing dat V zich het recht op schadevergoeding jegens D c.s. voorbehoudt. Dat in de processtukken wel is gewezen op de schade die V door het controleverlies van de domeinnamen leed en is gesteld dat V daarvoor aansprakelijk is (zie rechtsoverweging 2.13, hiervoor), kan hieraan niet afdoen. V heeft niet voldoende duidelijk een recht op vergoeding van die schade voorbehouden. Hij heeft de bewuste stellingen juist geuit ter onderbouwing van het belang van V bij de gevorderde negatieve verklaring voor recht en de gevorderde terugoverdracht van de domeinnamen. De stelling dat de betekening van het vonnis in de bodemprocedure bij exploit van 14 juli 2009 als daad van rechtsvervolging de verjaring heeft gestuit, stuit eveneens af op het bovenstaande. Dit betekent dat grief IV faalt en dat het hof toekomt aan de bespreking van stuitingshandelingen op de voet van artikel 3:317 BW.

3.11 Ingevolge artikel 3:317 BW wordt de verjaring van een rechtsvordering tot nakoming van een verbintenis, zoals de verbintenis tot vergoeding van schade, gestuit door een schriftelijke aanmaning of door een schriftelijke mededeling waarin de schuldeiser zich ondubbelzinnig zijn recht op nakoming voorbehoudt. Bij de beoordeling of de mededeling aan de in art. 3:317 lid 1 BW gestelde eisen voldoet, dient niet alleen te worden gelet op de formulering daarvan, maar ook op de context waarin de mededeling wordt gedaan en op de overige omstandigheden van het geval (vgl. HR 18 september 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI8502; HR 4 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1489). Bij deze beoordeling kan onder omstandigheden mede betekenis toekomen aan de verdere correspondentie tussen partijen (HR 28 oktober 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ7063; HR 18 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2741; HR 4 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1489). V bepleit dat zijn mededelingen aan D c.s. en zijn processtukken in de tussen hen gevoerde procedures voor D c.s. reden hadden moeten zijn om er rekening mee te houden dat V na toewijzing van de gevraagde verklaring voor recht in de bodemprocedure van D c.s. schadevergoeding zou eisen. V draagt daarbij aan dat D c.s. een professioneel handelende partij is met veel proceservaring, ook op het gebied van intellectueel eigendom. V wijst daarnaast op (de inhoud van) het overleg over een minnelijke regeling dat partijen in de loop der jaren hebben gevoerd (zie in rechtsoverweging 2.15, hiervoor). V stelt dat er voldoende mededelingen zijn gedaan sedert 10 augustus 2004 om tot de conclusie te komen dat de verjaringstermijn tijdig is gestuit.

3.12 Het hof volgt V niet in dit betoog. Daartoe overweegt het hof als volgt. De dagvaarding van 3 september 2004 in de kortgedingprocedure tegen Network Solutions vormt geen mededeling aan D c.s. en heeft de verjaring niet gestuit. Niet valt in te zien dat dit een schriftelijke aanmaning of mededeling betreft waarin V tegenover D c.s. ondubbelzinnig zijn recht op schadevergoeding voorbehoudt. Van een daad van rechtsvervolging van de zijde van de V die de onderhavige verjaring stuit zoals bedoeld in artikel 3:316 BW is evident geen sprake, nu het een kort geding tegen Network Solutions betreft dat geenszins ziet op vergoeding van schade door D c.s. aan V. Of de verjaring is gestuit door een e-mail van 29 mei 2005 en/of een aangetekende brief van 20 december 2015 die V ter gelegenheid van het pleidooi in hoger beroep heeft overgelegd (maar waarvan D c.s. het bestaan, de (aangetekende) aanbieding en de ontvangst gemotiveerd betwist), kan in het midden blijven, indien en voor zover er vervolgens geen stuitingshandelingen meer zijn verricht tot 20 december 2010. V beroept zich in dit verband op de confraternele correspondentie tussen de advocaten van partijen en in het bijzonder op een niet-overgelegde brief van 28 september 2007 en een niet-overgelegde e-

mail van 27 mei 2010. Naar het oordeel van het hof heeft V onvoldoende feiten en omstandigheden gesteld die de conclusie kunnen dragen dat een van deze stukken is aan te merken als een schriftelijke mededeling waarin V zich ondubbelzinnig zijn recht op schadevergoeding heeft voorbehouden in de zin van de in rechtsoverweging 3.8 genoemde jurisprudentie van de Hoge Raad. Het overleg tussen (de advocaten van) partijen heeft plaatsgehad in de context van de lopende procedures over het bezit en de overdracht van de domeinnamen. Daarbij is, zoals ter gelegenheid van het pleidooi gesteld en niet (voldoende) betwist, nooit gesproken over een schadebedrag ter zake van het omzetverlies van V

door het verlies van (de controle over) de domeinnamen in de periode van 9 augustus 2004 tot 6 augustus 2009. Gesproken werd over een mogelijke overdracht of eventueel verkoop van de domeinnamen aan een derde of tussen partijen. Anders dan V betoogt kan tegen deze achtergrond weinig betekenis worden toegekend aan de omstandigheid dat in de voorstellen die in september 2007 en februari 2008 tussen (de advocaten van) partijen zijn gewisseld, is opgenomen dat partijen over en weer geen vergoedingen vorderen wegens geleden schade of gemaakte kosten. Met die clause beoogden partijen kennelijk te voorkomen dat er mogelijk nieuwe geschillen tussen hen zouden rijzen. D c.s. heeft onbetwist gesteld dat de correspondentie en de onderhandelingen zich toespitsten op het bezit en de overdracht van de domeinnamen en een eventuele vergoeding die door D c.s. of V betaald zou worden voor dat bezit of die overdracht. Dat het exploit van 14 juli 2009 noch de akte van 20 juli 2009 de verjaring heeft gestuit volgt uit hetgeen in rechtsoverweging 3.9 en 3.10 is overwogen.

Het bovenstaande leidt het hof tot de gevolgtrekking dat in de beslissende periode geen sprake is van een voldoende duidelijke waarschuwing aan D c.s. waaruit D c.s. heeft moeten begrijpen dat V het recht op schadevergoeding voorbehield en dat hij zich daartegen had te verweren. De bewijsaanbiedingen van V ter zake van de e-mail van 29 mei 2005 en de brief van 20 december 2015 die hij stelt aan D c.s. te hebben verstuurd, worden gepasseerd, omdat – zoals hiervoor is toegelicht – het al dan niet vast komen te staan van deze correspondentie niet tot een ander oordeel kan leiden. Grief V is derhalve tevergeefs voorgesteld en het hof gaat thans over op bespreking van artikel 3:318 BW waarop V met grief VI een beroep doet.

3.13 Erkenning van het recht tot welks bescherming een rechtsvordering dient, stuit de verjaring van de rechtsvordering tegen hem die het recht erkent, aldus artikel 3:318 BW. V meent dat uit de door hem aangehaalde citaten uit de processtukken en correspondentie van D c.s. een erkenning van schade en daarmee een erkenning als hier bedoeld kan worden afgeleid. Nog daargelaten dat D c.s. gemotiveerd heeft betwist dat hij schade van V heeft erkend, heeft te gelden dat erkenning van schade nog geen erkenning van aansprakelijkheid daarvoor impliceert. Dat D c.s. op enig moment aansprakelijkheid jegens V heeft erkend, is gesteld noch gebleken. Grief VI stuit hierop af.

3.14 Het bovenstaande leidt tot de conclusie dat de vorderingen van Van der Zwan zijn verjaard. Dit betekent dat het hof niet toekomt aan de overige verweren van D c.s. die inhouden dat D c.s. niet onrechtmatig jegens V heeft gehandeld, dat de eigen schuld van V een eventuele vordering op D c.s. decimeert en dat het door V gevorderde bedrag niet voor vergoeding in aanmerking komt. De overige grieven van V die in het bovenstaande nog geen behandeling hebben gevonden, te weten de grieven III en VIII, kunnen V evenmin baten. Grief III heeft betrekking op de wijze waarop de rechtbank in het bestreden vonnis het oordeel van de voorzieningenrechter in de beoordeling heeft betrokken. Nog daargelaten dat een andere wijze, gelet op het vorenoverwogene, inhoudelijk niet tot een andere uitkomst van dit geschil

kan leiden, berust de stelling van V dat deze wijze strijdig zou zijn met artikel 257 Rv. op een onjuiste lezing van het vonnis. De enkele verwijzing naar de motivering van de voorzieningenrechter betekent niet dat het kortgedingvonnis op de beslissing van de bodemrechter heeft geprejudicieerd. Het vonnis getuigt integendeel van een zelfstandige beoordeling van het geschil. Grief VIII keert zich, tot slot, tegen de afwijzing van de vorderingen in eerste aanleg en de veroordeling van V in de kosten van de procedure in eerste aanleg. Deze grief strandt ook.

3.15 De slotsom is dat de grieven falen. Het vonnis waarvan beroep zal worden bekrachtigd. Het bewijsaanbod van V wordt gepasseerd, aangezien geen stellingen te bewijzen zijn aangeboden, die, indien bewezen, tot een andere beslissing zouden kunnen leiden. V zal als in het ongelijk gestelde partij worden verwezen in de kosten van het geding in appel.

4. Beslissing

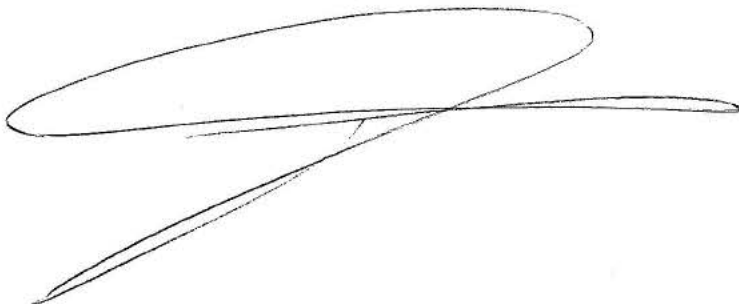
Het hof:

bekrachtigt het vonnis waarvan beroep;

veroordeelt V in de kosten van het geding in hoger beroep, tot op heden aan de zijde van D c.s. begroot op € 726,- aan verschotten en € 9.483,- voor salaris;

verklaart deze veroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

Dit arrest is gewezen door mrs. A.P. Wessels, A.L.M. Keirse en J.W.M. Tromp en door de rolraadsheer in het openbaar uitgesproken op 14 januari 2020.



mr. J.C.W. Rang

AFGEGEVEN VOOR GROSSE
AAN: *mr. A. van't Lees*
DE GRIFFIER

BAT