

**LJN: BU8950, Gerechtshof 's-Hertogenbosch , HD 200.071.041**

Datum uitspraak: 20-12-2011

Datum 23-12-2011

publicatie:

Rechtsgebied: Civiel overig

Soort procedure: Hoger beroep kort geding

Inhoudsindicatie: Kort geding over gebruik handelsnaam door neuropsychologische praktijk; Hof is voornamelijk van oordeel dat de beroepspraktijk op commerciële wijze aan het rechtsverkeer heeft deelgenomen en dus in het kader van handelsnaamwet als onderneming kan worden aangemerkt.

Vindplaats(en): Rechtspraak.nl

**Uitspraak**

GERECHTSHOF 's-HERTOGENBOSCH

Sector civiel recht

zaaknummer HD 200.071.041

arrest van de vierde kamer van 20 december 2011

in de zaak van

1. PONTIFIX B.V.,  
gevestigd te [vestigingsplaats],  
2. [X.],  
wonende te [woonplaats],  
appellanten in principaal appel,  
geïntimeerden in incidenteel appel,  
advocaat: mr. J. Smolders,

tegen:

1. [Y.],  
wonende te [woonplaats], België,  
2. de commanditaire vennootschap TILBURGS AMBULATORIUM NEUROPSYCHOLOGIE,  
gevestigd te [vestigingsplaats],  
geïntimeerden in principaal appel,  
appellanten in incidenteel appel,  
advocaat: mr. E.J.A. Vilé,

op het bij exploit van dagvaarding van 23 juli 2010 ingeleide hoger beroep van het door de rechtbank Breda in kort geding gewezen vonnis van 25 juni 2010 tussen principaal appellanten – hierna afzonderlijk Pontifix en [X.] genoemd dan wel gezamenlijk aan te duiden als Pontifix c.s. - als eisers in conventie en verweerders in reconventie en principaal geïntimeerden – afzonderlijk aan te duiden als [Y.] en TAN C.V. dan wel gezamenlijk als [Y.] c.s. - als gedaagden in conventie en eiseressen in reconventie.

1. Het geding in eerste aanleg (zaaknr. 217823/KG ZA 10-221)

Voor het geding in eerste aanleg verwijst het hof naar voormeld vonnis.

2. Het geding in hoger beroep

2.1. Bij memorie van grieven heeft Pontifix c.s. twaalf grieven aangevoerd, bewijs aangeboden,

producties (genummerd 21 t/m 41) overgelegd en geconcludeerd tot vernietiging van het vonnis waarvan beroep en, kort gezegd, tot het alsnog toewijzen van de (met uitzondering van de meervoudsvorm ongewijzigde) vorderingen van Pontifix c.s. in conventie en tot afwijzing van de vorderingen in reconventie van [Y.] c.s. en voorts in hoger beroep gevorderd [Y.] c.s., kort gezegd, te veroordelen tot de reële proceskosten ex art. 1019h Rv, met primair een verdeelsleutel van ten minste 70% van de reële proceskosten ex art. 1019h Rv en maximaal 30% volgens het liquidatietarief, subsidiair een door het hof te bepalen verdeelsleutel, tot betaling van de wettelijke verpagingsrente over de proceskosten vanaf twee weken na het arrest en tot betaling van de nakosten.

2.2. Bij memorie van antwoord heeft [Y.] c.s. de grieven bestreden. Voorts heeft [Y.] c.s. incidenteel appel ingesteld, daarin drie grieven aangevoerd, bewijs aangeboden, producties (genummerd 14 t/m 22) overgelegd en geconcludeerd, kort gezegd, tot bekrachtiging van het vonnis in conventie en reconventie, zo nodig onder verbetering en/of aanvulling van gronden en correctie van de feiten, en tot veroordeling van Pontifix c.s. in de proceskosten van [Y.] c.s. conform art. 1019h Rv, althans tot vergoeding van de redelijke en evenredige gerechtskosten en andere kosten.

2.3. Pontifix c.s. heeft in incidenteel appel geantwoord en daarbij producties overgelegd (genummerd 43 t/m 53).

2.4. Pontifix c.s. heeft nog een akte inbrengen producties in het incidenteel appel en een akte in principaal appel genomen en daarbij de producties 54 en 55 in het geding gebracht. [Y.] c.s. heeft daarop bij antwoordakte/akte uitlating gereageerd en aan deze akte een overzicht van de gevorderde proceskosten gehecht.

2.5. Partijen hebben hun zaak ter zitting van het hof van 3 maart 2011 doen bepleiten, Pontifix c.s. door mr. J. Smolders en [Y.] c.s. door mr. E.J.A. Vilé. Beide advocaten hebben gepleit aan de hand van overgelegde pleitnotities. Ter zitting heeft Pontifix c.s. producties (genummerd 56, 57 en 58) overgelegd, welke producties tevoren tijdig aan het hof en de wederpartij zijn toegezonden. De zaak is in overleg met partijen aangehouden voor akte uitlating verwijzing mediation.

2.6. Op de rol van 15 maart 2011 is door Pontifix c.s. een akte genomen waarin is meegedeeld dat de zaak dient te worden aangehouden in verband met mediation. Op de rol van 4 oktober 2011 is bericht dat de mediation niet tot overeenstemming heeft geleid. Pontifix c.s. heeft daarna de stukken overgelegd voor arrest.

### 3. De gronden van het hoger beroep

Voor de tekst van de grieven wordt verwezen naar de beide memories.

### 4. De beoordeling

in principaal en incidenteel appel

4.1. De voorzieningenrechter heeft in r.o. 3.1 de feiten vastgesteld waarvan in dit geschil dient te worden uitgegaan. Grief 1 in principaal appel en grief 1 in incidenteel appel zijn tegen deze feitenvaststelling gericht. Volgens grief 1 van Pontifix c.s. behoeft dit feitenoverzicht op een aantal punten correctie en/of aanvulling. Ook grief 1 van [Y.] c.s. klaagt erover dat het feitenoverzicht onvolledig is en een aantal onjuistheden bevat. Deze grieven zijn deels terecht opgeworpen. Het enkele feit dat deze grieven (deels) slagen betekent echter nog niet dat het beroepen vonnis moet worden vernietigd.

4.2. Dit leidt tot het volgende overzicht van de relevante feiten.

(a) [X.] is tot 1 oktober 2009 als hoogleraar Kinder- en Jeugdpsychologie verbonden geweest aan – thans – de UvT, vanaf die datum is hij met emeritaat.

In 1978 heeft [X.] binnen de UvT een centrum voor neuropsychologische diagnostiek opgericht. Dit onderzoekscentrum van de UvT trad vanaf eind jaren tachtig naar buiten onder de naam 'Tilburgs Ambulatorium Neuropsychologie', ook afgekort als 'TAN'. (b) In 1983 is [Y.] gaan werken bij het TAN, eerst als stagiaire van [X.], daarna achtereenvolgens als student-assistent, wetenschappelijk assistent en gediplomeerd GZ-psycholoog. [Y.] was tevens lange tijd universitair docent (UD) aan de UvT bij de vakgroep Kinder- en Jeugd/ontwikkelingspsychologie.

(c) Op 20 mei 2003 zijn [X.] en [Y.] een maatschap aangegaan. Artikel 2 van de maatschapsakte luidt:

"De maatschap heeft ten doel het – teneinde kosten te besparen gezamenlijk – uitoefenen van een praktijk voor psychologische dienstverlening aan mensen met functiestoornissen en het verrichten van al hetgeen met het vorenstaande in de ruimste zin van het woord genomen verband houdt, het in dat verband eventueel verkrijgen van goederen en het eventueel aannemen van medewerkers."

De maatschap heeft een praktijkruimte gehuurd aan de [vestigingsadres 1.] te [vestigingsplaats A.]. [X.] en [Y.] betaalden ieder de helft van de huur. De praktijk handelde onder de naam 'Tilburgs Ambulatorium Neuropsychologie', afgekort 'TAN', en werd onder deze naam in de telefoongids vermeld met het telefoonnummer [telefoonnummer].

(d) Op 21 juni 2004 heeft [X.] de vennootschap Pontifix B.V. opgericht en daarin zijn praktijk ingebracht. Sinds 1 juli 2004 heeft Pontifix zich gedragen als deelgenoot in de maatschap met [Y.].

(e) Per 1 februari 2005 heeft [Y.] de domeinnaam t-a-n.nl geregistreerd. De domeinnaam is in gebruik genomen voor de website van de praktijk van de maatschap.

(f) Samen met de Engelse vennootschap Martine Limited heeft [Y.] per 1 oktober 2007 TAN C.V. opgericht. Deze vennootschap houdt zich bezig met psychologische diagnostiek en is gevestigd aan de [vestigingsadres 1.] te [vestigingsplaats A.].

(g) Per 1 augustus 2008 heeft [Y.] genoemde praktijkruimte verlaten en haar intrek genomen in een grotere praktijkruimte aan de [vestigingsadres 2.] te [vestigingsplaats B.]. Aldaar voert zij nog steeds praktijk onder de naam 'Tilburgs Ambulatorium Neuropsychologie', afgekort als 'TAN'. De domeinnaam t-a-n.nl gebruikt [Y.] voor de website van haar praktijk aan de [vestigingsadres 2.] te [vestigingsplaats B.].

(h) Op 19 februari 2009 hebben [X.] en zijn dochter [A.] het woordmerk TAN gedeponereerd bij het Benelux-Bureau voor de Intellectuele Eigendom voor de warenklassen 41, 42, en 44 (het aanbieden van opleidingen inzake neuropsychologie, respectievelijk het verrichten van wetenschappelijk onderzoek en het verlenen van psychologische hulp). Op 10 april 2009 is het woordmerk TAN ingeschreven.

(i) In een schriftelijke verklaring van 27 april 2009 van prof. dr. [Z.], decaan Faculteit Sociale Wetenschappen, verklaart deze, voor zover van belang, dat:

" prof. dr. [X.] in 1978 het Tilburgs Ambulatorium Neuropsychologie (TAN) heeft opgericht en sindsdien leiding heeft gegeven aan het TAN. Bij het TAN werkten gedurende afwisselende perioden pas afgestudeerde psychologen gedurende korte of langere tijd.(..) In de loop der jaren werden ongeveer 4000 patiënten onderzocht.(..) Bij het TAN liepen tientallen studenten van diverse universiteiten stage in het kader van hun opleiding. Gegevens verkregen in het TAN werden gebruikt voor onderwijs en research doeleinden."

(j) Bij schriftelijke verklaring van 15 juni 2009 zijn Pontifix, vertegenwoordigd door [X.], en [Y.] overeengekomen dat zij de maatschap per deze datum ontbinden, dat de maatschap feitelijk als sinds 1 augustus 2008 is ontbonden en dat de boeken, papieren en bescheiden van de maatschap onder [Y.] blijven berusten. Deze verklaring is door [X.] op 21 oktober 2009 getekend.

(k) In een schriftelijke verklaring van 4 januari 2010 van prof. [Z.] aan [X.] staat:

"Zowel 'TAN' als 'Tilburgs Ambulatorium Neuropsychologie' zijn vanaf juni 1988 als handelsnaam gevoerd in bijvoorbeeld folders, op briefpapier en in verband met internationale samenwerkingscontacten zoals N.A.A. (Neuropsychological Ambulatory Aruba) jegens patiënten, specialisten, collegae en zorgverzekeraars. Op 1 januari 2003 heeft de – thans – Universiteit van Tilburg de handelsnamen aan u over gedragen."

(l) Bij dagvaarding van 7 juni 2010 heeft [Y.] c.s. tegen [X.] en zijn dochter de nietigverklaring van het depot van het woordmerk TAN gevorderd, stellende dat er sprake is van een depot te kwader trouw vanwege voorgebruik van het teken TAN en omdat het teken TAN gelijk is aan een bestaande handelsnaam TAN.

4.3.1. Bij dagvaarding van 21 april 2010 hebben Pontifix en [X.] het onderhavige kort geding jegens [Y.] en TAN C.V. aanhangig gemaakt. Pontifix en [X.] vorderen, rekening houdende met de in hoger beroep gecorrigeerde meervoudsvorm, dat [Y.] en TAN C.V. hoofdelijk dan wel primair [Y.] en subsidiair TAN C.V. worden veroordeeld, zakelijk weergegeven:

1. tot het binnen veertien dagen na het vonnis verstrekken van het origineel danwel (tegen betaling) een afschrift van alle boeken, papieren en bescheiden die accountant [Q.] dan wel de voorzieningenrechter nodig acht voor de vereffening van de maatschap;
2. tot het binnen veertien dagen na het vonnis meewerken aan de overdracht van de domeinnaam t-a-n.nl aan Pontifix en [X.];
3. tot het binnen veertien dagen na het vonnis meewerken aan de overdracht aan Pontifix en [X.] van het telefoonnummer [telefoonnummer];
4. onmiddellijk iedere inbreuk op het merkrecht, auteursrecht, handelsnaamrecht of andere rechten van Pontifix en [X.] op het merk TAN en de handelsnamen TILBURGS AMBULATORIUM NEUROPSYCHOLOGIE te staken en gestaakt te houden;
5. binnen veertien dagen na het vonnis haar statutaire benaming en de benaming in het handelsregister zodanig te wijzigen dat daarin niet voorkomen de woorden TILBURGS AMBULATORIUM NEUROPSYCHOLOGIE of TAN, noch daarop gelijkende woorden;
6. onmiddellijk het anderszins onrechtmatig aanhaken bij de reputatie en bekendheid van Pontifix en [X.] te staken en gestaakt te houden;
7. mee te werken aan een door de voorzieningenrechter te bepalen wijze van verdeling en vereffening, waarbij in ieder geval de handelsnamen TILBURGS AMBULATORIUM NEUROPSYCHOLOGIE en TAN, de domeinnaam t-a-n.nl en het telefoonnummer [telefoonnummer] aan Pontifix en [X.] worden toegescheiden;
8. tot het afleggen van rekening en verantwoording binnen veertien dagen na dit vonnis;
9. tot het binnen veertien dagen na vereffening verstrekken van een vrijwaring van Pontifix en [X.] van iedere aansprakelijkheid voor schulden van de maatschap;
10. tot zover één en ander op verbeurte van een dwangsom;
11. tot betaling van een voorschot van € 5.000,- ten titel van schadevergoeding;
- 12, 13 en 14. tot betaling van de werkelijke proceskosten ex artikel 1019h Rv, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf veertien dagen na dagtekening van dit vonnis en te vermeerderen met de nakosten.

4.3.2. [Y.] en TAN C.V. vorderen op hun beurt in reconventie dat Pontifix en [X.] worden veroordeeld om, kort gezegd, iedere inbreuk op de handelsnaamrechten van [Y.] en TAN C.V. dan wel het onrechtmatig handelen jegens [Y.] en TAN C.V. te staken en gestaakt te houden, waaronder uitdrukkelijk begrepen het gebruik van de handelsnamen Tilburgs Ambulatorium Neuropsychologie en TAN, het gebruik van de domeinnaam www.tanpsychologie.nl en het gebruik van het merk TAN, dit op straffe van verbeurte van een dwangsom en met hoofdelijke veroordeling van Pontifix en [X.] in de volledige proceskosten op grond van artikel 1019h Rv.

4.3.3. De voorzieningenrechter heeft in het beroepen vonnis, kort samengevat, de vorderingen van Pontifix en [X.] afgewezen en de vorderingen van [Y.] en TAN C.V. grotendeels toegewezen. De voorzieningenrechter heeft daartoe, voor zover in dit hoger beroep van belang en kort samengevat, in conventie overwogen:

- i) dat bij de beoordeling van het geschil als uitgangspunt wordt genomen dat er van 20 mei 2003 tot 1 augustus 2008 feitelijk een maatschap heeft bestaan die zich bezig heeft gehouden met de exploitatie van een psychologiepraktijk onder de handelsnaam 'TAN', dat [Y.] in deze maatschap deelgenoot was, eerst samen met [X.] en vanaf 1 juli 2004 met Pontifix en dat Pontifix en [Y.] als deelgenoten verdeling van de goederen van de maatschap kunnen vorderen (r.o. 4.3);
- ii) dat de vraag is welke goederen van de maatschap voor verdeling in aanmerking komen en dat het gelet op de tekst van de maatschapsakte lijkt te gaan om een eenvoudige kostenmaatschap, waarvan de inkomsten louter bestaan uit een jaarlijkse storting door beide deelgenoten van hetzelfde bedrag, waarmee de huurtermijnen en een aantal administratieve kosten zijn voldaan; dat de domeinregistraties, telefoonaansluiting, personeelskosten en andere zaken niet door de maatschap zijn betaald en aldus buiten de maatschap vallen, dat dit aansluit bij hetgeen ter zitting is gebleken, namelijk dat [X.] en [Y.] elk hun eigen klanten hadden en daarmee feitelijk elk een zelfstandige praktijk onder gemeenschappelijke naam voerden; dat [Y.] bij de verhuizing haar

klanten, personeel en meubilair heeft meegenomen, dat op grond van de overeenkomst van 15 juni 2009 de boeken, papieren en bescheiden van de maatschap bij [Y.] blijven en dat [X.] de zaken houdt zoals vermeld op de lijst die door [Y.] c.s. als productie 3 is overgelegd, en dat niet gebleken is dat er voor het overige nog zaken te verdelen zijn (r.o. 4.4);  
iii) dat Pontifix en [X.] stellen rechthebbende te zijn op de handelsnaam TAN, maar dat van een formele eigendomsoverdracht door de UvT niet is gebleken en dat de auteursrechtelijke aanspraak van [X.] op de term 'ambulatorium' daarmee tegenstrijdig is; dat naar het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter de maatschap zich de naam 'Tilburgs Ambulatorium Neuropsychologie' en de afkorting 'TAN' heeft toegeëigend toen het onderzoekscentrum van de UvT met dezelfde naam werd opgeheven en dat er sinds de ontbinding van de maatschap geen formeel rechthebbende is op de naam (r.o. 4.5);  
iv) dat het beroep van [X.] op het woordmerk TAN evenmin kan slagen aangezien [X.] zonder twijfel op de hoogte moet zijn geweest van het gebruik van de afkorting door de maatschap zodat sprake is van een depot te kwader trouw en de vordering van [Y.] en TAN C.V. tot vernietiging van het woordmerk TAN een grote kans van slagen heeft (r.o. 4.6).

In reconventie oordeelt de voorzieningenrechter, kort samengevat:

v) dat de stelling van [Y.] dat Pontifix en [X.] (onrechtmatig) inbreuk maken op de aan [Y.] toekomende handelsnaamrechten, merkrechten en domeinnaam niet helemaal opgaat, omdat uit hetgeen in conventie is overwogen volgt dat beide partijen het gebruik van de handelsnamen voor hun eigen praktijk hebben voortgezet en dat niet valt in te zien dat één van partijen een absoluut recht heeft op het voortgezet gebruik van deze handelsnaam, dat van een merkrecht van [Y.] helemaal geen sprake is, maar dat haar wel de domeinnaam t-a-n.nl toebehoort (ro. 4.8);  
vi) dat partijen het erover eens zijn dat het gelijktijdig gebruik van de handelsnamen verwarring oproept bij het publiek en diverse instanties en dat naar het oordeel van de voorzieningenrechter een ordemaatregel op zijn plaats is; dat gebleken is dat [Y.] zowel in de jaren 2003 tot en met 2008 als nu veel meer klanten had en heeft dan [X.] en dat daarom de voorzieningenrechter van oordeel is dat [Y.] en TAN C.V. in redelijkheid een beduidend groter belang hebben bij het behoud van deze handelsnamen dan Pontifix en de emeritus [X.], die deze handelsnamen vooral claimt omdat hij ze wil 'vererven' aan zijn dochter; dat aan Pontifix en [X.] verboden zal worden om de handelsnaam 'Tilburgs Ambulatorium Neuropsychologie' en de afkorting 'TAN' te gebruiken voor dezelfde beroepsactiviteiten als [Y.] en TAN C.V., dat [X.] en Pontifix het gebruik van de domeinnaam tanpsychologie.nl wel wordt toegestaan en dat de voorzieningenrechter verdergaande maatregelen vooralsnog niet wil treffen (r.o. 4.9).

De vorderingen in conventie zijn daarop afgewezen met veroordeling van Pontifix en [X.] in de volledige proceskosten van [Y.] en TAN C.V. in conventie. De vordering in reconventie is toegewezen in die zin dat het Pontifix en [X.] is verboden om vanaf vijf dagen na betekening van het vonnis het gebruik van de naam TILBURGS AMBULATORIUM NEUROPSYCHOLOGIE en/of de afkorting TAN voort te zetten ter aanduiding van hun beroepsmatige activiteiten in de gezondheidszorg, op straffe van verbeurte van een in het vonnis nader omschreven dwangsom. Pontifix en [X.] zijn veroordeeld in de kosten van het geding in reconventie, begroot conform het liquidatietarief.

4.4. De grieven in principaal appel komen er naar de kern genomen op neer dat de voorzieningenrechter ten onrechte de vorderingen van Pontifix c.s. heeft afgewezen en de vorderingen van [Y.] c.s. deels toegewezen. De grieven in incidenteel appel richten zich tegen het vonnis voor zover daarbij de vorderingen van [Y.] c.s. niet zijn toegewezen. Daarmee ligt in dit hoger beroep zowel de toewijsbaarheid van de vorderingen van Pontifix c.s. als de toewijsbaarheid van de vorderingen van [Y.] c.s. opnieuw en in volle omvang ter beoordeling voor. Hierna wordt indien nodig op de afzonderlijke grieven ingegaan.

4.5. Gelet op de aard van de door zowel Pontifix c.s. als [Y.] gevraagde voorzieningen – in de kern een verbod op het gebruik op een handelsnaam – is ook in hoger beroep sprake van spoedeisend belang.

4.6. Het onderhavige kort geding heeft betrekking op de verdeling van de sinds augustus 2008 ontbonden maatschap, die tot dat moment vanaf mei 2003 tussen eerst [X.], en later Pontifix, en [Y.] heeft bestaan. Pontifix en [Y.] kunnen als deelgenoten van de maatschap de verdeling

daarvan vorderen. Het hof is met de voorzieningenrechter van oordeel dat gelet op de tekst van de maatschapsakte (zie r.o. 4.2 sub c) het lijkt te gaan om een eenvoudige kostenmaatschap. [X.] stelt wel dat er ook sprake was van een winstoogmerk, maar dat heeft [X.] op geen enkele wijze aannemelijk gemaakt noch daarvoor concrete aanknopingspunten aangereikt. De door [X.] in hoger beroep in dat verband aangevoerde omstandigheden, zoals het aanhouden van een gezamenlijke rekening, waarop [X.] ook patiëntenhonoraria en honoraria voor cursussen liet storten, impliceren anders dan [X.] stelt nog niet dat er sprake was van een gemeenschap van uitgaven en inkomsten. Nu vaststaat dat beide deelgenoten ieder jaar eenzelfde bijdrage op die rekening hebben gestort, waarvan de huur en de administratieve kosten werden betaald, valt voorshands niet in te zien wat er tussen partijen nog te verrekenen valt. De voorzieningen zoals onder 1, 8 en 9 door Pontifix c.s. gevorderd zijn om die reden niet toewijsbaar. De grieven 6 en 11 in het principaal appel falen.

4.7. In het kader van de verdeling van de maatschap verschillen partijen vooral met elkaar van mening over de vraag wie van hen na ontbinding van de maatschap is gerechtigd tot het voeren van de handelsnamen Tilburgs Ambulatorium Neuropsychologie en TAN. Zowel Pontifix en [X.] als [Y.] en TAN C.V. stellen ieder bij uitsluiting van de ander bevoegd te zijn de handelsnamen te voeren. Derhalve wordt eerst onderzocht wie van hen daartoe bevoegd is.

4.7.1. Artikel 1 van de Handelsnaamwet verstaat onder handelsnaam de naam waaronder een onderneming wordt gedreven. Uit artikel 2 van het Handelsregisterbesluit 2008 volgt dat voor een onderneming onder meer sprake dient te zijn van het oogmerk materieel gewin te behalen. In de jurisprudentie wordt het begrip onderneming ruim opgevat. Op grond van deze jurisprudentie is vereist dat de onderneming op commerciële wijze aan het economisch verkeer deelneemt, waarbij materieel voordeel wordt beoogd dan wel dat men in concurrentie treedt met derden, die op commerciële wijze aan het economisch verkeer deelnemen, en er een georganiseerd verband is waarmee men naar buiten treedt.

4.7.2. [X.] en [Y.] zijn het er over eens dat sprake is van een onderneming, maar zij zien daarbij kennelijk over het hoofd dat in het kader van de Handelsnaamwet en de Handelsregisterwet vrije beroepsbeoefenaren, ook indien in een maatschap georganiseerd, in beginsel niet onder het ondernemingsbegrip plegen te worden gerekend. Het hof merkt evenwel op dat de uitoefening van een beroep zodanig georganiseerd kan zijn dat toch sprake is van een onderneming. Naar het voorlopig oordeel van het hof is daarbij bepalend of de beroepspraktijk, rekening houdend met de perceptie van het publiek, onder de desbetreffende namen op commerciële wijze heeft deelgenomen aan het handelsverkeer. Dit betekent dat thans dient te worden onderzocht of de maatschap van [X.] en [Y.] aan deze vereisten voldeed.

4.7.3. In het onderhavige geval gaat aan deze vraag nog een andere vraag vooraf. Alvorens de maatschap in 2003 door [X.] en [Y.] werd opgericht, bestond er vanaf 1978 binnen de UvT het door [X.] opgerichte onderzoekscentrum dat zich bezig hield met neuropsychologische diagnostiek en dat vanaf eind jaren tachtig naar buiten trad onder de naam "Tilburgs Ambulatorium Neuropsychologie" als ook onder de afkorting 'TAN'. Zie onder meer de verklaring van prof. [Z.], weergegeven in r.o. 4.2 (k). Het hof leidt uit de stellingen van [X.] af dat volgens [X.] dit onderzoekscentrum al als een onderneming kon worden gezien. De vraag is of dat juist is.

4.7.4. [Y.] heeft erop gewezen dat het binnen het onderzoekscentrum verrichte onderzoek vooral bedoeld was om aan studenten stageplaatsen te kunnen geven en onderzoek door studenten te laten verrichten. Voorts blijkt uit de verklaring van prof. [Z.] (zie hiervoor r.o. 4.2. sub (i)) dat niet alleen studenten doch ook pas afgestudeerden psychologen bij het TAN werkten. De onderzoekswerkzaamheden waren, aldus [Y.], aanvankelijk gratis, maar werden later in rekening gebracht omdat de beroepsvereniging van psychologen uit een oogpunt van concurrentievervalsing er bezwaar tegen had dat er kosteloze onderzoeken werden uitgevoerd. Deze onderzoeken zijn voor de UvT altijd verliesgevend gebleven, mede omdat het aantal onderzoeken relatief beperkt bleef, aldus nog steeds [Y.]. [X.] heeft een en ander niet, althans onvoldoende, weersproken.

4.7.5. Naar het voorlopig oordeel van het hof volgt hieruit dat bij de activiteiten van het

onderzoekscentrum de nadruk bepaald niet lag op het nastreven van materieel voordeel, maar dat de doelstelling vooral was studenten een stageplek en de mogelijkheid om onderzoek te doen te bieden, terwijl voorts ook aan pas afgestudeerde psychologen de mogelijkheid werd geboden praktijkervaring op te doen. Het hof komt op grond daarvan tot de voorlopige conclusie dat het onderzoekscentrum binnen de universiteit een afgescheiden entiteit was, waarbij naast wetenschappelijk onderzoek ook klinisch werk werd verricht, maar dat niet gezegd kan worden dat de UvT met dit onderzoekscentrum op commerciële wijze deelnam aan het handelsverkeer. Van een onderneming was dus geen sprake. Dit betekent dat op het moment van de afsplitsing van het onderzoekscentrum in 2003 de namen 'Tilburgs Ambulatorium Neuropsychologie' of 'TAN' geen handelsnamen waren. Reeds om die reden gaat de stelling van Pontifix c.s. dat de UvT op 1 januari 2003 deze 'handelsnamen' aan [X.] heeft overgedragen niet op. Tevens volgt hieruit dat, anders dan [X.] stelt, geen sprake is geweest van een stilzwijgende licentieverlening door [X.] aan de maatschap.

Derhalve faalt grief 3 in het principaal appel.

4.7.6. Het hof leidt daarentegen wel uit de verklaring van prof. [Z.] van 4 januari 2010 af dat het de bedoeling van de UvT was om aan [X.] het gebruik van deze namen voor een van de UvT afgesplitst, zelfstandig onderzoekscentrum toe te staan. [X.] heeft op zijn beurt toegestaan dat de maatschap deze namen vanaf mei 2003 is gaan gebruiken (inl. dagv. sub 10). Dit leidt ertoe dat grief 2 in het principaal appel in zoverre slaagt dat het hof er voorshands van uitgaat dat er wel sprake is geweest van een verplaatsing c.q. voortzetting van het onderzoekscentrum, maar faalt de grief voor het overige omdat geen sprake is geweest van een onderneming van de UvT.

4.7.7. De vraag is vervolgens of er binnen de maatschap sprake is geweest van een onderneming. [Y.] stelt wel dat zij begin 2003 zelfstandig en als eerste een onderneming met de naam TAN heeft gevoerd, maar dat heeft [Y.] onvoldoende aannemelijk gemaakt. Vast staat namelijk dat het [X.] is geweest die vanaf 1978 tot mei 2003 binnen de muren van de UvT een onderzoekscentrum heeft geëxploiteerd dat vanaf eind jaren tachtig is aangeduid met de naam Tilburgs Ambulatorium Neuropsychologie dan wel met de afkorting TAN. Voorts staat vast dat [X.] toen het niet langer mogelijk was het onderzoekscentrum onder de paraplu van de UvT te exploiteren dat onderzoekscentrum op een externe locatie heeft voortgezet. Het moge zo zijn dat ook [Y.] in 2003 het plan heeft opgevat om een zelfstandige neuropsychologische praktijk te starten buiten de UvT omdat de UvT weinig belangstelling toonde voor klinisch onderzoek, maar dat doet er niet aan af dat zij en [X.] samen in mei 2003 een maatschap hebben opgericht met als doel het gezamenlijk uitoefenen van een praktijk voor psychologische dienstverlening. Aldus is binnen dat maatschapsverband vormgegeven aan de zowel door [Y.] als [X.] gewenste zelfstandige neuropsychologische praktijk. Dat [X.] binnen die praktijk minder aanwezig was dan [Y.], laat onverlet dat [X.] en [Y.] vanaf dat moment binnen die maatschap ieder een eigen praktijk hadden met eigen patiënten. De maatschap presenteerde zich naar buiten toe onder de naam "Tilburgs Ambulatorium Neuropsychologie" dan wel onder de afkorting "TAN". Het is dus de maatschap – en mogelijk nog een korte periode daarvoor [X.] - geweest, en niet [Y.], die deze namen na de afsplitsing van de UvT voor het eerst heeft gebruikt.

De grieven 2 en 3 in het incidentele appel falen mitsdien.

4.7.8. Binnen de maatschap van [X.] en [Y.] werden patiënten getest en behandeld tegen een commerciële vergoeding, die mogelijk (deels) werd vergoed door de zorgverzekeraar van de patiënt. Uit de door [Y.] overgelegde folders blijkt duidelijk dat de maatschap zich als georganiseerd verband aan het handelsverkeer presenteerde. Voorts acht het hof voorshands aannemelijk dat sprake was van concurrentie met andere neuropsychologische praktijken. Op grond van deze omstandigheden is het hof vooralsnog van oordeel dat de binnen de maatschap door [X.] en [Y.] uitgeoefende beroepspraktijk op commerciële wijze heeft deelgenomen aan het rechtsverkeer en dus in het kader van de Handelsnaamwet als een onderneming kan worden aangemerkt.

Dit heeft tot gevolg dat de door de maatschap van [X.] en [Y.] gevoerde namen 'Tilburgs Ambulatorium Neuropsychologie' en 'TAN' als handelsnamen kunnen worden gekwalificeerd. Dit leidt er tevens toe dat de handelsnamen tot het vermogen van de maatschap behoren.

4.8. Het voorgaande betekent dat nu de maatschap met ingang van 1 augustus 2008 is ontbonden, [X.] en [Y.] als deelgenoten terecht aanspraak maken op verdeling van het recht op de handelsnamen. Naar het oordeel van het hof is er geen reden het gebruik van de handelsnamen aan beide deelgenoten te verbieden. Grief 12 van Pontifix c.s. treft geen doel. Maar het gebruik kan ook niet aan beide deelgenoten worden toegestaan. Tussen partijen is namelijk niet in discussie dat het gebruik van de handelsnamen door zowel [X.] als [Y.] tot verwarring bij het publiek leidt. Dit is ook aannemelijk aangezien [X.] en [Y.] op hetzelfde gebied in dezelfde regio werkzaam zijn. Voorts valt uit het door [Y.] overgelegde briefje van verzekeraar Vektis af te leiden dat het gelijktijdige gebruik van de handelsnamen inderdaad tot verwarring leidt. De voorzieningenrechter heeft dan ook terecht en op juiste gronden geoordeeld dat in het kader van dit kort geding ten aanzien van het gebruik van de handelsnamen een ordemaatregel aangewezen is.

4.9. Het hof is net als de voorzieningenrechter op grond van een afweging van de wederzijdse belangen van oordeel dat [Y.] voorlopig, dus totdat de bodemrechter zich daarover heeft uitgelaten, de beide handelsnamen mag voeren. Gelet op het aantal patiënten dat [Y.] behandelt als mede gelet op de omvang van haar praktijk, waaronder begrepen het aantal personeelsleden dat [Y.] in dienst heeft, weegt het belang van [Y.] op het gebruik van de handelsnamen thans beduidend zwaarder dan het belang van Pontifix en [X.]. Daarbij neemt het hof in aanmerking dat dan der Vlugt bij pleidooi heeft meegedeeld dat hij slechts een gering aantal patiënten behandelt, waarbij het hem er vooral om te doen is zijn BIG registratie te behouden. Voorts acht het hof, anders dan [X.], het belang dat de dochter van [X.] zijn praktijk inclusief de handelsnamen kan overnemen niet zo zwaarwegend dat dit afdoet aan het hiervoor genoemde belang van [Y.]. Dus falen ook de grieven 5, 7, 9 en 10.

4.10. Uit hetgeen hier is overwogen, volgt voorts dat van een inbreuk op het auteursrecht en/of het merkenrecht van [X.] door [Y.] en TAN C.V. geen sprake is. Zo al in het onderhavige geval sprake zou zijn van een auteursrecht op de namen, moet er voorshands van worden uitgegaan dat dit recht bij de UvT berust, terwijl de enkele omstandigheid dat de UvT het goed heeft gevonden dat [X.] deze namen bleef gebruiken onvoldoende is om daar een overdracht van een mogelijk auteursrecht uit af te leiden. Voorts oordeelt het hof voorshands dat uit het feit dat de maatschap vanaf mei 2003 als eerste de handelsnamen heeft gevoerd, volgt dat het depot van het woordmerk TAN door [X.] en zijn dochter op 19 februari 2009 te kwader trouw is geweest, zodat de vordering van [Y.] en TAN C.V. tot nietigverklaring van het woordmerk TAN naar het voorlopig oordeel van het hof een grote kans van slagen heeft. Om die reden zijn ook de grieven 4 en 8 van Pontifix c.s. ongegrond.

4.11. Het hof is evenwel anders dan de voorzieningenrechter van oordeel dat de domeinnaam [www.t-a-n.nl](http://www.t-a-n.nl) tot het vermogen van de maatschap behoort. [Y.] heeft weliswaar de domeinnaam in februari 2005 ter registratie aangeboden, maar naar het voorlopig oordeel van het hof heeft [Y.] dat gedaan namens de maatschap. De domeinnaam is immers gebruikt voor de website van de praktijk van de maatschap, dat wil zeggen binnen de voor de maatschap door zowel [Y.] als [X.] gevoerde eigen praktijk. In de maatschap hebben [Y.] en [X.] zich naar buiten toe steeds gezamenlijk onder dezelfde namen gepresenteerd, niet alleen onder dezelfde handelsnamen, ook onder dezelfde domeinnaam. Dit betekent dat grief 6 van Pontifix c.s. op dit punt doel treft. De devolutieve werking van het appel brengt met zich dat het hof de vorderingen met betrekking tot de domeinnaam en de daartegen gevoerde verweren dient te beoordelen. Nu de domeinnaam tot het vermogen van de maatschap behoort, zijn beide deelgenoten gerechtigd aanspraak te maken op de toedeling daarvan. Om dezelfde redenen als bij het gebruik van de handelsnaam is ook voor het gebruik van de domeinnaam een ordemaatregel op zijn plaats. Ook ten aanzien van het gebruik van de domeinnaam is het hof van oordeel dat het belang van [Y.] bij het gebruik van de domeinnaam gelet op het aantal patiënten en de omvang van haar praktijk thans beduidend zwaarder weegt dan het belang van [X.]. Derhalve is het door [Y.] c.s. op dit punt gevorderde verbod alsnog toewijsbaar. De gevorderde dwangsom zal worden toegewezen op de wijze als hierna in het dictum vermeld. Naar het oordeel van het hof is geen sprake van een verslechtering van de positie van Pontifix c.s. omdat de voorzieningenrechter had geoordeeld dat [Y.] zonder



meer gerechtigd was tot het gebruik van de domeinnaam.

4.12. Nu het een kort geding betreft, is voor bewijslevering geen plaats. Het hof passeert daarom het bewijsaanbod van Pontifix c.s. en het bewijsaanbod van [Y.] en TAN C.V.

4.13. Dit alles leidt ertoe dat het vonnis waarvan beroep in conventie wordt bekrachtigd. In reconventie wordt het vonnis vernietigd voor zover het door [Y.] c.s. gevorderde verbod ten aanzien van het gebruik van de domeinnaam is afgewezen. Opnieuw rechtdoende zal dit verbod op de in het dictum vermelde wijze worden toegewezen. Het vonnis in reconventie wordt voor het overige worden bekrachtigd.

4.14. Nu de grieven in het principaal appel, met uitzondering van grief 6 ten aanzien van het gebruik van de domeinnaam, falen, wordt Pontifix c.s. als in overwegende mate in het ongelijk gestelde partij veroordeeld in de kosten van het principaal appel. Nu het om een relatief eenvoudig kort geding gaat dat naar het oordeel van het hof voor 50% betrekking heeft op verdeling van het maatschapsvermogen en voor 50% op vragen betreffende intellectuele eigendom (inbreuk op handelsnaam) worden op grond van de indicatietarieven de redelijke en evenredige (advocaat)kosten ex artikel 1019h begroot op een bedrag van € 3.000,00 en de overige proceskosten conform het liquidatietarief op een bedrag van € 1.341,00.

4.15. Uit hetgeen hiervoor is overwogen, volgt dat ook de grieven in het incidenteel appel falen. [Y.] en TAN C.V. worden veroordeeld in de kosten van het incidenteel appel. Op grond van hetgeen hiervoor is overwogen, begroot het hof de kosten ten aanzien van dat deel dat betrekking heeft op vragen van intellectuele eigendom op € 1.500,00 en ten aanzien van de overige kosten op € 670,50. Ook de wettelijke rente over de proceskosten en de nakosten worden toegewezen zoals gevorderd.

## 5. De uitspraak

Het hof:

op het principaal en incidenteel appel

bekrachtigt het vonnis waarvan beroep in conventie;

vernietigt het vonnis waarvan beroep in reconventie voor zover de vordering van [Y.] c.s. ten aanzien van het verbod op gebruik van de domeinnaam tanpsychologie.nl is afgewezen, en

in zoverre opnieuw rechtdoende:

verbiedt Pontifix en [X.] om vanaf vijf dagen na betekening van dit arrest het gebruik van de domeinnaam tanpsychologie.nl voort te zetten ter aanduiding van hun beroepsmatige activiteiten in de gezondheidszorg, zulks op straffe van verbeurte van een dwangsom van € 1.000,00 voor iedere dag dat deze veroordeling door de betreffende partij wordt overtreden, met bepaling dat elke partij maximaal € 100.000,- aan dwangsommen kan verbeuren;

bekrachtigt het vonnis in reconventie voor het overige;

veroordeelt Pontifix c.s. in de proceskosten in het principaal appel, welke kosten tot op heden aan de zijde van [Y.] c.s. tot de dag van deze uitspraak worden begroot op € 420,00 aan verschotten en op € 4.341,00 aan salaris advocaat;

veroordeelt [Y.] en TAN C.V. in de proceskosten in het incidenteel appel, welke kosten aan de zijde van Pontifix c.s. tot de dag van deze uitspraak worden begroot op nihil aan verschotten en op € 2.170,50 aan salaris advocaat en voor wat betreft de nakosten op € 131,00 indien geen betekening plaatsvindt, dan wel op € 199,-- vermeerderd met de exploitkosten indien niet binnen

veertien dagen na de datum van dit arrest is voldaan aan de bij dit arrest uitgesproken veroordelingen en betekening van dit arrest heeft plaatsgevonden en bepaalt dat deze bedragen binnen veertien dagen na de dag van deze uitspraak moeten zijn voldaan, te vermeerderen met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW vanaf het einde van voormelde termijn tot aan de dag der voldoening;

verklaart dit arrest ten aanzien van de proceskostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

Dit arrest is gewezen door mrs. P.M.A. de Groot-van Dijken, H.A.W. Vermeulen en C.J.M.A. Govers en in het openbaar uitgesproken door de rolraadsheer op 20 december 2011.