

LJN: BY1677, Rechtbank Utrecht , 330916 / KG ZA 12-706

Datum uitspraak: 31-10-2012

Datum 31-10-2012

publicatie:

Rechtsgebied: Handelszaak

Soort procedure: Eerste aanleg - enkelvoudig

Inhoudsindicatie: Het is niet aannemelijk geworden dat Funda Real Estate en/of Funda en/of NVM verplicht zijn om de uitgebreide kantoorpagina op funda zoals die is aangeboden na het e-mailbericht van 21 juni 2012 aan de leden van VastgoedPro te faciliteren, in stand te houden en te gedogen. Geen afzonderlijke overeenkomst tot stand gekomen. Sprake van vergissing. Geen sprake van onrechtmatige handelen en rechtsverwerking.

Vindplaats(en): Rechtspraak.nl

Uitspraak

vonnis

RECHTBANK UTRECHT

Sector handel en kanton

Handelskamer

zaaknummer / rolnummer: 330916 / KG ZA 12-706

Vonnis in kort geding van 31 oktober 2012

in de zaak van

1. de vereniging met volledige rechtsbevoegdheid VASTGOEDPRO, statutair gevestigd te Lelystad, hierna te noemen: VastgoedPro,
2. [eiser 2], handelend onder de naam Makelaardij Noord Oost, kantoorhoudende te Leeuwarden, hierna te noemen: [eiser 2],
3. [eiser 3], handelend onder de naam makelaar[eiser 3], kantoorhoudende te Amsterdam, hierna te noemen: [eiser 3],
4. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid [eiser 4], statutair gevestigd te Nijkerk, hierna te noemen: [eiser 4], eisers in de hoofdzaak, hierna gezamenlijk aan te duiden als: VastgoedPro c.s. advocaat mr. H.J.A.M. Dohmen,

tegen

1. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid FUNDA REAL ESTATE B.V., statutair gevestigd te Amsterdam, hierna te noemen: Funda Real Estate,

2. de naamloze vennootschap
FUNDA N.V.,
statutair gevestigd te Amsterdam,
hierna te noemen: Funda,
gedaagde sub 1 en 2 in de hoofdzaak,
hierna gezamenlijk aan te duiden als: "Funda Real Estate c.s.",
advocaten mr. drs. J.E. Janssen en mr. Elkerbout,

3. de vereniging met volledige rechtsbevoegdheid
NEDERLANDSE VERENIGING VAN MAKELAARS IN ONROERENDE GOEDEREN EN
VASTGOEDDESKUNDIGEN NVM,
statutair gevestigd te Nieuwegein,
hierna te noemen: NVM,
gedaagde sub 3 in de hoofdzaak, en
gevoegde partij aan de zijde van Funda Real Estate c.s.,
advocaten mrs. O.W. Brouwer en J.K. van Hezewijk.

1. De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding,
- de producties 1 tot en met 13 van VastgoedPro c.s.,
- de producties 1 tot en met 3 van Funda Real Estate c.s.,
- productie 1 van NVM,
- de incidentele conclusie tot voeging ex artikel 217 Rv van NVM,
- de mondelinge behandeling van 24 oktober 2012,
- de eiswijziging van VastgoedPro c.s.,
- de pleitnota van VastgoedPro c.s.,
- de pleitnota van Funda Real Estate c.s.,
- de pleitnota van NVM.

1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

2. De feiten

2.1. VastgoedPro is een beroepsvereniging voor makelaars en taxateurs.

Zij heeft als statutaire doelstelling: het bevorderen en in stand houden van de deskundigheid, vakbekwaamheid en goede beroepsuitoefening van de leden, hun belangenbehartiging, alles rekening houdend met de belangen van "de markt".

2.2. [eiser 2], [eiser 3] en [eiser 4] zijn leden van VastgoedPro.

2.3. NVM is de grootste vereniging voor makelaars in Nederland.

2.4. In 2001 heeft NVM de website "www.funda.nl" (hierna: funda.nl) opgericht voor het onder de aandacht brengen van het woningaanbod van NVM-makelaars aan het publiek.

Deze website wordt geëxploiteerd door Funda Real Estate.

Funda Real Estate is 100% dochter van Funda. NVM is meerderheidsaandeelhouder in Funda.

2.5. Tot eind 2007 konden alleen NVM makelaars hun woningaanbod op funda.nl onder de aandacht van het publiek brengen. Vanaf eind januari 2009 wordt conform een in december 2008 gesloten samenwerkingsovereenkomst ook het woningaanbod van niet NVM-makelaars, zoals leden van (de rechtsvoorgangster van) VastgoedPro, op funda.nl gepresenteerd. Uitgangspunt daarbij was dat NVM en haar leden een voorkeurspositie hebben ten opzichte van leden van VastgoedPro en andere organisaties.

2.6. In augustus 2010 hebben Funda Real Estate, NVM en VastgoedPro een nieuwe samenwerkingsovereenkomst gesloten, welke overeenkomst nog steeds tussen hen van kracht is.

Deze samenwerkingsovereenkomst en de daarvan onderdeel uitmakende bijlagen is door VastgoedPro c.s. als productie 2 overgelegd en zal hierna worden aangeduid als "de samenwerkingsovereenkomst".

2.7. In de samenwerkingsovereenkomst is onder het kopje "Overwegende dat " – onder meer – het volgende vermeld:

" (...)

? NVM onder de in deze Overeenkomst vastgelegde voorwaarden de aangeboden objectinformatie van VastgoedPro accepteert voor verwerking in de NVM Databank en doorgifte aan Funda;

? Partijen erkennen en aanvaarden dat het aandeelhouderschap van NVM in Funda en de omvang van het NVM-aanbod met zich meebrengen dat het NVM-aanbod een bijzondere positie inneemt ten opzichte van het overige aanbod op Funda;

(...).".

2.8. In artikel 10 lid 2 onder a van de samenwerkingsovereenkomst is bepaald dat het aanbod van VastgoedPro wordt geplaatst na al het aanbod van de NVM-makelaars.

2.9. In artikel 11 lid 1 van de samenwerkingsovereenkomst is – kort gezegd – bepaald dat Funda Real Estate rechtstreeks aan VastgoedPro-makelaars dan wel aan hun opdrachtgevers additionele promotionele producten/diensten te koop mag aanbieden (basisplaatsing), mits NVM daarmee instemt.

In het tweede lid van dit artikel is – samengevat – bepaald dat deze basisplaatsing nog kan worden uitgebreid met additionele promotionele producten Plus.

In bijlage 1 van de samenwerkingsovereenkomst is nader omschreven wat onder een basisplaatsing en additionele promotionele producten Plus wordt verstaan.

De basisplaatsing houdt in dat kan worden gekozen voor een uitgebreidere plaatsing dan de gratis standaardplaatsing van een bepaald object (woning). Zo kunnen er meer foto's en uitgebreidere beschrijvingen worden geplaatst.

De additionele promotionele producten Plus betreffen extra opties, zoals een video, plattegronden of 360 graden foto's. Ook kunnen functionaliteiten worden toegevoegd zoals "reageer op deze woning" of "plan een bezichtiging".

Niet onder additionele promotionele producten Plus vallen volgens het bepaalde in bijlage 1 bij de samenwerkingsovereenkomst presentatie-opties van de makelaar/het makelaarskantoor, al dan niet op de Object detailpagina (zoals bedrijfslogo's, bedrijfsprofiel, bedrijfs/personelfoto's etc.

2.10. In bijlage 1 van deze samenwerkingsovereenkomst is verder het volgende vermeld.

" 2. Kantoorpagina

Met ingang van 1 januari 2011 zal voor alle VastgoedPro-vestigingen een Kantoorpagina gerealiseerd zijn. Deze Kantoorpagina is alleen bereikbaar via een link op de Object detailpagina van Objecten met een Basisplaatsing. Op de Kantoorpagina zal een link aanwezig zijn naar de homepage van de website van de betreffende VastgoedPro-vestiging.

Zie voor de VastgoedPro-Kantoorpagina Screenshot 1.4

Voor NVM kantoren blijven afwijkende presentatiemogelijkheden bestaan."

De kantoorpagina zoals weergegeven in screenshot 1.4 betreft een weergave van het woningaanbod van een VastgoedPro makelaar, waarbij in de rechterbovenhoek het volgende is vermeld:

"contact met de makelaar

[adres]
[postcode][plaatsnaam]
Telefoon – Fax – E-mail – Website”

2.11. Funda Real Estate heeft bij e-mailbericht van 21 juni 2012 het volgende aan haar nieuwsabonnees bericht:

“Beste makelaar,
Uw kantoorpagina op funda is sinds kort uitgebreid. Dat betekent dat u voortaan meer kunt vertellen over uw dienstverlening aan de funda bezoekers. Hieronder vindt u de nieuwe mogelijkheden.

Uw kantoorpagina uitbreiden op funda

Funda biedt u nu de mogelijkheid om uw specifieke dienstverlening kenbaar te maken bij uw potentiële klanten via onze website. U kunt hiervoor de volgende velden invullen:

- Kantooromschrijving: wie bent u en wat doet u?
- Kenmerken: welke diensten en specialismen heeft u?
- Openingstijden: op welke momenten bent u bereikbaar?

Daarnaast kunnen de funda bezoekers nu ook uw te koop staande en verkochte woningen zien op uw kantoorpagina. Bekijk hier een voorbeeld van de nieuwe Invoervelden op de funda desk om uw kantoorpagina uit te breiden.”

2.12. [eiser 3] en [eiser 4] hebben naar aanleiding van dit e-mailbericht hun kantoorpagina uitgebreid. [eiser 2] heeft van deze mogelijkheid geen gebruik gemaakt.

2.13. VastgoedPro heeft in haar nieuwsbrief van 27 juni 2012 haar leden gewezen op de mogelijkheid van een uitgebreide kantoorpagina op funda.nl, welke pagina door haar wordt aangeduid als “kantoorpresentatiepagina”.

2.14. Op 25 september 2012 heeft de directeur van Funda Real Estate, de heer [directeur Funda Real Estate] (hierna: [directeur Funda Real Estate]), contact opgenomen met de directeur van VastgoedPro, de heer [directeur Vastgoedpro] (hierna: [directeur Vastgoedpro]), en hem meegedeeld dat de bij e-mailbericht van 21 juni 2012 aangeboden uitbreiding van de kantoorpagina op een vergissing berustte.

2.15. Bij e-mailbericht van 2 oktober 2012 heeft [directeur Funda Real Estate] het volgende aan [directeur Vastgoedpro] geschreven:

“ Zoals zojuist telefonisch besproken, en in opvolging van mijn eerdere opmerkingen over dit onderwerp vorige week.

Zie hieronder de mededeling die wij later vandaag zullen rondsturen naar de makelaars die het betreft, waaronder jullie leden.

Deze mededeling vervangt de mededeling die ik jou vorige week heb gestuurd.

Voor de volledigheid dit zijn twee voorbeelden van kantoorpagina's vandaag:

(...)

Per 1 november zal het er zo uit zien:

(...)

Met vriendelijke groet”

De mededeling waarnaar in dit e-mailbericht wordt verwezen luidt als volgt:
"Beste makelaar,

In onze e-mail nieuwsflits d.d. 21 juni 2012 hebben wij u gewezen op een nieuwe functionaliteit tot het invoeren van een aantal extra velden over uw kantoor op onze site. Deze extra invoervelden waren o.a. kantooromschrijving en diensten.

Echter dit betrof een interne operationele fout van funda die per heden wordt hersteld. Dit betekent concreet voor u dat het niet meer mogelijk is gegevens in te voeren of te wijzigen op de extra invoervelden met kantoorinformatie.

Vanaf 1 november 2012 zal uw kantoorpagina, zoals die tot juni 2012 werd getoond, weer live staan. Met de vertrouwde gegevens zoals uw volledige aanbod, uw contactgegevens en link naar uw website.

Wij bieden u onze oprechte excuses aan voor het ongemak."

2.16. Bij e-mailbericht van 2 oktober 2012 heeft Funda Real Estate deze mededeling aan haar nieuwsbriefabonnees gezonden.

2.17. Bij e-mailbericht van 18 oktober 2012 heeft [directeur Funda Real Estate] het volgende aan [directeur Vastgoedpro] bericht:

" Beste [directeur Vastgoedpro],

We hebben de kort geding stukken ontvangen.

Ik wil je in deze email wijzen op een mogelijk misverstand over onze voorgenomen stappen.

In de stukken, in het onderdeel "spoedeisendheid" op pagina 5, wordt gesproken over het "verlies van de kantoorpagina" en van de "digitale en papieren verwijzingen" ernaar. Ten eerste, Funda is niet van plan om de kantoorpagina geheel te verwijderen. Funda is voornemens om de kantoorpagina per 1 november a.s. terug te brengen naar een eerdere versie zoals die heeft bestaan van januari 2011 tot juni 2012. Hiermee komen enkele aanvullende informatievelen en tabs te vervallen, maar niet de kantoorpagina als geheel.

Ten tweede, de gedane aanname dat na 1 november a.s. de "digitale en papieren verwijzingen naar de Kantoorpagina niet meer werken" is niet juist. Funda is voornemens om, na 1 november a.s., de verwijzingen naar de secties van de kantoorpagina die niet meer beschikbaar zijn (bijvoorbeeld de "over ons" tab) te laten verwijzen naar de kantoorpagina van de betreffende makelaar. Hierdoor zullen links correct blijven werken en geen foutmelding opleveren."

2.18. Op funda.nl is vermeld dat de NVM en haar leden vanwege haar sterke verbondenheid een voorkeursbehandeling op funda.nl genieten.

3. De vorderingen in de hoofdzaak

3.1. VastgoedPro c.s. vordert – zakelijk weergegeven – in de hoofdzaak dat Funda Real Estate, Funda en NVM bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad,:

a) worden bevolen om:

1) onmiddellijk na betekening van het in deze zaak te wijzen vonnis, de kantoorpagina op funda.nl in stand te houden in de staat en met de mogelijkheden zoals die gold in de periode van 21 juni 2012 tot 2 oktober 2012, en

2) deze kantoorpagina – voor zover deze niet meer in de onder 1 bedoelde staat is – uiterlijk binnen twee dagen na betekening van het in deze zaak te wijzen vonnis, terug te brengen

in deze staat,
dit alles op straffe van een hoofdelijk dan wel naar evenredigheid te verbeuren dwangsom,
b) worden bevolen om, onmiddellijk na betekening van het in deze zaak te wijzen vonnis, hun medewerking c.q. instemming te verlenen aan alles wat nodig is om de onder a genoemde bevelen uit te (doen) voeren, dit op straffe van een hoofdelijk dan wel naar evenredigheid te verbeuren dwangsom en met de bepaling dat indien deze medewerking c.q. instemming langer dan 24 uur uitblijft het in deze zaak te wijzen vonnis in de plaats treedt van de bevolen medewerking c.q. instemming,
c) hoofdelijk worden veroordeeld in de proceskosten te vermeerderen met wettelijke rente en in de nakosten.

3.2. VastgoedPro c.s. heeft, onder meer, aan deze vorderingen ten grondslag gelegd de stelling dat Funda Real Estate, Funda en NVM ieder afzonderlijk, maar ook gezamenlijk, de Mededingingswet schenden.

Funda Real Estate, Funda en NVM hebben zich vervolgens primair op het standpunt gesteld dat dit een eisenwijziging betreft en dat deze wijziging, nu deze voor het eerst tijdens de mondelinge behandeling kenbaar is gemaakt, in strijd is met de goede procesorde en daarom buiten beschouwing moet worden gelaten.

VastgoedPro c.s. heeft vervolgens erkend dat het een eisenwijziging betreft, maar heeft betwist dat deze wijziging in strijd is met de goede procesorde.

3.3. De voorzieningenrechter heeft vervolgens de zitting geschorst om zich hierover te beraden. Na hervatting van de zitting heeft de voorzieningenrechter bij mondeling vonnis bepaald dat de eisenwijziging in strijd is met de goede procesorde en daarom buiten beschouwing zal worden gelaten. Deze beslissing is als volgt gemotiveerd.

Partijen zijn het erover eens dat sprake is van een eisenwijziging, in die zin dat VastgoedPro c.s. een nieuwe grondslag, die niet uit de dagvaarding kenbaar was, aan haar vorderingen ten grondslag legt. VastgoedPro c.s. had deze wijziging voor de zitting kunnen en ook moeten aankondigen. Funda Real Estate, Funda en NVM hadden zich hierop dan kunnen voorbereiden. Doordat zij dit nu niet hebben kunnen doen worden zij in hun verdediging geschaad. De eisenwijziging is daarom in strijd met de goede procesorde.

4. De beoordeling

In het incident

4.1. NVM heeft in het incident verzocht om zich te mogen voegen aan de zijde van Funda Real Estate c.s. kosten rechtens.

4.2. NVM heeft tijdens de mondelinge behandeling toegelicht dat zij als medegedaagde alleen verweer kan voeren tegen de vorderingen die tegen haar zijn ingesteld. Zij stelt er echter ook belang bij te hebben om verweer te voeren tegen de vorderingen die tegen Funda Real Estate en Funda zijn ingesteld. De tegen hen gerichte vorderingen raken de belangen van NVM rechtstreeks, aangezien funda.nl door haar is opgericht en NVM een voorkeurspositie heeft bedongen.

VastgoedPro c.s. heeft (uiteindelijk) aangegeven zich aan het oordeel van de voorzieningenrechter te zullen refereren en Funda Real Estate c.s. heeft te kennen gegeven geen bezwaar tegen de verzochte voeging te hebben.

De voorzieningenrechter heeft vervolgens de door NVM verzochte voeging bij mondeling vonnis toegestaan, aangezien NVM voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat zij belang bij de door haar verzochte voeging heeft.

De voorzieningenrechter ziet aanleiding om de proceskosten in dit incident te compenseren in die zin dat iedere partij zijn eigen kosten draagt.

In de hoofdzaak

4.3. De kern van het geschil betreft de beantwoording van de vraag of Funda Real Estate en/of Funda en/of NVM verplicht zijn om de kantoorpagina op funda.nl zoals die na het e-mailbericht van 21 juni 2012 aan de leden van VastgoedPro is aangeboden te faciliteren, in stand te houden en te gedogen.

4.4. VastgoedPro c.s. stelt zich op het standpunt dat deze verplichting voortvloeit uit:

- primair, een afzonderlijke overeenkomst die Funda Real Estate met VastgoedPro en de afzonderlijke leden van VastgoedPro heeft gesloten,
- subsidiair, onrechtmatig handelen van Funda Real Estate c.s. en NVM, en
- meer subsidiair, rechtsverwerking.

Funda Real Estate c.s. en NVM betwisten dit.

Overeenkomst?

4.5. Vooropgesteld wordt dat partijen (terecht) het erover eens zijn dat VastgoedPro c.s. op grond van de samenwerkingsovereenkomst geen aanspraak kan maken op het faciliteren, het in stand houden en gedogen van de bij e-mailbericht van 21 juni 2012 aangeboden kantoorpagina.

4.6. Funda Real Estate c.s. stelt zich primair op het standpunt dat geen afzonderlijke overeenkomst is tot stand gekomen, omdat een op rechtsgevolg gerichte wil van Funda Real Estate c.s. tot het gratis aanbieden en vervolgens in stand houden van de in dit geding ter discussie staande kantoorpagina heeft ontbroken. Zij voert daarbij aan dat sprake is geweest van een vergissing. VastgoedPro c.s. had dit volgens haar ook moeten begrijpen. Van gerechtvaardigd vertrouwen in de zin van artikel 3:35 van het Burgerlijk Wetboek (BW) is daarom geen sprake. Ook NVM stelt zich op dit standpunt.

4.7. Als uitgangspunt geldt dat een overeenkomst tot stand komt door aanbod en aanvaarding daarvan (artikel 6:217, eerste lid, BW). Aanbod en aanvaarding zijn rechtshandelingen. Een rechtshandeling vereist een op een rechtsgevolg gerichte wil die zich door een verklaring heeft geopenbaard (artikel 3:33 BW). Als een verklaring is afgelegd, maar de handelende persoon aannemelijk weet te maken dat deze verklaring niet op een dienovereenkomstige wil berustte, komt in beginsel geen rechtshandeling tot stand. Toepassing van het in artikel 3:35 BW neergelegde vertrouwensbeginsel kan echter tot de conclusie leiden dat de handelende geen beroep kan doen op het ontbreken van zijn wil.

In dat geval zal toch van een geldige onaantastbare rechtshandeling sprake zijn.

Artikel 3:35 BW stelt onder meer als vereiste dat het vertrouwen van de wederpartij – alle omstandigheden in aanmerking genomen – gerechtvaardigd moet zijn geweest (goede trouw in de zin van artikel 3:11 BW). Onder omstandigheden kan op de wederpartij een onderzoeksplicht rusten, dat wil zeggen zij zal soms moeten onderzoeken of de ander werkelijk wil wat hij verklaart. Bij schending van deze onderzoeksplicht faalt haar beroep op artikel 3:35 BW. Bij rechtshandelingen om niet zal soms eerder een onderzoeksplicht op de wederpartij rusten.

4.8. Vaststaat dat Funda Real Estate bij e-mailbericht van 21 juni 2012 aan haar nieuwsabonnees, onder wie VastgoedPro en de bij VastgoedPro aangesloten makelaars, heeft meegedeeld dat zij de kantoorpagina om niet konden uitbreiden met de in deze e-mail genoemde functionaliteiten. Vraag is of deze mededeling, die als verklaring in de zin van artikel 3:33 BW kan worden opgevat, als een geldig en onaantastbaar aanbod van Funda Real Estate kan worden aangemerkt. De voorzieningenrechter is van oordeel dat dit niet het geval is. Dit wordt als volgt gemotiveerd.

4.8.1. Het is niet gebleken dat Funda Real Estate met VastgoedPro c.s. heeft onderhandeld over de uitbreiding van de kantoorpagina, zoals verwoord in haar e-mailbericht van 21 juni 2012. [directeur Vastgoedpro] heeft op de zitting verklaard dat dit niet het geval is geweest. Wel zou er volgens hem een vooraankondiging van het aanbod zoals verwoord in het e-mailbericht van 21 juni 2012 zijn gedaan. Funda Real Estate heeft dit echter betwist. Er zijn de voorzieningenrechter geen feiten en omstandigheden gebleken die erop wijzen dat de door [directeur Vastgoedpro] gestelde vooraankondiging is gedaan. Het wordt er dan ook

voor gehouden dat dit niet het geval is geweest.

4.8.2. Funda Real Estate heeft aangevoerd dat in juni 2012 abusievelijk een ontwerpidee "live" is gezet en dit idee bij e-mail van 21 juni 2012 abusievelijk gratis ter beschikking is gesteld aan niet NVM-makelaars. De achtergrond bij deze vergissing is volgens Funda Real Estate c.s. gelegen in de lopende werkzaamheden van Funda Real Estate c.s. aan het project "makelaarsbeoordelingen". Om die makelaarsbeoordelingen op de website te kunnen tonen was het nodig om de kantoorpagina's van makelaars aan te passen. Bij een test van deze makelaarsbeoordelingen voor een testgroep van deze makelaars is abusievelijk de kantoorpagina zoals aangeboden bij e-mailbericht van 21 juni 2012 "live" gezet, aldus het standpunt van Funda Real Estate c.s. Er zijn de voorzieningenrechter geen concrete aanwijzingen gebleken dat dit standpunt onjuist is.

4.8.3. Uit de samenwerkingsovereenkomst en funda.nl valt op te maken dat NVM-makelaars vanwege hun nauwe verbondenheid een voorkeurspositie op funda.nl hebben. VastgoedPro c.s. was hiermee bekend, althans had in ieder geval hiermee bekend kunnen zijn. De kantoorpagina die op grond van de samenwerkingsovereenkomst op funda.nl werd aangeboden behelst alleen een vermelding van de naam van het kantoor en het adres daarvan en een link naar de website van het kantoor (zie rechtsoverweging 2.10). Partijen zijn het erover eens dat de VastgoedPro makelaar zich met deze kantoorpagina niet kan profileren op funda.nl. Tussen partijen staat ook vast dat het op grond van de samenwerkingsovereenkomst niet is toegestaan dat leden van VastgoedPro zich kunnen profileren op funda.nl, zelfs niet tegen betaling (zie rechtsoverweging 2.9). Partijen zijn het verder erover eens dat de bij e-mailbericht van 21 juni 2012 aangeboden uitbreiding van de kantoorpagina meebrengt dat de leden van VastgoedPro zich in het vervolg wel op funda.nl kunnen profileren. In feite werd de leden van VastgoedPro c.s. de mogelijkheid geboden om zichzelf op de website van haar concurrent, NVM, te profileren. Daarbij komt dat zij dit ook nog eens gratis konden doen, aangezien deze mogelijkheid om niet werd "aangeboden". Dit alles staat haaks op het feit dat het beleid is dat de NVM een voorkeurspositie op funda.nl heeft en dat het op grond van de samenwerkingsovereenkomst niet is toegestaan dat niet NVM-makelaars zich op funda.nl profileren, zelfs niet tegen betaling.

4.8.4. Gelet op het voorgaande, in onderlinge samenhang bezien, is het aannemelijk dat de in het e-mailbericht van 21 juni 2012 neergelegde verklaring van Funda Real Estate niet op een dienovereenkomstige wil, maar op een vergissing van Funda Real Estate berustte en dat VastgoedPro c.s. niet gerechtvaardigd erop mocht vertrouwen dat dit wel het geval was. Het had in ieder geval op zijn minst op de weg van VastgoedPro c.s. gelegen om te onderzoeken of Funda Real Estate werkelijk wilde wat zij in haar e-mailbericht van 21 juni 2012 had verklaard. VastgoedPro c.s. heeft dit niet gedaan, zodat zij ook om die reden geen beroep toekomt op artikel 3:35 BW.

4.9. Het voorgaande leidt tot de conclusie dat niet aannemelijk is dat sprake is geweest van een rechtsgeldig en onaantastbaar aanbod. Dit betekent dat niet kan worden geconcludeerd dat de door VastgoedPro c.s. gestelde afzonderlijke overeenkomst tot stand is gekomen. Wat VastgoedPro c.s. heeft aangevoerd over de aanvaarding van de in het e-mailbericht van 21 juni 2012 geboden mogelijkheid tot uitbreiding van de kantoorpagina en de opzegbaarheid van de door haar gestelde afzonderlijke overeenkomst kan daarom onbesproken blijven.

Onrechtmatig handelen?

4.10. VastgoedPro c.s. betoogt dat het ineens terugdraaien van de vanaf 21 juni 2012 aangeboden uitgebreide kantoorpagina (hierna: de uitgebreide kantoorpagina) onrechtmatig is tegenover haar. De voorzieningenrechter is van oordeel dat het niet aannemelijk is dat dit het geval is en motiveert dit als volgt.

4.10.1. Als onrechtmatige daad worden aangemerkt een inbreuk op een recht en een doen of

nalaten in strijd met een wettelijke plicht of met wat volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, een en ander behoudens de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond (artikel 6:162, tweede lid, BW).

4.10.2. Uit wat hiervoor is overwogen, volgt dat het aannemelijk is dat sprake is geweest van een vergissing van Funda Real Estate en dat VastgoedPro c.s. daarop bedacht diende te zijn geweest: het was niet de bedoeling dat VastgoedPro c.s. en de leden van VastgoedPro zich gratis op de website van haar concurrent, NVM, zou kunnen profileren. Het herstellen van een vergissing is, in beginsel, niet in strijd te achten met wat volgens het ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt. Integendeel, uitgangspunt is dat een vergissing moet kunnen worden hersteld. Het gaat in dit geval om een voor

Funda Real Estate c.s. en NVM verstreckende vergissing. Door deze vergissing worden niet NVM-makelaars, zoals leden van VastgoedPro, in de gelegenheid gesteld om zichzelf gratis op de website van hun concurrent, NVM, te profileren. Slechts zwaarwegende omstandigheden kunnen ertoe leiden dat het herstellen van deze verstreckende vergissing in strijd moet worden geacht met wat volgens het ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt. Deze zwaarwegende omstandigheden zijn niet gesteld of gebleken.

VastgoedPro c.s. heeft tijdelijk gebruik kunnen maken van een kantoorpagina op funda.nl waarop zij gelet op wat hiervoor is overwogen geen recht had. In tegenstelling tot wat VastgoedPro c.s. betoogt, is de uitgebreide kantoorpagina niet voor lange duur actief geweest, namelijk slechts voor de periode van 21 juni 2012 tot

1 november 2012, met dien verstande dat het per 2 oktober 2012 al niet meer mogelijk was om gebruik te maken van de extra functionaliteiten. [directeur Funda Real Estate] heeft bovendien op 25 september 2012 al aan VastgoedPro laten weten dat sprake was van een vergissing, zodat VastgoedPro al vanaf die datum er rekening mee moest houden dat haar leden binnen afzienbare tijd geen gebruik meer zouden kunnen maken van de uitgebreide kantoorpagina.

Verder geldt dat ook in het geval van de uitgebreide kantoorpagina niet kan worden gezocht op de naam van een VastgoedPro-makelaar. Alleen indien een woning van een VastgoedPro makelaar wordt bekeken, kan ook zijn kantoorpagina worden bekeken. Dat – zoals VastgoedPro c.s. aanvoert – de VastgoedPro-makelaars door hun opdrachtgevers en woningzoekenden erop worden aangekeken dat zij ineens niet meer als kantoor zichtbaar zijn op funda.nl. komt de voorzieningenrechter dan ook onwaarschijnlijk voor. Er zijn ook geen aanknopingspunten dat dit wel het geval is. Bovendien geldt dat zij nog wel als kantoor zichtbaar zijn, omdat vanaf 1 november 2012 de kantoorpagina wordt aangeboden zoals in de samenwerkingsovereenkomst is afgesproken.

Dat VastgoedPro door het herstellen van de vergissing vertrouwen en aantrekkelijkheid verliest bij haar bestaande en nieuwe leden komt de voorzieningenrechter evenmin aannemelijk voor. VastgoedPro c.s. moet in staat worden geacht om aan haar leden uit te leggen dat het aanbieden van de nieuwe kantoorpagina op een vergissing berustte. Zij kan daartoe zo nodig dit vonnis gebruiken.

De omstandigheid dat er voor VastgoedPro c.s. geen alternatief in de vorm van een concurrent van funda.nl is, levert gelet op wat hiervoor al is overwogen ook geen zwaarwegende omstandigheid op.

Het voorgaande leidt tot de conclusie dat niet aannemelijk is geworden dat sprake is van onrechtmatig handelen van Funda Real Estate c.s. en NVM.

Rechtsverwerking

4.11. Het standpunt van VastgoedPro c.s. dat sprake zou zijn van rechtsverwerking wordt eveneens verworpen. Het enkel stilzitten is onvoldoende om rechtsverwerking aan te nemen. Bovendien volgt uit wat in rechtsoverweging 4.10 is overwogen, dat de uitgebreide kantoorpagina niet voor lange duur actief is geweest en dat [directeur Funda Real Estate] namens Funda Real Estate c.s. al op 25 september 2012 (drie maanden na het aanbieden van de mogelijkheid) heeft laten weten dat sprake was van een vergissing.

Slotsom

4.12. De slotsom is dat de vorderingen van VastgoedPro c.s. moeten worden afgewezen.

Proceskosten

4.13. VastgoedPro c.s. zal als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld. De kosten aan de zijde van Funda Real Estate en Funda worden begroot op:

- griffierecht € 575,00

- salaris 816,00

Totaal € 1.391,00

De kosten aan de zijde van NVM wordt eveneens begroot op € 1.391,00.

5. De beslissing

De voorzieningenrechter

in het incident

5.1. compenseert de proceskosten in het incident in die zin dat iedere partij zijn eigen kosten draagt,

in de hoofdzaak

5.2. wijst de vorderingen af,

5.3. veroordeelt VastgoedPro c.s. in de proceskosten, aan de zijde van Funda Real Estate en Funda tot op heden begroot op € 1.391,00,

5.4. veroordeelt VastgoedPro c.s. in de proceskosten, aan de zijde van NVM tot op heden begroot op € 1.391,00,

5.5. verklaart dit vonnis wat betreft de kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

Dit vonnis is gewezen door mr. J.M. Eelkema en in het openbaar uitgesproken op 31 oktober 2012.?