

KOPIE

arrest

GERECHTSHOF ARNHEM-LEEWARDEN

locatie Leeuwarden

afdeling civiel recht

zaaknummer gerechtshof 200.130.083/01
(zaaknummer rechtbank Overijssel C/08/138395 / KG ZA 13-141)

arrest van de eerste kamer van 15 oktober 2013

in de zaak van

Trebs B.V.,
gevestigd te Nuth,
appellante in het principaal hoger beroep,
geïntimeerde in het incidenteel hoger beroep,
in eerste aanleg: eiseres,
hierna: **Trebs**,
advocaat: mr. W.J.G. Maas, kantoorhoudend te Eindhoven.

tegen

1. Food & Fun B.V.,
gevestigd te Bears, gemeente Littenseradiel,
2. Robert Jan Smedema,
wonende te Bears, gemeente Littenseradiel,
geïntimeerden in het principaal hoger beroep,
appellanten in het incidenteel hoger beroep,
in eerste aanleg: gedaagden,
hierna: **Food&Fun c.s.**,
advocaat: mr. V.J.M. Verlinden-Masson, kantoorhoudend te Groningen.

1. Het geding in eerste aanleg

In eerste aanleg is geprocedeerd en beslist zoals weergegeven in het vonnis van 26 juni 2013 van de voorzieningenrechter van de rechtbank Overijssel, zittingplaats Zwolle, hierna ook de voorzieningenrechter.

2. Het geding in hoger beroep

2.1 Het verloop van de procedure is als volgt:

- de dagvaarding in hoger beroep d.d. 4 juli 2013, met daarin opgenomen de grieven, met producties 16 en 17,
- de conclusie van eis d.d. 16 juli 2013,
- de memorie van antwoord tevens voorwaardelijk incidenteel appel d.d. 30 juli 2013 met producties 13 tot en met 35,



zaaknummer: 200.130.083/01

datum: 15 oktober 2013

blad 2

- de memorie van antwoord in voorwaardelijk incidenteel appel tevens akte aanvullende producties d.d. 13 augustus 2013 met producties 18 tot en met 23,
- de brief van de advocaat van Trebs d.d. 3 september 2013 met de aanvullende producties 24 tot en met 26,
- de brief van de advocaat van Food & Fun c.s. d.d. 11 september 2013 met de aanvullende producties 36 tot en met 38 b,
de brief van de advocaat van Food & Fun c.s. d.d. 11 september 2013 met de aanvullende producties 39 tot en met 42,
- het gehouden pleidooi waarbij door beide partijen pleitnotities zijn overgelegd.
Alle nagezonden producties zijn aan het procesdossier toegevoegd.

2.2 Na afloop van het pleidooi heeft het hof arrest bepaald.

2.3 De vorderingen van Trebs in principaal appel luiden:

"(...) het Vonnis [bedoeld is het vonnis van de voorzieningenrechter van de rechtbank Overijssel, locatie Zwolle gewezen op 26 juni 2013 tussen Food en Fun c.s. en Trebs onder zaak- en rolnummer C/08/138395/KG ZA 13-141, toevoeging hof] te vernietigen en opnieuw recht doend, uitvoerbaar bij voorraad Food & Fun c.s. alsnog te veroordelen:

1. Food & Fun c.s. te veroordelen om met onmiddellijke ingang ieder onrechtmatig handelen jegens Trebs te staken en gestaakt te houden waaronder, maar daartoe niet beperkt, het benaderen van diverse marktpartijen en/of potentiële afnemers en/of de zakenpartners van Trebs met daarin een of meer van de in het lichaam van deze dagvaarding onder 15 genoemde mededelingen of anderszins openbaren van deze mededelingen of delingen van soortgelijke strekking.
2. Food & Fun c.s. te veroordelen om binnen 2 dagen na betekening van in deze zaak te wijzen vonnis opgave te doen van alle partijen, inkopers, afnemers, partners en geadresseerden die de gewraakte mailing zoals beschreven in het lichaam van de dagvaarding onder 15 hebben ontvangen, welke opgave per e-mail en schriftelijk dient te geschieden aan de raadsman van Trebs;
3. Food & Fun c.s. te veroordelen om binnen 2 dagen na betekening van in deze zaak te wijzen vonnis op eigen kosten over te gaan tot het verzenden van rectificatiebrieven aan alle partijen, inkopers, afnemers, partners en geadresseerden zoals bedoeld onder 2., welke rectificatiebrieven qua omvang, lettertype, kleurstelling en lay-out overeenstemmen met de gewraakte mailing, zonder enig commentaar of toevoeging in welke vorm dan ook, met uitsluitend de onderstaande tekst, of een andere in goede justitie door de Rechtbank Overijssel, locatie te Zwolle vast te stellen tekst, onder de kop "RECTIFICATIE":

"Geachte directie / inkoper,

In de afgelopen tijd hebben wij u benaderd door middel van een mailing met als onderwerp: "inbreuk op rechten Pizzarette". Het Hof Arnhem -Leeuwarden heeft bij vonnis d.d. [datum vonnis] in kort geding geoordeeld dat de in deze mailing opgenomen mededelingen onjuist zijn en daarmee onrechtmatig jegens onder andere Trebs. Wij betreuren deze onjuiste en onrechtmatige mededelingen en bieden daarvoor bij deze onze excuses aan.

De door Trebs verhandelde pizzaoven onder de naam Pizza Gusto maakt naar voorlopig oordeel op geen enkele wijze inbreuk op enige intellectuele eigendomsrechten en is evenmin op andere wijze onrechtmatig. Ook is de Pizza Gusto van dezelfde hoge kwaliteit als de Pizzarette.

Om tot verhandeling van een legale pizzaoven te komen bent u dus op geen enkele wijze gehouden een exclusieve handelsrelatie aan te gaan met Emerio. U kunt de pizza-oven gewoon van Trebs (blijven) afnemen.

Onze excuses voor het ongemak.

Food & Fun B.V.

zaaknummer: 200.130.083/01

datum: 15 oktober 2013

blad 3

[datum ondertekening]

*De heer R. Smedema
(logo Food & Fun)*

4. Food & Fun c.s. te bevelen binnen 24 uur na betekening van het in deze zaak te wijzen vonnis bovenaan op haar homepage onder de internet domeinnamen foodandfun.nl en pizzarette.nl gedurende drie maanden een rectificatie te plaatsen (in standaard lettergrootte, in een wit kader van 10 x 10 cm, met zwarte letters en onder de kop "RECTIFICATIE" (in hoofdletters) op te nemen, zonder enig commentaar of toevoeging in welke vorm dan ook, met de tekst zoals weergegevens onder 3. of een andere in goede justitie door de Rechtbank Overijssel, locatie te Zwolle vast te stellen tekst;
5. Food & Fun c.s. te bevelen aan het onder 1 t/m 4 gevorderde te voldoen op verbeurte van een dwangsom voor iedere overtreding dan wel niet-nakoming van het bevel van € 100.000,- te vermeerderen met € 25.000,- voor de dag of het gedeelte daarvan dat de overtreding dan wel niet-nakoming voortduurt, met een maximum van € 1.000.000;
6. Food & Fun c.s. te veroordelen in de volledige proceskosten op grond van art. 1019h Rv (Productie 11 en Productie 17 + p.m.), met bepaling dat Food & Fun c.s. de wettelijke rente over de proceskosten verschuldigd is vanaf 14 dagen na de dag van het te dezen wijzen vonnis tot aan de dag der algehele voldoening."

2.4 De vordering van Food & Fun c.s. in voorwaardelijk incidenteel appel luidt: "(...) bekrachtiging van het vonnis onder verbetering van de gronden, namelijk onder vaststelling dat de mededeling in de brief dat de PizzaGusto van mindere kwaliteit is dan de Pizzarette niet onjuist of misleidend is".

2.5 Trebs heeft haar vordering tot vergoeding van de volledige proceskosten op de voet van artikel 1019h Rv. bij gelegenheid van het pleidooi ingetrokken.

3. De beoordeling in hoger beroep

De vaststaande feiten

3.1 Tussen partijen staan de volgende feiten vast als enerzijds gesteld en anderzijds onvoldoende weersproken.

3.1.1 Food & Fun brengt een tafelmodel pizzaoven voor thuisgebruik op de markt onder de naam 'Pizzarette'. In 2011 bracht Trebs eveneens een tafelmodel pizzaoven voor thuisgebruik op de markt onder de naam 'Comfortcook Pizzaoven'. Op 6 april 2011 heeft Food & Fun een ex parte verbod op grond van artikel 1019e Rv laten betekenen bij Trebs, teneinde staking van een door haar gestelde inbreuk op haar auteursrechten op de Pizzarette af te dwingen. Naar aanleiding van het gegeven verbod heeft Trebs een executie kort geding aanhangig gemaakt, waarvoor de mondelinge behandeling was bepaald op 28 april 2011. Met het oog op beëindiging van het geschil zijn partijen een samenwerkingsovereenkomst aangegaan, die op 21 respectievelijk 22 april 2011 door partijen is ondertekend.

3.1.2 In de samenwerkingsovereenkomst is onder andere het volgende opgenomen:
"Overwegende dat:

- a) Trebs en Nearbor ontwikkelen samen met Chinese partners en fabrikanten innovatieve producten op het gebied van o.a. *small domestic appliances* (SDA). Nearbor is het handels- en inkoopkantoor van Trebs. Trebs is verantwoordelijk voor de verkoop aan de groothandel en retail in de afzetgebieden.
- b) Trebs heeft inmiddels een assortiment van ruim 150 producten onder de merknaam TREBS. Een van deze 150 producten is de Comfortcook pizzaoven voor thuisgebruik.

zaaknummer: 200.130.083/01

datum: 15 oktober 2013

blad 4

- c) Food & Fun ontwikkelt eveneens producten voor de SDA markt. Onder de naam PIZZARETTE brengt Food & Fun thans een pizzaoven voor thuisgebruik op de markt. (...)
- d) Food & Fun is van mening dat de Comfortcook Pizzaoven van Trebs inbreuk maakt op haar auteursrechten, Food & Fun heeft op 6 april 2011 een ex parte bevel doen betekenen bij Trebs teneinde staking van de gestelde inbreuk op haar auteursrechten af te dwingen (hierna: het "Bevel").
- e) Trebs stelt dat zij geen inbreuk maakt op enig auteursrecht van Food & Fun. Desalniettemin heeft zij direct uitvoering gegeven aan het Bevel teneinde het verbeuren van dwangsommen te voorkomen. Food & Fun meent daarentegen dat Trebs toch dwangsommen heeft verbeurd en heeft inmiddels de executie van die verbeurde dwangsommen aangezegd.
- f) (...)
- g) Teneinde haar schade te beperken en aan de door Food & Fun aangezegde executie van de dwangsommen te ontkomen heeft Trebs een executie kort geding aanhangig gemaakt bij de rechtbank Maastricht. De datum voor dit kort geding is inmiddels door de rechtbank gesteld op 28 april 2011. (...)
- h) Partijen wensen echter het tussen hen bestaande geschil te beëindigen, en voor de toekomst een samenwerking aan te gaan, zulks onder de voorwaarden beschreven in deze Overeenkomst;

Verklaren het volgende te zijn overeengekomen:

(...)

Artikel 2 - Exclusiviteit

- 2.1 Trebs heeft exclusiviteit voor de verkoop van de via Nearbor ingekochte producten, waaronder ook de Pizzarette, in de landen weergegeven in Bijlage A. De verkoop van de Pizzarette pizzaoven en eventuele andere (toekomstig) door Food & Fun ontwikkelde SDA producten zal derhalve in het Territoir uitsluitend via Trebs verlopen. Voorts ligt eveneens het marketing-, prijs- en verkoopbeleid met betrekking tot alle via Nearbor ingekochte producten en/of door Trebs aangeboden producten exclusief in handen van Trebs en Nearbor.

(...)

Artikel 9 - Finale kwijting

Partijen verlenen elkaar hierbij over en weer finale kwijting met betrekking tot alle mogelijke vorderingen ten aanzien van hun geschil.

Artikel 10 - Duur en beëindiging

- 10.1 Deze overeenkomst blijft van kracht gedurende een termijn van twee jaar, behoudens tussentijdse opzegging op grond van artikel 10.2.

(...)

- 10.3 Indien de overeenkomst al dan niet tussentijds wordt beëindigd of ontbonden, zijn Partijen op de datum van de beëindiging verplicht met onmiddellijke ingang zich te onthouden, op welke wijze dan ook, van al hetgeen waartoe zij in het kader van de overeenkomst gerechtigd c.q. verplicht zijn".

(...)"

3.1.3 Na afloop van de overeenkomst op 23 april 2013 is Trebs een tafelmodel pizzaoven blijven aanbieden, nu onder de naam Pizza Gusto.

3.1.4 Op 8 mei 2013 is aan één of meerdere afnemers van Trebs een door Smedema (bestuurder van Food & Fun) ondertekende en van het logo van Food & Fun voorziene brief verzonden. De brief heeft de volgende inhoud:

"(...)

Betreft: inbreuk op rechten Pizzarette

Geachte directie/inkoper,

In de afgelopen jaren is er verwarring ontstaan over de rechten van de Pizzarette, in het bijzonder door de wijze waarop Trebs B.V. te Heerlen op de markt is opgetreden. Hierbij wil ik u daarom over

zaaknummer: 200.130.083/01

datum: 15 oktober 2013

blad 5

het volgende informeren:

1. PIZZARETTE en het logo Food & Fun zijn Europees, Chinees en US geregistreerde handelsmerken van Food & Fun BV.
2. Voor het product Pizzarette geldt een Chinees design patent. Food & Fun heeft van de rechthebbende (Huaxingmeile Electric Appliance Factory) de wereldwijde (met uitzondering van China) exclusieve verkooprechten verkregen op het product Pizzarette. De door Food & Fun verhandelde Pizzarette voldoet aan de door Food & Fun gestelde hoge kwaliteitseisen.
3. In 2011 is er een geschil geweest tussen Food & Fun BV. en Trebs B.V. aangaande de door Trebs B.V. in de markt gebrachte pizzaoven die als twee druppels water op de Pizzarette leek. Partijen hebben in april 2011 voor de duur van 2 jaren afspraken gemaakt, welke afspraken per 23 april jl. zijn komen te vervallen.
4. Het model dat de afgelopen jaren door Trebs B.V. op de (Europese) markt is gebracht wordt geproduceerd door een fabriek die daarvoor een Chinees design patent had. Dit design patent is op 2 december 2011 - wegens schending van het design patent voor de Pizzarette - tot in hoogste instantie vernietigd. Dit betekent dat het enige legaal in China geproduceerde product de Pizzarette van Food & Fun is.
5. Nu de overeenkomst tussen Food & Fun BV. en Trebs B.V. geëindigd is staat het Trebs niet meer vrij de Pizzarette, onder welke naam dan ook, te verkopen. Haar Chinese fabrikant staat het voorts niet vrij een op het design patent van Huaxingmeile Electric Appliance Factory gelijkend product te vervaardigen en verkopen. De enige echte en legaal geproduceerde Pizzarette kunt u via ons verkrijgen. De Pizzarette voldoet bovendien aan hoge kwaliteitseisen hetgeen van de in strijd met het Chinese design patent geproduceerde producten niet gezegd kan worden. Voor de inkoop van de Pizzarette kunt u contact opnemen met www.Emerio.eu. Zij verzorgen de leveringen en de strenge kwaliteitscontroles in samenwerking met Food & Fun B.V.

Nu Food & Fun BV. weer vrij staat is zij voornemens op te treden tegen de handel in niet door patent gedekte of anderszins onrechtmatige producten. Om de schade en vervelende situaties bij marktpartijen te beperken zullen wij pas vanaf 1 juni actie ondernemen tegen inbreuk. Bij marktpartijen die voor die datum een handelsrelatie met Emerio aangaan, zal een nadere afspraak kunnen worden gemaakt over hoe om te gaan met voorraden van illegale producten.

Wij vertrouwen erop dat de markt net als voorheen de originele Pizzarette zal aanbieden. Food & Fun komt later dit jaar met meer leuke innovatieve producten.

Met vriendelijke groet,

Rob Smedema"

3.1.5 De Pizzarette wordt in China door de daar gevestigde fabrikant Yuyao Huaxingmeile Electric Appliance Factory (hierna: HEAF) geproduceerd. HEAF is houdster van een Chinees Design Patent no. ZL200730005935.X, ingediend door Wimmeley op 2 maart 2007 voor een elektrische pizzaoven (hierna: het Chinees Design Patent). Food & Fun heeft distributieovereenkomsten gesloten met zowel Wimmeley als HEAF. In die overeenkomsten is opgenomen dat zij de rechten heeft gekregen de Pizzarette exclusief in Europa respectievelijk de wereld (uitgezonderd China) te distribueren.

3.1.6 De Pizza Gusto wordt in China door de daar gevestigde fabrikant XU Hang geproduceerd. Een door haar gehouden Chinees Design Patent no. 201030599841.1.X, aangevraagd op 5 november 2010, is door het Nationale Bureau Intellectuele Eigendomsrechten van de Volksrepubliek China (hierna: het Bureau) op verzoek van Wimmeley op 2 december 2011 ongeldig verklaard, kort gezegd omdat het ontwerp naar het oordeel van het Bureau lijkt op het eerdere ontwerp van Wimmeley

zaaknummer: 200.130.083/01
datum: 15 oktober 2013

blad 6

De procedure en het geschil in eerste aanleg

3.2 Stellende dat Food & Fun c.s. met het benaderen en onjuist informeren van diverse marktpartijen onrechtmatig jegens haar hebben gehandeld, heeft Trebs de onderhavige kort-gedingprocedure aanhangig gemaakt bij de voorzieningenrechter en daarbij de in de akte wijziging eis onder 1 tot en 9 vermelde vorderingen ingesteld, waaronder onder meer ook veroordeling van Food & Fun c.s. in de volledige proceskosten als bedoeld in artikel 1019h Rv. Food & Fun c.s. hebben verweer gevoerd.

3.3 De voorzieningenrechter heeft de vorderingen van Trebs afgewezen en heeft Trebs veroordeeld in de proceskosten overeenkomstig het liquidatietarief. Trebs is van dit vonnis in hoger beroep gekomen onder aanvoering van zes grieven.

3.4 Voorafgaand aan het in kort geding gewezen vonnis hebben Trebs en Neabor Limited een bodemprocedure tegen Fun & Food c.s. ingesteld waarin de rechtbank Overijssel op 10 juli 2013 uitspraak heeft gedaan (zaaknummer/rolnummer: C/07/188851/HZ ZA 11-900). Voor de onderhavige procedure is van belang dat de rechtbank het beroep van Food & Fun op de vernietiging van de overeenkomst wegens dwaling en op de ontbinding daarvan wegens niet-nakoming door Trebs heeft afgewezen. Daarnaast hebben Trebs en Neabor bij dezelfde rechtbank een tweede bodemprocedure ingesteld waarbij zij hebben gevorderd overeenkomstig de onderhavige kort-gedingprocedure.

De grieven

Toetsingskader

3.5 De grieven 1, 2 en 6 betreffen het door de voorzieningenrechter toegepaste toetsingskader. Onder **grief 2** stelt Trebs dat de voorzieningenrechter bij de beoordeling van het onrechtmatige karakter van de brief ten onrechte is uitgegaan van de algemene onrechtmatigheidseis van artikel 6:162 BW, in plaats van de specifieke normen voor vergelijkende reclame van artikel 6:194a BW. Food & Fun c.s. voeren het verweer dat de brief niet is aan te merken als vergelijkende reclame in de zin van artikel 6:194a BW.

3.6 Dit verweer kan niet worden gevolgd. Het hof overweegt daartoe als volgt. Onder reclame in de zin van art. 6:194a BW wordt verstaan iedere mededeling bij de uitoefening van een commerciële, industriële of ambachtelijke activiteit of van een vrij beroep ter bevordering van de afzet van goederen of diensten, met inbegrip van onroerende goederen, rechten en plichten. Gelet op deze bijzonder ruime definitie kan reclame, met inbegrip van vergelijkende reclame, zeer verschillende vormen aannemen. Er is sprake van vergelijkende reclame in de zin van artikel van artikel 6:194a BW indien een concurrent dan wel door een concurrent aangeboden goederen of diensten, uitdrukkelijk of impliciet, worden genoemd (vgl. HvJEG, 25 oktober 2001, *LJN*: AE2227).

3.7 De brief van Food & Fun als hiervoor geciteerd onder 3.1.4 moet naar het oordeel van het hof als reclame worden aangemerkt omdat het niet alleen een uiteenzetting bevat, zoals Food & Fun c.s. betogen, met betrekking tot de gevolgen van het beëindigd zijn van de samenwerkingsovereenkomst, maar de geadresseerden tevens oproept de ("enige echte en legaal geproduceerde") pizzaoven van Food & Fun bij haar distributeur Emerio in te kopen. De brief heeft een duidelijk wervend karakter. Nu in de brief de naam van Trebs uitdrukkelijk wordt genoemd, moet de brief worden aangemerkt als vergelijkende reclame in

zaaknummer: 200.130.083/01

datum: 15 oktober 2013

blad 7

de zin van art. 6:194a BW. De grief slaagt derhalve

3.8 Vergelijkende reclame is geoorloofd indien wordt voldaan aan de (cumulatief bedoelde) voorwaarden zoals vervat in artikel 6:194a lid 2 BW. Dit laatste impliceert dat de betrokken (vergelijkende) reclame onder meer niet misleidend mag zijn in de zin van artikel 6:194 BW en op objectieve wijze een of meer wezenlijke, relevante, controleerbare en representatieve kenmerken van de betrokken diensten met elkaar vergelijkt. De vergelijking moet verder op zakelijke wijze neutraal tot uitdrukking worden gebracht. Er mag geen onnodige afbreuk worden gedaan aan de reputatie van de concurrent (6:194a lid 2 onder e BW).

3.9 Van misleiding zal met name sprake kunnen zijn indien de mededeling onjuist of onvolledig is. De feitelijke vaststelling dat sprake is van een onjuiste of onvolledige mededeling brengt echter nog niet mee dat deze ook misleidend is. Daartoe is nodig dat de mededeling de geadresseerde van de mailing, de maatman, misleidt of kan misleiden en door haar misleidende karakter zijn economische gedrag kan beïnvloeden. Een mededeling kan daarom pas als misleidend worden gekwalificeerd, indien redelijkerwijs aannemelijk is dat de onjuistheid of onvolledigheid van materieel belang is voor de beslissing van de maatman om al dan niet tot de desbetreffende rechtshandeling (hier: het inkopen van een Pizzarette van Food & Fun bij Emerio) over te gaan. In dat geval is immers redelijkerwijs aannemelijk dat de onjuistheid of onvolledigheid het economisch gedrag van de maatman kan beïnvloeden. Het gaat er dus om dat de onjuistheid of onvolledigheid van voldoende materieel belang is om de maatman te kunnen misleiden en of de mededeling op zichzelf beschouwd een misleidend karakter heeft (vgl. HR 27 november 2009, *LJN*: BH2162). Het hof volgt Trebs om deze reden niet in haar stelling, onder **Grief 6**, dat elke onjuistheid op zichzelf beschouwd reden is voor toewijzing van haar vorderingen. De onjuistheid of onvolledigheid moet immers, hetgeen ook in rechtsoverweging 4.5 van de voorzieningenrechter besloten ligt, van voldoende materieel belang zijn om de maatman te (kunnen) misleiden. In deze zaak wordt de maatman gevormd door de directie en inkopers van groothandelaren en retailers in klein huishoudelijk apparaat voor wie de brief is bestemd en die, naar het hof aanneemt, redelijk oplettend en bedachtzaam zullen zijn. Van deze maatman mag worden verwacht dat hij de brief goed leest, maar niet dat hij beschikt over bijzondere kennis ter zake de bescherming van de vormgeving van een huishoudelijk product als de onderhavige pizzaoven.

3.10 Op Food & Fun c.s. rust ingevolge artikel 6:195 lid 1 BW de bewijslast met betrekking tot de juistheid en volledigheid van de feiten die in de brief zijn vervat of daardoor worden gesuggereerd en waarop het beweerdelijk misleidende karakter van de brief berust. Dat de brief is verstuurd door Emerio, acht het hof niet relevant omdat ook het laten versturen van onjuiste mededelingen onrechtmatig is en niet is bestreden dat de inhoud en inkleiding van de brief geheel door Food & Fun c.s. zijn bepaald (vgl. Hoge Raad, 20 maart 1985, *LJN*: AG4986). In het kader van een kort geding is het hof niet gehouden de juistheid of volledigheid van de brief diepgaand te onderzoeken. Het hof onderzoekt slechts of het voldoende aannemelijk is dat Food & Fun c.s. in een bodemprocedure in hun bewijs zullen slagen. In zoverre slaagt **grief 1**. Dat de onjuistheid of onvolledigheid van voldoende materieel belang is om de beslissing van de maatman te beïnvloeden, moet door Trebs aannemelijk worden gemaakt.

3.11 De **grievens 3 tot en met 5** stellen alle de juistheid van de in de brief opgenomen mededelingen aan de orde. Trebs stelt dat het onderwerp van de brief en de daarin

zaaknummer: 200.130.083/01

datum: 15 oktober 2013

blad 8

opgenomen mededelingen onder 2, 4 en 5 (als hiervoor onder 3.1.4 weergegeven) onjuist zijn en ten onrechte de indruk wekken dat haar pizzaoven een illegale kopie is van de Pizzarette van Food & Fun. Trebs voert daartoe, samengevat, het volgende aan.

- i. Er is geen sprake van inbreuk op enige intellectuele eigendomsrechten op de Pizzarette.
- ii. Het Chinees Design Patent als genoemd in de brief geldt niet voor de Pizzarette maar voor een daarvan afwijkend model. Het Chinees Design Patent kan om die reden niet gelden als basis voor de daarvan afgeleide exclusieve verkooprechten van Food & Fun. Er is ook geen sprake van exclusiviteit voor Food & Fun omdat HEAF de pizzaovens ook aan Sligro Food Groep Nederland B.V. heeft geleverd.
- iii. De Pizza Gusto wijkt af van het Chinees Design Patent. HEAF kan zich om die reden niet verzetten tegen de productie en de verhandeling van de Pizza Gusto in China. HEAF heeft zich hiertegen ook niet verzet. De omstandigheid dat het Chinese octrooibureau het door XU Hang ingediende (latere) Chinese Design Patent ongeldig heeft verklaard, betekent niet dat de Pizza Gusto in China inbreuk maakt op het (eerdere) Chinese Design Patent van HEAF. Het is dus onjuist om te stellen dat het enig legaal in China geproduceerde pizzaoven de Pizzarette van Food & Fun is.
- iv. Het Chinees Design Patent geldt alleen voor China en kan alleen in China worden gebruikt om op te treden tegen producten die inbreuk maken op het model zoals afgebeeld in het Chinees Design Patent. Dit recht strekt zich niet uit tot Nederland en het kan Trebs dus niet belemmeren de Pizza Gusto in Nederland te verkopen.
- v. Ook de Pizza Gusto voldoet aan de daaraan gestelde kwaliteitseisen. De suggestie dat de Pizza Gusto van mindere kwaliteit is dan de Pizzarette wordt betwist.

3.12 Food & Fun c.s. betwisten dat de gewraakte brief onjuiste informatie bevat. Food & Fun c.s. betogen in het bijzonder dat de Pizza Gusto een slaafse nabootsing is van de Pizzarette en om die reden niet door Trebs mag worden verkocht.

3.13 Het hof overweegt als volgt. Ook als veronderstellenderwijs wordt aangenomen dat de Pizza Gusto moet worden beschouwd als een ongeoorloofde slaafse nabootsing van de Pizzarette, dan is daarmee nog niet gegeven dat de onderhavige brief is geoorloofd. Voor de vraag of de brief, die als vergelijkende reclame moet worden aangemerkt, is geoorloofd gaat het er immers om of de brief vanwege de daarin opgenomen mededelingen een misleidend karakter heeft. Bij de beoordeling van het gestelde misleidende karakter dient, zoals door Trebs bij gelegenheid van pleidooi is betoogd, er rekening mee te worden gehouden dat de maatman de mededelingen in onderling verband leest en begrijpt, waarbij bijzondere betekenis toekomt aan de aanhef van de brief "Betreft: Inbreuk op rechten Pizzarette".

3.14 Naar het oordeel van het hof hebben Food & Fun c.s. voorshands onvoldoende aannemelijk gemaakt dat de enige legaal in China geproduceerde pizzaoven de Pizzarette van Food & Fun is. De enkele omstandigheid dat het door XU Hang aangevraagde Design Patent in China door het Chinese octrooibureau is vernietigd, betekent nog niet dat het XU Hang verboden is de Pizza Gusto te produceren en verhandelen. Het hof acht hierbij van belang dat Xu Hang bedoelde pizzaoven al enige jaren produceert, terwijl niet is gebleken dat HEAF, Wimmely of Fun & Food c.s. daartegen actie hebben ondernomen. Om die reden is de mededeling dat het de Chinese fabrikant van Trebs niet vrijstaat een op het Design Patent van HEAF gelijkend product te vervaardigen en verkopen, niet juist. Met die mededeling - in combinatie met de aanhef van de brief - wordt bovendien de onjuiste suggestie gewekt dat dit recht alsmede de daarop gebaseerde exclusieve verkooprechten, zich

zaaknummer: 200.130.083/01

datum: 15 oktober 2013

blad 9

uitstrekken tot andere landen, waaronder Nederland. De stelling van Food & Fun c.s. dat zij in Nederland tegen de Pizza Gusto op grond van slaafse nabootsing kunnen optreden, neemt - wat daarvan verder ook zij - de onjuiste suggestie niet weg dat Trebs in Nederland over (model)rechten op de Pizzarette en daarvan afgeleide exclusieve verkooprechten beschikt. Daar komt bij dat in de brief aan slaafse nabootsing geheel niet wordt gerefereerd.

3.15 Naar het voorlopig oordeel van het hof is de suggestie die van de hiervoor genoemde onjuiste mededelingen uitgaat, in de context van de overige mededelingen in de brief en de aanhef daarvan, van voldoende materieel belang om de maatman te kunnen misleiden. Het ongeoorloofde karakter van de brief wordt versterkt door de daarin opgenomen suggestie dat de Pizza Gusto van Trebs niet voldoet aan de hoge kwaliteitseisen die aan een pizzaoven worden gesteld. Dat de Pizza Gusto niet voldoet aan de daaraan te stellen kwaliteitseisen, is door Food & Fun c.s., gelet op het feit dat de Pizza Gusto over de vereiste CE markering beschikt, onvoldoende aannemelijk gemaakt. Er is verder ook geen sprake van een objectieve neutrale vergelijking (als bedoeld in artikel 6:194 lid 2 onder e BW). Reeds dit maakt de mededelingen ongeoorloofd. Het door Food & Fun c.s. overgelegde Dekra rapport (prod. 41) brengt daarin geen verandering.

3.16 Gelet op hetgeen hiervoor is overwogen, behoeven de overige stellingen van partijen met betrekking tot de gestelde exclusiviteit van Food & Fun c.s., de slaafse nabootsing van de Pizzarette en de betekenis van de in artikel 9 van de overeenkomst opgenomen finale kwijting, geen bespreking. Dit geldt ook voor het door Food & Fun c.s. ingestelde voorwaardelijke incidenteel appel.

Verbod en rectificatie?

3.17 Trebs heeft gesteld dat Food & Fun c.s. door de onjuiste mededelingen in bedoelde brief die naar alle belangrijke afnemers en zakenpartners van Trebs is gestuurd, heeft getracht (potentiële) klanten van Trebs te bewegen af te zien van bestellingen van de Pizza Gusto. Trebs heeft verder aangetoond dat Food & Fun c.s., ondanks hun toezeggingen, zijn doorgestaan met het verspreiden van de mededelingen als vervat in voornoemde brief (prod. 24 Trebs). Daarenboven heeft Trebs, hetgeen door Food & Fun c.s. ook niet is weersproken, aangetoond dat zij door het afzeggen van bestellingen en uitblijven van nabestellingen schade heeft geleden en dreigt te lijden (zie prod. 12 Trebs). Om die reden is het hof van oordeel dat Trebs belang heeft bij het gevorderde verbod onder 1 van de spoedappeldagvaarding als hierna bepaald in het dictum. Voor zover de verbodsvordering betrekking heeft op ieder onrechtmatig handelen en mededelingen met een overeenkomende strekking, is zij onvoldoende gespecificeerd.

3.18 Food & Fun c.s. voeren voorts het verweer dat Smedema in persoon niet aansprakelijk kan worden gehouden voor de inhoud van de gewraakte brief nu hij de brief als directeur van Food & Fun heeft getekend en om die reden de vorderingen jegens hem moeten worden afgewezen. Dit verweer kan Smedema niet baten nu voorshands moet worden aangenomen dat Smedema vanwege zijn directe betrokkenheid, die mede blijkt uit de ondertekening van de samenwerkingsovereenkomst, door het laten openbaar maken van de door hem opgestelde brief ook zelf onrechtmatig tegenover Trebs heeft gehandeld. Daarbij komt dat niet is gesteld of gebleken dat Smedema het niet in zijn macht heeft om aan het verbod onder 1 of de geboden onder 2, 3 en 4 van de spoedappeldagvaarding te voldoen.

3.19 De onder 2 gevorderde opgave van alle geadresseerden van de brief kan naar het

zaaknummer: 200.130.083/01

datum: 15 oktober 2013

blad 10

oordeel van het hof niet worden toegewezen nu niet is gesteld of gebleken dat de brief door Food & Fun c.s. is verstuurd en evenmin is gesteld of gebleken dat Food & Fun c.s. het in hun macht hebben om aan dit bevel te voldoen. Om dezelfde reden dient de vordering onder 3 van de spoedappeldagvaarding te worden afgewezen.

3.20 De vordering tot rectificatie onder 4 van de spoedappeldagvaarding is toewijsbaar. Het hof zal de vordering tot rectificatie toewijzen als weergegeven in het dictum. Deze rectificatie is, gelet op alle omstandigheden van het geval en op grond van een afweging van de wederzijdse belangen, naar het oordeel van het hof een proportioneel en doelmatig middel om het onjuiste beeld dat in de markt is ontstaan door de hiervoor bedoelde misleidende brief van Food & Fun c.s., recht te zetten. Trebs heeft er recht en belang bij dat het onjuiste beeld zo spoedig mogelijk wordt recht gezet. Het hof is met Fun & Food c.s. van oordeel dat zij daarvoor enige tijd nodig hebben. Het hof acht een termijn van vijf dagen na betekening van het arrest redelijk.

3.21 Voorts ziet het hof aanleiding om de gevorderde dwangsommen bij overtreding van het verbod en niet nakoming van het gebod te matigen tot een bedrag als hierna bepaald en te maximaliseren tot een bedrag van in totaal € 100.000,-.

3.22 Trebs en Food & Fun c.s. hebben in hoger beroep bewijs aangeboden van hun stellingen. Het hof gaat aan het bewijsaanbod voorbij nu dat aanbod niet ter zake dienend is, nog daargelaten dat in een kort-gedingprocedure als de onderhavige in het algemeen geen plaats is voor uitgebreide bewijslevering.

4. De slotsom

De slotsom is dat de grieven (deels) slagen en het beroepen vonnis zal worden vernietigd met toewijzing van de vorderingen als hierna bepaald. Nu Food & Fun c.s. in beide instanties grotendeels in het ongelijk zijn gesteld, zullen zij worden veroordeeld in de kosten van het geding in beide instanties krachtens het "normale" liquidatietarief. Voor het hoger beroep zijn die kosten vastgesteld op 4 punten in tariefgroep II.

5. De beslissing

Het gerechtshof, rechtdoende in hoger beroep:

vernietigt het in kort geding tussen partijen gewezen vonnis van de voorzieningenrechter van de rechtbank Overijssel van 10 juli 2013 en doet opnieuw recht;

- i) verbiedt Food & Fun c.s. om met onmiddellijke ingang na betekening van dit arrest de brief als hiervoor weergegeven onder 3.1.4 op welke wijze dan ook openbaar te maken of te laten openbaar maken;
- ii) gebiedt Food & Fun c.s. om binnen vijf dagen na betekening van dit arrest bovenaan op haar homepage onder de internet domeinnamen foodfun.nl en pizzarette.nl gedurende één maand de navolgende rectificatie te plaatsen in standaard lettergrootte, in een wit kader van 10 x 10 cm, met zwarte letters en onder de kop "RECTIFICATIE" (in hoofdletters) zonder enige commentaar of toevoeging in welke vorm dan ook:

zaaknummer: 200.130.083/01

datum: 15 oktober 2013

blad 11

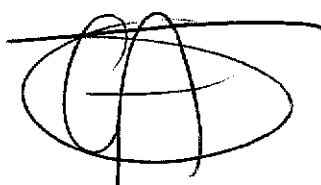
"Geachte directie / inkoper,

In de afgelopen tijd bent u benaderd door middel van een brief met als onderwerp "Inbreuk op rechten Pizzarette". Het hof Arnhem-Leeuwarden heeft bij arrest van 15 oktober 2013 in kort geding geoordeeld dat deze brief onjuiste en/of onvolledige mededelingen bevat en daardoor misleidend is. Food & Fun heeft hierdoor onrechtmatig gehandeld jegens Trebs.

*Food & Fun B.V.
De heer R. Smedema*

- iii) veroordeelt Food & Fun c.s. tot betaling van een dwangsom van € 5.000,- per dag, een dagdeel daaronder begrepen, dat wordt gehandeld in strijd met de hiervoor genoemde bevelen, met bepaling dat maximaal € 100.000,- aan dwangsommen kan worden verbeurd.
- iv) veroordeelt Food & Fun c.s. in de kosten van beide instanties, tot aan de bestreden uitspraak aan de zijde van Trebs wat betreft de eerste aanleg vastgesteld op € 1.493,- en tot aan deze uitspraak wat betreft het hoger beroep vastgesteld op € 3.576,- voor salaris overeenkomstig het liquidatietarief en op € 759,71 voor verschotten;
- v) verklaart dit arrest tot zover uitvoerbaar bij voorraad.
- vi) wijst af het meer of anders gevorderde.

Dit arrest is gewezen door mrs. R.E. Weening, J.H. Kuiper en M. Schut en is door de rolraadsheer in tegenwoordigheid van de griffier in het openbaar uitgesproken op dinsdag 15 oktober 2013.



Voor kopie conform
De griffier van het Gerechtshof
Arnhem-Leeuwarden



mr. J.H. Kuiper