

LJN: BT1658, Gerechtshof 's-Hertogenbosch , HD 103.006.165

Datum 16-08-2011
uitspraak:
Datum 15-09-2011
publicatie:
Rechtsgebied: Handelszaak
Soort procedure: Hoger beroep
Inhoudsindicatie: Misleidende reclame, reikwijdte verbod, verbeurde dwangsommen na vernietiging vonnis in hoger beroep.

Uitspraak

GERECHTSHOF 's-HERTOGENBOSCH
Sector civiel recht

zaaknummer HD 103.006.165

arrest van de vierde kamer van 16 augustus 2011

in de zaak van

Biomet Nederland B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats],
appellante,
advocaat: mr. J.W. Bitter

tegen:

[X.] GmbH,
gevestigd te [vestigingsplaats] (Duitsland),
geïntimeerde,
advocaat: mr. Ph.C.M. van der Ven,

op het bij exploit van dagvaarding van 7 januari 2008 ingeleide hoger beroep van het door de rechtbank 's-Hertogenbosch gewezen vonnis van 10 oktober 2007 tussen appellante - hierna Biomet genoemd - als medegedaagde en geïntimeerde - hierna [X.] genoemd - als eiseres.

1. Het geding in eerste aanleg (zaak/rolnr. 147630 / HA ZA 06-1851)

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 Biomet, onder overlegging van drie producties, vijf grieven aangevoerd en geconcludeerd tot vernietiging van het vonnis waarvan beroep en, kort gezegd, - voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad - tot geclausuleerde toewijzing van de gevorderde verboden en tot afwijzing van de dwangsommen, met veroordeling van [X.] in de kosten van beide instanties.

2.2. Bij memorie van antwoord heeft [X.], onder overlegging van vijf producties, de grieven bestreden.

2.3. Partijen hebben hun zaak op 26 mei 2011 doen bepleiten, Biomet door mr. J.W. Bitter en mr. L.W. Kamp en [X.] door mr. R.M. Kleemans. Er is gepleit aan de hand van overgelegde pleitnotities, die bij de stukken zijn gevoegd. Voorafgaand aan het pleidooi heeft Biomet nog één productie en [X.] nog zes producties (producties 6 t/m 11) in het geding gebracht. Ter zitting heeft [X.] een stuk botcement getoond aan het hof. Partijen hebben tenslotte uitspraak gevraagd. Partijen hebben niet gefourneerd. Zij zijn ermee akkoord gegaan dat het hof arrest wijst op de door [X.] ten behoeve van het pleidooi overgelegde procesdossier.

3. De gronden van het hoger beroep

Voor de tekst van de grieven wordt verwezen naar de memorie van grieven.

4. De beoordeling

4.1. Aangezien [X.] in Duitsland is gevestigd, heeft deze zaak internationale aspecten. De rechtbank 's-Hertogenbosch heeft zich bevoegd geacht en Nederlands recht toegepast. In hoger beroep hebben partijen de bevoegdheid van de Nederlandse rechter en het

toepasselijke recht niet aan de orde gesteld. Ook het hof zal Nederlands recht toepassen. Ambtshalve vaststelling van zijn bevoegdheid op de voet van art. 4.6 lid 1 BVIE is niet aan de orde nu het debat in hoger beroep geen merkenrechtelijke grondslag meer omvat.

4.2. De rechtbank heeft onder 2 van het vonnis van 10 oktober 2007 de relevante feiten voor het geschil in eerste aanleg opgenomen. Deze feiten zijn in hoger beroep niet betwist en vormen ook in hoger beroep het uitgangspunt. Biomet heeft ten aanzien van de feitenvaststelling door de rechtbank een aanvulling bepleit zoals in 2.2 van de memorie van grieven is aangegeven. Blijkens de inhoud daarvan betoogt Biomet hiermee niet dat het dictum van het bestreden vonnis zou moeten worden gewijzigd, zodat het hof dit niet als een verborgen grief beschouwt. Het hof zal hierna een samenvatting geven van de relevante feiten in hoger beroep.

4.2.1. [X.] is een Duitse onderneming die zich onder meer bezighoudt met de ontwikkeling en productie van botcement. Botcement, al dan niet met toegevoegd antibioticum, wordt gebruikt bij het vastzetten van bijvoorbeeld heup- of knieprothesen aan het bot. [X.] voert voor haar botcement het merk Palacos (Internationale merkregistratie 211895 van 2 augustus 1958 met aanwijzing Benelux).

4.2.2. Biomet maakt onderdeel uit van de Biomet-groep die zich bezig houdt met de productie van medische hulpmiddelen, waaronder botprothesen.

4.2.3. [X.] produceert sinds begin jaren '70 een botcement waaraan het antibioticum gentamicine is toegevoegd. De Amerikaanse geneesmiddelenproducent Schering was octrooihouder van gentamicine en de Duitse geneesmiddelenproducent Merck KGaA (hierna: Merck) was licentienemer op dat octrooi. Onder de merknaam Refobacin (Internationale merkregistratie 287043 van 29 juli 1964 met aanwijzing Benelux) bracht Merck haar gentamicine op de markt.

4.2.4. [X.] en Merck hebben per 1 januari 1993 een samenwerkingsovereenkomst gesloten voor de productie en distributie van gentamicine houdend botcement onder de naam Refobacin ® Palacos ® R (hierna: Refobacin Palacos). In 1998 zijn deze afspraken wat Merck betreft in een joint venture Biomet-Merck ingebracht. In 2004 heeft Biomet het aandeel van Merck in deze joint venture overgenomen.

4.2.5. Refobacin Palacos werd door [X.] geproduceerd en door Biomet op niet exclusieve basis op de Europese markt verhandeld. Refobacin Palacos werd goed verkocht op de Europese markt. [X.] is onder haar merk Palacos ook botcement zonder toevoeging van een antibioticum blijven produceren. Tot 2005 heeft [X.] geen (Refobacin) Palacos in eigen beheer verkocht.

4.2.6. [X.] heeft op 10 februari 2005 de relatie met Biomet per 31 augustus 2005 beëindigd. [X.] produceert en distribueert sinds de beëindiging van de relatie een gentamicinehoudend botcement onder de naam Palacos R+G.

4.2.7. Biomet heeft een eigen botcement ontwikkeld waaraan gentamicine wordt toegevoegd. Dit product is in augustus 2005 door Biomet geïntroduceerd en wordt door haar onder de naam Refobacin ® Bone Cement R (hierna: Refobacin Bone Cement) op de markt gebracht.

4.2.8. Bij brief van 24 augustus 2005, waarvan minimaal 120 exemplaren zijn verzonden, heeft Biomet de Nederlandse markt geïnformeerd over Refobacin Bone Cement. In die brief heeft Biomet onder meer geschreven:

'Zoals u wellicht weet is Biomet Europe de verantwoordelijke fabrikant van Refobacin ® - Palacos ® R. (...) Met ingang van 1 september 2005 heeft Biomet Europe besloten van bron te veranderen voor haar botcementproducten. Hiermee zal er niets wijzigen in de functie van Biomet Europe als verantwoordelijke fabrikant van haar botcementproducten. Echter, in het kader van de leverancierswijziging is Biomet Europe verheugd aan te kondigen dat per 1 september 2005 haar antibioticumhoudend cement verkocht zal worden onder een nieuwe naam, namelijk

Refobacin ® Bone Cement R.

Alle producteigenschappen van ons antibioticumhoudend cement, inclusief de artikelnummers en prijsstelling, blijven ongewijzigd. In de komende maanden zullen andere Biomet Europe cementproducten ook een nieuwe naam krijgen. (...)'

4.2.9. Biomet hanteert hetzelfde product- en bestelnummer voor Refobacin Bone Cement als voorheen voor Refobacin Palacos. De verpakking die Biomet voorheen gebruikte voor Refobacin Palacos, gebruikt zij thans voor Refobacin Bone Cement waarbij 'Palacos ®' door 'Bone Cement' is vervangen. Deze verpakking maakt deel uit van de door Biomet gehanteerde huisstijl, dat wil zeggen dat Biomet een vergelijkbare verpakking ook voor haar andere producten gebruikt.

4.2.10. Geen van partijen produceert of distribueert nu nog botcement onder de naam Refobacin Palacos.

4.2.11. [X.] heeft een kort geding procedure aanhangig gemaakt tegen onder meer Biomet. Bij vonnis van 16 februari 2006 heeft de voorzieningenrechter van de rechtbank 's-Hertogenbosch Biomet onder meer verboden mededelingen te doen die inhouden dat Refobacin Bone Cement identiek is aan Refobacin Palacos en mededelingen van gelijke strekking en bevolen opgave te doen van alle uitingen van deze strekking, een rectificatie te plaatsen, reclamemateriaal terug te halen en het gebruik van het merk Palacos te staken. Al het voorgaande is verboden, respectievelijk bevolen onder oplegging van dwangsommen en met bepaling van de termijn voor het instellen van een eis in de hoofdzaak op zes maanden. Het vonnis is op 17 februari 2006 aan Biomet betekend.

4.2.12. Tegen dat vonnis is Biomet in hoger beroep gekomen. Het hof 's-Hertogenbosch heeft bij arrest van 1 mei 2007 het vonnis van de voorzieningenrechter vernietigd en de vorderingen tegen Biomet grotendeels toegewezen. Daarbij heeft het hof Biomet onder meer bevolen elk gebruik van mededelingen (met de strekking) dat Refobacin Bone Cement identiek is aan Refobacin Palacos te staken en gestaakt te houden en verboden ten aanzien van deze producten misleidende mededelingen openbaar te maken. Voorts heeft het hof Biomet bevolen opgave te doen van alle uitingen van deze strekking, een rectificatie te plaatsen, reclamemateriaal terug te halen en het gebruik van het merk Palacos te staken onder oplegging van een dwangsom en met bepaling van de termijn voor het instellen van een eis in de hoofdzaak op zes maanden.

4.2.13. Naar aanleiding van dat arrest heeft Biomet 1.059 rectificaties verzonden.

4.3. In overeenstemming met de termijn, zoals bepaald in het vonnis van de voorzieningenrechter van 16 februari 2006, heeft [X.] bij inleidende dagvaarding van 16 augustus 2006 tegen (onder meer) Biomet een bodemprocedure aanhangig gemaakt. Daarin heeft [X.] - kort gezegd - gevorderd Biomet uitvoerbaar bij voorraad:

- 1) te gebieden met onmiddellijke ingang elk gebruik van de in hoofdstuk 3 van die dagvaarding nader genoemde mededelingen en mededelingen van gelijke strekking te staken en gestaakt te houden en overigens te verbieden misleidende mededelingen openbaar te maken betreffende Refobacin Bone Cement op straffe van een dwangsom;
- 2) te verbieden te suggereren dat haar botcement in vivo is getest en zich te beroepen op de onderzoeksresultaten van de Scandinavische Heupregisters ten aanzien van Refobacin Palacos;
- 3) te gebieden opgave te doen van alle uitingen van de bestreden mededelingen;
- 4) te bevelen een rectificatie te plaatsen of te verzenden;
- 5) te gebieden een rectificatie te plaatsen op haar homepage;
- 6) te gebieden alle bestreden reclamemateriaal terug te halen;
- 7) te gebieden het gebruik van de productnummers van Refobacin Palacos te staken en gestaakt te houden en te gebieden de productnummers van Refobacin Bone Cement te wijzigen met daartoe strekkende mededeling aan haar afnemers;
- 8) te gebieden het gebruik van de verpakkingen van Refobacin Bone Cement te staken en gestaakt te houden;
- 9) te bevelen het merk Palacos en alle andere merken van [X.] te staken en gestaakt te houden;
- 10) te gebieden sub 2 t/m 8 onder oplegging van een dwangsom;
- 11) te veroordelen tot betaling van de reeds verbeurde dwangsommen in de periode tussen de betekening van het vonnis op 17 februari 2006 en het door Biomet tegen dat vonnis op 7 maart 2006 ingestelde hoger beroep;
- 12) te veroordelen in de kosten van het geding.

4.4. Ter gelegenheid van de comparitie van partijen op 5 juli 2007 heeft [X.] haar sub 1 genoemde vordering nader geconcretiseerd tot hetgeen het hof in kort geding onder 1 van zijn dictum van 1 mei 2007 had toegewezen, namelijk:
'gebiedt Biomet (...) elk gebruik van mededelingen (met de strekking) dat Refobacin ® Bone Cement R identiek is aan Refobacin ® Palacos R, dan wel iedere betrokkenheid bij dergelijke mededelingen te staken en gestaakt te houden en verbiedt Biomet (...) overigens ten aanzien van deze producten misleidende mededelingen openbaar te (doen) maken;'

4.5. Aan haar vorderingen legde [X.] - kort samengevat - ten grondslag dat Biomet bij de introductie van haar nieuwe product Refobacin Bone Cement misleidende redame heeft gevoerd, onnodig grievende uitlatingen heeft gedaan en merkinbreuk heeft gepleegd.

4.6. De rechtbank heeft de vorderingen onder 1), 2) en 9) (in geclausuleerde vorm en voor zover betrekking hebbend op het merk Palacos) toegewezen onder oplegging van een dwangsom. Daarnaast heeft de rechtbank Biomet veroordeeld tot betaling van een bedrag van € 10.000,- aan reeds verbeurde dwangsommen met veroordeling van Biomet in de kosten van de procedure. De rechtbank legde aan haar oordeel onder meer ten grondslag dat de producteigenschappen van Refobacin Palacos en Refobacin Bone Cement in ieder geval op twee punten van elkaar verschillen, waardoor de mededeling van Biomet in haar brief van 24 augustus 2005 'Alle producteigenschappen van ons antibioticumhoudend cement (...) blijven ongewijzigd' onjuist is. Biomet wakte volgens de rechtbank ten onrechte

de indruk dat er slechts sprake was van een naamswijziging, waardoor er sprake is van misleidende reclame voor Refobacin Bone Cement. Aan de veroordeling tot betaling van reeds verbeurde dwangsommen in de periode van 17 februari 2006 tot 7 maart 2006 legde de rechtbank ten grondslag dat het hof bij arrest van 1 mei 2007 alleen voor de duidelijkheid het vonnis van 16 februari 2006 volledig heeft vernietigd, maar op alle relevante punten voor de vraag of dwangsommen zijn verbeurd hetzelfde heeft beslist als de voorzieningenrechter van de rechtbank 's-Hertogenbosch in het vonnis van 16 februari 2006. De rechtbank wees de overige vorderingen van [X.] (opgave, rectificatie, recall, gebruik productnummers en verpakking) af.

4.7. Biomet heeft tegen dit vonnis tijdig hoger beroep ingesteld. [X.] heeft tegen de afwijzing van haar overige vorderingen geen incidenteel appel ingesteld. De rechtsstrijd in hoger beroep is dus beperkt tot de onderdelen 5.2 (verbod misleidende reclame) en 5.7 (veroordeling tot betaling verbeurde dwangsommen) van het bestreden dictum.

De grieven 1 en 2; de formulering van het ge- en verbod in 5.2 van het bestreden dictum

4.8. De eerste twee grieven richten zich tegen het door de rechtbank in 5.2 van het dictum gegeven gebod en het daar opgenomen verbod. Het hof zal deze grieven gezamenlijk bespreken.

4.8.1. Biomet heeft – kort samengevat – betoogd dat het haar vrij moet staan om mede te delen dat Refobacin Bone Cement en Refobacin Palacos met elkaar vergelijkbare, equivalente, producten zijn. Biomet heeft zich daarbij met name beroepen op het feit dat TÜV Produkt Service GmbH (hierna "TÜV") naar aanleiding van de door Biomet gevraagde aanvullende goedkeuring, een verklaring heeft afgegeven dat Refobacin Bone Cement aan de eisen van Richtlijn 93/42 voldoet (hierna: "de EG-markering"). Volgens Biomet heeft zij die aanvullende goedkeuring gevraagd op grond van de stelling dat sprake was van een wijziging van het reeds goedgekeurde product Refobacin Palacos; de samenstelling en afkomst van de gebruikte gentamicine bleven immers ongewijzigd. Alleen in de samenstelling en afkomst van het cement werd een wijziging aangebracht. De aanvraag was dus gebaseerd op de equivalentie van Refobacin Palacos enerzijds en Refobacin Bone Cement anderzijds en gelet op de daarop door TÜV afgegeven EG-markering moet het volgens Biomet haar vrijstaan mede te delen dat genoemde producten als equivalente producten hebben te gelden.

Verder is het verbod aan Biomet om "overigens misleidende mededelingen openbaar te maken" veel te vaag en bovendien mag Biomet dat gelet op de artikelen 6:162 en 6:194 BW hoe dan ook al niet, zodat het gevorderde overbodig is, aldus Biomet.

4.8.2. [X.] heeft daartegen aangevoerd dat Biomet geen grieven heeft gericht tegen de overwegingen van de rechtbank waarin zij verschillen tussen Refobacin Bone Cement en Refobacin Palacos heeft geconstateerd. Volgens [X.] blijkt reeds uit die verschillen dat de producten geen equivalente producten zijn. Verder is de door TÜV afgegeven EG-markering niet gebaseerd op eigen onderzoek door TÜV, maar enkel op door Biomet aangeleverde documentatie, waarbij Biomet ook nog eens gebruik maakte van documentatie die betrekking had op Refobacin Palacos, aldus [X.]. Ook blijkt volgens [X.] uit verschillende onderzoeken (zij heeft daarbij verwezen naar in het geding gebrachte onderzoeken van [A.], [B.] en [C.]) dat de producten niet equivalent zijn. Bovendien zou de conclusie dat beide botcementproducten wel als equivalent zouden zijn te duiden slechts na een vergelijking "in vivo" (onderzoek naar het product nadat dat is aangebracht in het lichaam) kunnen worden getrokken en ten aanzien van Refobacin Bone Cement is geen in vivo onderzoek beschikbaar, aldus [X.].

4.8.3. Het hof oordeelt dienaangaande als volgt. Partijen gebruiken de termen "identiek", "equivalent" en "uitwisselbaar". Duidelijk is dat die begrippen een verschillende inhoud hebben. Indien de producten identiek zijn, zijn er geen relevante verschillen aan te wijzen, qua samenstelling, eigenschappen of verwerking. Indien de producten equivalent (of gelijkwaardig) zijn, zal vooral worden bezien of - eventueel met hantering van een andere werkwijze - met het ene product een "even goed" eindresultaat bereikt kan worden als met het andere. Indien producten uitwisselbaar zijn wil dat zeggen dat de eindresultaten vergelijkbaar zijn en dat ook de werkwijze bij beide producten praktisch gelijk is. Biomet stelt dat haar product, Refobacin Bone Cement gelijkwaardig en uitwisselbaar is met Refobacin Palacos.

4.8.4. Terecht heeft [X.] opgemerkt dat geen grieven zijn gericht tegen de vaststelling van de verschillen, zoals door de rechtbank in r.o. 4.6 van het vonnis waarvan beroep weergegeven. Deze worden derhalve als vaststaand aangemerkt. Het hof is van oordeel dat deze verschillen niet als van kennelijk ondergeschikt belang kunnen worden beschouwd, nu deze van de gebruikers - de chirurgen - een andere werkwijze vereisen dan bij het gebruik van Refobacin Palacos. De verwerkingstijd van beide producten is bijvoorbeeld verschillend. De verschillen leiden er reeds toe dat -wat er ook zij van een eventueel mogelijk te bereiken eindresultaat - de producten niet als uitwisselbaar kunnen worden beschouwd. Daarvoor zou vereist zijn dat de beoogde gebruikers zonder meer ervan uit kunnen gaan dat er geen enkel relevant verschil bestaat, noch qua bereidingswijze, noch qua eindresultaat. Tussen partijen staat voorst vast dat er ten aanzien van Refobacin Bone Cement (nog) geen

resultaten van een in vivo onderzoek voorhanden zijn, terwijl als niet of onvoldoende gemotiveerd bestreden vast staat dat slechts na een dergelijk in vivo onderzoek beoordeeld kan worden of die producten, vooral voor wat betreft het eindresultaat, als gelijkwaardig en/of uitwisselbaar zijn te kwalificeren.

4.8.5. Bij deze stand van zaken staat het Biomet niet vrij om mededelingen te doen of anderszins te suggereren dat beide producten identieke, uitwisselbare, equivalente of gelijkwaardige producten zijn.

4.8.6. Daaraan doet de door Tüv afgegeven EG-markering niet af. Ook is immers vast komen te staan dat Tüv die verklaring niet heeft afgegeven op basis van eigen onderzoek van de producten, maar (slechts) op basis van door Biomet aangeleverde documentatie.

4.8.7. Biomet heeft ook gesteld dat:

- in Refobacin Bone Cement hetzelfde antibioticum zit en in de samenstelling en afkomst van het cement een wijziging was aangebracht zodat sprake was van een wijziging van het reeds goedgekeurde Refobacin Palacos en Biomet dus kon volstaan met het aanvragen van een aanvullende goedkeuring bij Tüv (mvg 4.6);

- Refobacin Bone Cement haar oorsprong vindt in Refobacin Palacos (pleitnota 4.7)

- Refobacin Palacos "de moeder" is van Refobacin Bone Cement.

Met deze stellingen lijkt Biomet tegen beter weten in uit het oog te verliezen dat juist het vervangen botcement het hoofdbestanddeel is van beide producten. Biomet heeft – terecht – niet betwist dat het aan het product toegevoegde antibioticum slechts een tijdelijke functie heeft (het voorkomen van ontstekingen nadat de prothese is aangebracht) en na enige tijd is uitgewerkt en dat het het cement is dat in hoofdzaak bepalend is voor het op de plaats houden en functioneren van de prothese.

4.8.8. Met haar sub 4.8.7. genoemde stellingen, haar in r.o. 4.2.8 aangehaalde brief van 24 augustus 2005, haar stelling dat Refobacin Bone Cement en Refobacin Palacos equivalente producten zijn, haar beroep op de door Tüv afgegeven EG-markering wetende dat Tüv de producten niet zelf heeft onderzocht en het aanvragen van enkel een "aanvullende goedkeuring" (wat mogelijk voor de hand ligt bij een betrekkelijk ondergeschikte wijziging in een product, maar mogelijk niet zozeer bij vervanging van het hoofdbestanddeel) heeft Biomet er blijk van gegeven steeds weer de door de artikelen 6:162 en 6:194(a) BW getrokken grenzen op te zoeken. Dat rechtvaardigt een tamelijk algemeen geformuleerd gebod en verbod als in 5.2 van het dictum van het bestreden vonnis is gegeven. Dat het Biomet ook zonder dat verbod is verboden om genoemde wetsartikelen te overtreden maakt dat niet anders. Die wettelijke bepalingen golden immers ook ten tijde van de gewraakte reclame-campagne in augustus 2005 en weerhielden Biomet kennelijk niet van het doen van dergelijke uitlatingen. Bovendien kan aan een rechterlijk verbod een dwangsom worden gekoppeld als prikkel tot nakoming, hetgeen het hof evenals de rechter in eerste aanleg in casu wenselijk acht.

Tenslotte is, anders dan Biomet heeft aangevoerd, geen tegenstrijdigheid te lezen in 4.13 van het bestreden vonnis enerzijds en het dictum onder 5.2 anderzijds. In 4.13 heeft de rechtbank immers overwogen dat [X.] haar vordering heeft toegespitst tot hetgeen het hof in kort geding had toegewezen en dat dat wat de rechtbank betreft toewijsbaar was. Daarvan maakte juist al het door Biomet bestreden verbod om "overigens misleidende mededelingen openbaar te maken" deel uit.

De grieven 1 en 2 falen.

De grieven 3, 4 en 5; verbeurde dwangsommen

4.9. Het hof zal ook deze grieven gezamenlijk behandelen.

4.9.1. Biomet heeft aangevoerd dat nu in de kort geding procedure het hof bij arrest van 1 mei 2007 het vonnis van de voorzieningenrechter van 16 februari 2006 heeft vernietigd, eventueel op grond van voornoemd vonnis verbeurde dwangsommen niet meer zijn verschuldigd c.q. eventueel betaalde dwangsommen onverschuldigd betaald zijn.

[X.] heeft dat bestreden, daartoe aanvoerende dat het hof in wezen hetzelfde oordeel als de voorzieningenrechter was toegedaan en het vonnis alleen "voor de duidelijkheid" heeft vernietigd. [X.] heeft daarbij ook verwezen naar een uitspraak van dit hof van 5 april 2005, LJN AT 5749.

4.9.2. De grieven slagen. Het vonnis in kort geding van 16 februari 2006 is door het hof volledig vernietigd. In geval van vernietiging van een vonnis ontvalt de kracht aan de vernietigde uitspraak met terugwerkende kracht. Dat brengt met zich mee dat de rechtsgrond aan de door de voorzieningenrechter opgelegde dwangsommen ook met terugwerkende kracht is ontvallen.

4.9.3. Partijen hebben nog het arrest van dit hof van 5 april 2005, LJN AT5749 aan de orde gesteld. Deze uitspraak is in de literatuur bekritiseerd. Wat daarvan zij, de verwijzing naar deze uitspraak gaat niet op, reeds omdat die (in een executiegeschil gegeven) uitspraak was geënt op een specifieke situatie, welke werd gekenmerkt dat in het bodemgeschil de voorzieningenrechter een gebod met dwangsom had opgelegd, welk gebod echter minder ver ging dan de eiser had verlangd, reden waarom hij daartegen een grief had ingesteld en

in hoger beroep toewijzing alsnog van het meerdere vorderde; vervolgens had in het kort geding de appelrechter ervoor gekozen om de oorspronkelijke veroordeling (ten gunste van de appelland) te vernietigen en daarvoor een verdergaande veroordeling (ten gunste van appelland) in de plaats te stellen. In het executiegeschil vervolgens oordeelde het hof dat het niet de bedoeling kon zijn dat daardoor per saldo de positie van de appelland verslechterde.

Het onderhavige geval wijkt op dit essentiële punt af van het eerder berechte geval, omdat in de onderhavige zaak in kort geding - waarbij [X.] als eiseres optrad en Biomet als gedaagde - het Biomet was die hoger beroep had ingesteld.

Slotsom

4.10. De slotsom is dat het bestreden vonnis zal worden vernietigd, doch uitsluitend voorzover Biomet daarbij werd veroordeeld tot betaling aan [X.] van een bedrag van € 10.000, - ter zake van reeds verbeurde dwangsommen. Dit leidt niet tot een andere beslissing omtrent de proceskosten, aangezien Biomet in die procedure hoe dan ook als de overwegend in het ongelijk gestelde partij heeft te gelden.

4.11. Dit laatste is naar het oordeel van het hof in hoger beroep evenwel anders. Tegen het oordeel omtrent de verbeurde dwangsommen heeft Biomet immers terecht hoger beroep ingesteld. Wel is het zo dat in hoger beroep het accent heeft gelegen op de formulering van de aan Biomet opgelegde verboden. Gelet hierop zal het hof de kosten in hoger beroep compenseren in die zin dat Biomet 75% van de aan de zijde van [X.] gevallen proceskosten dient te dragen en [X.] 25% van de aan de zijde van Biomet gevallen proceskosten en dat elke partij voor het overige de eigen kosten draagt. Die kosten worden aan de zijde van [X.] begroot op € 2.682, - (75% daarvan is € 2.011,50) aan salaris advocaat en € 303, - (75% daarvan is € 227,25) aan verschotten. De kosten aan de zijde van Biomet worden begroot op € 2.682, - (25% daarvan is € 670,50) aan salaris advocaat en € 374,80 (25% daarvan is € 93,70) aan verschotten.

5. De uitspraak

Het hof:

vernietigt het tussen partijen gewezen vonnis van de rechtbank 's-Hertogenbosch van 10 oktober 2007 doch uitsluitend voor wat betreft de veroordeling van Biomet terzake verbeurde dwangsommen onder 5.7 van het dictum van dat vonnis;

in zoverre opnieuw rechtdoende:

wijst de vordering van [X.] tot betaling van de, in de periode van 17 februari 2006 tot 7 maart 2007, verbeurde dwangsommen af;

bekrachtigt het tussen partijen gewezen vonnis van de rechtbank 's-Hertogenbosch van 10 oktober 2007 voor het overige en voor zover aan het oordeel van het hof onderworpen;

compenseert de proceskosten in hoger beroep gedeeltelijk, aldus dat Biomet wordt veroordeeld in de kosten aan de zijde van [X.] tot een bedrag van € 227,25 aan verschotten en € 2.011,50 aan salaris advocaat en [X.] wordt veroordeeld in de kosten aan de zijde van Biomet tot een bedrag van € 93,70 aan verschotten en € 670,50 aan salaris advocaat, en dat elke partij voor het overige de eigen kosten draagt;

verklaart deze proceskostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad;

wijst het meer of anders gevorderde af.

Dit arrest is gewezen door mrs. J.M. Brandenburg, M.A. Wabeke en T.E. Deurvorst en in het openbaar uitgesproken door de rolraadsheer op 16 augustus 2011.