

in naam der Koningin

# vonnis

---

## RECHTBANK 's-HERTOGENBOSCH

Sector civiel recht

zaaknummer / rolnummer: 214615 / HA ZA 10-1569

### Vonnis van 21 december 2011

in de zaak van

vennootschap naar Belgisch recht  
**MERKO N.V.**, gevestigd te Kapellen, België,  
eiseres in conventie,  
verweerster in reconventie,  
advocaat mr. F-N. Grooss te 's-Gravenhage,

tegen

1. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid  
**SCHIPPERS BLADEL B.V.**,
2. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid  
**SCHIPPERS EUROPE B.V.**,  
beide gevestigd te Bladel,  
gedaagden in conventie,  
eiseressen in reconventie,  
advocaat mr. G.L. Kooy te 's-Gravenhage.

Partijen zullen hierna Merko en Schippers c.s. genoemd worden.

#### 1. De procedure

- 1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:
- de dagvaarding
  - de conclusie van antwoord in conventie en van eis in reconventie
  - de conclusie van repliek in conventie en van antwoord in reconventie
  - de conclusie van dupliek in conventie en van repliek in reconventie
  - de conclusie van dupliek in reconventie
  - de pleidooien en de ter gelegenheid daarvan overgelegde stukken.

1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

#### 2. De feiten

2.1. Merko produceert de wettelijk verplichte oormerken voor varkens, runderen en schapen.

2.2. Schippers c.s. maken deel uit van de Schippers-groep (hierna aan te duiden als “Schippers”, in vrouwelijk enkelvoud). De Schippers-groep is vooral een handelsonderne-  
ming.

In 1999 is een vorm van samenwerking tot stand gekomen tussen Merko en Schippers in het kader waarvan Merko de door haar geproduceerde oormerken aan Schippers verkocht en leverde, waarop Schippers die oormerken als eigen producten doorleverde aan afnemers (de boeren). Tot 2007 was de relatie van de zijde van Merko in de persoon van Antoon van Wijk plezierig.

2.3. Op 1 februari 2007 werd Merko overgenomen door de in deze branche mondiaal zeer grote speler Allflex. Kort daarop was Antoon van Wijk bij Merko vertrokken. Schippers maakte zich zorgen over mogelijke prijsstijgingen, die ook niet zijn uitgebleven.

2.4. Twee werknemers van Merko, Bart Verlinden en Frans Fieret, zagen in de overname door Allflex aanleiding om in de zomer van 2007 contact te zoeken met Schippers of in te gaan op uitnodigingen van Schippers (daarover zijn partijen het niet eens) om binnen de Schippers-groep een nieuw oormerkproductiebedrijf op te richten.

Verlinden heeft zich, na bij Allflex een verbetering van zijn arbeidsvoorwaarden verkregen te hebben, teruggetrokken. Fieret is voor Schippers gaan werken; over de rechtsvorm van die werkzaamheid bestaat tussen Merko en Schippers c.s. geen eenstemmigheid.

In een door Merko aangespannen procedure heeft het Arbeidshof te Antwerpen bij arrest van 19 mei 2010 onder meer geoordeeld dat Fieret zich niet heeft schuldig gemaakt aan oneerlijke concurrentie; wel dat Fieret een langere opzegtermijn in acht had behoren te nemen.

2.5. In een vorm van samenwerking met Fieret is Schippers zelf oormerken gaan produceren en deze aan haar afnemers gaan verkopen.

### **3. Het geschil in conventie**

3.1. Merko vordert, zakelijk weergegeven, de veroordeling van Schippers c.s. tot betaling van schadevergoeding, op te maken bij staat.

Grondslag van deze vordering is dat Schippers c.s. een onrechtmatige daad jegens Merko hebben gepleegd bestaande in de navolgende onderdelen en elementen, zowel afzonderlijk als in onderlinge samenhang bezien:

3.1.1. Zij heeft verklaard dat zij niet van plan zou zijn zelf oormerken te gaan produceren maar dat, ondanks de bestaande vertrouwensrelatie, toch gedaan.

3.1.2. Zij heeft die vertrouwensrelatie voorts misbruikt door werknemers van Merko te bewegen voor haar te gaan werken om het productieproces van Merko na te bootsen. Zij heeft dusdoende op onrechtmatige wijze de knowhow van die werknemers verworven om zelf oormerken op de markt te kunnen brengen.

3.1.3. Zij heeft de oormerken van Merko daadwerkelijk nagebootst en toen Merko met auteursrechtelijke stappen dreigde, haar productie verplaatst om enigszins afwijkende oormerken te kunnen blijven produceren.

3.1.4. Zij heeft het ministerie van landbouw, natuur en voedselkwaliteit (LNV) misleid door te suggereren dat zij oormerken op de markt bracht die identiek waren aan de reeds goedgekeurde oormerken van Merko, zodat zij geen nieuwe goedkeuringsprocedure meer behoefde te doorlopen.

3.1.5. Al het voorgaande betekent dat geen sprake was van gezonde concurrentie. Schippers c.s. hebben zich een ongeoorloofde voorsprong verschaft.

#### 4. De beoordeling in conventie

4.1. De rechtbank gaat als niet ter zake doende voorbij aan de verschillende wijzen waarop partijen de aard van hun zakelijke relatie naar voren hebben gebracht en gedefinieerd. Feit is dat Schippers gedurende een aantal jaren vrijwel haar gehele behoefte aan oormerken etc. voor de Nederlandse markt bij Merko heeft ingekocht. Dat daarbij in de loop der jaren een vorm van goede samenwerking (overleg over kwaliteit, verwachte hoeveelheden en dergelijke) is gerezen, ligt voor de hand.

4.1.1. Maar gesteld noch gebleken is dat die informele samenwerking vorm heeft gekregen in een overeenkomst waarin rechtens afdwingbare verplichtingen van partijen jegens elkaar (afname- of leveringsverplichtingen; exclusiviteitsbedingen; marketingverplichtingen e.d.) in het leven zijn geroepen. Merko heeft buiten de hierna te bespreken uitwisseling van mededelingen in augustus 2007 niet gesteld welke concrete, rechtens afdwingbare verplichtingen van Schippers uit de samenwerking zijn voortgevloeid.

4.1.2. Veronderstellenderwijs aannemende dat Schippers in augustus 2007 zonder voorbehoud aan Von Croy (van Allflex/Merko) zou hebben toegezegd om geen personeel van Merko in dienst te nemen en/of niet zelf oormerken te gaan produceren (Schippers heeft bestreden dat zij dat onvoorwaardelijk heeft gedaan), dan heeft een dergelijke toezegging waar van de zijde van Merko niets tegenover is gesteld, geen verbintenisscheppende kracht. Als die toezeggingen onwaar waren en/of Schippers nooit werkelijk van plan was die na te komen, dan was dat wellicht weinig fatsoenlijk maar geen tekortkoming in een bestaande overeenkomst. Afhankelijk van alle bijzondere omstandigheden van het geval is niet onvoorstelbaar dat Merko, afgaande op een dergelijke toezegging, een handelwijze heeft gevolgd die, toen bleek dat de toezeggingen onwaar bleken, voorzienbaar voor Schippers tot schade heeft geleid, in welk geval sprake zou kunnen zijn van handelen door Schippers in strijd met de zorgvuldigheid in het maatschappelijk verkeer. Maar omtrent dergelijke bijzondere omstandigheden heeft Merko naast de hierna te bespreken concrete verwijten, onvoldoende gesteld.

4.1.3. Schippers heeft zich met een beroep op de samenwerking in een kort geding verzet tegen het niet meer willen beleveren door Merko. Die stellingname is op zich genomen begrijpelijk (onder bijzondere omstandigheden mag een langdurige koop/verkoop relatie niet onverhoeds worden opgezegd) en impliceert niet dat die samenwerking daarnaast verbintenissen van Schippers heeft doen ontstaan.

4.2. Voorop moet staan wat Merko ten onrechte bagatelliseert, te weten: dat tengevolge van de overname van Merko door Allflex er in commerciële opzicht een wezenlijk andere situatie voor Schippers was ontstaan. Van een gewaardeerde en belangrijke afnemer/klant van Merko die ook haar eisen kon stellen, werd zij wederverkoper van een multinational die wellicht liever zelf in Nederland zou gaan verkopen. Het is alleszins gerechtvaardigd dat Schippers haar inkoop en daarmee haar afzetdebet zou veiligstellen, bijvoorbeeld door elders in te kopen of door zelf oormerken te gaan produceren. Uitgangspunt voor de beoordeling in deze zaak is dat haar dat ten volle vrij stond, mits zij daarbij geen inbreuk maakte op rechten van Merko, geen rechtsregels overtrad die mede dienden ter bescherming van de belangen van Merko en niet handelde in strijd met de zorgvuldigheid welke haar in het maatschappelijk verkeer betaamde jegens Merko (art. 6:162 BW).

4.3. Naar Nederlands recht is het in beginsel zonder meer geoorloofd om personeel van een branchegenoot/concurrent in dienst te nemen, teneinde te profiteren van diens technische kennis en ervaring omtrent productieprocessen. Daartoe mogen aan een dergelijke werknemer ook betere arbeidsvoorwaarden en/of vooruitzichten worden geboden teneinde hem tot een overstap te bewegen, zelfs als daarbij het initiatief van de nieuwe werkgever uitgaat.

4.3.1. Aan de contacten tussen Schippers en Bart Verlinden kan de rechtbank als niet terzake doende voorbijgaan. Die contacten zijn op zich genomen niet onrechtmatig. Bijzondere omstandigheden (zoals het bestaan hebben van een non-concurrentiebeding) heeft Merko niet gesteld. Tenslotte: deze werknemer is uiteindelijk niet overgestapt en omtrent het voor het als onrechtmatige daad kunnen kwalificeren van deze contacten vereiste element van schade heeft Merko niets specifiek gesteld.

4.3.2. Ook de contacten tussen Schippers en Frans Fieret zijn op zich genomen niet onrechtmatig. Bijzondere omstandigheden (zoals het bestaan hebben van een non-concurrentiebeding) heeft Merko ook ten aanzien van Fieret niet gesteld. Belangrijker is voorts dat het Arbeidshof te Antwerpen in haar arrest van 19 mei 2010, dat in kracht van gewijsde is gegaan en tussen Merko en deze Fieret gezag van gewijsde heeft verkregen, heeft vastgesteld (CvA, prod. 7, pg. 11-12):

Gelet op het voorgaande kan de heer Fieret verweten worden om een activiteit te hebben voorbereid die hij na zijn ontslag zou uitoefenen maar kan hem niet verweten worden van daden van oneerlijke concurrentie begaan te hebben

*Concurrentie na de tewerkstelling*

Het loutere feit dat de heer Fieret, na zijn tewerkstelling bij de NV (*Rb: lees "Merko"*), gebruik maakt van zijn ervaring om klanten aan te spreken die eventueel deze oormerken wensen aan te kopen, is geen daad van oneerlijke concurrentie. Het staat een werknemer immers vrij om na zijn tewerkstelling zijn ervaring aan te spreken bij een andere werkgever en dus gebruik kan maken van de wetenschap dat er gebieden in Duitsland voor levering vrij komen.

(...)

Te meer daar er geen concurrentiebeding werd afgesloten.

Aangezien niet bewezen wordt dat de heer Fieret zich schuldig heeft gemaakt aan daden van concurrentie tijdens zijn tewerkstelling en daden van oneerlijke concurrentie na zijn tewerkstelling, is er geen sprake van een fout.

Deze uitspraak, die ingevolge de EEX-Vo in Nederland erkend wordt, heeft weliswaar geen gezag van gewijsde tussen Merko en Schippers, maar zonder toelichting, welke ontbreekt, valt niet in te zien hoe, indien volgens 's Hof's uitspraak Merko aan Fieret wegens zijn werkzaamheid voor Schippers geen fout kan verwijten, zij dat wel aan Schippers kan doen.

4.3.3. De slotsom is dat de omstandigheid dat Schippers Fieret voor zich laat werken en daarbij gebruik maakt van diens kennis en ervaring, niet onrechtmatig is jegens Merko.

4.4. Meer in het bijzonder overweegt de rechtbank in dit verband dat niet is gesteld of gebleken dat Fieret misbruik heeft gemaakt van vertrouwelijke commerciële informatie (klantenlijsten, kostenopbouw, kortingspercentages o.i.d.). Dat kon ook nauwelijks: Schippers verkocht de producten van Merko onder eigen naam en productaanduiding en was al op de hoogte van de kring van eindafnemers.

4.4.1. Het gaat Merko kennelijk om het weglekken van de bij Fieret aanwezige technische kennis omtrent het productieproces. Daarvoor geldt dat dergelijke kennis, indien die niet beschermd wordt door een octrooi of ander recht van intellectuele eigendom, vrij beschikbaar is en door ex-werknemers elders mag worden gebruikt. Gesteld noch gebleken is dat de productiewijze van de oormerken bij Merko door enig octrooi beschermd is.

4.4.2. Het Nederlandse recht kent niet, zoals in sommige "common law" staten het geval is, een zogenoemde "head start injunction" om handelsgeheimen te beschermen.

---

Voor zover Merko beoogt om met haar beroep op “een oneigenlijke voorsprong” (pleitnota, pt. 6) daaraan (aanvullende) rechtsbescherming te ontlenen, vindt dat beroep geen steun in het hier te lande of in Europa geldende recht en faalt het op die grond.

4.4.3. Het door Schippers aanwenden van een vrijwel identiek productieproces met gebruikmaking van de kennis van Fieret is op voormelde gronden in dit geval niet onrechtmatig jegens Merko.

4.5. Voor zover Merko zich ook nog heeft willen beroepen op inbreuk op aan haar toekomende auteursrechten op door Fieret ontwikkelde software (het FESTO-programma), heeft zij na het ter sprake brengen daarvan (DV, pt. 13 t/m 15) daaraan geen verdere aan het auteursrecht ontleende rechtsgevolgen verbonden. De rechtbank neemt aan dat zij dat niet doet omdat uit na te melden TNO-rapport naar voren is gekomen dat Fieret die software al had ontwikkeld vóórdat hij in dienst van Merko was getreden, terwijl gesteld noch gebleken is dat hij de auteursrechten die hij als maker daaraan kon ontlenen, aan Merko had overgedragen.

Ook op deze grondslag, zo Merko die al bedoeld heeft te stellen, faalt haar vordering.

4.6. Omtrent de gelijkenis tussen de oormerken die Merko produceert en die welke Schippers produceert, wordt overwogen:

4.6.1. Het uitgangspunt in het mededingingsrecht is “Namaken mag, tenzij...” waarbij het “tenzij” ziet op inbreuken op intellectuele eigendomsrechten, aangevuld met het leerstuk van slaafse navolging.

4.6.2. Bijzonder in deze zaak is dat het materiaal en de vorm van oormerken van overheidswege nauwkeurig zijn voorgeschreven. Dat maakt, zoals blijkt uit het TNO-Rapport van ing. Van Loon (DV, prod. 14, pg. 20-21) (a) dat alle oormerken in generieke zin zeer sterk op elkaar lijken, (b) dat er slechts op details ruimte is voor afwijkingen en (c) dat de overeenkomsten tussen de door Merko en Schippers geproduceerde oormerken in hoofdzaak worden bepaald door technische en functionele eisen. Onderscheid tussen de oormerken valt slechts vast te stellen in de details van het product op stijlkenmerken en productiemethoden.

Waar Merko in deze zaak dat rapport ter sprake brengt (DV, pt. 19), spreekt zij de bevindingen ervan niet tegen.

4.6.3. Op grond van de bevindingen van dit rapport komt de rechtbank tot het oordeel dat de oormerken van Merko slechts in de details van stijlkenmerken en productiemethoden verschillen van die van andere producenten en dat zij voor het relevante publiek niet op kenbare wijze daarvan verschillen. Op grond daarvan stelt de rechtbank vast dat de oormerken van Merko geen onderscheidend vermogen hebben ten opzichte van die van andere producenten.

In feite onderschrijft Merko dat zelf alreeds waar zij stelt (DV, pt. 4) dat zij orders van Schippers dikwijls rechtstreeks bij de afnemers afleverde. Aan die stelling voegt zij toe: “De klanten wisten niet in alle gevallen dat zij producten van Merko kochten” De herkomst van de oormerken, zo vervolgt zij, zou dan moeten blijken uit de adresgegevens en reclamefoldermateriaal. De rechtbank trekt daaruit de conclusie dat die herkomst derhalve niet bleek uit de vormgeving van het product zelf.

4.6.4. Bij gebreke van onderscheidend vermogen kan er ook geen verwarringsgevaar bestaan omtrent de herkomst van de door Schippers geproduceerde oormerken en is niet voldaan aan dit noodzakelijke element voor het aannemen van onrechtmatige slaafse navolging. Het door Schippers op de markt brengen van door haar geproduceerde, sterk op

---

die van Merko gelijkende oormerken is bij gebreke van verwarringsgevaar niet onrechtmatig.

4.7. Merko verwijt dat Schippers dat zij de door haar geproduceerde oormerken op de markt heeft gebracht zonder dat het (aanvankelijk) op grond van de Regeling Identificatie en Registratie voor Dieren wettelijk toegelaten oormerken betrof, met tevens het verwijt dat zij het ministerie LNV heeft misleid.

4.7.1. Die toelating met de daartoe wettelijk gestelde eisen is uitsluitend geregeld ten dienste van de voedselkwaliteit en het dierenwelzijn. Deze bepalingen strekken niet tot bescherming tegen schade die producenten van of handelaren in oormerken hebben geleden door oneerlijke concurrentie.

4.7.2. Indien al Schippers die bepalingen heeft geschonden, is zulks, hoezeer dat wellicht ook aangemerkt moet worden als: handelen in strijd met haar rechtsplicht, toch niet onrechtmatig jegens Merko (art. 6:163 in de uitleg van HR 24 maart 2006, NJ 2009/485, *Pharmacia/Cosmétique*).

4.8. De verwijten die afzonderlijk beschouwd geen onrechtmatige daden opleveren, leveren ook in onderlinge samenhang geen onrechtmatige daad op. Daarvan zou onder bijzondere omstandigheden misschien sprake kunnen zijn, bijvoorbeeld als uit een samenstelsel van nog juist rechtmatige handelingen een oogmerk van benadeling van de wederpartij zou kunnen worden afgeleid, zonder dat de dader daarbij een redelijk belang had. Maar van dergelijke omstandigheden is niets gebleken terwijl aan de andere kant Schippers vooral heeft gehandeld ter bescherming van haar zakelijke belangen om over betaalbare oormerken te kunnen beschikken die zij aan haar afnemers zou kunnen blijven verkopen.

4.9. Op grond van het voorgaande faalt de vordering van Merko in alle daarvoor door haar aangedragen grondslagen. Zij wordt op die grond afgewezen.

4.10. Merko moet als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld.

4.10.1. De vorderingen van Merko en de onderwerpelijke procedure betreffen niet een procedure waarin de geldigheid van een intellectueel eigendomsrecht aan de orde is. De aanspraak van Schippers c.s. op een volledige kostenveroordeling (art. 1019h Rv.) is daarop niet van toepassing; die aanspraak wordt afgewezen.

4.10.2. Hoewel de zaak, indien de vordering naar de letter wordt genomen, van onbepaalde waarde is, vindt de rechtbank in de door Merko ten pleidooie gegeven indicatie van een omzetverlies van € 740.000 waaruit geredelijk een belang bestaande in een winstderving van tenminste omstreeks € 40.000 kan worden afgeleid, duidelijke aanwijzingen dat de zaak onder liquidatietarief IV valt.

## 5. Het geschil en de beoordeling in reconventie

5.1. Schippers c.s. vorderen voorwaardelijk (naast andere, niet meer terzake doende voorwaarden) voor het geval de vorderingen in conventie worden afgewezen, zakelijk weergegeven, schadevergoeding, op te maken bij staat, wegens ten onrechte door Merko voor haar vordering gelegde conservatoire beslagen.

5.2. Merko voert verweer. Op de in reconventie verder aangevoerde stellingen wordt hierna ingegaan.

5.3. Het verweer van Merko dat voor een opschortende voorwaarde in het dictum van een vonnis geen plaats is, vindt geen steun in wet of recht.  
De vorderingen in conventie worden in dit vonnis afgewezen; die voorwaarde is vervuld. De andere voorwaarden zijn daarna irrelevant geworden.

5.4. De omstandigheid dat de vorderingen van Merko in conventie in dit vonnis worden afgewezen, maakt dat de voor die vorderingen gelegde conservatoire beslagen onrechtmatig gelegd zijn. Schade daarvan is aannemelijk. Op die grond is de vordering van Schippers c.s. tot schadevergoeding toewijsbaar, met veroordeling van Merko in de proceskosten.  
In de omstandigheid dat het debat in reconventie een verhoudingsgewijs zeer klein deel van het totale debat heeft uitgemaakt, vindt de rechtbank een duidelijke aanwijzing om daarvoor niet tarief II maar tarief I toe te passen, en waar de reconventie uit het verweer voortvloeit, zulks voor het halve aantal punten.

## 6. De beslissing

De rechtbank

### In conventie:

6.1. wijst de vorderingen van Merko af;

6.2. veroordeelt Merko in de proceskosten in conventie aan de zijde van Schippers c.s. gevallen en tot aan deze uitspraak begroot op € 3.839,00 waarvan € 263,00 griffierecht en € 3.576,00 salaris en verklaart dit vonnis voor deze proceskostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad;

### In reconventie:

6.3. veroordeelt Merko om aan Schippers c.s. te vergoeden de schade die is veroorzaakt ten gevolge van de voor de thans in conventie afgewezen vordering door Merko gelegde conservatoire beslagen, die schade nader op te maken bij staat;

6.4. veroordeelt Merko in de proceskosten in reconventie aan de zijde van Schippers c.s. gevallen en tot aan deze uitspraak begroot op € 1.152,00 salaris en verklaart dit vonnis voor deze proceskostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

Dit vonnis is gewezen door mr. J.H.W. Rullmann en in het openbaar uitgesproken op 21 december 2011.



De griffier van de rechtbank 's-Hertogenbosch.

w.g. de rechter

*C. Mena Dubois*