

14-8-08
ei - afschrift
ged - groenl.

vonnis

RECHTBANK ALMELO

Sector Civiel

zaaknummer: 95669 / KG ZA 08-197

datum vonnis: 14 augustus 2008 (akg)

Vonnis van de voorzieningenrechter in de rechtbank Almelo, rechtdoende in kort geding, in de zaak van:

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

Phi-ton B.V.,

gevestigd te Arnhem,

eiseres,

verder te noemen: Phi-ton,

procureur: mr. R. Kroon,

advocaat: mr. T.H. Bosboom te Arnhem,

tegen

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

Koninklijke Auping B.V.,

gevestigd te Deventer,

gedaagde,

verder te noemen: Auping,

advocaten: mr. G.S.P. Vos en mr. A.C.M. Alkema te Amsterdam.

Het procesverloop

Phi-ton heeft gevorderd als vermeld in de dagvaarding. Ter onderbouwing van haar vordering heeft Phi-ton daarbij tevens een map met in totaal 19 producties overgelegd. Auping heeft geantwoord en tevens een akte overlegging producties genomen, waaraan de op 30 juli 2008 ter griffie ingekomen productie 7 is toegevoegd. Door Phi-ton zijn op 30 juli 2008 aanvullende stukken in het geding gebracht.

De zaak is behandeld ter terechtzitting van 31 juli 2008. Ter zitting zijn verschenen: mevrouw M.L. Smit, directeur van Phi-ton en de heer F.J. Unger, vergezeld door mr. Bosboom en de heer F.W.S. Auer, directeur, mevrouw K. Kraima, de heer M. Stoffels en mevrouw Reitsma namens Auping, vergezeld door mr. Vos en mr. Alkema. De standpunten zijn toegelicht. Beide partijen hebben een pleitnota gehanteerd.

Het vonnis is bepaald op vandaag.

De beoordeling van het geschil en de motivering van de beslissing

1. In deze zaak staat het navolgende vast. Phi-ton houdt zich sinds 2004 in veel Europese en Aziatische landen en in de Verenigde Staten bezig met de productie en verkoop van bedden, matrassen, hoofdkussens en aanverwante producten van hoogwaardige kwaliteit en met een luxueuze uitstraling, voor de

consumentenmarkt, de projectmarkt en de medische markt. De producten worden onder de merknaam Phi-ton op de markt gebracht.

Auping houdt zich bezig met het produceren en leveren van spiralen, matrassen, ledikanten en aanverwante artikelen. Volgens de eigen website is Auping marktleider in Nederland op het gebied van slaapsystemen. Auping is actief in heel Nederland en ook in landen daar buiten.

Phi-ton en Auping zijn directe concurrenten van elkaar bij de verkoop van kwaliteitsmatrassen en aanverwante producten. Nagenoeg alle dealers voeren beide merken in hun collectie.

2. Phi-ton stelt dat Auping zich bij herhaling schuldig maakt, althans heeft gemaakt, aan ongeoorloofde vergelijkende en misleidende reclame in de zin van artikel 6:194 Burgerlijk Wetboek (BW) en artikel 6:194a BW, welke bepalingen een uitwerking zijn van de algemene norm, omschreven in artikel 6:162 BW.

Auping is onlangs een reclamecampagne gestart, waarin het belang van een goede ventilatie centraal staat. Sinds juni 2008 wordt in dit verband een reclamespotje uitgezonden op de televisie, dat ook al eerder is uitgezonden in het najaar van 2007. In dit televisiespotje wordt door de voice-over de volgende tekst uitgesproken:

“Een mens slaapt zo 'n acht uur per nacht... ..en verliest dan bijna 350cc vocht. Dat is na tien jaar meer dan 1200 liter. Kijk, als je dat weet is het logisch dat je kiest voor het best ventilerende bed. Auping, geen bed ventileert beter.”

Ook wordt dit reclamespotje getoond op de website en op de populaire website You Tube. Daarnaast wordt het spotje ondersteund met informatie op de website waarop constant een blauwe balk zichtbaar is met daarin de tekst “Auping. Geen bed ventileert beter”, advertenties in ondermeer het magazine Eigen Huis & Interieur (december 2007), winkelpresentaties en andere uitingen.

Phi-ton stelt dat Auping de in die reclamecampagne geuite stelling “het best ventilerende bed” te hebben niet kan onderbouwen. Dit is een superioriteitsclaim, die inhoudt dat haar bed beter ventileert dan de bedden van alle concurrenten. Uit een door TNO in opdracht van Phi-ton uitgevoerd en vergelijkend onderzoek blijkt echter dat de bedden (waarmee wordt bedoeld de combinatie van matras en bedbodem) van Auping minder goed ventileren dan de bedden van Phi-ton. Ook de stelling van Auping “Geen bed ventileert beter” kan als een, minder ver strekkende, superioriteitsclaim worden aangemerkt. Beide uitingen zijn naar de mening van Phi-ton onjuist en misleidend.

Op basis van artikel 6:195 BW draagt Auping de bewijslast voor de juistheid van de stellingen en suggesties in haar campagne. Auping heeft dit bewijs echter niet geleverd ondanks het feit dat zij na de sommatiebrief van 4 juli 2008 aan Phi-ton een onderzoek heeft gezonden van het Ergonomie Instituut in München (EIM). Omdat het geen vergelijkend onderzoek is, kan het niet gelden als wetenschappelijke onderbouwing van de reclameuitingen van Auping.

Phi-ton leidt als gevolg van de gevoerde reclamecampagne (substantieel) schade, zelfs al zou de campagne niet als direct vergelijkend ten opzichte van (de producten van) Phi-ton kunnen worden aangemerkt vanwege het feit dat zij zich met haar producten in het hogere prijs-

segment. Ieder bed dat zij minder verkoopt door de reclamecampagne van Auping brengt direct een substantiële omzet en winstderving met zich.

Naar aanleiding van de sommatiebrief heeft Auping in beperkte mate wijziging aangebracht in haar reclamecampagne. Zij heeft aangekondigd de uitzending van het televisiespotje te staken, maar zij heeft onrechtmatigheid van haar uitingen betwist en zich uitdrukkelijk het recht voorbehouden om in elk geval een deel daarvan opnieuw te gaan gebruiken. Auping heeft geen onthoudingsverklaring getekend. Gevolg hiervan is dat het onrechtmatig handelen van Auping voortduurt en dientengevolge de schade dagelijks oploopt.

Phi-ton vordert in kort geding dan ook om:

- a. Auping te bevelen om zich met onmiddellijke ingang na betekening van dit vonnis te onthouden van het openbaar maken of openbaar laten maken van het in de dagvaarding beschreven reclamespotje, zowel op televisie als op internet als via andere media en zowel in Nederland als daarbuiten, een en ander op straffe van verbeurte van een dwangsom van € 100.000,= per dag dat één of meer reclame-uitingen openbaar gemaakt worden, dan wel, naar keuze van Phi-ton, een dwangsom van € 20.000,= per openbaar gemaakte reclame-uiting;
- b. Auping met onmiddellijke ingang na betekening van dit vonnis te verbieden om andere reclame-uitingen (in woord en/of beeld en/of anderszins) openbaar te maken of te laten maken, zowel in Nederland als daarbuiten, waarin impliciet of expliciet wordt gesteld of gesuggereerd:
 - dat geen bed of slaapsysteem beter ventileert dan de bedden of slaapsystemen van Auping; of
 - dat Auping het best ventilerende bed of slaapsysteem op de markt brengt; of
 - dat de bedden of slaapsystemen van Auping ultieme, optimale, maximale, ongekende of ongeëvenaarde ventilerende eigenschappen hebben, een en ander zonder dat de betreffende stelling of suggestie op het moment van openbaar maken steun vindt in deugdelijk en overtuigend wetenschappelijk onderzoek, dit alles op straffe van verbeurte van een dwangsom van € 100.000,= per dag dat één of meer reclame-uitingen met één of meer van de genoemde stellingen of suggesties openbaar gemaakt worden, dan wel, naar keuze van Phi-ton een dwangsom van € 20.000,= per openbaar gemaakte reclame-uiting;
- c. Auping zal bevelen om binnen zeven dagen na betekening van dit vonnis aan de raadsman van Phi-ton een volledig overzicht te verstrekken, op volledigheid en juistheid gecontroleerd door een registeraccountant op basis van een onderzoek in de onderliggende administratie, van alle televisiespotjes en andere reclame-uitingen met één of meer misleidende mededelingen, zoals omschreven in de dagvaarding, die Auping heeft openbaar gemaakt of openbaar heeft laten maken, voor wat betreft de televisiespotjes uitgesplitst naar zender, datum en tijdstippen van uitzending en voor wat betreft de andere uitingen uitgesplitst naar medium, datum en aantal verspreide exemplaren;
- d. Auping te bevelen om binnen veertien dagen na betekening van dit vonnis bij eerste gelegenheid advertentie-zendtijd te betrekken op alle televisiekanalen waar de misleidende reclamespot van Auping is uitgezonden en op elk van die kanalen een commercial te vertonen met dezelfde tijdsduur als de misleidende reclamespot, waarbij de onderstaande tekst goed verstaan en in normaal tempo uitgesproken zal

dienen te worden en tevens duidelijk zichtbaar getoond moet worden op het scherm, met zwarte letters tegen een witte achtergrond, in een duidelijk en voldoende leesbaar lettertype, een en ander zonder enig commentaar en zonder dat in enigerlei zin aan doel en strekking van rectificatie afbreuk wordt gedaan:

“BELANGRIJKE MEDEDELING OVER AUPING PRODUCTEN

Koninklijke Auping B.V. heeft onlangs een reclamecampagne gevoerd voor haar producten waarin de boodschap “Auping. Geen bed ventileert beter” centraal staat. De rechtbank te Almelo heeft in haar kort geding vonnis van(2008) geoordeeld dat deze reclamecampagne misleidend was, omdat daarin ten onrechte gesteld of gesuggereerd is:

- dat geen bed of slaapsysteem beter ventileert dan de bedden of slaapsystemen van Auping; of
- dat Auping het best ventilerende bed of slaapsysteem op de markt brengt; of
- dat de bedden of slaapsystemen van Auping ultieme, optimale, maximale, ongekende of ongeëvenaarde ventilerende eigenschappen hebben.

De rechter heeft geoordeeld dat er geen deugdelijk bewijs was voor deze uitspraken.” en zal bevelen dat deze commercial zo vaak en op zodanig uur en tijdstip dient te worden uitgezonden dat deze commercial hetzelfde publieksbereik heeft als de gewraakte reclame-uitingen van Auping met betrekking tot haar producten, in die zin dat deze commercial een kijkdichtheid met een zelfde aantal Gross Racing Points binnen dezelfde doelgroep dient te hebben als de gewraakte reclame-uitingen van Auping;

dan wel, subsidiar, zal bevelen dat deze commercial gedurende drie achtereenvolgende dagen wordt getoond op de genoemde televisiezenders, in dezelfde frequentie en op (nagenoeg) dezelfde tijdstippen als de oorspronkelijke uitzendingen; dan wel, meer subsidiar, Auping zal veroordelen tot het uitzenden van een televisiespotje ter rectificatie van de misleidende reclame-uitingen, op een door de voorzieningenrechter in goede justitie te bepalen wijze;

- e. Auping te bevelen om binnen veertien dagen na betekening van het in deze te wijzen vonnis een paginagrote advertentie te (doen) plaatsen in drie landelijke dagbladen, waaronder De Telegraaf, in een duidelijk en voldoende leesbaar lettertype, zonder enig commentaar en zonder dat in enigerlei zin aan doel en strekking van de rectificatie afbreuk wordt gedaan met de volgende tekst:

“BELANGRIJKE MEDEDELING OVER AUPING PRODUCTEN

Koninklijke Auping B.V. heeft onlangs een reclamecampagne gevoerd voor haar producten waarin de boodschap “Auping. Geen bed ventileert beter” centraal staat. De rechtbank te Almelo heeft in haar kort geding vonnis van(2008) geoordeeld dat deze reclamecampagne misleidend was, omdat daarin ten onrechte gesteld of gesuggereerd is:

- dat geen bed of slaapsysteem beter ventileert dan de bedden of slaapsystemen van Auping; of
- dat Auping het best ventilerende bed of slaapsysteem op de markt brengt; of
- dat de bedden of slaapsystemen van Auping ultieme, optimale, maximale, ongekende of ongeëvenaarde ventilerende eigenschappen hebben.

Zaaknummer: 95669 KG ZA 08-197

blad 5

- f. Auping te bevelen om binnen drie dagen na betekening van dit vonnis een rectificatie op de openingspagina van haar website www.auping.nl op te nemen in een duidelijk en voldoende leesbaar lettertype, zonder enig commentaar en zonder dat in enigerlei zin aan doel en strekking van de rectificatie afbreuk wordt gedaan, met de volgende tekst:

“BELANGRIJKE MEDEDELING OVER AUPING PRODUCTEN

Koninklijke Auping B.V. heeft onlangs een reclamecampagne gevoerd voor haar producten waarin de boodschap “Auping. Geen bed ventileert beter” centraal staat. De rechtbank te Almelo heeft in haar kort geding vonnis van(2008) op vordering van Phi-ton B.V. geoordeeld dat deze reclamecampagne misleidend was, omdat daarin ten onrechte gesteld of gesuggereerd is:

- dat geen bed of slaapsysteem beter ventileert dan de bedden of slaapsystemen van Auping; of
- dat Auping het best ventilerende bed of slaapsysteem op de markt brengt; of
- dat de bedden of slaapsystemen van Auping ultieme, optimale, maximale, ongekende of ongeëvenaarde ventilerende eigenschappen hebben.”,

welke tekst de grootte van een half beeldscherm beslaat, en volledig leesbaar is wanneer de openingspagina in beeld verschijnt (zonder daartoe bijvoorbeeld te hoeven scrollen of zoeken), en welke openingspagina niet automatisch doorlinkt naar een volgende pagina (maar zonder actie van de bezoeker in beeld blijft), en aldaar deze tekst geplaatst te houden gedurende een periode van drie maanden vanaf de datum van plaatsing;

- g. Auping te bevelen om binnen tien dagen na betekening van dit vonnis een brief te versturen naar al haar dealers in binnen- en buitenland, in een duidelijk en voldoende leesbaar lettertype, zonder enig commentaar en zonder dat in enigerlei zin aan doel en strekking van de rectificatie afbreuk wordt gedaan, met de volgende tekst, die voor wat betreft de niet Nederlandstalige buitenlandse dealers door een beëdigd vertaler moet worden vertaald in de eigen taal van de dealers:

“ BELANGRIJKE MEDEDELING OVER AUPING PRODUCTEN

Geachte dealer,

Zoals u weet heeft Koninklijke Auping B.V. onlangs een reclamecampagne gevoerd voor haar producten, waarin de boodschap “Auping. Geen bed ventileert beter” centraal staat. De rechtbank te Almelo heeft in haar kort geding vonnis van(2008) op vordering van Phi-ton B.V. geoordeeld dat deze reclamecampagne misleidend was, omdat daarin ten onrechte gesteld of gesuggereerd is:

- dat geen bed of slaapsysteem beter ventileert dan de bedden of slaapsystemen van Auping; of
- dat Auping het best ventilerende bed of slaapsysteem op de markt brengt; of
- dat de bedden of slaapsystemen van Auping ultieme, optimale, maximale, ongekende of ongeëvenaarde ventilerende eigenschappen hebben.

De rechter heeft geoordeeld dat er geen deugdelijk bewijs was voor deze uitspraken.

Zaaknummer: 95669 KG ZA 08-197

blad 6

Wij verzoeken u dan ook om het reclamemateriaal van deze campagne te vernietigen of aan ons te retourneren en om in uw contacten met klanten op geen enkele wijze de bovengenoemde misleidend geoordeelde mededelingen te gebruiken.

Hoogachtend,
Koninklijke Auping B.V.

.....”

- h. Auping te veroordelen tot betaling aan Phi-ton van een onmiddellijk opeisbare dwangsom van € 50.000,= (vijftigduizend euro) voor elke keer of elke dag, een gedeelte van een dag daaronder begrepen, dat Auping in gebreke blijft om tijdig en volledig aan de hiervoor onder c. tot en met g. genoemde veroordeling te voldoen.

3. Auping voert hiertegen verweer. Auping betwist dat één of meer reclame-uitingen, gebruikt in de reclamecampagne die in oktober 2007 is gestart, misleidend zijn. Auping heeft, naar aanleiding van de sommatiebrief van 4 juli 2008, de uitzending van het reclamespotje gestaakt. De als productie 8 door Phi-ton overgelegde reclamespot is alleen uitgezonden in de periode van Wimbledon finale en wordt niet meer gebruikt. Er zijn door Auping advertenties in vakbladen geplaatst met de tekst “Geen bed ventileert beter. Auping. Auping nights, Better days” en met de tekst “De nieuwe AVS spiraalbodem met Comfortslide in combinatie met de AVS matras zorgt voor ultieme ventilatie. www.auping.nl Auping nights, Better days” De website is deels aangepast, zoals blijkt uit de overgelegde prints van de huidige site van Auping.

Het is nooit de bedoeling van Auping geweest om te stellen of te suggereren dat haar bedden beter zouden ventileren dan de bedden van andere producenten, waaronder Phi-ton. Zij heeft slechts willen aangeven dat er wellicht bedden zijn die even goed ventileren als de bedden van Auping, maar niet dat er geen bedden zijn die beter ventileren. Deze gedachtegang wordt onderbouwd met het rapport van het EIM, waaruit blijkt dat de bedden van Auping in de hoogst haalbare categorie (rating 1, “excellent”) vallen.

Hoewel Auping meent dat er geen sprake is van misleidende reclame heeft zij onvoorwaardelijk toegezegd het doen van die mededelingen, waarvan Phi-ton stelt dat zij als superioriteitsclaim geïnterpreteerd zouden kunnen worden, te staken en gestaakt te houden, zolang zij geen materiaal heeft waaruit blijkt dat deze claims gerechtvaardigd zijn. Het gaat daarbij om de uitingen: “*Kijk, als je dat weet is het logisch dat je kiest voor het best ventilerende bed.*” in de televisiespot en “*ultieme ventilatie*” of “*optimale ventilatie*” in andere uitingen.

4. Allereerst is aan de orde of Phi-ton een spoedeisend belang heeft bij toewijzing van haar vorderingen. De voorzieningenrechter is van oordeel dat zulks niet het geval is. Allereerst was het aldus gesteld, dat circa driekwart jaar voordat Phi-ton de onderhavige zaak aanhangig maakte, door Auping reeds de thans aangevochten reclame gemaakt werd en daar is op geen enkele wijze door Phi-ton op gereageerd, althans dit blijkt nergens uit. Eerst in juli 2008 komen er zichtbaar reacties van dealers, door Phi-ton in het geding gebracht. Daarnaast en dat is naar het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter nog belangrijker, heeft Auping na middels een brief van 4 juli 2008 te zijn aangemaand ingaande 14 juli 2008 de

Zaaknummer: 95669 KG ZA 08-197

blad 7

commercial gestaakt en haar website aangepast. Voorts heeft Auping toegezegd dat zij de bewuste televisiecommercial niet meer zal uitzenden in de vorm waarin deze tot 14 juli 2008 werd uitgezonden, tenzij zij de juistheid en volledigheid van de daarin opgenomen uitingen op een zeker moment zal kunnen aantonen in de zin van artikel 6:195 BW.

5. De voorzieningenrechter oordeelt ten overvloede dat het verzochte zou zijn afgewezen, als er naar zijn oordeel wel sprake van een spoedeisend belang zou zijn geweest. Wat na de toezeggingen van Auping op 14 juli 2008 resteert, is de zogeheten pariteitsclaim bestaande uit "geen bed ventileert beter". Het valt de voorzieningenrechter allereerst op dat het verwijt dat Phi-ton aan Auping maakt een vrij sterk "de pot verwijt de ketel" karakter heeft immers Phi-ton adverteert met slogans als "zo goed heeft u nog nooit geslapen" en "het hoogst comfort voor alle leeftijden" en het naar de voorzieningenrechter aanneemt niet scabreus bedoelde "het enige dat het genot nog kan verhogen". De gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende gewone consument zal uiteraard begrijpen dat het ook hier om enige overdrijving gaat. Dat geldt naar het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter ook voor de slogan "geen bed ventileert beter", waarbij nog een factor zal zijn, dat de gemiddelde consument die een bed koopt zich laat voorlichten door dealers en die zullen zeker weten dat het hier een overdrijving betreft hetgeen ook blijkt uit correspondentie als productie 18 door Phi-ton in het geding gebracht. Gelet op de inhoud van deze brieven zullen deze dealers ongetwijfeld aan hun klanten voorhouden dat zij vinden dat Phi-ton de best ventilerende producten maakt. Auping heeft haar bewering dat "geen bed beter ventileert" bovendien onderbouwd met een "Deutsch Gründlich" rapport van 16 januari 2008 met de conclusie dat waar het gaat over vochtventilatie de matras van Auping "excellent" is vallend onder rating 1. Wat de voorzieningenrechter toch enigszins de indruk geeft op het verkeerde been gezet te worden is de weigering van de kant van Phi-ton om een blijkbaar ook bestaand rapport van hetzelfde Duitse instituut EIM in het geding te brengen, terwijl zij bij haar reclame (productie 3) naar dit instituut verwijst en stelt dat dit instituut heeft vastgesteld dat de vochtdoorlatendheid in waarderingsschaal "zeer goed" valt.

6. Als de in het ongelijk gestelde partij zal Phi-ton in de kosten van dit geding worden veroordeeld.

De beslissing

De voorzieningenrechter:

- I. Wijst de vorderingen van Phi-ton af.
- II. Veroordeelt Phi-ton in de kosten van dit geding, tot op deze uitspraak aan de zijde van Auping begroot op € 254,- aan verschotten en € 3.800,- aan salaris van de procureur.
- III. Verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad.

Dit vonnis is gewezen te Almelo door mr. H.J. Inden, voorzieningenrechter, en uitgesproken ter openbare terechtzitting van 14 augustus 2008 in tegenwoordigheid van de griffier.

