

arrest

GERECHTSHOF ARNHEM-LEEUWARDEN

locatie Arnhem

afdeling civiel recht

zaaknummer gerechtshof 200.136.747
(zaaknummer rechtbank Overijssel, locatie Almelo, 131659)

arrest van de zesde kamer van 24 maart 2015

in de zaak van

1. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid **Buffel Outdoor B.V.**,
hierna: Buffel Outdoor,
2. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid **Buffel Outdoor Events B.V.**,
hierna: Buffel Events,
3. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid **Buffel Beheer B.V.**,
hierna: Buffel Beheer,
alle gevestigd te Oldenzaal,
appellanten in het principaal hoger beroep,
geïntimeerden in het incidenteel hoger beroep,
advocaat: mr. K. Meijer,

tegen:

1. de vennootschap naar Belgisch recht **Carriënta Outdoordôme SPRL**,
hierna: Carriënta,
gevestigd te Aywaille (België),
2. de vennootschap naar Belgisch recht **Le Confluent SPRL**,
hierna: le Confluent,
gevestigd te Comblain-au-Pont (België),
3. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid **Labyrinth Beheer B.V.**,
hierna: Labyrinth,
gevestigd te Alphen aan de Rijn,
4. de vennootschap naar Belgisch recht **Olympia Services S.A.**,
hierna: Olympia,
gevestigd te Aywaille (België),
geïntimeerden in het principaal hoger beroep,
appellanten in het incidenteel hoger beroep,
advocaat: mr. M. Driessen.

Appellanten zullen gezamenlijk als Buffel c.s. worden aangeduid. Geïntimeerden gezamenlijk zullen Carriënta c.s. worden genoemd.

1. Het geding in eerste aanleg

Voor het geding in eerste aanleg verwijst het hof naar de inhoud van het vonnis in het incident van de rechtbank Utrecht van 22 augustus 2012, alsmede naar de na verwijzing van de zaak door die rechtbank gewezen vonnissen van de rechtbank Overijssel, team kanton- en handelsrecht, zittingsplaats Almelo van 14 november 2012 en 31 juli 2013, zoals hersteld bij vonnis van 14 augustus 2013 en bij vonnis van 18 september 2013, gewezen tussen Carriënta c.s. als eiseressen en Buffel c.s. als gedaagden.

2. Het geding in hoger beroep

2.1 Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding in hoger beroep van 22 oktober 2013,
- het anticipatie-exploot van 30 oktober 2013,
- de memorie van grieven met producties,
- de memorie van antwoord, tevens memorie van grieven in incidenteel appel met producties,
- de memorie van antwoord in incidenteel appel met producties,
- de pleidooien ter zitting van 20 januari 2015 overeenkomstig de pleitnotities.

2.2 Vervolgens heeft het hof arrest bepaald.

3. De vaststaande feiten

3.1 Het hof gaat in hoger beroep uit van de volgende feiten zoals beschreven in de rechtsoverwegingen 2.1 tot en met 2.12 van het (nadien herstelde) vonnis van 31 juli 2013.

3.2 Carriënta biedt diverse outdooractiviteiten aan in een steengroeve in de Belgische Ardennen, de Carriënta Outdoordôme. Labyrinth is houder van het merk Carriënta.

3.3 Bij meerdaagse activiteiten werden ook arrangementen aangeboden met overnachtingen op de camping Le Confluent, eigendom van Le Confluent, of in de herberg Le Rivage, eigendom van Olympia.

3.4 Circa 95% van de klanten van Carriënta komt jaarlijks terug.

3.5 Activiteiten bij Carriënta worden vaak geboekt via buitensportbedrijven zoals Buffel c.s. Buffel c.s. bieden haar diensten aan via onder andere de website www.buffel-outdoor.nl (verder: de website). Ook circa 95% van de klanten van Buffel c.s. komt jaarlijks terug.

3.6 In mei 2011 hebben Carriënta en Le Confluent aan Buffel c.s. de toegang tot de Carriënta Outdoordôme en de camping ontzegd, en later ook tot Le Rivage.

3.7 Buffel c.s. hebben bij brieven van 3 juni 2011 aan in elk geval een aantal van haar vaste klanten onder meer het volgende geschreven:

"(...) Graag willen we u op de hoogte brengen van het feit dat Buffel Outdoor per direct heeft moeten kiezen voor een **verandering van locatie** [accentuering in het origineel; hof] voor zowel de camping als wel de steengroeve".

Doordat er het laatste jaar geen maximum aantal deelnemers in de groeve Carrienta is gesteld, zijn er een aantal gevolgen reeds gebleken dit voorseizoen:

- het regelmatig wachten en niet meer kunnen garanderen dat de meeste activiteiten kunnen worden gedaan (tokkel veel bezet).
- de **tokkel** na sluiting van geheel vorig naseizoen, wel vernieuwd is, maar nu een ander constructie heeft die gevaarlijker blijkt.
- de **entreprijs** bijna 20% is gestegen.
- er een verbod op het meenemen en nuttigen van eigen eten en drinken is gekomen.

Naast de steengroeve is de Labyrinth groep in bezit van onze vertrouwde camping. Ook deze wordt wel duurder, maar heeft (nog) geen verbeteringen teweeg gebracht. Het **sanitair**, de **beheerder** en de problematiek omtrent **afval** zijn ondanks de verhoging van de overnachtingsprijs niet verbeterd. Tevens worden wij als trouwe klant en concollega als doorn in het oog gezien. (...)

De campingovernachtingen zullen vanaf heden op een nabij gelegen camping plaatsvinden in **Comblain-la-Tour**. **Camping la Rocher de la Vierge** is ook gelegen aan de **Ourthe** en heeft meer sanitaire voorzieningen. (...) Ook de op enkele minuten gesitueerde oude steengroeve biedt voldoende mogelijkheden om niet enkel de angsthazen kippenvel te bezorgen. Ondanks het ontbreken van een tunnel zoals voor de schitterende groeve Carrienta, zullen ook hier de challenge, via-ferrata, abseilen, alpine klimmen en tokkel een volledig dagprogramma gaan innemen".

3.8 Na de beëindiging van de zakelijke relatie tussen Carriënta c.s. en Buffel c.s. in mei 2011 bleven op de website foto's en vermeldingen staan betrekking hebbende op (locaties van) Carriënta, Le Confluent en Le Rivage.

3.9 Carriënta heeft, na eerdere verzoeken, Buffel c.s. op 10 februari 2012 formeel gesommeerd schriftelijk te bevestigen dat Buffel c.s. niet langer het merk Carriënta zouden gebruiken en dat Buffel c.s. alle foto's en afbeeldingen van en teksten betrekking hebbend op (locaties van) Carriënta en Le Confluent van de website zouden verwijderen.

3.10 Op 14 februari 2012 was de website uit de lucht. Op 17 februari 2012 was de website, met gewijzigde inhoud, weer actief.

4. De beoordeling in hoger beroep

4.1 In eerste aanleg hebben Carriënta c.s., na wijziging van eis, een aantal vorderingen (in het bestreden vonnis genummerd I tot en met XI) ingesteld, die zijn gebaseerd op hun standpunt dat Buffel c.s. zich met (onder meer) de plaatsing van de foto's op hun website schuldig maken aan misleidende (vergelijkende) reclame in de zin van art. 6:194 (dan wel 6:194a) BW, aan onrechtmatig handelen en aan inbreuk op de handelsnamen en merkrechten van Carriënta c.s. Voorts achten zij enkele mededelingen in de onder 3.7 genoemde brief onjuist en daarmee jegens hen onrechtmatig.

4.2 In het bestreden vonnis heeft de rechtbank geoordeeld dat de aangepaste website van

Buffel c.s., voor zover daarop na de sommatie nog steeds foto's, afbeeldingen en teksten die verwijzen naar Carriënta c.s. (en hun locaties) stonden, misleidend was en dat Buffel c.s., die geen valide reden hebben gegeven waarom zij dat materiaal op de website hadden laten staan, "op zich" jegens Carriënta c.s. onrechtmatig hebben gehandeld. De rechtbank heeft vervolgens:

- a. voor recht verklaard dat Buffel c.s. onrechtmatig hebben gehandeld door na 17 februari 2012 op haar website nog foto's, afbeeldingen en teksten te tonen die verwijzen naar Carriënta Outdoordôme, de camping Le Confluent, de Herberg Le Rivage of die locaties tonen (hierna: het beeldmateriaal respectievelijk de teksten);
- b. Buffel c.s. bevolen alle gebruik van dit beeldmateriaal te staken en gestaakt te houden en in het bijzonder het beeldmateriaal van de website te verwijderen;
- c. Buffel c.s. geboden om elk gebruik van merk- en handelsnamen van Carriënta c.s. te staken, in het bijzonder het merk Carriënta, de handelsnamen Carriënta, Le Confluent en Le Rivage of enig daarmee verwarringwekkend overeenstemmend teken,

een en ander op straffe van verbeurte van een dwangsom van € 5.000,- per overtreding en met de veroordeling van Buffel c.s. in de proceskosten waarbij de rechtbank is uitgegaan van het liquidatietarief. De overige vorderingen van Carriënta c.s. werden afgewezen.

4.3 Beide partijen hebben bezwaren tegen dit vonnis. In principaal hoger beroep klagen Buffel c.s. over het oordeel dat hun website misleidend is (grief I), verwijt zij de rechtbank op grond daarvan (jegens alle Buffel-vennootschappen) het hiervoor onder 4.2 sub b weergegeven bevel te hebben gegeven (grief II), zonder daarbij te specificeren welke afbeeldingen de rechtbank misleidend acht. Voorts vinden Buffel c.s. de door de rechtbank bepaalde dwangsom disproportioneel en het gebod inzake de inbreuk op de handelsnamen en merkrechten onjuist en ongemotiveerd (grief III). Carriënta c.s. op hun beurt missen een oordeel over hun vordering sub 4 van de inleidende dagvaarding (grief 1), alsmede een toereikende motivering voor de afwijzing van de vorderingen inzake de onrechtmatige brieven. Voorts klagen zij dat de rechtbank te beperkt is geweest in haar toewijzing van de vorderingen met betrekking de handelsnaam- en merkrechten (grief 3), de kostenveroordeling (grief 4) en de dwangsom (grief 5). Grief 6 is een veeggrief.

4.4 Bij de boordeling van grief I in het principaal en grief 1 in het incidenteel hoger beroep inzake de misleidende (vergelijkende) reclame stelt het hof voorop dat de rechtbank in 5.9 en onder I van het dictum kennelijk de sommatie van 10 februari 2012 (en de daarin genoemde termijn) als peildatum heeft genomen nu zij heeft geoordeeld dat Buffel c.s. zich vanaf 17 februari 2012 aan misleidende reclame schuldig hebben gemaakt. Nu de vordering van Carriënta c.s. is gebaseerd op onrechtmatig handelen (dat mogelijk al aanwezig was vanaf eind mei 2011 toen partijen hun samenwerking hadden verbroken) en niet op wanprestatie (in welk geval ingebrekestelling en verzuim zou zijn vereist) spreekt een dergelijke beperking in de tijd niet vanzelf en zij was ook niet met zoveel woorden in de (onderbouwing van de) vordering van Carriënta c.s. opgenomen. Omdat in de stellingen van Carriënta c.s. in de memorie van antwoord geen klacht tegen dit oordeel van de rechtbank kan worden gelezen, zal het hof dit punt verder laten rusten en er in hoger beroep, in navolging van partijen, van uitgaan dat ter beoordeling staat of Buffel c.s. zich vanaf 17 februari 2012 aan misleidende reclame hebben schuldig gemaakt.

4.5 Waar Carriënta c.s. dat soms uit het oog lijken te verliezen, dient allereerst te worden benadrukt dat de omstandigheid dat partijen hun samenwerking hadden beëindigd, en Carriënta c.s. aan Buffel c.s. het gebruik van haar faciliteiten hadden ontzegd, op zichzelf

niet meebracht dat Buffel c.s. waren gehouden alle foto's waarop locaties van Carriënta c.s. zijn te zien van hun website en uit hun overige reclamemateriaal te verwijderen. Die foto's behoorden immers toe aan Buffel c.s. en waren door hen vervaardigd in een tijd dat zij de Outdoordôme, de camping en de herberg met instemming van Carriënta c.s. gebruikten. Dat materiaal gaf derhalve mede een beeld van de organisatie van Buffel c.s. en mocht door haar ook na het verbreken van de samenwerking nog tot op zekere hoogte worden gebruikt als weergave van in het verleden uitgevoerde excursies en als indruk en sfeerimpressie van de soort activiteiten die Buffel c.s. zoal aanboden. Aannemelijk is dat Buffel c.s. – die tot 2011 (nagenoeg) uitsluitend de faciliteiten van Carriënta c.s. bezochten – niet direct konden beschikken over vervangend beeldmateriaal met betrekking tot de nieuwe locaties, waar zij immers nog niet met groepen waren geweest. De grenzen van deze vrijheid zijn pas bereikt wanneer kan worden gesproken van onrechtmatige reclame in de zin van de artikelen 6:194 en 6:194a en verder BW.

4.6 Van misleidende reclame is ingevolge artikel 6:194 BW sprake wanneer, voor zover hier van belang, degene die omtrent door hem in de uitoefening van beroep of bedrijf aangeboden goederen of diensten een mededeling doet die in een of meer opzichten misleidend is. Misleidend is een mededeling indien deze onjuist is en het economische gedrag van de gemiddelde ontvanger in de doelgroep – de zogenaamde maatman – kan beïnvloeden. Onder vergelijkende reclame wordt door artikel 6:194a BW verstaan elke vorm van reclame waarbij een concurrent, dan wel door een concurrent aangeboden goederen of diensten, uitdrukkelijk of impliciet worden genoemd. Zodanige reclame is wat betreft de vergelijking geoorloofd op voorwaarde dat, voor zover hier van belang, deze niet misleidend is in de zojuist omschreven zin, geen verwarring tussen de ondernemingen en hun goederen en diensten veroorzaakt of de gebruiker van de reclame een oneerlijk voordeel oplevert ten gevolge van de bekendheid van een merk, handelsnaam of andere onderscheidende kenmerken van een concurrent. Artikel 6:195 BW bevat een bijzondere regel van bewijslastverdeling die meebrengt dat degene die op grond van art. 6:194 en/of 194a BW wordt aangesproken de bewijslast draagt van de juistheid en de volledigheid van de door hem gedane mededeling wanneer haar wederpartij, eiseres, voldoende gemotiveerd heeft gesteld dat sprake is van een onjuiste mededeling en aannemelijk heeft gemaakt dat deze het gedrag van de maatman kan beïnvloeden.

4.7 Voornoemde bepalingen veronderstellen derhalve steeds dat er sprake is van een mededeling, een bewering of suggestie die door de relevante ontvanger, de maatman, op een bepaalde wijze zal worden verstaan. Het is grotendeels reeds op deze voorvraag dat de vorderingen van Carriënta c.s. stranden.

4.8 Volgens Carriënta c.s. bevatten de reclame-uitingen van Buffel c.s., in het bijzonder hun website, de mededeling, althans de suggestie, dat Buffel c.s.:

- a. nog steeds activiteiten bij Carriënta en accommodatie van Carriënta c.s. en onderdak bij Le Confluente en/of Le Rivage kunnen aanbieden;
- b. activiteiten kunnen aanbieden die net zo spectaculair zijn als in Carriënta Oudoordôme.

4.9.1 Het hof kan Carriënta c.s. daarin niet volgen. Wat betreft de Outdoordôme van Carriënta acht het hof het onvoldoende aannemelijk dat klanten op basis van de door Carriënta c.s. als productie 11 overgelegde foto's aan de website, waarop deze locatie en de unieke want (in de nabije omgeving althans) alleen door Carriënta aangeboden faciliteiten als de lange tunnelentree en het helikopternet nergens met zoveel woorden worden genoemd, de verwachting zullen ontlenen dat de activiteiten (wederom) bij Carriënta zullen plaatsvinden.

Daarbij speelt een rol dat deze klanten, ook degenen die al eerder zijn geweest, anders dan Carriënta c.s. menen, de afgebeelde locaties, niet steeds zullen herkennen als Carriënta-locaties. Opmerkelijk in dit verband dat Carriënta c.s. dat zelf kennelijk ook niet kunnen, nu vast staat dat het merendeel van de foto's waarop zij haar aanspraak op dwangsommen baseerde, op andere locaties is genomen (zie onder meer productie 4 bij memorie van antwoord in het incidenteel hoger beroep). Dat deze klanten de zeer generieke omschrijvingen van de locaties en de genoemde afstanden zullen herleiden tot Carriënta acht het hof evenmin aannemelijk gemaakt. Daarbij is eveneens nog van belang dat de website (blijkens het door Carriënta overgelegde *screenshot* (blz. 61 van productie 11): ook reeds op 17 februari 2012) onder het kopje nieuws een mededeling bevat die wellicht niet glashelder, expliciet en eenduidig is, maar wel gewag maakt van een wijziging ten opzichte van de tot 2011 bestaande situatie. De formulering van de mededeling, en de voor de wijziging genoemde reden (het gelijk houden van de prijzen), impliceert veeleer dat sprake is van vervangende en niet slechts van aanvullende locaties. De stelling dat deze mededeling onvoldoende vindbaar is overtuigt niet, al was het maar omdat voor de hand ligt dat juist de vaste klanten, klanten die elk jaar terug komen, zo die zich al eerst nog op de website oriënteren en niet direct een offerte aanvragen, vooral benieuwd zullen zijn naar nieuws en in elk geval ook deze verwijzing zullen aanklikken. Voor zover de vordering, wat betreft de vaste klanten, zo moet worden begrepen dat het verwijt aan Buffel c.s. niet zozeer het gebruik van de foto's betreft, maar inhoudt dat Buffel c.s., gelet op het verwachtingspatroon van de vaste klanten, de wijziging van de locaties onvoldoende hebben gecommuniceerd, is die vordering ook in zoverre onvoldoende onderbouwd. In het midden kan dan blijven of dit verwijt past in het kader van art. 6:194 en 194a BW en het de op die artikelen gegronde vordering zou kunnen dragen.

4.9.2 De stelling dat de klanten van Buffel c.s., vast of nieuw, op basis van deze foto's en teksten een specifiek spektakelniveau zullen verwachten, een niveau dat Buffel c.s. zonder Carriënta niet kunnen waarmaken, berust eerder op de bedrijfstrots van Carriënta c.s. dan op feiten. De door Carriënta overgelegde verklaringen bewijzen weliswaar dat zij vele tevreden klanten heeft, die inderdaad haar bijzondere faciliteiten roemen, maar daaruit volgt nog niet dat de website van Buffel c.s. – door het gebruik van enkele afbeeldingen van Carriënta locaties – te hoge verwachtingen wekt. Op de website staat ook niet geschreven, noch wordt gesuggereerd, dat activiteiten zullen plaatsvinden op locaties die (in de nabije omgeving in de Ardennen) alleen Carriënta kan bieden, zoals een tunnel en het helikopternet. Een en ander behoorde tot de stelplicht van Carriënta c.s. en staat los van de vraag of, zoals Buffel c.s. ingevolge art. 6:195 BW zouden hebben te bewijzen, de door Buffel c.s. aangeboden nieuwe locaties het halen bij die van Carriënta.

4.10 Ten aanzien van Le Confluent gaat het om enkele tekstfragmenten. Carriënta c.s. kunnen in redelijkheid niet volhouden dat Buffel c.s. door het tonen van foto's waarop hun eigen witte tenten op een stukje weiland aan een bosrand staan als misleidende reclame moet worden aangemerkt op de enkel grond dat het weiland van Le Confluent is en zij deze zelfde foto in haar reclame gebruikt. Dat bij het aanklikken van enkele foto's de naam Le Confluent in beeld komt en dat de website een link naar de website van Le Confluent bevat is op zichzelf onvoldoende om als een mededeling of suggestie te worden beschouwd dat Buffel c.s. hun klanten nog steeds op deze camping onderbrengen. Dat geldt wel voor de enkele vermelding bij het "familie adventure weekend" dat als er wordt gekozen voor een overnachting in een (bungalow)tent of caravan het verblijf op de camping van Le Confluent is. Van deze enkele mededeling kan echter niet worden aangenomen dat deze het gedrag van de maatman zou kunnen beïnvloeden, nu onvoldoende is gesteld of gebleken dat deze

camping (en niet de faciliteiten van de Outdoordôme) een aanlokkende werking op de klanten van Buffel c.s. heeft gehad).

4.11 Wat betreft de herberg Le Rivage is het hof van oordeel dat voor zover van de enkele foto op de website al de suggestie zou uitgaan dat deze herberg nog altijd onderdak aan de klanten van Buffel c.s. biedt, onvoldoende aannemelijk is geworden dat dit voor de klanten een reden zou kunnen zijn zich (wederom) tot Buffel c.s. te wenden.

4.12 Bestudering van de andere reclame-uitingen dan de website die Carriënta c.s. (onder meer als productie 24) hebben overgelegd leidt niet tot een ander oordeel. Carriënta c.s. hebben hun stellingen met betrekking tot die uitingen ook niet afzonderlijk nader toegelicht.

4.13 De slotsom is dat aan Carriënta c.s. wellicht kan worden toegegeven dat Buffel c.s. zich niet erg doortastend en zorgvuldig hebben getoond in het actualiseren van hun website, hetgeen gezien de verhouding waarin partijen tot elkaar waren komen te staan, door Carriënta c.s. als (zeer) hinderlijk zal zijn ervaren, maar dat Buffel c.s. daarbij de door artikel 6:194 en 194a BW getrokken grenzen niet hebben overschreden. De vorderingen sub I, II, IV, VI, VIII moeten daarom in zoverre (alsnog) worden afgewezen.

4.14 Dit betekent dat de grievens I en II in het principaal hoger beroep in zoverre slagen en dat de grievens I en 3 (deels) in het incidenteel beroep falen.

4.15 Ten aanzien van grief III in het principaal en het resterende gedeelte van grief 3 in het incidenteel hoger beroep dat betrekking heeft op het merk en de handelsnamen van Carriënta c.s. stelt het hof voorop dat geen sprake is van een beperking in de tijd zoals in rov. 4.4. werd aangenomen. Van belang is dit verder echter niet omdat Carriënta c.s. niet hebben aangetoond dat op enig moment na mei 2011, toen partijen hun samenwerking hadden verbroken, Buffel c.s. zich van een van de handelsnamen van Carriënta c.s. hebben bediend of inbreuk hebben gemaakt op hun merkrecht(en). Waar de merknaam Carriënta op de website of elders werd gebruikt, is hooguit sprake van refererend merkgebruik dat, zonder nadere toelichting, die ontbreekt, toewijzing van de vorderingen III en VII niet kan rechtvaardigen. Dit betekent dat ook de principale grief III gegrond is en dat de incidentele grief 3 moet worden verworpen.

4.16 Met grief 2 in het incidenteel hoger beroep klagen Carriënta c.s. op zichzelf terecht dat de rechtbank zonder toereikende motivering heeft afgewezen de vorderingen sub I, II en XI voor zover deze betrekking hebben op de stelling dat Buffel c.s. in de als productie 2 bij conclusie van antwoord overgelegde brieven (zie hiervoor 3.7) aan haar vaste klanten onjuiste mededelingen heeft gedaan, die jegens Carriënta c.s. als onrechtmatig moeten worden beschouwd. De grief leidt echter niet tot vernietiging van het bestreden vonnis omdat ook het hof, zij het op andere, hierna te noemen, gronden van oordeel is dat de vorderingen dienen te worden afgewezen.

4.17 Bij de beoordeling van deze brieven, waarvan tussen partijen niet vaststaat in welken getale ze zijn verstuurd, is van belang te benadrukken dat Buffel c.s. zich daarmee tot een aantal vaste klanten – en dus niet tot de openbaarheid van het algemeen publiek – hebben gericht, en wel met een speciaal doel. Buffel c.s. dienden immers als gevolg van het conflict met Carriënta c.s. – waarvan in dit geding verder niet ter beoordeling staat wie van partijen het gelijk aan haar zijde had – hun klanten te informeren dat zij hun activiteiten niet langer op de vaste locaties konden aanbieden. Uit de brief, in het bijzonder de daarin verwoorde

klacht dat Buffel c.s. als trouwe klant en concollega als een doorn in het oog worden gezien, blijkt wel dat Buffel c.s. en Carriënta c.s. niet in volledige harmonie zijn uiteengegaan. Het zal de aangeschreven klanten derhalve duidelijk zijn geweest dat zij geen objectief relaas onder ogen kregen, maar de eenzijdige visie van Buffel c.s. waaraan mogelijk een zekere overdrijving niet vreemd was, nu Buffel c.s., met het oog op het behoud van hun klanten, moesten verantwoorden waarom zij de vertrouwde locaties (waaronder “de schitterende groeve” van Carriënta) per direct uit het programma had moeten nemen. De beweringen over de wachttijden, de prijzen, de beheerder en het sanitair zijn in die context niet onzorgvuldig te noemen, ook al zouden Buffel c.s. een en ander niet hard kunnen maken.

4.18 Dit ligt anders voor de bewering dat “de tokkel na sluiting van geheel vorig naseizoen, wel vernieuwd is, maar nu een andere constructie heeft die gevaarlijker blijkt”. Met deze bewering, waarvan Buffel c.s. in het licht van de gemotiveerde betwisting door Carriënta c.s. de juistheid niet voldoende hebben onderbouwd, hebben Buffel c.s. de grenzen van het toelaatbare overschreden. Het gaat hier om een voor een bedrijf als Carriënta cruciaal onderwerp – de veiligheid van haar faciliteiten –, dat de aangeschreven personen – de klanten van Buffel c.s., die juist ook de doelgroep van Carriënta c.s. vormen – ook minder gemakkelijk kunnen beoordelen en op waarde schatten dan de overige onderwerpen zoals de wachtrijen, prijzen etc. Daarbij hebben Buffel c.s. gekozen voor bewoordingen (“blijken”) waaruit licht zou kunnen worden afgeleid dat het gaat om meer dan een opvatting van Buffel c.s., maar dat objectief sprake is van een gevaarlijke situatie die zich zou kunnen hebben gemanifesteerd doordat zich daadwerkelijk ongelukken hebben voorgedaan. Een dergelijke poging om met een ongefundeerde, potentieel schadelijke mededeling Carriënta c.s. in een kwaadlicht te stellen teneinde de eigen klanten van Buffel c.s. te behouden, klanten immers die zouden kunnen overwegen rechtstreeks bij Carriënta c.s. te boeken, dient zowel als ongeoorloofd in de zin van artikel 6:194a BW als als onrechtmatig in de zin van artikel 6:162 BW te worden beschouwd.

4.19 De op deze mededeling gerichte verklaring voor recht zal dan ook worden toegewezen, evenals de veroordeling tot vergoeding van de door die mededeling veroorzaakte schade op te maken bij staat. Dat voornamelijk niet van enige schade is gebleken – en het eigen standpunt van Carriënta c.s. dat de bewuste brieven slechts aan een paar klanten zijn verstuurd doet betwijfelen of een schadestaatprocedure een wenkend perspectief is – neemt niet weg dat wel is voldaan aan de ingevolge art. 612 Rv te stellen eis dat de mogelijkheid van enige schade aannemelijk is (geworden). Gelet op de tijd die sinds het eenmalig versturen van deze brieven is verstreken, acht het hof een rectificatie niet langer zinvol. Ook voor een verbod zoals gevorderd ziet het hof geen aanleiding, nu sprake is van een incidentele fout – van enkele jaren terug – en er onvoldoende grond is te veronderstellen dat Buffel c.s. zich nogmaals in dergelijke onrechtmatige zin over Carriënta c.s. zullen uitlaten. Omdat Carriënta c.s. tegenover de stelling van Buffel c.s. dat alleen Buffel Outdoor de betrokken evenementen organiseert onvoldoende heeft gesteld en onderbouwd dat de brief namens het gehele Buffel-concern is verstuurd, zal de veroordeling alleen betrekking hebben op Buffel Outdoor. In zoverre slaagt grief 2 in het incidenteel hoger beroep.

4.20 Het vorenstaande betekent dat de vorderingen van Carriënta c.s. voor het overige (alsnog) volledig moeten worden afgewezen; in zoverre slaagt ook grief III in het principaal hoger beroep. Bij de klacht van grief II dat de vorderingen met betrekking tot de website ten onrechte ook jegens Buffel Events en Buffel Beheer zijn toegewezen, hebben deze vennootschappen – nu ook de kostenveroordeling in eerste aanleg zal worden vernietigd – verder geen belang meer.

4.21 Dat de incidentele grieven 4 (inzake de kostenveroordeling ex art. 1019h Rv), 5 (inzake de reikwijdte van de opgelegde dwangsom) alsmede de veeggrief 6 falen, behoeft geen afzonderlijke motivering.

4.22 Voor een vergoeding van de werkelijke en evenredige kosten op basis van art. 1019h Rv zoals door Buffel c.s. gevorderd ziet het hof geen aanleiding omdat partijen slechts in beide instanties een verwaarloosbaar aantal woorden (minder dan 10% van het partijdebat) aan de gestelde inbreuk op de handelsnamen en merkrechten van Carriënta c.s. hebben gewijd.

4.23 Gelet op het bovenstaande oordeel over de stellingen van Carriënta c.s. kan van bewijslevering geen sprake zijn. Carriënta c.s. hebben het ook niet voldoende specifiek aangeboden.

5. Slotsom

5.1 De grieven in het principaal hoger beroep slagen, zodat het bestreden vonnis moet worden vernietigd om de desbetreffende vorderingen alsnog af te wijzen. Het incidenteel hoger beroep slaagt op een onderdeel en faalt voor het overige. Het hof zal het bestreden vonnis in zijn geheel vernietigen en een nieuw dictum formuleren.

5.2.1 Als de (overwegend) in het ongelijk gestelde partij zal het hof Carriënta c.s. veroordelen in de kosten van de eerste aanleg, het principaal en het incidenteel hoger beroep.

5.2.2 Die kosten zullen wat betreft de eerste aanleg worden vastgesteld op € 575,- aan griffierecht en op € 1.356,- voor salaris.

5.2.3 De kosten voor het principaal hoger beroep aan zijde van Buffel c.s. zullen worden bepaald op:

- exploitkosten	€ 60,69
- griffierecht	€ 683,00
totaal verschotten	€ 743,69
-salaris	€ 2.682,- (3 punten x tarief II).

5.2.4 De kosten van het incidenteel hoger beroep ten slotte zullen worden toegewezen tot een bedrag van € 1.341,- (de helft van 3 punten x tarief II) voor salaris.

6. De beslissing

Het hof, recht doende in hoger beroep:

6.1 vernietigt het tussen partijen gewezen vonnis van de rechtbank Overijssel, zittingsplaats Almelo, van 31 juli 2013, zoals hersteld bij vonnis van 14 augustus 2013 en bij vonnis van 18 september 2013, en doet opnieuw recht;

6.2 verklaart voor recht dat de mededelingen in de onder 3.7 vermelde brieven dat “de tokkel na sluiting van geheel vorig naseizoen, wel vernieuwd is, maar nu een andere

constructie heeft die gevaarlijker blijkt" in strijd is met artikel 6:194a BW en onrechtmatig in de zin van art. 6:162 BW, alsmede dat Buffel Outdoor onrechtmatig jegens Carriënta c.s. heeft gehandeld door deze mededeling aan haar klanten te versturen;

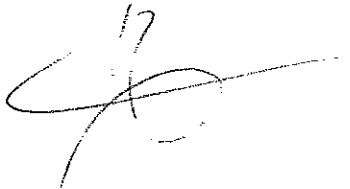
6.3 veroordeelt Buffel Outdoor tot vergoeding van de door Carriënta c.s. ten gevolge van voornoemd ongeoorloofd en onrechtmatig handelen geleden en nog te lijden schade, nader op te maken bij staat;

6.4 veroordeelt Carriënta c.s. in de kosten van beide instanties, tot aan de bestreden uitspraak aan de zijde van Buffel c.s. wat betreft de eerste aanleg vastgesteld op € 575,- aan griffierecht en op € 1.356,- voor salaris overeenkomstig het liquidatietarief en tot aan deze uitspraak wat betreft het principaal hoger beroep vastgesteld op € 743,69 voor verschotten en op € 2.682,- voor salaris overeenkomstig het liquidatietarief en wat betreft het incidenteel hoger beroep op € 1.341,- voor salaris overeenkomstig het liquidatietarief;

6.5 verklaart dit arrest uitvoerbaar bij voorraad;

6.6 wijst het meer of anders gevorderde af.

Dit arrest is gewezen door mrs. F.W.J. Meijer, R.E. Weening en A.E.B. ter Heide, en is, bij afwezigheid van de voorzitter door mr. Ter Heide ondertekend, in tegenwoordigheid van de griffier in het openbaar uitgesproken op 24 maart 2015.



ter Heide



Uitgegeven voor grosse
p. 24-3-15
voor de griffier van het Gerechtshof
Arnhem-Leeuwarden