

Vzgr Rb Zutphen, 5 september 2007, Easy Drain promotiefilm



RECLAMERECHT

Vergelijkende reclame

Film is mededeling bij de uitoefening van een commerciële activiteit en beide producten worden vergeleken

Volgens RM&CØ dient de film niet als reclame in de zin van artikel 6:194a BW te worden beschouwd. Zij voert hiertoe aan dat - gelet op het gegeven dat enkel beelden worden getoond zonder enig commentaar - slechts twee producten in een voor beide producten niet representatieve wijze getoond zijn, teneinde de werkwijze van beide producten in beeld te brengen. Het verweer van RM&CØ dat geen sprake is van reclame treft geen doel. (...). De in de film gemaakte vergelijking van de afvoercapaciteit van de afvoergoten van ESS (hierna: de Easy Drain) en Quick Drain (hierna: de Quick Drain), valt beduidend positiever uit voor ESS dan voor Quick Drain. Dat de film niet van commentaar is voorzien en/of volgens gedaagdes directeur amateuristisch is, laat onverlet dat uit de beelden de boodschap volgt dat de afvoergoten van ESS beter zijn dan die van Quick Drain. Het tonen van deze beelden aan afnemers van beide partijen valt niet alleen te beschouwen als een wervend aanbod gericht tot een publiek maar ook als een mededeling bij de uitoefening van een commerciële activiteit ter bevordering van de afzet van goederen. Deze reclame is bovendien vergelijkend, nu de door Quick Drain verhandelde goot expliciet wordt vergeleken met die van ESS.

Misleidend

een forse straal uit de afvoer van de Easy Drain naast een miezerig straaltje uit die van de Quick Drain te vertonen

Partijen zijn het erover eens dat de waterafvoercapaciteit van de Easy Drain groter is dan die van de Quick Drain, maar Quick Drain acht het misleidend om zoals RM&CØ in haar ter zitting getoonde filmpje doet, achtereenvolgens in plaats van gelijktijdig beide wateropvangreservoirs in beeld te brengen en dan ook nog eens een forse straal uit de afvoer van de Easy Drain naast een miezerig straaltje uit die van de Quick Drain te vertonen; zelfs de toestroom is niet evident gelijk. Bovendien verloopt de toestroom van de Quick Drain op de film via één in plaats van twee kamers, zonder dat ook duidelijk gemaakt wordt dat de druk van het extra water bijdraagt aan de afvoercapaciteit (statische hoogte) laat staan dat de wijze waarop de

Quick Drain gemonteerd moet worden, is toegepast: het zijn juist de tegels die bovenop de Quick Drain gemonteerd moeten worden die deze statische hoogte verhogen en het heeft er alles van dat ook in het op verzoek van gedaagde door een handelsrelatie uitgebrachte technisch rapport van het Danish Technological Institute - volgens hetwelk de Quick Drain de vereiste waterafvoercapaciteit niet eens zou halen - deze montagevoorschriften niet juist zijn nageleefd. De voorzieningenrechter volgt deze kwalificaties van het filmpje als misleidend, mede gelet op de in 6:195 BW op RM&CØ gelegde bewijslast voor de juistheid en volledigheid van de medegedeelde feiten. Het ziet er niet naar uit dat RM&CØ - die het filmpje ter zitting zelf al als amateuristisch betitelde - in een bodemprocedure in dit bewijs zal slagen. De gemaakte vergelijking is met de beste wil van de wereld niet objectief te noemen en daarom onrechtmatig tegenover eiseres.

PROCESRECHT

Verbod

Verbod wegens ontbreken duidelijke toezegging

Dat Quick Drain met de vertoning van de film gestopt is, wil niet zeggen dat de film niet meer zal worden vertoond. Van een uitdrukkelijke toezegging op dit punt is geen sprake. Indien al een dergelijke toezegging is bedoeld belet deze, zoals de Hoge Raad op [23 februari 1990](#) (NJ 1990/664)[NJ 1960, 663, Red. IEPT] heeft beslist, niet bij wege van voorlopige voorziening een verbod op te leggen tot het plegen van zodanige handelingen. Of ondanks een toezegging een verbod dient te worden opgelegd hangt af van de omstandigheden van het geval, zoals de ernst van de reeds gepleegde overtreding, het gedrag van de aangesprokene naar aanleiding van een eerdere waarschuwing, zijn standpunt met betrekking tot de ongeoorloofdheid van zijn handelen en de wijze waarop en het verband waarin de toezegging is gedaan. Blijkens een latere uitspraak van de [Hoge Raad van 1 december 1995 \(NJ 1996/510\)](#) moet bij de ernst van de overtreding gelet worden op zowel de omvang van de eerdere inbreuk als de mate van verwijtbaarheid ervan. Verder speelt de vrees voor herhaling onder andere een rol. Nu RM&CØ pas na een sommatie van Quick Drain is gestopt, partijen in een hevige concurrentiestrijd zijn verwickeld en RM&CØ het ongeoorloofde karakter van de film niet inziet, staat het eigener beweging stoppen met de vertoning er niet aan in de weg om toch een verbod tot verdere openbaarmaking op te leggen. Gelet op de al aangerichte schade is het spoedeisend belang voldoende.

Rectificatie

Rectificatie zonder excuses

Nu de film misleidend en onrechtmatig wordt geacht, zal de onrechtmatige schade zo goed en snel mogelijk moeten worden hersteld en zal tevens de gevorderde rectificatie worden toegewezen behoudens het navolgende. De door Quick Drain voorgestelde rectificatie wordt ten onrechte als een spontane mededeling van

RM&CØ geredigeerd. Dit betreft zowel de afzender als de aangeboden verontschuldigen. Respect voor de uitingvrijheid van RM&CØ brengt mee dat duidelijk gemaakt wordt dat het een beslissing van de rechter is die tot de rectificatie noopt, terwijl excuses een morele categorie vormen en zich dus niet lenen voor afdwingen ervan met behulp van dwangsommen en gerechtsdeurwaarder. Afdwongen excuses zijn geen excuses, die hun kracht in het intermenselijk verkeer nu juist ontlenuen aan spontaan en oprecht berouw over eigen tekortschieten. Het is het goed recht van RM&CØ om zich niet schuldig te voelen; voor verbod en rectificatie en zelfs schadevergoeding maakt dat ook niets uit.

Vindplaatsen: [BB3200](#)

Vzgr Rb Zutphen, 5 september 2007

(G. Vrieze)

zaaknummer / rolnummer: 87587 / KG ZA 07-219

Vonnis in kort geding van 5 september 2007

in de zaak van

de vennootschap naar buitenlands recht

QUICK DRAIN B.V.B.A.,

gevestigd te Sint-Truiden, België,

eiseres,

procureur mr. R. Klein,

advocate mr. I.P. Barneveld te Leiden,

tegen

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

RM&CØ SANITAIR B.V.,

statutair gevestigd te Epse, gemeente Gorssel,

gedaagde,

advocaat mr. B.J. Driessen te Nijmegen.

Partijen zullen hierna Quick Drain en RM&CØ genoemd worden.

1. De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding

- de akte depot van een film

- het proces-verbaal van de mondelinge behandeling, vermeldende de vertoning van de film

- de pleitnota van Quick Drain

- de pleitnota van RM&CØ

1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

2. De feiten

2.1. Quick Drain houdt zich bezig met de ontwikkeling, productie en exploitatie van sanitaire afvoersystemen met een smalle goot.

2.2. De Nederlandse markt voor sanitaire afvoersystemen met een smalle goot wordt bepaald door Quick Drain en Easy Sanitary Solutions (hierna: ESS)

2.3. RM&CØ is in Nederland enig distributeur voor ESS.

2.4. Voor de afzet van hun producten richten Quick Drain en ESS zich op groothandels in sanitair.

2.5. Vanaf maart 2007 hebben vertegenwoordigers van RM&CØ bij groothandels in sanitair een film van ongeveer zeven minuten getoond waarin de producten van

Quick Drain en ESS met elkaar worden vergeleken (hierna: de film of het filmpje).

3. Het geschil

3.1. Quick Drain vordert dat de voorzieningenrechter bij uitvoerbaar bij voorraad te verklaren vonnis RM&CØ zal bevelen om onmiddellijk althans binnen vijf dagen na betekening van dit vonnis

(i) iedere verdere verspreiding en openbaarmaking van de litigieuze film alsmede het openbaar maken of het laten openbaar maken van elke andere dergelijke mededeling of vergelijking te staken en gestaakt te houden,

(ii) de namen en adressen van groothandel(s) en/of tussenhandel en/of installateur(s) of iedere andere partij aan wie de litigieuze film is getoond, bekend te maken aan Quick Drain,

(iii) een rectificatie te verzenden aan alle onder (ii) genoemde partijen per aangetekende brief met bericht van ontvangst - zonder enig commentaar of toevoeging in welke vorm dan ook en in de normale stijl en op briefpapier van RM&CØ - met de volgende inhoud:

“Geachte heer/mevrouw,

In de afgelopen maanden is u door een vertegenwoordiger van RM&CØ SANITAIR B.V. een film getoond. In deze film worden de producten van Quick Drain B.V. B.A. (de “Quick Drain”) en RM&CØ SANITAIR B.V. (de “Easy Drain”) op een ongeoorloofde, misleidende wijze met elkaar vergeleken.

De film wekt ten onrechte de suggestie dat de waterafvoercapaciteit van de Quick Drain te wensen overlaat. Zonder in de technische details te treden, staat vast dat de in de film getoonde test onjuist en onvolledig is en geen recht doet aan de waterafvoercapaciteit van Quick Drain, die de vereiste (volgens NE-EN 1253-1 tot en met 1253-4 norm) 24,3 liter per minuut bedraagt. Tot slot biedt RM&CØ SANITAIR B.V. mede namens haar vertegenwoordigers oprechte excuses aan u en aan Quick Drain B.V. B.A. voor haar handelswijze.

Hoogachtend,

RM&CØ SANITAIR B.V.

bijlage: kopie vonnis d.d. (...)”

(iv) van alle onder (iii) verzonden brieven per gelijke datum een kopie te zenden aan eiseres,

alles op straffe van een dwangsom van EUR. 25.000,00 per dag of dagdeel dat RM&CØ in strijd handelt met één of meerdere van de in deze onder (i) tot en met (iv) te wijzen bevelen, met een maximum van EUR. 1.000.000,00,

en met de veroordeling van RM&CØ in de kosten van deze procedure.

3.2. RM&CØ voert verweer. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

4. De beoordeling

4.1. RM&CØ heeft als verst strekkend verweer de niet-ontvankelijk-verklaring van Quick Drain in haar vordering ingeroepen wegens het ontbreken van een spoedeisend belang. Het spoedeisend belang is slechts een van de vele belangen waarmee de voorzieningenrechter blijktens artikel 254 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering rekening heeft te houden

bij de beantwoording van de vraag of het verantwoord is om door middel van het geven van een voorlopige voorziening vooruit te lopen op de beslissing in een bodemprocedure. Daarbij dient de voorzieningenrechter zich er rekenschap van te geven, dat zowel de feiten als de juridische waardering daarvan onzeker kunnen zijn, de geschilpunten ingewikkeld en de voorziening zelf soms ingrijpend zo niet onomkeerbaar (restitutierisico). Omdat de mate van deze onzekerheid respectievelijk onherstelbaarheid respectievelijk voor- en nadelen van (het uitblijven van) de voorlopige voorziening steeds weer kan verschillen voor partijen, legt ook de urgentie van elke gevorderde voorziening een steeds wisselend gewicht in de schaal.

Het beroep op niet-ontvankelijk-verklaring zal daarom worden afgewezen en de afweging van alle betrokken belangen waaronder de beweerde urgentie van iedere gevraagde voorlopige voorziening uitgesteld, totdat hierna een zo goed mogelijk prognose zal zijn gegeven van het oordeel van de bodemrechter over de feiten en het daarop toe te passen recht. Steun voor deze benadering valt ook te vinden in de uitspraak van de Hoge Raad van 15 december 1995 NJ 1996/509.

4.2. Quick Drain heeft aan haar vorderingen primair ten grondslag gelegd dat de film ongeoorloofde vergelijkende reclame oplevert, in de zin van artikel 194a, eerste lid, van het Burgerlijk Wetboek (hierna: BW).

4.3. Volgens RM&CØ dient de film niet als reclame in de zin van artikel 6:194a BW te worden beschouwd. Zij voert hiertoe aan dat - gelet op het gegeven dat enkel beelden worden getoond zonder enig commentaar - slechts twee producten in een voor beide producten niet representatieve wijze getoond zijn, teneinde de werkwijze van beide producten in beeld te brengen.

Het verweer van RM&CØ dat geen sprake is van reclame treft geen doel.

Volgens de Memorie van Toelichting bij artikel 6:194a BW (MvT, Kamerstukken II 2000/2001, 27 619 nr.3) dient onder reclame het volgende te worden verstaan:

"Reclame valt in dit opzicht te beschouwen als iedere mededeling bij de uitoefening van een commerciële, industriële of ambachtelijke activiteit of van een vrij beroep ter bevordering van de afzet van goederen of diensten, met inbegrip van onroerende goederen, rechten en plichten: (...) Reclame bevat een wervend aanbod, gericht tot een publiek.(...)".

De in de film gemaakte vergelijking van de afvoercapaciteit van de afvoergoten van ESS (hierna: de Easy Drain) en Quick Drain (hierna: de Quick Drain), valt beduidend positiever uit voor ESS dan voor Quick Drain. Dat de film niet van commentaar is voorzien en/of volgens gedaagdes directeur amateuristisch is, laat onverlet dat uit de beelden de boodschap volgt dat de afvoergoten van ESS beter zijn dan die van Quick Drain.

Het tonen van deze beelden aan afnemers van beide partijen valt niet alleen te beschouwen als een wervend aanbod gericht tot een publiek maar ook als een mededeling bij de uitoefening van een commerciële activiteit ter bevordering van de afzet van goederen.

Deze reclame is bovendien vergelijkend, nu de door Quick Drain verhandelde goot expliciet wordt vergeleken met die van ESS.

4.4. Vervolgens is de vraag aan de orde of wordt voldaan aan de (cumulatief bedoelde) voorwaarden zoals vervat in art. 6:194a lid 2 BW, voor de geoorloofdheid van vergelijkende reclame. Deze voorwaarden houden in dat de betrokken (vergelijkende) reclame onder meer niet misleidend mag zijn in de zin van art. 6:194 BW en op objectieve wijze een of meer wezenlijke, relevante, controleerbare en representatieve kenmerken van de betrokken diensten met elkaar vergelijkt. De vergelijking moet op zakelijke wijze neutraal tot uitdrukking worden gebracht, terwijl een rationele afweging de conclusie waartoe de vergelijkende reclame leidt, moet steunen.

4.5. Partijen zijn het erover eens dat de waterafvoercapaciteit van de Easy Drain groter is dan die van de Quick Drain, maar Quick Drain acht het misleidend om zoals RM&CØ in haar ter zitting getoonde filmpje doet, achtereenvolgens in plaats van gelijktijdig beide wateropvangreservoirs in beeld te brengen en dan ook nog eens een forse straal uit de afvoer van de Easy Drain naast een miezerig straaltje uit die van de Quick Drain te vertonen; zelfs de toestroom is niet evident gelijk. Bovendien verloopt de toestroom van de Quick Drain op de film via één in plaats van twee kamers, zonder dat ook duidelijk gemaakt wordt dat de druk van het extra water bijdraagt aan de afvoercapaciteit (statische hoogte) laat staan dat de wijze waarop de Quick Drain gemonteerd moet worden, is toegepast: het zijn juist de tegels die bovenop de Quick Drain gemonteerd moeten worden die deze statische hoogte verhogen en het heeft er alles van dat ook in het op verzoek van gedaagde door een handelsrelatie uitgebrachte technisch rapport van het Danish Technological Institute - volgens hetwelk de Quick Drain de vereiste waterafvoercapaciteit niet eens zou halen - deze montagevoorschriften niet juist zijn nageleefd.

De voorzieningenrechter volgt deze kwalificaties van het filmpje als misleidend, mede gelet op de in 6:195 BW op RM&CØ gelegde bewijslast voor de juistheid en volledigheid van de medegedeelde feiten. Het ziet er niet naar uit dat RM&CØ - die het filmpje ter zitting zelf al als amateuristisch betitelde - in een bodemprocedure in dit bewijs zal slagen. De gemaakte vergelijking is met de beste wil van de wereld niet objectief te noemen en daarom onrechtmatig tegenover eiseres.

4.6. Dat dit filmpje slechts is vertoond aan vertegenwoordigers van groothandels in sanitaire- en bouwmarktproducten die een grotere technische- en branchegevoelige kennis en begripsvermogen geacht mogen worden te hebben en niet aan consumenten, doet hieraan niet af. Er is evengoed sprake van misleidende en dus onrechtmatige vergelijkende reclame, nu het voor de hand ligt dat de door deze vertegenwoordigers opgedane indrukken zullen worden doorspeeld naar hun verkopers en zo naar het publiek. Ook indien afdeling 4 van titel 3 van boek 6 BW niet van toepassing zou zijn, is de vertoning van de film onrechtmatig,

mede vanwege deze indirecte grotere effectiviteit als het om misleiding van consumenten gaat; het is zelfs denkbaar dat de moed om hun een Quick Drain te presenteren, komt te ontbreken bij deze vertegenwoordigers.

Doorslaggevend is dat deze professionele kijkers - naar onbestreden is gesteld - letterlijk schrokken van het tekort schieten van Quick Drain op het filmpje, hoewel het tussen partijen onomstreden capaciteitsverschil daartoe geen aanleiding biedt.

4.7. Een en ander rechtvaardigt een verbod tot verdere openbaarmaking van het filmpje.

Het verweer van RM&CØ dat Quick Drain hierbij geen belang heeft, omdat zij na de sommatie van Quick Drain om haar moverende redenen gestopt is met het vertonen van het filmpje, wordt verworpen.

Dat Quick Drain met de vertoning van de film gestopt is, wil niet zeggen dat de film niet meer zal worden vertoond. Van een uitdrukkelijke toezegging op dit punt is geen sprake. Indien al een dergelijke toezegging is bedoeld belet deze, zoals de Hoge Raad op [23 februari 1990](#) (NJ 1990/664) [NJ 1960, 663, Red. IEPT] heeft beslist, niet bij wege van voorlopige voorziening een verbod op te leggen tot het plegen van zodanige handelingen. Of ondanks een toezegging een verbod dient te worden opgelegd hangt af van de omstandigheden van het geval, zoals de ernst van de reeds gepleegde overtreding, het gedrag van de aangesprokene naar aanleiding van een eerdere waarschuwing, zijn standpunt met betrekking tot de ongeoorloofde van zijn handelen en de wijze waarop en het verband waarin de toezegging is gedaan. Blijkens een latere uitspraak van de [Hoge Raad van 1 december 1995](#) (NJ 1996/510) moet bij de ernst van de overtreding gelet worden op zowel de omvang van de eerdere inbreuk als de mate van verwijtbaarheid ervan. Verder speelt de vrees voor herhaling onder andere een rol.

Nu RM&CØ pas na een sommatie van Quick Drain is gestopt, partijen in een hevige concurrentiestrijd zijn verwikkeld en RM&CØ het ongeoorloofde karakter van de film niet inziet, staat het eigener beweging stoppen met de vertoning er niet aan in de weg om toch een verbod tot verdere openbaarmaking op te leggen. Gelet op de al aangerichte schade is het spoedeisende belang voldoende.

4.8. De vordering tot het openbaar maken of het laten openbaar maken van elke andere dergelijke mededeling of vergelijking is te onbepaald om te worden toegewezen.

4.9. Nu de film misleidend en onrechtmatig wordt geacht, zal de onrechtmatige schade zo goed en snel mogelijk moeten worden hersteld en zal tevens de gevorderde rectificatie worden toegewezen behoudens het navolgende. De door Quick Drain voorgestelde rectificatie wordt ten onrechte als een spontane mededeling van RM&CØ geredigeerd. Dit betreft zowel de afzender als de aangeboden verontschuldigheden. Respect voor de uitingsvrijheid van RM&CØ brengt mee dat duidelijk gemaakt wordt dat het een beslissing van de rechter is die tot de rectificatie noopt, terwijl excuses een morele categorie vormen en zich dus niet lenen

voor afdwingen ervan met behulp van dwangsommen en gerechtsdeurwaarder. Afdedwongen excuses zijn geen excuses, die hun kracht in het intermenselijk verkeer nu juist ontleen aan spontaan en oprecht berouw over eigen tekortschieten. Het is het goed recht van RM&CØ om zich niet schuldig te voelen; voor verbod en rectificatie en zelfs schadevergoeding maakt dat ook niets uit.

4.10. Nu hiertegen geen specifiek verweer is gevoerd, zullen ook de vorderingen worden toegewezen tot toezending aan Quick Drain van de gegevens van partijen aan wie de film is getoond en van kopieën van verzonden rectificaties. Ook bij deze vorm van herstel bestaat voldoende spoedeisende belang.

4.11. Aan de te verbeuren dwangsommen zal een maximum worden verbonden. Dit laat uiteraard onverlet, dat bij voortgaande overtreding van dit vonnis oplegging van hogere dwangsommen kan worden gevorderd dan wel hernieuwde oplegging van dezelfde dwangsommen. Het bedrag van zowel de dwangsom als het maximum staat in een redelijke verhouding tot de zwaarte van het geschonden belang en de beoogde prikkelende werking van de dwangsomoplegging.

4.12. RM&CØ zal als de grotendeels in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld. De kosten aan de zijde van Quick Drain worden begroot op:

- dagvaarding EUR 84,31
 - vast recht 251,00
 - salaris procureur 816,00
- Totaal EUR 1.151,31

5. De beslissing

De voorzieningenrechter

5.1. beveelt RM&CØ iedere verdere verspreiding en openbaarmaking van de in dit vonnis bedoelde vertoonde film te staken en gestaakt te houden,

5.2. beveelt RM&CØ binnen vijf dagen na betekening van dit vonnis de namen en adressen van groothandel(s) en/of tussenhandel en/of installateur(s) of iedere andere partij aan wie de litigieuze film is getoond, bekend te maken aan Quick Drain,

5.3. beveelt RM&CØ binnen vijf dagen na betekening van dit vonnis een rectificatie te verzenden aan alle onder 5.2. genoemde partijen per brief met bericht van ontvangst ‘zonder enig commentaar of toevoeging in welke vorm dan ook en in de normale lay-out en op briefpapier van RM&CØ’ met de volgende inhoud: “RECTIFICATIE

In de afgelopen maanden is u door een vertegenwoordiger van RM&CØ SANITAIR B.V. een film getoond. In deze film worden de producten van Quick Drain B.V. B.A. (de “Quick Drain”) en RM&CØ SANITAIR B.V. (de “Easy Drain”) op een ongeoorloofde, misleidende wijze met elkaar vergeleken.

Dit is bij vonnis van 5 september 2007 door de voorzieningenrechter van de rechtbank te Zutphen bepaald. bijlage: kopie vonnis”

5.4. beveelt RM&CØ van alle conform het bepaalde in 5.3. verzonden brieven per gelijke datum een kopie te zenden aan Quick Drain,

5.5. bepaalt dat RM&CØ voor iedere bekijker van de film waarvoor zij in strijd handelt met met één of meerdere van de in deze onder 5.1. tot en met 5.4 gegeven bevelen, aan Quick Drain een dwangsom verbeurt van EUR 1.000,00, tot een maximum van EUR 50.000,00,

5.6. veroordeelt RM&CØ in de proceskosten, aan de zijde van Quick Drain tot op heden begroot op EUR 1.151,31,

5.7. verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad,

5.8. wijst het meer of anders gevorderde af.

Dit vonnis is gewezen door mr. G. Vrieze en in het openbaar uitgesproken op 5 september 2007.
