

## Hof Arnhem, 18 december 2007, MF Design v Eastborn

**LET OP: 20% korting op de adviesprijs van Eastborn boxsprings en matrassen!**

### DISTRIBUTIEOVEREENKOMST

#### Onrechtmatige beëindiging

- [Niet aannemelijk dat keer op keer ten onrechte 2% korting op betalingen in mindering brengen werkelijk aan de breuk hebben bijgedragen.](#)

De eerste reden heeft Eastborn wel onderbouwd met haar schriftelijke verzoeken uit 2001 tot en met 2004 aan MF (producties 1 bij conclusie van antwoord) om de ten onrechte ingehouden 2% (kredietbeperkings-)korting alsnog te voldoen, maar niet gesteld of gebleken is dat Eastborn die onterechte inhoudingen heeft betrokken in haar aan de opzegging met MF voorafgaande gesprekken (zie het verslag van [C.], rayonmanager van Eastborn, productie 17 bij conclusie van dupliek) of brieven. Het gaat om een nadeel van slechts enkele honderden euro's per jaar. Zonder nadere toelichting van Eastborn, die ontbreekt, is niet aannemelijk dat die storende, maar relatief geringe betalingskortingen werkelijk aan de breuk hebben bijgedragen.

- [Eastborn heeft haar beroep op schending van auteurs- en merkenrecht pas na de opzeggingsbrief van 19 april 2005 voor het eerst schriftelijk aan MF kenbaar gemaakt](#)

Naar het oordeel van het hof blijkt hieruit slechts dat Eastborn MF heeft aangesproken op, kort gezegd, ongeoorloofd kopiëren op haar website en dat MF haar site telkens dienovereenkomstig heeft aangepast. Eastborn heeft haar beroep op schending van auteurs- en merkenrecht pas na de opzeggingsbrief van 19 april 2005 voor het eerst schriftelijk aan MF kenbaar gemaakt in de brief van haar advocaat van 28 juli 2005 (zie rov. 3.11). Zoals hiervoor onder rov. 3.8 vermeld, heeft Eastborn per e-mail van 17 maart 2005 aan een over de 20% korting klagende dealer bericht dat zij om andere redenen (dan die korting) zou trachten de relatie met MF te elimineren. Tegen deze achtergrond is niet aannemelijk dat deze tweede reden daadwerkelijk aan de opzegging ten grondslag heeft gelegen en behoefde MF dat bij ontvangst van de opzeggingsbrief ook niet redelijkerwijs te begrijpen. De grieven 2 en 3 in het incidenteel appel behoeven daarom verder geen bespreking.

#### Onrechtmatige handhaving consumentenadviesprijzen

- [Uit een en ander, mede in samenhang met de e-mail van Eastborn van 17 maart 2005 bezien, concludeert het hof dat Eastborn onder druk van haar andere dealers bij brief van 19 april 2005 het dealerschap aan MF slechts heeft opgezegd om de marge van die dealers via \(het systeem van\) de consumentenadviesprijzen te handhaven, in feite als sanctie op de niet-naleving van de consumentenadviesprijzen.](#)
- [de op handhaving van de wederverkooprijzen gerichte opzegging van de dealerovereenkomst ingevolge artikel 6 Mw verboden en nietig en tevens jegens MF onrechtmatig. Andere opzeggingsgronden blijken niet aanwezig..](#)

Vindplaatsen: LJN: [BC5311](#)

#### Hof Arnhem, 18 december 2007

(Stegg, Vaessen en Lenselink)

18 december 2007

derde civiele kamer

rolnummer 2006/685

GERECHTSHOF TE ARNHEM

Arrest

in de zaak van:

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

M.F. Design B.V.,

gevestigd te Volendam, gemeente Edam-Volendam,

appellante in het principaal appel,

geïntimeerde in het incidenteel appel,

procureur: mr. J.M. Bosnak,

tegen:

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

Eastborn Slaapsystemen B.V.,  
gevestigd te Vroomshoop, gemeente Twenterand,  
geïntimeerde in het principaal appel,  
appellante in het incidenteel appel,  
procureur: mr. L. Paulus.

### **1 Het geding in eerste aanleg**

Voor de procedure in eerste aanleg wordt verwezen naar het (eind-)vonnis van de rechtbank Almelo van 10 mei 2006 (LJN: [AX1494](#)) gewezen tussen appellante in het principaal appel, tevens geïntimeerde in het incidenteel appel (hierna ook te noemen: MF) als eiseres enerzijds en geïntimeerde in het principaal appel, tevens appellante in het incidenteel appel (hierna ook te noemen: Eastborn) als gedaagde anderzijds. Een fotokopie van dat vonnis is aan dit arrest gehecht.

### **2 Het geding in hoger beroep**

2.1 MF heeft bij exploit van 3 juli 2006 Eastborn aangezegd van het vonnis in hoger beroep te komen, met dagvaarding van Eastborn voor dit hof. Bij tussenarrest van 21 november 2006 is het hof teruggekomen op zijn beslissing om akte niet-dienen tegen MF te verlenen en heeft het hof de zaak naar de rol verwezen voor memorie van grieven.

2.2 Bij memorie van grieven heeft MF tien grieven tegen het bestreden vonnis aangevoerd en toegelicht, bewijs aangeboden, producties in het geding gebracht en gevorderd dat het hof het bestreden vonnis zal vernietigen en, opnieuw recht doende, bij arrest, uitvoerbaar bij voorraad,

I voor recht zal verklaren dat de opzegging van de relatie tussen partijen d.d. 19 april 2005 tegen 1 november 2005 nietig is en/althans onrechtmatig, althans naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar en dat deze opzegging daarom geen effect heeft (gehad);

II Eastborn zal gebieden om aan MF het volledige aanbod van Eastborn-producten te blijven leveren onder de condities zoals deze door partijen zijn overeengekomen, daaronder met name begrepen de condities die in de brief aan Eastborn aan MF van 21 februari 2002 worden vermeld;

III Eastborn zal veroordelen tot betaling aan MF van een dwangsom van € 10.000,00 per overtreding van het hierboven gemelde gebod dan wel per dag of gedeelte van een dag dat Eastborn niet of niet volledig aan bedoeld gebod mocht voldoen na betekening van het te wijzen arrest;

IV Eastborn zal veroordelen tot betaling aan MF van een bedrag van € 816,00 tegen behoorlijk bewijs van kwijting;

V Eastborn zal veroordelen de schade, nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet, te vergoeden met verwijzing naar de schadestaatprocedure onder bepaling dat dergelijke schade vermeerderd dient te worden met de wettelijke rente over die schade vanaf 1 november 2005 tot aan de dag der algehele voldoening;

VI Eastborn zal veroordelen in de kosten van de procedure vermeerderd met de wettelijke rente over deze proceskostenveroordeling van de veertiende dag na be-

tekening van het te wijzen arrest tot aan de dag der algehele voldoening.

2.3 Bij memorie van antwoord tevens memorie van grieven in incidenteel appel heeft Eastborn de grieven bestreden, bewijs aangeboden, producties in het geding gebracht en geconcludeerd dat het hof het hoger beroep van MF zal afwijzen, met veroordeling van MF in de kosten van, naar het hof begrijpt, het hoger beroep.

2.4 Bij dezelfde memorie heeft Eastborn incidenteel appel ingesteld tegen het vonnis, daartegen drie grieven aangevoerd en toegelicht, bewijs aangeboden, producties in het geding gebracht en gevorderd dat het hof het vonnis gedeeltelijk zal vernietigen en, opnieuw recht doende:

I voor recht zal verklaren dat Eastborn MF niet te kennen heeft gegeven dat zij moet ophouden met de verkoop van Eastborn-producten via haar website en dat MF ook na 1 november 2005 Eastborn-producten leverde;

II voor recht zal verklaren dat MF op ongeoorloofde wijze gebruik maakte van het auteursrechtelijk en merkenrechtelijk beschermd materiaal van Eastborn op haar website en dat MF daardoor de consument misleidde en verwarring schiep, hetgeen aan MF ongerechtvaardigd voordeel opleverde en afbreuk deed aan het onderscheidend vermogen en de reputatie van de Eastborn-merken en onrechtmatig was jegens Eastborn;

III voor recht zal verklaren dat de wijze waarop MF de hyperlinks gebruikte, onrechtmatig jegens Eastborn was en dat de links afbreuk doen aan het onderscheidend vermogen of de reputatie van het woord- en beeldmerk van Eastborn en dat MF op onbehoorlijke wijze profiteerde van de bekendheid ervan, alsmede dat Eastborn onvoldoende feiten of omstandigheden heeft gesteld waaruit deze conclusie kon worden getrokken;

IV MF zal veroordelen in de kosten van het incidenteel appel.

2.5 Bij memorie van antwoord in het incidenteel appel heeft MF verweer gevoerd en geconcludeerd dat het hof Eastborn in haar incidenteel hoger beroep niet-ontvankelijk zal verklaren, dan wel dit beroep zal afwijzen, met verwijzing van Eastborn in de kosten van dit incidenteel hoger beroep.

2.6 Ter zitting van 12 september 2007 hebben partijen de zaak doen bepleiten, Eastborn door mr. M. Singeling en mr. M.W. Rijdsdijk, beiden advocaat te Amsterdam, en MF door mr. J. van Rhijn en mr. F. Hoppe, beiden advocaat te Alkmaar, beide partijen overeenkomstig hun daarbij overgelegde pleitnota's.

Aan Eastborn is daarbij akte verleend van het in het geding brengen van bij brief van mr. M.W. Rijdsdijk van 4 september 2007 ingezonden nieuwe stukken, waartegen MF desgevraagd geen bezwaar had.

2.7 Vervolgens hebben partijen de stukken voor het wijzen van arrest aan het hof overgelegd en is arrest bepaald.

### **3 De vaststaande feiten**

Tegen de vaststelling van enkele feiten in het vonnis onder rov. 2.1 heeft MF grief 1 in het principaal appel en heeft Eastborn grief 1 in het incidenteel appel aan-

gevoerd. Daarmee houdt het hof rekening bij zijn vaststelling van de feiten, zodat deze grieven verder geen bespreking behoeven.

De navolgende feiten staan vast.

3.1 MF is een woninginrichtingbedrijf dat zich bezig houdt met de verkoop van slaapkamermeubelen, matrassen, bedbodems en boxsprings. De verkoop vindt plaats vanuit haar winkel in Volendam en sinds de zomer van 2004 ook via haar internet website: [www.deboxspring.nl](http://www.deboxspring.nl).

3.2 Eastborn is fabrikant van matrassen, boxsprings en slaapkamermeubelen van onder meer het merk Eastborn. Zij heeft ongeveer 300 detaillisten als dealers in Nederland.

3.3 Gedurende 11 jaar heeft Eastborn regelmatig Eastborn-producten verkocht aan MF. Partijen beschouwen die zakelijke relatie als een duurovereenkomst voor onbepaalde tijd.

3.4 Eastborn hanteerde voor haar dealers, waaronder MF, voorwaarden, zoals vastgelegd in haar brief van 21 februari 2002 (productie 3 bij inleidende dagvaarding), met onder meer een dealerkorting van 50%.

3.5 Eastborn hanteert consumentenadviesprijzen die zij vermeldt in haar prijscatalogus, die ook op te roepen is op haar website. MF Design heeft sinds de zomer van 2004 de Eastborn-boxsprings ook verkocht via haar website [www.deboxspring.nl](http://www.deboxspring.nl). Zij beloofde op haar site de consument bij aankoop ervan standaard 20% korting. Haar website toonde het merk en logo van Eastborn. Via een deeplink kon de bezoeker van [www.deboxspring.nl](http://www.deboxspring.nl) direct inzage krijgen in de prijscatalogus op de website van Eastborn.

3.6 Bij brief van 7 januari 2005 (productie 7 bij inleidende dagvaarding) heeft Eastborn aan MF onder meer bericht:

*“(...) inzake uw internetsite “deboxspring.nl”, hebben wij inmiddels een goed inzicht gekregen in hoe u uw omzet met Eastborn realiseert.*

*Zoals u weet kiest Eastborn al jaren voor een marge voor de dealer, die gebaseerd is op een vergoeding voor zijn kosten en een winsttopslag. De hoogte van de marge wordt verder beïnvloed door de hoogte van de door de ondernemer gerealiseerde omzet als distributeur van het merk Eastborn aan de consument.*

*De redenatie voor dit laatste aspect is eenvoudig. Iemand die als dealer veel producten van Eastborn in de showroom toont aan de consument, realiseert vaak een hogere omzet met Eastborn. De kosten, die deze dealer derhalve voor Eastborn maakt, zijn navenant hoger door hogere toerekening van de huisvestings-, personeel- en reclamekosten aan het grotere hoeveelheid m2 aanbod van Eastborn artikelen in de winkel.*

*Uit de eerder aangehaalde gesprekken is gebleken, dat u een significant deel van de omzet realiseert via uw site “deboxspring.nl” en derhalve uw huidige omzet slechts ten dele uit uw huidige fysieke winkel haalt.*

*Tevens kan vastgesteld worden dat de jaarlijks te maken kosten voor een virtuele winkel aanmerkelijk minder zijn in vergelijking tot de kosten van het hebben van een fysieke winkel. Eastborn hanteert daarom voor*

*dealers met uitsluitend virtuele winkels een geheel andere marge.*

*Wij hebben daarom besloten uw marge met ingang van 1 februari 2005 aan te passen naar 40% op de geldende Eastborn verkoopprijzen.”*

3.7 Bij brief van 28 februari 2005 (productie 8 bij inleidende dagvaarding) heeft (de advocaat van) MF daartegen bij Eastborn geprotesteerd en haar een kort geding aangezegd.

3.8 In die tijd (en ook later) hebben andere dealers van Eastborn bij haar geprotesteerd tegen de door MF op haar website [www.deboxspring.nl](http://www.deboxspring.nl) voor Eastborn-producten aangekondigde prijskorting van 20% (zie zowel het onderwerp als de tekst van de e-mails onder de producties 4 bij conclusie van antwoord en onder de producties 14 bij conclusie van dupliek). Zo heeft [A.] per e-mail van 17 maart 2005 aan ([B.] van) Eastborn onder het onderwerp “korting Volendam” gemaild:

*“(...) Via een klant is hij (een andere dealer, hof) geattendeerd op [www.deboxspring.nl](http://www.deboxspring.nl).*

*Bij testaanvraag (...) werd hij binnen 1 uur na invullen teruggebeld met 20% korting op (...). De prijs met de 20% korting was inclusief bezorgen en montage.*

*Ik weet dat jullie hiermee bezig zijn, wellicht dat dit helpt voor de dossiervorming.”*

Daarop heeft Eastborn diezelfde dag per e-mail geantwoord:

*“Nee, zal niets helpen. Wij hanteren adviesverkoopprijzen en derhalve mag de retailer hiervan afwijken. Om andere redenen zullen we trachten de relatie met deze klant te elimineren.”*

3.9 Bij brief van 13 april 2005 (productie 9 bij inleidende dagvaarding) heeft Eastborn aan MF bericht de verlaging van de dealerkorting met terugwerkende kracht ongedaan te maken. Daarop heeft MF het kort geding ingetrokken.

3.10 Bij brief van 19 april 2005 (productie 10 bij inleidende dagvaarding) heeft Eastborn aan MF bericht: *“Middels dit schrijven zegt Eastborn Slaapsystemen B.V. de contractuele relatie met MF Design op, met ingang van 1 november 2005.”*

Vanaf die datum levert zij aan MF Design geen Eastborn-producten meer. Daartegen heeft MF bij fax van 31 mei 2005 geprotesteerd en tevergeefs in twee instanties een kort geding gevoerd (zie vonnis van de voorzieningenrechter te Almelo 14 oktober 2005, productie bij akte van Eastborn van 9 november 2005, en het arrest van dit hof van 19 september 2006 onder rolnummer 2005/1181 KG).

3.11 Bij brief van 28 juli 2005 (productie 2 bij conclusie van antwoord) heeft (de advocaat van) Eastborn aan MF verweten inbreuk te maken op haar auteursrecht op haar slaapsystemen, logo/beeldmerk, brochures en website [www.eastborn.nl](http://www.eastborn.nl), op haar merkrechten op de woordmerken Eastborn en Vivere Design by Eastborn en op haar beeldmerk Eastborn slaapsystemen alsmede haar verweten onrechtmatig te handelen, haar gesommeerd iedere inbreuk te staken en haar aansprakelijk gesteld voor alle door Eastborn geleden en te lijden schade.

#### **4 De motivering van de beslissing in hoger beroep**

4.1 Voor zover Eastborn met haar vorderingen onder I, II en III in het incidenteel appel (zie rov. 2.4) beoogt vorderingen in reconventie in te stellen, is zij daarin niet-ontvankelijk. Volgens artikel 353 lid 1 slot Rv kan immers in hoger beroep niet voor het eerst een eis in reconventie worden ingesteld.

4.2 Deze zaak gaat in de kern om de opzegging van een voor onbepaalde tijd gesloten dealerovereenkomst. MF heeft de rechtsgeldigheid van de opzegging door Eastborn bestreden en gevorderd zoals hiervoor onder rov. 2.2 weergegeven. De rechtbank heeft het gevorderde afgewezen. Daartegen richt MF haar principaal appel.

4.3 Voor de opzegbaarheid van een duurovereenkomst verwijst het hof naar het arrest van de Hoge Raad van 3 december 1999, LJN: [AA3821](#), NJ 2000, 120, rov. 3.6: Bij gebreke van een wettelijke of contractuele regeling daaromtrent zal de vraag of de opzegging in een concreet geval het beoogde rechtsgevolg heeft gehad, beantwoord moeten worden aan de hand van de redelijkheid en billijkheid in verband met de omstandigheden van dat geval. Ook indien uit de aard van een specifieke distributie-overeenkomst zou volgen dat zij in beginsel zonder meer opzegbaar is, kunnen de eisen van redelijkheid en billijkheid in verband met de concrete omstandigheden van het geval meebrengen dat opzegging slechts tot beëindiging van de overeenkomst leidt indien een voldoende zwaarwegende grond voor opzegging bestaat.

4.4 Daaraan gaat echter de vraag vooraf of deze opzegging is toegestaan naar de wet, meer in het bijzonder het mededingingsrecht.

4.5 Voor haar opzegging heeft Eastborn in haar opzeggingsbrief van 19 april 2005 geen redenen opgegeven. In hoger beroep grondt zij de opzegging (in haar memorie van antwoord sub 5) op een ernstige verstoring van het vertrouwen als gevolg van de omstandigheden dat MF:

1 keer op keer ten onrechte 2% korting op haar betalingen in mindering heeft gebracht,

2 ongeoorloofd gebruik heeft gemaakt van het auteursrechtelijk en merkenrechtelijk beschermde materiaal van Eastborn en

3 de dealerorganisatie van Eastborn heeft ondermijnd.

4.6 De eerste reden heeft Eastborn wel onderbouwd met haar schriftelijke verzoeken uit 2001 tot en met 2004 aan MF (producties 1 bij conclusie van antwoord) om de ten onrechte ingehouden 2% (kredietbeperkings-)korting alsnog te voldoen, maar niet gesteld of gebleken is dat Eastborn die onterechte inhoudingen heeft betrokken in haar aan de opzegging met MF voorafgaande gesprekken (zie het verslag van [C.], rayonmanager van Eastborn, productie 17 bij conclusie van dupliek) of brieven. Het gaat om een nadeel van slechts enkele honderden euro's per jaar. Zonder nadere toelichting van Eastborn, die ontbreekt, is niet aannemelijk dat die storende, maar relatief geringe betalingskortingen werkelijk aan de breuk hebben bijgedragen.

4.7 Met betrekking tot de tweede reden heeft de rechtbank in haar vonnis overwogen (in rov. 4.1) dat het

gebruik door MF op haar website van de woord- en beeldmerken van Eastborn niet in strijd is met het recht en (in rov. 4.2) dat de hyperlink en deeplink op die website niet onrechtmatig zijn. Daartegen richt Eastborn haar grieven 2 en 3 in het incidenteel appel.

4.8 In het verslag van [C.], rayonmanager van Eastborn (productie 17 bij conclusie van dupliek) komt op dit punt alleen naar voren:

*"(...) In de tussenliggende periode (kennelijk tussen 11 mei 2004 en 16 juni 2004, hof) regelmatig telefonisch contact.*

*[D.] ([D.] van MF, hof) heeft voor een groot gedeelte de teksten van onze site gekopieerd. Ik (heb, hof) hem gewezen op de disclaimer, die op onze site rust, en (dat hij, hof) niet zonder toestemming deze teksten mag kopiëren. Hierop heeft [D.] de site aangepast.*

*Door een constante stroom van kritiek van andere klanten (heb ik, hof) [D.] gevraagd om de naam Eastborn van de site te halen en hem verteld dat het Eastborn inmiddels omzet gaat kosten doordat andere dealers om het product Eastborn heen gaan lopen. Later (heb ik hem, hof) gevraagd om ook andere Eastborn merkartikelen van de site te halen.*

*Bezoek 16 juni 2004*

*Site ter plekke aangepast omdat Eastborn hier nog steeds op voorkomt. Nu staat alleen nog onze Sweet Dream collectie op de site, waar wij geen moeite mee hebben. (...)"*

4.9 Naar het oordeel van het hof blijkt hieruit slechts dat Eastborn MF heeft aangesproken op, kort gezegd, ongeoorloofd kopiëren op haar website en dat MF haar site telkens dienovereenkomstig heeft aangepast. Eastborn heeft haar beroep op schending van auteurs- en merkenrecht pas na de opzeggingsbrief van 19 april 2005 voor het eerst schriftelijk aan MF kenbaar gemaakt in de brief van haar advocaat van 28 juli 2005 (zie rov. 3.11). Zoals hiervoor onder rov. 3.8 vermeld, heeft Eastborn per e-mail van 17 maart 2005 aan een over de 20% korting klagende dealer bericht dat zij om andere redenen (dan die korting) zou trachten de relatie met MF te elimineren. Tegen deze achtergrond is niet aannemelijk dat deze tweede reden daadwerkelijk aan de opzegging ten grondslag heeft gelegen en behoefde MF dat bij ontvangst van de opzeggingsbrief ook niet redelijkerwijs te begrijpen. De grieven 2 en 3 in het incidenteel appel behoeven daarom verder geen bespreking.

4.10 De derde reden (ondermijning door MF van Eastborn's dealerorganisatie) raakt de kern van het geschil. Volgens MF komt de opzegging in strijd met de artikelen 6 en 24 van de Mededingingswet (Mw). In rov. 6 heeft de rechtbank die stellingen verworpen. Daartegen voert MF haar grieven 6 en 7 in het principaal appel aan.

4.11 Hierover oordeelt het hof als volgt.

Aan het arrest van de Hoge Raad van 3 december 2004, LJN: [AR0285](#), NJ 2005, 118, ontleent het hof:

*"3.7.2 (...)*

*Ingevolge art. 85 EG-Verdrag (thans art. 81 EG) en art. 6 Mededingingswet zijn overeenkomsten tussen ondernemingen, besluiten van ondernemersverenigingen*

en onderling afgestemde feitelijke gedragingen van ondernemingen die ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt (art. 81 lid 1 EG) onderscheidenlijk op de Nederlandse markt of een deel daarvan (art. 6 lid 1 Mededingingswet) wordt verhinderd, beperkt of vervalst, van rechtswege nietig. Indien de overeenkomst een mededingingsversturende strekking heeft, behoeven de gevolgen daarvan niet te worden vastgesteld (vaste rechtspraak sinds HvJ EG 13 juli 1966, gevoegde zaken 56 en 58-64 (Consten en Grundig), Jurispr. 1966, p. 449). De vaststelling dat een overeenkomst mededingingsversturende gevolgen heeft, vergt daarentegen, naar blijkt uit de rechtspraak van het HvJ EG (zie bij voorbeeld HvJ EG 28 februari 1991, zaak C-234/89 (Delimitis), Jurispr. 1991, p. I-935, NJ 1992, 763) een feitelijk onderzoek - in de vorm van een marktanalyse - waaraan hoge eisen worden gesteld.

Zowel voor het communautaire als het nationale mededingingsrecht geldt voorts het in de rechtspraak van het HvJ EG ontwikkelde criterium dat de handel tussen de lidstaten en de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt onderscheidenlijk de Nederlandse markt merkbaar worden beperkt (het merkbaarheidsvereiste). Ook het merkbaarheidsvereiste is in beginsel te beschouwen als een positief vereiste, zij het dat de - in de praktijk belangrijke - kwantitatieve criteria deels in negatieve vorm - als drempelvrijstelling - zijn uitgewerkt en vastgelegd. In EG-verband is dat gebeurd in de zogenaamde De minimis bekendmaking (Pb EG 2001, C368/13), een gepubliceerde beleidsregel van de Europese Commissie. Ook in de Mededingingswet is een drempelvrijstelling opgenomen: in de bagatelregeling van art. 7 is onder meer bepaald dat art. 6 lid 1 niet geldt als is voldaan aan een tweetal cumulatieve voorwaarden, te weten dat bij de overeenkomst niet meer dan acht ondernemingen zijn betrokken en dat de gezamenlijke omzet in het voorafgaande kalenderjaar een bepaald bedrag niet te boven gaat."

4.12 Het hof voegt hieraan het volgende toe.

Inmiddels is met ingang van 1 mei 2004 in werking getreden de Verordening (EG) Nr. 1/2003 van de Raad van de Europese Unie van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag (tot oprichting van de Europese Gemeenschap). Hieraan ontleen de nationale rechterlijke instanties de bevoegdheid artikel 81 lid 3 EG rechtstreeks toe te passen. Met de Wet van 30 juni 2004 tot wijziging van de Mededingingswet en van enige andere wetten in verband met de implementatie van EG-verordening 1/2003 en 139/2004 (Wet modernisering EG-mededingingsrecht), Stb. 2004, 345 heeft Nederland voor zoveel nodig uitvoering gegeven in de nationale regelgeving.

4.13 Het gaat hier om tussen de fabrikant Eastborn en haar 300 dealers/detailisten in Nederland, onder wie voor de opzegging ook MF, gesloten verticale distributieovereenkomsten, waarvan Eastborn voor de verkoop van 80% van haar producten afhankelijk is. Daarbij hanteerde Eastborn jegens haar dealers zogenaamde consumentenadvies(verkoop)prijzen. Daarvan week

MF standaard af met een op haar website [www.de-boxspring.nl](http://www.de-boxspring.nl) aangekondigde prijskorting van 20%.

4.14 Zoals Eastborn heeft erkend (bij conclusie van antwoord sub 8, 24, 25, 26 en 33 met bijbehorende producties 4, die volgens Eastborn slechts een selectie vormen, en bij conclusie van dupliek sub 2.14 tot en met 2.18 met bijbehorende producties 14), zette een groot aantal andere dealers direct na de lancering van MF's website vanwege hun omzetverliezen Eastborn met dreiging van opzeggingen onder druk om de handelwijze van MF op haar website te beëindigen. Uit al die producties blijkt onmiskenbaar dat die andere dealers bezwaar maakten tegen de door MF toegezegde internetkortingen van 20%.

4.15 Dit vindt steun in de verklaring van Eastborns rayonmanager [C.] (productie 17 bij conclusie van dupliek):

"bezoek 16 maart 2004

*Inmiddels ben ik geconfronteerd met de website [www.deboxspring.nl](http://www.deboxspring.nl), door reacties van andere klanten in de omgeving van MF. Tijdens dit bezoek hebben [D.] ([D.] van MF, hof) en ik de website besproken. Hij geeft op alle adviesprijzen 20% korting, 10% meer dan gebruikelijk in Volendam, maar men moet het dan wel zelf halen en monteren. Iets wat richting andere klanten redelijk goed uit te leggen viel, omdat men ook voor eventuele service met het artikel zelf terug moet naar de winkel in Volendam. Neemt niet weg dat andere klanten als bijv. Oost Slaapcomfort Amsterdam, de Beddenspecialist Amsterdam hier niet gelukkig mee waren.*

(...)

*in tussenliggende periode regelmatig telefonisch contact*

*(...) Door een constante stroom van kritiek van andere klanten [D.] gevraagd om de naam Eastborn van de site te halen en hem verteld dat het Eastborn inmiddels omzet gaat kosten doordat andere dealers om het product Eastborn heen gaan lopen. Later gevraagd om ook de Eastborn merkartikelen van de site te halen.*

*bezoek 16 juni 2004*

(...)

*Wederom [D.] getracht ervan te overtuigen dat zijn site Eastborn omzet kost, omdat andere klanten Eastborn gaan mijden en hij die omzet niet goed maakt. Ook duidelijk gemaakt dat zijn site bij velen begint te irriteren zowel bij onze klanten als bij Eastborn zelf.*

*tussenliggende periode*

*Inmiddels weet ik van een medewerker van MF dhr. [E.] dat MF alle artikelen door het hele land heen bezorgt en dat dus de korting niet gebaseerd is op zelf afhalen en monteren.*

*bezoek 10 augustus 2004*

*Zijn internetactie geeft ons teveel ellende en klanten dreigen weg te lopen of mijden onze artikelen, iets wat ons teveel schade berokkent en daarmee teveel omzet kost en nog zal gaan kosten en daarom besloten de relatie af te bouwen. Hierop heeft [D.] besloten te stoppen met zijn internetactie op Eastborn artikelen (...).*

*oktober 2004*

*Word ik geconfronteerd met een telefoontje van Oost Slaapcomfort. Hieruit blijkt dat MF, ondanks zijn belofte te stoppen met zijn acties op Eastborn artikelen, gewoon doorgaat met zijn actie. Oost Slaapcomfort Amsterdam is wederom een klant kwijt geraakt en is het zat.*

*Hierop heb ik [D.] gebeld en hem dit verhaal voorgelegd. Het zou gaan om een Ã©Ã©nmalig iets vanuit een oudere offerte of iets dergelijks.*

*Inmiddels beginnen klanten aan mijn geloofwaardigheid te twifelen. Diverse keren gemeld dat MF gaat stoppen met zijn Eastborn internetactie maar iedere keer blijkt dat dit niet waar is.*

*18 november 2004*

*Wederom site aan de orde gebracht. Volgens [D.] geeft hij geen 20% korting meer op Eastborn. Echter was ik weer geconfronteerd met een reactie van een klant op zijn internetactie. (...)*

*30 december 2004*

*Ondanks de vele beloftes van [D.] gaat hij toch door met zijn internetactie op Eastborn. Dit blijkt weer uit een reactie van een andere klant die door de consument werd geconfronteerd met een getapete gesprek tussen [D.] en de consument waaruit wederom blijkt dat hij zijn internetactie van 20% korting op Eastborn gewoon doorzet. (...)*

*Hierop heb ik hem verteld dat ik de zaak uit handen geef aan de directie en dat (hij, hof) rekening moet houden met het beëindigen van het dealerschap."*

4.16 Eastborn heeft steeds het standpunt ingenomen dat het haar zelf niet uitmaakt in welke omvang de dealers aan de consumenten kortingen geven, maar dat zij (zie haar pleitnota in hoger beroep sub 25 en 26) het zich niet kan veroorloven dat belangrijke dealers niet langer haar producten willen verkopen omdat deze schoon genoeg hebben van de fikse kortingspraktijken van MF. Naar het oordeel van het hof heeft Eastborn haar daarop volgende marktgedrag niet individueel in vrijheid bepaald.

4.17 Daarop volgde de in rov. 3.6 bedoelde prijsverhoging door Eastborn bij haar brief van 7 januari 2005, maar deze durfde Eastborn na de aankondiging van het kort geding niet door te zetten, zo blijkt uit haar brief van 13 april 2005 onder rov. 3.9.

4.18 Uit een en ander, mede in samenhang met de e-mail van Eastborn van 17 maart 2005 bezien, concludeert het hof dat Eastborn onder druk van haar andere dealers bij brief van 19 april 2005 (zie rov. 3.10) het dealerschap aan MF slechts heeft opgezegd om de marge van die dealers via (het systeem van) de consumentenadviesprijzen te handhaven, in feite als sanctie op de niet-naleving van de consumenten"advies"prijzen. De handhaving daarvan onder druk van de dealers en de effectuering daarvan door Eastborns opzegging aan MF vormen onderling afgestemde feitelijke gedragingen (gecoördineerd marktgedrag) van de daarbij betrokken ondernemingen (fabrikant en dealers) die de economische vrijheid van deze ondernemingen beperken. Het komt er immers op neer dat de ondernemer die zich structureel niet aan de adviesprijzen houdt, wordt buitengesloten. Gelet op de

verboden strekking daarvan (het mededingingsbeperkend doel) ligt het voor de hand dat deze verticale prijsbinding een beperking van de (intra-brand) prijsconcurrentie in Eastbornproducten beoogt en realiseert (vergelijk de door de Commissie bekend gemaakte Richtsnoeren inzake verticale beperkingen, Publicatieblad 2000/C 291, randnr. 111), waardoor de beïnvloeding van de handel in Eastbornproducten merkbaar is. MF kan de Eastbornproducten ook niet van een van de andere bij de dealerorganisatie aangesloten dealers betrekken tegen lagere prijzen dan de consumenten"advies"prijzen. Ten aanzien van het intrabrand-effect heeft Eastborn geen argumenten voor het tegendeel aangevoerd.

Partijen zijn het er over eens dat deze mededingingsbeperkende onderling afgestemde feitelijke gedragingen niet de handel tussen de lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden. Daarom is niet artikel 81 EG maar artikel 6 lid 1 Mw van toepassing. Gesteld noch gebleken is dat de in artikel 10 Mw voor nevenrestricties bedoelde uitzondering hier aan de orde is.

4.19 Volgens de destijds geldende tekst van de in artikel 7, eerste lid Mw neergelegde bagatelregeling geldt artikel 6, eerste lid, niet voor overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen als bedoeld in dat artikel indien:

a. bij de desbetreffende overeenkomst of onderling afgestemde feitelijke gedraging niet meer dan acht ondernemingen betrokken zijn, dan wel bij de desbetreffende ondernemersvereniging niet meer dan acht ondernemingen betrokken zijn, en

b. de gezamenlijke omzet in het voorafgaande kalenderjaar van de bij de desbetreffende overeenkomst of onderling afgestemde feitelijke gedraging betrokken ondernemingen dan wel de gezamenlijke omzet van de bij de desbetreffende ondernemersvereniging betrokken ondernemingen niet hoger is dan:

1ste. € 4 540 000, indien daarbij uitsluitend ondernemingen zijn betrokken wier activiteiten zich in hoofdzaak richten op het leveren van goederen;

2e. € 908 000, in alle andere gevallen.

4.20 Naar Eastborn bij conclusie van antwoord onder 38 heeft uiteengezet, heeft haar omzet in het relevante kalenderjaar 2004 € 19.700.000 bedragen, derhalve meer dan het eerst vermelde bedrag. Voor haar geldt de bagatelregeling derhalve niet. De Europese De minimis bekendmaking is hier niet van toepassing.

4.21 Volgens artikel 13 lid 1 Mw geldt artikel 6, eerste lid, niet voor overeenkomsten tussen ondernemingen, besluiten van ondernemersverenigingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen van ondernemingen die de handel tussen de lidstaten van de Europese Gemeenschappen niet ongunstig kunnen beïnvloeden of waardoor de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt niet wordt verhinderd, beperkt of vervalst doch die, indien dat wel het geval zou zijn, zouden zijn vrijgesteld krachtens een verordening als bedoeld in artikel 12.

Verder is van belang de Verordening (EG) nr. 2790/1999 van de Commissie van 22 december 1999 betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het

Verdrag op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen (Publicatieblad L 336 van 29/12/1999 blz. 0021-0025). Daarbij volgt het hof de onder 4.18 vermelde Richtsnoeren inzake verticale beperkingen (Publicatieblad 2000/C 291, blz. 01-44).

4.22 Volgens artikel 4, aanhef en onder a) van deze verordening is de in artikel 2 voorziene vrijstelling onder meer niet van toepassing op verticale overeenkomsten die, op zich of in combinatie met andere factoren waarover de partijen controle hebben, direct of indirect, tot doel hebben:

a) de beperking van de mogelijkheden van de afnemer tot het vaststellen van zijn verkoopprijs, onverlet de mogelijkheid voor de leverancier om een maximumprijs op te leggen of een verkoopprijs aan te raden mits deze prijzen niet ten gevolge van door een van de partijen uitgeoefende druk of gegeven prikkels hetzelfde effect hebben als een vaste prijs of minimumprijs.

Deze hardcore-restrictie doet zich in dit geval voor. De onderling afgestemde feitelijke gedragingen van Eastborn en haar dealers hadden immers ten doel MF te beperken in haar mogelijkheden tot het vaststellen van haar verkoopprijzen. Voor vrijstelling komt Eastborn dus niet in aanmerking. Verder heeft Eastborn, op wie terzake stelplicht rust, ook geen beroep gedaan op de uitzondering onder artikel 6 lid 3 Mw.

Het beroep van Eastborn op de bescherming tegen ondermijning van haar dealerorganisatie en de daarin nagestreefde kwaliteitswaarborgen kan deze prijsbinding niet rechtvaardigen.

4.23 Op grond van het voorgaande is de op handhaving van de wederverkoopprijzen gerichte opzegging van de dealerovereenkomst ingevolge artikel 6 Mw verboden en nietig en tevens jegens MF onrechtmatig. Andere opzeggingsgronden blijken niet aanwezig.

4.24 De vorderingen van MF onder rov. 2.2 sub I en II zijn voor toewijzing vatbaar. De (dwangsom-)vordering sub III wordt aan een ingangstermijn gebonden en gemaximeerd. De vordering IV wegens proceskosten in verband met het ingetrokken (eerste) kort geding zijn als onweersproken en op de wet gegrond voor toewijzing vatbaar. Nu de mogelijkheid aannemelijk is dat MF als gevolg van de nietige en onrechtmatige opzegging schade heeft geleden, is ook de vordering sub V toewijsbaar. De vordering tot vergoeding van de wettelijke rente over die schade vanaf 1 november 2005 kan thans niet zonder meer worden toegewezen omdat dit afhangt van de data waarop schadeposten zijn ingetreden. Dat moet in de nog volgende schadestaatprocedure worden onderzocht.

4.25 Eastborn heeft geen feiten of omstandigheden gesteld die tot een ander oordeel kunnen leiden. Daarom wordt aan haar bewijsaanbod voorbijgegaan.

## 5 De slotsom

5.1 Het principaal appel slaagt, zodat het bestreden eindvonnis wordt vernietigd.

5.2 De vorderingen van MF zijn toewijsbaar zoals hierna vermeld.

5.3 In het incidenteel appel is Eastborn niet-ontvankelijk in haar vorderingen I, II en III. Voor het overige faalt het.

5.4 Als de overwegend in het ongelijk gestelde partij zal Eastborn in de kosten van de eerste instantie en van het principaal en incidenteel appel worden veroordeeld met de wettelijke rente zoals gevorderd.

## 6 De beslissing

Het hof, recht doende in hoger beroep:

### in het principaal appel:

vernietigt het vonnis van de rechtbank Almelo van 10 mei 2006 en doet opnieuw recht:

I verklaart voor recht dat de opzegging van de relatie tussen partijen d.d. 19 april 2005 tegen 1 november 2005 nietig is en onrechtmatig en dat deze opzegging daarom geen effect heeft (gehad);

II gebiedt Eastborn om aan MF het volledige aanbod van Eastborn-producten te blijven leveren onder de condities zoals deze door partijen zijn overeengekomen, daaronder met name begrepen de condities die in de brief aan Eastborn aan MF van 21 februari 2002 worden vermeld;

III veroordeelt Eastborn tot betaling aan MF van een dwangsom van € 10.000,00 per overtreding van dit gebod na een termijn van veertien dagen na betekening van dit arrest en bepaalt dat geen dwangsom meer wordt verbeurd boven een totaalbedrag van € 2.500.000,00;

IV veroordeelt Eastborn om tegen behoorlijk bewijs van kwijting aan MF een bedrag van € 816,00 te betalen;

V veroordeelt Eastborn tot vergoeding aan MF van de door haar als gevolg van de nietige en onrechtmatige opzegging geleden schade, nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet;

### in het incidenteel appel:

verklaart Eastborn niet-ontvankelijk in haar vorderingen I, II en III;

verwerpt het incidenteel appel;

### in het principaal en incidenteel appel:

veroordeelt Eastborn in de kosten van beide instanties, gevallen aan de zijde van MF en

- tot aan het eindvonnis voor de eerste aanleg begroot op € 1.808,00 voor salaris van de procureur, € 244,00 voor griffierecht en € 71,93 (exclusief BTW) voor de dagvaarding en

- tot aan dit arrest voor het principaal appel begroot op € 2.682,00 voor salaris van de procureur, € 296,00 voor griffierecht en € 71,32 voor de appeldagvaarding en voor het incidenteel appel begroot op € 1.341,00,

waarvan de proceskostenveroordelingen wegens de eerste aanleg en wegens het principaal appel worden vermeerderd met de wettelijke rente daarover vanaf de veertiende dag na betekening van dit arrest tot aan de dag der algehele voldoening;

verklaart dit arrest uitvoerbaar bij voorraad met uitzondering van de proceskostenveroordeling wegens het incidenteel appel;

wijst het meer of anders gevorderde af.

Dit arrest is gewezen door mrs. Steeg, Vaessen en Lenselink en in tegenwoordigheid van de griffier

uitgesproken ter openbare terechtzitting van dinsdag 18 december 2007.

---