

vonnis

RECHTBANK GELDERLAND

Team kanton en handelsrecht

Zittingsplaats Zutphen

zaaknummer / rolnummer: C/05/278140 / KZ ZA 15-36

Vonnis in kort geding van 20 maart 2015

in de zaak van

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
SIGMA MEDICAL BV,
gevestigd te Apeldoorn,
eiseres,
advocaat mr. A.C.G. Reezigt te Apeldoorn,

tegen

de vennootschap naar het recht van de Verenigde Staten van Amerika
STARSURGICAL INC,
gevestigd te Burlington, Verenigde Staten van Amerika
gedaagde,
advocaat mr. M.E. Verwoert te Amsterdam.

Partijen zullen hierna Sigma Medical en Starsurgical genoemd worden.

1. De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding,
- de mondelinge behandeling,
- de pleitnota van Sigma Medical,
- de pleitnota van Starsurgical.

1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

2. De feiten

2.1. Bij vonnis van 10 juli 2014 heeft de voorzieningenrechter van de rechtbank Den Haag (zaaknummer/rolnummer: C/09/463938 / KG ZA 14-443), voor zover van belang, als volgt geoordeeld:

“4.9. Met de gevorderde rectificaties wordt mogelijk reputatieschade van het merk van Starsurgical voorkomen. Om die reden zijn zij voldoende spoedeisend en dienen zij te worden toegewezen in na te melden vorm. Hieraan staat niet in de weg dat de websites www.hidih.com, www.hidih.de en novomedicus.com thans niet actief zouden zijn, zoals

C/05/278140 / KZ ZA 15-36
20 maart 2015

2

Wittmaan c.s. hebben aangevoerd, omdat niet is in te zien waarom de websites niet wederom voor enige tijd toegankelijk kunnen worden gemaakt.

(...)

5.5. beveelt Sigma om binnen één maand na betekening van dit vonnis en gedurende twee maanden een rectificatie te plaatsen op de openingspagina van www.sigma-medical.nl met de volgende tekst in het Nederlands, alsmede in de vorm van een deugdelijke vertaling in de Engelse taal, in zwarte letters tegen een witte achtergrond zonder verdere mededeling:

Bij deze informeren wij onze relaties dat Starsurgical, Inc. houder is van het merk "Wittmann Patch" voor de Europese Gemeenschap en de exclusief gerechtigde distributeur van "Wittmann Patch" kunstmatige kleeftuid in de Europese Gemeenschap. Sigma Medical is niet gerechtigd om kunstmatige kleeftuid onder de naam "Wittmann Patch" op de markt te brengen, te distribueren of te verkopen en is niet gelieerd aan en heeft niet gehandeld namens Starsurgical danwel met Starsurgical's toestemming. Starsurgical heeft geen controle gehad op de kwaliteit van de door Sigma Medical aangeboden "Wittmann Patches". Het CE Certificaat en de goedkeuring waaronder voorheen de inbreukmakende "Wittmann Patch" door onze leverancier HIDIH is aangeboden, zijn niet langer geldig en mogelijk niet van toepassing op de geleverde producten. Daarom kunnen de inbreukmakende "Wittmann Patches" niet langer bij Sigma Medical worden ingekocht.

*Hoogachtend,
(naam of namen directie)*

en om binnen één maand na betekening van dit vonnis op eigen briefpapier aan alle afnemers, aan wie de inbreukmakende producten zijn verkocht, een rectificatie uit te sturen met de bovenstaande tekst, met een kopie van de brief en een lijst van geadresseerden aan de advocaat van Starsurgical;

(...)

5.9. beveelt gedaagden ieder afzonderlijk tot het betalen aan Starsurgical van een dwangsom van € 5.000, = per dag, of per dagdeel, dat de betreffende gedaagde in strijd handelt met een van de onder 5.1 tot en met 5.8 aan hem gegeven bevelen, tot een maximum van € 500.000, = per gedaagde;"

2.2. Voormeld vonnis is op 15 juli 2014 aan Sigma Medical betekend.

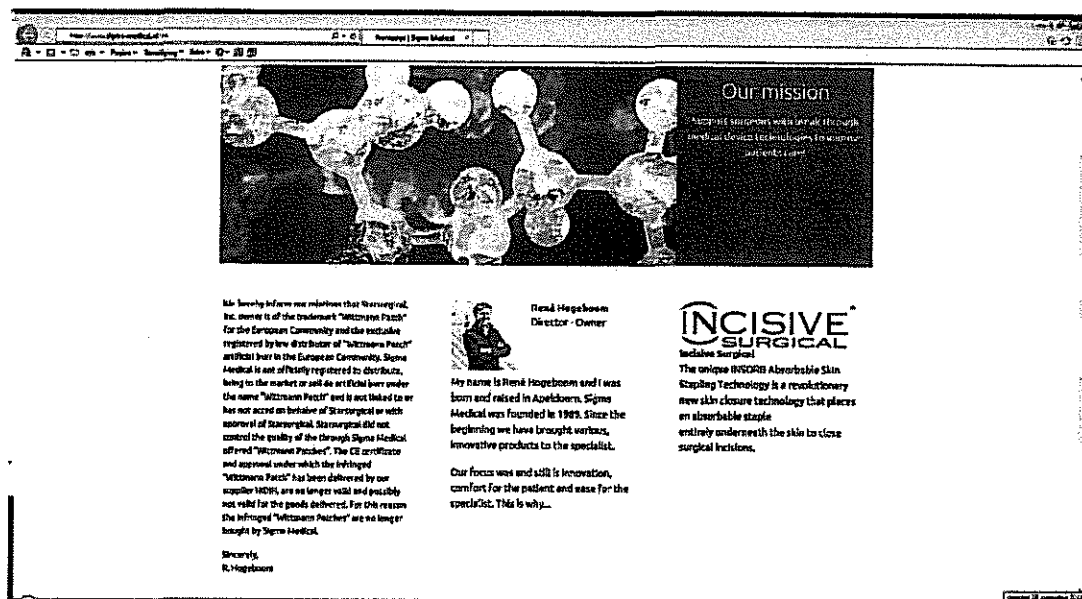
2.3. Met ingang van 17 juli 2014 heeft Sigma Medical de rectificatie zowel in de Nederlandse als de Engelse taal geplaatst op de openingspagina van haar website www.sigma-medical.nl.

C/05/278140 / KZ ZA 15-36
20 maart 2015

3

2.4. In onderstaand screenshot van de openingspagina van Sigma Medical van 19 augustus 2014 staat in de linker kolom de Engelse vertaling. De weergave van de laatste zin van de rectificatie luidt als volgt: *'For this reason the infringed "Wittmann Patches" are no longer bought by Sigma-Medical'*.

De afbeelding is aan de rechterbovenkant roze (daar waar staat: "Our mission Support surgeons with break through medical device technologie to improve patients care!") en aan de linkerbovenkant blauw met zwart (moleculen). De foto van de directeur-eigenaar is ook in kleur afgebeeld.



2.5. Bij e-mailbericht van 20 augustus 2014 heeft de advocaat van Starsurgical aan de toenmalige advocaat van Sigma Medical geschreven dat de Engelse vertaling zoals weergegeven op de website geen deugdelijke Engelse vertaling is. De laatste zin is op zo'n manier in de Engelse taal vertaald dat daaruit volgt dat Sigma Medical is gestopt met het inkopen van Wittmann Patches, terwijl dat zou moeten staan dat Wittmann Patches niet langer meer kunnen worden gekocht bij Sigma Medical, aldus de advocaat van Starsurgical. Daarnaast krijgt de tekst niet voldoende aandacht op de openingspagina omdat de tekst ten onrechte door andere informatie is omgeven, aldus de advocaat van Starsurgical. Starsurgical maakt aanspraak op vergoeding van dwangsommen ter hoogte van € 25.000,--.

2.6. Bij exploit van 6 februari 2015 heeft Starsurgical aanspraak gemaakt op een bedrag van € 30.000,-- aan verbeurde dwangsommen in de periode tussen 15 augustus 2014 en 20 augustus 2014. In het exploit staat dat Sigma Medical zich in voormelde periode niet aan de veroordeling heeft gehouden, althans er hebben overtredingen plaatsgevonden, doordat Sigma Medical heeft verzuimd om binnen één maand na 15 juli 2014 een deugdelijke vertaling in de Engelse taal van de voorgeschreven tekst te publiceren op de openingspagina van www.Sigma-medical.nl en de Nederlandse en vertaalde teksten niet zoals voorgeschreven in zwarte letters tegen een witte achtergrond zonder verdere mededeling heeft gepubliceerd.

C/05/278140 / KZ ZA 15-36
20 maart 2015

4

3. Het geschil

3.1. Sigma Medical vordert bij vonnis, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad, Starsurgical te gebieden de executie van het vonnis van de voorzieningenrechter van de rechtbank Den Haag d.d. 10 juli 2014, gewezen in de procedure tussen partijen met zaaknummer/rolnummer C/09/463938 / KG ZA 14-443, te staken en gestaakt te houden, zulks op verbeurte van een dwangsom ad € 500,-- voor elke dag dat Starsurgical niet aan deze veroordeling voldoet, met veroordeling van gedaagde in de kosten ex artikel 1019h Rv van het geding.

3.2. Sigma Medical legt aan haar vordering ten grondslag dat zij tijdig en integraal heeft voldaan aan het vonnis van 10 juli 2014 en dat daarom de executie van dit vonnis gestaakt dient te worden. Door de integrale voldoening heeft het vonnis zijn executoriale kracht verloren. Het staat Starsurgical niet vrij om thans aanspraak te maken op betaling van dwangsommen. Er is geen bevoegdheid tot het treffen van executiemaatregelen. Mocht die er wel zijn dan maakt Starsurgical misbruik van recht (artikel 3:13 van het Burgerlijk Wetboek) door van die bevoegdheid gebruik te maken.

3.3. Starsurgical voert verweer.

3.4. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

4. De beoordeling

4.1. Voorop staat dat de voorzieningenrechter van de rechtbank Den Haag bij vonnis van 10 juli 2014 Sigma Medical diverse verplichtingen, versterkt door dwangsommen, heeft opgelegd. Tegen dit vonnis is geen hoger beroep ingesteld. Sigma Medical dient het vonnis integraal na te komen.

4.2. In een executiegeschil als het onderhavige, waarbij het erom gaat of dwangsommen zijn verbeurd omdat een bevel tot nakoming niet of onvoldoende is nageleefd, heeft de rechter niet tot taak de door de voorzieningenrechter besliste rechtsverhouding zelfstandig opnieuw te beoordelen, maar dient hij zich ertoe te beperken de ter uitvoering van het veroordelend vonnis verrichte handelingen te toetsen aan de inhoud van de veroordeling, zoals deze door uitleg moet worden vastgesteld. Daarbij dient de rechter het doel en de strekking van de veroordeling tot richtsnoer te nemen in die zin dat de veroordeling niet verder strekt dan tot het bereiken van het daarmee beoogde doel (zie onder meer HR 15 november 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE9400, NJ 2004, 410).

4.3. In onderhavig kort geding gaat het om de vraag of Sigma Medical op juiste wijze, zowel wat betreft inhoud als wat betreft de vorm, heeft voldaan aan haar veroordeling tot rectificatie zoals die is opgenomen onder 5.5 in het vonnis van 10 juli 2014 (zie r.o. 2.2).

4.4. Uit rechtsoverweging 4.9 van voormeld vonnis volgt dat het doel en de strekking van de gevorderde rectificatie is het voorkomen van reputatieschade van het merk Starsurgical.

4.5. Onder 2.3 is een afbeelding opgenomen van de rectificatie in de Engelse taal zoals die tot 21 augustus 2014 op de website van Sigma Medical heeft gestaan. De rectificatie

C/05/278140 / KZ ZA 15-36
20 maart 2015

5

staat aan de linkerzijde van de pagina weergegeven. De weergave van de laatste zin van de rectificatie luidt als volgt:

'For this reason the infringed "Wittmann Patches" are no longer bought by Sigma-Medical'.

4.6. Sigma Medical stelt dat zij een deugdelijke vertaling van de rectificatie heeft weergegeven op haar website. Daarmee heeft zij voldaan aan het doel en de strekking van de veroordeling, namelijk het voorkomen van mogelijke reputatieschade van het merk Starsurgical dan wel het wegnemen van de onjuiste en verwarrende indruk dat Sigma Medical de desbetreffende producten zou mogen distribueren, aldus Sigma Medical. Volgens Sigma Medical komt in de laatste zin van de Engelse vertaling tot uiting dat de betreffende producten niet meer door derden bij Sigma Medical kunnen worden gekocht. Als Sigma Medical immers niet meer kan inkopen, dan kan ook de klant daarvoor niet meer bij Sigma Medical aankloppen.

De rectificatie is in zwarte letters tegen een witte achtergrond zonder verder mededeling weergegeven op haar website, zowel in de Nederlandse als de Engelse taal, conform de veroordeling, aldus Sigma Medical. Binnen het kader waarin de rectificatie is weergegeven is geen andere informatie vermeld. De toevoeging 'zonder verder mededeling' ziet op de rectificatie zelve en niet op de inhoud van het overige gedeelte van de openingspagina. Niet is voorgeschreven dat de rectificatie de enige mededeling zou moeten zijn op de openingspagina van Sigma Medical. Ook is door de voorzieningenrechter niets gezegd over de grootte van de rectificatie in relatie tot de overige mededelingen van de openingspagina. Zij was feitelijk direct zichtbaar als de pagina geopend was, aldus Sigma Medical.

4.7. Starsurgical stelt dat de Engelse vertaling slordig is en een andere boodschap communiceert dan de Nederlandse rectificatie. Er wordt slechts gecommuniceerd dat Sigma Medical geen officiële distributeur was en daarmee wordt opengelaten de mogelijkheid dat Sigma Medical wel distributeur was maar niet officieel. Ook wordt gesuggereerd dat Sigma Medical "Wittmann Patches" niet meer inkoopt en dat wekt de schijn dat Sigma Medical op eigen initiatief niet meer inkoopt, terwijl het Sigma Medical niet meer is toegestaan om te verkopen. Verder krijgt de rectificatie, zoals die is geplaatst op de website, te weinig aandacht. De aandacht wordt afgeleid van de rectificatie door gebruik van kleur, het plaatsen van een foto en het maken van reclame voor een ander product. De rectificatie is een van de vele boodschappen en gaat op die manier voorbij aan het doel en de strekking van de veroordeling.

4.8. De voorzieningenrechter overweegt dat het doel en de strekking van de rectificatie, het voorkomen van reputatieschade van het merk, met de volledige Engelse vertaling van de rectificatie voldoende wordt gewaarborgd. Voor derden is immers duidelijk dat de "Wittmann Patches" niet langer bij Sigma Medical kunnen worden gekocht. Dat de laatste zin van de Engelse tekst niet exact overeen komt met de laatste zin van de Nederlandse tekst doet daar niet aan af. Uit de rest van de Engelse vertaling van de rectificatie, waarvan Starsurgical overigens niet heeft gesteld dat dit een ondeugdelijke vertaling betreft, wordt duidelijk dat Starsurgical de exclusief gerechtigde distributeur is van de "Wittmann Patches" en dat Sigma Medical niet gerechtigd is het product te verkopen. De boodschap die wordt gecommuniceerd met de rectificatie is voor derden voldoende duidelijk wanneer zij de Engelse vertaling lezen. Daarmee voldoet de Engelse vertaling aan de veroordeling zoals is opgenomen in het vonnis van 10 juli 2014.

C/05/278140 / KZ ZA 15-36
20 maart 2015

6

Dit kan echter niet worden gezegd van de plaatsing van de rectificatie op de openingswebsite van Sigma Medical. De rectificatie diende geplaatst te worden op de openingspagina in zwarte letters tegen een witte achtergrond zonder verdere mededeling. De plaatsing aan de linkerkant op een openingspagina die verder veel andere informatie bevat voldoet daar, naar voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter, niet aan. Er gebeurt van alles op de website waardoor de aandacht wordt afgeleid en de rectificatie niet opvalt. Er staat een opvallende afbeelding weergegeven, een foto van de directeur-eigenaar van Sigma Medical en er wordt overduidelijk reclame gemaakt voor een ander product dat door Sigma Medical wordt verkocht. Niet gezegd kan worden dat plaatsing van de rectificatie op deze manier overeenkomstig het doel en strekking is van de rectificatie om reputatieschade van het merk Starsurgical te voorkomen. Dat de toevoeging 'zonder verdere mededeling' ziet op de rectificatie zelf is, gelet op de gemotiveerde betwisting hiervan door Starsurgical, niet aannemelijk geworden.

Gelet hierop is voorshands voldoende aannemelijk dat Sigma Medical op het punt van de rectificatie niet op juiste wijze volledig aan het vonnis van 10 juli 2014 heeft voldaan. Derhalve zijn er dwangsommen verbeurd door Sigma Medical. Starsurgical mag in beginsel tot tenuitvoerlegging van die dwangsommen overgaan (artikel 611c Rv).

4.9. Door Sigma Medical is subsidiair betoogd dat Starsurgical misbruik maakt van haar executiebevoegdheid door aanspraak te maken op betaling van de dwangsommen. Zo zou zij hebben gewacht met uiten van bezwaren tegen de geplaatste rectificatie zodat zij aanspraak kon maken op dwangsommen met als doel Sigma Medical te schaden. Verder kan Starsurgical niet tot uitoefening komen van haar bevoegdheid vanwege de onevenredigheid tussen gediend en geschaad belang. Starsurgical had ruimschoots voor het verstrijken van de in het vonnis genoemde maand kunnen controleren of de rectificatie in haar ogen juist was, hetgeen zij heeft nagelaten. Toen Starsurgical aan de bel trok heeft Sigma Medical de rectificatie gewijzigd en heeft zij voor een beduidend langere periode deze rectificatie op haar website gehandhaafd. Onder die omstandigheden staat het Starsurgical niet vrij om toch aanspraak te maken op betaling van de dwangsommen, aldus Sigma Medical.

4.10. Voorshands kan niet worden aangenomen dat Starsurgical heeft gewacht met het uiten van haar bezwaren tegen de geplaatste rectificatie enkel met als doel Sigma Medical te schaden. In dit kader heeft Starsurgical terecht aangevoerd dat Sigma Medical uiterlijk 15 augustus 2014 aan het vonnis diende te voldoen. Voor die tijd had Starsurgical geen reden om de website van Sigma Medical te controleren. Bovendien rust op Starsurgical geen verplichting om te controleren of Sigma Medical tijdig aan het vonnis heeft voldaan. Die verantwoordelijkheid ligt volledig bij Sigma Medical. Dat Sigma Medical de rectificatie heeft gewijzigd nadat Starsurgical haar bezwaren had geuit en zij voor een beduidend langere periode de rectificatie heeft geplaatst dan waartoe zij veroordeeld was leidt niet tot een ander oordeel. Van belang is verder dat Starsurgical slechts dwangsommen heeft aangezegd totdat Sigma Medical de Engelse vertaling had aangepast, derhalve voor de periode 15-20 augustus 2014, en niet voor de gehele periode van twee maanden dat de rectificatie niet op juiste wijze op de openingspagina is afgebeeld. Derhalve maakt Starsurgical geen misbruik van haar executiebevoegdheid door aanspraak te maken op betaling van de dwangsommen.

4.11. Het voorgaande leidt tot de conclusie dat de vordering van Sigma Medical zal worden afgewezen. Sigma Medical zal als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld. Starsurgical heeft op grond van artikel 1019h van het

C/05/278140 / KZ ZA 15-36
20 maart 2015

7

wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering aanspraak gemaakt op vergoeding van haar advocaatkosten. Het gevorderde bedrag van € 16.455,58 komt de voorzieningenrechter onredelijk en onevenredig voor. De kosten zullen daarom worden gematigd tot het toepasselijke IE-indicatietarief. Daarbij zal de zaak worden gekwalificeerd als een eenvoudig kort geding. De kosten aan de zijde van Starsurgical worden begroot op:

- griffierecht	€	613,00
- salaris advocaat		<u>6.000,00</u>
Totaal	€	6.613,00

5. De beslissing

De voorzieningenrechter

- 5.1. wijst de vorderingen af,
- 5.2. veroordeelt Sigma Medical in de proceskosten, aan de zijde van Starsurgical tot op heden begroot op € 6.613,00,
- 5.3. verklaart dit vonnis wat betreft de kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

Dit vonnis is gewezen door mr. D.T. Boks en in het openbaar uitgesproken op 20 maart 2015.

fo/db

