

vonnis

RECHTBANK ZEELAND-WEST-BRABANT

Handelsrecht

Breda

zaaknummer / rolnummer: C02/308850/HA ZA 15-810

Vonnis van 30 november 2016

in de zaak van

de vennootschap naar Amerikaans recht
PFB VANISH INC.,
gevestigd te San Rafael, Verenigde Staten van Amerika,
eiseres,
advocaat: mr. D. Knottenbelt,

tegen

1. de vennootschap onder firma
CRT EMOTIONS,
gevestigd en kantoorhoudende te Bergen op Zoom,
2. **E**,
3. **V**,
beiden wonende te Bergen op Zoom,
gedaagden,
advocaat: mr. I.I.L. Jansen.

Partijen worden hierna PFB en CRT c.s. genoemd.
CRT c.s. wordt afzonderlijk aangeduid met CRT, **E** en **V**.

1. De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:
- het tussenvonnis van 17 februari 2016 en de daarin genoemde stukken;
- de akte overlegging aanvullende productie, met productie 7;
- het proces-verbaal van comparitie, gehouden op 10 mei 2016.

1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

2. Het geschil

2.1. PFB vordert om bij vonnis, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:
A. voor recht te verklaren dat CRT c.s. toerekenbaar zijn tekortgeschoten - althans onrechtmatig hebben gehandeld - jegens PFB zoals omschreven in sub 10 t/m 13, 16 en 17 van de dagvaarding;

-
- B. CRT c.s. te gebieden met onmiddellijke ingang om de gedragingen zoals omschreven in sub 10 t/m 13, 16 én 17 van de dagvaarding te staken en gestaakt te houden, waaronder in ieder geval maar niet uitsluitend wordt begrepen het gebruik van het PFB merk, het gebruik van verpakkingen die verwarring wekkend overeenstemmen met de verpakkingen van PFB producten, het mededelen dat PFB wordt vervangen door Avoyd, het gebruik van afbeeldingen afkomstig uit het marketing materiaal van PFB en het zich presenteren als een distributeur van PFB;
- C. CRT c.s. te veroordelen tot betaling aan PFB van een dwangsom ten bedrage van € 10.000,- voor elke dag (een gedeelte van een dag als gehele dag gerekend) waarop, of, zulks ter keuze van PFB, voor iedere keer dat CRT c.s. in strijd handelt met enig deel van het gevorderde gebod sub B;
- D. CRT c.s. te veroordelen tot compensatie van PFB voor alle schade die PFB heeft geleden als gevolg van de toerekenbare tekortkoming en onrechtmatigheid zoals omschreven in sub 10 t/m 13, 16 en 17 van de dagvaarding, op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet;
- E. CRT c.s. te veroordelen in de proceskosten.

2.2. CRT c.s. voert verweer.

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

3. De beoordeling

3.1. Tussen partijen staan in rechte de navolgende feiten vast:

- a. PFB ontwikkelt, produceert en verkoopt huidverzorgingsproducten die erop gericht zijn om huidirritatie en ingegroeide haren op een effectieve en huidvriendelijke manier tegen te gaan.
- b. De verpakkingen van deze producten zien er als volgt uit:



- c. CRT is fabrikant, importeur en distributeur van bepaalde cosmeticaproducten. ■■■■■
E■■■■ en V■■■■ zijn vennoten van CRT.
- d. Ter verspreiding van haar producten op de Europese markt maakt PFB gebruik van distributeurs.
- e. In juni 2008 hebben PFB en CRT afspraken gemaakt die zijn vastgelegd in een e-mail van V■■■■ d.d. 5 juni 2008 aan ■■■■■ S■■■■ (hierna te noemen: S■■■■), directeur van PFB:

"As for now, we agreed the following:

-
- *We wish to order two boxes (270 pc) 4oz PFB Vanish to start marketing PFB Vanish in Europe.*
 - (...)
 - *As for now we will get the opportunity to market the product in Europe, except for UK and Ireland.*
 - *As soon as a potential distributor or company in Europe is interested in your product, you will direct them to us. (...)*
 - *As soon as we agree to go ahead with PFB Vanish, after a reasonable period of try out time, we will discuss sole distributorship for Europe.*
 - *We will keep you updated about our marketing and sales in Europe." (...)*
- f. Vanaf juni 2008 heeft CRT PFB-producten bij PFB besteld om te verkopen in Europa.
- g. Ter ondersteuning van de verkoop van de PFB-producten heeft CRT promotionele activiteiten verricht en marketingmateriaal ontwikkeld en ingezet.
- h. Met goedkeuring van PFB heeft CRT voorts ten behoeve van de verkoop van PFB-producten via websites de volgende domeinnamen vastgelegd:
www.pfbvanish.eu, www.pfbvanisch.nl, www.pfbvanisch.be, en www.pfbvanisch.de;
- i. In juni 2014 heeft CRT de laatste bestelling van PFB-producten bij PFB gedaan.
- j. In januari 2015 heeft PFB een 'Distribution Agreement', opgesteld op 1 januari 2015, ter ondertekening aan CRT c.s. voorgelegd, waarin aan CRT het recht wordt verleend om de in de overeenkomst genoemde PFB-producten te distribueren in de EU.
- k. Art. 17 (NON-SOLICITATION AND NON-COMPETITION) van deze overeenkomst bepaalt:
"17.1 During the term of this Agreement and during a term of one (2) year following the termination of this Agreement for any reason whatsoever, the DISTRIBUTOR will not, without the prior written consent of the MANUFACTURER, either individually or in partnership, or jointly or in conjunction with any person or persons (...), as principal, agent, consultant, lender, contractor, employer, employee, investor or shareholder or in any other manner, directly or indirectly:
(i) advise, manage, carry on, establish, acquire control of, be engaged in, invest in or lend money to (...) any person or persons that operates, is engaged in or has interest in a business that is similar (manufacture and distribution of topical treatments, including but not limited to those items listed in Exhibit A to his Agreement) to the MANUFACTURER'S business anywhere within the Territory; (...)"
- l. CRT is niet overgegaan tot ondertekening van deze overeenkomst. Ter toelichting schrijft V [REDACTED] aan S [REDACTED] bij e-mail van 17 maart 2015:
"After long deliberation we have decided not to sign the contract you sent us, because we do not agree with a large part of the content.
(...)
Signing this contract in these uncertain economical times and with the current \$/€ rates is too risky, costs are too high and profits too low.
(...)
Finally, none of the PFB Products are EU compliant, which is also a reason for us not to tie to this contract, as we take risks by importing, stocking large amounts and selling the products.
- Our conclusion is that bij signing this contract our company will not benefit, nor will it have the opportunity to grow. I'm sorry, but we need to keep our best interest in mind". (...)*
en bij e-mail van 26 maart 2015:

"(...) This means that we can't get back on the right track, we have to wait and see what the future brings." (...)

m. In april 2015 is CRT gestart met de ontwikkeling van huidverzorgingsproducten die zich richten op de ongemakken na het scheren.

n. Bij e-mail van 12 mei 2015 schrijft S [REDACTED] aan B [REDACTED] en V [REDACTED]:
(...)

"I cannot tell you how disappointed we are with your lack of professionalism. I have your customers from the EU and the UK emailing me telling ME that you are no longer distributing PFB Vanish. What is your problem that you don't have the courtesy to pick up the phone or even email us??

We have been more than fair with you over the past years and for you not to even advise us of your plans really shows me how inexperienced and unprofessional you both are. I tell you this, if you think dat you are going to copy my formula you will FAIL in every attempt you make."

(...)

o. Bij e-mail van 10 juni 2015 bericht PFB aan alle afnemers van PFB-producten dat CRT niet langer een geautoriseerde dealer van deze producten is en dat de producten voortaan direct bij PFB besteld kunnen worden via de website www.ptbvanish.com.

p. Eind juli 2015 heeft CRT de door haar ontwikkelde huidverzorgingsproducten op de markt gebracht onder de merknaam 'Avoyd'.

q. Deze producten zien er verpakt als volgt uit:



r. CRT adverteert regelmatig in het vakblad Careality. Dit vakblad is gericht op de drogisterijbranche en wordt met name verspreid onder de beslissingsbevoegde managers in deze branche.

s. In verband met de introductie van 'Avoyd' is in juni 2015 in genoemd vakblad een artikel (hierna te noemen: het artikel) verschenen dat is gebaseerd op een interview met B [REDACTED] en V [REDACTED]. De inhoud van dit artikel luidt als volgt:

Interview

*"PFB Vanish wordt vervangen door Avoyd
Nieuw merk voor ongemakken*

CRT Emotions introduceert komende maand Avoyd, een complete lijn tegen ongemakken na het scheren. Het bedrijf is sinds 2008 importeur van PFB Vanish en gaat deze producten in Europa vervangen door het verbeterde en uitgebreidere merk Avoyd.

Eigenaresse ██████ V ██████ van CRT Emotions: "PFB Vanish werd te duur voor Europa en voldeed niet meer aan alle richtlijnen. We hebben afgelopen jaar de kans gezien om in eigen beheer een verbeterde en nog completere lijn neer te zetten met producten die verlichting bieden bij een geïrriteerde huid, bultjes of ingegroeide haartjes na het ontharen".
(...)

Enige merk via drogist.
(...)

Avoyd is nu het enige merk tegen ongemakken na het ontharen dat een landelijke dekking heeft via de drogisterij.

Verbeterd en uitgebreid

CRT Emotions ontwikkelde in samenwerking met een Nederlands laboratorium een nieuwe lijn met vijf producten. "Avoyd voldoet aan alle Europese richtlijnen en de uitstraling en verpakking zijn gerestyled". We leveren aan 12 Europese landen en hebben een gebruiksaanwijzing in 20 talen opgesteld zodat we niet meer met labels hoeven te werken. Bovendien is Avoyd zachter voor de huid door extra verkoelende ingrediënten. Ten slotte hebben we varianten exclusief voor de man en de gevoelige huid aan de lijn toegevoegd."
(...)

Enthousiast ontvangen

Avoyd is binnenkort verkrijgbaar bij de adviesdrogist, die volgens Carien enthousiast is over de verbeterde producten. "We zitten nu middenin de introductie en alle partners hebben ons nieuwe merk geaccepteerd. De eerst tijd wordt Avoyd naast PFB Vanish verkocht om dat merk uit te laten lopen. En de consument brengen we van onze verbeterde en uitgebreide lijn op de hoogte via google, bladen en acties op de winkelvloer."

Avoyd is verkrijgbaar via Holland Pharma, Unipharma, Faco en DA Retail Groep.
(...)

- t. Voorafgaand aan het publiceren van dit interview is de tekst daarvan ter goedkeuring aan V ██████ voorgelegd.
- u. Bij e-mail 26 mei 2015 heeft V ██████ als volgt om een wijziging van de tekst gevraagd:
"(...)
Ik heb 1 opmerking: Kunnen jullie "PFB Vanish wordt Avoyd" veranderen in "PFB Vanish wordt vervangen door Avoyd". Anders kan het lijken dat alleen de naam verandert en het product hetzelfde blijft. Dit is niet het geval. (...)"
- v. FACO Distributie (hierna te noemen: Faco), een afnemer van CRT, heeft vervolgens op 21 juli 2015 een bericht (hierna te noemen: het bericht) op haar klantenportaal, genaamd Hermes, geplaatst. De tekst van dit bericht is overgenomen uit het genoemde artikel in Careality.
- w. Bij e-mail van 7 augustus 2015 is namens CRT een tekst aan ██████ K ██████, Category Manager bij FACO Distributie, gestuurd, waarin onder meer staat vermeld:
"Avoyd, The next generation of after hair removal treatments, Het alternatief voor PFB Vanish. CRT Emotions introduceert Avoyd, dé complete lijn tegen ongemakken na het scheren als alternatief voor pfb vanish. (...)"
- x. Bij brief van 23 september 2015 heeft PFB CRT onder meer gesommeerd om - kort gezegd - de inbreuk op de rechten van PFB op de merknaam PFB Vanish en de auteursrechten van PFB te staken en gestaakt te houden, om de verpakking van de in voorraad zijnde Avoyd-producten te vernietigen en (de kleur van) de verpakking aan te passen, om de door CRT aangemaakte PFB Vanish-domeinnamen over te dragen,

alsmede om aan al de afnemers van CRT een rectificatie te sturen met de vermelding dat Avoyd geen vervanging is van PFB Vanish.

- y. Op enig moment heeft CRT op haar websites www.crt-emotions.nl en www.crt-onlineshop.eu de volgende tekst geplaatst:

(...)

PFB Vanish

In 2015 is CRT Emotions gestopt met de distributie van PFB Vanish. PFB Vanish blijft echter wel verkrijgbaar via de bekende verkoopkanalen”.

- z. Op verzoek van CRT is per 30 september 2015 de registratie door CRT van de domeinnamen pfb-vanish.co.uk, pfbvanish.be, pfbvanish.de, pfbvanish.es, pfbvanish.eu, pfbvanish.fr, pfbvanish.it en pfbvanish.nl beëindigd, waarbij het beheer van deze domeinnamen is overgedragen aan PFB.

toerekenbare tekortkoming (post)contractuele verplichtingen

- 3.2. PFB legt primair aan haar vordering ten grondslag dat CRT c.s. toerekenbaar is tekortgeschoten in de nakoming van de op haar rustende (post)contractuele verplichtingen die voortvloeien uit de voormalige distributieovereenkomst tussen partijen. Volgens PFB heeft CRT c.s. zich immers als contractant niet gedragen in overeenstemming met de redelijkheid en billijkheid en heeft zij geen rekening gehouden met de gerechtvaardigde belangen van PFB, hetgeen een schending van de postcontractuele goede trouw oplevert die de verhouding tussen PFB en CRT c.s. als voormalige contractspartijen beheerst.

- 3.3. De gedragingen van CRT c.s. die naar de mening van PFB genoemde toerekenbare tekortkoming opleveren zijn:

a. het bericht (sub 10 dagvaarding):

het verspreiden van een bericht onder de afnemers van PFB-producten, waarin staat vermeld dat PFB Vanish wordt vervangen door het verbeterde en uitgebreidere merk Avoyd, dat CRT in eigen beheer heeft ontwikkeld.

b. de introductie van het product Avoyd (sub 11 dagvaarding):

het introduceren van een eigen huidverzorgingsproduct Avoyd bij PFB Vanish-klanten dat qua werking en verpakking nagenoeg identiek is aan het PFB Vanish-product, waarbij de indruk wordt gewekt dat het een restyling van het PFB Vanish-product betreft. Hierdoor ontstaat volgens PFB verwarring bij de consument, terwijl er makkelijk een andere weg ingeslagen had kunnen worden.

c. het gebruik van promotiemateriaal van PFB (sub 12 dagvaarding):

het ten behoeve van de promotie van het product Avoyd gebruiken maken van promotiemateriaal dat door PFB aan CRT ter beschikking is gesteld.

d. na het einde van de samenwerking (sub 13 dagvaarding):

- het gebruik maken van de websites www.pfbvanish.eu, www.pfbvanish.nl, www.pfbvanish.be en www.pfbvanish.de;
- het verwijzen naar het merk en de producten van PFB Vanish op haar websites www.crt-emotions.nl en www.crt-onlineshop.eu, in haar marketing materiaal, e-mails en op social media;
- het vermelden op haar website www.crt-emotions.nl dat zij de distributeur is van PFB Vanish-producten is;

- het ter verkoop aanbieden van PFB Vanish producten op haar website www.crt-onlineshop.eu.

e. het vermelden van distributeurschap (sub 16 dagvaarding):

het na de beëindiging van de samenwerking nog altijd vermelden dat zij distributeur is van PFB-producten.

f. het verkopen van PFB-producten (sub 17 dagvaarding):

het na de beëindiging van de samenwerking nog steeds ter verkoop aanbieden van PFB-producten in haar webshop.

- 3.4. CRT betwist op pagina 8 in de conclusie van antwoord allereerst dat tussen partijen een distributieovereenkomst heeft bestaan. Zij geeft in dit kader aan dat tussen partijen slechts een 'distributierelatie' tot stand is gekomen in die zin dat CRT in de periode van juni 2008 tot begin 2015 PFB-producten van PFB heeft gekocht en geïmporteerd naar Nederland, waarbij CRT deze producten voor eigen rekening en risico onder haar eigen klanten heeft verkocht, zonder dat dit tot verplichtingen over en weer leidde. Van een toerekenbare tekortkoming in enige contractuele of postcontractuele verplichting kan naar haar mening dan ook reeds om die reden geen sprake zijn. Op pagina 5 van de conclusie van antwoord spreekt CRT echter over 'de distributieovereenkomst', waarbij zij stelt dat deze overeenkomst tussen partijen niets meer behelsde dan het naar eigen inzicht importeren door CRT van PFB-producten en het vermarkten daarvan voor eigen rekening en risico met gebruikmaking van haar eigen klantenbestand.

Naar het oordeel van de rechtbank sluit deze omschrijving aan bij de omschrijving van een distributieovereenkomst. Een distributieovereenkomst is immers een overeenkomst tussen een leverancier van een product en/of dienst en een distributeur. De distributeur verkrijgt middels een distributieovereenkomst het recht om producten en/of diensten van de leverancier af te nemen en deze voor eigen rekening (in een bepaald) gebied te verkopen. Hierbij kan een exclusieve distributie worden overeengekomen indien de leverancier aan de distributeur toezegt dat deze exclusief gerechtigd is om de betreffende producten en/of diensten in een bepaald geografisch gebied te promoten en verkopen. Indien de leverancier zich ten opzichte van de distributeur in het buitenland bevindt, kan het zijn dat er, alvorens verkoop plaats kan vinden, import moet worden verricht.

- 3.5. In dit kader staat vast dat partijen, blijkens de schriftelijke vastlegging daarvan door V■■■ op 5 juni 2008, afspraken hebben gemaakt die inhielden dat CRT bij PFB producten zou afnemen ter verkoop van deze producten in Europa, met uitzondering van Engeland en Ierland. Tevens is daarbij afgesproken dat PFB op de hoogte zou worden gehouden van de marketing en verkoop in Europa en dat na verloop van een redelijke proeftijd de mogelijkheid van exclusief distributeurschap voor CRT in Europa zou worden besproken. Deze afspraken duiden naar het oordeel van de rechtbank op de totstandkoming van een distributieovereenkomst tussen partijen in 2008. Dat CRT gedurende de samenwerking de door haar gewenste exclusiviteit voor Europa niet heeft gekregen en dat zij de op 1 januari 2015 opgestelde schriftelijke distributieovereenkomst niet heeft ondertekend doet hier, anders dan CRT meent, dan ook niet aan af.

Daarbij geldt dat door de raadsman van CRT ter comparitie is gesproken over de beëindiging van 'de distributieovereenkomst', dat ■■■■ B■■■■ bij die gelegenheid heeft verklaard dat op de website van CRT sinds eind september/begin 2015 niet meer staat

vermeld dat CRT distributeur van PFB Vanish is en dat V ■ het in haar verklaring heeft over 'het distributeurschap'. Ook uit deze verklaringen kan derhalve worden afgeleid dat partijen op enig moment een distributieovereenkomst hebben gesloten. Tegen deze achtergrond is de rechtbank dan ook van oordeel dat CRT onvoldoende gemotiveerd heeft weersproken dat tussen partijen sprake is geweest van een dergelijke overeenkomst. In dit verband overweegt de rechtbank dat tussen partijen, gelet op hun stellingen, kennelijk niet in het geschil is dat deze overeenkomst op enig moment ook weer is beëindigd.

- 3.6. De rechtbank gaat er bij de verdere beoordeling van het geschil dan ook vanuit dat tussen partijen een distributieovereenkomst heeft bestaan, waarbij zij voorop stelt dat de inhoud van deze overeenkomst in beginsel wordt bepaald door de hiervoor genoemde afspraken, de zin die partijen in dit kader over en weer redelijkerwijs aan elkaars verklaringen en gedragingen mochten toekennen en hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten.
- 3.7. In dit licht stelt de rechtbank vast dat PFB niet gemotiveerd heeft aangegeven welke contractuele verplichting CRT met voornoemde gedragingen heeft geschonden. Indien en voor zover PFB zich op het standpunt stelt dat CRT met deze gedragingen in strijd heeft gehandeld met een concurrentiebeding dan is van belang dat gesteld noch gebleken is dat partijen een dergelijk beding zijn overeengekomen. Een non-concurrentiebeding is slechts opgenomen in de op 1 januari 2015 opgestelde schriftelijke distributieovereenkomst, maar deze overeenkomst is door CRT niet ondertekend, zodat zij daaraan niet gebonden is. Evenmin is gesteld noch gebleken dat op grond van de verklaringen en gedragingen van partijen over en weer en de betekenis die zij daaraan redelijkerwijs mochten toekennen een concurrentiebeding onderdeel van de distributieovereenkomst is geworden. De gestelde toerekenbare tekortkoming van CRT in de nakoming van een contractuele verplichting is dan ook niet onderbouwd.
- 3.8. Daar waar PFB voorts van mening is dat CRT toerekenbaar is tekortgeschoten in een postcontractuele verplichting in die zin dat zij, gelet op de redelijke belangen van PFB, zich niet heeft gedragen conform de redelijkheid en billijkheid, waardoor zij de postcontractuele goede trouw tussen partijen heeft geschonden, overweegt de rechtbank als volgt.
De redelijkheid en billijkheid, zoals vastgelegd in art. 6:2 BW en art. 6:248 BW, zijn normen die van toepassing zijn op een directe, bestaande, rechtsverhouding tussen partijen. Met de beëindiging van de distributieovereenkomst is in casu echter een einde gemaakt aan de tussen partijen bestaande contractuele rechtsbetrekking. Een beroep op de redelijkheid en billijkheid komt PFB na de beëindiging van de distributieovereenkomst dan ook niet toe. Het gestelde feit dat CRT na de beëindiging van deze overeenkomst in strijd zou hebben gehandeld met de redelijke belangen van PFB kan mogelijk wel een rol spelen bij de beantwoording van de vraag of CRT onrechtmatig jegens PFB heeft gehandeld.
- 3.9. Het voorgaande betekent dat de vorderingen van PFB niet toewijsbaar zijn op basis van voornoemde rechtsgronden.

onrechtmatige daad

- 3.10. Genoemde gedragingen in r.o. 3.3. onder a. t/m f leveren volgens PFB subsidiair onrechtmatig handelen ex art. 6:162 BW jegens haar op. Daarbij stelt PFB zich op het standpunt dat CRT zich in het bijzonder met de gedraging, genoemd in r.o. 3.3. onder

b., op ongeoorloofde wijze concurrerend jegens haar heeft gedragen, nu CRT, na de beëindiging van de distributieovereenkomst, met Avoyd een aan het PFB-product identiek huidverzorgingsproduct is gaan aanbieden aan de afnemers van PFB in een gelijkende, derhalve verwarringscheppende, verpakking.

- 3.11. Uitgangspunt is dat het CRT, bij gebreke van een concurrentiebeding, in beginsel op basis van de 'vrijheid van handel en bedrijf' vrij staat om ten opzichte van PFB concurrerende activiteiten te ontplooiën. Deze vrijheid is echter niet onbegrensd; daar waar sprake is onrechtmatig handelen is de grens van deze vrijheid overschreden. Of ongeoorloofde mededinging zich voortdoet, dient derhalve beoordeeld te worden aan de hand van bepalingen omtrent de onrechtmatige daad, waarbij het feit dat partijen eerder op basis van een distributieovereenkomst hebben samengewerkt en een vertrouwensrelatie hebben opgebouwd een rol kan spelen. De rechtbank zal hieronder allereerst per gestelde gedraging beoordelen of sprake is van onrechtmatig handelen zijdens CRT.

ad a. het bericht

- 3.12. De tekst van het bericht dat door Faco op haar klantenportaal is geplaatst, is afkomstig van het artikel dat gebaseerd is op een interview met V■■ in het vakblad Careality. Als onweersproken staat vast dat Faco dit bericht op eigen initiatief en zonder toestemming van CRT op haar klantenportaal heeft gezet. Indien en voor zover zou komen vast te staan dat CRT zich voor wat betreft de inhoud van dit bericht onrechtmatig jegens PFB zou hebben gedragen, dan geldt dat deze gedraging haar om voormelde reden niet kan worden toegerekend. Dit geldt te meer, nu, zoals door CRT onbetwist is gesteld, zij ter rectificatie op het zonder haar medeweten geplaatste bericht nog een vervangende tekst aan Faco heeft toegezonden, die niet op het portaal is geplaatst. Bij gebreke van toerekenbaarheid, bestaat geen gehoudenheid van CRT om de als gevolg van het plaatsen van het bericht mogelijk door PFB geleden schade te vergoeden. Voor verwijzing naar een schadestaatprocedure is op dit punt dan ook geen plaats, zodat de vordering van PFB ter zake wordt afgewezen.
- 3.13. Beoordeeld dient voorts te worden of de bron van genoemd bericht, het artikel in het vakblad, qua inhoud tot onrechtmatig handelen zijdens CRT leidt. PFB heeft ter zake ter comparitie aangevoerd dat de woorden "wordt vervangen" in dit artikel de indruk kunnen wekken dat de producten van PFB Vanish verdwijnen en dat de producten van Avoyd ervoor in de plaats komen. Er worden in dit artikel naar haar idee voorts afbrekende mededelingen gedaan in die zin dat PFB Vanish te duur is, niet aan de Europese richtlijnen voldoet en dat Avoyd een beter product zou zijn. Deze mededelingen, die de markt hebben bereikt, zijn schadelijk voor PFB Vanisch, aldus PFB.
- 3.14. Het betreffende artikel in het vakblad is aan te merken als een 'advertorial' en geldt in die zin als reclame als bedoeld in art. 6:194a BW. Deze bepaling bevat een nadere uitwerking van de onrechtmatige daad ex art. 6:162 lid 2 BW en regelt wat onder vergelijkende reclame dient te worden verstaan. Ingevolge deze bepaling is van vergelijkende reclame sprake bij elke vorm van reclame waarbij een concurrent dan wel door een concurrent aangeboden goederen of diensten uitdrukkelijk of impliciet worden genoemd. Gelet op de inhoud van het artikel is in het artikel sprake van vergelijkende reclame, nu het PFB Vanish-product in het artikel met naam wordt genoemd.

In beginsel is vergelijkende reclame, voor wat de vergelijking betreft, op grond van art. 6:194a BW geoorloofd, indien aan de in lid 2 van deze bepaling genoemde (cumulatieve) voorwaarden is voldaan. De kern is dat de vergelijkende reclame niet misleidend mag zijn, objectief en rationeel moet vergelijken, niet tot verwarring tussen concurrenten mag leiden en goederen of diensten dient te vergelijken die in dezelfde behoeften voorzien of voor hetzelfde doel zijn bestemd.

- 3.15. Naar het oordeel van de rechtbank heeft CRT met de inhoud van het artikel niet de grenzen van het toelaatbare overschreden. Hierbij wordt belang gehecht aan het feit dat het blad waarin het betreffende artikel is geplaatst bestemd is voor de beslissingsbevoegde managers in de drogisterij-branche en dat deze doelgroep reeds bekend is met de rol van CRT als distributeur van PFB Vanish-producten, welke rol in het artikel ook wordt beschreven. Derhalve is bij deze doelgroep bekend, althans mag als bekend worden verondersteld, dat met de woorden 'wordt vervangen' niet bedoeld is om aan te geven dat het PFB Vanish-product geheel zal verdwijnen en dat Avoyd daarvoor in de plaats komt, maar dat bedoeld is om aan te geven dat een alternatief product in eigen beheer is ontwikkeld en dat CRT niet langer als distributeur PFB Vanish-producten op de markt zal brengen. Tegen deze achtergrond is het dan ook geoorloofd om daarvoor de woorden 'wordt vervangen' te bezigen, omdat dit in feite ook gebeurd is. In het betreffende artikel wordt bovendien ook over Avoyd als 'nieuw merk' gesproken, waarbij vermeld wordt dat Avoyd de eerste tijd nog naast PFB Vanish wordt verkocht om dat merk uit te laten lopen. Deze zinsnede duidt er ook op dat PFB Vanish-product niet als merk zal verdwijnen, maar dat door CRT een product met een nieuwe, eigen merknaam op de markt zal worden gebracht dat voorlopig nog naast het PFB Vanish-product zal worden verkocht.
- 3.16. Ten aanzien van de overige mededelingen in het artikel dat PFB Vanish-producten te duur zouden zijn, dat deze niet zouden voldoen aan de Europese richtlijnen en dat Avoyd een beter product zou zijn, geldt dat gesteld noch gebleken is dat deze mededelingen op onwaarheden berusten, zodat in die zin geen sprake is van misleiding. Het betreft hier voorts mededelingen ter aanprijzing van het eigen product die niet onnodig denigrerend ten opzichte van PFB Vanish zijn en waarbij, gezien het subjectieve karakter van deze mededelingen, enige overdrijving geoorloofd is. Hierbij overweegt de rechtbank dat de mededeling dat PFB Vanish te duur zou zijn voor Europa door CRT gedaan is vanuit haar positie als voormalig distributeur van PFB Vanish-producten. Naar de rechtbank aanneemt heeft CRT hiermee, gelet ook op de inhoud van haar e-mail van 17 maart 2015 aan S [REDACTED], slechts bedoeld om aan te geven dat vanwege het importeren van deze producten vanuit Amerika naar Europa tegen een ongunstige wisselkoers een te hoge verkoopprijs aan de consument zou moeten worden berekend. In vervolg op het artikel heeft CRT bovendien nog een bericht op haar websites geplaatst waarin zij meedeelt dat zij gestopt is met de distributie van PFB Vanish-producten en dat deze producten nog gewoon via de bekende kanalen verkrijgbaar zijn. Indien en voor zover al sprake zou zijn van enige verwarring over de vervanging van het PFB Vanish-product door Avoyd dan is deze verwarring met dit bericht zo veel mogelijk weggenomen.
- 3.17. De rechtbank is dan ook van oordeel dat CRT met voornoemde mededelingen in het artikel niet onrechtmatig jegens PFB heeft gehandeld, dan wel dat zij zich ten opzichte van PFB niet op ongeoorloofde wijze concurrerend heeft gedragen.

ad b. de introductie van het product Avoyd

- 3.18. Naar de rechtbank begrijpt, doet PFB ter zake een beroep op het leerstuk van de slaafse nabootsing als vorm van een onrechtmatige daad ex art. 6:162 BW. Een inbreuk door CRT op een intellectueel eigendomsrecht van PFB, zoals het auteurs- of merkrecht, is niet gesteld. Hierbij stelt de rechtbank voorop dat het feit dat CRT een huidverzorgingsproduct op de markt heeft gebracht dat qua werking identiek is aan het PFB Vanish-product op zich niet onrechtmatig is, nu het CRT, zoals hiervoor in r.o. 3.11. reeds is overwogen, als voormalig distributeur van PFB, bij gebreke van een concurrentiebeding, vrij staat om een eigen, concurrerend product op markt te brengen in de branche waarin beide partijen werkzaam zijn.
- 3.19. Beoordeeld dient derhalve slechts te worden of de wijze waarop CRT haar producten heeft verpakt onrechtmatig jegens PFB is te achten. Op grond van vaste jurisprudentie geldt dat bescherming tegen slaafse nabootsing geen monopoliepositie in het leven roept. Nabootsing van de verpakking van een concurrent is alleen dan ongeoorloofd, indien men zonder aan de deugdelijkheid en bruikbaarheid afbreuk te doen op bepaalde punten evengoed een andere weg had kunnen inslaan en door dit na te laten verwarring sticht. Slechts nabootsing die nodeloos verwarring schept, is dus onrechtmatig. De nagebootste verpakking moet voorts onderscheidend vermogen hebben wil het tegen nabootsing beschermd kunnen worden.
- 3.20. In dit licht is de rechtbank van oordeel dat bij vergelijking van de totaalindruk van beide verpakkingen, waarbij gebruik wordt gemaakt van rollers, geen gevaar voor verwarring bij de consument bestaat. Het logo met de merknaam op de verpakkingen is immers geheel verschillend en ook het gebruikte lettertype en de opmaak van de tekst is anders; bij het PFB Vanish-product is de tekst in een blauw vak in het onderste deel van de roller geplaatst, terwijl bij Avoyd de tekst op een witte achtergrond in het midden van de roller en de 'A' van Avoyd als sierlijke letter in een blauw vak onderaan de roller is afgebeeld. Voorts gebruikt PFB voor PFB-Vanish alleen blauwtinten op haar verpakking, terwijl CRT voor de lijn van Avoyd-producten, naast blauw/paars, ook de kleuren groen en roze gebruikt. Daarnaast staat als onvoldoende weersproken vast dat CRT, in tegenstelling tot PFB, haar product in een doosje verkoopt, zodat in die zin ook een verschil in de verpakking bestaat. Door de totale wijze van vormgeving van haar verpakking heeft CRT naar het oordeel van de rechtbank dan ook voldoende afstand genomen van de verpakking van PFB. Daarbij acht de rechtbank nog van belang dat de verpakking van het PFB Vanish-product qua originaliteit en exclusiviteit onvoldoende onderscheidend vermogen heeft ten opzichte van andere huidverzorgingsproducten, waarbij ook hoofdzakelijk witte rollers wordt gebruikt om het product aan te brengen.
- 3.21. Gelet op het voorgaande is van ongeoorloofde slaafse nabootsing, die een onrechtmatige daad, dan wel ongeoorloofde mededinging, jegens PFB oplevert, dan ook geen sprake.

ad c. het gebruik van promotiemateriaal van PFB

- 3.22. Naar het oordeel van de rechtbank heeft PFB onvoldoende gemotiveerd gesteld dat CRT op haar (nieuwe) website ter ondersteuning van de verkoop van Avoyd marketingmateriaal heeft gebruikt dat van PFB is. Ter zake geldt dat CRT bij conclusie van antwoord en bij gelegenheid van de mondeling behandeling onweersproken heeft aangevoerd dat in samenwerking met een reclamebureau een nieuwe website voor Avoyd is gebouwd en dat de vormgeving daarvan en de teksten op deze site in samenwerking

met dit bureau zijn ontwikkeld. Onbestreden is voorts dat de foto die op deze website is geplaatst eigendom van CRT is.

- 3.23. Het enkele feit dat CRT voorafgaand aan de bouw van de nieuwe website voor Avoyd korte tijd een bepaalde stock-foto op haar (oude) website heeft geplaatst die ook door PFB wordt of is gebruikt, maakt naar het oordeel van de rechtbank niet dat CRT onrechtmatig jegens PFB heeft gehandeld. Op deze stock-foto, die door iedereen te gebruiken is, rust immers geen auteursrecht van PFB, zodat aldus geen sprake kan zijn van onrechtmatigheid. Indien en voor zover PFB zich op het standpunt stelt dat CRT door het gebruik van dezelfde foto verwarring heeft geschapt c.q. heeft willen scheppen, is de rechtbank voorts van oordeel dat, voor zover hierdoor al verwarring zou zijn ontstaan, deze verwarring zo gering en van korte duur zal zijn geweest dat op grond daarvan geen onrechtmatigheid kan worden aangenomen.

ad d. handelen na het einde van de samenwerking

- 3.24. Vast staat dat PFB CRT bij brief van 23 september 2015 heeft gesommeerd om de domeinnamen van PFB, waarin wordt gerefereerd aan PFB Vanish, binnen 3 weken na datum van die brief aan PFB over te dragen. Tevens staat vast dat bij brief van 30 september 2015 van ID-Logic Media aan CRT is bericht dat zij geen zeggenschap meer heeft over de betreffende domeinnamen en dat het beheer daarvan is overgedragen aan PFB. Aldus heeft CRT binnen de gestelde termijn aan de sommatie voldaan en kan haar ter zake geen onrechtmatig handelen worden verweten.
- 3.25. Het feit dat op de datum van de dagvaarding, zijnde 2 december 2015, op de websites van CRT, in het marketingmateriaal en de e-mails en op social media nog werd verwezen naar het merk PFB Vanish en dat in haar webshop nog PFB Vanish-producten werden verkocht, is voorts niet onrechtmatig te achten. Als voormalig distributeur van PFB Vanish is het haar immers toegestaan om via haar webshop met behulp van promotionele ondersteuning op de website en andere media haar nog aanwezige voorraad PFB Vanish-producten te verkopen. Ter zitting heeft J. Birmingham, vice-president van PFB, te dien aanzien ook verklaard dat het geoorloofd was om na de beëindiging van de samenwerking de nog bestaande voorraad te verkopen.
- 3.26. Bij conclusie van antwoord en ter zitting heeft CRT gemotiveerd aangevoerd dat zij de vermelding op haar websites, dat zij distributeur van PFB Vanish is, na voornoemde sommatie onmiddellijk heeft verwijderd. Naar de rechtbank ambtshalve heeft vastgesteld, is deze vermelding thans ook niet meer op de websites van CRT zichtbaar. Dat deze vermelding volgens PFB nog enige tijd op internet te lezen is geweest, hangt mogelijk samen met een door haar gegeven specifieke zoekopdracht, waarbij deze vermelding toch nog naar voren is gekomen. Dat CRT onrechtmatig heeft gehandeld door met deze vermelding opzettelijk verwarring over haar distributeurschap te scheppen, kan dan ook niet worden aangenomen. Dit geldt te meer, nu CRT nog de mededeling op haar websites heeft gedaan dat zij in 2015 is gestopt met de distributie van PFB Vanish.

ad e. het vermelden van distributeurschap

ad f. het verkopen van PFB-producten

- 3.27. Beide kwesties zijn hiervoor reeds in r.o. 3.25. en r.o. 3.26. besproken en behandeld. Dit heeft niet tot het vaststellen van onrechtmatigheid, althans ongeoorloofde mededeling, aan de zijde van CRT geleid.

- 3.28. Naar het oordeel van de rechtbank vormen de handelingen van CRT c.s. ook in onderlinge samenhang beschouwd geen onrechtmatige daad jegens PFB, dit gezien de vrijheid die CRT c.s. gelet op de contractuele relatie met PFB nu eenmaal had om met een eigen product op de markt te komen en daar aandacht voor te vragen.
- 3.29. Gelet op al hetgeen hiervoor is overwogen, worden de vorderingen van PFB afgewezen.
- 3.30. PFB wordt als de in het ongelijk gestelde partij veroordeeld in de proceskosten die tot op heden aan de zijde van CRT c.s. zijn gevallen. Deze kosten worden begroot op: € 1.517,- (vast recht ad € 613,- + salaris advocaat ad € 904,- (2 punten x € 452,-)).

4. De beslissing

De rechtbank

- 4.1. wijst de vorderingen af;
- 4.2. veroordeelt PFB in de proceskosten die aan de zijde van CRT c.s. zijn gevallen en die tot op heden zijn begroot op € 1.517,-;
- 4.3. verklaart bovenstaande veroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

Dit vonnis is gewezen door mr. R.M.M. van den Heuvel en in het openbaar uitgesproken op 30 november 2015.

Jud Broe

[Handwritten signature]

"VOOR GROSSE"
De griffier van de rechtbank Zeeland-West-Brabant



30 NOV. 2016

[Handwritten signature in blue ink]

