

arrest

GERECHTSHOF DEN HAAG

Afdeling Civiel recht

Zaaknummer : 200.280.968/01
Rolnummer rechtbank : C/09/589150/ KG ZA 20-190

Arrest in kort geding van 1 juni 2021 (bij vervroeging)

in de zaak van

ECG Nederland B.V.,
gevestigd te Apeldoorn,
appellante,
hierna te noemen: ECG,
advocaat: mr. E.J.C. van Gelderen te Zeist,

tegen:

Maytronics LTD,
gevestigd te Kibbutz Yizre'el (Israël),
geïntimeerde,
hierna te noemen: Maytronics,
advocaat: mr. G.S.P. Vos te Amsterdam.

1. Het geding

1.1. Het hof heeft kennisgenomen van de volgende processtukken:

- het procesdossier van de eerste aanleg, waaronder het op 15 juni 2020 tussen partijen gewezen vonnis van de voorzieningenrechter in de rechtbank Den Haag (hierna: het vonnis);
- de dagvaarding in hoger beroep van 13 juli 2020;
- de memorie van grieven met de producties GP13 tot en met GP20;
- de memorie van antwoord met de producties EP52 tot en met EP58;
- de op 15 maart 2021 bij het hof binnengekomen akte houdende aanvullende producties, met de producties EP59 tot en met EP68 van de zijde van Maytronics;
- de op 24 maart 2021 bij het hof binnengekomen akte overlegging nadere producties, met productie GP21 van de zijde van ECG;
- de op 24 maart 2021 bij het hof binnengekomen akte overlegging nadere producties, met productie EP69 van Maytronics.

1.2. Op 25 maart 2021 hebben partijen hun standpunten verder mondeling toegelicht, ECG door mr. Van Gelderen en diens kantoorgenoot mr. E.C. Menkhorst en Maytronics

door mr. Vos. De zitting heeft in verband met maatregelen tegen de verspreiding van het COVID-19 virus plaatsgehad per video-verbinding. Partijen hebben tijdens de zitting gebruik gemaakt van pleitaantekeningen die zij vooraf aan elkaar en aan het hof hebben doen toekomen. Aan het eind van de zitting hebben partijen het hof gevraagd uitspraak toe doen.

2. De vaststaande feiten

De feiten die de voorzieningenrechter heeft vastgesteld zijn niet in geschil. Ook het hof zal daarvan uitgaan. Het gaat in deze zaak om het volgende.

2.1. Maytronics produceert robotachtige zwembadreinigers (hierna te noemen: zwembadrobots) en verhandelt deze, alsmede de daarbij behorende accessoires, onder het merk DOLPHIN (hierna: de DOLPHIN-producten).

2.2. Maytronics is houdster van de volgende merken:

a) het onderstaande internationale woord-beeldmerk met gelding in de Europese Unie met registratienummer 1371705, voor robotreinigers van zwembaden en bijbehorende accessoires in klasse 7:



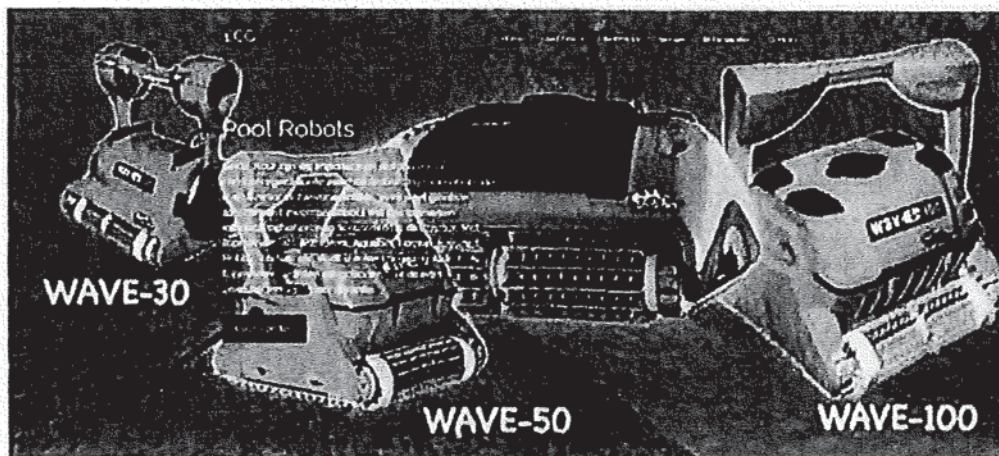
- b) het Benelux woordmerk DOLPHIN met inschrijvingsnummer 0651641, voor computergestuurde robots voor het reinigen van zwembaden, waterreservoirs, poelen en plassen in klasse 7;
- c) het Uniewoordmerk MAYTRONICS voor waren in klasse 9 en diensten in klasse 35 met betrekking tot reinigingsmiddelen voor zwembaden en de verkoop ervan;
- d) het onderstaande internationale woord-beeldmerk met gelding in de Europese Unie met registratienummer 1376024, voor robotreinigers van zwembaden en bijbehorende accessoires in klasse 7:



De merken onder a) en b) worden hierna aangeduid als 'de DOLPHIN-merken'. De merken onder c) en d) worden hierna aangeduid als 'de MAYTRONICS-merken'. Alle merken gezamenlijk worden hierna aangeduid als 'de Merken'.

2.3. ECG exploiteert diverse websites (zoals robotdiscounter.com, zwembad-discounter.com, cleaningrobot-discounter.com, poolrobots.com en my-poolrobot.com) waarop zij robotproducten met verschillende toepassingen aanbiedt en verkoopt, waaronder een breed scala aan DOLPHIN-producten.

2.4. De openingspagina van de website ecgnederland.com toonde ten tijde van de inleidende dagvaarding onder meer de volgende afbeelding:



De op de afbeelding weergegeven tekst luidde als volgt:

“Pool Robots

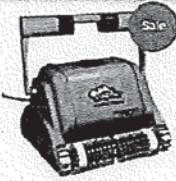
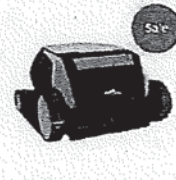
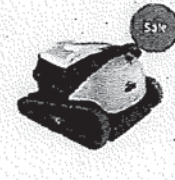
Sinds 2012 zijn wij importeur en distributeur van computergestuurde zwembadrobots. Bij Pool Robots, de marktleider in zwembadrobots, vindt u het grootste assortiment zwembadrobots van alle topmerken inclusief bijbehorende accessoires in de Benelux. Met topmerken als AstralPool, Aquabot, Dolphin, Hayward, Robby, Zodiac etc vindt U zeker uw gading. Alle topmerken worden aangeboden met de extra zekerheden van 5 jaar garantie.”

Ook vermeldde ECG op haar website:

“(…) met een totale productenlijst van ruim 24.000 producten is ECG Nederland in haar branche een grote naam. Met succesvolle namen als “Robot Discounter” (...), “Pool Robots, “Zwembad Discounter”, “Maai Robot”, “BadkamerTV Discounter”, “My Poolrobot” en meer is het voor leveranciers erg aantrekkelijk om haar producten ook via ons kanaal aan te bieden.
(...)”

Daaronder worden de verschillende websites beschreven. In de beschrijving van Zwembad Discounter en Pool Robots worden diverse merken genoemd, waaronder Dolphin,

2.5. ECG bood de DOLPHIN-producten op de website robotdiscounter.com aan met de aanduidingen “Sale” en “Speciale prijs” en met een streep door een hogere prijs. Onderstaande afbeelding dient ter illustratie daarvan.

			
Dolphin Supreme BIO voor...	Dolphin Dynamic Pro X2 G...	Dolphin 2x2 Pro Gyro	Dolphin Zenit 10
€ 4.299,00 Speciale prijs € 1.799,00 vanaf € 60 per maand	€ 2.799,00 Speciale prijs € 2.199,00 vanaf € 83 per maand	€ 4.099,00 Speciale prijs € 3.499,00 vanaf € 119 per maand	€ 599,00 Speciale prijs € 499,00 vanaf € 23 per maand
			
Dolphin Active X3	Dolphin E20 zwembadrobot	Dolphin Zenit Z1B	Dolphin Poolstyle E10
€ 999,00 Speciale prijs € 749,00 vanaf € 25 per maand	€ 649,00 Speciale prijs € 619,00 vanaf € 22 per maand	€ 699,00 Speciale prijs € 478,00 = Dolphin S200 vanaf € 29 per maand	€ 479,00 Speciale prijs € 449,00 vanaf € 17 per maand

2.6. ECG vermeldde op haar websites enerzijds dat de klant “*14 dagen bedenktijd*” heeft en “Toch niet tevreden? Ruilen mag altijd binnen 14 dagen”, maar anderzijds vermeldde zij op de webpagina “retourneren” tot voor kort het volgende over het retourbeleid:

“1. Wat moet ik doen?

U meldt binnen 2 werkdagen na factuurdatum het te retourneren produkt aan bij ECG Nederland BV. Dit kunt u doen door middel van het retouraanvraagformulier, dat u volledig dient in te vullen. Het retourformulier kunt u aanvragen via klantenservice@ecgnederland.com.”

2.7. Op de website <https://nl-be.trustpilot.com/review/ecgnederland.com> hebben klanten van ECG hun ervaringen met ECG geplaatst. Op 5 oktober 2020 hadden 131 klanten van ECG reviews geplaatst, waarbij 80% van de klanten ECG als “zeer slecht” beoordeelden en 5% als “slecht”. Deze klanten klaagden over het niet ontvangen van bestelde producten of ontvangst van defecte of verkeerde producten, het niet geretourneerd krijgen van geld, en/of het niet bereikbaar zijn van/onheuse bejegening door de klantenservice. Een aantal van deze klanten spreekt van oplichting. Eén van de recensies luidt:

★★★★

2 Jul 2020

Bestelling zwembadrobot Dolphin...

We hadden een Zwembadrobot Dolphin besteld, na 2 weken nog steeds geen definitieve leveringsdatum: de toeleverancier beloofde volgens ECGNederland te leveren maar dit gebeurde niet. 4-tal telefoontjes naar ECG, telkens vriendelijk antwoord dat de robot elke dag kon binnenkomen, maar niets. Toen hebben we gevraagd om de robot te vervangen door een robot van Hayward die wel op voorraad bleek te zijn en ze waren direct akkoord. Gisteren namiddag telefonisch de ruil gedaan en vandaag reeds geleverd! Da's pas een goede service! Spijtig dat ECG niet antwoord op mails, dit zou moeten verbeteren om een klantvriendelijk beleid te vormen. Voor een zo professionele website is dit spijtig. Een transparant en klantvriendelijk beleid kan bijdragen tot succes, en eventueel beperken tot betrouwbare toeleveranciers kan frustraties beperken.

2.8. Op de website www.beslist.nl zijn ten aanzien van één van de websites van ECG (robotdiscounter.com) eveneens reviews geplaatst. Deze reviews hebben – naast een enkele positieve klank – onder meer de volgende titels: “slechtste website ooit”, “slechter kan bijna niet, (...)”, “Zeer, zeer, zeer slecht bedrijf!”, “slechte klantenservice”, “wel betalen maar niet geleverd krijgen”, “Betaald, nog steeds niets ontvangen!”, “Robot.com en ECG onbetrouwbaar”, “slecht bedrijf”, “Waarschuwing hier kopen niet doen!”, “onbetrouwbare firma”, “WAARDELOOS BEDRIJF”, “Waarschuwing; hier nooit iets bestellen!”, “Wat een slecht bedrijf”, “Oplichters!!!!”, “OPLICHTER!!!!”, “Besteld, betaald Ideal, niet geleverd”, “NIET BESTELLEN en slechte ervaring !!”, “super slecht bedrijf!!”, “Slechte klantenservice, Slechte levering”, “slechte levering, slechte service”, “neemt product niet retour”, “Verkeerde levering” en “Geen antwoord bij beroep op garantie”.

2.9. Op Facebook staat sinds 25 februari 2019 een pagina met de naam STOP ECG Nederland. Deze pagina had op 8 maart 2021 76 volgers.

2.10. Op de website van het televisieprogramma Kassa is op 31 oktober 2020 een artikel geplaatst getiteld: “*Belbus: Klanten vissen achter het net bij Zwembad-Discounter.com*”. Dit artikel vermeldt onder meer dat zwembad-discounter.com onderdeel is van ECG, dat ECG ook andere webshops beheert en dat het internet vol staat met negatieve reviews over ECG en haar webshops. Als veelgehoorde klachten worden genoemd: het niet leveren van producten, de slecht bereikbare klantenservices en het niet terugbetalen van geld. Het artikel vermeldt ook dat ECG in 2018 door Thuiswinkel.org is aangesproken wegens het onrechtmatige gebruik van hun keurmerk. Daarnaast verwijst het artikel naar onderhavige zaak. In het artikel wordt verder melding gemaakt van een klant die bij zwembad-discounter.com een overkapping voor zijn opbouwzwembad kocht, en na annulering van de koop zijn geld niet geretourneerd kreeg. Na interventie van Kassa heeft de klant zijn geld alsnog terugbetaald gekregen, met excuses van ECG voor de ontstane situatie. Vermeld wordt dat de bestuurder van ECG zegt dat ECG hard bezig is met het aannemen van nieuwe mensen, zodat de service van het bedrijf beter wordt. Kassa besluit met de mededeling dat zij ECG in de gaten zal blijven houden. Onder het artikel staan twee reacties van klanten die slechte ervaringen hebben met ECG met betrekking tot de aankoop van een robotmaaier, respectievelijk van een niet nader genoemd product.

2.11. Partijen hebben in de periode van april 2018 tot begin maart 2019 een geschil gehad over de door ECG gehouden domeinnamen www.mydolphin.nl, www.mydolphin.be en www.mydolphin.de en de door ECG aangevraagde Benelux-inschrijving voor het woordmerk MYDOLPHIN. De laatste email van Maytronics aan ECG in deze kwestie dateert van 11 maart 2019.

2.12. Op 18 juli 2019 hebben de (Engelse) advocaten van Maytronics ECG gesommeerd om de (in hun ogen: ongeoorloofde) verkoop van producten van Maytronics te staken en gestaakt te houden. Vanwege het uitblijven van enige reactie van ECG, hebben de (Nederlandse) advocaten ECG op 1 augustus 2019 en op 5 september 2019 opnieuw aangeschreven. ECG heeft ook deze brieven onbeantwoord gelaten.

2.13. Een door Maytronics ingeschakelde deurwaarder heeft op 3 januari 2020 een proces-verbaal opgemaakt, waarin onder meer het volgende is opgenomen:

“(…)

Vastgelegd dat op verzoek van requirant diverse pogingen zijn gedaan door ons kantoor om tot bestelling over te gaan op de website van robotdiscounter.com ten aanzien van de volgende producten

- | | |
|----------------|---|
| 1 Active X3 | - https://robotdiscounter.com/dolphin-active-x3 |
| 2. Z3i | - https://robotdiscounter.com/dolphin-zenit-z3i |
| 3 Smart Active | - https://robotdiscounter.com/dolphin-smart-active-5347 |
| 4 Zenit 60 | - https://robotdiscounter.com/dolphin-zenit-60 |
| 5 S300i | - https://robotdiscounter.com/dolphin-s300i |
| 6 M600 | - https://robotdiscounter.com/dolphin-supreme-m600 |

Zoals hiervoor omschreven zijn op diverse data pogingen gedaan tot het bestellen van voornoemde producten zijnde op 29 november 2019, 2 december 2019 en 9 december 2019.

De bestelling hebben wij echter niet kunnen finaliseren nu bij het afronden van de bestelling telkens de foutmelding “Er is een fout opgetreden bij de verwerking van uw bestelling. Neem contact met ons op of probeer het later nog eens” Een voorbeeld hiervan wordt bijgevoegd als bijlage 1.

Na op 9 december 2019 opnieuw deze foutmelding te hebben ontvangen is telefonisch contact opgenomen met robotdiscounter via het nummer zoals geplaatst op de website. Tijdens dit telefoongesprek werd mede gedeeld dat de producten op dat moment niet op voorraad waren en dat daarom de bestelling niet kon worden voltooid.

Hierop werd mede gedeeld dat deze producten wel weer op voorraad zouden komen, maar dat dit mogelijk nog 2 weken zou duren. Volgend op voornoemd telefoongesprek is op 24 december 2019 opnieuw een poging ondernomen om tot bestelling over te gaan van de Zenit 60 en de M600. Na het doorlopen van de bestellingsprocedure werd echter opnieuw de foutmelding weergegeven: “Er is een fout opgetreden bij de verwerking van uw bestelling. Neem contact met ons op of probeer het later nog eens.”

3. De procedure in eerste aanleg

3.1. In eerste aanleg heeft Maytronics – beknopt weergegeven – gevorderd dat de voorzieningenrechter bij uitvoerbaar verklaard vonnis:

1. ECG op straffe van een dwangsom gebiedt om onmiddellijk in de gehele EU, dan wel in de Benelux, iedere inbreuk op de Merken te staken en gestaakt te houden;
2. ECG op straffe van een dwangsom gebiedt om onmiddellijk in de gehele EU iedere inbreuk op de aan Maytronics toekomende auteursrechten op de marketingmaterialen van Maytronics voor de DOLPHIN-producten te staken en gestaakt te houden;
3. ECG op straffe van een dwangsom gebiedt om onmiddellijk de in de dagvaarding beschreven reclame-uitingen te staken en gestaakt te houden;
4. ECG op straffe van een dwangsom gebiedt om onmiddellijk iedere oneerlijke handelspraktijk te staken en gestaakt te houden;
5. ECG gebiedt om binnen 14 dagen na betekening van het vonnis aan de advocaten van Maytronics een schriftelijke opgave te doen toekomen (met aanhechting van kopieën ter onderbouwing) van:
 - i) het totale aantal DOLPHIN-producten dat ECG, of enige bij haar aangesloten (rechts)persoon, heeft gekocht en/of verkocht en/of nog op voorraad heeft, gespecificeerd per type product;
 - ii) de prijs die ECG heeft betaald voor de aankoop van de DOLPHIN-producten, alsmede de prijs die ECG heeft berekend voor de verkoop ervan, gespecificeerd per type product;
 - iii) het totale bedrag van de winst die ECG heeft gemaakt met de inbreukmakende verhandeling van de DOLPHIN-producten;
 - iv) de volledige naam/namen van alle (rechts)personen die betrokken zijn bij de inkoop, verkoop en/of het in de handel brengen van DOLPHIN-producten, met inbegrip van de volledige naam/namen van alle professionele (rechts)personen aan wie het ECG de DOLPHIN-producten met het oog op wederverkoop heeft geleverd, waarbij voor elke betrokken (rechts)persoon moet worden aangegeven hoeveel eenheden van elk type product ECG heeft geleverd;

6. ECG gebiedt om binnen 30 werkdagen na betekening van het vonnis alle DOLPHIN-producten die ECG in voorraad heeft, aan Maytronics toe te zenden, dan wel deze producten, zulks ter keuze van Maytronics, te (laten) vernietigen in aanwezigheid van een deurwaarder waarbij de kosten van de vernietiging en de deurwaarder ten laste komen van ECG;
7. ECG gebiedt:
 - om binnen vijf dagen na betekening van het vonnis, op
 - i) de homepages van haar websites en
 - ii) in de vakbladen "Schwimmbad + Sauna" en "Haus und wellness Magazin",
een in de dagvaarding opgenomen tekst te (doen) plaatsen, die samengevat luidt dat de voorzieningenrechter van de rechtbank Den Haag heeft geoordeeld dat ECG inbreuk maakt op de merken auteursrechten van Maytronics door, zonder daartoe gerechtigd te zijn, producten van het merk DOLPHIN op een schadelijke manier aan te bieden en dat ECG onrechtmatig heeft gehandeld, en dat het ECG niet langer is toegestaan DOLPHIN-producten aan te bieden; en
 - om binnen zeven dagen na kennisgeving van het vonnis aan haar klanten die wederverkoper zijn een aangetekende brief te sturen die dezelfde tekst bevat, met dien verstande dat daarin ook het verzoek staat om de van ECG afkomstige Dolphin-producten niet meer aan te bieden en om al deze producten binnen zeven dagen te retourneren, onder vergoeding van de aankoopprijs en alle kosten door ECG;
8. ECG veroordeelt tot betaling van een dwangsom van € 25.000,- voor elke overtreding van één of meer (delen van) de onder 5 t/m 7 genoemde bevelen, dan wel, zulks ter keuze van Maytronics, voor elke dag dat ECG één of meer (delen van) de onder 5 t/m 7 genoemde bevelen overtreedt;
9. beveelt dat de in artikel 1019i Rv bedoelde termijn, waarbinnen de vordering in het hoofdgeding moet worden ingesteld, twaalf maanden bedraagt;
10. ECG veroordeelt tot betaling van de volledige kosten van de procedure overeenkomstig artikel 1019h Rv.

3.2. Maytronics heeft aan haar vordering in eerste aanleg – samengevat – het volgende ten grondslag gelegd:

- Maytronics hanteert sinds het voorjaar van 2019 binnen de Europese Unie een selectief distributiestelsel, het zogenaamde "Authorized Reseller Program" (hierna: het Programma) voor verschillende van haar DOLPHIN-producten. De DOLPHIN-producten die onder het Programma vallen (hierna: de Programma-producten) zijn samengestelde producten die enerzijds bestaan uit een fysiek product (een hoogtechnologische zwembadrobot) en anderzijds uit een immaterieel product (de service die bij het fysieke product behoort). Onder het Programma mogen alleen detailhandelaren die aan bepaalde objectieve kwalitatieve criteria voldoen en die zijn geautoriseerd door Maytronics, de Programma-producten op de markt brengen. De door ECG aangeboden Programma-producten zijn aan ECG geleverd in strijd met de bepalingen in licentieovereenkomsten van groothandelaren en erkende wederverkopers met betrekking tot onder meer de kwaliteit van de Programma-producten. Daarom kan Maytronics niet worden geacht toestemming te hebben gegeven voor het in de handel brengen van de aan ECG geleverde DOLPHIN-producten. De merkrechten zijn ex artikel 25 lid 2 UMVo¹ en artikel 2.32 lid 2 BVIE² dus niet uitgeput en Maytronics kan zich tegen verhandeling van deze producten door ECG verzetten.
- Maytronics heeft gegronde redenen in de zin van artikel 15 lid 2 UMVo respectievelijk artikel 2.23 lid 3 BVIE om zich te verzetten tegen de verdere verhandeling van alle DOLPHIN-producten, inclusief Programma-producten, door ECG. ECG heeft voor deze verhandeling immers geen uitdrukkelijke toestemming van Maytronics en bovendien brengt de wijze waarop ECG de DOLPHIN-producten aanbiedt en verkoopt, ernstige

¹ Verordening (EU) 2017/1001 van het Europees Parlement en de Raad van 14 juni 2017 inzake het Uniemerkt.

² Benelux-verdrag inzake de intellectuele eigendom.

schade toe aan de reputatie van Maytronics en haar merken. Hierdoor is de toestand van de DOLPHIN-producten nadat zij in de handel zijn gebracht gewijzigd en verslechterd, waardoor ECG geen beroep kan doen op uitputting. De reputatieschade aan de merken van Maytronics blijkt onder meer uit het grote aantal klachten van klanten en de negatieve feedback die beschikbaar is over (de websites van) ECG.

- ECG maakt inbreuk op het auteursrecht op marketingmaterialen van Maytronics, door zonder toestemming foto's en marketingafbeeldingen van Maytronics te gebruiken bij het aanbieden en verkopen van de producten.
- ECG handelt onrechtmatig door het openbaren van onjuiste en misleidende reclame over de DOLPHIN-producten (zowel Programma-producten als producten die buiten het Programma vallen).
- ECG handelt onrechtmatig door oneerlijke handelspraktijken te bedrijven.

3.3. ECG heeft verweer gevoerd.

3.4. In het vonnis heeft de voorzieningenrechter de vorderingen onder 1, 5, 7 en 8 (aangepast) toegewezen. Daartoe heeft de voorzieningenrechter – beknopt weergegeven – overwogen dat Maytronics zich als merkhouder kan verzetten tegen het gebruik van haar Merken door ECG en dat ECG zich niet op uitputting kan beroepen, omdat Maytronics gegronde redenen heeft om het gebruik van de Merken door ECG te verbieden. Deze gegronde redenen bestaan er volgens de voorzieningenrechter in dat sprake is van ernstige reputatieschade aan de Merken van Maytronics, doordat de negatieve uitlatingen van consumenten over met name de dienstverlening en klantvriendelijkheid van ECG niet alleen ECG raken, maar ook Maytronics. Dit geldt volgens de voorzieningenrechter te meer daar ECG door het prominente gebruik van de Merken op haar websites ten onrechte de suggestie wekt dat er een economische band bestaat tussen haar en Maytronics, meer in het bijzonder dat ECG tot het distributienetwerk van Maytronics behoort of dat er een bijzondere band tussen de twee ondernemingen bestaat. Daarnaast heeft de voorzieningenrechter bij haar beslissing betrokken dat ECG de wederverkoop van de producten van Maytronics niet aankondigt op de wijze zoals in de bedrijfssector gebruikelijk is, dat zij deloyaal handelt jegens Maytronics, nu zij producten van Maytronics aanbiedt tegen salesprijzen, zonder dat er werkelijk sprake is van een “sale”, dat ECG producten aanbiedt waarvan de bestelling niet kan worden afgerond en dat ECG – in strijd met artikel 7:46d BW – een koper slechts 2 dagen na de factuurdatum geeft om de online koop ongedaan te maken.

De voorzieningenrechter heeft verder overwogen dat Maytronics gelet op de toewijzing van de vordering sub 1 geen belang heeft bij de vorderingen sub 2 tot en met 4, zodat deze vorderingen geen bespreking behoeven en worden afgewezen.

De sub 5 gevorderde opgave omtrent de aan- en verkoopprijzen en de behaalde winst heeft de voorzieningenrechter afgewezen omdat spoedeisend belang ontbreekt en de onder 6 gevorderde afgifte ter vernietiging heeft de voorzieningenrechter afgewezen bij gebrek aan proportionaliteit. De sub 7 gevorderde rectificatie in de vakbladen “Schwimmbad + Sauna” en “Haus und wellness Magazin” heeft de voorzieningenrechter afgewezen omdat Maytronics niet heeft gesteld dat de inbreuk - naast op de websites van ECG - ook in die vakbladen plaatsvindt of heeft plaatsgevonden. De voorzieningenrechter heeft ten slotte de sub 1 en 8 gevorderde dwangsommen gematigd en gemaximeerd, de sub 9 bedoelde termijn voor het instellen van een eis in de hoofdzaak bepaald op zes maanden en ECG veroordeeld in de kosten van de procedure (waarbij de voorzieningenrechter voor 80% van de kosten aansluiting heeft het Indicatietarief voor een complex kort geding en voor de overige 20% bij het liquidatietarief).

4. Het geschil in hoger beroep

4.1. In hoger beroep vordert ECG dat het hof het vonnis – bij uitvoerbaar bij voorraad te verklaren arrest – vernietigt en, opnieuw rechtdoende, de vorderingen van Maytronics alsnog afwijst, met veroordeling van Maytronics in de daadwerkelijk gemaakte proceskosten van het geding in beide instanties (ex artikel 1019h Rv), en in de nakosten, en met veroordeling van Maytronics tot (terug)betaling van de door ECG aan Maytronics ingevolge het vonnis betaalde proceskostenvergoeding, alles te vermeerderen met de wettelijke rente.

4.2. ECG voert daartoe negen grieven aan. In grief 1 betoogt ECG dat het geschil ten onrechte is behandeld in kort geding. In grief 2 betoogt ECG dat de voorzieningenrechter een onjuiste definitie heeft gehanteerd van het begrip ‘Merken’. De grieven 3 tot en met 5 verzetten zich tegen het oordeel van de voorzieningenrechter dat sprake is van een gegronde reden voor Maytronics om zich tegen verdere verhandeling van producten onder de Merken te verzetten. De grieven 6 tot en met 8 richten zich tegen (de formulering van) de door de voorzieningenrechter uitgesproken bevelen. Grief 9 richt zicht tegen de proceskostenveroordeling.

5. De beoordeling

Spoedeisend belang en aard van het geschil

5.1. Het hof verenigt zich met het oordeel van de voorzieningenrechter over het spoedeisend belang van Maytronics bij het door haar gevorderde inbreukverbod en over de omvang en complexiteit van het geschil, alsmede de gronden waarop dit oordeel berust. Grief 1 faalt derhalve.

Merken

5.2. ECG betoogt in grief 2 dat de MAYTRONICS-merken in deze procedure niet relevant zijn, omdat Maytronics niet heeft gesteld of aangetoond dat ECG op enig moment gebruik heeft gemaakt van de MAYTRONICS-merken. Ook deze grief faalt. Maytronics heeft onder verwijzing naar de door partijen overgelegde producties (waaronder EP35, EP37, EP38 en GP4) onderbouwd gesteld dat niet alleen de DOLPHIN-merken, maar ook de MAYTRONICS-merken op meerdere DOLPHIN-producten zijn afgebeeld. Maytronics heeft verder onbetwist gesteld dat de MAYTRONICS-merken worden vermeld op de verpakkingen van DOLPHIN-producten. Het aanbieden en verkopen van producten onder deze merken levert merkgebruik op in de zin van artikel 9 lid 2 sub a UMVo respectievelijk artikel 2.20 lid 2 sub a BVIE. Het geschil heeft derhalve niet alleen betrekking op de DOLPHIN-merken, maar ook op de MAYTRONICS-Merken.

Uitputting – algemene uitgangspunten

5.3. ECG voert in de grieven 3 tot en met 5 aan dat het haar vrij staat om de DOLPHIN-producten te verhandelen, aangezien het gaat om originele, met toestemming van Maytronics in de handel gebrachte waren, zodat de merkrechten van Maytronics zijn uitgeput.

5.4. Bij de beoordeling van de vraag of sprake is van uitputting gelden de volgende algemene uitgangspunten. Ingevolge artikel 15 UMVo respectievelijk artikel 2.23 lid 3 BVIE heeft een merkhouder niet het recht het gebruik van een merk te verbieden voor waren die

onder het merk door de merkhouder of met diens toestemming in de Europese Economische Ruimte (EER) in de handel zijn gebracht, tenzij er voor de merkhouder gegronde redenen zijn zich te verzetten tegen verdere verhandeling van de waren, met name wanneer de toestand van de waren, nadat zij in de handel zijn gebracht, gewijzigd of verslechterd is. In rechtspraak over (reclame voor) waren met een luxueus en prestigieus imago is geoordeeld dat er onder meer sprake is van een gegronde reden om zich tegen merkgebruik te verzetten indien door het gebruik van het merk de reputatie van een merk ernstig wordt geschaad.³ Ook wanneer de wederverkoper de indruk wekt dat er een economische band bestaat tussen hem en de merkhouder, meer in het bijzonder dat de onderneming van de wederverkoper tot het distributienet van de merkhouder behoort of dat er een bijzondere band tussen de twee ondernemingen bestaat, is sprake van een gegronde reden om zich tegen verdere verhandeling van de waren te verzetten.⁴

Wanneer een licentiehouder van het merk voorziene waren in de handel brengt, moet dit in beginsel worden geacht te geschieden met toestemming van de merkhouder. De merkhouder kan zich evenwel, ook tegenover een derde (wederverkoper) verzetten tegen een wederverkoop van deze waren op grond van artikel 25 lid 2 UMVo, respectievelijk 2.32 lid 2 BVIE, indien de licentiehouder de waren in de handel heeft gebracht in strijd met een bepaling in de licentieovereenkomst inzake, voor zover hier van belang, de kwaliteit van de door de licentienemer vervaardigde waren. In dat geval is in zoverre geen sprake van toestemming van de merkhouder.⁵

5.5. Maytronics bestrijdt op twee gronden dat sprake is van uitputting:

- 1) Maytronics stelt dat de waren niet met haar toestemming in het verkeer zijn gebracht, omdat de verkoop aan ECG strijdig is met kwaliteitsbepalingen in de licentieovereenkomsten van de groothandelaren/erkende wederverkopers die deze waren aan ECG hebben verkocht;
- 2) Maytronics stelt dat zij gegronde redenen heeft om zich te verzetten tegen verdere verhandeling van de waren door ECG, omdat de handelwijze van ECG de reputatie van de Merken en de DOLPHIN-producten schaadt.

De voorzieningenrechter heeft het beroep van ECG op uitputting afgewezen op de tweede grond. Het hof zal deze tweede grond daarom als eerste bespreken. In verband met de devolutieve werking van het hoger beroep zal het hof daarbij ook de standpunten van partijen in eerste aanleg betrekken.

Gegronde redenen in de zin van artikel 15 lid 2 UMVo respectievelijk artikel 2.23 lid 3 BVIE

5.6. De stelplicht en de bewijslast ten aanzien van het bestaan van gegronde redenen in de zin van artikel 15 lid 2 UMVo respectievelijk artikel 2.23 lid 3 BVIE rusten op Maytronics.

Gegronde redenen – indruk economische band

5.7. Maytronics stelt onder meer dat ECG ten onrechte de indruk heeft gewekt dat zij tot het distributienet van Maytronics behoort, of dat er een bijzondere band bestaat tussen ECG en Maytronics, door op haar websites te vermelden dat zij importeur en distributeur is van DOLPHIN-producten en door DOLPHIN-producten daarbij prominent weer te geven.

³ Vgl. HvJEU 4 november 1997, C-337/95, ECLI:EU:C:1997:517 (Dior/Evora).

⁴ Vgl. HvJEU 23 februari 1999, C-63/97, ECLI:EU:C:1999:82 (BMW/Deenik), en HvJEU 8 juli 2010, C-337/95, ECLI:EU:C:2010:416 (Portakabin/Primakabin).

⁵ Vgl. HvJEU 23 april 2009, C-59/09, ECLI:EU:C:2009:260 (Copad).

Volgens Maytronics levert dit een gegronde reden op om zich te verzetten tegen de verdere verhandeling van de DOLPHIN-producten door ECG.

5.8. Het hof volgt Maytronics hierin niet. De vermelding door ECG dat zij importeur en distributeur is van zwembadrobots is niet onjuist en wekt – nu niet wordt vermeld dat ECG een *erkende* distributeur is – op zichzelf ook niet de indruk dat sprake is van een bijzondere band tussen ECG en Maytronics. Dit kan ook, mede gelet op de context en de algemene formulering, die betrekking heeft op leveranciers in het algemeen, niet worden opgemaakt uit de tekst dat het voor leveranciers erg aantrekkelijk is om producten “via ons kanaal aan te bieden”. Verder is van belang dat in de tekst waar Maytronics naar verwijst, veel verschillende merken worden genoemd, zonder dat speciale aandacht wordt gevestigd op de DOLPHIN-merken (zie r.o. 2.4.). Daarnaast heeft ECG onbestreden gesteld dat de afbeelding van DOLPHIN-producten vaak op een zogenaamde ‘banner’ op de webpagina(s) van ECG stond, zodat, afwisselend, ook producten van andere merken zichtbaar waren. De stelling van Maytronics dat ECG de DOLPHIN-producten ten opzichte van andere producten prominent vermeldde, kan dus niet worden gevolgd. Overige aanwijzingen dat klanten van ECG thans nog door toedoen van ECG kunnen denken dat er een economische band bestaat tussen ECG en Maytronics ontbreken. Maytronics heeft niet betwist dat ECG (sinds een eerder conflict tussen partijen in 2018) niet langer vermeldt dat zij “certified dealer” is van Maytronics. Daarbij komt dat Maytronics in eerste aanleg heeft verwezen naar recensies van klanten van ECG waaruit blijkt dat zij weten dat ECG geen erkende dealer is. ECG voert terecht aan dat hieruit blijkt dat klanten een duidelijk onderscheid maken tussen ECG en Maytronics. Voor zover er bij een klant al eens de indruk zou zijn ontstaan dat Maytronics zich ‘laat vertegenwoordigen’ door ECG (het is het hof niet duidelijk of Maytronics daarop doelt met haar productie EP41, nu Maytronics in de processtukken niet naar deze productie verwijst), is er onvoldoende grond om het ontstaan van die indruk thans nog, in de in dit kort geding te beoordelen omstandigheden, aan enig handelen van ECG toe te rekenen. Het hof concludeert dat Maytronics de stelling dat ECG de indruk wekt dat er een economische band bestaat tussen haar en Maytronics, onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt.

Gegronde redenen – ernstige schade aan de reputatie van de Merken

5.9. Maytronics stelt dat ECG ernstige schade toebrengt aan de reputatie van de Merken en de DOLPHIN-producten, door de manier waarop zij de DOLPHIN-producten op de markt brengt en de manier waarmee zij omgaat met service. ECG bestrijdt dit.

5.10. Partijen verschillen allereerst van mening over de vraag of het in jurisprudentie van het HvJEU vervatte uitgangspunt dat een merkhouder zich kan verzetten tegen (reclame voor) verdere verhandeling van zijn waren indien de reputatie van het merk ernstig wordt geschaad, ook geldt voor technisch hoogwaardige producten zonder specifiek prestigieus imago (zoals Maytronics bepleit), of alleen geldt voor luxueuze en prestigieuze producten (zoals ECG bepleit). Daarnaast verschillen zij van mening over de vraag of de slechte reputatie van een wederverkoper, zoals Maytronics stelt, een omstandigheid kan zijn die de reputatie van een merk ernstig kan schaden. Naar het oordeel van het hof kan het antwoord op beide vragen in het midden blijven. Zelfs indien het hof er veronderstellenderwijs vanuit gaat dat het standpunt van Maytronics ten aanzien van deze vragen juist is, geldt immers dat Maytronics aannemelijk moet maken dat de handelwijze van ECG daadwerkelijk ernstige schade toebrengt aan de reputatie van de Merken. Naar het oordeel van het hof is Maytronics daarin niet geslaagd. Daartoe is het volgende redengevend.

5.11. Maytronics betoogt ter onderbouwing van haar stelling dat de handelwijze van ECG ernstige schade toebrengt aan de reputatie van de Merken (in willekeurige volgorde):

- a. dat ECG de DOLPHIN-producten aanbiedt en verkoopt op een wijze die niet in overeenstemming is met de objectieve kwalitatieve vereisten van het Programma,
- b. dat ECG een retourbeleid hanteert dat in strijd is met Europese regelgeving,
- c. dat ECG consumenten misleidt door DOLPHIN-producten aan te bieden die niet (direct) leverbaar zijn,
- d. dat ECG verkeerde productinformatie geeft over DOLPHIN-producten,
- e. dat ECG aftersalesdiensten op misleidende wijze omschrijft, nu zij niet de service en garantie biedt die zij belooft,
- f. dat ECG consumenten andere producten levert dan zij hebben besteld,
- g. dat ECG onrechtmatig handelt door "sale" te vermelden bij permanente prijzen,
- h. dat de vele slechte recensies, de slechte reputatie van ECG en de eveneens slechte reputatie van de oprichter van ECG bijdragen aan de ernstige reputatieschade van de Merken.

Maytronics betoogt dat de consument geïrriteerd raakt dat Maytronics met zo'n slechte verkoper samenwerkt. Zij acht de kans groot dat door de handelwijze van Maytronics steeds meer consumenten slecht zullen gaan denken over (de services van) Maytronics, dat zij daardoor minder geneigd zullen zijn om DOLPHIN-producten te kopen of aan te raden bij derden, en dat daardoor distributeurs uit het Programma zullen willen stappen.

Ad a.

5.12. Ten aanzien van punt a. geldt het volgende. Het enkele feit dat ECG producten aanbiedt en verkoopt op een wijze die niet in overeenstemming is met de objectieve kwalitatieve vereisten van het Programma, vormt volgens Maytronics een gegronde reden om zich te verzetten tegen de verdere verhandeling van de DOLPHIN-producten door ECG. Dit standpunt faalt reeds omdat Maytronics in dit kort geding onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt dat zij in het Programma geldige kwalitatieve vereisten stelt en als het Programma die al zou stellen, wat de inhoud daarvan is. Het hof verwijst te dien aanzien naar het in r.o. 5.21 tot en met 5.24. overwogene.

Ad b.

5.13. Uit de door Maytronics overgelegde stukken blijkt dat ECG op haar websites niet alleen vermeldde dat de producten binnen 14 dagen konden worden geretourneerd en dat 14 dagen bedenktijd gold, maar ook (op een andere pagina) dat een klant een retour binnen twee dagen bij haar moest melden. Dat laatste is in strijd is met Europese regelgeving. ECG heeft haar website op dit punt inmiddels aangepast. Er is geen aanleiding om te veronderstellen dat ECG deze regel opnieuw zal schenden als het hof het vonnis van de rechtbank vernietigt. Het hof gaat er dan ook van uit dat de ECG haar retourbeleid voortaan correct vermeldt. Reeds daarom kan in het retourbeleid van ECG geen grond worden gevonden voor het oordeel dat de reputatie van de Merken door het handelen van ECG ernstig wordt geschaad, nog daargelaten dat een onjuist retourbeleid veeleer afbreuk zal doen aan de reputatie van ECG en niet zonder meer aan de reputatie van de Merken.

Ad c.

5.14. Het hof verwierpt de stelling van Maytronics dat ECG consumenten heeft misleid door DOLPHIN-producten aan te bieden die niet (direct) leverbaar waren. Ook hier geldt dat Maytronics geen feiten en omstandigheden heeft aangevoerd die aannemelijk maken dat het aanbieden van niet (direct) leverbare producten door ECG de reputatie van de Merken schaadt, en niet alleen de reputatie van ECG. Daarbij komt dat Maytronics de stelling dat

ECG consumenten heeft misleid door DOLPHIN-producten aan te bieden die niet (direct) leverbaar waren onvoldoende heeft onderbouwd. Uit de door Maytronics overgelegde verklaring van de deurwaarder (zie r.o. 2.13.) blijkt weliswaar dat de deurwaarder in november en december 2019 een aantal proefaankopen heeft gedaan en dat de betreffende producten op dat moment niet op voorraad waren, maar daaruit kan niet zonder meer worden opgemaakt dat sprake was van een misleitend aanbod. Het is immers niet onaannemelijk dat de betreffende producten – zoals ECG aanvoert – *tijdelijk* niet geleverd konden worden, doordat de bestelling buiten het zwembadseizoen werd gedaan. Verder is van belang dat uit de verklaring van de deurwaarder niet blijkt dat ECG de indruk wekte dat de producten wél op voorraad waren.

Ook het aanbieden van nog niet door Maytronics op de markt gebrachte producten, is niet zonder meer misleitend. Bij dat oordeel neemt het hof in aanmerking dat ECG bij haar aanbod uitdrukkelijk heeft vermeld dat het om producten ‘in de voorverkoop’ ging. Dat bij het betreffende aanbod onjuiste informatie zou zijn verstrekt, heeft Maytronics, tegenover de betwisting daarvan door ECG, niet onderbouwd, zodat deze stelling moet worden verworpen. Daarnaast heeft Maytronics haar stelling (in haar toelichting op de vorderingen 3 en 4) dat ECG tenminste zes producten heeft aangeboden die niet daadwerkelijk te koop waren niet nader geconcretiseerd, zodat onduidelijk blijft waar Maytronics op doelt.

Ad d.

5.15. Ter onderbouwing van haar stelling dat ECG onjuiste en misleitende productinformatie heeft gegeven (punt d), heeft Maytronics slechts gesteld dat het gaat om onder meer “verkeerde productnamen en productafbeeldingen, onjuiste informatie over de beschikbaarheid van de producten, misleitende informatie over de aangeboden klantenservice en klachtenbehandeling, en onjuiste informatie over de aangeboden garantie en diensten die in het verkochte product zijn opgenomen”. Maytronics heeft dat, tegenover de betwisting door ECG, echter niet concreet gemaakt, laat staan dat zij deze stelling met stukken heeft onderbouwd. Voor zover Maytronics heeft bedoeld deze stelling te onderbouwen met haar productie EP34 (zij verwijst in de processtukken niet naar deze productie), faalt die onderbouwing, omdat uit die productie niet blijkt op welk punt de door ECG gegeven informatie onjuist is. Maytronics heeft ten aanzien van punt d. dus niet aan haar stelplicht voldaan, zodat het hof deze stelling verwerpt.

Ad e. en f.

5.16. Maytronics stelt dat ECG de servicegaranties waarmee zij adverteert ten aanzien van de DOLPHIN-producten niet nakomt/kan nakomen (punt e). Zij heeft deze stelling, tegenover de betwisting daarvan door ECG, slechts onderbouwd met productie EP36. Dit betreft correspondentie over één aankoop waarbij ECG niet op basis van de gegeven garantie handelde. Ook ten aanzien van de stelling dat ECG andere producten aan klanten levert dan zij hebben besteld (punt f), heeft Maytronics maar één voorbeeld overgelegd dat ziet op DOLPHIN-producten. Dit overtuigt onvoldoende om (op zichzelf of in samenhang met de overige omstandigheden van het geval) ernstige schade aan de reputatie van de Merken aannemelijk te achten.

Ad g.

5.17. Het hof gaat er van uit dat Maytronics inderdaad ‘sale’ vermeldt bij permanente (lage) prijzen. Dat dit handelen (op zichzelf of in samenhang met de overige omstandigheden van het geval) niet alleen afbreuk doet aan *de reputatie van ECG*, maar ook aan *de reputatie van de Merken*, heeft Maytronics evenwel onvoldoende onderbouwd. Bij dit oordeel neemt het hof in aanmerking dat niet aannemelijk is dat consumenten de indruk zullen hebben dat

er een economische band bestaat tussen ECG en Maytronics (zie r.o. 5.8.). Daarnaast neemt het hof in aanmerking dat Maytronics niet stelt dat de reputatie van de Merken wordt geschaad doordat zij te goedkoop worden verkocht, maar dat het Maytronics gaat om de wijze waarop ECG de prijzen vermeldt. De Merken ontleen hun reputatie volgens Maytronics aan de technisch hoogstaande producten waaraan zij zijn verbonden, in samenhang met de kwaliteit en de pre- en aftersales services. Het hof acht niet aannemelijk dat de wijze waarop de prijzen worden vermeld daaraan afdoet.

Maytronics betoogt nog dat het prijsbeleid van ECG deloyaal is jegens haar als merkhouders, omdat ECG, nu zij niet de vereiste pre- en aftersales services biedt, lagere prijzen kan hanteren dan erkende distributeurs die die services wel moeten bieden. Dit standpunt faalt, nu in dit kort geding niet aannemelijk is geworden dat de erkende distributeurs daadwerkelijk pre- en aftersales services moeten bieden. Het hof verwijst naar het hieronder in r.o. 5.21. tot en met 5.24. overwogene.

Ad h.

5.18. Maytronics heeft met de door haar overgelegde recensies, de Facebookpagina, het artikel op de website van Kassa en klachten (producties EP 34 en EP41) onderbouwd dat veel klanten van ECG klagen over de slechte service van ECG bij of na de verkoop van diverse producten (punt h). Ook dit is – mede gelet op het in r.o. 5.8. overwogene – echter onvoldoende om aan te nemen dat de handelswijze van ECG niet alleen leidt tot schade aan *de reputatie van ECG zelf*, maar ook tot ernstige schade aan *de reputatie van de Merken*. Daarbij komt dat slechts zeven van de overgelegde recensies over zwembadrobots gaan en dat slechts vier daarvan eenduidig negatief zijn, terwijl ook maar één e-mail en één brief zijn overgelegd waarin een klant over ECG klaagt (producties EP34 en EP41). In aanmerking genomen dat ECG onbestreden heeft gesteld dat zij jaarlijks circa 750-800 zwembadrobots verkoopt, komt aan die vier negatieve recensies en twee klachten niet voldoende gewicht toe, nog daargelaten dat de vier negatieve recensies de Merken niet noemen (zodat niet duidelijk is of deze betrekking hebben op DOLPHIN-producten).

Eén van de zeven recensies over zwembadrobots vermeldt dat een DOLPHIN-product is besteld (zie r.o. 2.7.). Deze recensie is positief over ECG, maar Maytronics maakt uit die recensie op dat ECG de schuld van het niet kunnen leveren van een DOLPHIN-product op Maytronics heeft afgeschoven. Zij vindt dat schadelijk voor haar reputatie en die van de Merken. De recensie verwijst echter alleen naar “de toeleverancier” en niet naar Maytronics, terwijl Maytronics niet aannemelijk heeft gemaakt dat de inhoud van deze verwijzing niet juist was. Bovendien is dit ene geval (op zichzelf of in samenhang met de overige omstandigheden van het geval) onvoldoende om aan te nemen dat de handelswijze van ECG de reputatie van de Merken ernstig schaadt.

Alle andere overgelegde recensies gaan ofwel over andere producten dan zwembadrobots, zoals grasmaairobots en zwembaden, ofwel over niet nader genoemde producten. Ook het artikel op de website van Kassa en de Facebookpagina refereren niet aan DOLPHIN-producten of Maytronics, anders dan door verwijzing naar de onderhavige procedure. Concrete aanwijzingen dat deze recensies, de Facebookpagina, en het artikel van Kassa afbreuk doen aan de reputatie van de Merken ontbreken.

5.19. De stelling van Maytronics dat consumenten door de slechte ervaringen met ECG minder geneigd zijn DOLPHIN-producten te kopen en dat daardoor distributeurs uit het Programma zullen willen stappen, is gelet op het voorgaande, in onderlinge samenhang bezien, eveneens onvoldoende aannemelijk.

Gegronde reden - slotsom

5.20. Het hiervoor overwogene leidt tot de slotsom dat Maytronics onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt dat zij een gegronde redenen heeft in de zin van artikel 15 lid 2 UMVO respectievelijk artikel 2.23 lid 3 BVIE, om zich te verzetten tegen verdere verhandeling van rechtmatig onder de Merken door ECG in het verkeer gebrachte producten. De grieven 3 tot en met 5 slagen in zoverre. Gelet op de devolutieve werking van het hoger beroep, zal het hof hierna beoordelen of artikel 25 lid 2 UMVO, respectievelijk 2.32 lid 2 BVIE, aanleiding geeft tot toewijzing van het door Maytronics gevorderde.

Artikel 25 lid 2 UMVO respectievelijk 2.32 lid 2 BVIE

5.21. Maytronics betoogt verder dat ECG zich niet op uitputting van de merkrechten op de door haar onder de Merken verhandelde producten kan beroepen, omdat deze producten in strijd met het Programma aan ECG zijn verkocht en dus niet met haar toestemming in de handel zijn gebracht.

5.22. ECG voert hier onder meer tegen aan dat Maytronics zich niet op het Programma kan beroepen, omdat het niet aan de mededingingsrechtelijke voorwaarden voor een selectief distributiestelsel voldoet. In de eerste plaats bestrijdt zij dat het Programma valt onder de Groepsvrijstelling voor verticale overeenkomsten.⁶ ECG verwijst in dit verband naar de beschikking van de Europese Commissie van 27 juni 2018 in de zaak Rhone Zodiac/Fluidra (productie EP3), waarin wordt vermeld dat Maytronics een marktaandeel heeft van 40-50%. De Groepsvrijstelling geldt alleen voor ondernemingen met een marktaandeel van minder dan 30%. Maytronics betwist niet dat haar marktaandeel in 2018 40-50% was, maar stelt dat haar huidige marktaandeel onbekend is. Daarmee heeft zij onvoldoende aannemelijk gemaakt dat zij onder de Groepsvrijstelling valt. Overigens acht het hof het niet erg geloofwaardig dat Maytronics, terwijl zij zegt marktleider te zijn, niet zou weten wat haar marktaandeel is.

5.23. Maytronics heeft, in reactie op de betwisting daarvan door ECG, verder betoogd dat zij voldoet aan de vereisten van artikel 6 lid 3 Mw⁷ (artikel 101 lid 3 VWEU⁸). Zij stelt in dit kader dat de voordelen voor de consument bij het Programma duidelijk zwaarder wegen dan de nadelen van een eventuele beperking van de mededinging. Maytronics wijst er in dit kader op dat een Franse rechter al eens heeft geoordeeld dat de producten van Maytronics niet los kunnen worden gezien van de geïntegreerde pre- en aftersalesdiensten. Daarnaast stelt zij dat kwaliteit en aftersales services blijkens de beschikking van de Commissie in de zaak Rhone Zodiac/Fluidra de belangrijkste drijfveren zijn voor een consument bij de aankoop van een zwembadrobot. Zij verwijst naar de overwegingen 130-132 van die beschikking.

5.24. Het hof volgt Maytronics hierin niet. In overweging 130 van de beschikking staat dat kwaliteit en aftersales services behoren tot de belangrijkste drijfveren voor consumenten bij de aankoop van “robotic/automatic suction cleaners”. Het hof merkt op dat “automatic suction cleaners” blijkens overweging 31 van de beschikking, anders dan zwembadrobots, technische installatie behoeven. Dat pre- en aftersales services daar van belang zijn ligt dus voor de hand. Dat is niet zonder meer duidelijk voor zwembadrobots. ECG voert op dit punt

⁶ Verordening (EU) nr. 330/2010 van de Commissie van 20 april 2010.

⁷ Mededingingswet.

⁸ Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie.

terecht aan dat uit de beschikking (eveneens overweging 31) blijkt dat zwembadrobots als “plug-and-play” producten moeten worden aangemerkt, die door de consument eenvoudig te bedienen zijn. Daarnaast voert ECG terecht aan dat uit overweging 131 blijkt dat de producenten van zwembadrobots zelf kwaliteit en beschikbaarheid als de belangrijkste drijfveren bij de aankoopbeslissing noemen. Pre- of aftersales services noemen zij niet. Maytronics is verder niet ingegaan op het gemotiveerde betoog van ECG dat het slechts zelden voorkomt dat een consument zich op garantie beroept, dat zwembadrobots weinig onderhoud vergen en dat in de door Maytronics overgelegde publicaties over de beste zwembadrobots/de DOLPHIN-producten (producties EP04 tot en met EP06) pre- en aftersales services niet worden genoemd (met uitzondering van één artikel, waarin slechts de duur van de garantie wordt genoemd). Aldus heeft Maytronics naar het oordeel van het hof onvoldoende toegelicht waarom de door haar opgelegde kwaliteitscriteria voor pre- en aftersales service noodzakelijk zijn.

Daarnaast heeft zij niet toegelicht welke producten onder de “Programma Producten” vallen. Evenmin heeft zij (voldoende) toegelicht en onderbouwd of en zo ja in hoeverre de door ECG verhandelde DOLPHIN-producten onder het Programma vallen. Ook heeft Maytronics geen onderbouwing gegeven voor haar stelling dat haar kwalitatieve criteria ook gelden voor producten die buiten het Programma vallen. Aldus heeft Maytronics onvoldoende toegelicht of en zo ja in hoeverre de door ECG verhandelde producten in strijd met de bepalingen van de door Maytronics met haar distributeurs gehanteerde (licentie)overeenkomsten - waarvan zij zelfs geen voorbeeld heeft overgelegd - op de markt zijn gebracht en ECG zich om die reden niet op uitputting zou kunnen beroepen. Op al deze punten is nadere bewijslevering nodig, maar daartoe leent dit kort geding zich niet. Bij deze stand van zaken kan Maytronics zich niet met een beroep op het Programma tegen de verdere verhandeling van DOLPHIN-producten door ECG verzetten.

Uitputting - slotsom

5.25. Maytronics erkent dat ECG de door haar verhandelde DOLPHIN-producten inkoopt bij erkende distributeurs in de EER. Gelet op het voorgaande moet er daarom in dit kort geding van uit worden gegaan dat de door ECG aangeboden en verkochte DOLPHIN-producten met toestemming van Maytronics in de EER in de handel zijn gebracht en dat ECG zich terecht beroept op uitputting van de merkrechten van Maytronics. Er is dus geen sprake van merkinbreuk door ECG. De vordering tot het opleggen van een bevel om merkinbreuk te staken en de bijbehorende nevenvorderingen dienen dan ook te worden afgewezen.

Vorderingen sub 2 tot en met 4

5.26. Tijdens het pleidooi van 25 maart 2021 heeft Maytronics betoogd dat zij in de dagvaarding in eerste aanleg met haar vorderingen sub 1 tot en met 4 diverse grondslagen heeft ingeroepen waarvan de Voorzieningenrechter de vorderingen sub 2 tot en met 4 niet heeft behandeld omdat hij de zaak heeft afgedaan op grond van het merkenrecht en dat het hof de overige gronden in hoger beroep zo nodig alsnog moet beoordelen op grond van de devolutieve werking van het hoger beroep. Het hof volgt Maytronics daarin niet. Er is geen sprake van een situatie waarin Maytronics verschillende grondslagen heeft aangevoerd voor dezelfde vordering. Zij heeft verschillende vorderingen ingesteld, de vorderingen 1 tot en met 4, die verschillende grondslagen hebben en verschillende handelingen beogen te verbieden. Daarbij komt dat Maytronics niet heeft gesteld dat de vorderingen sub 2 tot en met 4 subsidiaire vorderingen waren, terwijl dat ook niet uit de formulering van de

vorderingen blijkt. De devolutieve werking van het hoger beroep leidt er daarom niet toe dat het hof in geval van afwijzing van de vordering sub 1, alsnog de toewijsbaarheid van de vorderingen sub 2 tot en met 4 dient te beoordelen. Omdat er ook geen (incidentele) grieven zijn gericht tegen de afwijzing van de vorderingen sub 2 tot en met 4, blijft de afwijzing van deze vorderingen in stand.

Slotsom

5.27. Het hof zal het vonnis op grond van het voorgaande vernietigen en zal alle vorderingen van Maytronics afwijzen.

5.28. Maytronics zal, als de in het ongelijk gestelde partij, worden veroordeeld in de kosten van de procedure in beide instanties, de (onbestreden) nakosten en wettelijke rente daaronder begrepen. Daarnaast zal het hof Maytronics, conform de daartoe strekkende vordering van ECG, veroordelen tot (terug)betaling van de door ECG aan Maytronics ingevolge het vonnis betaalde proceskostenvergoeding, vermeerderd met wettelijke rente vanaf de dag der betaling door ECG tot aan de dag van integrale restitutie door Maytronics.

5.29. Voor zover de procedure betrekking heeft op de (gestelde) handhaving van intellectuele eigendomsrechten zullen, zoals door ECG gevorderd, ex artikel 1019h Rv de redelijke en evenredige gemaakte proceskosten worden toegewezen. De voorzieningenrechter is er van uit gegaan dat de procedure voor 80% IE betreft en voor 20% niet-IE (onrechtmatige daad). Daarnaast heeft de voorzieningenrechter geoordeeld dat de onderhavige zaak is aan te merken als een complex kort geding. Partijen hebben daar niet tegen gegriefd, zodat het hof daar bij de begroting van de proceskosten in eerste aanleg ook van uit zal gaan. Bij de begroting van de proceskosten in hoger beroep zal het hof dezelfde uitgangspunten hanteren.

6. Beslissing

Het hof:

vernietigt het door de voorzieningenrechter in de rechtbank Den Haag tussen partijen in kort geding gewezen vonnis van 15 juni 2020, en opnieuw rechtdoende:

- wijst alle vorderingen van Maytronics af;
- veroordeelt Maytronics in de kosten van de procedure in eerste aanleg, aan de zijde van ECG bepaald op € 665,00 aan griffierechten en € 20.196,00 aan salaris van de advocaat;

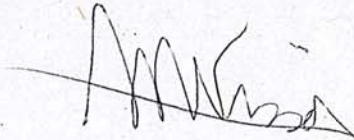
en

- veroordeelt Maytronics tot terugbetaling van al hetgeen ECG aan Maytronics heeft betaald uit hoofde van de in het vonnis aan haar opgelegde proceskostenveroordeling, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf de dag der betaling door ECG tot aan de dag van integrale restitutie door Maytronics;
- veroordeelt Maytronics in de kosten van het geding in hoger beroep, tot op heden aan de zijde van ECG begroot op € 843,38 aan verschotten (€ 760,00 griffierecht en

€ 83,38 dagvaardingskosten), € 20.668,40 aan salaris voor de advocaat en op € 163,00 aan nasalaris voor de advocaat, nog te verhogen met € 85,00 indien niet binnen veertien dagen na aanschrijving in der minne aan dit arrest is voldaan en vervolgens betekening van dit arrest heeft plaatsgevonden, en bepaalt dat deze bedragen binnen 14 dagen na de dag van de uitspraak dan wel, wat betreft het bedrag van € 85,00, na de datum van betekening, moeten zijn voldaan, bij gebreke waarvan deze bedragen worden vermeerderd met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW vanaf het einde van genoemde termijn van 14 dagen;

- verklaart dit arrest uitvoerbaar bij voorraad.

Dit arrest is gewezen door mrs. J.I. de Vreese-Rood, A.D. Kiers-Becking en B.J. Lenselink en ondertekend en in het openbaar uitgesproken door mr. J.E.H.M. Pinckaers, rolraadsheer, op 1 juni 2021 in aanwezigheid van de griffier.



Voor grosse aan:
Uitgegeven aan mr. E.J.C. van Gelderen
Advocaat van: app./geint.
De Griffier van het Gerechtshof
te Den Haag