

# arrest

---

**GERECHTSHOF 's-HERTOGENBOSCH**

Sector civiel recht

zaaknummer HD 200.049.224

arrest van de vierde kamer van 21 september 2010

in de zaak van

**BIK BOUWPRODUCTEN B.V.**,  
gevestigd te Opmeer,  
en  
**VACULUX B.V.**,  
gevestigd te 's-Hertogenbosch,  
appellanten in principaal appel,  
geïntimeerden in incidenteel appel,  
advocaat: mr. L.E.J. Jonker,

tegen:

**TECHCOMLIGHT B.V.**,  
gevestigd te Ede (Gld),  
geïntimeerde in principaal appel,  
appellante in incidenteel appel,  
— advocaat: mr. E.J. Louwers,

op het bij exploit van dagvaarding van 10 november 2009 ingeleide hoger beroep van het door voorzieningenrechter van de rechtbank 's-Hertogenbosch gewezen vonnis van 14 oktober 2009 tussen principaal appellanten – hierna, tenzij anders vermeld, in enkelvoud aangeduid met “Bik” - als gedaagden in conventie en principaal geïntimeerde - Techcomlight - als eiseres in conventie.

**1. Het geding in eerste aanleg (zaaknr. 198243/KG ZA 09-598)**

Voor het geding in eerste aanleg verwijst het hof naar voormeld vonnis. In eerste aanleg waren behalve vorderingen in conventie, ook vorderingen in reconventie aan de orde.

**2. Het geding in hoger beroep**

Bij de appeldagvaarding heeft Bik veertien grieven aangevoerd en geconcludeerd tot vernietiging van het vonnis waarvan beroep en, kort gezegd, tot afwijzing van de vorderingen in conventie.

Bij memorie van antwoord heeft Techcomlight de grieven bestreden. Voorts heeft zij incidenteel appel ingesteld, daarin negentien grieven aangevoerd, haar eis vermeerderd en/of gewijzigd en geconcludeerd, kort gezegd, tot toewijzing van haar vorderingen in conventie zoals zij die vorderingen in hoger beroep nader heeft geformuleerd.

Bik heeft in incidenteel appel geantwoord.

Partijen hebben daarna hun standpunten doen bepleiten door hun raadslieden aan de hand van pleitnota's die bij de stukken zijn gevoegd.

Bij de memorie van antwoord in het principaal appel, tevens van grieven in het incidenteel appel, heeft Techcomlight producties 29 tot en met 36 in het geding gebracht.

Ter voorbereiding op het pleidooi heeft Techcomlight op 16 juni 2010 producties 37 tot en met 44 in het geding gebracht.

Op 16 juni 2010 heeft Bik drie producties A, B en C in het geding gebracht.

Op 24 juni 2010 heeft Bik nog een productie houdende urenoverzicht van de advocaat in het geding gebracht.

Op 25 juni 2010 heeft Techcomlight producties 45 en 46 in het geding gebracht. Een daartegen door Bik gemaakt bezwaar is door het hof verworpen.

Partijen hebben daarna uitspraak gevraagd.

Naast het onderhavige geschil is bij dit hof ook aanhangig het hoger beroep van een vonnis in een executiegeschil dat betrekking heeft op het beroep vonnis van 14 oktober 2009. Techcomlight had daarvan de rolvoeging met de onderhavige zaak gevraagd, hetgeen door de rolraadsheer niet is toegewezen.

In bedoelde parallelzaak (executiegeschil), welke bij dit hof is geadmistreerd onder zaaknr. HD 200.055.526, is gepleit op dezelfde dag als het pleidooi in de onderhavige hoofdzaak.

Ook in die zaak is heden uitspraak gedaan.

### **3. De gronden van het hoger beroep**

Het hof verwijst naar de memories.

### **4. De beoordeling**

#### *in principaal en incidenteel appel*

4.1. Door de grieven in het principaal en het incidenteel appel wordt feitelijk het gehele geschil aan het hof voorgelegd.

4.2. Voor de vaststaande feiten verwijst het hof naar de weergave daarvan onder punten 2.1 tot en met 2.7 van het vonnis waarvan beroep. Met grieven 1 en 3 in het incidenteel appel komt Techcomlight op tegen bepaalde elementen uit die feitenvaststelling. Het hof constateert evenwel dat de weergave van de vastgestelde feiten geen onjuistheden bevat; het hof beoordeelt de daartegen aangevoerde bezwaren als onvoldoende of onvoldoende gemotiveerd. In hoeverre de kwesties welke overigens in deze grieven aan de orde worden gesteld een rol spelen, komt vanzelf bij de bespreking van de rest van het geschil aan de orde.

4.3. Het gaat in dit geschil om vergelijkende reclame met betrekking tot daglichtbuizen. Dat zijn buizen of buissystemen waarmee zonlicht/daglicht een vertrek kan worden binnengeleid, ook indien dat vertrek niet is voorzien van een raam of dakkoepel. Beide partijen brengen dergelijke systemen op de markt, Techcomlight onder de naam Solatube, Bik en Vaculux onder de naam TubeLight resp. Sky Tube Helios, welke beide laatste buizen technisch identiek zijn zodat hierna enkel gesproken zal worden over de Tubelight.

4.4. Techcomlight is sinds 1997 exclusief distributeur van de Solatube voor de Benelux. De Solatube, in een aantal versies, is het enige product dat Techcomlight verkoopt. Bik is in 2008 begonnen met een reclamecampagne als omschreven in r.o. 2.4 van het beroepen vonnis.

4.5. De Solatube is anders dan de Tubelight voorzien van een geotrooieerde kap, genaamd de Raybender, bestaande uit een aantal concentrische ringen, welke het intredende licht op een bepaalde manier zouden moeten geleiden. Partijen hebben noch in eerste aanleg, noch in hoger beroep hun stellingen specifiek op de aanwezigheid of afwezigheid van zo'n kap gebaseerd en daaraan ook geen consequenties verbonden. Niettemin speelt die kap in de overwegingen van de voorzieningenrechter een belangrijke rol. Met grieven 2 tot en met 8 in het principaal appel (deze grieven bevatten overigens nog méér klachten dan deze) komt Bik tegen die overwegingen en de daarop geënte beslissingen op. Met grieven 8 tot en met 10 in het incidenteel appel (ook voor die grieven geldt dat deze nog méér klachten dan deze bevatten) komt ook Techcomlight tegen die overwegingen en de daarop geënte beslissingen op.

4.6. In zoverre slagen de genoemde grieven. De voorzieningenrechter heeft door te beslissen als hij deed beslist op feiten welke partijen niet aan hun vorderingen of verweren ten grondslag hadden gelegd. Bovendien geldt dat, ook al zou de aanwezigheid van een Raybender van wezenlijke invloed zijn op de toetreding van licht dan wel op de verdeling van lichtopbrengst over de dag, dat niet wegneemt dat het bij de in dit geding aan de orde zijnde kwestie – namelijk of Bik al dan niet onrechtmatige vergelijkende reclame heeft gemaakt – gaat om vergelijkbare systemen. De functionaliteit is dezelfde; het doel van beide systemen is dezelfde; de beide systemen zijn substitueerbaar. Het hof verwijst naar randnummers 44 tot en met 52 van de appeldagvaarding en naar randnummer 107 van de memorie van antwoord/grieven. Partijen zijn het erover eens dat de daglichtbuissystemen als vergelijkbare producten moeten worden beschouwd.

4.7. Het hof concentreert zich eerst op de eisen welke in het kader van art. 6:195 BW worden gesteld aan het door Bik bij te brengen bewijs aangaande de juistheid van zijn superioriteitsclaim.

Bik stelt – grief 1 in het principaal appel – dat in het kader van genoemd artikel hij slechts “aannemelijk hoeft te maken” dat zijn superioriteitsclaim terecht is. Techcomlight stelt – grief 5 in het incidenteel appel – dat de overweging van de voorzieningenrechter dat om de juistheid van het Olinorapport te kunnen vast stellen een uitgebreid onderzoek nodig zou zijn waartoe een kort geding zich niet leent, niet op gaat.

4.8. Bik verdedigt het standpunt dat de bewijslast welke krachtens art. 6:195 BW op haar wordt gelegd een lichtere is dan die welke krachtens het gewone bewijsrecht zou gelden, namelijk “aannemelijk maken” in plaats van “aantonen”.

In zijn algemeenheid is dit niet juist. De door Bik aangehaalde jurisprudentie en wetstoelichting hanteren die term “aannemelijk maken” vrijwel in alle gevallen in combinatie met het geval dat een dergelijke zaak *in kort geding* aanhangig is. In een kort geding gelden de normale regels van bewijsrecht niet onverkort en wordt veelal volstaan met een lichtere mate van bewijs, bijvoorbeeld in de vorm van een “aannemelijk maken”. Een en ander hangt dus samen met de aard van het kort geding en niet met de aard van vorderingen als de onderhavige. Art. 6:195 BW behelst, aldus bezien, niet meer dan een omkering van de bewijslast: niet de klager (in dit geval: Techcomlight) moet aantonen (dan wel in een kort geding: aannemelijk maken) dat de reclame onrechtmatig is, doch de adverteerder (Bik) moet aantonen (dan wel in een kort geding: aannemelijk maken) dat de gewraakte reclame juist is.

---

***De eerste claim: 65 % meer lichtopbrengst.***

4.9. Beide partijen hebben rapporten overgelegd. Het hof zal die rapporten op hun eigen merites te beoordelen, ongeacht de reputaties van de rapporterende instanties. Het hof is niet deskundig op dit gebied. Het hof heeft dus geen andere mogelijkheid dan kennis te nemen van overgelegde rapporten, deze zoveel mogelijk te analyseren en op basis daarvan tot een conclusie te komen nopens de vraag of Bik zijn superioriteitsclaim heeft waargemaakt.

4.10. Bik heeft onderzoek doen uitvoeren door OliNo Energy (hierna Olino), die diverse versies van haar rapport heeft uitgebracht, welke versies alle zijn gebaseerd op metingen die op 21 mei 2008 zijn uitgevoerd. Bik baseert haar claim op de uitkomsten van die rapporten en verwijst in haar reclame-uitingen ook naar die rapporten. Zij wil zulks ook kunnen blijven doen. In de visie van Bik heeft zij met deze rapporten voldaan aan de krachtens art. 6:195 op haar rustende bewijslast.

4.11. Dit wordt door Techcomlight betwist. Techcomlight heeft daartoe eerst een onderzoek doen instellen door Grontmij (die het onderzoek heeft uitbesteed aan Lichtconsult), die met een rapport kwam waarin zware kritiek werd uitgeoefend op het door Olino uitgevoerde onderzoek en het door deze opgestelde rapport. Overigens heeft Olino daar gemotiveerd op gereageerd; Grontmij/Lichtconsult hebben op een hernieuwde versie van het Olino-rapport andermaal kritiek geuit. Techcomlight heeft overigens ook onderzoek doen uitvoeren door VSL, en ook deze heeft een rapport uitgebracht waarin diverse punten van kritiek op het onderzoek en het rapport van Olino worden geuit.

4.12. Bik heeft (zeer recent) Kema onderzoek laten doen *teneinde het Olino-rapport te valideren*, aldus Bik. Kema heeft gerapporteerd op 16 juni 2010. Bij gelegenheid van het pleidooi in hoger beroep op 1 juli 2010 verklaarde Bik desgevraagd uitdrukkelijk dat in zijn visie het Kemarapport strekte ter validering van het Olinorapport en dus niet- althans niet primair - bij wijze van zelfstandige onderbouwing van de superioriteitsclaim van Bik. Dat dit de bedoeling is van Bik volgt ook uit het gegeven dat hij in reclames de verwijzing naar het Olino-rapport wil blijven gebruiken.

4.13. Ook dat Kemarapport is becommentarieerd door Grontmij en VSL. Bik heeft er bezwaar tegen gemaakt dat die commentaren in de beoordeling zouden worden meegenomen omdat die producties, die op 25 juni 2010 zijn toegezonden, te laat in het geding zouden zijn gebracht. Het hof was evenwel van oordeel dat nu die rapporten reageerden op een tamelijk laat in het geding gebracht rapport van Kema, deze toch konden worden meegenomen. Rekening dient te worden gehouden met de omstandigheid dat de mogelijkheid voor Bik om op die reacties te reageren, beperkt is geweest. Overigens is zij daar wel bij gelegenheid van het pleidooi summier op ingegaan door middel van een aanvullende pleitnota.

4.14. Het hof beziet thans in hoeverre in het licht van de ten verzoeken van Techcomlight uitgebrachte deskundigenrapporten aan de Olinorapporten voldoende bewijs kan worden ontleend voor het oordeel dat Bik haar superioriteitsclaim (ten aanzien van de lichtopbrengst) voldoende aannemelijk heeft gemaakt. Daarbij concentreert het hof zich op het eerste rapport van VSL, waarin de opzet van het onderzoek en het rapport van Olino van commentaar worden voorzien.

4.15. VSL stelt het ontbreken van kalibratie van de 4 LX-1108 luxmeters aan de orde en onderzoekt of dit opgelost kan worden door het gebruik van de wel gekalibreerde Spec-

bosmeter. Zij legt vervolgens uit dat die Specbosmeter niet voor de gehanteerde meetcondities was gekalibreerd, zodat daarmee geen absolute metingen konden worden gedaan, hetgeen volgens VSL onverlet laat dat daarmee mogelijk wel vergelijkende metingen konden worden gedaan. VSL licht vervolgens (paragraaf 4.1 ten laatste) toe waarom bij de gehanteerde werkwijze de onderlinge vergelijkbaarheid van de ongekalibreerde luxmeters onvoldoende gewaarborgd is door de vergelijking met de Specbos.

4.16. VSL stelt onder 4.2 het ontbreken van accreditatie van Olinio aan de orde, doch dat is naar 's hofs oordeel voor het onderhavige geschil minder relevant. Het gaat om vergelijkende reclame, en daarbij dient Bik aannemelijk te maken dat haar claim gegrond is. Dat kan ook door middel van een onderzoek door een niet geaccrediteerde persoon of instelling, mits het onderzoek als zodanig op correcte wijze is uitgevoerd.

4.17. Onder 4.3 stelt VSL de gebrekkige documentatie en daarmee de afwezigheid van herhaalbaarheid aan de orde. Ofschoon op zichzelf het gegeven dat een onderzoek niet reproduceerbaar is er niet aan in de weg hoeft te staan dat het onderzoek als zodanig deugdelijk is uitgevoerd, mag ook in het kader van bewijslevering als bedoeld in art. 6:195 BW worden verlangd dat indien dat bewijs wordt bijgebracht in de vorm van een rapport van een deskundige, zulks geschiedt in een vorm welke toetsbaar is, zulks om te bevorderen dat het "onderzoek" méér is dan een blote bewering. VSL merkt op dat de condities waaronder is gemeten onvoldoende nauwkeurig zijn omschreven, dat de beschrijving van de meetprocedures veel kwalitatieve uitspraken bevat, en dat de maten en geometrie van de (kleine) kasten niet zijn gespecificeerd.

4.18. Onder 4.4 stelt VSL aan de orde dat de onzekerheidsberekening door Olinio onjuist of onvolledig is uitgevoerd. Uit de statistische analyse blijkt dat de correctiefactoren niet volgens een normaalverdeling zijn verdeeld zodat de standaardafwijking niet als maat voor de spreiding gehanteerd kan worden. Toch wordt het gemiddelde als beste schatting genomen en dat ligt juist bij een niet-normale verdeling niet automatisch voor de hand. Verder merkt VSL op dat Olinio arbitraire en niet onderbouwde veiligheidsfactoren hanteert waarvan niet vast staat dat die toereikend zijn.

4.19. Onder 4.5 constateert VSL dat de meetopstelling niet gevalideerd is, en dat zelfs geen interne controles zijn uitgeoefend, bijvoorbeeld door verwisseling van luxmeters of daglichtbuizen tussen de verschillende opstellingen waardoor men de vergelijkbaarheid van de verschillende opstellingen had kunnen toetsen.

4.20. Onder 4.6 merkt VSL op dat de kasten een uiterst kritische component van de meetopstelling uitmaken. Reeds door minieme maatverschillen kan binnen die kast een andere verstrooiing van licht optreden, hetgeen tot lagere metingen van de luxmeters leidt. Dat wordt niet gecorrigeerd door controle met de Specbosmeter. Een verschil in maatvoering, hoekverschillen tussen de wanden van de kasten, een holling of bolling in een van de wanden van de kasten, kunnen alle leiden tot een verschillende response van de kasten.

4.21. Op blad 10 vat VSL samen dat, omdat elke daglichtbuis slechts gemeten is in combinatie met een unieke kast en die kasten (standaard keukenkasten van Ikea) niet gekarakteriseerd zijn, er geen onderscheid te maken is tussen de prestaties van de daglichtbuis en die van de kast. Geringe verschillen in lichtabsorptie binnen een kast kunnen leiden tot een groot verschil in lichtopbrengst op de luxmeter. De combinatie van daglichtbuis en kast zorgt er voor dat het meeste licht niet op de luxmeter valt. Daardoor is het systeem zeer gevoelig voor kleine verstoringen in de geometrie. Ook is niet zeker dat de verdeling van het licht binnen de kast homogeen is.

4.22. Het VSL-rapport, welk rapport bij kritische lezing door het hof de indruk wekt een deugdelijk gemotiveerd rapport te zijn, roept zoveel twijfels op ten aanzien van de wijze waarop het onderzoek door Olino is uitgevoerd en waarop Olino tot haar conclusies is gekomen, dat Bik met dat Olino-rapport zijn superioriteitsclaim ten aanzien van de aanmerkelijk hogere lichtopbrengst van de Tubelight ten opzichte van de Solatube naar het voorlopig oordeel van het hof onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt.

4.23. Als gezegd heeft Bik ook Kema laten rapporteren. Kema geeft in haar rapport op blad 8 de verdeling van de gemeten lichtpunten op de diffusor aan. Volgens VSL en Grontmij/Lichtconsult kan op die wijze geen betrouwbare meting worden uitgevoerd. Niettegenstaande de door VSL in hoofdstuk 4 van haar reactie gegeven uitleg valt voorsnog niet in te zien waarom de door Kema gehanteerde meetmethode, die mogelijk minder geschikt is voor absolute metingen, niet toereikend zou zijn voor een vergelijkende meting. Hier wrekt zich dat Kema op het rapport van VSL niet heeft kunnen reageren.

4.24. Dat betekent echter nog niet dat op basis van het Kemarapport aangenomen kan worden dat de superioriteitsclaim van Bik terecht is. In de eerste plaats moet worden opgemerkt, dat in het rapport van Kema niets wordt gezegd over het Olino-onderzoek. Dat het Olino-onderzoek of de wijze waarop het is uitgevoerd door het Kema-onderzoek wordt "gevalideerd" blijkt dus niet. Voorts valt op, dat Kema slechts de resultaten van haar lichtmetingen weergeeft zonder daar enige conclusie aan te verbinden. Dat betekent dat evenmin gezegd kan worden dat door de uitkomsten van het Kema-onderzoek de uitkomsten van het Olino-onderzoek worden "gevalideerd".

#### ***De tweede claim: 15 % gemakkelijker te installeren***

4.25. Wat het installatiegemak betreft: ter onderbouwing van haar stelling dat de Tubelight 15 % gemakkelijker of 15 % sneller te monteren is, heeft Bik in eerste aanleg als productie 6 een rapport van Hendriks overgelegd. Het spreekt voor zich dat "gemakkelijkheid" een niet kwantificeerbaar begrip is, doch "snelheid" is dat wel. Indien uit een test zou blijken dat de gemiddelde tijd die het aanbrengen van de ene buis vergt 15 % korter is dan de gemiddelde tijd die het aanbrengen van de andere buis vergt, is voldoende aannemelijk gemaakt dat de installatie van de eerste buis "15 % sneller" gaat.

4.26. Techcomlight heeft verschillende punten van kritiek op het rapport van Hendriks. Het hof bespreekt slechts twee van die kritiekpunten.

4.27. De rapporteur Hendriks is verbonden aan het bedrijf BDA Dakadvies, een te goeder naam en faam bekend staand adviesbureau omtrent allerhande kwesties die daken aangaan. Het rapport valt in twee delen uiteen. Het eerste deel bevat een tabelvormige beschrijving van de beide daglichtbuizen (Solatube en Tubelight) met de voordelen en nadelen van elk type. Daarin komt de expertise van Hendriks tot uiting. Echter: die opsomming kan eventueel dienen als toelichting bij constatering waarom de ene of de andere buis sneller te monteren is, maar aan die opsomming komt geen zelfstandige betekenis toe bij het bewijs dat de ene buis sneller te monteren is dan de andere. Het hof laat die opsomming dus terzijde.

4.28. Het tweede deel van het rapport bevat een verslag van een aantal montageproeven. De montage van beide buizen heeft plaatsgevonden door een vakinstructeur van BDA, Blonk. Het hof gaat voetstoots van zijn ervaring en deskundigheid uit. De heer Kok van Vaulux was bij de test aanwezig; van Techcomlight was niemand aanwezig. Het hof acht zulks

ongewenst; in zo'n situatie bestaat de kans dat de monteur goedbedoelde (en op zichzelf mogelijk tamelijk onschuldige) aanwijzingen krijgt van de vertegenwoordiger van de aanwezige partij bij de montage van de buis van die partij, terwijl de monteur bij de andere buis moet aanmodderen.

4.29. Van elk type buis waren twee exemplaren beschikbaar, zodat elk type twee maal getest kon worden. In welke volgorde de buizen werden geplaatst is niet vermeld. In hoeverre vermoedheid een rol heeft gespeeld kan dus niet worden nagegaan.

4.30. De eerste test van de Solatube verliep moeizaam. De handleiding was niet goed gelezen waardoor fouten werden gemaakt. Montage kostte 1 uur en 40 minuten. De tweede test liep veel sneller, namelijk een uur. Bij de Tubelight was dit 60 resp. 50 minuten.

4.31. Bedacht dient echter te worden dat als de eerste poging met de Solatube moeizaam ging omdat de handleiding niet goed was gelezen, de tweede poging met die Solatube in bepaalde opzichten als de eerste moet worden beschouwd. In zoverre gaat de vergelijking van de tweede test van de Tubelight met de tweede test van de Solatube mank.

4.32. Afgezien hiervan acht het hof het niet juist dat met zo'n beperkt aantal buizen door slechts één man een test is uitgevoerd. De invloed van de monteur bij het gehele proces is zo groot, dat aan de hand van één test geen zinvolle uitspraak kan worden gedaan.

4.33. In onderlinge samenhang leiden deze punten van kritiek reeds tot de conclusie dat de snelheidsclaim niet aannemelijk is gemaakt, zodat de overige kritiekpunten onbesproken kunnen worden gelaten.

#### ***De derde claim: kostenbesparing 50 %***

4.34. Nu Bik haar superioriteitsclaim ten aanzien van de lichtopbrengst en de installatiesnelheid niet aannemelijk heeft gemaakt, heeft zij evenmin haar claim ten aanzien van de 50 % kostenbesparing aannemelijk gemaakt.

#### ***Conclusie***

4.35. Het hof komt tot de slotsom dat geen van de in de gewraakte reclame-uitingen gedane beweringen aannemelijk is gemaakt, zodat aangenomen moet worden dat er sprake is geweest van ontoelaatbare en/of onzorgvuldige vergelijkende reclame.

#### ***De grieven in het principaal appel:***

4.36. Grief 1 is gericht tegen het oordeel dat om de juistheid van het Olino-rapport te beoordelen nader onderzoek noodzakelijk zou zijn, waartoe een kort geding zich niet leent. Deze grief is niet meer relevant, nu immers het hof juist tot de conclusie is gekomen dat de juistheid van dat rapport vooralsnog niet is komen vast te staan. Het hof overwoog reeds omtrent de maatstaf welke bij de waardering van het bijgebrachte bewijs moet worden toegepast. De grief faalt.

4.37. Grief 2 betreft de overwegingen omtrent de Raybender. De grief slaagt. Het hof heeft de Raybender geheel buiten beschouwing gelaten. Grief 3 slaagt dus ook.

4.38. Ook grieven 4 tot en met 8 slagen nu de producten wel vergelijkbaar zijn. Het hof heeft dat tot uitgangspunt voor de beoordeling genomen. Dat betekent niet dat daarmee

de uitlatingen van Bik toelaatbaar waren. In het vorenoverwogene ligt besloten dat die beweringen juist niet toelaatbaar waren.

4.39. Grieven 9 en 10 hebben betrekking op het installatiegemak. In hetgeen te dien aanzien hiervoor is overwogen ligt besloten dat deze grieven falen.

4.40. Grief 11 correspondeert met de vordering zoals Techcomlight die bij haar memorie van antwoord/grieven in het petitum sub (b) heeft geformuleerd. Techcomlight vordert dat Bik zich zal onthouden van onjuiste, misleidende, onvolledige of anderszins onrechtmatige uitlatingen. De voorzieningenrechter heeft deze vordering toegewezen. Naar 's hofs oordeel is deze vordering te ruim omschreven om voor toewijzing in aanmerking te komen. De grief slaagt.

4.41. Grief 12 heeft betrekking op het gebod om elke verwijzing naar Techcomlight of Solatube van de website van Bik te verwijderen en verwijderd te houden. In beginsel is de verwijzing naar Solatube op de website van Bik in strijd met art. 2:20 lid 1 sub a BVIE (HvJ EG 12 juni 2008, C-533/06, O2/Hutchison). Voor dat merkgebruik kan een gerechtvaardigde grond voor zijn, bijvoorbeeld in het kader van toelaatbare vergelijkende reclame. Daarvan is geen sprake, zodat dit verbod toewijsbaar was, en dus faalt de grief.

4.42. Grieven 13 en 14 betreffen de dwangsommen en proceskosten en komen hierna aan de orde.

***De grieven in het incidenteel appel:***

4.43. Grief 1 is gericht tegen een element van de feitenvaststelling dat blijkt het hiervoor overwogene voor de beoordeling van dit geschil niet van belang is. Datgene wat in de toelichting bij de grief naar voren is gebracht heeft wel een rol gespeeld bij de algemene overwegingen van het hof omtrent dit geschil.

4.44. Grief 5 is gegrond in zoverre dat op basis van het rapport van VSL voldoende aannemelijk is geworden dat het Olino-rapport niet kan dienen ter onderbouwing van de superioriteitsclaim met betrekking tot de Tubelight. Om diezelfde reden slaagt ook grief 6. Grieven 2, 3 en 7 zijn dan niet meer van belang.

4.45. Omtrent grieven 8 tot en met 10 overwoog het hof reeds dat deze slagen voor zover de voorzieningenrechter op eigen initiatief conclusies verbond aan het bestaan van de Raybenderkap. De overige klachten welke met deze grieven en de toelichtingen daarop aan de orde worden gesteld behoeven geen afzonderlijke bespreking meer, nu het hof de reclame-uitingen hoe dan ook niet toelaatbaar acht.

4.46. Grief 11 heeft betrekking op de weergave van de vorderingen door de voorzieningenrechter. Het hof laat deze grief terzijde, nu Techcomlight haar eis in hoger beroep heeft gewijzigd en het hof daarop recht zal doen.

4.47. Grieven 12 en 13 komen aan de orde bij de bespreking van de vorderingen van Techcomlight.

4.48. Grief 14 stelt aan de orde dat de voorzieningenrechter een aantal grondslagen onbesproken heeft gelaten. Echter, indien bepaalde ingestelde vorderingen op grondslag A kunnen worden toegewezen, dan behoeft de rechter de tevens aangevoerde grondslagen B niet te bespreken. In zoverre faalt de grief.



4.49. Grief 15 heeft betrekking op merkinbreuk en deze grief slaagt. Voor toewijzing van één van de vorderingen is relevant of er sprake is van merkinbreuk; het hof komt daarop terug.

4.50. Grief 16 heeft betrekking op de proceskosten. Met betrekking tot de proceskosten overweegt het hof reeds thans dat het aspect van merkinbreuk (door gebruikmaking van de naam Solatube) in het geheel van het geschil van zo ondergeschikte aard is geweest en dat het specifiek daarop gerichte debat zo beperkt van omvang is geweest, dat voor kostenveroordeling op de voet van art. 1019h Rv. geen plaats is; in zoverre faalt grief 16.

4.51. Grief 17 betreft de dwangsom; deze komt verderop aan de orde.

4.52. Grief 18 betreft de formulering van een van de toegewezen vorderingen; dit komt aan de orde bij bespreking van de vorderingen.

4.53. Grief 19 is een verzamelgrief waaraan geen zelfstandige betekenis toekomt.

#### *De vorderingen*

4.54. In het vorenoverwogene ligt besloten dat deze in grote lijnen kunnen worden toegewezen. Het hof volgt de nummering van de vorderingen zoals deze zijn geformuleerd in de memorie van antwoord/grieven, pag. 74 e.v.

4.55. Vordering 1 sub (a): onderdeel (xvi) wordt afgewezen. Deze uitlating zou enkel onrechtmatig zijn in combinatie met een van de uitlatingen die daarvoor worden genoemd, maar is als zodanig niet onrechtmatig.

4.56. Met betrekking tot de diverse uitlatingen zoals die in vordering sub (a) worden genoemd geldt dat deze in hun algemeenheid mogelijk niet ontoelaatbaar zouden zijn geweest, voor zover zij varianten bevatten op het thema dat wasmiddel X “witter dan wit” wast; zie bijv. de uitlatingen als bedoeld onder (iv), (v), (vi), (xi), en (xv). In het onderhavige geval echter is onvermijdelijk dat dergelijke uitlatingen door de potentiële lezers van de reclame-uitingen – waaronder ook veel professionele bedrijven – gezien worden tegen de achtergrond van de reeds aan hen uit het verleden bekende oudere reclames waarin de claims betreffende “65 % meer lichtopbrengst”, en “15 % gemakkelijker te installeren” en dergelijke. Uitlatingen welke dus gewoonlijk beschouwd zullen worden als de aan reclame eigen overdrijving, worden aldus mogelijk nog steeds door afnemers tot zich genomen op een wijze dat hun latente, door het verleden bepaalde indruk dat de Solatube 65 % meer lichtopbrengst zou bieden dan de Solatube, wordt bevestigd. Daarom zijn in dit concrete geval ook die uitlatingen niet toelaatbaar.

4.57. Vordering 1 sub (b) wordt in zijn geheel afgewezen. Deze vordering is te ruim omschreven. Van geval tot geval dient te worden beoordeeld of Bik met bepaalde uitlatingen over de schreef gaat. Toewijzing van deze vordering, versterkt met een dwangsom, leidt bij voorbaat tot een sterk vergrote kans op allerlei executiegeschillen.

4.58. Vordering 1 sub (c) wordt toegewezen.

4.59. Aan vordering 1 sub (d) wordt toegevoegd dat Bik de van wederverkopers terug te ontvangen materialen telkens binnen 8 dagen na ontvangst dient te vernietigen.

4.60. Vordering 1 sub (e) is toewijsbaar, met dien verstande dat Bik geen mededeling hoeft te doen van dusdanige gegevens (bijvoorbeeld direct mail aan afnemers) dat Techcomlight, zijnde een concurrent van Bik, daaruit kan afleiden wie de afnemers van Bik zijn. Het hof zal deze veroordeling aldus formuleren dat deze uitsluitend betrekking heeft op advertenties en dergelijke publieke uitingen.

4.61. Vordering 1 sub (f) is toewijsbaar op basis van art. 2.20 lid 1 sub a BVIE.

4.62. Vordering 1 sub (g) is toewijsbaar doch behoeft een aangepaste formulering, daar weliswaar aannemelijk is dat Bik op gelijke wijze als waarop zij de uitlatingen geplaatst heeft weten te krijgen, deze ook weer verwijderd moet kunnen krijgen, maar zekerheid daaromtrent bestaat niet. Voorts valt niet in te zien op welke wijze Bik zou kunnen aantonen dat alle verwijzingen op haar website zijn verwijderd.

4.63. Vordering 1 sub (h) is niet toewijsbaar. Een rechtsgrond voor deze vordering ontbreekt. Een uitleg waarom Bik in dit opzicht onrechtmatig zou hebben gehandeld eveneens.

4.64. Vordering 1 sub (i) zal worden toegewezen, met dien verstande dat de passage "Aan de vergelijking lag geen betrouwbaar en onafhankelijk onderzoek ten grondslag" wordt vervangen door de passage: "De vergelijkingen werden niet gestaafd door onderzoek dat met inachtneming van de daaraan te stellen eisen is uitgevoerd."

4.65. Aan vordering 1 sub (j) zal worden toegevoegd dat de tekst geplaatst moet worden in een gebruikelijk lettertype van een gebruikelijke lettergrootte.

4.66. Wat vordering sub 2 (dwangsommen) betreft: niet geheel duidelijk is wat Techcomlight bedoelt met "ieder voor zich als ook gezamenlijk en hoofdelijk". Voorts valt niet in te zien waarom een vordering tot betaling van een dwangsom niet voor compensatie vatbaar zou kunnen zijn.

4.67. De vorderingen sub 1 (a), (c) en (f) bevatten diverse verboden (ook al zijn zij geformuleerd als geboden), de vorderingen sub 1 (d), (e), (g), (i) en (j) bevatten diverse geboden.

4.68. Het hof acht het ongewenst om terzake van de gevorderde en toe te wijzen verboden de hoofdsom hoofdelijk op te leggen. In dit geval bestaan kennelijk de nodige dwarsverbanden tussen Bik en Vaculux; beide zijn dochteronderneming van CRH. Doch het blijven zelfstandige rechtspersonen die op verschillende adressen zijn gevestigd en Bik heeft het niet in de hand te garanderen dat Vaculux enige verbodsbepaling zal naleven en omgekeerd.

4.69. Voor de diverse geboden geldt dat het daarbij niet gaat om een enkelvoudig gebod dat net zo goed door de ene als door de andere aangesproken partij kan worden nageleefd (bijvoorbeeld: een op vordering van een onderhuurder hoofdelijk tot de hoofdhuurder en de huiseigenaar gericht gebod om een lekkende waterleiding te herstellen), maar om geboden die naar hun aard telkens enkel door Bik dan wel door Vaculux kunnen worden nageleefd. Het licht voor de hand dat Bik enkel zeggenschap heeft over de website van Bik en Vaculux over die van Vaculux.

4.70. Het hof zal Bik en Vaculux dan ook niet hoofdelijk veroordelen tot betaling van een dwangsom, doch uitsluitend ieder voor zich. Het hof zal het verschil tussen beide boven-

dien tot uiting brengen door ten aanzien van de verschillende deelvorderingen, waar nodig, onderscheid te maken tussen Bik en Vaculux.

4.71. Bik en Vaculux dienen als de grotendeels in beide instanties in het ongelijk gestelde partijen te worden aangemerkt en zullen mitsdien in de kosten van beide instanties worden verwezen.

## 5. De uitspraak

Het hof:

*op het principaal en incidenteel appel*

vernietigt het vonnis waarvan beroep voor zover in conventie geweest, en opnieuw rechtdoende:

A. Gelast Bik en Vaculux, ieder voor zich om:

1. met onmiddellijke ingang na betekening van dit arrest ieder openbaar (doen) maken van de reclameclaims of uitingen waarmee de Tubelight of SkyTube Helios, al dan niet met de uitdrukkelijke vermelding van Solatube, Techcomlight en/of "concurrerende systemen" wordt gepresenteerd als:

- een daglichtsysteem dat 65 % meer lichtopbrengst genereert,
- 15 % gemakkelijker of sneller te installeren is, of
- 50 % goedkoper dan wel kostenbesparend is

te staken en gestaakt te houden, daaronder begrepen, maar daartoe niet beperkt, het uiten (zowel mondeling als in geschrift) van één of meer van de volgende claims of uitingen, al dan niet met de uitdrukkelijke vermelding van Solatube, Techcomlight en/of "concurrerende systemen":

- a) 65 % meer lichtopbrengst
- b) 65 % meer daglicht
- c) lichtopbrengst 65 % groter dan de lichtopbrengst van de Solatube
- d) maximale lichtopbrengst
- e) maximale lichtopbrengst gedurende de gehele dag
- f) aanzienlijk hogere lichtopbrengst
- g) 15 % gemakkelijker te installeren
- h) 15 % sneller te installeren
- i) 15 % gemakkelijker te monteren
- j) risicoloos overstappen: niet goed ten opzichte van de installatietijd van de Solatube: geld terug
- k) goedkoper/kostenbesparend
- l) 50 % goedkoper bij een vergelijkbare lichtopbrengst
- m) 50 % minder totale kosten
- n) tot 10 % goedkoper
- o) aanzienlijk goedkoper

dan wel claims met een in essentie overeenkomende strekking;

2. zich (zowel mondeling als in geschrift) met onmiddellijke ingang te onthouden van

---

vermeidung van (de gehele of gedeeltelijke inhoud en/of de resultaten van):

- OliNo Rapport I
- Tabel Installatiegemak
- Kostenberekening Tubelight
- OliNorapport II
- BDA Dakadvies rapport
- Kostenberekening SkyTube Helios

3. binnen twee weken na betekening van dit arrest alle dozen, verpakkingsmaterialen, al het drukwerk en ander promotiemateriaal waarin of waarop de onder de veroordeling sub 1. weergegeven claims of uitlatingen zijn geplaatst en/of waarop of waarin (de resultaten van) de onder veroordeling sub 2. genoemde stukken geheel of gedeeltelijk zijn weergegeven (hierna: "het materiaal"), op eigen kosten van hun wederverkopers terug te vragen en deze binnen 8 dagen na retournering samen met de bij de bij Bik en Vaculux aanwezige voorraad van het materiaal te (doen) vernietigen en hiervan door een deurwaarder proces-verbaal te laten opmaken, met bepaling dat een kopie van het proces-verbaal binnen twee dagen na vernietiging van het betreffende materiaal aan de advocaat van Techcomlight wordt verzonden;

4. ervoor zorg te dragen dat de advocaat van Techcomlight binnen twee weken na betekening van dit arrest in het bezit is van (kopieën van) alle gegevens met betrekking tot de inhoud, omvang en wijze van openbaarmaking van de verboden reclameclaims en/of uitingen (voor zover die uitingen in het openbaar zijn gedaan), alles voor zover het daarbij gaat om reclames of uitingen als omschreven in de veroordeling sub 1, dan wel van reclames en/of (openbare) uitingen met een in essentie gelijke strekking;

5. met onmiddellijke ingang na betekening van dit arrest iedere vorm van gebruik van het teken "Solatube" in het kader van de gewraakte uitingen te (doen) staken en gestaakt te (doen) houden;

6. binnen twee dagen na betekening van dit arrest de gewraakte uitlatingen, met de expliciete of impliciete vermelding van of verwijzing naar Techcomlight of Solatube op (wat Bik betreft) websites van Bik en (wat Vaculux betreft) de website van Vaculux te (laten) verwijderen en verwijderd te (laten) houden;

7. binnen twee weken na betekening van dit arrest, voor zover in hun macht ligt, de gewraakte uitlatingen, met de expliciete of impliciete vermelding van of verwijzing naar Techcomlight of Solatube te (laten) verwijderen en verwijderd te (laten) houden van websites van derden aan wie zij opdracht hebben gegeven of hebben verzocht de gewraakte uitlatingen te plaatsen en zich daartoe in te spannen, en van die inspanningen bewijs te zenden aan de advocaat van Techcomlight;

8. in de eerstvolgende editie van de bladen Vereniging Eigen Huis, Architectenweb Magazine, Dakenraad, De Dakdekker, Roofs, en "Dak + Bouw" op dezelfde pagina als waar en in dezelfde opmaak en hetzelfde formaat als waarin de omstreden advertenties in elk van die bladen was geplaatst een advertentie te plaatsen zonder enige begeleidende tekst, toevoeging, kwalificatie of commentaar, met de volgende tekst:

*Rectificatie*

*In advertenties, folders, internetpagina's en brieven hebben Bik en Vaculux*

*vergelijkingen gepubliceerd tussen de Tubelight c.q. de SkyTube Helios en de Solatube verhandeld door Techcomlight BV*

*De informatie in die advertenties, folders, internetsites en/of brieven was misleidend en onzorgvuldig.*

*Deze vergelijkingen werden niet gestaafd door onderzoek dat met inachtneming van de daaraan te stellen eisen is uitgevoerd. Bij arrest van 21 september 2010 heeft het Gerechtshof te 's-Hertogenbosch, rechtdoende in kort geding, Bik en Vaculux bevolen de misleidende en onzorgvuldige reclame te rectificeren.*

Het hof verstaat hierbij dat – naar hun keuze – Bik en Vaculux, elk voor zich, desgewenst kunnen volstaan met het plaatsen van afzonderlijke advertenties, waarbij Bik enkel refereert aan haar daglichtbuis, haar publicaties en de jegens haar uitgesproken veroordeling, en ook Vaculux enkel refereert aan haar daglichtbuis, haar publicaties en de jegens haar uitgesproken veroordeling;

9. binnen twee werkdagen na plaatsing van de advertenties een exemplaar van de bladen waarin die advertenties zijn geplaatst te verzenden aan de advocaat van Techcomlight;

10. binnen vijf dagen na betekening van dit arrest een rectificatie te plaatsen op de websites van Bik en Vaculux en aldaar gedurende vier weken na plaatsing te handhaven, waarin op gelijke wijze als hiervoor de berichtgeving wordt gerectificeerd, met bepaling dat de rectificatie in een gebruikelijk lettertype met een gebruikelijke lettergrootte dient te worden gepubliceerd;

B1. veroordeelt Bik tot betaling van een onmiddellijk opeisbare dwangsom van € 10.000,-- voor elke overtreding van een van de jegens haar uitgesproken hiervoor omschreven verboden of geboden en voor elke dag dat die overtreding voortduurt, onder bepaling dat Bik in totaal niet meer dan € 500.000,-- aan dwangsommen zal verbeuren;

B2. veroordeelt Vaculux tot betaling van een onmiddellijk opeisbare dwangsom van € 10.000,-- voor elke overtreding van een van de jegens haar uitgesproken hiervoor omschreven verboden of geboden en voor elke dag dat die overtreding voortduurt, onder bepaling dat Vaculux in totaal niet meer dan € 500.000,-- aan dwangsommen zal verbeuren;

C. bepaalt – voor zover deze zaak betrekking heeft op merkrechten – de redelijke termijn in de zin van art. 1019 i Rv en art. 50 lid 6 TRIPS-verdrag binnen welke een bodemprocedure aanhangig moet worden gemaakt op zes maanden na uitspraak van dit arrest;

D. veroordeelt Bik en Vaculux in de kosten van het geding in beide instanties, in eerste aanleg (in conventie) begroot op € 416,50 aan verschotten en € 2.000,-- voor salaris advocaat, in het principaal appel begroot op € 313,-- aan verschotten en € 2.682,-- voor salaris advocaat, en in het incidenteel appel begroot op € 1.341,-- voor salaris advocaat;

E. verklaart deze uitspraak uitvoerbaar bij voorraad.

Dit arrest is gewezen door mrs. Brandenburg, Wabeke en Struik en in het openbaar uitgesproken door de rolraadsheer op 21 september 2010.

griffier

rolraadsheer

2.0.2.



w.g. de griffier

w.g. de rolraadsheer

VOOR GROSSE / AFSCHRIFT

Afgegeven aan: adv. app./geïntim.: *mr. E.J. Louwers*

Griffier gerechtshof 's-Hertogenbosch d.d.: *21-09-2010*

*U. Marechal*