

# arrest

IN NAAM VAN DE KONING

## GERECHTSHOF AMSTERDAM

afdeling civiel recht en belastingrecht, team I

zaaknummer : 200.292.139/01 KG

zaak-/rolnummer rechtbank Amsterdam: C/13/691686 / KG ZA 20-950

### arrest van de meervoudige burgerlijke kamer van 31 mei 2022

inzake

**24MAN B.V.**,  
gevestigd te Amsterdam,  
appellante in principaal appel,  
geïntimeerde in incidenteel appel,  
advocaat mr. H. Maatjes te Amsterdam

x

tevens handelend onder de naam **WATERONTHARDERLEASE.NL**,  
wonende te Meppel,  
in principaal appel,  
appellant in incidenteel appel,  
advocaat mr. M.C. Coops te Amsterdam.

#### I. Het geding in hoger beroep

Partijen worden hierna 24Man en x genoemd.

24Man is bij dagvaarding van 5 januari 2021 in hoger beroep gekomen van het vonnis van 9 december 2020 van de voorzieningenrechter in de rechtbank Amsterdam (hierna: de voorzieningenrechter), onder bovenvermeld zaak-/rolnummer in kort geding gewezen tussen haar als eiseres en x als gedaagde.

Partijen hebben daarna de volgende stukken ingediend:

- memorie van grieven, met producties;
- memorie van antwoord, tevens houdende akte schorsing, tevens houdende incidenteel appel, met producties;
- memorie van antwoord in incidenteel appel, met producties.

Partijen hebben de zaak ter zitting van 3 februari 2022 mondeling toegelicht, 24Man door mr. Maatjes voornoemd en mr. M.N. Seel, advocaat te Amsterdam en x door mr. Coops voornoemd, ieder aan de hand van pleitnotities die zijn overgelegd. Partijen hebben nog producties overgelegd.

Ten slotte is arrest gevraagd.

24Man heeft in principaal hoger beroep geconcludeerd dat het hof het bestreden vonnis zal vernietigen en - uitvoerbaar bij voorraad - haar vorderingen alsnog zal toewijzen en  zal veroordelen in de proceskosten in beide instanties ex artikel 1019h Rv.

heeft geconcludeerd tot schorsing van de procedure ex art. 225 lid 1 sub c Rv, voorts in principaal appel tot bekrachtiging en in incidenteel appel tot veroordeling van 24Man in de proceskosten in beide instanties ex artikel 1019h Rv met nakosten en rente, uitvoerbaar bij voorraad.

24Man heeft in incidenteel appel geconcludeerd tot afwijzing, met veroordeling van  in de proceskosten in beide instanties ex artikel 1019h Rv, uitvoerbaar bij voorraad.

## 2. Feiten

2.1 De voorzieningenrechter heeft in het bestreden vonnis onder 2.1 tot en met 2.10 de feiten vermeld die zij tot uitgangspunt heeft genomen. Deze feiten zijn in hoger beroep niet in geschil en dienen ook het hof als uitgangspunt.

## 3. Beoordeling

3.1 Het gaat in deze zaak, samengevat en voor zover in hoger beroep van belang, om het volgende.

3.1.1 houdt zich bezig met het aanbieden en vermarkten van consumentenelektronica, meer in het bijzonder van magnetische waterontharders.

Zij biedt thans een waterontharder aan met de naam 'Amfa4000'. is actief onder (onder meer) de domeinnaam waterontharder.com.

3.1.2 voert een onderneming gericht op de import en internetverkoop van waterontharders en is dus een concurrent van  biedt magnetische waterontharders aan met de naam 'Aquamag 7000' en 'Magiko 5000'. verhandelt zijn producten via internet, waarbij hij de volgende domeinnamen hanteert: waterontharderlease.nl, waterontkalkerkopen.nl, 123waterontkalker.nl, 123-waterontharders.nl, waterontharderskopen.nl, aqua-mag.nl en magiko5000.nl.

3.1.3 Volgens de verkopers zorgen magnetische waterontharders, door middel van de plaatsing van een magneet op de waterleiding, voor scheiding tussen de mineralen calcium en magnesium, waardoor kalkvorming in het water vermindert. Huishoudelijke apparaten zouden daardoor langer meegaan en het zou de smaak van het water ten goede komen.

3.1.4 Op 3 juli 2017 heeft de aanduiding 'Amfa4000' als woordmerk laten registreren in het Benelux merkenregister.

3.1.5 De bestuurder van [ ] en het product Amfa4000 zijn dikwijls op televisie te zien in diverse woonprogramma's. Daarnaast wordt regelmatig voor geadverteerd in landelijke magazines (glossy's).

3.1.6 heeft ten behoeve van de Google advertenties voor zijn product de aanduiding als 'Adword' (keyword) laten registreren. Dat wil zeggen dat als iemand als zoekwoord intikt, op internet advertenties van kunnen verschijnen.

Dit is gebeurd met de volgende advertenties, waarbij die in het (rode) kader niet van afkomstig is en de andere dat wel zijn:

Advertentie - [www.waterontharderlease.nl/amfa4000\\_test/aquamag7000](http://www.waterontharderlease.nl/amfa4000_test/aquamag7000) -

**Amfa4000 VS Aquamag 7000, Test - Bekijk Dit voor Je Aankoop**

De Test welke waterontharder de meeste magnetische kracht, bekijk dit voor het kopen!

Advertentie - [www.waterontkalkerkopen.nl/](http://www.waterontkalkerkopen.nl/) -

**Amfa4000 Test met Aquamag 7000 - Bekijk Dit voor Je Aankoop**

De Test welke waterontharder de meeste magnetische kracht, bekijk dit voor het kopen!

Advertentie - [www.123-waterontharders.nl/amfa4000\\_test/mag5000](http://www.123-waterontharders.nl/amfa4000_test/mag5000) -  
**Sterkste Magnetische Ontkalker - Amfa4000 de Test**  
 De Test welke waterontharder de meeste magnetische kracht, bekijk dit voor het kopen!  
 Magfo 5000 - €199,00 - Gratis Verz. - 10000

**Peja Waterontharder**

Lees hier meer de prijs van de  
Magnetische Waterontharder

**Magfo 5000**

Deze de krachtige magnetische  
Waterontharder. Zo de Waterkalken

Advertentie - [www.waterontkalkerkopen.nl/](http://www.waterontkalkerkopen.nl/) -  
**Amfa4000 De Test - Sterkste Magnetische Ontkalker**  
 De Test welke waterontharder de meeste magnetische kracht, bekijk dit voor het kopen!

Advertentie - [www.123-waterontharders.nl/](http://www.123-waterontharders.nl/) -  
**Amfa4000 De Test - Tijdelijke ACTIE maar €159**  
 Aquamag7000 is een zeer krachtige Magnetische Waterontharder, beter geschikt voor de  
Amfa4000

Advertentie - [www.waterontkalkerkopen.nl/amfa4000\\_test/aquamag\\_7000](http://www.waterontkalkerkopen.nl/amfa4000_test/aquamag_7000)  
**Amfa4000 De Test - Aquamag 7000 Het Alternatief**  
 De Test welke waterontharder de meeste magnetische kracht, bekijk dit voor het kopen!

Amfa4000 Waterontharder

Rechts

Links



Advertentie - [www.123-waterontharders.nl/](http://www.123-waterontharders.nl/) -

**€169,00 - Waterontharder.com Van Speciaal  
Amfa4000 Waterontharder ontkalken, waterontharder, waterkalk  
€159 - €199,00**

**€199,00 - 123waterontharders.nl Van Omge  
Magfo 5000 Magnetische waterontharder  
€199 - €199,00**

3.1.7 Op door geëxploiteerde websites zijn testresultaten vermeld waarbij de wordt vergeleken met producten van , met name de Aquamag 7000. Als uitkomst van de test wordt vermeld:

*"De Aquamag7000 waterontharder is meer dan twee keer zo krachtig en goedkoper dan de .*

- *Aquamag 7000 € 159. Magnetische kracht: 3407.8 Gauss*
- *€ 169 Magnetische kracht: 1566.6 Gauss"*

3.1.8 Bij brief van 10 september 2020 heeft (de raadvrouw van) gesommeerd om - onder meer - ieder gebruik van een aan het merk identiek of soortgelijk teken te staken en gestaakt te houden.

3.1.9 Bij brief van 14 september 2020 heeft (de gemachtigde van) aan meegedeeld dat niet aan de sommatie zal worden voldaan, omdat volgens geen sprake van merkinbreuk is, maar van toegestane vergelijkende reclame.

3.1.10 heeft naar aanleiding van de sommatie de advertentietekst via Google aangepast. In een printje van zijn Gmail account van 14 september 2020 staat het volgende:

*"1 item van het type Uitgebreide tekstadvertentie gewijzigd. Kop 1 is gewijzigd van: 'Amfa4000 De Test' in 'Amfa4000 VS Aquamag 7000. Test'".*

3.2 , samengevat, te veroordelen om iedere inbreuk op de merkrechten van en ieder onrechtmatig handelen jegens , zoals omschreven in de dagvaarding, onmiddellijk te staken en gestaakt te houden, op straffe van verbeurte van dwangsommen, met veroordeling van in de volledige proceskosten en de nakosten, vermeerderd met de wettelijke rente daarover. Verder vordert om de termijn voor het instellen van een bodemprocedure te bepalen op zes maanden vanaf de datum waarop het vonnis in kracht van gewijsde is gegaan.

3.3 De voorzieningenrechter heeft de vorderingen van 24Man afgewezen en de proceskosten gecompenseerd. Daartoe heeft zij, samengevat en voor zover in hoger beroep van belang, het volgende overwogen.

3.3.1 Tussen partijen is niet in geschil dat 24Man de houder is van het woordmerk Amfa4000 en dat  dat merk als adword heeft geregistreerd bij Google.

De 'normaal geïnformeerde en redelijk oplettende internetgebruiker' (de 'maatman') kan zich niet vergissen in de herkomst van de producten wanneer al in de kop van de advertenties zowel het merk Amfa4000 als de aanduiding Aquamag 7000 wordt gebruikt; bij online aankopen mag bij de maatman bekend worden verondersteld dat bij het intypen van de merknaam ook advertenties van derden/concurrenten van de merkhouders kunnen verschijnen (rov 4.7).

Dat ligt anders voor advertenties van  waarin *alleen* het merk Amfa4000 in de kop voorkomt (dan is het niet op het eerste gezicht duidelijk dat het gaat om een vergelijking) maar  heeft die aanduidingen op 14 september 2020 naar aanleiding van de sommatie van 10 september 2020 direct laten wijzigen (rov 4.8), zodat  het merk van 24Man niet gebruikt voor het verhandelen van zijn eigen producten en van merkinbreuk op grond van artikel 2:20 lid 2 onder a dan ook geen sprake meer is (rov 4.9). Voorts heeft  terecht aangevoerd dat voor het gebruik van het merk van Amfa4000 een geldige reden bestaat, nu hij een test heeft laten uitvoeren waarbij de Amfa4000 en de Aquamag 7000 met elkaar worden vergeleken. Er is geen andere mogelijkheid om het product aan te duiden dan met de naam daarvan (rov 4.10).

De voorzieningenrechter volgt 24Man niet in haar stelling dat de vergelijking door  van de producten Amfa4000 en Aquamag 7000 niet objectief en misleidend zou zijn (rov 4.11 ev). Uit de tekst op de website van  blijkt dat de sterkte van de magneet van de Aquamag 7000 groter is dan die van de Amfa4000 en de prijs lager. De test is uitgevoerd met een zogenoemde "Gaussmeter", waarvan 24Man de geschiktheid voor de meting van de kracht van de magneet niet heeft betwist, noch de vermelde uitkomsten. Zij heeft wel gesteld dat niet alleen de kracht van de magneet, maar ook de (wijze van) plaatsing daarvan op de waterleiding van belang is voor de vraag of de waterontharder effect sorteert, en hoeveel. Tegenover de betwisting daarvan door , heeft zij haar stellingen in dit opzicht echter niet onderbouwd of nader toegelicht (rov 4.12 en 4.13). De vorderingen van 24Man worden afgewezen. Nu  naar aanleiding

van de sommatie haar advertentie die consumenten mogelijk wel op het verkeerde been zou zetten, heeft verwijderd, en 24Man daarvan pas tijdens de zitting van dit kort geding op de hoogte heeft gesteld, is niet onnodig gedagvaard. Dit vormt aanleiding voor compensatie van de proceskosten (rov 4.15). Aldus de voorzieningenrechter.

3.4 Tegen deze beslissing en de daaraan ten grondslag gelegde motivering komt 24Man in principaal appel op met vijf grieven, die het hof hierna onder 3.7 tot en met 3.9, deels gezamenlijk, zal behandelen. Kruid voert in incidenteel appel als (enige) grief aan dat de rechtbank de proceskosten ten onrechte heeft gecompenseerd; deze grief komt eveneens onder 3.9 aan de orde.

3.5 Voordat het hof toekomt aan de grieven, zal het hof ingaan op de akte houdende schorsing aan de zijde van  en het daartegen gevoerde verweer van 24Man. Het hof ziet geen aanleiding het verzoek van  tot schorsing van de procedure te honoreren. Onbetwist is dat  als eenmanszaak (en niet Waterontharderlease B.V.) de advertenties die deel uitmaken van het geschil openbaar heeft gemaakt en dat de besloten vennootschap Waterontharderlease B.V. ten tijde van deze openbaarmaking nog niet bestond. De brief van 14 september 2020 als reactie op de sommatiebrief van de advocaat van 24Man van 10 september 2020 is namens  verzonden. Deze eenmanszaak staat, althans ten tijde van de mondelinge behandeling bij het hof, nog steeds ten name van  geregistreerd in het register van de Kamer van Koophandel en wordt onder deze naam vermeld op de onder 3.1.2 genoemde websites. Dat 24Man na de oprichting van Waterontharderlease B.V. geen risico meer loopt dat  de door 24Man gewraakte handelingen niet meer in persoon zal verrichten, dan wel hierop in persoon niet meer is aan te spreken, is door  onvoldoende gemotiveerd onderbouwd. 24Man had en heeft dus belang bij het dagvaarden van  in persoon. Het hof wijst het verzoek van  tot schorsing ex artikel 225 lid 1 sub c Rv af.

3.6 24Man heeft haar vorderingen gebaseerd op merkinbreuk en ongeoorloofde vergelijkende reclame. Het hof zal hierna onder 3.7 eerst grief IV in principaal appel behandelen die ziet op vergelijkende reclame. Vervolgens komen onder 3.8 grievens I tot en met III in principaal appel aan de orde, die betrekking hebben op merkinbreuk. Ten slotte zal het hof onder 3.9 grief V in principaal appel en de incidentele grief van  behandelen die gericht zijn tegen compensatie van de proceskosten.

#### *Vergelijkende reclame*

3.7 Grief IV in principaal appel is gericht tegen de overweging van de voorzieningenrechter dat de vergelijking door  van de waterontharders Amfa4000 en Aquamag 7000/Magiko 5000 geoorloofde vergelijkende reclame betreft die objectief en niet misleidend is. Volgens 24Man is de test die  op zijn websites presenteert om zijn waterontharders te vergelijken met de Amfa4000 waterontharder onvolledig en daarom misleidend.  test uitsluitend de kracht van het magneetveld van de waterontharders; een dergelijke meting zegt alleen iets over de sterkte van de magnetische kracht maar niets over de werking en de kwaliteit (in de zin van effectiviteit) van de waterontharder. Bij een volledige vergelijking is de Amfa4000 een meer effectieve waterontharder. Aldus 24Man.

3.7.1 Het hof stelt vast dat tussen partijen niet (meer) in geschil is dat de magnetische kracht/sterkte van de waterontharder één van de factoren - en dus niet dé factor - is die de kwaliteit van dit product bepalen.  heeft namelijk ter zitting bevestigd dat meerdere elementen een rol spelen in het bepalen van de kwaliteit van de waterontharder. Voorshands moet worden aangenomen dat het voor de gemiddelde consument niet relevant zal zijn wat het verschil in de sterkte van de magnetische kracht is indien als uitgangspunt heeft te gelden dat dit kenmerk niet bepalend is voor de werking/kwaliteit van de waterontharders. De vergelijking voldoet aldus niet aan het vereiste dat deze op objectieve wijze betrekking moet hebben op een of meer wezenlijke, relevante, controleerbare en representatieve kenmerken (artikel 6:194a onder b BW). Daar komt bij dat  op zijn websites het verschil in de sterkte van de magnetische kracht belicht ter aanprijzing van de Aquamag 7000/Magiko 5000 en ten behoeve van het maken van een keuze tussen waterontharders, hetgeen bij de gemiddelde consument sterk de indruk wekt dat de Aquamag 7000/Magiko 5000 een betere keuze is dan de Amfa4000. Op meerdere plaatsen op de websites wordt door  zelfs expliciet gesteld dat een krachtigere magneet/hogere straling zorgt voor een beter/effectiever resultaat.  heeft geen feiten en omstandigheden naar voren heeft gebracht die onderbouwen dat de testresultaten conclusies rechtvaardigen over de (beste) werking/kwaliteit van de vergeleken waterontharders, zodat de gepresenteerde vergelijking ook om deze redenen vooralsnog als misleidend en niet objectief wordt aangemerkt. Dit betekent dat  geen rechtsgeldig beroep op toelaatbare vergelijkende reclame kan doen en voorshands moet worden aangenomen dat hij onrechtmatig jegens 24Man handelt. De grief slaagt.

#### *Merkinbreuk*

3.8 De grieven I tot en met III in principaal appel hebben betrekking op merkinbreuk. Met grief I komt 24Man op tegen rov 4.7, grief II is gericht tegen rov 4.8 en grief III tegen rov 4.10 dat voor het gebruik door  van de merknaam Amfa4000 een geldige reden bestaat. Deze grieven lenen zich voor gezamenlijke behandeling.

3.8.1 Zoals het hof hiervoor onder 3.7.1 heeft overwogen, moet de test die  op zijn websites presenteert om zijn waterontharders te vergelijken met de Amfa4000 waterontharder voorshands als misleidende vergelijkende reclame worden aangemerkt. Aangezien  de merknaam Amfa4000 op de websites dus niet in een toelaatbare vergelijkende context gebruikt en middels dit merkgebruik in Adwords en in de Google advertenties naar deze misleidende vergelijkende reclame op zijn websites verwijst, ontbreekt voor dit merkgebruik in alle gevallen een geldige reden en levert dit merkinbreuk op. Daarmee slaagt grief III en behoeven de grieven I en II geen behandeling meer.

3.9 Het principaal appel slaagt. Het incidenteel appel, met inbegrip van het verzoek tot schorsing van de procedure, faalt. Het hof zal het vonnis vernietigen en de vorderingen van 24Man alsnog toewijzen.  zal als in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de kosten van de eerste aanleg en het hoger beroep. Grief V in principaal appel en de grief van  in incidenteel appel tegen compensatie van de proceskosten kunnen dus buiten behandeling blijven.

3.9.1 Gelet op het feit dat de vorderingen zowel zijn gebaseerd op merkinbreuk als misleidende reclame c.q. onrechtmatig handelen, zal het hof de proceskosten in eerste aanleg en in principaal appel voor de helft toewijzen op basis van het indicatietarief als bedoeld in de Regeling Indicatietarieven in IE-zaken voor een normale zaak. Het hof ziet in de aard/omvang van deze zaak aanleiding om bij de begroting van de advocaatkosten uit te gaan van (de helft van) een bedrag van € 10.000,- per instantie. Voor de andere helft zullen de proceskosten worden toegewezen op basis van de geliquideerde proceskosten. In incidenteel appel dient  de geliquideerde proceskosten te dragen.

#### 4. Beslissing

Het hof:

*in principaal en incidenteel appel*

vernietigt het bestreden vonnis van 9 december 2020;

en opnieuw rechtdoende:

veroordeelt  om binnen vijf (5) dagen na betekening van dit arrest iedere inbreuk op het merk Amfa4000 van 24Man alsmede iedere onrechtmatige vergelijkende reclame met betrekking tot het merk Amfa4000 van 24Man te staken en gestaakt te houden, op straffe van verbeurte van een dwangsom van € 500,- voor iedere dag of gedeelte van een dag dat  aan deze veroordeling niet voldoet, met een maximum van € 25.000,-;

bepaalt de termijn voor het instellen van de eis, door 24Man in de hoofdzaak ex artikel 1019i Rv op zes (6) maanden vanaf het in kracht van gewijsde gaan van dit arrest;

veroordeelt  in de kosten van het geding in beide instanties, aan de zijde van 24Man

- in eerste aanleg begroot op € 740,48 aan verschotten en € 5.490,- voor salaris;
- in hoger beroep tot op heden in principaal appel begroot op € 859,61 aan verschotten en € 6.114,- voor salaris en in incidenteel appel begroot op € 1.114,- aan salaris;

verklaart de veroordelingen uitvoerbaar bij voorraad;

wijst het meer of anders gevorderde af.

Dit arrest is gewezen door mrs. E.M. Polak, E.E. van Tuyll Serooskerken-Röell en A.W.G. Artz en door de rolraadsheer in het openbaar uitgesproken op 31 mei 2022.

AFGEGEVEN VOOR GROSSE  
AAN: Mr. H. [Handwritten Signature]  
DE GRIFFIER

Mr. [Handwritten Signature]