

arrest

GERECHTSHOF 's-GRAVENHAGE

Sector civiel recht

Zaaknummer : 200.083.709/01
Rol/zaaknummer Rb : 380699/KG ZA 10-1438

arrest van 22 november 2011

inzake

1. **TEMPUR BENELUX B.V.**,
gevestigd te Ede,
 2. de vennootschap naar vreemd recht **DAN-FOAM APS**,
gevestigd te Aarup, Denemarken,
- appellanten,
hierna gezamenlijk te noemen: Tempur (in enkelvoud),
→ advocaat: mr. J.P. Heering te 's-Gravenhage,

tegen

MEDICOMFORT B.V.,
gevestigd te Tilburg,
geïntimeerde,
hierna te noemen: Medicomfort,
advocaat: mr. H. Maatjes te Amsterdam.

Verloop van het geding

Bij exploit van 3 maart 2011 is Tempur in hoger beroep gekomen van het tussen partijen gewezen vonnis van de voorzieningenrechter in de rechtbank 's-Gravenhage van 4 februari 2011. Daarbij heeft Tempur dertien grieven aangevoerd, haar eis vermeerderd en producties overgelegd. Medicomfort heeft de grieven en de vermeerderde eis bij memorie van antwoord, met productie, bestreden.

Op 29 september 2011 hebben partijen de zaak doen bepleiten, Tempur door mr. J. Becker, advocaat te Arnhem, en Medicomfort door haar procesadvocaat, beiden aan de hand van pleitnotities die aan het procesdossier zijn toegevoegd. Beide partijen hebben voorts nog stukken overgelegd.

Tempur heeft bezwaar gemaakt tegen de op 15 september 2011 door Medicomfort ingediende kostenopgave op de grond dat deze te laat is overgelegd. Zij stelt dat het Landelijk Procesreglement voor civiele dagvaardingszaken bij de gerechtshoven meebrengt dat stukken uiterlijk op (in dit geval) 14 september 2011 konden worden ingediend. Dat betoog gaat uit van een onjuiste uitleg van artikel 2.17 van voormeld reglement, dat bepaalt:

“Een partij die bij gelegenheid van een (...) pleidooi nog (...) producties in het geding wenst te brengen, zorgt ervoor dat het hof en de wederpartij uiterlijk twee weken voor de dag van

de zitting een afschrift van (...) de in het geding te brengen producties hebben ontvangen. (...)”

De dag van de zitting was in dit geval 29 september 2011. Dat betekent dat de producties uiterlijk twee weken daarvoor, te weten op 15 september 2011, door het hof en Tempur dienden te zijn ontvangen, hetgeen het geval was. De kostenopgave is derhalve tijdig ingediend. Het op 26 september 2011 namens Medicomfort ingezonden stuk is wel te laat ingediend en derhalve ter terechtzitting geweigerd.

Na afloop van de pleidooien hebben partijen arrest gevraagd.

Beoordeling van het beroep

1. Door de voorzieningenrechter zijn in r.o. 2.1 tot en met 2.12 van het bestreden vonnis feiten vastgesteld. In haar eerste grief bestrijdt Tempur deze vaststelling op de volgende gronden:
 - a. na het intypen van het zoekwoord “tempur” verschijnen meerdere advertenties van Medicomfort in plaats van één;
 - b. deze advertenties verschijnen niet steeds naast de natuurlijke zoekresultaten, maar bijna altijd bovenaan;
 - c. niet Tempur heeft geen gehoor gegeven aan de sommatie, maar Medicomfort (rov. 2.9);
 - d. Medicomfort bedient zich niet van één, maar van twee banners.

De vermelding in rov. 2.9 berust op een kennelijke vergissing: de voorzieningenrechter heeft ongetwijfeld bedoeld vast te stellen dat *Medicomfort* geen gehoor heeft gegeven aan de sommatie van 12 november 2010.

De onder a., b. en d. weergegeven bezwaren zal het hof hierna behandelen. Voor het overige gaat het hof van de feiten zoals door de voorzieningenrechter vastgesteld uit.

2. Kort samengevat is tussen partijen in geschil of Medicomfort inbreuk maakt op de diverse Benelux- en Gemeenschapsmerkrechten van Tempur in de zin van artikel 2.20 lid 1 sub a, b of c (en subsidiair sub d) van het Beneluxverdrag inzake de intellectuele eigendom (hierna: BVIE) en van artikel 9 lid 1 sub a, b of c van de Verordening (EG) nr. 207/2009 van de Raad van 26 februari 2009 inzake het Gemeenschapsmerk (hierna: GMVo), door gebruik te maken van het teken “tempur” als *adword* in het kader van de door Google aangeboden advertentieverwijzingsdienst “AdWords” en ten behoeve van het doen verschijnen van *banners*, althans gelet op de inhoud en presentatie van die advertenties en/of banners. Daarnaast stelt Tempur dat Medicomfort met bedoeld gebruik onrechtmatig handelt jegens haar. In hoger beroep stelt Tempur bovendien subsidiair dat, indien het hof van oordeel zou zijn dat sprake is van vergelijkende reclame, deze niet aan de daarvoor geldende voorwaarden voldoet.
3. De voorzieningenrechter heeft de vorderingen van Tempur, voor zover gebaseerd op de advertentie van Medicomfort die verschijnt na invoering van het zoekwoord “tempur”, afgewezen op de grond dat deze advertentie dient te worden aangemerkt als vergelijkende reclame in de zin van artikel 6:194a lid 1 BW en dat aan de in dat

kader gestelde voorwaarden is voldaan. Onder die omstandigheden is volgens de voorzieningenrechter geen sprake van merkinbreuk. Meer in het bijzonder heeft de voorzieningenrechter onder meer (voorshands) geoordeeld dat:

i) het gebruik van het teken "tempur" als adword noodzakelijk is in het licht van de doelstelling van de regels voor vergelijkende reclame, te weten: het voorlichten van de consument en het stimuleren van concurrentie;

ii) de inhoud van de advertentie geen oneerlijk voordeel oplevert omdat de matrassen van Medicomfort duidelijk tegenover de matrassen van "andere topmerken" worden geplaatst; en

iii) het (derhalve) voor het publiek niet moeilijk, laat staan onmogelijk is om de herkomst van de in de advertentie aangeboden matrassen vast te stellen, zodat verwarring niet te duchten is.

Het gebruik van het teken "tempur" door Medicomfort voor het doen verschijnen van banners heeft de voorzieningenrechter voorshands niet aannemelijk geacht.

4. In haar grieven 2 tot en met 6 betoogt Tempur dat de voorzieningenrechter de advertenties ten onrechte heeft aangemerkt als en getoetst heeft aan de regels voor vergelijkende reclame en geen juiste maatstaf heeft aangelegd, en voorts dat Medicomfort door het gebruik van het teken "tempur" wel degelijk inbreuk maakt op haar merkrechten. In grief 7 bestrijdt Tempur het oordeel van de voorzieningenrechter dat niet aannemelijk is geworden dat de banners verschijnen als gevolg van het gebruik van het teken "tempur". De grieven 8 en 9 zien op de proceskostenveroordeling. In de grieven 10 tot en met 12 betreft Tempur de nieuwe stelling dat sprake is van vergelijkende reclame die *niet* aan de daaraan gestelde voorwaarden voldoet. Grief 13 ten slotte richt zich tegen de door de voorzieningenrechter gegeven beslissing.
5. Ten aanzien van de hiervoor, in rov. 1 onder a. en b. weergegeven bezwaren oordeelt het hof als volgt. Onder 15 van het appelexploot stelt Tempur dat na het invoeren van het zoekwoord "tempur" de volgende advertenties verschijnen:

(productie 12, blz. 3 en 9):

Toe aan een Nieuw Matras?

Bestel Medicomfort Matras. Tot 40%
Goedkoper dan de andere Topmerken!
MedicomfortMatras.nl

(productie 12, blz. 12, 13 en 14; bedoeld zal zijn: 13, 14 en 15):

Toe aan een Nieuw Matras?

Bestel Medicomfort Matras. Tot 40% Goedkoper dan de andere Topmerken!
MedicomfortMatras.nl

(productie 12, blz. 4, 7 en 8):

Toe aan een Nieuw Matras?

MedicomfortMatras.nl Bestel Medicomfort Matras. Tot 40% Goedkoper dan de andere Topmerken!

Daarbij staat de eerste advertentie op beide prints aan de rechterzijde, onder het kopje "Advertentie". De tweede en derde advertentie staan aan de linkerkant boven de natuurlijke zoekresultaten in een licht gekleurd kader. Rechts boven in dat kader staat het woord "Advertentie" danwel "Advertenties".

Medicomfort voert aan dat slechts één advertentie verschijnt, door haar bij memorie van antwoord onder 12 weergegeven. Deze advertentie is gelijk aan de hiervoor als tweede afgebeelde advertentie, zij het dat het in groen afgebeelde website-adres (de "url") geheel met kleine letters is geschreven.

6. Het hof is voorshands van oordeel dat het voor de beoordeling van de inbreukvraag niet uitmaakt welke van de hier genoemde advertenties verschijnt of verschijnen, nu de kop (de link), de inhoud van de boodschap en ook de url min of meer gelijk zijn, althans in het kader van de hierna weergegeven en toegepaste maatstaf vergelijkbaar. Het hof gaat er bij de beoordeling van het beroep vanuit dat, na invoering van het teken "tempur", één of meer van de hiervoor weergegeven advertenties verschijnt of verschijnen.
7. Wat betreft de plaats op de pagina met zoekresultaten zal het hof ervan uitgaan dat de advertentie(s) (ook) verschijnt/verschijnen of kan verschijnen aan de linkerkant van het scherm, boven de natuurlijke zoekresultaten.
8. Anders dan Tempur betoogt, stond het de rechtbank vrij om, naar aanleiding van het daartoe strekkende verweer van Medicomfort, eerst te onderzoeken of sprake is van vergelijkende reclame en, zo ja, of deze aan de daarvoor geldende voorwaarden voldoet. Indien dat het geval is, kan immers van merkinbreuk geen sprake zijn (zie onder meer considerans nr. 15 van Richtlijn (EG) nr. 97/55 inzake misleidende reclame). Overeenkomstig de wens van Tempur zal het hof evenwel eerst beoordelen of het gebruik van het teken "tempur" als adword door Medicomfort merkinbreuk oplevert. Wanneer dat niet het geval is moet de vordering, voor zover daarop gegrond, immers evenzeer worden afgewezen en behoeft het verweer dat sprake is van toelaatbare vergelijkende reclame geen beoordeling meer, althans niet in het kader van de primaire, merkenrechtelijke grondslag van de vorderingen. Overigens zijn de relevante begrippen uit het merkenrecht en voormelde richtlijn inzake misleidende reclame door de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie aldus uitgelegd dat zij in beide leerstukken dezelfde betekenis hebben.
9. In het kader van het merkenrecht moet de toelaatbaarheid van het gebruik van het teken "tempur" als adword worden beoordeeld aan de hand van de arresten van het Hof van Justitie van de Europese Unie van (onder meer) 23 maart 2010 inzake Google France en Google (C-236-238/2008, hierna: "Google"), van 25 maart 2010 inzake BergSpechte (C-278/08, hierna: BergSpechte), van 8 juli 2010 inzake Portakabin (C-558/08, hierna: "Portakabin") en 22 september 2011 inzake Interflora (C-323/09, hierna: "Interflora"). In laatstgenoemd arrest heeft het Hof over het gebruik van adwords overwogen:

"10 Via de betaalde advertentieverwijzingsdienst „AdWords” van Google kan iedere marktdeelnemer door één of meerdere zoekwoorden te selecteren, in geval van concordantie tussen dit woord of deze woorden en de woorden die de internetgebruiker in de zoekopdracht in de zoekmotor heeft gebruikt, een

advertentielink naar zijn website laten verschijnen. Deze advertentielink verschijnt in de rubriek „gesponsorde links”, die of in het rechtergedeelte van het scherm, rechts van de natuurlijke resultaten, of in het bovenste gedeelte, boven deze resultaten, wordt weergegeven.

11 Bij deze advertentielink staat een korte reclameboodschap. Deze link en deze boodschap vormen samen de advertentie die in bovenbedoelde rubriek wordt weergegeven.

12 De adverteerder is per klik op de advertentielink een vergoeding voor de advertentieverwijzingsdienst verschuldigd. Deze vergoeding wordt berekend op basis van met name de „maximumprijs per klik” die de adverteerder bij het sluiten van de overeenkomst met Google inzake de advertentieverwijzingsdienst heeft verklaard bereid te zijn te betalen, en het aantal keer dat internetgebruikers op die link hebben geklikt.

13 Meerdere adverteerders kunnen hetzelfde trefwoord selecteren. De volgorde waarin hun advertentielinks worden weergegeven, wordt dan met name bepaald op basis van de „maximumprijs per klik”, het aantal eerdere klikken op die links en de kwaliteitsbeoordeling van de advertentie door Google. De adverteerder kan de positie van zijn advertentie wat de volgorde van weergave betreft steeds verbeteren door een hogere maximumprijs per klik te bepalen of te proberen de kwaliteit van zijn advertentie te verhogen.”

10. Tussen partijen is terecht niet in geschil dat het gebruik van het teken "tempur" als adword gebruik in het economisch verkeer voor de producten van Medicomfort oplevert in de zin van de artikelen 2.20 BVIE en 9 GMvo, ook al verschijnt het als trefwoord geselecteerde teken niet in de advertentie zelf (zie Google, rov. 49-52, BergSpechte, rov. 18 en Interflora, rov. 30-31).
11. In geval van “dubbele identiteit”, dat wil zeggen wanneer het als adword gebruikte teken gelijk is aan het merk en wordt gebruikt voor dezelfde waren of diensten waarvoor het merk is ingeschreven (het geval beschreven in de artikelen 2.20 lid 1 sub a BVIE en 9 lid 1 sub a GMVo, hierna: “grond a”), kan de merkhouders dit gebruik enkel verbieden wanneer het één van de functies van het merk aantast of kan aantasten (Google rov. 79, BergSpechte rov. 29, Portakabin rov. 29 en Interflora rov. 34). Als functies van het merk noemt het Hof van Justitie: de herkomstaanduidingsfunctie (de volgens het Hof wezenlijke functie), de functie die erin bestaat de kwaliteit van de waar of dienst te garanderen, de communicatiefunctie, de investeringsfunctie en de reclamefunctie.
12. Ook in het onderhavige geval is sprake van zogenaamde dubbele identiteit. Het door Medicomfort als adword gebruikte teken ("tempur") is immers gelijk aan de woordmerken Tempur (en het woordgedeelte van de woord/beeldmerken van Tempur) en de merken zijn (mede) ingeschreven voor de in de advertentie(s) aangeboden waren, te weten (traagschuim)matrassen. Mede naar aanleiding van het daarop gerichte verweer van Medicomfort, moet worden onderzocht of het gebruik van het teken "tempur" als adword door Medicomfort in de omstandigheden van het geval afbreuk doet of kan doen aan (één van) de functies van het merk. Over aantasting van de herkomstaanduidingsfunctie heeft het Hof van Justitie overwogen

(Interflora):

“44 Of de herkomstaanduidingsfunctie van een merk al dan niet wordt aangetast wanneer op basis van een zoekwoord dat gelijk is aan een merk een advertentie van een derde, zoals een concurrent van de houder van dat merk, aan internetgebruikers wordt getoond, hangt in het bijzonder af van de wijze waarop deze advertentie wordt gepresenteerd. Van afbreuk aan deze functie van het merk is sprake wanneer de advertentie het voor de normaal geïnformeerde en redelijk oplettende internetgebruiker onmogelijk of moeilijk maakt om te weten of de waren of diensten waarop de advertentie betrekking heeft, afkomstig zijn van de merkhouder of een economisch met hem verbonden onderneming, dan wel, integendeel, van een derde (...). In een dergelijke situatie, waarbij de advertentie overigens meteen verschijnt nadat het merk als zoekwoord is ingevoerd en wordt weergegeven wanneer het merk, als zoekwoord, ook nog op het scherm staat, kan de internetgebruiker zich immers vergissen omtrent de herkomst van de waren of diensten (...).

45 Wanneer de advertentie van de derde de indruk wekt dat er tussen deze derde en de merkhouder een economische band bestaat, moet worden geoordeeld dat de herkomstaanduidingsfunctie van dat merk is aangetast. Ook wanneer de advertentie weliswaar niet de indruk wekt dat er een economische band bestaat, maar wel zo vaag blijft over de herkomst van de betrokken waren of diensten dat een normaal geïnformeerde en redelijk oplettende internetgebruiker op basis van de advertentielink en de daaraan gekoppelde reclameboodschap niet kan weten of de adverteerder een derde is ten opzichte van de merkhouder dan wel, integendeel, een economische band met hem heeft, moet worden geconcludeerd dat afbreuk aan deze functie van het merk wordt gedaan (...).”

Zie dienovereenkomstig Google, rov. 83-85 en Portakabin rov. 34 en 35. Uit de betreffende overwegingen volgt dat niet reeds het enkele gebruik van het met het merk overeenstemmende teken afbreuk doet aan de herkomstaanduidingsfunctie, maar dat dit afhangt van de wijze waarop de, als gevolg van invoering van het aan het merk gelijke teken verschijnende advertentie(s) wordt/worden gepresenteerd. Maatman daarbij is de normaal geïnformeerde en redelijk oplettende internetgebruiker. Het feit dat *sommige* internetgebruikers er zich mogelijk niet goed van bewust zijn dat de in de advertentie aangeboden waar of dienst los staat van die van de merkhouder, volstaat dan ook niet om aantasting van de herkomstaanduidingsfunctie aan te nemen (Interflora, rov. 51).

13. Met betrekking tot de reclamefunctie en de investeringsfunctie van het merk heeft het Hof van Justitie het volgende overwogen. De reclamefunctie wordt *niet* aangetast door het gebruik van een aan het merk gelijk teken als adword, omdat reclame op internet op basis van trefwoorden die overeenkomen met merken een praktijk vormt die inherent is aan de vrije mededinging, aangezien deze reclame er in de regel louter toe strekt internetgebruikers een alternatief te bieden voor de waren of diensten van de merkhouder en omdat het de merkhouder niet belet zijn merk ook zelf doeltreffend te gebruiken om de consument te informeren en te overtuigen. Het enkele feit dat het gebruik door een derde van een aan het merk gelijk teken de merkhouder ertoe verplicht om grotere reclame-inspanningen te leveren om de bekendheid van het merk bij de consument te behouden of verhogen maakt dit niet anders (Google, rov. 95 en 98, Interflora rov. 54 en 57-59).

-
14. Van aantasting van de investeringsfunctie van het merk (het gebruik van het merk ter verwerving of behoud van een reputatie die consumenten kan aantrekken en aan de merkhouders kan binden) is volgens het Hof sprake wanneer het gebruik door een derde van een aan het merk gelijk teken, het gebruik door de merkhouders van zijn merk ter verwerving of behoud van reputatie *aanzienlijk stoort*. De enkele noodzaak tot het opvoeren van de eigen inspanningen (investeringen) is daartoe niet voldoende, evenmin als de omstandigheid dat voornoemd gebruik een aantal consumenten er mogelijkwijs toe brengt de waren of diensten van de merkhouders links te laten liggen. In geval van een merk dat al een reputatie heeft moet dan ook onderzocht worden of het gebruik van een aan het merk identiek teken afbreuk doet aan deze reputatie en derhalve het behoud daarvan in gevaar brengt (Interflora, rov. 62-65).
15. Tussen partijen is in geschil of het gebruik van het teken “tempur” als adword, door Medicomfort, afbreuk doet of kan doen aan de functies van het merk. Medicomfort stelt dat dit niet het geval is. In haar appelpleitstuk stelt Tempur dat bedoeld gebruik afbreuk doet aan zowel de herkomstaanduidingsfunctie, als aan de goodwill-, kwaliteitsgarantie-, communicatie-, investerings- en reclamefunctie van haar merk. Bij pleidooi heeft zij dat nader uitgewerkt voor de herkomstaanduidingsfunctie en de investeringsfunctie. Tempur doet in dat verband – afgezien van de tekst van de advertentie(s) – een beroep op de navolgende omstandigheden:
- Tempur is een bekend merk;
 - Tempur maakt gebruik van een netwerk van door haar geselecteerde distributeurs;
 - Tempur prijst haar producten aan als comfortabel en geschikt voor gebruik in een medische setting (door haar “unique selling points” genoemd);
 - Medicomfort is een samentrekking van “medisch en “comfort” en als zodanig beschrijvend.

De onder a. en b. genoemde omstandigheden zijn door Medicomfort niet, althans onvoldoende gemotiveerd betwist. Hetzelfde geldt voor de onder c. genoemde omstandigheid, behoudens wat betreft de kwalificatie als “unique selling points”. Verder betwist Medicomfort niet dat de aanduiding Medicomfort tot op zekere hoogte beschrijvend is. Voor zover aldus niet of onvoldoende betwist zal het hof van genoemde omstandigheden uitgaan.

Het hof zal het betoog van Tempur allereerst beoordelen in het kader van de inbreukgrond “sub a” (zie rov. 2 en 11). Overigens laat het hof daarbij in het midden op wie ingevolge de rechtspraak van het Hof van Justitie (bij de toetsing aan de grond sub a.) de bewijslast rust terzake van het al of niet afbreuk (kunnen) doen aan de functies van het merk door gesteld inbreuk makend handelen. Daarover kan verschillend worden gedacht. In het kader van dit kort geding kan worden volstaan met beantwoording van de vraag of (voorshands) aannemelijk is geworden dat door het gebruik van het teken “tempur” als adword door Medicomfort wel of juist geen afbreuk wordt gedaan of kan worden gedaan aan de functies van het merk Tempur. Uit hetgeen in rov. 21 (en 36) zal worden overwogen volgt dat het oordeel van het hof niet anders is wanneer ervan zou worden uitgegaan dat het aan Medicomfort zou zijn te bewijzen, c.q. aannemelijk te maken dat *geen* afbreuk wordt gedaan aan de functies van het merk.

-
16. Ter onderbouwing van haar betoog dat het gebruik van het teken "tempur" als adword door Medicomfort de herkomstaanduidingsfunctie van haar merken aantast stelt Tempur allereerst dat de maatman zich al door het enkele verschijnen van de/een advertentie van Medicomfort zal vergissen over de herkomst van de aangeboden waren, nu hij immers zoekt op Tempur en dan ook verwacht Tempur te krijgen. Subsidiar stelt Tempur dat door de advertentie(s) de suggestie wordt gewekt dat er een economische band bestaat tussen Tempur en Medicomfort, althans dat de advertentie zo vaag is dat de internetgebruiker daaruit niet kan afleiden door wie de matrassen worden aangeboden. Zij betoogt dat in de advertentie niet duidelijk wordt gemaakt dat de aangeboden waren *niet* van Tempur of haar commerciële netwerk afkomstig zijn. In dat verband wijst zij erop dat Tempur gebruik maakt van honderden dealers, ieder met hun eigen naam. Bij dit alles dient volgens Tempur te worden uitgegaan van een lager aandachtsniveau dan dat van de "gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende consument", nu de maatman in zaken als deze volgens het Hof van Justitie *redelijk* oplettend moet worden geacht (en niet "omzichtig").
17. Het betoog dat reeds het gebruik van het teken "tempur" als adword door Medicomfort de herkomstaanduidingsfunctie van haar merken aantast, omdat de maatman zich door het enkele verschijnen van een advertentie van Medicomfort zal vergissen over de herkomst van de aangeboden waren, stuit af op de hiervoor weergegeven rechtspraak van het Hof van Justitie, waaruit volgt dat dit gebruik als zodanig onvoldoende grond oplevert om te kunnen concluderen dat de herkomstaanduidingsfunctie wordt of kan worden aangetast. Ook de omstandigheden a. dat Tempur een bekend merk is en b. dat Tempur gebruik maakt van een distributienetwerk maken niet dat de maatman (reeds daarom) denkt dat alle zoekresultaten die hij verkrijgt na het intypen van het zoekwoord "tempur" gerelateerd zijn aan de merkhouder Tempur of haar distributeurs. In dat verband is het hof voorshands van oordeel dat, wat er zij van de vraag of "de normaal geïnformeerde en redelijk oplettende internetgebruiker" (de maatman) een lager aandachtsniveau moet worden toegedacht dan "de gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende consument", de maatman in het huidige tijdsgewricht, gelet op zijn kennis van en ervaring met de werking van het internet in het algemeen en zoekmachines in het bijzonder, van welke ervaring deel uitmaakt de vermelding van "Advertentie" of "Advertenties", danwel "Gesponsorde links" in het gekleurde kader links of boven de advertenties aan de rechterzijde van het scherm, op de hoogte is van het feit dat wanneer hij op de zoekpagina van Google (of een andere aanbieder van zoekmachines) een merknaam als zoekwoord intypt, niet alleen aan de merkhouder gelinkte zoekresultaten verschijnen, maar ook advertenties van derden, niet alleen in het veld gesponsorde links aan de rechterzijde van het scherm, maar ook boven de natuurlijke zoekresultaten.
18. Evenmin is aannemelijk geworden dat de wijze waarop de advertentie(s) van Medicomfort wordt/worden gepresenteerd het voor de maatman onmogelijk of moeilijk maakt om te weten of de waren of diensten waarop de advertentie betrekking heeft, afkomstig zijn van Tempur of een economisch met Tempur verbonden onderneming, dan wel van een derde. Anders dan Tempur betoogt, is (zo volgt uit voormelde rechtspraak van het Hof van Justitie) niet vereist dat in de advertentie zelf expliciet wordt aangegeven dat de aanbieder op geen enkele wijze

met Tempur verbonden is. Bezien vanuit het uitgangspunt dat de maatman zich ervan bewust is dat, wanneer hij op de zoekpagina van Google (of een andere aanbieder van zoekmachines) een merknaam als zoekwoord intypt, niet alleen aan de merkhouder gelinkte zoekresultaten verschijnen, maar ook advertenties van derden, wekt de wijze waarop de hier aan de orde zijnde advertentie(s) wordt/worden gepresenteerd naar 's hofs voorlopige oordeel bij de maatman niet de suggestie dat er een economische band tussen Tempur en de adverteerder bestaat. Evenmin is de advertentie zo vaag dat de internetgebruiker daaruit niet kan afleiden door wie de matrassen worden aangeboden. Het hof acht, in tegendeel, voorshands aannemelijk dat de maatman de advertentie van Medicomfort zal beschouwen als aanbod van een alternatief, afkomstig van een concurrent van Tempur. Daartoe overweegt het hof als volgt.

19. De tekst van de link "Toe aan een Nieuw Matras?" is dermate algemeen dat deze door iedere aanbieder gebruikt zou kunnen worden. De inhoud van de daarop volgende korte reclameboodschap ("Bestel Medicomfort Matras. Tot 40% Goedkoper dan de andere Topmerken!") maakt, door het gebruik van de aanduiding "Medicomfort", met hoofdletter, en de daarop volgende url "MedicomfortMatras.nl, voldoende duidelijk dat de aanbieder zichzelf Medicomfort noemt. Verder wordt de aangeboden matras afgezet tegen "de andere topmerken". De maatman weet dat in elk geval Tempur zo'n topmerk is. Tot slot is van belang dat de aanduiding "tempur" niet in de advertentie voorkomt. Aan dit alles kan de maatman voldoende aanwijzingen ontleenen dat het hier niet gaat om een advertentie van de merkhouder Tempur of een met deze verbonden onderneming, maar om een alternatief aanbod van een concurrent.
20. De in rov. 15 onder a. tot en met d. genoemde omstandigheden maken het voorgaande niet anders. Wat betreft de omstandigheden genoemd onder a. en b. verwijst het hof naar rov. 17, hiervoor. De omstandigheid dat Tempur bij het aanprijzen van haar producten veelvuldig gebruik maakt van de aanduiding "comfort" legt geen gewicht in de schaal omdat dit een algemene aanduiding is van een eigenschap van de aangeboden waren, die zo voor de hand ligt, met name ook waar het gaat om een matras, dat de maatman deze aanduiding niet (exclusief) met producten van Tempur zal associëren. Ook de omstandigheid dat Tempur haar producten aanprijst als medisch verantwoord en/of aanbevolen leidt – er veronderstellenderwijs van uitgaand dat de maatman daarmee bekend is –, gelet op hetgeen in de rov. 18 en 19 is overwogen, niet tot de conclusie dat de maatman bij het zien van de onderhavige advertentie(s) van Medicomfort (toch) zal denken dat deze aanbieder en/of de aangeprezen matrassen met Tempur verbonden zijn. Daarbij is het hof voorshands van oordeel dat de samentrekking Medicomfort (die op zichzelf geen deel uitmaakt van de Nederlandse taal), hoewel tot op zekere hoogte beschrijvend, toch voldoende onderscheidend vermogen heeft om door de maatman als aanduiding van de onderneming van een (alternatieve) aanbieder te worden aangemerkt.
21. Ook bij beschouwing in onderlinge samenhang van de inhoud en presentatie van de advertentie(s) en de onder a. tot en met d. genoemde omstandigheden, acht het hof voorshands aannemelijk dat de maatman zich niet zal vergissen omtrent de herkomst van de aangeboden waren en zal begrijpen dat deze niet afkomstig zijn van Tempur of een economisch met Tempur verbonden onderneming, maar van een

derde (Medicomfort). Derhalve is voorshands aannemelijk dat het gebruik door Medicomfort van het teken "tempur" als adword (wanneer dat leidt tot een advertentie als hier aan de orde) geen afbreuk doet of kan doen aan de herkomstaanduidingsfunctie van de merken van Tempur.

22. Het beroep van Tempur op de reclamefunctie van haar merken faalt, omdat, zoals hiervoor reeds is overwogen, het gebruik van een aan een merk gelijk teken als adword volgens het Hof van Justitie niet aan deze functie kan afdoen. Voor zover Tempur met haar beroep op de communicatiefunctie van haar merken een andere functie voor ogen heeft gehad dan de reclamefunctie, heeft zij onvoldoende onderbouwd waarom aan die functie afbreuk wordt of kan worden gedaan.
23. In het kader van haar beroep op de goodwill-, kwaliteitsgarantie- en investeringsfuncties van haar merken stelt Tempur dat het gaat om haar investeringen in het behoud van de reputatie van haar merken, die consumenten kan aantrekken en aan Tempur kan binden. Tempur stelt dat Medicomfort de hiertoe gebruikte "commerciële technieken" aanzienlijk verstoort. Zij wijst erop dat het merkgebruik door Medicomfort voor het hele netwerk van Tempur zeer schadelijk is, omdat Medicomfort wel gebruik maakt van de aantrekkingskracht van de Tempur-merken, maar niet dezelfde uniforme kwaliteit, service en garantie biedt als Tempur (-dealers). De beweerde aantasting van haar reputatie baseert Tempur in het bijzonder op de stelling dat Medicomfort kwalitatief inferieure producten levert, die een negatieve uitstraling hebben op het imago van Tempur als leverancier van kwaliteitsproducten met een luxueuze uitstraling. Deze aantasting wordt volgens Tempur nog versterkt door de omstandigheid dat de matrassen van Medicomfort tot 40% goedkoper zijn dan die van Tempur. Het beroep op de goodwill- en kwaliteitsgarantiefunctie onderbouwt Tempur niet afzonderlijk. Het gaat er mitsdien vanuit dat zij hiermee niet een andere functie op het oog heeft dan de investeringsfunctie, zoals door het Hof van Justitie nader omschreven.
24. Zoals hiervoor, in rov. 14 is overwogen, volgt uit het arrest Interflora dat het er bij de beoordeling van de vraag of afbreuk wordt gedaan aan de investeringsfunctie van het merk, om gaat of door het gebruik van een aan het merk gelijk teken als adword afbreuk wordt gedaan aan de reputatie van het merk (indien het merk al een reputatie heeft), waardoor het behoud daarvan in gevaar wordt gebracht (Interflora, rov. 63). Het Hof van Justitie heeft niet nader uitgewerkt wanneer in een geval als het onderhavige sprake kan zijn van afbreuk aan de reputatie van een merk. In het kader van de beantwoording van de gestelde vragen met betrekking tot grond sub c. (artikelen 2.20 lid 1 sub c BVIE en 9 lid 1 sub c GMVo) noemt het Hof eveneens de afbreuk aan de reputatie van het merk als één van de (bekende) inbreukgronden onder sub c (geldend voor een bekend merk). Aangenomen dient te worden dat het Hof met afbreuk aan de reputatie in het kader van grond sub a. niet iets anders bedoelt dan in het kader van grond sub c. en dat mitsdien, althans indien het gaat om een bekend merk, dezelfde maatstaf dient te worden aangelegd. Het Hof werkt de betreffende inbreukgrond ook in het kader van grond sub c. niet nader uit voor een geval als het onderhavige (omdat daar door de verwijzende rechter niet om gevraagd was), maar verwijst wel naar de maatstaf geformuleerd in het arrest van het Hof van 18 juni 2009 in de zaak L'Oréal/Bellure (C-487/07), te weten dat sprake moet zijn van een situatie waarin de waren of diensten waarvoor de aan het merk gelijke teken wordt gebruikt op zodanige wijze aan de zintuigen van het publiek appelleren, dat de

aantrekkingskracht van het merk vermindert (Interflora, rov. 73).

Aannemelijk is dat voor een geval als dit, waarin het gaat om het gebruik van een aan het merk gelijk teken als adword, niet naar de waren of diensten zelf dient te worden gekeken, maar (evenals bij beoordeling van de vraag of afbreuk wordt of kan worden gedaan aan de herkomstaanduidingsfunctie) uitsluitend naar de advertentie zoals deze na het intypen van het teken als zoekwoord verschijnt. Daarvan uitgaand geldt dat, wanneer de maatman (zoals het hof voor het onderhavige geval heeft vastgesteld) de aangeboden waar als afkomstig van een concurrent (een alternatief) kan identificeren, hij die waar niet met die van de merkhouder in verband zal brengen en dat om die reden geen afbreuk aan de reputatie van haar merk kan worden gedaan.

25. Mocht het zo zijn dat in het kader van de beoordeling van de gestelde afbreuk aan de reputatie van het merk toch ook in een geval als het onderhavige moeten worden gekeken naar de aangeboden waren of diensten zelf, dan geldt het volgende. Het hof acht voldoende aannemelijk dat het merk van Tempur de reputatie heeft dat waren voorzien van dit merk van goede kwaliteit zijn en een luxueuze uitstraling hebben. Echter is onvoldoende aannemelijk geworden dat de door Medicomfort aangeboden matrassen op zodanige wijze aan de zintuigen van het publiek appelleren, dat de aantrekkingskracht van het merk Tempur daardoor vermindert. De omstandigheid dat de matrassen van Medicomfort een minder grote "dichtheid" hebben (namelijk 70 kg/m³ in plaats van 85 kg/m³) leidt zonder meer niet tot die conclusie, te meer niet nu er, zoals Medicomfort onvoldoende weersproken heeft gesteld, ook traagschuimmatrassen zijn met een dichtheid van niet meer dan 55 kg/m³. Ook overigens is niet aannemelijk geworden dat door het hier aan de orde zijnde gebruik van een aan haar merk gelijk teken afbreuk wordt gedaan aan de reputatie van dat merk.
26. De conclusie uit het voorgaande is dat geen sprake is van een inbreuk op grond sub a.
27. Gelet hierop kan ook het beroep op inbreukgrond sub b. niet slagen. Immers, daarvoor wordt als aanvullende eis (ten opzichte van sub a.) gesteld dat gevaar voor verwarring bestaat. Nu het hof van oordeel is dat in het kader van dit kort geding voldoende aannemelijk is geworden dat het voor de maatman niet onmogelijk of moeilijk is om te weten dat de waren of diensten waarop de advertentie(s) betrekking heeft/hebben, afkomstig zijn van Tempur of een economisch met Tempur verbonden onderneming, dan wel van een derde (Medicomfort), is gevaar voor verwarring evenmin aannemelijk.
28. In het kader van het beroep op inbreukgrond sub c. doet Tempur een beroep op alle in dat verband erkende inbreuken, te weten: afbreuk aan het onderscheidend vermogen van het merk ("verwatering"), afbreuk aan de reputatie van het merk ("afbreken") en ongerechtvaardigd voordeel trekken ("aanhaken").
29. In Interflora heeft het Hof van Justitie verduidelijkt dat van verwatering sprake is wanneer het onderscheidend vermogen van het merk verzwakt en dat aan het slot van het proces van verwatering het merk niet meer in staat is bij de consument een rechtstreekse associatie met een specifieke commerciële herkomst op te roepen. Voorts heeft het Hof verduidelijkt dat de merkhouder dit einde van het proces van

verwatering niet hoeft af te wachten, alvorens hij gebruik van een teken dat gelijk is aan of overeenstemt met zijn merk, waardoor het onderscheidend vermogen daarvan wordt verzwakt, kan verbieden (rov. 76 en 77). Van verwatering kan sprake zijn wanneer het gebruik van een met het merk overeenstemmend teken ertoe bijdraagt dat het merk tot algemene term verwordt (rov. 79). Tempur stelt dat dit het geval is. Anders dan zij bepleit, draagt de selectie als trefwoord van een dergelijk teken echter niet noodzakelijkerwijs tot een dergelijke ontwikkeling bij. Daartoe is in de eerste plaats vereist dat de litigieuze advertentie de maatman niet in staat stelt te bepalen of de aangeprezen waar of dienst niet van de merkhouders, maar van een concurrent van deze afkomstig zijn. Stelt de advertentie de maatman daartoe wel in staat, dan wordt het onderscheidend vermogen van het merk door dat gebruik niet aangetast, aangezien het gebruik van het merk als adword er in dat geval enkel toe strekt de aandacht van de internetgebruiker te vestigen op het feit dat er alternatieven bestaan voor de waren of diensten van de merkhouders, aldus het Hof van Justitie in rov. 80 en 81 in Interflora. Zoals volgt uit hetgeen reeds in het kader van grond sub a. is overwogen, kan de maatman naar 's hofs voorlopig oordeel uit de advertentie(s) van Medicomfort opmaken dat de aangeboden matrassen niet van Tempur of een met Tempur verbonden onderneming, maar van Medicomfort afkomstig zijn en dat laatstgenoemde als concurrent een alternatief biedt. Onder die omstandigheden kan geen sprake zijn van afbreuk aan het onderscheidend vermogen van het merk.

30. Zoals volgt uit hetgeen in rov. 25 is overwogen, is evenmin aannemelijk geworden dat het gebruik van het teken "tempur" als adword, door Medicomfort, leidt of kan leiden tot afbreuk aan de reputatie van het merk Tempur.
31. Tot slot resteert de vraag of Medicomfort ongerechtvaardigd voordeel trekt uit het onderscheidend vermogen en/of de reputatie van het merk Tempur. Te dien aanzien heeft het Hof van Justitie in de zaak Interflora overwogen dat niet kan worden betwist dat een concurrent die een aan een bekend merk gelijk teken als adword selecteert ernaar streeft profijt te trekken uit het onderscheidend vermogen en de reputatie van dat merk en dat wanneer internetgebruikers na lezing van de advertentie van deze concurrent de door deze laatste aangeboden waar of dienst kopen in plaats van die van de merkhouders, die concurrent een reëel voordeel uit het onderscheidend vermogen en de reputatie van het merk haalt. Wanneer dat zonder vergoeding gebeurt, dient dergelijk gebruik volgens het Hof te worden beschouwd als gebruik waarmee de adverteerder in het kielzog van een bekend merk probeert te varen, om zo voordeel te halen uit de commerciële inspanning die de merkhouders heeft gedaan om het imago van het merk te creëren en te onderhouden. Het daardoor behaalde voordeel moet als ongerechtvaardigd worden aangemerkt, tenzij sprake is van een "geldige reden". Van dergelijk ongerechtvaardigd voordeel is volgens het Hof (in elk geval) sprake wanneer waren te koop worden aangeboden die imitaties zijn van de waren van de merkhouders. Wanneer de reclameboodschap die via een met een bekend merk overeenkomend trefwoord op internet verschijnt daarentegen een alternatief voor de waren of diensten van de houder van het bekende merk voorstelt, zonder dat daarin een loutere imitatie van de waren of diensten van dit merk wordt aangeboden, zonder dat dit tot een verwatering of een afbreken daarvan leidt en zonder dat de functies van dit merk anderszins worden aangetast, moet echter worden geconcludeerd dat een dergelijk gebruik in beginsel onder een gezonde en eerlijke mededinging in de sector van de betrokken waren en diensten valt en dus wordt verricht met een „geldige reden” in de zin van artikel 5, lid 2, van

Richtlijn 89/104/EG (inmiddels vervangen door richtlijn 2008/95/EG) en artikel 9, lid 1, sub c, van Verordening (EG) nr. 40/94 (thans 207/2009), aldus het Hof (rov. 86-91).

32. Nu voorshands tot uitgangspunt dient te worden genomen dat de maatman de advertentie(s) van Medicomfort die verschijnt/verschijnen na invoering van het zoekwoord "tempur" in staat stelt/stellen te bepalen dat het gaat om een alternatief aanbod van een concurrent van Tempur, dat geen verwatering of afbreken van de reputatie van het merk aannemelijk is geworden en ook de overige functies van het merk Tempur niet worden aangetast en voorts gesteld noch gebleken is dat de door Medicomfort aangeboden matrassen imitaties zijn van die van Tempur, moet geconcludeerd worden dat voor het gebruik van het teken "tempur" een geldige reden aanwezig is in de zin van de artikelen 2.20 lid 1 sub c BVIE en 9 lid 1 sub c GMVo en dat het voordeel derhalve niet als ongerechtvaardigd kan worden gekenmerkt.
33. Het beroep van Tempur op artikel 2.20 lid 1 sub d BVIE heeft zij gedaan voor het geval de handelwijze van Medicomfort niet als merkgebruik zou moeten worden aangemerkt. Nu wel sprake is van merkgebruik mist grond sub d. toepassing.
34. Gelet op het voorgaande is het hof voorshands van oordeel dat het gebruik door Medicomfort van het teken "tempur" als adword in de omstandigheden van het geval (te weten: wanneer daardoor advertenties verschijnen als in rov. 5 weergegeven) geen merkinbreuk opleveren. De grieven 2 tot en met 6 kunnen dan ook niet tot vernietiging leiden.
35. In grief 7 bestrijdt Tempur het oordeel van de voorzieningenrechter dat niet aannemelijk is geworden dat de banners van Medicomfort verschijnen als gevolg van het gebruik van het teken "tempur" door Medicomfort. Zij stelt dat een test op internet aantoont dat de banners alleen verschijnen wanneer "tempur" als zoekwoord wordt ingevoerd. Medicomfort bestrijdt dit en stelt dat zij geen gebruik maakt van het teken "tempur" in het kader van het maken van reclame door middel van banners. Het feit dat haar banner verschijnt indien op "tempur" wordt gezocht wordt volgens haar veroorzaakt door de omstandigheid dat Google bepaalde zoekwoorden intern gekoppeld heeft, zoals "Volkswagen" aan "auto's" en "Tempur" aan "matras". Een en ander speelt zich volgens Medicomfort buiten haar invloedssfeer af.
36. In het licht van dit verweer heeft Tempur ook in hoger beroep niet voldoende aannemelijk gemaakt dat Medicomfort in het kader van reclame-uitingen door middel van banners gebruik maakt van het teken "tempur".

Volledigheidshalve overweegt het hof nog als volgt. Tempur stelt dat terzake van het gebruik van de banners exact dezelfde beoordeling dient plaats te vinden als bij het gebruik van "tempur" als adword. Ook het hof ziet geen reden het gebruik van het teken "tempur" in het kader van het maken van reclame door middel van de banners anders te beoordelen dan in het kader van advertentielinks. Nu het hof voorshands heeft geoordeeld dat laatst genoemd gebruik geen merkinbreuk oplevert, geldt hetzelfde voor het gebruik in het kader van de banners. Waar Tempur er vervolgens nog op wijst dat de banners alleen de termen "traagschuimmatras" en "comfortabel, zacht, betaalbaar" noemen en aldus die matrassen niet uitdrukkelijk afzet tegen

producten van derden, zodat sprake is van *goodwill transfer*, respectievelijk “kielzog varen”, voert zij daarmee geen argumenten aan die maken dat ten aanzien van de banners alsnog anders geoordeeld dient te worden dan ten aanzien van het gebruik als adword in het kader van advertentielinks. Ten overvloede overweegt het hof voorshands aannemelijk te achten dat de maatman, die de banners bekijkt, zich niet zal vergissen omtrent de herkomst van de aangeboden waren en zal begrijpen dat deze niet afkomstig zijn van Tempur of een economisch met Tempur verbonden onderneming, maar van een derde (Medicomfort). Daarbij gaat het hof er voorshands vanuit dat de maatman in het huidige tijdsgewricht weet dat als gevolg van het invoeren van merknamen als zoekwoord (niet alleen advertentielinks, maar) ook advertenties van concurrenten van de merkhouders in de vorm van banners kunnen verschijnen. In de advertentie wordt voorts voldoende duidelijk gemaakt dat deze afkomstig is van Medicomfort. Het feit dat de in de advertentie aangeboden producten daarin niet worden afgezet tegen die van (bij voorbeeld) Tempur is onvoldoende om de maatman vervolgens alsnog op de gedachte te brengen dat de advertentie van Tempur of een met haar economisch verbonden onderneming afkomstig is. De inhoud van de banners geeft ook geen aanleiding te veronderstellen dat aan de andere functies van het merk afbreuk wordt of kan worden gedaan.

37. In de grieven 10 tot en met 12 betoogt Tempur, met vermeerdering van eis, dat indien het hof de adword-advertenties van Medicomfort aanmerkt als vergelijkende reclame (in de zin van artikel 6:194a BW), de conclusie moet zijn dat de reclame misleidend is, omdat zij niet voldoet aan de voorwaarden genoemd onder a., b. en c. van bedoelde bepaling. De strekking van haar argumenten in dit verband is dat Medicomfort in de advertenties nalaat de vergeleken producten te specificeren, waardoor zij de indruk wekt dat de producten kwalitatief gelijkwaardig zijn, wat volgens Tempur niet zo is. De prijsvergelijking is daardoor volgens Tempur niet controleerbaar en niet objectief. Bij pleidooi heeft Tempur nader aangevoerd dat, om te voldoen aan de “duidelijkheidseis”, Medicomfort expliciet moet uitschrijven dat zij zich met Tempur vergelijkt en een directe vergelijking moet maken tussen haar producten en die van Tempur, omdat het anders voor “de maatman” bijzonder moeilijk is om vast te stellen dat de reclame niet van Tempur of van één van de Tempur-dealers komt. Voorts acht Tempur het door Medicomfort genoten voordeel oneerlijk en meent zij dat Medicomfort de Tempur-merken doet verwateren. Daarmee lijkt zij (alsnog tevens) een beroep te doen op de voorwaarden genoemde onder d. en g. van artikel 6:194a, lid 2, BW. Hoewel naar het oordeel van het hof te laat, zal het ook deze aanvullende argumenten bespreken, nu zij niet opgaan.
38. De regeling van de artikelen 6:194a e.v. BW strekt tot implementatie van Richtlijn 97/55/EG inzake misleidende reclame en dient derhalve richtlijnconform te worden uitgelegd. Onder meer in zijn arrest van 12 juni 2008 inzake O2/Hutchinson (C-533/06) heeft het Hof van Justitie overwogen dat onder vergelijkende reclame dient te worden verstaan elke vorm van reclame waarbij een concurrent dan wel door een concurrent aangeboden waren of diensten uitdrukkelijk of impliciet worden genoemd. Het hof is met de voorzieningenrechter voorshands van oordeel dat in de onderhavige advertentie(s) sprake is van vergelijkende reclame. Weliswaar worden Tempur, noch haar producten daarin expliciet genoemd, maar doordat de advertentie verschijnt nadat de zoekterm “tempur” is ingetypt en door de verwijzing naar “andere topmerken” is, gelet op het feit dat Tempur een bekend merk is, voor het publiek (in het kader van vergelijkende reclame: een gemiddeld geïnformeerde,

omzichtige en oplettende gewone consument) voldoende duidelijk dat Medicomfort haar producten in bedoelde advertentie(s) vergelijkt met die van onder andere Tempur.

39. Met de voorzieningenrechter is het hof voorshands van oordeel dat de advertentie(s) aan de voorwaarden voor geoorloofde vergelijkende reclame onder a., b. en c. voldoen, nu zowel Tempur, als Medicomfort traagschuimmatrassen aanbieden, voorshands niet aannemelijk is dat de matrassen van Medicomfort van inferieure, althans relevant mindere kwaliteit zijn, zoals Tempur stelt, en vergelijking plaatsvindt op basis van prijs. In dit verband verwijst het hof naar hetgeen het in rov. 25 heeft overwogen. Tempur stelt voorts niet, althans niet voldoende onderbouwd, dat de prijsvergelijking op zichzelf onjuist of anderszins misleidend is (omdat bij voorbeeld slechts een deel van de aangeboden producten in aanmerking is genomen). Daarbij neemt het hof in aanmerking dat de consument via de websites van zowel Tempur (waarvan de url als natuurlijk zoekresultaat verschijnt), als Medicomfort (wier url in de advertentie is vermeld), nadere informatie kan verkrijgen over de hoedanigheden en prijzen van de betreffende producten. Uit hetgeen het hof in het kader van het merkenrecht ten aanzien van de herkomstfunctie heeft overwogen volgt voorts dat (voorshands aannemelijk is dat) de inhoud van de advertentie(s) het publiek in staat stelt/stellen te bepalen dat de aangeboden waar niet afkomstig is van Tempur of een met Tempur verbonden onderneming, maar van een concurrent, zijnde Medicomfort. Voorts vloeit uit hetgeen het hof in de rov. 31 en 32 heeft overwogen voort dat de advertentie(s) Medicomfort geen *oneerlijk* voordeel oplevert/opleveren. Ook aan de voorwaarden onder d. en g. is derhalve voldaan.
40. Op grond van het voorgaande falen de grieven 10 tot en met 12.
41. In grief 9 betoogt Tempur dat de voorzieningenrechter de kostenveroordeling ten onrechte uitvoerbaar bij voorraad heeft verklaard nu dat niet gevorderd is. Bij pleidooi heeft de raadsman, nadat hem was voorgehouden dat Medicomfort bij conclusie van antwoord wel uitvoerbaar bij voorraad-verklaring heeft gevorderd, deze grief (voor wat betreft de eerste aanleg) ingetrokken.
42. In grief 8 bepleit Tempur dat niet zij, maar Medicomfort in de proceskosten dient te worden veroordeeld, omdat Tempur in het gelijk dient te worden gesteld. Uit het voorgaande vloeit voort dat dit niet het geval is en dat het vonnis waarvan beroep dient te worden bekrachtigd. Ook grief 13 faalt derhalve. Daaruit vloeit voort dat Tempur in eerste aanleg terecht in de kosten is veroordeeld en dat zij ook in de kosten van het hoger beroep dient te worden veroordeeld.
43. Blijkens het gestelde in de memorie van antwoord, onder 108, is Medicomfort van oordeel dat 30% van het debat ziet op het merkenrecht en 70% op vergelijkende reclame en maakt zij dienovereenkomstig aanspraak op vergoeding van 30% van haar kosten op de voet van artikel 1019h Rv. en voor het overige op vergoeding van het liquidatietarief. Bij brief ingekomen op 15 september 2011 heeft Medicomfort haar kosten voor het hoger beroep wat betreft het honorarium gespecificeerd op € 25.002,- en wat betreft betaald griffierecht op € 649,-. Het hof zal 30% van het opgegeven honorarium, te weten € 7.501,- toewijzen, vermeerderd met het griffierecht ad € 649,- en 70% van het toepasselijke liquidatietarief.

Beslissing

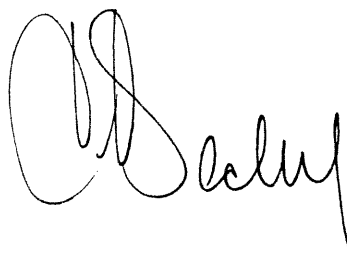
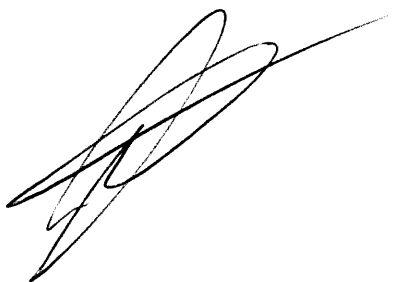
Het hof

bekrachtigt het vonnis waarvan beroep;

wijst af de vorderingen van Tempur voor zover gebaseerd op vergelijkende reclame;

veroordeelt Tempur in de kosten van het geding in hoger beroep, tot op heden begroot op € 649,- aan verschotten en € 9.378,- (€ 7.501,- + € 1.877,-) aan salaris.

Dit arrest is gewezen door mrs. A.D. Kiers-Becking, T.H. Tanja-van den Broek en S.J. Schaafsma, en is uitgesproken ter openbare terechtzitting van 22 november 2011 in aanwezigheid van de griffier.



Voor grosse aan:
Uitgegeven aan mr. J.P. HEERING
Advocaat van: app./geint.
De Griffier van het Gerechtshof
te 's-Gravenhage