

RECHTBANK DEN HAAG

Team handel
Zittingsplaats Den Haag

zaaknummer / rolnummer: C/09/483170 / HA ZA 15-217

Vonnis van 20 juli 2016

in de zaak van

1. de rechtspersoon naar vreemd recht
FLEUROP INTERFLORA AG,
gevestigd te Glattbrugg, Zwitserland,
2. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
BEHEERSMAATSCHAPPIJ FLEUROP-INTERFLORA NEDERLAND B.V.,
gevestigd te Veenendaal,
3. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
FLEUROP-INTERFLORA NEDERLAND B.V.,
gevestigd te Veenendaal,
eiseressen,
advocaat mr. F.A.M. Knüppe te Arnhem,

tegen

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
TOPBLOEMEN NEDERLAND B.V.,
gevestigd te Hoofddorp,
gedaagde,
advocaat mr. H. Maatjes te Amsterdam.

Eiseressen zullen hierna samen Fleurop genoemd worden en afzonderlijk Fleurop AG, Beheersmaatschappij Fleurop en Fleurop Nederland. Gedaagde zal hierna Topbloemen genoemd worden. De zaak is voor Fleurop behandeld door mr. J. Becker, advocaat te Arnhem en voor Topbloemen door de advocaat voornoemd.

1. De procedure

- 1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:
 - de dagvaarding van 16 februari 2015, met producties 1 tot en met 22, inclusief een specificatie van proceskosten op de voet van artikel 1019h Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv);
 - de conclusie van antwoord van 8 april 2015, met producties 1 tot en met 11, inclusief een specificatie van proceskosten op de voet van artikel 1019h Rv;
 - het tussenvonnissen van 3 juni 2015 waarbij een comparitie van partijen is gelast;
 - de op 17 september ontvangen akte aanvullende producties van Fleurop, met producties 23 tot en met 25 (inclusief aanvullende kostenspecificatie);

-
- de op 25 september 2015 ontvangen aanvullende producties 12 tot en met 14 (inclusief een aanvullende kostenspecificatie) van Topbloemen;
 - de op 12 oktober 2015 ontvangen aanvullende kostenspecificatie van Fleurop (productie 26);
 - het proces-verbaal van comparitie van 13 oktober 2015;
 - de brief van mr. Maatjes van 2 november 2015 naar aanleiding van het proces-verbaal;
 - de brief van mr. Becker van 3 november 2015 naar aanleiding van het proces-verbaal.

1.2. Ten slotte is vonnis nader bepaald op heden.

2. De feiten

2.1. Eiseressen maken deel uit van de Fleurop-Interflora groep van ondernemingen die een wereldwijd bezorgnetwerk voor bloemen/bloemboeketten exploiteert (het 'Fleurop-netwerk'). Bij het Fleurop-netwerk is een groot aantal bloemisten aangesloten, in Nederland ongeveer 1.200, die hun onderneming onder eigen (handels)naam drijven.

2.2. Fleurop AG is houdster van de navolgende merkinschrijvingen:

- a. het collectieve internationale woordmerk FLEUROP met gelding in de Benelux, ingeschreven op 10 mei 1995 onder nummer 649780, voor onder andere '*natural flowers*' en '*reception and transmission of electronic orders for flowers*';
 - b. het (individuele) internationale woordmerk FLEUROP met gelding in de EU, ingeschreven op 14 januari 2008 onder nummer 954537, voor onder andere '*retail trade of flowers, plants and gifts, particularly via global computer networks*';
 - c. het collectieve Gemeenschapswoordmerk FLEUROP, ingeschreven op 31 januari 2001 onder nummer 001286491, voor onder andere '*natural flowers*' en '*transmission and receipt of electronic orders for flowers*';
 - d. het collectieve internationale woord/beeldmerk INTERFLORA FLEUROP met gelding in de Benelux, ingeschreven op 1 februari 1978 onder nummer 435956 voor onder andere '*produits pour conserver les fleurs coupées*' en '*produits pour la protection des plantes*' en '*semences*';
- 
- e. het collectieve internationale woord/beeldmerk INTERFLORA FLEUROP FTD met gelding in de Benelux, ingeschreven op 14 september 1993 onder nummer 612136, voor onder andere '*natural flowers*' en '*assistance for florists related to the exchange of orders for flowers*';



- f. het collectieve internationale woord/beeldmerk INTERFLORA FLEUROP BLUMEN IN ALLE WELT, met gelding in de Benelux, ingeschreven op 25 augustus 1948 onder nummer 138289, voor onder andere '*fleurs naturelles*';



- g. het collectieve internationale woord/beeldmerk INTERFLORA FLOWERS WORLDWIDE met gelding in de Benelux, ingeschreven op 6 december 1966 onder nummer 329955, voor onder andere '*fleurs naturelles*';



- h. het collectieve internationale woord/beeldmerk INTERFLORA FLEUROP BLUMEN IN ALLE WELT met gelding in de Benelux, ingeschreven op 8 april 1969 onder nummer 355529, voor onder andere '*fleurs artificielles*';



- i. het collectieve internationale woord/beeldmerk INTERFLORA FLEUROP, met gelding uitsluitend in Cuba, ingeschreven op 31 juli 1997 onder nummer 680509, voor onder andere '*fleurs naturelles*' en '*transmission et réception de commandes électroniques pour des fleurs*';



Beheersmaatschappij Fleurop is houdster van:

- j. het (individuele) Benelux woord/beeldmerk FLEUROP, gedeponeed op 21 december 2012 en ingeschreven op 11 maart 2013 onder nummer 0931017, voor onder andere levende bloemen en bezorging daarvan;

Fleurop

- k. het (individuele) Benelux woordmerk FLEUROP INTERFLORA, gedeponeerd op 3 juli 1989, waarvan de inschrijving is gepubliceerd op 1 maart 1990 onder nummer 0463797, voor onder andere publiciteit, vervoer en bloemschikken;
- l. het (individuele) Benelux woord/beeldmerk FLEUROP INTERFLORA, gedeponeerd op 26 april 2007 en ingeschreven op 7 augustus 2007 onder nummer 0822791, voor onder andere levende bloemen en levering (bezorging) van bloemen;



- m. het (individuele) Benelux woordmerk FLEUROP PLANT DESIGN, gedeponeerd op 24 oktober 2012 en ingeschreven op 11 maart 2013 onder nummer 0929710, voor onder andere levende bloemen en zakelijke bemiddeling bij de aan- en verkoop van bloemen;

De hiervoor genoemde merken worden hierna gezamenlijk als de “Fleurop-merken” aangeduid en de merken onder a, b en c gedrieën ook als de “Fleurop-woordmerken”.

2.3. Topbloemen exploiteert een netwerk voor bloemenbezorging waarbij ongeveer 500 Nederlandse bloemisten zijn aangesloten. Deze bloemisten bezorgen de via www.topbloemen.nl online geplaatste bestellingen. Bloemen kunnen ook in de rest van Europa worden bezorgd.

2.4. Sinds 2011 maakt Topbloemen gebruik van het *advertising keyword* (hierna: adword) “fleurop” voor bepaalde internetadvertenties in de zoekmachine van Google.

2.5. Bij brief van 17 februari 2011 heeft (de raadsman van) Fleurop Topbloemen gesommeerd de gestelde inbreuk op haar merken te staken.

2.6. Op 3 maart 2011, 9 maart 2011 en 26 februari 2015 heeft Topbloemen onthoudingsverklaringen ondertekend. De onthoudingsverklaring van 3 maart 2011 bevat de volgende tekst:

*“De besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid **TOPBLOEMEN NEDERLAND B.V.**, statutair gevestigd en kantoorhoudende te (2153 PJ) Nieuw-Vennep, te dezen rechtsgeldig vertegenwoordigd namens E. van Arkel Holding B.V., door de heer E. van Arkel: “Topbloemen”:*

NEEMT IN AANMERKING DAT:

- A. *de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid*
BEHEERSMAATSCHAPPIJ FLEUROP-INTERFLORA NEDERLAND

***B.V.**, en **FLEUROP INTERFLORA B.V.**, beide gevestigd en kantoorhoudende te (3905 PJ) Veenendaal, aan De Schutterij 1; en*

*de vennootschap naar vreemd recht **VEREIN FLEUROP-INTERFLORA** en **FLEUROP-INTERFLORA EUROPEAN BUSINESS COMPANY**, gevestigd te Staegereistrasse 21, CH-8152 Glattbrugg, Zwitserland (hierna gezamenlijk aangeduid als: "Fleurop")*

zich op het standpunt hebben gesteld dat Topbloemen inbreuk zou maken op de merkrechten van Fleurop door het gebruik van "fleurop" als adword in haar advertenties zoals door Topbloemen is gebruikt;

- B. *Topbloemen in het kader van een minnelijke regeling bereid is jegens Fleurop om deze Onthoudingsverklaring te ondertekenen.*

EN VERKLAART DAT:

1. *Topbloemen ieder gebruik van de adword "fleurop" voor de navolgende advertenties met onmiddellijke ingang heeft gestaakt en gestaakt zal houden, totdat in rechte is komen vast te staan dat voornoemd adword gebruik geen inbreuk maakt op de merkrechten van Fleurop;*

*Bloemen bezorgen
Vanaf € 11,95 kunt u een bloemetje laten bezorgen. Bestel snel!
www.topbloemen.nl*

*Bloemen van Topbloemen.nl
Bij Topbloemen.nl vanaf € 11,95
Nu bestellen, vandaag bezorgen
topbloemen.nl*

2. *Indien de hiervoor genoemde verplichting niet door topbloemen wordt nagekomen, verbeurt Topbloemen ten behoeve van Fleurop een direct opeisbare, niet voor matiging vatbare boete ten bedrage van € 250,-- (zegge: tweehonderd vijftig euro) per overtreding en per dag(deel) dat de overtreding voortduurt.*

*Aldus opgemaakt en ondertekend te Nieuw Vennep op 3 maart 2011
(...)
[ondertekend door directeur Topbloemen]"*

De verklaringen van 9 maart 2011 en 26 februari 2015 zijn - voor zover relevant in deze zaak - gelijkkluidend aan die van 3 maart 2011, behalve voor wat betreft de opgenomen tekst(en) van de betreffende advertentie(s). De advertentietekst in de onthoudingsverklaring van 9 maart 2011 luidt als volgt:

*"Topbloemen.nl Vanaf € 11,95
Bestel voor 14:00 en laat
Vandaag nog bloemen bezorgen!"*

www.topbloemen.nl

De advertentieteksten in de onthoudingsverklaring van 26 februari 2015 luiden als volgt:

["Bloemen van Topbloemen.nl](http://www.topbloemen.nl)
www.topbloemen.nl/Bloemen_Bezorgen
Vanaf € 11,95 kunt u een bloemetje laten bezorgen op Valentijnsdag!
Boeketten vanaf € 11,95 - Romantische Boeketten - Bloemetje Bezorgen

[Bloemen voor Valentijn?- Topbloemen.nl](http://www.topbloemen.nl)
www.topbloemen.nl/Bloemen_Bezorgen
Vanaf € 11,95 kunt u een bloemetje laten bezorgen op Valentijnsdag!
Vandaag nog bezorgd - 7 Dagen VersGarantie - Lage bezorgkosten"

2.7. Gedurende de periode tussen 26 januari 2011 en 12 februari 2015 zijn de volgende advertenties van Topbloemen bovenaan in het scherm als advertentie, dan wel in de natuurlijke zoekresultaten verschenen bij het intoetsen van de zoekterm "fleurop" in Google (zoals door Fleurop overgelegd als productie 13):

- a. [Bloemen bezorgen](http://www.topbloemen.nl)
Vanaf € 11,95 kunt u een bloemetje laten bezorgen. Bestel snel!
Direct bestellen, snel bezorgd – Voor 13 uur, vandaag bezorgd – Rozen
www.topbloemen.nl
- b. [Bloemen bezorgen](http://www.topbloemen.nl)
Vanaf € 11,95 kunt u een bloemetje laten bezorgen. Bestel snel!
www.topbloemen.nl
- c. [Bloemen bezorgen](http://www.topbloemen.nl)
Vanaf € 11,95 kunt u een bloemetje laten bezorgen. Bestel snel!
www.topbloemen.nl
- d. [Topbloemen.nl Vanaf 11,95](http://www.topbloemen.nl)
Bestel voor 14.00 uur en laat Vandaag nog bloemen bezorgen!
www.topbloemen.nl
- e. [Bloemen van Topbloemen.nl](http://www.topbloemen.nl)
www.topbloemen.nl/
Bij Topbloemen.nl vanaf € 11,95 Lagere bezorgkosten bij TopBloemen!
Direct bestellen, snel bezorgd - Boeketten vanaf € 11,95
- f. [Bloemen van Topbloemen.nl - Bij Topbloemen.nl Vanaf 11.95](http://www.topbloemen.nl)
www.topbloemen.nl/Vandaag-Bezorgen
Lagere bezorgkosten bij Topbloemen!
Direct bestellen, snel bezorgd - Boeketten vanaf €11,95 - Moederdag Boeketten
- g. [Bloemen van Topbloemen.nl](http://www.topbloemen.nl)
www.topbloemen.nl/Bloemen_Bezorgen
Vanaf € 11,95 kunt u een bloemetje laten bezorgen op Valentijnsdag!
Boeketten vanaf € 11,95 - Romantische Boeketten - Bloemetje Bezorgen

- h. *Bloemen van Topbloemen.nl*
www.topbloemen.nl/Vandaag-Bezorgen
Bij Topbloemen.nl Vanaf 11.95 Lagere bezorgkosten bij Topbloemen!
Vandaag nog bezorgd... 7 Dagen VersGarantie
Bloemetje Bezorgen - Boeketten vanaf € 11,95 - Romantische Boeketten
- i. *Bloemen voor Valentijn?- Topbloemen.nl*
www.topbloemen.nl/Bloemen_Bezorgen
Vanaf € 11,95 kunt u een bloemetje laten bezorgen op Valentijnsdag!
Vandaag nog bezorgd - 7 Dagen VersGarantie - Lage bezorgkosten"

3. **Het geschil**

- 3.1. Fleurop vordert dat de rechtbank bij vonnis:
- (I) voor recht verklaart dat Topbloemen, door het direct en indirect via derden (doen) gebruiken van de Fleurop-merken en daarmee overeenstemmende tekens op internet, als zoekterm(en), zoekwoord(en) of keyword(s) of adword(s) in het kader van (een) zoekmachineadvertentiedienst(en) en/of voor (een) zoekmachineadvertentie(s), inbreuk maakt en heeft gemaakt op de Fleurop-merken, alsmede voor recht te verklaren dat Topbloemen hiermee ook overigens onrechtmatig jegens Fleurop handelt en heeft gehandeld, een en ander zoals omschreven in het lichaam van de dagvaarding;
- (II) voor recht verklaart dat Topbloemen jegens Fleurop aansprakelijk is voor vergoeding van de schade die Fleurop lijdt en heeft geleden als gevolg van de door Topbloemen gepleegde merkinbreuken en de door Topbloemen gepleegde onrechtmatige daden, en aansprakelijk is voor afdracht van de daarmee door Topbloemen behaalde winst, een en ander zoals omschreven in het lichaam van de dagvaarding;
- (III) voor recht verklaart dat Topbloemen toerekenbaar tekortschiet en is te kort geschoten in de nakoming van de contractuele verplichtingen dan wel eenzijdige toezeggingen jegens Fleurop zoals vermeld in de onthoudingsverklaringen uit 2011, alsmede hierdoor onrechtmatig jegens Fleurop te handelen en te hebben gehandeld, een en ander zoals omschreven in het lichaam van de dagvaarding, en tevens voor recht te verklaren dat op grond daarvan Topbloemen aan Fleurop boetes heeft verbeurd ter hoogte van € 250,- per overtreding en per dag(deel) na 19 april 2012 althans 19 september 2012, een en ander zolang als de overtreding voortduurt; en verder, verkort samengevat, dat de rechtbank bij uitvoerbaar bij voorraad te verklaren vonnis:
- (IV) Topbloemen gebiedt om iedere inbreuk op de Fleurop-merken te staken en gestaakt te houden, zoals bijvoorbeeld maar niet beperkt tot het (doen) gebruiken van de Fleurop-merken en daarmee overeenstemmende tekens in stukken voor zakelijk gebruik, in reclame en anderszins bij het aanbieden van producten, alsmede op internet, waaronder - primair - het gebruik van de Fleurop-merken en daarmee overeenstemmende tekens als zoekterm(en) in het kader van (een) zoekmachineadvertentiedienst(en);
- (V) Topbloemen gebiedt om ieder onrechtmatig handelen jegens Fleurop te staken en gestaakt te houden, waaronder het op ongeoorloofde wijze aanhaken bij de producten en onderscheidingstekens van Fleurop, en/of het op onrechtmatige wijze

profiteren van het bedrijfsdebiet en de daartoe gedane investeringen van Fleurop en/of het op ongeoorloofde wijze profiteren van de naamsbekendheid en goede reputatie van de Fleurop-merken en/of de producten van Fleurop, meer in het bijzonder door het gebruik van de tekens 'fleurop' en daarmee overeenstemmende tekens in reclame-uitingen althans in het kader van (een) zoekmachineadvertentiedienst(en);

- (VI) Topbloemen beveelt om de zoekmachine Google en alle andere zoekmachines waar zij de zoekwoorden zoals bedoeld in de dagvaarding heeft opgegeven, te verzoeken de overeenkomst met Topbloemen te beëindigen, de bestanden te schonen en de zoekresultaten te verversen, zodat niet langer wordt verwezen naar (de) website(s) van Topbloemen bij het intikken van de zoekterm 'fleurop';
- (VII) Topbloemen beveelt om Fleurop een juiste en volledige opgave te verstrekken van informatie over gebruik van zoektermen en correspondentie daarover met zoekmachines (a, b, c en e), rapportages van zoekmachines (d), het verschijnen van advertenties via de zoektermen (f), het doorklikken (g), conversiegegevens (h), orders (i), kosten per klik (j), winst en financiële bescheiden ten aanzien van die winst (k en l), voorzien van een accountantsverklaring;
- (VIII) Topbloemen beveelt om een rectificatie op de openingspagina van haar website www.topbloemen.nl op te nemen;
met bepaling dat Topbloemen een dwangsom van € 10.000,- verbeurt voor iedere keer dan wel, ter uitsluitende keuze van Fleurop, voor iedere dag, dat zij geheel of gedeeltelijk in gebreke blijft aan één of meer van de in IV tot en met VIII gevorderde geboden en veroordelingen te voldoen;
- (IX) Topbloemen veroordeelt om € 246.500,- aan verbeurde boetes te betalen aan Fleurop, vermeerderd met wettelijke rente;
- (X) veroordeelt primair:
- a) tot betaling aan Fleurop van een bedrag aan schadevergoeding ter hoogte van € 244.652,81,-, te vermeerderen met wettelijke rente;
dan wel
- b) tot afdracht aan Fleurop van de met de inbreuk behaalde netto-winst, te vermeerderen met wettelijke rente;
waarbij de hoogste van beide bedragen (sub a of b) verschuldigd is; dan wel subsidiair Topbloemen te veroordelen om de door Fleurop geleden schade te vergoeden, nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet;
- (XI) Topbloemen te veroordelen in de kosten van deze procedure op basis van artikel 1019h Rv.

3.2. Fleurop legt aan haar vorderingen ten grondslag dat Topbloemen op internet als zoekterm, zoekwoord, adword het teken "fleurop" aan haar internetadvertenties heeft gekoppeld, waardoor deze advertenties (bovenaan) in de zoekresultaten verschijnen zodra een internetgebruiker in een zoekmachine (bijvoorbeeld Google) het woord "fleurop" intoetst. Daarmee maakt Topbloemen volgens Fleurop gebruik, in het economisch verkeer, van de Fleurop-merken, althans daarmee overeenstemmende tekens, voor de waren en diensten waarvoor de merken zijn ingeschreven, althans soortgelijke waren en diensten. Dit gebruik doet afbreuk aan de herkomstaanduidingsfunctie van de Fleurop-merken en veroorzaakt gevaar voor verwarring. Met deze handelingen maakt Topbloemen inbreuk op de Fleurop-merken in de zin van artikel 9 lid 2 sub a en b van Verordening (EG) nr. 207/2009 van de Raad van 26 februari 2009 inzake het Gemeenschapsmerk zoals gewijzigd bij Verordening (EU) 2015/2424 van het Europees Parlement en de Raad van 16 december

2015 (UMVo) dan wel artikel 2.20 lid 1 sub a en b van het Benelux-verdrag inzake de intellectuele eigendom (merken en tekeningen of modellen) (BVIE). Subsidiar voert Fleurop aan dat de Fleurop-merken bekende merken zijn en het publiek door de handelwijze van Topbloemen een verband legt tussen Fleurop en Topbloemen. Op die wijze gebruikt Topbloemen de Fleurop-merken of daarmee overeenstemmende tekens om, zonder geldige reden, ongerechtvaardigd voordeel te trekken uit het onderscheidend vermogen en de reputatie van die merken, zodat zij daarop inbreuk maakt in de zin van artikel 9 lid 2 sub c UMVo, dan wel artikel 2.20 lid 1 sub c BVIE. Daarnaast haakt Topbloemen onrechtmatig aan bij de bekendheid van de Fleurop-merken, en de naamsbekendheid en goede reputatie van het Fleurop-netwerk, onder meer door de internetgebruiker niet duidelijk te maken dat er geen commerciële band is tussen Topbloemen en Fleurop. Tevens wordt de werfkracht en de reputatie van de Fleurop-merken door deze handelwijze aangetast.

3.3. Door bovengenoemd onrechtmatig handelen (merkinbreuk en onrechtmatig aanhaken) lijdt Fleurop schade, voor welke schade Topbloemen aansprakelijk is.

3.4. Ook heeft Topbloemen volgens Fleurop door het gebruik van haar advertenties het boetebeding dat is opgenomen in de onthoudingsverklaringen van 3 en 9 maart 2011 (beschreven in 2.6) overtreden, zodat zij € 246.500,- aan boetes heeft verbeurd.

3.5. Topbloemen voert gemotiveerd verweer.

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

4. De beoordeling

Bevoegdheid

4.1. Voor zover de vorderingen zijn ingesteld ter zake van gestelde inbreuk op (per datum dagvaarding nog) Gemeenschapsmerken, is de rechtbank bevoegd daarvan kennis te nemen op grond van artikel 96 onder a en 97 lid 1 jo. 98 GMVo in combinatie met artikel 3 van de Uitvoeringswet EG-verordening inzake het Gemeenschapsmerk. De inhoudelijke beoordeling van de gestelde inbreuk op die merken die inmiddels Uniemerken heten, vindt *ex nunc* plaats op basis van de gewijzigde verordening.

4.2. Voor zover de vorderingen zijn ingesteld ter zake van gestelde inbreuk op Benelux-merken, is deze rechtbank internationaal bevoegd daarvan kennis te nemen op grond van artikel 4.6 lid 1 BVIE¹. De rechtbank is op grond van laatstgenoemd artikel ook relatief bevoegd omdat de gestelde inbreuk ook in het arrondissement Den Haag plaatsvindt. Voor zover de vorderingen zijn gebaseerd op onrechtmatige daad, is deze rechtbank internationaal en relatief bevoegd reeds omdat de bevoegdheid niet is bestreden.

Merkinbreuk

4.3. Topbloemen betwist dat zij door haar gebruik van het adwoord "fleurop" in verband met de in 2.7 genoemde advertenties inbreuk (heeft ge)maakt op de Fleurop-merken.

¹ HvJ EU 14 juli 2016, C-230/15, Brite Strike

- *inbreuk sub a op de Fleurop-woordmerken?*

4.4. Niet in geschil is dat (de bloemisten die aangesloten zijn bij het netwerk van) Fleurop respectievelijk (van) Topbloemen identieke waren aanbieden. Ook niet ter discussie staat dat Topbloemen het teken “fleurop” bij internetzoekmachine Google heeft gebruikt om haar advertenties bij het gebruik van dat teken als zoekterm te tonen (gebruikmaking van adwords) en haar onderneming hoger in de natuurlijke zoekresultaten te laten verschijnen (door middel van zogenaamde zoekmachine optimalisatie technieken). Hierna wordt het gebruik van zoektermen, metatags en adwords gezamenlijk aangeduid als adword gebruik. Tot slot is niet in geschil dat het gebruikte teken “fleurop” identiek is aan de Fleurop-woordmerken, zodat er sprake is van zogenaamde ‘dubbele identiteit’.

4.5. Volgens vaste rechtspraak van het Europese Hof van Justitie² kan de merkhouder een derde die gebruik maakt van een adword dat gelijk is aan een merk en wordt gebruikt voor dezelfde waren of diensten als die waarvoor het merk is ingeschreven, dit gebruik slechts verbieden wanneer het een van de functies van het merk kan aantasten. Van een aantasting van de primaire functie, de herkomstaanduidingsfunctie, is in een situatie als deze sprake wanneer het voor de normaal geïnformeerde en redelijk oplettende internetgebruiker op basis van de verschenen advertentie onmogelijk of moeilijk is te achterhalen of de aangeboden waren of diensten van de merkhouder of van een derde afkomstig zijn.

4.6. De rechtbank is met partijen van oordeel dat het Interflora-arrest in deze zaak als leidraad geldt. In de verwezen zaak ging het om een bloemenbezorgnetwerk van Marks & Spencer (“M&S”) dat gebruik maakte van het adword “interflora”, identiek aan het merk waaronder het Interflora-bloemenbezorgnetwerk opereert. De volgende rechtsoverwegingen van dat arrest zijn in het bijzonder relevant:

“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 (reeds aangehaalde arresten Google France en Google, punten 83 en 84, en Portakabin, punt 34). 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 (arrest Google France en Google, reeds aangehaald, punt 85).

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

² Zie onder andere het Interflora-arrest, 11 september 2011, C-323/09, ECLI:EU:C: 2011:604 en de daarin in 34 genoemde eerdere arresten.

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 (reeds aangehaalde arresten Google France en Google, punten 89 en 90, en Portakabin, punt 35).”

4.7. Het Hof overwoog verder in het Interflora-arrest dat de verwijzende rechter bij de beantwoording van de vraag of de herkomstaanduidingsfunctie is aangetast, kan nagaan of het relevante publiek op basis van zijn algemene marktkennis op de hoogte zal zijn van het feit dat de bloemenbezorgingsdienst van M&S geen deel uitmaakt van het Interflora-netwerk, maar juist een concurrent is, en zo niet, of dat publiek dit uit de advertentie zelf kan afleiden. Daarbij zal de rechter volgens het Hof in het bijzonder rekening kunnen houden met het feit dat het commerciële netwerk van de merkhouder bestaat uit een groot aantal detailhandelaren die ten opzichte van elkaar aanzienlijk verschillen wat hun omvang en commercieel profiel betreft. In die situatie kan het bij gebreke van enige aanduiding door de adverteerder moeilijk zijn te weten of de weergegeven advertentie al dan niet van dat netwerk deel uitmaakt, en zal de herkomstaanduidingsfunctie van het merk aangetast worden (vergelijk punten 51 t/m 53 van het Interflora-arrest).

4.8. In het voorliggende geval, zoals in de Interflora-zaak, bestaat het Fleurop-netwerk uit ‘een groot aantal detailhandelaren die ten opzichte van elkaar aanzienlijk verschillen, wat hun omvang en commercieel profiel betreft’. Immers, niet in geschil is dat het Fleurop-netwerk in Nederland uit ongeveer 1.200 individuele bloemisten bestaat die ieder onder een eigen handelsnaam een eigen onderneming drijven en in omvang en marktbenadering verschillen. Topbloemen bestrijdt niet dat deze opzet ook geldt in de overige landen van de Europese Unie en de Benelux, waar de Fleurop-woordmerken gelding hebben.

4.9. Ten aanzien van het relevante publiek zijn partijen het eens dat de ‘normaal geïnformeerde redelijk oplettende internetgebruiker’ zoals door het Hof gedefinieerd in casu een volwassene (18+) vrouwelijke of mannelijke EU-burger is die af en toe online, maar ook wel in een (fysieke) winkel een boeket bloemen bestelt om bij iemand te laten bezorgen.

4.10. Gezien het voorgaande is de kernvraag in het kader van de in deze zaak gestelde merkinbreuk of de advertenties van Topbloemen het voor het relevante publiek moeilijk of onmogelijk maken te weten dat de door Topbloemen aangeboden bloemen/boeketten afkomstig zijn van een concurrent van Fleurop en niet van een bloemist van het Fleurop-netwerk. Dat zal het geval zijn als het relevante publiek op basis van algemene marktkennis er niet van op de hoogte is dat het bloemenbezorgnetwerk van Topbloemen concurreert met dat van Fleurop, en het publiek dit ook niet uit de advertenties van Topbloemen kan afleiden. Nu Fleurop zich op merkinbreuk beroept, is het aan haar om de gestelde aantasting van de herkomstaanduidingsfunctie voldoende te motiveren en, zonodig, te bewijzen.

- *algemene marktkennis van het publiek*

4.11. Ten aanzien van de algemene marktkennis van het relevante publiek verschillen partijen van mening. Volgens Fleurop is bij het relevante publiek zeer bekend dat zij een bloemenbezorgnetwerk exploiteert waaraan onafhankelijke bloemisten deelnemen en kent het (leeuwendeel van het) relevante publiek (het netwerk van) Topbloemen niet, en zal het daarom Topbloemen ook niet als concurrent zien. Topbloemen bestrijdt dit, onder meer met het argument dat Topbloemen marktleider is in Nederland in bloemenbezorging, zodat het

publiek in het algemeen juist wel zal weten dat Topbloemen een concurrent is van Fleurop. De rechtbank volgt Fleurop in haar stelling en licht dit hierna toe.

4.12. Ter onderbouwing van de grote bekendheid van het Fleurop-netwerk verwijst Fleurop naar een onderzoeksrapport van PQR (Partners in Quality Research) van juni/juli 2011. Dat rapport vermeldt dat “vrijwel iedereen weet dat men via Fleurop bloemen kan versturen”, en dat 63%-75% van de ‘verzenders’ (geïnterviewden die in het afgelopen jaar bloemen hadden laten bezorgen) dit deed via de bloemenwinkel en 4% op andere wijze (onder meer online). Ter zitting heeft Fleurop onbestreden gesteld dat sinds 2011 het aandeel online bestellingen toeneemt en op dit moment rond de 20-25% ligt. Het tweede gedeelte van het PQR-rapport toont resultaten van een onderzoek naar Fleurop en haar concurrentie. Het rapport vermeldt dat de spontane naamsbekendheid (‘welke bloemenbezorgingsdiensten kent u?’) van Fleurop bij ‘verzenders’ 66% bedraagt en de totale bekendheid (spontaan + ‘geholpen’ (‘welke uit deze lijst kent u?’)) 91%, terwijl dit bij Topbloemen respectievelijk 1% en 4% is. Eenzelfde beeld komt naar voren uit een door Fleurop overgelegd rapport van Ruigrok Netpanel van mei 2015. Fleurop was bij 46.2% van de ondervraagden ‘top of mind’ (als eerste genoemd) tegenover 1.1% bij Topbloemen, de geholpen naamsbekendheid bij Fleurop was 86% en bij Topbloemen 14%.

4.13. De rapportages van PQR en Ruigrok Netpanel zijn als zodanig door Topbloemen niet (gemotiveerd) bestreden. Ook bestrijdt Topbloemen niet dat de voor die onderzoeken geïnterviewde personen tot het relevante publiek behoren. Topbloemen betwist echter wel haar (relatieve) onbekendheid door erop te wijzen dat zij op de 17^e plaats stond in de ‘Top 100 beste websites 2014’, dat zij in 2014 te zien is geweest in het televisieprogramma ‘Life 4 you’ uitgezonden op RTL4, dat zij sponsor was van de televisieprogramma’s ‘Hollands beste bloemstylist’ en ‘All you need is love’, en dat zij leveringscontracten heeft met grote zakelijke partijen: overheidsdiensten (Belastingdienst, ministerie van V&J, Politie) en andere grote instellingen (Univé verzekeringen, Haagse Hogeschool). Voorts stelt Topbloemen, onder verwijzing naar haar eigen persbericht van juni 2015, dat zij momenteel marktleider is. Dit alles maakt dat Topbloemen grote bekendheid geniet in Nederland, aldus Topbloemen.

4.14. Uit de rapporten van PQR en Ruigrok Netpanel blijkt dat de bekendheid van Fleurop groot is en van Topbloemen in relatieve en absolute zin gering. Daaruit volgt dat slechts een gering deel van het publiek Topbloemen *als bezorgnetwerk* kent. De incidentele sponsorschappen van televisieprogramma’s door Topbloemen en haar eenmalig verschijnen in een televisieprogramma maken het beeld dat uit de rapportages van Fleurop naar voren komt niet anders. Daaruit blijkt immers niet dat Topbloemen bij het relevante publiek door die gelegenheden (grootschalig) bekend is geworden, laat staan als een bloemenbezorgnetwerk en niet als bloemist. Het feit dat Topbloemen op de 17^e plaats staat in de Top 100 van beste websites is niet doorslaggevend omdat daaruit niet blijkt dat Topbloemen bekendheid als bloemenbezorgnetwerk bij het relevante publiek heeft verkregen. Zoals Fleurop terecht aanvoert, is het feit dat Topbloemen een speler van betekenis is op de zakelijke markt op zichzelf ook niet relevant. In deze zaak gaat het, gezien de door partijen onderschreven definitie van het relevante publiek, niet om de perceptie van de zakelijke klant, maar om de perceptie van de 18+ consument die af en toe bloemen voor een ander in een winkel of online bestelt. Tenslotte is de stelling van Topbloemen dat zij marktleider is door Fleurop terecht betwist. Daargelaten de vraag of marktaandeel rechtstreeks te koppelen is aan de perceptie van het relevante publiek, verwijst

Topbloemen ter onderbouwing van haar stelling slechts naar haar eigen persbericht. Hoewel Topbloemen stelt dat dit persbericht is gebaseerd op de jaarverslagen van Topbloemen en Fleurop, is dat niet gebleken zodat de rechtbank daar in het licht van de betwisting van Fleurop niet vanuit kan gaan. Ter bevestiging van dit hoge marktaandeel heeft Topbloemen ter zitting nog verwezen naar een onderzoek uitgevoerd door het blad Twinkle, maar zij heeft dit onderzoek niet overgelegd. Nu de respectievelijke marktaandelen van partijen volgens Topbloemen door Twinkle zijn geschat, waarbij niet bekend is waarop die schatting is gebaseerd, wordt het beroep van Topbloemen op dit onderzoek gepasseerd.

4.15. Topbloemen heeft gezien het voorgaande de onderbouwde stelling van Fleurop dat het leeuwendeel van het relevante publiek Topbloemen niet kent, althans niet als bloemenbezorgnetwerk, onvoldoende (gemotiveerd) betwist. Dat brengt mee dat de rechtbank er van uit gaat dat de relevante consument die bloemen wil laten bezorgen, en de zoekterm "fleurop" invult, op grond van zijn algemene marktkennis niet weet dat Topbloemen een concurrerend bezorgnetwerk biedt. Dat de consument de term "topbloemen" vaker invult dan "fleurop", dan wel de zoekterm "fleurop" zal invullen met het doel prijzen van verschillende bloemenbezorgers te vergelijken zoals gesteld door Topbloemen en door Fleurop betwist, is door Topbloemen niet onderbouwd en wordt verworpen.

- *de advertenties van Topbloemen*

4.16. Dat brengt de rechtbank bij de vraag of de consument uit de advertenties van Topbloemen (zie 2.7) kan afleiden dat Topbloemen geen deel uitmaakt van het Fleurop-netwerk maar juist een concurrent is.

4.17. De advertenties van Topbloemen vermelden niet uitdrukkelijk dat Topbloemen een bezorgnetwerk van bloemisten vormt. Volgens Topbloemen kan de consument dat echter wel uit die advertenties opmaken. Zij betoogt daartoe allereerst dat in haar advertenties wordt aangegeven dat de bloemen besteld kunnen worden bij Topbloemen Nederland (met hoofdletter), de naam Topbloemen vaak voorkomt in de advertentie, en dat de domeinnaam www.topbloemen.nl is, zo dat het publiek niet in verwarring zal zijn.

4.18. Naar het oordeel van de rechtbank slaagt het argument van Topbloemen niet. Ook alle Fleurop-bloemisten bieden immers onder hun eigen (domein/handels)naam bloemen aan. Zoals Fleurop terecht heeft aangevoerd verschilt de naam Topbloemen(.nl) naar haar aard ook niet van de (zeer diverse) namen van bloemisten van het Fleurop-netwerk (zoals door Fleurop als voorbeelden aangehaald: "Bloeiend.nl", "Metbloemen.nl", "Fresh bloemen", "Mooi Anders Bloemen", "Buitengewoon Bloemen" en "Kanjers in Bloemen"). Op basis van de (online gebruikte) handelsnaam zal het publiek dus geen onderscheid maken tussen Topbloemen en een bij het netwerk van Fleurop aangesloten bloemist.

4.19. Topbloemen voert ook aan dat in Google alle advertenties van Fleurop-bloemisten de tekst "fleurop bloemist" of "aangesloten bij het fleurop netwerk" bevatten zodat het publiek op basis daarvan Topbloemen van Fleurop zal onderscheiden. Topbloemen heeft daarbij verwezen naar door haar overgelegde *screenshots* (productie 9). Zoals Fleurop terecht aanvoert, komen die zoekresultaten niet bovenaan in beeld en op een mobiele telefoon zelfs helemaal niet zonder naar beneden te scrollen, wat veel gebruikers niet doen. Derhalve kan niet worden vastgesteld dat het publiek bekend is met de vermelding "fleurop

bloemist” door bloemisten uit het Fleurop netwerk. Dat staat nog los van de vraag of het publiek uit de afwezigheid van die aanduiding in de advertenties van Topbloemen zou begrijpen dat zij dus geen onderdeel is van het Fleurop netwerk.

4.20. Ten slotte geldt dat de frase “lagere bezorgkosten” naar het oordeel van de rechtbank het relevante publiek ook niet duidelijk maakt dat het gaat om een vergelijking met een concurrerend bloemenbezorgnetwerk, zoals door Topbloemen aangevoerd. Fleurop heeft onbestreden gesteld dat het publiek ervan op de hoogte is dat de bezorgkosten van Fleurop-bloemisten uiteenlopen omdat zij vrij zijn hun eigen bezorgkosten vast te stellen voor bestellingen die via hun eigen winkel of website worden gedaan. Op basis van de enkele mededeling “lagere bezorgkosten” zal het relevante publiek dan ook niet (kunnen) menen dat dit betekent “lager dan bij Fleurop”.

4.21. De rechtbank is van oordeel dat het onder de gegeven omstandigheden voor het relevante publiek moeilijk is te weten of de bloemen, die middels de in 2.7 aangehaalde advertenties worden aangeboden, afkomstig zijn van Fleurop, dan wel van een van haar concurrenten. Daarmee staat vast dat de herkomstaanduidingsfunctie van de Fleurop-woordmerken is aangetast.

- *toegestane vergelijkende reclame?*

4.22. Topbloemen heeft wat betreft drie van de advertenties waarin wordt vermeld dat er “lagere bezorgkosten” in rekening worden gebracht (de advertenties beschreven in 2.7 onder e, f en h) nog het verweer gevoerd dat er sprake is van toelaatbare vergelijkende reclame in de zin van artikel 6:194a van het Burgerlijk Wetboek (BW), zodat Fleurop zich niet op grond van haar merkrechten tegen het adword gebruik kan verzetten³. Zij verwijst daarbij naar het arrest in kort geding van 22 november 2011 van het gerechtshof Den Haag in de Tempur-zaak⁴.

4.23. De rechtbank verwerpt dit verweer. Van vergelijkende reclame in de zin van artikel 6:194a BW is sprake bij elke vorm van reclame waarbij een concurrent of de door hem aangeboden goederen of diensten impliciet of expliciet worden genoemd. Dergelijke reclame is toegestaan indien aan de voorwaarden opgesomd in voornoemd artikel is voldaan. Het aanmerken van de advertenties als een vorm van vergelijkende reclame vanwege de woorden “lagere bezorgkosten” veronderstelt dat het relevante publiek begrijpt dat er impliciet, Fleurop wordt in de advertentie immers niet expliciet genoemd, een vergelijking wordt gemaakt met een concurrent, te weten Fleurop. In het voorgaande heeft de rechtbank echter vastgesteld dat het relevante publiek niet weet dat Topbloemen een bloemenbezorgnetwerk exploiteert en derhalve een concurrent is van Fleurop. Ook heeft de rechtbank vastgesteld dat het relevante publiek de bewoording “lagere bezorgkosten” niet zal betrekken op Fleurop. Het relevante publiek zal de advertenties dan ook niet opvatten als een impliciete vergelijking met Fleurop. Ook niet vanwege het enkele feit dat de advertentie van Topbloemen verschijnt na het intoetsen van ‘Fleurop’ als zoekterm in een zoekmachine. Van een toelaatbare impliciete (prijs)vergelijking in de zin van artikel 6:194a BW is dan ook geen sprake.

³ Vergelijk HvJ EG 12 juni 2008, ECLI:EU:C:2008:339 (O2/Hutchinson)

⁴ Tempur / Medicomfort, ECLI:NL:GHSGR:2011:BU6275

- *tussenconclusie*

4.24. De rechtbank oordeelt op grond van het voorgaande dat Topbloemen inbreuk (heeft ge)maakt op de Fleurop-woordmerken van Fleurop AG in de zin van artikel 9 lid 2 onder a UMVo en artikel 2.20 lid 1 sub a BVIE.

- *overige merken*

4.25. Ten aanzien van de overige merken die Fleurop ten grondslag heeft gelegd aan haar vorderingen overweegt de rechtbank als volgt.

4.26. Topbloemen heeft niet bestreden dat het door haar gebruikte adword "fleurop" in grote mate overeenstemt met het woord/beeldmerk FLEUROP waarvan Beheersmaatschappij Fleurop de merkhouder is (zie 2.2 onder j.) en dat sprake is van soortgelijke waren dan wel diensten. Ook bij de beoordeling 'sub b' is hetgeen hiervoor is overwogen ten aanzien van de marktkennis van het relevante publiek en de inhoud van de advertenties van Topbloemen van belang. Gelet op de mate van overeenstemming tussen het woord/beeldmerk Fleurop, het gebruik voor soortgelijke waren of diensten en de vaststelling dat het relevante publiek niet bekend is met het feit dat Topbloemen een bloemenbezorgnetwerk exploiteert en geen bloemenwinkel is, is er gevaar voor (indirecte) verwarring bij het relevante publiek te duchten door het gebruik van het adword "fleurop". Het relevante publiek kan immers menen dat de advertentie van Topbloemen die verschijnt in de zoekresultaten van Google na het intoetsen van de zoekterm "fleurop" van een bij het netwerk van Fleurop aangesloten bloemenwinkel is. De rechtbank oordeelt daarom dat Topbloemen inbreuk (heeft ge)maakt op genoemd Benelux woord/beeldmerk van Beheersmaatschappij Fleurop in de zin van artikel 2.20 lid 1 sub b BVIE.

4.27. Ten aanzien van de woord/beeldmerken van Fleurop AG weergegeven in 2.2 onder d tot en met i en de woordmerken van Beheersmaatschappij Fleurop weergegeven in 2.2 onder k tot en met m geldt dat Fleurop onvoldoende heeft onderbouwd dat sprake is van gebruik van een teken dat identiek is aan dan wel overeenstemt met voornoemde merken zodat de stelling dat sprake is van merkinbreuk sub a, b of c reeds op die grond strandt. Overigens heeft Fleurop niet aangevoerd dat zij een belang heeft bij afzonderlijke beoordeling van de gestelde merkinbreuk ten aanzien van deze merken gelet op de hiervoor vastgestelde inbreuk op de Fleurop-woordmerken en het woord/beeldmerk FLEUROP zodat die beoordeling ook op die grond achterwege kan blijven.

4.28. Fleurop heeft niet gesteld dat Fleurop Nederland houder is van één van de ingeroepen merkrechten, noch dat zij een licentie heeft verkregen en op grond daarvan een eigen vorderingsrecht heeft ten aanzien van een van de merken. Voor zover de vorderingen van Fleurop Nederland zijn gegrond op merkinbreuk, zullen zij derhalve worden afgewezen.

Onrechtmatige daad

4.29. Topbloemen betwist dat zij onrechtmatig jegens Fleurop heeft gehandeld door gebruik van het teken "fleurop" als adword.

4.30. Dat verweer slaagt. Naast de ruime bescherming die de UMVo en BVIE bieden tegen het ongeoorloofd gebruik van onderscheidingstekens, is het toepassingsgebied voor

artikel 6:162 BW voorbehouden aan uitzonderingsgevallen waarin er sprake is van aanvullende omstandigheden die tot onrechtmatigheid leiden. Fleurop heeft in aanvulling op wat zij in het kader van de merkinbreuk heeft bepleit, geen aanvullende feiten en omstandigheden gesteld die het handelen van Topbloemen 'overigens' (naast de gestelde merkinbreuk) onrechtmatig maken, althans heeft zij haar stellingen in dat kader niet of nauwelijks onderbouwd. De rechtbank zal dan ook haar vorderingen voor zover op artikel 6:162 BW als zodanig gebaseerd, afwijzen.

Vergoeding van schade

4.31. Fleurop stelt dat zij schade heeft geleden als gevolg van de merkinbreuk. Fleurop begroot haar schade op basis van haar eigen Google-campagnegegevens die zij extrapoleert naar Topbloemen met behulp van een schatting. Topbloemen heeft deze begrotingswijze gemotiveerd bestreden, maar bestrijdt niet dat Fleurop AG en Beheersmaatschappij Fleurop enige schade hebben geleden.

4.32. Er is onvoldoende grond om de schadevergoeding als primair begroot door Fleurop toe te wijzen, aangezien die begroting onvoldoende is onderbouwd. De begroting is gedaan op basis van door Topbloemen betwiste schattingen en niet op de daadwerkelijke (omzet- of winst-)cijfers van Topbloemen. Aangezien aannemelijk is dat Topbloemen enige schade heeft geleden, zal Topbloemen worden veroordeeld tot vergoeding van de schade die Fleurop AG en Beheersmaatschappij Fleurop als gevolg van de merkinbreuk hebben geleden, op te maken bij staat. In het kader van de schadestaatprocedure kunnen dan de verweren van Topbloemen op basis van artikel 6:101 BW en de billijkheidscorrectie aan de orde komen. Ten aanzien van Beheersmaatschappij Fleurop geldt daarbij, dat het merk waarop inbreuk is gemaakt, is ingeschreven op 11 maart 2013, zodat haar schadevergoedingsvordering slechts betrekking kan hebben op schade geleden vanaf die datum.

Verbeurte van boetes

4.33. Fleurop heeft € 246.500,- gevorderd ter zake contractuele boetes die Topbloemen volgens haar heeft verbeurd door overtreding van de onthoudingsverklaringen van 3 en 9 maart 2011. Volgens Fleurop is Topbloemen doorgedaan met het koppelen van (andere) advertenties aan het adword "fleurop". Topbloemen betwist dat zij boetes heeft verbeurd. Volgens haar zijn de onthoudingsverklaringen beperkt tot de (letterlijke tekst van de) advertenties die daarin zijn opgenomen en die zij nadien niet meer heeft gebruikt. Topbloemen verwijst hiervoor naar de zinsnede "de navolgende advertenties" in "[dat] Topbloemen ieder gebruik van de adword "fleurop" voor de navolgende advertenties met onmiddellijke ingang heeft gestaakt en gestaakt zal houden, totdat in rechte is komen vast te staan dat voornoemd adword gebruik geen inbreuk maakt op de merkrechten van Fleurop;". Het verweer van Topbloemen slaagt.

4.34. De rechtbank stelt voorop dat het bij de uitleg van een overeenkomst aankomt op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer aan het overeengekomene mochten toekennen en op hetgeen zij daarbij redelijkerwijs van elkaar mochten

verwachten⁵. De letterlijke bewoording van de overeenkomst is daarbij niet doorslaggevend, maar wel een omstandigheid die bij de uitleg wordt betrokken.

4.35. De rechtbank overweegt dat de tekst van de onthoudingsverklaringen is opgesteld door de advocaten van partijen, zodat aan de letterlijke bewoording een bovengemiddeld gewicht toegekend kan worden. De aanvankelijke concept-tekst die de advocaat van Fleurop had voorgesteld, had een veel breder bereik dan de op 3 maart 2011 en vervolgens op 9 maart 2011 overeengekomen teksten, namelijk onthouding van alle inbreuk. Daarop heeft de advocaat van Topbloemen de onthoudingsverklaring beperkt tot “de navolgende advertenties”. Uit de letterlijke tekst van de verklaring, genoemde gang van zaken en het feit dat er een boetebeding werd aanvaard, had Fleurop in redelijkheid niet anders mogen begrijpen dan dat Topbloemen slechts toezegde de genoemde advertenties niet meer te gebruiken en slechts voor die advertenties een boetebeding aanvaardde. Het enkele feit dat de advertentieteksten mogelijk nog onderwerp van een procedure waren waarin zij zouden worden beoordeeld, doet daar niet aan af.

4.36. Nu Fleurop niet heeft bestreden dat Topbloemen de in de onthoudingsverklaringen opgenomen advertenties niet meer heeft gebruikt, heeft Topbloemen geen boetes verbeurd.

Vorderingen

- verbod merkinbreuk (petitum IV)

4.37. Zoals overwogen in 4.28 heeft Topbloemen inbreuk gemaakt op op de Fleurop-woordmerken van Fleurop AG en op het in 2.2 onder j. vermelde Beneluxwoord/beeldmerk van Beheersmaatschappij Fleurop. Een verbod op inbreuk op die merkrechten is dan ook toewijsbaar jegens de betreffende merkhouders, met dien verstande dat een separaat inbreukverbod ten aanzien van het Benelux-woordmerk FLEUROP van Fleurop AG niet zal worden toegewezen omdat Fleurop AG daarbij geen separaat belang heeft (gesteld), naast een inbreukverbod voor het Uniemerkt FLEUROP. Het verbod zal verder worden beperkt als in het dictum verwoord. Het gevorderde verbod om ‘indirect via derden’ inbreuk te maken, wordt niet toegewezen, omdat de UMVo en het BVIE geen onderscheid maken naar direct of indirect gebruik. Het wettelijke verbodsrecht omvat van rechtswege iedere in lid 2 van artikel 9 GMVo, dan wel lid 2 van artikel 2.20 BVIE genoemde handeling, zodat die handelingen niet (of niet deels) in het verbod gespecificeerd hoeven te worden.

4.38. Het verbod zal betrekking hebben op alle in 2.7 beschreven advertenties, ook de advertenties die onderwerp zijn van de onthoudingsverklaringen. Topbloemen heeft in haar onthoudingsverklaring(en) de inbreuk niet erkend, en een boetebeding opgenomen waarvan de effectiviteit gezien het geringe bedrag (€ 250,00) twijfelachtig is. Na het tekenen van de eerste onthoudingsverklaring (van 3 maart 2011) heeft Topbloemen weliswaar de in die verklaring genoemde advertenties niet meer gebruikt, maar is vervolgens kennelijk wél genoodzaakt, tot tweemaal toe, een nadere onthoudingsverklaring te tekenen. In die zin heeft Fleurop terecht aangevoerd dat Topbloemen inbreuk is blijven maken. Bovengenoemde omstandigheden brengen mee dat op dit moment nog steeds een dreiging van inbreuk bestaat door middel van genoemde advertenties. Die dreiging wordt niet enkel weggenomen door het feit dat op dit moment Topbloemen andere advertenties gebruikt.

⁵ HR 13 maart 1981, NJ 1981/635, Haviltex.

Fleurop heeft dus nog steeds belang bij een verbod (met nevenvorderingen) ten aanzien van de advertenties die het onderwerp zijn van de onthoudingsverklaringen.

- *verklaringen voor recht, onrechtmatig handelen en boetes (petitum I-III, V en IX)*

4.39. Niet is gesteld of gebleken dat Fleurop naast toewijzing van een verbod op merkinbreuk belang heeft bij de gevorderde verklaringen voor recht ter zake merkinbreuk. Deze vorderingen worden daarom afgewezen. Het beroep van Fleurop op artikel 6:162 BW is afgewezen, zodat ook de corresponderende verklaring voor recht niet toewijsbaar is, evenmin als het gevorderde verbod. Ook de vordering gebaseerd op verbeurte van boetes zal worden afgewezen.

- *aanschrijven van zoekmachines en rectificatie (petitum VI en VIII)*

4.40. De rechtbank ziet geen grond voor toewijzing van het gevorderde bevel om (kort samengevat) overeenkomsten met zoekmachines te beëindigen en/of zoekmachines aan te schrijven met de vraag hun bestanden te schonen en te verversen opdat bij het intikken van de zoekterm 'fleurop' niet langer verwezen wordt naar de website van Topbloemen. Die vordering heeft betrekking op een veel ruimer bereik van handelingen dan het hiervoor vastgestelde inbreukmakende gebruik. Bij de vaststelling van de inbreuk is immers de inhoud van de specifieke advertenties betrokken. Zonder nadere motivering, die ten aanzien van deze vordering volledig ontbreekt, valt daarom niet in te zien wat de grond is voor toewijzing daarvan naast het gevorderde verbod.

4.41. Ook de gevorderde rectificatie is niet toewijsbaar. Dat een rectificatie op de internetsite van Topbloemen gericht die consumenten zal bereiken, die in de periode 2011-2015 de zoekterm 'fleurop' hebben ingetoetst en vervolgens hebben doorgeklikt op de advertentie van Topbloemen, kan niet worden vastgesteld. Tegen die achtergrond vormt de rectificatie een disproportionele maatregel, omdat die niet in de eerste plaats is gericht op schadebeperking ten gevolge van de vastgestelde inbreuk.

- *opgave (petitum VII)*

4.42. Fleurop heeft niet onderbouwd dat ook andere adwords dan "fleurop" worden gebruikt noch dat "fleurop" als adword is gebruikt in andere zoekmachines dan Google. Daarom zal de opgave dienovereenkomstig worden beperkt. Daarbij komt dat de relevantie van de informatie die Fleurop middels de onderdelen a. tot en met f. wenst te verkrijgen niet duidelijk is. Topbloemen heeft terecht aangegeven dat de opgavevordering (deels) het karakter van een *fishing expedition* heeft waarbij Fleurop vertrouwelijke bedrijfsgegevens van Topbloemen in handen zal krijgen. Fleurop heeft ook niet toegelicht waarom zij deze informatie wil verkrijgen. Het enkele feit dat het voor Topbloemen eenvoudig zou zijn deze gegevens te verzamelen en te verstrekken, zoals Fleurop heeft gesteld, brengt niet mee dat Fleurop daar ook recht op heeft op basis van de toegewezen verbodsvordering. De opgave zal dan ook beperkt worden tot de onderdelen g. tot en met k als nader in het dictum bepaald. Opgave dient te worden gedaan vanaf 26 januari 2011 zijnde de datum van het verschijnen van de eerste advertentie waarop Fleurop haar vorderingen heeft gebaseerd.

4.43. De door Fleurop gevorderde "verklaring van de juistheid en volledigheid" van de opgave van de gegevens door een registeraccountant, danwel een "verklaring dat de opgave

voor zover verifieerbaar een getrouwe weergave van de werkelijkheid vormt” vormt een opdracht voor het geven van een vorm van *assurance* door een registeraccountant. De rechtbank is er ambtshalve mee bekend dat een registeraccountant, zeker als die accountant niet de huisaccountant is van degene die opgave dient te doen, die *assurance* niet kan geven. Toewijzing van het gevorderde leidt derhalve gemakkelijk tot executieproblemen⁶. Een minder ver strekkende opdracht tot het maken van een “rapport van feitelijke bevindingen”, zoals door gerechtshof 's-Hertogenbosch⁷ voorgestaan, biedt naar het oordeel van de rechtbank de merkhouders geen extra zekerheid ten aanzien van de juistheid van de opgave, omdat de accountant daarin kennelijk volgens zijn gedragsregels geen conclusies mag trekken. De accountant kan niet verklaren dat de opgave een getrouwe weergave van de werkelijkheid vormt en/of dat er geen aanwijzingen zijn dat de opgave onjuist of onvolledig is. Gelet op de beperkte zekerheid die een rapport van feitelijke bevindingen de merkhouders zal bieden naast de op te leggen dwangsom, rechtvaardigt dat niet de aanzienlijke kosten die daarmee gemoeid zijn, althans heeft Fleurop zulks niet inzichtelijk gemaakt. Om die reden zal de rechtbank de gevorderde accountantsverklaring niet toewijzen.

- *dwangsommen (petitum IV en VII)*

4.44. De rechtbank verwerpt het verweer van Topbloemen dat de gevorderde dwangsommen disproportioneel zijn en gematigd moeten worden. Wel zal de rechtbank de dwangsom maximeren tot € 250.000,-. Ook zal de rechtbank, om executiegeschillen te voorkomen, de verbeurde dwangsommen per overtreding en per dag niet laten cumuleren, maar Fleurop de keuze laten tussen het incasseren van dwangsommen per overtreding of per dag dat de overtreding voortduurt.

- *schadevergoeding en winstafdracht (petitum X)*

4.45. Fleurop vordert afdracht van de met de inbreuk genoten winst. Topbloemen heeft op zichzelf niet bestreden dat zij te kwader trouw merkinbreuk heeft gepleegd, zodat aan dit vereiste voor toewijzing van de winstafdracht (ex artikel 2.21 lid 4 BVIE) is voldaan. Fleurop vordert schadevergoeding en winstafdracht. Het is vaste rechtspraak dat bij inbreuk op intellectuele eigendomsrechten winstafdracht en schadevergoeding slechts kunnen cumuleren voor zover de gevorderde schadevergoeding niet bestaat uit gedeerde winst/omzet. Fleurop heeft niets gesteld dat erop wijst dat zij andere schade dan gedeerde winst heeft geleden, althans heeft zij het bestaan daarvan onvoldoende gemotiveerd. De vordering zal dan ook in de “of”- vorm worden toegewezen.

- *proceskosten (petitum XI)*

4.46. In de procedures tussen Fleurop AG en Beheermaatschappij Fleurop enerzijds en Topbloemen anderzijds geldt Topbloemen als de in hoofdzaak in het ongelijk gestelde partij, zodat Topbloemen in de kosten van de procedure van Fleurop AG en Beheermaatschappij Fleurop zal worden veroordeeld. Fleurop vordert een proceskostenveroordeling op de voet van artikel 1019h Rv. De onderhavige zaak is deels

⁶ Zie arresten van het gerechtshof 's-Hertogenbosch in de zaak Stichting Pictoright / Art & Allposters International B.V.: onder meer ECLI:NL:GHSHE:2012:BX8701, ECLI:NL:GHSHE:2013:3019 en met name ECLI:NL:GHSHE:2014:809

⁷ Zie ECLI:NL:GHSHE:2014:809 onder r.o. 13.10.5.

gegrond op handhaving van intellectuele eigendomsrechten, deels op wanprestatie en onrechtmatige daad. Partijen hebben eenstemmig aangegeven dat 10% van de gemaakte kosten moet worden toegerekend aan de onrechtmatige daad/wanprestatie en 90% aan het merkenrechtelijke gedeelte. De rechtbank zal daar ook van uitgaan. Gelet daarop, begroot de rechtbank de kosten van Fleurop AG en Beheersmaatschappij Fleurop als volgt.

4.47. Fleurop heeft opgegeven dat haar volledige proceskosten € 48.601,24 exclusief BTW bedragen. Daarvan kan 2/3^e deel aan Fleurop AG en Beheersmaatschappij Fleurop worden toegerekend. De opgegeven kosten zijn bestreden door Topbloemen met het argument dat zij buitensporig zijn en dat zij de IE-Indicatietarieven ver te boven gaan. In reactie daarop heeft Fleurop onvoldoende duidelijk gemaakt waarom haar kosten zoveel hoger zijn dan het corresponderende Indicatietarief. Het doen van jurisprudentie-onderzoek naar buitenlandse beslissingen over vergelijkbare geschillen, vormt daarvoor onvoldoende redenen. Onder deze omstandigheden zal de rechtbank op basis van de Indicatietarieven het maximale bedrag van € 25.000,- begroten voor "overige bodemzaken met repliek, dupliek en/of pleidooi". Verder hanteert de rechtbank het liquidatietarief voor zaken van onbepaalde waarde, omdat de vorderingen van Fleurop AG en Beheersmaatschappij Fleurop tot betaling van een geldsom door Topbloemen worden afgewezen of naar de schadestaatprocedure worden verwezen. Het toewijsbare bedrag aan salaris komt daarmee op $(2/3 \times 90\% \times € 25.000,- = € 15.000,75) + (10\% \times 3 \text{ punten} \times € 452,- = € 135,60) + (2/3 \times € 3.864,- (\text{griffierecht}) + € 99,98 (\text{dagvaardingskosten}) = € 2.675,98) =$. In totaal is een bedrag van € 17.812,33 aan proceskosten toewijsbaar.

4.48. In de procedure tussen Fleurop Nederland enerzijds en Topbloemen anderzijds, moet Fleurop Nederland als de in het ongelijk gestelde partij worden beschouwd, en zal zij voor haar deel (1/3) jegens Topbloemen in de kosten van de procedure worden veroordeeld.

4.49. Topbloemen vordert een bedrag van € 19.238,36 (inclusief BTW) aan proceskosten. Nu Topbloemen niet heeft beargumenteerd waarom zij inclusief BTW vordert, zal het bedrag exclusief BTW in aanmerking worden genomen, te weten € 15.899,47. Het toewijsbare bedrag aan salaris wordt daarmee $1/3 \times 90\% \times € 15.899,47 = € 4.765,07$, te vermeerderen met $10\% \times € 2.580,- = € 258,-$ en $1/3$ van het griffierecht (€ 3.864,-), zijnde € 1.287,87, totaal € 6.310,94.

5. De beslissing

De rechtbank

in de procedure tussen Fleurop Nederland enerzijds en Topbloemen anderzijds:

- 5.1. wijst de vorderingen af;
- 5.2. veroordeelt Fleurop Nederland in de kosten van de procedure, tot op heden begroot op € 6.310,94;
- 5.3. verklaart de proceskostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad;

in de procedure tussen Fleurop AG enerzijds en Topbloemen anderzijds:

5.4. — beveelt Topbloemen binnen twee werkdagen na betekening van dit vonnis te staken en gestaakt te houden in de Europese Unie iedere inbreuk op de in 2.2 onder b. en c. van dit vonnis beschreven woordmerken FLEUROP waaronder in ieder geval begrepen het gebruik van het teken “fleurop” als adword voor de advertenties als omschreven in 2.7 van dit vonnis, een en ander op verbeurte van een onmiddellijk opeisbare en aan Fleurop AG te betalen dwangsom van € 10.000,- voor iedere overtreding van dit bevel, dan wel, naar keuze van Fleurop, een dwangsom van € 10.000,- per dag, een gedeelte van een dag daaronder begrepen, dat een dergelijke overtreding voortduurt, tot een maximum van € 250.000,-;

in de procedure tussen Beheersmaatschappij Fleurop enerzijds en Topbloemen anderzijds:

5.5. — beveelt Topbloemen binnen twee werkdagen na betekening van dit vonnis te staken en gestaakt te houden in de Benelux iedere inbreuk op het in 2.2 onder j. van dit vonnis beschreven woord/beeldmerk, waaronder in ieder geval begrepen het gebruik van het met dat merk overeenstemmende teken “fleurop” als adword voor de advertenties als omschreven in 2.7 van dit vonnis, een en ander op verbeurte van een onmiddellijk opeisbare en aan Beheersmaatschappij Fleurop te betalen dwangsom van € 10.000,- voor iedere overtreding van dit bevel, dan wel, naar keuze van Fleurop, een dwangsom van € 10.000,- per dag, een gedeelte van een dag daaronder begrepen, dat een dergelijke overtreding voortduurt, tot een maximum van € 250.000,-;

en voorts in de procedures tussen Fleurop AG en Beheersmaatschappij Fleurop enerzijds en Topbloemen anderzijds:

5.6. — beveelt Topbloemen om op haar kosten binnen drie (3) maanden na betekening van dit vonnis aan de (behandelend) advocaat van Fleurop een juiste en volledige opgave te verstrekken van de volgende informatie vanaf 26 januari 2011, voor zover betrekking hebbend op het gebruik van het adword “fleurop” voor de zoekdienst Google gekoppeld aan de in 2.7 genoemde advertenties:

- a. het aantal maal dat via “fleurop” door internetgebruikers is doorgeklikt naar de website(s) van Topbloemen en de daarbij behorende click through rate (d.w.z. alle gegevens omtrent het aantal kliks op die advertenties, die door Google ‘Aantallen klikken’ en ‘CTR’ worden genoemd);
- b. de volledige conversiegegevens zoals te kennen uit de Google AdWords- en analytics-programmatuur, waaronder het aantal maal dat na de doorklik naar de website van Topbloemen dit heeft geleid tot een (directe of indirecte) koop of betaling van producten van Topbloemen (waaronder maar niet beperkt tot de zogenoemde ‘Geconverteerde klikken’ en de ‘Conversieratio voor klikken’));
- c. 1) het aantal orders en 2) de samenstelling daarvan (desnoods een gemiddelde), en 3) de orderwaarde van die orders (desnoods een gemiddeld), een en ander al dan niet terug te voeren op de hiervoor bedoelde conversie(gegeven)s uit Google Adwords- en Analytics-programmatuur, telkens uitgedrukt in een bedrag in Euro’s;
- d. de kosten per klik, d.w.z. de ‘CPC’ en de ‘Gem CPC’-gegevens van het adword “fleurop”; en
- e. een specificatie van de bruto- en nettowinst die Topbloemen heeft genoten ten gevolge van het gebruik van “fleurop”, onder overlegging van een deugdelijke specificatie van de verschillende op de brutowinst in mindering gebrachte directe kostenposten en de

exacte wijze waarop de winst is berekend en deugdelijke bewijsstukken, een en ander onder overlegging van facturen, rekeningen en andere duidelijke en gedetailleerde deugdelijke schriftelijke bewijsstukken;

een en ander op verbeurte van een onmiddellijk opeisbare en aan Fleurop te betalen dwangsom van € 10.000,- (zegge: tienduizend euro) voor iedere overtreding van dit bevel, dan wel, naar keuze van Fleurop, een dwangsom van € 10.000,- (zegge: tienduizend euro) per dag, een gedeelte van een dag daaronder begrepen, dat zulk een overtreding voortduurt, tot een maximum van € 250.000,-;

5.7. veroordeelt Topbloemen om de door Fleurop AG en Beheersmaatschappij Fleurop ten gevolge van de merkinbreuk geleden schade, of, naar keuze van Fleurop, de door Topbloemen genoten nettowinst als gevolg van deze inbreuken, aan Fleurop AG en Beheersmaatschappij Fleurop te vergoeden en af te dragen, een en ander nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet;

5.8. veroordeelt Topbloemen in de kosten van de procedure van Fleurop AG en Beheersmaatschappij Fleurop, tot op heden aan de zijde van Fleurop AG en Beheersmaatschappij Fleurop begroot op € 17.812,33;

5.9. verklaart de in 5.4, 5.5, 5.6, 5.7 en 5.8 opgenomen bevelen en veroordelingen uitvoerbaar bij voorraad;

5.10. wijst af het anders of meer gevorderde.

Dit vonnis is gewezen door mr. M.P.M. Loos, mr. F.M. Bus en mr. P. Burgers en in het openbaar uitgesproken op 20 juli 2016.

