

vonnis

RECHTBANK DEN HAAG

Team handel - voorzieningenrechter
Zittingsplaats Den Haag

zaaknummer / rolnummer: C/09/508690 / KG ZA 16-431

Vonnis in kort geding van 13 mei 2016

in de zaak van

MARIJN AART WILLEM OOMEN,
wonende te Ophemert,
eiser,
advocaat mr. D.J.G. Visser te Amsterdam,

tegen

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
MASSIVE AIR B.V.,
gevestigd te Amsterdam,
gedaagde,
advocaat mr. S.A. Klos te Amsterdam.

Partijen zullen hierna Oomen en Massive Air genoemd worden. De zaak is voor Oomen inhoudelijk behandeld door mr. Visser voornoemd en mr. P. de Leeuwe en voor Massive Air door mr. Klos voornoemd en mr. A. Ringnalda, allen advocaat te Amsterdam.

1. De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding van 8 april 2016;
- de akte overlegging producties 1 tot en met 34 van Oomen;
- de aanvullende producties 35 tot en met 38 van Oomen;
- de akte overlegging producties 1 tot en met 16 van Massive Air;
- de brief van mr. Ringnalda van 19 april 2016 met een aanvullend proceskostenoverzicht van Massive Air;
- de mondelinge behandeling van 20 april 2016 met de daarbij overlegde pleitnotities van Oomen en Massive Air.

1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

2. De feiten

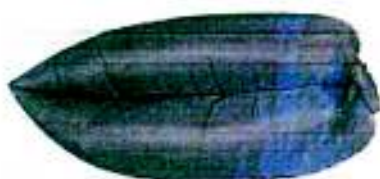
2.1. Oomen is ontwerper van de LAMZAC Hangout. De LAMZAC Hangout betreft een met lucht te vullen ligzak. De ligzak is hieronder afgebeeld in één van de kleuren waarin hij wordt verkocht.



De LAMZAC Hangout wordt met lucht gevuld door middel van 'luchtscheppen'. Daarbij wordt een met baleinen versterkte opening in de zak opengehouden en wordt er een schepbeweging gemaakt, zodat de zak zich met lucht vult, waarna de opening wordt dichtgeklapt en de lucht in de zak gevangen blijft.

2.2. Oomen is houder van het Gemeenschapsmodel met registratienummer 0002621904-0001, geregistreerd op 28 januari 2015 voor een 'chaise longue', met het volgende uiterlijk (hierna: 'het Model'):





2.3. In 2010 heeft Oomen de zogenaamde "Camp Airbag" ontworpen. Dit is een multifunctionele (rug)zak waarmee het mogelijk is om andere voorwerpen op te blazen. Dit product was een variant op de toen al bekende pompzakken, die het hieronder afgebeelde uiterlijk hebben.



Oomen heeft de "Camp Airbag" doorontwikkeld tot een met lucht te vullen zitzak. Oomen is vanaf 2010 de met lucht te vullen zitzak op markten gaan verkopen.

2.4. Vervolgens is Oomen verder gegaan met het ontwikkelen van een lig-/loungezak. Dit heeft in december 2014 geresulteerd in de LAMZAC Hangout. Op 17 augustus 2015 heeft Oomen een filmpje op Facebook gepost van een demonstratie van de LAMZAC Hangout, afgestemd op bezoekers van festival Lowlands.

2.5. Één van de vennoten van Massive Air – de heer De Boer – heeft op 19 en 20 augustus 2015 telefonisch contact opgenomen met Oomen en heeft daarbij twee stuks van de LAMZAC Hangout besteld. Ook in oktober en december 2015 heeft De Boer een LAMZAC Hangout besteld.

2.6. Op 2 februari 2016 is Massive Air opgericht. Massive Air is op 8 maart 2016 via de website www.indiegogo.com (hierna: 'de website') een geldwervingscampagne gestart om een ligzak onder de naam KAISR ORIGINAL (hierna: 'KAISR') in productie te gaan nemen. Inmiddels is genoeg geld opgehaald om de KAISR in productie te nemen en om die in de laatste week van mei 2016 op de markt te brengen. De KAISR moet, evenals de LAMZAC Hangout, door middel van luchtscheppen gevuld worden met lucht. Afbeeldingen van de KAISR zoals getoond op de website zijn hieronder opgenomen.

TOP QUALITY
PARACHUTE FABRIC

IPAD MINI / [E] BOOK POCKET
PHONE POCKET



SECURING
LOOP

CAN/BOTTLE POCKET

BOTTLE OPENER





EUROPE BLUE



MACHETE ORANGE



SILVER GRAY



DEEP RED



ROSE PINK



UNLOCKED AT 3AM: CAMO

2.7. Op de website doet Massive Air de volgende uitlatingen:



We all have those times in our lives when we need to rest our bones and re-energize ourselves.

We love to travel, hang out with friends and relax on the beach. But, we always hated the fact that we had to drag along those heavy beach chairs or spend the whole afternoon inflating air mattresses. The other option was just sitting on a towel on the (hard) ground. In 2014, we set our sights on completely changing the way people relax. We were fascinated by the simple technique of the dry bag. Together with an ultra-light air-tight fabric, the KAISR Original™ was born.

We tested it for a whole year, travelled the world and used it on the hardest conditions. Everyone LOVED it! And now we are ready to share it with YOU!

TIMELINE

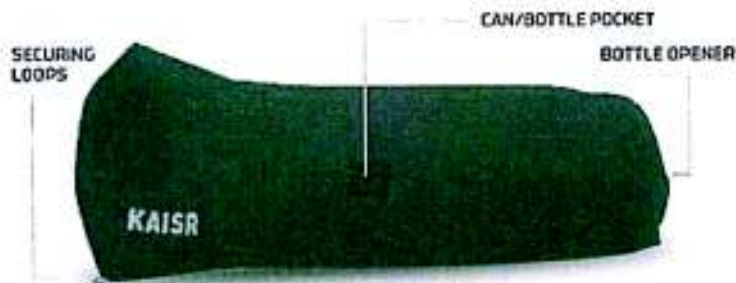
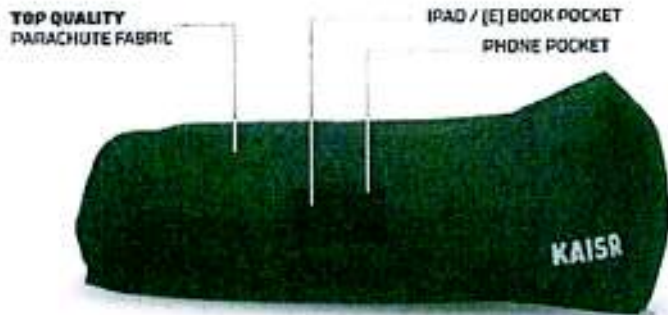


WE **GUARANTEE** THE FIRST 10,000 PIECES WILL BE SHIPPED BEFORE THE END OF MAY

2.8. Nadat Oomen Massive Air had gesommeerd haar aanbod van de KAISR te staken, heeft Massive Air de vormgeving van de KAISR aangepast, in de zin dat thans een ligzak met het hierna afgebeelde uiterlijk op indiegogo.com wordt getoond (hierna: 'gewijzigde KAISR' en samen met de KAISR: '(gewijzigde) KAISR').







HOT PINK



DEEP RED



SILVER GRAY



2.9. Massive Air heeft op 14 april 2016 een eenzijdige onthoudingsverklaring afgegeven, waarin zij verklaart:

1. Met onmiddellijke ingang te staken en gestaakt te zullen houden het in de Europese Unie verkopen, verhandelen, aanbieden, vervaardigen, in de handel brengen, invoeren, uitvoeren en in voorraad hebben van het Initiële Kaisr Prototype, zoals in de considerans van deze verklaring sub E en F omschreven en afgebeeld,;
2. Zich te verplichten een vrijwillig te verbeuren boete aan Oomen te zullen voldoen van EUR 1.000 (duizend euro) voor ieder voortbrengsel waarmee of iedere dag waarop Massive Air in strijd handelt met haar toezegging sub 1, zulks ter keuze van Oomen;
3. Met onmiddellijke ingang te zullen staken en gestaakt houden ieder gebruik van afbeeldingen van het Initiële Kaisr Prototype voor commerciële doeleinden, meer in het bijzonder voor het maken van reclame voor haar producten.

2.10. De hierna weergegeven modellen voor luchtbedden en met lucht gevulde loungestoelen zijn op dit moment bekend in de markt:





QTY: Air sofa
Size: 64.5*41*14cm
Pack: 1pc/polybag
Spec: 15kg/1.76m/1.6m

wangliu.en.alibaba.com



fff.en.alibaba.com



2.11. Tot het vormgevingserfgoed behoorden ten tijde van de registratie van het Model de hierna weergegeven modellen, die bestemd zijn als 'kalmeringsstation' voor kinderen met (onder andere) autisme.

De Cozy Canoe



De Sensory pea Pod



2.12. Op een filmpje dat ten tijde van dit kort geding op YouTube openbaar werd gemaakt, is een demonstratie te zien van een luchtbed dat met behulp van 'rapid inflation technology' zonder pomp in een paar seconden wordt gevuld met lucht en het volgende uiterlijk vertoont na vulling en opgevouwen:





3. Het geschil

3.1. Oomen vordert jegens Massive Air, bij uitvoerbaar bij voorraad te verklaren vonnis:

1. een bevel ieder (commercieel) gebruik van de KAISR en de gewijzigde KAISR in de Europese Unie te staken en gestaakt te houden;
2. een bevel elke mededeling dat Massive Air de originele ontwerper is van de (gewijzigde) KAISR te staken en gestaakt te houden;
3. een bevel alle van Massive Air afkomstige, namens haar of in haar opdracht geplaatste reclame-uitingen en andere informatie over de KAISR en de gewijzigde KAISR van het internet te verwijderen en verwijderd te houden;
4. een bevel tot rectificatie door Massive Air;
5. een bevel tot het versturen van een rectificerende brief aan de personen in de EU die op Indiegogo een KAISR of gewijzigde KAISR hebben besteld;
6. een bevel tot het verstrekken van door een accountant gecertificeerde opgave van gegevens van Massive Air;
7. de hiervoor opgesomde bevelen alle op straffe van een dwangsom;
8. een veroordeling van Massive Air in de volledige proceskosten ex artikel 1019h Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv).

3.2. Oomen legt aan zijn vorderingen ten grondslag dat hij rechthebbende is op de Gemeenschapsmodelrechten op de LAMZAC Hangout. Het Model was ten tijde van de registratie nieuw en had een eigen karakter. De KAISR en de gewijzigde KAISR maken eenzelfde algemene indruk als de LAMZAC Hangout. Door het aanbieden en dreigen te gaan verkopen van de KAISR en de gewijzigde KAISR maakt Massive Air derhalve inbreuk op de Gemeenschapsmodelrechten van Oomen op grond van artikel 10 van Verordening (EG) nr. 6/2002 van de Raad van 12 december 2001 betreffende Gemeenschapsmodellen (Gemeenschapsmodellenverordening) (GModVo). De LAMZAC Hangout is daarnaast een werk in de zin van de Auteurswet (Aw), waarop Oomen de rechthebbende is. Massive Air handelt in strijd met de artikelen 10 jo. 12 en 13 Aw, doordat de KAISR een verveelvoudiging vormt van de LAMZAC Hangout. Ook vormt de

(gewijzigde) KAISR een slaafse nabootsing van de LAMZAC Hangout. Verder betitelt Massive Air de KAISR ten onrechte als 'ORIGINAL' en wekt zij daarmee en in haar reclame-uitingen de schijn de (gewijzigde) KAISR zelfstandig te hebben ontworpen als een oorspronkelijk en nieuw product. Hierdoor handelt Massive Air in strijd met de artikelen 6:193c lid 1 onder a en f, 6:193c lid 2 en 6:194 Burgerlijk Wetboek (BW).

3.3. Massive Air heeft zich op het standpunt gesteld dat de vormgeving van het Model uitsluitend is bepaald door de technische functie, zodat de uiterlijke kenmerken van het Model niet door een Gemeenschapsmodelrecht beschermd worden op grond van artikel 8 lid 1 GModVo en evenmin voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking komen. Zij betoogt daartoe dat de lizzak aan zes technische vereisten dient te voldoen, te weten:

- A. de lizzak moet lang genoeg zijn om op te kunnen liggen;
- B. de lizzak moet gevuld zijn met een vulsel dat comfortabel liggen mogelijk maakt;
- C. de lizzak moet zo snel en eenvoudig mogelijk gevuld en geledigd kunnen worden;
- D. de lizzak moet gesloten kunnen worden zodat het vulsel niet weg lekt;
- E. de lizzak moet, met het oog op opvouwen en vervoer ervan, van zo weinig mogelijk, zo licht mogelijk, zo dun mogelijk, alsmede zo sterk mogelijk materiaal vervaardigd zijn
- F. de lizzak moet een vorm hebben die stabiel liggen mogelijk maakt.

De combinatie van deze vereisten leidt er volgens Massive Air toe dat de ontwerper van een lizzak weinig keuzes heeft en uitkomt bij óf de LAMZAC Hangout, met een punt aan het hoofdeinde, óf de gewijzigde KAISR met twee hoeken aan het hoofdeinde. Om die reden zijn alle vormgevingselementen van de LAMZAC Hangout van modelrechtelijke bescherming en auteursrechtelijke bescherming uitgesloten, aldus Massive Air. Voor zover er al vormgevingskenmerken zijn die niet technisch zijn bepaald, wijkt de gewijzigde KAISR daar voldoende van af.

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

4. De beoordeling

De bevoegdheid

4.1. De voorzieningenrechter van deze rechtbank is (internationaal en relatief) bevoegd kennis te nemen van de vorderingen voor zover deze zijn gebaseerd op het Gemeenschapsmodellenrecht, op grond van de artikelen 80 lid 1, 81 aanhef en onder a, 82 lid 1 en 90 GModVo en artikel 3 Uitvoeringswet EG-verordening betreffende Gemeenschapsmodellen, omdat Massive Air in Nederland is gevestigd. Deze bevoegdheid strekt zich uit tot de gehele Europese Unie op grond van artikel 83 lid 1 GModVo. De voorzieningenrechter is relatief bevoegd van de vorderingen kennis te nemen voor zover zij zijn gegrond op het auteursrecht en de onrechtmatige daad, alleen al omdat die bevoegdheid niet is bestreden.

Spoedeisend belang

4.2. Massive Air heeft ter zitting verklaard dat zij voornemens is de gewijzigde KAISR eind mei uit te gaan leveren aan diegenen die in de afgelopen maanden een KAISR of een gewijzigde KAISR hebben besteld. Oomen stelt dat de gewijzigde KAISR inbreuk maakt op zijn model- en auteursrechten. Daarmee is het spoedeisend belang van Oomen bij de vorderingen voorzover die betrekking hebben op de gewijzigde KAISR gegeven. Voorts is

niet in geschil dat Massive Air voortdurend de reclame uitingen openbaart die volgens Oomen een oneerlijke handelspraktijk en misleidende reclame vormen. Daarmee heeft Oomen ook een spoedeisend belang bij de vorderingen voor zover gebaseerd op de gestelde oneerlijke handelspraktijken en misleidende reclame. Massive Air heeft overigens ook niet bestreden dat Oomen een spoedeisend belang heeft met betrekking tot al deze grondslagen.

4.3. Ten aanzien van het oorspronkelijke ontwerp van de KAISR heeft Massive Air het spoedeisend belang van Oomen bij een verbodsvordering wel bestreden, omdat voor dat model de in 2.9 weergegeven onthoudingsverklaring is gegeven. Naar het oordeel van de voorzieningenrechter terecht. De voorzieningenrechter verwerpt het betoog van Oomen dat levering van een gewijzigde KAISR op basis van een bestelling van een KAISR een inbreukmakende handeling met de KAISR vormt. De levering van een voortbrengsel moet onderscheiden worden van het aanbieden ter verhandeling en afbeelden van een voortbrengsel. Als Massive Air gewijzigde KAISR ligzakken zal leveren, vormt dat geen voorbehouden handeling met de KAISR, ook al zijn klanten daar niet van op de hoogte (gebracht). Dat er ondanks de onthoudingsverklaring nog modelrechtelijke of auteursrechtelijke inbreuken dreigen met de KAISR, heeft Oomen dan ook onvoldoende aannemelijk gemaakt, zodat hij geen spoedeisend belang heeft bij een verbod op inbreuk op het Model door de KAISR. Dat Massive Air met de levering van een gewijzigde KAISR haar klanten en investeerders zou misleiden en wanprestatie zou plegen, zoals Oomen stelt, levert geen spoedeisend belang bij een model- of auteursrechtelijk verbod op verhandeling van de KAISR op.

Modelrecht

4.4. Massive Air verweert zich tegen de modelrechtelijke vorderingen met de stelling dat de uiterlijke kenmerken van het Model (vrijwel) allemaal door een technische functie worden bepaald. Zij heeft in dat kader gewezen op de criteria die het Hof Den Haag in een recent arrest¹ heeft gehanteerd voor het bepalen van de vormgevingselementen die voor modelrechtelijke bescherming in aanmerking komen. Het hof was van oordeel dat een element van een model dat door een technische functie is bepaald in beginsel *uitsluitend* door een technische functie is bepaald:

- I. als er slechts één of een aantal alternatieve technische oplossingen is waarmee hetzelfde technische effect kan worden bereikt of
- II. als er slechts één of een beperkt aantal *reële* alternatieven is in de vormgeving van dezelfde technische oplossing; zo'n alternatief is niet reëel als het slechts zou inhouden:
 - a. een toevoeging van een (technisch gezien) zinloos element (zoals een versiering of een verdikking) aan het technisch bepaalde element;
 - b. een afwijking in de vormgeving van het technisch bepaalde element die zo futiel is dat zij ten opzichte van het model geen eigen karakter geeft (waardoor dit alternatief dus onder de beschermingsomvang van het model valt).

4.5. Daarbij merkt de voorzieningenrechter op dat ook deze criteria ruimte laten voor meerdere uitleg, omdat het enigszins subjectief is wat een '*aantal*' en een '*beperkt aantal*' is. In zoverre blijft voorop staan dat concurrenten voldoende mogelijkheden moeten hebben om vormkenmerken met een technische functie toe te passen in een gebruiksvoorwerp,

¹ Hof Den Haag 29 maart 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:928, KOZ/Adinco

zonder daarbij gehinderd te worden door exclusieve modelrechten van derden². Beoordeeld dient te worden of er voldoende ontwerprijheid voor concurrenten blijft om dezelfde technische oplossing toe te passen³.

4.6. Het geschil tussen partijen spitst zich toe op de vraag welke vormgevingselementen van de LAMZAC Hangout een technische functie vervullen en, indien daarvan sprake is, of er voldoende ontwerprijheid beschikbaar is voor Massive Air. Daarbij dient naar voorlopig oordeel te worden uitgegaan van de functionaliteit van een ligstoel of luchtbed (hierna samen ook: 'ligzak') voor gebruik in de open lucht, die zonder pomp gemakkelijk en snel gevuld kan worden en ten minste een aantal uren gevuld blijft terwijl er iemand op ligt. Daarvoor lijken voorshands de door Massive Air onder 3.3 opgesomde voorwaarden vereist, wat Oomen in wezen ook niet heeft bestreden. Partijen verschillen wel van mening over de vraag of die vereisten de vormgeving zodanig dicteren dat de ontwerper onvoldoende andere reële vormgevingsmogelijkheden tot zijn beschikking heeft om een ligzak met de beschreven functionaliteit te maken. De voorzieningenrechter zal daarom eerst nagaan in hoeverre de onder 3.3 opgesomde vereisten feitelijk tot beperkingen in de vormgevingsmogelijkheden leiden.

4.7. Met Massive Air is de voorzieningenrechter voorshands van oordeel dat voor het luchtscheppen één of twee grote openingen in de ligzak nodig zijn, die echter niet groter mogen zijn dan handelbaar voor één persoon. De uit de pompzakken bekende methode daarvoor, waarbij de zak na het luchtscheppen door middel van baleinen wordt dichtgeklapt, omgevouwen en op spanning wordt gebracht door de uiteinden onder spanning aan elkaar vast te maken, vervult daarmee een technische functie. De toepassing daarvan leidt tot een knooppvorm zoals die zichtbaar is aan het voeteneinde van het Model.

4.8. Volgens Massive Air dicteren de in 3.3 beschreven functionele eisen ook het materiaal waarvan de ligzak is gemaakt: nylon parachutestof met een luchtdichte binnenzak van een polymeer. Oomen heeft daar onweersproken tegenin gebracht dat er verschillende polymeren beschikbaar zijn, met name in de groep van PU's (polyurethanen), die geschikt zijn voor gebruik in een ligzak en waarmee eveneens aan de voorwaarden van een licht gewicht, opvouwbaarheid en luchtdichtheid voldaan kan worden. Dat er slechts een beperkt aantal mogelijke materialen beschikbaar is, wordt door Oomen echter niet bestreden.

4.9. Anders dan Massive Air betoogt, dicteren de functie van de ligzak, de techniek van het luchtscheppen en het beperkte aantal mogelijke materialen naar voorlopig oordeel niet de contouren en de maatvoering van de ligzak. Weliswaar moet de ligzak lang en breed genoeg zijn om op te liggen, maar de ontwerper kan daarbij kiezen uit vele vormen (bijvoorbeeld een rechthoekig, afgerond of ovaal model, een hoger of lager model, een verhoogd hoofdeinde enzovoorts). Oomen heeft dit met de in 2.10 weergegeven afbeeldingen onderbouwd. Massive Air lijkt te betogen dat de ontwerper die vormvariaties niet tot zijn beschikking heeft, omdat de ligzak niet breder mag zijn dan nodig voor een mens om op te liggen. Echter, de maat van een menselijk lichaam dicteert niet exact de breedte van een ligzak die gebruikt wordt om buiten op te liggen/hangen. Binnen zekere grenzen kan derhalve gevarieerd worden met de breedte en dus de vorm van de ligzak.

² HvJ EU 14 september 2010, ECLI:EU:C:2010:516, Lego/BHIM.

³ Vgl. P.H. Blok, Het onderscheid tussen techniek en vormgeving, IER 2016/18.

4.10. Zoals de octrooigemachtigde die namens Oomen ter zitting het woord heeft gevoerd onbestreden heeft gesteld, is het zeer goed mogelijk verschillende (fantasie-)vormen te verkrijgen met de voor een ligzak geschikte PU's (zoals hiervoor in 4.8 bedoeld). Indien voor nylon parachutestof wordt gekozen, kunnen die vormen worden verkregen door het aanbrengen van couponaden. Dat naden de sterkte van de ligzak teveel verzwakken heeft Massive Air voorshands onvoldoende aannemelijk gemaakt. Daarbij wijst de voorzieningenrechter op de door Massive Air overgelegde afbeeldingen van pompzakken (producties 4, 5, 6, 7 en 8) die ook meer naden lijken te hebben dan strikt noodzakelijk (er is veelal sprake van een bodemdeel dat vastgestikt is aan de zijkant). Naar voorlopig oordeel kan de ontwerper van een ligzak bij de keuze van de basisvorm derhalve allerlei variaties aanbrengen in de drie dimensies. Dat de voor de LAMZAC Hangout gekozen vorm eenvoudig te produceren is, zoals Massive Air betoogt, verschaft geen 'technische' functionaliteit aan de ligzak, hoogstens een economische.

4.11. Tussen partijen is niet in geschil dat voor de vereiste stabiliteit van de ligzak capitonnering nodig is. Daarmee bedoelen partijen constructieve verbindingen tussen het ligvlak aan de bovenkant en de onderkant van de ligzak. In de LAMZAC Hangout fungeert de naad die is aangebracht over een groot deel van de lengte-as tussen de twee evenwijdige buisdelen (en die leidt tot de diepe spleet in de vorm) als capitonnering. Naar voorlopig oordeel beschikt de ontwerper van een ligzak waarmee lucht 'geschept' moet worden, ook voor de capitonnering over variatiemogelijkheden zoals Oomen stelt. Zo kunnen er meerdere evenwijdige capitonneringen in de lengterichting worden aangebracht en kunnen die naar keuze helemaal tot het hoofdeinde doorlopen of voor het hoofdeinde stoppen. Het in 2.12 afgebeelde luchtbed vertoont een aantal capitonneringen in de lengterichting. Dat luchtbed lijkt via een andere techniek snel met lucht te worden gevuld, maar voorshands valt niet in te zien waarom het met die '*rapid inflation technology*' wel mogelijk zou zijn om met een beperkte luchtdruk het luchtbed zeer snel te vullen met lucht, maar een meervoudige capitonnering dat bij het luchtscheppen zou verhinderen. Een capitonnering kan ook herhaald onderbroken worden, wat van invloed is op de vorm die ontstaat. Dat meerdere capitonneringen meerdere naden betekent, brengt naar voorlopig oordeel niet mee dat de constructie daarmee teveel verzwakt. Integendeel, hiermee kan de druk van de gebruiker worden verdeeld, zodat de kans op scheuren naar voorlopig oordeel kleiner is dan bij capitonnering door middel van één naad. Ook betekent dat niet dat er evenzovele vulopeningen aangebracht moeten worden. Het is immers geen vereiste dat de door capitonnering gecreëerde luchtkamers niet met elkaar in verbinding staan. Eén of twee vulopeningen (zoals in het geval van de LAMZAC Hangout) volstaan daarbij dus.

4.12. Voorts heeft Oomen ter zitting gedemonstreerd dat het ook mogelijk is lucht te 'scheppen' met een zak met capitonneringen in de breedterichting, dwars op de richting waarin de lucht geschept wordt. Dat die zak niet van een licht nylon materiaal was gemaakt, maar van het zwaardere PVC, onderstreept die mogelijkheid alleen maar. Ook bij dat materiaal slaagde Oomen er in de zak te vullen met lucht. Capitonneringen in de breedterichting zijn naar voorlopig oordeel derhalve ook een optie voor de ontwerper. Het bezwaar dat Massive Air heeft gemaakt tegen de demonstratie door Oomen, die niet van te voren aan Massive Air was aangekondigd, wordt niet gehonoreerd. Het spoedeisend karakter van een kort geding procedure brengt mee dat Oomen ter zitting mag reageren op het verweer van Massive Air dat capitonnering in de breedterichting niet mogelijk is. Nu Massive Air ter zitting werd bijgestaan door een octrooigemachtigde was zij (binnen het

beperkte kader van een kort geding) voldoende in staat technisch verweer te voeren naar aanleiding van die demonstratie.

4.13. Samenvattend beschikt de ontwerper van een lizzak die geschikt is om lucht te scheppen naar voorlopig oordeel over:

- twee mogelijkheden om de opening aan te brengen: hoofd- en voeteneinde;
- de keuze uit nylon met een polymeer binnenzak of een PU met een beperkt soortelijk gewicht als materiaal;
- de mogelijkheid om te variëren met de vorm en maat van de drie dimensies van de lizzak;
- de mogelijkheid om te variëren met de lengte, de richting en het aantal van de aan te brengen capitonneringen.

4.14. Uit het voorgaande volgt dat de vormgeving van het voeteneinde van het Model uitsluitend technisch bepaald is en de textuur die het gevolg is van de materiaalkeuze eveneens. Anderzijds heeft de ontwerper voldoende ontwerpvrijheid voor de vormgeving van de contouren van de lizzak en de door capitonnering gevormde depressies in het ligvlak, alsmede voor combinaties daarvan, om dezelfde technische oplossingen te kunnen bereiken. Aan de in 4.5 beschreven criteria voor modelrechtelijke bescherming wordt derhalve voldaan. Voorshands leidt ook toepassing van de in 4.4 weergegeven criteria van het Hof Den Haag niet tot een ander oordeel: ontwerpers van een lizzak beschikken over voldoende reële vormgevingsalternatieven voor de vorm van de contouren en capitonnering. Die alternatieven zijn geen zinloze elementen zoals versieringen of verdikkingen, noch futiele afwijkingsmogelijkheden, zoals Massive Air heeft betoogd.

4.15. In de LAMZAC Hangout bestaan de vormgevingskenmerken waarbij sprake is van voldoende ontwerpvrijheid uit twee lange buisvormen die bij het hoofdeinde samenkomen in een iets verhoogde ('kano') punt, met centraal in de lengterichting één smalle diepe spleet. Op deze vormgevingsaspecten rust derhalve modelrechtelijke bescherming.

4.16. Dat brengt de voorzieningenrechter bij de vraag of de gewijzigde KAISR een model is dat op de geïnformeerde gebruiker geen andere algemene indruk maakt dan het Model. De geïnformeerde gebruiker in de zin van de Gemeenschapsmodellenverordening is niet slechts gemiddeld maar in hoge mate aandachtig, hetzij door zijn persoonlijke ervaring, hetzij door zijn uitgebreide kennis van de betrokken sector⁴. Oomen is de eerste die een lizzak op de markt heeft gebracht die gevuld kan worden door het scheppen van lucht. De geïnformeerde gebruiker zal daarom met de LAMZAC Hangout bekend zijn, naast zijn bekendheid met het traditionele luchtbed. Die gebruiker zal naar voorlopig oordeel niet bekend zijn met de kanovormige zit/ligplekken die gebruikt worden voor kinderen met autisme. Dat betreft immers een product met een geheel andere en vrij specifieke functie en doelgroep.

4.17. Op de geïnformeerde gebruiker zal de gewijzigde KAISR naar voorlopig oordeel geen andere algemene indruk wekken dan de LAMZAC Hangout. Dat model heeft dezelfde hoogte, dubbele buisvorm en de kenmerkende enkele diepe spleet centraal in de lengterichting van de lizzak. De twee hoeken aan het hoofdeinde in plaats van één scherpe punt, zijn onvoldoende om een andere algemene indruk te wekken. Dit geldt temeer omdat de geïnformeerde gebruiker niet bekend is met andere lizzakken en bekend zal zijn met de

⁴ HvJ EU 20 oktober 2011, C-281/10, PepsiCo/Grupo Promer.

LAMZAC Hangout zoals die gebruikt wordt. Bij dat gebruik ontstaan, zoals Oomen onbestreden heeft gesteld, ook in de LAMZAC Hangout twee hoeken aan het hoofdeinde door de druk die het lichaam van de gebruiker op de zak uitoefent. In dit verband is veelzeggend dat Massive Air, nadat zij gestopt is met het aanbieden van de KAISR (waarvan zij niet bestrijdt dat die geen andere algemene indruk wekt dan de LAMZAC Hangout) en de gewijzigde KAISR is gaan aanbieden, de meeste foto's op de website niet heeft vervangen. Bij nadere bestudering lijken de hoofdeinden van de bestaande foto's te zijn gefotoshopt om er een extra hoek in af te beelden, zoals te zien is op de in 2.6 en 2.8 weergegeven foto's. Ook de gewijzigde KAISR vormt naar voorlopig oordeel derhalve een inbreuk op het Model in de zin van artikel 10 lid 1 GModVo.

4.18. Een verbod om inbreuk te maken op het Model met de gewijzigde KAISR is derhalve toewijsbaar. Het door Oomen gevorderde algemenere verbod om inbreuk op het Model te maken zal niet worden toegewezen, omdat het onvoldoende concreet is.

Auteursrecht en slaafse nabootsing

4.19. Gelet op het toe te wijzen modelrechtelijke verbod, ziet de voorzieningenrechter niet in welk belang Oomen daarnaast heeft bij een beoordeling van de auteursrechtelijke grondslag van zijn vorderingen en zijn beroep op slaafse nabootsing. Zulks is door Oomen in elk geval niet toegelicht. Die beoordeling blijft daarom achterwege.

Oneerlijke handelspraktijken en misleidende reclame

4.20. Het toe te wijzen verbod zal als effect hebben dat Massive Air de gewijzigde KAISR niet meer kan aanbieden in de Europese Unie. Voor de KAISR heeft Massive Air verklaart die niet meer aan te bieden in de Europese Unie. Om die reden ziet de voorzieningenrechter ook niet in dat Oomen nog een spoedeisend belang heeft bij een verbod tot het doen van misleidende mededelingen over de (gewijzigde) KAISR of een verbod op anderszins oneerlijke handelspraktijken in verband met de (gewijzigde) KAISR in Nederland. De vorderingen die daarop zien zullen daarom worden afgewezen.

Nevenvorderingen

4.21. Aan het toe te wijzen verbod zal een dwangsom worden verbonden van € 1.000,- per dag of € 200,- per voortbrengsel. De dwangsommen worden gemaximeerd op € 500.000,-.

4.22. Gelet op het feit dat dit vonnis een voorlopig oordeel vormt op basis van een (naar het zich laat aanzien) nog niet voldragen debat tussen partijen en het feit dat er op dit moment nog geen inbreukmakende ligzakken in het verkeer zijn gebracht, brengt een belangenafweging in de onderhavige zaak mee dat de gevorderde rectificatie op de website en in brieven aan personen die een ligzak bij Massive Air hebben besteld, niet proportioneel is. De vorderingen daartoe zullen daarom niet worden toegewezen.

4.23. De vordering tot het doen van opgave van voorraad-, bestellings- inkooprij- en verkoopprijgegevens is evenmin toewijsbaar. De door Oomen gevorderde gegevens zijn (ook volgens zijn eigen stellingen) van belang voor schadebegroting en niet zozeer voor het

voorkomen van inbreuken door derden, althans dat heeft Oomen onvoldoende gemotiveerd. Het vereiste spoedeisend belang ontbreekt dan ook.

4.24. Massive Air zal als de overwegend in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de proceskosten. Oomen heeft een proceskostenveroordeling op de voet van artikel 1019h Rv gevorderd en opgegeven dat hij € 32.116,80 advocaatkosten en € 11.160,- aan kosten voor een deskundige heeft gemaakt. Deze procedure heeft deels betrekking op handhaving van intellectuele eigendomsrechten in de zin van artikel 1019 Rv en is deels gegrond op een algemene onrechtmatige daad, maar Oomen heeft niet opgegeven welke kosten betrekking hebben op welk deel van de grondslagen. De voorzieningenrechter bepaalt schattenderwijs dat 2/3 van de advocaatkosten en alle deskundigenkosten betrekking hebben op de handhaving van intellectuele eigendomsrechten. 1/3 van de advocaatkosten zal derhalve worden begroot volgens het liquidatietarief. Massive Air heeft de redelijkheid en evenredigheid van het door Oomen opgegeven bedrag niet bestreden, zodat de voorzieningenrechter bij de begroting van dat bedrag uitgaat. De proceskosten worden derhalve begroot op € 21.411,20 (2/3 x € 32.116,80) + € 272,- (1/3 x € 816,-) + € 11.160,- deskundigenkosten + € 94,08 dagvaardingskosten + € 288,- griffierecht, derhalve in totaal op een bedrag van € 33.225,28.

5. De beslissing

De voorzieningenrechter

5.1. beveelt Massive Air om binnen twee werkdagen na betekening van dit vonnis te staken en gestaakt te houden ieder commercieel gebruik, waaronder het aanbieden, vervaardigen, in de handel brengen, invoeren, uitvoeren en/of het voor die doeleinden in voorraad hebben van de aangepaste KAISR in de Europese Unie, op straffe van een dwangsom van € 200,- per voortbrengsel of € 1.000,- per dag van niet-naleving van dit bevel, zulks ter keuze van Oomen, met een maximum van € 500.000,-;

5.2. veroordeelt Massive Air in de proceskosten, tot op heden aan de zijde van Oomen begroot op € 33.225,28;

5.3. verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad;

5.4. wijst het meer of anders gevorderde af.

Dit vonnis is gewezen door mr. F.M. Bus en in het openbaar uitgesproken op 13 mei 2016.

Mr. Bus



Vonnis nro. 508690/16

13 MEI 2016

De griffier,

Mr. Bus