

3.14. Hamarc heeft nog betoogd dat Remington alleen optreedt tegen haar, aangezien zij het scheerapparaat tegen een (veel) lagere prijs dan Remington ten verkoop aanbiedt, doch dat andere handelaren, onder wie Vroom en Dreesman, die een soortgelijk scheerapparaat verkopen als dat van Remington tegen dezelfde (hoge) prijs, door Remington ongemoeid worden gelaten. Aldus poogt Remington, volgens Hamarc, haar als concurrent te elimineren en de prijs kunstmatig hoog te houden, waardoor Remington in strijd met de artikelen 30 tot 36, alsmede 85 en 86 van het E.E.G.-verdrag zou hebben gehandeld.

3.15. Hamarc gaat er echter aan voorbij dat vaststaat dat Remington procedures heeft gevoerd tegen fabrikanten van soortgelijke scheerapparaten als dat van haar, Remington, in welke procedures, blijkens de door haar overgelegde in juli c.q. september 1989 gewezen vonnissen van de presidenten van de arrondissementsrechtbanken te 's-Gravenhage en te Maastricht, Remington in het gelijk is gesteld. Bovendien is als onweersproken komen vast te staan dat Remington regelingen heeft getroffen met een aantal ondernemingen c.q. een aantal ondernemingen heeft aangeschreven in verband met te treffen regelingen, waaronder Vroom en Dreesman, teneinde de verdere verkoop van inbreukmakende scheerapparaten te voorkomen. Het sub 3.14 weergegeven betoog van Hamarc moet reeds daarom falen.

3.16. Het vorenstaande leidt tot de conclusie dat de vordering van Hamarc [lees: Remington. Red.], die voor het overige niet is weersproken, toewijsbaar is als na te melden. Voor zover de vordering betrekking heeft op de, bij het scheerapparaat behorende, verpakking dient deze te worden afgewezen. Aan het totaal van de te verbeuren dwangsommen zal een maximum worden verbonden zoals in het dictum zal worden bepaald.

3.17. Hamarc zal, als de in overwegende mate in het ongelijk gestelde partij, in de kosten van dit geding worden veroordeeld.

#### 4. De beslissing

##### De president:

A. beveelt Hamarc met onmiddellijke ingang na betekening van dit vonnis in de rechtsoverwegingen 3.7, 3.8 en 3.13 bedoelde inbreuken op de auteurs- en modelrechten van Remington met betrekking tot voormeld scheerapparaat te staken en gestaakt te houden;

B. beveelt Hamarc om binnen 48 uur na betekening van dit vonnis aan de raadsman van Remington schriftelijk opgave te doen van alle namen en adressen van de toeleveranciers van de inbreukmakende scheerapparaten als bedoeld in onderdeel 2.1 sub e van dit vonnis, alsmede van de door Hamarc ingekochte hoeveelheden daarvan, een en ander onder overlegging van kopieën van facturen;

C. beveelt Hamarc om binnen 48 uur na betekening van dit vonnis aan de raadsman van Remington schriftelijk opgave te doen van de namen en adressen van de afnemers van vorenbedoelde inbreukmakende scheerapparaten, alsmede van de afgenomen hoeveelheden, een en ander onder overlegging van kopieën van facturen;

D. bepaalt dat Hamarc een dwangsom van f 25.000,- (...) zal verbeuren aan Remington voor iedere keer dat zij, Hamarc, het onder A bedoelde bevel c.q. voor iedere dag dat zij de onder B en C bedoelde bevelen geheel of gedeeltelijk overtreedt;

E. bepaalt voorts dat boven een bedrag van f 1.000.000,- (...) geen dwangsom meer zal worden verbeurd;

F. verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad;

G. wijst af het meer of anders gevorderde;

H. veroordeelt Hamarc in de kosten van dit geding, tot aan de uitspraak van dit vonnis aan de zijde van Remington begroot op f 1.000,- voor salaris van haar procureur en op f 301,25 voor verschotten. Enz.

Nr 68. Hoge Raad der Nederlanden, 1 december 1989.

(bouwsteigers)

Mrs S.K. Martens, G. de Groot, C.Th. Hermans,  
S. Boekman en W.J.M. Davids.

Art. 1401 Burgerlijk Wetboek.

*Nu het door Kwikform ontwikkelde koppelingssysteem niet (langer) wordt beschermd door enig absoluut recht van intellectuele eigendom, staat volgens vaste rechtspraak toepassing van dat systeem haar concurrenten in beginsel vrij. Dit beginsel lijdt evenwel uitzondering indien die toepassing bestaat in nabootsing, waarvan gevaar voor verwarring bij het publiek valt te duchten en de nabootsende concurrent te kort schiet in zijn verplichting om bij dat nabootsen alles te doen wat redelijkerwijs mogelijk en nodig is om te voorkomen dat door gelijkheid van beide producten gevaar voor verwarring ontstaat of vergroot wordt.*

*Het Hof heeft in dit licht geoordeeld dat Monte geen feiten of omstandigheden heeft gesteld waaruit kan volgen dat het voor de technische deugdelijkheid en bruikbaarheid van de door haar toe te passen koppelingen, dan wel voor de uitwisselbaarheid van haar steigerdelen met die van Kwikform noodzakelijk is om die koppelingen exact dezelfde vorm en maten te geven als die van Kwikform. Dit oordeel moet, als zijnde van feitelijke aard, voor rekening blijven van het Hof.\*)*

Monte Trading International B.V. te Nijmegen, eiseres tot cassatie [in kort geding], advocaat Mr W.A. Hoyng, tegen

1. GKN Kwikform B.V. te Ede en  
2. GKN Kwikform Limited te Birmingham, Engeland, verweersters in cassatie [in kort geding], advocaat Jhr Mr J.L.R.A. Huydecoper.

a) Arrondissementsrechtbank te Arnhem, 5 september 1985 (Mrs E. van Rossem, D. van Driel van Wageningen en K. Klijn).

#### Motivering van de beslissing

1. Als erkend of niet of onvoldoende bestreden staat ten processe vast:

- dat Kwikform [gedaagde; Red.] sinds haar oprichting in 1970, althans reeds vóór 1 januari 1975, systeemsteigers onder de naam "Kwiksteiger" vervaardigt en/of middels verhuur of verkoop in het verkeer brengt en

- dat bij arrest van het gerechtshof te Arnhem, in hoger beroep in kort geding gewezen op 24 november 1980, onder vernietiging van het vonnis in kort geding van 7 juni 1979 van de president van de rechtbank te Zutphen, voor zover voor het onderhavige geding van belang, Monte het verbod werd opgelegd (bouw)steigers in het verkeer te brengen en/of te doen brengen, waarvan de koppelingdelen naar vorm gelijk zijn aan die van de door Kwikform onder de naam Kwiksteiger in het verkeer gebrachte (bouw)steigers [BIE 1981, nr 75, blz. 331. Red.].

2. Monte vordert nu een verklaring voor recht dat het vervaardigen en/of in het verkeer brengen van (bouw)steigers, waarvan de koppelingen en/of koppelingdelen naar vorm gelijk zijn aan en/of uitwisselbaar zijn met die van de door Kwikform onder de naam Kwiksteiger in het verkeer gebrachte (bouw)steigers, niet onzorgvuldig of onrechtmatig is jegens Kwikform. Monte vordert voorts een verbod voor Kwikform om het voormelde arrest van het gerechtshof te Arnhem te executeren.

3. Ten aanzien van de laatste vordering oordeelt de rechtbank deze in ieder geval niet toewijsbaar voor dat gedeelte van de uitspraak van het hof dat betrekking heeft op het verbod om bepaalde in het arrest omschreven zinsneden te bezigen in reclame en voorlichtingsmateriaal.

\*) Zie de noot aan het slot van het arrest, blz. 257/9. Red.

Aangezien Monte dit gedeelte van haar vordering op generlei wijze, expliciet noch impliciet, nader toelicht houdt de rechtbank het ervoor, dat Monte met haar vordering geen verbod voor Kwikform beoogt tot executie van dat gedeelte van de uitspraak dat betrekking heeft op het verbod tot het gebruik van de in het arrest nader omschreven zinsneden in reclame- en voorlichtingsmateriaal.

4. Wat de vorderingen tot verklaring voor recht betreft: uit de stukken en uit het gehoorde en getoonde ter zitting blijkt dat Monte voornemens is om bij toewijzing van haar vorderingen (bouw)steigers te vervaardigen en/of in het verkeer te (doen) brengen met zodanige koppelingen en koppelingsdelen, dat deze op generlei wijze zullen afwijken van die koppelingen en koppelingsdelen die Monte tot het voormelde verbod van 24 november 1980 vervaardigde en/of in het verkeer bracht, met als gevolg dat deze steigers en steigeronderdelen in vorm gelijk zullen zijn aan en/of volledig uitwisselbaar zullen zijn met die van Kwikform.

5. Monte meent gerechtigd te zijn tot getrouwe navolging van de steigers en steigeronderdelen van Kwikform, omdat deze zich niet aanmerkelijk zouden onderscheiden van de andere in de handel zijnde modellen, althans omdat daarvan niet zou kunnen worden afgeweken zonder afbreuk te doen aan de deugdelijkheid en bruikbaarheid daarvan in technische of economische zin, althans, wat daar ook van zij, omdat in ieder geval geen verwarring bij het publiek zou kunnen worden gesticht omtrent de herkomst van deze produkten.

6. Nabootsing van eens anders produkt is, naar het oordeel van de rechtbank, in beginsel geoorloofd en, aangenomen dat geen afbreuk wordt gemaakt op octrooi-, auteurs- of andere intellectuele eigendomsrechten, slechts dan onrechtmatig, indien:

a) het nagebootste zich van de andere in de handel zijnde soortgelijke produkten aanmerkelijk onderscheidt,

b) men zonder aan de deugdelijkheid en bruikbaarheid afbreuk te doen op bepaalde punten evengoed een andere weg had kunnen inslaan en

c) door dit na te laten verwarring sticht, waarbij het niet nodig is dat op alle punten waar dit mogelijk is verschillen worden aangebracht, doch dat het redelijkerwijs mogelijke en nodige is gedaan om verwarringsgevaar te voorkomen of te verminderen.

7. Er zijn verschillende steigersystemen in de handel: het traditionele systeem van buizen die met losse koppelingen aan elkaar worden verbonden; de element-steiger bestaande uit vaste elementen, die gestapeld kunnen worden en het systeem, zoals het litigieuze, waarbij de koppelingen en koppelingsdelen vast en blijvend zijn verbonden aan de verschillende steigerdelen. Zo zijn bij de Kwiksteiger aan de verticale buizen (staanders) op regelmatige afstand van elkaar U-vormige nokken gelast. Aan de horizontale buizen (langsliggers en kortelingen) zitten vaste spieën die via een mantel door de U-vormige nok op de staanders steken en dusdoende de delen stijf met elkaar verbinden. Bij alle andere in Nederland in de handel zijnde steigersystemen met vaste koppelingen zijn de koppelingen op onderling en ook van de Kwiksteiger verschillende wijzen uitgevoerd.

8. Ten aanzien van het in rechtsoverweging 6 onder a) genoemde criterium staat voor de rechtbank voldoende vast dat de Kwiksteiger zich aanmerkelijk onderscheidt van de andere in Nederland verkrijgbare systemen.

9. Daarbij overweegt de rechtbank dat, behalve de 4 andere systemen die ten tijde van het voormelde arrest van het hof in Nederland in het verkeer waren (Anglok, Cuplok, Layher "Allround" en IPA "Klikklak"), er sindsdien nog tenminste 4 in de handel zijn gebracht, die alle een van Kwiksteiger en ook van elkaar afwijkend koppelingssysteem bezitten (Coffral "Ringlok", Travhydro "Super-Quick", Plettac "Perfect Gerüst" en Matab "Universeelsteiger"). Geen van de genoemde systemen is met dat van Kwiksteiger uitwisselbaar. Voor de afnemers

van steiger materiaal, voor wie het koppelingssysteem een wezenlijke eigenschap van dat materiaal is, zal, naar het oordeel van de rechtbank, het verschil tussen de Kwiksteiger enerzijds en de minstens 8 andere systemen anderzijds aanmerkelijk zijn.

10. Daaraan doet niet af dat vanuit Engeland door Nederlandse afnemers steiger materiaal wordt aangekocht van het merk Fix Scaf en System Scaf, beide van de fabrikant C. Evans & Sons Ltd., waarvan de koppelingen en koppelingsdelen passen in de U-vormige nokken van de Kwiksteiger. Naar ten processe kwam vast te staan is van enige regelmatige handel in Nederland geen sprake, juist ook omdat de leverancier de uitspraak in dit geding wenst af te wachten, terwijl in Engeland door Kwikform Ltd. juridische stappen tegen Evans zijn ondernomen ter verhindering van de verhandeling van diens steigersystemen. Overigens bleek de rechtbank uit de getoonde koppeling van het merk Fix Scaf dat deze weliswaar past in de U-vormige nokken op de staander van de Kwiksteiger, doch dat het betreffende deel niet stijf met de staander werd verbonden en er ruimte overbleef tussen de koppeling en de staander.

11. Ten aanzien van de voorwaarde b), omschreven in rechtsoverweging 6, overweegt de rechtbank dat voor de beoordeling van de deugdelijkheid en de bruikbaarheid ook andere dan technische aspecten in aanmerking mogen worden genomen, met name ook de wensen van een deel van de afnemers, bijvoorbeeld ten aanzien van standaardisatie. Monte stelt, dat bij produkten, zoals steigerelementen, die naar hun aard bestemd zijn om te worden gekoppeld en uitgewisseld niets méér bepalend is voor de bruikbaarheid en deugdelijkheid dan optimale koppelmogelijkheden en daardoor maximale uitwisselbaarheid. Zij biedt te bewijzen aan dat er te dien aanzien behoefte bestaat aan standaardisatie. De rechtbank overweegt te dien aanzien dat het naast elkaar bestaan van tenminste 8 verschillende niet-uitwisselbare steigersystemen met vaste koppelingen aantoonde dat de stelling van Monte als zou er behoefte bestaan aan maximale uitwisselbaarheid bij deze soort van produkten in haar algemeenheid geen stand kan houden en zeker niet op gaat in de zin dat alle systemen met dat van de Kwiksteiger uitwisselbaar dienen te zijn. Wat de door Monte gestelde behoefte betreft heeft Monte hierbij kennelijk het oog op de behoefte van de afnemers, die reeds een Kwiksteiger hebben gekocht of gehuurd en die steigerdelen wensen te kopen of te huren, die aan de Kwiksteiger kunnen worden vastgemaakt of die delen daarvan kunnen vervangen. Afnemers die een nieuw en zelfstandig steigersysteem wensen te kopen of te huren, kunnen zich tot een groot aantal leveranciers wenden en hebben zich, blijkens de opkomst van tenminste 4 nieuwe merken sinds 1980, ook daadwerkelijk tot deze leveranciers met geheel eigen, niet-uitwisselbare systemen gewend.

12. Monte voert ten aanzien van de bestaande behoefte aan uitwisselbaarheid of zelfs standaardisatie ook nog de grond aan, dat Kwikform op de markt die Monte wil bewerken een belangrijke plaats inneemt. Ten processe stelde Kwikform onweersproken, dat het aandeel van de Kwiksteiger zich thans zeker niet beweegt op het niveau van 50% van de markt, doch eerder op een niveau van 15%, zodat ook geenszins sprake is van een monopoliepositie van Kwikform, nog daargelaten dat naast deze markt voor steigersystemen met vaste koppelingen ook nog altijd een markt bestaat voor het traditionele systeem met losse koppelingen en één voor de elementsteiger.

13. Uit rechtsoverweging 11 en 12 volgt, naar het oordeel van de rechtbank, dat de door Monte gestelde wens van een deel van de afnemers naar de verkrijgbaarheid van met de Kwiksteiger uitwisselbare steigers moet worden verstaan als de voor de hand liggende wens van de afnemers van de Kwiksteiger om aanvullende of vervangende delen daarvan ook elders en dan tegen een lagere prijs te kunnen betrekken.

14. Deze wens is, naar het oordeel van de rechtbank, geenszins te verstaan als een behoefte bij een deel van de afnemers naar een zekere uniformiteit in de markt van te leveren steigersystemen, laat staan als een wens tot standaardisatie. Zelfs de in traditionele steigersystemen doorgevoerde standaardisatie in buizen en pijpen heeft niet geleid, zo bleek ter zitting, tot enigerlei standaardisatie van de losse koppelingen. Daarvan zijn er, zo werd door Kwikform gesteld en door Monte niet ontkend, vele verschillende typen. Nu de rechtbank ook op geen enkele andere wijze uit enig objectief gegeven de behoefte aan standaardisatie op basis van het koppelingssysteem van de Kwiksteiger of aan uitwisselbaarheid daarmee is gebleken, passeert zij het ten dezen door Monte aangeboden bewijs door getuigen en deskundigen.

15. De rechtbank is van oordeel dat de in rechtsoverweging 11 en 12 omschreven wens van een deel van de afnemers de deugdelijkheid en bruikbaarheid van steigers als de Kwiksteiger in technische of in andere zin niet zodanig bepaalt, dat van de Kwiksteiger niet kan worden afgeweken, zonder daar afbreuk aan te doen. Het is leveranciers van steigers als Monte zeer goed mogelijk, zo blijkt ook uit de opkomst van nieuw niet met de Kwiksteiger uitwisselbare systemen sinds 1980, om systemen in het verkeer te brengen die in vorm afwijken van dat van de Kwiksteiger, en/of daarmee niet uitwisselbaar zijn.

16. Ten aanzien van de voorwaarde c), omschreven in rechtsoverweging 6 en de nadere definiëring daarvan in die rechtsoverweging, is gesteld en niet ontkend dat er, in de periode voorafgaande aan het verbod opgelegd door het hof op 24 november 1980, verwarring omtrent de herkomst is ontstaan, daaruit blijkende dat Kwikform door haar verhuurd materiaal terugontving, waaronder zich delen bevonden, die van Monte afkomstig bleken te zijn.

17. De rechtbank laat in het midden het door Kwikform gestelde en door Monte betwiste kwaliteitsverschil tussen de toenmalige steigers van Monte en die van Kwikform, nu dit al of niet bestaande kwaliteitsverschil voor de vraag naar de onrechtmatigheid van de nabootsing niet relevant is. De ter zake door partijen overgelegde sterkteberekeningen en kwaliteitsrapporten laat de rechtbank derhalve onbesproken.

18. Volledigheidshalve stelt de rechtbank vast dat, nu de nagebootste Kwiksteiger reeds voor 1 januari 1975 in het verkeer was, de kwestie van de onrechtmatigheid uitsluitend bezien dient te worden in het licht van artikel 1401 B.W. en niet (ook) in dat van de Benelux Modellen Wet.

19. Gegeven het onderscheidende vermogen van de Kwiksteiger in vergelijking met soortgelijke steigersystemen, gegeven de gebleken mogelijkheden om, zonder afbreuk te doen aan de bruikbaarheid en deugdelijkheid daarvan, steigersystemen in het verkeer te brengen met koppelingen en koppelingdelen die van die van Kwikform afwijken en gegeven de verwarring omtrent de herkomst, die blijkt te ontstaan doordat Monte deze afwijking in de periode voorafgaand aan het verbod in 1980 achterwege liet, komt de rechtbank tot het oordeel dat het in het verkeer (doen) brengen van (bouw)steigers, waarvan de koppelingen en/of koppelingdelen naar vorm gelijk zijn aan en/of uitwisselbaar zijn met die van de (bouw)steigers die door Kwikform onder de naam Kwiksteiger in het verkeer worden gebracht, onrechtmatig is jegens Kwikform.

20. De vorderingen van Monte moeten dus worden afgewezen met veroordeling van Monte als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten.

#### Beslissing

De rechtbank, rechtdoende, wijst de vorderingen van Monte af en veroordeelt Monte in de kosten van het geding, tot aan

deze uitspraak aan de zijde van Kwikform begroot op f 2.420,-. Enz.

b) Gerechtshof te Arnhem, 24 november 1987  
(Mrs C.J. van Zorge, A. Hammerstein en C.P. Aubel).

#### Beoordeling van de grieven

(1) In dit hoger beroep kan het geschil tussen partijen aldus worden samengevat dat Monte beoogt ten behoeve van de steigerbouw steigerdelen met koppelingen en/of koppelingdelen te vervaardigen en in de handel te brengen waarvan de vorm (nagenoeg) volledig gelijk is aan die welke eerder door Kwikform op de markt zijn en ook thans nog worden gebracht, hetgeen Kwikform onrechtmatig acht jegens haar.

(2) Monte voert in het kader van grief I als belangrijkste argumenten ter ondersteuning van haar verdediging aan dat die vorm onderscheidend vermogen mist en - in elk geval - in belangrijke of overwegende mate wordt bepaald door de technische aspecten van het product, zodat aan Kwikform geen bescherming toekomt.

(3) Het hof verwerpt de stelling dat het systeem van Kwikform onderscheidend vermogen mist. Op grond van de door beide partijen in het geding gebrachte producties en uit eigen waarneming bij gelegenheid van de gehouden pleidooien stelt het hof vast dat er meerdere, op in het oog springende wijze onderling van elkaar en van dat van Kwikform naar de vorm verschillende, koppelingssystemen bestaan die blijkaar alle een markt hebben. Kwikform neemt met de door haar gekozen eenvoudige doch herkenbare vorm al gedurende een reeks van jaren een eigen plaats op die markt in. Aan een en ander doet niet af dat er thans - naar Monte stelt doch Kwikform betwist - twee systemen van Engelse herkomst op de markt zouden zijn die met het steigersysteem van Kwikform uitwisselbaar zouden zijn en daarmee "een sterke gelijkenis" zouden tonen.

(4) Aan Monte kan worden toegegeven dat de keuze van dezelfde - praktische en voor de hand liggende - constructie op zichzelf niet onrechtmatig is. Op het door Kwikform geproduceerde systeem wordt - behoudens een enkel onderdeel, waarvan het octrooi inmiddels zou zijn verstreken - geen intellectuele eigendomsbescherming gegeven. Het geschil tussen partijen betreft echter naar het oordeel van het hof niet de door Kwikform gekozen constructie van de koppeling. Het staat Monte vrij hetzelfde technisch model als Kwikform toe te passen. De vraag is of Monte dan genooddacht is exact dezelfde vormen en maten te gebruiken als reeds door Kwikform gedaan wordt. Die vraag moet ontkennend worden beantwoord. Monte kan immers, bij de toepassing van dezelfde constructie als Kwikform, op eenvoudige wijze meer dan ondergeschikte verschillen in vorm en maten van de onderdelen aanbrengen zonder dat aan de technische constructie en het principe waarop deze berust enige afbreuk hoeft te worden gedaan. Monte heeft geen feiten of omstandigheden gesteld waaruit kan volgen dat toepassing van de hier bedoelde constructie slechts mogelijk is bij het hanteren van exact dezelfde maten en vormen als Kwikform en het is ook niet zonder meer aannemelijk dat een dergelijk systeem alleen op de door Kwikform gekozen wijze zou kunnen worden uitgevoerd. Bij pleidooi is van de zijde van Monte ook toegegeven dat zij de afmetingen van haar koppelingen zo had kunnen maken dat deze niet zouden hebben gepast op het systeem van Kwikform. Monte heeft bij pleidooi aangevoerd dat ter verwezenlijking van hetzelfde technisch effect geen andere vormen beschikbaar zijn. Die stelling wordt niet alleen gelogenstraft door het bestaan van meerdere van elkaar verschillende koppelingssystemen (waarvan Monte allerminst aannemelijk heeft gemaakt dat deze "tot een groter geavanceerd technisch effect leiden" (pleidooi II,9)) doch zij berust ook niet op enige concrete toelichting of adstructie. Die stelling moet dus als te vaag worden gepasseerd. Bovendien is die stelling strijdig met

de blijkens alinea 16 van de memorie van grieven aan de subsidiaire vordering ten grondslag liggende stelling dat het Monte (in ieder geval) vrij staat koppelingsdelen op de markt te brengen die niet op die van Kwikform lijken maar wel met deze uitwisselbaar zijn. Voor bewijs vatbare feiten die een andere gevolgtrekking zouden wettigen zijn niet gesteld, zodat ook aan het bewijsaanbod van Monte voorbij kan worden gegaan.

(5) Monte erkent uitdrukkelijk dat zij na marktonderzoek besloten heeft het systeem van Kwikform eenvoudig na te bootsen, omdat daaraan behoefte bleek bij haar afnemers. Dat wijst er mede op dat zij de alternatieve mogelijkheden niet heeft overwogen. Die zijn in dit geding ook verder niet aan de orde.

(6) Monte rechtvaardigt die nabootsing met een beroep op de behoefte aan standaardisatie bij de afnemers. Blijkens haar eigen stellingen ging het daarbij vooral om de behoefte aan uitwisselbaarheid met het systeem van Kwikform dat reeds op de markt was. Monte meende dat systeem goedkoper te kunnen produceren dan Kwikform. Dat laatste zal ongetwijfeld aan de wensen van afnemers tegemoet komen, doch dat is in dit verband geen relevant criterium. Veronderstellenderwijs kan worden aangenomen dat die behoefte aan uitwisselbaarheid inderdaad aanwezig was. Monte heeft echter niet gesteld, laat staan aangetoond of aannemelijk gemaakt, dat het voor uitwisselbaarheid noodzakelijk is dat volledig aan elkaar gelijke koppelingsdelen in het verkeer worden gebracht.

Het hof verenigt zich overigens met het oordeel van de rechtbank in rechtsoverweging 11, 13 en 14 van haar vonnis en maakt dat tot het zijne.

(7) Het onder 6 overwogene brengt mee dat aan bewijsaanbod van Monte op dit punt voorbijgegaan kan worden. De feiten die door Monte te bewijzen worden aangeboden kunnen immers aan het oordeel van het hof niet afdoen.

(8) Het hof is ten slotte met de rechtbank van oordeel dat Monte door nagenoeg hetzelfde koppelingssysteem als Kwikform te vervaardigen en te verhandelen verwarring sticht. Daarbij merkt het hof in de eerste plaats op dat geen grief is aangevoerd tegen rechtsoverweging 16 van het vonnis. Grief 4 keert zich mede blijkens de daarop gegeven toelichting uitsluitend tegen de overname door de rechtbank van het door het hof in zijn arrest in kort geding d.d. 24 november 1980 aangenomen feiten-complex, waarbij ook sprake was van een vergelijkbare naam. Deze grief gaat eraan voorbij dat, zoals al in rechtsoverweging 1 is overwogen, de inzet van deze procedure is dat Monte ook thans nog niet-van-die-van-Kwikform-afwijkende koppelingsdelen in de handel wil brengen. Monte ziet eraan voorbij dat de rechtbank in rechtsoverweging 16 zelfstandig tot haar oordeel is gekomen dat met in niets afwijkende producten wél verwarring werd gesticht. Voor zover de grief dat oordeel bestrijdt, faalt zij eveneens. Het spreekt vanzelf dat het in de handel brengen van koppelings(elementen) die vrijwel identiek zijn aan die van een concurrent op den duur ertoe moet leiden dat die producten door elkaar gebruikt zullen worden (hetgeen juist de bedoeling van Monte is) en dat daardoor verwarring ontstaat over de herkomst van de producten.

(9) Kwikform heeft er in dit verband naar het oordeel van het hof terecht op gewezen (memorie van antwoord sub 14) dat een steigerconstructie wordt samengesteld uit verschillende onderdelen die gezamenlijk in staat zijn een vooruit bepaalde en berekende belasting te dragen. Deze verschillende onderdelen moeten dus op elkaar zijn afgestemd. Dat behoeft – anders dan Kwikform aanvoert – op zich zelf niet uit te sluiten dat haar onderdelen met die van andere producenten van steiger materiaal uitwisselbaar worden gemaakt, doch het hof onderschrijft de, door Monte ook niet voldoende gemotiveerd weersproken, stelling van Kwikform dat bij gebreke van specifieke voor alle producten geldende kwaliteitsnormen

producenten van steiger materiaal er reeds in verband met mogelijke aansprakelijkheid belang bij hebben dat het risico van onbedoelde verwisseling van hun product met dat van anderen zo beperkt mogelijk wordt gehouden.

(10) Het hof komt tot de slotsom dat de vorderingen van Monte behoren te worden afgewezen. Met betrekking tot de vordering sub 2 merkt het hof op dat deze afwijzing berust op de aanvaarding van het verweer van Kwikform dat niet in abstracto een oordeel kan worden gegeven over de vraag of Monte een koppelingselement dat qua vorm afwijkt doch wel verwisselbaar is met dat van Kwikform in de handel mag brengen, als zijnde een en ander (mede) afhankelijk van feitelijke omstandigheden die thans bekend noch gesteld zijn en ook niet kunnen worden voorzien.

(11) Monte heeft geen feiten gesteld die, indien bewezen, het hof tot een ander oordeel aanleiding zouden kunnen geven. Haar algemeen bewijsaanbod wordt daarom gepasseerd.

#### Slotsom

(12) Het vonnis waarvan beroep dient te worden bekrachtigd met veroordeling van Monte als de in het ongelijk gestelde partij in de kosten van de procedure in hoger beroep.

#### Beslissing

Het hof, rechtdoende in hoger beroep:

Bekrachtigt het door de rechtbank te Arnhem tussen partijen gewezen vonnis van 5 september 1985.

Veroordeelt Monte in de kosten van het geding in hoger beroep, tot deze uitspraak aan de zijde van Kwikform begroot op een bedrag van f 300,- voor verschotten en f 3.600,- voor salaris van de procureur. Enz.

#### e) Cassatiemiddel.

Schending van het recht en/of verzuim van vormen waarvan de niet-inachtneming nietigheid met zich meebrengt, doordien het hof heeft overwogen, recht gedaan en beslist als in de bestreden beslissing is opgenomen, om de volgende, mede in onderling verband in aanmerking te nemen, redenen:

1. Het gaat in deze zaak – kort gezegd – om de rechtmatigheid van verhandeling door eiseres tot cassatie (Monte) van steigerstukken met koppelingen en/of koppelingsdelen, waarvan de vorm (nagenoeg) volledig gelijk is aan die welke door verweerders (Kwikform) op de markt worden gebracht. Monte voerde ter rechtvaardiging van deze handelwijze onder meer aan – zakelijk weergegeven – dat (1) de koppeling(sdelen) van Monte een technisch model (is) zijn in die zin dat de vorm voor het berekenen van het technische doel noodzakelijk is en op die grond reeds geen bescherming op grond van art. 1401 m.b.t. die koppeling(sdelen) door Kwikform kan worden ingeroepen; (2) bij de afnemers van Kwikform steigers een behoefte aan standaardisatie bestaat en meer in het bijzonder een behoefte aan uitwisselbaarheid met het systeem van Kwikform, zodat vervangende of aanvullende delen ter zake van een eenmaal gekochte Kwikform steiger ook van derden kunnen worden betrokken;

2. In rechtsoverweging 4 begint het Hof met voorop te stellen dat de keuze (door Monte) van dezelfde – praktische en voor de hand liggende – constructie (als gebruikt door Kwikform) op zichzelf niet onrechtmatig is nu geen intellectuele eigendomsbescherming (meer) wordt gegeven. Dit uitgangspunt is op zichzelf juist.

a Onbegrijpelijk althans niet c.q. niet voldoende gemotiveerd is hetgeen het Hof overweegt in de 3e zin van ro 4 welke luidt als volgt:

”Het geschil tussen partijen betreft echter naar het oordeel van het hof niet de door Kwikform gekozen constructie van de koppeling.”

Met betrekking tot die constructie heeft Monte immers gesteld dat het daarbij om een technisch model gaat (in

die zin dat de vorm - en derhalve de constructie - voor het bereiken van het technische doel noodzakelijk is), dat derhalve alleen in aanmerking komt voor octrooirechtelijke bescherming en niet voor enige andere aanvullende bescherming althans dat de termijn gedurende welke zodanige aanvullende bescherming zou kunnen worden genoten is verstreken.

b Rechtsens onjuist en/of onbegrijpelijk althans niet c.q. niet voldoende gemotiveerd zijn de navolgende overwegingen van het Hof in ro 4:

"De vraag is of Monte dan genoodzaakt is exact dezelfde vormen en maten te gebruiken als reeds door Kwikform gedaan wordt. Die vraag moet ontkennend worden beantwoord. Monte kan immers, bij de toepassing van dezelfde constructie als Kwikform, op eenvoudige wijze meer dan ondergeschikte verschillen in vorm en maten van de onderdelen aanbrengen zonder dat aan de technische constructie en het principe waarop deze berust enige afbreuk behoeft te worden gedaan. Monte heeft geen feiten of omstandigheden gesteld waaruit kan volgen dat toepassing van de hier bedoelde constructie slechts mogelijk is bij het hanteren van exact dezelfde maten en vormen als Kwikform en het is ook niet zonder meer aanneemelijk dat een dergelijk systeem alleen op de door Kwikform gekozen wijze zou kunnen worden uitgevoerd. Bij pleidooi is van de zijde van Monte ook toegegeven dat zij de afmetingen van haar koppelingen zo had kunnen maken dat deze niet zouden hebben gepast op het systeem van Kwikform. Monte heeft bij pleidooi aangevoerd dat ter verwezenlijking van hetzelfde technisch effect geen andere vormen beschikbaar zijn. Die stelling wordt niet alleen gelogenstraft door het bestaan van meerdere van elkaar verschillende koppelingssystemen (waarvan Monte allerminst aanneemelijk heeft gemaakt dat deze "tot een groter geavanceerd technisch effect leiden" (pleidooi II,9)) doch zij berust ook niet op enige concrete toelichting of adstructie. Die stelling moet dus als te vaag worden gepasseerd. Bovendien is die stelling strijdig met de blijkens alinea 16 van de memorie van grieven aan de subsidiaire vordering ten grondslag liggende stelling dat het Monte (in ieder geval) vrij staat koppelingsdelen op de markt te brengen die niet op die van Kwikform lijken maar wel met deze uitwisselbaar zijn.

aa Indien uit deze overwegingen gelezen moet worden dat het Hof van opvatting is dat er eerst sprake is van een (niet voor een de octrooiwet aanvullende bescherming in aanmerking komend) technisch model indien "de technische constructie en het principe waarop het berust" (het technisch effect) bepaald wordt door exacte maten en vormen, is deze opvatting rechtens onjuist. Er is ook reeds sprake van een technisch model in boven bedoelde zin, indien dezelfde "technische constructie en het principe waarop het berust" niet alleen bereikt kan worden door de exacte maten en vormen van een model doch ook door maten en vormen die niet meer dan ondergeschikte verschillen vertonen met dat model.

bb Bovendien zijn de desbetreffende overwegingen onbegrijpelijk, nu Monte uitvoerig betoogd heeft dat toepassing (in de woorden van het Hof:) van hetzelfde technisch model als Kwikform een gebruik van dezelfde vorm en maatvoering als door Kwikform gebruikt (althans van een vorm en maatvoering die niet meer dan ondergeschikte verschillen vertoont met het model van Kwikform) noodzakelijk maakt (ondermeer pleitnota zijdens Monte bij het Hof onder I.8 en II.10).

Onbegrijpelijk en althans niet concludent zijn in dat verband de navolgende overwegingen van het Hof:

aaa "Bij pleidooi is van de zijde van Monte ook toegegeven dat zij de afmetingen van haar koppelingen zo had kunnen maken dat deze niet zouden

hebben gepast op het systeem van Kwikform".

Het desbetreffende "toegeven" is door het Hof uit het verband gehaald waarin dit is gesteld. Het betrof het aangeven van een theoretische mogelijkheid, welke meteen gevolgd werd door de stelling dat de "afmetingen van de koppelingsdelen ( ) natuurlijk niet zo maar uit de lucht komen vallen. Deze zijn min of meer bepaald vrij nauwkeurig bepaald door de steigerbuizen, de vereiste sterkte en dergelijke. Verschillen in afmetingen zouden derhalve nimmer een zo groot verschil in uiterlijk teweeg kunnen brengen dat de systemen in eens niet meer op elkaar lijken" (pleitnota zijdens Monte in appel II, 10). Een en ander past derhalve volledig in de stelling van Monte, dat voor de toepassing van dezelfde constructie als Kwikform, geen vorm en maten gekozen kunnen worden die meer dan ondergeschikte verschillen vertonen met het Kwikform model (koppelingssysteem).

bbb "De stelling wordt (niet alleen) gelogenstraft door het bestaan van meerdere van elkaar verschillende koppelingssystemen"

aangezien door Monte - onbestreden althans door het Hof in het midden gelaten en mitsdien in cassatie vaststaand - is gesteld dat deze andere koppelingssystemen niet tot hetzelfde technische effect maar tot een ander (technisch effect) leiden.

ccc "Bovendien is die stelling strijdig met de blijkens alinea 16 van de memorie van grieven aan de subsidiaire vordering ten grondslag liggende stelling dat het Monte (in ieder geval) vrij staat koppelingsdelen op de markt te brengen die niet op die van Kwikform lijken maar wel met deze uitwisselbaar zijn"

aangezien deze stelling eerst aan de orde behoort te komen bij de behandeling van en geuit is in het kader van de subsidiaire vordering terwijl in casu de primaire vordering aan de orde is.

c Onbegrijpelijk althans onvoldoende gemotiveerd is de navolgende overweging van het Hof (laatste zin van ro 4):

"Voor bewijs vatbare feiten die een andere gevolgtrekking zouden wettigen zijn niet gesteld, zodat ook aan het bewijsaanbod van Monte voorbij kan worden gegaan".

In onder meer I.8 en II.10 van de pleitnota van Monte in appel zijn de voor bewijs vatbare feiten die een andere gevolgtrekking zouden rechtvaardigen wel degelijk gesteld.

3. In de eerste alinea van ro 6 gaat het Hof er veronderstellenderwijs van uit, dat die behoefte aan uitwisselbaarheid inderdaad aanwezig is, doch overweegt:

"Monte heeft echter niet gesteld, laat staan aangetoond of aanneemelijk gemaakt, dat het voor uitwisselbaarheid noodzakelijk is dat volledig aan elkaar gelijke koppelingsdelen in het verkeer worden gebracht".

Dit oordeel is onbegrijpelijk in het licht van de volgende passages uit gedingstukken van de zijde van Monte en van soortgelijke passages daaruit met dezelfde of soortgelijke strekking:

"daarenboven heeft eiseres (...) uitvoerig en gemotiveerd betoogd, dat zij niet zonder aan de deugdelijkheid en bruikbaarheid van haar produkt in technische of economische zin afbreuk te doen, de koppelingen en koppelingsdelen van haar steigers op andere wijze kan vervaardigen (...).

De bruikbaarheid van de koppelingsdelen (...) wordt daarenboven in zeer belangrijke mate door de uitwisselbaarheid daarvan bepaald. Ervan uitgaande, dat zowel technisch als economisch (...) gekozen moet worden voor het door gedaagde in het verkeer gebrachte systeem (...) is juist de onderlinge uitwisselbaarheid van zeer groot belang. Bij produkten die naar hun aard bestemd zijn om te worden gekoppeld en uitgewisseld (...) is immers niets meer bepalend voor de bruikbaarheid en

deugdelijkheid dan optimale koppelingsmogelijkheden en daardoor maximale uitwisselbaarheid". (Inleidende dagvaarding ro 6 en 7).

"Om ieder misverstand te vermijden: om uitwisselbaarheid te bereiken is absoluut nodig dat de koppelingen en/of koppelingsdelen van de Monte Systeemsteiger naar vorm gelijk zijn aan die van Kwikform. Monte's bij dit pleidooi aanwezige directeur, E.G. Blok, kan dit zonedig aan Uw Rechtbank toelichten" (zie: pleitnotities zijdens Monte in prima nr. V 7).

Het aangevallen oordeel van de rechtbank is nog eens te meer onbegrijpelijk respectievelijk rechtens onjuist, nu Kwikform in deze procedure uitsluitend (dan wel voornamelijk) heeft betoogd dat het Monte niet vrijstond met het Kwikform-systeem uitwisselbare koppelingen en/of koppelingsdelen in het verkeer te brengen, doch niet het standpunt heeft ingenomen dat Monte ook indien zij gerechtigd zou zijn tot het in het verkeer brengen van met het Kwikform-systeem uitwisselbare koppelingen en/of koppelingsdelen, een andere vormgeving voor die produkten had kunnen kiezen. Zodanig standpunt is althans niet op begrijpelijke wijze uit de gedingstukken zijdens Kwikform af te leiden. Integendeel Kwikform heeft zich veeleer op het standpunt gesteld dat een verwarringwekkende gelijke vorm noodzakelijk is, om uitwisselbaarheid te bereiken.

4. Rechtens onjuist althans niet voldoende (begrijpelijk) gemotiveerd zijn de navolgende overwegingen van het Hof in ro 6

"Monte meende het systeem goedkoper te kunnen produceren dan Kwikform. Dat laatste zal ongetwijfeld aan de wensen van de afnemers tegemoet komen, doch dat is in dit verband geen relevant criterium"

en

"Het hof verenigt zich overigens met het oordeel van de rechtbank in rechtsoverweging 11, 13 en 14 van haar vonnis en maakt dat tot het zijne".

Een concurrent (zoals in casu Monte) handelt niet onrechtmatig indien hij met het systeem van een concurrent (zoals in casu Kwikform) uitwisselbare onderdelen op de markt brengt, die niet door octrooirechten (of andere intellectuele eigendomsrechten) worden beschermd.

Een en ander geldt ook indien om de desbetreffende uitwisselbaarheid te verkrijgen het noodzakelijk is een verwarringwekkende gelijke vorm te kiezen.

In ieder geval handelt zo'n concurrent (in casu derhalve Monte) niet onrechtmatig indien zoals in casu er sprake is van een (steiger) systeem (Kwiksteiger) waarbij de behoefte bestaat bij hen die zo'n systeem hebben afgenomen aan het kopen of huren van delen die aan dat systeem kunnen worden gekoppeld of delen van dat systeem kunnen vervangen en/of het desbetreffende systeem (in casu de Kwiksteiger) 15% van de markt voor soortgelijke steigersystemen inneemt en/of meer dan 20 jaar verstreken is sinds voor het systeem octrooirechtelijke bescherming is of had kunnen worden aangevraagd en/of meer dan 15 jaar verstreken is sinds het systeem feitelijke bekendheid in Nederland heeft gekregen en/of zo'n concurrent (in casu Monte) in staat is dat systeem goedkoper te kunnen produceren en/of zo'n concurrent (in casu Monte) de met het steigersysteem (Kwikform) uitwisselbare onderdelen voorziet van een afwijkende kleur en/of zijn woordmerk "Monte".

5. In ro 9 overweegt het Hof het navolgende:

"Kwikform heeft er in dit verband naar het oordeel van het hof terecht op gewezen (memorie van antwoord sub 14) dat een steigerconstructie wordt samengesteld uit verschillende onderdelen die gezamenlijk in staat zijn een vooruit bepaalde en berekende belasting te dragen. Deze verschillende onderdelen moeten dus op elkaar zijn afgestemd. Dat behoeft - anders dan Kwikform aanvoert - op

zich zelf niet uit te sluiten dat haar onderdelen met die van andere producenten van steiger materiaal uitwisselbaar worden gemaakt, doch het hof onderschrijft de, door Monte ook niet voldoende gemotiveerd weersproken, stelling van Kwikform dat bij gebreke van specifieke voor alle producten geldende kwaliteitsnormen producenten van steiger materiaal er reeds in verband met mogelijke aansprakelijkheid belang bij hebben dat het risico van onbedoelde verwisseling van hun product met dat van anderen zo beperkt mogelijk wordt gehouden."

Deze overweging is rechtens onjuist althans onvoldoende gemotiveerd voor zover het Hof daarmee tot uitdrukking brengt (althans bedoelt te brengen) dat Kwikform concurrenten (en derhalve Monte) er - bij gebreke van specifieke voor alle produkten geldende kwaliteitsnormen - reeds in verband met mogelijke aansprakelijkheid van kan weerhouden (steiger)onderdelen die met haar (steiger)onderdelen uitwisselbaar zijn op de markt te brengen indien (vanwege - bijvoorbeeld - de voor het bereiken van die uitwisselbaarheid noodzakelijke gelijkheid van vorm) onbedoelde verwisselingen van Kwikform's onderdelen met de onderdelen van anderen (in casu bijv. Monte) ontstaan. Dit is al reeds onjuist omdat zonder meer niet valt in te zien dat Kwikform aansprakelijk zou zijn voor de gevolgen van het in het verkeer brengen van met haar systeem uitwisselbare onderdelen door Monte, waaraan zij toevoegt dat het Hof niet heeft vastgesteld dat de onderdelen van Monte niet aan de daaraan te stellen kwaliteitseisen zou voldoen, zodat er in cassatie van uit moet worden gegaan dat deze kwaliteit van deze onderdelen voldoende is en/of niet voor die van Kwikform onderdoet.

6. Ten onrechte althans onvoldoende begrijpelijk gemotiveerd wijst het Hof in ro 10 de vordering sub 2 af. In het licht van de omvang van het door het Hof in de (aan de onderhavige bodemprocedure) voorafgaande Kort Geding procedure gegeven verbod (arrest d.d. 24 november 1980 rolnr. 197/79 - inleidende dagvaarding sub 2, I -) waaronder - ook naar het oordeel van Kwikform - iedere onderlinge uitwisselbaarheid van de koppelingsdelen werd verboden - omdat dergelijke koppelingsdelen door het Hof (in die procedure) naar vorm gelijk worden geacht - had na afwijzing van de primaire vordering in de onderhavige procedure (met name waarbij die afwijzing - kennelijk - berustte op het feit dat het Hof van mening was dat uitwisselbaarheid ook met minder gelijkende koppelingsdelen kan worden bereikt) het Hof de vordering sub 2 behoren toe te wijzen. Deze subsidiaire vordering zoals toegelicht in de Memorie van Grieven onder 16 is - ook gezien in het licht van de overige gedingstukken - voldoende duidelijk en bepaald en onbegrijpelijk is waarom en respectievelijk onjuist is dat het Hof geen oordeel geeft over de vraag of door Monte met de Kwikformsteiger verwisselbare onderdelen, die voor zover technisch mogelijk qua vorm afwijken van de onderdelen van Kwikform, mogen worden verhandeld. Niet valt in te zien welke feitelijke omstandigheden voor de beoordeling van de vordering sub 2 nog van belang zouden kunnen zijn nu er rechtens vanuit behoort te worden gegaan dat het Monte vrijstond met het systeem van Kwikform uitwisselbare onderdelen op de markt te brengen indien deze onderdelen voor zover technisch mogelijk daarvan afwijken. Enz.

d) Conclusie van de Advocaat-Generaal, Mr W.D.H. Asser, 6 oktober 1989.

### 1. Inleiding

1.1. In cassatie kan van de volgende feiten worden uitgegaan.')

1) Zie o.m. het door de rechtbank in eerste aanleg gewezen vonnis, r.o.1.

1.1.1. Verweersters in cassatie - hierna te zamen Kwiform te noemen - vervaardigen en/of brengen door middel van verhuur en verkoop in het verkeer sinds haar oprichting in 1970, althans reeds vóór 1 januari 1975, systeemsteigers onder de naam "Kwiksteiger".

1.1.2. Kwiform geniet voor dat systeem geen bescherming op grond van het octrooirecht (behoudens tot april 1987<sup>2)</sup>) een hierna nog te vermelden onderdeel van ondergeschikt belang) en evenmin op grond van de Eenvormige Beneluxwet inzake Tekeningen of Modellen.

1.1.3. Bij dagvaarding van 21 mei 1979 heeft Kwiform eiseres tot cassatie - Monte<sup>3)</sup> - in kort geding voor de President van de Rechtbank te Zutphen gedagvaard met onder meer<sup>4)</sup> een vordering om Monte te verbieden - kort gezegd - (bouw-)steigers in het verkeer te (doen) brengen waarvan de benodigde onderdelen in afmeting gelijk zijn aan die van Kwiksteiger en de voor het verbinden van die onderdelen gebruikte delen van de koppeling, voor wat vorm en afmetingen betreft, gelijk zijn aan of corresponderen met of passen op die koppelingsdelen en andere onderdelen van de door Kwiform in het verkeer gebrachte "Kwiksteiger".<sup>5)</sup> Zij stelde daartoe - kort en zakelijk weergegeven - dat Monte *onrechtmatig handelde* door harerzijds onder de naam "Montakwik" een systeemsteiger in het verkeer te brengen die qua soort en vorm van het gebruikte materiaal, qua standaardafmetingen en qua koppeling, met uitzondering van de geotrooieerde "neusvleugel" of "lip" van de "Kwiksteiger", een natuurgetrouwe nabootsing vormde van de laatstgenoemde steiger en waarvan de onderdelen met die van de "Kwiksteiger" volledig uitwisselbaar waren.

1.1.4. De president heeft bij vonnis van 7 juni 1979 o.m. deze vordering afgewezen. Hij oordeelde daartoe - kort en zakelijk weergegeven - dat het nagebootste produkt voldoende onderscheidend vermogen miste en dat niet was komen vast te staan dat Monte zonder aan de deugdelijkheid en bruikbaarheid van de door haar ontworpen steigerconstructies af te doen, evengoed tot hantering van een afwijkend koppelsysteem had kunnen besluiten.

1.1.5. Nadat Kwiform van dit vonnis bij het Hof te Arnhem in hoger beroep was gekomen heeft het hof bij arrest van 24 november 1980 het vonnis van de president vernietigd en - voor zover thans van belang - Monte verboden "(bouw-)steigers in het verkeer en/of te doen brengen waarvan de [in dat arrest, A.] sub 7 omschreven koppelingsdelen naar vorm gelijk zijn aan die van de door Kwiform B.V. onder de naam Kwiksteiger in het verkeer gebrachte (bouw-)steigers." Aan dit verbod verbond het hof een dwangsom van f 10.000 per keer of dag dat Monte in strijd daarmee zou handelen.

1.1.6. Het hof overwoog daartoe kort en zakelijk samengevat het volgende:<sup>6)</sup>

- alle onderdelen van de steiger van Monte vormen een getrouwe copie van die van de steiger van Kwiform - met uitzondering van de "lippen" waarmee het op de dwarsdelen van de Kwiksteiger gelaste verbindingsorgaan was voorzien en de lengtematen van de staanders, welke verschillen echter voor het geding niet relevant zijn (r.o.6);

- de koppeling van de steiger van Kwiform - het meest essentiële en kenmerkende onderdeel - bezit onder-

scheidend vermogen en die koppeling is zo zeer dominant, kenmerkend en bepalend dat daardoor ook het gehele steigeronderdeel waaraan een koppelingselement is vastgelast geacht kan worden onderscheidend vermogen te bezitten (r.o.7);

- de steigeronderdelen van Monte zijn volledig uitwisselbaar met die van Kwiform (r.o.8);

- Monte heeft verwarring gesticht door het op de markt brengen van haar steiger, zij had zonder aan de deugdelijkheid en bruikbaarheid van haar steiger afbreuk te doen even goed een andere weg kunnen inslaan en onderlinge uitwisselbaarheid dienen te voorkomen terwijl niet aanmerkelijk is dat de praktijk behoefte zou hebben aan standaardisatie (r.o.9).

1.2. 's Hofs verbod vormt de inzet van het onderhavige geding dat werd ingeleid door Monte met een dagvaarding waarbij zij Kwiform op verkorte termijn daagde voor de Arnhemse Rechtbank met een vordering - na wijziging bij akte - tot verklaring voor recht (kort samengevat) dat het vervaardigen en/of in het verkeer (doen) brengen van (bouw-)steigers,

- (petitum sub 1) waarvan de koppelingen en/of koppelingsdelen *naar vorm gelijk* zijn aan die van de "Kwiksteiger", aan Monte verboden bij arrest van het Hof te Arnhem van 24 november 1980,

- (petitum sub 2) en/of subsidiair welke *verwisselbaar* zijn met die koppelingen en/of koppelingsdelen van de "Kwiksteiger", niet onzorgvuldig/onrechtmatig is jegens Kwiform, en voorts (petitum sub 3) met een vordering om Kwiform te verbieden het genoemde arrest te executeren.

1.3. Bij vonnis van 5 september 1985 heeft de rechtbank de vorderingen afgewezen, waartoe zij, voor zover thans van belang, het volgende overwoog (kort en zakelijk samengevat):

- nabootsing van eens anders produkt is in beginsel geoorloofd en, aangenomen dat geen inbreuk wordt gemaakt op octrooi-, auteurs- of andere intellectuele eigendomsrechten, slechts dan onrechtmatig, indien:

a) het nagebootste zich van de andere in de handel zijnde soortgelijke produkten aanmerkelijk onderscheidt,

b) men zonder aan de deugdelijkheid en bruikbaarheid afbreuk te doen op bepaalde punten evengoed een andere weg had kunnen inslaan en

c) door dit na te laten verwarring sticht, waarbij het niet nodig is dat op alle punten waar dit mogelijk is verschillen worden aangebracht, doch dat het redelijkerwijs mogelijke en nodige is gedaan om verwarringsgevaar te voorkomen of te verminderen;

- Kwiform onderscheidt zich aanmerkelijk van de andere in Nederland verkrijgbare systemen, waarvan er geen met dat van de Kwiksteiger uitwisselbaar is (r.o.8-9);

- niet is gebleken van een behoefte bij de afnemers van steigersystemen aan uitwisselbaarheid of standaardisatie, behalve dan de wens van afnemers van de Kwiksteiger om aanvullende of vervangende delen daarvan ook elders en dan tegen een lagere prijs te kunnen betrekken (r.o.11-14);

- het is leveranciers van steigers als Monte zeer goed mogelijk om systemen in het verkeer te brengen die in vorm afwijken van dat van de Kwiksteiger en/of daarmee niet uitwisselbaar zijn (r.o.15);

- in de periode voorafgaande aan het verbod van het hof was verwarring ontstaan omtrent de herkomst (van de verschillende steigeronderdelen) (r.o.16).

Op grond van dit alles kwam zij tot de slotsom (kort samengevat) dat het in het verkeer (doen) brengen van (bouw)steigers als omschreven in de vorderingen onrechtmatig is jegens Kwiform (r.o.19).<sup>7)</sup>

1.4. Monte ging bij het Hof te Arnhem in hoger beroep, tevergeefs evenwel, want bij arrest van 24

<sup>2)</sup> Zie de pleitnota in appel van Monte, p.12 onder 1.9.

<sup>3)</sup> Aanvankelijk heette zij Mont ca.

<sup>4)</sup> Er speelden in die procedure ook nog kwesties van merkinbreuk (het gebruik van het woorddeel "Kwik") en onrechtmatige, want misleidende en onjuiste, mededelingen in een folder van Monte. Deze zijn thans niet meer aan de orde.

<sup>5)</sup> Zie de tekst van de tot dat k.g. inleidende dagvaarding; in de dagvaarding in appel en de daarop gebaseerde weergave door het hof in zijn arrest van 1980 is een deel van de tekst - kennelijk per abuis - weggevalen.

<sup>6)</sup> P.4-7 van het arrest, onder "Ad A".

<sup>7)</sup> Het vonnis is gepubliceerd in *Intellectuele eigendom en reclamerecht (IER)*, 1985, nr.54, p.112.

november 1987<sup>8)</sup> bekrachtigde het hof het vonnis van de rechtbank. Op 's hofs redengeving kom ik hieronder bij de bespreking van het cassatiemiddel terug.

1.5. Monte is tijdig van 's hofs arrest in cassatie gekomen met een uit zes onderdelen opgebouwd middel. Kwikform heeft het middel bestreden.

## 2. Nabootsing van produkten, algemene opmerkingen

2.1. Omdat in deze zaak aspecten van nabootsing van produkten in het algemeen aan de orde komen die enige nadere uitleg verdienen, zal ik alvorens aan het bestreden arrest en het daartegen gerichte middel aandacht te besteden, een aantal meer algemene opmerkingen maken.

2.2. Zoals uit de weergave van de voorgeschiedenis van deze zaak hierboven duidelijk zal zijn geworden gaat het om de bescherming die Kwikform meent te mogen ontlenen aan het gemene recht, zoals neergelegd in art. 1401 B.W. en de daarop ontwikkelde rechtspraak, meer in het bijzonder met betrekking tot de ongeoorloofde mededinging en dan vooral betreffende nabootsing van produkten.<sup>9)</sup>

2.3. Sinds HR 26 juni 1953, NJ 1954, 90 (m.nt. Ph.A.N.H.) (Hyster Karry Krane I) geldt dat nabootsing van het produkt van een concurrent, dat voldoende onderscheidend vermogen heeft,<sup>10)</sup> alleen dan ongeoorloofd is, indien men zonder aan de deugdelijkheid en bruikbaarheid afbreuk te doen op bepaalde punten evengoed een andere weg had kunnen inslaan en men door dit na te laten verwarring sticht. Dat wil zeggen: men hoeft niet af te wijken op alle punten, waarop dat zonder aan de deugdelijkheid en de bruikbaarheid afbreuk te doen mogelijk zou zijn, maar men heeft de plicht alles te doen wat redelijkerwijs mogelijk en nodig is om te voorkomen, dat door gelijkheid de kans op verwarring ontstaat of vergroot wordt.<sup>11)</sup> Hieruit volgt dat het stichten van verwarring op zichzelf niet onrechtmatig is, maar slechts het nodeloos stichten van verwarring.

2.4. Een van de vragen die kunnen rijzen bij de beoordeling aan de hand van het criterium dat zonder aan de deugdelijkheid afbreuk te doen evengoed een andere weg kan worden gevolgd, is of daarbij wegen in beschouwing moeten worden genomen die via een andere technische constructie van het produkt tot hetzelfde resultaat leiden. Toegespit op de onderhavige zaak: is de nabootsing van het systeem van Kwikform onrechtmatig omdat, zoals uit de marktsituatie voor systeemsteigers blijkt, Monte "even goed" een ander systeem had kunnen kiezen om het resultaat, een systeemsteiger, te bereiken of mocht Monte in elk geval hetzelfde systeem volgen maar had het daarbij zoveel als mogelijk was variaties moeten toepassen?

2.5. Veel produkten kennen technische varianten, waarbij door middel van andere technische toepassingen hetzelfde met het soort produkt beoogde resultaat wordt bereikt. Bij nabootsing gaat het er echter nu juist om dat de nabootser een bepaalde technische variant heeft uitverkoren, omdat die variant ten aanzien van het bereiken van dat resultaat bepaalde goede eigenschappen bezit.

2.6. Quaedvlieg<sup>12)</sup> maakt in dit verband<sup>13)</sup> een onder-

scheid tussen wat hij noemt de "apparaatgerichte leer" en de "resultaatgerichte leer",<sup>14)</sup> waarop Mr Hoyng in zijn schriftelijke toelichting nader ingaat. Volgens de eerste "leer" dient de mogelijkheid om via technische alternatieven hetzelfde resultaat te bereiken, geen rol te spelen bij de beoordeling of het nagebootste produkt bescherming verdient. Volgens de "resultaatgerichte leer" moet dat nu juist wel gebeuren. Hij noemt als voorbeeld o.m. een kurkentrekker. Daarmee wordt, zoals bekend, het ontkurken van een fles bereikt, althans beoogd. Er zijn, zoals eveneens bekend, vele varianten op de markt die dat resultaat langs verschillende technische wegen eveneens beogen, bv. een kurkentrekker met een schroefdraad, die zelf ook allerlei varianten kent, of de door Quaedvlieg genoemde soort - volgens hem veel door Franse obers gehanteerd - met twee dunne metalen lippen die tussen fles en kurk ingeschoven worden. Met de "apparaatgerichte" benadering is niet van belang op welke andere technische wijzen men flessen kan ontkurken als het gaat om nabootsing van een bepaald soort kurkentrekker. De bescherming van het uiterlijk daarvan wordt alleen beoordeeld naar de maatstaf of de vorm van die kurkentrekker wordt bepaald door de deugdelijkheid en bruikbaarheid.<sup>15)</sup> Daarentegen leidt de "resultaatgerichte" benadering er toe dat men de vraag stelt of het kurkentrekken ook langs andere technische weg is te bereiken. Daarmee kan een uiterlijk dat bepaald wordt door de deugdelijkheid en bruikbaarheid toch beschermd worden.

2.7. Als Quaedvlieg tot de conclusie komt dat de genoemde rechtspraak van Uw Raad "apparaatgericht" is<sup>16)</sup> dan meen ik hem daarin in zoverre te kunnen bijvallen, dat in beginsel de deugdelijkheid en bruikbaarheid van het nagebootste produkt als uitgangspunt geldt en niet de deugdelijkheid en bruikbaarheid van eventuele alternatieven met een (deels) andere techniek. Alternatieven kunnen echter wel een rol spelen voor zover uit het bestaan daarvan kan worden afgeleid dat op basis van hetzelfde technische concept - zo men wil: vinding of oplossing van het technische probleem - als dat van het nagebootste produkt "even goed" een andere weg had kunnen worden gevolgd. Een andere benadering zou er toe leiden dat in heel veel gevallen bescherming zou worden geboden aan een uiterlijk dat in overwegende mate bepaald wordt door deugdelijkheid en bruikbaarheid, omdat er van veel produkten nu eenmaal varianten bestaan die hetzelfde resultaat bereiken langs andere technische wegen. Een zo ruime bescherming wordt m.i. met genoemde rechtspraak echter niet beoogd.

2.8. Pas ik dit toe op de onderhavige zaak dan is m.i. niet relevant of Monte een ander steigersysteem had kunnen kiezen, maar slechts of Monte bij toepassing van het systeem van Kwikform, zonder aan de deugdelijkheid en bruikbaarheid van dat systeem afbreuk te doen, variaties had kunnen (en dus: moeten) aanbrengen teneinde verwarring omtrent de herkomst van de produkten zoveel mogelijk te voorkomen.

2.9. Bij deugdelijkheid en bruikbaarheid zal men in de eerste plaats denken aan de technische eisen die men aan

<sup>8)</sup> Gepubliceerd in IER 1988, nr.5, p.15.

<sup>9)</sup> Zie hierover in het algemeen Drucker/Bodenhausen/Wichers Hoeth, 1984, p.68 e.v.; Dorhout Mees/Van Nieuwenhoven Helbach/Huydecoper/Van Nispen, *Ned. Handels- en Faillissementsrecht*, II Industriële eigendom en mededingingsrecht (hierna: Van Nieuwenhoven Helbach, *Ind. Eigendom*), 1989, nrs.1262-1266; losbl. *Onrechtmatige Daad VI* (Martens) - hierna aan te halen als: Martens, O.D. - i.h.b. nr.117 e.v. over nabootsing, met verdere literatuur en rechtspraak, waarop hieronder waar nodig meer in detail zal worden teruggekomen.

<sup>10)</sup> Dit is bij nabootsing van het uiterlijk van een produkt vereist wil sprake kunnen zijn van onrechtmatige nabootsing. Zie hierover Martens O.D., nr.105-110

<sup>11)</sup> HR 8 januari 1960, NJ 1960,415 (m.nt.H.B.) (Scrabble); HR 15 maart 1968, NJ 1968,268 (m.nt.H.B.) BIE 1968, p.145 (nr.43) (plastic schalen). Zie Martens, O.D., nr.102 onder C 1.

<sup>12)</sup> *Auteursrecht op techniek*, diss. KUN, 1987, p.31 e.v.

<sup>13)</sup> Hij behandelt in het bijzonder art.2 lid 1 BTMW, waarin is bepaald dat van de bescherming uit hoofde van die wet is uitgesloten "datgene wat noodzakelijk is voor het verkrijgen van een technisch effect", maar besteedt op p.39 e.v. ook aandacht aan de rechtspraak betreffende art.1401 B.W.

<sup>14)</sup> Zie voor een korte omschrijving ook p.179 en 180 van zijn boek.

<sup>15)</sup> Bij toepassing van art.2, lid 1 BTMW: of die noodzakelijk is voor het verkrijgen van een technisch effect.

<sup>16)</sup> P.39-40, waar hij het hieronder te noemen klerenhanger-arrest mede als argument bezigt. Voor de toepassing van art.2 lid 1 BTMW kiest hij zelf op gronden welke overtuigingskracht niet kan worden ontzegd ook voor de "apparaatgerichte" benadering. Voor de BTMW anders Verkade, *Bescherming*, p.40 e.v., die echter op p.43 wijst op het verschil met de 1401 B.W.-rechtspraak over nabootsing van produkten. Zie voor andere schrijvers Quaedvlieg, p.33-37.



een produkt stelt. Die zullen niet alleen betrekking (kunnen) hebben op de inwendige eigenschappen maar ook de vorm en de afmetingen van het produkt kunnen betreffen.

2.10. Is nu de vorm van het produkt bepalend voor de deugdelijkheid en bruikbaarheid van het produkt, anders gezegd: is sprake van een vorm met kenmerken die bepalend zijn voor het verkrijgen van een technisch effect,<sup>17)</sup> dan kan men spreken van een "gebruiksmodel", een "technisch model", of – omdat het gaat om de technische, maar bv. bij gebrek aan voldoende uitvindingshoogte niet steeds octrooieerbare, kenmerken – de "kleine uitvinding".<sup>18)</sup> Dit in tegenstelling tot het "siermodel" waarvan de BTMW nu juist alleen de vorm beschermt die niet bepaald wordt door het technische effect (art. 2, lid 1 BTMW).<sup>19)</sup>

2.11. Voor zover de vorm van een bepaald produkt inderdaad valt aan te merken als "technisch model" in genoemde zin,<sup>20)</sup> zal in de regel van dat model geen rechtens relevante afwijking – dat is een afwijking die redelijkerwijs mogelijk en nodig is om verwarring te voorkomen – mogelijk zijn zonder af te doen aan de deugdelijkheid en bruikbaarheid van het produkt, zodat bescherming op grond van art. 1401 B.W. dan praktisch uitgesloten is.<sup>21)</sup>

2.12. Echter, het zal vaak voorkomen dat het uiterlijk van een produkt deels bepaald wordt door zijn gebruiksdoel, het technisch effect, en deels niet, waarbij het dan van geval tot geval kan verschillen wat het meest

<sup>17)</sup>Aldus Van Nieuwenhoven Helbach, *Ind. Eigendom*, nr.479, naar ik aanneem in navolging van art.2 van het w.o. 19 534 (Gebruiksmodellenwet). Vgl. de andere, beperktere, omschrijving van gebruiksmodellen in de vorige druk, nr.362: "gebruiksvoorwerpen die worden gekenmerkt door een ruimtelijke vorm, die nieuw is en een technisch voordeel oplevert, zonder dat in die vormgeving een uitvinding kan worden gewaardeerd". Zie ook de MvT bij w.o. 19 534, *Bijl. Hand. II*, 1985-1986, nr.3, p.9 onder 2.1.3: "Technisch effect heeft dan datgene wat bepalend is voor de deugdelijkheid en bruikbaarheid van het voorwerp"; zie over dit ontwerp verder hieronder in noot 19; vgl. art.2 lid 1 BTMW, hierboven in noot 13 geciteerd, waar het criterium (voor uitsluiting van de BTMW-bescherming) is dat de vorm noodzakelijk is voor het verkrijgen van een technisch effect, waardoor niet alle gebruiksmodellen de BTMW-bescherming missen.

<sup>18)</sup>Het gaat, wil sprake zijn van juridische relevantie, uiteraard om nieuwe kenmerken. Voorts merk ik volledigheidshalve op dat m.b.t. gebruiksmodellen de bedoelde kenmerken ook alleen op de inwendige constructie betrekking kunnen hebben. Zie Van Nieuwenhoven Helbach, *Ind. Eigendom*, nr.479; idem, "Technische" modellen, in: *BIE* 1986, p.206. Dit in tegenstelling tot de modellen die door de BTMW worden beschermd, want daarbij gaat het alleen om het uiterlijk.

<sup>19)</sup>Zie hierover met name ook van Nieuwenhoven Helbach, *Ind. Eigendom*, nrs.512-515; idem, "Technische" modellen, p.203 e.v.; *Verkade, Bescherming van het uiterlijk van produkten*, 1985, nr.1 en 24-30; Quaadvlieg t.a.p. en m.b.t. het vervaardigen van onderdelen i.h.b. Hoyng, *Repareren in het octrooirecht*, diss.KUB 1988, p.237-238. Zie ook het door Van Nieuwenhoven Helbach t.a.p. kritisch besproken, reeds hierboven in noot 18 genoemde ontwerp Gebruiksmodellenwet (w.o. 19 534) en in het bijzonder de MvT, p.14 onder 2.5.2 over de verhouding tussen dat ontwerp en de BTMW. De parlementaire behandeling van het ontwerp is overigens – in verband met de recente ontwikkelingen op (Europees) octrooigebied – op verzoek van de Regering opgeschort (brief Staatssecretaris van Economische Zaken van 18 augustus 1988, *Bijl. Hand. II* 1987-1988, nr.12), zodat aan de uiteindelijke invoering getwijfeld moet worden. Zie ook Van Nieuwenhoven Helbach, *Ind. Eigendom*, nr.482. Zie over dat ontwerp verder nog Kampfraath, Een oprolbare typemachine, kan die worden beschermd?, in: *AA* 37 (1988), p.366-371.

<sup>20)</sup>Ik gebruik deze term hier omdat hij telkens in deze zaak opduikt.

<sup>21)</sup>In deze zin Van Nieuwenhoven Helbach, *Ind. Eigendom*, nr.481; Quaadvlieg, diss. p.45; *MvA* bij het ontwerp Gebruiksmodellenwet, w.o. 19 534, *Bijl. Hand. II* 1986-1987, nr.7, p.7, onder 2.3.

bepalende element is. Daarbij is geenszins ondenkbaar dat ook van een in overwegende mate door het technisch effect bepaald uiterlijk nog zoveel kan worden afgeweken dat met behoud van de deugdelijkheid en bruikbaarheid zoveel mogelijk verwarring omtrent de herkomst van het produkt kan worden voorkomen.

2.13. Of men ten aanzien van het uiterlijk van een bepaald produkt in zulke gevallen nog kan spreken van een "technisch model" is dan m.i. meer een voor het huidige 1401 B.W.-recht (als ik het zo mag noemen) niet erg belangrijke terminologische kwestie. Zo onderscheidt Mr Huydecoper in zijn dupliek in cassatie<sup>22)</sup> drie vormen van "technisch model" (ik vat enigszins samen):

a. het uiterlijk van een produkt dat enig technisch effect heeft maar waarbij dat technisch effect ook met meer dan ondergeschikte variaties in de vormgeving kan worden gerealiseerd;

b. het uiterlijk van een produkt dat een technisch effect heeft dat aan de precieze vormgeving van het produkt (behoudend wellicht ondergeschikte verschillen) is gebonden, zodat een vergelijkbaar technisch effect wel, zij het dan alleen met toepassing van andere technische principes, bereikbaar is;

c. het uiterlijk van een produkt dat als enige in aanmerking komt om een bepaald technisch effect teweeg te brengen.

2.14. Uit het voorgaande moge duidelijk zijn geworden dat ik in elk geval niet voor het huidige Nederlandse recht zou willen aannemen dat, zoals van de kant van Monte herhaaldelijk is betoogd,<sup>23)</sup> een "technisch model" niet ingevolge art. 1401 B.W. kan worden beschermd, als daarmee wordt bedoeld dat die bescherming principieel is uitgesloten. Men maakt dan bovendien de onrechtmatigheidsvraag los van het criterium of men door een bepaalde nabootsing nodeloos verwarring sticht en afhankelijk van de inhoud van het tamelijk ruime begrip "technisch model". Dit lijkt mij niet bepaald een verbetering.

2.15. De begrippen deugdelijkheid en bruikbaarheid hebben ook nog een andere dan louter technische dimensie, te weten een economische. Deugdelijk en bruikbaar is een produkt ook omdat het voldoet aan bepaalde onder zijn afnemers levende wensen en behoeften. Die dimensie is in de rechtspraak van Uw Raad met betrekking tot de bescherming van art. 1401 B.W. tegen ongeoorloofde nabootsing erkend.

2.16. Dat is gebeurd in HR 12 juni 1970, *NJ* 1970,434 (m.nt.H.B.) (klerenhangers). Het ging daarin over de vraag of Hazenveld onrechtmatig handelde door klerenhangers in het verkeer te brengen die vrijwel volledig identiek waren aan die van Tomado, en slechts daarvan afweken "in enkele onbetekenende details, als de vermelding van de naam van de fabrikant".<sup>24)</sup> Daarbij was van belang dat, naar president en hof hadden aangenomen, C & A het model van Tomado had voorgescreven aan haar confectioneurs en voorts dat confectioneurs deze hanger ook leverden aan andere afnemers, hoewel "in elk geval een minderheid" van de confectioneurs van andere modellen gebruik bleef maken.<sup>25)</sup> Uw Raad overwoog o.m.:

"dat de gronden voor 's Hofs beslissing, voor zover in dit verband van belang, op het volgende neerkomen: i. dat nabootsing van het produkt van een concurrent onrechtmatig is, indien zij gevaar voor verwarring omtrent de herkomst der produkten doet ontstaan en dit gevaar vermeden kan worden door het aanbrenge van wijzigingen die geen afbreuk doen aan de deugdelijkheid of

<sup>22)</sup>P.2.

<sup>23)</sup>Pleitnota in appel, p.9 onder I.8 en p.13 onder B; schriftelijke toelichting en repliek in cassatie.

<sup>24)</sup>Vaststelling van de president in zijn in die zaak gewezen vonnis, p.1243, l.k.

<sup>25)</sup>Zie de overwegingen van het hof onder 6, p.1246 r.k.

bruikbaarheid van het produkt, 2. dat 'deugdelijkheid en bruikbaarheid van het produkt' omvat de deugdelijkheid en bruikbaarheid in ander dan technisch opzicht, daaronder begrepen de bruikbaarheid die verband houdt met de bij gebruikers van het produkt bestaande wensen inzake de standaardisatie van het uiterlijk, 3. dat echter een zodanige nabootsing wél onrechtmatig is, indien een niet te verwaarlozen minderheid van afnemers geen behoefte heeft aan een dergelijke standaardisatie, zodat er nog een markt bestaat voor produkten die afwijken van het nagebootste model; dat de eerste twee onderdelen van het middel zich o.m. keren tegen de laatste, onder 3 genoemde, opvatting van het Hof, en zulks terecht;

dat, waar de bruikbaarheid van een produkt voor een belangrijk deel bepaald wordt door de wensen en behoeften van degenen voor wie het bestemd is, nabootsing van het produkt van een ander, voor zover zij nodig is om tegemoet te komen aan bij een deel van de afnemers bestaande wensen ten aanzien van uiterlijk of eigenschappen van het produkt - daaronder begrepen de wensen die verband houden met de behoefte aan standaardisatie als in 's Hof's arrest bedoeld - op zichzelf genomen niet onrechtmatig is jegens de fabrikant van het nagebootste produkt mits de nabootsing niet in strijd komt met enig wetsvoorschrift, zulks ook al zou die nabootsing verwarring omtrent de herkomst van het produkt kunnen wekken; dat, anders dan het Hof meent, het voorgaande ook geldt, indien - zoals in dit geval door het Hof is vastgesteld - een niet te verwaarlozen groep afnemers geen behoefte heeft aan een zodanige standaardisatie; dat hierdoor immers niet wordt uitgesloten, dat Hazenveld een redelijk belang heeft bij dat deel van de markt voor klerenhangers, waar een standaardisatie overeenkomstig het Tomadomodel wél wordt gewenst".

2.17. Het belang van dit arrest schuilt, als ik het goed zie, daarin dat uitdrukkelijk erkend wordt dat de deugdelijkheid en bruikbaarheid van een produkt voor een belangrijk deel bepaald (kunnen) worden<sup>26)</sup> door bij afnemers levende wensen met betrekking tot het uiterlijk of de eigenschappen van het produkt. Het behoort dus niet uitsluitend om "technische" eigenschappen te gaan, d.w.z. of het produkt beantwoordt aan de technische eisen die er aan kunnen worden gesteld, maar het kan ook andere eisen betreffen, bv. of het produkt qua uiterlijk voldoet aan de wensen van de afnemer.<sup>27)</sup>

2.18. Verder is het arrest van belang omdat het niet als eis stelt dat "de" markt, of "de" afnemers in het algemeen bepaalde wensen hebben. Voldoende is dat een deel daarvan die wensen heeft, waaraan de nabootser tegemoet wil komen. Als de nabootser maar een redelijk belang heeft.<sup>28)</sup>

2.19. Het klerenhanger-arrest ging voornamelijk over een geval van *standaardisatie*, hoewel het zich daartoe niet beperkt. Nu denkt men bij standaardisatie of norma-

lisatie<sup>29)</sup> meestal aan de wensen of behoeften op dat gebied in bepaalde branches. Maar dat hoeft niet het geval te zijn. Die wens kan ook leven bij een bepaalde afnemer, zoals de casus van het klerenhanger-arrest toont.<sup>30)</sup>

2.20. Een van de in het oog springende voordelen van standaardisatie of normalisatie is dat men dezelfde soort produkten kan betrekken van verschillende met elkaar in prijs en kwaliteit concurrerende producenten. Door de gelijkheid van een of meer door de afnemer essentieel geachte eigenschappen, vormen en maten daaronder begrepen, kan men de produkten van verschillende producenten met elkaar verwisselen. Wij raken hier het element van de *verwisselbaarheid*.

2.21. Het klerenhanger-arrest nu leidt er m.i. toe aan te nemen dat verwisselbaarheid van produkten *op zichzelf* de nabootsing niet onrechtmatig maakt indien die verwisselbaarheid de deugdelijkheid en bruikbaarheid mede bepaalt.<sup>31)</sup> Dat laatste is het geval indien (tenminste een deel van) de markt die verwisselbaarheid wenst.

2.22. Echter, verwisselbaarheid is niet altijd iets dat door de afnemers wordt gewenst, met name omdat die afnemers niet zozeer het oog hebben op een produkt met een bepaald uiterlijk of bepaalde andere eigenschappen, maar op het produkt van een bepaalde producent.<sup>32)</sup> Is het vooral de nabootser die verwisselbaarheid beoogt teneinde binnen te kunnen dringen in het afzetgebied, het marktsegment van de producent van het nagebootste produkt, dan zou men kunnen verdedigden (ik druk mij voorzichtig uit) dat de verwisselbaarheid niet een element van deugdelijkheid en bruikbaarheid van het produkt is - immers dat wordt bepaald door de behoeften van de *afnemers* -, maar juist een element dat in dit geval bijdraagt aan het scheppen van *verwarring* die niet gerechtvaardigd wordt door die behoefte.

2.23. In het klerenhanger-arrest ging het met name om de wens van de afnemers naar gestandaardiseerde produkten met het oog op verwisselbaarheid, waaraan bepaalde voordelen verbonden waren. Dat een andere producent dan die van het nagebootste produkt op die behoefte aan een bepaald produkt inspelt, is volgens Uw Raad in genoemd arrest niet onrechtmatig. De verwarring wordt dan door die behoefte gerechtvaardigd.

2.24. Waar de wens van de nabootser om verwisselbare produkten af te zetten overgaat in de wens van de afnemer(s) om verwisselbare produkten af te nemen, is in het algemeen niet te zeggen, reeds omdat behoeften nog wel eens door het aanbod worden geschapen. Ik onderschrijf in elk geval wel het betoog van Verkade naar aanleiding van de onderhavige zaak,<sup>33)</sup> dat bij produkten die naar hun aard bestemd zijn om te worden gekoppeld en verwisseld, het vooral de optimale koppelingsmogelijkheden en de maximale verwisselbaarheid zijn, die de deugdelijkheid en bruikbaarheid van die produkten bepalen. Volgens hem zal het de afnemers daarvan doorgaans een zorg zijn of die produkten van de "originele" producent afkomstig zijn dan wel daaraan gelijk zijn, omdat factoren als kwaliteit, leveringsnelheid en prijs veel doorslaggevend zullen zijn. Ten slotte vindt

<sup>26)</sup>Het is niet helemaal duidelijk of de HR het woord "waar" in de hier als derde geciteerde alinea in redengevende zin heeft gebruikt dan wel in plaatsbepalende zin ("in de gevallen dat").

<sup>27)</sup>Verkade, *Ongeoorloofde Mededinging* (hierna: O.M.), 1986, nr.25c, p.77 e.v., is van oordeel dat sprake moet zijn van rationale wensen, b.v. met betrekking tot de prijs of (in *BIE* 1981, p.336) de hierna te noemen wens van verwisselbaarheid. "Irrationele" wensen van het publiek, waartoe hij "mode" en "trend" rekent, zouden volgens hem geen rol mogen spelen. Zie ook Martens *O.D.* nr.120, 2 onder b en het daar genoemde arrest Hof Amsterdam 22 maart 1974, *BIE* 1975, p.121, ook te kennen uit HR 22 november 1974, *NJ* 1975,176 (m.nt.WLH), en Pres. 's-Hertogenbosch 6 juni 1973, *BIE* 1975, p.126.

<sup>28)</sup>Op dit aspect ga ik niet in, want het speelt in onze zaak niet. Zie daarover i.h.b. de in de volgende noot genoemde bijdrage van Maris aan de Hijmans van den Bergh-bundel, nr.5, p.194-196.

<sup>29)</sup>Zie hierover naar aanleiding van dit arrest vooral Maris, Slaafse navolging en normalisatie, in: *Met eerbiedigende werking* (Hijmans van den Bergh-bundel), p.187-202 en over het verschil tussen beide termen i.h.b. p.197 e.v.

<sup>30)</sup>Eigenlijk: een grote afnemer (C & A) van de afnemers (de confectioneurs) van de fabrikanten van klerenhangers.

<sup>31)</sup>Zie voor de vraag of de wensen van afnemers, waaronder wensen tot standaardisering en verwisselbaarheid, ook kunnen worden begrepen onder wat noodzakelijk is voor het verkrijgen van een technisch effect in de zin van art.2 lid 1 BTMW Verkade, *Bescherming*, p.43-44, die aarzelt, en Van Nieuwenhoven Helbach, *BIE* 1986, p.205, die meent dat die wensen bij de toepassing van die bepaling buiten beschouwing moeten blijven.

<sup>32)</sup>Maris, Hijmans van den Bergh-bundel, p.189 maakt m.i. terecht dit onderscheid bij de uitleg van het klerenhanger-arrest.

<sup>33)</sup>*BIE* 1981, p.336, l.k.

hij dat de verwisselbaarheidswens bij afnemers zeer voor de hand liggend, hetzij omdat zij het nagebootste produkt al hebben, hetzij omdat zij dit produkt goed vinden en het in de toekomst zowel bij de producent daarvan als bij de nabootser willen kopen.

2.25. Ik zou ook menen dat de markt er mee gediend is als voor een bepaald produkt dat uit vervangbare of verwisselbare onderdelen bestaat die onderdelen van verschillende leveranciers kunnen worden betrokken, uiteraard mits daarbij geen rechten van industriële eigendom worden geschonden.

2.26. Intussen zal de bij de afnemers levende wens naar verwisselbaarheid in een procedure tussen nabootser en nagebootste wel moeten komen vast te staan.

### 3. 's Hofs arrest

3.1. Keer ik nu terug naar de onderhavige zaak, dan wil ik eerst een korte analyse geven van 's hofs arrest, het doel waarop het middel zijn schoten richt. Het hof heeft het geschil in r.o.1 aldus samengevat:

"dat Monte beoogt ten behoeve van de steigerbouw steigerdelen met koppelingen en/of koppelingsdelen te vervaardigen en in de handel te brengen waarvan de vorm (nagenoeg) volledig gelijk is aan die welke eerder door Kwikform op de markt zijn en ook thans nog worden gebracht, hetgeen Kwikform onrechtmatig acht jegens haar".

Blijkens onderdeel 1 gaat ook het cassatiemiddel uit van deze samenvatting.

3.2. Voorts dient in cassatie, naast de hierboven onder 1.1 genoemde feiten, nog tot feitelijk uitgangspunt

- dat het systeem van Kwikform onderscheidend vermogen bezit, zoals het hof, in cassatie onbestreden, heeft beslist in r.o.3-4, en

- dat Monte verwarring sticht door nagenoeg hetzelfde koppelingssysteem als Kwikform te vervaardigen en te verhandelen, zoals door het hof in r.o.8 is geoordeeld en in cassatie evenmin is bestreden.

3.3. In r.o.4 preciseert het hof de vraagstelling nader, waar het overweegt:

"Het geschil tussen partijen betreft echter niet de door Kwikform gekozen constructie van de koppeling. Het staat Monte vrij hetzelfde technisch model als Kwikform toe te passen. De vraag is of Monte dan genoodzaakt is exact dezelfde vormen en maten te gebruiken als reeds door Kwikform gedaan wordt".

3.4. Aldus maakt het hof een onderscheid tussen enerzijds de constructie van de koppeling, door het hof ook genoemd het technisch model, en anderzijds de "vormen en maten" waarin die constructie, dat model gestalte heeft gekregen. Naar 's hofs opvatting sluit het navolgen van een "technisch model" dus in beginsel niet uit dat afgeweken wordt ten aanzien van vormen en maten.

3.5. Het hof beantwoordt de genoemde vraag ontkennend en wel op grond van een redenering (r.o.4-7) die ik als volgt zou willen samenvatten:

- Monte kan bij toepassing van dezelfde *constructie* als Kwikform, op eenvoudige wijze meer dan ondergeschikte verschillen *in vorm en maten* van de onderdelen aanbrengen zonder afbreuk te hoeven doen aan de *technische constructie en het principe waarop deze berust*; de stelling van Monte dat ter verwezenlijking van hetzelfde technische effect geen andere vormen beschikbaar zijn, wordt als te vaag gepasseerd en verdraagt zich bovendien niet met de aan de subsidiaire vordering ten grondslag liggende stelling van Monte, dat het haar vrij staat koppelingsdelen op de markt te brengen die niet op die van Kwikform lijken, maar wel met deze uitwisselbaar zijn; - gesteld noch aangetoond of aannemelijk gemaakt is dat voor uitwisselbaarheid met het systeem van Kwikform, waaraan volgens Monte bij de afnemers behoefte bestaat en waarvan het hof veronderstellenderwijze uitgaat, noodzakelijk is dat *volledig aan elkaar gelijke koppelingsdelen* in het verkeer worden gebracht;

- met genoemde afnemers zijn alleen de afnemers van de Kwiksteiger bedoeld en de behoefte bij de afnemers aan "uitwisselbaarheid" moet worden verstaan als de voor de hand liggende wens van de afnemers van de Kwiksteiger om aanvullende of vervangende delen daarvan ook elders en dan tegen een lagere prijs te kunnen betrekken, maar niet als een behoefte bij een deel van de afnemers van steigersystemen naar een zekere uniformiteit in de markt.<sup>34)</sup>

3.6. Na in r.o.8 te hebben geconstateerd dat Monte verwarring sticht, onderschrijft het hof in r.o.9 ten slotte nog het argument van Kwikform, "dat bij gebreke van specifieke voor alle produkten geldende kwaliteitsnormen producenten van steiger materiaal er reeds in verband met mogelijke aansprakelijkheid belang bij hebben dat het risico van onbedoelde verwisseling van hun product met dat van anderen zo beperkt mogelijk wordt gehouden".

3.7. Van belang is dat het hof van oordeel was dat Monte hetzelfde steigersysteem, hetzelfde "technische model", dezelfde "constructie" als dat van Kwikform op de markt mocht brengen. Anders dan in 's hofs k.g.-arrest valt thans niet te lezen dat het hof verwisselbaarheid niet toelaatbaar acht. Dit verschil wordt niet alleen geïllustreerd door het feit dat het hof dat argument niet heeft gebruikt om de subsidiaire vordering meteen af te wijzen, maar ook door de omstandigheid dat het hof in r.6, laatste zin, *niet* heeft overgenomen r.o.15 van het vonnis van de rechtbank, waarin deze in dit opzicht de lijn van het k.g.-arrest is blijven volgen. Voorts blijkt 's hofs gewijzigde opvatting uit r.o.9, waar het overweegt: "Dat [t.w. de noodzaak dat de verschillende onderdelen van een steigerconstructie op elkaar zijn afgestemd, A.] behoefte - anders dan Kwikform aanvoert - op zich zelf niet uit te sluiten dat haar onderdelen met die van andere producenten van steiger materiaal uitwisselbaar worden gemaakt...".

3.8. Het hof vindt echter dat er geen rechtvaardiging bestaat (althans is aannemelijk gemaakt) voor het gebruik van - naar de verschillende omschrijvingen in het arrest - *exact* dezelfde vormen en maten als die van Kwikform (r.o.4), van *volledige gelijke* koppelingsdelen (r.o.6), van *niet-van-die-van-Kwikform-afwijkende* koppelingsdelen (r.o.8), van koppelings(elementen) *die vrijwel identiek zijn aan die van (Kwikform)* (r.o.8). Met andere woorden: het hof oordeelde dat Monte niet alles had gedaan wat naar 's hofs oordeel redelijkerwijs mogelijk was om met handhaving van hetzelfde technische model en zelfs met het uitgangspunt dat de steigerdelen verwisselbaar zouden zijn met die van Kwikform, verwarring te vermijden. Dit is m.i. de strekking van 's hofs arrest.

3.9. Aldus heeft het hof, naar uit wat ik hierboven in het algemeen heb opgemerkt, in elk geval geen rechtsregel geschonden, terwijl het oordeel of in casu afwijking van het "technisch model", de "constructie" van Kwikform redelijkerwijze mogelijk was zonder afbreuk te doen aan de deugdelijkheid en bruikbaarheid van het produkt, in hoge mate een feitelijk karakter heeft.<sup>35)</sup>

3.10. Ik zal nu het cassatiemiddel in zijn verschillende onderdelen langslopen.

#### 4. Bespreking van het cassatiemiddel

4.1. *Onderdeel 1* bevat geen klacht maar is van inleidende aard.

4.2. *Subonderdeel 2a* dat zich keert tegen wat het hof overweegt in de derde zin van r.o.4, berust op de stelling dat een "technisch model" nooit voor bescherming op grond van het gemene recht in aanmerking kan komen. Aldus gaat het, zoals moge volgen uit wat ik hierboven heb betoogd, van een onjuiste rechtsopvatting uit, zodat het faalt. In casu heeft het hof bovendien geoordeeld dat de constructie, door het hof in de volgende zin ook "technisch model" genoemd, weliswaar niet beschermd

<sup>34)</sup>Zie de door het hof overgenomen r.o.11, 13 en 14 van het vonnis van de rechtbank.

<sup>35)</sup>Zie hierover Martens *O.D.*, nr.120b.

was, maar dat niet is komen vast te staan dat niet afgeweken kon worden in vorm en maten zonder aan de deugdelijkheid en bruikbaarheid, waaronder eventueel verwisselbaarheid, af te doen. Het hof heeft daarmee dus tevens impliciet verworpen de stelling van Monte dat de onderhavige constructie een "technisch model" was in de daaraan door Monte gegeven betekenis, dat daarvan niet in bovengenoemde zin in meer dan onbetekenende mate van kon worden afgeweken. Onbegrijpelijk of onvoldoende gemotiveerd is dus niet wat het hof in de aangevallen zin overweegt. De motiveringsklacht van dit subonderdeel faalt ook om die reden.

4.3. *Subonderdeel 2b* bevat een algemene klacht tegen wat het hof verder overweegt in de in het subonderdeel geciteerde passage uit r.o.4. Die klacht wordt in de volgende subonderdelen 2aa-bb.ccc uitgewerkt.

4.4. *Subonderdeel 2aa* mist feitelijke grondslag. Zoals gezegd was het hof niet van oordeel dat er eerst sprake is van een technisch model indien "de technische constructie en het principe waarop het berust" (het technisch effect)" bepaald wordt door exacte maten en vormen. Het hof vindt juist dat hetzelfde technisch model ook kan worden bereikt met afwijkingen in maten en vormen. Ook dit subonderdeel faalt dus.

4.5. *Subonderdeel 2bb* acht de geciteerde overwegingen onbegrijpelijk in het licht van het uitvoerige betoog van Monte dat toepassing van hetzelfde technische model als Kwikform een gebruik van dezelfde vorm en maatvoering, althans met niet meer dan ondergeschikte verschillen, als Kwikform noodzakelijk maakt. Deze klacht, die in feite niet meer is dan een algemene motiveringsklacht met betrekking tot de uitdrukkelijke verwerping door het hof van nu juist dat betoog, wordt in de subonderdelen aaa-ccc met nadere motiveringsklachten uitgewerkt.

4.6. *Subonderdeel 2bb.aaa* klaagt er over dat het hof de daar geciteerde passage uit het pleidooi van Monte uit haar verband heeft gelicht. Dat moge zo zijn, het hof mocht aan die passage betekenis hechten in de zin als het heeft gedaan, te weten dat met handhaving van hetzelfde technisch model en hetzelfde technisch effect ook een andere uitvoering mogelijk zou zijn geweest. Onbegrijpelijk is dit niet.

4.7. *Subonderdeel 2bb.bbb* kan reeds daarom niet slagen omdat het hof de hier bedoelde stelling van Monte "niet alleen" verwerpt op de door dit subonderdeel aangevallen grond, "doch... ook" op de grond dat die stelling niet berust op enige concrete toelichting of adstructie. Tegen deze zelfstandig dragende grond komt het middelonderdeel niet op.

4.8. *Subonderdeel 2bb.ccc* miskent dat het hof ook voor de beoordeling van de primaire grondslag van de vordering belang mocht hechten aan een feitelijke stelling die in het kader van de subsidiaire grondslag was geponeerd. Onbegrijpelijk is dat in elk geval niet.

4.9. *Subonderdeel 2c* verliest m.i. uit het oog dat het hof niet heeft geoordeeld dat er geen voor bewijs vatbare feiten waren gesteld, maar dat het vond dat wat van de kant van Monte bij pleidooi overigens nog aan feiten naar voren was gebracht, niet tot een ander oordeel dwong. Onbegrijpelijk is dat niet en het hof behoefde dat niet nader te motiveren naast hetgeen reeds in r.o.4 was overwogen in het licht van de pleitnota van Monte in appel, waarna dit subonderdeel verwijst. Daarin worden nl. onder I.8 voornamelijk gegevens aangaande de vorm van de koppeling, zoals blijkende uit de octrooiaanvraag van Kwikform, besproken terwijl wat onder II.10 aan feitelikheden wordt aangevoerd, voornamelijk betrekking heeft op het verband tussen de afmetingen van de koppelingdelen en "de dikte van de steigerbuizen, de vereiste sterkte en dergelijke". Daaruit volgde niet noodzakelijkerwijze dat Monte exact dezelfde maten en vormen als Kwikform diende te hanteren. Het hof heeft het bewijsaanbod dan ook kennelijk als niet voldoende relevant gepasseerd.

4.10. Nu het subonderdeel verder niet concreet

aangeeft welke (andere) voor bewijs vatbare feiten een ander oordeel zouden rechtvaardigen en waaraan het hof in zijn motivering aandacht had moeten besteden, ga ik daaraan verder voorbij.

4.11. Op grond van het voorgaande faalt onderdeel 2.

4.12. *Onderdeel 3* faalt eveneens. Het hof heeft kennelijk en niet onbegrijpelijk in de reeds genoemde, aan de subsidiaire vordering ten grondslag liggende, stelling dat het Monte vrij staat koppelingdelen op de markt te brengen die niet op die van Kwikform lijken maar wel met deze "uitwisselbaar" zijn, gelezen dat ook volgens Monte voor verwisselbaarheid een volledige gelijkheid niet noodzakelijk was, ook al was bij pleidooi in eerste aanleg betoogd dat gelijkheid van vorm nodig was. Daarbij komt dat, zoals Mr Huydecoper in zijn schriftelijke toelichting onder 17c ook aangeeft, Monte in appel bij pleidooi (pleitnota, p.15) nu juist wel een aantal verschillen tussen de steigerelementen van Monte en die van Kwikform noemt.

4.13. *Onderdeel 4*, dat zich tegen een tweetal passages uit r.o.6 keert, mist feitelijke grondslag, voor zover het er van uitgaat dat het hof met Kwikform van oordeel was, dat Monte geen steigersysteem op de markt mocht brengen dat verwisselbaar is met dat van Kwikform. Hierboven heb ik dat reeds betoogd. Het hof gaat in het niet door dit onderdeel geciteerde deel van r.o.6 zelfs veronderstellenderwijze uit van de bij de afnemers van Kwiksteigers bestaande behoefte aan verwisselbaarheid, maar komt tot de slotsom dat niet is gesteld of aange-toond dat het dan noodzakelijk is volledig gelijke koppelingdelen in het verkeer te brengen.

4.14. Verder onderschrijft het hof "overigens" het oordeel van de rechtbank dat - kort gezegd - van een behoefte aan standaardisatie, uniformiteit of verwisselbaarheid bij de afnemers niet was gebleken, op grond waarvan de rechtbank het bewijsaanbod van Monte passeerde.

4.15. Ofschoon men zich in het licht van het kleren-hanger-arrest kan afvragen of wat de rechtbank overwoog wel te verenigen valt met een juiste opvatting van de begrippen deugdelijkheid en bruikbaarheid,<sup>36)</sup> keert het middelonderdeel zich daartegen niet met concrete klachten. Wel betoogt het dat het niet onrechtmatig is om een verwarringwekkende gelijke vorm te kiezen als dat voor verwisselbaarheid noodzakelijk is. Dat betoog is op zichzelf genomen weliswaar juist, maar in casu niet ter zake dienend, omdat het hof nu juist feitelijk heeft geoordeeld dat niet is gebleken dat noodzakelijk was om een, naar 's hofs feitelijk oordeel, volledig gelijk produkt op de markt te brengen teneinde verwisselbaarheid te bereiken. Daarom treft evenmin doel het betoog aan het slot van dit onderdeel.

4.16. *Onderdeel 4* faalt dan ook eveneens.

4.17. *Onderdeel 5* keert zich tevergeefs tegen r.o.9 waarin het hof overweegt dat en waarom Kwikform er belang bij heeft dat ook indien Monte verwisselbare onderdelen maakt, het risico van "onbedoelde verwisseling" zo beperkt mogelijk wordt gehouden. Het hof zegt niet dat de mogelijkheid van "onbedoelde verwisseling" reeds voldoende is om het op de markt brengen van verwisselbare onderdelen onrechtmatig te maken, maar het brengt alleen tot uitdrukking dat Kwikform er belang bij heeft dat de producent van die verwisselbare onderdelen zoveel mogelijk verwarring voorkomt. Dat oordeel geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is overigens niet onvoldoende gemotiveerd. Daarom alleen al faalt dit onderdeel.

4.18. *Onderdeel 6* deelt dat lot omdat het hof kennelijk en niet onbegrijpelijk van oordeel was dat wat Monte aan haar subsidiaire vordering ten grondslag had gesteld, te weinig concreet was om toewijzing van die vordering te rechtvaardigen. Daarbij merk ik op dat het hof voor de

<sup>36)</sup>Zie de hierboven al genoemde noot van Verkade onder het k.g.-arrest in *BIE* 1981, p.335 e.v. en *Bescherming*, nr.29.

toekomst niet met zoveel woorden de mogelijkheid uitsluit van een verklaring voor recht als subsidiair gevorderd – met een daaraan gekoppeld verbod. Het vindt alleen dat bij gebrek aan concrete feitelijke gegevens met betrekking tot een produkt dat wel verwisselbaar zou zijn maar toch in voldoende mate afwijkend van dat van Kwikform, daarvoor thans geen grond bestaat. Dit feitelijk, aan het hof voorbehouden oordeel acht ik in het licht van de gedingstukken niet onbegrijpelijk of onvoldoende gemotiveerd en geeft, naar ik meen, geen blijk van enige onjuiste rechtsopvatting.

4.19. Ik ben aan het einde van dit tot mijn spijt wat lang uitgevallen betoog. Nu geen van de middelonderdelen naar mijn oordeel kan slagen, bereik ik de volgende conclusie.

##### 5. Conclusie

Deze strekt tot verwerping van het beroep.

e) De Hoge Raad, enz.

##### 3. Beoordeling van het middel

3.1 In 1979 heeft Kwikform, die reeds vóór 1 januari 1975 hier te lande steigerdelen met een bepaalde koppeling in het verkeer bracht, onder meer wegens nabootsing daarvan tegen Monte een kort geding aangespannen dat is geëindigd met een arrest van het Gerechtshof te Arnhem van 24 november 1980, *BIE* 1981, blz. 331 (nr 75). Bij dit arrest werd, voor zover thans nog van belang, aan Monte verboden (zakelijk weergegeven) steigerdelen in het verkeer te brengen waarvan de koppelingen naar vorm gelijk zijn aan die van de door Kwikform verhandelde steigerdelen.

Thans gaat het om het door Monte tegen Kwikform aangespannen geding ten gronde. Daarin vordert Monte, voor zover thans van belang, primair verklaring voor recht (zakelijk weergegeven) dat het in het verkeer brengen van steigerdelen als voormeld jegens Kwikform niet onrechtmatig is.

3.2 Het Hof heeft deze primaire vordering van Monte aldus verstaan dat Monte, die (wederom) steigerdelen in het verkeer wenst te brengen welke "uitwisselbaar" zijn met die van Kwikform en waarvan de koppelingen – naar de stellingen van Monte – daartoe niet alleen dezelfde constructie dienen te hebben, maar ook exact dezelfde vorm en maten als die van Kwikform, vastgesteld wil zien dat zij zich dusdoende jegens Kwikform niet schuldig zal maken aan ongeoorloofde mededinging.

3.3 Blijkens 's Hofs rechtsoverweging (2) heeft Monte deze vordering voornamelijk daarop gebaseerd dat aan Kwikform voor haar steigerkoppelingen "geen bescherming toekomt" omdat (a) de vorm van die koppelingen onderscheidend vermogen mist en in elk geval (b) "in belangrijke of overwegende mate wordt bepaald door de technische aspecten van het product".

Het eerste van deze beide argumenten heeft het Hof in zijn rov. (3) feitelijk onjuist bevonden ("Kwikform neemt met de door haar gekozen eenvoudige doch herkenbare vorm al gedurende een reeks van jaren een eigen plaats op die markt in") en het tweede heeft het Hof in zijn rov. (4) rechtens niet ter zake geoordeeld ("Het geschil betreft echter (...) niet de door Kwikform gekozen constructie van de koppelingen"). Eerstbedoeld oordeel van het Hof heeft Monte in cassatie niet bestreden; laatstbedoeld oordeel bestrijdt zij wel, doch tevergeefs.

3.4 Zoals het Hof in overeenstemming met de ter zake in de rechtspraak van de Hoge Raad ontwikkelde regels heeft vooropgesteld, moet bij het beantwoorden van de vraag of de wijze van concurreren waarvan Monte te dezen rechtmatig verklaring vordert, inderdaad geoorloofd is, uitgangspunt zijn dat, nu het door Kwikform ontwikkelde koppelingssysteem niet (langer) wordt beschermd door enig absoluut recht van intellectuele eigendom, toepassing van dat systeem haar concurrenten in beginsel vrijstaat.

Dit beginsel lijdt evenwel uitzondering indien die

toepassing bestaat in nabootsing waarvan gevaar voor verwarring bij het publiek valt te duchten, en de nabootsende concurrent te kort schiet in zijn verplichting om bij dat nabootsen alles te doen wat redelijkerwijs mogelijk en nodig is om te voorkomen dat door gelijkheid van beide producten gevaar voor verwarring ontstaat of vergroot wordt.

Gegeven de wijze waarop, blijkens het onder 3.2 overwogene, Monte haar onderhavige vordering heeft opgezet, diende het Hof derhalve te onderzoeken of van de door Monte beoogde gelijkenis van de wederzijdse producten gevaar voor verwarring bij het publiek valt te duchten, en heeft het, die vraag bevestigend beantwoordend, de toewijsbaarheid van het primair gevorderde terecht enkel daarvan afhankelijk gesteld of Monte voldoende feiten en omstandigheden had aangevoerd (en, zonodig, aannemelijk had gemaakt) om de slotsom te wettigen dat haar van dat verwarringsgevaar in de omstandigheden van het gegeven geval in redelijkheid geen verwijt valt te maken.

De verschillende in het middel onder 2 geformuleerde klachten van methodologische aard zijn derhalve vergeefs voorgesteld.

3.5 De blijkens het vorenoverwogene te dezen beslissende vraag of Monte, op wier weg zulks lag – tegenover het door het Hof kennelijk (en begrijpelijkerwijs) voldoende gemotiveerd geoordeelde standpunt van Kwikform dat een andere vormgeving van de koppelingen mogelijk was zonder afbreuk te doen aan de deugdelijkheid en bruikbaarheid van de steigerdelen – voldoende feiten en omstandigheden had gesteld om de slotsom te wettigen dat haar van het gevaar voor verwarring in redelijkheid geen verwijt valt te maken, heeft het Hof ontkennend beantwoord. In zijn rov. (4) en (7) heeft het immers geoordeeld (kort samengevat) dat Monte geen feiten en omstandigheden heeft gesteld waaruit kan volgen dat het voor de technische deugdelijkheid en bruikbaarheid van de door haar toe te passen koppelingen, dan wel voor de uitwisselbaarheid van haar steigerdelen met die van Kwikform noodzakelijk is om die koppelingen exact dezelfde vorm en maten te geven als die van Kwikform.

Dit oordeel moet voor rekening blijven van het Hof. Het berust op een aan het Hof als rechter die over de feiten oordeelt, voorbehouden uitlegging van de stukken van het geding. Deze uitlegging is niet onbegrijpelijk en behoefde tegenover de stellingen van Monte geen nadere motivering dan die welke het Hof daarvoor heeft gegeven. Zij wordt derhalve in het middel onder 2 en 3 tevergeefs bestreden, ook voor zover het Hof aan zijn uitleg de gevolgtrekking heeft verbonden dat deze meebracht dat het door Monte gedaan bewijsaanbod niet ter zake dienende was en als zodanig kon worden gepasseerd.

3.6 Bij de in het middel onder 4 geformuleerde klachten heeft Monte geen belang. Deze klachten richten zich immers tegen delen van 's Hofs motivering waarin het Hof tot uitdrukking brengt dat naar zijn oordeel bij de beantwoording van de vraag of Monte voldoet aan haar vorenbedoelde verplichting om verwarringsgevaar te voorkomen voor zover dat redelijkerwijs van haar valt te vergen, rechtens geen grond bestaat ervan uit te gaan dat Monte uitwisselbaarheid met de steigerdelen van Kwikform mag nastreven. Op dat oordeel berust echter, gelijk hiervoor onder 3.5 reeds is gebleken, 's Hofs beslissing niet.

3.7 Ook de in het middel onder 5 geformuleerde klachten kunnen niet tot cassatie leiden. Zij berusten op een onjuiste lezing van de bestreden uitspraak. Anders dan het middel aanneemt, gaat het in rov. (9) van het Hof niet om een zelfstandig dragende schakel in zijn motivering, maar om een argument ten overvloede, waarmee het Hof slechts nader aangeeft waarom Kwikform zich de – naar 's Hofs oordeel, wegens nodeloos in het leven roepen van verwarringsgevaar

daher grundsätzlich erlaubt, soweit nicht besondere Ausschlußrechte verletzt werden, die Dritten für eine geistige oder technische Schöpfung zustehen. Durch den nachahmenden Wettbewerb wird eine individuelle schöpferische Leistung zum Allgemeingut und der gesellschaftliche Fortschritt ermöglicht. Wettbewerbsfremd handelt erst, wer das Ergebnis fremder Tätigkeit und fremder Aufwendungen mit verwerflichen Mitteln ausnutzt, um sich einen Vorsprung vor seinem Wettbewerbern zu verschaffen." (Rdn 406)

en:

"Die Übernahme eines mit Mühe und Kosten errungenen fremden Leistungsergebnisses ist frei, soweit nicht entweder Sondergesetze eingreifen oder besondere Umstände vorliegen, die die Handlungsweise als wettbewerbswidrig erscheinen lassen." (Rdn 410)

9. Verkade heeft de opvatting verdedigd dat de Hoge Raad met het gebruik van het woord "verwarring" niet het oog had op verwarring bij het publiek over bijvoorbeeld de herkomst van de producten, maar daarmee een technisch-juridische maatstaf wilde geven om na te gaan of er een relevante mate van gelijkens bestaat tussen de nabootsing en het nagebootste. (Van Oven-bundel, *Gratia Commercii*, Zwolle 1981, p. 395 e.v.) Het stichten van verwarring zou op zichzelf niet onrechtmatig zijn.

10. Overtuigd van de juistheid van die opvatting ben ik niet. En dat niet alleen omdat wij ervan uit mogen gaan dat de Hoge Raad gewoonlijk precies zegt wat hij bedoelt en dus niet het woord "verwarring" zal hanteren als hij op een neutrale wijze de mate van gelijkens wil aanduiden. Maar ook omdat de Hoge Raad nadien steeds over verwarring is blijven spreken in wat ik maar zal noemen de normale betekenis van het woord. Zie bijvoorbeeld het Bouwsteiger-arrest.

11. Is dit een woordenspel? Ik meen van niet. Van de opvatting die men huldigt hangt af hoe men kwesties van bewijslast en beschermingsduur benadert. Wie er van uitgaat dat modellen tegen nabootsing worden beschermd, zal licht menen dat degene die bescherming voor zijn model inroept, kan volstaan met het aannemelijk maken van de gelijkens tussen zijn product en de nabootsing, terwijl de wederpartij dan zal moeten aantonen dat een rechtvaardigingsgrond aanwezig is. Wie er van uitgaat dat slechts verwarring onzorgvuldig is, zal verlangen dat degene die tegen nabootsing ageert, stelt en zonodig bewijst dat tengevolge van de nabootsing verwarring te duchten is terwijl maatregelen om de verwarring te voorkomen mogelijk zijn zonder aan de deugdelijkheid en bruikbaarheid afbreuk te doen.

12. Heel duidelijk komen de consequenties van de verschillende opvattingen aan het licht op het punt van de beschermingsduur. Zoals wij al zagen ging de Benelux-wetgever er van uit dat de bescherming op grond van art. 1401 B.W. in beginsel eeuwigdurend kan zijn. Dat vormde een van de bezwaren die aan het bestaande stelsel verbonden waren.

13. Als men het leerstuk van de slaafse nabootsing beschouwt als een vorm van prestatiebescherming is dit moeilijk aanvaardbaar. De bescherming op grond van speciale wetten is op basis van een afweging van de betrokken belangen door de wetgever beperkt van duur, terwijl het gemene recht een eideloze bescherming geeft. Zo schrijft Van Nieuwenhoven Helbach (*Industriële eigendom en mededingingsrecht*, 8e druk, Arnhem 1989, nr 482): "Dit resultaat laat zich met de wettelijke regeling van het in tijdsduur wel beperkte en ook overigens met tal van waarborgen omklede octrooi- resp. auteursrechtmonopolie voor prestaties van hogere orde moeilijk rijmen."

14. Het ligt voor de hand dat degenen die het leerstuk der slaafse nabootsing in de sleutel van de "Leistungsschutz" zetten – zoals Verkade in de genoemde bijdrage in de Van Oven-bundel – gaan zoeken naar mogelijkheden om de beschermingsduur te beperken door bijvoorbeeld aansluiting te zoeken bij de beschermingsduur in de bijzondere wetten. (Zie Verkade in zijn opstel in de Van der Grinten-bundel, *Goed en Trouw*, Zwolle 1984, p. 567 e.v.)

15. Die gedachte vond navolging. Het Amsterdamse Hof zocht in de zaak van de naaimachinekoppen [hierna onder nr 70, blz. 262] aansluiting bij de Rijksoctrooiwet. Dat is in zoverre wat merkwaardig dat hiervan de suggestie uitgaat dat de technische kwaliteiten van het voorwerp het belangrijkste waren. Niet geöctrooieerde techniek is echter vrij; techniek heeft immers te maken met de deugdelijkheid en bruikbaarheid. Afgezien daarvan lijkt het hof de bescherming op basis van art. 1401 B.W. te zien als de bescherming op grond van een subjectief recht. Als aan het

recht een einde komt is er geen plaats meer voor een verbod, ook als het verwarringsgevaar nog bestaat.

Het Haagse Hof ging in een zaak betreffende nabootsing van handendrogers op een vergelijkbare wijze te werk, zij het dat ditmaal aansluiting werd gezocht bij de beschermingsduur in de BTMW (14 september 1989, *IER* 1990, p. 75). Men krijgt hier het gevoel dat het hof aan de BTMW terugwerkende kracht toekent. De bescherming ex art. 1401 B.W. ziet men, denkend vanuit de BTMW, in retrospectief als *modelbescherming*. Iets vergelijkbaars deed zich voor bij dienstmerken van vóór 1 januari 1987. Met terugwerkende kracht werd de bescherming ex art. 1401 B.W. vertaald in dienstmerkbescherming. (Pres. Arr.Rb. Breda 31 maart 1988, *BIE* 1988, p. 156).

16. De benaderingswijzen van beide Hoven zijn begrijpelijk en logisch als men de bescherming beschouwt als bescherming van een (technisch) *model* tegen nabootsing. Aan het (technisch) model wordt bescherming verleend op een manier die vergelijkbaar is met de bescherming op grond van de Rijksoctrooiwet en de BTMW. De prestatie vindt erkenning in een tijdelijk monopolie.

17. Indien men er echter van uitgaat dat op grond van art. 1401 B.W. niet het *model* kan worden beschermd maar het stichten van nodeloze verwarring door nabootsing bestreden kan worden, zal men er niet toe komen het verbod in tijd te beperken. Het veroorzaken van nodeloze verwarring is immers altijd onrechtmatig. Zolang die verwarring voortduurt blijft het verbod van kracht. Men kan hier denken aan de bescherming van handelsnaam en merk. In beginsel kan die bescherming eeuwigdurend zijn, omdat het in het algemeen belang wordt geacht verwarring te voorkomen.

18. Of men nabootsing van oude modellen in de tijd wenst te beperken lijkt hiervan af te hangen of men het leerstuk van de slaafse nabootsing rangschikt onder het merken- en handelsnaamrecht waar het tegengaan van verwarring vooropstaat, of onder het auteurs-, modellen- of octrooirecht, waar de beloning van een prestatie in de vorm van een tijdelijk monopolie centraal staat.

19. Voor de opvatting dat oude modellen niet als zodanig bescherming genieten doch op grond van art. 1401 B.W. alleen de verwarring veroorzaakt door nabootsing wordt tegengegaan, is voorts steun te vinden in rechtsoverweging 3.4. van het arrest van de Hoge Raad inzake de Bouwsteigers. Eerst overweegt de Hoge Raad dat bij het beantwoorden van de vraag of de wijze van concurreren geoorloofd is, uitgangspunt moet zijn dat, nu het koppelingssysteem niet (langer) wordt beschermd door enig absoluut recht van intellectuele eigendom, toepassing van dat systeem de concurrenten in beginsel vrijstaat. De Hoge Raad vervolgt dan dat dit beginsel evenwel uitzondering leidt, indien die toepassing bestaat in nabootsing waarvan gevaar voor verwarring bij het publiek valt te duchten, en de nabootsende concurrent tekortschiet in zijn verplichting om bij dat nabootsen alles te doen wat redelijkerwijs mogelijk en nodig is om te voorkomen dat door gelijkheid van beide producten gevaar voor verwarring ontstaat of vergroot wordt. De conclusie lijkt mij onontkoombaar dat de Hoge Raad het mogelijk acht dat na afloop van de beschermingsduur ingevolge de BTMW opgetreden kan worden tegen verwijtbare verwarring. Ik teken hierbij aan dat het mijns inziens na het verstrijken van de beschermingsduur van een modelrecht aan iedereen vrijstaat het model tot in details na te bootsen. Het is echter niet geoorloofd om *anderszins* verwarring te stichten.

20. Tot slot. Los van de bescherming van oude modellen staat de bescherming van de zogenaamde éénlijnprestaties op grond van art. 1401 B.W. (Holland Nautic/Decca-arrest: HR 27 juni 1986, *NJ* 1987, 191; *BIE* 1986, p. 280; Elvis Presley-arrest: HR 24 februari 1989, *NJ* 1989, 701) Daar gaat het niet om het tegengaan van verwarring, maar om de bescherming van de prestatie en het is begrijpelijk dat die bescherming aan een termijn wordt gebonden. Het Bouwsteiger-arrest past in de rechtspraak betreffende de slaafse nabootsing. Het arrest van het Amsterdamse Hof niet helemaal.

Br.

#### Naschrift

Na de voltooiing van deze noot deed de Hoge Raad op 31 mei 1991 uitspraak in de zaak Borsumij Bouwspecialisten BV/Stenman Holland BV (*RvdW* 1991, nr 141).

De Hoge Raad overwoog onder meer – onder verwijzing naar het Bouwsteigersarrest – dat in een cassatieklacht werd miskend dat het in het onderhavige geval gaat om nabootsing van een stoffelijk product van een concurrent en dat alsdan heeft te gelden

dat nabootsing weliswaar in beginsel vrijstaat wanneer dat produkt niet (langer) wordt beschermd door een absoluut recht van intellectuele eigendom, doch dat dat beginsel uitzondering lijdt wanneer door die nabootsing verwarring bij het publiek valt te duchten en de nabootsende concurrent te kort schiet in zijn verplichting om bij dat nabootsen alles te doen wat redelijkerwijs mogelijk en nodig is om te voorkomen dat door gelijkheid van beide produkten gevaar voor verwarring ontstaat of vergroot wordt.

Voorts overwoog de Hoge Raad dat, gelet op het stelsel en de geschiedenis van de totstandkoming van de BTMw, de bescherming op grond van art. 1401 B.W. van een "oud" model tegen slaafse navolging niet in tijdsduur is beperkt.

Een en ander is in overeenstemming met hetgeen ik in de noot heb opgemerkt.

Genoemd arrest zal spoedig in het Bijblad worden gepubliceerd, te zamen met het arrest van 7 juni 1991 (*RvdW* 1991, nr 151) waarin – onder verwijzing naar het arrest van 31 mei 1991 – eveneens werd overwogen dat de op art. 1401 B.W. gebaseerde bescherming tegen verwarringwekkende – en onnodige – slaafse nabootsing niet in tijdsduur is beperkt.

### Nr 69. Gerechtshof te Amsterdam, 7 juli 1988.

#### (Tourist Information Egmond)

Mrs R. Herrmann, A.M. Gerritsma en G.H.A. Schut.

#### Art. 1401 Burgerlijk Wetboek.

*Door de aangebrachte reclameborden kan verwarring ontstaan in die zin dat de Hotelgroep met de plaatselijke VVV vereenzelvigd wordt, gezien de mogelijkheid van associatie door het publiek van de op die borden aangebrachte tekens – te zamen gezien – met het beeldmerk van de ANVV, waarvan de VVV een onderdeel vormt, te meer nu die borden zich slechts op circa 60 meter afstand van het kantoor van de VVV bevinden en bij het binnenrijden van de gemeente als eerste worden waargenomen. Door op deze wijze naar buiten op te treden handelt de Hotelgroep onzorgvuldig en in strijd met hetgeen haar volgens ongeschreven recht tegenover de VVV in het maatschappelijk verkeer betaamt.*

#### Art. 13 onder A, eerste lid, aanhef j° art. 11 onder D Benelux Merkenwet.

*Tegen het verweer van de Hotelgroep dat de vordering van de VVV in wezen gericht is op bescherming van een beeldmerk waarvan zij niet de rechthebbende of de licentiehouder is, voert de VVV terecht aan dat haar vordering niet gebaseerd is op merkinschrijving of merklicentie maar op onrechtmatig, verwarring wekkend en bij de bekendheid en goedwillig van de VVV aanhakend optreden van de Hotelgroep waarvan het voeren van de litigieuze, naar haar oordeel met het beeldmerk van de ANVV (de houder van het beeldmerk) overeenstemmende tekens, een belangrijk onderdeel vormt. Om deze reden is het ook niet relevant dat de vordering tot verwijdering van bedoelde tekens niet door de merkhouders wordt ingesteld.*

De Vereniging de Hotel- en Appartementengroep Egmond aan Zee te Egmond aan Zee, appellante, incidenteel geïntimeerde [in kort geding], procureur Mr P. de Jonge, advocaat Jhr Mr A.R.Ph. Boddaert te Alkmaar, tegen

de Vereniging tot bevordering van het vreemdelingenverkeer en plaatselijke belangen te Egmond aan Zee, geïntimeerde, incidenteel appellante [in kort geding], procureur Mr J.H.B. Rottinghuis, advocaat Mr P.W.R. Vreeken te Hoorn.

a) President Arrondissementsrechtbank te Alkmaar, 17 maart 1988 (Mr G.A. Jansen op de Haar).

#### Overwegende ten aanzien van het recht:

#### De vaststaande feiten:

Als erkend, dan wel niet of onvoldoende bestreden staat het navolgende tussen partijen vast:

1. de VVV [eiseres; *Red.*] is lid van de Algemene Nederlandse Vereniging van Verenigingen voor Vreemdelingenverkeer (ANVV) gevestigd te Hilversum; de VVV exploiteert in dit kader een kantoor te Egmond aan Zee.

2. de ANVV is merkhouders van een beeldmerk bestaande uit een vierkant met afgeronde hoeken waarin zich het Arabische cijfer "1" bevindt met daarboven een in grootte aan het cijfer aangepaste cirkel zodat de indruk van de letter "i" ontstaat. Boven genoemd vierkant staat het woord "tourist", eronder het woord "information". Gelijk de meeste andere zuster-verenigingen van de VVV in den lande gebruikt de VVV genoemd beeldmerk met volledige instemming van de ANVV. Genoemd beeldmerk, zij het in enigszins aangepaste vorm komt voor op het kantoor van de VVV hierboven sub 1 bedoeld.

3. in de voor bezoekers van Egmond aan Zee meest gebruikelijke route naar het kantoor van de VVV treft de bezoeker, alvorens het kantoor van de VVV te bereiken het kantoor van de Hotelgroep.

4. sedert eind juni 1987 voert de Hotelgroep op haar voornoemde kantoor een tweetal lichtbakken met het opschrift "Hotel-Information" en op de hoek van het kantoor een lichtbak bestaande uit een vierkant met afgeronde hoeken waarin zich de hierboven sub 2 beschreven letter "i" bevindt.

5. door de sub 4 genoemde aanduiding op het kantoor van de Hotelgroep is bij ten minste één bezoeker verwarring ontstaan met het kantoor van de VVV. Productie 9 door de VVV bij pleidooi overgelegd en besproken is door de Hotelgroep niet bestreden.

#### De vordering van de VVV:

De VVV vordert kort samengevat het volgende:

a. verwijdering van de sub 4 bedoelde lichtbakken;

b. een algemeen verbod van ieder handelen, waardoor bij het publiek de indruk kan worden gewekt, als zou de Hotelgroep de plaatselijke VVV zijn of vertegenwoordigen;

alles op straffe van een dwangsom.

#### Het verweer:

De Hotelgroep voert hiertegen het volgende verweer:

I. de ANVV heeft met haar hierboven besproken beeldmerk een warenmerk gedeponereerd, te weten voor reclameborden op het gebied van toerisme en reisverkeer en voor papier, karton en papier- en kartonwaren op dit gebied. Bij de vernieuwing van haar merk heeft de ANVV geen gebruik gemaakt van de nieuwe mogelijkheid, die art. 39 BMW haar biedt. De ANVV en ook de VVV produceert echter geen waren, doch verricht alleen diensten. Aan het bewuste merk mogen derhalve slechts zeer beperkte consequenties worden verbonden. Aldus menen Wij het niet overduidelijke betoog van de Hotelgroep te moeten begrijpen.

Dit verweer gaat voor het onder a. gevorderde niet op. Daarbij gaat het duidelijk om de verwijdering van reclameborden. Voor de vordering onder b. gaat dit verweer echter wel op. Nu de VVV zich uitsluitend baseert op voormeld merk gaat het algemeen verbod als daar gevraagd de werkingsomvang van het bewuste merk verre te buiten.

Hoewel echter een ieder in het algemeen zich er van moet onthouden om zich ongevraagd voor een derde uit te geven en in casu vaststaat, dat de Hotelgroep de VVV niet kan of mag vertegenwoordigen, achten Wij geen grond aanwezig op basis van het gemene recht de vordering onder b. toe te wijzen omdat er voorshands nog onvoldoende aanleiding is tot het geven van een zo verstrekkend verbod als door de VVV gevraagd.

II. de letter "i" mist elk onderscheidend vermogen.

Op zich is deze stelling juist. In casu echter gaat het