

ziening. Eiseres vraagt een voorziening met een ruimere geografische strekking omdat gedaagde volgens haar te kennen heeft gegeven andere vestigingen onder de naam "Daisy Mode" te openen. Enz.

3.2. Eiseres ageert in dit geding uit hoofde van artikel 1401 van het Burgerlijk Wetboek. Ter beantwoording van de vraag of de gevraagde voorziening voor toewijzing in aanmerking komt dienen de in artikel 5 van de Handelsnaamwet gegeven criteria als maatstaf te worden gehanteerd. Daarbij dient primair te worden vastgesteld of eiseres, naar zij stelt, ook de naam "Desirée Mode" als handelsnaam voert.

3.3. Ter zitting is door eiseres — bij monde van haar directeur — in dit verband het volgende verklaard:

— de aanduiding "Desirée Mode" wordt in de vestigingen van eiseres op diverse plaatsen, waaronder in de etalages, gebruikt;  
— tevens wordt de aanduiding gebruikt op uitnodigingen voor modeshows; eiseres organiseert in haar drie vestigingen gemiddeld twee modeshows per vestiging per jaar; het komend voorjaar worden er geen shows georganiseerd;

— wanneer de aanduiding mode aan de aanduiding "Desirée" wordt toegevoegd wordt het woord mode afgedrukt in kleinere letters van een ander simpel type en zodanig dat het gehele woord onder de twee laatste letters van het woord "Desirée" past;

— in advertenties in dagbladen wordt slechts de aanduiding "Desirée" gebruikt.

3.4. De President acht het voorgaande onvoldoende om tot de conclusie te komen dat eiseres de aanduiding "Desirée Mode" gebruikt als handelsnaam. Daarvoor is het gebruik te incidenteel en dan nog al te onopvallend. Dit oordeel wordt ondersteund door het feit dat op het door eiseres gebruikte briefpapier noch op de door eiseres verspreide folder van door eiseres gevoerde Lucia kleding, waarvan gedaagde exemplaren heeft overgelegd, deze aanduiding voorkomt.

3.5. Ook de door eiseres geponeerde stelling dat slechts het woord "Daisy" het kenmerkende bestanddeel van de handelsnaam "Daisy Mode" is moet worden verworpen. Niet aannemelijk is dat het publiek bij het passeren/bezoeken van gedaagdes vestiging slechts het eerste deel van de handelsnaam in zich opneemt, nu immers beide woorden in hetzelfde lettertype en formaat op de gevel zijn aangebracht en aldus een eenheid vormen. Ook is de naam "Daisy Mode" niet zodanig lang dat publiek met een normaal opnamevermogen geacht moet worden de neiging te hebben slechts een deel van de naam in zich op te nemen.

3.6. Bij vergelijking van de naam "Desirée" en de naam "Daisy Mode" moet aandacht worden geschonken aan de wijze waarop deze namen aan het publiek worden gepresenteerd, bepaald als zij in het totaalbeeld ervan zijn door klank, schrijfwijze en gebruikt lettertype. Op alle drie de facetten vertonen de namen beduidende verschillen. Niet aannemelijk is voorts dat — zoals eiseres vreest — publiek dat bij haar kleding heeft gekocht daarvan in eigen kring mededeling zal doen door slechts een deel van de naam te reproduceren. In dit verband wijst de President er nog op dat de naam "Desirée" ook een zekere publieksbekendheid heeft doordat deze als van algemene bekendheid reeds jarenlang als handelsnaam voor ringen wordt gebruikt. Eiseres heeft dan ook geen concrete omstandigheden aangevoerd en aannemelijk gemaakt waaruit blijkt dat haar vrees voor verwarring bewaarheid is.

3.7. Aan eiseres kan worden toegegeven dat het in het onderhavige geschil gaat om vestigingen van twee soortgelijke ondernemingen, die hetzelfde handelsdebet hebben. Daar staat echter tegenover dat de afstand waarop beide percelen van elkaar verwijderd zijn in dit geval nu juist zodanig gering is dat de verschillen tussen de op de gevels aangebrachte handelsnamen voor het passerend publiek eenvoudiger en sneller op te merken

zijn dan in het geval de winkels op relatief ruime afstand van elkaar zouden zijn gevestigd.

3.8. Het voorgaande voert tot de slotsom dat het op voorhand niet aannemelijk is dat de door gedaagde voor haar vestiging te Zaandam gebruikte handelsnaam een gevaar voor verwarring oproept als bedoeld in artikel 5 Handelsnaamwet.

3.9. Voor zover de door eiseres gevraagde voorziening er mede toe strekt het gebruik van de handelsnaam "Daisy Mode" in Noord- en Zuid-Holland te verbieden is zij ook te onbepaald om voor toewijzing vatbaar te zijn. Eiseres heeft volstrekt niet aannemelijk gemaakt dat een nevenvestiging op een willekeurige plaats in deze provincies een onrechtmatige inbreuk op eiseressen rechten en belangen betekent.

3.10. Geconcludeerd moet worden dat de gevraagde voorziening moet worden geweigerd; waarbij eiseres als de in het ongelijk gestelde partij de kosten van het geding moet dragen.

#### 4. Beslissingen

*De President, rechtdoende in kort geding:*

4.1. Weigert de gevraagde voorziening;

4.2. Veroordeelt eiseres in de kosten van het geding, tot aan de uitspraak van dit vonnis aan de zijde van gedaagde begroot op f 250,— aan verschotten en f 1100,— aan procureurssalaris. Enz.

Nr 16. Hoge Raad der Nederlanden,  
25 april 1986 (N.J. 1986, 531).

(Sloten voor deuren)

President: Mr H. E. Ras;  
Raadsheren: Mrs S. K. Martens,  
A. C. van den Blink, G. de Groot  
en S. Boekman.

*Art. 1401 Burgerlijk Wetboek.*

*Pres.: Het betoog dat de sloten van VSB ieder onderscheidend vermogen missen, dient te worden verworpen. Vergelijking van de sloten uit de "1200-serie" van VSB met door "derden" op de markt gebrachte sloten . . . leert dat VSB aan de uiterlijke verschijningsvorm van haar sloten, ook al worden karakter en vormgeving daarvan in belangrijke mate bepaald door eisen van technisch-functionele aard met inbegrip van de (standaard-)eisen die de markt stelt, een voldoende eigen cachet heeft weten te geven om (nog) te kunnen spreken van een eigen plaats op de desbetreffende markt.*

*Bij de vraag of er verwarring bij het publiek te duchten is, is niet doorslaggevend of bij minutieuze ontleding in onderdelen van de desbetreffende produkten al dan niet verschillen aan het licht komen, doch of de totaalindruk die de produkten op het in het algemeen niet kritisch winkelend publiek, dat de sloten niet altijd noodzakelijkerwijs naast elkaar zal aantreffen, maken, dusdanig is dat verwarringsgevaar in ruime zin te duchten is. Op grond van door VSB overgelegde produkties is in dit kort geding voldoende aannemelijk geworden dat zelfs bij deskundige afnemers van VSB verwarring is ontstaan omtrent de herkomst van de door Priem op de markt gebrachte FRAL-sloten.*

*Hof: De VSB-sloten onderscheiden zich in hun uiterlijke verschijningsvorm niet zodanig van een aantal andere aan het Hof getoonde niet van VSB afkomstige sloten, dat gezegd kan worden dat VSB-sloten een eigen plaats innemen op de relevante markt, in dit geval de Nederlandse markt van sloten voor deuren in de woningbouw. Derhalve missen zij onderscheidend vermogen.*

H.R.: VSB heeft ook gesteld dat de sloten van Priem van veel slechtere kwaliteit zijn dan die van VSB en worden verhandeld tegen prijzen die ver onder die van VSB liggen, en dat die sloten van die van VSB zonder meer zijn gecopieerd. Het Hof heeft het standpunt van VSB in hoger beroep kennelijk – en begrijpelijkerwijs – aldus verstaan dat VSB deze terloopse en niet nader uitgewerkte stellingen slechts aanvoerde als bijkomende omstandigheden ter versterking van haar (hoofd-)stelling (slaafse nabootsing). Daarom behoeft het Hof niet te onderzoeken of die stellingen zelfstandig de slotsom kunnen dragen, dat Priem zich, ook als de sloten van VSB geen of onvoldoende onderscheidend vermogen (meer) hebben zodat verwarring niet valt te duchten, jegens VSB heeft schuldig gemaakt aan een het gevorderde verbod wettigende onrechtmatige daad. (De A.-G. beantwoordt de vraag wél, nl. in deze zin, dat onderscheidend vermogen – zonder hetwelk er geen verwarringsgevaar is – wel degelijk een zelfstandige eis is voor de onrechtmatigheid der nabootsing.)

De omstandigheid dat een produkt zich op de relevante markt in zijn verschijningsvorm niet onderscheidt van een aantal andere, soortgelijke produkten, kan het oordeel wettigen dat het produkt onderscheidend vermogen mist, óók als het zich van weer andere soortgelijke produkten op die markt wél onderscheidt.

Door zich voor de vraag of de sloten van VSB onderscheidend vermogen hebben, te baseren op de uiterlijke verschijningsvorm, heeft het Hof niet een rechtens onjuiste maatstaf aangelegd. (Verdere klachten tegen dit oordeel van het Hof worden verworpen daar zij feitelijke grondslag missen, gebaseerd zijn op een onjuiste lezing van 's Hof's arrest of aan een uitspraak in kort geding te hoge motiveringseisen stellen.)

Artt. 289 e.v. Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.

Pres.: Een der nevenvorderingen kan niet worden toegewezen: het zal aan Priem niet worden verboden de litigieuze FRAL-sloten in voorraad te hebben, nu zodanig verbod niet verenigbaar is met het aan Priem te geven gebod haar afnemers aan te bieden de bij hen nog voorradige FRAL-sloten onmiddellijk terug te nemen tegen vergoeding van de reeds betaalde factuurbedragen.

Artt. 1 en 10, lid 1, aanhef en onder 11<sup>o</sup> Auteurswet 1912.

Hof: De uiterlijke verschijningsvorm van de sloten van VSB is in zodanige mate bepaald door eisen van technisch-functionele aard dat er geen sprake is van sloten met een eigen karakter die voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking komen (evenzo: Pres.). Dit brengt mee dat de vraag of voor die bescherming (tevens) vereist is dat er sprake is van een "zekere" kunstwaarde in dit geding buiten beschouwing kan blijven. (In cassatie was dit punt niet meer aan de orde.)

B.V. Verenigde Sloten- en Bouwbeslagfabrieken te Apeldoorn, eiseres tot cassatie (in kort geding), advocaat Mr E. J. Dommering, tegen

Anthonie Priem B.V. te Amerongen, verweerster in cassatie (in kort geding), advocaat Jhr. Mr J. L. R. A. Huydecoper.

a) President Arrondissementsrechtbank te Utrecht, 11 april 1985 (Mr C. L. baron van Harinxma thoe Slooten).

## 2. De vaststaande feiten:

2.1. VSB, althans haar rechtsvoorgangster, fabriceert sedert 1954, derhalve reeds gedurende een ruime periode vóór 1 januari 1975, een serie eenheidssloten voor de woningbouw en brengt deze ook op de markt, welke serie door haar wordt aangeduid als de "1200-

serie"; deze serie bestaat uit, onder meer, een insteekloopslot, een insteekkastslot, een insteekbadkamer/w.c.-slot, een insteekdeurslot met sleutel en een insteekdeurslot voor een profielcylinder.

2.2. VSB heeft op een beurs, gehouden van 21 tot 24 januari 1985, geconstateerd dat Priem sloten importeert en op de markt brengt, die, zeker op het eerste gezicht, een treffende gelijkenis vertonen met de onder 2.1. bedoelde sloten uit de "1200-serie" van VSB.

2.3. De hier bedoelde door Priem geïmporteerde en op de markt gebrachte sloten, hierna te noemen de FRAL-sloten, worden gefabriceerd door de Portugese vennootschap Ferragens Reunidas de Agueda Lda. (FRAL).

2.4. Na de onder 2.2. genoemde constatering heeft VSB Priem gesommeerd de import van en handel in voornoemde FRAL-sloten te stoppen, aan welke sommatie Priem geen gevolg heeft willen geven.

## 3. De vordering, de grondslag daarvan en het verweer:

3.1. VSB vordert thans, zakelijk weergegeven, Priem te verbieden om de FRAL-sloten te vervaardigen en/of te doen vervaardigen en/of in voorraad te hebben en/of af te leveren ten welke titel dan ook, Priem te gebieden aan al haar afnemers aan wie zij (één of meer van) de FRAL-sloten heeft geoffreerd, verkocht en/of afgeleverd, ten welke titel dan ook, door middel van brieven ter kennis te brengen dat bij het te dezen te wijzen vonnis is beslist dat de FRAL-sloten inbreuk maken op het auteursrecht van VSB op de sloten uit haar "1200-serie" en/of dat de verkoop en/of aflevering door Priem van de FRAL-sloten jegens VSB onrechtmatig is, onder gelijktijdige aanbieding de bij haar afnemers nog voorradige sloten onmiddellijk terug te nemen, alsmede aan de advocaat van VSB ter controle een volledige lijst met namen en adressen van bedoelde afnemers en afschriften van alle bedoelde brieven aan deze afnemers over te leggen, dit één en ander op straffe van verbeurte van een dwangsom.

3.2. VSB legt, onder uiteenzetting van de onder 2.1. tot en met 2.4. genoemde feiten en omstandigheden zakelijk weergegeven, aan haar vordering ten grondslag dat Priem, door de FRAL-sloten, die vervoelvoudingen zijn van de sloten van VSB, te importeren, op de (Nederlandse) markt te brengen en/of te verhandelen, inbreuk maakt op de auteursrechten van VSB op haar "1200-sloten". Voor het hebben van auteursrecht op een model is, aldus VSB, slechts nodig dat dat model een oorspronkelijk en eigen karakter, een persoonlijke stempel heeft, aan welk criterium de "1200-sloten" volgens VSB voldoen. VSB stelt voorts dat Priem in elk geval jegens haar onrechtmatig handelt door de FRAL-sloten, die, aldus VSB, een slaafse nabootsing zijn van haar "1200-sloten", te importeren en in het verkeer te brengen, welke stelling zij nader heeft onderbouwd met het betoog dat de "1200-sloten" van VSB onderscheidend vermogen hebben; dat de FRAL-sloten (op te verwaarlozen details na) identiek zijn aan de "1200-sloten" van VSB en dat redelijkerwijs niet betwist kan worden dat gevaar voor verwarring van de FRAL-sloten met die van VSB bestaat; dat FRAL bij de fabricage van haar sloten, zonder afbreuk te doen aan de deugdelijkheid en de bruikbaarheid – onder dat laatste tevens begrepen het moeten passen in dezelfde deuren als waarin de VSB-sloten passen – evengoed een andere weg had kunnen inslaan; dat het materiaal waarvan de FRAL-sloten zijn gemaakt van veel mindere kwaliteit is dan dat van de VSB-sloten en dat de prijzen waartegen Priem de FRAL-sloten aan de tussenhandel aanbiedt circa 15 à 20 procent onder de prijzen die VSB aan haar afnemers berekent liggen, zodat gezegd kan worden dat Priem zich schuldig maakt aan prijsbederf.

3.3. Priem heeft de vordering van VSB uitvoerig en gemotiveerd weersproken, op de inhoud van welk verweer hierna voor zoveel nodig zal worden teruggekomen.

#### 4. De beoordeling van het geschil:

4.1. De stelling van VSB dat aan haar sloten uit de "1200-serie" auteursrecht toekomt, dient te worden verworpen. Het karakteristieke van deze sloten, zoals dat met name in hun uiterlijke verschijningsvorm tot uitdrukking komt, wordt, naar althans in dit kort geding is komen vast te staan, in dusdanige mate bepaald door eisen van technisch-functionele aard, waarbij te bedenken valt dat het in casu gaat om een uitkomst op het gebied van de (fabrieks)nijverheid, vatbaar voor industriële toepassing, dat aan deze sloten onvoldoende eigen (kunstzinnig) karakter toekomt, om voor bescherming uit hoofde van de Auteurswet, gelet op de strekking en reikwijdte daarvan, in aanmerking te komen.

4.2. Thans staat derhalve de vraag centraal of gezegd kan worden dat FRAL de VSB-sloten uit de "1200-serie" slaafs heeft nagebootst. Deze vraag dient bevestigend te worden beantwoord.

4.2.1. Nauwkeurige vergelijking van voornoemde VSB-sloten met de litigieuze, door FRAL op de markt gebrachte sloten, zowel op onderdelen alsook – en hier dient het accent op te vallen – ten aanzien van de totaalindruk die de sloten naar hun uiterlijke verschijningsvorm maken, leidt tot de conclusie dat de desbetreffende sloten een treffende gelijkheid hebben. Zij zijn zelfs in zodanige mate identiek dat wanneer bijvoorbeeld het insteekdeurslot (artikel 1266) of het insteekdeurslot voor profielcilinder (artikel 1269) van VSB gelegd wordt op de met deze specimina uit de "1200-serie" van VSB, corresponderende specimina uit de serie van Fral, niet alleen de voorplaten en slotkasten van deze sloten qua afmetingen en vormgeving (nagenoeg) geheel en al samenvallen, doch tevens de door de slotkasten heenlopende (7) gaten c.q. uitsparingen, waaronder die voor kruk- en sleutelgaten c.q. cilindergaten, exact in elkaars verlengde blijken te liggen; visueel vormen deze gaten alsdan één geheel. Hetzelfde geldt (nagenoeg) bij vergelijking van de overige specimina uit de "1200-serie" van VSB met de daarmee corresponderende specimina van FRAL. De president overweegt daarbij dat (een groot deel van) deze gelijkheid weliswaar in belangrijke mate valt terug te voeren op de technisch-functionele eisen – daaronder begrepen de (standaard) eisen die de markt in verband met het "voorfransen" van deuren bestemd voor woningen en bejaardencentra stelt – waaraan de onderhavige sloten uit een oogpunt van deugdelijkheid en bruikbaarheid dienen te voldoen, doch dat in dit kort geding niet, althans onvoldoende, is gebleken dat FRAL, als het ware creatief woekerend met de marges die voornoemde eisen haar toch nog overlieten, al datgene heeft gedaan wat redelijkerwijs in haar vermogen lag om de hier bedoelde gelijkheid te doorbreken. De door Priem genoemde, op de pagina's 7 en 8 van haar pleitnota onder a tot en met o weergegeven, (als wel zeer marginaal aan te merken) verschillen zijn daartoe in ieder geval volstrekt onvoldoende, waarbij, in zoverre reeds vooruitlopende op hetgeen hierna onder 4.2.3 omtrent het gevaar voor verwarring wordt overwogen, nog opmerking verdient dat het bij de vraag of er verwarring bij het publiek te duchten is, niet doorslaggevend is of bij minutieuze ontleding in onderdelen van de desbetreffende producten al dan niet verschillen aan het licht komen doch, of de totaalindruk die de producten op het-in het algemeen niet kritisch winkelend publiek, dat de sloten niet altijd noodzakelijkerwijs naast elkaar zal aantreffen, maken, dusdanig is dat verwarringsgevaar in ruime zin te duchten is en voorts dat de verpakking van de producten op zich zelf geen rol mag spelen, nu aan te nemen valt dat het publiek, alvorens tot aankoop over te gaan, het product uit de verpakking haalt, en dat door Priem niet is weersproken dat winkeliers vaak een uitgekapt exemplaar in de directe nabijheid van de te verkopen artikelen etaleren.

Met name valt niet in te zien waarom de maat en

vormgeving van de slotkasten van FRAL – en die bepalen ontegenzeggelijk de uiterlijke verschijningsvorm van het slot zoals dat bij het winkelend publiek "overkomt" –, gelet op de marges die bepalende factoren als afstand krukgat-voorplaat en afstand krukcat-cilinder/sleutelgat in casu toch nog overlieten (bijvoorbeeld: breedte slotkast; vorm van de hoeken), vrijwel identiek zouden moeten zijn aan die van VSB. Dat dit ook niet noodzakelijk is blijkt wel uit bestudering van overgelegde specimina en folders afkomstig van "derden" op de (sloten)markt, die, hoewel uiteraard met dezelfde beperkende eisen en randvoorwaarden van met name technisch-functionele aard te kampen hebbende, kennelijk wél naar mogelijkheden hebben gezocht, en ook hebben gevonden, om zoveel als mogelijk is een gepaste afstand in acht te nemen jegens, en "uit de staart te blijven" van, het produkt van VSB. Voor het hierboven reeds uitgesproken oordeel dat in casu sprake is van slaafse nabootsing vormt voorts een (sterke) aanwijzing dat, als niet weersproken, is komen vast te staan, dat de onderdelen van de FRAL-sloten passen in de VSB-sloten en dat de nog in 1982/1983 door VSB in haar sloten aangebrachte wijzigingen (het vervangen van een tot dan toe gebruikt kunststofplaatje, ter hoogte van de nachtschoot, waarop een veer is gemonteerd, door een geperst metalen plaatje) inmiddels nauwkeurig zijn verwerkt in de FRAL-sloten.

4.2.2. FRAL heeft weliswaar betoogd dat de sloten van VSB ieder onderscheidend vermogen missen, doch dit betoog dient te worden verworpen. Vergelijking van de sloten uit de "1200-serie" van VSB met door "derden" op de markt gebrachte sloten, waaronder overgelegde specimina afkomstig van Lips, die als gebruiksmodel eenzelfde functie beogen te vervullen, waarbij ook hier het accent dient te vallen op de totaalindruk die de hier bedoelde sloten maken, leert dat VSB aan de uiterlijke verschijningsvorm van haar sloten, ook al worden karakter en vormgeving daarvan in belangrijke mate bepaald door eisen van technisch-functionele aard, met inbegrip van de (standaard)eisen die de markt stelt, een voldoende eigen cachet heeft weten te geven om (nog) te kunnen spreken van een eigen plaats op de desbetreffende markt.

4.2.3. Wat er ook zij van het door Priem gestelde omtrent het door VSB gehanteerde gesloten verkoopsysteem, en als sequeel daarvan de onmogelijkheid, aldus Priem, dat er ten aanzien van de onderhavige producten van partijen gevaar voor verwarring bij het publiek te duchten zou zijn, op grond van door VSB overgelegde produkties is in dit kort geding voldoende aannemelijk geworden dat zelfs bij deskundige afnemers van VSB verwarring is ontstaan omtrent de herkomst van de door Priem op de markt gebrachte FRAL-sloten.

4.2.4. Ten aanzien van het door Priem nog gevoerde verweer dat de FRAL-sloten, waarvan, naar Priem beweert, de voorloper reeds in 1947 werd gefabriceerd en daarna op de markt gebracht, niet aan die van VSB zijn ontleend en reeds daarom geen slaafse namaak zijn, wordt als volgt overwogen.

In dit kort geding gesteld voor de vraag of de litigieuze sloten van FRAL kunnen worden beschouwd als een in technisch en functioneel opzicht logische voortzetting van een voortbouwen op door FRAL reeds vanaf 1947 ontwikkelde know-how, óf wel dat in casu sprake is van slaafse nabootsing van de sloten zoals VSB die reeds sedert 1954 op de Nederlandse markt brengt, is, na nauwkeurige vergelijking enerzijds van de FRAL-sloten met die uit de "1200-serie" van VSB, één en ander op de voet van het hierboven onder 4.2.1 overwogene en na nauwkeurige vergelijking anderzijds van de FRAL-sloten met de (qua functie voor vergelijking in aanmerking komende en als zodanig door Priem genoemde) sloten van FRAL die staan afgebeeld in door Priem overgelegde catalogi van FRAL uit de jaren 1958 en 1959, de zogenaamde "700-serie", (al aangenomen dat

deze sloten reeds vóór 1954 ook daadwerkelijk door FRAL op de markt zijn gebracht) de hier bedoelde technisch-functionele voortzetting niet (voldoende) aanmerkelijk geworden; wèl is, gelet op het hierboven onder 4.2.1, met name in fine, reeds overwogene, aanmerkelijk geworden dat FRAL met de sloten die thans in het geding zijn, op onaanvaardbare wijze de desbetreffende sloten van VSB nabootst. In dit verband is nog van belang dat Priem de stelling van VSB dat destijds aan de zogenaamde "700-serie" van FRAL een heel ander technisch systeem ten grondslag lag en dat met name de schoot niet omlegbaar was, welke technische verschillen de uiterlijke verschijningsvorm van sloten niet ongevoelig laten, niet heeft weersproken.

5. Het hiervoren overwogene brengt reeds met zich dat de vordering van VSB, voor zover stoelende op het importeren en in het verkeer brengen van de litigieuze FRAL-sloten, voor toewijziging vatbaar is, evenwel met dien verstande dat het Priem niet zal worden verboden de litigieuze FRAL-sloten in voorraad te hebben, nu zodanig verbod niet verenigbaar is met het aan Priem te geven gebod haar afnemers aan te bieden de bij hen nog voorradige FRAL-sloten onmiddellijk terug te nemen, welk gebod, om wille van de gewenste effectiviteit, overigens nader zal worden omschreven, en wel in dier voege dat Priem haar afnemers tevens aanbiedt de desbetreffende factuurbedragen, voor zover reeds betaald, te vergoeden en dat alle kosten, verbonden aan voormelde terugname door Priem, voor haar rekening zullen komen. Voorts zal in het dictum de aard van een uitspraak in kort geding, die immers een voorlopig karakter draagt, tot uitdrukking worden gebracht.

6. Priem dient als de voor het overgrote deel in het ongelijk gestelde partij in de kosten van deze procedure te worden veroordeeld.

#### 7. De beslissing.

7.1. Verbiedt Priem om met ingang van de dag na betekening van dit vonnis de litigieuze FRAL-sloten te vervaardigen en/of te doen vervaardigen en/of af te leveren ten welken titel dan ook, zulks op straffe van verbeurte van een direct, zonder rechterlijke tussenkomst, opeisbare dwangsom van f 10.000,- ( . . ), te voldoen aan VSB voor elke overtreding van dit verbod.

7.2. Gebiedt Priem om binnen één week na betekening van dit vonnis aan al haar afnemers aan wie zij (een of meer van) de litigieuze FRAL-sloten heeft geoffereerd, verkocht en/of geleverd ten welke titel dan ook, door middel van brieven ter kennis te brengen dat bij dit vonnis als voorlopig oordeel is uitgesproken dat de verkoop en/of aflevering door Priem van de litigieuze FRAL-sloten jegens VSB onrechtmatig is, onder gelijktijdige aanbieding de bij die afnemers nog voorradige, litigieuze FRAL-sloten onmiddellijk terug te nemen tegen vergoeding van de desbetreffende factuurbedragen voor zover reeds betaald, één en ander in dier voege dat alle kosten verbonden aan voormelde terugname voor rekening van Priem zullen komen, alsmede binnen één week na betekening van dit vonnis aan de advocaat van VSB ter controle een volledige lijst met namen en adressen van bedoelde afnemers en afschriften van alle bedoelde brieven aan deze afnemers over te leggen, dit één en ander op straffe van verbeurte van een direct, zonder rechterlijke tussenkomst, opeisbare dwangsom van f 10.000,- ( . . ) per dag, aan VSB te voldoen voor iedere dag dat Priem in gebreke blijft aan dit bevel te voldoen.

7.3. Verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad.

7.4. Wijst af het meer of anders gevorderde.

7.5. Veroordeelt Priem als de voor het overgrote deel in het ongelijk gestelde partij in de kosten van deze procedure, welke aan de zijde van VSB worden begroot op f 1.000,- voor salaris van haar procureur en op f 320,45 voor verschotten. Enz.

b) Gerechtshof te Amsterdam, 11 juli 1985  
(Mrs A. J. Roem, R. Herrmann en W. D. H. Asser).

#### 2. De grieven.

2.1. De grieven in het principaal appèl luiden als volgt:

##### Grief I

Ten onrechte heeft de President in rechtsoverweging 4.2.2. het primaire verweer van Priem verworpen, inhoudende dat de V.S.B.-sloten onderscheidend vermogen missen.

##### Grief II

Ten onrechte miskent de President dat de litigieuze sloten bestemd zijn voor de markt van gestandaardiseerde sloten.

##### Grief III

Ten onrechte betreft de President bij zijn oordeel, dat op onrechtmatige wijze werd nagebootst, het feit dat door Priem technische verbeteringen werden aangebracht in haar slot, in navolging van V.S.B., en overigens dat dit heeft geleid tot onderlinge uitwisselbaarheid van de onderdelen van de beide sloten.

##### Grief IV

Ten onrechte gaat de President in op het gevaar voor verwarring, dat naar zijn oordeel aanwezig is.

##### Grief V

Ten onrechte heeft de President de gevraagde voorzieningen getroffen.

2.2. De grief in het incidenteel appèl luidt als volgt:

Ten onrechte heeft de President overwogen dat de stelling van V.S.B. dat aan haar sloten uit de 1200-serie auteursrecht toekomt, dient te worden verworpen.

#### 3. Vaststaande feiten.

De grieven zijn niet gericht tegen de tweede rechtsoverweging van het beroepen vonnis waarin de President de in het geding vaststaande feiten heeft opgesomd. Ook het Hof zal derhalve van die feiten uitgaan.

#### 4. Beoordeling van de grief in het incidenteel appèl.

De grief faalt. Aan de sloten van VSB uit haar "1200-serie" komt geen auteursrecht toe. De uiterlijke verschijningsvorm van die sloten is in zodanige mate bepaald door eisen van technisch-functionele aard dat er geen sprake is van sloten met een eigen karakter die voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking komen. Dit brengt mee dat de vraag of voor die bescherming (tevens) vereist is dat er sprake is van een "zekere kunstwaarde" in dit geding buiten beschouwing kan blijven.

#### 5. Beoordeling van de grieven in het principaal appèl.

5.1. Deze grieven stellen de vraag aan de orde of FRAL de VSB-sloten uit de "1200-serie" slaafs heeft nagebootst.

5.2. Daarvoor zal eerst de vraag beantwoord moeten worden of de VSB-sloten uit de "1200-serie" onderscheidend vermogen hebben.

5.3. Bij de beantwoording van die vraag stelt het Hof voorop dat de relevante markt in dit geval de Nederlandse markt van sloten voor deuren in de woningbouw is. De vraag is dus of de genoemde VSB-sloten naar hun uiterlijke verschijningsvorm een eigen plaats innemen op die markt.

5.4. Die vraag moet ontkennend worden beantwoord. Aan het Hof zijn een aantal folders en foto's overgelegd waarop sloten voor deuren in de woningbouw zijn afgebeeld. Voorts zijn aan het Hof een groot aantal specimen van dergelijke sloten getoond. De overgelegde foto's en folders en het getoonde materiaal betreffen sloten die naast elkaar verkrijgbaar zijn (geweest) op voormelde markt. Op grond van het in ogenschouw nemen van deze folders, foto's en sloten komt het Hof tot het oordeel dat de VSB-sloten zich in hun uiterlijke verschijningsvorm van een aantal andere aan het Hof

getoonde niet van V.S.B. afkomstige sloten – waaronder P + E en LOCK-sloten – niet zodanig onderscheiden dat gezegd kan worden dat VSB-sloten een eigen plaats op voormelde markt innemen in eerdergenoemde zin.

5.5. Grief I is dus gegrond en heeft tot gevolg dat de grieven II–IV die betrekking hebben op het verwarringsgevaar geen bespreking behoeven.

#### 6. Slotsom.

6.1. Nu grief I in het principaal appèl gegrond is kan het vonnis waarvan beroep niet in stand blijven en dienen de gevraagde voorzieningen alsnog geweigerd te worden. De grieven II–IV behoeven geen bespreking.

6.2. VSB dient als in het ongelijk gestelde partij te worden verwezen in de kosten van het geding in beide instanties.

#### 7. Beslissing.

Het Hof

1. Vernietigt het vonnis waarvan beroep;

2. Weigert alsnog de gevraagde voorzieningen;

3. Veroordeelt VSB in de kosten van het geding in beide instanties, in eerste aanleg aan de zijde van Priem begroot op f 1.250,- (. . .) en in hoger beroep aan de zijde van Priem tot aan deze uitspraak begroot op f 74,35 (. . .) voor verschotten en f 2.000,- (. . .) voor procureurssalaris in het principaal appèl en f 1.000,- (. . .) voor procureurssalaris in het incidenteel appèl.  
Enz.

#### c) Cassatiemiddel.

Schending en/of verkeerde toepassing van het recht en/of verzuim van op straffe van nietigheid voorgescreven vormen doordat het Hof in zijn arrest waarvan de inhoud als hier overgenomen en ingelast is te beschouwen heeft overwogen, gelijk het heeft gedaan zulks ten onrechte, op één of meer van de navolgende zo nodig in onderling verband te beschouwen gronden,

(1) Het Hof oordeelt in r.o. 5 grief I in het appèl gegrond en het beslist op de in deze rechtsoverweging weergegeven gronden dat de VSB-sloten uit de "1200-serie" geen onderscheidend vermogen bezitten op de Nederlandse markt van sloten voor deuren in de woningbouw (r.o. 5.3). Op grond van deze beslissing vernietigt het Hof het vonnis van de President en wijst het de onrechtmatige daadsvordering wegens slaafse nabootsing af.

Door uitsluitend op deze grond een actie wegens een slaafse nabootsing als de onderhavige af te wijzen, legt het Hof een rechtens onjuiste (te beperkte) maatstaf aan zijn beslissing ten grondslag.

In eerste aanleg had VSB er zich ter staving van de onrechtmatigheid van een slaafse nabootsing als de onderhavige immers ook op beroepen dat:

– het materiaal van de namaaksloten van mindere kwaliteit is waardoor VSB's reputatie wordt aangetast (inleidende dagvaarding: aangezien 8)

– Priem zich schuldig maakt aan prijsbederf (inleidende dagvaarding: aangezien 9)

– Priem zich schuldig maakt aan "gekwalificeerd nabootsen", waarbij niet slechts ontleend wordt aan andermans ontwerp, maar – al dan niet mechaniek – gekopieerd wordt, in alle relevante onderdelen, waardoor onevenredig geparasiteerd wordt op VSB's prestatie (pleitnota in eerste aanleg blz. 6), welke stellingen zij in hoger beroep heeft gehandhaafd (memorie van antwoord blz. 2 en 11).

Aangezien deze omstandigheden ieder voor zich, althans tezamen – ook op een markt waar de relevante producten geen of onvoldoende onderscheidend vermogen (meer) hebben – een slaafse nabootsing tot een onrechtmatige daad kunnen bestempelen, had het Hof daaraan niet (zonder nadere motivering) voorbij mogen gaan, temeer resp. althans nu in cassatie mag worden

uitgegaan van de feitelijke vaststelling van (de omvang van) de slaafse nabootsing als door de President in zijn vonnis in r.o. 4.2.1 is weergegeven, alsmede van het in r.o. 4.2.3 van het vonnis weergegeven binnendringen in VSB's afzetgebied van vaste afnemers.

(2a) Het Hof oordeelt in r.o. 5.3 dat ten deze de relevante markt is de Nederlandse markt van sloten voor deuren in de woningbouw. In r.o. 5.4 oordeelt het Hof dat de VSB-sloten op deze markt geen onderscheidend vermogen hebben, welk oordeel het Hof doet steunen op de uiterlijke verschijningsvorm van een aantal andere aan het Hof getoonde niet van VSB afkomstige sloten – waaronder P + E en LOCK-sloten –. Dit oordeel is niet naar de eis der wet met redenen omkleed omdat onbegrijpelijk is wat het Hof met "de Nederlandse markt van sloten voor deuren in de woningbouw" bedoelt.

Indien het Hof bedoelt dat het gaat om de markt van alle sloten voor deuren in de woningbouw is onbegrijpelijk waarom het Hof is voorbijgegaan aan het door VSB in hoger beroep (memorie van antwoord blz. 2 en 3, pleitnota blz. 3) gestelde omtrent de grote verscheidenheid van sloten die alle hetzelfde doel als de VSB-serie 1200 dienden. Voor zover aangenomen moet worden dat het Hof – door in r.o. 5.4 van "een aantal", en "waaronder P + E en LOCK-sloten", te spreken – oordeelt dat bepaalde sloten (n.l. die series waar Priem zich blijkens memorie van grieven blz. 3 en pleitnota van haar raadsman blz. 6 uitsluitend nog op heeft beroepen) op deze markt zich niet van elkaar onderscheiden, is dat oordeel onjuist, althans onbegrijpelijk, omdat een markt waar slechts een deel ("een aantal") van de te vergelijken producten geen onderscheidend vermogen heeft niet gezegd kan worden als geheel een markt te zijn waarop voor deze productcategorie geen onderscheidend vermogen (meer) bestaat.

Indien het Hof bedoelt dat de ten deze relevante markt is die van de (eenheids)series van sloten waar Priem zich in appèl op heeft beroepen (ofwel omdat dit naar het oordeel van het Hof de enige eenheidsseries op de markt zijn, ofwel omdat dit de enige met de VSB 1200 vergelijkbare eenheidsseries zijn) is onbegrijpelijk waarom het Hof in r.o. 5.3 spreekt over de ten deze relevante "Nederlandse markt van sloten voor deuren in de woningbouw", omdat daarmee immers bedoeld wordt op *alle* sloten op deze markt. Overweging 5.3. is in deze uitleg onverenigbaar met r.o. 5.4 waar het Hof verwijst naar alle in het geding gebrachte (afbeeldingen van) sloten, hetgeen er – naar uit de processtukken kenbaar is – veel meer waren dan de sloten waar Priem zich in appèl op heeft beroepen.

(b) Voor de beoordeling of er sprake is van onderscheidend vermogen legt het Hof in de rechtsoverwegingen 5.3. en 5.4. bovendien een rechtens onjuiste (te beperkte) maatstaf aan door zich (uitsluitend) te baseren op de uiterlijke verschijningsvorm van de sloten. VSB had immers in prima en appèl uitdrukkelijk gesteld dat op deze markt sprake is van een deskundig publiek dat afgaat op de technische hoedanigheden van het produkt (pleitnota in prima blz. 9–10, memorie van antwoord blz. 4). In elk geval is het arrest niet naar de eis der wet met redenen omkleed omdat het Hof niet zonder motivering aan deze relevante stelling voorbij had mogen gaan.

(3) Wanneer juist zou zijn 's Hof's in onderdeel 2a als mogelijk veronderstelde gedachtengang dat (slechts) vergeleken moeten worden de (eenheids)series van sloten waar Priem zich in appèl op heeft beroepen – en waarvan het Hof in r.o. 5.4. twee met name noemt –, is 's Hof's beslissing om de navolgende redenen onjuist althans onbegrijpelijk.

(a) Indien uit het gebruik van de term "waaronder" in r.o. 5.4. moet worden afgeleid dat het Hof in zijn oordeel mede betreft de Ankerslot- en TZ-sloten (als niet van VSB afkomstige sloten) is dat oordeel onbegrijpelijk omdat VSB heeft gesteld dat dit door VSB

vervaardigde sloten zijn (memorie van antwoord blz. 3). Indien het Hof deze sloten als niet van VSB afkomstig aanmerkt, omdat ze onder een ander merk, waarop een ander dan VSB rechthebbende is, worden verhandeld, is dat oordeel onjuist, omdat voor het antwoord op de vraag of een produkt van een fabrikant onderscheidend vermogen op een markt heeft, buiten beschouwing moet worden gelaten de omstandigheid dat door die fabrikant eenzelfde produkt wordt vervaardigd en met zijn toestemming onder een ander merk door een andere fabrikant in het verkeer wordt gebracht. Indien het Hof met de term "waaronder" doelt op andere sloten dan de sloten van Ankerslot, de TZ-sloten en de door het Hof met name genoemde sloten, is onbegrijpelijk op welke sloten het Hof doelt en/of treedt het in strijd met zijn taak van appèlrechter buiten de rechtsstrijd in hoger beroep, aangezien Priem zich in appèl alleen op deze sloten heeft beroepen ter adstructie van haar stelling dat er geen onderscheidend vermogen (meer) op de relevante markt zou bestaan.

(b) Het Hof noemt in r.o. 5.4 met name de P + E-sloten. 's Hof's oordeel (bepert tot de uiterlijke verschijningsvorm) is (met name voor dit slot) op de in onderdeel 2b van dit middel aangegeven grond onjuist, althans niet naar de eis der wet met redenen omkleed.

(c) Het Hof noemt in r.o. 5.4 met name de LOCK-sloten. Het LOCK-slot wordt voor het eerst in de pleitnota in hoger beroep van Priem's raadsman (blz. 6) genoemd, klaarblijkelijk omdat dit slot voor het eerst bij pleidooi in hoger beroep werd getoond. Het audiëntieblad van de zitting van het Hof verschaft geen opheldering hoe op deze voor het eerst bij pleidooi naar voren gebrachte stelling door VSB is gereageerd. Blijkens de geschreven aantekening op de door de raadsvrouw van VSB uitgesproken pleitnota in hoger beroep, is op deze stelling gereageerd:

"LOCK: proefmonster van 5 jaar terug uit India. Nooit op de markt gekomen, enerzijds omdat men wist dat als dat slot op de markt zou komen (VSB actie overwoog, anderzijds omdat de betreffende fabriek is weggespoeld bij een overstroming."

Het Hof motiveert – in strijd met zijn motiveringsplicht – niet waarom het aan deze serieuze en gemotiveerde ontkenning van de relevantie van het LOCK-slot voorbijgaat c.q. waarom het zonder in strijd met een goede procesorde te komen – zonder nader onderzoek – op deze voor het eerst bij pleidooi gestelde en betwiste stelling kan beslissen.

Ook als de Hoge Raad geen kennis kan nemen van de uitgesproken van geschreven aantekeningen ter zitting voorziene pleitnota (maar alleen van het dossier-exemplaar), en in cassatie niet van de hiervoor gememo-reerde ontkenning kon worden uitgegaan is 's Hof's arrest niet naar de eis der wet met redenen omkleed, nu het Hof in zijn arrest noch motiveert waarom de goede procesorde er zich niet tegen verzette dat het acht sloeg en zonder nader onderzoek besliste op een voor het eerst bij pleidooi, in de pleitnota van Priem's raadsman voorkomende, voorgedragen stelling noch in het audiëntieblad of het arrest een verantwoording geeft hoe en waarom het Hof ter zitting heeft waargenomen dat de voor het eerst bij pleidooi voorgedragen stelling niet of onvoldoende is bestreden.

Indien het Hof uit mededelingen van partijen ter zitting heeft afgeleid dat het LOCK-slot (korte tijd) op de markt is geweest (hetgeen dan zou moeten worden afgeleid uit het tussen haakjes geplaatste "geweest" in de derde volzin van r.o. 5.4), is het arrest onjuist en/of onbegrijpelijk. Voor zover het Hof oordeelt dat ook een produkt dat (korte tijd) op de markt is geweest en er daarna weer van verdwijnt (mede) beslissend kan zijn voor de vraag of de vergelijkbare produkten op die markt geen onderscheidend vermogen (meer) hebben, is dat oordeel onjuist, althans niet zonder meer juist, zodat

zonder nadere redengeving omtrent de tijdsduur, de omstandigheden waaronder het produkt op de markt is geweest alsmede de gedragslijn die andere marktpartijen toen en daarna hebben aangenomen, de beslissing niet naar de eis der wet met redenen is omkleed. Enz.

d) Conclusie van de Procureur-Generaal  
Mr J. K. Franx, 28 februari 1986.

(Postalia:)

2. In cassatie is de vraag naar een eventueel *auteursrecht* niet meer aan de orde. Het gaat in deze instantie slechts om de toepasselijkheid van art. 1401 BW op grond van "slaafse nabootsing".

Hierbij verdient de aandacht dat de op 1 januari 1975 in werking getreden Beneluxwet inzake Tekeningen of Modellen (BTMW) ten deze niet toepasselijk is, nu de ten processe bedoelde sloten van VSB reeds voor die datum op de markt waren en onder de bescherming van art. 1401 BW vielen. Zie art. 25 BTMW met de Gemeenschappelijke Toelichting, en de noot van Haardt onder HR 22 november 1974, NJ 1975, 176, p. 520 links.

3. Over de grieven in het principaal appèl overwoog het Hof:

... (Hier volgen de overwegingen 5.1 t/m 5.5 uit 's Hof's arrest) ...

VSB heeft cassatieberoep ingesteld. Zij bestrijdt het arrest met een middel, samengesteld uit de onderdelen 1, 2 (a en b) en 3 (a, b en c).

4. *Onderdeel 1* berust op de stelling dat nabootsing van andermans produkt ook onrechtmatig kan zijn indien dat produkt op de markt geen onderscheidend vermogen heeft. Het onderdeel doet in dat verband een beroep op een aantal omstandigheden die nabootsing onrechtmatig maken.

Voor recente gegevens over de onrechtmatigheid van nabootsing van eens anders produkt moge ik verwijzen naar Martens in de losbladige "Onrechtmatige daad" VI nrs. 117 e.v. In nr. 119 worden o.m. enkele belangrijke arresten van uw Raad vermeld, waarvan de eerste is dat inzake "Hyster Karry Krane 1", ook wel "Hijskraan 1" genoemd: 26 juni 1953, NJ 1954, 90 (Ph.A.N.H.), AA III p. 10 (H.B.), BIE 1953 p. 113 (nr. 55), WPNR 4443, "opnieuw" geannoteerd in de Bisdomebundel "2000 weken rechtspraak" (1978) door Van Nieuwenhoven Helbach.

De Hoge Raad overwoog:

"dat . . . nabootsing van het product van een concurrent alleen dan ongeoorloofd is, indien men zonder aan de deugdelijkheid en bruikbaarheid afbreuk te doen op bepaalde punten evengoed een anderen weg had kunnen inslaan en men door dit na te laten ver-warring sticht".

In HR 21 december 1956, NJ 1960, 414 (m.nt. H.B. onder nr. 415), AA X, 19 (G), BIE 1957 p. 36 (nr. 11), werd ten aanzien van een drukasbak het stelsel van het Hijskraan 1-arrest uitgebouwd door de overwegingen:

"O. ten aanzien van middel II:

dat voor zover uit het arrest kan worden opgemaakt het Hof tot zijn oordeel inzake het te dezen bestaande verwarringsgevaar en de middelen om dat te vermijden is gekomen door Lion's asbak te vergelijken enkel met die van de N.V.;

dat echter voor de toetsing van de juistheid van dit oordeel, alsmede van 's Hof's oordeel inzake het onderscheidend vermogen van Lion's asbak, de door de N.V. in haar Memorie van grieven, door het Hof in zijn arrest als ingevoegd aangemerkt, gestelde omstandigheid dat er buiten de ten processe bedoelde drukasbak van Lion nog tal van gelijksoortige "Delfts blauwe" asbakken met roterend bovenstuk in den handel zijn, van beslissend belang kan wezen, daar, zou die omstandigheid zich voordoen, de "slaafse" navolging door de N.V. van Lion's drukasbak slechts dan onrechtmatig zoude kunnen zijn, indien deze zich uiterlijk van de andere in den

handel zijnde modellen aanmerkelijk zou onderscheiden;

dat het Hof mitsdien zijn arrest, door zich daarin omtrent genoemde stelling van de N.V. niet uit te spreken, niet naar den eis der wet met redenen heeft omkleed en het middel terecht is voorgesteld."

Aldus eiste de Hoge Raad (uiterlijk) *onderscheidend vermogen* van het eigen produkt voor *onrechtmatige nabootsing* door een concurrent. Zie de noot van Hijmans van den Bergh onder het Scrabble-arrest dd. 8 januari 1960, *NJ* 1960, 415 (ook gepubliceerd in *AA X*, 20 (G) en in *BIE* 1960, p. 60 (nr. 19)), sub 6, met oudere gegevens. Het nagebootste produkt moet zich van alle andere dergelijke produkten onderscheiden. In deze zin ook: Van Nieuwenhoven Helbach in "2000 weken rechtspraak" p. 28 rechts en 29 links (over art. 14 lid 5 van de (ten deze niet toepasselijke) BTMW); alsmede in "Ned. handels- en faillissementsrecht II. Industriële eigendom en mededingingsrecht" (1983), par. 1002; Verkade in "Ongeoorloofde mededinging" (1978), p. 48, en in "Bescherming van het uiterlijk van produkten" (1985), p. 179; A. van Oven, "Handelsrecht" (1981), p. 456; Van der Grinten in zijn genoemde *AA*-noot, sub 3 b, Vergl. Martens in de losbladige "Onrechtmatige daad" VI, nr. 120 (sub 1 d) en nrs. 105-110, en W. C. van Manen in "Het recht inzake oneerlijke mededinging in de lidstaten der Europese Economische Gemeenschap", deel II, 2 (door L. Baeumer en W. C. van Manen), nrs. 236 e.v. De eis van onderscheidend vermogen werd gehandhaafd in HR 15 maart 1968, *NJ* 1968, 268, p. 899 links (o.a. sub a en inzake de grieven onder 1 en 3), zie de noot van Hijmans van den Bergh onder 6.

Met de eis van "onderscheidend vermogen" hangt samen de eis van "verwarringsgevaar". Heeft een produkt niet een eigen plaats op de markt en mist het dus (zie HR 15 maart 1968, *NJ* 1968 p. 899 links t.a.p.) onderscheidend vermogen, dan is verwarring van het nabootsende produkt met juist dat produkt immers niet te duchten. Het publiek zal het "nabootsende" produkt dan niet met het "nagebootste" in verband brengen. Zonder onderscheidend vermogen geen verwarringsgevaar. Zie Martens, a.w., nrs. 104 en 106, en Verkade, l.a.w.

Het onderdeel beoogt een verruiming van de leer van de Hoge Raad door de nabootsing ook buiten de gevallen van verwarringsgevaar onrechtmatig te verklaren. Hierover bestaat, zoals Van Nieuwenhoven Helbach (l.a.w., nr. 1003) zegt, veel strijd onder de schrijvers. Zo heeft met name Bodenhausen een ruimere onrechtmatigheid verdedigd; zie Van Manen, a.w., nr. 255.

Ik meen mij te moeten houden aan de (tot nu toe vaste) leer van uw Raad.

Nu het hof klaarblijkelijk en begrijpelijkerwijze de vorderingen van VSB en de grieven van Priem aldus heeft opgevat dat die slechts de vraag aan de orde stelden of ten deze sprake is van onrechtmatige nabootsing door Priem en daarmee van het door VSB beweerde onderscheidend vermogen van haar "1200-serie" sloten, kan het ontbreken van dat vermogen slechts tot weigering van de gevraagde voorzieningen leiden. Hierop stuit *onderdeel 1* van het middel af.

5. *Subonderdeel 2 a* bevat een motiveringsklacht. Onbegrijpelijk zou zijn wat het hof bedoelt met "de Nederlandse markt van sloten voor deuren in de woningbouw".

Het hof heeft, naar het mij voorkomt, het oog gehad op de markt voor *alle* deursloten in de woningbouw. Op die markt missen de *VSB-sloten*, naar het oordeel van het hof, onderscheidend vermogen. Dat oordeel is feitelijk van aard (HR 15 maart 1968, *NJ* 1968 p. 899 links) en het wordt voldoende geadstrueerd door de inhoud van r.o. 5.4. Of er *overigens* op meerbedoelde markt een verscheidenheid van sloten voorkomt, doet in de gedachtengang van het hof niet ter zake. Anders dan het subonderdeel, waar het verwijst naar de memorie van ant-

woord van VSB, p. 2 en 3, stelt, is het hof niet voorbijgegaan aan het aldaar betoogde: het hof heeft dat betoog — dat geen van de sloten op de markt "in de verste verte" lijkt op de 1200-sloten van VSB — verworpen.

Het door onderdeel 2 a bestreden feitelijke oordeel van het hof is, in het licht van het door partijen gevoerde debat, niet onbegrijpelijk en ook anderszins niet gebrekkelijk gemotiveerd, mede in aanmerking genomen dat het hier een kort geding betreft.

6. *Subonderdeel 2 b* verwijt het hof een te beperkte maatstaf te hebben aangelegd door zich uitsluitend te baseren op de uiterlijke verschijningsvorm van de sloten. Het onderdeel wijst in dit verband op de stelling van VSB dat op deze markt sprake is van een deskundig publiek dat afgaat op de technische hoedanigheid van het produkt.

Het komt mij voor dat dit subonderdeel uit het oog verliest, dat de president in zijn vonnis in deze zaak zich eveneens heeft gebaseerd op de uiterlijke ("visuele") verschijningsvorm van de sloten en op eventueel verwarringsgevaar bij "het in het algemeen niet kritisch winkelelend publiek". Zie r.o. 4.2.1 en 4.2.2 van het vonnis. Het hof heeft de verwijzigingen van VSB, in hoger beroep, naar een deskundig publiek dat afgaat op de technische hoedanigheden van het produkt, klaarblijkelijk niet opgevat als grief (grieven) tegen de door de president toegepaste maatstaven. Een motiveringsgebrek is hier m.i. niet aanwezig.

7. *Onderdeel 3* stuit af op de omstandigheid dat de daarin voorgestelde klachten uitgaan van de juistheid van een gedachtengang, die — naar mijn mening, uiteengezet bij de bespreking van subonderdeel 2a — niet juist is.

8. Ik concludeer tot verwerping van het beroep, met verwijzing van eiseres tot cassatie (VSB) in de gedingkosten.

e) De Hoge Raad, enz.

### 3. *Beoordeling van het middel.*

3.1. *Onderdeel 1* van het middel kan reeds daarom niet tot cassatie leiden omdat het Hof het standpunt van VSB in hoger beroep kennelijk — en begrijpelijkerwijs — aldus heeft verstaan dat deze haar in het onderdeel bedoelde, terloopse en niet nader uitgewerkte stellingen — kort gezegd inhoudend dat de sloten van Priem van veel slechtere kwaliteit zijn dan die van VSB, worden verhandeld tegen prijzen die ver onder die van VSB liggen en van die van VSB zonder meer zijn gecopieerd — slechts aanvoerde als bijkomende omstandigheden ter versterking van haar (hoofd-)stelling dat Priem, nu door de gelijkens tussen de door haar verhandelde sloten en die van VSB gevaar voor verwarring ontstaat, welk gevaar zonder dat daardoor afbreuk wordt gedaan aan de deugdelijkheid en bruikbaarheid van de sloten vermeden had kunnen en moeten worden, zich jegens VSB schuldig maakt aan ongeoorloofde mededinging. Daarom behoefde het Hof niet te onderzoeken of die stellingen zelfstandig de slotsom kunnen dragen dat Priem zich, ook als de sloten van VSB geen of onvoldoende onderscheidend vermogen (meer) hebben zodat gevaar voor verwarring niet valt te duchten, jegens VSB heeft schuldig gemaakt aan een het gevorderde verbod wettigende onrechtmatige daad.

3.2. Ook onderdeel 2a faalt. Anders dan in de eerste alinea van dit onderdeel wordt aangevoerd, is zonder meer duidelijk dat het Hof, bij zijn onderzoek van de vraag of de sloten van VSB onderscheidend vermogen hebben, tot uitgangspunt nemend de situatie op "de Nederlandse markt van sloten voor deuren in de woningbouw", daarbij de markt van alle sloten voor dergelijke deuren op het oog heeft.

Het Hof heeft onderzocht of de sloten van VSB "op voormelde markt" naar hun uiterlijke verschijningsvorm een eigen plaats innemen. Ter beantwoording van die

vraag heeft het zich blijkens rechtsoverweging 5.4. gebaseerd op de van weerszijden overgelegde folders en foto's waarop sloten voor deuren in de woningbouw zijn afgebeeld, alsmede op een groot aantal, kennelijk ter gelegenheid van de pleidooien aan het Hof getoonde specimina van dergelijke sloten. Daarbij is het Hof tot de conclusie gekomen dat de sloten van VSB zich in hun uiterlijke verschijningsvorm van een aantal andere, niet van VSB afkomstige sloten niet zodanig onderscheiden dat gezegd kan worden dat zij op voormelde markt een eigen plaats innemen. Deze conclusie behoeft in dit kort geding geen nadere motivering, ook niet voor zover daarin een verwerping besloten ligt van de stelling van VSB dat geen van de door haar aan het Hof getoonde sloten ook maar in de verste verte op haar sloten lijkt. De eerste motiveringsklacht van de tweede alinea van onderdeel 2a ("Indien het Hof bedoelt dat het gaat om de markt van alle sloten . . .") faalt derhalve.

De tweede klacht van deze alinea mist in zoverre feitelijke grondslag dat niet blijkt dat het Hof, sprekend van "een aantal andere aan het Hof getoonde niet van VSB afkomstige sloten", uitsluitend doelt op "die series waar Priem zich blijkens memorie van grieven (. . .) en pleitnota (. . .) uitsluitend nog op heeft beroepen". Maar ook als 's Hofs uitspraak aldus zou moeten worden begrepen, geeft zij niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting, omdat de omstandigheid dat een product zich op de relevante markt in zijn verschijningsvorm niet onderscheidt van een aantal andere, soortgelijke producten, het oordeel kan wettigen dat dat product onderscheidend vermogen mist, óók als het zich van weer andere soortgelijke producten op die markt wél onderscheidt. In zoverre faalt de tweede klacht van de tweede alinea van onderdeel 2a.

De klacht van de derde alinea van dit onderdeel mist feitelijke grondslag, want gaat blijkens het vorenstaande uit van een verkeerde lezing van 's Hofs arrest: het Hof heeft niet bedoeld dat "de te dezen relevante markt is die van de (eenheids)series van) sloten waarop Priem zich in appel heeft beroepen".

3.3. Onderdeel 2b treft evenmin doel. Door zich voor de vraag of de sloten van VSB onderscheidend vermogen hebben — evenals de President had gedaan (rechts-overweging 4.2.2) — te baseren op de uiterlijke verschijningsvorm van de sloten op de Nederlandse markt heeft het Hof niet een rechtens onjuiste maatstaf aangelegd. Het hoefde daarbij niet in te gaan op de vraag of het onderscheidend vermogen van die sloten mede wordt bepaald door technische hoedanigheden die niet in hun verschijningsvorm tot uiting komt, omdat het college in de in het onderdeel bedoelde terloopse passages in de gedingstukken van VSB kennelijk niet heeft gelezen en ook niet hoefde te lezen dat VSB daarin deze vraag aan de orde stelde.

3.4. Onderdeel 3 mist eveneens feitelijke grondslag, gaat immers blijkens zijn inleidende alinea in zijn geheel uit van dezelfde onjuiste lezing van de bestreden uitspraak als de laatste alinea van onderdeel 2a.

#### 4. Beslissing.

De Hoge Raad:  
verwerpt het beroep;  
veroordeelt VSB in de kosten van het geding in casu, tot op deze uitspraak aan de zijde van Priem begroot op f 456,30 aan verschotten en f 2.500,— voor salaris. Enz.

### Nr. 17. President Arrondissementsrechtbank te Haarlem, 2 juli 1981.

Mr H. F. van den Haak

#### Art. 40 Zaaizaad- en Plantgoedwet.

*De stelling van gedaagde dat zij de afzonderde bollen slechts gebruikt als teeltmateriaal om er nieuwe kweekprodukten mee te ontwikkelen overeenkomstig art. 40 lid 3 van de wet, moet reeds afstuiten op het feit dat de aard van het bedrijf van gedaagde, mede gezien de relatie tot het met haar gelieerde exportbedrijf, dit onwaarschijnlijk maakt. Reële dreiging van toekomstige inbreuk aanwezig geacht.*

#### Art. 289 e.v. Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering

*Bevel tot het onder toezicht van een deurwaarder en desgewenst in aanwezigheid van eiseres oproeien en vernietigen van het bij gedaagde voorradige teeltmateriaal van het litigieuze beschermde tulpenras toewijsbaar geacht, omdat eiseres een gerechtvaardigd belang heeft om in het geval van teeltmateriaal, waarvan de aard een gemakkelijke verspreiding met zich brengt, een onrechtmatige inbreuk definitief te beëindigen.*

*Ook het bevel tot het verschaffen van een volledige lijst van namen en adressen van diegenen, zowel in het binnen- als in het buitenland, van wie gedaagde teeltmateriaal van het bedoelde ras heeft gekocht, geleverd of ter beschikking gesteld heeft gekregen toewijsbaar geacht, nu een gegronde vermoeden bestaat dat gedaagde het litigieuze teeltmateriaal uit het buitenland heeft betrokken.*

De besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid B.V. Koninklijke Nederlandsche Bloembollenkwekerij en Exporthandel Gebroeders van Zanten te Hillegom, eiseres in kort geding, procureur Mr R. A. van Wijk, advocaat Mr A. H. J. Wolf te Den Haag, tegen de vennootschap onder firma Chr. W. van der Salm & Zoon te Lisse, gedaagde in kort geding, procureur Mr A. E. Houtman, advocaat Mr A. D. R. M. Boumans te Maastricht.

#### Overwegende ten aanzien van het recht:

1. Als gesteld en erkend dan wel niet of onvoldoende gemotiveerd betwist, alsmede op basis van overgelegde bescheiden, voor zover niet weersproken, staat in dit geding tussen partijen vast:

a. Eiseres is houdster van het kwekersrecht op het ras van het gewas Tulp, te weten "Jan van Zantens Memory", welk tulpenras op 21 januari 1970 onder volgnummer 2464 in het Nederlands Rassenregister is ingeschreven met aantekening van verlening van kwekersrecht aan eiseres door de Raad voor het Kwekersrecht.

b. Gedaagde voert als onderneming een bloembollenkwekerij en -handel en is gelieerd met een bloembollen-exportbedrijf.

2. Eiseres doet haar vordering steunen op de stelling dat gedaagde inbreuk maakt op de aan haar toebehorende uitsluitende rechten — als omschreven in artikel 40 leden 1 en 2 van de Zaaizaad en Plantgoedwet — met betrekking tot het tulpenras "Jan van Zantens Memory". Zij voert hiertoe nader aan dat gedaagde voor handelsdoelinden teeltmateriaal van dit ten gunste van eiseres kwekersrechtelijk beschermde tulpenras bedrijfsmatig in voorraad heeft en bedrijfsmatig teelt teneinde dit ras voort te brengen, in het verkeer te brengen of te zullen brengen, verder te verhandelen, dan wel zullen verhandelen, mogelijk uit te voeren, dan wel te zullen uitvoeren, althans deze handelingen te doen verrichten.

3. Gedaagde ontkent in het bezit te zijn van het bedoelde teeltmateriaal en voert tevens aan dat, zo dit wel het geval mocht zijn, dit teeltmateriaal nu dit recht-