

initiatief tot een inbreuk procedure moeten nemen, hetgeen het procederen bevordert!

8. Tenslotte een woord over één der moeilijkste procesrechtelijke problemen waarvoor de nieuwe wet ons stelt.

Reeds werd aangestipt dat de regeling van B.M.W. art. 14 B medebrengt dat in sommige gevallen iemand als „derde” aan het geding deelneemt. Die derde is bijvoorbeeld de houder van een nog ouder depot waarop de inbreukmaker, die een jonger depot heeft dan de eiser, zich als verweer mag beroepen. Wie de Toelichting leest (algemeen gedeelte onder 5 en bijzonder gedeelte ad art. 14 B (slot)) krijgt de indruk dat het deelnemen van die derde noodzakelijk is om hem in staat te stellen zijn eigen recht te verdedigen en de inbreukmaker te helpen tegen de eiser. Ziet hij daar geen belang in dan blijft hij weg en dan behoort het — inderdaad dikwijls chicaneuse — verweer van de inbreukmaker niet gehonoreerd te worden. Het systeem komt dan neer op het bij ons geldende relatieve stelsel, waarbij alleen beslissend is wie van de twee, eiser of gedaagde, het betere recht heeft.

De letterlijke tekst van de wet en de interpretatie die men in België aan het begrip „deelneming” toekent, blijken het boekje van GOTZEN (blz. 92), leidt echter tot een geheel ander stelsel, dat het absolute nabij komt. Als tegen de behoorlijk opgeroepen derde verstek wordt verleend, is aan de eis van zijn „deelneming” voldaan en kan de rechter met de rechten van de derde, zoals de inbreukmaker die aanvoert, rekening houden. Daarmede doet een nieuwe fundamentele wijziging, die door de Nederlandse delegatie niet is beoogd bij de totstandkoming der wet, haar intrede in ons merkenrecht.

De mogelijkheid blijft natuurlijk bestaan dat de Nederlandse rechter het begrip „deelnemen” aan de hand van de Toelichting anders interpreteert dan zijn Belgische collega, hetgeen op zich zelf ook weer ongewenst zou zijn. Er is trouwens nog een tweede discrepantie: in België kent men, anders dan in Nederland, de instelling van de gedwongen tussenkoms (art. 15 en 16 van het Gerechtelijk Wetboek, uitgewerkt in de artt. 811 e.v.). Het is zeer de vraag of men in Nederland een derde kan dwingen aan een geding deel te nemen, anders dan door oproeping in vrijwaring⁸⁾ dat in het onderhavige geval niet altijd het aangewezen middel lijkt te zijn en dat bovendien voor de gedaagde slechts mogelijk is vóór zijn conclusie van antwoord en voor de eiser vóór zijn conclusie van repliek (art. 68 W.v.B.R.v.).

9. Ongetwijfeld zal de praktijk bij de toepassing der nieuwe wet spoedig uitwijzen, dat er nog veel meer procesrechtelijke problemen zijn dan die ik hier aanneem; misschien zal zelfs blijken dat de door mij behandelde helemaal niet de belangrijkste zijn. Futurologie bedrijven is moeilijk, ook in het recht, en zeker als het gaat om een wet die een nieuw systeem invoert dat in drie landen, elk met een eigen procesrecht, moet worden toegepast. Toch hoop ik dat mijn bijdrage straks van nut zal blijken te zijn.

Wassenaar, 14 oktober 1970.

⁸⁾ Zie K. WIERSMA, *Gedwongen deelneming aan een burgerlijk geding*, in *Rechtskundige opstellen, aangeboden aan Prof. Mr. R. P. CLEVERINGA*, Zwolle 1952, blz. 391 e.v.

JURISPRUDENTIE

Nr 90. Hoge Raad der Nederlanden, 12 juni 1970.

(klerenhangen)

President: Mr F. J. de Jong;

Raden: Mrs J. Peters, H. E. Ras, A. A. L. Minkenhof en H. Drion.

Art. 1401 Burgerlijk Wetboek.

De bruikbaarheid van een produkt wordt voor een belangrijk deel bepaald door de wensen en behoeften van degenen voor wie het bestemd is. Daarom 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 t.a.v. uiterlijk of eigenschappen van het produkt — daaronder begrepen de wensen die verband houden met de behoefte aan standaardisatie — op zich zelf genomen niet onrechtmatig jegens de fabrikant van het nagebootste produkt, mits de nabootsing niet in strijd komt met enig wettelijk voorschrift, zulks ook al zou die nabootsing verwarring omtrent de herkomst van de produkten kunnen wekken.

Het voorgaande geldt ook, indien een niet te verwaarlozen groep afnemers geen behoefte aan een zodanige standaardisatie heeft. Hierdoor wordt immers niet uitgesloten, dat Hazenveld een redelijk belang heeft bij dat deel van de markt van klerenhangen waar een standaardisatie overeenkomstig het Tomadomodel wél wordt gewenst.

Ook een nabootsing die — gezien tegen de achtergrond van bij afnemers bestaande behoeften of wensen — in een ander dan technisch opzicht nodig is ter bevordering van de deugdelijkheid of bruikbaarheid van het produkt, is op zich zelf niet onrechtmatig.

Voor de vraag of de gewraakte nabootsing onrechtmatig is jegens Tomado, is het van geen belang, dat de oorspronkelijke produkten van Tomado buiten haar wens en medewerking als standaard-modellen op de markt voor klerenhangen zijn gaan gelden.

Hazenveld Industrie en Handelmaatschappij N.V. te Helmond, eiseres tot cassatie van een arrest van het Gerechtshof te 's-Hertogenbosch van 27 mei 1969, tevens incidenteel verweerster in cassatie, advocaat Mr C. R. C. Wijckerheld Bisdom,

tegen
Tomado N.V. te Dordrecht, verweerster in cassatie, tevens incidenteel eiseres tot cassatie, advocaat Mr A. G. Maris.

a) Conclusie van de Advocaat-Generaal Mr W. J. M. Berger.

Eiseres tot cassatie (Hazenveld) heeft klerenhangen (van plastic en van metaal) van verweerster in cassatie (Tomado) gecopieerd en op de markt gebracht. Tomado acht deze slaafse nabootsing van haar modellen onrechtmatig en heeft in kort geding gevorderd een verbod aan Hazenveld in den vervolge de plastic en metalen klerenhangen van het model van Tomado na te maken en te verhandelen.

Aan de hand van de arresten van Uw Raad met betrekking tot de zg. slaafse nabootsing (zoals: „Hijskraan I”, 26 januari 1953, *N.J.* 1954 no. 90 [*B.I.E.* 1953, nr 55, blz. 113], „Scrabble”, 8 januari 1960, *N.J.* 1960 no. 45 [*B.I.E.* mei 1960, nr 19, blz. 60] en „Cylinders”, 12 november 1965, *N.J.* 1966 no. 59 [*B.I.E.* april 1966, nr 26, blz. 77]) kan worden vastgesteld, dat nabootsing van

eens anders industriële producten slechts dan onrechtmatig is, „indien het nagevolgde zich uiterlijk van de andere in de handel zijnde soortgelijke producten aanmerkelijk onderscheidt, men zonder aan de deugdelijkheid en bruikbaarheid afbreuk te doen op bepaalde punten evengoed een andere weg had kunnen inslaan en door dit na te laten verwarring sticht. Niet nodig is, dat op alle punten waarop dit mogelijk zou zijn het eigen produkt van dat van een ander verschilt; voldoende is dat het redelijkerwijs mogelijke en nodige is gedaan om verwarringsgevaar te voorkomen” (aldus: DRUCKER-BODENHAUSEN-WICHERS HOETH, *Kort Begrip*, 1966, blz. 151. Zie over deze materie: ULMER-BAEUMER-VAN MANEN, *Das Recht des unlauteren Wettbewerbs in den Mitgliedstaaten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft*, Band II, Nederlande, blz. 151 en een rechtsvergelijkend overzicht in Band I van bedoeld werk).

In deze procedure is niet in geschil, dat de betreffende klerhangers van Tomado prioriteit en onderscheidend vermogen hebben, terwijl evenmin is betwist, dat de klerhangers van Hazenveld vrijwel volledig identiek zijn aan die van Tomado.

Het verweer van Hazenveld komt hierop neer, dat het haar niet mogelijk is af te wijken van de modellen van Tomado, omdat voor afwijkende modellen klerhangers geen markt bestaat. De klerhangers zijn, aldus Hazenveld, gestandaardiseerd en wel voornamelijk tengevolge van de omstandigheid, dat C. & A. aan de haar leverende confectioneurs heeft voorgeschreven, dat de te leveren kleding moet zijn opgehangen aan klerhangers volgens het model van Tomado. Iedere klerhanger, die afwijkt van het Tomado-model — hoe technisch en esthetisch volmaakt een dergelijke hanger ook moge zijn — is, aldus de geëerde pleiter voor Hazenveld, onverkoopbaar; er bestaat geen vraag naar. Klerhangers, die Hazenveld niet aan haar afnemers kan verkopen, omdat deze hangers niet voldoen aan de daaraan in de praktijk te stellen eisen, zijn geen deugdelijke en bruikbare klerhangers: deze hangers passen niet in de bestaande marktverhoudingen.

De President heeft in kort geding de vorderingen van Tomado afgewezen.

Het Hof heeft de beslissing van de President in het bestreden arrest als volgt weergegeven:

„Overwegende dat het in het beroepen vonnis vervatte oordeel, dat de slaafse nabootsing door geïntimeerde van de litigieuze producten van appellante geen onrechtmatige daad jegens deze oplevert, gebaseerd is op twee overwegingen welke, kort samengevat, inhouden:

1. de leer van de onrechtmatigheid van de slaafse nabootsing heeft slechts betrekking op de markt van variabele, doch niet op die van gestandaardiseerde producten — tenzij auteurs- of octrooirechten zich daartegen verzetten — daar op de gestandaardiseerde markt producten welke afwijken van het standaardmodel economisch onrendabel en dus ondeugdelijk en onbruikbaar zijn;

2. toen appellante de litigieuze hangers op de markt bracht was deze in feite sinds 1964/1965 gestandaardiseerd en op deze markt zijn appellantes klerhangers als standaardmodellen aanvaard.”

In het bestreden arrest heeft het Hof de door Tomado aangevoerde grieven tegen het sub 1 samengevatte oordeel van de President verworpen, doch die tegen het sub 2 samengevatte oordeel gegrond bevonden en de vorderingen van Tomado toegewezen.

Het eerste onderdeel van het principaal cassatiemiddel zal m.i. reeds daarom niet kunnen slagen, omdat het berust op een volgens dit onderdeel van het middel door het Hof aanvaarde althans in het midden gelaten stelling van Hazenveld, terwijl het Hof in het bestreden arrest

de bedoelde stelling van Hazenveld noch aanvaard noch in het midden gelaten heeft, doch deze stelling heeft verworpen. Het Hof heeft immers met zoveel woorden verworpen de stelling van Hazenveld, dat er voor klerhangers van een van dat van Tomado afwijkend model geen markt meer zou zijn. Het Hof acht die markt van dien aard, dat aan Hazenveld de eis kan worden gesteld aan haar hangers verschillen met die van Tomado aan te brengen.

Doch ook overigens komt het eerste onderdeel van het middel mij ongegrond voor. Het wil de mening ingang doen vinden, dat het Hof Hazenveld met afwijkende hangers naar een minderheid van afnemers zou hebben verwezen en aldus uit het oog zou hebben verloren, dat modellen, die slechts aan een minderheid van afnemers kunnen worden geleverd, minder deugdelijk en bruikbaar zijn dan die, waarvoor bij alle afnemers vraag bestaat. Het komt mij voor, dat dit onderdeel van het middel er aan voorbijziet, dat de vraag, die het Hof had te beantwoorden niet was of Hazenveld voor haar afwijkende hangers evenveel of welhaast evenveel afnemers zou kunnen vinden, maar of de afwijkende hangers van Hazenveld in economisch opzicht aan deugdelijkheid en bruikbaarheid zouden inboeten, omdat daarvoor *geen markt* meer zou bestaan. Het Hof nu heeft in het bestreden arrest feitelijk vastgesteld, dat ook voor van Tomado's modellen afwijkende typen hangers een markt bestaat. Het Hof heeft het daarom onrechtmatig geacht van Hazenveld om met van Tomado gecopieerde modellen klerhangers niettemin het door Tomado met haar model veroverde marktaandeel te infiltreren. Uiteraard zal de markt voor de afwijkende modellen hangers niet zo gunstig zijn als die welke Tomado voor haar model door toedoen van C. & A. heeft weten te verkrijgen, omdat er anders voor Hazenveld geen reden zou zijn geweest om tot copiëring van het model van Tomado over te gaan.

Hazenveld heeft in dit geding het tot haar gerichte verweert, dat zij doelbewust vrijwel identieke exemplaren van de ten processe bedoelde klerhangers heeft vervaardigd en verhandeld, niet weersproken, doch heeft als enig verweer aangevoerd, dat de markt van klerhangers was gestandaardiseerd en er voor afwijkende klerhangers geen markt meer bestond. Welnu, waar het Hof dit verweer van de hand heeft gewezen en feitelijk heeft vastgesteld, dat naar 's Hof's voorlopig oordeel voor wat de klerhangers van Hazenveld en Tomado betreft verwarringsgevaar bestaat ook voor confectioneurs, volgt m.i. daaruit, dat in feite Hazenveld met de door haar van Tomado gecopieerde klerhangers verwarring heeft nagestreefd teneinde te bereiken, dat niet de klerhangers van Tomado doch van haar zouden worden betrokken. Hier ligt naar mijn mening het element van misleiding, hetgeen de handelwijze van Hazenveld als onrechtmatig brandmerkt. Terecht heeft derhalve het Hof in r.o. 12 van het bestreden arrest aan Hazenveld de eis gesteld, dat zij maatregelen neemt om dit verwarringsgevaar op te heffen. Uit het vorenstaande volgt, dat ook het tweede onderdeel van het middel niet zal kunnen slagen.

Tenslotte faalt, naar mijn oordeel, ook onderdeel drie van het middel. In r.o. 10 van het bestreden arrest stelt het Hof vast, dat in elk geval een minderheid der confectioneurs van andere modellen gebruik blijft maken en dat deze *dus* niet onbruikbaar en ondeugdelijk zijn. In r.o. 11 komt het Hof tot het voorlopig oordeel dat deze minderheid geenszins te verwaarlozen is. Tot dan toe heeft het Hof steeds kennelijk bedoeld zowel plastic als metalen hangers. Dat de minderheid van confectioneurs geenszins te verwaarlozen is, adstrueert het Hof met te verwijzen naar de acht ondernemingen, die afwijkende metalen hangers verkopen. In r.o. 12 stelt het

Hof tenslotte vast, dat er nog een markt is voor afwijkende typen hangers en heeft ook daar kennelijk weer het oog op zowel plastic als metalen hangers. Mij dunkt dat deze motivering duidelijk en begrijpelijk is, terwijl de omstandigheid, dat het Hof uitsluitend verwees naar de acht ondernemingen, die metalen hangers verkopen, zeer wel ter ondersteuning van het betoog van het Hof ook ten aanzien van de plastic hangers kon dienen, waarbij mede in aanmerking mag worden genomen, dat het hier gaat om een kort geding en een voorlopig oordeel van het Hof.

Waar het principaal cassatiemiddel niet tot vernietiging van het bestreden arrest zal kunnen leiden, komt het slechts voorwaardelijk voorgestelde incidentele cassatiemiddel niet aan de orde.

Voor het geval Uw Raad zich met mijn zienswijze ten aanzien van het principaal cassatiemiddel niet mocht kunnen verenigen, zal ik nader op het incidenteel cassatiemiddel ingaan.

Zoals hoger weergegeven heeft het Hof het oordeel van de President, dat de slaafse nabootsing door Hazenveld van de litigieuze produkten van Tomado geen onrechtmatige daad jegens deze oplevert, gebaseerd geacht op twee overwegingen, waarvan de eerste de in een gestandaardiseerde markt economische onrendabiliteit van de nagebootste produkten betreft, die op die grond ondeugdelijk en onbruikbaar zouden zijn. Het Hof heeft in het bestreden arrest daarop doen volgen:

„Overwegende dat de grief, voorzover deze zich in enig onderdeel (bedoeld zijn met name onderdelen 4 en 10) mocht richten tegen de sub 1 samengevatte overweging, aan het Hof ongegrond voorkomt;

dat algemeen gesteld wordt, dat slaafse nabootsing dan onrechtmatig is, wanneer er gevaar voor verwarring bestaat en dit gevaar vermeden kan worden door wijziging aan te brengen zonder aan de deugdelijkheid en bruikbaarheid van het produkt afbreuk te doen;

dat daarbij vooral bedoeld wordt de deugdelijkheid en bruikbaarheid in technische zin;

dat het Hof voorshands geen termen aanwezig ziet waarom niet evenzeer daaronder gerekend zou moeten worden de bruikbaarheid en deugdelijkheid in economisch opzicht;

Overwegende dat appellante met betrekking tot de eerstgenoemde overweging voorts heeft opgeworpen, dat, indien inderdaad zou moeten worden aangenomen dat haar oorspronkelijke produkten tot standaardmodellen op de klerenhangers-markt zijn gaan gelden, deze omstandigheid geheel buiten haar om en zonder haar wens of medewerking tot stand is gekomen weshalve derden daaraan niet het recht kunnen ontlennen om deze te kopiëren, doch dat het Hof ook deze opwerping ongegrond acht, aangezien het met de President van oordeel is, dat uitsluitend het feit van de standaardisatie te dezen van belang is en de wijze waarop deze is tot stand gekomen (met of zonder medewerking van appellante) — tenzij deze op zichzelf jegens appellante onrechtmatig zou zijn, wat niet gesteld is — geen rol speelt.”

Het eerste onderdeel van het incidenteel cassatiemiddel richt zich met name tegen het in r.o. 2d neergelegde oordeel van het Hof. Met de steller van het middel wil het mij voorkomen, dat uit de overwegingen van het Hof niet duidelijk wordt wat nu precies moet worden verstaan onder bruikbaarheid en deugdelijkheid in economisch opzicht.

Of een produkt deugdelijk en bruikbaar is en het nagebootste produkt minder deugdelijk en bruikbaar, hangt, naar het mij voorkomt, alleen hiervan af of het betreffend produkt geschikt is voor het gebruik, waarvoor het vervaardigd is. Economisch opzicht en/of economische rendabiliteit hebben daarmee niet van doen.

In het arrest van 8 januari 1960 N.J. 1960 no. 415 (Scrabble) heeft Uw Raad overwogen:

„dat nabootsing van het produkt van een concurrent — onverminderd de door dezen aan de Octrooiwet 1910 *Stbl.* 313 of aan de Auteurswet 1912 te ontlennen rechten — alleen dan indruist tegen de zorgvuldigheid welke in het maatschappelijk verkeer betaamt, 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 verwarring sticht;

„dat deze zorgvuldigheid niet eist, dat het eigen produkt van dat van den concurrent verschilt op alle punten waarop dat zonder aan de deugdelijkheid en bruikbaarheid afbreuk te doen mogelijk zou zijn, doch zij wel de verplichting meebrengt om bij de nabootsing te doen wat redelijkerwijs mogelijk en nodig is om te voorkomen, dat door gelijkheid de kans op verwarring ontstaat of vergroot wordt.”

Het komt mij voor, dat het door Uw Raad hier gegeven criterium, naar hetwelk het Hof in de onderhavige zaak kennelijk zijn oordeel geveld heeft, vertroebeld zo niet onhanteerbaar wordt, indien de daarin bedoelde deugdelijkheid en bruikbaarheid ook in andere dan in technische zin zouden moeten worden verstaan. Hooguit is mogelijk te achten dat de eisen der redelijkheid de verplichtingen van de nabootser in verband met economische gegevenheden (prijs, markt enz.) kunnen beïnvloeden. Daarnaast zou nog kunnen worden gedacht aan de eis van het onderscheidend vermogen van het nagebootste produkt, welke in dit geding echter niet aan de orde is.

Het eerste onderdeel van het incidenteel middel zou ik derhalve voor gegrond willen houden, hetwelk medebrengt de gegrondheid tevens van het tweede onderdeel, waar dit berust op het in het eerste onderdeel terecht gewraakte uitgangspunt van het Hof.

Waar echter het principaal middel, zoals uiteengezet, niet tot vernietiging van het bestreden arrest zal kunnen leiden, moge ik concluderen tot verwerping van het beroep met de veroordeling van eiseres tot cassatie in de kosten op de voorziening gevallen.

b) De Hoge Raad, enz.

Overwegende dat Hazenveld deze uitspraak bestrijdt met het volgende middel van cassatie:

„Schending van het recht, in het bijzonder van artikel 1401 van het Burgerlijk Wetboek, en verzuim van vormen, waarvan de niet-inachtneming nietigheid ten gevolge heeft, doordien het Hof, op de in het arrest vervatte overwegingen, waarnaar te dezer plaats wordt verwezen, met vernietiging van het door de President in eerste aanleg in kort geding gewezen vonnis, aan Hazenveld heeft verboden klerenhangers als ten processe bedoeld en overgelegd te vervaardigen, te doen vervaardigen, in voorraad te hebben of ten welken titel ook af te leveren, op straffe van een dwangsom, een en ander als nader in het dictum van het arrest omschreven, waarbij het Hof er van is uitgegaan, dat C. & A. — zijnde de voornaamste, althans een der voornaamste gebruikers van de bewuste klerenhangers op de Nederlandse markt — van haar confectioneurs kleding wenste te ontvangen welke is opgehangen op geen andere hangers dan die welke identiek zijn aan het model van de door Tomado vervaardigde plastic en metalen hangers, (doch zonder dat C. & A. aan haar confectioneurs voorschreef dat de hangers volgens dit model juist van Tomado afkomstig moesten zijn), en dat dit voorschrift er toe heeft geleid dat de meerderheid van de aan de in Nederland gevestigde kledingbedrijven leverende confectioneurs uitsluitend gebruik wenste te maken van het door C. & A. geleverde model hanger, (zij het dat naar 's Hof's oordeel

een geenszins te verwaarlozen minderheid der confectioneurs van andere modellen gebruik blijft maken), een en ander ten onrechte,

1) aangezien het Hof er — terecht — van is uitgegaan, dat slaafse nabootsing (slechts) dan onrechtmatig is, wanneer er gevaar voor verwarring bestaat en dit gevaar vermeden kan worden door wijzigingen aan te brengen zonder aan de deugdelijkheid en de bruikbaarheid van het produkt afbreuk te doen, en dat onder deze deugdelijkheid en bruikbaarheid ook gerekend moeten worden de deugdelijkheid en bruikbaarheid in economisch opzicht, en het Hof voorts heeft aanvaard, althans in het midden gelaten, de in de conclusie van antwoord in appel van Hazenveld ontwikkelde stelling, dat als gevolg van de feitelijke situatie op de markt voor klerenhangers en de daar nagestreefde en althans grotendeels ook bereikte standaardisatie van de gebruikte modellen, de enige mogelijkheid voor Hazenveld en anderen om een even bruikbaar en deugdelijk produkt te leveren als Tomado was gelegen in een hanger, die uiterlijk zò weinig verschilde van de Tomado-hanger, dat aan de eisen van uniformiteit en vrij uitwisselbaarheid voldaan werd, en het onder deze omstandigheden onjuist is te beslissen, dat het fabriceren van andere modellen, dan die van Tomado aan de (economische) deugdelijkheid en bruikbaarheid daarvan geen afbreuk zou worden gedaan, immers modellen, die slechts door een minderheid van de afnemers, zijnde de confectioneurs, gekocht worden, om die reden economisch minder deugdelijk en bruikbaar zijn dan die, waarvoor bij alle afnemers vraag bestaat, en door het Hof ten onrechte — blijkaar — als beslissend is beschouwd of andere modellen „bruikbaar en deugdelijk” zouden zijn, terwijl het er op aankomt, of deze andere modellen, ook economisch, even bruikbaar en deugdelijk zouden zijn als die van Tomado, zijnde althans 's Hof's beslissing te dezen in het licht van het tevoren door het Hof aanvaarde uitgangspunt onbegrijpelijk, en

2) aangezien, wanneer een afnemer, en zeker wanneer de meerderheid van de afnemers van een artikel wenst dat dit wordt geleverd volgens een bepaald model, het aan de leveranciers vrijstaat aan deze wens te voldoen, behoudens indien dit model door bijzondere wettelijke bepalingen zou zijn beschermd, waarvan in casu geen sprake is, en daaraan niet afdoet dat dit model identiek is aan het model dat tevoren door een bepaalde leverancier geleverd is, wanneer levering door juist deze leverancier door de afnemers niet wordt verlangd, en aangezien van enig rechtens relevant verwarringsgevaar voor de confectioneurs — als door het Hof verondersteld — niet kan worden gesproken, wanneer deze confectioneurs door één bepaald model te wensen, de oorzaak zijn dat verschillende leveranciers ook slechts één model, namelijk het aldus gewenste, kunnen aanbieden, zodat er door de uiterlijke gelijkheid van het produkt geen verwarring kan ontstaan — immers de confectioneurs-afnemers weten dat deze gelijkheid niet op identiteit van leverancier duidt — en, zou zulk een verwarring wel ontstaan, deze niet de handelwijze van de leveranciers als een onrechtmatige daad kan doen aanmerken, zulks te minder, nu de confectioneurs het produkt niet verder verhandelen, aan al hetwelk niet afdoet, dat er, naar 's Hof's oordeel, nog „een” markt voor van de Tomado modellen afwijkende typen hangers bestaat — namelijk bij de door het Hof vermelde minderheid der confectioneurs —, met name niet voor zover de ten processe bedoelde hangers worden geleverd aan die (meerderheid van de) confectioneurs, die juist hangers van het Tomado-model wensen te ontvangen, en

3) aangezien het Hof zijn oordeel, dat de minderheid van confectioneurs die van andere modellen dan het

Tomado-model gebruik blijft maken, geenszins te verwaarlozen is, uitsluitend baseert op de niet voldoende weersproken stelling van Tomado dat buiten partijen in Nederland acht ondernemingen metalen hangers verkopen, welke geen van alle het model zijn van de litigieuze hangers van Tomado, ofschoon de procedure niet alleen, en zelfs niet in de eerste plaats betreft metalen hangers, doch plastic hangers, en aldus onbegrijpelijk is, hoe het Hof tot zijn conclusie (ook) betreffende de afzetmogelijkheid van plastic hangers is kunnen geraken.”;

O. dat Tomado incidenteel beroep in cassatie tegen 's Hof's arrest heeft ingesteld, doch voorwaardelijk, immers voor het geval het door Hazenveld ingestelde beroep in cassatie tot vernietiging van 's Hof's arrest mocht leiden, zulks onder aanvoering van het volgende middel:

„Schending van het recht en/of verzuim van vormen, waarvan niet-inachtneming nietigheid meebrengt, in het bijzonder van de artikelen 1401, 1402, 1902 en 1903 van het Burgerlijk Wetboek, 48, 59, 289, 295, 332, 339, 347, 348, 349 en 353 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, 20 en 69 van de Wet op de Rechterlijke Organisatie en het Beleid der Justitie en 175 van de Grondwet, door te overwegen en op grond daarvan recht te doen, gelijk in voormeld arrest is omschreven, ten onrechte,

(1) omdat nabootsing van het produkt van een concurrent onrechtmatig 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, zijnde „deugdelijkheid en bruikbaarheid” in dat verband, anders dan het Hof oordeelt, te verstaan in technische zin, terwijl althans daaronder niet gerekend moeten worden de bruikbaarheid en deugdelijkheid in economisch opzicht, wordende voorts uit 's Hof's arrest niet duidelijk wat het Hof bedoelt met „in economisch opzicht” zodat 's Hof's arrest in zoverre niet naar de eis der wet met redenen omkleed is, terwijl, zo het Hof met bruikbaarheid en deugdelijkheid in economisch opzicht bedoeld mocht hebben op economische rendabiliteit, het Hof een met het recht strijdige beslissing heeft gegeven, aangezien economische rendabiliteit te dezen niet van belang, althans een te algemene of te ruime maatstaf is voor de beoordeling, in verband met andere van belang zijnde omstandigheden, van de in aanmerking komende nabootsing, hebbende het Hof voorts miskend, dat er rechtens geen grond bestaat de in de aanvang van dit onderdeel genoemde regel of leer te beperken tot de markt van variabele produkten en/of daarvan uit te sluiten die van gestandaardiseerde produkten althans te dien aanzien bruikbaarheid en deugdelijkheid als bovenbedoeld te verstaan in economisch opzicht althans als economische rendabiliteit, wordende voorts uit 's Hof's arrest niet duidelijk wat het Hof bedoelt met gestandaardiseerde produkten, gestandaardiseerde markt, standaard-model, standaardisatie, en model, zodat 's Hof's arrest in zoverre niet naar de eis der wet met redenen omkleed is, hetgeen althans het geval is met betrekking tot de term: model, die door het Hof gebezigd wordt nu eens als voorbeeld, dan weer als type, daarnaast als geëiste of voorgeschreven vorm, terwijl, zo het Hof bedoeld mocht hebben zich te dezen aan te sluiten bij het vonnis in eerste aanleg, 's Hof's beslissing in strijd met het recht is, aangezien er geen grond bestaat de in de aanvang van dit onderdeel genoemde regel of leer te beperken tot een vrije markt of een markt met variabele produkten, terwijl het Hof althans heeft miskend, dat, indien nabootsing van een produkt, afgezien van de omstandigheid dat het een markt van gestandaardiseerde produkten betreft, onrechtmatig is, de zojuist bedoelde omstandigheid zulks niet

anders doet zijn, althans niet in het onderhavige geval, waarin, naar Tomado aangevoerd heeft, de Tomado-hangers niet door het koperspubliek en/of de N.E.V.E.C. tot „standaardprodukt” zijn bestempeld, en/of geen standaardisatie of normalisatie bestaat in de zin van het vastgesteld zijn van specificaties, waaraan de produkten bij referentie aan die standaardisatie bij koop en levering zullen moeten voldoen, en/of de Tomado-hangers hun weg ook naar particulieren vinden, en/of Hazenveld minstens tweemaal zoveel hangers als Tomado produceert en levert, en/of C. & A. een belangrijk lager aandeel dan vijftig procent van de Nederlandse markt beheerst, en/of C. & A. nog steeds een massa houten hangers en plastic hangers van Hazenveld afkomstig gebruikt, en/of de Nederlandse markt niet beslissend is, en/of van monopolisering door Tomado en/of C. en A. geen sprake is, en waarin zich overigens voordoen de door het Hof in zijn arrest vastgestelde omstandigheden;

(2) omdat bij de beoordeling van de vraag of de betreffende nabootsing onrechtmatig is, in aanmerking genomen behoort te worden de wijze, waarop de door het Hof bedoelde standaardisatie tot stand gekomen is, zijnde daartoe althans mede van belang, dat de omstandigheid, dat de oorspronkelijke produkten van Tomado tot standaard-modellen op de klerenhangersmarkt zijn gaan gelden, buiten Tomado om en zonder haar wens of medewerking tot stand gekomen is, aangezien deze omstandigheid, al dan niet tezamen met andere omstandigheden, ertoe leidt althans kan leiden, dat de betreffende nabootsing door Hazenveld onrechtmatig is;”;

Wat betreft het principale beroep in cassatie:

Overwegende dat de gronden voor 's Hofs beslissing, voor zover in dit verband van belang, op het volgende neerkomen: (1) 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 aanbrengen van wijzigingen die geen afbreuk doen aan de deugdelijkheid of 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 onder meer 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 Hofs arrest bedoeld — op zich zelf 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 Hazen-

veld een redelijk belang heeft bij dat deel van de markt voor klerenhangers, waar een standaardisatie overeenkomstig het Tomadomodel wél wordt gewenst;

dat de eerste twee onderdelen van het middel dus in zoverre terecht zijn voorgesteld en voor het overige geen bespreking behoeven;

O. omtrent het derde onderdeel van het middel:

dat, waar de Hoge Raad ten principale recht kan doen, dit onderdeel na de gegrondbevinding van de eerste twee onderdelen geen bespreking behoeft;

Omtrent het incidentele beroep in cassatie:

O. met betrekking tot het eerste onderdeel:

dat, waar het Hof over bruikbaarheid en deugdelijkheid in economisch opzicht spreekt, het daarmee, blijkens het verband waarin het deze woorden gebruikt, kennelijk doelt op bruikbaarheid en deugdelijkheid in ander dan technisch opzicht, en dat voorts de betekenis waarin het Hof de termen „gestandaardiseerde produkten”, „gestandaardiseerde markt”, „standaardmodel”, „standaardisatie” en „model” bezigt, voldoende duidelijk is;

dat uit de overwegingen met betrekking tot het principale beroep in cassatie blijkt, dat het eerste onderdeel van het thans besproken middel faalt, voor zover het opkomt tegen 's Hofs stelling, dat ook een nabootsing, die — gezien tegen de achtergrond van bij afnemers bestaande behoeften of wensen — in een ander dan technisch opzicht nodig is ter bevordering van de deugdelijkheid of bruikbaarheid van het produkt, op zich zelf niet onrechtmatig is;

dat het Hof aan zijn beslissing niet ten grondslag heeft gelegd het onderscheid tussen een gestandaardiseerde markt en een vrije markt of een markt met variabele produkten, zodat het middel, voor zover het zich tegen het belang van dit onderscheid keert, feitelijke grondslag mist;

dat blijkens het hiervoor overwogene met betrekking tot het principale beroep in cassatie ook de in het slot van het eerste onderdeel vervatte grieven tevergeefs worden voorgesteld;

O. met betrekking tot het tweede onderdeel:

dat het voor de vraag of de gewraakte nabootsing onrechtmatig is jegens Tomado, van geen belang is, dat de oorspronkelijke produkten van Tomado buiten haar wens en medewerking als standaard-modellen op de markt voor klerenhangers zijn gaan gelden;

dat mitsdien ook dit onderdeel faalt;

O. voorts ten principale dat, nu Tomado noch in eerste aanleg noch in hoger beroep heeft gesteld, dat Hazenveld geen redelijk belang zou hebben bij dat deel van de markt voor klerenhangers waar een standaardisatie overeenkomstig het Tomadomodel wordt gewenst, en evenmin een beroep heeft gedaan op andere bijkomende omstandigheden welke de betreffende nabootsing onrechtmatig zouden kunnen maken, de Hoge Raad op grond van het hiervóór overwogene ten principale recht kan doen;

Verwerpt het incidentele beroep in cassatie;

Vernietigt het bestreden arrest en bekrachtigt het vonnis van de President van de Arrondissements-Rechtbank te 's-Hertogenbosch van 20 november 1968;

Veroordeelt Tomado in de kosten van het hoger beroep en begroot deze aan de zijde van Hazenveld op f 1.065,— voor verschotten en salaris;

Veroordeelt Tomado in de kosten op het beroep in cassatie gevallen, tot op deze uitspraak aan de zijde van Hazenveld begroot op f 102,70 aan verschotten en f 1.500,— voor salaris. Enz.