

b. Het Hof, enz.

Bij exploit van 1 maart 1955 is de appellante van dit vonnis in hoger beroep gekomen. Zij heeft daartegen bij memorie van grieven de volgende grieven aangevoerd:

1. Ten onrechte besliste de rechtbank dat het merk van Zaalberg deugdelijk was, hoewel het het wapen van Leiden bevat.

2. Ten onrechte verwierp de rechtbank de stelling van appellante, dat Zaalberg geen rechthebbende is op het merk daar hij het nimmer heeft gebruikt, althans niet heeft gebruikt in de laatste drie aan het gebruik van de Helmondsche Textiel Mij voorafgegane jaren.

3. Ten onrechte nam de rechtbank aan, dat overeenstemming in hoofdzaak bestaat tussen het merk van Zaalberg en dat van appellante.

4. Ten onrechte verwierp de rechtbank het verweer, dat het merk van Zaalberg een z.g. vrijmerk is en dat het geen bescherming verdient, omdat het zelf inbreuk maakt op het oudere merk van Scheltema. Enz.

Overwegende, dat het Hof de grieven 1, 3 en 4 ongegrond acht op de daartoe door de rechtbank aangegeven gronden, welke hierboven zijn weergegeven; enz.

Overwegende omtrent de tweede grief:

dat artikel 3 der Merkenwet bepaalt, kortelijk omschreven, dat het recht tot uitsluitend gebruik van een merk toekomt aan degene, die het eerst van dat merk gebruik heeft gemaakt, doch niet langer dan drie jaren na het laatste gebruik en voorts, dat behoudens bewijs van het tegendeel hij, die het merk het eerst ter inschrijving heeft aangeboden, geacht wordt de eerste gebruiker van het ingezonden merk te zijn;

dat, nu als gesteld en onbetwist ten processe vaststaat, enerzijds dat de appellante haar merk in 1952 voor het eerst heeft gebruikt (waarbij de juiste datum echter niet is genoemd) en anderzijds dat de geïntimeerde haar merk op 10 februari 1950 heeft doen inschrijven in de registers van het bureau voor de Industriële Eigendom te 's-Gravenhage, daaruit volgt, dat de geïntimeerde de eerste gebruiker van haar merk is en het recht tot uitsluitend gebruik van dat merk heeft, tenzij de appellante bewijst, dat de geïntimeerde het merk gedurende de drie aan het jaar 1952 voorafgaande jaren niet heeft gebruikt, c.q. (ter beoordeling van de rechtmatigheid van het gebruik van haar merk door de appellante sedert 1 januari 1952), dat de geïntimeerde haar merk gedurende drie achtereenvolgende jaren sedert 1 januari 1949 niet heeft gebruikt;

dat het Hof zich niet kan verenigen met de stelling van de appellante, dat dit bewijs reeds is geleverd, doordat tegenover de stelling van de appellante, dat de geïntimeerde het merk in de jaren 1949, 1950 en 1951 niet heeft gebruikt, de geïntimeerde heeft volstaan met daartegenover te stellen, dat zij het merk in die jaren wél heeft gebruikt, zonder daarbij mede te delen, wanneer en hoe zij dat merk heeft gebruikt;

dat het Hof de tweede grief dan ook ongegrond acht;

O. dat de appellante bij haar memorie van grieven echter een groot aantal uit 1955 gedateerde brieven heeft overgelegd van personen, lichamen en instanties uit Nederland, België, Duitsland, Engeland en Frankrijk, werkzaam op het gebied van textielwaren, waarin de schrijver telkens te kennen geeft (algemeen gesproken), dat hem het gebruik van het sleutelmerk voor wollen dekens niet bekend is;

O. dat de geïntimeerde niettemin heeft gemeend in appèl wederom te kunnen volstaan met een herhaling van haar stelling, dat zij het merk in die jaren wél heeft gebruikt, zonder ook maar met één woord nader aan te duiden wanneer, waar en op welke wijze zij dit merk dan wel gebruikt heeft;

O. dat het Hof, rekening houdende met de omstandigheden, dat ingevolge art. 3 der Merkenwet op de appellante de bewijslast van een negatief feit rust, terwijl het

voor de appellante [lees: geïntimeerde *Red.*] – indien zij het merk inderdaad gebruikt heeft – uitermate eenvoudig moet zijn daaromtrent aan het Hof gegevens te verschaffen, op grond van de hierboven bedoelde geschriften en van het in gebreke blijven van geïntimeerde tot het verschaffen van gegevens over het door haar gestelde gebruik vooralsnog voldoende bewezen acht, dat de geïntimeerde dit merk gedurende drie jaren *niet* heeft gebruikt, wat zou medebrengen, dat haar het recht op uitsluitend gebruik niet toekomt;

O. dat het Hof hierbij niet over het hoofd ziet, dat de geïntimeerde bij pleidooi heeft overgelegd het afschrift van een door haar uitgeschreven factuur, gedateerd 1 maart 1949, waarin voorkomen de woorden, „Crown Royal Holland Blankets-Keys”.

O. dat toch het Hof – zich afvragende of dit nu het enige stuk is dat aan de geïntimeerde ten dienste staat om aan te tonen, dat in dit geschil het gelijk aan haar zijde is – vooralsnog in het midden zal laten of en zo ja, welke bewijskracht aan dit stuk moet worden toegekend, doch reeds thans als zijn oordeel wil te kennen geven dat, indien zou moeten worden aangenomen dat de geïntimeerde op 1 maart 1949 het merk heeft gebruikt, doch daarna niet meer, dit tot gevolg zou hebben, dat de appellante het merk tot 1 maart 1952 niet mocht gebruiken, doch wel na die datum, zodat de onrechtmatigheid van het gebruik van het merk door de appellante slechts zou kunnen worden aangenomen, indien en voorzover zou vaststaan, dat zij het merk vóór 1 maart 1952 heeft gebruikt;

Overwegende, dat het Hof echter de geïntimeerde in de gelegenheid zal stellen te bewijzen, dat en wanneer zij het merk na 1 januari 1949 heeft gebruikt; enz.

Nr 11. Hoge Raad der Nederlanden, 21 december 1956. (drukasbak)

President: Mr Dr J. Donner; Raden: Mrs P. H. Smits, T. Y. Boltjes, J. H. H. Hülsman en E. W. Dubbink.

Art. 1401 Burgerlijk Wetboek.

Slaafse navolging van een produkt van een concurrent kan onrechtmatig zijn, ook al ligt de navolging niet op technisch terrein, al heeft de concurrent het desbetreffende produkt niet zelf ontworpen en al kan het publiek dank zij de navolging het produkt verkrijgen tegen lagere prijs dan voorheen.

's Hof's arrest is ten aanzien van het te dezen gestelde verwarringsgevaar onvoldoende met redenen omkleed (anders Conclusie O.M.).

Borneo Sumatra Handelmaatschappij N.V., te 's-Gravenhage, eiseres, advocaat Mr A. F. Visser van IJzendoorn,

tegen

Louis Lion, te Amsterdam, verweerder, advocaat Mr J. M. W. Aarts.

a) De Hoge Raad, enz.

Overwegende dat uit het bestreden arrest blijkt:

dat verweerder — Lion — in kort geding voor den President van de Arrondissements-Rechtbank te 's-Gravenhage heeft gevorderd dat de President verweester — de N.V. — zal veroordelen „om binnen twee dagen na betekening van 's Presidenten vonnis elk gebruik van de door Lion ontworpen vorm van na te melden asbakken te staken en de verkoop van de door de N.V. in den handel gebrachte drukasbakken, type Delfts blauw, van aardewerk, welke als een copie of namaak van de door Lion vervaardigde en in den handel gebrachte drukasbakken zijn aan te merken, te staken en zich niet in verbinding te stellen met Lion's afnemers”, zulks onder

verbeurte van een dwangsom van f 250,— bij iedere overtreding;

dat na bestrijding van deze vordering door de N.V. de President te dezen ontoelaatbare mededinging aanwezig heeft geacht en bij vonnis van 15 november 1955 de gevorderde veroordeling heeft uitgesproken, behoudens voor zover betreft het zich niet in verbinding stellen met Lion's afnemers;

dat op het tegen dit vonnis door de N.V. ingesteld hoger beroep het Hof, na verwerping van de in cassatie niet van belang zijnde eerste grief van de N.V., heeft geoordeeld dat ook de tweede grief niet opgaat, en wel:

„omdat de President terecht ontoelaatbare mededinging ten deze aanwezig heeft geacht. De feiten toch zijn de volgende, te weten: de N.V. heeft voor de door haar in de handel te brengen drukasbakken de aardepot doen namaken van drukasbakken, die reeds door Lion werden verhandeld. Het gevolg daarvan is, dat de door de N.V. aanzienlijk goedkoper dan Lion op de markt gebrachte drukasbakken — voorzien als zij zijn van identieke drukknoppen (roterende bovenstukken) als de door Lion verhandelde drukasbakken — verwarrend gelijken op de drukasbakken waarin Lion reeds handelde. Zulks is aan het Hof gebleken door bezichtiging en vergelijking van door Lion geproduceerde exemplaren van die drukasbakken, door partijen als zodanig erkend. De N.V. had zonder bezwaar op voor de deugdelijkheid en bruikbaarheid als drukasbak niet van belang zijnde punten (als vorm, afmeting, kleur, tekening) kunnen afwijken van Lion's pot. De N.V. heeft dat niet gedaan, maar Lion's pot tot in details slaafs nagebootst. Voormelde feiten staan vast als over en weer gesteld en erkend dan wel niet of niet behoorlijk betwist, respectievelijk aan het Hof gebleken door de voormelde bezichtiging.

In hoger beroep voert de N.V. echter aan: (1) dat zij in het belang van het publiek handelt door haar drukasbakken zeer aanzienlijk goedkoper op de markt te brengen dan Lion; (2) dat de door de N.V. nagemaakte pot van Lion oorspronkelijkheid mist, en (3) dat de N.V. ontkent Lion's stelling, dat de nagemaakte pot op Lion's fabriek ontworpen is, stellende de N.V., dat Lion een volkomen conventionele pot bij de Kunstaardewerfabriek Velsen besteld heeft. Het Hof verwerpt die weren. Het goedkoop verkrijgbaar zijn van drukasbakken, identiek aan die van Lion, is geen publiek belang. Voorts bezit Lion's pot (met name de vorm daarvan) voldoende onderscheidend vermogen om slaafse nabootsing daarvan onrechtmatig te doen zijn. Ten slotte, wat het boven onder 3 genoemde verweer betreft: de stelling van de N.V. is weinig aannemelijk, maar buitendien lijkt de kwestie van het ontwerpen zonder belang te zijn. Het staat immers vast, dat Lion de potten in de vorm, waarin de N.V. ze deed namaken, ten behoeve van zijn bedrijf — het maken van drukasbakken en het verkopen daarvan — deed vervaardigen. Dat is naar 's Hof's voorlopig oordeel voldoende om ten deze ontoelaatbare mededinging aan te nemen;”

dat vervolgens het Hof het bestreden vonnis heeft bekrachtigd, met dien verstande, dat in het dictum, waarin de hiervóór vermelde veroordeling was vervat, in plaats van „ontworpen” worde gelezen „voor zijn bedrijf gebzigde” en in plaats van de woorden „door Lion vervaardigde en in den handel gebrachte” worde gelezen „ten behoeve van Lion's bedrijf vervaardigde en door Lion in den handel gebrachte”;

Overwegende dat de N.V. als middelen van cassatie voorstelt:

„Schending en/of verkeerde toepassing van de artikelen 175 van de Grondwet; 20 en 69 van de Wet op de Rechterlijke Organisatie; 1401, 1402, 1403, 1902, 1952 en 1959 van het Burgerlijk Wetboek; 48, 59, 289, 291, 343, 348, 349 en 353 van het Wetboek van Burgerlijke

Rechtsvordering; 326bis, 328bis en 329 van het Wetboek van Strafrecht; 1, 2, 4, 5, 6, 7, 10, 12, 13, 26, 27, 28, 31, 32, 34, 37, 38, 44 en 47 van de Auteurswet,

I. door ten onrechte en in strijd met de bovengehaalde wetsartikelen het in het arrest omschreven gedrag van de N.V. ten opzichte van Lion onrechtmatig te oordelen en het daarop gegronde verbod uit te vaardigen, bij deze beslissing, en de gronden waarop zij rust, onder meer over het hoofd ziende:

1. dat — nu door het Hof is vastgesteld, dat vorm, afmeting, kleur en tekening van de pot van de drukasbak, ten aanzien waarvan volgens het Hof afwijkingen mogelijk waren geweest, niet zijn voor de deugdelijkheid en bruikbaarheid van het voorwerp als drukasbak van belang zijnde punten — ten deze mitsdien geenszins sprake is van een technische navolging, maar uitsluitend van nabootsing op ander terrein;

2. dat, nu Lion niet heeft gesteld, dat hij auteursrecht zou hebben ten aanzien van zijn drukasbak en het Hof uitdrukkelijk heeft beslist, dat vaststaat, dat Lion's asbakken niet door een speciale wet beschermd worden, nabootsing in elk geval vrijstond, althans in casu vrijstond (althans tegenover Lion vrijstond), omdat, ook al moge, gelijk het Hof aanneemt, Lion's pot onderscheidend vermogen hebben, zulks nabootsing niet onrechtmatig maakt, nu door het Hof

a. niet is aangenomen, dat Lion's pot oorspronkelijkheid bezat, noch dat zij iets anders is dan een volkomen conventionele pot, en

b. evenmin door het Hof als vaststaand is aangenomen, dat de nagebootste pot door Lion is ontworpen, immers het Hof, die vraag als zonder belang terzijde latend, voldoende achtte, dat Lion de potten in de vorm, waarin de N.V. ze deed namaken, ten behoeve van zijn bedrijf deed vervaardigen (en in de handel bracht),

3. dat, indien zich hier al een geval zou voordoen van technische navolging, althans een geval, dat op gelijke wijze beoordeeld dient te worden als technische navolging, in casu van een onrechtmatige daad slechts sprake zou kunnen zijn, indien de N.V. door af te wijken van die volgens het Hof voor de deugdelijkheid en bruikbaarheid als drukasbak niet van belang zijnde punten, waarop volgens het Hof zonder bezwaar afwijking mogelijk was, verwarring had vermeden, hetgeen het Hof echter in het midden heeft gelaten, door Lion niet was gesteld en door de N.V. voorzoveel nodig is ontkend,

4. dat het goedkoper op de markt brengen van eenzelfde artikel, in casu van drukasbakken identiek aan die door Lion in de handel gebracht, wel degelijk is een publiek belang, althans is een belang, dat door artikel 1401 wordt geëerbiedigd,

5. dat artikel 1401 van het Burgerlijk Wetboek voor een actie uit onrechtmatige daad strengere eisen stelt dan het Hof voor toewijzing van een actie als de onderhavige en de toewijzing van het gevraagde gebod heeft aangelegd;

II. door zijn arrest niet naar de eis der wet met redenen te omkleden door:

a. het verweer van de N.V. „dat de door haar nagemaakte pot van Lion oorspronkelijkheid mist” te verwerpen met de volgende woorden: „voorts bezit Lion's pot (met name de vorm daarvan) voldoende onderscheidend vermogen om slaafse nabootsing daarvan onrechtmatig te doen zijn”, immers uit deze woorden niet blijkt hoe groot het onderscheidend vermogen is, zodat de feitelijke grondslag ontbreekt om in cassatie te kunnen beoordelen of — indien een zekere mate van onderscheidend vermogen slaafse nabootsing tot een onrechtmatige daad maakt — ten deze terecht het aanwezig van een onrechtmatige daad is aangenomen, hebbende het Hof feitelijk vastgesteld, dat Lion's asbakken voor de bescherming van de Auteurswet niet in aanmerking komen;

b. door geen aandacht te geven aan het bij grief II door de N.V. gevoerde verweer, dat verwarring — ook door wijziging in de vorm — ten deze niet is te voorkomen door afwijkingen, omdat op dit gebied de verwarring algemeen is, bijaldien tal van gelijksoortige „Delfts blauwe” asbakken met roterend bovenstuk in de handel zijn.”;

Overwegende met betrekking tot middel I:

dat „slaafse” navolging van een produkt van een concurrent onrechtmatig kan zijn ook al ligt de navolging niet op technisch terrein, al heeft de concurrent het desbetreffend produkt niet zelf onworpen en al kan het publiek dank zij de navolging het produkt verkrijgen tegen lagere prijs dan voorheen;

dat de onderdelen 1, 2b en 4 dus geen doel treffen;

dat de onderdelen 2a en 3 feitelijken grondslag missen; dat toch het Hof het verweer van de N.V. als zoude de pot van Lion geen oorspronkelijkheid bezitten heeft verworpen met het oordeel, dat die pot voldoende onderscheidend vermogen heeft, terwijl in 's Hof's oordeel, dat de pot van de N.V. verwarrend gelijk op die van Lion en dat de N.V. zonder bezwaar op voor de deugdelijkheid en bruikbaarheid als drukasbak niet van belang zijnde punten (als vorm, afmeting, kleur, tekening) van Lion's pot had kunnen afwijken, ligt opgesloten dat de N.V. door op die punten af te wijken volgens het Hof verwarring bij het publiek had kunnen voorkomen;

dat in onderdeel 5 een zelfstandige grief tegen 's Hof's arrest niet kan worden gelezen;

dat mitsdien dit middel faalt;

Overwegende 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;

Vernietigt het bestreden arrest;

Verwijst de zaak naar het Gerechtshof te Amsterdam ten einde haar op het bestaande hoger beroep verder te behandelen en te beslissen met inachtneming van 's Hogen Raads arrest. Enz.

b. Conclusie van de Advocaat-Generaal Mr 's JACOB.

Wat de feiten betreft — voorzover die thans nog van belang zijn — blijkt uit het bestreden arrest, dat requirante van cassatie als drukasbakken in de handel heeft gebracht bakken of potten van aardewerk, type Delfts Blauw, voorzien van een metalen drukknopinstallatie, welke bakken of potten wat betreft materiaal, vorm, kleur en decoratie een tot in bijzonderheden getrouwe copie vormden van en in feite ook waren nagemaakt naar drukasbakken, welke verweerder in cassatie, Lion, reeds eerder verhandelde. De verkoop door Borsumij geschiedde bovendien tegen een belangrijk lagere prijs, dan die welke Lion placht te bedingen. Lion, die hierin onbehoorlijke mededinging zag en daardoor schade leed, dag-

vaarde Borsumij in kort geding en vorderde tegen hem een verbod tot het gebruikmaken van de door hem, Lion, ontworpen vorm en van het in de handel brengen van de copie of naamaak te beschouwen drukasbakken, zulks op verbeurte van een dwangsom. De president wees de vordering, behoudens t.a.v. een thans niet van belang zijnd onderdeel, toe. Na door Borsumij ingesteld hoger beroep bekrachtigde het Hof het vonnis in eerste aanleg.

In cassatie gekomen bestrijdt Borsumij in het eerste middel de beslissing van het Hof, dat de door haar toegepaste „slaafse” navolging van Lions produkt zou zijn aan te merken als een onrechtmatige daad in de zin van art. 1401 B.W., terwijl het tweede middel een tweetal motiveringsklachten bevat.

Het eerste onderdeel van middel I gaat blijkens de mondelinge toelichting uit van de opvatting, dat het Hof in zijn beslissing heeft willen „aanleunen” bij het arrest van Uw Raad van 26 juni 1953 (*N.J.* 1954 nr 90, *Ars Aequi* 1953/4 p. 16), welk arrest — naar de geachte pleiter voor requirante met een beroep op *BODENHAUSEN* (*N.J.B.* 1954 p. 365 [en *B.I.E.* 1954, blz. 58—66 *Red.*]) betoogt — slechts betrekking heeft op „technische navolging”, van hoedanige „technische navolging” in de onderhavige zaak geen sprake zou zijn, waar het hier enkel zou gaan om „snuisterijen”. In het genoemde arrest overwoog Uw Raad onder meer: „dat, aangezien het in het algemeen gesproken, aan een ieder moet vrijstaan om aan zijn industriële producten een zo groot mogelijke deugdelijkheid en bruikbaarheid te geven, het — tenzij door een ander aan de Octrooiwet 1910, *St.* 313, of aan de Auteurswet 1912 ontleende rechten daaraan in de weg staan — niet is verboden om te dien einde, ten eigen voordele en mogelijk tot nadeel van een concurrent, van in diens producten geopenbaarde resultaten van inspanning, inzicht of kennis gebruik te maken, zelfs wanneer enkel tengevolge van dat gebruik maken tussen het eigen product en dat van den concurrent bij het publiek verwarring mocht kunnen ontstaan;

dat dus 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 andere weg had kunnen inslaan en men door dit na te laten verwarring sticht;”.

Het is niet zonder meer duidelijk, wat het middel met „technische navolging” bedoelt. Dat Uw Raad in het genoemde arrest slechts het oog zou hebben gehad op producten met een uitgesproken technisch karakter, op machinerieën en werktuigen, lijkt mij niet aannemelijk, al is het duidelijk, dat de beslissing van Uw Raad, zoals die in de aangehaalde overwegingen is vervat, t.a.v. dergelijke goederen in het bijzonder van betekenis is. Veeleer is, naar het mij voorkomt, in het arrest gedacht aan alle goederen, welke naar hun aard een zekere bruikbaarheid moeten hebben, welke in elk geval mede voor enig doel moeten worden gebezigd, die niet op zich zelf enkel doel zijn. Men zou zich kunnen voorstellen, dat niet is gedacht aan wat de toelichting op het middel noemt „snuisterijen”, goederen die slechts als versiering of stof-fering dienen, alleen dienen om naar te kijken. Het is echter de vraag of, wanneer men aan het arrest een zodanige beperkte betekenis toekent, dit de gevolgtrekking zou wettigen, dat naar het oordeel van Uw Raad t.a.v. laatstgenoemde groep van goederen slaafse navolging onbeperkt toelaatbaar zou zijn te achten. Het standpunt van Uw Raad, dat, aangezien het in het algemeen gesproken aan een ieder moet vrijstaan om aan zijn industriële producten een zo groot mogelijke deugdelijkheid en bruikbaarheid te geven, het niet is verboden om te dien einde, ten eigen voordele en mogelijk tot nadeel van een concurrent, van in diens producten geopenbaarde resultaten van inspanning, inzicht of kennis gebruik te maken, is dunkt mij ingegeven door de ook door *BODEN-*

HAUSEN (B.I.E. 1937 p. 25 en N.J.B. 1954 p. 365 [= B.I.E. 1954, blz. 58-66 Red.]), HIJMANS v. D. BERGH (Noot onder het arrest in N.J. 1954 p. 90), HOUWING (Noot onder het arrest in *Ars Aequi* 1953/4 p. 16) en door de Advocaat-Generaal EGGENS in zijn conclusie naar voren gebrachte overweging, dat het algemeen belang der maatschappelijke en economische vooruitgang nu eenmaal vereist, dat het goede en nuttige wordt nagebootst en zodanige nabootsing daarom geoorloofd moet zijn, zodat een te ver gaande bescherming van de bijzondere belangen van hem, wiens product wordt nagebootst niet gerechtvaardigd is. Dit argument geldt echter niet, althans in veel mindere mate daar waar het gaat om goederen, welke t.a.v. die vooruitgang geen of slechts zeer geringe betekenis hebben. Het algemeen belang wordt met de navolging daarvan niet of nauwelijks gediend en een ver doorgevoerde bescherming van het bijzondere belang van hem, wiens werk wordt nagevolgd, behoeft op die grond niet te worden afgewezen. Wat hiervan zij, dat in de onderhavige zaak slechts sprake zou zijn van „snuisterijen”, van voorwerpen zonder enig nut of gebruikswaarde, kan ik de steller van het middel niet toegeven. Het uiterlijk moge hier relatief van niet geringe betekenis zijn, ook een asbak stelt zekere eisen van deugdelijkheid en bruikbaarheid. Niet elk willekeurig voorwerp is daarvoor geschikt. Aan de thans in het geding zijnde bak moest de eis worden gesteld, dat hij door vorm en materiaal geschikt was om als asbak te worden gebezigd en voorts dat hij moest kunnen worden gebruikt in combinatie met de — op zich zelf niet in het geding zijnde — draaischijf met drukknop. Van „technische navolging”, d.w.z. van navolging t.a.v. de deugdelijkheid en bruikbaarheid kan derhalve ook hier worden gesproken en het standpunt van het arrest, dat het niet is verboden om te dien einde, ten eigen voordele en mogelijk tot nadeel van een concurrent, van in diens producten openbaarde resultaten van inspanning, inzicht of kennis gebruik te maken, geldt ook hier. Echter zal eveneens moeten gelden, dat nabootsing van het product van een concurrent ongeoorloofd is, indien men zonder aan de deugdelijkheid en bruikbaarheid afbreuk te doen op bepaalde punten evengoed een andere weg had kunnen inslaan en men door dit na te laten verwarring sticht. En op dit punt heeft, naar het Hof heeft vastgesteld, Borsumij gezondigd.

Het tweede onderdeel van het eerste middel zal evenmin kunnen slagen. Het Hof stelde vast, dat de door Lion voor zijn bedrijf gebezigde pot (met name de vorm daarvan) voldoende onderscheidend vermogen bezit om slaafse nabootsing daarvan onrechtmatig te doen zijn. Deze beslissing zal, als van feitelijke aard, in cassatie niet met vrucht kunnen worden bestreden, terwijl zij evenmin bijzondere motivering behoeft, zodat ook het eerste onderdeel van het tweede middel, dat over gebrek aan motivering klaagt, niet tot cassatie zal kunnen leiden. Dat naast onderscheidend vermogen ook nog oorspronkelijkheid zou zijn te eisen om een slaafse navolging onrechtmatig te doen zijn — gelijk het middel betoogt — lijkt mij niet gegrond. Het Hof heeft, bij de weerlegging van de eerste appelgrief — welke weerlegging in cassatie niet is bestreden — hieromtrent overwogen: „. . . . dat het er niet om gaat of geïntimeerde exclusieve rechten heeft. Waar vast staat, dat geïntimeerde's asbakken niet door een speciale wet beschermd worden, is het slechts de vraag of geïntimeerde beroep kan doen op art. 1401 van het Burgerlijk Wetboek (ontoelaatbare concurrentie) Voor de vraag of er ontoelaatbare mededinging is, doet het er niet toe, of geïntimeerde die potten zelf vervaardigt dan wel ze door een ander doet vervaardigen.” Dit betoog komt mij juist voor.

Het derde onderdeel van dit middel stelt, dat het Hof niet heeft beslist, dat Borsumij, door op punten, welke

niet de deugdelijkheid en de bruikbaarheid betroffen, hoewel evengoed een andere weg kon worden ingeslagen, toch het product van Lion slaafs na te volgen, verwarring stichtte bij het publiek. Het Hof heeft, in zijn verwerving van de tweede appelgrief de feiten — en daarmee eisers stelling — weergevende, vastgesteld, dat „de door appellante op de markt gebrachte drukasbakken verwarrend gelijken op de drukasbakken, waarin geïntimeerde reeds handelde.” In het reeds genoemde arrest van Uw Raad van 1953, waarop ten deze bij mondelinge toelichting van het middel een beroep is gedaan, wordt inderdaad gesproken van een bij het publiek verwarring stichten, hetwelk onder de gegeven omstandigheden de onrechtmatigheid van de slaafse navolging tengevolge zou hebben. Het lijkt mij niet twijfelachtig, dat het Hof, in zijn arrest sprekende van een verwarrende gelijkenis tussen de beide producten, bedoeld heeft: een voor het publiek verwarrende gelijkenis. Het is niet recht duidelijk op welke verwarring het Hof het oog zou kunnen hebben gehad. 's Hof's vaststelling op dit punt is evenzeer van feitelijke aard en behoefde derhalve evenmin bijzondere motivering, zodat ook de hierop gerichte klacht van het tweede onderdeel van het tweede middel zal moeten falen.

Ook het vierde onderdeel van het eerste middel zal moeten afstuiten op het feitelijke karakter van de beslissing van het Hof, dat het goedkoop verkrijgbaar zijn van drukasbakken, identiek aan die van geïntimeerde, geen publiek belang is. Het tegenovergestelde lijkt mij trouwens moeilijk verdedigbaar. Het goedkoop verkrijgbaar zijn van deugdelijke en bruikbare drukasbakken kan dunkt mij wel als een, zij het beperkt, publiek belang worden gezien. Wanneer Borsumij haar navolging van Lion's product had beperkt tot het „technische” gedeelte daarvan, dan zou haar van die navolging geen verwijt kunnen worden gemaakt. Nu die navolging zich echter ook heeft uitgestrekt tot punten, welke voor de deugdelijkheid en de bruikbaarheid van geen betekenis zijn, zoals de toevallige vorm, de kleur, de decoratie, het materiaal, kan een beroep op het publiek belang die navolging niet langer dekken. Het voldoen aan de op zeker tijdstip bij het kopend publiek op dit gebied toevallig bestaande voorkeur is niet een publiek belang.

Het vijfde onderdeel van het eerste middel betoogt, dat artikel 1401 B.W. voor actie uit onrechtmatige daad strengere eisen stelt dan het Hof voor toewijzing van een actie als de onderhavige toewijzing van het gevraagde gebod heeft aangelegd. In hoeverre en in welk opzicht dit het geval zou zijn geeft het middel niet nader aan. Blijkens de mondelinge toelichting heeft het geen zelfstandige betekenis, doch moet slechts worden gezien als een samenvatting van het in de voorafgaande onderdelen gestelde. Gezien hetgeen hierboven omtrent die voorafgaande onderdelen werd betoogd, kan dunkt mij een afzonderlijke bespreking van dit laatste onderdeel hier achterwegen blijven.

De middelen ongegrond achtend, heb ik de eer te concluderen, dat Uw Raad het beroep in cassatie zal verwerpen met veroordeling van requirante in de kosten op het beroep gevallen.

Nr 12. Octrooiraad, Aanvraagafdeling, 3 mei 1955,
(Lid: Ir J. van Buren)

Art. 20, lid 1 Octrooiwet.

*De aanvrager moet de tijdstippen waarop en de landen waarin een aanvraag voor dezelfde uitvinding werd ingediend, opgeven, uiterlijk binnen de termijn gesteld in de brief waarin voor het eerst op het ontbreken van deze gegevens is gewezen. *)*

Beslissing inzake octrooiaanvraag nr 159.114 Ned.

De Octrooiraad, Aanvraagafdeling;