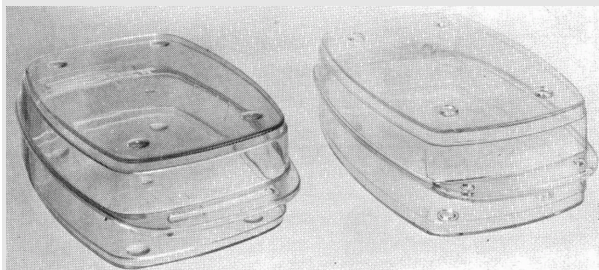


Hoge Raad, 15 maart 1968, Plastic Stapelschalen



Afb. 33 Links plagiaat; rechts: origineel van Erich Schumm GmbH¹

SLAAFSE NABOOTSIING

Eigen plaats – materiaal schaal

dat de onder 3 omschreven klacht niet tot cassatie kan leiden, omdat het Hof bij zijn beoordeling of de plastic schalen van Schumm met betrekking tot de vorm een eigen plaats innemen, slechts met de overgelegde plastic schalen behoefde rekening te houden, en niet met schalen van ander materiaal;

Voorkomen verwarringsgevaar

de mogelijkheid om een andere vormgeving te kiezen zonder daarmee aan de deugdelijkheid en de bruikbaarheid van zijn produkt afbreuk te doen, tevens de verplichting medebrengt zulks te doen

dat de onder 4 omschreven klacht ongegrond is, daar de bij nabootsing van het produkt van een ander in acht te nemen zorgvuldigheid verplicht, om bij die nabootsing alles te doen wat redelijkerwijs mogelijk en nodig is om te voorkomen dat door gelijkheid de kans op verwarring ontstaat of vergroot wordt;

dat dus de mogelijkheid om een andere vormgeving te kiezen zonder daarmee aan de deugdelijkheid en de bruikbaarheid van zijn produkt afbreuk te doen, tevens de verplichting medebrengt zulks te doen, en dit in 's Hof's arrest voldoende tot uitdrukking komt;

dat ten slotte de onder 5 omschreven klacht geen doel treft, omdat ook onrechtmatig kan zijn nabootsing van een produkt dat niet in de zin van de Auteurswet 1912 oorspronkelijk is of het persoonlijk stempel van de ontwerper draagt;

Vindplaatsen: NJ 1968, 268

Hoge Raad, 15 maart 1968

(De Jong, Hulsmann, Dubbink, Beekhuis, Minkenhof) (...).

1. de VOF S.P.F. Plastics, te Zeist,
2. [...] Snijders, te Utrecht,
3. [...] Hijman, te Zeist,
4. [...] Koyk, te Utrecht,
5. [...] Pijpers, te Amsterdam, eisers tot cassatie van een door het Hof te Amsterdam tussen partijen gewezen arrest van 16 maart 1967, adv. Mr. P.C. Klomp, tegen:

¹ foto L. Limperg, Amsterdam; Uit: Th. Limperg, *Bescherming van vormgeving tegen plagiaat*, Agon Elsevier, Amsterdam, 1971, p. 141.

de vennootschap naar Duits recht Erich Schumm GmbH, te Muurhardt, Wurtemberg, Bondsrepubliek Duitsland, verweerster in cassatie, adv. Mr. R. van der Veen.

(...)

O. dat uit het bestreden arrest en de stukken van het geding blijkt:

dat de verweerster in cassatie, verder te noemen Schumm, bij exploiten van 19 en 21 nov. 1966 de eisers tot cassatie verder tezamen aan te duiden als Plastics c.s., voor de Pres. van de Rb. te Amsterdam, rechtsprekende in kort geding, heeft doen dagen en heeft gevorderd, dat de Pres. ieder der eisers tot cassatie:

(a) zou bevelen te staken en gestaakt te houden ieder vervaardigen en/of doen vervaardigen en/of verkopen en/of doen verkopen en/of onder enige titel afleveren en/of doen afleveren van na te melden schalen, dan wel van andere schalen welke op verwarringscheppende wijze op de schalen van Schumm gelijken of op de auteursrechten van Schumm inbreuk maken;

(b) zou veroordelen om bij overtreding van het sub (a) omschreven bevel aan Schumm ten titel van dwangsom te betalen f 1 000 voor iedere schaal welke de desbetreffende eiser in strijd met dat bevel mocht vervaardigen en/of doen vervaardigen en/of verkopen en/of doen verkopen en/of afleveren en/of doen afleveren; alles onverminderd de hoofdelijke aansprakelijkheid van de eisers sub 2 en 3 voor de betaling van de door eiseres sub 1 verbeurde dwangsommen;

dat Schumm tijdens de behandeling van het kort geding haar eis in diër voege heeft vermeerderd, dat zij tevens vorderde, dat de Pres. ieder der eisers zou verbieden de ter vervaardiging van hun na te noemen schalen ter hunner beschikking staande matrijzen onder enigerlei titel aan derden te leveren, alsmede om die matrijzen te gebruiken of te doen gebruiken voor de vervaardiging van schalen als bedoeld in de dagvaarding, met veroordeling van Plastics c.s. om aan Schumm ten titel van dwangsom te betalen f 50 000 voor iedere in strijd met voormeld verbod verrichte handeling;

dat Schumm daartoe stelde:

dat zij vervaardigt en onder meer in Nederland in de handel brengt zogenaamde stapelschalen, in het bijzonder geschikt voor het bewaren van voedsel in koelkasten, welke schalen van doorzichtig plastic zijn vervaardigd en een enigszins langwerpige vorm hebben, terwijl die schalen voorts aldus zijn uitgevoerd dat zij op elkander kunnen worden gestapeld zodanig dat de bodem van de bovenste schaal in normale stand de daaronder gelegen schaal afsluit en ook zodanig dat de bovenste schaal in omgekeerde stand als deksel de daaronder gelegen schaal afsluit; dat de eisers sub 1, 2 en 3 in Nederland zijn gaan vervaardigen en verhandelen (in het bijzonder door aflevering aan de eisers sub 4 en 5 die tezamen wel plegen te handelen onder de naam Pyko) en de eisers sub 4 en 5 in Nederland zijn gaan verhandelen stapelschalen welke in vorm, afmeting en wat betreft het uiterlijk van het materiaal (doorzichtig plastic) tot in detail gelijk zijn aan de vorenbedoelde

door Schumm vervaardigde en verhandelde schalen, met dien verstande slechts dat de uitsparingen resp. verhogingen aangebracht in resp. op de randen van de korte zijden der schalen enigszins anders zijn uitgevoerd; dat Plastics c.s., door te handelen als voormeld, uiteraard verwarring bij het publiek doen ontstaan; dat het zeer wel mogelijk is, zonder bezwaar stapelschalen te maken welke even deugdelijk zijn als de stapelschalen van Schumm, doch die op voor de deugdelijkheid en bruikbaarheid niet van belang zijnde punten zoals vorm en afmeting zodanig van de schalen van Schumm afwijken dat verwarring bij het publiek wordt voorkomen, althans het gevaar daarvoor aanzienlijk wordt verkleind; dat Plastics c.s. mitsdien onrechtmatig jegens Schumm handelen, immers in strijd met de zorgvuldigheid welke hun in het maatschappelijk verkeer jegens Schumm betaamt; dat, bovendien, de door Schumm ontworpen stapelschalen voorwerpen van op nijverheid toegepaste kunst zijn, waarop Schumm mitsdien auteursrecht heeft, welk recht Plastics c.s., handelend als voormeld, wordt geschonden; dat de raadsman van Schumm Plastics c.s. schriftelijk heeft gewezen op het onrechtmatige van hun handelingen met het verzoek die handelingen te staken, doch Plastics c.s. daarop in het geheel niet hebben gereageerd; dat Schumm ten gevolge van de handelingen van Plastics c.s. schade lijdt en bij voortdurend dier handelingen zal lijden en ook overigens een spoedeisend belang heeft dat aan Plastics c.s. hun voormelde handelingen worden verboden; dat ook het gebruiken of doen gebruiken van de ter beschikking van Plastics c.s. staande matrijs of matrijzen ter vervaardiging van hun vorenbedoelde schalen jegens Schumm onrechtmatig is; dat de Pres. de vorderingen van Schumm na door Plastics c.s. gevoerd verweer bij vonnis van 2 dec. 1966 heeft afgewezen;

dat Schumm van dit vonnis in hoger beroep is gekomen, en het Hof te Amsterdam bij het bestreden arrest van 16 maart 1967 het vonnis van de Pres., waarvan beroep, heeft vernietigd en de door Schumm ingestelde en tijdens de behandeling van het kort geding vermeerderde vordering, behoudens moderatie van het bedrag der gevorderde dwangsommen, heeft toegewezen;

dat het Hof daartoe heeft overwogen:

2. 'dat Schumm tegen de beslissing van de Pres. de navolgende grieven heeft aangevoerd:

grief I: ten onrechte heeft de Pres. geoordeeld dat, gegeven het gebruiksdoel, de ten processe bedoelde schaaltes — waarmede de schaaltes van beide partijen zullen zijn bedoeld — naar vorm en afmetingen praktisch en technisch dwingend bepaald zijn;

grief II: ten onrechte heeft de Pres. niet aangenomen dat de Schummschaal een werk is van op nijverheid toegepaste kunst;

grief III: ten onrechte heeft de Pres. niet aangenomen dat Plastics c.s. ook onrechtmatig handelen jegens Schumm doordat zij verwarring stichten bij het publiek, welke verwarring zij hadden kunnen voorkomen, althans aanzienlijk beperken, door aan hun schaal een andere vorm te geven, hetgeen met behoud van de

deugdelijkheid en bruikbaarheid daarvan zeer wel mogelijk zou zijn geweest;

grief IV: ten onrechte heeft de Pres. de vordering van Schumm afgewezen;

3. 'dat het Hof bij een beschouwing van de beide ten processe bedoelde producten het navolgende heeft kunnen vaststellen:

Elk van beide producten is een stel van vijf onderling gelijke schalen gemaakt van kleurloos doorzichtig plastic en aldus gevormd dat de schalen met de open zijde naar boven kunnen worden gestapeld, waarbij telkens de bodem van de bovenste schaal met een geprofileerde rand past en over een diepte van ongeveer vijf millimeter verzinkt in de open bovenzijde van de onderste schaal, welke aldus wordt afgesloten, terwijl voorts de bovenste ook met de open zijde op die van de onderste kan worden geplaatst, waarbij dan de open zijde der beide schalen op elkaar en bij de handvatten in elkaar passen, zodat zij elkander afsluiten. De schalen van Schumm en die van eiseres sub 1, hierna te noemen firma Plastics, zijn — afgezien van na te noemen verschil — nagenoeg gelijk en gelijkvormig, zodat een schaal van Schumm met de bodem geplaatst op de open bovenzijde van een schaal van firma Plastics daarin past en die schaal afsluit met slechts een geringe speling aan de korte zijde. Van de schalen van Schumm zowel als van die van firma Plastics is de bodem plat — afgezien van een kleine, vermoedelijk bij de fabricage ontstane oneffenheid in het midden — met dien verstande dat aan de onderzijde vier ronde verdikkingen als steunpunten dienst doen. De plaatsen der steunpunten zijn bij de verschillende producten nagenoeg gelijk. De omtrek aan de bodem van beide producten kan worden beschreven als een rechthoek van ongeveer 165 x 100 mm., waarvan de hoeken zijn afgerond en de rechte zijden vervangen door naar buiten staande cirkelbogen. Van boven steekt de rand aan de beide korte zijden horizontaal enigszins uit en vormt aldus twee handvatten. Twee schalen van Schumm met de open zijde op elkaar geplaatst, passen in elkaar doordat van elke schaal telkens in het ene handvat een lange smalle boogvormige verdikking is aangebracht en in het andere een daarmee corresponderende uitsparing. Bij de schalen van firma Plastics daarentegen is het in elkaar passen bereikt doordat van elke schaal elk van beide handvatten een kleine ronde verdikking en een kleine ronde uitsparing heeft;

4. 'dat het Hof na beschouwing van de schalen van Schumm van oordeel is dat die schalen, zoals hierboven beschreven, te weinig oorspronkelijk zijn met name ook van vorm en te weinig het persoonlijk stempel dragen van de ontwerper dan dat die schalen zouden kunnen worden aangemerkt als voorwerpen van op nijverheid toegepaste kunst, weshalve het Hof grief II als ongegrond verwerpt;

5. 'dat het Hof anderzijds wel de overtuiging heeft gekregen dat het produkt van Schumm op de markt van de plastic stapelschalen voor huishoudelijk gebruik voor koelkasten een eigen plaats inneemt doordat het door vorm en afmetingen zich duidelijk onderscheidt van andere plastic stapelschalen voor bedoeld gebruik,

nu toch, terwijl Schumm ter zitting van het Hof zes andere produkten heeft getoond, welke alle in vorm en afmetingen duidelijk van het produkt van Schumm — evenals trouwens van elkander — afwijken, Plastics c.s. (afgezien uiteraard van het produkt van firma Plastics) geen schalen hebben kunnen tonen, althans hebben getoond, welke sterk op die van Schumm gelijken en trouwens ook niet hebben gesteld dat zodanige andere schalen op de markt zijn;

6a. 'dat Schumm in grief I dan ook terecht heeft bestreden het oordeel van de Pres. dat de schaaltes naar vorm en afmetingen praktisch en technisch dwingend bepaald zijn door het gebruiksdoel, te weten om te dienen voor het opbergen van vlees- en andere eetwaren in een normale voor huishoudelijk gebruik bestemde koelkast;

b. 'dat van een praktisch en technisch dwingend bepaald zijn van vorm en afmetingen ook niet kan worden gesproken indien — zoals volgens Plastics c.s. is geschied — wordt uitgegaan van de kartonnen schaaltes, die kruideniers en slaggers voor gesneden vleeswaren gebruiken, en indien daarbij tevens rechte hoeken worden vermeden omdat die moeilijk zijn schoon te maken;

c. 'dat toch, nog daargelaten dat — zoals Schumm heeft aangetoond — kartonnen schaaltes voor vleeswaren van verschillende afmetingen in de handel zijn, waarvan sommige te groot zijn voor de stapelschalen van Plastics c.s., niet valt in te zien waarom de schalen nu juist vier boogvormige zijden zouden moeten hebben en ook de hoogte der schalen evenals de vorm der handvatten door de afmetingen der kartonnen schaaltes kan zijn bepaald;

7. 't.a.v. de grieven III en IV:

a. 'dat tussen partijen vaststaat dat Schumm met haar produkt eerder op de Nederlandse markt was dan Plastics c.s. en voorts dat Schumm zich in Duitsland met haar produkt een debiet had verworven voordat zij er ook in Nederland mee op de markt kwam;

b. 'dat het Hof heeft geconstateerd en Plastics c.s. trouwens niet hebben betwist dat de beide produkten een zo sterke onderlinge gelijkenis vertonen dat stelling verwarring bij het publiek is te duchten, waaraan het op de bodem van de door firma Plastics vervaardigde schaal aangebrachte merk niet kan afdoen;

c. 'dat het Hof de onderlinge gelijkenis zodanig acht dat deze in de eerder vermelde omstandigheden het vermoeden oplevert dat hier sprake is van nabootsing van het produkt van Schumm, welk vermoeden het Hof geenszins ontzenuwd acht door de blijkens het beroepen vonnis in eerste aanleg afgelegde verklaring van de getuige Koome in samenhang met de ten processe overgelegde, van deze Koome afkomstige werktekening en brief, zijnde daardoor hoogstens aannemelijk gemaakt dat de matrijs van het door firma Plastics vervaardigde produkt niet werd verkregen, door het maken van een afgietsel van de stapelschaal van Schumm;

d. 'dat naar 's Hofs voorlopig oordeel firma Plastics bij de vervaardiging van haar stapelschaal — mede in aanmerking genomen de aan het Hof getoonde stapelschalen van andere fabrikanten — zeer wel een andere

vormgeving had kunnen kiezen zonder aan de deugdelijkheid en de bruikbaarheid van haar produkt afbreuk te doen — bijvoorbeeld door de korte of lange zijden recht te laten verlopen, enigszins andere afmetingen te kiezen, andere handvatten te ontwerpen, en dergelijke — en niet kan worden gezegd dat zij heeft gedaan wat redelijkerwijs mogelijk en nodig was om te voorkomen dat door de overeenstemming der produkten van haar en Schumm de kans op verwarring zou ontstaan of zou worden vergroot;

e. 'dat Plastics c.s. derhalve naar het aanvankelijk inzicht van het Hof onrechtmatig jegens Schumm handelde door de door firma Plastics vervaardigde stapelschalen in de handel te brengen en daaraan ook niet kan afdoen hun stelling dat de schalen van Schumm nog niet in Nederland op de markt waren toen firma Plastics de matrijs voor de door haar vervaardigde schalen liet maken, nu — indien die stelling juist is — toenmaals toch te voorzien was dat de schalen van Schumm — die firma Plastics blijkbaar zo goed verkoopbaar achtte dat zij deze liet namaken — ook in Nederland op de markt gebracht zouden kunnen worden;

f. 'dat de grieven III en IV mitsdien gegrond zijn en in verband daarmee termen aanwezig zijn om — in aanmerking genomen dat niet is weersproken dat de eisers sub 2 en 3 de beherende vennoten van firma Plastics zijn — de vordering van Schumm in voege als voormeld toe te wijzen;';

O. dat Plastics c.s. dit arrest met de navolgende casatiemiddelen hebben bestreden:

(...)

O. t.a.v. het eerste middel:

dat Plastics c.s. in dit middel aanvoeren, dat het Hof de door Schumm ingestelde vorderingen niet had mogen toewijzen, omdat:

1. Plastics c.s. naar 's Hofs oordeel niet ten eigen voordele en niet tot mogelijk nadeel van Schumm gebruik hebben gemaakt van de inspanning, het inzicht of de kennis van Schumm om eigen kosten te besparen, maar ten hoogste door het zien van het model van de schalen van Schumm kunnen zijn geïnspireerd, en hun gedragingen dan niet onrechtmatig zijn;

2. uit het bestreden arrest volgt, dat naar 's Hofs oordeel de zorgvuldigheid in het verkeer medebracht, dat Plastics c.s. reeds bij voorbaat rekening moesten houden met de mogelijkheid dat Schumm haar schalen ook op de Nederlandse markt zou brengen, en dit neerkomt op een soort marktreservering en monopoliepositie, waartegen het EEG-verdrag zich verzet;

3. het Hof bij de beoordeling in hoever de schalen van Schumm wat vormgeving betreft een eigen plaats innemen, zich heeft beperkt tot een vergelijking van uitsluitend plastic schalen voor huishoudelijk gebruik en geen rekening heeft gehouden met de door Plastics c.s. in afbeelding en model in het geding gebrachte pyrex glazen schaal;

4. het Hof, door te overwegen dat firma Plastics een andere vorm had kunnen kiezen zonder aan de deugdelijkheid en bruikbaarheid van haar produkt afbreuk te doen, van een onjuist criterium is uitgegaan, daar niet

beslissend is wat Plastics c.s. hadden kunnen doen, maar wat zij hadden moeten doen;

5. het Hof in ander verband overwoog, dat de schalen van Schumm te weinig oorspronkelijk zijn, met name ook van vorm, en te weinig het persoonlijk stempel van de ontwerper dragen om bescherming krachtens de Auteurswet 1912 te genieten, en ook reeds op deze grond het beroep van Schumm op onrechtmatige nabootsing had moeten worden afgewezen;

Overwegende daaromtrent:

dat de onder 1 omschreven klacht feitelijke grondslag mist, daar het Hof in het bestreden arrest niet een oordeel heeft uitgesproken als in deze klacht wordt weergegeven;

dat de onder 2 omschreven klacht eveneens feitelijke grondslag mist, daar het Hof niet heeft overwogen dat Plastics c.s. bij voorbaat rekening moest houden met de mogelijkheid dat Schumm haar schalen op de Nederlandse markt zou brengen, maar dat, toen firma Plastics de matrijs voor de door haar vervaardigde schalen liet maken, te voorzien was dat dit zou gebeuren, hetgeen betekent dat het Hof heeft aangenomen, dat dit toen een aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid was;

dat de onder 3 omschreven klacht niet tot cassatie kan leiden, omdat het Hof bij zijn beoordeling of de plastic schalen van Schumm met betrekking tot de vorm een eigen plaats innemen, slechts met de overgelegde plastic schalen behoefde rekening te houden, en niet met schalen van ander materiaal;

dat de onder 4 omschreven klacht ongegrond is, daar de bij nabootsing van het produkt van een ander in acht te nemen zorgvuldigheid verplicht, om bij die nabootsing alles te doen wat redelijkerwijs mogelijk en nodig is om te voorkomen dat door gelijkheid de kans op verwarring ontstaat of vergroot wordt;

dat dus de mogelijkheid om een andere vormgeving te kiezen zonder daarmee aan de deugdelijkheid en de bruikbaarheid van zijn produkt afbreuk te doen, tevens de verplichting medebrengt zulks te doen, en dit in 's Hofs arrest voldoende tot uitdrukking komt;

dat ten slotte de onder 5 omschreven klacht geen doel treft, omdat ook onrechtmatig kan zijn nabootsing van een produkt dat niet in de zin van de Auteurswet 1912 oorspronkelijk is of het persoonlijk stempel van de ontwerper draagt;

dat het eerste middel mitsdien faalt;

Overwegende tan aanzien van het tweede middel:

dat de Hoge Raad dit middel aldus begrijpt, dat Plastics c.s. zich door de toewijzing van de vorderingen van Schumm door het Hof gegriefd achten, omdat:

1. het onderwerp van het geschil slechts betreft gewone huishoudelijke artikelen, waarbij de vorm voor het publiek niet of nauwelijks een rol speelt; 2. de schalen van Plastics c.s. technisch beter zijn dan die van Schumm;

3. het Hof ten onrechte besliste, dat de schalen van Schumm wat vorm en afmeting betreft een eigen plaats op de Nederlandse markt innemen;

4. Plastics c.s. niet alleen in het najaar van 1966 bij de Octrooiraad hebben doen informeren, of Schumm een octrooi op dit gebied had, maar ook duidelijk een ande-

re en betere conclusie van bevestiging op hun schalen hebben toegepast, en aldus, voor zover dit voor de deugdelijkheid en bruikbaarheid van hun schalen mogelijk was, een andere vormgeving hebben gekozen;

5. het Hof ten onrechte heeft overwogen, dat van een praktisch en technisch dwingend bepaald zijn van vorm ook niet kan worden gesproken, indien wordt uitgegaan van de door kruideniers en slaggers voor gesneden vleeswaren gebruikte kartonnen schaaltes; dat immers de schaal van Plastics c.s. anders zou zijn uitgevallen, indien aan de ontwerper van die schaal een kartonnen bakje van andere afmetingen ter beschikking zou zijn gesteld;

6. uit 's Hofs overweging, dat ten hoogste aannemelijk is gemaakt, dat de matrijs van Plastics c.s. niet werd verkregen door het maken van een afgietsel van de stapelschalen van Schumm, volgt dat Plastics c.s. geen misbruik hebben gemaakt van door Schumm voor haar matrijs aangewende moeite en kosten;

7. Plastics c.s. uitgaande van het beginsel dat ieder aan zijn industriële produkten een zo groot mogelijke deugdelijkheid en bruikbaarheid mag geven, niet kunnen inzien, welke inbreuk zij hebben gemaakt op de van hen te verlangen zorgvuldigheid en betamelijkheid in het maatschappelijk verkeer en welke oneerlijke handeling hun kan worden verweten, en het Hof heeft nagelaten aan te geven, waaruit deze inbreuk en deze oneerlijkheid moet worden afgeleid;

8. het Hof niet heeft onderzocht, of de in zijn arrest als mogelijk aangegeven wijzigingen in de vormgeving van de stapelschalen van Plastics c.s. hen in conflict zouden kunnen brengen met producenten van andere stapelschalen;

9. Plastics c.s. ten tijde dat firma Plastics opdracht gaf tot het maken van een matrijs voor haar stapelschalen niet van het bestaan van de schalen van Schumm afwisten, zodat het Hof ten onrechte vaststelde, dat firma Plastics de schalen van Schumm blijkbaar zo goed verkoopbaar achtte, dat zij deze liet namaken, welke vaststelling ook niet naar de eis der wet met redenen is omkleed;

10. Plastics c.s. naderhand ter voorkoming van verwarring bij het publiek in de door hen in het verkeer gebrachte stapelschalen een duidelijk handelsmerk hebben aangebracht;

11. t.a.v. een oplettend publiek geen gevaar voor verwarring bestaat;

12. het Hof geen bijzondere omstandigheden heeft vastgesteld, waaruit blijkt dat Plastics c.s. zich opzettelijk aan oneerlijke concurrentie hebben schuldig gemaakt;

Overwegende omtrent deze grieven:

dat het Hof in het bestreden arrest onder meer heeft vastgesteld:

a. (in rechtsoverweging 5): dat het produkt van Schumm op de markt van plastic stapelschalen voor huishoudelijk gebruik voor koelkasten een eigen plaats inneemt, waarmede het Hof kennelijk tot uitdrukking heeft willen brengen, dat het produkt van Schumm onderscheidend vermogen heeft;

b. (in rechtsoverweging 7b) : dat de produkten van partijen een zo sterke gelijkenis vertonen, dat verwarring bij het publiek te duchten is, waaraan niet kan afdoen het op de bodem van de door firma Plastics vervaardigde schaal aangebrachte merk;

c. (in rechtsoverwegingen 7c en 7e): dat hier sprake is van nabootsing van het produkt van Schumm en dat firma Plastics de schalen van Schumm blijkbaar zo goed verkoopbaar achtte, dat zij deze liet namaken;

d. (in rechtsoverweging 7d): dat firma Plastics bij de vervaardiging van haar stapelschalen een andere vormgeving had kunnen kiezen, zonder aan de deugdelijkheid en bruikbaarheid van haar produkt afbreuk te doen;

dat deze vaststellingen van feitelijke aard zijn en dus in cassatie niet ten toetse kunnen komen;

dat de hierboven onder 1 en 3 weergegeven grieven afstuiten op 's Hofs sub a omschreven vaststelling;

dat de hierboven onder 10 en 11 weergegeven grieven afstuiten op 's Hofs sub b omschreven vaststelling;

dat de hierboven onder 2 en 9 omschreven grieven, alsmede de onder 12 omschreven grief voor zover deze hieronder niet nader wordt behandeld, afstuiten op 's Hofs sub c omschreven vaststellingen, daar deze impliceren dat firma Plastics het produkt van Schumm opzettelijk heeft nagebootst, dat dit produkt haar toen bekend was en dat eisers sub 4 en 5 hiervan op de hoogte zijn;

dat de onder 9 weergegeven grief overigens ook zou moeten worden verworpen, omdat Plastics c.s. in de feitelijke instanties niet hebben aangevoerd, dat zij van het bestaan van de schalen van Schumm niet op de hoogte waren, toen firma Plastics een ontwerp voor haar schaal liet vervaardigen;

dat de hierboven onder 4 weergegeven grief afstuit op 's Hofs sub d omschreven vaststelling;

dat het niet ter zake doet dat Plastics c.s. in het najaar van 1966 bij de Octrooiraad hebben doen informeren of Schumm een octrooi op dit gebied had, daar het in dit geding niet om octrooibreuk, maar om al dan niet onrechtmatige nabootsing gaat;

dat voorts uit 's Hofs vorenomschreven vaststellingen in onderling verband en samenhang volgt, dat het Hof, anders dan in de onder 7 en ook in de onder 12 weergegeven grief wordt betoogd, zijn beslissing dat de door Schumm aan Plastics verweten gedragingen onrechtmatig jegens Schumm zijn, in kort geding voldoende met redenen heeft omkleed, zodat de onder 7 weergegeven grief, evenals in dit opzicht de onder 12 weergegeven grief, feitelijke grondslag mist;

dat hierbij buiten beschouwing kan blijven, of de te dezen bedoelde gedragingen van Plastics c.s. als 'oneerlijk' moeten worden aangemerkt, daar het er alleen op aan komt, dat die gedragingen in strijd zijn met de zorgvuldigheid welke Plastics c.s. in het maatschappelijk verkeer betaamt met betrekking tot de schalen van Schumm;

dat tenslotte ook de onder 5, 6 en 8 weergegeven grieven niet tot cassatie kunnen leiden; die sub 5 niet, omdat de daarin bestreden overweging uitgaat van een door het Hof onderzochte veronderstelling welke 's

Hofs beslissing niet draagt; die sub 6 niet, omdat het niet-bewezen zijn, dat firma Plastics haar produkt heeft verkregen door het maken van een afgietsel van de stapelschalen van Schumm, er niet aan in de weg staat dat het Hof op andere gronden de door Schumm aan Plastics c.s. verweten gedragingen onrechtmatig jegens Schumm kon achten; die sub 8 niet, omdat de omstandigheid dat de in het arrest aangegeven wijziging in de vormgeving van de stapelschalen van Plastics c.s. hen mogelijk in conflict zou brengen met producenten van andere stapelschalen aan de door het Hof als onrechtmatig aangemerkte gedragingen van Plastics c.s. niet het onrechtmatig karakter zou ontnemen; dat dus ook het tweede middel faalt;

Overwegende t.a.v. het derde middel:

dat Schumm in haar introductieve dagvaarding en als grondslag voor haar vermeerde eis aan Plastics c.s. hun gedragingen in Nederland en op de Nederlandse markt heeft verweten;

dat het Hof blijkens de rechtsoverwegingen 5, 7a en 7e ook slechts deze gedragingen heeft beoordeeld;

dat dan ook het door het Hof onder (a) en (c) aan Plastics c.s. opgelegde verbod kennelijk alleen betrekking heeft op gedragingen van Plastics c.s. in Nederland en op de Nederlandse markt, zodat het derde middel, hetwelk naar de Hoge Raad meent te moeten begrijpen, van een andere lezing van 's Hofs arrest uitgaat, feitelijke grondslag mist;

dat de aan het slot van dit middel geuite motiveringsklachten, welke niet nader zijn omschreven, blijkens het vorenoverwogene geen doel treffen;

Verwerpt het beroep;

Veroordeelt eisers tot cassatie in de op het beroep gevallen kosten, tot aan de uitspraak van dit arrest aan de zijde van verweerster in cassatie begroot op f 52,50 aan verschotten en f 1 000 voor salaris.

Conclusie Advocaat-Generaal van Oosten.

Partijen in dit geding zijn de vennootschap naar Duits recht Erich Schumm, GmbH, en de vennootschap onder firma S.P.F. Plastics c.s., verder resp. Schumm en Plastics c.s. te noemen.

Schumm vervaardigt en brengt, o.m. in Nederland, zgn. stapelschalen van doorzichtig plastic in de handel, als nader omschreven in al. 1 der inleidende, vanwege Schumm uitgebrachte dagvaarding. Schumm stelt daarin dat Plastics, Snijders en Hijman, de oorspronkelijke gedaagden sub 1, 2 en 3, in Nederland stapelschalen zijn gaan vervaardigen en verhandelen van doorzichtig materiaal (plastic) die naar vorm, afmetingen en uiterlijk (van het materiaal) tot in bijzonderheden gelijk zijn aan de door Schumm verhandelde schalen, behoudens de afwijkingen onder 2 der inleidende dagvaarding aangewezen. Ook de gedaagden sub 4 en 5, Koyk en Pijpers, zouden deze door Plastics vervaardigde schalen hier te lande zijn gaan verhandelen. Schumm verwijt aan de oorspronkelijke gedaagden dat zij onrechtmatig handelen, immers in strijd met de hun in het maatschappelijk verkeer betamelijke zorgvuldigheid, aangezien zij, door te handelen als voorschreven 'ui-

teraard' verwarring bij het publiek zouden doen ontstaan, en omdat het zeer wel mogelijk zou zijn zonder bezwaar stapelschalen te maken, welke even deugdelijk en bruikbaar zijn als de stapelschalen van Schumm — op voor de deugdelijkheid en bruikbaarheid niet van belang zijnde punten, zoals vorm en afmetingen, zodanig van de schalen van Schumm afwijkende schalen, dat verwarring bij het publiek wordt voorkomen, althans het gevaar voor verwarring aanzienlijk wordt verkleind. De President heeft de gevraagde voorziening geweigerd bij vonnis van 2 dec. 1966, hetwelk het Hof bij het thans bestreden arrest heeft vernietigd.

Het Hof heeft overwogen dat het vermoeden gewettigd is dat Plastics het produkt van Schumm heeft nagebootst en dat Plastics de schalen van Schumm 'blijkbaar zo goed verkoopbaar achtte dat zij deze liet namaken'. Het Hof was van overtuiging dat het produkt van Schumm op de markt van de plastic schalen voor huishoudelijk gebruik voor koelkasten een eigen plaats inneemt en dat het op die markt deze plaats inneemt doordien het zich door vorm en afmetingen duidelijk onderscheidt van andere plastic schalen voor bedoeld gebruik (r.o. 3).

Het Hof beperkt aldus de markt, waar het produkt van Schumm een eigen plaats zou innemen, tot de markt van de plastic stapelschalen voor huishoudelijk gebruik voor koelkasten. Met 'de markt' bedoelt het Hof kennelijk de Nederlandse markt: ook in de rechtsoverwegingen 5, alinea's 1 en 5, is telkens sprake van de Nederlandse markt. Het Hof stelt niet vast dat het produkt van Schumm zich uiterlijk aanmerkelijk onderscheidt van andere op de markt van de plastic stapelschalen voor huishoudelijk gebruik voor koelkasten zijnde plastic stapelschalen voor huishoudelijk gebruik voor koelkasten (ik wijs in dit verband op het na te noemen arrest van 21 dec. 1956, 'drukasbak', en bepaaldelijk op de overweging t.a.v. middel II).

Eisers, Plastics c.s., delen op p. 4, al. 2, der cassatiedagvaarding mede dat hun niet duidelijk is waarom het Hof zich in r.o. 3 beperkt tot de markt van de plastic stapelschalen voor huishoudelijk gebruik voor koelkasten, en maken op p. 4, al. 3, der cassatiedagvaarding er bezwaar tegen dat het Hof, het produkt van Schumm vergelijkende met andere plastic schalen voor huishoudelijk gebruik voor koelkasten, zich beperkt tot de markt van de plastic stapelschalen voor bedoeld gebruik.

Het Hof heeft zich — waar het gaat om de eigen plaats welke het produkt van Schumm inneemt — beperkt tot de markt van de plastic schalen voor huishoudelijk gebruik voor koelkasten. Eisers voeren niet als grond voor cassatie aan dat het Hof, zich daartoe beperkende, met schending van het recht in deze nabootsingsprocedure een verkeerd uitgangspunt zou hebben ingenomen ter beantwoording van de vraag of de aan eisers verweten handelwijze onrechtmatig is. Ik herinner in dit verband aan de annotatie van Hoge Raad., onder 6, op de arresten van de Hoge Raad van 21 dec. 1956 (drukasbak), NJ 1960, 414, en van 8 jan. 1960, no. 415 (Scrabble).

Grond van hun bezwaar is dat het Hof, 'het vergelijkingsgebied' beperkende, dusdoende 'geen rekening heeft gehouden met de vorm en afmeting van een pyrex glazen schaal, waarvan eisers in cassatie een afbeelding in het geding hebben gebracht bij de MvA en die bij het pleidooi in natura aan het Hof is getoond en die in vorm en afmeting geheel overeenstemt met de schalen van beide partijen'. Door geen rekening te houden met de pyrex glazen schaal heeft het Hof m.i. het recht niet geschonden. Eenmaal de markt, waarop het produkt van Schumm een eigen plaats zou innemen, beperkende tot de markt van de plastic stapelschalen voor koelkasten in de huishouding, had het Hof schalen van ander materiaal dan plastic buiten beschouwing te laten. De door eisers aan het Hof vertoonde schaal wordt in de advertentie, waarop hij is afgebeeld, aangeduid als 'Tomado schotelwarmer'. Zou de Hoge Raad het bezwaar, gemaakt op p. 4, al. 3, der cassatiedagvaarding beschouwen als een grief tegen 's Hofs arrest, dan kan deze m.i. niet tot cassatie leiden.

Het Hof heeft als zijn voorlopig oordeel uitgesproken dat Plastics bij de vervaardiging van haar stapelschaal zeer wel een andere vormgeving had kunnen kiezen zonder aan de deugdelijkheid en de bruikbaarheid van haar produkt afbreuk te doen, bijvoorbeeld door de korte of lange zijden recht te laten verlopen, enigszins andere afmetingen te kiezen, andere handvatten te ontwerpen en dergelijke, r.o. 5. Hierbij nam het Hof in aanmerking de den Hove getoonde stapelschalen van andere fabrikanten. In middel I (cassatiedagv. p. 5, al. 1) stellen eisers dat het Hof zich in dezen had moeten afvragen of Plastics een andere vormgeving had moeten kiezen. Maar Uw Raad heeft in het vorenaangehaalde arrest van 8 jan. 1960 (Scrabble) t.a.v. het eerste middel overwogen 'dat nabootsing van het produkt van een concurrent — onverminderd de door dezen aan de Octrooiwet 1910, Stb. 313, of aan de Auteurswet 1912 te ontnemen 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', zodat althans naar de mening van de Hoge Raad, ter beantwoording van de vraag of de gestelde nabootsing van het produkt van Schumm door Plastics al of niet indruist tegen de in het maatschappelijk verkeer betamelijke zorgvuldigheid, niet relevant zou zijn of eisers op het punt van de vormgeving een andere weg hadden moeten inslaan. Handhaaft Uw Raad deze mening, dan heeft het Hof in dezen een juist criterium aangelegd.

In middel I worden verder wel meningen geuit en beschouwingen ten beste gegeven, maar eigenlijk gezegde grieven tegen 's Hofs arrest zijn in deze uitlatingen niet te onderkennen, zodat ik daaraan voorbij moge gaan.

Het Hof heeft de onrechtmatigheid van de nabootsing hierin gezocht dat Plastics niet heeft gedaan wat redelijkerwijze mogelijk en nodig was om te voorkomen dat door de overeenstemming der producten van haar, Plas-

tics, en Schumm de kans op verwarring zou ontstaan of zou worden vergroot. Volgens de Hoge Raad (de overweging t.a.v. het eerste middel in het arrest van 8 jan. 1960, Scrabble) brengt de in het maatschappelijk verkeer betamelijke zorgvuldigheid de verplichting met zich om, in geval van nabootsing van het product van een concurrent, bij de nabootsing te doen wat redelijkerwijze mogelijk en nodig is om te voorkomen dat door gelijkheid de kans op verwarring ontstaat of vergroot wordt. Uitgaande van de vermoedelijke nabootsing van het product van Schumm door Plastics, heeft het Hof m.i. aangenomen dat de nabootsing indruist tegen de in het maatschappelijk verkeer betamelijke zorgvuldigheid omdat Plastics haar verplichting heeft verzaakt om daarbij te doen wat redelijkerwijs mogelijk en nodig was ter voorkoming van een kans op het ontstaan of vergroting van verwarring. Bij deze lezing van 's Hofs arrest heeft middel II geen feitelijke grondslag, voorzover daarin (cassatiedagv. p. 8, al. 2) den Hove wordt verweten te hebben nagelaten aan te geven waarin de inbreuk, die eisers zouden hebben gemaakt op een van hen te verwachten zorgvuldigheid en betamelijkheid in het maatschappelijk verkeer, zou bestaan. Dat hun geen oneerlijke handeling kan worden verweten, neemt niet weg dat de nabootsing kan indruisen tegen de in het maatschappelijk verkeer betamelijke zorgvuldigheid. In de klacht, geuit op p. 8, al. 2, der cassatiedagv. culminereren de uitlatingen van eisers in middel II. Ik meen aan die uitlatingen te mogen voorbijgaan, alsook aan het middel voorzover het op p. 9, al. 3, opkomt tegen een in cassatie onaantastbaar oordeel, of aan eisers beschouwingen naar aanleiding van r.o. 4, al. 2, van het bestreden arrest (cassatiedagv. p. 7, al. 2 e.v.).

Middel III heeft geen feitelijke grondslag, omdat het Hof blijkt r.o. 5, al. 1, en r.o. 5, al. 5, in fine, de markt beperkt tot de Nederlandse markt.

Eisers betwisten in cassatie niet de door het Hof aangenomen kans op het ontstaan of vergroting van de kans op verwarring. Met kans op verwarring kan m.i. niet anders bedoeld zijn dan dat op de markt, waarop het product van Schumm een eigen plaats zou innemen, dit product door huishoudelijk artikelen kopend publiek verward zou kunnen worden met het product dat eisers in de handel brengen. Zodanige kans op verwarring zou m.i. alleen denkbaar zijn in de vooronderstelling dat het product van Schumm, dat nagebootst zou zijn, als zodanig op die markt bekend zou zijn en het publiek op die markt die bekendheid zou associëren met een voorstelling van de herkomst en de deugdelijkheid van dit product (vgl. Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht I, 9e Aufl., 1964, p. 403, no. 254, p. 406, nrs. 258 en 240). Het is mogelijk dat het Hof, ervan overtuigd dat het product van Schumm op de markt van de plastic stapelschalen voor huishoudelijk gebruik voor koelkasten een eigen plaats inneemt, daarmee tot uitdrukking wil brengen dat het er van overtuigd is dat het product van Schumm bij het publiek op de door het Hof bedoelde markt deze gekwalificeerde bekendheid geniet. Zou dit zo zijn dan zou, anders dan het Hof in r.o. 5, al 2, met betrekking tot de bij het publiek te

duchten verwarring overweegt, het merk, dat is aangebracht op de bodem van door Plastics vervaardigde schaal, wel relevant zijn.

De voorgestelde middelen zullen m.i. niet kunnen slagen. De motiveringsklachten aan het slot van middel III zijn zo vaag zo weinig gesubstantieerd, dat daarop in cassatie niet kan worden ingegaan. De klacht dat de overwegingen van het aangevallen arrest de gegeven beslissing niet kunnen dragen is naar haar aard een klacht wegens ongenoegzaamheid der redengeving, welke door de Hoge Raad in het algemeen niet wordt erkend als grond voor cassatie wegens vormverzuim (HR 11 mei 1929, NJ 1929, p. 1229, n. P.S., t.a.v. het eerste middel).

Ik acht het discutabel of het Hof in r.o. 3 van zijn arrest wel een juist uitgangspunt heeft gekozen, en of de schalen van Schumm wel 'wettbewerblische Eigenart' hebben, een objectief vereiste, waaraan voldaan moet zijn wil er sprake kunnen zijn van ontoelaatbare mededinging in de vorm van ongeoorloofde nabootsing (vgl. Baumbach-Hefermehl, o.c. p. 404, no. 255).

Ik meen te moeten concluderen tot verwerping van het cassatieberoep en tot veroordeling van de eisers in de kosten, welke aan de zijde van de verweerster op de voorziening zijn gevallen.