

Hoge Raad, 12 juni 1970, Tomado-kleerhanger**SLAAFSE NABOOTSING****Standaardisatie**

- [Nabootsing die tegemoet komt aan wensen van afnemers t.a.v. uiterlijk of eigenschappen – incl. standaardisatie – op zichzelf niet onrechtmatig](#)

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;

- [Geldt ook indien een niet te verwaarlozen groep geen behoefte heeft aan die standaardisatie](#)

dat, anders dan het Hof meent, het voorgaande ook geldt, indien — zoals in dit geval door het Hof is vastgesteld — een niet te verwaarlozen groep afnemers geen behoefte heeft aan een zodanige standaardisatie; dat hierdoor immers niet wordt uitgesloten, dat Hazenveld een redelijk belang heeft bij dat deel van de markt voor klerenhangers, waar een standaardisatie overeenkomstig het Tomadomodel wel wordt gewenst

- [Deugdelijkheid en bruikbaarheid ziet ook op economisch opzicht](#)

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 m.b.t. 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;

Vindplaatsen: NJ 1970, 434

Hoge Raad, 12 juni 1970

(De Jong, Peters, Ras, Minkenhof, Drion)

(...).

Gezien de stukken;

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

dat verweerster in cassatie — Tomado — bij exploitatie van 6 nov. 1968 de eiseres tot cassatie — Hazenveld — heeft gedaagd voor de Pres. van de Rb. te 's-Hertogenbosch, rechtsprekend in kort geding, daarbij stellende o.m.:

'dat Hazenveld sedert de zomer van 1968 vervaardigt, verkoopt en levert plastic klerenhangers voor het ophangen van japonnen, rokken en dergelijke, welke hangers op enkele onbetekenende details na getrouwe copieën zijn van de door Tomado voordien reeds vervaardigde, verkochte en afgeleverde plastic klerenhangers; dat hetzelfde geldt ten aanzien van door Tomado vervaardigde en in de handel gebrachte metalen rok- en broekhangers, voorzien van een sluiting gelijk aan die van een veiligheidssplend met enkele of dubbele knik in een der benen van de hanger; dat door deze nabootsing van Tomado 's produkten, welke volgens Tomado onnodig is, aangezien Hazenveld zonder aan de deugdelijkheid en bruikbaarheid van de hangers afbreuk te doen evengoed andere wegen had kunnen inslaan, Hazenveld verwarring sticht bij de kopers, in hoofdzaak confectioneurs en confectiebedrijven doch ook particulieren, althans deze verwarring te duchten is, hetgeen met zich brengt, dat Hazenveld door de nabootsingen van Tomado 's produkten te vervaardigen, te verkopen en af te leveren, jegens Tomado onrechtmatig handelt en haar schade toebrengt, bestaande in vermindering van haar omzet en winst; dat zij recht en belang heeft om tegen dit onrechtmatig handelen van Hazenveld een voorziening bij voorraad te vragen en dat de zaak spoedeisend is aangezien zij door de onrechtmatige daden reeds schade lijdt waarvan te voorzien is dat deze in de toekomst zal toenemen;'; dat Tomado op deze gronden heeft gevorderd, dat de Pres. in kort geding bij vonnis uitvoerbaar bij voorraad en op de minuut;

1. aan Hazenveld zou verbieden een plastic hanger voor het ophangen van japonnen, rokken en dergelijke, als eerder omschreven en ten processe overgelegd, te vervaardigen, te doen vervaardigen, in voorraad te hebben of ten welken titel ook af te leveren;

2. aan Hazenveld zou verbieden metalen hangers, voor het ophangen van broeken of rokken en dergelijke, als eerder omschreven en ten processe overgelegd, zowel in de uitvoering met zogenaamde enkele knik als in de uitvoering met zogenaamde dubbele knik, te vervaardigen, te doen vervaardigen, in voorraad te hebben, of ten welken titel ook af te leveren;

3. dat Hazenveld zou veroordelen om aan haar — Tomado — ten titel van dwangsom te voldoen de som van tienduizend gulden voor elke overtreding van een van de onder ten eerste of ten tweede gevorderde verboden;

dat na verweer van Hazenveld de Pres. deze vordering heeft afgewezen, na te hebben overwogen:

'1. dat tussen pp. vaststaat: dat zowel Tomado als Hazenveld klerenhangers fabriceren en in het verkeer

brengen; dat Tomado sedert febr. 1968 een nieuw type plastic kleerhangers aan haar klanten aflevert, en voorts, na eerst alleen hangers met een enkele knik te hebben gemaakt, in het voorjaar van 1968 offerte heeft gedaan van een nieuw type metalen rok- en broekhangers, voorzien van veiligheidsspeldsluitingen, en een dubbele knik in een der benen, om de rokken en broeken beter te kunnen klemmen; dat Hazenveld sedert de zomer van 1968, en in ieder geval na Tomado, ook harerzijds nieuwe plastic kleerhangers en metalen rok- en broekhangers is gaan vervaardigen en verhandelen; en dat Hazenveld's produkten qua uiterlijk, vorm en maten, de maten van de inkepingen, de versterkingsribben, de materiaaldikten, de sluitingen en de knikken, enz., identiek zijn aan Tomado's artikelen, en slechts daarvan afwijken in enkele onbetekenende details, als de vermelding van de naam van de fabrikant;

2. dat Tomado thans stelt, dat Hazenveld, door 'Chinese Copies' te maken van Tomado's nieuwe kleerhangers, die prioriteit en onderscheidend vermogen hebben, zich schuldig maakt aan onrechtmatig slaafse nabootsing, en daardoor verwarring sticht; op grond waarvan Tomado vordert dat Wij aan Hazenveld haar imitaties zullen verbieden;

3. dat Hazenveld de vergaande overeenkomst tussen de litigieuze kleerhangers niet betwist, doch aanvoert, dat Tomado's kleerhangers als standaard-modellen in de betreffende branche gelden, zodat zij, al zijn zij door Tomado ontworpen, toch vrijelijk door een ieder nagemaakt mogen worden, en door Tomado niet kunnen worden gemonopoliseerd;

4. dat Wij, i.v.m. Tomado's stellingen en Hazenveld's verweer, eerst enige beschouwingen zullen houden over markten met variabele en gestandaardiseerde produkten; vervolgens de betekenis van een en ander zullen onderzoeken voor de onrechtmatigheid van nabootsing; en tenslotte, aan de hand van Onze voorafgaande beschouwingen, zullen vaststellen, of Tomado's kleerhangers inderdaad standaard-modellen zijn, die vrijelijk mogen worden nagemaakt;

5. dat op de normale, niet gestandaardiseerde, markt artikelen worden verhandeld, die, voor wat hun wezenlijke functie betreft, overeenkomen en met elkaar concurreren, doch in hun concrete kwaliteit en uitvoering verschillen, wat de keuze-mogelijkheid vergroot; dat op een dergelijke markt voor variabele produkten, de eigen 'image' der produkten, waardoor deze zich van soortgelijke produkten van concurrenten onderscheiden, voor de fabrikant van wezenlijke betekenis is; dat de fabrikant immers juist door dat eigen 'image' zijn produkten bekend maakt en een vaste plaats op de markt verschaft, doordat het 'image' eerst de aandacht van de klanten trekt, en vervolgens, als het produkt goed gevallen is, hun trouw verwerft en vasthoudt, waardoor goodwill ontstaat, die de klanten van het produkt der concurrenten verwijderd houdt; dat het 'image' die rol weet te spelen, al is het technisch vaak van slechts ondergeschikte betekenis, en al hangt het dikwijls van uiterlijkheden af; maar het 'image' geen monopoliepositie kan verschaffen, omdat iedere fabrikant zijn eigen 'image' kan opbouwen;

6. dat echter een markt met variabele produkten zijn bezwaren heeft, omdat ieder produkt zijn speciale eigenschappen vertoont, en apart beoordeeld en behandeld moet worden, zodat de verschillende produkten onderling niet verwisselbaar zijn; dat laatstgenoemde inconvenienten soms tot standaardisatie leiden, doordat men zich tot een of enkele algemene typen gaat beperken en de andere uitvoeringen, hoewel zij op zichzelf technisch, en mogelijk ook esthetisch en economisch, bruikbaar zouden zijn, om redenen van eenvormigheid uit de markt gestoten worden; dat het gevolg van standaardisatie is, dat de verschillende artikelen met elk hun eigen 'image' verdwijnen en vervangen worden door algemene modellen, waaraan alle genormaliseerde produkten voldoen, zonder dat men uit het gestandaardiseerde model nog kan afleiden, welke fabrikant het heeft gemaakt, zodat het model ook geen functie meer voor de goodwill kan hebben; en dat op de gestandaardiseerde markt de standaard-modellen een monopoliepositie bezitten, en concurrentie daartegen praktisch uitgesloten is;

7. dat de vraag, of een bepaalde markt al dan niet gestandaardiseerd is, naar Onze mening is een feitelijke kwestie, terwijl door waarneming van het economisch leven moet worden vastgesteld, of i.c. van een gestandaardiseerde markt kan worden gesproken: worden op een markt vele variabele produkten verhandeld, dan is die markt vrij, doch werkt men met een of enkele standaarden, accepteert men alleen producten, die aan de standaarden voldoen, en sluit men andere producten om redenen van uniformiteit uit, dan is de markt gestandaardiseerd; dat dergelijke standaardisatie doorgevoerd kan worden, hetzij door de macht van de verkopers, als dezen alleen gestandaardiseerde modellen aanbieden, hetzij door de macht van de kopers, als dezen slechts standaard-modellen afnemen, hetzij door hun onderlinge samenwerking, als zij beiden hun invloed doen gevoelen; dat standaardisatie dus op verschillende wijzen tot stand kan komen, en voorts zowel uitdrukkelijk afgesproken kan worden als geleidelijk kan groeien; dat, ook op een gestandaardiseerde markt, het introduceren van verbeterde typen nog altijd mogelijk is, en zulks die markt nog niet vrij maakt, mits maar geen concurrentie met variabele typen ontstaat, doch de markt de nieuwe typen als standaard-modellen aanvaardt en algemeen maakt, onder uitsluiting van vorige typen; en dat ook hier het gedrag van de interessanten beslissend is, en de waarneming van dat gedrag uitkomst moet bieden;

8. dat Wij thans de betekenis moeten onderzoeken van de voorgaande beschouwingen voor de leer van de onrechtmatigheid van slaafse nabootsing; dat volgens die leer het nagebootste product prioriteit en 'onderscheidend vermogen' moet hebben; dat volgens die leer het nabootsende product teveel van het eigen gezicht van het nagebootste product moet hebben meegekregen, waardoor verwarringsgevaar moet zijn ontstaan, tengevolge waarvan de nabootser kan profiteren van de goodwill van het nagebootste product, of die goodwill dreigt te verwateren; dat tenslotte, volgens die leer, de nabootser mag overnemen, wat voor de deugdelijkheid

en bruikbaarheid van zijn product nodig is, doch, om verwarringsgevaar zoveel mogelijk te keren, op ondergeschikte punten een andere weg moet inslaan; dat, gelijk opgemerkt, op de markt voor variabele producten inderdaad ieder artikel zijn eigen 'image' heeft, en dat 'image' een belangrijk concurrentiemiddel is om goodwill te kweken; dat echter op de markt van gestandaardiseerde producten een afwijkend uiterlijk juist funest is en tot uitstoting leidt; dat voorts op de variabele markt, waar iedere fabrikant zijn producten een eigen 'image' geeft, een product, dat op een ander product lijkt, het vermoeden doet rijzen dat het van dezelfde fabrikant afkomstig is, waardoor verwarringsgevaar ontstaat, en men van andermans goodwill kan profiteren, of die kan verwateren; dat echter op de gestandaardiseerde markt alle producten aan de standaard voldoen, zodat de standaard algemeen en soortelijk is, geen eigen 'image' aan de produkten geeft, en ook geen vermoeden doet rijzen omtrent hun fabrikant; dat bovendien op de variabele markt de producten slechts in hun wezenlijke functie, doch niet in hun uiterlijke verschijningsvorm, op elkaar behoeven te gelijken, zodat zij wezenlijk gelijk, deugdelijk en bruikbaar, en toch uiterlijk verschillend kunnen zijn; dat echter op de gestandaardiseerde markt alle producten aan de standaard moeten voldoen, zodat zulks essentieel is voor de deugdelijkheid en bruikbaarheid, en afwijking weliswaar technisch mogelijk is, doch economisch geheel onrendabel; dat tenslotte op de variabele markt het eigen 'image' telkens slechts een gedeelte van de markt geeft, en men kan concurreren door een eigen 'image' op te bouwen; dat echter op de gestandaardiseerde markt de standaard-modellen het monopolie hebben, en afwijking van de standaard iedere concurrentie uitsluit; en dat uit het bovenoverwogene volgt, dat de leer over de onrechtmatigheid van slaafse nabootsing kennelijk slechts betrekking heeft op de markt voor variabele produkten, en op de markt voor gestandaardiseerde producten geen toepassing kan vinden, weshalve het nabootsen van standaardproducten vrij is, tenzij wellicht auteurs-, octrooi- of dergelijke rechten zich daartegen verzetten;

9. dat Wij thans nog moeten vaststellen, of de litigieuze kleerhangers inderdaad als standaard-modellen moeten worden beschouwd;

10. dat Hazenveld in deze heeft gesteld en door producties gestaafd: dat, sinds de opkomst van het zogenaamde 'hangende vervoer', ongeveer tien jaar geleden, de fabrikanten van kleerhangers hun producten vrijwel uitsluitend aan de confectiebedrijven afleveren, en de confectiebedrijven hun kledingstukken op die kleerhangers naar de grootwinkelbedrijven doorsturen; dat de grootwinkelbedrijven echter dezelfde kleerhangers wensen voor al hun waren, en daardoor de behoefte aan standaardisatie is opgekomen; dat vervolgens in samenwerking tussen de Nederlandse fabrikanten voor kleerhangers (echter, als Wij het goed begrijpen, buiten Tomado om), de Nederlandse Economische Vereniging voor de Loos en de grote kledingmagazijnen (waaronder C. en A.) tot standaardisatie van de kleerhangers besloten is; dat sindsdien de

kleerhangers van de verschillende fabrikanten, qua uiterlijk, vorm en maat, voor een buitenstaander niet meer te onderscheiden zijn; dat, na het tot stand komen van de standaardisatie, de NEVEC meerdere malen gedetailleerde voorschriften gegeven heeft, bijvoorbeeld de overgelegde 'Technische Omschrijving Uniforme kleerhangers' van 8 nov. 1965; dat de standaardisatie aanvankelijk de destijds nog vrijwel uitsluitend gebruikte houten hangers heeft betroffen, doch zich later ook over de plastic kleerhangers heeft uitgestrekt; dat, wanneer de fabrikanten nieuwe modellen voor kleerhangers ontwikkelen, de NEVEC steeds gesteld heeft, dat zij geen monopolie zou accepteren, en ook andere fabrikanten de nieuwe modellen moeten kunnen namaken; en dat zulks ook steeds door een ieder is geaccepteerd, totdat Tomado moeilijkheden is gaan maken;

11. dat Wij, nu Tomado een en ander niet serieus heeft betwist, van oordeel zijn, dat kleerhangers op de Nederlandse markt als gestandaardiseerde producten moeten worden beschouwd, zij het dat het standaardisatieproces wellicht nog niet geheel is voltooid; dat het nu wel mogelijk is, dat de buitenlandse markten niet gestandaardiseerd zijn, of andere standaarden aanwenden — gelijk blijkt uit de door Tomado vertoonde buitenlandse kleerhangers — doch de Nederlandse markt Ons inziens in deze beslissend is; dat Tomado voorts blijkbaar niet met de standaardisatie heeft ingestemd doch, gelijk boven uiteengezet, de standaardisatie een feitelijk gegeven is, en ook door de kopers-alleen in het leven kan worden geroepen, zodat het gedrag van de NEVEC, gesteund door de kledingbedrijven, in deze de doorslag geeft; dat Tomado, als zij zich tot een gestandaardiseerde markt wendt, de daar heersende spelregels moet kennen en in acht moet nemen, en zij derhalve geen aanspraak kan maken op de rechtsbescherming, die haar op een variabele markt zou zijn toegekomen, ook al is de standaardisatie niet van haar uitgegaan; en dat daaruit volgt, dat Hazenveld Tomado's producten, nu die als standaard-modellen moeten worden beschouwd, vrijelijk mag namaken, weshalve Tomado's vordering moet worden afgewezen;

12. dat Tomado nog wel heeft aangevoerd, dat C. en A. in de overgelegde 'Speciale Instructie voor leveringen aan haar Japonafdeling 'Tomado'-kledingbeugelsals speciale producten met een onderscheidend vermogen behandelt, doch Wij, nu Hazenveld de standaardisatie van de markt voor kleerhangers afdoende heeft aangetoond, in die instructie niet meer zien dan de verwijzing naar een nieuwe standaard, die Tomado weliswaar het eerst heeft geïntroduceerd en zo van haar naam voorzien, doch daarom nog niet mag monopoliseren, hebbende C. en A., welk bedrijf zelf ook aan de standaardisatie heeft meegedaan, kennelijk veeleer bedoeld op de algemene vorm, dan op het speciale product;';

dat Tomado van deze uitspraak in hoger beroep is gekomen bij het Hof te 's-Hertogenbosch;

dat bij het bestreden arrest het Hof het vonnis van de Pres. heeft vernietigd en Hazenveld heeft verboden, een plastic hanger voor het ophangen van japonnen, rokken

en dergelijke, zoals ten processe bedoeld en overgelegd, te vervaardigen, te doen vervaardigen, in voorraad te hebben of ten welken titel ook af te leveren; metalen hangers, voor het ophangen van broeken en rokken en dergelijke als ten processe bedoeld en overgelegd, zowel in de uitvoering met zogenaamde enkele knik als in de uitvoering met zogenaamde dubbele knik, te vervaardigen, te doen vervaardigen, in voorraad te hebben, of ten welken titel ook af te leveren; en Hazenveld heeft veroordeeld om aan Tomado ten titel van dwangsom te voldoen de som van tienduizend gulden voor elke overtreding van een van de onder ten eerste of ten tweede gevorderde verboden; zulks na o.m. te hebben overwogen:

1. dat het in het beroepen vonnis vervatte oordeel, dat de slaafse nabootsing door Hazenveld van de litigieuze producten van Tomado 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 Tomado de litigieuze hangers op de markt bracht was deze in feite sinds 1964/1965 gestandaardiseerd en op deze markt zijn Tomado 's kleerhangers als standaardmodellen aanvaard;

2. dat de grief, voor zover deze zich in enig onderdeel 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 wijzigingen aan te brengen zonder aan de deugdelijkheid en bruikbaarheid van het product 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;

3. dat Tomado m.b.t. de eerstgenoemde overweging voorts heeft opgeworpen, dat, indien inderdaad zou moeten worden aangenomen dat haar oorspronkelijke producten tot standaardmodellen op de klenghangersmarkt 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 ontnemen om deze te copieren, doch dat het Hof ook deze opwerping ongegrond acht, aangezien het met de Pres. 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 Tomado) — tenzij deze op zichzelf jegens Tomado onrechtmatig zou zijn, wat niet gesteld is — geen rol speelt;

4. dat op het bovenoverwogene de onderdelen 1, 2, 3, 5 en 6 van de grief afstuiten;

5. dat de overige onderdelen van de grief gericht zijn tegen de boven samengevatte tweede overweging en met name betwisten dat de litigieuze hangers van Tomado als standaard-modellen op een gestandaardiseerde markt fungeren in die voege dat daarvan afwijkende modellen geen markt vinden;

6. dat volgens Hazenveld de standaardisatie van de plastic en metalen hangers tot stand is gekomen doordat C. en A. deze als model aan haar confectioneurs heeft voorgeschreven, waarop de meeste andere confectioneurs niet alleen aan C. en A. maar ook aan hun andere afnemers het door C. en A. gewenste type hangers zijn gaan leveren, tengevolge waarvan voor andere typen hangers geen vraag meer bestond;

dat Tomado haar ontkenning dat C. en A. haar (Tomado 's) hangers als model heeft voorgeschreven, heeft gemotiveerd met een beroep op de door haar in het geding gebrachte speciale instructie van C. en A. welke door de Pres. in het beroepen vonnis vermeld en besproken is, welke betrekking heeft op plastic hangers, terwijl, naar zij onweersproken heeft gesteld, een soortgelijke instructie bestaat voor metaaldraadhangers; dat volgens Tomado uit deze instructie blijkt, dat C. en A. niet een model aan de confectioneurs voorschreef, doch een van Tomado afkomstige kleerhanger;

dat het Hof echter met de Pres. en op de door deze aangegeven grond van oordeel is, dat het de bedoeling van C. en A. is geweest om het product van Tomado voor te schrijven als model van de voortaan door haar gewenste plastic hanger, waarbij Tomado als besteladres slechts genoemd werd omdat deze over het bedoelde model beschikte;

dat de door de Pres. gegeven interpretatie van de instructie van C. en A. temeer voor het Hof aanvaardbaar is nu Tomado, die blijkbaar C. en A. wel bereid vond haar in staat te stellen om een van haar afkomstig schrijven in appel in het geding te brengen, in gebreke is gebleven door overlegging van een schriftelijke bevestiging van haar interpretatie door C. en A. de onjuistheid van die van de Pres. aan te tonen;

dat dus de grief, voor zover deze klaagt over onjuiste interpretatie van de instructie, verworpen wordt;

dat het Hof er derhalve vooralsnog van uit zal gaan, dat C. en A. van haar confectioneurs kleding wenst 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;

dat Tomado voorts heeft betwist dat dit voorschrift van C. en A. ertoe heeft geleid dat de aan de in Nederland gevestigde kledingbedrijven leverende confectioneurs uitsluitend gebruik wensden te maken van het door C. en A. gewenste model hanger;

dat aan dit laatste bij het Hof reeds twijfel is gewekt door de stelling van Hazenveld, dat de meeste confectioneurs niet alleen aan C. en A. maar ook aan hun andere afnemers het type hanger leveren, dat C. en A. wenst;

dat hieruit immers blijkt, dat in elk geval een minderheid der confectioneurs van andere modellen gebruik blijft maken en dat deze dus niet onbruikbaar en ondeugdelijk zijn;

dat, naar 's Hofs voorlopig oordeel voorts dient te worden aangenomen, dat deze minderheid geenszins te verwaarlozen is, nu niet voldoende weersproken is, dat buiten pp. in Nederland acht ondernemingen metalen hangers verkopen, welke geen van alle van het model zijn van de litigieuze hangers van Tomado ;

dat hieruit voldoende blijkt dat er nog een markt voor van Tomado 's modellen afwijkende typen hangers bestaat en dat aan Hazenveld de eis gesteld kan worden dat zij aan haar plastic en metalen hangers alsnog zodanige verschillen aanbrengt dat de thans in practisch elk opzicht bestaande identiteit en het daaruit naar 's Hofs voorlopig oordeel ook voor confectioneurs voortvloeiend verwarringsgevaar wordt weggenomen; dat het Hof m.b.t. de door Hazenveld overgelegde brieven en circulaires van de Nederlandse Economische Vereniging voor de Confectie-industrie (NEVEC) nog opmerkt, dat daaruit wel blijkt van een streven naar normalisatie van hangers, doch dat geenszins blijkt dat de door NEVEC gegeven richtlijnen algemeen worden gevolgd en dat op de kleerhangersmarkt niet, naast de door NEVEC omschreven uniforme hangers, plaats zou zijn voor hangers in vele andere vormen en uitvoeringen;

dat Hazenveld nog heeft opgeworpen, dat haar op grond van art. 1401 BW niet verboden kan worden de niet-geoctrooieerde veiligheidsspeld-sluiting en ophanging van de metalen hangers van Tomado toe te passen, doch dat een dergelijk verbod door Tomado ook niet gevraagd is en het i.c. slechts gaat om bescherming van Tomado 's van andere kleerhangers onderscheiden producten tegen ongeoorloofde nabootsing;';

O. dat Hazenveld deze uitspraak bestrijdt met het volgend middel van cassatie:

'Schending van het recht, in het bijzonder van art. 1401 BW, 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 plaatse wordt verwezen, met vernietiging van het door de Pres. in eerste aanleg in kort geding gewezen vonnis aan Hazenveld heeft verboden kleerhangers 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. en A. — zijnde de voornaamste, althans een der voornaamste gebruikers van de bewuste kleerhangers 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. en 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. en A. gewenste model hanger (zij het dat naar 's Hofs oor-

deel 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 product afbreuk te doen, en dat onder deze deugdelijkheid en bruikbaarheid ook gerekend moet 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 kleren hangers 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 product te leveren als Tomado was gelegen in een hanger, die uiterlijk zo 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 — blijkbaar — 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 Hofs 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 i.c. 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 een bepaald model te wensen, de oorzaak zijn dat verschillende leveranciers ook slechts een 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 Hofs 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 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 pp. in Nederland acht ondernemingen metalen hangers verkopen, welke geen van allen 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 Hofs arrest heeft ingesteld, doch voorwaardelijk, immers voor het geval het door Hazenveld ingestelde beroep in cassatie tot vernietiging van 's Hofs 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 artt. 1401, 1402, 1902 en 1903 BW, 48, 59, 289, 295, 332, 339, 347, 348, 349 en 353 Rv., 20 en 69 Wet RO en 175 Gw., 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 Hofs arrest niet duidelijk wat het Hof bedoelt met 'in economisch opzicht', zodat 's Hofs arrest in zoverre niet naar de eis der wet met redenen omkleed is, terwijl, zo het Hof met bruikbaarheid en deugdelijkheid in economisch opzicht gedoeld mocht hebben op economische rendabiliteit, het Hof een met 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, i.v.m. 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 gestandaardiseerde produkten althans te

dien aanzien bruikbaarheid en deugdelijkheid als bovenbedoeld te verstaan in economisch opzicht althans als economische rendabiliteit, wordende voorts uit 's Hofs arrest niet duidelijk wat het Hof bedoelt met gestandaardiseerde produkten, gestandaardiseerde markt, standaard-model, standaardisatie, en model, zodat 's Hofs arrest in zoverre niet naar de eis der wet met redenen omkleed is, hetgeen althans het geval is m.b.t. de term: model, die door het Hof gebezigd wordt nu eens als voorbeeld, dan weer als type, daarnaast als geeiste of voorgeschreven vorm, terwijl, zo het Hof bedoeld mocht hebben zich te dezen aan te sluiten bij het vonnis in eerste aanleg, 's Hofs 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 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 omstandigheden 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 NEVEC 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. en A. een belangrijk lager aandeel dan vijftig procent van de Nederlandse markt beheerst, en/of C. en A. nog steeds een massa houten 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:

O. 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 wel onrechtmatig is, indien een niet te verwaarlozen minderheid van afnemers geen behoefte heeft aan een dergelijke standaardisatie, zodat er nog een markt bestaat voor produkten die afwijken van het nagebootste model; dat de eerste twee onderdelen van het middel zich o.m. keren tegen de laatste onder 3 genoemde, opvatting van het Hof en zulks terecht;

dat, waar de bruikbaarheid van een produkt voor een belangrijk deel bepaald wordt door de wensen en behoeften van degenen voor wie het bestemd is, nabootsing van het produkt van een ander, voor zover zij nodig is om tegemoet te komen aan bij een deel van de afnemers bestaande wensen ten aanzien van uiterlijk of eigenschappen van het produkt — daaronder begrepen de wensen die verband houden met de behoefte aan standaardisatie als in 's 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 Hazenveld een redelijk belang heeft bij dat deel van de markt voor klerenhangars, waar een standaardisatie overeenkomstig het Tomadomodel wel 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. m.b.t. 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 m.b.t. 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 m.b.t. het principale beroep in cassatie ook de in het slot van het eerste onderdeel vervatte grieven tevergeefs worden voorgesteld;

O. m.b.t. 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 klerenhangars 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 klerenhangars 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 hiervoor overwogene ten principale recht kan doen;

Verwerpt het incidentele beroep in cassatie;

Vernietigt het bestreden arrest en bekrachtigt het vonnis van de Pres. van de Rb. te 's Hertogenbosch van 20 nov. 1968;

Veroordeelt Tomado in de kosten van het hoger beroep en begroot deze aan de zijde van Hazenveld op f 1065 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 1500 voor salaris.

Conclusie Advocaat-Generaal Berger

Eiseres tot cassatie (Hazenveld) heeft klerenhangars (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 klerenhangars van het model van Tomado na te maken en te verhandelen.

Aan de hand van de arresten van Uw Raad m.b.t. de zgn. slaafse nabootsing (zoals: 'Hijskraan I', 26 jan. 1953, NJ 1954 no. 90, 'Scrabble', 8 jan. 1960 NJ 1960 no. 45 en 'Cylinders', 12 nov. 1965, NJ 1966, no. 59) kan worden vastgesteld, dat nabootsing van eens anders industriële produkten slechts dan onrechtmatig is, 'indien het nagevolgde zich uiterlijk van de andere in de handel zijnde soortgelijke produkten 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 kleerhangers van Tomado prioriteit en onderscheidend vermogen hebben, terwijl evenmin is betwist, dat de kleerhangers 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 kleerhangers geen markt bestaat. De kleerhangers zijn, aldus Hazenveld, gestandaardiseerd en wel voornamelijk tengevolge van de omstandigheid, dat C. en A. aan de haar leverende confectioneurs heeft voorgeschreven, dat de te leveren kleding moet zijn opgehangen aan kleerhangers volgens het model van Tomado . Iedere kleerhanger, die afwijkt van het Tomado-model — hoe technisch en esthetisch volmaakt een dergelijke hanger ook moge zijn — is, aldus de geeerde pleiter voor Hazenveld, onverkoopbaar; er bestaat geen vraag naar. Kleerhangers, 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 kleerhangers: deze hangers passen niet in de bestaande marktverhoudingen.

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

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

'O. dat het in het beroepen vonnis vervatte oordeel, dat de slaafse nabootsing door geïntimeerde van de litigieuze produkten 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 produkten — tenzij auteurs- of octrooirechten zich daartegen verzetten — daar op de gestandaardiseerde markt produkten 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 kleerhangers als standaardmodellen aanvaard.'

In het bestreden arrest heeft het Hof de door Tomado aangevoerde grieven tegen het sub 1 samengevatte oordeel van de Pres. verworpen, doch die tegen het sub 2

samengavatte 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 kleerhangers 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 heeft nu 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 kleerhangers niettemin het door Tomado met haar model veroverde marktaandeel te infiltreren. Uiteraard zal de markt voor de afwijkende modellenhangers niet zo gunstig zijn als die welke Tomado voor haar model door toedoen van C. en A. heeft weten te verkrijgen, omdat er anders voor Hazenveld geen reden zou zijn geweest om tot copiering 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 kleerhangers heeft vervaardigd en verhandeld niet weersproken doch heeft als enig verweer aangevoerd, dat de markt van kleerhangers was gestandaardiseerd en er voor afwijkende kleerhangers 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 kleerhangers 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 kleerhangers verwarring heeft nagestreefd teneinde te bereiken, dat niet de kleerhangers van Tomado doch van haar zouden worden betrokken. Hier ligt naar mijn mening het element van misleiding, hetgeen de han-

delwijze van Hazenveld als onrechtmatig brandmerkt. Terecht heeft derhalve het Hof in rechtsoverweging 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 rechtsoverweging 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 rechtsoverweging 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 rechtsoverweging 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 Pres., 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:

‘O. 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;

O. dat appellante m.b.t. de eerstgenoemde overweging voorts heeft opgeworpen, dat, indien inderdaad zou moeten worden aangenomen dat haar oorspronkelijke produkten tot standaardmodellen op de klerenhangersmarkt 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 ontlenen om deze te copieren, doch dat het Hof ook deze opwerping ongegrond acht aangezien het met de Pres. 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 rechtsoverweging 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 hier van 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 jan. 1960 NJ 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 ontlenen 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 de 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 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 gegevens (prijs, markt, enz.) kunnen beïnvloeden. Daarnevens zou nog kunnen worden gedacht aan de eis van het onderscheidend vermogen van

het nagebootste product, 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.

1. Sedert Hijkskraan I (HR, 26 juni 1953; 1954–90 (Ph.A.N.H.); AA III, blz. 10 (H.B.)) heeft de Hoge Raad gekozen voor een regel (of constructie), welke — behoudens uitdrukkelijke wetsbepalingen, als in de Octrooiwet of de Auteurswet 1912-, nabootsing van andermans product in ruime mate toelaat en dus niet aanvaard de wel verkondigde stelling, dat het in het algemeen onrechtmatig zou zijn te ‘profiteren’ van andermans inventiviteit, inspanning en maken van kosten. Zie mijn uitvoerige noot onder Hijkskraan I, benevens Drion c.s., Onrechtmatige daad VI (Martens), nos. 100, 101 en 102; Ulmer — Baeumer — van Manen, II (1967), no. 248 en Gerbrandy, G.R.U.R. (Ausland, 1964), blz. 563.

De in Hijkskraan I geformuleerde regel is enigszins aangevuld in Scrabble (HR, 8 Januari 1960; 1960–415 (H.B.); AA X, blz. 19 (Van der Grinten); zie daaromtrent mijn noot onder Plastic bakjes (HR, 15 Maart 1968; 1968 — 268). De in Scrabble gebezigde formule is thans aangehaald in de conclusie van den A-G

2. Intussen was, althans in Nederland, nog open gebleven de vraag, of de door den Hogen Raad genoemde elementen ‘deugdelijkheid en bruikbaarheid’ alleen zien op technische uiterlijkheden of eigenschappen, dan wel of vooral het begrip ‘bruikbaarheid’ ruimer moet worden genomen en ook omvat hetgeen in de stukken wel ‘economische’ bruikbaarheid is genoemd. Indien er tengevolge van wensen van alle, of van een (groot) deel van de afnemers slechts plaats is voor een bepaald ‘model’, is het dan geoorloofd, dat een producent nabootst het ‘model’ van een vorigen producent, dat prioriteit en onderscheidend vermogen heeft?

De Hoge Raad heeft de (soms vrij ingewikkelde) formuleringen van het Hof en vooral van den President grotendeels gelaten voor wat zij zijn en beslist, dat : ‘... 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 product ... op zich zelf genomen niet onrechtmatig is ...’.

3. Aldus is de formule uit Hijkskraan I en volgende arresten (zie hierna, onder 7) niet onbelangrijk uitgebreid, althans aangevuld.

Deze aanvulling ligt in de lijn van de verwachtingen, is immers een verdere toepassing van de door den Hogen Raad nu eenmaal aanvaarde ethisch-sociale vrijheids-

beginsel. In zoverre heeft de beslissing in beginsel mijn instemming. Verg. de noot onder Hijkskraan I, t.a.p.

Maar zij roept toch ook bedenkingen op. Volgens den Hogen Raad is nabootsing op zich zelf genomen reeds niet onrechtmatig, indien slechts ‘een deel van de afnemers’ zekere wensen heeft. Ook indien ‘een niet te verwaarlozen groep afnemers’ deze wensen niet heeft (en er dus voor een afwijkend product een markt overblijft). Dan behoudt immers, aldus de Hoge Raad, de nabootser toch ‘een redelijk belang’ bij het andere deel van de markt (eerste rechtsoverweging op het principaal beroep, alinea 3).

Ik vraag mij af, of deze beslissing niet te ver gaat. Een nabootser immers zal wel altijd nabootsen, omdat hij daarvan succes verwacht bij ten minste een deel van ‘de afnemers’. Anders zou nabootsen economisch geen zin hebben. Zijn nu reeds de wensen van ‘een deel’ van de afnemers voldoende, om een redelijk belang te scheppen en ‘op zich zelf’ onrechtmatigheid uit te sluiten? Dan is nabootsing op zich zelf, — zonder ‘begeleidingsverschijnselen’, waarover hierna, onder 6 —, bijna altijd geoorloofd. President en Hof hebben, elk op eigen wijze, een grens gezocht in het begrip ‘standaardisatie’ (over welk begrip, of woord ik nu niet uitweid, want de Hoge Raad heeft daaromtrent niets beslist). De Hoge Raad daarentegen heeft het woord, of begrip, standaardisatie wel genoemd, maar, — zie de woorden ‘daaronder begrepen’ in de eerste overweging op het principaal beroep, tweede alinea —, zijn beslissing veel ruimer geformuleerd.

4. ‘s Hogen Raads beslissing houdt implicite in, dat naar zijn oordeel Hazenveld niet ‘even goed’ een andere weg had kunnen volgen. Een afwijkende hanger was voor Hazenveld niet ‘even goed’ verkoopbaar.

5. Aandacht verdient voorts de beslissing van den Hogen Raad ten aanzien van het clement ‘verwarring’. Te dien aanzien heeft, dunkt mij, in de stukken enige ... verwarring bestaan, een verwarring, welke door den Hogen Raad is rechtgetrokken. De Hoge Raad immers heeft in zijn vorige arresten sedert Hijkskraan I het element verwarring alleen geeist ten aanzien van die uiterlijkheden of eigenschappen, welke niet relevant waren voor deugdelijkheid of bruikbaarheid en ten opzichte waarvan even goed een andere weg ingeslagen had kunnen worden. Hier ging het om een eis van (‘economische’) bruikbaarheid en dan is mogelijke verwarring (dus) niet relevant. Verg. in dezen zin ook Drion (Martens), Onrechtmatige daad, VI, no. 102 en Ulmer — Baeumer — van Manen, t.a.p. no. 257.

6. In die noot ben ik overiens, — anders dan Drion (Martens), Onrechtmatige daad, VI, no. 22, 1 meent —, niet teruggekomen op mijn opvatting, dat ook andere ‘begeleidende omstandigheden’, dan verwarringsgevaar tot onrechtmatigheid kunnen leiden.

De Hoge Raad heeft thans, dunkt mij, duidelijk in dien zin beslist. Zie de, herhaalde, woorden ‘op zich zelf niet onrechtmatig is’, benevens de slotoverweging van het arrest op het principale middel, waarin in het algemeen van ‘andere bijkomende omstandigheden’ wordt gesproken.

7. Rechtspraak en literatuur over onrechtmatige nabootsing buiten een bijzonder wetsvoorschrift in Nederland:

HR 26 juni 1953, Hijkskraan I; 1954–90 (Ph.A.N.H.);

AA III, blz. 10 (H.B.);

HR 4 mei 1954; Hijkskraan II; 1955–387; AA IV, blz. 18 (H.B.)

HR 21 December 1956 (Drukasbak); 1960–414 (H.B.);

AA X, blz. 19 (van der Grinten);

HR 28 Januari 1960; Scrabble; 1960–415 (H.B.);

AA X, blz. 29, (van der Grinten);

HR 12 December 1965; 1966–59; Cylinders;

HR 15 Maart 1968; Plastic bakjes; 1968–268 (H.B.);

Boenhausen, NJB 1954, blz. 365 vlgg. en 383 vlgg. (BIE 1954, blz. 58 vlgg.);

Praeadvies C.H. Beekhuis, NJV 1963; idem Slagter;

Drion (Martens), Onrechtmatige daad VI; Gerbrandy, GRUR. 1964 (Auslandsteil), blz. 553 vlgg.;

Ulmer — Baeumer — van Manen (1967), nos. 221 vlgg.;

Drucker — Bodenhausen — Wichers Hoeth (1966), blz. 150 vlgg.; Boukema, Handelsmoraal en mededeinging, or. inaug. Amsterdam. GU, 1968, blz. 8
