

**Hoge Raad, 1 december 1989, Monte v Kwikform (Steigeronderdelen)**

*Kwikform systeemsteiger*



**SLAAFSE NABOOTSING**

**Nabootsing steigerdelen van voor 1975**

**Nabootsing niet toegestaan gevaar voor verwarring bij het publiek valt te duchten, en de nabootsende concurrent te kort schiet in zijn verplichting om bij dat nabootsen alles te doen wat redelijkerwijs mogelijk en nodig is om te voorkomen dat door gelijkheid van beide produkten gevaar voor verwarring ontstaat of vergroot wordt**

Zoals het hof in overeenstemming met de ter zake in de rechtspraak van de HR ontwikkelde regels heeft voorop gesteld, moet bij het beantwoorden van de vraag of de wijze van concurreren waarvan Monte te dezen rechtmatig verklaring vordert, inderdaad geoorloofd is, uitgangspunt zijn dat, nu het door Kwikform ontwikkelde koppelingssysteem niet (langer) wordt beschermd door enig absoluut recht van intellectuele eigendom, toepassing van dat systeem haar concurrenten in beginsel vrijstaat. Dit beginsel lijdt evenwel uitzondering indien die toepassing bestaat in nabootsing waarvan gevaar voor verwarring bij het publiek valt te duchten, en de nabootsende concurrent te kort schiet in zijn verplichting om bij dat nabootsen alles te doen wat redelijkerwijs mogelijk en nodig is om te voorkomen dat door gelijkheid van beide produkten gevaar voor verwarring ontstaat of vergroot wordt. Gegeven de wijze waarop, blijkens het onder 3.2 overwegene, Monte haar onderhavige vordering heeft opgezet, diende het Hof derhalve te onderzoeken of van de door Monte beoogde gelijkens van de wederzijdse produkten gevaar voor verwarring bij het publiek valt te duchten, en heeft het, die vraag bevestigend beantwoordend, de toewijsbaarheid van het primair gevorderde terecht enkel daarvan afhankelijk gesteld of Monte voldoende feiten en omstandigheden had aangevoerd (en, zonodig, aannemelijk had gemaakt) om de slotsom te wettigen dat haar van dat verwarringsgevaar in de omstandigheden van het gegeven geval in redelijkheid geen verwijt valt te maken.

Vindplaatsen: NJ 1990, 473, m.nt. Verkade

**Hoge Raad, 1 december 1989**

(Martens, De Groot, Hermans, Boekman, Davids)

NJ 1990, 473

HR

1 december 1989, nr. 13682

Martens, De Groot, Hermans, Boekman, Davids, Asser  
HOGE RAAD

1 december 1989, nr. 13682

(Mrs. Martens, De Groot, Hermans, Boekman, Davids;  
A-G Asser; m.nt. DWFV)

RvdW 1989, 274

(...)

Monte Trading International BV, eiseres tot cassatie,  
adv. Mr. W.A. Hoyng,

tegen

1. GKN Kwikform BV te Ede,

2. GKN Kwikform Limited, te Birmingham (Engeland),  
verweersters in cassatie, adv. Jhr. Mr. J.L.R.A. Huydecoper.

(...)

**1. Het geding in feitelijke instanties**

Eiseres tot cassatie, verder te noemen: Monte, heeft bij exploit van 16 juli 1984 verweersters in cassatie, verder te zamen aan te duiden als: Kwikform, — op verkorte termijn — gedagvaard voor de Rb. te Arnhem. Nadat Kwikform tegen de vorderingen verweer had gevoerd, heeft Monte bij akteverzoek haar bij inleidende dagvaarding sub 1 en sub 2 geformuleerde vorderingen ter verduidelijking gewijzigd als volgt:

1. Te verklaren voor recht dat het vervaardigen en/of in het verkeer (doen) brengen van (bouw-)steigers, waarvan de koppelingen en/of koppelingsdelen naar vorm gelijk zijn aan die van de door Kwikform onder de naam Kwiksteiger in het verkeer gebrachte (bouw-)steigers, aan Monte verboden bij arrest van het Hof te Arnhem van 24 november 1980 (rolnummer 197/1979), niet onzorgvuldig/onrechtmatig is jegens Kwikform;

2. en/of subsidiair te verklaren voor recht, dat het vervaardigen en/of in het verkeer (doen) brengen van (bouw-)steigers, waarvan de koppelingen en/of koppelingsdelen uitwisselbaar zijn met de koppelingen en/of koppelingsdelen van de steigers die door Kwikform onder de naam Kwiksteiger in het verkeer worden gebracht, niet onzorgvuldig/rechtmatig is jegens Kwikform.

De rechtbank heeft bij vonnis van 5 sept. 1985 (IER 1985, p. 112, nr. 54) de vorderingen van Monte afgewezen.

Tegen dit vonnis heeft Monte hoger beroep ingesteld bij het Hof te Arnhem.

Bij arrest van 24 nov. 1987 (IER 1988, p. 15, nr. 5) heeft het hof het door de Rb. te Arnhem tussen partijen gewezen vonnis van 5 sept. 1985 bekrachtigd.

...

**3. Beoordeling van het middel**

3.1 In 1979 heeft Kwikform, die reeds voor 1 jan. 1975 hier te lande steigerdelen met een bepaalde koppeling in het verkeer bracht, onder meer wegens nabootsing daarvan tegen Monte een kort geding aangespannen dat

is geëindigd met een arrest van het Hof te Arnhem van 24 nov. 1980, BIE 1981, p. 331 (nr. 75), m.nt. DW FV. Bij dit arrest werd, voor zover thans nog van belang, aan Monte verboden (zakelijk weergegeven) steigerdelen in het verkeer te brengen waarvan de koppelingen naar vorm gelijk zijn aan die van de door Kwikform verhandelde steigerdelen.

Thans gaat het om het door Monte tegen Kwikform aangespannen geding ten gronde. Daarin vordert Monte, voor zover thans van belang, primair verklaring voor recht (zakelijk weergegeven) dat het in het verkeer brengen van steigerdelen als voormeld jegens Kwikform niet onrechtmatig is.

3.2 Het hof heeft deze primaire vordering van Monte aldus verstaan dat Monte, die (wederom) steigerdelen in het verkeer wenst te brengen welke 'uitwisselbaar' zijn met die van Kwikform en waarvan de koppelingen — naar de stellingen van Monte — daartoe niet alleen dezelfde constructie dienen te hebben, maar ook exact dezelfde vorm en maten als die van Kwikform, vastgesteld wil zien dat zij zich dusdoende jegens Kwikform niet schuldig zal maken aan ongeoorloofde mededinging.

3.3 Blijkens 's hofs r.o. 2 heeft Monte deze vordering voornamelijk daarop gebaseerd dat aan Kwikform voor haar steigerkoppelingen 'geen bescherming toekomt' omdat (a) de vorm van die koppelingen onderscheidend vermogen mist en in elk geval (b) 'in belangrijke of overwegende mate wordt bepaald door de technische aspecten van het product.'

Het eerste van deze beide argumenten heeft het Hof in zijn r.o. 3 feitelijk onjuist bevonden ('Kwikform neemt met de door haar gekozen eenvoudige doch herkenbare vorm al gedurende een reeks van jaren een eigen plaats op die markt in') en het tweede heeft het Hof in zijn r.o. 4 rechtens niet ter zake geoordeeld ('Het geschil betreft echter ... niet de door Kwikform gekozen constructie van de koppelingen'). Eerstbedoeld oordeel van het Hof heeft Monte in cassatie niet bestreden; laatstbedoeld oordeel bestrijdt zij wel, doch tevergeefs.

3.4 Zoals het hof in overeenstemming met de ter zake in de rechtspraak van de HR ontwikkelde regels heeft voorop gesteld, moet bij het beantwoorden van de vraag of de wijze van concurreren waarvan Monte te dezen rechtmatig verklaring vordert, inderdaad geoorloofd is, uitgangspunt zijn dat, nu het door Kwikform ontwikkelde koppelingssysteem niet (langer) wordt beschermd door enig absoluut recht van intellectuele eigendom, toepassing van dat systeem haar concurrenten in beginsel vrijstaat.

Dit beginsel lijdt evenwel uitzondering indien die toepassing bestaat in nabootsing waarvan gevaar voor verwarring bij het publiek valt te duchten, en de nabootsende concurrent te kort schiet in zijn verplichting om bij dat nabootsen alles te doen wat redelijkerwijs mogelijk en nodig is om te voorkomen dat door gelijkheid van beide produkten gevaar voor verwarring ontstaat of vergroot wordt.

Gegeven de wijze waarop, blijkens het onder 3.2 overwogene, Monte haar onderhavige vordering heeft opgezet, diende het Hof derhalve te onderzoeken of van

de door Monte beoogde gelijkenis van de wederzijdse produkten gevaar voor verwarring bij het publiek valt te duchten, en heeft het, die vraag bevestigend beantwoordend, de toewijsbaarheid van het primair gevorderde terecht enkel daarvan afhankelijk gesteld of Monte voldoende feiten en omstandigheden had aangevoerd (en, zonodig, aannemelijk had gemaakt) om de slotsom te wettigen dat haar van dat verwarringsgevaar in de omstandigheden van het gegeven geval in redelijkheid geen verwijt valt te maken.

De verschillende in het middel onder 2 geformuleerde klachten van methodologische aard zijn derhalve vergeefs voorgesteld.

3.5 De blijkens het vorenoverwogene te dezen beslissende vraag of Monte, op wier weg zulks lag — tegenover het door het Hof kennelijk (en begrijpelijkerwijs) voldoende gemotiveerd geoordeeld standpunt van Kwikform dat een andere vormgeving van de koppelingen mogelijk was zonder afbreuk te doen aan de deugdelijkheid en bruikbaarheid van de steigerdelen — voldoende feiten en omstandigheden had gesteld om de slotsom te wettigen dat haar van het gevaar voor verwarring in redelijkheid geen verwijt valt te maken, heeft het hof ontkennend beantwoord. In zijn r.o. 4 en 7 heeft het immers geoordeeld (kort samengevat) dat Monte geen feiten en omstandigheden heeft gesteld waaruit kan volgen dat het voor de technische deugdelijkheid en bruikbaarheid van de door haar toe te passen koppelingen, dan wel voor de uitwisselbaarheid van haar steigerdelen met die van Kwikform noodzakelijk is om die koppelingen exact dezelfde vorm en maten te geven als die van Kwikform.

Dit oordeel moet voor rekening blijven van het hof. Het berust op een aan het hof als rechter die over de feiten oordeelt, voorbehouden uitlegging van de stukken van het geding. Deze uitlegging is niet onbegrijpelijk en behoefde tegenover de stellingen van Monte geen nadere motivering dan die welke het hof daarvoor heeft gegeven. Zij wordt derhalve in het middel 2 en 3 tevergeefs bestreden, ook voor zover het hof aan zijn uitleg de gevolgtrekking heeft verbonden dat deze meebracht dat het door Monte gedaan bewijsaanbod niet ter zake dienende was en als zodanig kon worden gepasseerd.

3.6 Bij de in het middel onder 4 geformuleerde klachten heeft Monte geen belang. Deze klachten richten zich immers tegen delen van 's hofs motivering waarin het hof tot uitdrukking brengt dat naar zijn oordeel bij de beantwoording van de vraag of Monte voldoet aan haar vorenbedoelde verplichting om verwarringsgevaar te voorkomen voor zover dat redelijkerwijs van haar valt te vergen, rechtens geen grond bestaat ervan uit te gaan dat Monte uitwisselbaarheid met de steigerdelen van Kwikform mag nastreven. Op dat oordeel berust echter, gelijk hiervoor onder 3.5 reeds is gebleken, 's hofs beslissing niet.

3.7 Ook de in het middel onder 5 geformuleerde klachten kunnen niet tot cassatie leiden. Zij berusten op een onjuiste lezing van de bestreden uitspraak. Anders dan het middel aanneemt, gaat het in r.o. 9 van het hof niet om een zelfstandig dragende schakel in zijn motivering, maar om een argument ten overvloede, waarmede het

hof slechts nader aangeeft waarom Kwikform zich de — naar 's hofs oordeel, wegens nodeloos in het leven roepen van verwarringsgevaar ongeoorloofde — concurrentie welke Monte beoogt, niet behoeft te laten welgevalven.

3.8 Wat ten slotte de in het middel onder 6 geformuleerde klachten betreft, deze komen tevergeefs op tegen 's hofs oordeel dat erop neerkomt dat de subsidiaire vordering tot verklaring voor recht onvoldoende is concreetiseerd om voor toewijzing in aanmerking te komen. Dit oordeel geeft niet blijk van een onjuiste opvatting van de voor toewijsbaarheid van een dergelijke vordering geldende vereisten en kan voor het overige, omdat het berust op een aan de rechter die over de feiten oordeelt, voorbehouden uitlegging en waardering van het in de gedingstukken gestelde, in cassatie niet op juistheid worden getoetst. Onbegrijpelijk is dat oordeel niet.

#### 4. Beslissing

De HR:

verwerpt het beroep;

veroordeelt Monte in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van Kwikform begroot op f 456,30 aan verschotten en f 2500 voor salaris.

---

### Conclusie Advocaat-Generaal Asser

#### 1. Inleiding

1.1. In cassatie kan van de volgende feiten worden uitgegaan (Zie o.m. het door de Rb. in eerste aanleg gewezen vonnis, r.o. 1.).

1.1.1. Verweersters in cassatie — hierna te zamen Kwikform te noemen — vervaardigen en/of brengen door middel van verhuur en verkoop in het verkeer sinds haar oprichting in 1970, althans reeds voor 1 jan. 1975, systeemsteigers onder de naam 'Kwiksteiger'.

1.1.2. Kwikform geniet voor dat systeem geen bescherming op grond van het octrooirecht (behoudens tot 1 april 1987 (Zie de pleitnota in appel van Monte, p. 12 onder I.9.) een hierna nog te vermelden onderdeel van ondergeschikt belang) en evenmin op grond van de Eenvormige Beneluxwet inzake Tekeningen of Modellen (BTMW).

1.1.3. Bij dagvaarding van 21 mei 1979 heeft Kwikform eiseres tot cassatie — Monte (Aanvankelijk heette zij Monta.) — in k.g. voor de Pres. van de Rb. te Zutphen gedagvaard met o.m. (Er speelden in die procedure ook nog kwesties van merkinbreuk (het gebruik van het woorddeel 'Kwik') en onrechtmatige, wat misleidende en onjuiste, mededelingen in een folder van Monte. Deze zijn thans niet meer aan de orde.) een vordering om Monte te verbieden — kort gezegd — (bouw-)steigers in het verkeer te (doen) brengen waarvan de benodigde onderdelen in afmeting gelijk zijn aan die van Kwiksteiger en de voor het verbinden van die onderdelen gebruikte delen van de koppeling, voor wat vorm en afmetingen betreft, gelijk zijn aan of corresponderen met of passen op die koppelingsdelen en andere onderdelen van de door Kwikform in het ver-

keer gebrachte 'Kwiksteiger' (Zie de tekst van de tot dat k.g. inleidende dagvaarding; in de dagvaarding in appel en de daarop gebaseerde weergave door het hof in zijn arrest van 1980 is een deel van de tekst — kenmerkend per abuis — weggevalven.). Zij stelde daartoe — kort en zakelijk weergegeven — dat Monte onrechtmatig handelde door harerzijds onder de naam 'Montakwik' een systeemsteiger in het verkeer te brengen die qua soort en vorm van het gebruikte materiaal, qua standaardafmetingen en qua koppeling, met uitzondering van de geotrooieerde 'neusvleugel' of 'lip' van de 'Kwiksteiger', een natuurgetrouwe nabootsing vormde van de laatstgenoemde steiger en waarvan de onderdelen met die van de 'Kwiksteiger' volledig uitwisselbaar waren.

1.1.4. De Pres. heeft bij vonnis van 7 juni 1979 o.m. deze vordering afgewezen. Hij oordeelde daartoe — kort en zakelijk weergegeven — dat het nagebootste produkt voldoende onderscheidend vermogen miste en dat niet was komen vast te staan dat Monte zonder aan de deugdelijkheid en bruikbaarheid van de door haar ontworpen steigerconstructies af te doen, evengoed tot hantering van een afwijkend koppelsysteem had kunnen besluiten.

1.1.5. Nadat Kwikform van dit vonnis bij het Hof te Arnhem in hoger beroep was gekomen heeft het hof bij arrest van 24 nov. 1980 het vonnis van de Pres. vernietigd en — voor zover thans van belang — Monte verboden '(bouw)steigers in het verkeer te brengen en/of te doen brengen waarvan de (in dat arrest; A.) sub 7 omschreven koppelingsdelen naar vorm gelijk zijn aan die van de door Kwikform BV onder de naam Kwiksteiger in het verkeer gebrachte (bouw-)steigers. Aan dit verbod verbond het hof een dwangsom van f 10 000 per keer of dag dat Monte in strijd daarmee zou handelen.

1.1.6. Het hof overwoog daartoe kort en zakelijk samengevat het volgende (P. 4–7 van het arrest, onder 'Ad A'.):

— alle onderdelen van de steiger van Monte vormen een getrouwe kopie van die van de steiger van Kwikform — met uitzondering van de 'lippen' waarmee het op de dwarsdelen van de Kwiksteiger gelaste verbindingsoorgaan was voorzien en de lengtematen van de staanders, welke verschillen echter voor het geding niet relevant zijn (r.o. 6);

— de koppeling van de steiger van Kwikform — het meest essentiële en kenmerkende onderdeel — bezit onderscheidend vermogen en die koppeling is zo zeer dominant, kenmerkend en bepalend dat daardoor ook het gehele steigeronderdeel waaraan een koppelingselement is vastgelast geacht kan worden onderscheidend vermogen te bezitten (r.o. 7);

— de steigeronderdelen van Monte zijn volledig uitwisselbaar met die van Kwikform (r.o. 8);

— Monte heeft verwarring gesticht door het op de markt brengen van haar steiger, zij had zonder aan de deugdelijkheid en bruikbaarheid van haar steiger afbreuk te doen even goed een andere weg kunnen inslaan en onderlinge uitwisselbaarheid dienen te voor-

komen terwijl niet aannemelijk is dat de praktijk behoefte zou hebben aan standaardisatie (r.o. 9).

1.2. 's Hof's verbod vormt de inzet van het onderhavige geding dat werd ingeleid door Monte met een dagvaarding waarbij zij Kwikform op verkorte termijn daagde voor de Arnhemse Rb. met een vordering — na wijziging bij akte — tot verklaring voor recht (kort samengevat) dat het vervaardigen en/of in het verkeer (doen) brengen van (bouw-)steigers,

— (petitum sub 1) waarvan de koppelingen en/of koppelingsdelen naar vorm gelijk zijn aan die van de 'Kwiksteiger', aan Monte verboden bij arrest van het Hof te Arnhem van 24 nov. 1980,

— (petitum sub 2) en/of subs. welke verwisselbaar zijn met die koppelingen en/of koppelingsdelen van de 'Kwiksteiger', niet onzorgvuldig/onrechtmatig is jegens Kwikform, en voorts (petitum sub 3) met een vordering om Kwikform te verbieden het genoemde arrest te executeren.

1.3. Bij vonnis van 5 sept. 1985 heeft de Rb. de vorderingen afgewezen, waartoe zij, voor zover thans van belang, het volgende overwoog (kort en zakelijk samengevat):

— nabootsing van eens anders produkt is in beginsel geoorloofd en, aangenomen dat geen inbreuk wordt gemaakt op octrooi-, auteurs- of andere intellectuele eigendomsrechten, slechts dan onrechtmatig, indien:

a. het nagebootste zich van de andere in de handel zijnde soortgelijke produkten aanmerkelijk onderscheidt,

b. men zonder aan de deugdelijkheid en bruikbaarheid afbreuk te doen op bepaalde punten evengoed een andere weg had kunnen inslaan en

c. door dit na te laten verwarring sticht,

waarbij het niet nodig is dat op alle punten waar dit mogelijk is verschillen worden aangebracht, doch dat het redelijkerwijs mogelijke en nodige is gedaan om verwarringsgevaar te voorkomen of te verminderen;

— Kwiksteiger onderscheidt zich aanmerkelijk van de andere in Nederland verkrijgbare systemen, waarvan er geen met dat van de Kwiksteiger uitwisselbaar is (r.o. 8–9);

— niet is gebleken van een behoefte bij de afnemers van steigersystemen aan uitwisselbaarheid of standaardisatie, behalve dan de wens van afnemers van de Kwiksteiger om aanvullende of vervangende delen daarvan ook elders en dan tegen een lagere prijs te kunnen betrekken (r.o. 11–14);

— het is leveranciers van steigers als Monte zeer goed mogelijk om systemen in het verkeer te brengen die in vorm afwijken van dat van de Kwiksteiger en/of daarmee niet uitwisselbaar zijn (r.o. 15);

— in de periode voorafgaande aan het verbod van het hof was verwarring ontstaan omtrent de herkomst (van de verschillende steigeronderdelen) (r.o. 16).

Op grond van dit alles kwam zij tot de slotsom (kort samengevat) dat het in het verkeer (doen) brengen van (bouw)steigers als omschreven in de vorderingen onrechtmatig is jegens Kwikform (r.o. 19) (Het vonnis is gepubliceerd in *Intellectuele eigendom en reclamerecht* (IER), 1985, nr. 54, p. 112.).

1.4. Monte ging bij het Hof te Arnhem in hoger beroep, tevergeefs evenwel, want bij arrest van 24 nov. 1987 (Gepubliceerd in *IER* 1988, nr. 5, p. 15.) bekrachtigde het hof het vonnis van de Rb. Op 's hofs redengeving kom ik hieronder bij de bespreking van het cassatiemiddel terug.

1.5. Monte is tijdig van 's hofs arrest in cassatie gekomen met een zes onderdelen opgebouwd middel. Kwikform heeft het middel bestreden.

## **2. Nabootsing van produkten, algemene opmerkingen**

2.1. Omdat in deze zaak aspecten van nabootsing van produkten in het algemeen aan de orde komen die enige nadere uitleg verdienen, zal ik alvorens aan het bestreden arrest en het daartegen gerichte middel aandacht te besteden, een aantal meer algemene opmerkingen maken.

2.2. Zoals uit de weergave van de voorgeschiedenis van deze zaak hierboven duidelijk zal zijn geworden gaat het om de bescherming die Kwikform meent te mogen ontleen aan het gemene recht, zoals neergelegd in art. 1401 BW en de daarop ontwikkelde rechtspraak, meer in het bijzonder met betrekking tot de ongeoorloofde mededinging en dan vooral betreffende nabootsing van produkten (Zie hierover in het algemeen *Drucker/Bodenhausen/Wichers Hoeth*, 1984, p. 68 e.v.; *Dorhout Mees/Van Nieuwenhoven Helbach/Huydecoper/Van Nispen*, *Ned. Handels- en Faillissementsrecht, II Industriële eigendom en mededingingsrecht* (hierna: *Van Nieuwenhoven Helbach, Ind. Eigendom*), 1989, nrs. 1262–1266; *losbl. Onrechtmatige Daad VI* (Martens) — hierna aan te halen als: *Martens, O.D.* —, in het bijzonder nr. 117 e.v. over nabootsing, met verdere literatuur en rechtspraak, waarop hieronder waar nodig meer in detail zal worden teruggekomen.)

2.3. Sinds HR 26 juni 1953, NJ 1954, 90 (m.nt. PhANH) (*Hyster Karry Krane I*) geldt dat nabootsing van het produkt van een concurrent, dat voldoende onderscheidend vermogen heeft (Dit is bij nabootsing van het uiterlijk van een produkt vereist wil sprake kunnen zijn van onrechtmatige nabootsing. Zie hierover *Martens, O.D.*, nr. 105–110.), alleen dan ongeoorloofd is, indien men zonder aan de deugdelijkheid en bruikbaarheid afbreuk te doen op bepaalde punten evengoed een andere weg had kunnen inslaan en door dit na te laten verwarring sticht. Dat wil zeggen: men hoeft niet af te wijken op alle punten, waarop dat zonder aan de deugdelijkheid en de bruikbaarheid afbreuk te doen mogelijk zou zijn, maar men heeft de plicht alles te doen wat redelijkerwijs mogelijk en nodig is om te voorkomen, dat door gelijkheid de kans op verwarring ontstaat of vergroot wordt (HR 8 jan. 1960, NJ 1960, 415 (m.nt. HB) (*Scrabble*); HR 15 maart 1968, NJ 1968, 268 (m.nt. HB), BIE 1968, p. 145 (nr. 43) (*plastic schalen*). Zie *Martens, O.D.*, nr. 102 onder C 1.). Hieruit volgt dat het stichten van verwarring op zichzelf niet onrechtmatig is, maar slechts het nodeloos stichten van verwarring.

2.4. Een van de vragen die kunnen rijzen bij de beoordeling aan de hand van het criterium dat zonder aan de

deugdelijkheid afbreuk te doen evengoed een andere weg kan worden gevolgd, is of daarbij wegen in beschouwing moeten worden genomen die via een andere technische constructie van het produkt tot hetzelfde resultaat leiden. Toegespijst op de onderhavige zaak: is de nabootsing van het systeem van Kwikform onrechtmatig omdat, zoals uit de marktsituatie voor systeemsteigers blijkt, Monte ‘even goed’ een ander systeem had kunnen kiezen om het resultaat, een systeemsteiger, te bereiken of mocht Monte in elk geval hetzelfde systeem volgen maar had het daarbij zoveel als mogelijk was variaties moeten toepassen?

2.5. Veel produkten kennen technische varianten, waarbij door middel van andere technische toepassingen hetzelfde met het soort produkt beoogde resultaat wordt bereikt. Bij nabootsing gaat het er echter nu juist om dat de nabootser een bepaalde technische variant heeft uitverkozen, omdat die variant ten aanzien van het bereiken van dat resultaat bepaalde goede eigenschappen bezit.

2.6. Quaedvlieg (Auteursrecht op techniek, diss. KUN, 1987, p. 31 e.v.) maakt in dit verband (Hij behandelt in het bijzonder art. 2 lid 1 BTMW, waarin is bepaald dat van de bescherming uit hoofde van die wet is uitgesloten ‘datgene wat noodzakelijk is voor het verkrijgen van een technisch effect’, maar besteedt op p. 39 e.v. ook aandacht aan de rechtspraak betreffende art. 1401 BW.) een onderscheid tussen wat hij noemt de ‘apparaatgerichte leer’ en de ‘resultaatgerichte leer’ (Zie voor een korte omschrijving ook p. 179 en 180 van zijn boek.), waarop Mr. Hoyng in zijn schriftelijke toelichting nader ingaat. Volgens de eerste ‘leer’ dient de mogelijkheid om via technische alternatieven hetzelfde resultaat te bereiken, geen rol te spelen bij de beoordeling of het nagebootste produkt bescherming verdient. Volgens de ‘resultaatgerichte leer’ moet dat nu juist wel gebeuren. Hij noemt als voorbeeld o.m. een kurkentrekker. Daarmee wordt, zoals bekend, het ontkurken van een fles bereikt, althans beoogd. Er zijn, zoals eveneens bekend, vele varianten op de markt die dat resultaat langs verschillende technische wegen eveneens beogen, bijv. een kurkentrekker met een schroefdraad, die zelf ook allerlei varianten kent, of de door Quaedvlieg genoemde soort — volgens hem veel door Franse obers gehanteerd — met twee dunne metalen lippen die tussen fles en kurk ingeschoven worden. Met de ‘apparaatgerichte’ benadering is niet van belang op welke andere technische wijzen men flessen kan ontkurken als het gaat om nabootsing van een bepaald soort kurkentrekker. De bescherming van het uiterlijk daarvan wordt alleen beoordeeld naar de maatstaf of de vorm van die kurkentrekker wordt bepaald door de deugdelijkheid en bruikbaarheid (Bij toepassing van art. 2 lid 1 BTMW: of die noodzakelijk is voor het verkrijgen van een technisch effect.). Daarentegen leidt de ‘resultaatgerichte’ benadering er toe dat men de vraag stelt of het kurkentrekken ook langs andere technische weg is te bereiken. Daarmee kan een uiterlijk dat bepaald wordt door de deugdelijkheid en bruikbaarheid toch beschermd worden.

2.7. Als Quaedvlieg tot de conclusie komt dat de genoemde rechtspraak van Uw Raad ‘apparaatgericht’ is (P. 39–40, waar hij het hieronder te noemen klerenhangar-arrest mede als argument bezigt. Voor de toepassing van art. 2 lid 1 BTMW kiest hij zelf op gronden welke overtuigingskracht niet kan worden ontzegd ook voor de ‘apparaatgerichte’ benadering. Voor de BTMW anders Verkade, Bescherming, p. 40 e.v., die echter op p. 43 wijst op het verschil met de 1401 BW-rechtspraak over nabootsing van produkten. Zie voor andere schrijvers Quaedvlieg, p. 33–37.) dan meen ik hem daarin in zoverre te kunnen bijvallen, dat in beginsel de deugdelijkheid en bruikbaarheid van het nagebootste produkt als uitgangspunt geldt en niet de deugdelijkheid en bruikbaarheid van eventuele alternatieven met een (deels) andere techniek. Alternatieven kunnen echter wel een rol spelen voor zover uit het bestaan daarvan kan worden afgeleid dat op basis van hetzelfde technische concept — zo men wil: vinding of oplossing van het technische probleem — als dat van het nagebootste produkt ‘even goed’ een andere weg had kunnen worden gevolgd. Een andere benadering zou er toe leiden dat in heel veel gevallen bescherming zou worden geboden aan een uiterlijk dat in overwegende mate bepaald wordt door deugdelijkheid en bruikbaarheid, omdat er van veel produkten nu eenmaal varianten bestaan die hetzelfde resultaat bereiken langs andere technische wegen. Een zo ruime bescherming wordt m.i. met genoemde rechtspraak echter niet beoogd.

2.8. Pas ik dit toe op de onderhavige zaak dan is m.i. niet relevant of Monte een ander steigersysteem had kunnen kiezen, maar slechts of Monte bij toepassing van het systeem van Kwikform, zonder aan de deugdelijkheid en bruikbaarheid van dat systeem afbreuk te doen, variaties had kunnen (en dus: moeten) aanbrenge teneinde verwarring omtrent de herkomst van de produkten zoveel mogelijk te voorkomen.

2.9. Bij deugdelijkheid en bruikbaarheid zal men in de eerste plaats denken aan de technische eisen die men aan een produkt stelt. Die zullen niet alleen betrekking (kunnen) hebben op de inwendige eigenschappen maar ook de vorm en de afmetingen van het produkt kunnen betreffen.

2.10. Is nu de vorm van het produkt bepalend voor de deugdelijkheid en bruikbaarheid van het produkt, anders gezegd: is sprake van een vorm met kenmerken die bepalend zijn voor het verkrijgen van een technisch effect (Aldus Van Nieuwenhoven Helbach, Ind. Eigendom, nr. 479, naar ik aanneem in navolging van art. 2 wetsontwerp 19534 (Gebruiksmodellenwet). Vgl. de andere, beperktere, omschrijving van gebruiksmodellen in de vorige druk, nr. 362: ‘gebruiksvoorwerpen die worden gekenmerkt door een ruimtelijke vorm, die nieuw is en een technisch voordeel oplevert, zonder dat in die vormgeving een uitvinding kan worden gewaardeerd’. Zie ook de m.v.t. bij wetsontwerp 19534, Bijl. Hand. II 1985–1986, nr. 3, p. 9 onder 2.1.3: ‘Technisch effect heeft dan datgene wat bepalend is voor de deugdelijkheid en bruikbaarheid van het voorwerp’; zie over dit ontwerp verder hieronder in noot 19; vgl. art. 2 lid 1

BTMW, hierboven in noot 13 geciteerd, waar het criterium (voor uitsluiting van de BTMW-bescherming) is dat de vorm noodzakelijk is voor het verkrijgen van een technisch effect, waardoor niet alle gebruiksmodellen van de BTMW-bescherming missen.), dan kan men spreken van een ‘gebruiksmodel’, een ‘technisch model’, of — omdat het gaat om de technische, maar bijv. bij gebrek aan voldoende uitvindingshoogte niet steeds octrooieerbare, kenmerken — de ‘kleine uitvinding’ (Het gaat, wil sprake zijn van juridische relevantie, uiteraard om nieuwe kenmerken. Voorts merk ik volledigheidshalve op dat met betrekking tot gebruiksmodellen de bedoelde kenmerken ook alleen op de inwendige constructie betrekking kunnen hebben. Zie Van Nieuwenhoven Helbach, Ind. Eigendom, nr. 479; idem, ‘Technische’ modellen, in: BIE 1986, p. 206. Dit in tegenstelling tot de modellen die door de BTMW worden beschermd, want daarbij gaat het alleen om het uiterlijk.). Dit in tegenstelling tot het ‘siermodel’ waarvan de BTMW nu juist alleen de vorm beschermt die niet bepaald wordt door het technische effect (art. 2 lid 1 BTMW) (Zie hierover met name ook Van Nieuwenhoven Helbach, Ind. Eigendom, nrs. 512–515; idem, ‘Technische’ modellen, p. 203 e.v.; Verkade, Bescherming van het uiterlijk van produkten, 1985, nrs. 1 en 24–30; Quaadvlieg, t.a.p. en met betrekking tot het vervaardigen van onderdelen in het bijzonder Hoyng, Repareren in het octrooirecht, diss. KUB 1988, p. 237–238. Zie ook het door Van Nieuwenhoven Helbach, t.a.p., kritisch besproken, reeds hierboven in noot 18 genoemde ontwerp Gebruiksmodellenwet (wetsontwerp 19534) en in het bijzonder de m.v.t., p. 14 onder 2.5.2 over de verhouding tussen dat ontwerp en de BTMW. De parlementaire behandeling van het ontwerp is overigens — in verband met de recente ontwikkelingen op (Europees) octrooigebied — op verzoek van de regering opgeschort (brief staatssecretaris van Economische Zaken van 18 aug. 1988, Bijl. Hand. II 1987–1988, nr. 12), zodat aan de uiteindelijke invoering getwijfeld moet worden. Zie ook Van Nieuwenhoven Helbach, Ind. Eigendom, nr. 482. Zie over dat ontwerp verder nog Kampfraath, Een oprolbare typemachine, kan die worden beschermd?, in: AA 37 (1988), p. 366–371.).

2.11. Voor zover de vorm van een bepaald produkt inderdaad valt aan te merken als ‘technisch model’ in genoemde zin (Ik gebruik deze term hier omdat hij telkens in deze zaak opduikt.), zal in de regel van dat model geen rechtens relevante afwijking — dat is een afwijking die redelijkerwijs mogelijk en nodig is om verwarring te voorkomen — mogelijk zijn zonder af te doen aan de deugdelijkheid en bruikbaarheid van het produkt, zodat bescherming op grond van art. 1401 BW dan praktisch uitgesloten is (In deze zin Van Nieuwenhoven Helbach, Ind. Eigendom, nr. 481; Quaadvlieg, diss. p. 45; m.v.a. bij het ontwerp Gebruiksmodellenwet, wetsontwerp 19534, Bijl. Hand. II 1986–1987, nr. 7, p. 7, onder 2.3.).

2.12. Echter, het zal vaak voorkomen dat het uiterlijk van een produkt deels bepaald wordt door zijn gebruiksdoel, het technisch effect, en deels niet, waarbij

het dan van geval tot geval kan verschillen wat het meest bepalende element is. Daarbij is geenszins ondenkbaar dat ook van een in overwegende mate door het technisch effect bepaald uiterlijk nog zoveel kan worden afgeweken dat met behoud van de deugdelijkheid en bruikbaarheid zoveel mogelijk verwarring omtrent de herkomst van het produkt kan worden voorkomen.

2.13. Of men ten aanzien van het uiterlijk van een bepaald produkt in zulke gevallen nog kan spreken van een ‘technisch model’ is dan m.i. meer, een voor het huidige 1401 BW-recht (als ik het zo mag noemen) niet erg belangrijke, terminologische kwestie. Zo onderscheidt Mr. Huydecoper in zijn dupliek in cassatie (P. 2.) drie vormen van ‘technisch model’ (ik vat enigszins samen):

a. het uiterlijk van een produkt dat enig technisch effect heeft maar waarbij dat technisch effect ook met meer dan ondergeschikte variaties in de vormgeving kan worden gerealiseerd;

b. het uiterlijk van een produkt dat een technisch effect heeft dat aan de precieze vormgeving van het produkt (behoudens wellicht ondergeschikte verschillen) is gebonden, zodat een vergelijkbaar technisch effect wel, zij het dan alleen met toepassing van andere technische principes, bereikbaar is;

c. het uiterlijk van een produkt dat als enige in aanmerking komt om een bepaald technisch effect teweeg te brengen.

2.14. Uit het voorgaande moge duidelijk zijn geworden dat ik in elk geval niet voor het huidige Nederlandse recht zou willen aannemen dat, zoals van de kant van Monte herhaaldelijk is betoogd (Pleitnota in appel, p. 9 onder I.8 en p. 13 onder B; schriftelijke toelichting en repliek in cassatie.), een ‘technisch model’ niet ingevolge art. 1401 BW kan worden beschermd, als daarmee wordt bedoeld dat die bescherming principieel is uitgesloten. Men maakt dan bovendien de onrechtmatigheidsvraag los van het criterium of men door een bepaalde nabootsing nodeloos verwarring sticht en afhankelijk van de inhoud van het tamelijk ruime begrip ‘technisch model’. Dit lijkt mij niet bepaald een verbetering.

2.15. De begrippen deugdelijkheid en bruikbaarheid hebben ook nog een andere dan louter technische dimensie, te weten een economische. Deugdelijk en bruikbaar is een produkt ook omdat het voldoet aan bepaalde onder zijn afnemers levende wensen en behoeften. Die dimensie is in de rechtspraak van Uw Raad met betrekking tot de bescherming van art. 1401 BW tegen ongeoorloofde nabootsing erkend.

2.16. Dat is gebeurd in HR 12 juni 1970, NJ 1970, 434 (m.nt. HB) (klerenhangars). Het ging daarin over de vraag of Hazenveld onrechtmatig handelde door klerenhangars in het verkeer te brengen die vrijwel volledig identiek waren aan die van Tomado, en slechts daarvan afweken ‘in enkele onbetekenende details, als de vermelding van de naam van de fabrikant’ (Vaststelling van de Pres. in zijn in die zaak gewezen vonnis, p. 1243 l.k.). Daarbij was van belang dat, naar Pres. en hof hadden aangenomen, C en A het model van Toma-

do had voorgeschreven aan haar confectioneurs en voorts dat confectioneurs deze hanger ook leverden aan andere afnemers, hoewel 'in elk geval een minderheid' van de confectioneurs van andere modellen gebruik bleef maken (Zie de overwegingen van het hof onder 6, p. 1246 r.k.). Uw Raad overwoog o.m.:

'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 zichzelf 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 klerenhangers, waar een standaardisatie overeenkomstig het Tomado-model wel wordt gewenst'.

2.17. Het belang van dit arrest schuilt, als ik het goed zie, daarin dat uitdrukkelijk erkend wordt dat de deugdelijkheid en bruikbaarheid van een produkt voor een belangrijk deel bepaald (kunnen) worden (Het is niet helemaal duidelijk of de HR het woord 'waar' in de hier als derde geciteerde alinea in redengevende zin heeft gebruikt dan wel in plaatsbepalende zin ('in de gevallen dat')) door bij afnemers levende wensen met betrekking tot het uiterlijk of de eigenschappen van het produkt. Het behoeft dus niet uitsluitend om 'technische' eigenschappen te gaan, dat wil zeggen of het

produkt beantwoordt aan de technische eisen die er aan kunnen worden gesteld, maar het kan ook andere eisen betreffen, bijv. of het produkt qua uiterlijk voldoet aan de wensen van de afnemer (Verkade, Ongeoorloofde Mededinging (hierna: O.M.), 1986, nr. 25c, p. 77 e.v., is van oordeel dat sprake moet zijn van rationele wensen, bijv. met betrekking tot de prijs of (in BIE 1981, p. 336) de hierna te noemen wens van verwisselbaarheid. 'Irrationele' wensen van het publiek, waartoe hij 'mode' en 'trend' rekent, zouden volgens hem geen rol mogen spelen. Zie ook Martens, O.D., nr. 120, 2 onder b en het daar genoemde arrest Hof Amsterdam 22 maart 1974, BIE 1975, p. 121, ook te kennen uit HR 22 nov. 1974, NJ 1975, 176 (m.nt. WLH), en Pres. 's Hertogenbosch 6 juni 1973, BIE 1975, p. 126.).

2.18. Verder is het arrest van belang omdat het niet als eis stelt dat 'de' markt, of 'de' afnemers in het algemeen bepaalde wensen hebben. Voldoende is dat een deel daarvan die wensen heeft, waaraan de nabootser tegemoet wil komen. Als de nabootser maar een redelijk belang heeft (Op dit aspect ga ik niet in, want het speelt in onze zaak niet. Zie daarover in het bijzonder de in de volgende noot genoemde bijdrage van Maris aan de Hijmans van den Bergh-bundel, nr. 5, p. 194–196.).

2.19. Het klerenhanger-arrest ging voornamelijk over een geval van standaardisatie, hoewel het zich daartoe niet beperkt. Nu denkt men bij standaardisatie of normalisatie (Zie hierover naar aanleiding van dit arrest vooral Maris, Slaafse navolging en normalisatie, in: Met eerbiedigende werking (Hijmans van den Bergh-bundel), p. 187–202 en over het verschil tussen beide termen in het bijzonder p. 197 e.v.) meestal aan de wensen of behoeften op dat gebied in bepaalde branches. Maar dat hoeft niet het geval te zijn. Die wens kan ook leven bij een bepaalde afnemer, zoals de casus van het klerenhangerarrest toont (Eigenlijk: een grote afnemer (C en A) van de afnemers (de confectioneurs) van de fabrikanten van klerenhangers.).

2.20. Een van de in het oog springende voordelen van standaardisatie of normalisatie is dat men dezelfde soort produkten kan betrekken van verschillende met elkaar in prijs en kwaliteit concurrerende producenten. Door de gelijkheid van een of meer door de afnemer essentieel geachte eigenschappen, vormen en maten daaronder begrepen, kan men de produkten van verschillende producenten met elkaar verwisselen. Wij raken hier het element van de verwisselbaarheid.

2.21. Het klerenhanger-arrest nu leidt er m.i. toe aan te nemen dat verwisselbaarheid van produkten op zichzelf de nabootsing niet onrechtmatig maakt indien die verwisselbaarheid de deugdelijkheid en bruikbaarheid mede bepaalt (Zie voor de vraag of de wensen van afnemers, waaronder wensen tot standaardisering en verwisselbaarheid, ook kunnen worden begrepen onder wat noodzakelijk is voor het verkrijgen van een technisch effect in de zin van art. 2 lid 1 BTMW Verkade, Bescherming, p. 43–44, die aarzelt, en Van Nieuwenhoven Helbach, BIE 1986, p. 205, die meent dat die wensen bij de toepassing van die bepaling buiten beschouwing moeten blijven.). Dat laatste is het geval

indien (tenminste een deel van) de markt die verwisselbaarheid wenst.

2.22. Echter, verwisselbaarheid is niet altijd iets dat door de afnemers wordt gewenst, met name omdat die afnemers niet zozeer het oog hebben op een produkt met een bepaald uiterlijk of bepaalde andere eigenschappen, maar op het produkt van een bepaalde producent (Maris, Hijmans van den Bergh-bundel, p. 189 maakt m.i. terecht dit onderscheid bij de uitleg van het klerenhangar-arrest.) Is het vooral de nabootser die verwisselbaarheid beoogt teneinde binnen te kunnen dringen in het afzetgebied, het marktsegment van de producent van het nagebootste produkt, dan zou men kunnen verdedigen (ik druk mij voorzichtig uit) dat de verwisselbaarheid niet een element van deugdelijkheid en bruikbaarheid van het produkt is — immers dat wordt bepaald door de behoeften van de afnemers —, maar juist een element dat in dit geval bijdraagt aan het scheppen van verwarring die niet gerechtvaardigd wordt door die behoefte.

2.23. In het klerenhangar-arrest ging het met name om de wens van de afnemers naar gestandaardiseerde produkten met het oog op verwisselbaarheid, waaraan bepaalde voordelen verbonden waren. Dat een andere producent dan die van het nagebootste produkt op die behoefte aan een bepaald produkt inspeelt, is volgens Uw Raad in genoemd arrest niet onrechtmatig. De verwarring wordt dan door die behoefte gerechtvaardigd.

2.24. Waar de wens van de nabootser om verwisselbare produkten af te zetten overgaat in de wens van de afnemer(s) om verwisselbare produkten af te nemen, is in het algemeen niet te zeggen, reeds omdat behoeften nog wel eens door het aanbod worden geschapen. Ik onderschrijf in elk geval wel het betoog van Verkade naar aanleiding van de onderhavige zaak (BIE 1981, p. 336 l.k.), dat bij produkten die naar hun aard bestemd zijn om te worden gekoppeld en verwisseld, het vooral de optimale koppelingsmogelijkheden en de maximale verwisselbaarheid zijn, die de deugdelijkheid en bruikbaarheid van die produkten bepalen. Volgens hem zal het de afnemers daarvan doorgaans een zorg zijn of die produkten van de 'originele' producent afkomstig zijn dan wel daaraan gelijk zijn, omdat factoren als kwaliteit, leveringssnelheid en prijs veel doorslaggevend zullen zijn. Tenslotte vindt hij dat de verwisselbaarheidswens bij afnemers zeer voor de hand ligt, hetzij omdat zij het nagebootste produkt al hebben, hetzij omdat zij dit produkt goed vinden en het in de toekomst zowel bij de producent daarvan als bij de nabootser willen kopen.

2.25. Ik zou ook menen dat de markt er mee gediend is als voor een bepaald produkt dat uit vervangbare of verwisselbare onderdelen bestaat die onderdelen van verschillende leveranciers kunnen worden betrokken, uiteraard mits daarbij geen rechten van industriële eigendom worden geschonden.

2.26. Intussen zal de bij de afnemers levende wens naar verwisselbaarheid in een procedure tussen nabootser en nagebootste wel moeten komen vast te staan.

### 3. 's Hof's arrest

3.1. Keer ik nu terug naar de onderhavige zaak, dan wil ik eerst een korte analyse geven van 's hofs arrest, het doel waarop het middel zijn schoten richt. Het hof heeft het geschil in r.o. 1 aldus samengevat:

'dat Monte beoogt ten behoeve van de steigerbouw steigerdelen met koppelingen en/of koppelingsdelen te vervaardigen en in de handel te brengen waarvan de vorm (nagenoeg) volledig gelijk is aan die welke eerder door Kwikform op de markt zijn en ook thans nog worden gebracht, hetgeen Kwikform onrechtmatig acht jegens haar'.

Blijkens onderdeel 1 gaat ook het cassatiemiddel uit van deze samenvatting.

3.2. Voorts dient in cassatie, naast de hierboven onder 1.1 genoemde feiten, nog tot feitelijk uitgangspunt — dat het systeem van Kwikform onderscheidend vermogen bezit, zoals het hof, in cassatie onbestreden, heeft beslist in r.o. 3–4, en

— dat Monte verwarring sticht door nagenoeg hetzelfde koppelingssysteem als Kwikform te vervaardigen en te verhandelen, zoals door het hof in r.o. 8 is geoordeeld en in cassatie evenmin is bestreden.

3.3. In r.o. 4 preciseert het hof de vraagstelling nader, waar het overweegt:

'Het geschil tussen pp. betreft echter niet de door Kwikform gekozen constructie van de koppeling. Het staat Monte vrij hetzelfde technisch model als Kwikform toe te passen. De vraag is of Monte dan genoodzaakt is exact dezelfde vormen en maten te gebruiken als reeds door Kwikform gedaan wordt.'

3.4. Aldus maakt het hof een onderscheid tussen enerzijds de constructie van de koppeling, door het hof ook genoemd het technisch model, en anderzijds de 'vormen en maten' waarin die constructie, dat model gestalte heeft gekregen. Naar 's hofs opvatting sluit het navolgen van een 'technisch model' dus in beginsel niet uit dat afgeweken wordt ten aanzien van vormen en maten.

3.5. Het hof beantwoordt de genoemde vraag ontkennend en wel op grond van een redenering (r.o. 4–7) die ik als volgt zou willen samenvatten:

— Monte kan bij toepassing van dezelfde constructie als Kwikform, op eenvoudige wijze meer dan ondergeschikte verschillen in vorm en maten van de onderdelen aanbrenge zonder afbreuk te hoeven doen aan de technische constructie en het principe waarop deze berust; de stelling van Monte dat ter verwezenlijking van hetzelfde technische effect geen andere vormen beschikbaar zijn, wordt als te vaag gepasseerd en verdraagt zich bovendien niet met de aan de subsidiaire vordering ten grondslag liggende stelling van Monte, dat het haar vrij staat koppelingsdelen op de markt te brengen die niet op die van Kwikform lijken, maar wel met deze uitwisselbaar zijn;

— gesteld noch aangetoond of aannemelijk gemaakt is dat voor uitwisselbaarheid met het systeem van Kwikform, waaraan volgens Monte bij de afnemers behoefte bestaat en waarvan het hof veronderstellenderwijze uitgaat, noodzakelijk is dat volledig aan elkaar gelijke koppelingsdelen in het verkeer worden gebracht;

— met genoemde afnemers zijn alleen de afnemers van Kwiksteiger bedoeld en de behoefte bij de afnemers aan ‘uitwisselbaarheid’ moet worden verstaan als de voor de hand liggende wens van de afnemers van de Kwiksteiger om aanvullende of vervangende delen daarvan ook elders en dan tegen een lagere prijs te kunnen betrekken, maar niet als een behoefte bij een deel van de afnemers van steigersystemen naar een zekere uniformiteit in de markt. (Zie de door het hof overgenomen r.o. 11, 13 en 14 van het vonnis van de Rb.).

3.6. Na in r.o. 8 te hebben geconstateerd dat Monte verwarring sticht, onderschrijft het hof in r.o. 9 tenslotte nog het argument van Kwikform, ‘dat bij gebreke van specifieke voor alle produkten geldende kwaliteitsnormen producenten van steiger materiaal er reeds in verband met mogelijke aansprakelijkheid belang bij hebben dat het risico van onbedoelde verwisseling van hun produkt met dat van anderen zo beperkt mogelijk wordt gehouden’.

3.7. Van belang is dat het hof van oordeel was dat Monte hetzelfde steigersysteem, hetzelfde ‘technische model’, dezelfde ‘constructie’ als dat van Kwikform op de markt mocht brengen. Anders dan in 's hofs k.g.-arrest valt thans niet te lezen dat het hof verwisselbaarheid niet toelaatbaar acht. Dit verschil wordt niet alleen geïllustreerd door het feit dat het hof dat argument niet heeft gebruikt om de subsidiaire vordering meteen af te wijzen, maar ook door de omstandigheid dat het hof in r.o. 6, laatste zin, niet heeft overgenomen r.o. 15 van het vonnis van de Rb., waarin deze in dit opzicht de lijn van het k.g.-arrest is blijven volgen. Voorts blijkt 's hofs gewijzigde opvatting uit r.o. 9, waar het overweegt: ‘Dat (te weten de noodzaak dat de verschillende onderdelen van een steigerconstructie op elkaar zijn afgestemd; A.) behoeft — anders dan Kwikform aanvoert — op zichzelf niet uit te sluiten dat haar onderdelen met die van andere producenten van steiger materiaal uitwisselbaar worden gemaakt ...’.

3.8. Het hof vindt echter dat er geen rechtvaardiging bestaat (althans is aannemelijk gemaakt) voor het gebruik van — naar de verschillende omschrijvingen in het arrest — exact dezelfde vormen en maten als die van Kwikform (r.o. 4), van volledige gelijke koppeldelen (r.o. 6), van niet-van-die-van-Kwikform-afwijkende koppeldelen (r.o. 8), van koppelingselementen die vrijwel identiek zijn aan die van (Kwikform) (r.o. 8). Met andere woorden: het hof oordeelde dat Monte niet alles had gedaan wat naar 's hofs oordeel redelijkerwijs mogelijk was om met handhaving van hetzelfde technische model en zelfs met het uitgangspunt dat de steigerdelen verwisselbaar zouden zijn met die van Kwikform, verwarring te vermijden. Dit is m.i. de strekking van 's hofs arrest.

3.9. Aldus heeft het hof, naar uit wat ik hierboven in het algemeen heb opgemerkt, in elk geval geen rechtsregel geschonden, terwijl het oordeel of i.c. afwijking van het ‘technisch model’, de ‘constructie’ van Kwikform redelijkerwijs mogelijk was zonder afbreuk te doen aan de deugdelijkheid en bruikbaarheid van het

produkt, in hoge mate een feitelijk karakter heeft (Zie hierover Martens, O.D., nr. 120b.).

3.10. Ik zal nu het cassatiemiddel in zijn verschillende onderdelen langslopen.

#### **4. Bespreking van het cassatiemiddel**

4.1. Onderdeel 1 bevat geen klacht maar is van inleidende aard.

4.2. Subonderdeel 2a dat zich keert tegen wat het hof overweegt in de derde zin van r.o. 4, berust op de stelling dat een ‘technisch model’ nooit voor bescherming op grond van het gemene recht in aanmerking kan komen. Aldus gaat het, zoals moge volgen uit wat ik hierboven heb betoogd, van een onjuiste rechtsopvatting uit, zodat het faalt. I.c. heeft het hof bovendien geoordeeld dat de constructie, door het hof in de volgende zin ook ‘technisch model’ genoemd, weliswaar niet beschermd was, maar dat niet is komen vast te staan dat niet afgeweken kon worden in vorm en maten zonder aan de deugdelijkheid en bruikbaarheid, waaronder eventueel verwisselbaarheid, af te doen. Het hof heeft daarmee dus tevens impliciet verworpen de stelling van Monte dat de onderhavige constructie een ‘technisch model’ was in de daaraan door Monte gegeven betekenis, dat daarvan niet in bovengenoemde zin in meer dan onbetekenende mate van kon worden afgeweken. Onbegrijpelijk of onvoldoende gemotiveerd is dus niet wat het hof in de aangevallen zin overweegt. De motiveringsklacht van dit subonderdeel faalt ook om die reden.

4.3. Subonderdeel 2b bevat een algemene klacht tegen wat het hof verder overweegt in de in het subonderdeel geciteerde passage uit r.o. 4. Die klacht wordt in de volgende subonderdelen 2aa-bb.ccc uitgewerkt.

4.4. Subonderdeel 2aa mist feitelijke grondslag. Zoals gezegd was het hof niet van oordeel dat er eerst sprake is van een technisch model indien ‘de technische constructie en het principe waarop het berust’ (het technisch effect) bepaald wordt door exacte maten en vormen. Het hof vindt juist dat hetzelfde technische model ook kan worden bereikt met afwijkingen in maten en vormen. Ook dit subonderdeel faalt dus.

4.5. Subonderdeel 2bb acht de geciteerde overwegingen onbegrijpelijk in het licht van het uitvoerige betoog van Monte dat toepassing van hetzelfde technische model als Kwikform een gebruik van dezelfde vorm en maatvoering, althans met niet meer dan ondergeschikte verschillen, als Kwikform noodzakelijk maakt. Deze klacht, die in feite niet meer is dan een algemene motiveringsklacht met betrekking tot de uitdrukkelijke verwerping door het hof van nu juist dat betoog, wordt in de subonderdelen aaa-ccc met nadere motiveringsklachten uitgewerkt.

4.6. Subonderdeel 2bb.aaa klaagt er over dat het hof de daar geciteerde passage uit het pleidooi van Monte uit haar verband heeft gelicht. Dat moge zo zijn, het hof mocht aan die passage betekenis hechten in de zin als het heeft gedaan, te weten dat met handhaving van hetzelfde technisch model en hetzelfde technisch effect ook een andere uitvoering mogelijk zou zijn geweest. Onbegrijpelijk is dit niet.

4.7. Subonderdeel 2bb.bbb kan reeds daarom niet slagen omdat het hof de hier bedoelde stelling van Monte 'niet alleen' verwerpt op de door dit subonderdeel aangevallen grond, 'doch ... ook' op de grond dat die stelling niet berust op enige concrete toelichting of adstructie. Tegen deze zelfstandig dragende grond komt het middelonderdeel niet op.

4.8. Subonderdeel 2bb.ccc miskent dat het hof ook voor de beoordeling van de primaire grondslag van de vordering belang mocht hechten aan een feitelijke stelling die in het kader van de subsidiaire grondslag was geponeerd. Onbegrijpelijk is dat in elk geval niet.

4.9. Subonderdeel 2c verliest m.i. uit het oog dat het hof niet heeft geoordeeld dat er geen voor bewijs vatbare feiten waren gesteld, maar dat het vond dat wat van de kant van Monte bij pleidooi overigens nog aan feiten naar voren was gebracht, niet tot een ander oordeel dwong. Onbegrijpelijk is dat niet en het hof behoefde dat niet nader te motiveren naast hetgeen reeds in r.o. 4 was overwogen in het licht van de pleitnota van Monte in appel, waarna dit subonderdeel verwijst. Daarin worden nl. onder I.8 voornamelijk gegevens aangaande de vorm van de koppeling, zoals blijkende uit de octrooiaanvraag van Kwikform, besproken terwijl wat onder II.10 aan feitelikheden wordt aangevoerd, voornamelijk betrekking heeft op het verband tussen de afmetingen van de koppelingdelen en 'de dikte van de steigerbuizen, de vereiste sterkte e.d.'. Daaruit volgde niet noodzakelijkerwijze dat Monte exact dezelfde maten en vormen als Kwikform diende te hanteren. Het hof heeft het bewijsaanbod dan ook kennelijk als niet voldoende relevant gepasseerd.

4.10. Nu het subonderdeel verder niet concreet aangeeft welke (andere) voor bewijs vatbare feiten een ander oordeel zouden rechtvaardigen en waaraan het hof in zijn motivering aandacht had moeten besteden, ga ik daaraan verder voorbij.

4.11. Op grond van het voorgaande faalt onderdeel 2.

4.12. Onderdeel 3 faalt eveneens. Het hof heeft kennelijk en niet onbegrijpelijk in de reeds genoemde, aan de subsidiaire vordering ten grondslag liggende, stelling dat het Monte vrij staat koppelingdelen op de markt te brengen die niet op die van Kwikform lijken maar wel met deze 'uitwisselbaar' zijn, gelezen dat ook volgens Monte voor verwisselbaarheid een volledige gelijkheid niet noodzakelijk was, ook al was bij pleidooi in eerste aanleg betoogd dat gelijkheid van vorm nodig was. Daarbij komt dat, zoals Mr. Huydecoper in zijn schriftelijke toelichting onder 17c ook aangeeft, Monte in appel bij pleidooi (pleitnota, p. 15) nu juist wel een aantal verschillen tussen de steigerelementen van Monte en die van Kwikform noemt.

4.13. Onderdeel 4, dat zich tegen een tweetal passages uit r.o. 6 keert, mist feitelijke grondslag, voorzover het ervan uitgaat dat het hof met Kwikform van oordeel was, dat Monte geen steigersysteem op de markt mocht brengen dat verwisselbaar is met dat van Kwikform. Hierboven heb ik dat reeds betoogd. Het hof gaat in het niet door dit onderdeel geciteerde deel van r.o. 6 zelfs veronderstellenderwijze uit van de bij de afnemers van Kwiksteigers bestaande behoefte aan verwisselbaar-

heid, maar komt tot de slotsom dat niet is gesteld of aangetoond dat het dan noodzakelijk is volledig gelijke koppelingdelen in het verkeer te brengen.

4.14. Verder onderschrijft het hof 'overigens' het oordeel van de Rb. dat — kort gezegd — van een behoefte aan standaardisatie, uniformiteit of verwisselbaarheid bij de afnemers niet was gebleken, op grond waarvan de Rb. het bewijsaanbod van Monte passeerde.

4.15. Ofschoon men zich in het licht van het kleren-hanger-arrest kan afvragen of wat de Rb. overwoog wel te verenigen valt met een juiste opvatting van de begrippen deugdelijkheid en bruikbaarheid (Zie de hierboven al genoemde noot van Verkade onder het k.g.-arrest in BIE 1981, p. 335 e.v. en Bescherming, nr. 29.), keert het middelonderdeel zich daartegen niet met concrete klachten. Wel betoogt het dat het niet onrechtmatig is om een verwarringwekkende gelijke vorm te kiezen als dat voor verwisselbaarheid noodzakelijk is. Dat betoog is op zichzelf genomen weliswaar juist, maar i.c. niet terzake dienend, omdat het hof nu juist feitelijk heeft geoordeeld dat niet is gebleken dat noodzakelijk was om een, naar 's hofs feitelijk oordeel, volledig gelijk produkt op de markt te brengen teneinde verwisselbaarheid te bereiken. Daarom treft evenmin doel het betoog aan het slot van dit onderdeel.

4.16. Onderdeel 4 faalt dan ook eveneens.

4.17. Onderdeel 5 keert zich tevergeefs tegen r.o. 9 waarin het hof overweegt dat en waarom Kwikform er belang bij heeft dat ook indien Monte verwisselbare onderdelen maakt, het risico van 'onbedoelde verwisseling' zo beperkt mogelijk wordt gehouden. Het hof zegt niet dat de mogelijkheid van 'onbedoelde verwisseling' reeds voldoende is om het op de markt brengen van verwisselbare onderdelen onrechtmatig te maken, maar het brengt alleen tot uitdrukking dat Kwikform er belang bij heeft dat de producent van die verwisselbare onderdelen zoveel mogelijk verwarring voorkomt. Dat oordeel geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is overigens niet onvoldoende gemotiveerd. Daarom alleen al faalt dit onderdeel.

4.18. Onderdeel 6 deelt dat lot omdat het hof kennelijk en niet onbegrijpelijk van oordeel was dat wat Monte aan haar subsidiaire vordering ten grondslag had gesteld, te weinig concreet was om toewijzing van die vordering te rechtvaardigen. Daarbij merk ik op dat het hof voor de toekomst niet met zoveel woorden de mogelijkheid uitsluit van een verklaring voor recht als subs. gevorderd — met een daaraan gekoppeld verbod. Het vindt alleen dat bij gebrek aan concrete feitelijke gegevens met betrekking tot een produkt dat wel verwisselbaar zou zijn maar toch in voldoende mate afwijkend van dat van Kwikform, daarvoor thans geen grond bestaat. Dit feitelijk, aan het hof voorbehouden oordeel acht ik in het licht van de gedingstukken niet onbegrijpelijk of onvoldoende gemotiveerd en geeft, naar ik meen, geen blijk van enige onjuiste rechtsopvatting.

4.19. Ik ben aan het einde van dit tot mijn spijt wat lang uitgevallen betoog. Nu geen van de middelonderdelen naar mijn oordeel kan slagen, bereik ik de volgende conclusie.

5. Conclusie

Deze strekt tot verwerping van het beroep.

---