

Rb Den Haag, 19 maart 2003, Flügel v W&S



## MERKENRECHT

### Flügel vormmerk bekend merk

- De rechtbank stelt voorop dat het vormmerk met etiket een merk is met een sterk onderscheidend vermogen voor de betrokken waar, enerzijds van huis uit gelet op de opvallende kleurstelling (felrode vloeistof, fluorescerend gele dop en geel/zwart etiket met in fluorescerende kleuren uitgevoerde stripfiguur) en anderzijds door inburgering gelet op de bekendheid op de relevante markt.

Flügel heeft namelijk onweersproken gesteld dat het flesje in meer dan 90% van de slijterijen en circa 65% van de kroegen, discotheken en nachtclubs wordt verkocht en dat haar jaaromzet buiten de Benelux ongeveer 22 miljoen flesjes belooft. Hieruit volgt dat het vormmerk bekend is te achten, bij een aanmerkelijk deel van het in aanmerking komende publiek (volgens beide partijen een jong, uitgaand publiek), zodat het zelfs een bekend merk in de zin van art. 13A lid 1 onder c is.

### Verwarringsgevaar

- Naar het oordeel van de rechtbank is de gelijkenis tussen het vormmerk en het Toppertje-flesje zo groot dat het publiek zal kunnen menen dat het Toppertjeflesje afkomstig is van Flügel of een met haar verbonden onderneming. Daarmee is ook hier het verwarringsgevaar gegeven,

### Associatiegevaar met bekend merk

- Temeer is, gezien ook de bekendheid van het vormmerk en de volkomen identiteit van de waren, de gelijkenis tussen het vormmerk en het Toppertje-flesje dusdanig groot, dat bij een relevant deel van het jonge, uitgaande publiek dat het Toppertje-flesje waarneemt, de gedachte aan het vormmerk met etiket van Flügel zal opkomen.
- Er bestaat derhalve associatiegevaar, waartegen art. 13A lid 1 onder c BMW bescherming biedt op voorwaarde dat het een bekend merk betreft en door het gebruik daarvan ongerechtvaardigd voor-

deel kan worden getrokken of afbreuk kan worden gedaan aan het onderscheidende vermogen of de reputatie van het merk.

Flügel heeft deze voor toepasselijkheid van art. 13A lid 1 onder c vereiste feiten gesteld (zie r.o. 8) en dat betekent dat de rechtbank de grondslag van de Verordening van Flügel ambtshalve met deze bepaling heeft aan te vullen.

### Ongerechtvaardigd voordeel – profiteren marketinginspanningen

- Door de associatie, die het in aanmerking komende publiek zal maken tussen het Toppertjeflesje en het vormmerk met etiket van Flügel, profiteert W&S van de marketing-inspanningen die Flügel zich klaarblijkelijk getroost heeft om haar vormmerk met etiket tot een succes te maken.

Dat W&S daadwerkelijk en ongerechtvaardigd voordeel trekt uit dit merk van Flügel blijkt daaruit dat W&S het Toppertje-flesje aan de consument te koop aanbiedt voor €0,79, terwijl het Flügel-flesje in dezelfde gelegenheid €0,89 kost. W&S kan dus onder de prijs van Flügel gaan zitten en daar-door ten detrimente van Flügel marktaandeel winnen, hetgeen — naar valt aan te nemen — niet mogelijk zou zijn wanneer zij niet zou hebben kunnen meeliften op de bekendheid en reputatie van het vormmerk met etiket van Flügel.

## AUTEURSRECHT

### Vorm en formaat flesje geen werk

- De rechtbank stelt voorop dat naar haar oordeel het samenstel van de vorm en het formaat van het flesje, de rode vloeistof en de gele dop met een etiket, als zodanig eigen oorspronkelijk karakter en het persoonlijke stempel van de maker ontbeert, zodat die elementen het Flügel-flesje niet tot een werk in de zin van de Auteurswet maken.

### Etiket auteursrechtelijke werk

- De uitvoering van het etiket is daarentegen onmiskenbaar auteursrechtelijk beschermd.

### Geen inbreuk

- De etiketten van enerzijds de Flügel-flesjes en anderzijds het Surfertje- en Toppertje-flesje zijn echter dusdanig verschillend (in het bijzonder de andere in het oog springende naam, de kleurstelling van de letters bij het Toppertje-flesje, de vorm van het etiket, alsmede het gebruik van een geheel ander figuurtje, bij zowel het Toppertje- als Surfertjeflesje afgebeeld als surfend op een board) dat van verveelvoudiging in gewijzigde vorm, en dus van auteursrechtelijk relevante ontlening, geen sprake kan zijn.

Vindplaatsen: IER 2003, nr. 58

Rb Den Haag, 19 maart 2003

(M.Y. Bonneur, R. Kalden, E.F. Brinkman)

In de zaak met rolnummer 01/3108

van:  
de naamloze vennootschap Flügel Enterprises NV, te Maassluis, eiseres,  
proc.: aanvankelijk mr. W.E. Pors, thans mr. W. Taekema,  
adv.: mr. W.E. Pors en mr. B.A.A. Swennenhuis,  
tegen  
de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid W&S Company BV, te Watingen, gedaagde,  
proc. en adv.: mr. P.J.L.J. Duijsens.  
Partijen zullen hierna ook worden aangeduid als 'Flügel' en 'W&S'.

### De feiten

1. Ten processe kan van de volgende feiten worden uitgegaan:

a. Flügel brengt een zogenaamde 'energy-drink' op de markt, verpakt in een flesje van 20 ml (hierna ook te noemen: het Flügel-flesje). De drank is (fel)rood van kleur en bevat (onder meer) wodka. Het flesje is transparant, waardoor de kleur van de drank goed zichtbaar is. Het flesje is voorts voorzien van een fluorescerend geel gekleurde dop. De achtergrond van het etiket is zwart van kleur, terwijl het etiket is voorzien van een gele rand. De letters op het etiket zijn wit. De op het etiket afgebeelde eend (stripfiguur) is uitgevoerd in felle kleuren (fluorescerend roze verentooi en oranje snavel en pootjes) en treedt aan de onderzijde enigszins uit het etiket.

b. Het Flügel-flesje ziet er als volgt uit:



c. Flügel heeft het flesje met etiket, zoals hiernaast afgebeeld, op 16 november 2000 als vormmerk en in kleur gedeponerd bij het Benelux-Merkenbureau voor de klassen 32 en 33 (alcoholhoudende dranken) met depot nummer 0977901. In dat depot worden de kleuren roze, oranje, geel, wit en zwart vermeld. Dit merk is inmiddels ingeschreven en zal hierna ook worden aangeduid als 'het vormmerk met etiket'.

d. Eerder al, met depotdatum 18 maart 1996, had Flügel het woordmerk FLÜGEL voor klasse 33 doen inschrijven. Flügel heeft voorts nog diverse aanvullende merkdepots verricht bij het Benelux-Merkenbureau voor waren in de klassen 32 (Bieren, minerale en gazeuse waren en andere alcoholvrije dranken; vruchtendranken en vruchtensappen; siropen en andere preparaten voor

de bereiding van danken) en 33 (Alcoholhoudende dranken, uitgezonderd bieren):

— op 12 december 2001 de kleuren rood en geel;

— op 1 februari 2002 diezelfde kleuren, doch nu onder gedetailleerde aanduiding van die kleuren en in een specifieke verhouding geel:rood van 1:7; en

— op 7 februari 2002 het flesje met de gele dop en rode vloeistof (doch zonder enig etiket).

e. Sinds januari 2001 brengt W&S een roodgekleurde energy-drink, bevattende wodka, in een flesje van 20 ml op de markt onder de naam 'surfertje'. Dit flesje (hierna ook aan te duiden als: het Surfertje-flesje) is voorzien van een fluorescerend geel dopje, een zwart etiket met een gele rand, waarop witte letters en een stripfiguur in felle kleuren (geel en roze) dat aan de onderzijde en (in mindere mate) aan de rechterzijde uit het etiket treedt.

Het Surfertje-flesje ziet er als volgt uit:

[...]

f. Bij vonnis in kort geding van 22 maart 2001 heeft de president dezer rechtbank (samengevat) W&S bevolen om elke inbreuk op de merkrechten en auteursrechten van Flügel, bestaande uit het aanbieden van het Surfertje-flesje, te staken en gestaakt te houden.

g. Naar aanleiding van voormeld kortgedingvonnis heeft W&S de productie en het verhandelen van het Surfertje-flesje gestaakt. In mei 2001 heeft W&S evenwel andermaal een roodgekleurde energy-drink, bevattende wodka, in een flesje van 20 ml op de markt gebracht, ditmaal onder de naam 'Toppertje'. Het enige uiterlijke verschil met het Surfertje-flesje is de uitvoering van het etiket, dat nu is een geel etiket met een zwarte rand, met daarop het woord 'Toppertje' in rode letters en waarvan de T aan de linkerkzijde uit het etiket treedt, maar nog wel dezelfde figuur in dezelfde kleuren als die op het Surfertje-flesje stond afgebeeld, welk figuur echter thans niet meer uit het etiket treedt. Het Toppertje-flesje ziet er als volgt uit:



h. Bij vonnis van 21 december 2001 heeft de president van deze rechtbank geoordeeld dat W&S met het Toppertje-flesje voldoende afstand had genomen van de merk- en auteursrechten van Flügel en de verhandeling van dat flesje niet verboden. Dit vonnis heeft het (gerechtshof te 's-Gravenhage bij arrest van 28 maart 2002 in het door Flügel ingestelde beroep bevestigd.

## De vorderingen, de grondslagen daarvoor en de verweren

2. Flügel vordert na vermeerdering/wijziging van eis (samengevat) dat de rechtbank oordeelt dat het Surfertjeen/ of Toppertje-flesje volgens art. 13A lid 1 onder a of b Benelux Merkenwet (BMW) inbreuk maakt op het Flügel-flesje (de rechtbank zal dit opvatten als een verklaring voor recht dat deze flesjes inbreuk maken op het vormmerk met etiket van Flügel) en voorts dat W&S zal worden bevolen elke inbreuk op de merkrechten en auteursrechten van Flügel alsmede onrechtmatig handelen, bestaande uit het aanbieden van het Surfertjeen/ of Toppertje-flesje, te staken en gestaakt te houden, zulks op straffe van een dwangsom en met nevenvorderingen, alsmede schadevergoeding/winstafdracht op te maken bij staat. Flügel had haar eis overigens bij repliek uitgebreid met nog 10 andere flesjes doch zij heeft haar vordering weer evenzoveel verminderd voorafgaand aan het pleidooi. Flügel legt aan haar vorderingen ten grondslag dat W&S door het verhandelen van het Surfertje-flesje en/of Toppertje-flesje inbreuk maakt op de merkrechten van Flügel alsmede op haar auteursrechten, en subsidiair dat W&S jegens haar onrechtmatig handelt.

3. W&S heeft tegen de vorderingen van Flügel gemotiveerd verweer gevoerd. Daarop zal, voorzover van belang, in het onderstaande nader worden ingegaan.

### Beoordeling van het geschil

#### Merkinbreuk?

#### Bevoegdheid

4. De rechtbank stelt ambtshalve vast dat zij bevoegd is van de vorderingen kennis te nemen op grond van het feit dat W&S gevestigd is in dit arrondissement (art. 37 BMW).

#### Inleidende opmerkingen

5. Voorzover Flügel heeft bedoeld te stellen dat W&S ook inbreuk zou maken op het woordmerk FLÜGEL — dat het oudste merk is en zodoende, in verband met de tevens gevorderde schadevergoeding, de grondslag met de verste strekking vormt — wordt die stelling gepasseerd, nu de rechtbank niet vermag in te zien dat sprake is van enige overeenstemming tussen dat merk en de door W&S gebruikte tekens ‘surfertje’ en ‘Toppertje’. De rechtbank zal hierna de gestelde inbreuk op het vormmerk met etiket beoordelen; nu dit — gelet op het moment waarop schadevergoeding verschuldigd kan worden — de grondslag met vervolgens verste strekking vormt en voorts de inschrijving noch de geldigheid daarvan is betwist.

6. De rechtbank overweegt verder dat, zoals blijkt uit de verschillen in etiketten als afgebeeld in r.o. 1, noch het Surfertje-flesje noch het Toppertje-flesje een aan het vormmerk met etiket identiek teken is, zodat wat dit merk betreft Flügel's beroep op art. 13A lid 1 onder a BMW niet opgaat.

7. Flügel heeft zich verder (uitsluitend) beroepen op art. 13A lid 1 onder b BMW en onder meer gesteld dat het vormmerk met etiket zeer bekend is, dat het Surfertjeen Toppertje-flesje worden gebruikt voor precies dezelfde waren als waarvoor het vormmerk is gedeponeerd, dat tussen het vormmerk met etiket en het Sur-

fertje- en/of Toppertje-flesje grote gelijkenis bestaat, dat daardoor verwarring is te duchten en dat W&S ongerechtvaardigd voordeel trekt uit het succes van de merken van Flügel (zie voor dit laatste pleitnota nr. 6 in verbinding met nr. 51 en 52 van de conclusie van repliek).

8. De rechtbank stelt voorop dat het vormmerk met etiket een merk is met een sterk onderscheidend vermogen voor de betrokken waar, enerzijds van huis uit gelet op de opvallende kleurstelling (felrode vloeistof, fluorescerend gele dop en geel/zwart etiket met in fluorescerende kleuren uitgevoerde stripfiguur) en anderzijds door inburgering gelet op de bekendheid op de relevante markt. Flügel heeft namelijk onweersproken gesteld dat het flesje in meer dan 90% van de slijterijen en circa 65% van de kroegen, discotheken en nachtclubs wordt verkocht en dat haar jaarmzet buiten de Benelux ongeveer 22 miljoen flesjes belooft. Hieruit volgt dat het vormmerk bekend is te achten, bij een aanmerkelijk deel van het in aanmerking komende publiek (volgens beide partijen een jong, uitgaand publiek), zodat het zelfs een bekend merk in de zin van art. 13A lid 1 onder c is. In confesso is dat er sprake is van volledig identieke waren.

9. Het cruciale punt is dus of er voldoende gelijkenis bestaat tussen het vormmerk met etiket van Flügel en het Surfertje- en het Toppertje-flesje van W&S. Dienaangaande heeft W&S gesteld dat één van de meest in het oog springende elementen van het vormmerk, namelijk de rode kleur van het drankje, een eigenschap van de waar is — het betreft, aldus W&S, wodka met bessensap, die uit de aard der zaak rood van kleur is — en zij dus een geldige reden heeft om deze kleur te gebruiken. De rechtbank begrijpt dat W&S hiermee wil betogen dat gelet ook op art. 13A lid 7 BMW dit element bij de beoordeling van de gelijkenis-vraag buiten beschouwing moet blijven. Zou het inderdaad wodka met bessensap betreffen — hetgeen Flügel gemotiveerd heeft betwist met de stelling dat in het geheel geen bessensap kan zijn toegevoegd omdat dan na verloop van tijd verkleuring en bezinksel zou optreden, op welke stelling W&S onvoldoende inhoudelijk heeft gereageerd noch haar stellingen met bewijzen terzake heeft gestaafd — dan heeft W&S niet gemotiveerd Flügel's stelling weersproken dat de toevoeging van het bessensap uitsluitend is gebeurd om de vloeistof een rode kleur te geven (en dus niet bijvoorbeeld een smaakeffect heeft). En zelfs al zou het om bessensap gaan die vanwege de smaak is toegevoegd, dan verleent zulks nog geen vrijbrief om naast die rode kleur van de vloeistof de (verder) onderscheidende en dominerende bestanddelen van het vormmerk met etiket over te nemen.

#### Surfertje-flesje

10. De vorm en het formaat van het Surfertje-flesje, maar ook de opvallend rode kleur van de drank, alsmede het fluorescerende geel van de schroefdop daarvan, stemmen geheel overeen met het vormmerk met etiket. Verder vertoont ook de uitvoering van het etiket aanmerkelijk meer punten van overeenstemming dan punten van verschil. Immers stemmen overeen: — de dominerende kleur van het etiket (zwart);

— de kleur (geel) van de rand van het etiket;  
— de kleur (wit), uitvoering (dansend) en lettertype van de letters (waarbij vooral ook de zeer gelijkende uitvoering van de hoofdletter F in het oog springt);  
— de aard van de afbeelding (een stripfiguur);  
— de kleurstelling van de afbeelding (felle kleuren);  
— de positionering van de afbeelding (iets buiten het etiket tredend).

11. Door deze visueel overeenstemmende kenmerken tussen het Surfertje-flesje en het merk is sprake van een zodanig overeenstemmende totaalindruk van het vormmerk met etiket en dit flesje dat daardoor — gezien ook het onder r.o. 8 overwogene — het in aanmerking komende publiek zal kunnen menen dat het Surfertjeflesje afkomstig is van Flügel of een met haar verbonden onderneming. Daarmee is het verwarringsgevaar gegeven.

#### **Toppertje-flesje**

12. De punten van overeenstemming tussen het vormmerk met etiket en het Toppertje-flesje, te weten het gebruik in beide gevallen van de opvallend rode vloeistof, het evenzeer opvallende fluorescerend gele dopje, de nagenoeg identieke vorm en grootte van het doorzichtige flesje en de plaatsing en grootte van het etiket, waarop een stripfiguurtje staat afgebeeld, alsmede de contrasterende geel-met-zwarte kleurstelling van dat etiket, wegen zwaarder dan de punten van verschil, te weten de andere stripfiguur op het etiket, de naam ‘Toppertje’ in rode letters (in plaats van de witte letters bij het Flügel-flesje), alsmede het gele etiket met zwarte omlijning (in plaats van zwart met gele omlijning bij het Flügel-flesje). De overeenstemmende punten zijn zeker niet van ondergeschikte betekenis en genoemde verschillen in het etiket zijn, mede gelet op de geringe grootte van de flesjes, niet bepalend voor het totaalbeeld van de flesjes. Dat klemt temeer nu een groot deel (naar Flügel onweersproken ter zitting heeft verklaard: 88%) van de flesjes in relatief slecht verlichte gelegenheden (bars, disco's en nachtclubs) wordt verkocht. Daardoor zal zelfs de oplettende consument de verschillen niet opvallen, waarbij ook in ogenschouw moet worden genomen dat bij die consument, die immers niet altijd de mogelijkheid zal hebben het merk en het Toppertje-flesje direct met elkaar te vergelijken, een (onvolmaakt) beeld achterblijft van het merk van Flügel (vgl. [HvJ EG 22 juni 1999, IER 1999, 48, Lloyd/Klijssen](#), m.n. r.o. 26), waarbij juist de dominerende en opvallende bestanddelen van het merk (fluorescerend, geel dopje, bepaald formaat flesje met rode vloeistof en geel/zwart etiket) in de herinnering zullen achterblijven en zodoende een hoofdrol spelen.

13. Naar het oordeel van de rechtbank is de gelijkenis tussen het vormmerk en het Toppertje-flesje zo groot dat het publiek zal kunnen menen dat het Toppertjeflesje afkomstig is van Flügel of een met haar verbonden onderneming. Daarmee is ook hier het verwarringsgevaar gegeven, zeker wanneer ook in aanmerking wordt genomen dat de Toppertje-flesjes — zoals ter zitting is gebleken — deels ook nog op dezelfde wijze als de Flügel-flesjes aan de man worden gebracht, namelijk door jonge dames/meisjes met een tray van de flesjes

voor hun middel gebonden, hetgeen tevens tot gevolg heeft dat het etiket niet (goed) zichtbaar is en met name de gele dop en de rode vloeistof in het oog springen.

14. Temeer is, gezien ook de bekendheid van het vormmerk en de volkomen identiteit van de waren, de gelijkenis tussen het vormmerk en het Toppertje-flesje dusdanig groot, dat bij een relevant deel van het jonge, uitgaande publiek dat het Toppertje-flesje waarneemt, de gedachte aan het vormmerk met etiket van Flügel zal opkomen. Er bestaat derhalve associatiegevaar, waartegen art. 13A lid 1 onder c BMW bescherming biedt op voorwaarde dat het een bekend merk betreft en door het gebruik daarvan ongerechtvaardigd voordeel kan worden getrokken of afbreuk kan worden gedaan aan het onderscheidende vermogen of de reputatie van het merk. Flügel heeft deze voor toepasselijkheid van art. 13A lid 1 onder c vereiste feiten gesteld (zie r.o. 8) en dat betekent dat de rechtbank de grondslag van de Verordening van Flügel ambtshalve met deze bepaling heeft aan te vullen.

15. In dit kader merkt de rechtbank op dat weliswaar naar de letter genomen art. 13A lid 1 onder c BMW alleen van toepassing is bij niet-soortgelijkheid van de waren, doch uit het arrest van het [Hof van Justitie d.d. 9 januari 2003 \(C-292/00, Davidoff\)](#) volgt — zakelijk weergegeven — dat indien een lidstaat ervoor heeft gekozen aan bekende merken de specifieke bescherming van art. 5 lid 2 richtlijn 89/104/EEG te verlenen, dat artikel aldus moet worden uitgelegd dat het bekende merk niet minder bescherming geniet bij waren die soortgelijk zijn aan die waarvoor het merk is ingeschreven dan bij niet-soortgelijke waren (zie met name r.o. 25). Dat betekent dat art. 13A lid 1 onder c BMW, waarin de Beneluxwetgever zijn keuze voor genoemde specifieke bescherming volgens art. 5 lid 2 richtlijn 89/104/EEG heeft neergelegd, niet alleen van toepassing is op ongelijksoortige waren (zoals het artikel letterlijk vermeldt) maar evenzeer op soortgelijke waren, zoals in deze zaak aan de orde.

16. Zoals onder 8 is overwogen is het vormmerk met etiket bekend. Door de associatie, die het in aanmerking komende publiek zal maken tussen het Toppertje-flesje en het vormmerk met etiket van Flügel, profiteert W&S van de marketing-inspanningen die Flügel zich klaarblijkelijk getroost heeft om haar vormmerk met etiket tot een succes te maken. Dat W&S daadwerkelijk en ongerechtvaardigd voordeel trekt uit dit merk van Flügel blijkt daaruit dat W&S het Toppertje-flesje aan de consument te koop aanbiedt voor €0,79, terwijl het Flügel-flesje in dezelfde gelegenheid €0,89 kost. W&S kan dus onder de prijs van Flügel gaan zitten en daardoor ten detrimente van Flügel marktaandeel winnen, hetgeen — naar valt aan te nemen — niet mogelijk zou zijn wanneer zij niet zou hebben kunnen meeliften op de bekendheid en reputatie van het vormmerk met etiket van Flügel. Omdat het ongerechtvaardigde voordeel vaststaat, kan in het midden blijven of, zoals in art. 13A lid 1 onder c BMW letterlijk is vermeld, het voldoende is dat ongerechtvaardigd voordeel kan worden getrokken of dat, zoals in art. 5 lid 2 richtlijn

89/104/EEG letterlijk is vermeld, vereist is dat ongeachtvaardigd voordeel wordt getrokken.

17. Uit het voorgaande en r.o. 9 hiervoor, op grond waarvan de rechtbank van oordeel is dat W&S geen beroep op een geldige reden toekomt, volgt dat met het op de markt brengen van zowel het Surfertje- als het Toppertje-flesje inbreuk wordt gemaakt op het vormmerk met etiket van Flügel. Onder deze omstandigheden kast de beoordeling van de inbreuk op de overige merkrechten achterwege blijven, aangezien Flügel daarbij onvoldoende belang heeft en de vorderingen (slechts) zien op een inbreukverbod en verklaring voor recht met betrekking tot 'het aanbieden van de Surfertje-flesje en/of Toppertje-flesje'. Dat brengt de rechtbank tot de slotsom dat de gevorderde verklaring voor recht en het inbreukverbod, beide beperkt tot het vormmerk met etiket, voor toewijzing in aanmerking komen.

#### **Auteursrechtinbreuk?**

18. De rechtbank stelt voorop dat naar haar oordeel het samenstel van de vorm en het formaat van het flesje, de rode vloeistof en de gele dop met een etiket, als zodanig eigen oorspronkelijk karakter en het persoonlijke stempel van de maker ontbeert, zodat die elementen het Flügel-flesje niet tot een werk in de zin van de Auteurswet maken. De uitvoering van het etiket is daarentegen onmiskenbaar auteursrechtelijk beschermd. De etiketten van enerzijds de Flügel-flesjes en anderzijds het Surfertje- en Toppertje-flesje zijn echter dusdanig verschillend (in het bijzonder de andere in het oog springende naam, de kleurstelling van de letters bij het Toppertje-flesje, de vorm van het etiket, alsmede het gebruik van een geheel ander figuurtje, bij zowel het Toppertje- als Surfertje-flesje afgebeeld als surfend op een board) dat van verveelvoudiging in gewijzigde vorm, en dus van auteursrechtelijk relevante ontlening, geen sprake kan zijn. Ook al heeft W&S hierbij ontegenzeggelijk stijlelementen (gebruik stripfiguurtje, fluorescerende kleurstellingen en uit het etiket treden) overgenomen, zij heeft daarbij voldoende afstand genomen van de specifieke uitvoering van die stijlelementen door Flügel.

#### **Onrechtmatig handelen?**

19. Nu één van de primaire betogen slaagt, namelijk dat sprake is van merkinbreuk, komt de rechtbank niet toe aan het (kennelijk: zie dagvaarding nr. 16 en 36) subsidiair aan de vorderingen ten grondslag gelegde verwijt van onrechtmatig handelen. Ten overvloede merkt de rechtbank op dat Flügel onvoldoende gemotiveerd en gesubstantieerd heeft gesteld dat en op welke wijze, buiten de gestelde merk- en auteursrechtinbreuk, W&S ook anderszins onrechtmatig jegens haar zou hebben gehandeld.

#### **Slotsom en proceskosten**

20. Gelet op het bovenstaande kunnen de vorderingen voorzover deze betrekking hebben op inbreuk op het vormmerk met etiket voor zowel het Surfertje- als Toppertje-flesje worden toegewezen, met dien verstande dat de rechtbank een korte uitlooperperiode van twee weken aangewezen acht in verband met het feit dat de verhandeling van het Toppertje-flesje thans wel wordt

verboden terwijl dit door de president nog was toegestaan. De nevenvorderingen (vernietiging, opgave afnemers met aantallen, verkoopprijs en winst, alsmede opgave voorman) heeft W&S niet bestreden, zodat deze kunnen worden toegewezen als na te melden, waarin de rechtbank enige verduidelijkingen heeft aangebracht om executiegeschillen te voorkomen en evenzeer ambtshalve enige termijnen, voor nakoming heeft gesteld. Terzake van de gevorderde schadestaat, met keuzevoorbehoud winstafdracht, heeft W&S slechts in algemene termen betwist dat Flügel enige schade zou hebben geleden. Gelet op het feit echter dat vaststaat dat beide inbreukmakende flesjes in elk geval gedurende enige tijd zijn verhandeld, acht de rechtbank de mogelijkheid van schade aannemelijk. Daar er thans onvoldoende aanknopingspunten zijn om dadelijk tot begroting over te kunnen gaan (bijvoorbeeld ontbreken gegevens omtrent omzetten van W&S en verkoopprijzen), zal de rechtbank de vordering tot schadevergoeding nader op te maken bij staat toewijzen.

21. Als (grotendeels) in het ongelijk gestelde partij, zal W&S in de proceskosten worden veroordeeld.

#### **Beslissing**

De rechtbank:

Verklaart voor recht dat gedaagde door het aanbieden van het Surfertje- en Toppertje-flesje inbreuk maakt op het vormmerk met etiket (depot nummer 0977901) van eiseres;

Beveelt gedaagde om binnen twee weken na betekening van dit vonnis de inbreuk op het vormmerk met etiket (depot nummer 0977901) van eiseres bestaande uit het aanbieden van het Surfertje-flesje en/of Toppertje-flesje, te staken en gestaakt te houden, en

Veroordeelt gedaagde om aan eiseres te betalen een dwangsom van EUR 5000 per individueel product of, naar keuze van eiseres, voor elke dag dat gedaagde met de nakoming van dit bevel in gebreke blijft;

Beveelt gedaagde om binnen twee weken na betekening van dit vonnis alle Surfertje-flesjes en Toppertje-flesjes die door gedaagde in voorraad worden gehouden te verwijderen en te vernietigen, zulks op straffe van een dwangsom van €5000 per individueel product of, naar keuze van eiseres, voor elke dag dat gedaagde met de nakoming van dit bevel in gebreke blijft; Beveelt gedaagde om binnen twee weken na betekening van dit vonnis door middel van een door een registeraccountant gecontroleerd en gecertificeerd overzicht aan de advocaat van eiseres gespecificeerd opgave te doen van de klanten, aan wie het Surfertje-flesje en/of Toppertje-flesje is geleverd, alsmede — per klant — inzicht te verschaffen in reeds verkochte aantallen van het inbreukmakend artikel, de door haar gehanteerde verkoopprijs en alle omzet en de behaalde winst in de Surfertje-flesjes en/of Toppertje-flesjes, dit alles op straffe van een dwangsom van €5000 per dag dat geslaagde met de nakoming van dit bevel in gebreke blijft;

Beveelt gedaagde om binnen twee weken na betekening van dit vonnis een door een registeraccountant gecontroleerd en gecertificeerd overzicht te verstrekken van de namen en adressen van alle bij de productie van

de Surfertje-flesjes en/of Toppertje-flesjes betrokken (rechts)personen, in het bijzonder de naam en het adres van de (rechts)personen die de Surfertje-flesjes en/of Toppertje-flesjes aan haar hebben geleverd of voor haar hebben geproduceerd;

Veroordeelt gedaagde tot vergoeding van de door eiseres geleden schade (waarbij eiseres zich het recht voorbehoudt eventueel te kiezen voor winstafdracht), nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet;

---