

Rb Breda, 16 juli 2008, Riho v Sealskin*Riho Lima***AUTEURSRECHT – VASTSTELLINGSOVEREENKOMST****Sprake van “duidelijke verschillen”**

- [onmiskenaar voor Sealskin dat Riho de combinatie van strakke randen in de lengte met een glooiende belijning van de korte zijden waarbij een contrasterende overgang ontstaat en de symmetrie in de lengte van de randen en de zijden in de breedte, niet wilde prijsgeven en in de nieuwe modellen wilde \(kunnen\) behouden.](#)

In het voetspoor van genoemd arrest is zeer zwaarwiegend wat de correspondentie tussen de advocaten van de partijen inhield. In dit geval heeft Sealskin geen voorafgaande correspondentie overgelegd en betreft het uitsluitend de brieven van de advocaat van Riho van 6 en 12 mei 2005. Temeer zijn deze belangrijk omdat het een eenzijdige onthoudingsverklaring van Riho betreft en Riho in deze brieven haar bedoelingen omtrent de inhoud en de betekenis daarvan heeft uiteengezet. Van groot belang is dat Riho in de brief van 6 mei 2005 feitelijk beschrijft welke wijziging zij door de nieuwe modellen wilde aanbrengen: De rechte lijn zou korter worden waardoor deze verder van de hoeklijn van het bad ophoudt en overgaat in een glooiende lijn. In de betreffende brief ging daaraan vooraf het – juiste - betoog dat voor inbreuk op auteursrecht vereist is dat eenzelfde totaalindruk pas inbreuk oplevert op auteursrecht als de vormelementen die die indruk veroorzaken oorspronkelijk zijn en het persoonlijk kenmerk van de maker bezitten, en bovendien niet stijlen en trends vertegenwoordigen of functioneel technisch bepaalde aspecten betreffen. Riho betwistte vervolgens beargumenteerd de nieuwigheid en oorspronkelijkheid, stellende dat de kenmerkende vormelementen die Sealskin inriep tot een stijl en trend behoorden, en dat de vlakke rand en de kromming van de rugzijde functioneel-technische bepaalde aspecten waren. Deze juridische stellingname en de beschreven voorgenomen wijziging in de modellen maakte onmiskenaar voor Sealskin dat Riho de combinatie van strakke randen in de lengte met een glooiende belijning van de korte zijden waarbij een contrasterende overgang ontstaat en de symmetrie in de lengte van de randen en de zijden in de breedte, niet wilde prijsgeven en in de nieuwe modellen wilde (kunnen) behouden.

- [Uit te gaan van relevante koperspubliek](#)

Nu de brieven en de onthoudingsverklaring geen andersluidende aanwijzingen geven en geen verdere relevante stellingen hieromtrent zijn gedaan, neemt de rechtbank tot uitgangspunt dat partijen over en weer hebben gemeend, en mochten verwachten dat voor de beoordeling van het “duidelijk verschil” uit diende te worden gegaan van het relevante koperspubliek. Bij baden is dat een kritische, belangstellende consument, die zich breed oriënteert en die bij het bezien van het brede aanbod oog heeft (ontwikkeld) voor grote én kleine verschillen.

- [“De rest van de markt” is van belang voor de beoordeling of er een “duidelijk verschil” is.](#)

Riho heeft collages overgelegd, waaruit blijkt dat bij elk van de drie baden sprake is van sterk gelijkende totaalindrukken met de rest van de markt. Nu Sealskin dit beeld niet voldoende gedocumenteerd heeft weersproken, gaat de rechtbank hiervan uit. Dit leidt ertoe dat ook geringe verschillen toch “duidelijk verschil” kunnen opleveren, zoals bedoeld in de onthoudingsverklaring.

- [Sprake van duidelijke verschillen als bedoeld in de door Riho ondertekende onthoudingsverklaring](#)

Op grond van al hetgeen hiervoor is overwogen komt de rechtbank tot het oordeel dat de baden met de namen Lima, Panama en Bogota die door Riho zijn vervaardigd en op de markt zijn gebracht elk voor zich een duidelijk verschil, als bedoeld in de door Riho ondertekende onthoudingsverklaring van 23 mei 2005, vertonen met respectievelijk de Senso 180, de Senso 145 en de Senso 6-hoek van Sealskin

AANSPRAKELIJKHEID ONRECHTMATIGE HANDHAVING**Winstderving en schade**

[Ex aequo en bono begroot op €158.274,67](#)

Vindplaatsen: LJN: [BD7527](#)

Rb Breda, 16 juli 2008

(Leijten)

Uitspraak

vonnis

RECHTBANK BREDA

Sector civiel recht

Team handelsrecht

zaaknummer / rolnummer: 171741 / HA ZA 07-384

Vonnis van 16 juli 2008

in de zaak van

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid RIHO INTERNATIONAL BV,

gevestigd te Tilburg,

eiseres in conventie,

verweerster in reconventie,

procureur mr. N.Th. ter Haar Romeny,

advocaat mr. G.S.P. Vos te Amsterdam,

tegen

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid VAN LOON-SEALSKIN BV,

gevestigd te Waalwijk,

gedaagde in conventie,
eiseres in reconventie,
procureur mr. M.F.I.J.J. Kramer,
advocaat mr. F.V.B.M. Mutsaerts te 's-Hertogenbosch.
Partijen zullen hierna Riho en Sealskin genoemd worden.

1. De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding met producties 1 tot en met 9;
- de conclusie van antwoord in conventie en van eis in reconventie met producties 1 tot en met 43;
- de conclusie van repliek in conventie en van antwoord in reconventie, tevens akte vermeerdering van eis met producties 10 tot en met 50;
- de conclusie van dupliek in conventie en van repliek in reconventie tevens akte wijziging van eis met producties 44 tot en met 46;
- de conclusie van dupliek in reconventie met productie 51;
- de op 31 maart 2008 ingediende akte aan de zijde van Sealskin overlegging producties 47 tot en met 52, tevens akte houdende wijziging van eis in reconventie;
- de pleidooien en de ter gelegenheid daarvan overgelegde stukken.

1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

2. Het geschil in conventie

2.1. Riho vordert, na voorwaardelijke vermeerdering van eis, bij vonnis uitvoerbaar bij voorraad:

1. Sealskin te gebieden binnen zeven dagen na betekening van dit vonnis aan Riho te betalen een bedrag van eur 317.312,91, ter vergoeding van de schade die Riho heeft geleden als gevolg van de executie door Sealskin van het vonnis van de voorzieningenrechter van de rechtbank Utrecht van 27 december 2005, gewezen onder zaaknummer 203740/KG ZA 05-1120, althans een zodanig bedrag als de rechtbank in goede justitie rechtvaardig acht ter vergoeding van de schade die Riho heeft geleden als gevolg van de executie door Sealskin van voornoemd vonnis;

2. Sealskin te gebieden binnen zeven dagen na betekening van dit vonnis de Senso baden terug te (doen) halen uit de showrooms van de afnemers aan wie Sealskin Senso baden heeft geleverd ter vervanging van de Lima baden van Riho, zo nodig door deze terug te kopen, onder het uitdrukkelijk aanbod de met de terughaling gemoeide kosten te vergoeden, zulks op straffe van een onmiddellijk opeisbare en niet voor matiging vatbare dwangsom ad eur 5.000,-- per dag (een gedeelte van een dag als een hele gerekend) waarop Sealskin geheel of gedeeltelijk in gebreke blijft aan dit gebod te voldoen, of - zulks naar keuze van Riho - voor iedere (gehele of gedeeltelijke) overtreding van het hiervoor genoemde gebod;

3. Sealskin te veroordelen in de kosten van deze procedure, onder de voorwaarde dat de rechtbank oordeelt dat de baden Panama en Bogota een duidelijk verschil vertonen met de Senso baden vordert Riho bij vonnis uitvoerbaar bij voorraad;

4. Sealskin te veroordelen tot vergoeding van de schade die Riho heeft geleden en nog zal lijden als gevolg van

de executie door Sealskin van het vonnis van de voorzieningenrechter van de rechtbank Utrecht van 27 december 2005, gewezen onder zaaknummer 203740 / KG ZA 05-1120 ten aanzien van de baden van Riho met de namen Panama en Bogota zoals in het lichaam van de conclusie omschreven, op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet.

2.2. Sealskin voert verweer en vordert in reconventie bij vonnis uitvoerbaar bij voorraad:

1. Te verklaren voor recht dat de baden met de namen Lima, Panama en Bogota die door Riho zijn vervaardigd en op de markt zijn gebracht geen duidelijke verschillen vertonen met de Senso 180, de Senso 145 en de Senso 6-hoek van Sealskin en dat Riho toerekenbaar is tekortgeschoten in de nakoming van haar verplichting om duidelijke verschillen aan te brengen zoals opgenomen in de door Riho ondertekende onthoudingsverklaring van 23 mei 2005;

2. Te verklaren voor recht dat Riho met de levering of de verkoop van haar baden de Lima, Panama en Bogota een contractuele boete, zoals opgenomen in onderdeel 4 van de onthoudingsverklaring van 23 mei 2005, heeft verbeurd van eur 1.000,-- voor ieder bad dat zij in strijd met de onthoudingsverklaring van 23 mei 2005 heeft verkocht of geleverd aan haar afnemers en dat niet aan haar is terug geleverd conform het kort geding vonnis van 27 december 2005;

3. Riho te veroordelen om binnen 14 dagen na betekening van dit vonnis aan de advocaat van Sealskin opgave te doen, door middel van een door een registeraccountant goedgekeurde verklaring, van het aantal Panama en Bogota baden dat door Riho na het kort geding vonnis van 27 december 2005 bij haar afnemers (namen, adressen, contactgegevens, aantal baden) is teruggehaald;

4. Riho te veroordelen om aan Sealskin te betalen de contractuele boete op grond van onderdeel 4 van de door Riho ondertekende onthoudingsverklaring, die zal worden vastgesteld op basis van het aantal door Riho verkochte of geleverde Panama of Bogota baden minus het aantal door Riho teruggehaalde Panama of Bogota baden conform de opgave van de registeraccountant onder III dan wel een door de rechtbank in goede justitie te bepalen bedrag, te vermeerderen met de wettelijke rente daarover vanaf de dag der dagvaarding tot aan de dag der algehele voldoening;

5. Riho te veroordelen om binnen 14 dagen na betekening van dit vonnis aan de advocaat van Sealskin opgave te doen, door middel van een door een registeraccountant goedgekeurde verklaring, van het totale aantal Lima baden dat door Riho tot aan het moment van de betekening van dit vonnis is verkocht of geleverd in de periode na december 2006;

6. Riho te veroordelen om aan Sealskin te betalen de contractuele boete, op grond van onderdeel 4 van de door Riho ondertekende onthoudingsverklaring, die zal worden vastgesteld op basis van het aantal door Riho in de periode na december 2006 verkochte of geleverde Lima baden conform de opgave van de registeraccountant onder V dan wel een door de rechtbank in goede justitie te bepalen bedrag, te vermeerderen met de wet-

telijke rente daarover vanaf de dag der dagvaarding tot aan de dag der algehele voldoening;

7. te bepalen dat Riho een dwangsom zal verbeuren van eur 5.000,- voor iedere dag of dagdeel dat zij niet aan haar verplichtingen onder 3 en 6 voldoet;

8. Riho te veroordelen in de kosten van deze procedure vermeerderd met de wettelijke rente over deze proceskosten vanaf de 15e dag na de dag van de uitspraak.

Onder de voorwaarde dat de rechtbank van oordeel zou zijn dat Riho geen boetes heeft verbeurd, wijzigt Sealskin haar eis als volgt:

1. Te verklaren voor recht dat de baden met de namen Lima, Panama en Bogota die door die door Riho zijn vervaardigd en op de markt zijn gebracht geen duidelijke verschillen vertonen met de Senso 180, de Senso 145 en de Senso 6-hoek van Sealskin en dat Riho toerekenbaar is tekortgeschoten in de nakoming van haar verplichting om duidelijke verschillen aan te brengen zoals opgenomen in de door Riho ondertekende onderhoudsverklaring van 23 mei 2005;

2. Riho met onmiddellijke ingang te verbieden om nog langer de nieuwe baden (met de namen Lima, Bogota en Panama als weergegeven in productie 17, 22 en 24 bij conclusie van eis in reconventie) te (doen) vervaardigen, te im-en exporteren, te verveelvoudigen, in voorraad te hebben, aan te bieden, te verkopen, af te leveren of op andere wijze te verhandelen;

3. Riho te veroordelen tot betaling van een bedrag aan schadevergoeding, nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet, die Sealskin heeft geleden vanwege de toerekenbare tekortkoming aan de zijde van Riho in de nakoming van de onthoudingsverklaring van 23 mei 2005 te vermeerderen met wettelijke rente daarover vanaf 23 mei 2005 tot aan de dag der algehele voldoening;

4. Riho te bevelen binnen 14 dagen na betekening van dit vonnis aan de advocaat van Sealskin schriftelijke opgave te doen (door een registeraccountant geaccordeerd) van:

- a) de volledige naam en het volledige adres van de leverancier(s) en afnemer(s) van de nieuwe baden;
- b) het totale aantal (door Riho of derden) vervaardigde, bestelde, afgenomen en (thans) in voorraad gehouden nieuwe baden en de inkooprijzen;
- c) het totale aantal verkochte nieuwe baden alsmede de door Riho gehanteerde verkoopprijzen;

5. Riho te bevelen binnen 14 dagen na betekening van dit vonnis bij alle verkooppunten waar, naar zij weet, of redelijkerwijs kan weten of vermoeden dat in de dagvaarding bedoelde nieuwe baden voorhanden (zullen) zijn, de gehele voorraad nieuwe baden terug te nemen, zo nodig door deze terug te kopen, althans daar weg te (doen) halen onder uitdrukkelijk aanbod de met terughaling gemoeide kosten te vergoeden, met een door een registeraccountant geaccordeerde schriftelijke opgave aan de advocaat van Sealskin van de aantallen teruggehaalde producten, zulks gerangschikt per verkooppunt;

6. Riho te veroordelen tot betaling aan Sealskin van een dwangsom van €10.000,- voor elke dag of iedere keer dat Riho geheel of gedeeltelijk in strijd mocht handelen met de overeenkomstig sub 2, 4 en 5 op te leggen ver-

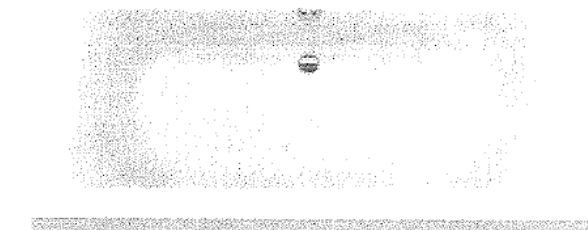
en geboden, dan wel een dwangsom van €1.000,- voor ieder bad ten aanzien waarvan respectievelijk waarmee Riho in strijd mocht handelen met de verboden en geboden als genoemd in 2, 4 en 5.

2.3. Riho voert verweer. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

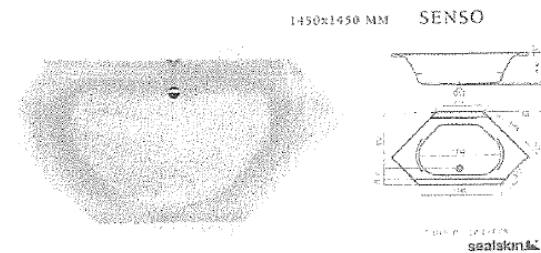
3. De feiten

3.1. De rechtbank gaat uit van de volgende feiten:

a. Sealskin heeft in 2002 een rechthoekig bad: de Senso 180, een onregelmatig zeshoekig bad: de Senso 145, alsmede een regelmatig zeshoekig bad: de Senso 6-hoek op de markt gebracht. In de brochure van 2005 zijn de Senso 180 en de Senso 145 als volgt afgebeeld:

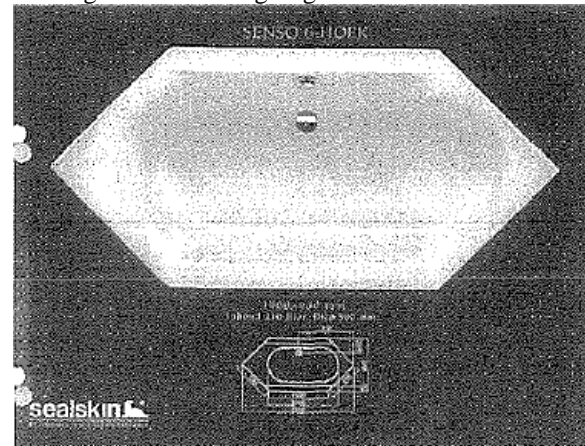


Senso 180



Senso 145

De Senso 6-hoek is voor de eerste maal in een brochure van begin 2006 als volgt afgebeeld:



b. Begin 2005 heeft Riho eveneens een rechthoekig bad (Arizona), een onregelmatig zeshoekig bad (Houston) en een regelmatig zeshoekig bad (Texas) (hierna: de oude baden) op de markt gebracht.

c. Sealskin heeft Riho bij brief van 10 maart 2005 gesommeerd de vervaardiging en verkoop van de oude baden met onmiddellijke ingang te staken en gestaakt te houden en zich te onthouden van iedere andere inbreuk op de rechten van Sealskin ten aanzien van de Senso badenlijn.

d. Sealskin heeft Riho bij dagvaarding van 25 april 2005 gedagvaard in kort geding. In genoemde dagvaar-

ding omschrijft Sealskin de kenmerkende elementen van haar Sensobaden en de gelijkenis met de oude baden van Riho als volgt:

“7.

De baden uit de Sensolijn karakteriseren zich door een kenmerkende en oorspronkelijke vormgeving. De randen van de zijden in de lengte hebben een symmetrische, brede en strakke belijning. In sterk contrast hiermee, bevatten de randen van de zijden in de breedte nu juist een glooiing in de belijning en een afgeronde rug.

8.

De keuze voor de strakke en symmetrische belijning in de lengte en de elegante glooiingen in de breedte van de baden, alsmede het bijzondere contrast daartussen, levert zeer oorspronkelijke werken op die zonder meer het persoonlijke stempel van de maker dragen.

(..)

10.

De baden van Riho vormen ongeoorloofde verveelvoudigingen van de Sensobaden van Sealskin. De baden zijn volledige nabootsingen, althans nabootsingen in nauwelijks gewijzigde vorm. Bij beide badenlijnen is sprake van een strakke belijning van de randen in de lengte en dat kenmerkende en oorspronkelijke contrast bij de overgang in de elegante, glooiende belijning van de zijden in de breedte. Bovendien stemt ook de door Sealskin bewust gekozen symmetrie van de lengteranden, en de symmetrie van de zijden in de breedte, overeen. Het totaalbeeld van elk van de baden van Riho stemt zodanig overeen met het corresponderende bad uit de Sensolijn dat er sprake is van auteursrechtinbreuk.

(...)

17.

Zoals hiervoor omschreven heeft Sealskin gekozen voor een kenmerkende vormgeving voor haar Senso badenlijn. De consument en verkoper van baden herkent de karakteristieke vormgeving van de baden –de strakke belijning van de randen in de lengte en dat kenmerkende en oorspronkelijke contrast bij de overgang in de elegante, glooiende belijning van de zijden in de breedte alsmede de gekozen symmetrie- en identificeert dit als zijnde een Sensobad.”

e. De toenmalige raadvrouw van Riho mr. J.A. Schaap deelde bij brief van 6 mei 2005 aan de advocaat van Sealskin mede:

“Geachte collega,

Hierbij bericht ik u dat Riho International BV ons heeft verzocht de behandeling van bovengenoemde zaak over te nemen van mr. Snoeker.

In uw brief van 27 april jl. bericht U dat Sealskin bereid is het aanbod van cliënte om deze kwestie in der minne te regelen te aanvaarden, zij het met "enkele aanvullingen". De aanvullingen zijn echter alles behalve gering, uw tegenvoorstel is van een volstrekt andere inhoud dan het voorstel gedaan door mr. Snoeker in zijn faxbericht van 25 april jl. Op dit moment is dan ook bepaald geen sprake van overeenstemming. Cliënte is niet bereid de aanvullende voorwaarden gesteld in uw brief van 27 april jl. te aanvaarden.

Uw reactie op het schikkingaanbod van cliënte is aanleiding geweest om nog eens goed naar de zaak te kijken en met name naar de rest van de markt. Als de rest van de markt bij de zaak betrokken wordt, blijkt dat er geen sprake is van auteursrechtelijke bescherming van de baden van uw cliënte en evenmin van inbreuk.

Uw cliënte claimt auteursrecht vanwege de combinatie van strakke randen in de lengte met de glooiende belijning van de korte zijden waarbij een contrasterende overgang ontstaat en de symmetrie in de lengte van de randen en de zijden in de breedte.

Het is bekend dat het enkele feit dat er een zelfde totaalindruk bestaat nog niet betekent dat er sprake is van auteursrechtinbreuk. Voor de inbreuk is noodzakelijk dat de baden van uw cliënte oorspronkelijk zijn en het persoonlijk stempel van de maker bezitten en dat de eventuele gelijkenis in totaalindrucken wordt veroorzaakt door overgenomen auteursrechtelijk beschermde trekken. Van auteursrechtelijke bescherming zijn uitgesloten stijlen en trends en functioneel technisch bepaalde aspecten. Deze elementen dienen bij een vergelijking met het beweerdelijk inbreukmakende product uit de totaalindruk van het werk te worden gefilterd.

Op het moment dat uw cliënte met haar baden met de combinatie van rechte en glooiende lijnen met contrasterend hoekeffect op de markt kwam, bestonden er al baden met een zelfde combinatie van elementen en met name met het door u genoemde contrasterende hoekeffect. Bovendien blijkt dat de combinatie recht en glooiend en de symmetrie niet alleen voor februari 2002 al bestonden, maar dat deze elementen inmiddels ook tot een bepaalde trend en stijl zijn gaan behoren.

Daarnaast leiden de douchefunctionaliteit die een bad tegenwoordig moet hebben, het te gebruiken materiaal en het ligcomfort tot een vlakke rand en een kromming van de rugzijde.

Bij de bevestiging van dit faxbericht zend ik u een aantal (kleurenkopieën van) voorbeelden van baden die op de markt waren vóór de baden van uw cliënte en van baden die op dit moment door anderen op de markt worden gebracht. Een voorbeeld van een bad dat al bestond vóór de baden van uw cliënte is de Arosa van Repabad. Dit bad is vrijwel identiek aan de baden van uw cliënte, het bevat dezelfde combinatie van rechte en glooiende lijnen en de contrasterende hoekwerking. Het enige verschil is dat het Arosa bad aan één lengtezijde een lichte glooiing kent. Het rechte trekken van die lijn is echter functioneel bepaald omdat er anders geen douchecabine op het bad kan worden gezet.

Een ander voorbeeld is de Clarissa die al enige jaren op de markt wordt gebracht door Koralle en Sphinx. Baden die naast de bovengenoemde oudere baden op dit moment op de markt zijn, zijn bijvoorbeeld de Ancona en de Smart-Line van Duscholux. Ik benadruk dat het gaat om voorbeelden, er zijn nog meerdere baden op dit moment op de markt met dezelfde, door uw cliënte als kenmerkend aangeduide, combinatie van recht en glooiend en contrasterend hoekeffect en symmetrie.

Gezien de genoemde voorbeelden kan niet worden gesteld dat de baden van uw cliënte oorspronkelijk zijn en

auteursrechtelijke bescherming genieten. In ieder geval geldt dat de beweerdelijk overeenstemmende totaalindruk tussen de baden van uw cliënte en die van cliënte niet wordt veroorzaakt door auteursrechtelijk beschermde elementen. De elementen genoemd in de dagvaarding waren immers al bekend voordat uw cliënte met haar baden op de markt kwam. Bovendien is de combinatie van recht en glooiend inmiddels gaan behoren tot een trend en ook de technische functionaliteiten leiden tot een vlakke rand en gekromde rugzijde. Van slaafse nabootsing is evenmin sprake. Ook bij de beoordeling van slaafse nabootsing geldt dat stijl, trends en technische functionaliteiten buiten beschouwing moeten worden gelaten. Hetgeen auteursrechtelijk is toegestaan kan niet via de slaafse nabootsing alsnog worden verboden. Gezien het feit dat de overeenstemmende elementen niet uniek zijn en dat de baden van cliënte een aanzienlijk aantal verschillen kennen ten opzichte van de baden van uw cliënte, is slaafse nabootsing niet aan de orde.

Juridisch gezien is er voor cliënte geen enkele aanleiding om het gebruik van haar baden te staken. De rest van de markt en de juridische positie doen echter niet af aan het standpunt van cliënte dat zij liever geen geld en tijd wenst te besteden aan juridische procedures, zij investeert liever in nieuwe ontwerpen. Uitsluitend om die reden is cliënte nog steeds bereid, om haar eerder gedane aanbod om het gebruik van de baden Arizona, Texas en Houston, te staken en gestaakt te houden gestand te doen. Cliënte heeft inmiddels besloten om definitief over te gaan tot nieuwe, aangepaste ontwerpen. In deze ontwerpen wordt de rechte lijn korter, waardoor deze verder van de hoeklijn van het bad ophoudt en overgaat in een glooiende lijn. Het door u genoemde contrasterende hoekeffect wordt hierdoor afgevlakt waardoor een geheel ander totaalbeeld ontstaat. Zijn de huidige baden van cliënte al geen inbreuk op het auteursrecht van uw cliënte, de nieuwe baden zijn dat in geen geval. Cliënte gaat overigens onvoorwaardelijk over tot wijziging van het ontwerp van haar baden, ook als uw cliënte besluit de kort geding procedure voort te zetten. Dit geldt niet alleen Nederland en Riho International BV, maar ook het buitenland en het gebruik door de buitenlandse gelieerde ondernemingen.

Uw cliënte heeft daarmee al meer bereikt dan zij in het kort geding zou kunnen verkrijgen. De vorderingen in het kort geding kunnen niet verder dan Nederland en de gedagvaarde onderneming strekken. Zowel het auteursrecht als de leer van slaafse nabootsing zijn nationaal bepaald en dit betekent dat per land moet komen vast te staan of er sprake is van auteursrechtinbreuk of slaafse nabootsing. In veel landen zijn dit soort industriële ontwerpen niet auteursrechtelijk beschermd en slaafse nabootsing is een Nederlands concept. Vanwege het feit dat de baden worden geproduceerd door een Tsjechische onderneming, de voorraden in Tsjechië staan en eigendom zijn van deze Tsjechische onderneming zullen de meeste van uw nevenvorderingen om formele en praktische redenen niet kunnen worden toegewezen. Ik acht u bekend met het

feit dat uitsluitend kosten tot aan het opstellen van de dagvaarding in aanmerking kunnen komen en dat een voorschot op (schade) vergoeding slechts in uitzonderlijke gevallen toegewezen. Die uitzonderlijke situatie lijkt ons hier niet aanwezig.

Ik ga ervan uit dat de kwestie met onvoorwaardelijk toezegging van cliënte om de verkoop van de baden Arizona, Texas en Houston te staken en gestaakt te houden en over te gaan op een nieuw ontwerp (alsnog) is geregeld en dat de kort geding procedure geen doorgang zal vinden. Mocht dat wel het geval zijn dan zullen wij de voorzieningenrechter op voorhand mededelen dat het gebruik van de baden inmiddels geheel onverplicht is gestaakt en dat er wordt overgegaan tot een ontwerp dat een ander totaalbeeld oplevert. Overigens zal cliënte in het kort geding wel de niet-oorspronkelijkheid van de ontwerpen van uw cliënte inroepen. Daarnaast zal cliënte in dat geval zelf een bodemprocedure jegens uw cliënte aanhangig maken vanwege het kopiëren van ontwerpen van cliënte (zoals bijvoorbeeld de Victoria) in het recente verleden. Uw cliënte zal het gebruik van de gekopieerde ontwerpen dienen te staken en schadevergoeding te betalen.

Graag vernemen wij uiterlijk woensdag 11 mei a.s. om 12:00 uur of uw cliënte het kort geding intrekt. Alsof onverhoopt niet het geval is, ontvangen wij graag in tweevoud de in de dagvaarding genoemde producties.

Met vriendelijke groet,

Hans van Walderveen

Jacqueline Schaap

f. Na de ontvangst van de brief van 6 mei 2005 hebben partijen overleg en komen zeer dicht in de buurt van een schikking. Na dit overleg volgt een brief van mr. Schiphorst, de advocaat van Sealskin, waarin zij omtrent de toezegging over de nieuwe baden de volgende formulering voorstelt:

“Riho verklaart dat zij de door haar op de markt te brengen nieuwe baden in zodanige mate zal doen laten afwijken van de Sensobaden van Sealskin dat sprake zal zijn van een geheel ander totaalbeeld, teneinde onder meer verwarring te voorkomen.”

g. Nadat de advocaat van Sealskin bij brief van 12 mei 2005 aan een kantoorgenoot van mr. Schaap, mr. J.Th. van Walderveen, de voorwaarden voor een minnelijke regeling had doen toekomen, antwoordde mr. van Walderveen bij brief van die zelfde dag:

“Geachte collega,

Dank voor uw fax van heden. Ten aanzien daarvan merk ik het volgende op.

Mijn collega mr. Schaap heeft u gisteren al uitvoerig uiteengezet dat de met uw cliënte te treffen regeling uitsluitend wordt aangegaan uit praktische overwegingen. Cliënte is dan ook slechts bereid om een zeer beperkte onthoudingsverklaring te tekenen. Het door u in uw fax gedane voorstel voor de inhoud van die verklaring, met name onderdeel 2 daarvan, is wat dat betreft te verstrekkend. Verder geldt dat de verklaring uitsluitend ziet op Riho International BV en Nederland.

Zoals u weet betwist cliënte dat er auteursrechtelijke bescherming zou rusten op de Senso badenlijn en dat er sprake is van een inbreukmakend totaalbeeld van haar

baden, zodat cliënte niet bereid is thans de –onder verbeurte van een boete- contractuele verplichting aan te gaan de nieuwe baden in zodanige mate te laten afwijken van de Senso baden van uw cliënte dat er sprake zal zijn van een geheel ander totaalbeeld. Een dergelijke toezegging gaat volledig voorbij aan het essentiële argument van cliënte dat eenzelfde totaalbeeld niet automatisch een inbreuk of anderszins onrechtmatig handelen betekent. Cliënte is wel bereid te verklaren dat de nieuwe baden zodanig gewijzigd worden dat er sprake is van een duidelijk verschil met de baden van uw cliënte.

Om ieder misverstand over de inhoud van de regeling te voorkomen, neem ik hieronder de tekst van de verklaring op die cliënte bereid is te tekenen.

“Waar in het hiernavolgende gesproken wordt van “het Bad/de Baden”, wordt bedoeld op de Arizona, Texas en Houston baden in de oude vormgeving (voor zover toepasselijk in verschillende maten en kleuren), van welke baden een fotografische afbeelding is gehecht aan deze verklaring.

1. Riho International BV (hierna Riho) verklaart met onmiddellijke ingang het (doen) vervaardigen en/of het veelevoudigen en/of het in voorraad hebben en/of het aanbieden en/of het verkopen en/of het afleveren en/of het op andere wijze openbaar maken van de Baden te staken en gestaakt te houden, onder meer inhoudende dat Riho haar afnemers van de Baden in Nederland onmiddellijk, doch uiterlijk voor 1 juni 2005, schriftelijk zal verzoeken de Baden op kosten van Riho aan haar te retourneren.

2. Riho verklaart dat de nieuwe vormgeving van de Arizona, Texas en Houston baden zodanig gewijzigd zal worden dat sprake is van een duidelijk verschil met de baden Senso 145, Senso 180 en Senso 6-hoek van Sealskin.

3. Riho verklaart om aan Sealskin een vergoeding van advocaatkosten te betalen ten bedrage van EUR 1.500,- (anderhalf duizend euro) exclusief BTW. Dit bedrag zal voor 1 juni 2005 zijn bijgeschreven op de derdengeldenrekening van De Brauw Blackstone Westbroek, nr. 66.74.04.473 bij de ING Bank te 's-Gravenhage, o.v.v. dossiernummer 1181/20269968

4. Riho verklaart om aan Sealskin een boete te betalen ten bedrage van EUR 10.000,- (tienduizend euro) voor elke dag dat Riho, geheel of gedeeltelijk, in strijd mocht handelen met hetgeen onder 1. en 3. is bepaald of enig gedeelte daarvan, dan wel –en zulks uitsluitend ter keuze van Sealskin- van EUR 1.000,- (duizend euro) voor ieder Bad waarmee Riho in strijd mocht handelen met het bepaalde onder 1. en 3., of enig gedeelte daarvan.” Ik ontvang graag de bevestiging dat Sealskin met de inhoud van de aangepaste verklaring akkoord is, in welk geval ik u verzoek mij de verklaring z.s.m. toe te sturen opdat ik kan zorgdragen voor ondertekening daarvan door cliënte.

Gelet op het feit dat een eventuele mondelinge behandeling op zeer korte termijn plaatsvindt, verzoek ik u mij per omgaande te berichten.

*Met vriendelijke groet,
Hans van Walderveen.”*

h. Riho heeft op 23 mei 2005 de navolgende verklaring ondertekend, die gelijkloidend is aan de verklaring die in de brief van 12 mei 2005 door Riho is voorgesteld, met dien verstande dat daarin onder 1. het terugnemen van de baden door Riho nader is uitgewerkt en onder 2 de maatvoeringen van de Senso 180 en de Senso 145 worden vermeld.

ONTHOUDINGSVERKLARING

Waar in het hiernavolgende gesproken wordt van “het Bad/de Baden”, wordt bedoeld op de Arizona, Texas en Houston baden in de oude vormgeving (voor zover toepasselijk in verschillende maten en kleuren), van welke baden een fotografische afbeelding is gehecht aan deze verklaring.

1. Riho verklaart met onmiddellijke ingang het (doen) vervaardigen en/of het veelevoudigen en/of het in voorraad hebben en/of het aanbieden en/of het verkopen en/of het afleveren en/of het op andere wijze openbaar maken van de Baden te staken en gestaakt te houden, onder meer inhoudende dat Riho haar afnemers van de Baden in Nederland onmiddellijk, doch uiterlijk voor 1 juni 2005, schriftelijk zal informeren dat zij de Baden op haar eigen kosten (en onder vergoeding van de volledige aanschaffprijs) zelf bij haar afnemers wenst op te halen. Riho zal twee dagen na dagtekening van dit schrijven telefonisch contact opnemen met haar afnemers om een afspraak te maken voor terugname van de Baden (hetgeen zij in dit schrijven zal aankondigen). Dit schrijven zal voorafgaand aan verzending aan de afnemers, ter goedkeuring worden voorgelegd aan mr. Schiphorst, advocaat van Sealskin. Riho zal de advocaat van Sealskin informeren welke afnemer(s) niet bereid zijn hun medewerking te verlenen.

2. Riho verklaart dat de nieuwe vormgeving van de Baden zodanig gewijzigd zal worden dat sprake is van een duidelijk verschil met de baden Senso 180 (1800 mm x 800 mm en 1900 mm x 900 mm), Senso 145 (1450 mm x 1450 mm) en Senso 6-hoek van Sealskin.

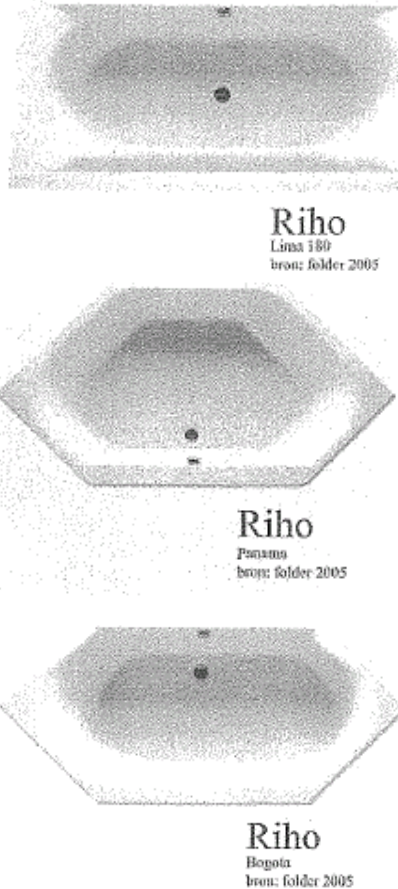
3. Riho verklaart om aan Sealskin een vergoeding van advocaatkosten te betalen ten bedrage van EUR 1.500,- exclusief BTW. Dit bedrag zal voor 1 juni 2005 zijn bijgeschreven op de derdengeldenrekening van De Brauw Blackstone Westbroek, nr. 66.74.04.473 bij de ING Bank te 's-Gravenhage, o.v.v. dossiernummer 1181/20269968

4. Riho verklaart aan Sealskin een boete te betalen ten bedrage van EUR 10.000,- voor elke dag dat Riho, geheel of gedeeltelijk, in strijd mocht handelen met hetgeen onder 1. en 3. is bepaald of enig gedeelte daarvan, dan wel –en zulks uitsluitend ter keuze van Sealskin- van EUR 1.000,- voor ieder Bad waarmee Riho in strijd mocht handelen met het bepaalde onder 1. en 3., of enig gedeelte daarvan.

i. Sealskin heeft na ondertekening door Riho van voormelde onthoudingsverklaring het bij dagvaarding van 25 april 2005 jegens Riho aanhangig gemaakte kort geding ingetrokken.

j. Omstreeks augustus 2005 heeft Riho nieuwe aangepaste baden op de markt gebracht, onder meer een rechthoekig bad (de Lima), een onregelmatig zeshoekig

bad (de Panama) en een regelmatig zeshoekig bad (de Bogota), welke hieronder staan afgebeeld en hierna ook de nieuwe baden worden genoemd.



k. Sealskin heeft Riho bij brief van 2 november 2005 meegedeeld dat Riho door het op de markt brengen van de nieuwe baden in strijd handelt met de onthoudingsverklaring, nu een duidelijk verschil tussen bedoelde baden en de Senso baden ontbreekt, dat Riho zich tevens schuldig maakt aan ongeoorloofde mededinging en heeft Riho gesommeerd om haar handelwijze te staken.

l. Bij uitvoerbaar bij voorraad verklaard vonnis in kort geding van 27 december 2005 heeft de voorzieningenrechter van de rechtbank Utrecht geoordeeld dat Riho haar verplichtingen uit hoofde van de onthoudingsverklaring niet is nagekomen en ondermeer de navolgende beslissing gegeven:

5.2. verbiedt Riho met onmiddellijke ingang de nieuwe baden genaamd Lima, Panama en Bogota te (doen) vervaardigen, te im- en exporteren, te verveelvoudigen, in voorraad te hebben, aan te bieden, te verkopen, af te leveren of op andere wijze te verhandelen;

5.3 beveelt Riho om binnen 14 dagen na betekening van dit vonnis aan de advocaat van Sealskin schriftelijk, volledige en door een registeraccountant geaccordeerde opgave te doen van:

1. de volledige naam en het volledige adres van de leverancier(s) en afnemer(s) van de oude en de nieuwe baden:

2. het totaal aantal (door Riho of derden) vervaardigde, bestelde, afgenomen en (thans) in voorraad gehouden oude en nieuwe baden en de inkooprijzen daarvan:

3. het totaal aantal reeds verkochte oude en nieuwe baden; alsmede de door Riho gehanteerde verkoopprijzen; een en ander gestaafd door middel van goed leesbare en gedetailleerde bewijsstukken;

5.4. beveelt Riho binnen 5 werkdagen na betekening van dit vonnis, bij alle verkooppunten waar naar zij weet of redelijkerwijs kan weten of vermoeden dat de baden Bogota, Lima en Panama voorhanden (zullen) zijn, de gehele voorraad baden terug te nemen, zonodig door deze terug te kopen, althans daar weg te doen halen onder het uitdrukkelijke aanbod de met de terughaling gemoeide kosten te vergoeden, met een door een registeraccountant geaccordeerde schriftelijke opgave aan de advocaat van Sealskin van de aantallen teruggehaalde producten, zulks gerangschikt per verkooppunt;

5.5 beveelt Riho binnen 5 werkdagen na betekening van dit vonnis bij (al) haar producent(en) de mallen en de productie van de inbreukmakende baden terug te nemen, zonodig door deze terug te kopen, althans daar weg te doen halen onder het uitdrukkelijke aanbod de met de terughaling gemoeide kosten te vergoeden;

5.6. beveelt Riho aan al haar afnemers (met afschrift aan de advocaat van Sealskin), een brief te versturen op briefpapier van Riho met enkel en alleen de volgende tekst (zonder daarbij enige berichten/documenten van welke aard ook mee te sturen):

Belangrijke mededeling baden

De voorzieningenrechter van de rechtbank Utrecht, heeft ons bij vonnis van 27 december 2005 veroordeeld om u langs deze weg kennis te geven van het feit dat de door ons aangeboden baden onder de namen Panama, Lima en Bogota (in verschillende maten en kleuren) niet langer verhandeld mogen worden. De voorzieningenrechter van de rechtbank Utrecht heeft geoordeeld dat de handel in deze baden onrechtmatig is jegens Sealskin. Wij hebben deze baden op last van de rechter onmiddellijk uit ons assortiment gehaald en zullen deze niet meer leveren. Wij zullen op korte termijn contact met u opnemen om een afspraak te maken om deze baden (op onze kosten en uiteraard onder vergoeding van het volledige aankoopbedrag) bij u op te halen.

Hoogachtend

Riho International"

5.7. bepaalt dat Riho voor iedere keer dat zij in strijd handelt met het onder 5.1., 5.2., 5.3., 5.4., 5.5. dan wel 5.6 bepaalde, aan Sealskin een dwangsom verbeurt van EUR 5.000,- voor ieder bevel of verbod telkens met een maximum van EUR 50.000,-;

(...)

m. Sealskin heeft dit vonnis doen betekenen aan Riho, en Riho heeft daarop het vonnis nageleefd.

n. In hoger beroep heeft het gerechtshof te Amsterdam bij arrest in kort geding van 11 mei 2006 het vonnis van de voorzieningenrechter van de rechtbank Utrecht van 27 december 2005 vernietigd voor zover het de vorderingen van Sealskin gericht tegen het bad Lima betreft en ten aanzien van beide andere baden bevestigd. Het Hof heeft daarbij geoordeeld dat Riho haar verplichtingen uit hoofde van de onthoudingsverklaring ten aanzien van het Lima bad wel was nagekomen en

het beroep van Sealskin op slaafse nabootsing verworpen.

4. De beoordeling

4.1. Nu Sealskin in reconventie een verklaring voor recht vordert dat Riho toerekenbaar is tekortgeschoten in de nakoming van haar verplichting om duidelijke verschillen aan te brengen zoals opgenomen in de door Riho ondertekende onthoudingsverklaring van 23 mei 2005, omdat de nieuwe baden met de namen Lima, Panama en Bogota die door Riho zijn vervaardigd en op de markt zijn gebracht geen duidelijke verschillen vertonen met de Senso 180, de Senso 145 en de Senso 6-hoek van Sealskin, dient allereerst deze vordering te worden besproken alvorens de conventionele vorderingen aan de orde kunnen komen.

in reconventie

4.2. Ter beoordeling staat of de nieuwe baden van Riho een duidelijk verschil, als bedoeld in de onthoudingsverklaring van 23 mei 2005, vertonen met de Senso baden van Sealskin. Die vraag wordt door Sealskin ontkennend en door Riho bevestigend beantwoord, waarbij partijen tevens van mening verschillen over de betekenis van de woorden “duidelijk verschil”.

De woorden “duidelijk verschil”.

4.3. Riho stelt zich op het standpunt dat zij uitsluitend bereid was een “zeer beperkte onthoudingsverklaring” te tekenen, omdat zij steeds heeft betwist dat de Senso baden auteursrechtelijk zijn beschermd en alleen om praktische redenen heeft besloten de vormgeving van haar baden aan te passen. Onder verwijzing naar de brief van mr. Walderveen van 12 mei 2005 stelt Riho voorts dat zij expliciet aan Sealskin heeft medegedeeld dat zij haar verplichting nooit zover wilde laten gaan dat er sprake zou zijn van een ander totaalbeeld en de aanpassingen dus kleiner zouden zijn dan dat.

Onder verwijzing naar de brief van mr. Schaap van 6 mei 2005 stelt Riho dat zij steeds heeft gewezen op het bestaan van andere op de Senso baden gelijkende baden en dat zij juist om die reden het door Sealskin voorgestelde criterium “geheel ander totaalbeeld” als te verstrekkend heeft afgewezen.

Daarnaast stelt Riho dat partijen bekend zijn met de aanzienlijke beperking van de vrijheid op het gebied van vormgeving voor baden. De producent van baden is immers gebonden aan de gangbare afmetingen van baden, aan de beperkingen van het productieproces: door het gebruik van mallen kennen de afrondingen en hoeken een maximum en door de beperkingen op het ergonomische vlak: het bad moet gebruiksvriendelijk zijn en voldoen aan basale eisen van comfort. Daar komt nog bij dat op dit moment de trend in stijl minimalistisch is en daarom alle producenten van baden gebruik maken van een strakke en concrete vormgeving. Riho betwist dat mr. Walderveen namens haar zou hebben toegezegd dat andere mallen zouden worden gebruikt voor de nieuwe baden.

4.4. Volgens Sealskin tracht Riho door hetgeen zij heeft aangevoerd het begrip “duidelijk verschil” te marginaliseren, hetgeen er ten onrechte toe zou leiden dat er slechts sprake behoeft te zijn van ondergeschikte verschillen in plaats van duidelijke verschillen.

Sealskin stelt dat met de woorden “duidelijk verschil” expliciet is gekozen voor een feitelijk en neutraal begrip en het dus moet gaan om een goed waarneembaar en onmiskenbaar verschil. Volgens Sealskin veronderstelt het versterkende begrip “duidelijk” dat de waarnemer in een oogopslag de baden van Sealskin moet kunnen onderscheiden van de nieuwe baden van Riho. Sealskin stelt voorts dat zij er op mocht vertrouwen dat de nieuwe vormgeving van de baden van Riho duidelijk anders zou zijn, omdat mr. Van Walderveen namens Riho de toezegging zou hebben gedaan dat Riho voor de nieuwe baden nieuwe mallen zou gebruiken. Sealskin betwist de stelling van Riho dat mrs. Schaap en Walderveen in de correspondentie steeds hebben gewezen op het bestaan van andere gelijkende baden en om die reden het door Sealskin voorgestelde criterium “geheel ander totaalbeeld” als te verstrekkend zijn afgewezen. Sealskin stelt dat Riho heeft verzocht om de term “duidelijk verschil” omdat Riho geen term wilde met een juridische lading en dat de rest van de markt bij de keuze van het begrip duidelijk verschil geen enkele rol heeft gespeeld.

4.5. De rechtbank overweegt als volgt:

Bij de uitleg van de onthoudingsverklaring zijn alle omstandigheden van het geval, gewaardeerd naar hetgeen de maatstaven van redelijkheid en billijkheid meebrengen, van beslissende betekenis.

In de eerste plaats oordeelt de rechtbank van belang bij de uitleg dat het gaat om een schriftelijke onthoudingsverklaring van een professionele partij, gericht tot een andere professionele partij, beide producenten van baden en uit dien hoofde bij uitstek deskundig ten aanzien van de (verschillen) in vormgeving van ligbaden en “de rest van de markt”.

In de tweede plaats is van belang dat de verklaring werd voorbereid enerzijds en beoordeeld anderzijds door advocaten, die over de tekst en de achtergronden daarvan hebben gecorrespondeerd. Dit geeft reden om aan de taalkundige betekenis van de schriftelijke overeenkomst in beginsel veel betekenis toe te kennen. (HR 29.06.2007, LJN BA 4909).

In de derde plaats is van belang dat Sealskin een op IE-recht gebaseerd kort geding aanhangig had gemaakt, zodat de advocaten over een weer moesten/mochten verwachten dat het begrippen apparaat uit het IE-recht bekend was, waaronder de betekenis van “de rest van de markt”. (zie: Inaugurale rede Prof. mr. D.J.G. Visser: Het ABC van iedere IE inbreuk, 2004).

Als eerste constatering geldt dan dat de woorden “duidelijk verschil” niet een begrip vormen dat in het (IE-)recht gangbaar en begripsmatig is omlijnd. Daar is geen hulp voor de taalkundige uitleg te vinden. In beginsel is het dus, naar algemeen spraakgebruik, een goed waarneembaar verschil. Ter beoordeling staat vervolgens of er feiten zijn die reden geven om deze taalkundige inhoud van een nadere omlijning te voorzien.

In het voetspoor van genoemd arrest is zeer zwaarwegend wat de correspondentie tussen de advocaten van de partijen inhield. In dit geval heeft Sealskin geen voorafgaande correspondentie overgelegd en betreft het

uitsluitend de brieven van de advocaat van Riho van 6 en 12 mei 2005. Temeer zijn deze belangrijk omdat het een eenzijdige onthoudingsverklaring van Riho betreft en Riho in deze brieven haar bedoelingen omtrent de inhoud en de betekenis daarvan heeft uiteengezet.

Van groot belang is dat Riho in de brief van 6 mei 2005 feitelijk beschrijft welke wijziging zij door de nieuwe modellen wilde aanbrengen: De rechte lijn zou korter worden waardoor deze verder van de hoeklijn van het bad ophoudt en overgaat in een glooiende lijn.

In de betreffende brief ging daaraan vooraf het – juiste – betoog dat voor inbreuk op auteursrecht vereist is dat eenzelfde totaalindruk pas inbreuk oplevert op auteursrecht als de vormelementen die die indruk veroorzaken oorspronkelijk zijn en het persoonlijk kenmerk van de maker bezitten, en bovendien niet stijlen en trends vertegenwoordigen of functioneel technisch bepaalde aspecten betreffen. Riho betwistte vervolgens beargumenteerd de nieuwigheid en oorspronkelijkheid, stellende dat de kenmerkende vormelementen die Sealskin inriep tot een stijl en trend behoorden, en dat de vlakke rand en de kromming van de rugzijde functioneel-technische bepaalde aspecten waren.

Deze juridische stellingname en de beschreven voorgenomen wijziging in de modellen maakte onmiskenbaar voor Sealskin dat Riho de combinatie van strakke randen in de lengte met een glooiende belijning van de korte zijden waarbij een contrasterende overgang ontstaat en de symmetrie in de lengte van de randen en de zijden in de breedte, niet wilde prijsgeven en in de nieuwe modellen wilde (kunnen) behouden.

De brief van 12 mei 2005 verwees in de tweede alinea heel duidelijk naar de argumentaties in de brief van 6 mei 2005. Inhoudelijk hield de advocaat van Riho in de brief van 12 mei geheel vast aan de standpunten in die brief van 6 mei. De enige nuance werd gevormd doordat Riho uitdrukkelijk afwees het criterium dat er een “geheel ander totaalbeeld” zou ontstaan.

Het is Riho zelf geweest die in de brief van 6 mei tot tweemaal toe formuleerde dat de voorgenomen wijziging erin zou resulteren dat een geheel ander totaalbeeld zou ontstaan. Maar voor (de advocaat van) Sealskin zeer wel kenbaar was, binnen de context van deze brief, dat dit een waardering van Riho was op basis van het door haar ingenomen juridische standpunt en de medegedeelde feitelijk voorgenomen wijziging. Dus op basis van (mogelijke) voortzetting van het gebruik van de vormelementen waarop Sealskin exclusieve rechten claimde.

In de brief van 12 mei maakte Riho duidelijk, nogmaals, dat de “geheel andere totaalindruk” niet hiervan losgemaakt kon worden, niet verzelfstandigd kon worden. De duidelijke verschillen zouden dus, voor (de advocaat van) Sealskin kenbaar, gelegen kunnen zijn in verschillen in de toepassing van de vormelementen waarop Sealskin auteursrecht claimde, al dan niet in combinatie met nog overige punten van verschil. Ook diende, in de kenbare bedoeling van Riho “de rest van de markt” te worden betrokken bij de beoordeling of er een “duidelijk verschil” is: naarmate de rest van de markt méér gelijkennis vertoont met de omstrede baden

van partijen zal een verschil eerder als “duidelijk verschil” kunnen worden aangemerkt. Daarom was het, kenbaar, een zeer beperkte onthoudingsverklaring, zoals Riho ook uitdrukkelijk nog eens schreef op 12 mei.

Sealskin heeft geen feiten gesteld die tot een ander, voor haar gunstiger uitleg kunnen leiden. In het licht van deze heldere correspondentie is niet meer van belang of de advocaat van Riho wel of niet heeft gezegd dat er andere mallen zouden worden gemaakt.

Nu de brieven en de onthoudingsverklaring geen andersluidende aanwijzingen geven en geen verdere relevante stellingen hieromtrent zijn gedaan, neemt de rechtbank tot uitgangspunt dat partijen over en weer hebben gemeend, en mochten verwachten dat voor de beoordeling van het “duidelijk verschil” uit diende te worden gegaan van het relevante koperspubliek. Bij baden is dat een kritische, belangstellende consument, die zich breed oriënteert en die bij het bezien van het brede aanbod oog heeft (ontwikkeld) voor grote én kleine verschillen.

Vanuit deze uitgangspunten beoordeelt de rechtbank hierna de betreffende baden.

4.6. “De rest van de markt” is van belang voor de beoordeling of er een “duidelijk verschil” is. Riho heeft collages overgelegd, waaruit blijkt dat bij elk van de drie baden sprake is van sterk gelijkende totaalindraken met de rest van de markt.

Nu Sealskin dit beeld niet voldoende gedocumenteerd heeft weersproken, gaat de rechtbank hiervan uit. Dit leidt ertoe dat ook geringe verschillen toch “duidelijk verschil” kunnen opleveren, zoals bedoeld in de onthoudingsverklaring.

4.7. De rechtbank stelt allereerst vast dat voor de beantwoording van de vraag of al dan niet een duidelijk verschil bestaat tussen de baden van partijen niet kan worden volstaan met een vergelijking van die baden aan de hand van door partijen in het geding gebrachte afbeeldingen, omdat niet alle afbeeldingen voldoende duidelijk zijn. Partijen hebben dan ook ter gelegenheid van het pleidooi in deze procedure de diverse baden tentoongesteld.

Sealskin heeft de door haar getoonde Senso-baden en de nieuwe baden van Riho baden zonder extra belichting opgesteld. Riho heeft haar tentoongestelde Senso baden en de nieuwe baden van Riho extra belicht met straalprojectoren.

4.8. Een in het oog springend verschil tussen alle Senso baden van Sealskin en de nieuwe baden van Riho is dat bij de Senso baden de rechte vlakke strook op de lengtezijden van de baden doorloopt tot het einde, althans visueel sterk die illusie schept, terwijl bij de baden van Riho de rechte vlakke strook op de lengtezijden van de baden van Riho stopt ruim voor het einde van de lengtezijde, bij het Lima bad op een afstand van ongeveer 14 centimeter.

Dat die vlakke stroken op de lengtezijden bij de Riho baden eerder stoppen en niet doorlopen zoals bij de Senso baden is duidelijk te zien, omdat de overgang van de rechte strook naar de ronde vorm van de rest van het bad bij de Senso baden duidelijk anders is dan bij de baden van Riho. De nieuwe baden van Riho ver-

tonen voor het einde van de lengtezijden van de baden bij de overgang van de vlakke strook naar de ronding van de kuip een duidelijk waarneembare en tevens voelbare knik, anders dan bij de Senso baden waar de overgang tussen de vlakke stroken naar de ronding van de kuip zo geleidelijk glooiend verloopt dat de overgang nauwelijks waarneembaar is. Deze twee verschillen zijn bij iedere lichtval bij alle uitvoeringen van de baden goed waarneembaar.

Eveneens goed waarneembaar is dat de afvoer van de Senso baden een andere vormgeving heeft en op een andere locatie is geplaatst dan de afvoer van de nieuwe baden van Riho. Dat dit laatst genoemde verschil ook al aanwezig was bij de oude baden van Riho, wil niet zeggen dat dit verschil bij de huidige beoordeling niet kan meewegen. Partijen hebben over reeds bestaande verschillen in de onderhandelingen niet gesproken en daaromtrent evenmin iets opgenomen in de onthoudingsverklaring.

4.9. Ten aanzien van het Lima bad is tevens duidelijk dat de bodemmaat groter is dan de bodemmaat van het bad Senso 180, dat de randen aan de korte zijden van het Lima bad qua oppervlakte zichtbaar groter zijn dan bij het bad Senso 180 en dat de korte zijden van het Lima bad aan de ene kant schuin en aan de andere kant rechter zijn vormgegeven, terwijl de korte zijden van het bad Senso 180 allebei even schuin zijn vormgegeven.

4.10. Ten aanzien van het Panama bad is voorts duidelijk dat de strook aan de lange zijden van het bad aan één zijde recht loopt en aan de andere zijde op het einde rond mee loopt met de vorm van het bad, terwijl deze stroken bij het bad Senso 145 aan beide zijden recht lopen en dus symmetrisch zijn. Bovendien is de breedte van de rechte strook aan de lange zijde van het Panama bad ongeveer 1,5 centimeter breder dan de rechte stroken van het bad Senso 145. Tenslotte is duidelijk waarneembaar dat de puntige zijden bij het bad Panama een plateau vertonen dat groter is dan bij het bad Senso 145, omdat het bad Senso 145 bij de puntige zijden scherper naar beneden afloopt.

4.11. Ten aanzien van het bad Bogota is duidelijk waarneembaar dat de breedte van de rechte strook aan de lange zijden bij het bad Bogota ongeveer 1 centimeter smaller is dan bij het bad Senso 6-hoek. Voorts loopt bij het bad Bogota de rechte belijning aan de lange zijden van het bad Bogota aan een zijde rond mee met de vorm van het bad, terwijl aan de andere zijde de lijn iets voorbij de ronding doorloopt, terwijl bij het bad Senso 6-hoek de rechthoekige lijn op de lange zijden aan beide zijden doorloopt en de zijden dus symmetrisch zijn. Opgemerkt wordt dat het doorlopen van de lijn aan de lange zijden bij dit bad Senso 6-hoek veel minder goed waarneembaar is dan bij de andere Senso baden.

4.12. De rechtbank is van oordeel dat de getoonde Senso baden visueel sterk de indruk wekken dat de rechte stroken doorlopen tot het einde van de lange zijden van het bad.

De Riho baden wekken die indruk niet. Integendeel is duidelijk waarneembaar dat de rechte stroken stoppen

ruim voor het einde van de lengtezijden van het bad door de aanwezigheid van een waarneembare en voelbare knik op de plaats waar de lijnen stoppen en overgaan naar de kuip van het bad. Bovendien geldt voor alle modellen dat de nieuwe baden van Riho, anders dan de Senso baden waarvan de symmetrie tussen de lengte- en breedtezijden volgens Sealskin een kenmerkend element is, geen symmetrie vertonen tussen zowel de lengtezijden als tussen de breedtezijden, hetgeen hiervoor per model is toegelicht.

4.13. Op grond van al hetgeen hiervoor is overwogen komt de rechtbank tot het oordeel dat de baden met de namen Lima, Panama en Bogota die door Riho zijn vervaardigd en op de markt zijn gebracht elk voor zich een duidelijk verschil, als bedoeld in de door Riho ondertekende onthoudingsverklaring van 23 mei 2005, vertonen met respectievelijk de Senso 180, de Senso 145 en de Senso 6-hoek van Sealskin. De reconventionele vorderingen worden daarom integraal afgewezen.

in conventie

Schadevergoedingsvorderingen ter zake het Lima-bad.

4.14. Winstderving periode 28 december 2005 tot en met 11 mei 2006.

Riho stelt dat in de periode van juli 2005 tot november 2005 de verkoop van de Lima baden met gemiddeld 14% per maand is gestegen en dat uitgaande van een gemiddelde groei van 14% per maand uiteindelijk in maart 2006 een stabiele omzet zou zijn behaald van 350 baden per maand. Volgens Riho kan er derhalve vanuit worden gegaan dat zij zonder de executie van het vonnis in de periode van 28 december 2005 tot 11 mei 2006 de volgende aantallen Lima baden had kunnen verkopen:

december 2005: 259

januari 2006: 295

februari 2006: 336

maart 2006: 350

april 2006: 350

mei 2006: 117 (250/3)

Omdat Riho in december 2005 al 342 baden had verkocht, dient het overschot van december 2005 van 83 baden ten opzichte van de normale groei in december 2005 van de maand januari te worden afgetrokken, zodat voor januari 212 baden overblijven. Dit betekent volgens Riho dat zij $(212+336+350+350+117)=1.365$ baden minder heeft verkocht dan zij zonder executie van het vonnis had kunnen doen.

De aanname van Riho dat zonder de executie van het vonnis van de rechtbank Utrecht van 27 december 2005 door een geleidelijke groei in maart 2006 een stabiele omzet van 350 baden per maand had kunnen worden bereikt is door Sealskin betwist.

De rechtbank schat de te behalen stabiele omzet iets lager in dan Riho en wel op 300 baden per maand. Uit productie 5 bij dagvaarding blijkt immers dat Riho na deze periode, namelijk in de maanden oktober en november 2006 het aantal van respectievelijk 311 en 295 baden bereikte en deze productie is door Sealskin onvoldoende weersproken.

De rechtbank gaat dan ook van deze cijfers uit. Het argument van Riho dat over de periode na mei 2006 de intercompany-verkopen het beeld vertekenden overtuigt de rechtbank niet. Bij een inschatting als de onderhavige is de feitelijke verkoop in deze periode het enige concrete houvast. De rechtbank heeft ook niet de verwachting dat een registeraccountant, tevens deskundige op het gebied van de badenmarkt, zo deze al te vinden is, méér houvast zal kunnen bieden.

De rechtbank volgt de berekening van Riho over de maand januari 2006 (212 baden) en gaat voor de maanden februari, maart en april uit van 300 baden en voor de maand mei van (300/3) 100 baden. Aldus had Riho in de periode 28 december 2005 tot en met 11 mei 2006 (212+300+300+300+100) in totaal 1212 Lima baden kunnen verkopen.

Gemiddelde winstmarge

Riho stelt dat de gemiddelde winst per Lima bad in de periode van 11 mei 2006 tot einde 2006 uitkomt op een bedrag van €78,96 en verwijst hiertoe naar de opgave van haar accountant (productie 5 bij dagvaarding).

Sealskin voert als verweer dat uit die opgave blijkt dat bij de berekening van de gemiddelde winst geen rekening is gehouden met eventuele opslagen voor materiaal-, directe arbeid- en vervoerskosten.

De rechtbank is van oordeel dat de winst per bad evenzeer slechts inschatbaar en niet vast te stellen is. De rechtbank begroot deze winst op een bedrag van €70,00 per bad.

Ex aequo et bono begroot de rechtbank de schadepost ter zake winstderving over de periode 28 december 2005 tot en met 11 mei 2006 op 1212 (baden) x €70,00, in totaal €84.840,00.

4.15. Winstderving over de periode na mei 2006.

Ook ten aanzien van deze post gaat de rechtbank uit van de aanname dat een stabiele omzet van 300 baden per maand zou zijn bereikt en gehandhaafd in deze periode. Dit komt neer op een te verkopen aantal Lima baden van voor de maand mei: $\frac{2}{3}$ van 300 = 200 baden en voor de maanden juni 2006 tot en met december 2006: $7 \times 300 = 2100$ baden, in totaal 2300 baden.

Blijkens de, onvoldoende gemotiveerd betwiste, als productie 5 overgelegde opgave van de accountant van Riho heeft Riho na 11 mei 2006 tot eind 2006 1590 Lima baden verkocht.

Daaruit volgt dat Riho 710 minder Lima baden heeft verkocht dan zij zonder de executie van het vonnis had kunnen verkopen. De schade begroot de rechtbank aldus ex aequo et bono op 710 (baden) x € 70,00= €49.700,00.

4.16. Kosten retourhalen baden.

Uit het, onvoldoende weersproken, accountantsrapport zijdens Riho blijkt dat door Riho 180 baden zijn teruggenomen, tegen terugbetaling van de koopprijs. Dit levert een schade op wegens winstderving van $180 \times € 70,00 = € 12.600,00$. De door Riho gevorderde misgelopen omzet is niet als schade aan te merken en niet toewijsbaar.

4.17. Kosten herintroductie.

De rechtbank oordeelt onvoldoende aannemelijk dat de door Riho opgevoerde kosten niet ook zouden zijn ge-

maakt wanneer de executie niet had plaatsgevonden. Herhaalde reclame en/of publicatie, waarvan hier sprake is, is geenszins ongebruikelijk, naar van algemene bekendheid is.

4.18. Kosten registeraccountant en deurwaarder.

Deze posten ad €848,00, respectievelijk €286,67 zijn niet, althans onvoldoende gemotiveerd, betwist en toewijsbaar.

4.19. Transportkosten en opslagkosten.

Tegenover het verweer van Sealskin dat Riho genoemde kosten heeft berekend op basis van opslag in België en Duitsland heeft Riho onvoldoende toegelicht waarom opslag op kortere afstand, met geringere transportkosten, niet mogelijk was. Het is evenwel aannemelijk dat er schade was door deze posten. De omvang ervan bepaalt de rechtbank ex aequo et bono op een bedrag van in totaal €10.000,00.

4.20. Reputatieschade.

De rechtbank wijst deze vordering af, zoals door Sealskin bepleit. Niet aan te nemen valt dat Riho reputatieschade heeft geleden naast materiële schade. Het betrof in dit geval een zakelijk verschil van mening, waarover de beoordelingen konden uiteenlopen, hetgeen in de markt zal zijn beseft.

4.21. Vordering tot recall.

Deze vordering wijst de rechtbank af. Inmiddels zijn sinds mei 2006 al twee jaar verlopen. De gevraagde recall is thans niet meer als een redelijke en passende vorm van herstel van schade of van ongedaanmaking van een onrechtmatige toestand aan te merken.

4.22. In totaal zijn dus de navolgende bedragen toewijsbaar:

€84.840,00
€49.700,00
€12.600,00
€848,00
€286,67
<u>€10.000,00</u>
€158.274,67

Schadevergoedingsvordering ter zake de baden Panama en Bogota.

4.23. Daarnaast is toewijsbaar de vordering tot vergoeding van schade, op te maken bij staat, die Riho geleden heeft doordat Sealskin het vonnis van de voorzieningenrechter ter zake de beide andere baden ten uitvoer heeft gelegd.

5. De kostenveroordeling

Sealskin zal als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld.

De kosten aan de zijde van Riho worden begroot op: in conventie:

- dagvaarding	EUR 70,85
- vast recht	4.732,00
- salaris procureur	8.000,00 (4 punten × tarief EUR 2.000,00)
Totaal	EUR 12.802,85

in reconventie:

- salaris procureur	EUR 8.000,00 (4 punten × tarief EUR 2.000,00)
---------------------	---

6. De beslissing

De rechtbank

in conventie

6.1. veroordeelt Sealskin binnen zeven dagen na betekening van dit vonnis aan Riho te betalen een bedrag van €158.274,67, ter vergoeding van de schade die Riho heeft geleden als gevolg van de executie door Sealskin van het vonnis in kort geding van de voorzieningenrechter van de rechtbank Utrecht van 27 december 2005, gewezen onder zaaknummer 203740/KG ZA 05-1120;

6.2. veroordeelt Sealskin tot vergoeding van de schade die Riho heeft geleden en nog zal lijden als gevolg van de executie door Sealskin van het vonnis van de voorzieningenrechter van de rechtbank Utrecht van 27 december 2005, gewezen onder zaaknummer 203740 / KG ZA 05-1120 ten aanzien van de baden van Riho met de namen Panama en Bogota, op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet;

6.3. veroordeelt Sealskin in de proceskosten, aan de zijde van Riho tot op heden begroot op EUR 12.802,85;

6.4. wijst het meer of anders gevorderde af;

in reconventie

6.5. wijst de vorderingen af;

6.6. veroordeelt Sealskin in de proceskosten, aan de zijde van Riho tot op heden begroot op EUR 8.000,00;

6.7. verklaart dit vonnis in conventie en in reconventie uitvoerbaar bij voorraad.

Dit vonnis is gewezen door mr. Leijten en in het openbaar uitgesproken op 16 juli 2008.
