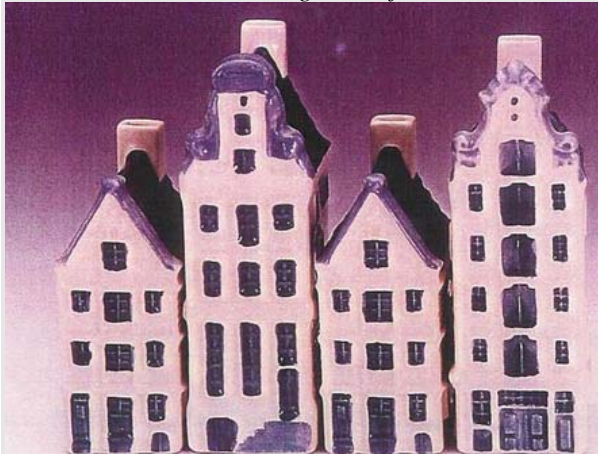


Hof Den Haag, 21 augustus 2008, Goedewaagen Gouda v Bols

KLM-huisjes



Goedewaagen-huisjes



OVEREENKOMSTENRECHT

Wanprestatie erkend

Bij het laatste pleidooi is namens Goedewaagen door haar advocaat erkend dat zij door het op de markt brengen van deze huisjes wanprestatie heeft gepleegd. Voor het overige zijn partijen niet ingegaan op dit voorlopige oordeel, zodat het hof daarvan thans (definitief) uitgaat.

SLAAFSE NABOOTSIJNG

Rechthebbende

op grond van artikel 8 van de raamovereenkomst moet worden aangenomen dat tussen partijen is overeengekomen dat tussen hen Henkes/Bols als auteursrechthebbende op de (individuele) KLM-huisjes heeft te gelden, hetgeen meebrengt dat in die relatie slaafse nabootsing door Goedewaagen niet is toegestaan

Slaafse nabootsing serie

Naar het oordeel van het hof gelden dezelfde criteria voor de beoordeling van een product dat zozeer in een serie van producten past dat het publiek daardoor zou kunnen denken dat het bij die serie hoort en dezelfde herkomst heeft.

Van verwarringsgevaar kan in beginsel slechts sprake zijn indien het nagebootste product zich door zijn uiterlijk van andere in de handel zijnde producten

onderscheidt. Naar het oordeel van het hof gelden dezelfde criteria voor de beoordeling van een product dat zozeer in een serie van producten past dat het publiek daardoor zou kunnen denken dat het bij die serie hoort en dezelfde herkomst heeft. De tot de serie behorende producten moeten dan onderscheidend vermogen hebben en bovendien door het publiek (door overeenstemmende kenmerken van de individuele producten) worden herkend als behorend tot die specifieke serie.

Op grond van:

- door Bols bij de antwoordakte uitlaten onrechtmatigheid van 13 oktober 2005, bij conclusie van antwoord in eerste aanleg en bij akte houdende overlegging producties in eerste aanleg van 20 september 1999 overgelegde - niet betwiste - publicaties en afdrucken van websites waarin de KLM-huisjes (ook vaak als zodanig, zonder foto's of omschrijving van het uiterlijk, waaruit valt af te leiden dat die aanduiding voldoende is voor het relevante publiek om te weten om wat voor huisjes het gaat) worden vermeld, te koop aangeboden of gevraagd,

- de niet betwiste populariteit van de KLM-huisjes met name als verzamelobjecten,

- de omstandigheid dat sinds de jaren '60 miljoenen KLM-huisjes zijn verspreid

gaat het hof er van uit dat de KLM-huisjes grote bekendheid genieten en door hun uiterlijk door het publiek als van KLM afkomstige huisjes, behorend tot de specifieke KLM-huisjes-serie, worden onderscheiden van andere soortgelijke huisjes. Op grond daarvan gaat het hof er ook van uit dat het op de markt zijn (geweest) van twee, althans vijf huisjes met voormelde kenmerken kennelijk onvoldoende aan dat onderscheidend vermogen (hebben) kunnen afdoen. In dit verband merkt het hof op dat met gesteld of gebleken is hoe lang en in welke omvang deze huisjes op de markt zijn geweest

Geen samenloop met Benelux modelrecht – daterend van voor 1975

dat Bols' rechtsvoorganger al ruimschoots voor 1975, vanaf 1959, althans 1964, KLM-huisjes op de markt bracht - ten aanzien waarvan artikel 14 lid 8 BTMW (oud) niet gold

Het hof wijst er nog op dat het van 1975 tot 1 december 2003 geldende artikel 14, lid 8 BTMW (oud) - waarop Goedewaagen zich ook niet heeft beroepen - niet aan toewijzing van het verbod in de weg staat. Op grond van dat artikel was het niet mogelijk om een vordering in te stellen op basis van een onrechtmatige daad voor feiten die louter inbreuk op een modelrecht opleveren. Nog daargelaten dat hier geen sprake is van feiten die louter inbreuk op een modelrecht opleveren (nu het gaat om verwarringwekkend "aanhaken" bij een serie producten en voormelde bijzondere zorgvuldigheidsverplichting op Goedewaagen rustte), merkt het hof op dat Bols' rechtsvoorganger al ruimschoots voor 1975, vanaf 1959, althans 1964, KLM-huisjes op de markt bracht - ten aanzien waarvan artikel 14 lid 8 BTMW (oud) niet gold - en Goedewaagen meent en wenst vrij

te zijn ook in de toekomst (andere) soortgelijke huisjes op de markt te brengen - ten aanzien waarvan voormeld artikel evenmin geldt.

Vindplaatsen: [Boek9](#)

Rb Den Haag, 4 september 2008

(J.C. Fasseur-van Santen, A.D. Kiers-Becking, E.A. Mout-Bouwman)

GERECHTSHOF 's-GRAVENHAGE

Sector handel

Zaaknummer: 105.000.248/01

Rolnummer (oud) : 00/320

Rolnummer rechtbank: 97/2901

arrest van de vijfde civiele kamer d.d. 21 augustus 2008 inzake

GOEDEWAAGEN GOUDA B.V.,

gevestigd te Nieuw Buinen,
appellante,

hierna te noemen: Goedewaagen,

procureur: mr. W. Taekema,

advocaat: mr. F.W. Grosheide te Amsterdam,

tegen

BOLS BENELUX B.V.

gevestigd te 's-Gravenhage.

geïntimeerde,

procureur: mr. W. Heemskerk.

advocaat: thans mrs. P.A.M. Hendrick en J.K. van Hezewijk te Amsterdam.

Het verdere geding

Ter voldoening aan het [tussenarrest van 21 april 2005](#) hebben partijen ieder een akte genomen. Vervolgens hebben partijen hun standpunten opnieuw doen bepleiten door hun voormelde advocaten, bij welke gelegenheid door Goedewaagen producties en een notitie (met vragen aan en antwoorden van S. Kamer van Goedewaagen) en door Bols één productie in het geding is gebracht. Tenslotte is arrest gevraagd.

Verdere beoordeling van het hoger beroep

Vorderingen gebaseerd op auteursrecht

1. In [voormeld tussenarrest](#) heeft het hof geoordeeld dat de vorderingen voor zover gebaseerd op auteursrecht niet kunnen worden toegewezen, dat grief I faalt, dal de grieven 2 en 4 slagen en dat grief 3 geen behandeling behoeft. Dit leidt ertoe dat het in conventie onder 1(a) gevorderde, zoals gewijzigd bij memorie van grieven niet voor toewijzing in aanmerking komt, althans Goedewaagen daarbij geen belang heeft.

Vorderingen over en weer gebaseerd op wanprestatie

2. In [voormeld tussenarrest](#) heeft het hof overwogen dat Bols tekort is geschoten in de nakoming van haar uit de artikelen 5 en 6 van de overeenkomst van 25 maart 1983 - hierna: de raamovereenkomst - voortvloeiende verplichtingen (tot het gunnen 50% van de totale productie, respectievelijk het laten uitvoeren van een voorkeursrecht door Goedewaagen) en dat de vordering tot veroordeling van Bols tot schadevergoeding ten gevolge daarvan voor toewijzing in aanmerking komt, Hiermee slaagt grief 6 gericht tegen het oordeel van de rechtbank dat Goedewaagen Bols niet kon hou-

den aan haar uit de artikelen 5 en 6 van de raamovereenkomst voortvloeiende verplichtingen.

3. Het hof heeft in [voormeld tussenarrest](#) voorts voorshands geoordeeld dat Goedewaagen door in de eerste helft van 1996 de hieronder nader omschreven Goedewaagen-huisjes op de markt te brengen toerekenbaar tekort is geschoten in de nakoming Van de uit artikel 2 van de raamovereenkomst voortvloeiende verplichting zich ervan te onthouden dit soort huisjes op de markt te brengen. Bij het laatste pleidooi is namens Goedewaagen door haar advocaat erkend dat zij door het op de markt brengen van deze huisjes wanprestatie heeft gepleegd. Voor het overige zijn partijen niet ingegaan op dit voorlopige oordeel, zodat het hof daarvan thans (definitief) uitgaat. Voorts heeft het hof overwogen dat deze tekortkoming; de ontbinding rechtvaardigt en de overeenkomst door de brief van Bols van 4 september 1996 dan ook (buitengerechtelijk) is ontbonden. Dit brengt mee dat grief 5, gericht tegen het oordeel van de rechtbank dat Bols terecht de raamovereenkomst bij brief van 4 september 1996 heeft ontbonden (omdat een deel van de geleverde KLM-huisjes niet aan de daaraan te stellen kwaliteitseisen voldeed), niet tot vernietiging kan leiden.

4. Bij memorie van grieven heeft Goedewaagen (de grondslag van) haar eis gewijzigd als geformuleerd op pagina 31 en 32 van de memorie van grieven. Het bovenstaande leidt ertoe dat de in conventie onder II, onder (a). tweede en derde gedachtestreepje, gevorderde verklaringen voor recht en de onder (b) gevorderde schadevergoeding voor toewijzing in aanmerking komen, waarbij ervan moet worden uitgegaan dat de raamovereenkomst per 4 september 1996 is ontbonden en er nadien geen daaruit voortvloeiende verplichtingen voor Bols meer bestonden.

Goedewaagen heeft ook gevorderd een verklaring voor recht dat Bols in strijd heeft gehandeld met de raamovereenkomst door het niet in onderhandeling treden over en het niet afsluiten van jaarcontracten na 1994 tot de regelmatige beëindiging van de samenwerking en vergoeding van de daardoor geleden schade.

Goedewaagen heeft zelf gesteld dat voor 1995 een jaarcontract is gesloten. Voorts heeft Goedewaagen gesteld dat de raamovereenkomst in de periode 1983 -1996 heeft geleid tot leveringen en dat partijen in die periode steeds overeenstemming hebben bereikt over de prijs en kwaliteit. Gelet daarop gaat het hof ervan uit dat Goedewaagen deze vordering slechts heeft ingesteld voor het geval het hof van oordeel zou zijn dat de raamovereenkomst door de brief van Bols van 4 september 1996 niet zou zijn ontbonden. Voorts is niet gesteld of gebleken dat Bols terzake in gebreke is gesteld. Het hof zal het gevorderde dan ook in zoverre afwijzen.

Gelet op het oordeel van het hof over de buitengerechtelijke ontbinding door Bols, zal het hof het in conventie onder III gevorderde afwijzen.

Vorderingen gebaseerd op onrechtmatige daad

5. Het hof heeft in [voormeld tussenarrest](#) overwogen dat in hoger beroep alsnog de vraag of Goedewaagen onrechtmatig handelt door Delfts blauwe huisjes op de

markt te brengen moet worden beantwoord en partijen in de gelegenheid gesteld zich hierover nader uit te laten.

6. Op grond van de raamovereenkomst heeft Goedewaagen van 1983 tot september 1996 exclusief voor Bols en diens rechtsvoorgangster Henkes zogenaamde KLM-huisjes geproduceerd. Van 1964 tot 1981 werden KLM-huisjes aan Henkes geleverd door Goedewaagen's Koninklijke Hollandse pijpen- en aardewerkenfabrieken N.V. - hierna : Goedewaagen I -, die in 1982 is gefailleerd. Het gaat bij KLM-huisjes om Delfts blauwe miniatuur huisjes met een maximale hoogte van 15 cm, voorzien van een ronde schoorsteen, welke huisjes (kunnen) dienen als drankcontainer en bestemd zijn voor levering door Henkes/Bols aan KLM. In 2005 waren er 86 verschillende KLM-huisjes. Hieronder worden enkele van deze KLM-huisjes afgebeeld.



In artikel 1 van de raamovereenkomst is vermeld:

"HUISJES - in aardewerk dan wel porselein uitgevoerde huizen

KLM-HUISJES – HUISJES bestemd om door HENKES aan de KLM te worden geleverd."

In artikel 2 is bepaald:

"Goedewaagen zal geen HUISJES produceren dan wel laten produceren, ook niet voor export doeleinden, dan wel ten behoeve van Henkes".

In een door Goedewaagen aan Henkes gezonden brief van 25 maart 1983 (met de inhoud waarvan Goedewaagen heeft ingestemd) is vermeld:

"Wij verwijzen naar ons telefoongesprek van hedenmorgen aangaande de interpretatie van artikel 2 van deze overeenkomst:

Het staat Goedewaagen in principe vrij om huisjes, die qua afmeting c.q. qua aanzien duidelijk afwijken van de aan u te leveren KLM-huisjes in Blauw-Delft, op de markt te brengen.

Te denken valt in dit verband aan de fabrikage van onze series huisjes Keizersgracht - Herengracht etc. in bruine glazuur of in Polychrome (gekleurde daken en gekleurde vensters etc.) dan wel huisjes in ook Blauw-Delft in b.v. een afmeting van 15 cm of groter.

Teneinde echter eventuele problemen in de toekomst te vermijden, kwamen wij met u overeen, dat wij U van dergelijke afwijkende huisjes eerst een monster ter goedkeuring zullen tonen."

In artikel 7 is bepaald:

"Goedewaagen zal op eerste verzoek daartoe door Henkes van zijn verplichting als verwoord in artikel 2 van deze overeenkomst worden ontslagen zodra Henkes geen HUISJES meer voert en ook de KLM geen KLM-HUISJES meer aan zijn klanten aanbiedt"

In artikel 8 is bepaald:

"GOEDEWAAGEN erkent de auteursrechten van HENKES op de bestaande en toekomstige KLM-HUISJES."

De raamovereenkomst is door Bols bij brief van 4 september 1996 buitengerechtelijk ontbonden.

7. Tijdens de looptijd van deze overeenkomst heeft Goedewaagen in 1996 in totaal ongeveer 2500 Delfts blauwe huisjes aan diverse afnemers geleverd. Namens Goedewaagen heeft S. Kamer tijdens het laatste pleidooi medegedeeld dat het ging om vier series van zes huisjes. Het hof begrijpt derhalve dat het hierbij - anders dan in het tussenarrest vermeld - ging het om in totaal 24 modellen, uitsluitend uitgevoerd in Delfts blauw, kleiner dan 15 cm en met een vierkante witte schoorsteen. Deze worden hierna ook aangeduid als de Goedewaagen-huisjes. In 1981/1982 zijn door Goedewaagen I huisjes op de markt gebracht die gelijk zijn aan (enkele van) de Goedewaagen-huisjes. Vier van deze huisjes zijn afgebeeld op foto IV, overgelegd bij memorie van grieven.



Over deze huisjes zijn twee kort gedingen gevoerd in 1982 tussen Henkes en Goedewaagen 1 en in 1997 tussen Bols/Henkes en Goedewaagen. In beide zaken vorderde Bols/Henkes een inbreukverbod. De president van de rechtbank Rotterdam heeft het gevorderde verbod bij vonnis van 29 april 1982 (productie 6 van Goedewaagen bij conclusie van repliek in eerste aanleg) afgewezen. De president van de rechtbank 's-Gravenhage heeft bij vonnis van 7 mei 1997 (productie 9 van Bols in eerste aanleg) geoordeeld dat Goedewaagen onrechtmatig heeft gehandeld door deze huisjes op de markt te brengen en het verbod toegewezen. De president heeft daartoe overwogen dat de totaalindruk van de Goedewaagen-serie en de KLM-serie dezelfde is en de verschillen in het niet vallen bij de overeenkomsten, waardoor aannemelijk is dat bij het relevante publiek de indruk kan ontstaan dat de KLM-huisjes niet meer exclusief voor uitverkoren KLM-passagiers verkrijgbaar zijn en aan het exclusieve en prestigieuze karakter van de KLM-huisjes afbreuk wordt gedaan.

8. Daarnaast heeft Goedewaagen tijdens de looptijd van de overeenkomst de zgn. Herengracht-serie op de markt gebracht. Daarover is een kort geding gevoerd tussen Bols / Henkes en een van de afnemers van Goedewaagen, S & T Schiphol B.V. - hierna: S&T -, dat heeft geleid tot een vonnis van de president van de rechtbank 's-Gravenhage van 20 februari 1998 (produc-

tie 10 van Bols in eerste aanleg), waarbij het verbod is toegewezen met, kort gezegd, dezelfde motivering als in het vonnis van 7 mei 1997. Dit vonnis is vernietigd door dit hof. Het gaat om de volgende huisjes.



9. Bols heeft ter onderbouwing van het in deze procedure gevorderde verbod een beroep gedaan op gezag van gewijsde van het vonnis van de president van de rechtbank 's-Gravenhage van 7 mei 1997. Dat beroep gaat niet op omdat sprake is van een kort geding vonnis waaraan geen gezag van gewijsde toekomt.

Daarnaast heeft Bols gesteld dat het op markt brengen val de onderhavige huisjes onrechtmatig is omdat Goedewaagen daarmee de exclusiviteit van de KLM-huisjes aantast.

Voorts heeft Bols gesteld dat sprake is van verwarringsgevaar, in welk verband zij stelt dat de KLM-huisjes onderscheidend vermogen hebben (verkregen) en een eigen plaats op de relevante markt innemen.

Tenslotte heeft Bols gesteld dat er sprake is van een bijzondere verhouding tussen Goedewaagen en Bols, die ook na het beëindigen van de relatie een bijzondere zorgvuldigheidsplicht (om zich te onthouden van het op de markt brengen van dit soort huisjes) meebrengt.

10. Partijen twisten over de vraag wie de maker in de zin van de Auteurswet 1912 van de KLM-huisjes is. Naar het oordeel van het hof behoeft die vraag geen beantwoording omdat op grond van artikel 8 van de raamovereenkomst moet worden aangenomen dat tussen partijen is overeengekomen dat tussen hen Henkes/Bols als auteursrechtbehebende op de (individuele) KLM-huisjes heeft te gelden, hetgeen meebrengt dat in die relatie slaafse nabootsing door Goedewaagen niet is toegestaan.

Nabootsing van een product is op zichzelf alleen ongeoorloofd, indien men zonder aan de deugdelijkheid en bruikbaarheid afbreuk te doen op bepaalde punten evengoed een andere weg had kunnen inslaan en men door dit na te laten verwarring sticht. Van verwarringsgevaar kan in beginsel slechts sprake zijn indien het nagebootste product zich door zijn uiterlijk van andere in de handel zijnde producten onderscheidt. Naar het oordeel van het hof gelden dezelfde criteria voor de beoordeling van een product dat zozeer in een serie van producten past dat het publiek daardoor zou kunnen denken dat het bij die serie hoort en dezelfde herkomst heeft. De tot de serie behorende producten moeten dan onderscheidend vermogen hebben en bovendien door het publiek (door overeenstemmende kenmerken van

de individuele producten) worden herkend als behorend tot die specifieke serie.

11. De KLM-huisjes vormen een serie, waarvan en doordat alle huisjes bepaalde kenmerken vertonen. Het gaat om in aardewerk of porselein uitgevoerde miniatuur huizen.

Partijen zijn het erover eens dat de KLM-huisjes kleiner zijn dan 15 cm en uitsluitend in Delfts blauw zijn uitgevoerd. Zoals ook uit voormelde brief van Goedewaagen aan Bols d.d. 25 maart 1983 valt af te leiden, heeft Bols geen bezwaar tegen huisjes die groter zijn dan 15 cm of polychroom zijn uitgevoerd. Gelet daarop acht het hof voor de beoordeling van deze zaak slechts huisjes die kleiner zijn dan 15 cm en (uitsluitend) uitgevoerd in Delfts blauw relevant. Voorts heeft het hof zelf waargenomen dat de KLM-huisjes een relatief forse witte schoorsteen (gebruikt als opening van de drankcontainer) hebben.

In voormeld tussenaarrest heeft het hof Bols verzocht zich, in verband met de vraag of sprake is van onderscheidend vermogen, uit te laten over door Goedewaagen bij memorie van grieven als producties 1S (62, 63) en 1T (64, 65) overgelegde foto's van (12) Delfts blauwe huisjes van andere aanbieders. Voorts heeft het hof verzocht om nadere gegevens met betrekking tot de in 1932 en de tussen 1940 en 1950 door Goedewaagen (I) op de markt gebrachte Delfts blauwe huisjes: de modellen 174 (30 cm hoog), 1387 (8.5 cm hoog) en 1388 (10 cm hoog).

Bols heeft betwist dat de op productie 1T getoonde huisjes op de Nederlandse markt verkrijgbaar zijn (geweest). Nu Goedewaagen hierop niet meer is ingegaan acht het hof onvoldoende onderbouwd dat deze op de Nederlandse markt zijn (geweest). Van de op de foto 1S getoonde tien huisjes heeft Bols onbetwist gesteld dat de eerste vier huisjes aanmerkelijk groter zijn dan de KLM-huisjes en het zesde huisje polychroom (met groene ornamenten en een oranje dak) is, zodat deze voor de beoordeling van deze zaak niet relevant zijn. Hetzelfde lijkt te gelden voor het vijfde, zevende en tiende huisje die, voor zover het hof kan waarnemen, niet voorzien zijn van een relatief forse witte schoorsteen. Model 174 met een hoogte van 30 cm en het in de door Goedewaagen bij haar akte overgelegde verklaring van F. Visser genoemde huisje (modelnummer 368) uit september 1932 met een hoogte van van 18,5 cm zijn al niet relevant omdat zij groter zijn dan de KLM-huisjes. De twee rond 1939 op de markt gebrachte huisjes van Goedewaagen I (modellen 1387 en 1388) zijn, naar Bols onbetwist heeft gesteld, na de jaren 40 niet meer op de markt gebracht en kunnen om die reden niet afdoen aan een eventueel thans bestaand onderscheidend vermogen.

Gelet op het bovenstaande gaat het hof ervan uit dat er twee (het achtste en negende huisje op foto 1T), althans vijf (het vijfde en het zevende tot en met het tiende huisje op foto 1T) huisjes van andere leveranciers op de markt zijn (geweest), die voormelde kenmerken van de KLM-huisjes vertonen en die van invloed zouden kunnen zijn op het onderscheidend vermogen van de KLM-huisjes.

Op grond van:

- door Bols bij de antwoordakte uitlaten onrechtmatigheid van 13 oktober 2005, bij conclusie van antwoord in eerste aanleg en bij akte houdende overlegging producties in eerste aanleg van 20 september 1999 overgelegde - niet betwiste - publicaties en afdrucken van websites waarin de KLM-huisjes (ook vaak als zodanig, zonder foto's of omschrijving van het uiterlijk, waaruit valt af te leiden dat die aanduiding voldoende is voor het relevante publiek om te weten om wat voor huisjes het gaat) worden vermeld, te koop aangeboden of gevraagd,

- de niet betwiste populariteit van de KLM-huisjes met name als verzamelobjecten,

- de omstandigheid dat sinds de jaren '60 miljoenen KLM-huisjes zijn verspreid

gaat het hof er van uit dat de KLM-huisjes grote bekendheid genieten en door hun uiterlijk door het publiek als van KLM afkomstige huisjes, behorend tot de specifieke KLM-huisjesserie, worden onderscheiden van andere soortgelijke huisjes. Op grond daarvan gaat het hof er ook van uit dat het op de markt zijn (geweest) van twee, althans vijf huisjes met voormelde kenmerken kennelijk onvoldoende aan dat onderscheidend vermogen (hebben) kunnen afdoen. In dit verband merkt het hof op dat met gesteld of gebleken is hoe lang en in welke omvang deze huisjes op de markt zijn geweest.

12. Partijen twistten over het relevante publiek / de relevante markt. Goedewaagen stelt dat de relevante markt voor de KLM-huisjes die is van KLM business class passagiers en van verzamelaars op de tweede hands markt, terwijl de markt van de Goedewaagen-huisjes die van de goede souvenir handel zou zijn. Naar het oordeel van het hof gaat het in beide gevallen om een ruimer publiek, namelijk al diegenen die met de KLM-huisjes in aanraking komen, naar het oordeel van het hof, gelet op de bekendheid van de KLM-huisjes, het algemene publiek. Echter ook als aangenomen zou moeten worden dat het relevante publiek slechts zou bestaan uit KLM bussiness class passagiers en verzamelaars komt dit publiek naar het oordeel van het hof ook in aanraking met producten bestemd voor de betere souvenirhandel. Dit geldt te meer nu zich ook souvenirwinkels op Schiphol bevinden, waar vliegreizigers tijd plegen door te brengen.

13. Het hof is van oordeel dat de litigieuze Goedewaagen-huisjes qua kleurstelling, reliëf en gedetailleerdheid (vrijwel) identiek zijn aan de KLM-huisjes en voormelde kenmerken van de KLM-huisjes (kleiner dan 15 cm, uitsluitend in Delfts blauw uitgevoerd en voorzien van een relatief forse witte schoorsteen) hebben en dat (daardoor) het totaalbeeld van deze huisjes zodanig overeenstemt met het totaalbeeld van de KLM-huisjes dat bij het relevante publiek (indirecte) verwarring kan ontstaan in die zin dat het zou kunnen menen dat deze huisjes onderdeel uitmaken van de KLM-huisjes-serie. Dat bij de Goedewaagen-huisjes de schoorstenen vierkant (en niet rond zoals bij de KLM-huisjes) zijn en de dakstijlen lichtblauw (in plaats van donkerblauw) zouden zijn doet onvoldoende

af aan het totaalbeeld. Hetzelfde geldt voor de omstandigheid dat de Goedewaagen-huisjes niet geschikt zijn om als drankcontainer te dienen en aan de achterzijde niet voorzien zijn van het KLM-logo. Deze omstandigheden hebben geen invloed op het totaalbeeld van de voorzijde van de huisjes, met welke zijde het publiek in de meeste gevallen - zeker bij oppervlakkige vluchtige waarneming - uitsluitend zal worden geconfronteerd. Dat de Goedewaagen-huisjes een betere weergave zouden zijn van de werkelijkheid is niet zichtbaar bij waarneming van de huisjes en evenmin bepalend voor het door het publiek waargenomen totaalbeeld. Dit oordeel sluit aan bij het oordeel van "het panel van deskundigen" neergelegd in het, als productie 11 door Bols in eerste aanleg overgelegde "verslag van een onderzoek aan Delfts blauwe miniatuurhuisjes". Het panel concludeert:

"Bij het vergelijken van de Goedewaagen huisjes en de KLM huisjes stelde het panel vast dat er weliswaar sprake is van verschillen doch visueel slechts van ondergeschikte aard en voor het grote publiek nauwelijks waarneembaar (...) De totaal indruk van beide series huisjes is gelijk, de gebruikte massa en schilderkleur de wijze van vormgeven en afwerken zijn identiek voor beide series (...)"

Voorts is het hof van oordeel dat de raamovereenkomst - nu daarop geen beroep wordt gedaan laat het hof in het midden of daaruit, gelet op de artikelen 2 en 7 in onderlinge samenhang gelezen, ondanks de ontbinding, niet al een (contractuele) onthoudingsverplichting van Goedewaagen zou kunnen worden afgeleid - een bijzondere zorgvuldigheidsverplichting voor Goedewaagen meebrengt om zich ook na beëindiging van de overeenkomst te onthouden van het op de markt brengen van huisjes, die voormelde kenmerken van de KLM-huisjes vertonen. De stelling van Goedewaagen dat zij al voor het aangaan van de relatie huisjes produceerde - het hof begrijpt overigens dat dat Goedewaagen I was - en dat Bols de relatie met Goedewaagen juist is aangegaan vanwege Goedewaagens deskundigheid op dit gebied, doet aan die bijzondere zorgvuldigheidsverplichting niet af. Nu partijen bij het sluiten van de raamovereenkomst juist hebben afgesproken dat Goedewaagen deze huisjes uitsluitend voor Bols ('rechtsvoorgangster') zou produceren en Goedewaagen door het kortgeding in 1982 en de in de raamovereenkomst opgenomen onthoudingsverplichting wist, althans kon weten dat Bols groot belang hechtte aan het exclusieve karakter en het onderscheidend vermogen van de KLM-huisjes en in het bijzonder bezwaar had / heeft tegen de onderhavige huisjes van Goedewaagen. Aan voormeld oordeel kan evenmin voldoende afdoen dat Bols is tekortgeschoten in de uit artikel 5 en 6 van de raamovereenkomst voortvloeiende verplichtingen. Daardoor is Bols schadelijkelijk geworden, maar op grond daarvan is de overeenkomst niet beëindigd en dit doet niet af aan de op Goedewaagen rustende, van die wanprestatie door Bols losstaande, "onthoudingsverplichting". Gelet op het bovenstaande is het hof van oordeel dat Goedewaagen onrechtmatig

handelt wanneer zij de onderhavige huisjes op de markt brengt.

14. Goedewaagen heeft zich beroepen op de overwegingen van dit hof in het arrest van 21 april 2005 in de zaak de zaak van Bols/Henkes tegen S&T. Dit beroep kan haar echter niet baten, al omdat

-het ging om andere huisjes (onder meer zonderschoorsteen en met uitstekende trappen en gedetailleerder uitgevoerd dan de onderhavige huisjes);

- er geen bijzonder relatie bestond tussen Bols/Henkes en S&T;

- Bols/Henkes hun vordering zeer summier hadden onderbouwd (zo waren geen KLM-huisjes of foto's daarvan overgelegd, hetgeen het vaststellen van verwarringsgevaar door de rechter op zijn minst bemoeilijkt) en een aantal stellingen van S&T (zoals de stelling dat soortgelijke huisjes door derden al jaren op de markt werden gebracht) niet hadden betwist;

- er sprake is van een voorlopig oordeel.

15. Het bovenstaande brengt mee dat de door Goedewaagen in conventie onder I (b) en IV (a) gevorderde verklaringen voor recht (dat zij gerechtigd was en is om Delfts blauwe Goedewaagen-huisjes op de markt te brengen) en de onder IV (b) gevorderde schadevergoeding (doordat zij die huisjes niet op de markt heeft kunnen brengen na het kort geding vonnis van 7 mei 1997) zullen worden afgewezen. Het door Bols in reconventie gevorderde verbod zal in zoverre worden toegewezen dat Goedewaagen wordt verboden Delfts blauwe miniatuur huisjes, die kleiner zijn dan 15 cm, uitgevoerd in uitsluitend Delfts blauw en voorzien van een relatief forse witte schoorsteen, op de markt te brengen. De dwangsom zal het hof matigen als in het dictum omschreven.

16. Het hof wijst er nog op dat het van 1975 tot 1 december 2003 geldende artikel 14, lid 8 BTMW (oud) - waarop Goedewaagen zich ook niet heeft beroepen - niet aan toewijzing van het verbod in de weg staat. Op grond van dat artikel was het niet mogelijk om een vordering in te stellen op basis van een onrechtmatige daad voor feiten die louter inbreuk op een modelrecht opleveren. Nog daargelaten dat hier geen sprake is van feiten die louter inbreuk op een modelrecht opleveren (nu het gaat om verwarringwekkend "aanhaken" bij een serie producten en voormelde bijzondere zorgvuldigheidsverplichting op Goedewaagen rustte), merkt het hof op dat Bols' rechtsvoorganger al ruimschoots voor 1975, vanaf 1959, althans 1964, KLM-huisjes op de markt bracht - ten aanzien waarvan artikel 14 lid 8 BTMW (oud) niet gold - en Goedewaagen meent en wenst vrij te zijn ook in de toekomst (andere) soortgelijke huisjes op de markt te brengen - ten aanzien waarvan voormeld artikel evenmin geldt.

17. Het bewijsaanbod van Goedewaagen wordt als onvoldoende geconcretiseerd gepasseerd.

18. In het bij de memorie van grieven gestelde en gevorderde leest het hof tevens een grief tegen de veroordeling van Goedewaagen in de proceskosten in eerste aanleg. Nu het in conventie gevorderde deels wordt afgewezen en deels wordt toegewezen, zal het hof de proceskosten in conventie in eerste aanleg com-

penseren. In reconventie dient Goedewaagen als grotendeels in het ongelijk gestelde partij te worden veroordeeld in de kosten van de procedure in eerste aanleg. Nu partijen in hoger beroep over en weer deels in het ongelijk zijn gesteld zal het hof de kosten van de procedure in hoger beroep compenseren

19. Het hof zal, ter voorkoming van onduidelijkheden, het bestreden vonnis geheel vernietigen en het dictum opnieuw formuleren.

Beslissing

Het hof:

Vernietigt het door de rechtbank 's-Gravenhage tussen partijen in conventie en in reconventie gewezen vonnis van 22 december 1999

en opnieuw rechtdoende:

in conventie

verklaart voor recht dat Bols in strijd heeft gehandeld met haar verplichtingen uit de raamovereenkomst van 25 maart 1983 door

- in strijd met artikel 5 van de raamovereenkomst Goedewaagen vanaf 1993/1994 (vanaf het moment dat het aantal aan KLM te leveren huisjes is toegenomen door het uitreiken daarvan aan business class passagiers) niet in de gelegenheid te hebben gesteld om 50% van de door Bols aan KLM te leveren KLM-huisjes te produceren;

- in strijd met artikel 6 van de raamovereenkomst Goedewaagen na het wegvallen van Elesva als leverancier van KLM-huisjes in of rond 1992 geen mogelijkheid te hebben geboden het recht van voorkeur met betrekking: tot het weggefallen gedeelte van de productie uit te oefenen met dien verstande dat de uit de raamovereenkomst voor Bols voortvloeiende verplichtingen per 4 september 1996 zijn geëindigd;

veroordeelt Bols om aan Goedewaagen te vergoeden de door haar ten gevolge van voormelde tekortkomingen. geleden schade, nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet;

verklaart voormelde veroordeling uitvoerbaar bij voorraad;

wijst af het meer of anders gevorderde;

compenseert de kosten van de procedure in eerste aanleg in conventie, des dat iedere partij haar eigen kosten draagt;

in reconventie

verbiedt Goedewaagen met onmiddellijke ingang na betekening van dit arrest de in het arrest genoemde Goedewaagen-huisjes en andere Delfts blauwe miniatuurhuisjes die een verwarringwekkende gelijkenis vertonen met de KLM-huisjes en

- kleiner zijn dan 15 cm en

- uitsluitend zijn uitgevoerd in Delfts blauw (dus niet polychroom) en

- voorzien zijn van relatief forse witte schoorstenen, op de markt te brengen;

veroordeelt Goedewaagen voor het geval zij handelt in strijd met dit verbod tot betaling van een dwangsom van €5.000,- voor elke overtreding;

veroordeelt Goedewaagen in de kosten van de procedure in eerste aanleg in reconventie, tot op heden aan de zijde van Bols begroot op €878,-;

verklaart deze beslissing tot zover uitvoerbaar bij voorraad;
wijst af het meer of anders gevorderde;
compenseert de kosten van de procedure in hoger beroep, des dat ieder partij haar eigen kosten draagt.
Dit arrest is gewezen door mrs. J.C. Fasseur-van Santen, A.D. Kiers-Becking en E.A. Mout-Bouwman; het is uitgesproken ter openbare terechtzitting van 21 augustus 2008 in tegenwoordigheid van de griffier.