

Vzgr Rb Zwolle, 8 oktober 2008, Eclectic Industries



AUTEURSRECHT

Auteursrecht?

- Eclectic heeft niet (voldoende gemotiveerd) gesteld dat op (onderdelen van) Keebee producten auteursrecht rust en dat Eclectic auteursrechtelijke daarvan is. IKC-nieuw heeft dit ook betwist.

Toestemming?

- Teneinde voldoende opheldering te verkrijgen over het antwoord op de vraag of IKC-nieuw zonder toestemming van Eclectic producten heeft laten namaken, zou (nadere) bewijslevering moeten volgen. Een dergelijke bewijslevering gaat echter het kader van dit kort geding te buiten.

DISTRIBUTIEOVEREENKOMST

Overeenkomst met Play Invest niet geëindigd

- Dat het Memorandum aldus moet worden uitgelegd dat bij ontbreken van commitment (in de visie van Eclectic) de in het Memorandum vastgelegde overeenkomst zonder meer eindigt, dus zonder ingebrekestelling of enig overleg, is door Eclectic tegenover de betwisting door Play Invest onvoldoende onderbouwd.

Naar het oordeel van de voorzieningenrechter kan dit verweer Eclectic niet baten. Play Invest heeft gesteld dat de omzetcijfers die zijn vastgelegd in het Memorandum zijn bedoeld als streefcijfers en heeft betwist dat deze niet zouden zijn gehaald. Ook is er volgens Play Invest geen sprake van gebrek aan 'commitment' aan de zijde van IKC-nieuw: IKC-nieuw heeft geen bestelling geannuleerd, zoals Eclectic stelt, maar Eclectic heeft veel meer goederen naar IKC-nieuw verzonden dan waren besteld, omdat zij probeerde haar oude voorraden bij IKC-nieuw te 'dumpen', nu zij zelf doende was haar productie naar Mexico te verplaatsen. Daarbij heeft Play Invest onweersproken gesteld dat IKC-nieuw

dan wel IKC-oud nooit door Eclectic is aangemaand of zelfs maar aangesproken op haar prestaties.

5.5. Gelet hierop is de voorzieningenrechter voorschots van oordeel dat Eclectic niet kan worden gevolgd in haar stelling dat de overeenkomst is geëindigd. Dat het Memorandum aldus moet worden uitgelegd dat bij ontbreken van commitment (in de visie van Eclectic) de in het Memorandum vastgelegde overeenkomst zonder meer eindigt, dus zonder ingebrekestelling of enig overleg, is door Eclectic tegenover de betwisting door Play Invest onvoldoende onderbouwd. Daar komt bij dat [B] in zijn (hiervoor in rechtsoverweging 2.7. en 2.8. deels geciteerde) brieven van 25 februari 2008 en 9 april 2008 zonder enig voorbehoud 'Instore Kids Corners' heeft genoemd als enige en exclusieve wederverkoper van Keebee in Europa.

PROCESRECHT

Opheffing beslag

- Beslagleggende partij – IKC-nieuw – geen partij bij overeenkomst en kan niet met IKC-oud vereenzelvigd worden

Uit de stukken en uit het verhandelde ter zitting is gebleken dat het beslag is gelegd door IKC-nieuw, de dochtermaatschappij van Play Invest. Het beslag is gelegd op de grondslag dat Eclectic tekort zou zijn geschoten in de nakoming van de overeenkomst. Eclectic heeft naar het oordeel van de voorzieningenrechter terecht aangevoerd dat IKC-nieuw geen rechten kan ontleen aan de overeenkomst, daar de overeenkomst is gesloten tussen Eclectic en IKC-oud/Play Invest en gesteld noch gebleken is dat er sprake is van contractovername door IKC-nieuw.

De voorzieningenrechter volgt IKC-nieuw niet in haar betoog dat IKC-oud en IKC-nieuw met elkaar vereenzelvigd moeten worden omdat zij dezelfde activiteiten hebben en zich bezig houden met dezelfde activiteiten. De enkele omstandigheid dat de feitelijke zeggenschap over IKC-oud en -nieuw in handen van dezelfde bestuurder ligt, is naar vaste rechtspraak van de Hoge Raad onvoldoende om vereenzelving van twee rechtspersonen aan te nemen.

Vindplaatsen: LJN: [BH2354](#)

Vzgr Rb Zwolle, 8 oktober 2008

(G.A.M. Peper)

vonnis

RECHTBANK ZWOLLE-LELYSTAD

Sector civiel recht

Vonnis in kort geding in gevoegde zaken van 8 oktober 2008

in de zaak met zaaknummer / rolnummer: 148774 / KG ZA 08-419 van

de vennootschap naar het recht van de staat Canada ECLECTIC INDUSTRIES INC., gevestigd te Calgary, Canada,

eiseres in conventie,

verweerster in reconventie,

advocaat mr. R.P.P. Caubo,

tegen
de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
INSTORE KIDS CORNERS B.V.,
gevestigd te Dronten,
vrijwillig verschenen verweerster in conventie,
eiseres in reconventie,
advocaat mr. R.V. de Lauwere,
en in de zaak met zaaknummer / rolnummer 149302 /
KG ZA 08-444 van
de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
PLAY INVEST B.V.,
gevestigd en kantoorhoudende te Dronten,
eiseres,
advocaat mr. R.V. de Lauwere,
tegen
de vennootschap naar het recht van de staat Canada
ECLECTIC INDUSTRIES INC.,
gevestigd te Calgary,
vrijwillig verschenen verweerster,
advocaat mr. R.P.P. Caubo.
Eiseres in de zaak met rolnummer 08-419, tevens vrij-
willig verschenen verweerster in de zaak met
rolnummer 08-444, zal hierna 'Eclectic' genoemd wor-
den. Vrijwillig verschenen verweerster in de zaak met
rolnummer 08-419 zal 'IKC-nieuw' genoemd worden
en eiseres in de zaak met rolnummer 08-444 'Play In-
vest'. Play Invest en IKC-nieuw zullen samen 'Play
Invest c.s.' genoemd worden.

1. De procedure

1.1. IKC-nieuw is in het kort geding met nummer 08-419 vrijwillig verschenen naar aanleiding van de conceptdagvaarding van Eclectic. Eclectic is op haar beurt vrijwillig verschenen in het kort geding met nummer 08-444 naar aanleiding van de conceptdagvaarding van Play Invest. Op verzoek van partijen zijn beide zaken gevoegd behandeld tijdens de mondelinge behandeling ter openbare terechtzitting van 24 september 2008. De voorzieningenrechter heeft kennis genomen van de op voorhand in beide zaken toegezonden conceptdagvaardingen, van de vooraf schriftelijk aangekondigde eis in reconventie in de zaak 08-419, van de door mr. Caubo bij brieven van 22, 23 en 24 september 2008 toegezonden producties en van de door mr. de Lauwere bij brieven van 23 september 2008 toegezonden producties. De advocaten van beide partijen hebben aan de hand van pleitnota's de standpunten van partijen nader toegelicht.

1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

2. De feiten in de zaken 148774 / KG ZA 08-419 en 149302 / KG ZA 08-444

2.1. Eclectic produceert onder de naam 'Keebee Play' kinderspeeltoestellen voor onder andere (weg-)restaurants, warenhuizen en supermarkten.

2.2. Play Invest voerde tot 12 april 2007 de statutaire naam Instore Kids Corners B.V. (hierna: IKC-oud). Onder deze naam heeft zij met Eclectic op 1 maart 2003 een 'Marketing Agreement' gesloten en op 18 mei 2006 een 'Memorandum of Understanding' (hierna: het Memorandum). Deze contracten zullen hierna tezamen worden aangeduid als 'de overeenkomst'.

2.3. In het Memorandum is onder meer het volgende bepaald (waarbij met manufacturer is bedoeld: Eclectic en met EMD - wat de afkorting is van European Master Distributor - : IKC-oud):

1) *The manufacturer grants the EMD exclusive and sole rights to market and distribute Keebee Play products within Europe, until December 31st, 2009 commencing on the day of the signing of this agreement. All sales leads wherever they are generated or obtained for Europe, will be channelled to and through the EMD. (...)*

2) (...)

3) *This memorandum of understanding will remain effective with the understanding and providing that there is a clear and demonstrable commitment to the marketing and sales of Keebee Play products within the territories stated herein by the EMD. The manufacturer recognizes this commitment when the EMD purchases, more or less, the following wholesale value of Keebee Play products from the manufacturer:*

* 2006 - \$Cdn600,000

* 2007 - \$Cdn800,000

* 2008 - \$Cdn1,000,000

* 2009 - \$Cdn1,000,000

2.4. Op 12 april 2007 is de statutaire naam Instore Kids Corners B.V. gewijzigd in Play Invest B.V. en tegelijkertijd is een dochtervennootschap onder de naam Instore Kids Corners B.V. opgericht. Deze vennootschap (IKC-nieuw) heeft de activiteiten van IKC-oud voortgezet en is gedaagd in de procedure onder rolnummer 08-419. Eclectic was tot kort voor de mondelinge behandeling in de onderhavige kortgedingprocedures niet op de hoogte van voormelde naamswijziging en het bestaan van een tweede vennootschap.

2.5. IKC-oud/Play Invest is sinds 1999 alleenverkoper in Europa van door Eclectic geproduceerde Keebee producten.

2.6. In januari 2008 heeft [B] (hierna: [B]), de eigenaar van Eclectic, IKC-nieuw bezocht. Bij die gelegenheid zijn aan [B] prototypes getoond van Keebee speelmodules die in opdracht van Play Invest c.s. in China zijn (na)gemaakt, omdat Play Invest c.s. Eclectic enthousiast wilde maken voor het verplaatsen van (een deel van) de productie van Keebee producten naar China.

2.7. In een email van 25 februari 2008 heeft [B] aan een Amerikaanse afnemer van Eclectic en aan (medewerkers van) IKC-nieuw onder meer geschreven:

In Europe for example, our sole and exclusive distributor for Keebee Products is a company called In-store Kids Corners (IKC), based in Holland. They are a serious company who invest significant time, energy, financial resources to the sales, distribution and servicing of Keebee products in Europe. They do good business. (...)

2.8. [B] heeft in een brief van 9 april 2008 het volgende geschreven:

To whom it may concern,

(...)

Please be advised that Instore Kids Corners, based in Dronten, the Netherlands, are the sole and exclusive

master distributor for Keebee Products in Europe and Israel.

2.9. Bij beschikking van deze rechtbank, sector kanton, van 11 april 2008 is de arbeidsovereenkomst tussen IKC-nieuw en ??n van haar medewerkers, mevrouw [A] (hierna: [A]), beëindigd per 1 juni 2008.

2.10. Blijkens een uittreksel uit het handelsregister van de Kamer van Koophandel is op 21 juli 2008 de besloten vennootschap Keebee Europe B.V. (hierna: Keebee Europe) opgericht. Bestuurder en enig aandeelhouder is [A] Zwolle Holding B.V., van welke vennootschap [A] de bestuurder en enig aandeelhouder is.

2.11. IKC-nieuw heeft na verkregen toestemming van de voorzieningenrechter van deze rechtbank op 12 augustus 2008 conservatoir derden beslag gelegd ten laste van Eclectic onder Keebee Europe op alle vorderingen en/of roerende zaken die geen registergoederen zijn en die Keebee Europe B.V. onder zich had en/of uit een reeds bestaande rechtsverhouding zou of mocht krijgen ten behoeve van Eclectic.

2.12. Bij brief van 22 augustus 2008 heeft de raadsman van Eclectic aan IKC-nieuw bericht:

(...)

Voor zover uw handelwijze niet al tot gevolg heeft dat mijn cli?nte niet langer aan de overeenkomst [het Memorandum, voorzieningenrechter] is gebonden zeg ik die overeenkomst hierbij ? voor zover rechtens vereist ? met onmiddellijke ingang op.

2.13. Eclectic heeft ter uitvoering van haar voornemen om de productie van Keebee Play producten te verplaatsen naar Mexico, de productie in Canada stilgelegd. In verband met (door financi?le problemen van Eclectic veroorzaakt) oponthoud aan de Mexicaanse grens is het productieproces in Mexico nog niet van start gegaan.

3. De vorderingen en het verweer in de zaak 148774 / KG ZA 08-419

in conventie

3.1. Eclectic vordert dat de voorzieningenrechter bij vonnis, voor zover de wet zulks toelaat uitvoerbaar bij voorraad:

1. op zal heffen het op 12 augustus 2008 door IKC-nieuw gelegde beslag op alle vorderingen en/of roerende zaken die geen registergoederen zijn en die Keebee Europe B.V. onder zich heeft en/of uit een reeds bestaande rechtsverhouding zal of mocht krijgen ten behoeve van Eclectic;

2. IKC-nieuw zal verbieden, op straffe van verbeurte van een dwangsom van EUR 100.000,- per overtreding, om producten op basis van ontwerpen van Eclectic te (laten) fabriceren, respectievelijk om producten naar ontwerpen van Eclectic die niet door Eclectic zijn geproduceerd, op de markt te brengen;

3. IKC-nieuw zal veroordelen om binnen 24 uur na betekening van het in deze zaak te wijzen vonnis aan Eclectic een overzicht te verschaffen van de imitatie Keebee producten die IKC-nieuw aan derden heeft geleverd, alsmede een overzicht van de ondernemingen waaraan deze producten zijn geleverd, dit op straffe van verbeurte van een dwangsom van EUR 10.000,-

voor elke dag dat IKC-nieuw in gebreke mocht blijven met het verstrekken van dit overzicht;

4. IKC-nieuw zal veroordelen tot betaling van de kosten van deze procedure, waaronder de volledige kosten van rechtsbijstand van Eclectic, voorlopig te begroten op EUR 7.500,- exclusief BTW.

3.2. IKC-nieuw voert verweer met conclusie tot afwijzing van de vorderingen, met veroordeling van Eclectic in de kosten. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

in reconventie

3.3. IKC-nieuw vordert dat de voorzieningenrechter bij vonnis uitvoerbaar bij voorraad:

1. Eclectic zal verbieden de in de overeenkomst genoemde Keebee-producten in Nederland en andere landen van de Europese Unie en andere landen als omschreven in de overeenkomst, aan derden te verkopen, te leveren, ter beschikking te stellen, ter verkoop aan te bieden, zowel schriftelijk als mondeling of via het internet, of anderszins, zulks op straffe van verbeurte van een dwangsom van EUR 5.000,- voor elke dag of keer dat in strijd wordt gehandeld met het ten deze te wijzen verbod;

2. Eclectic zal bevelen uiterlijk binnen zeven dagen na betekening van het in deze zaak te wijzen vonnis schriftelijk aan de raadsman van IKC-nieuw opgave te doen met vermelding van naam en adres en contactpersoon van al degenen aan wie zij behoudens IKC-nieuw de voornoemde Keebee-goederen in Nederland en in andere landen, bedoeld in de overeenkomst heeft geleverd, zulks aan de hand van kopie?n van de op die transacties betrekking hebbende facturen, zulks op straffe van verbeurte van een dwangsom van EUR 2.500,- voor elke dag of keer dat in strijd wordt gehandeld met het ten deze te wijzen bevel;

3. Eclectic zal bevelen binnen 24 uur na betekening van het in deze zaak te wijzen vonnis opgave te doen waar de betreffende goederen of zaken als omschreven in het beslagrekest zich bevinden en deze onder zich te houden, teneinde Eclectic in de gelegenheid te stellen daarop beslag te leggen, zulks op straffe van verbeurte van een dwangsom van EUR 10.000,- voor elke dag of keer dat in strijd met het ten te wijzen bevel wordt gehandeld;

4. Eclectic zal bevelen om binnen zeven dagen na betekening van het in deze zaak te wijzen vonnis aan Keebee Europe schriftelijk per aangetekende brief met verzending van een kopie aan de raadsman van IKC-nieuw, te berichten dat zij het gebruik door Keebee Europe B.V. van de handelsnaam Keebee Europe of een daarmee vergelijkbare handelsnaam niet toestaat en dat zij Keebee Europe B.V. sommeert bij het Handelsregister voornoemde handelsnaam door te halen en de naam in een andere, niet gelijkkluidende naam te wijzigen, zulks op straffe van verbeurte van een dwangsom van EUR 1.000,- voor elke dag of keer dat in strijd wordt gehandeld met het ten deze te wijzen bevel;

5. Eclectic zal bevelen IKC-nieuw uitdrukkelijk te machtigen mede namens haar op te treden tegen gebruik door derden zonder toestemming van het merk, Handelsnaam Keebee, en inbreuken die vallen onder

het aan Eclectic toebehorende auteursrecht van Eclectic en aan IKC-nieuw alle noodzakelijke gegevens te verstrekken die zij redelijkerwijze nodig heeft om tegen inbreuken op voornoemde rechten in de Europese Unie op te treden, en Eclectic voorts te bevelen zich voorts te onthouden van toestemming voor gebruik van Handelsnaam en onder haar auteursrecht vallende vereenvoudigingen en openbaarmaking van de Keebee producten, zulks op straffe van verbeurte van een dwangsom van EUR 25.000,- voor elke keer of dag dat in strijd wordt gehandeld met het ten deze te wijzen bevel;

6. Eclectic zal veroordelen in de kosten van de reconventie.

3.4. Eclectic voert verweer met conclusie tot niet-ontvankelijkverklaring van IKC-nieuw in haar vorderingen, althans tot afwijzing daarvan, met veroordeling van IKC-nieuw in de kosten in reconventie.

4. Het geschil en de beoordeling daarvan in conventie en in reconventie

4.1. Nu Eclectic een naar buitenlands recht opgerichte rechtspersoon is en gevestigd is in Canada, dient allereerst de vraag te worden beantwoord of de Nederlandse rechter bevoegd is van de onderhavige vordering kennis te nemen. De voorzieningenrechter beantwoordt die vraag bevestigend op grond van artikel 6 aanhef en onder a. en e. Rv. Het beslag waarvan in dit kort geding opheffing wordt gevorderd, is gelegd op grond van een beweerde vordering voortvloeiend uit een verbintenis uit overeenkomst die in Nederland moet worden uitgevoerd en voortvloeiend uit een beweerde onrechtmatige daad waarbij de schadebrengende feiten zich in Nederland hebben voorgedaan.

4.2. Partijen hebben desgevraagd ter zitting verzocht om voor de beoordeling van hun geschil in dit kort geding Nederlands recht toe te passen. De voorzieningenrechter zal daarom bij de beoordeling uitgaan van het Nederlandse recht.

voorts in conventie

4.3. IKC-nieuw heeft het in rechtsoverweging 2.11 bedoelde derdenbeslag gelegd ter verzekering van verhaal van een door haar beweerde vordering op Eclectic. Door zaken te doen met een vennootschap die is opgericht door een ex-werkneemster van IKC-nieuw (Keebee Europe) en via deze nieuwe vennootschap Keebee producten in Nederland te gaan verkopen in strijd met het in de overeenkomst neergelegde exclusieve distributierecht van IKC-nieuw, is Eclectic toerekenbaar tekortgeschoten in de nakoming van de overeenkomst en handelt zij onrechtmatig jegens IKC-nieuw, waardoor IKC-nieuw schade lijdt, aldus IKC-nieuw.

4.4. Eclectic vordert opheffing van het door IKC-nieuw gelegde derdenbeslag. In het algemeen kan in kort geding slechts opheffing van een conservatoir beslag worden bevolen, indien op straffe van nietigheid voorgeschreven vormen zijn verzuimd, summierlijk blijkt van de ondeugdelijkheid van het door de beslaglegger ingeroepen recht of van het onnodige van het beslag, of, zo het beslag is gelegd voor een geldvorde-

ring, indien voor deze vordering voldoende zekerheid is gesteld.

4.5. Eclectic heeft haar vordering tot opheffing van het beslag, behalve op de in de dagvaarding omschreven gronden, ter gelegenheid van de mondelinge behandeling ook gegrond op de stelling dat IKC-nieuw geen vordering uit de overeenkomst op Eclectic heeft aangezien niet IKC-nieuw, maar IKC-oud (thans Play Invest) de contactspartij is van Eclectic bij de overeenkomst.

4.6. Uit de stukken en uit het verhandelde ter zitting is gebleken dat het beslag is gelegd door IKC-nieuw, de dochtermaatschappij van Play Invest. Het beslag is gelegd op de grondslag dat Eclectic tekort zou zijn geschoten in de nakoming van de overeenkomst. Eclectic heeft naar het oordeel van de voorzieningenrechter terecht aangevoerd dat IKC-nieuw geen rechten kan ontlenen aan de overeenkomst, daar de overeenkomst is gesloten tussen Eclectic en IKC-oud/Play Invest en gesteld noch gebleken is dat er sprake is van contractsovername door IKC-nieuw.

De voorzieningenrechter volgt IKC-nieuw niet in haar betoog dat IKC-oud en IKC-nieuw met elkaar vereenzelvigd moeten worden omdat zij dezelfde bestuurder hebben en zich bezig houden met dezelfde activiteiten. De enkele omstandigheid dat de feitelijke zeggenschap over IKC-oud en -nieuw in handen van dezelfde bestuurder ligt, is naar vaste rechtspraak van de Hoge raad onvoldoende om vereenzelving van twee rechtspersonen aan te nemen (HR 13 oktober 2000, NJ 2000, 698). Bovendien komt een beroep op vereenzelving van de twee rechtspersonen in dit geval niet toe aan een van die rechtspersonen, nu deze rechtspersonen zelf voor de opgetreden verwarring hebben gezorgd. De bestuurder van beide rechtspersonen heeft immers om hem moverende redenen gekozen voor een naamswijziging van de ene vennootschap en het onderbrengen van de activiteiten in de andere vennootschap zonder dat Eclectic daarvan (om welke reden dan ook) op de hoogte is gebracht.

4.7. IKC-nieuw heeft het gelegde derdenbeslag weliswaar mede gegrond op de stelling dat de handelwijze van Eclectic behoudens contractbreuk ook een onrechtmatige daad jegens haar oplevert, maar heeft deze stelling op geen enkele wijze geconcretiseerd of onderbouwd, zodat daaraan voorbij wordt gegaan.

4.8. Het voorgaande betekent dat het beslag naar het voorshandse oordeel van de voorzieningenrechter niet berust op een deugdelijke grondslag en moet worden opgeheven. De vordering sub 1. zal dan ook worden toegewezen.

4.9. Eclectic legt aan de vorderingen sub 2. en sub 3. ten grondslag dat IKC-nieuw (onderdelen van) producten van Eclectic (soms in licht gewijzigde vorm) heeft laten namaken en de imitaties op de Nederlandse markt heeft gebracht en verkocht, waarbij de indruk is gewekt dat het ging om Keebee producten. Eclectic heeft in dit verband aangevoerd dat haar is gebleken dat bij de McDonaldsvestiging bij het Gelredome in Arnhem een Keebeespeelmodule is geplaatst waarvan het frame niet is gemaakt door Eclectic. Ook is gebleken dat via subdistributeur Verstappen Creative Solutions B.V. (VCS)

aan een klant frames zijn afgeleverd die niet door Eclectic waren gemaakt maar wel waren verpakt in een doos waarop een sticker van Eclectic was bevestigd, zodat daarmee de indruk werd gewekt dat het om originele Keebee producten ging, aldus Eclectic. Ten slotte heeft Eclectic erop gewezen dat op de website van IKC-nieuw producten worden gepresenteerd, waarvan het uiterlijk overeenkomt met Keebee producten maar waarvan onderdelen zijn veranderd (door wijziging van de graphics of het in een andere kleur spuiten van het frame).

Door dit alles wordt volgens Eclectic niet alleen het intellectuele eigendomsrecht van Eclectic geschonden, maar wordt Eclectic rechtstreeks (onrechtmatige) concurrentie aangedaan.

4.10. IKC-nieuw heeft deze stellingen gemotiveerd betwist. Zij erkent weliswaar dat zij frames (door haar ook wel afstandslatjes genoemd) waaraan Keebee spelmodules worden bevestigd, heeft laten produceren in China, maar zij voert aan dat Eclectic (in de persoon van [B]) hiervan op de hoogte was. Het in China laten produceren van bepaalde onderdelen van Keebee producten is met instemming van [B] gebeurd, aldus IKC-nieuw. Laatstgenoemde heeft in dit verband gewezen op een e-mailbericht van [B] aan een medewerker van IKC-nieuw van 29 januari 2008 (productie 20 overgelegd door IKC-nieuw), waarin [B] met betrekking tot 'KEI Cabinets' schrijft:

'With regards to KEI Cabinets..

We are making these now'

After visiting your shop and seeing that you are making these locally, do you really want us to make these for you?

It is true that our design has more to it? The locking mechanism for example ? the rounded grate. Etc How- ever, if our product is double the price????

Please do not fell that you are obliged to purchase this particular product if you can get something locally that works.?

Volgens IKC-nieuw blijkt uit dit bericht dat Eclectic er geen enkele moeite mee had dat onderdelen van door haar geproduceerde producten elders werden gemaakt. IKC-nieuw heeft daarnaast erkend dat in sommige gevallen graphics van Keebee producten zijn aangepast aan de huisstijl van een klant (het zogenaamde 'customizen') bijvoorbeeld door andere kleuren toe te passen, maar ook dit gebeurde volgens haar met toestemming van [B]. Met betrekking tot de aan een klant in een van een Eclecticsticker voorziene doos geleverde Keebeespelmodules met daarbij in China gemaakte frames, heeft IKC-nieuw gesteld dat hiervan niet de bedoeling was de indruk te wekken dat ook de frames door Eclectic waren gemaakt. De betreffende doos was een doos waarin door Eclectic aan IKC-nieuw geleverde producten waren verpakt (vandaar dat de sticker van Eclectic erop zat) en deze doos is simpelweg hergebruikt voor de levering aan VCS, dit alles nog steeds aldus IKC-nieuw.

4.11. Ter zitting heeft [B] desgevraagd erkend dat artikelen soms werden aangepast aan de wensen van de klant, maar hij heeft betwist dat hij in de door Eclectic

genoemde gevallen daarvoor toestemming heeft gegeven. Kanic heeft eveneens betwist dat hij op de hoogte was van en toestemming heeft gegeven voor het in China laten maken van frames voor de bevestiging van Keebee spelmodules.

4.12. Uit het voorgaande volgt dat de feiten die Eclectic ten grondslag legt aan dit deel van haar vordering door IKC-nieuw gemotiveerd zijn betwist. Het is niet voldoende duidelijk geworden aan wiens zijde het gelijk in dezen is. Teneinde voldoende opheldering te verkrijgen over het antwoord op de vraag of IKC-nieuw zonder toestemming van Eclectic producten heeft laten namaken, zou (nadere) bewijslevering moeten volgen. Een dergelijke bewijslevering gaat echter het kader van dit kort geding te buiten.

4.13. Voor zover Eclectic zich beroept op schending van auteursrecht, overweegt de voorzieningenrechter dat Eclectic niet (voldoende gemotiveerd) heeft gesteld dat op (onderdelen van) Keebee producten auteursrecht rust en dat Eclectic auteursrechthebbende daarvan is. **IKC-nieuw heeft dit ook betwist.**

4.14. Uit het vorenstaande volgt dat in dit kort geding onvoldoende feiten zijn komen vast te staan om op voorhand te kunnen oordelen dat er sprake is van schending van auteursrecht van Eclectic door IKC-nieuw dan wel dat sprake is van onrechtmatig handelen door IKC-nieuw jegens Eclectic door zonder toestemming van Eclectic (onderdelen van) Keebee producten na te (laten) maken. Het gevorderde sub 2 en 3 zal worden afgewezen.

4.15. Hieruit volgt dat voor een proceskostenveroordeling van IKC-nieuw op basis van werkelijk gemaakte kosten, zoals door Eclectic is gevorderd, evenmin plaats is. Nu beide partijen voor een deel in het ongelijk zijn gesteld, zullen de proceskosten in conventie worden gecompenseerd in die zin dat elke partij de eigen kosten zal dragen.

voorts in reconventie

4.16. **IKC-nieuw vordert sub 1. - kort gezegd - nakoming van de overeenkomst. Zoals hiervoor in rechtsoverweging 4.6. reeds is geoordeeld heeft Eclectic echter gecontracteerd met IKC-oud, althans Play Invest. IKC-nieuw was geen partij bij de overeenkomst en kan dan ook niet met succes een vordering tot nakoming instellen. Dit deel van de vordering zal worden afgewezen.**

4.17. De vordering sub 2. treft hetzelfde lot, omdat de vordering tot het doen van opgave van andere afnemers van Keebee producten ook is gebaseerd op de stelling dat Eclectic jegens IKC-nieuw gehouden is zich aan het in de overeenkomst vastgelegde exclusieve recht op verkoop te houden.

4.18. IKC-nieuw vordert sub 3. dat Eclectic zal mededelen waar de goederen of zaken als omschreven in het beslagrekest zich bevinden en deze onder zich te houden teneinde IKC-nieuw in de gelegenheid te stellen daarop beslag te leggen. IKC-nieuw heeft toegelicht dat hiermee wordt bedoeld op de in het beslagrekest genoemde container gevuld met onder andere door Eclectic aan Keebee Europe verzonden Keebee-producten, welke container op of omstreeks 14 augustus

tus jl. in de haven van Rotterdam zou worden afgeleverd maar sindsdien voor IKC-nieuw niet te traceren valt.

4.19. Eclectic heeft ter zitting meegedeeld dat zij niet aan een eventuele veroordeling op dit punt kan voldoen omdat zij niet weet waar deze goederen zich bevinden. Eclectic heeft inderdaad goederen naar Keebee Europe verzonden maar wat Keebee Europe vervolgens met die goederen heeft gedaan en of die goederen Keebee Europe überhaupt hebben bereikt, onttrekt zich aan de waarneming van Eclectic, aldus laatstgenoemde.

4.20. Naar het oordeel van de voorzieningenrechter komt ook deze vordering niet voor toewijzing in aanmerking. Ten eerste omdat ook deze voorgenomen beslaglegging door IKC-nieuw is gebaseerd op de overeenkomst waarvan hiervoor reeds is geoordeeld dat IKC-nieuw daaraan geen rechten kan ontleen. Ten tweede omdat het een onder Keebee Europe (en niet onder Eclectic) te leggen derdenbeslag betreft op door Eclectic aan Keebee Europe verzonden producten. Door IKC-nieuw is niet (onderbouwd) gesteld dat Eclectic wetenschap heeft (of zou moeten hebben) van de huidige opslagplaats van de betreffende (zaken in de) container. Daarnaast valt niet in te zien hoe Eclectic de reeds door haar verzonden producten onder zich kan houden. Er is dan ook geen plaats voor een op straffe van verbeurte van een dwangsom uit te spreken veroordeling zoals door IKC-nieuw gevorderd.

4.21. De vordering sub 4. strekt tot het bevelen van Eclectic om het gebruik van de handelsnaam Keebee door Keebee Europe te verbieden. IKC-nieuw heeft echter geen feiten of omstandigheden gesteld waaruit volgt dat Keebee Europe jegens Eclectic niet gerechtigd is de handelsnaam Keebee of een daarmee vergelijkbare handelsnaam te gebruiken, terwijl Eclectic tijdens de mondelinge behandeling heeft gesteld zelf geen bezwaar te hebben tegen het gebruik van de naam Keebee door Keebee Europe. De voorzieningenrechter ziet daarom geen grond voor toewijzing van het gevorderde bevel.

4.22. Met vordering sub 5. beoogt IKC-nieuw (mede namens Eclectic) op te kunnen treden tegen gebruik zonder toestemming door derden van het merk, Handelsnaam Keebee en tegen inbreuk op het auteursrecht van Eclectic. Gesteld noch gebleken is echter dat er sprake is van enig (aan Eclectic toebehorend) merkrecht op Keebee producten, dan wel op de naam Keebee of Keebee Play. Evenmin is gesteld dat Eclectic rechthebbende is met betrekking tot de handelsnaam Keebee of enig op Keebee producten rustend auteursrecht. Met betrekking tot het auteursrecht heeft IKC-nieuw zelfs zelf gesteld dat helemaal niet vaststaat dat Eclectic auteursrechthebbende is met betrekking tot de producten die ze op de markt brengt. Deze vordering zal dan ook worden afgewezen.

4.23. IKC-nieuw zal als de in het ongelijk te stellen partij worden veroordeeld in de proceskosten in reconventie.

5. Het geschil en de beoordeling daarvan in de zaak 149302 / KG ZA 08-444

5.1. Hetgeen omtrent de rechtsmacht en het toepasselijke recht in de zaak met rolnummer 08-419 is overwogen geldt evenzeer voor de onderhavige zaak en wordt hier overgenomen.

5.2. De vordering van Play Invest in deze (gevoegde) zaak is gelijk aan de vordering in reconventie van IKC-nieuw in de zaak 148774 / KG ZA 08-419, hiervoor weergegeven in rechtsoverweging 3.3.

5.3. Het eerste deel van de eis behelst een vordering tot nakoming van de overeenkomst, nu een verbod gevorderd wordt om aan anderen dan aan Play Invest te leveren. Eclectic heeft zich tegen de sub 1 gevorderde nakoming van de overeenkomst jegens Play Invest verweerd met de stelling dat de overeenkomst niet meer van kracht is omdat al vanaf januari 2008 geen sprake meer is van het in artikel 3 van het Memorandum bedoelde 'commitment'. IKC-nieuw, althans Play Invest, heeft in 2007 de afgesproken omzet niet gehaald, heeft producten van Eclectic laten namaken en op de Nederlandse markt gebracht en heeft op het moment dat Eclectic haar productie ging verplaatsen naar Mexico, de grootste order ooit geplaatst bij Eclectic - waardoor Eclectic de fabriek in Canada langer moest openhouden dan zij van plan was - maar heeft deze order vervolgens vlak voor de levering geannuleerd. Bovendien is de overeenkomst door (de raadsman van) Eclectic op 22 augustus 2008 met onmiddellijke ingang opgezegd. IKC-nieuw noch IKC-oud kan zich derhalve op de overeenkomst beroepen. Er kan daarom geen vorderingsrecht meer worden gebaseerd op de overeenkomst, aldus Eclectic.

5.4. Naar het oordeel van de voorzieningenrechter kan dit verweer Eclectic niet baten. Play Invest heeft gesteld dat de omzetcijfers die zijn vastgelegd in het Memorandum zijn bedoeld als streefcijfers en heeft betwist dat deze niet zouden zijn gehaald. Ook is er volgens Play Invest geen sprake van gebrek aan 'commitment' aan de zijde van IKC-nieuw: IKC-nieuw heeft geen bestelling geannuleerd, zoals Eclectic stelt, maar Eclectic heeft veel meer goederen naar IKC-nieuw verzonden dan waren besteld, omdat zij probeerde haar oude voorraden bij IKC-nieuw te 'dumpen', nu zij zelf doende was haar productie naar Mexico te verplaatsen. Daarbij heeft Play Invest onweersproken gesteld dat IKC-nieuw dan wel IKC-oud nooit door Eclectic is aangemaand of zelfs maar aangesproken op haar prestaties.

5.5. Gelet hierop is de voorzieningenrechter voorschijn van oordeel dat Eclectic niet kan worden gevolgd in haar stelling dat de overeenkomst is geëindigd. Dat het Memorandum aldus moet worden uitgelegd dat bij ontbreken van commitment (in de visie van Eclectic) de in het Memorandum vastgelegde overeenkomst zonder meer eindigt, dus zonder ingebrekestelling of enig overleg, is door Eclectic tegenover de betwisting door Play Invest onvoldoende onderbouwd. Daar komt bij dat [B] in zijn (hiervoor in rechtsoverweging 2.7. en 2.8. deels geciteerde) brieven van 25 februari 2008 en 9 april 2008 zonder enig voorbehoud 'Instore Kids Corners' heeft genoemd als enige en exclusieve wederverkoper van Keebee in Europa.

5.6. Ook het verweer van Eclectic dat de overeenkomst is beëindigd door de opzeggingsbrief van 22 augustus 2008 wordt verworpen. Als reden voor opzegging heeft Eclectic genoemd: inbreuk op het auteursrecht van Eclectic. Hiervoor is in rechtsoverweging 4.13. en 4.14. reeds geoordeeld dat in dit kort geding onvoldoende aannemelijk is geworden dat Eclectic auteursrecht kan doen gelden op (onderdelen van) Keebee producten en dat er sprake is van inbreuk op een dergelijk recht door Play Invest c.s.

Eclectic heeft voorts als reden voor onmiddellijke opzegging aangevoerd dat IKC-nieuw dan wel IKC-oud, door onderdelen van Keebee producten in China te laten namaken, rechtstreeks concurreert met Eclectic.

Overwogen wordt nogmaals dat in dit kort geding onvoldoende feiten zijn komen vast te staan om voorshands te kunnen oordelen over de toelaatbaarheid van deze handelwijze van IKC-nieuw. Gelet echter op de omstandigheid dat IKC-nieuw gemotiveerd heeft aangevoerd dat zij met toestemming van Eclectic handelde en op de omstandigheid dat Eclectic (zoals [B] ter zitting desgevraagd heeft meegedeeld) al contact heeft gezocht met Keebee Europe en aan Keebee Europe heeft geleverd voordat de opzegging van de overeenkomst had plaatsgevonden, ziet de voorzieningenrechter onvoldoende aanleiding om in dit kort geding, vooruitlopend op het oordeel van de bodemrechter, te oordelen dat de overeenkomst met Play Invest op goede gronden met onmiddellijke ingang op 22 augustus 2008 is opgezegd.

5.7. Het voorgaande leidt tot de conclusie dat de vordering tot nakoming van de overeenkomst voor toewijzing in aanmerking komt. De stelling van Eclectic dat Play Invest de overeenkomst van haar kant niet zelf uitvoert, maar laat uitvoeren door IKC-nieuw doet aan de toewijsbaarheid van de vordering niet af. Anders dan Eclectic stelt, beschikt Play Invest door middel van IKC-nieuw over een verkooporganisatie en is zij - zoals de praktijk sinds april 2007 uitwijst - in staat om via IKC-nieuw de overeenkomst uit te voeren. Dat het Play Invest niet is toegestaan om de overeenkomst via IKC-nieuw te laten uitvoeren, is in dit kort geding gesteld noch gebleken.

5.8. Play Invest vordert sub 2. dat Eclectic wordt bevoelen opgave te doen van andere afnemers van Keebee producten in onder andere Nederland. Deze vordering zal worden afgewezen nu niet is gesteld of aannemelijk geworden dat Eclectic, met uitzondering van Keebee Europe, aan anderen dan Play Invest c.s. heeft geleverd, zodat Play Invest onvoldoende (spoedeisend) belang heeft bij haar vordering.

5.9. De vorderingen sub 3. tot en met 5. zullen eveneens worden afgewezen, gelet op hetgeen hiervoor in rechtsoverweging 4.18 tot en met 4.22. is overwogen.

5.10. Nu beide partijen voor een deel in het ongelijk zijn gesteld, zullen de proceskosten worden gecompenseerd in die zin dat elke partij de eigen kosten zal dragen.

6. De beslissing

De voorzieningenrechter

in de zaak 148774 / KG ZA 08-419

in conventie

6.1. heft op het op 12 augustus 2008 door IKC-nieuw gelegde beslag op alle vorderingen en/of roerende zaken die geen registergoederen zijn en die Keebee Europe B.V. onder zich heeft en/of uit een reeds bestaande rechtverhouding zal of mocht krijgen ten behoeve van Eclectic;

6.2. verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad;

6.3. compenseert de proceskosten in die zin dat iedere partij de eigen kosten draagt;

6.4. wijst het meer of anders gevorderde af;

in reconventie

6.5. wijst de vorderingen af;

6.6. veroordeelt IKC-nieuw in de proceskosten, aan de zijde van Eclectic vastgesteld op EUR 452,-;

in de zaak 149302 / KG ZA 08-444

6.7. verbiedt Eclectic de in de overeenkomst genoemde Keebee producten in Nederland en andere landen van de Europese Unie en andere landen als omschreven in de overeenkomst aan derden te verkopen, te leveren, ter beschikking te stellen, ter verkoop aan te bieden, zowel schriftelijk als mondeling of via het internet, of anderszins, zulks op straffe van verbeurte van een dwangsom van EUR 5.000,- voor elke keer dat in strijd wordt gehandeld met dit verbod, met een maximum van EUR 100.000,-;

6.8. verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad;

6.9. compenseert de proceskosten in die zin dat iedere partij de eigen kosten draagt

6.10. wijst het meer of anders gevorderde af;

Dit vonnis is gewezen door mr. G.A.M. Peper en in het openbaar uitgesproken op 8 oktober 2008.