



RECHTBANK AMSTERDAM

Sector civiel recht, voorzieningenrechter

zaaknummer / rolnummer: 445810 / KG ZA 09-2699 SR/RV

Vonnis in kort geding van 4 februari 2010

in de zaak van

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
TEVEA B.V.,
gevestigd te Veldhoven,
eiseres bij dagvaarding van 11 januari 2010,
advocaat mr. N.W. Mulder te Amsterdam,

tegen

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
BESSELINK LICHT IMPORT B.V.,
gevestigd te Duiven,
gedaagde,
advocaat mr. G.S.P. Vos te Amsterdam.

Partijen zullen hierna Tevea en Besselink worden genoemd.

1. De procedure

Ter terechtzitting van 20 januari 2010 heeft Tevea gesteld en gevorderd overeenkomstig de in fotokopie aan dit vonnis gehechte dagvaarding, met wijziging van eis als na te melden. Besselink heeft verweer gevoerd met conclusie tot weigering van de gevraagde voorziening. Beide partijen hebben producties en pleitnota's in het geding gebracht. Na verder debat hebben partijen verzocht vonnis te wijzen.

Ter zitting waren aanwezig:

Aan de zijde van Tevea: A.E.S. van Kemenade, bestuurder, met mr. Mulder.

Aan de zijde van Besselink: P.A.J. Besselink, bestuurder, met mr. Vos.

2. De feiten

2.1. Tevea heeft een LED lamp onder de naam de 'Moving Colours' verkocht via de winkels van - onder meer - Intergamma, Blokker, Gamma, Karwei, Leen Bakker en Marskramer.

2.2. De Moving Colours heeft een bolvormige lampenkap. De bol bestaat uit twee helften zodat over de bol een naad zichtbaar is. Het deel van de lamp waar het lichtpunt zich bevindt (verder: de voorkant van de lamp) is platgemaakt, evenals het deel van de bol waar de fitting is geplaatst (verder: de achterkant van de lamp). De fitting voor het lichtpunt is in het midden van de achterkant geplaatst. Het lichtpunt van de lamp is afgedekt met een ronde plastic hoes waarvan de buitenste ring mat is gemaakt. De achterkant van de lamp heeft drie grote ventilatieopeningen en in het midden is een uitstulping te zien voor de aansluiting van een elektriciteits snoer. De Moving Colours is uitgevoerd in wit of zwart. De lamp rust op een ronde standaard waarvan de zijkant volledig open is gemaakt en rust op drie dunne pootjes. Bij de lamp wordt een afstandsbediening met 28 knoppen geleverd waarmee de helderheid, de intensiteit, lichteffecten (stroboscopisch, flitsend, gewoon, etc.) en de kleur van de LED lamp kunnen worden ingesteld. De regelknoppen voor de kleuren zijn verticaal op de afstandbediening geplaatst en daarboven zijn horizontaal de andere controleknoppen geplaatst. De afstandsbediening heeft een donkergrijze achtergrondkleur en is licht gebogen aan de bovenkant. Zie bijlagen I en II voor foto's van de lamp en de afstandsbediening.

2.3. Op de verpakking van de Moving Colours is aan drie zijden de lamp met afstandsbediening afgebeeld, en op twee zijden staan op een zwarte achtergrond de technische gegevens van de lamp vermeld en wie de producent is. Bovendien zijn kleine sfeerbeelden van het gebruik van de lamp afgebeeld op sommige zijden van de verpakking van de Moving Colours.

2.4. Besselink heeft via de winkels van - onder meer - Praxis en Formido, een LED lamp (de 'Motion Eye') verkocht.

2.5. De Motion Eye heeft een bolvormige lampenkap. De bol bestaat uit twee helften zodat op de buitenkant een naad zichtbaar is. De voorkant (met het lichtpunt) en de achterkant (met het aansluitingspunt van de fitting) van de Motion Eye zijn platgemaakt. Daarnaast zijn twee tegenovergestelde kanten van de lampenkap afgeplat. De fitting voor het lichtpunt is in het midden van de lamp geplaatst. Het lichtpunt is afgedekt met een ronde plastic hoes waarvan de buitenste ring een ruwe matte afwerking heeft. Aan het buitenste van het lichtpunt is een extra plastic randje aangebracht dat door de matte afwerking zichtbaar is. De achterkant van de lamp heeft een waaiervorm met zes spleetvormige ventilatieopeningen en is geheel plat. De Motion Eye is uitgevoerd in wit of grijs en ook een doorzichtige versie is beschikbaar. De lamp rust op een ronde standaard waarvan de zijkant volledig is gesloten. Bij de lamp wordt een afstandsbediening geleverd met 24 knoppen. Alle knoppen (voor de kleur, helderheid, intensiteit en lichteffecten) zijn verticaal naast elkaar geplaatst. De afstandsbediening heeft een lichtgrijze achtergrondkleur en een rechthoekige vorm. Op de afstandsbediening van de Motion Eye is in het wit vermeld 'Besselink licht'. Zie bijlagen III en IV voor foto's van de lamp en de afstandsbediening.

2.6. Op twee zijden van de verpakking van de Motion Eye is de lamp met afstandsbediening afgebeeld met een foto van een blonde dame met een blote rug. Op twee andere zijden zijn drie afbeeldingen van de lamp geplaatst naast een foto van dezelfde blonde dame. Op die twee zijden is 'Besselink licht' vermeld. Op één zijde is de lamp in verschillende uitvoeringen (wit, grijs en doorzichtig) afgebeeld op een witte achtergrond, met de technische gegevens van de Motion Eye en wie de producent is.

2.7. Bij brief van 23 november 2009 heeft Tevea Besselink gesommeerd de Motion Eye uit de handel te halen. Tevea heeft zich daarbij beroepen op een op 24 december 2008 geregistreerd, en op 9 februari 2009 gepubliceerd, Europees Gemeenschapsmodel van Moving Colours. Besselink heeft daarop Tevea bericht dat zij niet bereid is te voldoen aan de sommatie en bovendien aangekondigd de modelinschrijving van Moving Colours te gaan aanvechten. Besselink heeft op 12 januari 2010 een bezwaarschrift tegen de modelinschrijving van Moving Colours ingediend.

3. Het geschil

3.1. Tevea vordert - samengevat - Besselink te gebieden iedere vorm van onrechtmatig handelen jegens Tevea te staken en gestaakt te houden, in het bijzonder door Besselink te verbieden de Motion Eye of enige andere lamp die een slaafse nabootsing is van Moving Colours, te vervaardigen, verhandelen, in of uit te voeren of te verspreiden, dan wel daarbij betrokken te zijn. Daarnaast vordert Tevea Besselink te bevelen om de Motion Eye terug te (laten) halen bij alle opslagadressen en verkooppunten - na wijziging van eis - in Nederland, en die teruggenomen voorraad, met de bij Besselink aanwezige voorraad te doen vernietigen, en het proces-verbaal daarvan op te sturen aan de advocaat van Tevea. Verder vordert Tevea controleerbare inzage in de gegevens van de leveranciers en afnemers, en het totaal aantal ingekochte en verkochte exemplaren, de omvang van de voorraad, en alle relevante inkoop- en verkoopprijzen, met afdracht van de genoten winst, althans een voorschot daarop. Tot slot vordert Tevea een tweetal rectificaties als opgenomen onder VI en VII van het petitum van de dagvaarding. Een en ander op straffe van een dwangsom en met veroordeling van Besselink in de proceskosten.

3.2. Tevea stelt daartoe - samengevat - het volgende. Besselink handelt door de productie en verhandeling van de Motion Eye onrechtmatig jegens haar. De Motion Eye is een slaafse nabootsing van de Moving Colours. Besselink creëert nodeloos verwarringsgevaar onder het gemiddelde publiek omdat de twee lampen zeer grote gelijkenis vertonen. Dit geldt zowel voor de totaalindruk als voor de afzonderlijke elementen van de lampen. Besselink heeft onnodig gekozen voor dezelfde vorm en grootte van de lamp, constructie van de bolvormige lampenkap, de vorm en grootte van het lichtpunt, de plastic hoes daarover, de plat gemaakte voor- en achterkant en

de afstandsbediening. In dit verband is van belang dat de twee LED lampen in dezelfde prijsklasse worden aangeboden in gelijksoortige verkoopkanalen. De Moving Colours neemt een eigen positie in op de Nederlandse markt en heeft inmiddels een eigen onderscheidend vermogen verkregen. Daarom had Besselink alles wat mogelijk is moeten doen om de Motion Eye op alle punten af te laten wijken van de Moving Colours. Dit is heel goed mogelijk zonder afbreuk te doen aan de deugdelijkheid en bruikbaarheid van de lamp. De vormgeving en uitvoering die Besselink heeft gegeven aan de Motion Eye zijn niet functioneel bepaald. Op alle afzonderlijke elementen had Besselink een andere keuze kunnen maken om het verwarringsgevaar bij de gemiddelde consument weg te nemen.

3.3. Besselink voert verweer.

3.4. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

4. De beoordeling

4.1. Voor toewijzing van het gevorderde in kort geding dient voorshands voldoende aannemelijk te zijn dat in een bodemprocedure zal worden geoordeeld dat Besselink onrechtmatig handelt jegens Tevea omdat de Motion Eye als een slaafse nabootsing wordt aangemerkt van de Moving Colours. Indien aannemelijk is dat de bodemrechter het handelen van Besselink onrechtmatig zal achten, is het spoedeisende belang van Tevea bij haar vorderingen in die zin gegeven, dat iedere dag dat het onrechtmatig handelen voortduurt tot (meer) schade kan leiden aan haar zijde.

4.2. Voorshands is de Motion Eye aan te merken als een nabootsing van de Moving Colours. Ten aanzien van nabootsing van een stoffelijk product dat niet wordt beschermd door een absoluut recht van intellectuele eigendom geldt de regel dat nabootsing van dit product weliswaar in beginsel vrijstaat, maar dat dit beginsel uitzondering lijdt wanneer door die nabootsing verwarring bij het publiek valt te duchten en de nabootsende concurrent tekortschiet in zijn verplichting om bij het nabootsen alles te doen wat redelijkerwijs, zonder afbreuk te doen aan de deugdelijkheid of bruikbaarheid van zijn product, mogelijk en nodig is om te voorkomen dat door gelijkheid van beide producten gevaar voor verwarring ontstaat. Voor de laatst genoemde verplichting geldt dan weer dat niet noodzakelijk is dat het nabootsende product op alle punten dient af te wijken van het andere product. De afwijkingen dienen zodanig te zijn dat de totaalindruk van de twee producten voor het gemiddelde publiek verschillend is.

4.3. Besselink heeft als meest verstrekkende verweer aangevoerd dat Tevea onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt dat de Moving Colours een eigen positie op de Nederlandse markt heeft ingenomen en over een onderscheidend vermogen bezit. Dan komt de vraag of de Motion Eye een slaafse nabootsing is van de Moving

Colours niet aan de orde, aldus Besselink. Zij heeft betoogd dat Tevea niet duidelijk heeft gemaakt wanneer de Moving Colours op de Nederlandse markt is geïntroduceerd en hoeveel exemplaren van die lamp zijn verkocht. Daarnaast heeft Besselink gewezen op de door Tevea overgelegde advertenties voor de Moving Colours, waarvan de laatste advertentie van de nazomer van 2009 is. Tevea heeft daartegen betoogd dat de Moving Colours nog steeds te koop is en dat ongeveer 50.000 exemplaren zijn verkocht. Zonder nader onderzoek naar de feiten kan niet worden vastgesteld wanneer de Moving Colours op de markt is verschenen of dat de lamp thans niet langer wordt aangeboden door Tevea. Het kort geding leent zich niet voor een dergelijk onderzoek. Om proceseconomische redenen zal worden afgeweken van de regel dat het meest verstrekkende verweer eerst behandeld dient te worden en zal thans eerst bezien worden of de nabootsing van de Moving Colours door Besselink onrechtmatig is.

4.4. Tevea heeft de nadruk gelegd op de overeenkomsten van de afzonderlijke elementen van de Moving Colours en de Motion Eye. Daarbij heeft zij vooral gewezen op:

- de bolvormige lampenkappen;
- de afmetingen van de lampen;
- de naad over die lampenkappen;
- de ronde lichtpunten die zijn afgesloten met een ronde plastic hoes waarvan de buitenring mat is afgewerkt;
- de platgemaakte achter- en voorkanten;
- de witte uitvoering van beide lampen.

4.5. Besselink heeft daarentegen de verschillen van de twee lampen onder de aandacht gebracht en daarbij gewezen op de volgende punten:

- de Motion Eye heeft naast een platgemaakte achter- en voorkant ook twee andere afgeplatte kanten, terwijl de Moving Colours verder volledig bol is;
- de opening van het lichtpunt van Motion Eye heeft een plastic rand waardoor het lichtpunt een mindere geopende indruk maakt dan het lichtpunt van de Moving Colours;
- de achterkant van de Motion Eye is volledig plat en gesloten, de achterkant van de Moving Colours is open en met een uitstulping;
- de standaard van de Moving Colours is open en rank, die van de Motion Eye is dicht en robuust zodat de lamp met standaard er massief uitziet;
- het noemen van de producent van de Motion Eye op de afstandsbediening;
- de verpakking van de Motion Eye is wezenlijk anders dan die van de Moving Colours.

4.6. Zoals onder 4.2 al is overwogen is het niet noodzakelijk dat de Motion Eye op alle punten dient af te wijken van de Moving Colours. Het gaat erom dat de totaalindruk van beide lampen voor de gemiddelde consument verschillend is. Daarbij wordt in aanmerking genomen dat, gelet op de door partijen in het geding gebrachte foto's van de lampen zoals zij zijn tentoongesteld in winkels en worden

afgebeeld in advertenties en op de verpakking, de gemiddelde consument voornamelijk met de lampen op hun standaard en met het lichtpunt naar voren opgesteld zal worden geconfronteerd. Bovendien blijkt uit die foto's dat de lampen voornamelijk verpakt in de verpakkingendoos worden geplaatst op de schappen van de winkels.

De vraag is dus of de lampen op de hiervoor beschreven wijze opgesteld, zoveel gelijkenis vertonen dat verwarring is te duchten bij het gemiddelde publiek. Die vraag wordt ontkennend beantwoord. Door de afgeplatte kanten van de lampenkap van de Motion Eye (naast de plat gemaakte voor- en achterkant), de plastic rand in het buitenste van het lichtpunt van de Motion Eye en de dichte standaard van die lamp is de totaalindruk anders dan de volledig bolvormige lampenkap (op de platgemaakte voor- en achterkant na) van de Moving Colours met geheel open lichtpunt en open standaard. Bovendien is het wit van de Motion Eye matter dan het glimmende wit van de Moving Colours. Daarnaast is de verpakking van beide producten anders. De doos van de Motion Eye is aanzienlijk groter dan die van de Moving Colours en heeft andere afbeeldingen op de verpakking. Zo ontbreekt bij die van de Moving Colours de blonde dame met blote rug en staat op de verpakkingendoos van de Motion Eye nadrukkelijk vermeld 'Besselink licht'. Tot slot hebben de afstandsbedieningen van beide lampen een andere kleur, samenstelling van controleknoppen en vorm. Daarbij staat alleen op de afstandsbediening van de Motion Eye de producent van de lamp ('Besselink licht') nadrukkelijk vermeld. Omdat de afstandsbedieningen zijn afgebeeld op de verpakking zijn zij van invloed op de totaalindruk van de lampen die de gemiddelde consument in de winkels opdoet. Uit het vorenstaande volgt dat naar voorlopig oordeel de verschillen tussen beide lampen ruim voldoende zijn om mogelijke verwarring tussen de lampen weg te nemen. Het beroep op slaafse nabootsing slaagt dan ook niet.

4.7. Uit het vorenstaande volgt dat de vorderingen van Tevea niet voldoen aan het onder 4.1 opgenomen criterium zodat haar vorderingen niet toewijsbaar zijn. Het onder 4.3 genoemde meest verstrekkende verweer van Besselink behoeft daarom niet meer behandeld te worden. Tevea zal als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld. Anders dan Besselink heeft verzocht is er geen aanleiding te voorzien in een vergoeding van de volledige kosten van haar advocaat als bepaald in artikel 1019h Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv). De ter zitting behandelde zaak betreft immers een vordering uit onrechtmatige daad en valt daarom buiten de reikwijdte van het genoemde artikel. De voorgeschiedenis tot de terechtzitting, waarin sprake is geweest van een beroep op het modelrecht van Tevea op de Moving Colours, is daarbij niet van belang aangezien Tevea dit in dit kort geding niet ten grondslag heeft gelegd aan haar vorderingen. De kosten aan de zijde van Besselink worden begroot op:

- vast recht	EUR	262,00
- salaris advocaat		816,00
Totaal	EUR	1.078,00

5. De beslissing

De voorzieningenrechter

- 5.1. weigert de gevraagde voorzieningen,
- 5.2. veroordeelt Tevea in de proceskosten, aan de zijde van Besselink tot op heden begroot op EUR 1.078,00,
- 5.3. verklaart dit vonnis wat betreft de kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

Dit vonnis is gewezen door mr. Sj.A. Rullmann, voorzieningenrechter, bijgestaan door mr. R. Verloo, griffier, en in het openbaar uitgesproken op 4 februari 2010.



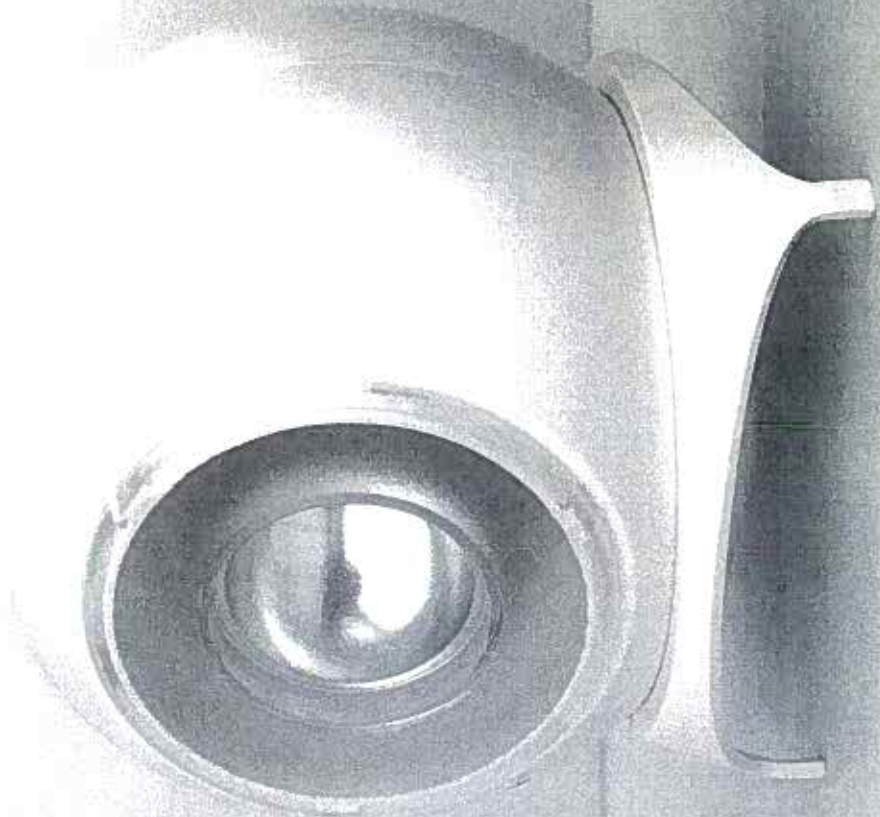
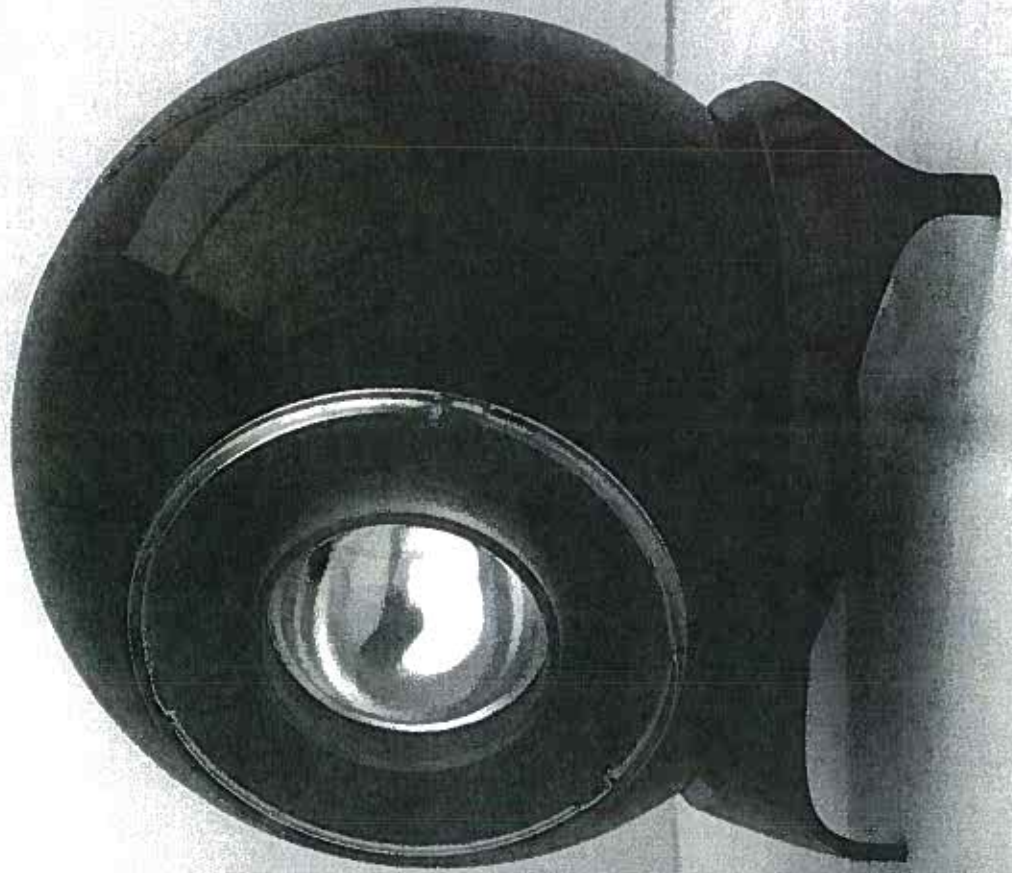
5



UITGEGEVEN VOOR GROSSE
De griffier van de
rechtbank Amsterdam



KG 2A 09-2699 Bülage I



KG 2A 09-2699 Bglage II



K6 2A 09-2699 Bylage III

