



Hoge Raad 26 juni 1953, Hyster Karry Krane, SN19530626

(J. Donner; F. J. A. Hijink, P. A. J. Losecaat Vermeer, T. Y. Boltjes en F. J. de Jong)

Machinefabriek Thole N.V., te Enschede, eiseres tot cassatie,
vertegenwoordigd door mr C. R. C. Wijckerheld Bisdom,
tegen

1. de rechtspersoon naar Amerikaans recht Hyster Company, te Portland (Oregon), Verenigde Staten van Amerika en

2. Geveke en Co's Technisch Bureau N.V., te Amsterdam, verweersters in cassatie,
vertegenwoordigd door mr D. J. Veegens.

De Hoge Raad, (...).

Gehoord partijen;

Gehoord den Advocaat-Generaal Eggens, namens den Procureur-Generaal, concluderende tot vernietiging van het bestreden arrest en terugwijzing der zaak naar het Gerechtshof te Arnhem ter verdere behandeling en afdoening met inachtneming van het door den Hogen Raad te wijzen arrest, met veroordeling van verweersters in de op het beroep in cassatie gevallen kosten;

Gezien de stukken;

Overwegende dat uit het bestreden arrest blijkt:

dat de verweersters - verder onderscheidenlijk te noemen Hyster en Geveke - de eiseres - verder te noemen Thole - in kort geding hebben gedagvaard voor den President der Arrondissements-Rechtbank te Almelo, daarbij stellende: dat Hyster is de enige fabrikante ter wereld van een zeer speciale mobile crane of rijdende kraan, in de handel gebracht als de Hyster Karry Krane;

dat Geveke als alleen-vertegenwoordigster van Hyster de verkoop van genoemde kraan in Nederland en Indonesië in handen heeft;

dat Geveke voorts verlof heeft gekregen van Hyster om genoemde kraan in licentie te gaan bouwen; dat Thole volledig op de hoogte van de door Hyster en Geveke vervaardigde, resp. geïmporteerde kraan moet zijn gekomen door deze voor derden in revisie te hebben genomen, door Hyster Karry Kranes, of onderdelen daarvan uit Geallieerde legerdumps te hebben betrokken of hoe dan ook, en, gebruik makende van de aldus verworven kennis van de constructie der Hyster Karry Krane, zich niet ontzien heeft onder de naam The Elephant een rijdende kraan te vervaardigen en ten verkoop aan te bieden, welke kraan een slaafse nabootsing is van meergenoemde Hyster Karry Krane;

dat Thole hiermede kennelijk beoogt de door Hyster en Geveke met hun product verworven goede reputatie en de daarvoor bij handel en industrie gewekte belangstelling te eigen bate aan te wenden; dat alle twijfel omtrent dit streven van Thole - zo hieromtrent nog twijfel mocht bestaan volledig wordt weggenomen door het reclamemateriaal, dat Thole bezigt bij haar pogingen om haar eigen kraan aan de man te brengen;

dat immers zowel de door Thole verspreide prospectussen en vloeibladen alsook de door haar in verschillende bladen geplaatste advertenties in uitvoering en inhoud geheel ontleend zijn aan het door Hyster en Geveke voor hun kraan expresselijk ontworpen en gebezigde reclamemateriaal;



dat vorenomschreven onrechtmatige handelingen alsmede het feit, dat de kraan van Thole voor die van Hyster en Geveke in menig opzicht onderdoet en mitsdien tot klachten van kopers en gebruikers aanleiding geeft, een nadelige invloed heeft zowel op de afzetmogelijkheden als de reputatie van de kraan van Hyster en Geveke;

dat Thole zich door te handelen als vorenomschreven schuldig maakt aan inbreuk op de rechten van Hyster en Geveke op de door haar ontworpen en vervaardigde resp. ten verkoop aangeboden kraan en op haar reclamemateriaal betreffende deze kraan, en in ieder geval handelt in strijd met de zorgvuldigheid, welke zij in het maatschappelijk verkeer jegens Hyster en Geveke in acht behoort te nemen;

dat Hyster en Geveke door deze onrechtmatige daden van Thole ernstige schade hebben geleden en nog dagelijks lijden;

dat Hyster en Geveke op deze gronden hebben gevorderd, dat Thole zou worden veroordeeld de fabricatie en het in den handel brengen van de voormelde Elephantkraan en de verspreiding van het daarvoor gebezigde reclamemateriaal te staken en zich van gehele of gedeeltelijke nabootsing van de Hyster Karry Krane en van het daarvoor gebezigde reclamemateriaal te onthouden, alles op straffe van verbeurte ener dwangsom bij overtreding;

dat de President bij vonnis van 29 April 1952 deze vordering heeft ontzegd;

dat Hyster en Geveke van dit vonnis in hoger beroep zijn gekomen en daartegen grieven hebben aangevoerd; dat het Hof bij het bestreden arrest deze grieven gegrond heeft bevonden en vervolgens heeft overwogen:

dat de gegrondheid der grieven meebrengt, dat het Hof thans heeft te beoordelen, in hoeverre de stellingen der inleidende dagvaarding, zoals zij door Hyster en Geveke zijn aangevuld, vaststaan en de vorderingen wettigen;

dat Hyster en Geveke hebben gesteld, dat Thole door haar handelingen inbreuk heeft gemaakt op het auteursrecht van Hyster op de zeer eigenaardige en typerende vorm van de Hyster Karry Krane, doch het Hof niet aannemelijk acht, dat aan Hyster zodanig auteursrecht toekomt, nu Hyster en Geveke niet hebben gesteld, waarom de Hyster Karry Krane een werk van op nijverheid toegepaste kunst zou zijn, en het Hof geen reden ziet om die kraan als zodanig te beschouwen;

dat Hyster en Geveke ook hebben aangevoerd, dat Thole door haar handelingen inbreuk heeft gemaakt op de rechten, welke Hyster en Geveke op het model van de Hyster Karry Krane kunnen geldend maken, maar het Hof uitgesloten acht, dat Hyster en Geveke een uitsluitend recht op het model van die kraan hebben, aangezien zij zulk een recht niet aan onze wetgeving kunnen ontlenuen en met name niet aan de toetreding van ons land bij de wet van 15 Maart 1928 Staatsblad 64 tot de Schikking van s-Gravenhage van 6 November 1925 dat uit deze toetreding ook niet de gevolgtrekking kan worden gemaakt, dat het nabootsen van het model van voornoemde kraan als maatschappelijk onbetamelijk moet worden beschouwd, en wel reeds omdat vaststaat, dat dit model niet is ingeschreven in het internationaal dépot van tekeningen en modellen;

dat vervolgens moet worden onderzocht, of hetgeen is gesteld en komen vast te staan onoirbare concurrentie en als zodanig een onrechtmatige daad oplevert;

dat Hyster en Geveke zonder verzet van Thole in eerste aanleg en in haar memorie van grieven ter toelichting en aanvulling van haar stellingen van de inleidende dagvaarding nog in het bijzonder hebben gesteld, dat het zich eigen maken van de werkwijze en de goodwill, welke door Hyster en



Geveke in lange jaren met grote inspanning en kosten zijn verkregen, voor Thole een aanzienlijke besparing betekent en dat Thole bij het publiek verwarring sticht, aangezien gegadigden, als zij de typische Hyster Karry Krane overwegen te kopen en The Elephant zien, menen te maken te hebben met een product van Hyster;

dat Thole de stelling van Hyster en Geveke, dat Hyster fabrikante is van de rijdende kraan, welke als de Hyster Karry Krane in de handel wordt gebracht, heeft erkend, zodat die stelling vaststaat;

dat Thole ter betwisting van de stelling, dat deze kraan een zeer speciale is en Hyster de enige fabrikante ter wereld ervan is, onder overlegging van afbeeldingen heeft aangevoerd, in eerste aanleg, dat de Coles kraan, de S. K.G. kraan en de Rapiërkraan door anderen gefabriceerde dergelijke kranen zijn, en in hoger beroep, dat dit ook het geval is met de Lift-o-Kraan, de Codum-kraan en de Staffa-kraan;

dat deze betwisting echter faalt, daar uit de afbeeldingen duidelijk blijkt, dat al die kranen, met uitzondering van de in Engeland gefabriceerde Staffa-kraan, op belangrijke punten zo kenmerkende verschillen met de Hyster Karry Krane vertonen, dat het speciale karakter van laatstgenoemde kraan juist erdoor bevestigd wordt;

dat de typische overeenkomst van de Staffa-kraan met de Hyster Karry Krane de voorlopige conclusie wettigt, dat de fabrikant der Staffa-kraan, ten aanzien waarvan Thole niet heeft betwist, dat deze eerst sinds kort wordt gefabriceerd, de grondvorm van de Hyster Karry Krane heeft overgenomen, zodat de Staffa-kraan aan de Hyster Karry Krane niet haar speciaal karakter ontnemt, doch slechts met zich brengt, dat Hyster sinds kort niet de enige fabrikante ter wereld van die speciale kraan is, hetgeen voor dit geding echter niet van belang is;

dat bij gebreke van betwisting vaststaat, dat Geveke als alleen-vertegenwoordigster van Hyster de verkoop van de Hyster Karry Krane in Nederland en Indonesië in handen heeft;

dat door de overgelegde geschriften en de op dit punt niet betwiste uiteenzettingen van partijen is komen vast te staan, dat Hyster reeds gedurende verscheidene jaren de Hyster Karry Krane fabriceert en door bemiddeling van Geveke ook in Nederland in de handel brengt en dat Thole sinds korte tijd voor de inleidende dagvaarding een rijdende kraan onder de naam The Elephant vervaardigt en te koop aanbiedt;

dat voorts door de overgelegde prospectussen en het proces-verbaal van het in eerste aanleg door de deskundige Ir R. J. Schor uitgebracht verslag is komen vast te staan: dat bij de constructie en het gebruik van rijdende kranen van het grootste belang zijn de diverse afmetingen, de hijshoogte, het hijsvermogen, de grootte van de vlucht, de draaicirkel en de lengte en de breedte van de kraan, van welke punten verscheidene onderling samenhangen;

dat de Hyster Karry Krane en The Elephant kraan op al deze punten en in uiterlijk overeenstemmen behoudens een gering verschil in breedte van de kraan en de bok;

dat de verschillen, welke tussen beide kranen bestaan, slechts punten van technische uitwerking van tweederangs belang en niet de grondvorm betreffen;

dat tussen partijen vaststaat, dat Thole bij haar pogingen om de The Elephant kraan aan de man te brengen aanvankelijk van haar prospectus 705 H.W. heeft gebruik gemaakt en thans haar prospectus 715 H.W. bezigt;

dat deze beide prospectussen op de belangrijkste punten, namelijk wat betreft de sterk in het oog vallende afbeelding der kraan op de eerste bladzijde en vooral wat betreft de opsomming der bijzonderheden op de tweede bladzijde zo sterk overeenstemmen met de door Hyster en Geveke eerder verspreide prospectus betreffende de Hyster Karry Krane, dat naar de mening van het Hof het geen twijfel lijdt, dat Thole haar prospectussen op die punten nagenoeg geheel heeft ontleend aan de prospectus van Hyster en Geveke, aangezien de vrijwel volledige overeenstemming van de zeer

gedetailleerde opsomming van de bijzonderheden en van het zeer gedetailleerde schema der kraan in de prospectussen van beide partijen slechts het gevolg van nabootsing kan zijn;

dat dit niet alleen aantoonde hoe groot de overeenstemming tussen de beide producten zelf is, maar tevens zeer aannemelijk maakt, dat de overeenstemming tussen de producten het gevolg van nabootsing door Thole is;

dat dan ook naar de overtuiging van het Hof uit dat alles blijkt, dat Thole zich niet heeft ontzien om, gebruikmakend van door haar verworven kennis van de constructie der Hyster Karry Krane en van de inhoud der daarvoor gebezigde prospectus, de The Elephant Krane en de prospectus daarvan op alle punten van primair belang vrijwel klakkeloos van de Hyster Karry Krane en de prospectus hiervan na te bootsen met het kennelijk doel de door Hyster en Geveke met haar product verworven reputatie en de daarvoor bij handel en industrie gewekte belangstelling ten eigen bate aan te wenden en haar concurrentiemogelijkheden te vergroten door met besparing van belangrijke kosten op de door Hyster en Geveke in lange jaren met kosten en inspanning bereikte resultaten te parasiteren, een en ander met het gevolg, dat de afzetmogelijkheden van Hyster en Geveke worden verkleind en Hyster en Geveke schade lijden;

dat Thole naar het aanvankelijk oordeel van het Hof dusdoende in strijd heeft gehandeld met de zorgvuldigheid, welke zij in het maatschappelijk verkeer jegens Hyster en Geveke, haar concurrenten, in acht behoort te nemen, aangezien - al is nabootsing van producten van een concurrent zonder meer niet onrechtmatig te achten - het algemeen belang en de belangen van handel en nijverheid in het bijzonder meebrengen, dat het ontoelaatbaar en onbetamelijk is, dat in de concurrentiestrijd op de prestaties en bedrijfsresultaten van anderen wordt geparasiteerd op een wijze als ten aanzien van Thole is gebleken;

dat het Hof de vordering, strekkende tot veroordeling van Thole om zich in den vervolge van gehele of gedeeltelijke nabootsing van de Hyster Karry Krane en /of van het daarvoor gebezigde reclamemateriaal te onthouden, niet voor toewijzing vatbaar acht, omdat nabootsing van het product of het reclamemateriaal van een ander niet zonder meer en onder alle omstandigheden onrechtmatig is en het Hof in dit geding slechts te beoordelen heeft gehad, of de bepaalde verweten nabootsing, gepleegd onder de gegeven omstandigheden, al of niet onrechtmatig is ;

dat het Hof op deze gronden het vonnis van den President heeft vernietigd en Thole heeft veroordeeld het in den handel brengen van de tot dusver onder den naam The Elephant in den handel gebrachte kraan en de verspreiding van het daarvoor gebezigde reclamemateriaal te staken en tot betaling van een dwangsom bij overtreding van dit gebod;

Overwegende dat Thole tegen deze uitspraak opkomt met het volgende middel van cassatie: Schending en/of verkeerde toepassing van de artikelen 168 der Grondwet, 20 der Wet op de Regterlijke Organisatie, 1401, 1402, 1403 van het Burgerlijk Wetboek, 48, 59 van het Wetboek van Burgerlijke Regtsvordering, door op de in het arrest opgenomen overwegingen te beslissen, dat Thole door onder de naam The Elephant een rijdende kraan te vervaardigen en ten verkoop aan te bieden, onrechtmatige daden heeft gepleegd, immers in strijd heeft gehandeld met de zorgvuldigheid, welke zij in het maatschappelijk verkeer jegens Hyster en Geveke haar concurrenten, in acht behoorde te nemen, en, met vernietiging van het vonnis, waarvan beroep, Thole te veroordelen het in de handel brengen van de tot dusverre onder de naam The Elephant in de handel gebrachte kraan te staken, ten onrechte, en in strijd met de aangehaalde wetsartikelen, omdat, naar het Hof ook zelf erkent, de nabootsing van producten van een concurrent zonder meer niet onrechtmatig is te achten, integendeel het een ieder vrij staat producten van een concurrent over te nemen of na te bootsen, indien deze - zoals hier het geval is - niet de bescherming van enige bijzondere wet op het terrein van de geestelijke of industriële eigendom genieten, een en ander behoudens bijzondere omstandigheden,



welke door het Hof niet zijn vastgesteld, zijnde in het bijzonder niet aangenomen, dat Thole bij het publiek verwarring zou stichten tussen de door haar vervaardigde kraan en die van Hyster, noch dat Thole tussen deze kranen enig verband zou leggen, waaraan niet afdoet, dat de kranen overeenstemmen in een aantal punten, die volgens het Hof van het grootste en primair belang zijn, daar juist te dien aanzien de navolging van een concurrent aan een ieder vrijstaat, nog eerder dan ten aanzien van punten, die van weinig of geen belang zijn, en waarbij dus even goed en gemakkelijk een andere constructie dan die van de concurrent gevolgd had kunnen worden, en evenmin dat naar het Hof aannemelijk acht, de overeenstemming tussen beide producten een gevolg is van nabootsing door Thole, terwijl ten slotte ook de omstandigheid, dat Thole haar concurrentiemogelijkheden vergroot, door met besparing van belangrijke kosten op de door Hyster in lange jaren met kosten en inspanning bereikte resultaten te parasiteren - liever: daarvan gebruik te maken - niet tot een ander oordeel kan leiden, en het algemeen belang en dat van handel en nijverheid in het bijzonder het tegendeel niet vergen, zijnde overigens niet ter zake of deze algemene belangen, maar alleen of de belangen van Hyster, door Thole op een onbetamelijke wijze worden geschaad.

Overwegende hieromtrent:

dat de gronden, welke het Hof heeft aangevoerd voor zijn beslissing, dat Thole door de Elephant-kraan in den handel te brengen, onrechtmatig handelt, hierop neerkomen, dat Thole bij het vervaardigen van die kraan de door Hyster vervaardigde en door Geveke hier te lande en in Indonesië verhandelde Hyster Karry Krane op alle van primair belang zijnde punten - de diverse afmetingen, hijshoogte, hijsvermogen, grootte van vlucht, draaicirkel en lengte en breedte - vrijwel volkomen heeft nagebootst, dat de nagebootste constructie de uitkomst is van de jarenlange inspanning en kosten, welke Hyster daaraan heeft besteed, en dat Thole ten aanzien van de voormelde punten de Hyster Karry Krane als voorbeeld heeft genomen ten einde van den goeden naam van deze laatste kraan voordeel te trekken en beter tegen de concurrentie van Hyster en Geveke te zijn opgewassen, welk laatste doel Thole ook heeft bereikt;

dat dus de nabootsing waarop het Hof hier het oog heeft alleen betrekking heeft op eigenschappen van de Hyster Karry Krane, welke bestemd en blijkbaar ook geschikt zijn om de deugdelijkheid en bruikbaarheid van een zodanig werktuig te bevorderen;

dat, aangezien het, in het algemeen gesproken, aan een ieder moet vrijstaan om aan zijn industriële producten een zo groot mogelijke deugdelijkheid en bruikbaarheid te geven, het - tenzij door een ander aan de Octrooiwet 1910, Staatsblad 3 13, of aan de Auteurswet 1912 ontleende rechten daaraan in den weg staan - niet is verboden om te dien einde, ten eigen voordele en mogelijk tot nadeel van een concurrent, van in diens producten geopenbaarde resultaten van inspanning, inzicht of kennis gebruik te maken, zelfs wanneer - wat overigens te dezen door het Hof niet is vastgesteld enkel tengevolge van dat gebruik maken tussen het eigen product en dat van den concurrent bij het publiek verwarring mocht kunnen ontstaan;

dat dus nabootsing van het product van een concurrent alleen dan ongeoorloofd is, indien men zonder aan de deugdelijkheid en bruikbaarheid afbreuk te doen op bepaalde punten evengoed een anderen weg had kunnen inslaan en men door dit na te laten verwarring sticht;

dat ook het voeren van reclame op een wijze, die verwarring in de hand werkt, achterwege moet blijven. doch een verzuim te dien aanzien niet tot een verbod van het in den handel brengen van het product, doch enkel tot dat van een aldus opgezette reclame kan leiden; dat dan ook het beroep van



het Hof op het prospectus ten aanzien van het verbod van het in den handel brengen van de kraan niet ter zake dienende kan worden geacht;
dat het middel derhalve gegrond is;

Overwegende, dat alsnog moet worden onderzocht, of op grond van de andere door Hyster en Geveke in eersten aanleg en in hoger beroep gestelde, tussen de Elephant-kraan en de Hyster Karry Krane bestaande punten van gelijkheid het in den handel brengen van de Elephant-kraan aan Thole moet worden verboden;

Vernietigt het bestreden arrest;

Wijst de zaak terug naar het. Gerechtshof te Arnhem ter verdere behandeling en beslissing met inachtneming van dit arrest;

Veroordeelt Hyster en Geveke in de op het beroep in cassatie gevallen kosten.

Conclusie Advocaat-Generaal J. Eggens

(...)

De technische term waarmede deze door het Hof aanvaarde vorm van oneerlijke mededinging in de literatuur veelal wordt aangeduid, is slaafse nabootsing. Het komt echter nog al eens voor, dat deze term gebezigd wordt voor een - volledige - nabootsing, onverschillig of deze al dan niet als onrechtmatig te kwalificeren valt. Verg. b.v. BEERMAN, Preadvies N.I.V. 1941, blz. 151: Slaafsche navolging: hieronder versta ik het getrouw nabootsen van een of meer artikelen, waarvoor geen speciale bescherming krachtens de Octrooiwet kan worden ingeroepen. In deze geest ook R. BLUM, Schutz der Immaterialgieter var sklavischer Nachahmung au] technischem Gebiet, diss. Zürich 1947, passim., o.a. blz. 19. Zo wordt in de kop boven het vonnis in kort geding van President Rb. Rotterdam 30 Jan. 1936, in B.I.E. 1937, blz. 105 van slaafsche navolging, welke niet - evenmin - onrechtmatig is, gesproken. Deze terminologie acht ik verwarring wekkend en daarom onwenselijk. Slaafs drukt toch uit hetgeen de mens onwaardig is, en daarmede een afkeuring welke in een rechtsterm bij uitsluiting betrekking behoort te hebben op hetgeen rechtens afkeurenswaardig en daarom onrechtmatig is.

De term slaafse nabootsing voor getrouw nabootsen is m.i. dan ook rechtens ongeschikt, omdat enerzijds een getrouw - volledig - nabootsen niet onrechtmatig behoeft te zijn, en anderzijds een niet getrouw, in de zin van niet volledig, nabootsen wèl onrechtmatig kan zijn. Hetgeen BLUM t.a.p. opmerkt: Des weitern scheint mir, dass es sich aber auch mit der wissenschaftlichen Ernsthaftigkeit nicht vereinbaren lsst, dass ein Rechtsproblem mit einer von vornherein diffamierenden Bezeichnung versehen wird, geldt dan ook alleen wanneer men de betekenis van het woord slaafs buiten het rechtens afkeurenswaardige uitbreidt, zodat ik - anders dan BLUM - niet de term zou willen afkeuren, maar hem tot de betekenis van onrechtmatige nabootsing zou willen beperken. (Het overeenkomstige geldt voor de door het 1 Hof - en ook wel door anderen op overeenkomstige wijze - gebezigde term parasiteren. Deze term geeft op zichzelf niet meer aan dan een denigrerend gevoelsoordeel, en is ter aanduiding van rechtens afkeurenswaardige daden alleen op zijn plaats indien - te voren - deze rechtens afkeurenswaardige daden zijn vastgesteld). Voor onrechtmatige nabootsing is nu de term slaafse nabootsing op zijn plaats als beeldende, sprekende:, uitdrukking, omdat slaafsheid het de mens onwaardige IS, en de al dan niet onrechtmatigheid van een nabootsing juist afhankelijk behoort te zijn

van de vraag in hoeverre het de mens - als persoon naar het recht - al dan niet onwaardig is het door een ander gemaakte na te maken. En bij de afweging van de bij de beantwoording van deze vraag betrokken belangen, behoren m.i. niet uitsluitend de belangen van de nagevolgde en de navolger in aanmerking te worden genomen, maar ook - en in sterke mate - het algemeen belang, dat vereist, dat het goede en nuttige wordt nagevolgd en nagedaan, en aldus ten algemenen nutte in praktijk wordt gebracht, al vereisen het algemeen belang en de rechtvaardigheid anderzijds erkenning van de rechten van de scheppende mens op de vruchten van zijn schepping, voorzover het eerstvermelde belang zulks toelaat (verg. de noot van B. M. TELDERS onder het vermelde vonnis van Pres. Rb. Rotterdam 30 Jan. 1936). Een monopolistisch recht, verbonden aan het product van eigen geestelijke inspanning en financiële opoffering, behoort m.i. dan ook - in het algemeen belang - zowel wat de inhoud als wat de duur van dit recht betreft, bepaald en beperkt te worden. En dit geschiedt dan ook aldus in de wetten op de immateriële eigendom, en kan bezwaarlijk anders dan bij wet met voldoende bepaaldheid geschieden. Ik ben dan ook van mening, dat het nabootsen van eens anders product - voorzover dit niet uitdrukkelijk wettelijk beschermd is - in beginsel niet onrechtmatig geoordeeld mag worden, ook al wordt bij dit nabootsen gebruik gemaakt van des anderen inspanning en financiële opoffering, indien en voorzover het algemeen belang met deze nabootsing is gebaat, dus voorzover de nabootsing strekt aan het betrokken product een vorm te geven, welke nodig is om dit, beter dan in andere vorm mogelijk zou zijn, aan zijn doel en functie te doen beantwoorden. Van andere dan in deze zin nodige nabootsing zal m.i. de nabootser zich behoren te onthouden in het belang van degene wiens product hij nabootst: de in deze zin nodige nabootsing moge rechtens niet afkeurenswaardig --. zijn en dus niet slaafs genoemd mogen worden, dat is wel het geval voorzover daaraan een onnodige nabootsing wordt toegevoegd, en daarmee - onnodig voor het algemeen belang - gevaar wordt geschapen voor verwarring van het product voor degene wiens werk wordt nagebootst met dat van de nabootser: de eerste mag m.i. van de laatste verlangen dat deze - nu hij willens en wetens van des eersten werk ten eigen voordele gebruik maakt - voorzover redelijk is voorkomt dat beider producten met elkander worden verward en dat daardoor - onnodig in het algemeen belang - aan de belangen van de eerste schade kan worden toegebracht.

Van slaafs, als rechtens afkeurenswaardig en daarmee rechtens ongeoorloofd, navolgen mag m.i. - t.a.v. een nuttigheidsproduct als het onderhavige - dus alleen gesproken worden indien en voorzover de nabootsing verder gaat dan redelijkerwijze geboden is om het betrokken product, beter dan in andere vorm mogelijk zou zijn, zijn in het algemeen belang nuttige functie te doen vervullen, dus indien en voorzover de nabootsing - onnodig - de indruk kan vestigen het nagebootste product te zijn. Het hier aangegeven, en kort toegelichte, criterium begint, als ik het wèl zie, vooral in andere Westeuropese landen, in steeds scherper aftekening naar voren te komen in de op dit punt van rechtsvorming - waarin onderscheiden belangen, welke alle hun relatieve waarde hebben, met elkander conflicteren - niet altijd scherp omlijnde opvattingen. In de Nederlandse rechtspraak meen ik dit criterium speciaal (zij het niet geheel zuiver) weer te kunnen vinden in de overweging van Rb s-Hertogenbosch 15 Maart 1935, NJ, 1936, 13, dat aan eiseres kan worden toegegeven, dat onder omstandigheden het zonder noodzaak en redelijk motief slaafs en tot de kleinste bijzonderheden toe nabootsen van de waar van den concurrent een onrechtmatige daad kan opleveren en daartoe ook buiten het terrein van Octrooi- en Auteurswet ruimte voor repressie kan bestaan (waarin m.i. het woord slaafs beter als conclusie - tot onrechtmatigheid - uit de opgesomde factoren had kunnen zijn vermeld). Het gebruik maken van des anderen financiële en andere inspanning - dat m.i. alleen in twijfelgevallen en dan nog in geringe mate mede zal mogen wegen tot het geven van de doorslag - wordt echter nog al eens als op zich zelf voldoende criterium beschouwd, zonder dat daarbij onderscheiden wordt of dit gebruik maken al dan niet nodige nabootsing in de hiervoor aangegeven

zin betreft. Ik moge hieromtrent volstaan met verwijzing naar het reeds vermelde preadvies van BEERMAN, naar PFEFFER Grondbegrippen van Nederlandse Mededingingsrecht, blz. 288 e.v., DRUCKER-BODENHAUSEN, Kort Begrip Ind. Eig., tweede druk, blz. 162 e.v., en de in deze geschriften vermeide literatuur en jurisprudentie (zie voor de bestrijding van dit vom Reichsgericht in früheren Entscheidungen aanvaarde criterium (o.a, RUDLOFF-BLOCHWITZ, Das Recht des Wettbewerbs, blz. 168, die omtrent het moeiteloos profiteren van eens anders inspanning o.a opmerkt: .Diese Erwung wendet sich in anscheinend überzeugender Weise an das rein gefühlsmässige Denken des anstndigen Menschen, hetgeen men ook het overwaarden van één der betrokken belangen zou kunnen noemen). Het hiervoor door mij aangegeven criterium heeft blijkbaar in Zwitserland zijn scherpste en volledigste uitdrukking gevonden. Met BLUM (a.w., blz. 72) meen ik dat het door hem gedeeltelijk geciteerde Urteil van het Bundesgericht van 8 September 1931, B.G.E. 57, 11, 457, seiner Klarheit und Ueberzeugungskraft wegen bijzondere aandacht verdient. In het voorgaande heb ik dit Urteil dan ook - op eigen wijze - in het kort trachten na te bootsen , omdat het overeenstemt met de vorm, welke m.i. aan het antwoord op de vraag welke hier aan de orde is, gegeven behoort te worden. Voor de ontwikkeling van het begrip sklavische Nachahmung in het buitenland, speciaal in Zwitserland, Italië en Duitsland, moge ik volstaan met verwijzing naar BLUMS boek. Het Hof heeft in de betrokken overwegingen van het arrest, waarvan beroep, het hiervoor voor slaafse navolging aangegeven criterium kennelijk niet in toepassing gebracht, althans wat de nabootsing van de kraan (zelve) betreft.

Omtrent deze nabootsing toch stelt het Hof vast, dat deze is geschied op alle punten van primair belang. En blijkens de daaraan toegevoegde diskwalificatie vrijwel klakkeloos acht het Hof de nabootsing blijkbaar reeds afkeurenswaardig omdat de overeenstemming van de betrokken kranen alle punten van primair belang betreft. Een belang , dat, blijkens hetgeen het Hof heeft weergegeven uit het verslag van de betrokken deskundige, betreft het bij de constructie en het gebruik van rijdende kranen betrokken belang. Hieruit volgt dus eer, dat de betrokken nabootsing een redelijk belang diende, naar het hiervoor aangegeven criterium, dan het tegendeel, en in ieder geval volgt daaruit niet dat de nabootsing i.c. verder is gegaan dan redelijkerwijze geboden is om de betrokken kraan, beter dan in andere vorm mogelijk zou zijn, haar in het algemeen belang nuttige functie te doen vervullen, dus dat de nabootsing - onnodig - de indruk kan vestigen de nagebootste kraan te zijn, zodat zij - onnodig - gevaar voor verwarring kan opleveren (dit criterium is in het betrokken deskundig verslag blijkbaar dan ook niet aangelegd, en de aanlegging daarvan aan de deskundige niet opgedragen). Het Hof heeft m.i. dan ook blijkbaar aan zijn onrechtmatig-verklaring van de nabootsing van de kraan een nader criterium ten grondslag gelegd dan m.i. daarvoor behoort te worden gesteld, althans blijkt m.i. uit s-Hofs betrokken overweging niet dat het zijn vermelde onrechtmatig- verklaring zou hebben getoetst aan de aangegeven onderscheiding van het wel dan niet een redelijk belang dienen van de betrokken nabootsing, zodat niet blijkt of de bijzondere omstandigheden van het betrokken geval zijn discriminerende uitdrukkingen in de betrokken overweging - zoals zich niet heeft ontzien , vrijwel klakkeloos , parasiteren - en zijn daaruit sprekende oordelen al dan niet rechtvaardigen. Bovendien heeft - naar hiervoor reeds werd opgemerkt - het Hof zich bij deze oordelen blijkbaar mede laten leiden door zijn oordeel omtrent - en veroordeling van - de nabootsing van het reclamemateriaal, welk oordeel het met zijn oordeel omtrent de nabootsing van de kraan zelve blijkbaar heeft vermengd.

Doch hoe dit laatste zij: in ieder geval kunnen de door het Hof daartoe aangevoerde gronden zijn betrokken beslissing naar mijn oordeel niet dragen, omdat de daartoe nodige bijzondere omstandigheden - naar het middel m.i. terecht stelt - door het Hof niet zijn vastgesteld .



Ik concludeer dan ook dat Uw Raad het beroep gegrond zal verklaren, het arrest, waarvan beroep, zal vernietigen, met terugwijzing van de zaak naar het Gerechtshof te Arnhem, opdat dit haar verder zal behandelen en af doen met inachtneming van het door Uw Raad te wijzen arrest, en tot veroordeling van verweersters in cassatie in de daarop gevallen kosten.
