

arrest

GERECHTSHOF 's-HERTOGENBOSCH

Sector civiel recht

zaaknummer HD 200.025.612

arrest van de vierde kamer van 6 april 2010

in de zaak van

**de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
VAN LOON-SEALSKIN B.V.,**
gevestigd te Waalwijk,
appellante,
– advocaat: mr. F.V.B.M. Mutsaerts,

tegen:

**de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
RIHO INTERNATIONAL B.V.,**
gevestigd te Tilburg,
geïntimeerde,
advocaat: mr. J.A.Th.M. van Zinnicq Bergmann

op het bij exploit van dagvaarding van 9 oktober 2008 ingeleide hoger beroep van het door de rechtbank Breda gewezen vonnis van 16 juli 2008 tussen appellante - Sealskin - als gedaagde in conventie, eiseres in reconventie en geïntimeerde - Riho - als eiseres in conventie, verweerster in reconventie.

1. Het geding in eerste aanleg (zaaknr. 171741/HA ZA 07-384)

Voor het geding in eerste aanleg verwijst het hof naar voormeld vonnis.

Beide partijen brengen ligbaden (badkuipen) op de markt in – voor zover in dit geschil aan de orde - drie verderop nader te omschrijven basisvormen: langwerpig/rechthoekig (de Senso 180 van Sealskin en de Lima van Riho; voorheen de Arizona van Riho), regelmatig zeshoekig (de Senso 6-hoek van Sealskin en de Bogota van Riho; voorheen de Texas van Riho), en onregelmatig zeshoekig (de Senso 145 van Sealskin en de Panama van Riho; voorheen de Houston van Riho). Sealskin verweet Riho met haar Arizona, Texas en Houston inbreuk te maken op de overeenkomende typen van Sealskin en had een kort geding aangezegd. In verband daarmee had Riho op 23 mei 2005 ten gunste van Sealskin een onthoudingsverklaring getekend (waarop het kort geding werd ingetrokken).

Stellende dat Riho – met de nieuwe baden Lima, Bogota en Panama - in strijd daarmee had gehandeld heeft Sealskin Riho op 18 november 2005 (opnieuw) in kort geding gedagvaard. De voorzieningenrechter in Utrecht stelde Sealskin bij vonnis van 27 december 2005 in het gelijk, en oordeelde ten aanzien van alle drie de genoemde Riho baden dat er geen sprake was van een “duidelijk verschil” (dit begrip komt verderop nader aan de orde) tussen de baden

van Sealskin en de nieuwe baden van Riho, alsmede dat het Riho verboden werd deze verder te verhandelen.

Riho ging in hoger beroep. Het gerechtshof Amsterdam oordeelde op 11 mei 2006 in gelijke zin met betrekking tot de Panama en Bogota, doch oordeelde dat er wel een "duidelijk verschil" was tussen de Lima en de Senso 180, dat ten aanzien van één van die baden (het Lima-bad) Riho de onthoudingsverklaring wel had nageleefd, zodat in zoverre het vonnis van de voorzieningenrechter werd vernietigd.

In de thans aanhangige bodemprocedure vorderde Riho vervolgens in conventie schadevergoeding in verband met de onrechtmatige executie van het deels vernietigde vonnis van de voorzieningenrechter, namelijk voor zover het het Lima-bad betrof, met nevenvorderingen.

In reconventie stelde Sealskin een groot aantal vorderingen in, welke allemaal samenhangen met haar stelling dat voor alle drie de baden gold dat Riho daarmee in strijd met de onthoudingsverklaring had gehandeld.

Riho heeft daarna haar eis vermeerderd met een eis tot schadevergoeding als de rechtbank tot het oordeel zou komen dat zij ook ten aanzien van de twee andere baden *niet* in strijd had gehandeld met de onthoudingsverklaring.

Sealskin heeft daarop ook haar eis aangepast.

De rechtbank oordeelde in haar vonnis van 16 juli 2008 dat voor alle drie de baden gold dat er een voldoende "duidelijk verschil" was zodat Riho niet in strijd had gehandeld met de onthoudingsverklaring. De vorderingen in conventie werden in hoofdlijnen toegewezen en de vorderingen in reconventie werden afgewezen.

2. Het geding in hoger beroep

Bij memorie van grieven heeft Sealskin tien grieven aangevoerd en geconcludeerd tot vernietiging van het vonnis waarvan beroep en, kort gezegd, tot afwijzing van de vorderingen in conventie en toewijzing van de vorderingen in reconventie.

Bij memorie van antwoord heeft Riho de grieven bestreden.

Beide partijen hebben daarbij producties in het geding gebracht.

Partijen hebben hun standpunten doen bepleiten door hun advocaten, waarbij de in het geding zijnde baden zijn getoond. De pleitnotities zijn bij de stukken gevoegd.

Partijen hebben daarna de gedingstukken overgelegd en uitspraak gevraagd.

3. De gronden van het hoger beroep

Het hof verwijst naar de memorie van grieven.

4. De beoordeling

4.1. Voor de vaststaande feiten verwijst het hof naar de niet bestreden weergave daarvan in het vonnis waarvan beroep. Op pag. 5 e.v. van dat vonnis wordt de voorgeschiedenis weergegeven. Sealskin betichtte Riho van inbreuk op een haar toekomstend auteursrecht. Het hof geeft de volgende, in verband met de totstandkoming van de onthoudingsverklaring relevante data weer.

- 10 maart 2005: sommatie van Sealskin aan Riho inbreuk op (auteurs-)rechten van Sealskin te staken.
- 25 april 2005: dagvaarding van Riho.
Volgens Sealskin rust op haar baden auteursrecht. De baden van Riho maken daarop inbreuk. De baden van Riho leveren slaafse nabootsing op.
- 6 mei 2005: reactie Riho.
Riho stelt dat gelet op de overige baden op de markt aan de baden van Sealskin geen auteursrecht toekomt. Voor zover er punten van overeenstemming bestaan, gaat het om het volgen van een trend. Van slaafse nabootsing is geen sprake. Om overwegingen van bedrijfseconomische/praktische aard [parafrasering hof] is Riho bereid haar baden aan te passen. Omschreven wordt op welke wijze de baden zullen worden aangepast.
- reactie Sealskin:
Sealskin stelt de volgende door Riho af te leggen verklaring voor:
Riho verklaart dat zij de door haar op de markt te brengen nieuwe baden in zodanige mate zal doen afwijken van de Sensobaden van Sealskin dat sprake zal zijn van een geheel ander totaalbeeld teneinde onder meer verwarring te voorkomen.
[Het hof heeft in het dossier deze reactie van Sealskin niet aangetroffen; bovenstaande passage ontleent het hof aan het vonnis waarvan beroep.]
- 12 mei 2005: reactie Riho.
Riho stelt dat de door haar te treffen regeling uitsluitend wordt aangegaan uit praktische overwegingen. Zij is dan ook slechts bereid om een zeer beperkte onthoudingsverklaring te tekenen. Zij betwist dat er auteursrechtelijke bescherming zou rusten op de Senso badenlijn en dat sprake is van een inbreukmakend totaalbeeld van haar baden, zodat zij niet bereid is thans de verplichting aan te gaan de nieuwe baden in zodanige mate de laten afwijken van de Senso baden dat er sprake zal zijn van een geheel ander totaalbeeld. Een dergelijke toezegging gaat volledig voorbij aan het essentiële argument van Riho dat eenzelfde totaalbeeld niet automatisch een inbreuk of anderszins onrechtmatig handelen betekent. Riho is wel bereid te verklaren dat de nieuwe baden zodanig gewijzigd worden dat er sprake is van een duidelijk verschil met de baden van Sealskin.
- 23 mei 2005: onthoudingsverklaring Riho (vonnis waarvan beroep, pag. 9-10 sub g).
Deze luidt zakelijk weergegeven – waarbij voor de leesbaarheid het gehele onderdeel 3., alsmede enkele bijzinnen etc. in onderdelen 1. en 4. zijn weggelaten - als volgt:
Waar hierna gesproken wordt over Bad/Baden wordt bedoeld op de Arizona, Texas en Houston baden in de oude vormgeving.
1. Riho verklaart met onmiddellijke ingang het verkopen [etc.] van de baden te staken en gestaakt te houden.
2. Riho verklaart dat de nieuwe vormgeving van de Arizona, Texas en Houston zodanig gewijzigd zal worden dat sprake is van een duidelijk verschil met de baden Senso 145, Senso 180 en Senso 6-hoek van Sealskin [vetgedrukt: hof].
4. Riho verklaart om aan Sealskin een boete te betalen van € 10.000,-- voor elke dag dat Riho in strijd mocht handelen met hetgeen onder 1. is bepaald dan wel van € 1.000,-- voor ieder Bad waarmee Riho in strijd mocht handelen met het bepaalde onder 1.
- Het kort geding is vervolgens ingetrokken.

4.2. Uitleg van de onthoudingsverklaring

4.2.1. Partijen twisten over de vraag of sprake is van een eenzijdige verklaring van Riho dan wel van een wederkerige overeenkomst, namelijk een vaststellingsovereenkomst, waarvan de onthoudingsverklaring een uitwerking is.

Wat hiervan zij, indien en voor zover de onthoudingsverklaring uitgelegd moet worden tegen de achtergrond van de gehele voorgeschiedenis, spelen daarbij niet alleen de bereidheid van Riho, maar ook de eisen van Sealskin een rol.

4.2.2. Sealskin verwijt de rechtbank dat deze bij de uitleg uitsluitend de van Riho afkomstige stukken, en niet de van Sealskin afkomstige stukken in de beschouwingen heeft betrokken.

4.2.3. Dat verwijt is niet terecht. De rechtbank heeft kennelijk alle stukken in de beschouwingen betrokken. Het is echter nu eenmaal zo dat Sealskin een verdergaande onthoudingsverklaring verlangde, dat Riho dat zeer nadrukkelijk niet wenste, en dat Sealskin zich daar klaarblijkelijk bij heeft neergelegd.

Tegen die achtergrond heeft de rechtbank terecht geconcludeerd dat Riho, naar ook Sealskin moet hebben begrepen, tot niet meer bereid was dan een onthoudingsverklaring met een zeer beperkte reikwijdte. Daarmee heeft Sealskin genoeg genomen. Riho heeft ook duidelijk gemaakt, zoals ook de rechtbank overwoog, dat zij de combinatie van strakke lange zijden en zachte, glooiende vormen langs de kopse zijden (het hof verwijst naar de hierna uitgebreider weer te geven omschrijving van de baden) niet wilde prijsgeven en ook dat moet Sealskin hebben begrepen.

Sealskin heeft naar aanleiding van die kennelijke bedoeling van Riho zoals deze bleek uit Riho's brieven geen voorbehoud gemaakt, noch daarin aanleiding gezien het kort geding toch door te zetten.

Dat het resultaat dan per saldo is dan de brieven van Riho het meeste gewicht in de schaal leggen bij de uitleg van de onthoudingsverklaring betekent niet dat de rechtbank enkel de argumenten aan de zijde van Riho zou hebben gewogen.

4.3. *Het "duidelijk verschil"*

4.3.1. Aan de orde zijn in de eerste plaats is de uitleg van het begrip "duidelijk verschil" in de onthoudingsverklaring en in de tweede plaats is de toetsing van de overeenkomsten en verschillen tussen de in het geding zijnde baden aan dat begrip "duidelijk verschil". Overigens is daarbij de grens tussen de uitleg van dat begrip en de toepassing ervan op het concrete geval niet altijd duidelijk te maken.

4.3.2. In het kader van de uitleg van het begrip "duidelijk verschil" is ook de afbakening met de vraag of er sprake zou zijn van inbreuk in auteursrechtelijke zin dan wel met de vraag of er sprake is van slaafse nabootsing aan de orde.

4.3.3. Door een onthoudingsverklaring te tekenen waarin een bepaald begrip voorkomt, komt het uiteindelijk op de uitleg van dat begrip aan en verdwijnt de vraag of en in hoeverre er sprake was van inbreuk op auteursrecht of slaafse nabootsing, in elk geval deels, naar de achtergrond.

Met name de vraag of en in hoeverre Sealskin aanspraak kon doen gelden op enig auteursrecht (welke vraag immers bij een inbreukwestie aan de vraag naar eventuele punten van overeenstemming vooraf gaat) is geheel uit beeld verdwenen. Dat geldt niet automatisch voor de vraag of er al dan niet sprake was van een mate van verschil welke in auteursrechtelijke zin als een relevant verschil had kunnen worden aangemerkt.

4.3.4. Sealskin stelt dat nu er gekozen is voor een neutraal begrip, in een afspraak tussen professionele partijen die zich door op dit terrein gespecialiseerde advocaten lieten bijstaan, zoveel mogelijk uitgegaan dient te worden van een letterlijke, objectieve uitleg waarbij geheel of gedeeltelijk van de voorgeschiedenis wordt geabstraheerd.

4.3.5. Het hof verwerpt dit standpunt. Indien de afspraken inderdaad “duidelijk” zijn, ligt een andersluidende uitleg op grond van de voorgeschiedenis in een situatie als de onderhavige minder voor de hand. Maar als niet zo duidelijk is wat partijen hebben bedoeld, valt niet in te zien waarom niet met inachtneming van alle relevante factoren de begrippen moeten worden uitgelegd.

4.3.6. In dit geval gaat het om het begrippenpaar “duidelijk verschil”. Anders dan het woord “duidelijk” suggereert, is daarmee niet aanstonds duidelijk wat met “duidelijk verschil” wordt bedoeld.

4.3.7. Naar 's hofs oordeel kan daarbij niet worden geabstraheerd van de markt waarom het gaat. Het aantal basisvormen voor ligbaden is beperkt. Binnen die grondvormen is het aantal variaties, gelet op de functionele en technische vereisten, uiteindelijk eveneens beperkt. De door de partijen overgelegde brochures (ook van andere merken) wijzen daar ook op. Naarmate de variatiemogelijkheden geringer zijn, zal ook eerder een bepaald verschil als een “duidelijk verschil” worden aangemerkt.

4.4. *De relevante markt*

4.4.1. Sealskin stelt zich op het standpunt dat, gelet op de tot stand gekomen onthoudingsverklaring, de “rest van de markt” (het “Umfeld”) niet meer relevant is bij de uitleg van het begrip “duidelijk verschil”.

4.4.2. Inderdaad gelden aan het auteursrecht ontleende kaders niet meer zonder meer voor het onderhavige geschil. Dat laat onverlet dat – zoals overwogen - de woorden “duidelijk verschil” minder duidelijk zijn dan zij lijken, en dat de vraag of iets al dan niet als een “duidelijk verschil” kan worden aangemerkt niet in alle branches gelijk zal worden beantwoord. Als blijkt dat de variatie in de praktijk beperkt is, hangt dat mogelijk samen met de variatiemogelijkheden, gegeven de technische en functionele vereisten waaraan het product moet voldoen. Tegen die achtergrond is onvermijdelijk dat met een omweg het “Umfeld” toch mede van belang is bij de uitleg van het begrip “duidelijk verschil”.

4.5. *Wijze van vergelijking*

4.5.1. Het hof gaf reeds aan dat het de baden heeft bekeken terwijl deze naast elkaar stonden. Sealskin heeft daarover opgemerkt dat in de praktijk afnemers die baden vrijwel nooit naast elkaar zullen zien, en een onvolkomen herinneringsbeeld hebben, wat maakt dat er toch verwarring kan ontstaan ten aanzien van baden welke - indien naast elkaar getoond - enkele verschillen vertonen.

4.5.2. Bedoeld begrippenkader (“onvolkomen herinneringsbeeld”) is ontleend aan de IE-praktijk. Dat is echter niet direct van toepassing, omdat de onthoudingsverklaring weliswaar haar oorsprong vond in een auteursrechtelijk dispuut, doch de thans aan de orde zijnde vraag – namelijk of is gehandeld in strijd met de onthoudingsverklaring – op zijn eigen merites moet worden beoordeeld. Het gaat om het begrip “duidelijk verschil”. Dat heeft het hof te toetsen, en dat kan het hof toetsen door de baden naast elkaar te bekijken. Of afnemers door een onvolledig herinneringsbeeld in verwarring zouden kunnen komen is voor de vraag of er

voldoende duidelijk verschil was in de zin van de onthoudingsverklaring niet van doorslaggevende betekenis.

4.6. *De grieven (grievens 1 tot en met 6; grief 7, eerste deel; grief 8)*

4.6.1. Grief 1 betreft de uitleg van de onthoudingsverklaring. Grief 2 betreft de vraag in hoeverre daarbij aan de totstandkomingsgeschiedenis betekenis toekomt. Grief 3 heeft betrekking op het bewust gekozen auteursrechtelijk neutrale begrip "duidelijk verschil". Grief 4 heeft betrekking op feiten die nopen tot een andere uitleg. Grief 6 heeft betrekking op de rest van de markt.

Uit het vorenoverwogene volgt dat deze grieven falen en niet kunnen leiden tot vernietiging van het vonnis, hetgeen niet wegneemt dat bepaalde facetten die in dat kader door Sealskin naar voren zijn gebracht bij de verdere beoordeling van belang kunnen zijn. Om deze reden faalt ook het eerste deel van grief 7, dat niet veel meer bevat dan een verkorte herhaling van de eerdere grieven.

4.6.2. Grief 5 heeft betrekking op het relevante koperspubliek. De omschrijving welke de rechtbank van het relevante koperspubliek heeft gegeven wordt onvoldoende geschraagd door gegevens welke partijen daaromtrent hebben aangedragen en blijkt ook niet uit rapporten of andere bewijsmiddelen. En overigens ligt deze omschrijving ook niet aanstonds voor de hand, daar even goed voorstelbaar is dat een consument – die gemiddeld genomen slechts enkele malen in zijn leven een nieuw bad zal kopen – wel een vrij duidelijk idee heeft van de stijl waarin hij zijn badkamer wenst in te richten en de functionele eisen waaraan deze zal moeten voldoen, maar juist weinig oog heeft voor allerlei details.

4.6.3. Dat grief 5 gegrond is behoeft overigens niet meteen tot vernietiging van het vonnis te leiden. Het hof laat bij zijn verdere beoordeling een verondersteld "kritisch" publiek buiten beschouwing.

4.7. *Deskundigenrapporten*

4.7.1. Riho heeft in het geding gebracht een rapport van A.O. Eger, gedateerd april 2006. Sealskin heeft in het geding gebracht een rapport van J.J. Jacobs van 11 december 2006; blijkens dit rapport heeft Jacobs kennis genomen van het rapport van Eger. Jacobs heeft nog een nader rapport opgesteld van 9 september 2007.

Bij zijn beoordeling neemt het hof deze drie rapporten mee in zijn weging van de vraag of en in hoeverre er sprake is van een "duidelijk verschil".

Eger maakt in zijn rapport onderscheid tussen de drie types (Lima, Panama en Bogota tegenover de corresponderende Senso baden).

Jacobs daarentegen noemt in zijn eerste rapport alle baden van Riho "Lima-baden" welke hij afzet tegen de Senso baden. Hij onderscheidt dus niet tussen de verschillende types.

Voor het tweede rapport van Jacobs geldt dat dit vooral betrekking heeft op het "Umfeld".

4.7.2. Met grief 8 heeft Sealskin er bezwaar tegen gemaakt dat de rechtbank het rapport van Jacobs niet, of onvoldoende, zou hebben laten meewegen in de beoordeling. Wat hiervan zij, het hof heeft hiervan in elk geval wel kennis genomen en de deskundigenrapporten in zijn overwegingen betrokken. Dat betekent dat grief 8 in elk geval geen zelfstandige grond voor vernietiging oplevert.

4.8. *Grief 7, tweede onderdeel*

4.8.1. Zoals hiervoor reeds aangegeven behelst het eerste deel van grief 7 voor een belangrijk deel een herhaling van kwesties welke in de grieven 1 tot en met 6 reeds aan de orde zijn geweest.

Het tweede deel van deze grief – vanaf randnummer 68 van de memorie van grieven - stelt echter aan de orde de vraag, of de nieuwe modellen van Riho een voldoende “duidelijk verschil” met de modellen van Sealskin vertonen, alles in het licht van de onthoudingsverklaring.

4.9. *Oude modellen*

4.9.1. De vraag of de overeenkomsten en verschillen leiden tot de conclusie dat sprake is van een “duidelijk verschil” als bedoeld in de onthoudingsverklaring wordt deels beïnvloed door de oude modellen Arizona, Texas en Houston.

Het hof roept in herinnering dat met betrekking tot die oude baden partijen verschilden van mening omtrent de vraag of de baden van Riho auteursrechtinbreuk maakten. Overigens spitste dat verschil van mening zich toe op de vraag of er op de Senso baden auteursrecht rustte. De vraag of Riho erkende dat er in auteursrechtelijke zin zeer weinig – te weinig – verschillen bestonden tussen haar baden en de Senso baden werd door deze niet besproken in de brieven van 6 en 12 mei 2005. Het moge zo zijn dat (zoals Riho terecht opmerkt) in de onthoudingsverklaring geen impliciete erkenning van een te grote overeenstemming besloten ligt, tegelijk moet geconstateerd worden dat Riho die te grote overeenstemming niet gemotiveerd had betwist.

Ook al is de reikwijdte van de onthoudingsverklaring beperkt (zie rov. 4.2.3), in elk geval geldt dat, naar ook Riho duidelijk moest zijn, een nieuw bad dat geen relevante verschillen vertoonde met een door Sealskin aangevallen oud bad, niet snel geacht kan worden een “duidelijk verschil” te vertonen met het vergelijkbare Senso bad.

Voor het overige geldt dat, met de hiervoor omschreven restrictie, het gaat om een vergelijking tussen de nieuwe baden en de Senso baden.

4.10. *Badenvormen*

4.11. Als het hof hierna spreekt over zijkanten worden daarmee bedoeld de zijkanten ter weerszijden van de normale ligrichting van dat bad. De overige kanten worden kopse kanten genoemd.

4.11.1. Traditioneel zijn ligbaden, voorheen meestal in geëmailleerd plaatstaal uitgevoerd, langwerpige en rechthoekige van vorm. De opbouw van zo'n plaatstaal bad is meestal als volgt: vlakke bodem, overgang door middel van een holling met een straal van een aantal centimeters naar de vlakke wanden, overgang door middel van een bolling met een straal van enkele centimeters naar de vlakke bovenzijde.

De kopse binnenzijden zijn, van bovenaf gezien, ofwel in de vorm van een halve cirkel uitgevoerd, in welk geval zij naadloos aansluiten op de vlakke binnenzijwanden, ofwel vlak uitgevoerd, in welk geval zij met een holling met een straal van enkele centimeters op de binnenzijwanden aansluiten.

4.11.2. Met de komst van kunststof als grondstof voor baden zijn – zo begrijpt het hof – de mogelijkheden vergroot. Thans worden bijvoorbeeld ook zeshoekige baden vervaardigd, bedoeld om schuin in een hoek te worden geplaatst.

Bij regelmatige zeshoeken zijn de zijkant die “in” de hoek wordt geplaatst en de andere zijkant die vrij in de badkamerruimte staat, even lang. Bij onregelmatige zeshoeken is de “in” de hoek geplaatste zijkant langer dan de andere zijkant.

Een regelmatig zeshoekig bad heeft, net als een rechthoekig bad, een duidelijke “ligrichting”

doordat deze een langwerpige bodenvorm aan de binnenzijde heeft. Bij een onregelmatige zeshoek is de binnenbodem niet langwerpig, al is de grootste lengte langs de binnenzijde gesitueerd zodat dit meestal de ligrichting zal zijn.

4.12. *Symmetrie*

4.12.1. Bij de langwerpige baden is van oudsher meestal een van de kopse binnenzijden glooiend uitgevoerd, zodat men daar comfortabel tegen aan kan zitten. De andere kopse binnenzijde, het voeteneinde, is dan vrijwel verticaal uitgevoerd. Dit geldt voor wat betreft de thans in het geding zijnde baden ook voor de Riho Lima.

Soms echter zijn beide kopse binnenzijden glooiend uitgevoerd zodat met in beide richtingen kan liggen; het bad is dan symmetrisch. Dit is het geval bij de Sealskin Senso 180.

De Bogota en de Senso 6-hoek (regelmatige zeshoeken) zijn beide asymmetrisch in die zin dat deze een verschillend hoofd- en voeteneinde hebben.

De Panama en de Sealskin 145 (onregelmatige zeshoeken) zijn beide symmetrisch in die zin dat de kopse binnenzijden aan beide kanten glooiend zijn uitgevoerd, zodat een gebruiker kan kiezen tegen welke daarvan hij wil gaan zitten.

4.13. *Detailering*

4.13.1. Anders dan voorheen, zo begrijpt het hof, worden thans ook baden vervaardigd waarbij de overgang van de bodem naar de zijwanden, of de overgang van de zijwanden naar de vlakke bovenzijde, uitgevoerd wordt met een holling of bolling met een straal van enkele millimeters tot 1 à 2 centimeter. Ook wordt thans (bij bovenaanzicht) de aansluiting tussen de lange zijden en de korte zijden met een veel kleinere straal dan voorheen, dus veel "scherper" uitgevoerd. Toepassing van een dergelijke kleine straal leidt tot scherper getekende modellen en tot een strakke, soms zelfs strenge of minimalistische vormgeving.

4.13.2. Uit door partijen overgelegde foto's blijkt dat er diverse modellen op de markt zijn gebracht waarbij de overgang tussen de wanden en de bovenzijde was uitgevoerd met toepassing van een straal van enkele millimeters tot 1 à 2 cm, zodat rondom een betrekkelijk "scherpe" bovenrand werd verkregen.

4.13.3. De in het geding zijnde baden van Sealskin en Riho vertonen een bijzonder kenmerk dat slechts bij een betrekkelijk gering aantal andere baden voorkomt (Hoesch, Duscholux). Hierbij is alleen bij de overgang van de lange binnenzijden naar de vlakke bovenzijde een korte straal toegepast, zodat een betrekkelijk scherpe rand wordt verkregen, terwijl aan de kopse binnenzijden, als vanouds, een straal van enkele centimeters tot wel een decimeter is toegepast. Aldus ontstaat een contrast tussen de strakke lange zijden en de zachte rondingen van de kopse binnenzijden. De stroken welke aldus ontstaan langs de lange zijden van de baden zijn zo vlak dat daarop een rij glazen kan worden gezet.

4.13.4. Toepassing van een dergelijke strakke rand aan de lange zijden en zachte afronding aan de kopse binnenzijden brengt de noodzaak met zich mee te voorzien in een overgang tussen die randen.

Zowel voor de modellen van Sealskin als die van Riho geldt dat zij in meer of mindere mate de strakke rand aan de lange zijden iets laten doorlopen in het horizontale deel van de bovenzijde, voorbij de plaats waar de rechte lange zijwanden aansluiten op de kopse binnenzijden.

4.14. *Omschrijving van de baden door diverse gerechten*

4.14.1. Het Gerechtshof Amsterdam heeft in een arrest van 11 mei 2006, blz. 8 bovenaan, geschreven dat bij de Lima (van Riho) de overgang van de lange rechte zijanten naar de rugleuning hol is, en bij de Senso 180 (van Sealskin) bol. De holling/bolling waarvan het hof Amsterdam rept zit bovenaan het bad.

Het hof onderschrijft de constatering en omschrijvingen van het hof Amsterdam. Voor de duidelijkheid merkt het hof op dat hiermee niet bedoeld wordt op een holling of /bolling die bij een bovenaanzicht zichtbaar is, maar op een holling of bolling die van boven naar beneden verloopt.

4.14.2. In rov. 4.8 van het vonnis waarvan beroep omschrijft de rechtbank Breda dezelfde overgang aldus, dat er bij de Lima sprake is van een duidelijk waarneembare en voelbare knik, terwijl bij de Senso 180 deze overgang zo geleidelijk vloeiend verloop dat deze nauwelijks waarneembaar is.

4.14.3. Ook deze waarneming strookt met die van het hof. De bolling waarvan het Gerechtshof Amsterdam rept is een bolling met een grote straal, welke leidt tot een zo geleidelijk en vloeiend verloop als waarvan de rechtbank Breda spreekt. De holling waarvan het Gerechtshof Amsterdam rept is een holling met een zo kleine straal dat deze door de rechtbank Breda als een voelbare knik kon worden gekwalificeerd.

4.14.4. Het voorgaande betrof de rechthoekige baden. Het hof heeft echter geconstateerd dat dit verschil zich ook voordoet bij de regelmatige en onregelmatige zeshoekige baden. Alle zes de genoemde baden zijn ter zitting in hoger beroep getoond.

4.14.5. De voorgangers van die baden van Riho waren de Arizona, Texas en Houston. Bij gelegenheid van de zitting heeft Riho nog een exemplaar van de oude, niet meer in de handel zijnde Arizona (kleine maat) getoond. Deze vertoonde, net als de latere Lima, bij de hiervoor omschreven overgang een "knik", dus niet een vloeiende bolling zoals de Senso 180. Bij gebreke van aanwijzingen voor het tegendeel gaat het hof ervan uit dat de Texas en Houston, net als later de Bogota en Panama, waren voorzien van zo'n voelbare knik bij de overgang in plaats van een zacht glooiende bolling zoals bij de Senso's.

4.15. Het hof geeft hierna een omschrijving van de verschillen tussen de diverse baden. Daarbij zal het hof, voor zoveel mogelijk, alle verschillen benadrukken, ook de verschillen die enkel goed waarneembaar zijn indien de baden naast elkaar staan op diverse wijze worden belicht, of de verschillen die niet zichtbaar, maar wel voelbaar zijn.

Rechthoekige baden, Senso 180 en Lima/Arizona

4.15.1. Senso 180: de scherpe rand langs de lange binnenzijden wordt zichtbaar vrijwel tot aan de buitenrand van het bad doorgevoerd, en aldus tot wel 15-20 cm voorbij de aansluiting van de lange binnenzijden met de kopse binnenzijden van het bad. Ter zitting is door de advocaat van Riho gedemonstreerd dat de kopse zijden aan de binnenkant een bolling vertonen (dat wil zeggen: een bolling die van boven naar beneden verloopt). Ondanks dat deze werd getoond, ongeacht op welke wijze deze bolling ook werd belicht, was deze onzichtbaar. Deze was echter wel goed voelbaar, en vormt als het ware een soort lendensteun voor degene die in bad zit. Aan de bovenkant van de kopse zijden is vrijwel geen horizontaal gedeelte aanwezig, waarop men een glas zou kunnen neerzetten. Bovenaanzicht: de kopse binnenzijden vormen van bovenaf gezien nagenoeg halve cirkels, zodat de overgang tussen de lange binnenzijden en de kopse binnenzijden vrijwel niet te voelen is.

4.15.2. Lima: de scherpe rand langs de lange zijde loopt door tot iets voorbij de aansluiting tussen de lange binnenzijden en de kopse binnenzijden, en zeker niet tot (praktisch) de buitenrand van het bad. Overigens is op het oog de horizontale vlakke rand net zo breed als bij de Senso 180.

Slechts één van de kopse binnenzijden is tamelijk schuin uitgevoerd zodat men daar comfortabel tegenaan kan leunen; de andere kopse binnenzijde is veel steiler uitgevoerd. In de schuine zijde waartegen men kan leunen is geen "lendensteun" als hiervoor omschreven aangebracht. Zowel aan het hoofdeinde als aan het voeteneinde is een duidelijk deel van de bovenrand zo vlak uitgevoerd dat men daarop een glas kan zetten. Doordat bovendien de lange zijanten ook horizontaal verlopen, ontstaan aan het hoofdeinde en voeteneinde, zeker in de hoeken, een vrij ruim horizontaal plateau, anders dan bij de Senso 180.

Bovenaanzicht: de kopse binnenzijden zijn niet half rond, maar vlak uitgevoerd, en sluiten met een straal van een aantal centimeters aan op de lange binnenzijden.

4.15.3. Arizona: als Lima, met dien verstande dat de scherpe rand langs de lange zijde verder voorbij de aansluiting tussen de lange zijwanden en de kopse wanden werd doorgevoerd, bijna net zo ver als bij de Senso 180.

4.15.4. Op grond van de hiervoor weergegeven overeenkomsten en verschillen is het hof van oordeel dat de Lima voldoende afstand neemt van de Senso 180 om te kwalificeren als een "duidelijk verschil".

De strakke lijnen in de lengterichting lopen bij de Senso 180 veel verder door dan bij de Lima. De Senso 180 is symmetrisch en de Lima is dat niet. De Senso 180 heeft de "lendensteun" en de Lima niet. De vormgeving van de kopse zijden is bij de Senso 180 anders dan bij de Lima (half rond in plaats van vlak met een overgang naar de zijanten). Aan hoofd- en voeteneinde ontstaan bij de Lima een soort plateau, bij de Senso 180 niet.

Daar tegenover zijn de overeenkomsten – de even brede vlakke stroken langs de lange zijanten, de stijl welke met zich brengt dat langs de lange binnenzijde vrij scherpe randen ontstaan maar langs de korte zijde juist zacht glooiende overgangen – onvoldoende om aan te nemen dat er *geen* sprake is van een duidelijk verschil met de Senso 180.

4.15.5. Voor de Arizona gelden in grote lijnen dezelfde verschillen als voor de Lima, maar bij de Arizona lopen de strakke lijnen in de lengterichting een stuk verder door dan bij de Lima. Doordat de strakke lijn bij de Lima beduidend eerder ophoudt, is sprake van een relevant verschil met de oude Arizona.

4.15.6. Het hof komt tot hetzelfde oordeel als de rechtbank en als het Gerechtshof Amsterdam in het kort geding. Alle elementen, overeenkomsten én verschillen, in aanmerking genomen, en gelet op de beperkte reikwijdte van de onthoudingsverklaring, zijn de verschillen van dien aard dat sprake is van een "duidelijk verschil" als bedoeld in die verklaring. De afwijking van de Lima ten opzichte van de Arizona is ook groot genoeg om te kunnen oordelen dat zich niet de situatie voordoet als beschreven in rov. 4.9.1, voorlaatste volzin. Mitsdien handelt Riho met de Lima niet in strijd met de onthoudingsverklaring.

4.16. *Regelmatige zeshoeken Senso 6-hoek en Bogota*

4.16.1. Als gezegd zijn deze asymmetrisch uitgevoerd.

De lange vlakke stroken langs de zijanten zijn bij beide modellen op het oog even breed. Bij bovenaanzicht is er geen verschil tussen de vorm van de kopse binnenzijden.

Het vrijwel enige verschil tussen de baden bestaat hieruit dat bij de Bogota, vooral aan het hoofdeinde en in iets mindere mate bij het voeteneinde, de overgang tussen de kopse binnenzijde en de vlakke bovenkant is uitgevoerd met een bolling met een grotere straal dan het

geval is bij de Senso 6-hoek. Het gevolg daarvan is dat bij de Bogota in de hoeken geen plateautje ontstaat waarop een glas gezet zou kunnen worden en bij de Senso 6-hoek wel.

4.16.2. In de voorgaande rechtsoverweging ligt besloten dat de thans aanwezige verschillen te gering zijn om gekwalificeerd te worden als een "duidelijk verschil". Mitsdien handelt Riho met de Bogota in strijd met de onthoudingsverklaring.

4.17. *Onregelmatige zeshoeken Senso 145 en Panama*

4.17.1. Als gezegd zijn deze symmetrisch uitgevoerd.

De lange vlakke stroken aan de lange zijanten zijn bij de Panama duidelijk afwijkend van de Senso 145, wat de breedte betreft. De baden zijn met in de hoek te plaatsen kanten tegen elkaar gezet, en daarbij blijkt dat bij het ene bad die kant aan weerszijden 3 tot 5 cm uit stak ten opzichte van het andere bad. Ook verloopt de aansluiting tussen die "in de hoek" geplaatste kant en de aansluitende kopse buitenzijde bij het ene bad met een ronding, bij het andere bad veel hoekiger. Overigens zal het belang hiervan beperkt zijn, omdat juist die hoek deels wordt weggewerkt tegen de badkamermuur.

Het bovenaanzicht is, waar het gaat om de onderlinge aansluiting tussen de beide kopse binnenzijden (bedacht dient te worden dat het om een zeshoek gaat, zodat er aan beide uiteinden twee kopse binnenzijden zijn), bij de Senso 145 anders dan bij de Panama. Bij de Panama verloopt deze met een grote ronding, zodat ook iemand met een tamelijk brede rug comfortabel in die ronding kan zitten. Bij de Senso 145 lopen die kopse binnenzijden bij de onderlinge aansluiting verder door, waardoor de aansluiting wordt uitgevoerd met een ronding met een aanmerkelijk kleinere straal, zodat te verwachten is dat iemand met een brede rug daarin minder comfortabel zal zitten dan bij de Panama.

Hiermee samen hangt dat aan de bovenzijde, in de punt, bij de Panama een driehoekig plateautje ontstaat waarop eventueel een glas gezet kan worden, hetgeen bij de Senso 145 niet of nauwelijks het geval is.

4.17.2. Zoals hiervoor reeds overwogen gaat het in beginsel om vergelijking tussen de nieuwe Riho-modellen en de Senso baden, niet om de oude modellen, maar komt tegen de achtergrond van een redelijke uitleg van de onthoudingsverklaring ook enige betekenis toe aan de mate van gelijkenis tussen de oude modellen van Riho en de Senso baden en de mate van gelijkenis tussen de oude en nieuwe Riho baden.

Bij de Lima beschikt het hof over een Arizona-bad, zodat die in de beschouwingen kan worden betrokken. Bij de Bogota heeft het hof geen overeenkomende eerdere versie nodig om te komen tot het hiervoor omschreven oordeel. Doch bij de Panama heeft het hof er behoefte aan om (indien dit nog ergens beschikbaar is) de eerdere versie (de Houston) zelf te bekijken.

4.17.3. Mitsdien zal het hof de zaak naar de rol verwijzen teneinde partijen in de gelegenheid te stellen zich uit te laten over de beschikbaarheid van een "oud" onregelmatig zeshoekig bad (Houston). Indien dit het geval is, kunnen bij gelegenheid van een nader te bepalen zitting alsnog een Senso 145, een Bogota, en een Houston naast elkaar worden getoond.

4.18. *Overige grieven; vervolg*

4.18.1. Grief 9 heeft betrekking op de schadevergoeding met betrekking tot de Lima. Grief 10 heeft betrekking op de proceskosten. Het hof zal die grieven later bespreken.

4.18.2. De zaak wordt thans eerst verwezen naar de rolzitting van 4 mei 2010 teneinde partijen - Riho als eerste - in de gelegenheid te stellen zich uit te laten over de vraag of zij nog een origineel Houston-bad hebben kunnen traceren.

5. De uitspraak

Het hof:

verwijst de zaak naar de rolzitting van 4 mei 2010 met het doel als in rov. 4.18.2 breder omschreven;

houdt iedere verdere beslissing aan.

Dit arrest is gewezen door mrs. Brandenburg, Wabeke en Deurvorst en in het openbaar uitgesproken door de rolraadsheer op 6 april 2010.

griffier

rolraadsheer



w.g. de griffier w.g. de rolraadsheer

VOOR GROSSE / AFSCHRIFT

Afgegeven aan: adv. app./geïntim.

Griffier gerechtshof 's-Hertogenbosch d.d.: 06-04-2010

mr. F.V.B.M. Mutsaerts

Deomodirye