

vonnis

RECHTBANK DEN HAAG

Team handel
Zittingsplaats Den Haag

zaaknummer / rolnummer: C/09/512548 / KG ZA 16-704

Vonnis in kort geding van 14 juli 2016

in de zaak van

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
MASSIVE AIR B.V.,
gevestigd te Amsterdam,
eiseres in conventie,
verweerster in reconventie,
advocaat mr. S.A. Klos te Amsterdam,

tegen

1. **MARIJN OOMEN**,
wonende te
2. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
FATBOY THE ORIGINAL B.V.,
gevestigd te 's-Hertogenbosch,
gedaagden in conventie,
eisers in reconventie,
advocaat mr. D.J.G. Visser te Amsterdam.

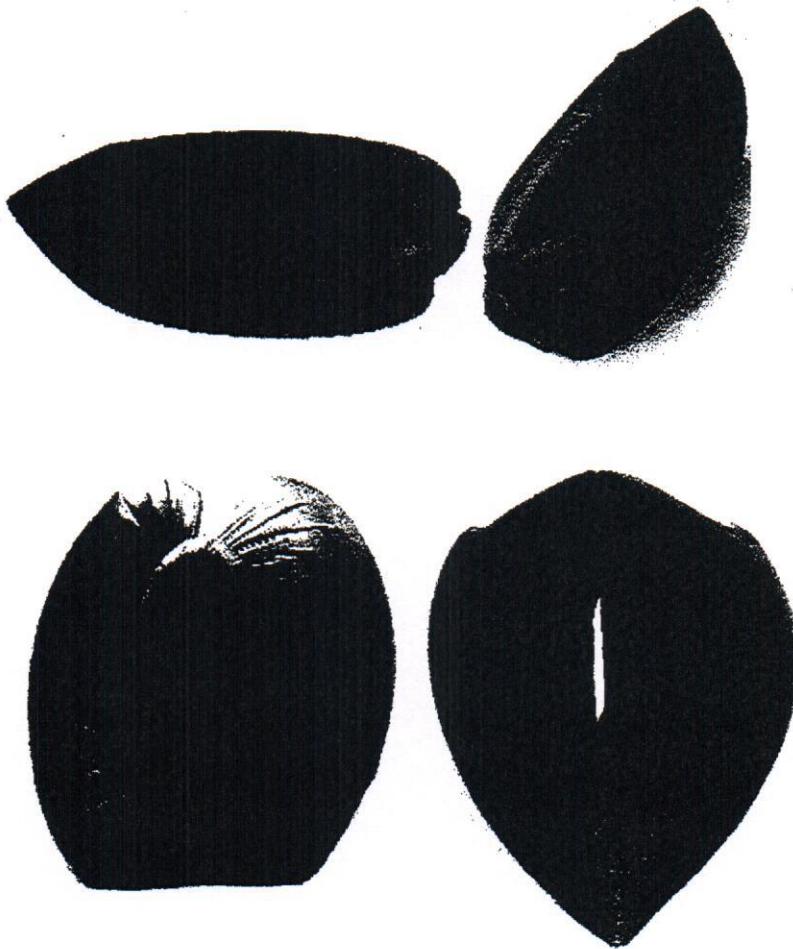
Eiser zal hierna Massive Air worden genoemd. Gedaagden zullen worden aangeduid als Oomen en Fatboy en gezamenlijk Fatboy c.s. genoemd worden. Voor Massive Air is de zaak behandeld door mr. Klos voornoemd en mr. A. Ringnalda en voor Fatboy c.s. door mr. Visser voornoemd en mr. J.A. Schaap, allen advocaat te Amsterdam.

1. De procedure

- 1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:
 - de dagvaarding van 14 juni 2016 met producties 1 tot en met 10;
 - de conclusie van antwoord, tevens houdende eis in reconventie, met producties 1 tot en met 3;
 - de akte houdende vermeerdering van eis, met producties 11 tot en met 14;
 - de brief van de advocaat van gedaagden d.d. 21 juni 2016 met producties 4 tot en met 6;
 - de brief van de advocaat van gedaagden d.d. 22 juni 2016 met productie 7;
 - de ter gelegenheid van de mondelinge behandeling voorgedragen pleitnota's van beide partijen.
- 1.2. Ten slotte is vonnis bepaald op heden.

2. De feiten

2.1. Oomen heeft het Gemeenschapsmodel met registratienummer 0002621904-0001 geregistreerd op 28 januari 2015 voor een chaise longue met het volgende uiterlijk (hierna: 'het Model'):



2.2. Het model werd door Oomen toegepast in een ligzak die hierna zal worden aangeduid als de Lamzac. Deze ligzak is met lucht te vullen door een scheptechniek en het door het oprollen van de stof sluiten van de vulopening. De gebruiker heeft geen pomp of ander hulpmiddel nodig.

2.3. Oomen heeft in of omstreeks mei 2016 zijn ondernemingsactiviteiten met betrekking tot de Lamzac overgedragen aan Fatboy. Daarbij heeft hij ook zijn Gemeenschapsmodelrechten voor het model overgedragen aan Fatboy. Die overdracht is op 26 mei 2016 geregistreerd in het Gemeenschapsmodellenregister.

2.4. Op 2 februari 2016 is Massive Air opgericht. Massive Air is op 8 maart 2016 via de website www.indiegogo.com (hierna ook: 'de website') een geldwervingscampagne

gestart om een ligzak onder de naam KAISR ORIGINAL (hierna: 'KAISR VI') in productie te gaan nemen.

2.5. Op de website doet Massive Air de volgende uitlatingen:

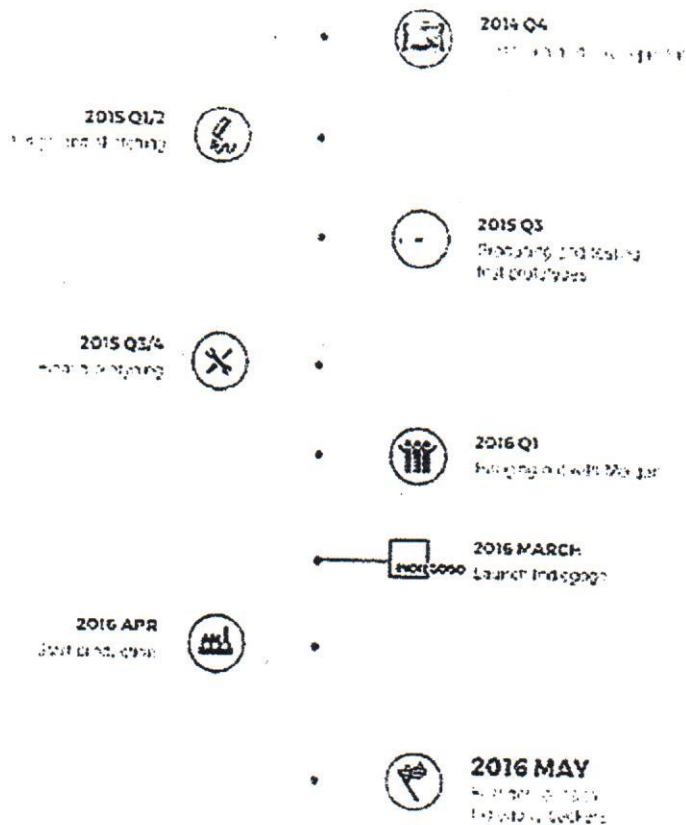


We all have those times in our lives when we need to rest our bones and re-energize ourselves.

We love to travel, hang out with friends and relax on the beach. But, we always hated the fact that we had to drag along those heavy beach chairs or spend the whole afternoon inflating air mattresses. The other option was just sitting on a towel on the (hard) ground. In 2014, we set our sights on completely changing the way people relax. We were fascinated by the simple technique of the dry bag. Together with an ultra-light air-tight fabric, the KAISR Original™ was born.

We tested it for a whole year, travelled the world and used it on the hardest conditions. Everyone LOVED it! And now we are ready to share it with YOU!

TIMELINE

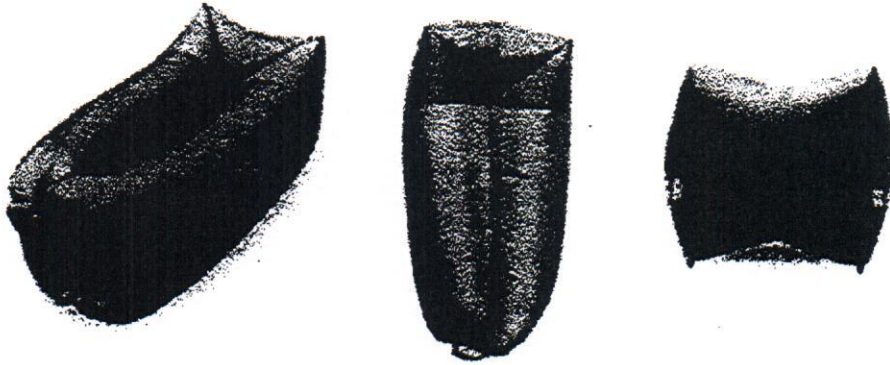


WE **GUARANTEE** THE FIRST 10,000 PIECES WILL BE SHIPPED BEFORE THE END OF MAY

2.6. Nadat Oomen Massive Air had gesommeerd haar aanbod van de KAISR V1 te staken, heeft Massive Air de vormgeving van de KAISR V1 aangepast, in de zin dat thans een lizzak met het hierna afgebeelde uiterlijk op indiegogo.com wordt getoond (hierna: 'KAISR V2').

C/09/512548 / KG ZA 16-704
14 juli 2016

5

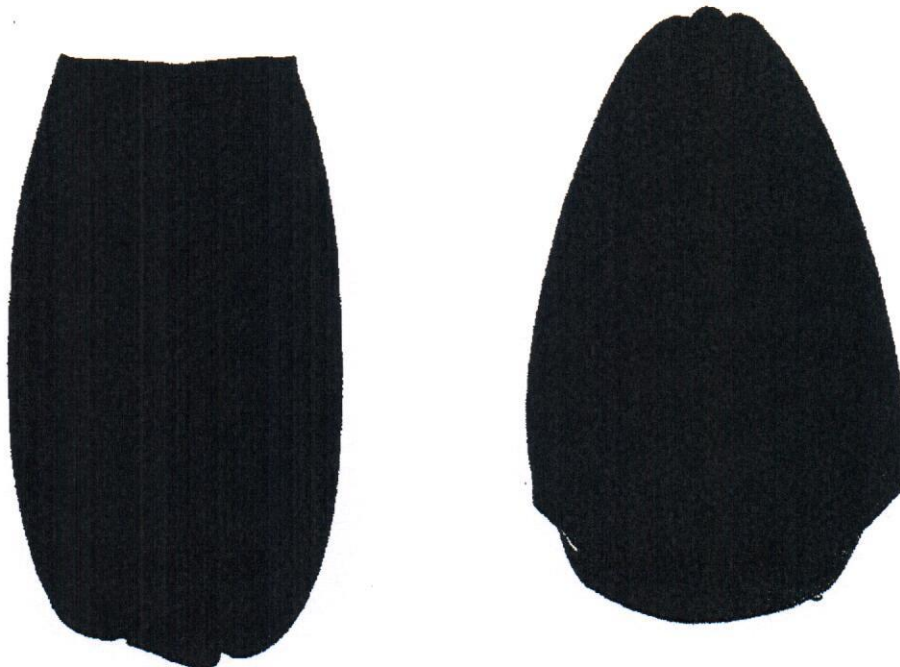


2.7. Oomen is van mening dat ook dit gewijzigde model inbreuk maakt op zijn modelrechten. In maart 2016 heeft Oomen onder meer via de Facebookpagina www.facebook.com/kaisroriginal/posts_to_page zich rechtstreeks tot cliënten van Massive Air gewend met mededelingen dat de KAISR V1 en/of V2 inbreuk maakten op zijn modelrechten.

2.8. Bij dagvaarding van 8 april 2016 is Oomen een procedure tegen Massive Air gestart bij de voorzieningenrechter van deze rechtbank. Oomen heeft zich in die procedure op het standpunt gesteld dat de KAISR V1 en KAISR V2 inbreuk maken op zijn Gemeenschapsmodelrechten. Verder stelde Oomen dat Massive Air de KAISR ten onrechte als 'ORIGINAL' aanduidt en in haar reclame de misleidende indruk wekt dat het gaat om een door haar zelfstandig ontworpen oorspronkelijk en nieuw product. Oomen vorderde daarom een bevel om het commercieel gebruik van de KAISR V1 en V2 te staken en een bevel om elke mededeling dat Massive Air de originele ontwerper van de KAISR V1 en KAISR V2 is te staken.

2.9. De voorzieningenrechter heeft bij vonnis in kort geding van 13 mei 2016 voorlopig geoordeeld dat het model geldig is, dat de KAISR V2 een model is dat op de geïnformeerde gebruiker geen andere algemene indruk maakt dan de Lamzac en dat Massive Air derhalve inbreuk maakt op het modelrecht van Oomen. Het bevel het commercieel gebruik ervan te staken is daarom toegewezen. Dit bevel heeft betrekking op het gebied van de Europese Unie. Omdat dit verbod als effect had dat Massive Air de KAISR V2 niet meer kon aanbieden in de Europese Unie en Massive Air zelf al had toegezegd jegens Oomen om de KAISR V1 niet meer te verhandelen, is het bevel om de mededeling dat Massive Air de originele ontwerper van de KAISR V1 en KAISR V2 is te staken wegens gebrek aan belang niet toegewezen.

2.10. Massive Air heeft vervolgens een nieuw ontwerp voor een luchtzak gemaakt, dat hierna zal worden aangeduid als de KAISR V3. Dit model is hieronder afgebeeld.



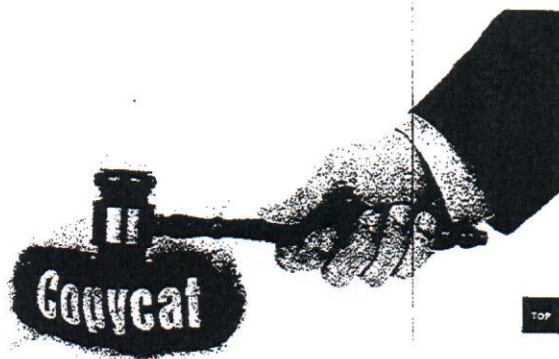
2.11. Massive Air heeft haar voornemen om de KAISR V3 te gaan verhandelen aan Fatboy c.s. kenbaar gemaakt, met het verzoek te bevestigen dat tegen het gebruik en de verhandeling van deze variant geen maatregelen jegens derden genomen zullen worden. Fatboy c.s. heeft de gevraagde bevestiging niet gegeven.

2.12. Naar aanleiding van het vonnis van de voorzieningenrechter van 13 mei 2016 heeft Fatboy c.s. de volgende advertentie verspreid en op haar website geplaatst:



**THE JUDGE HAS RULED;
LAMZAC IS THE ONLY TRUE
ORIGINAL**

You might have heard that many companies have started to copy our Lamzac® the original. We are happy to announce that we won the lawsuit against one of the bigger copycats, Kaisr. The judge called Lamzac the only true original. All others are copycats. The international court has decided that Kaisr must stop selling immediately. Good to know that Lamzac is available right now!



2.13. Na het vonnis van de voorzieningenrechter van 13 mei 2016 heeft Massive Air haar berichtgeving op de website als volgt aangevuld:

**Unfortunately, at the moment our product is NOT available within the EU. We do not accept orders from EU customers.
Please check our latest update in the 'Updates' tab for more info.**

2.14. Onder het kopje "Updates" staat sinds 28 mei 2016

Update for our EU-backers

The new design will be revealed within a few weeks.

1. Will I still receive my inflatable air lounge?

Yes! This summer you will be able relax on your own KAISR.

2. When will you start shipping?

For the moment we cannot give an exact delivery date. Because it isn't entirely in our hands. We will keep you updated every step of the way.

3. I would like to have a refund?

It's not possible to get a refund. But please don't worry. we're making sure you'll receive your KAISR.

3. Het geschil in conventie

3.1. Massive Air vordert, na vermeerdering van eis - samengevat -

1. *primair*:

dat Fatboy c.s. wordt verboden zich ten opzichte van (potentiële) afnemers van Massive Air en andere derden op het standpunt te stellen dat door het gebruik van de KAISR V3 inbreuk wordt gemaakt op de intellectuele eigendomsrechten van Fatboy c.s., meer in het bijzonder Fatboy c.s. te verbieden (potentiële) afnemers van Massive Air en andere derden mondeling of schriftelijk te sommeren, te waarschuwen of jegens hen mededelingen te doen van de

strekking dat door het gebruik van de KAISR V3 inbreuk wordt gemaakt op de intellectuele eigendomsrechten van Fatboy c.s.;

subsidiar:

dat Fatboy c.s. wordt verboden het hiervoor (bij de primaire vordering) beschreven standpunt in te nemen of aan potentiële afnemers van Massive Air de hiervoor beschreven mededelingen te doen zonder gelijktijdig en minstens even prominent de mededeling te doen dat de Voorzieningenrechter van de rechtbank Den Haag in kort geding voorlopig heeft geoordeeld dat door het gebruik van de KAISR V3 geen inbreuk wordt gemaakt op de intellectuele eigendomsrechten van Fatboy c.s.;

het voorgaande (primair en subsidiair) op straffe van een dwangsom van € 100.000,- voor iedere individuele mededeling waarmee het gevorderde bevel wordt overtreden alsmede voor iedere dag waarop een overtreding voortduurt;

2. Fatboy c.s. te veroordelen om binnen 24 uur na betekening van dit vonnis op de homepage van hun website een door Massive Air opgestelde rectificatie te plaatsen en gedurende 6 weken geplaatst te houden ter zake de onder 2.12 weergegeven mededeling;
3. Fatboy c.s. te veroordelen aan al degenen aan wie zij de hiervoor onder 2.12 genoemde en afgebeelde mededeling hebben verzonden binnen twee dagen na betekening van dit vonnis per e-mail en per post een door Massive Air opgestelde rectificatie te verzenden;
4. Fatboy c.s. te veroordelen binnen vijf dagen na betekening van dit vonnis aan de advocaten van Massive Air te verstrekken een accountantsverklaring, gebaseerd op door de accountant verricht onderzoek, inhoudende dat de hiervoor sub 3 bedoelde mededeling per e-mail en per post verzonden is aan alle ontvangers van de oorspronkelijke mededeling;
5. Fatboy c.s. te veroordelen aan Massive Air te voldoen een dwangsom van € 20.000,- per dag of deel van een dag waarop Fatboy c.s. geheel of gedeeltelijk in gebreke blijft aan het hiervoor sub 2 t/m 4 gevorderde te voldoen;
6. Fatboy c.s. te veroordelen in de kosten van het geding ex artikel 1019h Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv).

3.2. Massive Air legt aan haar vorderingen ten grondslag dat de KAISR V3 geen inbreuk maakt op het model van Fatboy c.s. Fatboy c.s. heeft echter niet positief gereageerd op het verzoek van Massive Air te bevestigen dat tegen het gebruik en de verhandeling van de KAISR V3 geen maatregelen genomen zullen worden. Gelet op die weigering en op de agressieve, onjuiste en misleidende reclame die onder 2.12 is weergegeven, vreest Massive Air dat Fatboy c.s. haar afnemers zal benaderen met de mededeling dat sprake is van modelinbreuk als zij de KAISR V3 gaat aanbieden, wat tot vraaguitval zal leiden. Daarmee is er sprake van een dreigende onrechtmatige daad vanwege het 'wapperen' met een modelrecht. Massive Air heeft derhalve belang bij een verbod op het doen van dergelijke mededelingen ('wapperverbod'), alsmede bij een rectificatie van de onder 2.12 genoemde mededeling.

3.3. Fatboy c.s. voert verweer. Volgens haar maakt de KAISR V3 wel inbreuk op haar modelrecht en valt verhandeling ervan onder het verbod zoals uitgesproken in het vonnis van 13 mei 2016. Dit kort geding is niet de gelegenheid om daarover een executiegeschil aanhangig te maken dan wel een 'wapperverbod' te verkrijgen. Fatboy c.s. is voornemens om een eventuele handhavende actie wegens inbreuk tegen Massive Air zelf te richten aangezien dat de enige aanbieder van de KAISR V3 is.

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

4. Het geschil in reconventie

4.1. Fatboy c.s. vordert - samengevat -

1. dat het Massive Air wordt verboden alternatieve ligzakken te leveren aan personen of bedrijven in de Europese Unie die op basis van afbeeldingen van en informatie over de KAISR V1 en/of KAISR V2 bestellingen hebben gedaan, zonder deze personen de gelegenheid te bieden hun bestelling te annuleren tegen retournering van de aankoopprijs, zulks op straffe van een dwangsom;
2. Massive Air te gebieden om op de website www.indiegogo.com op dezelfde plaats waar reclame werd gemaakt voor de KAISR V1 en/of KAISR V2, en op andere websites waarop zij misleidende mededelingen heeft geplaatst en waarop zij de inbreukmakende KAISR modellen heeft aangeboden een mededeling te plaatsen, kort gezegd inhoudende dat de voorzieningenrechter heeft geoordeeld dat de KAISR geen origineel product is maar een inbreukmakend artikel en dat kopers van het inbreukmakend artikel alleen een afwijkend product geleverd kunnen krijgen of hun betaling retour kunnen krijgen.
3. Massive Air te veroordelen in de kosten van het geding in reconventie, inclusief de nakosten.

4.2. Fatboy c.s. stelt dat uit de onder 2.13 en 2.14 weergegeven berichten van de website blijkt dat Massive Air bestellingen van personen en ondernemingen uit de Europese Unie voor de (inbreukmakend geoordeelde) KAISR V1 en KAISR V2 niet annuleert maar voornemens is de betreffende afnemers een afwijkend model te leveren. Daarmee profiteert Massive Air toch van het aanbieden van een ligzak die inbreukmakend is geoordeeld. Fatboy c.s. stelt dat Massive Air daarmee onrechtmatig jegens haar handelt en dat die onrechtmatige daad aan Massive Air toerekenbaar is, zodat een verbod op zijn plaats is. Verder doet Massive Air volgens Fatboy c.s. mededelingen, onder meer die welke onder 2.5 is weergegeven, die erop neerkomen dat zij de originele ontwerper is van ligzakken die met de scheptechniek vulbaar zijn. Deze mededeling acht Fatboy c.s. een oneerlijke handelspraktijk, een misleidende reclame en onrechtmatig.

4.3. Massive Air wijst ten verwere naar de manier waarop *crowdfunding* via de website werkt. Op de website wordt een deelnemer (een zogenaamde 'backer') er nadrukkelijk op gewezen dat hij geld betaalt aan een project en dat hij geen bestaand product koopt. Het risico dat het te ondersteunen project wijzigingen ondergaat of zelfs in het geheel niet wordt gerealiseerd, wordt uitdrukkelijk onder de aandacht gebracht. Massive Air acht daarom haar handelwijze, waarbij de *backer* een KAISR V1 dan wel KAISR V2 bestelt maar een KAISR V3 ontvangt, niet onrechtmatig. Verder voert Massive Air aan dat de eerste toepasser van een bestaande techniek bij een nieuw product, voor zover daar geen octrooi op rust, geen bijzondere rechten heeft en dat de normen ter zake oneerlijke handelspraktijken dienaangaande ook niets vermelden. Het gebruik van de term 'Original' voor producten is veel voorkomend en kan niet als misleidend worden aangemerkt.

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

5. De beoordeling in conventie

Bevoegdheid en spoedeisend belang

5.1. De voorzieningenrechter is bevoegd van het onderhavige geschil kennis te nemen, reeds omdat die bevoegdheid niet is bestreden. Het spoedeisend belang is evenmin bestreden, zodat de voorzieningenrechter daarvan zal uitgaan.

Wapperverbod

5.2. Massive Air vordert in de eerste plaats dat het Fatboy c.s. wordt verboden zich ten opzichte van (potentiële) afnemers van Massive Air en andere derden op het standpunt te stellen dat door het gebruik van de KAISR V3 inbreuk wordt gemaakt op de intellectuele eigendomsrechten van Fatboy c.s.

5.3. Bij de beoordeling heeft als uitgangspunt te gelden dat het verzenden van een sommatiebrief of een andere waarschuwing door de rechthebbende van een intellectueel eigendomsrecht teneinde inbreuk op dat recht te voorkomen of tegen te gaan, in beginsel niet onrechtmatig is, ook niet als die sommatie of waarschuwing aan (potentiële) afnemers van de beweerdelijk inbreukmaker is gericht. Onder omstandigheden kan dit evenwel anders zijn. In ieder geval is dat zo indien de rechthebbende niet te goeder trouw is, bijvoorbeeld omdat hij wist dat de aangeschreven partij geen inbreuk maakt op het ingeroepen recht althans zulks in redelijkheid niet heeft kunnen menen. Ook is daarvan sprake als hij weet, dan wel dient te beseffen, dat een serieuze, niet te verwaarlozen kans bestaat dat zijn recht geen stand zal houden in een procedure¹. De rechthebbende handelt dan immers tegen beter (hebben moeten) weten in, hetgeen onzorgvuldig is. Of hiervan sprake is moet steeds beoordeeld worden aan de hand van alle omstandigheden van het geval.

5.4. Ten aanzien van Fatboy overweegt de voorzieningenrechter als volgt. Dat Fatboy tegen beter (moeten) weten in jegens (potentiële) afnemers van Massive Air het bericht zal verspreiden dat met de KAISR V3 inbreuk op haar rechten wordt gemaakt, acht de voorzieningenrechter voorshands onvoldoende aannemelijk gemaakt. Daarvoor is het volgende redengevend.

5.5. De omstandigheid dat Fatboy weigert aan Massive Air te verklaren dat zij het modelrecht niet zal inroepen tegen de verhandeling van de KAISR V3, vormt geen concrete aanwijzing dat Fatboy jegens afnemers van Massive Air de mededeling zal gaan doen dat de KAISR V3 een modelinbreuk vormt, als Massive Air daarmee op de markt zou komen. Bedacht dient te worden dat er voor Fatboy geen rechtsplicht bestaat om op voorhand een dergelijke verklaring aan Massive Air te verstrekken.

5.6. De onder 2.12 weergegeven advertentie vormt evenmin een aanwijzing dat er een dreiging is dat Fatboy met haar modelrechten zal gaan wapperen. De mededeling '*all others are copycats*' was ten tijde van publicatie van die advertentie voorshands niet onjuist. In het vonnis van 13 mei 2016 was immers voorlopig geoordeeld dat het modelrecht van Fatboy c.s. geldig was en dat de KAISR V2 daarop inbreuk maakte. Uit dat oordeel volgde impliciet dat ook de KAISR V1 inbreuk maakte, omdat de KAISR V1 minder afweek van het model dan de KAISR V2. Ten tijde van publicatie van de advertentie werden alleen die twee modellen Massive Air aangeboden. Verder heeft Fatboy onweersproken gesteld dat

¹ Vergelijk HR 29 september 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU6098 (CFS Bakel – Stork).

alle andere aanbieders van ligzakken een model aanbieden dat (nagenoeg) identiek is aan de LAMZAC en de KAISR V1. Tegen die achtergrond handelde Fatboy c.s. niet onzorgvuldig jegens Massive Air met de mededeling '*all others are copycats*'.

5.7. De mededeling dat de Lamzac de '*true original*' is, kan ook niet onzorgvuldig worden geacht, gegeven het feit dat Massive Air in het kort geding dat leidde tot het vonnis van 13 mei 2016 niet heeft bestreden dat Oomen als eerste een ligzak met 'scheptechniek' op de markt heeft gebracht. In het kort geding vonnis van 13 mei 2016 is weliswaar niet geoordeeld dat de Lamzac de '*true original*' is, maar gelet op de beoordeling in dat vonnis en het feit dat Oomen als eerste een ligzak heeft ontworpen, valt niet in te zien dat deze uitlating aangemerkt moet worden als een misleidende mededeling.

5.8. Tot slot wordt met de mededeling "*the international court has decided that Kaisr must stop selling immediately*" de waarheid in letterlijke zin geen geweld aangedaan: een Rechtbank voor het Gemeenschapsmodel is een rechtbank met grensoverschrijdende en dus internationale bevoegdheid. In het vonnis van 13 mei 2016 is ook een verbod voor de gehele Europese Unie gegeven, derhalve een internationaal verbod.

5.9. Al met al vormt de in 2.12 weergegeven advertentie geen evident misleidende of anderszins onzorgvuldige mededeling.

5.10. Massive Air wijst daarnaast op de posts op internet van Oomen in maart 2016, waarin hij zich beroept op zijn modelrechten en stelt dat de KAISR V1 daarop inbreuk maakt. Voorshands valt echter niet in te zien dat Fatboy vergelijkbare posts zal plaatsen ten aanzien van de KAISR V3. Gesteld noch gebleken is dat Fatboy betrokken was bij de plaatsing van die posts door Oomen in maart 2016.

5.11. Naast genoemde advertentie en de posts van Oomen heeft Massive Air geen concrete feiten en omstandigheden genoemd, die de gestelde dreigende onrechtmatige daad door Fatboy onderbouwen. Onder deze omstandigheden is er geen sprake van voldoende aanwijzingen voor een dreigende onrechtmatige daad, zodat geen grond is voor toewijzing van het (primaire en subsidiaire) deel van het gevorderde wapperverbod jegens Fatboy.

5.12. Wat betreft Oomen is onweersproken gesteld dat hij zijn onderneming, inclusief de betreffende modelrechten, heeft overgedragen aan Fatboy. Massive Air heeft geen concrete omstandigheden genoemd waardoor aangenomen kan worden dat Oomen, ondanks het feit dat hij niet meer verantwoordelijk is voor de exploitatie van de Lamzac, zich nog jegens derden zal gaan beroepen op een modelrecht waarvan hij in deze procedure uitdrukkelijk stelt dat hij dat recht heeft overgedragen. Dat Oomen in maart, toen hij nog wel de modelrechthebbende was, op Facebook berichten aan potentiële afnemers van Massive Air heeft verstuurd waarin hij zich beriep op zijn modelrechten, vormt gezien de recente overdracht van zijn onderneming derhalve geen aanwijzing dat hij zich nogmaals tot (potentiële) afnemers van Massive Air zal gaan wenden. Ten aanzien van Oomen is er derhalve ook geen grond voor toewijzing van een wapperverbod.

5.13. De voorzieningenrechter merkt hierbij op dat de vraag of de KAISR V3 als duidelijk heeft gemaakt dat het haar in deze zaak ook om een voorlopig antwoord op die vraag gaat. Dat kan echter geen rol spelen in de beoordeling als er, ongeacht het antwoord

op de vraag of de KAISR V3 inbreuk maakt, onvoldoende grond is om een dreigende onrechtmatige daad aan te nemen.

Rectificatie

5.14. De overige vorderingen van Massive Air hebben betrekking op een bevel tot rectificatie van de onder 2.12 weergegeven advertentie van Fatboy.

5.15. Massive Air heeft in haar akte vermeerdering van eis en ter zitting geen grondslag voor dit deel van haar vordering genoemd. Voor zover deze grondslag moet worden gezocht in het verbod op misleidende reclame faalt dit beroep op de gronden zoals hiervoor onder 5.6 tot en met 5.8 besproken. Massive Air heeft verder niet gesteld dat deze advertentie op basis van andere nationale rechtsstelsels, met name die van landen buiten de Europese Unie, wel onrechtmatig zou zijn. Ook dit deel van de vorderingen zal daarom worden afgewezen.

Proceskosten

5.16. Massive Air zal als de in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de proceskosten in conventie. Fatboy c.s. vordert vergoeding van haar volledige proceskosten op de voet van artikel 1019h Rv. Dit kan alleen voor zover het gaat om het deel van het geschil dat betrekking heeft op handhaving van intellectuele eigendomsrechten in de zin van artikel 1019 Rv. In lijn met bestaande jurisprudentie van deze rechtbank stellen beide partijen zich op het standpunt dat artikel 1019h Rv van toepassing is op een vordering voor een wapperverbod. Een proceskostenveroordeling op de voet van artikel 1019h Rv geldt derhalve voor het primair en subsidiair onder 3.1 sub I gevorderde. De voorzieningenrechter schat dit deel van de vordering in conventie op 80% van de kosten van Fatboy c.s. Fatboy c.s. heeft slechts een totaaloverzicht van haar kosten in het geding gebracht, zonder onderverdeling in conventie en reconventie. Massive Air heeft onbetwist gesteld dat 70% van haar kosten verband houden met de vorderingen in conventie. De voorzieningenrechter zal dit percentage daarom ook hanteren voor Fatboy c.s. Dit betekent dat van het totaal aan opgegeven kosten van Fatboy c.s. ad € 13.810,13 (welk bedrag door Massive Air niet is betwist), 70%, derhalve € 9.667,09 wordt toegerekend aan het geschil in conventie. Van laatstgenoemd bedrag wordt 80%, derhalve € 7.733,67, toegerekend aan de conventionele vorderingen waarvoor de kosten op de voet van artikel 1019h Rv worden begroot. Voor het overige worden de proceskosten van Fatboy c.s. in conventie begroot op € 619,- aan griffierecht, en € 163,20 (20% van het liquidatietarief in kort gedingzaken van € 816,-) aan kosten advocaat, derhalve in totaal € 8.515,87.

6. De beoordeling in reconventie

6.1. Fatboy c.s. vordert in reconventie in de eerste plaats een verbod voor Massive Air om aan personen of bedrijven in de Europese Unie die op basis van afbeeldingen van en informatie over de KAISR V1 en KAISR V2 bestellingen hebben gedaan, een alternatieve ligzak te leveren zonder deze personen de gelegenheid te bieden hun bestelling te annuleren tegen retournering van de aankoopprijs.

6.2. Bij de beoordeling van de vraag of het handelen van Massive Air jegens Fatboy c.s. onrechtmatig is staat voorop dat op grond van het voorlopig oordeel in het vonnis van 13 mei 2016 de KAISR V1 en KAISER V2 als inbreukmakende producten moeten worden beschouwd. Met het aanbieden van deze producten op de website en het aangaan van overeenkomsten met betrekking tot deze producten is derhalve inbreuk gemaakt op de

rechten van Fatboy c.s. in de Europese Unie. In het vonnis van 13 mei 2016 is een door Oomen gevorderde rectificatie op de website geweigerd omdat er nog niet daadwerkelijk inbreukmakende producten waren geleverd en, gelet op het in dat vonnis uitgesproken verbod, dit ook niet alsnog zou gebeuren, althans niet in het grondgebied van de Europese Unie.

6.3. Het door de website toegepaste *crowdfunding* systeem maakt het echter mogelijk dat *backers* die reeds een bestelling aan de hand van een afbeelding en beschrijving van de KAISR V1 en KAISR V2 hebben gedaan maar nog niets geleverd hebben gekregen, hun storting niet geretourneerd krijgen maar een ander product ontvangen in ruil voor hun bijdrage.

6.4. Voor het overige heeft het door de website toegepaste *crowdfunding* systeem echter trekken van een gebruikelijke koopovereenkomst: de *backers* die het geld overmaken, zijn niet te beschouwen als zuivere investeerders. Hun inbreng is immers evenredig aan het aantal '*perks*' dat ze krijgen en Massive Air maakt ook duidelijk dat het de ligzakken zijn die als *perk* geleverd gaan worden bij een investering. Aannemelijk is derhalve dat de *backers* personen zijn die in het bezit willen komen van een ligzak. De website is derhalve gebruikt als verkoopkanaal. Aannemelijk is verder dat de *backers* die reageerden op het aanbod voor de KAISR V1 en KAISR V2 geen bestaande relaties van Massive Air waren, want de KAISR V1 en V2 waren de eerste en enige producten die Massive Air tot voor kort aanbood.

6.5. Het voorgaande leidt tot de conclusie dat het door de website toegepaste *crowdfunding* systeem tot gevolg heeft dat Massive Air het voordeel van haar inbreukmakend geoordeeld handelen ten volle behoudt. Omgekeerd geldt dat ook de schade die Fatboy c.s. door de inbreuk dreigde te lijden, onverminderd intact blijft, omdat *backers* niet alsnog voor de Lamzac kunnen kiezen zonder hun geld kwijt te zijn aan Massive Air. Een als voorlopige maatregel gegeven verbod tot modelrechtelijke inbreuk heeft onder meer tot doel de schade van de rechthebbende te beperken. Die doelstelling wordt onder deze omstandigheden niet bereikt.

6.6. Dit brengt de voorzieningenrechter tot het voorlopig oordeel dat Massive Air in strijd handelt met hetgeen in het maatschappelijk verkeer betaamt jegens Fatboy c.s. ingeval zij overgaat tot uitlevering van de KAISR V3 aan *backers* die als *perk* de inbreukmakende KAISR V2 dan wel de KAISR V1 verwachtten, voor zover zij dit doet zonder de betreffende *backers* in de gelegenheid te stellen hun bestelling te annuleren tegen retournering van het door hen gestorte bedrag. Dat de handelwijze van Massive Air geen wanprestatie is jegens de *backers* doet niet af aan het onrechtmatig karakter daarvan jegens Fatboy c.s.

6.7. Het voorgaande leidt ertoe dat de reconventionele vordering genoemd in rechtsoverweging 4.1 onder 1 toewijsbaar is.

6.8. Wat betreft de reconventionele vordering genoemd in rechtsoverweging 4.1 onder 2 overweegt de voorzieningenrechter als volgt. Massive Air heeft onvoldoende weersproken dat haar pagina op de website (www.indiegogo.com), waarop Fatboy c.s. een rectificatie geplaatst wenst te zien, ook na het vonnis van 13 mei 2016 benaderbaar is vanuit de Europese Unie en dat zij die pagina gebruikt als verkoopkanaal. In zoverre heeft

Fatboy Massive Air (spoedeisend) belang bij de gevorderde rectificatie op die pagina. De gevorderde rectificatie heeft deels betrekking op hetgeen hiervoor is overwogen en is om die reden voor dat deel toewijsbaar. Daarbij behoort ook de mededeling dat de voorzieningenrechter voorlopig heeft geoordeeld dat de KAISR V1 en V2 inbreukmakende producten zijn.

6.9. De gevorderde rectificatie ziet echter ook op het feit dat Massive Air zich, onder meer via de in rechtsoverweging 2.5 weergegeven tekst, presenteert als de originele ontwerper van het ligbed met scheptechniek. Tussen partijen is niet in geschil dat Oomen de ontwerper is van het model. Massive Air heeft ook niet bestreden dat zij een aantal exemplaren van de Lamzac heeft besteld voordat zij eind 2015/begin 2016 de KAISR V1 heeft laten maken. Gelet op die feitelijke omstandigheden is de door Massive Air op de website getoonde 'timeline' een misleidende handelspraktijk in de zin van artikel 6:193c BW, omdat het bij het publiek de indruk wekt te maken te hebben met een innovatie van Massive Air, terwijl een overeenstemmend model al door Oomen was ontworpen en op de markt werd gebracht. Van jarenlange research en development door Massive Air, zoals de timeline suggereert, is geen sprake geweest. Dat een product een innovatie is en de aanbieder ervan de ontwikkelaar daarvan, kan voor het publiek een belangrijk kenmerk van het product vormen. Derhalve vormt de in 2.5 weergegeven informatie een misleiding ten aanzien van de aard van het product en de hoedanigheid van de verhandelaar. Gelet daarop is er grond voor een rectificerende mededeling dat Massive Air niet als eerste een ligzak aanbod, op de wijze als verwoord in het dictum.

6.10. Voor zover Fatboy c.s. ook rectificatie wenst van het gebruik van het woord 'original' door Massive Air zal dit worden afgewezen. Dat het publiek zuiver en alleen door de vermelding 'original' zal veronderstellen dat Massive Air de eerste ontwerper/leverancier van een ligzak is, is onvoldoende aannemelijk. 'Kaisr Original' kan ook worden opgevat als 'afkomstig van Kaisr'. Het enkele woord 'original', zonder verdere claim dat Massive Air de ontwerper is of deze innovatie heeft ontwikkeld, zal eerder als een overdrijvende aanprijzing worden gezien die voorshands niet onrechtmatig is.

6.11. Dat ook reclame is gemaakt op andere websites is niet gebleken, zodat het daarop betrekking hebbende deel van de vordering zal worden afgewezen.

6.12. De gevorderde rectificatie zal daarom op na te melden wijze worden toegewezen. De gevorderde dwangsom zal worden gemaximeerd als na te melden.

Proceskosten

6.13. Massive Air zal als de in reconventie overwegend in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de kosten van het geding in reconventie. Nu de reconventionele vorderingen niet vallen onder het bereik van artikel 1019h Rv en zelfstandige vorderingen zijn ten opzichte van de vorderingen in conventie, zullen de kosten aan de zijde van Fatboy c.s. worden begroot conform het liquidatietarief en op volledige punten, derhalve € 816,- aan kosten advocaat. Voor veroordeling in de nakosten bestaat geen grond, nu de kostenveroordeling ook voor deze nakosten een executoriale titel oplevert².

² vgl. HR 19 maart 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL1116, NJ 2011/237.

7. De beslissing

De voorzieningenrechter

in conventie

- 7.1. wijst het gevorderde af;
- 7.2. veroordeelt Massive Air in de proceskosten, aan de zijde van Fatboy c.s. tot op heden begroot op € 8.515,87;
- 7.3. verklaart deze proceskostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad;

in reconventie

- 7.4. verbiedt Massive Air met onmiddellijke ingang na betekening van dit vonnis alternatieve ligzakken te leveren aan personen of bedrijven in de Europese Unie die op basis van afbeeldingen van en informatie over de KAISR V1 of KAISR V2 bestellingen hebben gedaan zonder deze personen of bedrijven de gelegenheid te bieden hun bestelling te annuleren tegen retourmering van de aankoopprijs;
- 7.5. bepaalt dat Massive Air bij overtreding van het onder 7.4 vermelde verbod een dwangsom verbeurt van € 500,- per ligzak dan wel – zulks ter keuze van Fatboy c.s. – van € 1.000 per dag van niet-naleving van het onder 7.4 genoemde verbod, tot een maximum van € 200.000,- is bereikt;
- 7.6. gebiedt Massive Air om binnen vijf werkdagen na betekening van dit vonnis op de website www.indiegogo.com, op dezelfde plaats waar reclame werd gemaakt voor de KAISR V1 en/of KAISR V2, gedurende veertien dagen het volgende bericht te (laten) tonen (in een zwart kader en in duidelijk leesbaar lettertype in zwarte letters tegen een witte achtergrond en zonder enige toevoeging in woord of geschrift), desnoods door het inkopen van advertentieruimte op die website:

“Rectification for EU based backers

Via this website we have published and offered for sale an air lounge with the trademark KAISR Original. The preliminary injunction judge of the District Court in the Hague, the Netherlands, has ordered us to publish that that product is not the first air lounge developed and that the air lounge that we offered was judged, in a preliminary judgment, to be an infringement in the European Union of the design of mr. Marijn Oomen. We are also ordered to announce that we have to offer those persons or companies in the European Union who have ordered the infringing product the choice to either receive a non-infringing and therefore differently shaped product or to receive a refund”;

- 7.7. bepaalt dat Massive Air bij overtreding van het onder 7.6 vermelde gebod een dwangsom verbeurt van € 1.000 per dag van niet-naleving van het onder 7.6 genoemde gebod, tot een maximum van € 100.000,- is bereikt;