

beschikking

RECHTBANK DEN HAAG

Team handel - voorzieningenrechter

rekestnummer: KG RK 17-791

Beschikking van 9 mei 2017

in de zaak van

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
FATBOY THE ORIGINAL B.V.,
gevestigd te 's-Hertogenbosch,
verzoekster,
advocaat: mr. J.A. Schaap te Amsterdam.

tegen

1. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
LEEN BAKKER HOLDING B.V.,
gevestigd te Amsterdam,
2. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
LEEN BAKKER NEDERLAND B.V.,
gevestigd te Raamsdonkveer,
gerekwestreerden.

Gegevens met betrekking tot het verzoek

Het verzoek is ingekomen op 8 mei 2017. Het verzoek is aan deze beschikking gehecht. Voorts heeft de voorzieningenrechter kennis genomen van het voordien, bij brief van 7 april 2017 door (onder meer) gerekwestreerde sub 2 bij deze rechtbank ingediende verzoek tot grijsmaking.

1. Bevoegdheid

1.1. Voor zover het verzoek is gebaseerd op de gestelde inbreuk op (een) aan verzoekster toebehorend(e) Uniemerken(en) of Gemeenschapsmodel(en) is de rechtbank internationaal (en relatief) bevoegd daarvan kennis te nemen nu gerekwestreerden gevestigd of woonachtig zijn in Nederland (artikel 95 lid 1, 96 onder a, 97 lid 1 en 103 lid 1 en lid 2 UMVo en artikel 3 van de Uitvoeringswet EG-verordening inzake het Gemeenschapsmerk respectievelijk artikel 80 lid 1, 81 onder a, 82 lid 1 en 90 lid 1 en lid 3 GModVo en artikel 3 van de Uitvoeringswet EG-verordening betreffende Gemeenschapsmodellen). De bevoegdheid strekt zich uit tot de gehele Europese Unie.

2. Beoordeling

2.1. Mede gelet op het in het verzoekschrift genoemde arrest van het Hof Den Haag van 20 juli 2016 (in hoger beroep op het vonnis van 19 mei 2016 van de voorzieningenrechter van deze rechtbank) bestaat naar voorlopig oordeel geen reden aan de geldigheid van de door verzoekster ingeroepen rechten te twijfelen. De in de grijsmaking vermelde oudere modellen zijn in die procedure ook bij de beoordeling van de geldigheid betrokken.

2.2. Verzoekster heeft voldoende aannemelijk gemaakt dat gerekwestreerden inbreuk op die rechten maken om de toe te wijzen maatregelen te rechtvaardigen. Op basis van de in het verzoekschrift en bij de grijsmaking overgelegde afbeeldingen, gaat de voorzieningenrechter er voorshands van uit dat de grijsmaking door gerekwestreerde sub 2 betrekking heeft op de "lounger" waarop de vordering is gericht, ook al wordt in de grijsmaking gesproken over model "V2" en/of "Cape Cod Breeze" en lijkt het hoofdeinde van de "V2" op sommige afbeeldingen iets af te wijken van het hoofdeinde van de "lounger". Het in de grijsmaking gevoerde verweer maakt duidelijk dat gerekwestreerde sub 2 op de hoogte is van de in 2.1 opgesomde uitspraken. Desalniettemin maakt de grijsmaking niet goed duidelijk in welke opzichten de "lounger" van gerekwestreerden afwijkt van de in die procedure als inbreukmakend beoordeelde "Kaisr V2". Voor zover gerekwestreerde sub 2 al afwijkingen daarvan noemt (hoge naad en kussenvorm bij hoofdeinde) zijn die in ieder geval niet duidelijk zichtbaar aanwezig in de "lounger" zoals weergegeven in productie 2 bij het verzoekschrift of leiden zij voorshands niet tot een andere algemene indruk. Daarbij neemt de voorzieningenrechter in aanmerking dat in het arrest van het Hof Den Haag van 20 juli 2016 is overwogen (in r.o. 21) dat aan het model van verzoekster een ruime beschermingsomvang toekomt.

2.3. Gelet op hetgeen in het verzoekschrift is aangevoerd ten aanzien van het spoedeisend belang van verzoekster en gelet op de mate van aannemelijkheid van de inbreuk, bestaat voldoende grond voor toewijzing van het gevraagde bevel tot staking van de inbreuk zonder gerekwestreerden voorafgaand te horen.

2.4. Het verzoek tot tenuitvoerlegging op alle dagen en uren zal worden afgewezen, nu verzoekster dat niet heeft gemotiveerd.

3. Beslissing

De voorzieningenrechter:

3.1. beveelt gerekwestreerden binnen 24 uur na betekening van deze beschikking iedere verhandeling van de in het verzoekschrift onder 3 en 13 beschreven product in de Europese Unie te staken en gestaakt te houden, zowel via de website www.leenbakker.nl als in de winkelfilialen, alsmede om iedere afbeelding van dit product op de website www.leenbakker.nl, waaronder de afbeeldingen in de folder van week 19, te verwijderen en verwijderd te houden;

3.2. veroordeelt gerekwestreerden tot betaling van een dwangsom van € 250,- per betrokken product of, zulks ter keuze van verzoekster, € 5.000,- voor iedere dag, een gedeelte van een dag daaronder begrepen, dat de betreffende gerekwestreerde in strijd handelt met het in 3.1. gegeven bevel, met een maximum van € 250.000,-;

-
- 3.3. bepaalt de termijn voor het instellen van een eis in de hoofdzaak als bedoeld in artikel 1019i Rv op zes maanden na heden;
- 3.4. verklaart deze beschikking uitvoerbaar bij voorraad;
- 3.5. wijst het overigens meer of anders verzochte af.

Deze beschikking is gegeven door mr. F.M. Bus op 9 mei 2017 in aanwezigheid van de griffier.



Voor grosse/afschrift

- 9 MEI 2017

De griffier,



FBK

 **KOPIE**

KG RK 17/1791

VISSER
SCHAAP &
KREIJGER

**VERZOEKSCHRIFT TOT HET GEVEN VAN EEN ONMIDDELLIJKE VOORZIENING
BIJ VOORRAAD HOUDENDE EEN BEVEL OM (DREIGENDE) INBREUKEN OP DE
RECHTEN VAN INTELLECTUELE EIGENDOM TE VOORKOMEN EX ARTIKEL
1019e Rv.**

Aan de Edelachtbare Heer/Vrouwe Voorzieningenrechter van de Rechtbank - 8 MEI 2017
Den Haag;

Verzoekster is:

De besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid **FATBOY THE ORIGINAL B.V.**, gevestigd en kantoorhoudende te (5215 MG) 's-Hertogenbosch, aan de Steenbok 19, hierna te noemen: "Verzoekster" of "Fatboy";

Verzoekster kiest te dezer zake domicilie te (1071 LM) Amsterdam aan het Concertgebouwplein 19, ten kantore van de maatschap van advocaten Visser Schaap & Kreijger, van welk kantoor mrs. J.A. Schaap en P. de Leeuwe deze zaak inhoudelijk behandelen;

Gerekwestreerden zijn:

1. De besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid **LEEN BAKKER HOLDING B.V.**, tevens handelende onder de naam **L.B.B.**, gevestigd te Amsterdam en kantoorhoudende te (4941 SH) Raamdonksveer, aan de Karperweg 3;
2. De besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid **LEEN BAKKER NEDERLAND B.V.**, gevestigd en kantoorhoudende te (4941 SH) Raamsdonksveer, aan de Karperweg 3

Hierna gezamenlijk te noemen "Leen Bakker";

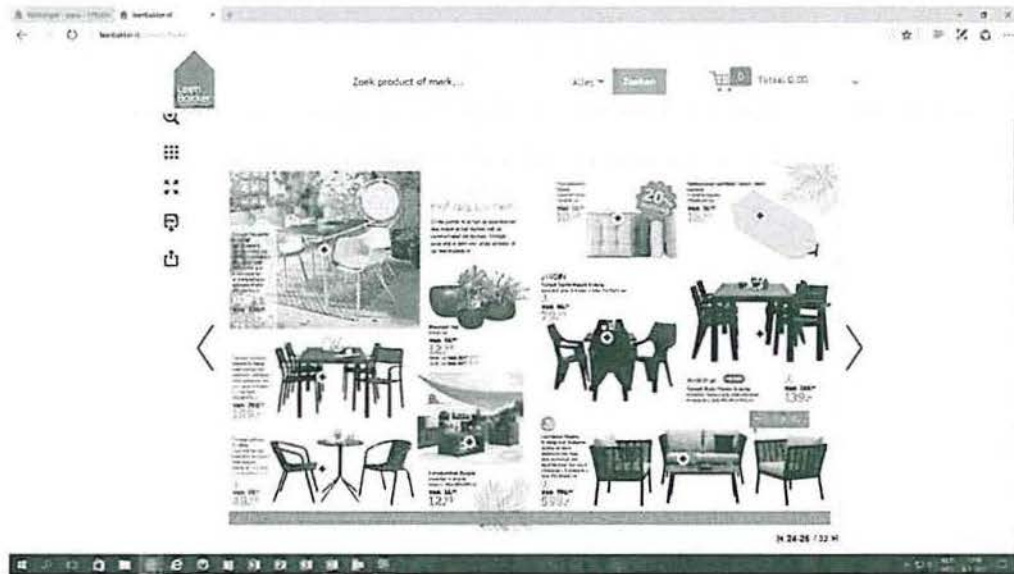
Ingekomen bij de griffie op:
8 MEI 2017
Rechtbank Den Haag,
Team Administratie Civiel 112147

INLEIDING

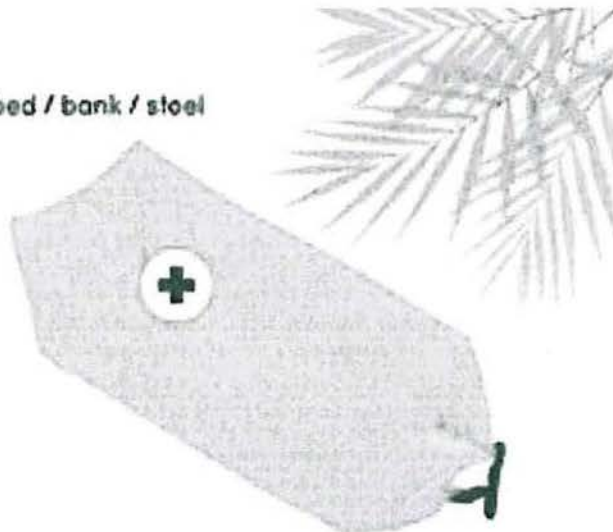
1. Op 2 mei jl. heeft Verzoekster ("Fatboy") een verzoek ex. 1019e Rv bij uw rechtbank jegens Blokker B.V. ("Blokker") ingediend, omdat Blokker in de folder van week 18 (29 april 2017 – 14 mei 2017) het hieronder afgebeelde product te koop aanbood.



2. Op 3 mei jl. heeft uw rechtbank dit verzoek toegewezen en Blokker bevolen iedere verhandeling van het hierboven afgebeelde product te staken en gestaakt te houden. Daarbij heeft uw rechtbank geoordeeld dat Blokker, ondanks het "bij brief van 8 april 2017 door (onder meer) door gerekwestreerde (...) ingediende grijsmakingsverzoek", niet hoeft het worden gehoord. De ex parte beschikking van 3 mei jl. zal als **productie 1** worden overlegd.
3. Op 8 mei jl. heeft Fatboy geconstateerd dat Leen Bakker in de folder van deze week (week 19) én op de website www.leenbakker.nl het hierboven afgebeelde product te koop aanbiedt (zie tevens: **productie 2**). Dit product (hierna: "de Lounger") wordt tegen een nog lagere prijs verkocht dan het product van Blokker.



Opblaasbaar luchtbed / bank / stoel
polyester,
in diverse kleuren,
175x85x54 cm
van 19.⁹⁹
16.⁹⁹



4. Op 8 mei jl. heeft Fatboy aankopen bij diverse Leen Bakker-vestigingen gedaan voor het opblaasbaar luchtbed (**productie 3**).
5. Leen Bakker blijkt een zustervennootschap van Blokker te zijn. Beide entiteiten vallen onder de vennootschap Blokker Holding B.V. Uittreksels van de kamer van koophandel worden overlegd als **productie 4**. Het is Fatboy niet bekend of Blokker de voorraden bij de Blokker vestigingen heeft doorspeeld aan Leen Bakker. Wat hiervan zij, het kan niet anders dan dat de ex parte verleend tegen Blokker bij Leen Bakker, een

zusteronderneming, bekend zal zijn. In ieder geval zal de ex parte bekend zijn bij de moedermaatschappij van Blokker, Blokker Holding B.V. De verkoop van het als inbreukmakend geoordeelde product is dus bewust voortgezet. Blokker Holding lijkt hiermee het ex parte verbod tegen Blokker bewust te omzeilen. In ieder geval zet de moedermaatschappij (via een andere dochteronderneming) de verkoop van dit product gewoon door.

6. Gezien het voorgaande, meent Fatboy dat ook een ex parte jegens Leen Bakker gerechtvaardigd is. Dit verzoekschrift is dan ook grotendeels identiek aan het verzoekschrift dat op 2 mei jl. bij uw rechtbank is ingediend. Alleen voor wat betreft gerekwestreeerden en de dwangsommen maakt Fatboy afwijkende opmerkingen (zie nrs. 12-15 en nr. 48 van dit verzoekschrift).
7. Vanwege de omvang, heeft Fatboy ervoor gekozen de bijlagen van het verzoekschrift van 2 mei jl. (hierna: "Verzoekschrift 1") niet nogmaals over te leggen. In dit verzoekschrift zal dus naar de bijlagen uit Verzoekschrift 1 worden verwezen. Bij dit verzoekschrift zullen wel een zestal producties worden overlegd. Indien uw rechtbank de bijlagen bij Verzoekschrift 1 nogmaals wenst te ontvangen, zullen deze op eerste verzoek worden toegezonden.

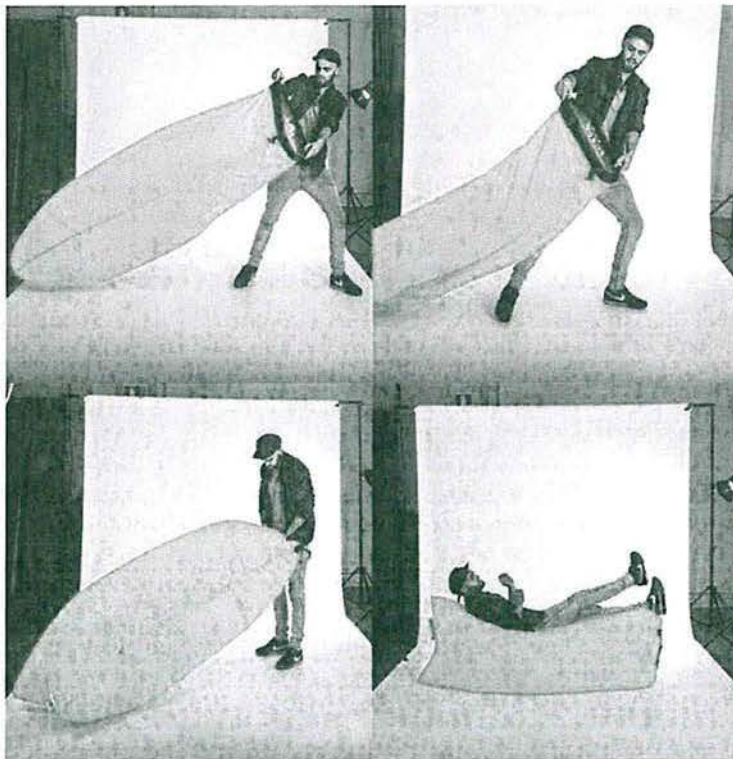
FATBOY

8. Fatboy is een Nederlandse onderneming die sinds 2002 design interieur- en decoratieartikelen op de markt brengt onder het gelijknamige merk FATBOY THE ORIGINAL. Fatboy biedt haar producten rechtstreeks aan de consument aan via de website www.fatboy.com en distribueert haar producten in verschillende winkelketens via erkende dealers.
9. Sinds 2016 biedt Fatboy een ongekend populair ligmeubel aan onder de naam LAMZAC THE ORIGINAL. Dit product heeft het volgende uiterlijk.

VISSER
SCHAAP &
KREIJGER



10. De LAMZAC THE ORIGINAL is een draagbaar ligmeubel dat wordt gevuld door middel van het scheppen van lucht.



11. De LAMZAC THE ORIGINAL wordt in tien verschillende kleurvarianten, verkocht, thans voor een prijs van EUR 74,50,- per stuk. Screenshots van de website van Fatboy zijn als [bijlage 1](#) bij Verzoekschrift 1 overlegd.

AVAILABLE COLOURS



LEEN BAKKER

12. Leen Bakker Nederland B.V. (gerekwestreerde sub 2) exploiteert 108 Leen Bakker vestigingen in Nederland. Volgens de website zijn dit er zelfs 178 (vgl. productie 2). Enig aandeelhouder en enig bestuurder van Leen Bakker Nederland B.V. is Leen Bakker Holding B.V. (gerekwestreerde sub 1). Leen Bakker Holding B.V. neemt ook aan het handelsverkeer deel onder de handelsnaam "L.B.B.". Leen Bakker Holding B.V. is, net als Blokker B.V., in handen van Blokker Holding B.V. (**productie 4**).

13. In de folder die Leen Bakker sinds begin deze week, onder meer via de website www.leenbakker.nl, verspreidt ("folder week 19") wordt een draagbaar ligmeubel aangeboden met de naam "Opblaasbaar luchtbed" (**productie 4**). Zoals gezegd, is dit product identiek aan het product waarop de ex parte beschikking van 3 mei jl. ziet. Dit product is ook via de webwinkel van Leen Bakker te bestellen (zie tevens: **productie 2**):



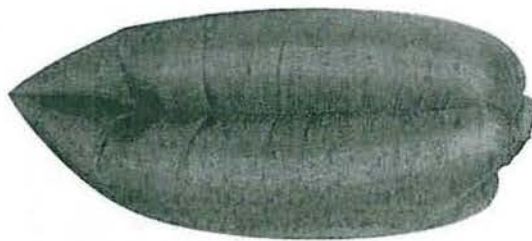
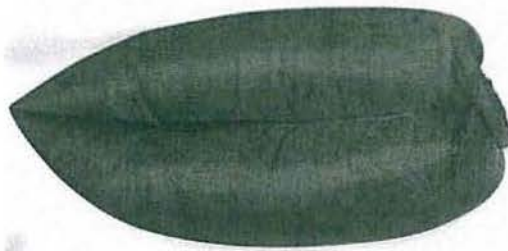


14. Uit de test aankopen blijkt dat dit product wordt geproduceerd en/of verhandeld door een onderneming genaamd L.B.B. (**productie 5**). Omdat gerekwestreerde sub 1 deze naam als handelsnaam gebruikt, heeft Fatboy ook deze Leen Bakker Holding B.V. in dit verzoekschrift als gerekwestreerde opgenomen.
15. In het licht van de uitspraken van uw rechtbank van 13 mei 2016 en van het gerechtshof Den Haag van 20 juli 2016, maakt ook Leen Bakker met de verhandeling van de Lounger inbreuk op de geregistreerde modelrechten van Fatboy op de LAMZAC THE ORIGINAL (hierna: "LAMZAC").

MODELRECHT LAMZAC THE ORIGINAL

Modelregistratie

16. Fatboy is houder van het Gemeenschapsmodel met registratienummer 0002621904-0001, geregistreerd op 28 januari 2015 voor een "chaise longue" (hierna: "het Model"). Deze Modelregistratie is als bijlage 3 bij Verzoekschrift 1 overlegd. Het Model kent onder meer de volgende afbeeldingen:



17. Het Model is een met lucht te vullen ligmeubel dat wordt gekenmerkt door een langwerpige dubbele "buis" die in het midden over de lengte verbonden is, aan het een uiteinde doorloopt en knikt en aan het andere uiteinde een dichtgemaakte opgerolde grote opening kent. Het LAMZAC Model vertoont een uniforme monotone kleur.
18. Het Model is geldig en geniet bescherming nu het voldoet aan de beschermingsvoorwaarden van nieuwheid en eigen karakter, zoals gesteld in de artikelen 4 t/m 6 van de Europese Verordening 6/2002 van de Raad van 12 december 2001 betreffende Gemeenschapsmodellen van toepassing (hierna "de GMoV").

Vermoeden van geldigheid

19. Primair geldt dat overeenkomstig artikel 85 GMoV de Rechtbank voor het Gemeenschapsmodel in een procedure inzake een rechtsvordering

betreffende inbreuk of dreigende inbreuk van een ingeschreven Gemeenschapsmodel ervan uit gaat dat het Gemeenschapsmodel rechtsgeldig is. Gelet op dit vermoeden staat de *prima facie* geldigheid van het Model in principe niet ter discussie.

20. Gezien dit vermoeden, is dus weinig relevant dat er halverwege vorig jaar een tweetal nietigheidsacties bij het European Intellectual Property Office ("EUIPO") zijn ingesteld tegen het Model. Desalniettemin zal Fatboy in het navolgende aantonen dat de argumenten die in de nietigheidsprocedures zijn aangevoerd, in ieder geval ongegrond zijn.
21. De eerste nietigheidsactie is op 28 juni 2016 ingesteld door Hiram's Trade GmbH ("Hiram's Trade"), een partij die een aan de LAMZAC identiek of soortgelijk product aanbiedt onder de naam LAYBAG.



22. Op 18 mei 2016 heeft Fatboy in Duitsland een ex parte verbod ("*Einstweilige Verfügung*") jegens Hiram's Trade (en tegen Amazon) verkregen voor de verkoop van de LAYBAG (bijlage 4 bij Verzoekschrift 1). Hiram's heeft zich tegen dit verbod (en de daaraan verbonden dwangsommen) verzet. Op 15 december 2015 heeft de rechtbank van Düsseldorf vonnis gewezen en heeft zij (net als de Nederlandse gerechten) geoordeeld dat het Model geldig is (bijlage 5 bij Verzoekschrift 1). Voor zover noodzakelijk, zal Fatboy in het onderstaande terugkomen op dit Duitse vonnis.
23. De tweede nietigheidsactie is op 17 oktober 2016 ingesteld door de advocaat van een partij genaamd Boland Home Fashion GmbH ("Boland Home"), de heer Jahn ("Jahn"). Ook deze partij biedt een aan de LAMZAC identiek product aan, zie de afbeeldingen hieronder. Interessant in dit kader is dat Boland Home ook zelf een modelregistratie heeft verricht voor dit identieke product, maar deze registratie naar aanleiding van een sommatie van Fatboy heeft doorgehaald (bijlage 6 bij Verzoekschrift 1). Op

8 november 2016 heeft Fatboy ook een ex parte verbod tegen Bolan Home verkregen (bijlage 7 bij Verzoekschrift 1).



24. Zowel Hiram's Trade als Jahn stellen zich in de nietigheidsacties op het standpunt dat de LAMZAC (a) uitsluitend technisch bepaald is en (b) niet nieuw is en eigen karakter ontbeert nu de "Cozy Canoe" en de "Sensory Pea Pod" al op de markt waren. De onderbouwing van de nietigheidsactie die Hiram's en Jahn in deze procedures bij het EUIPO hebben ingediend, zijn overgelegd als bijlage 8 bij Verzoekschrift 1.

Niet uitsluitend technisch bepaald

25. Primair stellen Hiram's Trade en Bolan Home zich dus op het standpunt dat het Model ongeldig is op grond van art. 8 GMoVo, omdat de vormgeving daarvan uitsluitend door een technische functie (het scheppen van lucht) bepaald zou zijn.
26. Zoals u ongetwijfeld bekend, werd dit argument ook in de procedure voor uw rechtbank en het Hof aangevoerd door een andere partij die op grote schaal inbreuk maakte op de modelrechten van Fatboy, Massive Air B.V. Op dit punt oordeelde uw rechtbank¹:

"Anders dan Massive Air betoogt, dicteren de functie van de ligzak, de techniek van het luchtscheppen en het beperkte aantal mogelijke materialen naar voorlopig oordeel niet de contouren en de maatvoering van de ligzak. Weliswaar moet de ligzak lang en breed genoeg zijn om op te liggen, maar de ontwerper kan daarbij kiezen uit vele vormen (bijvoorbeeld een rechthoekig,

¹ Rechtbank Den Haag 13 mei 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:5216, zie r.o. 4.9 t/m 4.15.

afgerond of ovaal model, een hoger of lager model, een verhoogd hoofdeinde enzovoorts). (...)" (r.o. 4.9).

"(..). Voorshands leidt ook toepassing van de in 4.4 weergegeven criteria van het Hof Den Haag niet tot een ander oordeel: ontwerpers van een ligzak beschikken over voldoende reële vormgevingsalternatieven voor de vorm van de contouren en capitonnering. Die alternatieven zijn geen zinloze elementen zoals versieringen of verdikkingen, noch futiele afwijkingsmogelijkheden, zoals Massive Air heeft betoogd" (ov. 4.14).

"In de LAMZAC Hangout² bestaan de vormgevingskenmerken waarbij sprake is van voldoende ontwerprijheid uit twee lange buisvormen die bij het hoofdeinde samenkomen in een iets verhoogde ('kano') punt, met centraal in de lengterichting één smalle diepe spleet. Op deze vormgevingsaspecten rust derhalve modelrechtelijke bescherming." (ov. 4.15).

27. Door het Gerechtshof Den Haag is bevestigd dat het Model niet uitsluitend technisch is bepaald, nu er een groot aantal vormgevingsalternatieven zijn.³

"Het hof is voorshands van oordeel dat de dichtgenaaide worstvorm van het model niet uitsluitend technisch is bepaald omdat [geintimeerde 1] c.s. voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat de combinatie van technische functies die Massive Air aan de dichtgenaaide worstvorm toeschrijft, kan worden gerealiseerd met talrijke andere, (sterk) van die vorm afwijkende basisvormen." (r.o. 12).

28. Ook de Duitse rechter oordeelde eind vorig jaar dat het Model niet uitsluitend technisch is bepaald (vgl. [bijlage 5](#) bij Verzoekschrift 1, Engelse vertaling, pagina 15 en 16):

"Here, corresponding practicable design alternatives exists to all above design featured, which is already proven by the various design forms, as can be seen in exhibits HRP 21 and 22. Although the bean bag needs to be sufficiently long and wide so that it is possible to lie on it, rectangular, rounded or oval shapes

² Na dit vonnis is de naam van de LAMZAC gewijzigd van LAMZAC Hangout naar LAMZAC THE ORIGINAL.

³ Gerechtshof Den Haag 20 juli 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:2232.

are conceivable, as well as a high or low lying area and, for instance, a raised head end." (...) "The legal validity of order design I is assumed because applicant presented its disclosure credibly and explained its originality (..)"

29. Ook tegen een andere inbreukmaker in Duitsland die beargumenteerde dat het Model technisch bepaald is, oordeelde het Landsgericht Düsseldorf (bijlage 9 bij Verzoekschrift 1, Engelse vertaling, pagina 10-13):

"a) Order Design I is characterised by the following features:

- (1) Bean bag to be filled with air,
- (2) whose surface material consists of unicolour nylon,
- (3) consisting of a long tube,
- (4) that is bent in the middle,
- (5) which means that the two tube-shaped parts thereby being created are in parallel and the two openings of the long tubes are next to one another,
- (6) whereby the edges of the openings are reinforced by two plastic strips sewn into the broad, black-trimmed seam, and
- (7) whereby the openings are closed by rolling up the plastic strips and bringing the two ends of the resulting rolls together to form a circle and held together by a black plastic snap fastener,
- (8) and whereby the two parallel parts of the tubes are connected in the middle by means of a longitudinal seam, which starts at the top corner on the opening side in the inflated state and ends in the bend area at half height;
- (9) a rectangular, white piece of plastic, on which the 'Lamzac' brand is printed, is sewn to the top corner of the bean bag's bend end.

Characteristic for Order Design I are the bent hose form and the roll-up sealing method, associating it with a pair of sausages when viewed from above and with a boat when viewed from the side."

b) Since none of the design features of Order Design I have solely technical causes and are therefore excluded from protection under Article 8(1) CDR, all these features must be taken into account when assessing the overall impression.

1) As stipulated in Article 8(1) CDR, there is no design patent on appearance features caused exclusively by their technical function. The protection exclusion grounds of Article 8(1) CDR are defined in a very narrow manner. The use of the word 'exclusive' expresses that an application of the regulation is ruled out as soon and insofar as a practical design alternative exists to the

specific feature by means of which the product would be able to fulfil its technical function in the same way (Düsseldorf Higher Regional Court, GRUR 2012, 200 et seq. – Tablet PC; Düsseldorf Regional Court, Judgement of 26 June 2014, ref. 14c O 37/13; Ruhl, Gemeinschaftsgeschmacksmuster, 2nd ed. 2010, Art. 8, mn 18). It also follows from the preceding that an informed user would recognise that the appearance features excluded from the protection of registered designs due to their technical function are irrelevant to the protection of registered designs and therefore the overall impression of Community Designs (Ruhl, *ibid.*, Article 8, mn 72).

In this case, corresponding practical alternative designs exist for all the above-listed design features, a fact clearly demonstrated by the various design forms, such as those mentioned in Exhibit HPR 27. Admittedly, the bean bag needs to be sufficiently long and wide so that it is possible to lie on it. Rectangular, rounded or oval shapes are conceivable, as well as a high or low lying area. Furthermore, the ends of the roll-up seal do not need to be connected together to form a circle, but unrolling only needs to be prevented in some manner.”

30. Gezien het voorgaande en gelet op de verschillende alternatieven die beschikbaar zijn om een ligmeubel te ontwerpen dat kan worden gevuld door middel van het scheppen van lucht, valt niet in redelijkheid in te zien waarom het Model op grond van art. 8 GMoVo niet geldig zou zijn. Daarbij komt dat deze alternatieve ontwerp mogelijkheden ook al daadwerkelijk op de markt worden aangeboden (zie ook: bijlage 10 bij Verzoekschrift 1).⁴



⁴ http://www.priceminister.com/offer/buy/1922702224/balvi-cloud-fauteuil-de-plage-gonflable-aussi-parfait-pour-la-piscine-ou-les-excursions-tres-facile-a-gonfler-couleur-orange.html?bbaid=2680806958&sort=0&xtatc=PUB-%5Bggp%5D-%5BMaison%5D-%5Bmobilier%5D-%5B1922702224%5D-%5Bneuf%5D-%5BBalvi%5D&ptnrid=pt%7C79135096883%7Cc%7C65341416203%7C1922702224&t=180116&ptnrid=szOQyKP53_dc|pcrid|65341416203|pkw| |pmt|&ja1=tsid:67590|cid:351274403|agid:16928404763|tid:pla-79135096883|crid:65341416203|nw:g|rnd:12667400506012582717|dvc:c|adp:1o2&gclid=CObc9uxwNMCFQsB0wodtUYApA.

Nieuwheid en een eigen karakter

31. Voorts menen Hiram's Trade en Jahn dat het Model niet zou voldoen aan de vereisten van artikelen 4 t/m 6 van de GMoVo, nu de "Cozy Canoe" en de "Sensory Pea Pod" reeds op de markt waren toen het Model werd geregistreerd. Hiram's Trade en Jahn beroepen zich in de nietigheidsacties ook nog op het feit dat het Model zou lijken op "een dubbelgevouwen worst", "dubbelgevouwen fietsband", "broodrol" en/of "zwemband" (zie [bijlage 8](#) bij Verzoekschrift 1), maar niet valt in te zien waarom deze producten relevante "prior art" zou opleveren.
32. Ook in de Nederlandse procedures is de vraag of de Cozy Canoe en Sensory Pea Pod nieuwheidsschadelijk waren en/of eigen karakter aan het Model ontnamen, al aan de orde geweest. Uw rechtbank oordeelde daarover⁵:
- "(...) De geïnformeerde gebruiker zal daarom met de LAMZAC Hangout bekend zijn, naast zijn bekendheid met het traditionele luchtbed. Die gebruiker zal naar voorlopig oordeel niet bekend zijn met de kanovormige zit/ligplekken die gebruikt worden voor kinderen met autisme [De Cozy Canoe en Sensory Pea Pod, ingevoegd]. Dat betreft immers een product met een geheel andere en vrij specifieke functie en doelgroep."(r.o. 4.16).
33. Ook het Hof Den Haag oordeelde dat deze producten niet afdoen aan de geldigheid van het Model⁶:

"De traditionele luchtbedden wijken duidelijk af van het model. Dit geldt naar het voorlopig oordeel van het hof ook voor de Cozy Canoe (en de Sensory Pea Pod, waarop Massive Air zich in hoger beroep overigens niet meer heeft beroepen; hierna zal het hof gemakshalve alleen over de Cozy Canoe spreken, maar het overwogene geldt tevens voor de Sensory Pea Pad). De Cozy Canoe wekt de indruk van een bootje/ kano, welke indruk nog wordt versterkt door de handgrepen en heeft aan elke kant twee gelijke uiteinden die niet doorlopen. Dit wijkt duidelijk af van de doorlopende worstvorm aan het hoofdeinde van het model en het daarvan afwijkende afgeknotte platte uiteinde aan het voeteneinde van het model. Voorts zijn de beide zijkanten van de Cozy Canoe niet aan elkaar genaaid, zoals bij het model, maar bevindt zich tussen de beide zijkanten een bodem, gemaakt van een apart, aan de zijkanten vastgemaakt stuk materiaal. Hierdoor is duidelijk dat de Cozy Canoe

⁵ Rechtbank Den Haag 13 mei 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:5216, zie r.o. 2.11 en 4.16).

⁶ Gerechtshof Den Haag 20 juli 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:2232

bestemd is om *in* te zitten en niet om *op* te liggen. Gelet op het bovenstaande is het hof voorshands van oordeel dat het model aanzienlijk afwijkt van het bestaande vormgevingserfgoed, ook als de Cozy Canoe daarin wordt betrokken." (r.o. 20).

34. Ook de Duitse rechter oordeelde op identieke wijze (vgl. bijlage 9 bij Verzoekschrift 1):

"Closest to order design I are the products Cozy Canoe and Pea Pod (presented as originals as exhibits AG 36 and 37). Whether they are included in the known range of shapes, as the respondents claim, or not, as the applicant claims, does not need to be assessed. Because order design I differs from this finding. These two samples also have tubes, but with the two peaked ends, the free centre and a real floor as well as carrying handles, they form an inflatable canoe, in which the owner can sit, while the sausage ring-shaped order design I, on which the user may only lie on the top, is more reminiscent of a traditional air mattress or an inflatable water toy, while the association of a boat only emerges in lateral view."

35. Vermeldenswaardig in dit kader is dat de LAMZAC ook is beschermd door een US Design Patent. Hiervoor heeft de Examiner van het United States Patent and Trademark Office (USPTO) ook gekeken naar prior art, waaronder de Cozy Canoe en Sensory Pea Pod, en is geoordeeld dat deze prior art geen beletsel vormt voor toewijzing van het Design Patent (bijlage 11 bij Verzoekschrift 1).
36. Aldus dient het Model geldig te worden geacht en bescherming te genieten op grond van de GMoVo.

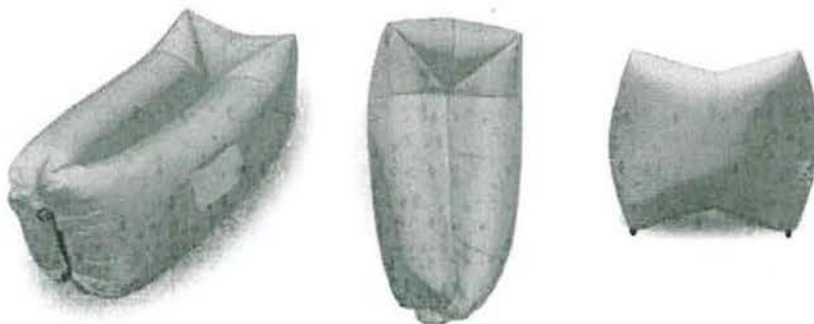
INBREUK OP MODELRECHT

37. Gezien de vele vormgevingsalternatieven heeft de ontwerper een ruime ontwerprijheid om een ligmeubel te ontwerpen dat door middel van scheppen van lucht kan worden gevuld. Om die reden heeft het Model (de dichtgenaaide worstvorm) een ruime beschermingsomvang. Zo overwoog ook het Gerechtshof Den Haag in r.o. 19:

"Nu het hof van oordeel is dat er vele reële alternatieven zijn voor de dichtgenaaide worstvorm van het model, zal het hof zal er bij de beantwoording van de inbreukvraag van uitgaan dat de ontwerper een grote

mate van vrijheid heeft. Dat leidt tot een grote(re) beschermingsomvang. Daar waar de ontwerper een beperkte vrijheid heeft zullen kleine verschillen tot een andere algemene indruk leiden, terwijl dat niet het geval is als de vrijheid van de ontwerper groot is.”

38. De Lounger van Leen Bakker is (net als de “opblaasbare lounger” van Blokker) identiek aan het model dat Massive Air aanbood, en waarover uw rechtbank en het Gerechtshof Den Haag reeds hebben geoordeeld. De “Gewijzigde KAIR” of “KAISR V2” (hierna samen: KAISR) van Massive Air waarop deze uitspraken zagen, had het volgende uiterlijk:



39. Ten aanzien van dit model oordeelde uw rechtbank en het Hof dat deze bij de geïnformeerde gebruiker geen andere algemene indruk wekte en derhalve inbreuk maakte op het Model van Fatboy:

Vonnis van 13 mei 2016

“Op de geïnformeerde gebruiker zal de gewijzigde KAISR naar voorlopig oordeel geen andere algemene indruk wekken dan de LAMZAC Hangout. Dat model heeft dezelfde hoogte, dubbele buisvorm en de kenmerkende enkele diepe spleet centraal in de lengterichting van de ligzak. De twee hoeken aan het hoofdeinde in plaats van één scherpere punt, zijn onvoldoende om een andere algemene indruk te wekken. Dit geldt temeer omdat de geïnformeerde gebruiker niet bekend is met andere ligzakken en bekend zal zijn met de LAMZAC Hangout zoals die gebruikt wordt. Bij dat gebruik ontstaan, zoals [eiser] onbestreden heeft gesteld, ook in de LAMZAC Hangout twee hoeken aan het hoofdeinde door de druk die het lichaam van de gebruiker op de zak uitoefent. (...). Ook de gewijzigde KAISR vormt naar voorlopig oordeel derhalve een inbreuk op het Model in de zin van artikel 10 lid 1 GModVo.”(r.o. 4.17).

Arrest van 20 juli 2016

“Op grond van hetgeen hiervoor is overwogen gaat het hof uit van een grote mate van eigen karakter van het model en van een grote beschermingsomvang. Daarvan uitgaande is het hof voorshands van oordeel dat de KAISR V2 bij de geïnformeerde gebruiker, die bekend is met de sterk van het model afwijkende traditionele luchtbedden en de Cozy Canoe, geen andere algemene indruk wekt dan het model, nu beide de opvallende en van het vormgevingserfgoed afwijkende dichtgenaaide worstvorm hebben. De afwijking aan het hoofdeinde is onvoldoende om te concluderen dat die indruk anders zal zijn, vooral omdat het in relatieve zin (zowel vergeleken met het omvangrijke deel van de KAISR en het model dat wel overeenstemt als uitgaande van de grote verschillen tussen het vormgevingserfgoed enerzijds en de KAISR en het model anderzijds) gaat om een geringe onopvallende afwijking. Door het gebruik van de KAISR V2 maakt Massive Air derhalve inbreuk op het model” (r.o. 21).

40. Nu de Lounger identiek is aan de KAISR V2 dient daarvoor hetzelfde te gelden. Net als de Opblaasbare Lounger van Blokker, wekt dus ook de Lounger van Leen Bakker geen andere algemene indruk op de geïnformeerde gebruiker dan het Model en maakt derhalve inbreuk op het Model van Fatboy in de zin van art. 10 GMoVo.

SPOEDEISEND BELANG EN ONHERSTELBARE SCHADE

41. Zoals opgemerkt, heeft Fatboy een zwaarwegend en spoedeisend belang bij een directe voorziening van uw Rechtbank om inbreuk op haar modelrechten door Gerekwestreerden te stoppen, met name omdat een (verdere) inbreuk (nog meer) onherstelbare schade zal veroorzaken.
42. Zoals hierboven opgemerkt, biedt Leen Bakker de Lounger in de folder van deze week pas aan. Zoals toegelicht, is Leen Bakker dit product hoogstwaarschijnlijk (in grotere aantallen) sinds het ex parte verbod tegen Blokker gaan aanbieden. De Lounger wordt bovendien tegen een nog lagere prijs dan het product van Blokker aangeboden.
43. Mede gelet op het groot aantal winkels dat Leen Bakker heeft (178 vestigingen) en het feit dat dit product via de landelijke website wordt verkocht, zal er door de verkoop van de Lounger in korte tijd veel

onherstelbare schade voor Fatboy ontstaan. Door de enorme aantallen treedt er binnen afzienbare tijd verzadiging van de markt op. Bovendien wordt door de verkoop van de Lounger bij Leen Bakker de exclusiviteit van het Model van Fatboy aangetast, waardoor de LAMZAC minder aantrekkelijk wordt en de verkoop wordt aangetast.

44. De enige manier om op de kortst mogelijke termijn een einde te kunnen maken aan de verhandeling van de Lounger is door snel op te treden en door zo spoedig mogelijk de verhandeling van de Lounger te doen staken. De Nederlandse kort geding praktijk toont aan dat zelfs die procedure in het algemeen al te lang duurt om de verhandeling van dit soort inbreuken op zeer korte termijn en effectief te kunnen stoppen. Tegen de tijd dat in een dergelijke procedure een verbod is gewezen en betekend, is het vaak al te laat en zijn alle inbreukmakende producten al verkocht. Aangezien de inbreukmaker in die procedure al weet dat hij kan worden geconfronteerd met een verbodsvordering blijkt in de praktijk dat de nog aanwezige inbreukmakende producten nog voor het wijzen van het vonnis ofwel tegen nog lagere prijzen worden uitverkocht, al dan niet in het buitenland.
45. Gelet op deze achtergrond, de ernst van de inbreuk en de ernst en omvang van de verdere acuut dreigende inbreuk op de intellectuele eigendomsrechten van Verzoekster, ondervindt Verzoekster onherstelbare schade wanneer de inbreukmakende handelingen van Gerekwesteerden voortduren. Deze schade bestaat uit zowel gederfde inkomsten als schade aan de exclusiviteit van Verzoekster haar modelrechten. Om die reden heeft Verzoekster een zwaarwegend en spoedeisend belang bij de hierna op te nemen vorderingen.

BEVOEGDHEID

46. Uw rechtbank is op grond van de artikelen 80 lid 1, 81 onder a, 82 lid 1 en 90 lid leden 1 en 3 GModVo en artikel 3 uitvoeringswet EG-verordening betreffende gemeenschapsmodellen bevoegd om van dit geschil kennis te nemen, nu gerekwesteerden in Nederland gevestigd zijn. Ook is uw rechtbank op grond van artikel 102 Rv bevoegd van dit geschil kennis te nemen, nu de (dreigende) inbreuk zich tevens binnen het arrondissement Den Haag voordoet.

BEVEL

47. Gelet op al hetgeen hierboven gesteld heeft Verzoekster recht op en een zwaarwegend belang bij het opleggen van een bevel aan Gerekwestreerden tot het staken van elke (dreigende) inbreuk op de intellectuele eigendomsrechten van Verzoekster op grond van artikel 1019e Rv.
48. Voor wat betreft de dwangsommen, wenst Fatboy het volgende op te merken. In de beschikking van 3 mei jl. heeft uw rechtbank de dwangsommen vastgesteld op EUR 25,- per inbreukmakend product of EUR 5.000,- per (deel van de) dag. Fatboy zou u eerbiedig in overweging willen geven de dwangsommen hoger vast te stellen. Mede vanwege de hoge winst die Leen Bakker (en Blokker) ongetwijfeld behalen op de verkoop van de Lounger, hebben deze dwangsommen niet voldoende afschrikkende werking. Voor Fatboy is het voor deze dwangsommen ook ondoenlijk te controleren of de producten daadwerkelijk uit alle vestigingen van Leen Bakker verdwenen zijn.

REDENEN WAAROM

Verzoekster zich tot U Edelachtbare Heer/Vrouwe wendt met het eerbiedig verzoek:

1. Gerekwestreerden ieder voor zich te bevelen – bij beschikking uit te geven voor grosse – binnen 12 uur na betekening van deze beschikking iedere verhandeling van de Lounger (zoals afgebeeld in nrs. 3 en 13 van dit verzoekschrift) te staken en gestaakt te houden, zowel via de website www.leenbakker.nl als in de winkelfilialen, alsmede iedere afbeelding van de Lounger op de website www.leenbakker.nl waaronder de afbeeldingen in de folder van week 19, te verwijderen en verwijderd te houden;
2. Gerekwestreerden hoofdelijk te veroordelen tot betaling van een dwangsom van EUR 5.000,- (zegge: vijfduizend Euro) voor iedere dag (een gedeelte van een dag daaronder begrepen) waarop zij in strijd handelen met het sub 1 verzochte bevel of – zulks naar keuze van Verzoekster – EUR 500,- voor iedere Lounger (d.w.z. individuele

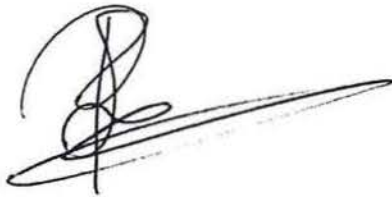
KG 1211 17/1791

VISSER
SCHAAP &
KREIJGER

verkoopenheid) of voor iedere afbeelding van de Lounger waarmee Gerekwestreerden dit verzochte bevel geheel of gedeeltelijk overtreden, althans zodanige dwangsommen als u E.A. Voorzieningenrechter in goede justitie zal gelasten;

3. de termijn waarbinnen Verzoekster de eis in hoofdzaak dienen in te stellen tegen Gerekwestreerden als bedoeld in artikel 1019i Rv. te bepalen op 6 (zes) maanden na het in deze zaak te wijzen bevel, althans een zodanige termijn als u E.A. Voorzieningenrechter in redelijkheid voorkomt;
4. de hierbij verzochte beschikking uitvoerbaar bij voorraad te verklaren en op alle dagen en uren.

Amsterdam, 8 mei 2017



Advocaat

Deze zaak wordt behandeld door mrs. J.A. Schaap en P. de Leeuwe Visser Schaap & Kreijger,
Concertgebouwplein 19, 1017 LM Amsterdam, T 020 7238900, F 020 7238999,
jacqueline.schaap@ipmc.nl, patty.deleeuwe@ipmc.nl

KB/RK 17/191

VISSER
SCHAAP &
KREIJGER

Toegestaan als verzocht, met dien verstande dat:

- de dwangsom sub 2 wordt bepaald op EUR _____
- de termijn bedoeld in artikel 1019i Rv sub 3 wordt bepaald op ____ (zegge: _____) maanden na de datum van deze beschikking;
- deze beschikking uitvoerbaar bij voorraad wordt verklaard, te betekenen op alle dagen en uren.

De Voorzieningenrechter

Den Haag, ____ mei 2017