

**LJN: BV7194, Gerechtshof 's-Hertogenbosch , HD 200.055.449**

Datum 28-02-2012  
uitspraak:  
Datum 08-03-2012  
publicatie:  
Rechtsgebied: Civiel overig  
Soort procedure: Hoger beroep kort geding  
Inhoudsindicatie: Blond Amsterdam c.s./Xenos. Auteursrechtinbreuk op dessin? Slaafse nabootsing?  
Vindplaats(en): Rechtspraak.nl

**Uitspraak**

GERECHTSHOF 's-HERTOGENBOSCH  
Sector civiel recht

zaaknummer HD 200.055.449  
arrest van de vierde kamer van 28 februari 2012

in de zaak van

1. [Appellante sub 1.],  
wonende te [woonplaats],  
2. BLOND AMSTERDAM B.V.  
gevestigd te [vestigingsplaats],  
appellanten,  
advocaat: mr. W.J.G. Maas,

tegen:

XENOS B.V.,  
gevestigd te [vestigingsplaats],  
geïntimeerde,  
advocaat: mr. P.W. Snoeker,

op het bij exploit van dagvaarding van 22 januari 2010 ingeleide hoger beroep van het door de voorzieningenrechter van de rechtbank Breda tussen appellanten - gezamenlijk Blond c.s. en ieder afzonderlijk [appellante sub 1.] en Blond - als eiseressen en geïntimeerde - Xenos - als gedaagde in kort geding gewezen vonnis van 30 december 2009.

1. Het geding in eerste aanleg (zaak- / rolnr. 211872 / KG ZA 09-713)

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

2. Het geding in hoger beroep

2.1. Bij memorie van grieven hebben Blond c.s. onder overlegging van twintig producties twee grieven aangevoerd en geconcludeerd tot vernietiging van het vonnis waarvan beroep en, kort gezegd, tot alsnog toewijzing van hun vorderingen, met veroordeling van Xenos in de kosten van beide instanties op de voet van artikel 1019h Rv.

2.2. Bij memorie van antwoord heeft Xenos onder overlegging van vierentwintig producties de grieven bestreden.

2.3. Partijen hebben hun zaak op 15 december 2011 doen bepleiten door voornoemde advocaten, die hebben gepleit aan de hand van pleitnotities, met dien verstande dat van de pleitnota van Blond c.s. niet zijn voorgedragen de paragrafen 36-40, 55, 61-62, 66-69, 71-74 (afgezien van de eerste zin van paragraaf 73) en 85. Deze pleitnotities maken deel uit van het procesdossier. Enkele dagen voor het pleidooi hebben partijen proceskostenstaten aan de wederpartij en het hof doen toekomen. Partijen hebben tegen de overlegging van deze stukken over en weer geen bezwaar gemaakt. Het hof heeft voorafgaand aan het pleidooi van het overleggen van deze stukken akte verleend.

2.4. Partijen hebben vervolgens uitspraak gevraagd op basis van de voorafgaand aan het pleidooi aan het hof toegezonden gedingstukken.

3. De gronden van het hoger beroep

Voor de tekst van de grieven wordt verwezen naar de memorie van grieven.

#### 4. De beoordeling

4.1. Blond c.s. hebben geen grieven gericht tegen de vaststelling van de feiten door de voorzieningenrechter van de rechtbank, zoals weergegeven onder rov. 3.1 van het beroepen vonnis, zodat het hof daarvan uit zal gaan. Voorts staan tussen partijen nog enkele andere feiten vast als enerzijds gesteld en anderzijds niet, althans onvoldoende gemotiveerd betwist, alsmede als blijkend uit de onbetwiste inhoud van de door partijen overgelegde producties. Het hof vat de vaststaande feiten hierna als volgt samen.

4.1.1. [Appellante sub 1.] is via [X.] Beheer B.V. medebestuurder van Blond. Zij is tevens medeontwerpster van de afbeeldingen die aangebracht zijn op de producten - onder meer aardewerk en textiel - die in het verkeer gebracht worden onder de merken Blond en Blond Amsterdam. Blond beheert de rechten en behartigt de belangen van [appellante sub 1.] en van het merk Blond Amsterdam, van welk merk [appellante sub 1.] de houdster is.

4.1.2. Blond c.s. brengt sinds 2002/2003 de productlijn 'Even bijkletsen' op de markt. Op deze (aardewerk- dan wel blik-) producten staan onder andere afbeeldingen van onder meer cupcakes, koffieboontjes, suikerklontjes, hartjes en aardbeien. Sommige producten van Blond zijn voorzien van een decoratieve rand, uitgevoerd in geel en roze. Op het vierkante (voorraad)blik van Blond staan twee vrouwen afgebeeld die, gezeten aan een tafeltje, met elkaar eten en drinken. Daarbij zijn onder meer de teksten 'even bijkletsen' en 'samen theedrinken en koekjes eten' afgedrukt. Afbeeldingen van de producten uit deze productlijn van Blond zijn door Blond c.s. onder meer overgelegd als productie 12 bij de memorie van grieven en opgenomen in hun pleitnota. De betreffende producten zijn bij gelegenheid van pleidooi in hoger beroep door partijen aan het hof getoond.

4.1.3. Xenos verkoopt in haar winkels in Nederland voorraadbussen, koektrommels, theezakjeshouders, theeglashouders, een theepot en servetten, met daarop afbeeldingen van onder meer cupcakes, krakelingen, suikerklontjes, bloemetjes, hartjes, snoepjes en aardbeien. Op sommige voorraadbussen staan vermeldingen als 'Taart', 'Koekies' en 'Beschuit'. Op de beschuitbus van Xenos staan afbeeldingen van onder meer beschuitjes en van twee vrouwen die, gezeten aan een tafeltje, met elkaar eten en drinken. Daarbij is de tekst 'gezellig zo samen een beschuitje eten' afgedrukt. Sommige producten van Xenos zijn voorzien van een decoratieve rand, uitgevoerd in geel en roze.

4.1.4. Blond c.s. stellen dat Xenos inbreuk maakt op hun auteursrechten, althans dat Xenos de producten van Blond c.s. slaafs nabootst.

4.1.5. Afbeeldingen van (een aantal van) de aangevallen producten van Xenos zijn door Blond c.s. als productie 1 bij de memorie van grieven overgelegd. Deze producten en enkele andere aangevallen producten zijn bij gelegenheid van pleidooi in hoger beroep door partijen aan het hof getoond.

4.2.1. In eerste aanleg hebben Blond c.s. gevorderd dat de voorzieningenrechter bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad:

##### I. primair:

Xenos gebiedt om onmiddellijk na betekening van dit vonnis iedere openbaarmaking en verveelvoudiging van dessins waarop de auteursrechten toekomen aan (één van) eisers, alsmede iedere slaafse nabootsing van het dessin van (één van) eisers en verhandeling van producten waarop het dessin is afgebeeld waarvan de auteursrechten bij (één van) eisers liggen, althans een door/namens Xenos slaafs nagebootst dessin, te staken en gestaakt te houden, zulks op straffe van een dwangsom van € 20.000,-- per (gedeelte van een) dag dat Xenos nalaat aan dit gebod gevolg te geven,

##### subsidiair:

Xenos gebiedt om onmiddellijk na betekening van dit vonnis iedere onrechtmatige daad, althans ongeoorloofde mededinging jegens eisers, zoals uiteengezet in het lichaam van de dagvaarding, te staken en gestaakt te houden, zulks op straffe van een dwangsom van € 20.000,-- per (gedeelte van een) dag dat Xenos nalaat aan dit gebod gevolg te geven;

II. Xenos gebiedt om onmiddellijk na betekening van dit vonnis het (laten) vervaardigen, produceren, inkopen, aanbieden, leveren en/of anderszins verhandelen van de in de dagvaarding aangeduide producten en andere producten waarop het dessin is afgebeeld waarvan de auteursrechten bij (één van) eisers liggen, althans een daarvan door/namens Xenos nagebootst dessin, te staken en gestaakt te houden, zulks op straffe van een dwangsom van € 20.000,-- per (gedeelte van een) dag dat Xenos nalaat aan dit gebod gevolg te geven;

III. Xenos gebiedt om binnen drie dagen na betekening van dit vonnis zorg te dragen voor het opkopen c.q. terughalen van alle in de dagvaarding aangeduide producten en andere producten

waarop het dessin is afgebeeld waarvan de auteursrechten bij (één van) eisers liggen, althans een daarvan door/namens Xenos slaafs nagebootst dessin, welke zich thans nog bevinden in haar winkels en/of bij afnemers van de producten, niet zijnde consumenten, zo nodig onder aanbieding van terugbetaling dan wel creditering van de inkoopnota's alsmede vergoeding van alle kosten van de afnemers voor de retournering van de producten, zulks op straffe van een dwangsom van € 20.000,-- per (gedeelte van een) dag dat Xenos nalaat aan dit gebod gevolg te geven;

IV. Xenos gebiedt om op straffe van een dwangsom van € 5.000,-- per (gedeelte van een) dag dat Xenos nalaat aan dit gebod gevolg te geven, op eigen kosten, binnen veertien dagen na betekening van dit vonnis, een schriftelijke en van alle relevante documenten vergezeld ter onderbouwing, door een registeraccountant opgestelde en geaccordeerde verklaring aan de advocaat van eisers te doen toekomen inzake:

a. het totaal aantal inbreukmakende producten c.q. alle in de dagvaarding aangeduide producten en andere producten waarop het dessin is afgebeeld waarvan de auteursrechten bij (één van) eisers liggen, althans een daarvan door/namens Xenos slaafs nagebootst dessin dat Xenos:

- heeft geproduceerd, afgenomen en/of ingekocht;
- heeft verkocht en/of geleverd;
- nog op voorraad en/of in haar macht heeft;

b. de met betrekking tot de onder a) bedoelde producten gemaakte productie- en/of inkoopkosten, gerealiseerde omzet, alsmede bruto- en netto winst;

c. de naam- en adresgegevens van leverancier(s), producenten en eventueel zakelijke afnemers van de onder a) bedoelde producten (onder vermelding van het aantal afgenomen inbreukmakende producten per afnemer), inclusief alle contactgegevens;

V. Xenos gebiedt op eigen kosten, binnen veertien dagen na betekening van dit vonnis, haar totale voorraad van de in de dagvaarding aangeduide producten en andere producten waarop het dessin is afgebeeld waarvan de auteursrechten bij (één van) eisers liggen, althans een daarvan door/namens Xenos slaafs nagebootst dessin (waaronder de op basis van de vordering onder III teruggehaalde producten), naar keuze van eisers, hetzij ter vernietiging af te staan aan eisers, hetzij te vernietigen in aanwezigheid van een gerechtsdeurwaarder en het daarvan opgemaakte proces-verbaal van bevindingen binnen drie dagen na vernietiging toe te zenden aan de advocaat van eisers, zulks op straffe van een dwangsom van € 5.000,-- per (gedeelte van een) dag dat Xenos nalaat aan dit gebod gevolg te geven;

VI. Xenos veroordeelt in de proceskosten conform artikel 1019h Rv., althans 237 Rv. en ter voldoening van de buitengerechtelijke kosten conform artikel 6:96 BW ter hoogte van een in goede justitie te bepalen bedrag;

VII. op grond van artikel 1019i Rv. de termijn van de eis in de hoofdzaak stelt op zes maanden vanaf de datum van het vonnis.

4.2.2. De voorzieningenrechter heeft in het vonnis waarvan beroep overwogen, kort gezegd, dat de vorderingen op grond van het auteursrecht niet voor toewijzing in aanmerking komen, nu deze zijn gestoeld op een ondeugdelijke feitelijke grondslag, namelijk een sfeer en stijl, terwijl een stijl naar vaste jurisprudentie niet in aanmerking komt voor auteursrechtelijke bescherming. Daarnaast heeft de voorzieningenrechter de vorderingen afgewezen voor zover gegrond op slaafse nabootsing. Daartoe heeft de voorzieningenrechter overwogen, kort samengevat, dat het beroep op deze grondslag afstuit op de negatieve reflexwerking van de Auteurswet. Nu zich geen auteursrechtinbreuk voordoet is naar het oordeel van de voorzieningenrechter voor aanvullende bescherming van artikel 6:162 BW slechts ruimte indien sprake is van bijkomende omstandigheden, welke omstandigheden naar zijn oordeel zijn gesteld noch gebleken.

4.3. Blond c.s. hebben tegen dit vonnis tijdig hoger beroep ingesteld. Zij hebben bij gelegenheid van pleidooi in hoger beroep laten weten dat zij niet persisteren in hun vordering tot vernietiging zoals hierboven weergegeven onder 4.2.1 sub V.

4.4. Met hun twee grieven hebben Blond c.s. het geschil tussen partijen in volle omvang aan het hof voorgelegd. De grieven lenen zich voor gezamenlijke behandeling.

4.5. Xenos heeft zowel de gestelde inbreuk op auteursrechten als de gestelde slaafse nabootsing gemotiveerd betwist.

4.6. Bij de beoordeling van de vraag of Blond c.s. voldoende spoedeisend belang hebben bij hun vorderingen in de zin van artikel 254 Rv wordt het volgende vooropgesteld. Op grond van vaste jurisprudentie geldt dat, indien in kort geding een voorziening wordt gevraagd, die ertoe strekt een einde te maken aan als stelselmatige inbreuk op een subjectief recht aan te merken handelingen waarvan de eisende partij doorlopend schade ondervindt, het alleszins voor de hand ligt dat de betreffende partij een spoedeisend belang heeft bij haar vorderingen (vgl. HR 29 juni 2001, NJ 2001, 602). Dit toetsingskader in acht genomen, wordt geoordeeld dat Blond c.s.

voldoende spoedeisend belang hebben bij hun vorderingen, aangezien er een voortdurende situatie bestaat waarin Xenos volgens Blond c.s. inbreuk maakt op het auteursrecht van Blond c.s. Ten aanzien van de spoedeisendheid van de door Blond c.s. gevorderde accountantsopgave verwijst het hof naar het onder 4.18 overwogene.

#### Auteursrecht

4.7. Blond c.s. hebben de gestelde auteursrechtinbreuk onderbouwd door aan te voeren dat Xenos inbreuk maakt op zeven separate auteursrechtelijk beschermde werken, te weten:

- a. Blond tekening van twee thee drinkende vrouwen aan een rond tafeltje;
- b. Blond decoratieve rand;
- c. de tekening van het Blond suikerklontje;
- d. de tekening van de Blond koffieboon;
- e. de tekening van het Blond hartje;
- f. de tekening van de Blond aardbei en
- g. de tekening van de roze Blond cupcake,

die alle verwerkt zijn in het dessin van de productlijn 'Even bijkletsen' van Blond. Blond c.s. stellen in dit verband gemotiveerd dat Xenos een beschuitbus voert met een inbreukmakend ontwerp. Xenos heeft deze stelling onder meer bestreden met de mededeling dat zij de bewuste beschuitbus niet meer voert sinds de lente van 2010 (par. 11 MvA), hetgeen Blond c.s. bij gebrek aan wetenschap hebben betwist.

Het hof gaat er voorshands - bij gebreke van enige onderbouwing van het uit de collectie nemen door Xenos - van uit dat Xenos de betreffende beschuitbus nog steeds voert, althans dreiging bestaat van verhandeling daarvan door Xenos, zodat Blond c.s. naar voorlopig oordeel geacht moet worden belang te hebben bij beoordeling van de op de beschuitbus - dan wel het daarop aangebrachte ontwerp - betrekking hebbende vorderingen.

4.8. Het hof stelt voorop dat de in r.o. 4.7 genoemde tekeningen en decoratieve rand slechts voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking komen indien de betreffende tekeningen een eigen intellectuele schepping van de maker vormen, dat wil zeggen dat zij een eigen, oorspronkelijk karakter bezitten en het persoonlijk stempel dragen van de maker. Het vereiste van een eigen, oorspronkelijk karakter houdt in dat de vorm van het betreffende voortbrengsel niet ontleend mag zijn aan een ander werk. De eis dat het voortbrengsel het persoonlijk stempel van de maker moet dragen, betekent dat sprake moet zijn van een vorm die het resultaat is van scheppende menselijke arbeid en dus van creatieve keuzes. Daarbuiten valt in elk geval al hetgeen zo banaal of triviaal is, dat daarachter geen creatieve arbeid van welke aard ook valt aan te wijzen (vgl. HR 30 mei 2008, NJ 2008/556 (Endstra), en HvJ EG 16 juli 2009, C-5/08, AMI 2009/20 (Infopaq/Danske Dagblades Forening)). Aan het enkele ontwikkelen of inzetten van een nieuwe mode of stijl komt naar vaste rechtspraak geen bescherming krachtens auteursrecht toe (vgl. HR 29 december 1995, NJ 1996, 546 (Decaux/Mediamax)).

4.9.1. Ten aanzien van de beschermwaardigheid van de eerste door Blond c.s. ingeroepen tekening (van aan een tafeltje gezeten drinkende dames, zie fig. 1) hebben Blond c.s. gemotiveerd gesteld dat en waarom deze tekening de auteursrechtelijke werktoets doorstaat. Zij hebben daartoe aangevoerd dat de volgende elementen op auteursrechtelijke bescherming kunnen bogen:

- a) de onrealistisch lange en slanke weergave van de vrouwen, met een grote glimlach en diepe insnijding van de mond;
- b) een feestelijk gedekte tafel met drie sierlijk gevormde en gekrulde poten aan een bolvormig element;
- c) theekopjes temidden van een kenmerkend theeservies;
- d) de ronde, roodkleurige stoeltjes met franjes aan de onderkant;
- e) de aanwezigheid van handgeschreven tekst.

4.9.2. Blond c.s. stellen dat de door Xenos op haar beschuitbus overgenomen compositie (fig. 2) met de hiervoor genoemde afzonderlijke (concrete) elementen auteursrechtinbreuk oplevert, omdat de totaalindrukken van beide tekeningen te weinig verschillen.

4.9.3. Blijkens mededelingen van haar advocaat ter gelegenheid van het pleidooi heeft Xenos het gestelde makerschap van Blond c.s. ten aanzien van de in r.o. 4.9.1 bedoelde tekening niet langer betwist. Wel heeft Xenos de gestelde auteursrechtinbreuk gemotiveerd betwist, onder meer door aan te voeren dat geen sprake is van overeenstemming tussen de tekening van Blond c.s. en de tekening als afgebeeld op de beschuitbus van Xenos. Volgens Xenos ogen de dames totaal verschillend, verschilt de tafel, het onderstel van de tafel en hetgeen wat op de tafel staat. De tekeningen van Xenos zijn alle ontworpen door haar ontwerpster Van den Brand, aldus Xenos.

4.9.4. Naar het voorlopig oordeel van het hof doorstaat de tekening van Blond c.s. van de aan een tafeltje gezeten drinkende dames de auteursrechtelijke werktoets. Van een eigen,

oorspronkelijk karakter is reeds sprake nu gesteld noch gebleken is dat sprake is van ontlening door de makers van de tekening. De tekening draagt eveneens het persoonlijk stempel van de maker, nu deze naar het voorlopig oordeel van het hof een concreet, creatief uitgewerkte weergave betreft van een tafelgesprek, die zich kenmerkt door de verschillende door Blond c.s. aangevoerde subjectieve trekken, als omschreven onder 4.9.1, die ieder voor zich het resultaat vormen van originele keuzes.

4.9.5. Naar 's hofs voorlopig oordeel is evenwel geen sprake van inbreuk op het gestelde auteursrecht van Blond c.s. Voor de vraag of er sprake is van inbreuk komt het erop aan of het beweerdelijk inbreukmakende werk in zodanige mate de auteursrechtelijk beschermde trekken van het eerdere werk vertoont, dat de totaalindrukken die de beide werken maken te weinig verschillen voor het oordeel dat het eerstbedoelde werk als een zelfstandig werk kan worden aangemerkt (HR 29 november 2002, IER 2003, 17 (Una Voce Particolare), ro. 3.5). De werken vertonen zodanige verschillen dat de tekening van Xenos naar het voorlopig oordeel van het hof heeft te gelden als zelfstandig werk dat niet de vrucht vormt van ontlening. De elementen uit het werk van Blond c.s., als hiervoor genoemd onder 4.9.1, zijn weliswaar in enige mate te vinden in het beweerdelijk inbreukmakende werk van Xenos, maar verschillen daarvan in zodanige mate, dat niet gesproken kan worden van ontlening van de subjectieve trekken daarvan, laat staan van overeenstemmende totaalindrukken.

4.10. Het tweede door Blond c.s. ingeroepen werk, de decoratieve rand (fig. 3), onderdeel van de door haar gevoerde suikerpot, doorstaat naar het voorlopig oordeel van het hof de werktoets niet, zodat in het midden kan blijven of Xenos daaraan heeft ontleend. De betreffende op de rand van de betreffende suikerpot weergegeven schulpenrand, gelegen onder een aanliggende, roze baan - door Blond c.s. omschreven als een in geel, roze en zwart uitgevoerde decoratieve rand - ontbeert naar voorlopig oordeel van het hof het vereiste persoonlijk stempel van de maker. Het betreffende voortbrengsel betreft een triviale vorm die, in aanmerking genomen de aard van het werk (aardewerk), zodanig afgesleten is dat het voorshands op zichzelf beschouwd niet aangemerkt kan worden als het resultaat van scheppende menselijke arbeid.

4.11. Xenos betwist blijkens de mededelingen van haar advocaat ter gelegenheid van het pleidooi niet (langer) het door Blond c.s. gestelde makerschap ten aanzien van de tekening van het suikerklontje (fig. 4). Het hof acht, voorshands oordelend, het betreffende ontwerp auteursrechtelijk beschermd, vanwege de toegepaste dikke, zwarte belijning en de als grote zwarte punten, onnatuurlijk weergegeven suikerkristallen. Door de betreffende bijzondere weergave wordt, zoals Blond c.s. hebben gesteld, de suggestie gewekt van een dobbelsteen. De suikerklontjes die te vinden zijn op de producten van Xenos (vgl. fig. 5) (op het koffie bewaarblik, de theepot en de theeglashouder) tonen dezelfde subjectieve trek, die de totaalindruk van beide tekeningen domineert. Tussen het ingeroepen en als inbreuk makend bestreden voortbrengsel bestaat naar het voorlopig oordeel van het hof dan ook zodanige overeenstemming dat deze het vermoeden wettigt dat de tekeningen van Xenos de vrucht zijn van ontlening. Mitsdien zijn deze als verveelvoudiging aan te merken. Niettemin zullen de producten van Xenos waarop het suikerklontje staat afgebeeld niet worden verboden op de auteursrechtelijke grondslag. De betreffende inbreukmakende suikerklontjes worden immers slechts zeer weinig prominent en weinig frequent weergegeven op enkele van voornoemde producten, waarbij zij telkens slechts een gering onderdeel vormen van het uiterlijk van die producten als geheel. Toewijzing van de betreffende vorderingen op basis van de geconstateerde verveelvoudiging van het suikerklontje zou dan als een te verstrekkende ordemaatregel hebben te gelden.

4.12. Ten aanzien van het vierde door Blond c.s. ingeroepen werk, de koffieboon (fig. 6) - waarop volgens haar de koffiebonen op het koffie bewaarblik van Xenos (vgl. fig. 7) inbreuk maken - overweegt het hof dat in het midden kan blijven of de betreffende tekening voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking komt. Voor zover auteursrechtelijke bescherming aangenomen dient te worden, geldt de beschermingsomvang van het ontwerp - vanwege de beperkte creatieve ruimte die de ontwerper van een eenvoudig voorwerp als een koffieboon heeft - als dusdanig gering dat nabootsingen in gewijzigde vorm snel als nieuw, oorspronkelijk werk in de zin van art. 13 Aw zullen gelden.

In het onderhavige geval is naar voorlopig oordeel van het hof sprake van nieuwe, oorspronkelijke werken. De koffiebonen die op het koffie bewaarblik van Xenos zijn afgebeeld wijken alle op de subjectief in te vullen onderdelen (belijning en kleurstelling, meer in het bijzonder door het ontbreken bij Xenos van de op de Blond c.s.-koffieboon aangebrachte blauwachtige kleur) in zodanige mate af van de koffieboon van Blond c.s., dat de totaalindrukken die de beide werken maken te veel verschillen.

4.13. De door Blond c.s. ingeroepen tekening van een hartje (fig. 8) komt naar het voorlopig oordeel van het hof niet voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking, nu het een persoonlijk stempel van de maker ontbeert.

Het betreft een vorm die, ook in aanmerking genomen de beperkte creatieve ruimte die de maker van een dergelijk werk heeft, zowel wat kleur als belijning betreft te zeer voor de hand ligt om beschouwd te kunnen worden als het resultaat van scheppende menselijke arbeid. Het enkele feit dat het hartje slordig is ingekleurd, maakt dat niet anders.

4.14. Als de door Blond c.s. ingeroepen tekening van een aardbei (fig. 9) al voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking komt, wijken de door Xenos op haar producten afgebeelde aardbeiontwerpen (vgl. fig. 10) waar het de subjectieve trekken betreft daar naar voorlopig oordeel in zodanige mate van af, dat de totaalindrukken die de beide werken maken te veel verschil vertonen. Zo zijn de aardbeien van Xenos ronder van vorm en tonen zij zwarte in plaats van overwegend groene blaadjes, een dikkere, rondere belijning en stippen en steeltjes van afwijkende vorm.

4.15. Hetzelfde heeft mutatis mutandis te gelden ten aanzien van de door Blond c.s. ingeroepen tekening van een cupcake (fig. 11). Veronderstellenderwijs uitgaande van auteursrechtelijke bescherming van de tekening van Blond c.s., wijken de door Xenos gebruikte afbeeldingen van cupcakes (vgl. fig. 12) (op koek bewaarblik, koffie bewaarblik, theepot en theeglashouder) op de subjectief in te vullen onderdelen in zodanige mate af, dat de totaalindrukken die de cupcakes van Xenos wekken te veel verschil vertonen met de tekening van de cupcake van Blond c.s. Dit is niet alleen zo op het punt van de kleurstelling, maar tevens op het punt van de vorm en het aantal van de daarop aangebrachte decoratieve elementen.

4.16. De vorderingen van Blond c.s. zijn dus niet toewijsbaar op de auteursrechtelijke grondslag. Grief 1 faalt.

#### Slaafse nabootsing

4.17.1. Blond c.s. hebben naast auteursrechtelijke bescherming tevens de bescherming ingeroepen van art. 6:162 BW tegen slaafse nabootsing. Hoewel Blond c.s. in dit verband verzuimd hebben nauwkeurig te omschrijven wat het object, dan wel de objecten zijn waarvan zij bescherming beogen, begrijpt het hof uit hun stellingen dat zij voor (de producten in) hun productlijn 'Even bijkletsen' bescherming zoeken tegen verwarringwekkende nabootsing. Het hof maakt uit de stukken en het pleidooi van Xenos op dat zij het ook zo heeft begrepen. De gestelde nabootsingen van Xenos kenmerken zich volgens Blond c.s. door het gebruik van de volgende stijkenmerken en elementen, waardoor deze volgens hen dezelfde sfeer ademen als de producten van Blond en waardoor bij het publiek gevaar voor verwarring te duchten is:

- het voorkomen van thee drinkende vrouwen aan een rond tafeltje;
- het frequent voorkomen van de onder 4.10 genoemde decoratieve rand, het suikerklontje, de koffieboon, het hartje, de aardbei, theezakjes en de cupcake, al dan niet in gewijzigde vorm;
- vrolijke, handgeschreven teksten;
- nagenoeg dezelfde kleurstelling en opmaak;

Volgens Blond c.s. hebben de van de productlijn 'Even bijkletsen' deel uitmakende producten een eigen plaats op de markt, bootst Xenos (de producten van) deze productlijn met haar producten na en sticht zij daardoor nodeloze verwarring. Blond c.s. wijzen in dat verband op enkele concrete gevallen waarin volgens hen sprake is geweest van verwarring.

4.17.2. Xenos betwist gemotiveerd de door Blond c.s. gestelde eigen plaats op de markt en voorts dat zij met haar serviesproducten en blikken (de producten van) de productlijn 'Even bijkletsen' van Blond c.s. slaafs heeft nagebootst en dat sprake is van verwarringsgevaar bij het publiek. Bovendien brengt volgens Xenos de negatieve reflexwerking van het auteursrecht mee dat in dit geval geen beroep gedaan kan worden op de aanvullende bescherming van art. 6:162 BW.

4.17.3. Het hof volgt Xenos niet in haar - meest verstrekkende - stelling dat van afwijzing van de auteursrechtelijke grondslag negatieve reflexwerking uitgaat. Het enkele feit dat er wat betreft de door Blond c.s. opgevoerde tekeningen en decoratieve rand geen auteursrechtinbreuk wordt aangenomen, brengt niet mee dat geen ruimte is voor aanvullende bescherming op grond van artikel 6:162 BW. Ten eerste gaat het Blond c.s. bij deze subsidiaire grondslag niet (enkel) om de specifieke werken waarvoor zij auteursrechtelijke bescherming claimen, maar om de tot de productlijn 'Even bijkletsen' behorende producten, welke worden bepaald door de combinaties

van tekeningen, teksten en kleuren.

Ten tweede staat nabootsing van een stoffelijk product dat niet (langer) wordt beschermd door een absoluut recht van intellectuele eigendom niet vrij, indien door die nabootsing verwarring bij het publiek valt te duchten en de nabootsende concurrent tekortschiet in zijn verplichting om bij dat nabootsen alles te doen wat redelijkerwijs, zonder afbreuk te doen aan de deugdelijkheid of bruikbaarheid van zijn product, mogelijk en nodig is om te voorkomen dat door gelijkheid van beide producten gevaar voor verwarring ontstaat (vgl. HR 20 november 2009, NJ 2011, 302 (Lego), r.o. 3.3.2).

4.17.4. Naar het voorlopig oordeel van het hof heeft Blond c.s. met de bij memorie van grieven overgelegde producties 13 t/m 17 voldoende aannemelijk gemaakt dat de productlijn 'Even bijkletsen' en de producten daarvan een eigen positie in de markt bezitten.

4.17.5. Partijen hebben getwist over de in aanmerking te nemen verwarringssoort: herkomst- of productverwarring. Het hof merkt in dit verband op dat art. 6:162 BW, mede gelet op de algemene formulering van art. 10bis van het Unieverdrag van Parijs, geacht moet worden bescherming te bieden tegen beide vormen van verwarring. Voor de beoordeling van het verwarringsgevaar in de onderhavige zaak gaat het hof uit van een publiek van gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende gewone consumenten.

4.17.6. Blond c.s. en Xenos hebben hun respectieve producten van de productlijn 'Even bijkletsen' zowel bij gelegenheid van pleidooi als in de overgelegde producties getoond. Deze vertonen tenminste de volgende kenmerken:

- het kris-kras door elkaar plaatsen van verschillende beeldelementen, waardoor de suggestie van dynamiek wordt gewekt;
- het gebruik van - hoofdzakelijk roze- en geelkleurige - pasteltinten;
- het voorkomen, al dan niet in meervoud, van één of meer van de zeven door Blond c.s. opgevoerde elementen (thee drinkende vrouwen aan een rond tafeltje; een decoratieve rand, een suikerklontje, een koffieboon, een hartje, een aardbei en een cupcake, zie r.o. 4.7) tegen een gebroken witte, of wit met roze achtergrond.
- het gebruik van één of meerdere decoratieve schulpenranden;
- het gebruik van handgeschreven tekst;

Een aanzienlijk aantal van deze kenmerken treft men ook aan in de volgende producten van Xenos:

- de beschuitbus;
- het lage, ronde koek bewaarblik;
- het grote, ronde taartblik;
- het koekjesblik met deksel met ronde knop;
- de ronde voorraadbuis/het koffie bewaarblik (afgebeeld links op de eerste foto van prod. 1 MvG);
- de theezakjeshouder;
- de theeglashouder;
- de theepot.

4.17.7. Beeldelementen die voorkomen op de producten van de productlijn 'Even bijkletsen' van Blond c.s. (een decoratieve rand, suikerklontjes, koffiebonen, hartjes, aardbeien, cupcakes) worden ook aangetroffen op de hiervoor genoemde producten van Xenos. Ook gebruikt Xenos, evenals Blond c.s., de kleurencombinatie (pastel) geel/roze op opvallende wijze tegen een lichte achtergrond. Ook gebruikt Xenos, evenals Blond c.s., een kriskras rangschikking van elementen die met eten en (thee- en koffie-)drinken te maken hebben en evenals Blond c.s. gebruikt zij soms handgeschreven teksten, die dan overigens ook weer met voornoemde onderwerpen en met het in dat kader "gezellig samenzijn" verband houden. Beide productlijnen betreffen voorraadbussen/-potten/-blikken en met thee- en koffiedrinken samenhangende gebruiksvoorwerpen uit de huiselijke keuken.

4.17.8. De totaalindruk van de hiervoor opgesomde Xenos producten enerzijds en van de (producten van de) productlijn "Even bijkletsen" van Blond c.s. anderzijds is, gelet op de mate waarin de hiervoor genoemde kenmerken van de productlijn van Blond c.s. worden aangetroffen op genoemde Xenos producten, naar het voorlopig oordeel van het hof in zodanige mate overeenstemmend dat verwarringsgevaar voldoende aannemelijk is. In dat verband is ook van belang dat de beide productlijnen, zoals Blond c.s. onbestreden heeft gesteld, niet bij dezelfde verkooppunten verkrijgbaar zijn. Het publiek ziet de desbetreffende producten dus niet naast elkaar. Herinneringen van het publiek zijn meestal niet fotografisch en vaak onvolledig. Over het algemeen zal worden aangehaakt bij het onvolmaakte, in de herinnering achtergebleven beeld.

4.17.9. Het enkele feit dat de producten van Xenos overwegend in blik zijn uitgevoerd en die van Blond c.s. overwegend in aardewerk neemt, gelet op de hiervoor omschreven overeenstemming in uitvoering en thema, dat verwarringsgevaar niet weg. Dat is echter anders ten aanzien van de Xenos producten die in textiel zijn uitgevoerd en het kartonnen feestbordje van Xenos; die zijn te ver van de getoonde producten van Blond c.s. (enkel aardewerk en blik) verwijderd om zonder

nadere toelichting, die ontbreekt, verwarringsgevaar aannemelijk te achten.

4.17.10. Xenos heeft niet aangevoerd en ook anderszins is niet aannemelijk geworden dat zij alles heeft gedaan wat redelijkerwijs mogelijk en nodig is om te voorkomen dat door gelijkheid van de in r.o. 4.17.6 genoemde producten gevaar voor verwarring ontstaat of vergroot wordt. Zij had evengoed voor een andere vormgeving kunnen kiezen zonder aan de deugdelijkheid en bruikbaarheid van de producten afbreuk te doen. Dat blijkt reeds uit de meer recentere productlijn van Xenos, waarvan ook producten bij gelegenheid van het pleidooi aan het hof zijn getoond, waarop bijvoorbeeld prominente rode, blauwe en groene rastermotieven zijn aangebracht en waarop veel meer heldere kleuren aanwezig zijn dan bijvoorbeeld de roze pasteltinten op de producten van Blond c.s.

4.17.11. Het voorgaande leidt er toe dat de in r.o. 4.17.6 genoemde producten van Xenos geacht worden slaafs te zijn nagebootst van (de producten van) de productlijn 'Even bijkletsen' van Blond c.s. In zoverre heeft Xenos onrechtmatig jegens Blond c.s. gehandeld en slaagt de tweede grief.

4.17.12. De slotsom is dat het bestreden vonnis zal worden vernietigd en dat de vorderingen van Blond c.s. alsnog zullen worden toegewezen zoals hierna aangegeven.

De vorderingen

4.18. De onder I geformuleerde vordering acht het hof te weinig concreet om te kunnen worden toegewezen. Overigens is het belang van Blond c.s. voldoende gediend bij toewijzing van het sub II gevorderde, waarbij dat verbod dan wel wordt beperkt tot de hiervoor in r.o. 4.17.6 genoemde Xenos producten alsmede tot handelingen die inhouden dat het publiek met die producten in aanraking wordt gebracht. Anders dan Blond c.s. lijken te veronderstellen (pleitnota sub 7), is een omschrijving van "alle andere producten waarop de gewraakte Xenos dessins voorkomen" te weinig concreet om daarop een verbod te baseren.

Ook het onder III gevorderde is toewijsbaar voor zover het niet-consumenten betreft. Ten aanzien van de onder IV onder a) gevorderde opgave is door Xenos bij pleidooi in eerste aanleg aangevoerd dat accordering van de opgave naar de huidige beroepsregels van accountants niet mogelijk is. Volgens Xenos zal de registeraccountant slechts kunnen vastleggen dat de opgave strookt met de boekhouding van Xenos, hetgeen door Blond c.s. niet is weersproken.

De onder IV onder b) gevorderde opgave van kosten, omzet en winst ziet op schadebegroting en niet op controle van naleving van het op te leggen verbod. In aanmerking genomen dat de bodemprocedure reeds aanhangig is, hebben Blond c.s. naar het oordeel van het hof bij deze opgave onvoldoende spoedeisend belang. Tegen het onder IV onder c) gevorderde heeft Xenos geen afzonderlijk verweer gevoerd. Gelet op het voorgaande zal het onder IV gevorderde worden toegewezen als hierna te melden.

Het onder V gevorderde zal als niet, dan wel onvoldoende gemotiveerd bestreden worden toegewezen met uitzondering van het deel van de vordering dat ziet op vernietiging, nu de raadsman van Blond c.s. tijdens het pleidooi in hoger beroep heeft medegedeeld dat Blond c.s. hoe dan ook niet tot vernietiging van de Xenosproducten zal overgaan vóórdat in de bodemprocedure uitspraak is gedaan. De gevorderde dwangsommen zullen worden gemaximeerd.

Xenos zal als de overwegend in het ongelijk gestelde partij in de aan de zijde van Blond c.s. gevallen proceskosten in beide instanties worden veroordeeld (VI), met dien verstande dat zulks op de voet van art. 237 Rv. gebeurt, nu de vorderingen op de subsidiaire grondslag (slaafse nabootsing) worden toegewezen en op de auteursrechtelijke grondslag zijn afgewezen. De verwerping van de auteursrechtelijke grondslag is op zichzelf onvoldoende reden om Blond c.s. de in het kader van dat debat door Xenos gemaakte kosten te laten dragen. Met het op onrechtmatige wijze voeren van een productlijn en het weigerachtig blijven dat te beëindigen, heeft Xenos over zichzelf afgeroepen dat zij in rechte werd betrokken. Het stond Blond c.s. daarbij in beginsel vrij om primair een van de in artikel 1019h Rv. bedoelde grondslagen aan te dragen.

Omtrent de buitengerechtelijke kosten is te weinig gesteld; deze worden afgewezen. Tenslotte is, nu de bodemprocedure aanhangig is, het bepalen van een termijn daarvoor (VII) niet meer aan de orde.

5. De uitspraak

Het hof:

vernietigt het vonnis van de voorzieningenrechter van de rechtbank Breda van 30 december 2009;

en opnieuw rechtdoende:



5.1. gebiedt Xenos om onmiddellijk na betekening van dit arrest het (laten) aanbieden, leveren en/of anderszins verhandelen van de artikelen genoemd in r.o. 4.17.6, zijnde de beschuitbus, het lage, ronde koek bewaarblik, het grote, ronde taartblik, het koekjesblik met deksel met ronde knop, de ronde voorraadbus/het koffie bewaarblik, de theezakjeshouder, de theeglashouder en de theepot, te staken en gestaakt te houden, zulks op straffe van een dwangsom van € 20.000,-- per (gedeelte van een) dag dat Xenos nalaat aan dit gebod gevolg te geven, zulks met een maximum van € 1.000.000,--;

5.2. gebiedt Xenos om binnen drie dagen na betekening van dit arrest zorg te dragen voor het opkopen, dan wel terughalen van alle exemplaren van de in 5.1 bedoelde producten welke zich thans nog bevinden in haar winkels en/of bij afnemers van deze producten, niet zijnde consumenten, zo nodig onder aanbieding van terugbetaling dan wel creditering van de inkoopnota's alsmede vergoeding van alle kosten van de afnemers voor de retournering van de producten, zulks op straffe van een dwangsom van € 20.000,-- per (gedeelte van een) dag dat Xenos nalaat aan dit gebod gevolg te geven, zulks met een maximum van € 1.000.000,--;

5.3. gebiedt Xenos om binnen veertien dagen na betekening van dit vonnis op eigen kosten een schriftelijke en van alle relevante documenten vergezeld ter onderbouwing, door een registeraccountant opgestelde verklaring aan de advocaat van Blond c.s. te doen toekomen inzake:

a. het totaal aantal van de in 5.1 bedoelde producten die Xenos:

- heeft geproduceerd, afgenomen en/of ingekocht;
- heeft verkocht en/of geleverd;
- nog op voorraad en/of in haar macht heeft;

b. de naam- en adresgegevens van leverancier(s), producenten en eventueel zakelijke afnemers van de onder a) bedoelde producten (onder vermelding van het aantal afgenomen producten per afnemer), inclusief alle contactgegevens;

één en ander op straffe van een dwangsom van € 5.000,-- per (gedeelte van een) dag dat Xenos nalaat aan dit gebod gevolg te geven, zulks met een maximum van € 250.000,--;

5.4. gebiedt Xenos om binnen veertien dagen na betekening van dit vonnis op eigen kosten haar totale voorraad van de in 5.1 bedoelde producten af te staan aan Blond c.s., zulks op straffe van een dwangsom van € 5.000,-- per (gedeelte van een) dag dat Xenos nalaat aan dit gebod gevolg te geven, zulks met een maximum van € 250.000,--;

5.5. veroordeelt Xenos in de kosten van de procedure in eerste aanleg, welke kosten het hof aan de zijde van Blond c.s. begroot op € 334,25 aan verschotten en € 1.632,-- aan salaris advocaat;

5.6. veroordeelt Xenos in de kosten van het hoger beroep, welke kosten het hof aan de zijde van Blond c.s. begroot op € 401,93 aan verschotten en € 2.682,-- aan salaris advocaat;

5.7. verklaart dit arrest tot zover uitvoerbaar bij voorraad;

5.8. wijst af het anders of meer gevorderde.

Dit arrest is gewezen door mrs. P.M. Huijbers-Koopman, M.A. Wabeke en H. Struik en in het openbaar uitgesproken door de rolraadsheer op 28 februari 2012.