

**LJN: BR2358, Gerechtshof Arnhem , 200.020.432**

Datum 07-06-2011  
uitspraak:  
Datum 20-07-2011  
publicatie:  
Rechtsgebied: Handelszaak  
Soort procedure: Hoger beroep kort geding  
Inhoudsindicatie: Kort geding. Geschil tussen twee producenten van houtkachels. Kachels van eiseres zijn door vormgeving werken in de zin van de Auteurswet. In de kachels van gedaagde zijn de auteursrechtelijk beschermde trekken zodanig overgenomen, dat de totaalindrukken van de kachels van beide partijen te weinig verschillen opleveren voor het oordeel dat de kachels van gedaagde als zelfstandige werken kunnen worden aangemerkt. Gedaagde heeft niet aannemelijk gemaakt dat zij de vorm van haar kachels niet heeft ontleend aan de kachels van eiseres. De primaire grondslag (auteursrechtinbreuk) slaagt, waardoor de subsidiaire grondslag (slaafse nabootsing) geen bespreking meer behoeft.

**Uitspraak**

GERECHTSHOF ARNHEM  
Sector civiel recht

zaaknummer gerechtshof 200.020.432  
(zaaknummer rechtbank 175097)

arrest van de tweede civiele kamer van 7 juni 2011

in het kort geding van:

de vennootschap naar Zweeds recht  
NIBE AB,  
gevestigd te Markaryd, Zweden,  
appellante,  
advocaat mr. F.A.M. Knüppe,

tegen

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid  
Interfocos B.V.,  
gevestigd te Bladel,  
geïntimeerde,  
advocaat mr. E.J. Louwers.

**1. Het geding in eerste aanleg**

Voor het geding in eerste aanleg verwijst het hof naar de inhoud van het vonnis van 28 oktober 2008 dat de voorzieningenrechter van de rechtbank Arnhem tussen appellante (hierna ook te noemen: NIBE) als eiseres en geïntimeerde (hierna ook te noemen: Interfocos) als gedaagde in kort geding heeft gewezen. Van dat vonnis is een fotokopie aan dit arrest gehecht. Het is gepubliceerd in LJN: BG4488.

**2. Het geding in hoger beroep**

2.1 NIBE heeft bij exploit van 25 november 2008 Interfocos aangezegd van dat vonnis in hoger beroep te komen, met dagvaarding van Interfocos voor dit hof.

2.2 Bij memorie van grieven van 10 november 2009 heeft NIBE tien grieven tegen het bestreden vonnis aangevoerd en toegelicht en gevorderd dat het hof het bestreden vonnis zal vernietigen en, opnieuw recht doende, bij uitvoerbaar bij voorraad verklaard arrest alsnog de vorderingen van NIBE zal toewijzen, met veroordeling van Interfocos in de volledige kosten van beide instanties, bestaande uit de volledige feitelijk door NIBE gemaakte kosten van de salarissen en verschotten van de advocaat, of een ander door het hof in goede justitie te bepalen bedrag ter vergoeding van de redelijke en evenredige gerechtskosten en andere kosten die NIBE heeft gemaakt in de zin van artikel 1019h Rv.

In eerste aanleg heeft NIBE gevorderd dat de voorzieningenrechter bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad:

1 Interfocos zal bevelen met onmiddellijke ingang te staken en gestaakt te houden iedere verdere inbreuk op de exclusief aan NIBE toekomende auteursrechten, meer in het

bijzonder te staken en gestaakt te houden de productie, verkoop, de ter verkoop aanbidding en het voor deze doeleinden in voorraad houden van kachels waarvan de vormgeving een nabootsing is van de in het lichaam van de dagvaarding omschreven Contura kachels, zulks op straffe van een dwangsom van € 10.000 per product waarmee het ten deze te geven bevel wordt overtreden dan wel, ter keuze van NIBE, voor iedere dag waarop een overtreding voortduurt;

2 Interfocos te bevelen om binnen 14 dagen na betekening van het te wijzen vonnis aan de advocaat van NIBE - mr. S.A. Klos, postbus 75988, 1070 AZ Amsterdam - te bezorgen een door een registeraccountant, op basis van door die registeraccountant zelfstandig verricht onderzoek, gecertificeerde verklaring betreffende:

a. de totale hoeveelheid inbreukmakende producten die door Interfocos zijn geproduceerd en/of ingekocht en/of besteld, zowel als de totale hoeveelheid inbreukmakende producten die Interfocos in voorraad heeft, alles gespecificeerd naar producttype en leverancier;

b. de totale hoeveelheid van inbreukmakende producten die door Interfocos zijn verkocht;

c. de kostprijs en/of inkoopprijs zowel als de verkoopprijs van de inbreukmakende producten;

d. het totale bedrag aan winst genoten door Interfocos als gevolg van de verhandeling van de inbreukmakende producten;

e. de volledige namen en adressen van de producten en/of leverancier van de inbreukmakende producten, alsmede alle andere personen en rechtspersonen die bij de verhandeling zijn betrokken;

3 Interfocos te veroordelen binnen 14 dagen na betekening van het vonnis alle door haar geleverde inbreukmakende producten terug te roepen van haar klanten, met uitzondering van privé-consumenten, en de advocaat van NIBE een schriftelijk door een registeraccountant gecertificeerd rapport te verstrekken betreffende de hoeveelheid teruggeroepen en terugontvangen inbreukmakende producten, gespecificeerd per product;

4 Interfocos te bevelen binnen 20 dagen na betekening van het vonnis de inbreukmakende producten die Interfocos in voorraad heeft, alsmede de teruggeroepen en -ontvangen producten, aan NIBE ter vernietiging op te leveren op een door NIBE op eerste verzoek aan Interfocos te specificeren plaats;

5 Interfocos te veroordelen aan NIBE te voldoen een dwangsom ad € 10.000 voor iedere dag of deel van een dag waarop Interfocos in gebreke blijft geheel of gedeeltelijk aan de vorderingen sub 2 t/m 4 te voldoen of - ter keuze van NIBE - voor iedere handeling die een overtreding van de sub 2 t/m 4 gevorderde bevelen oplevert;

6 voor zover de gevraagde voorzieningen op basis van het auteursrecht worden toegewezen, te bepalen dat de termijn waarbinnen NIBE op grond van artikel 1019i Rv. een bodemprocedure aanhangig dient te maken te stellen op zes maanden te rekenen vanaf de dag van de betekening van het te wijzen vonnis;

7 Interfocos te veroordelen de volledige kosten van deze procedure, inclusief advocaatkosten, aan NIBE te voldoen.

2.3 Bij memorie van antwoord van 21 september 2010 heeft Interfocos de grieven bestreden, bewijs aangeboden, producties in het geding gebracht en geconcludeerd dat het hof bij arrest, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad, NIBE niet-ontvankelijk zal verklaren in haar hoger beroep c.q. dat hoger beroep ongegrond zal verklaren, en het bestreden vonnis zal bekrachtigen (zo nodig onder verbetering van gronden), alsmede NIBE zal veroordelen in de kosten het geding in beide instanties, bestaande uit de werkelijk gemaakte redelijke en evenredige gerechtskosten en andere kosten op de voet van artikel 1019h Rv.

2.4 Op 24 september 2010 heeft (de advocaat van) Interfocos de producties 23 tot en met 26 ter griffie gedeponneerd, waarvan de griffier onder depotnummer 17/2010 akte heeft verleend.

2.5 Ter zitting van 7 april 2011 zijn voor NIBE verschenen mr. S.A. Klos en mr. J.A.K. van den Berg, advocaten te Amsterdam, en is Interfocos bijgestaan door mr. F. Vos en mr. E.J. Louwers, advocaten te Eindhoven. Op verzoek van Interfocos en met toestemming van de advocaten van NIBE heeft het hof voor de pleidooien de door Interfocos ter bezichtiging bij het gerechtsgebouw aangevoerde kachels Contura 520T en 660T alsmede Barbas Eco 600 en 610 en nog een andere kachel bezichtigd. Daarbij hebben de advocaten relevante kenmerken aangewezen, waarvan de griffier op aanwijzing van de voorzitter foto's heeft gemaakt. Vervolgens hebben partijen de zaak doen bepleiten door hun advocaten. Over en weer hebben zij pleitnotities in het geding gebracht.

Mr. Vos heeft voor de zitting bij brief van 31 maart 2011 aan de advocaat van NIBE en het hof (deels andere) producties (opnieuw genummerd: 23 tot en met 26) gezonden, waartegen mr. Klos desgevraagd verklaarde geen bezwaar te hebben, zodat het hof akte heeft verleend van het in het geding brengen van die producties.

Mr. Louwers heeft aan het begin van de zitting bij brief van diezelfde dag aan de advocaat van NIBE en het hof een specificatie van bestede uren opgegeven over 31 maart tot en met 7 april 2011, waartegen mr. Van den Berg desgevraagd bezwaar heeft gemaakt. Nadat het hof een korte schorsing voor een leespaauze van deze specificatie ter grootte van één pagina had aangeboden, heeft mr. Klos verklaard geen bezwaar tegen hebben tegen productie van dit stuk, zodat het hof ook daarvan akte heeft verleend.

2.6 Ten slotte heeft het hof arrest bepaald.

2.7 Bij brief van 8 april 2011 heeft mr. Louwers de hierna in rov. 4.8 te bespreken productie aan de wederpartij en het hof ingezonden.

### 3. De vaststaande feiten

Het hof verwijst naar de feitenvaststelling in het vonnis onder 2.1 tot en met 2.3.

3.1 NIBE is een in 1950 in Zweden opgerichte onderneming die zich richt op de ontwikkeling en verkoop van verwarmingsproducten, waaronder houtkachels. Zij verkoopt haar houtkachels onder verschillende merken, waaronder het merk Contura. Van het laatstgenoemde merk verkoopt zij kachels in, onder meer, Nederland, België, Frankrijk, Duitsland, Oostenrijk, Zwitserland, Denemarken, Noorwegen, Finland, Zweden en het Verenigd Koninkrijk. Zij heeft de Contura 500 serie voor het eerst aan het publiek getoond te Frankfurt in maart 2001. De Contura 600 serie heeft zij in 2003 op de markt geïntroduceerd. Van die series gaat het in deze zaak om de hierna weergegeven modellen:

3.2 Interfocos is een Nederlandse onderneming die ook haardproducten verhandelt. Zij verkoopt haar producten voornamelijk in West-Europa, onder meer onder het merk Barbas. Van de Barbas kachels verkoopt zij onder het submerk Eco in Nederland onder meer de Eco 600 en de Eco 610, die hieronder zijn weergegeven:

3.3 NIBE heeft Interfocos in maart 2007 gesommeerd om, onder meer, de verkoop van de Eco 600 en de Eco 610 te staken wegens inbreuk op haar auteursrecht op de Contura 520T respectievelijk de Contura 660T. Later dat jaar heeft zij haar sommatie herhaald. Interfocos verkoopt de genoemde kachels uit de Eco serie nog steeds.

### 4. De motivering van de beslissing in hoger beroep

kort overzicht

4.1 NIBE heeft het door haar gevorderde (zie rov. 2.2) primair gegrond op auteursrecht en subsidiair op slaafse nabootsing.

De voorzieningenrechter heeft in zijn vonnis (rov. 4.9) voorshands voldoende aannemelijk geoordeeld dat de Contura 520T en de Contura 660T door de combinatie van de in het vonnis onder 4.5 opgesomde kenmerken kunnen worden beschouwd als werken met een eigen oorspronkelijk karakter die het persoonlijke stempel van de maker dragen, zodat zij naar zijn oordeel in zoverre voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking komen. De voorzieningenrechter heeft evenwel na vergelijkingen geen inbreuken aannemelijk geoordeeld, maar voor een grondiger marktonderzoek een bodemprocedure nodig geacht en het spoedeisend belang van NIBE niet zo groot geoordeeld dat een uitkomst daarvan niet zou kunnen worden afgewacht (zie rov. 4.17).

Ook de grondslag van slaafse nabootsing heeft de voorzieningenrechter van de hand gewezen (rov. 4.18 en 4.19).

De voorzieningenrechter heeft het gevorderde afgewezen en NIBE in de proceskosten veroordeeld.

Daartegen richt NIBE haar grieven, die zich per grondslag voor een gebundelde beoordeling lenen.

auteursrecht?

4.2 Anders dan NIBE meent, staat niet als gevolg van het ontbreken van incidenteel appel in hoger beroep vast dat NIBE auteursrecht heeft op de beide kachels. De devolutieve werking van het hoger beroep brengt immers mee dat bij gegrondbevinding van een of meer grieven de appelrechter opnieuw heeft te beslissen over de in eerste instantie berechte vordering, voor zover deze in hoger beroep is gehandhaafd. In eerste aanleg verworpen of buiten behandeling gebleven verweren van gedaagde, thans geïntimeerde, die in hoger beroep niet zijn prijsgegeven, moeten door de appelrechter opnieuw, onderscheidenlijk alsnog worden onderzocht, voor zover het hoger beroep de toewijsbaarheid van de vordering opnieuw aan de orde stelt.

4.3 Het hof stelt voorop dat voor auteursrechtelijke bescherming is vereist dat het werk een eigen intellectuele schepping is van de auteur (HvJ EG 16 juli 2009, C-5/08 Infopaq). De vorm mag niet ontleend zijn aan een ander werk en moet het resultaat zijn van scheppende menselijke arbeid en dus van creatieve keuzes en daarmee voortbrengsel van de menselijke geest (HR 30 mei 2008, LJN BC2153). Het werkbegrip van de Auteurswet vindt zijn begrenzing waar het eigen, oorspronkelijk karakter enkel datgene betreft wat

noodzakelijk is voor het verkrijgen van een technisch effect (HR 16 juni 2006, LJN AU8940). Daarnaast vindt het werkbegrip zijn begrenzing waar het eigen, oorspronkelijke karakter enkel bepaald wordt door reeds bekende stijlelementen (HR 28 juni 1946, NJ 1946, 712). Beslissend is de situatie op het moment waarop de modellen voor het eerst openbaar zijn gemaakt (HR 16 april 1999, LJN: ZC2889).

4.4 De Contura kachels 520T en 660T (uitgevoerd in zowel speksteen als uitsluitend gietijzer) zijn openbaar gemaakt in maart 2001 respectievelijk twee jaar later in 2003. De Contura 660T stemt overeen met de Contura 520T; zij wijkt slechts daarvan af door het bovenin aangebrachte, aan de voorzijde opengelaten ovencompartiment.

4.5 Op grond van rov. 4.5 van het vonnis alsmede haar toelichting bij de bezichtiging en haar pleidooi in appel beroept NIBE zich op een combinatie van de volgende, volgens haar subjectieve ontwerpkeuzes in het ontwerp naar solide, Scandinavisch design van de Contura kachels 520T en 660T:

- 1 de strakke verticale cilindervormige mantel/buis/koker zonder ornamenten en met een cirkelvormig grondvlak,
- 2 de in die mantel/buis/koker aan de voorzijde over de nagenoeg gehele buishoogte aangebrachte uitsparing in de vorm van een fractie (taartpunt) voor iets meer dan 90 graden van de cilindercirkel,
- 3 de teruglegging in die fractie van het vlakke, aaneengesloten zwart gietijzeren deel met verzonken handgrepen, welk deel met een naar binnen gelegde boog de cilindercirkel parallel volgt,
- 4 de zichtbare dwarsdoorsnede van de dikke buitenmantel, te zien aan de verticale weerszijden van de fractie,
- 5 het over de fractie heen stekende cirkelvormige deksel.

Het geheel van deze driedimensionale vormgeving geeft een effect van een gladde simpele, gepolijste stenen cilinder die een perfect gladde zwarte cilindervormige kachel omgeeft, die slechts zichtbaar is door een uitsparing in de buitenste stenen cilinder (aldus NIBE in haar pleitnota in eerste aanleg sub 28).

4.6 Interfocos heeft haar ontleningsverweer in hoger beroep (aan de hand van de door haar ingezonden producties 23, 24 en 25) hierop toegespitst dat NIBE haar beide modellen heeft ontleend aan de HWAM Beethoven (2012) en de HWAM Beethoven-H (2012-H), zonder en met ovencompartiment, die in 2000 al onder de namen ABC 2012 en ABC 2012H op de markt waren, zoals te zien op de foto's bij het voorblad van ABC Pejse Industri A/S van 2000 (ingezonden productie 23), hetgeen NIBE gemotiveerd betwist.

4.7 Hierover oordeelt het hof als volgt.

De vorm mag niet ontleend zijn aan die van een ander werk (HR 30 mei 2008, LJN: BC2153, NJ 2008, 556. Anders dan Interfocos meent, rust de stelplicht en de bewijslast (in kort geding: om aannemelijk te maken) van haar verweer dat aan NIBE geen bescherming toekomt omdat zij de Contura kachels 520T en 660T waarop zij auteursrecht claimt niet zelf heeft gemaakt maar aan de HWAM Beethoven (2012 en 2012-H) heeft ontleend, op Interfocos (HR 9 maart 1962, NJ 1964, 403). Het is dus in dit kort geding aan Interfocos om haar verweer aannemelijk te maken.

Zoals het hof reeds ter zitting heeft opgemerkt, is op de eerste grote foto van de Beethoven (van de toegezonden productie 23) niet duidelijk zichtbaar of zij wel de vorm van een cirkel heeft. Aan de achterzijde is het deksel in ieder geval recht en het lijkt erop dat er linksachter een hoek van 90 graden aanwezig is naar een recht vooruit stekende linkerzijde. De daarop volgende ontwerptekeningen van de bovenzijde van de ABC 2012 en 2012 H tonen een rechthoek, waarvan alleen de voorzijde een enigszins matige boogvorm heeft. Men zou nog kunnen denken dat de van spekstenen tegels voorzien exemplaren, rechts op pagina 11 en 13, misschien wel - om een rechthoekige gietijzeren inbouw heen - een ronde buitenkant hebben, maar deze exemplaren ABC 2012 en ABC 2012H laten zien dat behalve de achterkant ook de zijkanten recht zijn. Datzelfde is te zien op de prijslijst van Altech Nedar voor ABC PEJS van 1 juli 2000 (ingezonden productie 25) voor de Beethoven (2012) en de Beethoven-H (2012-H). Onderaan is met een enkele ster vermeld dat het standaard rechte zijden betreft en dat ronde zijden bij bestelling moeten worden opgegeven. Maar zo'n enkele ster staat alleen bij de Monet (2002)\*. Voor de Beethoven kan men dus niet opteren voor ronde zijden. Aldus moet worden aangenomen dat deze kachels een cirkelvormig grondvlak missen.

Ook ontbreekt een uitsparing in de vorm van een fractie/taartpunt.

4.8 Tijdens haar pleidooi in hoger beroep heeft mr. Vos twee op een A4-tje verkleind afgedrukte pagina's 46 en 47 overgelegd uit een niet benoemd noch gedateerd document met daarop vier exemplaren van de HWAM Beethoven H, waarvan de op beide pagina's rechts afgedrukte spekstenen exemplaren volgens de ontwerptekeningen van het bovenaanzicht - afgezien van hun rechte achterkant - rond zijn. Tegen het zeer laat overleggen van deze productie heeft NIBE aanvankelijk om die reden bezwaar gemaakt, maar daarbij ook betwist dat de kachels op dit document van vóór maart 2001 zouden zijn. Bij de afsluiting van de pleidooien heeft de voorzitter met partijen afgesproken dat (de advocaten van) Interfocos van dat A4-tje een kopie zou(den) toezenden aan (de advocaten van) NIBE, zoals is gebeurd bij de brief onder rov. 2.7. Het hof oordeelt evenwel dat Interfocos ondanks deze voorziening dit stuk veel te laat en daarom in strijd met de goede

procesorde heeft geproduceerd. Daarnaast heeft zij, hoewel dat op haar weg lag, in ieder geval ook niet aannemelijk gemaakt dat het hier kachels van vóór maart 2001 betreft. De brochure van HWAM (gedeponeerde productie 24, p. 11 en 13), waarin de HWAM Beethoven en Beethoven H voorkomen, is wel bestemd voor 2001, maar bevat geen uitgiftedatum en Interfocos heeft ook niet, hoewel het daarop aankwam, gespecificeerd wanneer deze in 2001 is verschenen, zodat ook niet vaststaat of dit vóór dan wel na maart 2001 was. Daarom valt ook daarin geen aanwijzing voor ontlening te zien.

4.9 Volgens Interfocos zijn de Scan 29 en de Scantherm Mento op de markt gebracht in augustus 1998 respectievelijk juli 2000, zoals volgens haar blijkt uit de brochures van die maanden (gedeponeerd als productie 23, p. 16 en 17 en productie 26, onder Mento).

4.10 Naar het oordeel van het hof is de Scan 29 niet gehuld in een compleet aaneengesloten spekstenen mantel (delen ervan zijn onderbroken door het gietijzer) en mist zij een teruggelagde uitsparing in de vorm van een fractie/taartpunt. Omdat de spekstenen beplating niet aaneengesloten is aangebracht, blijft het gietijzer overheersen. Verder steken hengsel en knoppen uit buiten de kolom.

De scantherm Mento is weliswaar rond maar heeft verder dezelfde afwijkingen als de Scan 29. De reclamebrochure van de Scan 40 (gedeponeerde productie 25, p. 30 en 31) dateert van 2001 en bevat de aanduiding van het (stook-)seizoen 2001-2002, maar daarmee staat niet vast dat dit model reeds was openbaar gemaakt vóór maart 2001 toen de Contura 520T werd openbaar gemaakt.

Tegen het oordeel van de voorzieningenrechter (rov. 4.7) dat de Cirrus van vóór 2001 dateert heeft NIBE aangevoerd dat dit onjuist is. Daartegenover heeft Interfocos niet gesteld op welk moment en wijze de Cirrus is openbaargemaakt, zodat er in hoger beroep niet van kan worden uitgegaan dat de Cirrus dateert vóór maart 2001.

4.11 Volgens Interfocos vormen de Eco 600 en Eco 610 een logische en trendy doorontwikkeling van de reeds vanaf 1994 bestaande Eco 500 en de sinds 1999 bestaande Eco 510 en 410.

Of dit het geval is, kan naar het oordeel van het hof in het midden blijven. De Eco 600 en 610 zijn immers pas openbaar gemaakt, nadat de Contura 520T reeds op de markt was verschenen.

Het hof komt tot de voorlopige slotsom dat Interfocos niet aannemelijk heeft gemaakt dat de Contura kachels 520T en 660T ontleend zijn aan een ouder werk.

4.12 Interfocos heeft ten slotte verdedigd dat functioneel bepaald zijn: de speksteen, het houtopbergcompartiment, de ronde vorm, het houtrekje, de sparing boven de deur, het schudrooster op de bodem, de opberglade, het symbool zacht-hard (schuifje) en het ovencompartiment.

Naar het oordeel van het hof hebben al deze onderdelen weliswaar een gebruiksfunctie, maar kan niet gezegd worden dat de vormgeving daarvan zozeer het resultaat is van een door technische uitgangspunten beperkte keuze dat de Contura kachel niet als een auteursrechtelijke beschermd werk kan worden aangemerkt.

4.13 Naar het voorlopige oordeel van het hof dienen de Contura 660T en de Contura 520T vanwege (de combinatie van) de daarin gemaakte en creatieve keuzes te worden beschouwd als werken in de zin van de Auteurswet als omschreven in rov. 4.3.

ongeoorloofde verveelvoudiging?

4.14 Voorop moet worden gesteld dat het bij de beantwoording van de vraag of sprake is van auteursrechtelijk relevante verveelvoudiging erop aankomt of het beweerdelijk inbreukmakende werk in zodanige mate de auteursrechtelijk beschermde trekken van het eerdere werk vertoont dat de totaalindraken 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, NJ 2003, 17). Het gebruik van hetzelfde materiaal en het volgen van eenzelfde stijl brengen nog niet mee dat van een verveelvoudiging in gewijzigde vorm sprake is (HR 28 juni 1946, NJ 1946, 712). Voorts wettigt niet reeds het enkele feit dat tussen een werk waarvoor auteursrechtelijke bescherming wordt ingeroepen en een als inbreukmakend bestreden voortbrengsel punten van overeenstemming bestaan het vermoeden dat het laatste de vrucht is van bewuste of onbewuste ontlening. Daartoe is een mate van overeenstemming vereist die van een zodanige aard en omvang is dat, indien het bedoelde vermoeden niet wordt ontzenuwd, geoordeeld moet worden dat van een ongeoorloofde verveelvoudiging in auteursrechtelijke zin sprake is (HR 29 november 2002, NJ 2003, 17).

4.15 Anders dan Interfocos voorstaat, kunnen na maart 2001 ontworpen en/of op de markt gebrachte kachels geen rol spelen bij de beoordeling van de overeenstemmende totaalindruk, al zouden de kachels alle deel uitmaken van een bepaalde trend en/of stijl. Daarom betreft het hof niet de van later daterende Royal Fire Kivalo en de Skantherm Ariso in zijn beoordeling.

4.16 Aan Interfocos moet worden toegegeven dat de beschermingsomvang van de beide kachels van NIBE Contura 520T en 660T als gevolg van de combinatie van de vijf elementen

zeer beperkt is. Desondanks hebben de Contura 520T respectievelijk de 660T met de Eco 600 respectievelijk 610 allemaal de beschermde combinatie van de vijf elementen gemeen, waarvan vooral de ten opzichte van de cilindrische mantel prominent teruggetrokken gietijzeren fractie/taartpunt tussen de kopse hoge zijden van de mantel een blikvanger vormt en de totale vormgeving beheerst. Door de auteursrechtelijk beschermde combinatie van de vijf elementen stemmen de totaalindrukken overeen.

4.17 Volgens het vonnis van de voorzieningenrechter, rov. 4.12, in navolging van Interfocos, vertoont de Eco 600 in werkelijkheid ten opzichte van de Contura 520T de volgende verschillen:

- 1) een strakkere buitenmantel, in die zin dat daarin géén horizontale richel zit (de mantel van de Contura 520T vertoont één horizontale richel, die echter op de foto niet is waar te nemen),
- 2) de andere tint van het speksteen (in werkelijkheid opvallender dan op de foto's); die van de Eco is donkerder, blauwer en minder "wolzig" dan die van de Contura,
- 3) de afgeschuinde bovenrand van de spekstenen dekselkap bij de Eco, tegenover de strakke, scherpe rand bij de Contura,
- 4) de opvallende 'vierkante', 'doorlopende' handgreep in het midden bij de Eco, waarvan de bovenste helft het deurtje bedient en de onderste helft de lade, tegenover de gescheiden, links en rechts gepositioneerde handgrepen bij de Contura,
- 5) het ontbreken bij de Eco van de bij de Contura wel aanwezige in het midden gepositioneerde "zacht-hard" schuif en de opening in de lade,
- 6) de richelvormige uitsparing boven het ovencompartiment, die bij de Eco uit meer delen bestaat en bij de Contura doorloopt,
- 7) een andere vormgeving van het rekje van de vuurkorf (dit verschil is op de foto niet goed waar te nemen)
- 8) de andere kleur en het andere aanzicht van de binnenkant van de haard, bij de Contura geel- en steenachtig en glad, bij de Eco van zwart staal en geribd (alleen te zien zonder brandend hout in de kachel).

4.18 Weliswaar heeft Interfocos uitvoerig en diepgaand de afzonderlijke verschillen in beeld gebracht en met elkaar vergeleken, maar het gaat niet om een minutieuze studie van de verschillen, maar om het totaalbeeld, voor zover dat wordt beïnvloed door de auteursrechtelijke beschermde trekken.

De gesignaleerde kleurverschillen (sub 2 en 8) zijn, mede in het licht van de auteursrechtelijk beschermde trekken, niet opvallend: de spekstenen (2) zijn groenig/blauwig met verschillen in tint en "bewolking". Voor de driedimensionale vormgeving zijn deze ook niet van belang. Het stenen binnenwerk in de haard (8) en ook het rekje van de vuurkorf (7) zijn bij oppervlakkige waarneming nauwelijks waarneembaar en daarom niet van belang. De horizontale richel in de Eco 600 (1) viel bij de gerichte bezichtiging door het hof niet eens op. Dat de randen van de spekstenen deksel (3) bij de Eco 600 minder scherp zijn afgeschuind dan bij de Contura 520T maakt geen in het oog springend verschil. De handgrepen (4) en de (zacht-hard) regelschuif (5) zijn in de Contura 520T apart naast elkaar aangebracht, maar in de Eco 600 onderling geïntegreerd. Veel verschil maakt dat niet. Wat juist opvalt, is dat bij de Contura 520T de regelschuif in het midden direct boven de ladehandgreep is geprojecteerd met een rechthoekje als gevolg. Dat beeld biedt ook de Eco 600, zij het met de beide handgrepen (voor deur boven en lade beneden) in het midden tegenover elkaar en in het midden daarvan de regelschuif. Dat ten slotte de richelvormige uitsparing boven het ovencompartiment (6) bij de Eco uit meer delen bestaat en bij de Contura doorloopt, valt nauwelijks op. Wat wel treft is dat beide een langgerekte horizontale sleuf tonen, waarbij de twee dwarsbalkjes in het niet vallen.

4.19 Bij vergelijking van de Contura 660T met de Eco 610 (beide in de bovenzijde voorzien van een ovenelement) oordeelde de voorzieningenrechter in zijn vonnis, rov. 4.16: "Tussen deze twee kachels zijn er, bij vergelijking van de ter zitting getoonde, werkelijke kachels(...) voldoende verschillen waarneembaar om niet meer te kunnen spreken van een overeenstemmende totaalindruk. Daarbij verdient vermelding dat bij beschouwing van deze kachels de verschillen daartussen in werkelijkheid veel meer opvielen dan op de foto's te zien is en ook opvallender bleken te zijn dan de verschillen tussen de Contura 520T en de Eco 600, zoals ter zitting getoond. Naast dat de onderkant een ander aanzien vertoont, week de tint grijs flink af, waren de lengte- en breedteverhoudingen van de kachels anders (dat is niet te zien op de hierboven afgebeelde foto's), bleek de rand van het 'dakje' of de bovenkant van de Contura 660T meer afgerond te zijn (dit is dus andersom dan bij de Contura 520T versus de Eco 600), terwijl de Contura 660T in de mantel meerdere horizontale richels vertoonde (ook niet te zien op de foto's) en de vlakverdeling van het speksteen beduidend anders was. Daarnaast waren er de verschillen die hierboven al zijn opgesomd bij de vergelijking van de Contura 520T en de Eco 600."

4.20 Naar het oordeel van het hof is het inderdaad juist dat de Contura 660T aan de onderzijde een terugwijkende stenen afsluiting toont, terwijl de Eco 610 aldaar een gietijzeren deur laat zien. Dit gegeven viel echter geenszins op bij de vergelijkende bezichtiging totdat het hof daarop opmerkzaam werd gemaakt. Ook de verschillen in de tinten van het speksteen maken geen indruk noch de afwijkende afmetingen en dimensies, terwijl in het oog moet worden gehouden dat NIBE slechts auteursrecht inroept voor de driedimensionale vorm. Ook de mate van afronding van de spekstenen deksel valt niet op. De richels en vlakverdeling in het speksteen bij de Contura 660T waren als evenzeer van

ondergeschikte betekenis. Ook in samenhang met de verdere hiervoor in rov. 4.18 besproken verschillen vertonen de Eco 600 en 610 desondanks toch in zodanige mate de auteursrechtelijk beschermde trekken van de Contura 520T en 660T dat de totaalindrukken die de werken (Eco 600 en 610 tegenover de Contura 520T en 660T) maken, te weinig verschillen opleveren voor het oordeel dat de eerstbedoelde werken (Eco 600 en 610) als zelfstandige werken kunnen worden aangemerkt. Aan de daaraan verbonden omkering van de bewijslast (in kort geding: om aannemelijk te maken) van het verweer van Interfocos dat zij de Eco 600 en 610 niet heeft ontleend aan de Contura 520T en 660T, heeft Interfocos niet voldaan met haar, door NIBE bestreden, stelling dat zij aan de doorontwikkeling tot de Eco 600 en 610 op haar ontwerpafdeling met een heel team van ontwerpers heeft gewerkt.

4.21 Op grond van het voorgaande moet er voorshands van worden uitgegaan dat de Eco 600 en 610 ongeoorloofde verveelvoudigingen zijn van de Contura 520T en 660T.

4.22 Aan Interfocos moet worden toegegeven dat NIBE wel erg lang heeft gedaan over haar memorie van grieven (13 maanden na het vonnis), maar volgens de verklaring namens NIBE ter zitting gaat Interfocos, naar zij niet heeft weersproken, door met de verkoop van de Eco 600 en 610, zodat zij nog stelselmatig inbreuk pleegt op de auteursrechten van NIBE, waarvan deze doorlopend schade zal ondervinden. Daarom bestaat er in dit geval nog een voldoende spoedeisend belang bij toewijzing van het gevorderde in kort geding. Intussen heeft Interfocos in ieder geval alle gelegenheid gehad om onderzoek te (laten) verrichten naar de omgeving waarin deze kachels voorkomen en ter onderbouwing van haar standpunten met bewijsmateriaal, zodat ook dit geen reden voor afwijzing van het gevorderde oplevert.

4.23 Interfocos heeft een bewijsaanbod gedaan. Voor zover dit nadere documenten betreft, had zij deze reeds in het geding kunnen brengen. Voor instructie in de vorm van getuigenverhoren biedt het kort geding in beginsel geen plaats, terwijl er geen redenen zijn aangevoerd of gebleken waarom in deze zaak van dat beginsel zou moeten worden afgeweken. Daarom passeert het hof het bewijsaanbod.

## 5. De slotsom

5.1 Het hoger beroep slaagt op de grondslag van auteursrecht. De grieven omtrent slaafse nabootsing behoeven geen bespreking. Het bestreden vonnis moet worden vernietigd.

5.2 Gegeven de inbreuk op het auteursrecht is het gevorderde als verder onweersproken en op de wet gegrond toewijsbaar zoals hieronder vermeld. Nu de hoofdvordering voldoende spoedeisend is, gaat het hof er bij gebreke van aanwijzingen voor het tegendeel van uit dat ook een spoedeisend belang bestaat bij toewijzing van de nevenvorderingen. De veroordelingen en dwangsommen worden echter aan termijnen gebonden, terwijl de dwangsommen worden gematigd en gemaximeerd.

5.3 Als de overwegend in het ongelijk gestelde partij zal Interfocos op de voet van artikel 1019h Rv worden veroordeeld in de werkelijke als redelijke en evenredige kosten van beide instanties aangezien partijen over en weer veroordeling tot betaling van hun werkelijke kosten hebben gevorderd en tegen toewijzing van elkaars vorderingen op dit punt geen bezwaar hebben gemaakt.

## 6. De beslissing

Het hof, recht doende in kort geding in hoger beroep:  
vernietigt het vonnis van de voorzieningenrechter van de rechtbank Arnhem van 28 oktober 2008 en doet opnieuw recht:

1 beveelt Interfocos vanaf een maand na betekening van dit arrest te staken en gestaakt te houden iedere verdere inbreuk op de hiervoor beschreven exclusief aan NIBE toekomstige auteursrechten ter zake de Contura 520T en de 660T, meer in het bijzonder te staken en gestaakt te houden de productie, verkoop, de ter verkoop aanbidding en het voor deze doeleinden in voorraad houden van kachels waarvan de vormgeving een nabootsing is van de in het lichaam van de dagvaarding omschreven Contura kachels, zulks op straffe van verbeurte van een dwangsom van € 10.000 per product waarmee het gegeven bevel arrest wordt overtreden dan wel, ter keuze van NIBE, voor iedere dag waarop een overtreding voortduurt, onder maximering van de dwangsommen tot een totaalbedrag van € 1.000.000;

2 beveelt Interfocos om binnen drie maanden na betekening van dit arrest aan de advocaat van NIBE - mr. S.A. Klos, postbus 75988, 1070 AZ Amsterdam - te bezorgen een door een registeraccountant, op basis van door die registeraccountant zelfstandig verricht onderzoek, gecertificeerde verklaring betreffende:

- de totale hoeveelheid inbreukmakende producten die door Interfocos zijn geproduceerd en/of ingekocht en/of besteld, zowel als de totale hoeveelheid inbreukmakende producten die Interfocos in voorraad heeft, alles gespecificeerd naar producttype en leverancier;
- de totale hoeveelheid van inbreukmakende producten die door Interfocos zijn verkocht;

- c. de kostprijs en/of inkoopprijs zowel als de verkoopprijs van de inbreukmakende producten;
- d. het totale bedrag aan winst genoten door Interfocos als gevolg van de verhandeling van de inbreukmakende producten;
- e. de volledige namen en adressen van de producten en/of leverancier van de inbreukmakende producten, alsmede alle andere personen en rechtspersonen die bij de verhandeling zijn betrokken;

3 veroordeelt Interfocos binnen twee maanden na betekening van dit arrest alle door haar geleverde inbreukmakende producten terug te roepen van haar klanten, met uitzondering van privé-consumenten, en de advocaat van NIBE een schriftelijk door een registeraccount gecertificeerd rapport te verstrekken betreffende de hoeveelheid teruggeroepen en terugontvangen inbreukmakende producten, gespecificeerd per product;

4 beveelt Interfocos binnen drie maanden na betekening van dit arrest de inbreukmakende producten die Interfocos in voorraad heeft, alsmede de teruggeroepen en -ontvangen producten, aan NIBE ter vernietiging op te leveren op een door NIBE op eerste verzoek aan Interfocos te specificeren plaats;

5 veroordeelt Interfocos aan NIBE te voldoen een dwangsom ad € 10.000 voor iedere dag of deel van een dag waarop Interfocos in gebreke blijft geheel of gedeeltelijk aan de vorderingen sub 2 t/m 4 te voldoen of – ter keuze van NIBE – voor iedere handeling die een overtreding van de sub 2 t/m 4 gevorderde bevelen oplevert, onder maximering van de dwangsommen tot een totaalbedrag van € 1.000.000;

6 bepaalt dat de termijn waarbinnen NIBE op grond van artikel 1019i Rv. een bodemprocedure aanhangig dient te maken op zes maanden te rekenen vanaf dit arrest;

7 veroordeelt Interfocos in de volledige kosten van beide instanties, tot aan de bestreden uitspraak aan de zijde van NIBE begroot

voor de eerste aanleg op € 16.358,31 inclusief btw voor werkelijk salaris, € 254 voor griffierecht en € 85,44 voor het dagvaardingsexploot en

voor het hoger beroep op € 26.367,66 inclusief btw voor werkelijk salaris, € 303 voor griffierecht en € 85,44 voor het appelexploot;

verklaart dit arrest uitvoerbaar bij voorraad;

wijst het meer of anders gevorderde af.

Dit arrest is gewezen door mrs. A.W. Steeg, B.J. Lenselink en R.E. Weening, en is in tegenwoordigheid van de griffier uitgesproken ter openbare terechtzitting van dinsdag 7 juni 2011.