

arrest

Sc
KOPIE

GERECHTSHOF ARNHEM-LEEWARDEN

locatie Arnhem

afdeling civiel recht

zaaknummer gerechtshof 200.120.320
(zaaknummer rechtbank Arnhem, 235404)

arrest in kort geding van de zesde kamer van 26 november 2013

in de zaak van

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
J.A. de Bruijn B.V. handelende onder de naam **Blackstone**,
gevestigd te Gouda,
appellante,
hierna: Blackstone,
advocaat: mr. F. Vos,

tegen:

1. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
Brainwave B.V.,
 2. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
AQA B.V.,
- beide gevestigd te Leiderdorp,
geïntimeerden,
advocaat: mr. F.A.M. Knüppe.

Geïntimeerden zullen gezamenlijk worden aangeduid als Brainwave c.s. en afzonderlijk als Brainwave, onderscheidenlijk Aqa.

1. Het geding in eerste aanleg

Voor het geding in eerste aanleg verwijst het hof naar de inhoud van het vonnis in kort geding van 23 november 2012 dat de voorzieningenrechter in de rechtbank Arnhem tussen Blackstone als eiseres en Brainwave c.s. als gedaagden heeft gewezen. Het vonnis is gepubliceerd onder LJN: BY6496.

2. Het geding in hoger beroep

2.1 Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding in hoger beroep van 20 december 2012,
- de memorie van grieven met producties,
- de memorie van antwoord,
- de pleidooien overeenkomstig de pleitnotities ter zitting van 1 oktober 2013. Hierbij is akte

verleend van een kostenoverzicht zijdens Blackstone, ingebracht bij faxbericht van 30 september 2013, en van de producties 1 tot en met 3, namens Brainwave c.s. ingebracht bij bericht van 17 september 2013.

2.2 Na afloop van de pleidooien heeft het hof arrest bepaald op één dossier.

3. De vaststaande feiten

3.1 Het hof gaat in hoger beroep uit van de volgende feiten zoals beschreven in de rechtsoverwegingen 2.1 tot en met 2.10 van het bestreden vonnis van 23 november 2012.

3.1.1 Blackstone is actief in de schoenenbranche. Sinds 1992 houdt Blackstone zich bezig met het ontwerpen en vermarkten van schoenen onder het merk "BLACKSTONE". De verschillende modellen schoenen van Blackstone worden in heel Europa verkocht, in Nederland via ruim 300 verkooppunten en buiten Nederland via ruim 500 verkooppunten.

3.1.2 In het najaar van 2009 heeft Blackstone een robuuste en solide herenschoen op een sportieve witte zool, genaamd "AM32", ontworpen (hierna: de AM32). De AM32 is in februari 2010 geïntroduceerd op de beurs "Who's Next" in Parijs. Vervolgens is het betreffende model op de (Nederlandse) markt gebracht.

3.1.3 Hieronder is de AM32, in de twee verschillende relevante kleuren, afgebeeld.



Blackstone AM32 (donkerbruin)



Blackstone AM32 (lichtbruin)

3.1.4 Blackstone heeft vervolgens een kinderschoen ontworpen op basis van de AM32. Deze kinderschoen wordt aangeduid als de "CK01". De CK01 is begin 2011 door Blackstone geïntroduceerd. Hieronder is de CK01 afgebeeld.



Blackstone CK01

3.1.5 Brainwave en Aqa zijn ondernemingen die ook in de schoenenbranche actief zijn. Brainwave houdt zich bezig met het ontwerpen en vermarkten van kinderschoenen onder het merk "GIGA". Zo brengt Brainwave vanaf juni 2012 de hieronder afgebeelde kinderschoen onder de naam "GIGA 3561" (hierna: de GIGA 3561) op de markt.



GIGA 3561

3.1.6 Aqa houdt zich bezig met het ontwerpen en vermarkten van heren- en damesschoenen onder het merk "AQA". Aqa brengt onder meer de volgende twee modellen schoenen vanaf juli 2012 op de markt: een damesschoen onder de naam "AQA A1711" (hierna: de AQA A1711) en een herenschoen onder de naam "AQA 1722" (hierna: de AQA A1722). Deze schoenen worden hieronder afgebeeld.



AQA A1711



AQA A1722

3.1.7 Bij brieven van 14 september 2012 en 2 oktober 2012 heeft de advocaat van Blackstone Brainwave en Aqa gesommeerd om, kort gezegd, iedere inbreuk op haar auteurs- en modelrechten op de AM32 en CK01 schoenen te staken en gestaakt te houden. In deze brieven stelt Blackstone zich op het standpunt dat de GIGA 3561, de AQA A1711 en de AQA A1722 schoenen(modellen) van Brainwave en Aqa aan te merken zijn als ongeoorloofde verveelvoudigingen en/of nabootsingen van de AM32 en CK01 schoenen(modellen) van Blackstone.

3.1.8 Brainwave en Aqa hebben geen gevolg gegeven aan deze sommaties.

3.1.9 In 2008 is de hieronder weergegeven halfhoge enkelschoen onder de naam "Andre1" van het merk Folk (hierna: de Andre1) op de markt gebracht.



Andre1

3.1.10 Ook vele andere aanbieders brengen thans een halfhoge leren enkelschoen met een witte zool van een vergelijkbaar type op de markt.

4. De beoordeling in hoger beroep

4.1 In dit kort geding heeft Blackstone zich op het standpunt gesteld dat Brainwave c.s. met het verhandelen van de GIGA 3561, de AQA A1711 en de AQA A1722 inbreuk maken op haar intellectuele eigendomsrechten op de AM32 en CK01, waartoe zij zich heeft beroepen op het auteursrecht en het gemeenschapsmodellenrecht, en/of dat Brainwave c.s. zich schuldig maken aan onrechtmatig handelen (slaafse nabootsing). Op voornoemde grondslagen heeft zij de gebruikelijke verboden en nevenvoorzieningen gevorderd.

4.2 De voorzieningenrechter heeft de op het auteursrecht en de slaafse nabootsing gebaseerde vorderingen afgewezen en zich ter zake van de voorlopige voorziening op basis van het modellenrecht onbevoegd verklaard en de zaak op dat punt voor verdere beoordeling verwezen naar de rechtbank te 's-Gravenhage, een en ander met veroordeling van Blackstone in de volledige proceskosten in de zin van artikel 1019h Rv. Tegen die oordelen richt Blackstone zes grieven.

4.3 De grievens I tot en met III hebben betrekking op het auteursrecht. Bij de beoordeling van deze grieven wordt het volgende vooropgesteld (zie: HR 12 april 2013, LJN BY1532, (TrippTrapp)).

(a) Om voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking te komen, is vereist dat het desbetreffende werk een eigen, oorspronkelijk karakter heeft en het persoonlijk stempel van de maker draagt (vgl. HR 30 mei 2008, LJN BC2153, NJ 2008/556(Endstra)). Het HvJEU heeft de maatstaf aldus geformuleerd dat het moet gaan om "een eigen intellectuele schepping van de auteur van het werk" (HvJEU 16 juli 2009, nr. C-5/08, LJN BJ3749, NJ 2011/288 (Infopaq I)).

(b) Deze maatstaf geldt evenzeer indien het een gebruiksvoorwerp betreft (vgl. BenGH 22 mei 1987, nr. A 85/3, LJN AK1803, NJ 1987/881 en HR 15 januari 1988, LJN AG5738, NJ 1988/376 (Screenoprints)). Aanleiding voor de veronderstelling dat zulks naar Europees recht anders zou zijn, is er niet.

(c) Dit werkbegrip vindt zijn begrenzing waar het eigen, oorspronkelijk karakter enkel datgene betreft wat noodzakelijk is voor het verkrijgen van een technisch effect. Elementen van het werk die louter een technisch effect dienen of te zeer het resultaat zijn van een door technische uitgangspunten beperkte keuze, zijn van bescherming uitgesloten (vgl. HvJEU 22 december 2010, nr. C-393/09, LJN BP0405, NJ 2011/289 (BSA) en HR 16 juni 2006, LJN AU8940, NJ 2006/585 (Kecofa/Lancôme)). Daarbij verdient opmerking dat deze uitsluiting van auteursrechtelijke bescherming zich niet uitstrekt tot alle elementen die een technische functie bezitten: daarmee zou de industriële vormgeving ten onrechte buiten het bereik van het auteursrecht geplaatst worden.

(d) Het feit dat het werk voldoet aan technische en functionele eisen laat onverlet dat de ontwerpmarges of keuzemogelijkheden zodanig kunnen zijn dat voldoende ruimte bestaat voor creatieve keuzes van de maker die een werk in auteursrechtelijke zin kunnen opleveren (vgl. HR 8 september 2006, LJN AX3171, NJ 2006/493 (Slotermeervilla's)).

(e) Voor de beantwoording van de vraag of sprake is van inbreuk op een auteursrecht op een gebruiksvoorwerp dient beoordeeld te worden in welke mate de totaalindrukken van het beweerdelijk inbreuk makende werk en het beweerdelijk bewerkte of nagebootste werk overeenstemmen. De auteursrechtelijk beschermde trekken of elementen van laatstbedoeld

werk zijn daarbij bepalend, met dien verstande dat ook een verzameling of bepaalde selectie van op zichzelf niet beschermde elementen, een (oorspronkelijk) werk kan zijn in de zin van de Auteurswet, mits die selectie het persoonlijk stempel van de maker draagt. Bij de vergelijking van de totaalindrukken dienen dus ook onbeschermde elementen in aanmerking te worden genomen, voor zover de combinatie van al deze elementen in het beweerdelijk nagebootste werk aan de "werktoets" beantwoordt. Voorts geldt dat de enkele omstandigheid dat het werk of bepaalde elementen daarvan, passen binnen een bepaalde mode, stijl of trend niet betekent dat het werk of deze elementen zonder meer onbeschermd zijn. Onderzocht moet worden of de vormgeving van de (combinatie van de) verschillende elementen zodanig is dat aangenomen kan worden dat met het ontwerp door de maker op een voldoende eigen wijze uiting is gegeven aan de vigerende stijl, trend of mode (HR 29 december 1995, LJN ZC1942, NJ 1996/546 (Decaux/Mediamax)).

4.4 Ook in hoger beroep zijn partijen het erover eens dat een halfhoge stoere bruine leren enkelschoen als zodanig niet voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking komt, ook niet wanneer deze is voorzien van een witte zool. Een dergelijk model schoen heeft te gelden als een stijlkenmerk (door Brainwave c.s. ook wel getypeerd als basismodel) dat onderdeel uitmaakte van het vormgevingserfgoed zoals dat reeds aanwezig was toen de ontwerper van Blackstone de AM32 en de CK01 vormgaf, en waarvan ook de Andre1 een voorbeeld is. Variërend op dit basismodel heeft, zo stelt Blackstone, haar ontwerper echter een eigen oorspronkelijke schoen gecreëerd, die zich kenmerkt door (de combinatie van) de volgende elementen:

- (A) halfhoge schoen (enkelboot);
- (B) het hielstuk is uitgevoerd in de natuurlijke vorm van de hiel;
- (C) een sportieve, witte zool;
- (D) de platte en relatief lange neus;
- (E) een taps toelopende 'flap' die vanaf de bovenzijde van het hielstuk doorloopt in een lus;
- (F) een stiksel dat vanaf het hielstuk op ongeveer een centimeter boven de zool rondom de schoen doorloopt en enigszins taps toeloopt bij de punt van de schoen;
- (G) het veterpand dat onder het onderste metalen oog een afgeronde hoek maakt van circa 90° en aansluit op het stiksel zoals bedoeld onder punt (F) en niet doorloopt tot aan de zool;
- (H) een stiksel dat op ongeveer 1 à 2 centimeter van de bovenzijde rondom loopt;
- (I) een stiksel dat de vorm van het veterpand volgt en het stiksel zoals bedoeld onder punt (H) kruist.
- J) leren uitvoering van het bovenwerk;
- K) bontvoering in beige kleur;
- L) vierkante lederen veters;
- M) metalen ogen voor de veters;
- N) een logo (een wapenschild) aan de buitenzijde gepositioneerd op enkelhoogte (alleen aanwezig op de AM32).

4.5 In het bestreden vonnis heeft de voorzieningenrechter voorshands vastgesteld dat negen van de voornoemde elementen (A tot en met G, J en K), zo al creatief en niet zuiver functioneel bepaald, ook voorkomen in de al bestaande Andre1, en reeds daarom niet als oorspronkelijk zijn te beschouwen. Voor de overige vijf elementen (H, I, L, M en N) geldt dat deze op zichzelf beschouwd bij gebrek aan een eigen oorspronkelijk karakter niet voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking komen. Ook de schikking en de combinatie van deze vijf elementen bezit volgens de voorzieningenrechter onvoldoende

oorspronkelijkheid om voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking te komen. Bovendien betreffen het ondergeschikte elementen die niet bepalend zijn voor de totaalindruk van de beide Blackstone-schoenen, aldus de voorzieningenrechter.

4.6 Naar het hof begrijpt, bestrijdt Blackstone in hoger beroep niet dat de negen genoemde kenmerken als zodanig reeds waren gecombineerd in de Andre1. Evenmin heeft haar betoog de strekking dat de veertien volgens haar kenmerkende elementen op zichzelf auteursrechtelijke bescherming zouden genieten. In elk geval ontbreken voldoende specifieke klachten tegen de beoordeling die de voorzieningenrechter op dit punt in rov. 4.10-4.12 van het bestreden vonnis heeft gegeven. Waar Blackstone, in het bijzonder onder 3.2.6, 3.2.11 en 3.2.13 van de memorie van grieven, betoogt dat de genoemde elementen, hoewel gangbaar en/of functioneel, op verschillende wijze kunnen worden vormgegeven, wil Blackstone daarmee niet aantonen dat de specifieke vormgeving van die elementen in de AM32 en CK01 als zodanig oorspronkelijk en vatbaar voor bescherming zou zijn, maar dat die aldus vormgegeven elementen steeds van invloed zijn op het totaalbeeld van de schoenen, waarmee deze zich onderscheiden van wat er al was, het meergenoemde basismodel en in het bijzonder de Andre1.

4.7 Dit laatste standpunt van Blackstone kan het hof onderschrijven: de AM32 en de Andre1 zijn beide halfhoge, stoere bruine leren enkelschoenen met een witte zool, maar de AM32 maakt een wezenlijk andere totaalindruk dan de Andre 1. Dit blijkt reeds bij vergelijking van onderstaande foto's, maar het springt vooral in het oog wanneer de fysieke exemplaren worden bekeken, zoals het hof ter zitting heeft gedaan.



Blackstone AM32 (lichtbruin)



Andre1

Aan die wezenlijk andere totaalindruk leveren de elementen H, I en L, M en N weliswaar ook een kleine bijdrage, maar bepalend zijn de sterk afwijkende vormgeving van de zool en de strakkere (minder symmetrische) neus en het gladdere leer van het bovenwerk, in combinatie met de aanwezigheid van sterk gestileerde details op de Andre1, zoals de lus en het hielstuk. Daarbij gaat het inderdaad, zoals Brainwave c.s., betogen, niet louter om de enkele aanwezigheid van de onder 4.4 genoemde elementen maar vooral om de wijze waarop deze zijn vormgegeven, maar dat leidt anders dan Brainwave c.s. willen niet tot de conclusie dat de AM32 iedere bescherming ontbeert omdat deze is ontleend aan de Andre1, noch is er gelet op de verschillen aanleiding tot het aannemen van een vermoeden dat van een dergelijke ontlening sprake is.

4.8 Waar echter de specifieke vormgeving van deze ook in de Andre1 voorkomende elementen (B, C, D, E en J) van belang is om de AM32 en de CK01 van het reeds bestaande, in de vorm van de Andre1, te onderscheiden, bepaalt deze ook nader de kenmerkende combinatie van elementen waarvan Blackstone auteursrechtelijke bescherming kan vragen. Naar het hof begrijpt is dat ook wat Blackstone voorstaat. Haar standpunt (in elk geval in hoger beroep) is dat het oorspronkelijke van de schoen, het eigen karakter en het persoonlijke stempel van de maker, is gelegen in de combinatie, waaraan volgens Blackstone alle genoemde elementen in meerdere of mindere mate bijdragen.

4.9 Anders dan de voorzieningenrechter is het hof voorshands van oordeel dat niet kan worden gezegd dat in deze combinatie van elementen, in de gekozen vormgeving, geen enkele creatieve arbeid van welke aard ook kan worden aangewezen. Die typering doet onvoldoende recht aan de keuzes die de ontwerper wel degelijk heeft gemaakt en die tot een wezenlijk andere schoen dan het reeds bestaande basismodel, zoals belichaamd in de Andre1, hebben geleid. Die combinatie komt dan ook als auteursrechtelijk relevant werk voor bescherming in aanmerking.

4.10 Het vorenstaande betekent echter wel dat de beschermingsomvang een zeer geringe is. Het gaat immers om de totaalindruk voor zover die wordt bepaald door de auteursrechtelijk beschermde elementen en die is bij de AM32 en de CK01 als gezegd uitsluitend gelegen in de combinatie van veertien, respectievelijk dertien elementen, al dan niet in hun specifieke vormgeving. Beoordeeld naar die specifieke combinatie van elementen, zoals auteursrechtelijk beschermd, maken de GIGA 3561, de AQAA1711 en A1722 van Brainwave c.s., hoewel de verschillen klein zijn, een andere totaalindruk dan de AM32 en de CK01.

4.11 Bij de AQA A1711 wordt het relevante verschil in totaalindruk met de AM32 vooral bepaald door de afwezigheid van het schuine stiksel vanaf het hielstuk, de (niet geperforeerde) uitvoering van dat hielstuk, de zwarte bies langs de witte zool en het veterpand dat onder het onderste metalen oog een aanzienlijk grotere hoek maakt dan de hoek van 90 graden die kenmerkend is voor de AM32 en dat bovendien, anders dan bij de AM32, haaks op het stiksel staat dat rondom boven de zool is aangebracht. Ook het (opgestikte) wapenschild is anders dan het in het leer gestanste wapen van Blackstone.

4.12 Ook bij de AQA A1722 ontbreekt het schuine stiksel en het geperforeerde hielstuk alsmede het terugwijkende veterpand, terwijl voorts de zool van een donkerder rand is voorzien, een wapenschild ontbreekt en in plaats daarvan sprake is van twee evenwijdig aan de bovenkant lopende stiksels, wat tot een ander totaalindruk leidt dan de auteursrechtelijke beschermde combinatie van de AM32 doet.

4.13 Bij de GIGA 3561 ten slotte, zijn het naast de afwezigheid van het schuine stiksel en het niet geperforeerde hielstuk, vooral de aanwezigheid van een wapenschild met logo (dat op de CK01 ontbreekt) en de tot aan de zool doorlopende ritssluiting, die maken dat Brainwave c.s. voldoende afstand hebben gehouden van de CK01 om een inbreuk op het naar zijn reikwijdte zeer beperkte auteursrecht van Blackstone te vermijden.

4.14 Een en ander leidt tot de slotsom dat Blackstone voor de genoemde schoenen weliswaar een in reikwijdte zeer beperkt auteursrecht kan doen gelden, maar dat Brainwave c.s. geen inbreuk kan worden verweten. Dat betekent dat de grieven I, II en III niet tot vernietiging van het bestreden vonnis kunnen leiden.

4.15 De vordering gebaseerd op het gemeenschapsmodellenrecht is, zoals Blackstone ter zitting desgevraagd heeft bevestigd, niet aan het hof voorgelegd. Grief IV met zijn klacht dat de voorzieningenrechter zich ter zake van deze vordering ten onrechte onbevoegd heeft verklaard kan bij gebrek aan belang verder onbesproken blijven.

4.16 Grief V inzake de slaafse nabootsing neemt tot uitgangspunt dat op Brainwave c.s., de stelplicht en bewijslast rust van hun stelling dat de schoenen van Blackstone geen eigen plaats op de markt hebben. Dat uitgangspunt lijkt in zoverre in overeenstemming te zijn met de (deels) oudere literatuur en jurisprudentie dat daarin als meerderheidsopvatting wordt verdedigd, overigens zonder nadere argumentatie, dat de gedaagde dient te worden belast met de stelplicht en bewijslast dat naast het nagebootste nog soortgelijke producten op de markt zijn. Daarmee is echter nog niet gezegd dat de stelplicht en de bewijslast van gedaagde zo ver gaan dat gedaagde in zijn algemeenheid dient te aan te tonen dat geen sprake is van een onderscheidend vermogen en een eigen plaats op de markt en van deze stellingen in volle omvang het bewijsrisico draagt. Het meerderheidsstandpunt impliceert veeleer een nuancering van het uitgangspunt dat het onderscheidend vermogen als bestanddeel van de gestelde onrechtmatige daad door eiser moet worden hardgemaakt. Voor zover echter de ruimere, door Blackstone tot uitgangspunt genomen, regel geldend recht zou zijn, geldt dat een dergelijke regel niet onomstreden is en rijst de vraag of deze niet aan heroverweging toe is. Het huidige recht kent immers inmiddels een genuanceerd en afgewogen systeem van regels die bepalen onder welke voorwaarden een schepping (een werk of model) een temporeel begrensde bescherming toekomt. Waar die bescherming ontbreekt, geldt het – uit oogpunt van vrije concurrentie positief te waarderen – beginsel van de kopieervrijheid. De vraag is dan of die vrijheid niet te zeer wordt ingeperkt wanneer een partij die voor zijn voortbrengsel geen afdoende (inbreuk op zijn) auteurs- of modelrechten kan waarmaken in het kader van zijn vordering uit hoofde van slaafse nabootsing zou kunnen volstaan met de enkele constatering dat het product van gedaagde te veel lijkt op het zijne. Die procesrechtelijke benadering draagt praktisch gezien het gevaar in zich dat in rechte sneller dan wellicht wenselijk is onrechtmatige mededinging wordt aangenomen, met als gevolg dat de eiser langs de weg van de slaafse nabootsing de facto voor zijn product alsnog een veelomvattende bescherming verkrijgt, die de geëigende regels van het intellectuele eigendomsrecht hem onthouden (vgl. HR 29 maart 2013, LJN BY 8661, NJ 2013, 504). Dat gevaar geldt in het bijzonder voor de procedure in kort geding, maar ook in een bodemprocedure lijkt het gerechtvaardigd om, in elk geval wanneer een gedaagde zoals Brainwave c.s. zich op een omvangrijk, maar ongedateerd Umfeld heeft beroepen, van eiser te vergen dat hij handen en voeten geeft aan zijn stelling dat zijn producten een eigen plaats op de markt en daarmee onderscheidend vermogen hebben, en dat de producten die gedaagde vervolgens op de markt heeft gebracht van eisers producten zijn nagebootst, zodanig dat sprake is verwarringsgevaar, het cruciale element in de door eiser gestelde onrechtmatige daad.

4.17 Indien ervan moet worden uitgegaan dat de in een bodemprocedure te hanteren verdeling van stelplicht en bewijslast inhoudt dat het aan Blackstone is om aan te tonen, en in dit kort geding; aannemelijk te maken, dat de AM32 en CK01 voldoende onderscheidend vermogen hadden, stuit de grief reeds af op de constatering dat Blackstone in dit kort geding ook in hoger beroep onvoldoende heeft aangedragen om aannemelijk te maken dat de AM32 en de CK01 al een eigen marktpositie hadden verworven toen de schoenen van Brainwave c.s. in juni/juli 2012 op de markt kwamen. Uit de overgelegde producties volgt weliswaar dat Blackstone de nodige erkenning voor haar ontwerpen ten deel was gevallen en, mede door een actieve reclamecampagne, als merk een zekere bekendheid had, maar niet dat de

litigieuze schoenen, de AM32 en de CK01, daardoor een eigen plaats op de markt hadden. Op de overgelegde foto's valt ook niet te zien dat de afgebeelde bekende personages juist deze schoenen, en niet andere Blackstone-modellen of zelfs schoenen van een ander merk, aan hun voeten hebben. De geproduceerde verkoopcijfers zijn zonder nadere toelichting, die ontbreekt, nietszeggend, nu niet blijkt hoe deze cijfers zich verhouden tot die van andere, min of meer vergelijkbare, schoenen. Bij die stand van zaken is niet van belang voor wiens risico komt dat niet aannemelijk is geworden dat de andere schoenen op de markt (deels) ouder zijn dan de AM32 en de CK01, noch ook of ervan kan worden uitgegaan dat de schoenen van Brainwave c.s. en/of het overige Umfeld nabootsingen van die ontwerpen van Blackstone zijn. Alsdan ontbreekt immers voorshands een toereikend aanknopingspunt voor de conclusie dat de consument die schoenen met de, mogelijk oudere maar (nog) onvoldoende op de markt gevestigde, AM32 en de CK01 zou kunnen verwarren.

4.18 Is daarentegen de door Blackstone voorgestane verdeling van stelplicht en bewijslast, waaraan de rechter in kort geding overigens niet is gebonden, de juiste, dan kan haar dit evenmin baten. Brainwave c.s. hebben een groot aantal foto's in het geding gebracht van schoenen die, anders dan Blackstone ter betwisting aanvoert, vaak een grote gelijkenis met de AM32 en de CK01 vertonen, en in elk geval zijn te beschouwen als evenzovele variaties op het thema waarop de schoenen van Blackstone zijn gebaseerd. Weliswaar hebben Brainwave c.s. dit "Umfeld" niet gedateerd en betoogt Blackstone terecht dat Brainwave c.s. zich niet zouden kunnen beroepen op een "Umfeld" dat slechts uit evenzovele andere nabootsingen van de AM32 en de CK01 bestaat, maar gelet op de omvang van dit "Umfeld", behoeft toch wel nadere toelichting dat al deze schoenen door de AM32 en CK01 zijn geïnspireerd en geen sprake is van een algemene modetrend, alsmede dat de relevante consument de schoenen van Brainwave c.s. juist met haar modellen, de AM32 en CK01, zou verwarren. Ook als zou worden aangenomen dat al deze schoenen na de AM32 en de CK01, en tegelijk met of zelfs na de AQA A1711, de A1722 en de GIGA 3561 op de markt zijn gekomen, volgt daaruit nog niet dat sprake is van de massale kopiegolf waarop Blackstone zich beroept, en niet van een modetrend die mede op basis van de reeds bestaande stijl en de daarop geënte modellen zoals de Andre1 en de AM32 en CK01 al in de lucht hing. Op dit punt is nadere opheldering geboden, mogelijk door middel van bewijslevering waarvoor in dit kort geding geen plaats is. Het strookt niet met de aard van het kort geding als voorlopige voorziening om bij een dergelijke twijfel over de vraag wie van beide partijen het ter zake van de oneerlijke concurrentie bij het juiste eind heeft, ongeacht de in een bodemprocedure aan te houden verdeling van de bewijslast, vergaande voorzieningen als door Blackstone gevorderd toe te wijzen.

4.19 Tot slot zij, ten overvloede, nog overwogen dat uitgaande van een eigen plaats op de markt voorshands – op basis van de thans beschikbare gegevens – nog onvoldoende aannemelijk is dat er daadwerkelijk sprake is van verwarringsgevaar, nu de schoenen van Brainwave c.s., zo al nagebootst van die van Blackstone, ogen als goedkope(re) kopieën, die (zoals Blackstone lijkt te erkennen) doorgaans in andere winkels worden aangeboden dan "premium brands" zoals Blackstone, zodat bij gebreke van nadere informatie over die verkooppunten niet kan worden aangenomen dat de consument deze schoenen zal aanzien voor een AM32 of CK01. Ook daarom kunnen de ingrijpende voorzieningen die Blackstone vordert in dit kort geding niet worden toegewezen en faalt grief V.

4.20 Grief VI keert zich tegen de in eerste aanleg uitgesproken kostenveroordeling, doch slechts met op de vorige grieven voortbouwende klachten. Het falen van de grieven I tot en met V impliceert derhalve dat ook grief VI geen succes heeft.

4.21 Brainwave c.s. hebben evenals in eerste aanleg aanspraak gemaakt op vergoeding van hun volledige proceskosten ex artikel 1019h Rv en zij hebben daartoe tijdig een specificatie in het geding gebracht. Het verantwoorde bedrag van € 46.195,83 ex BTW heeft blijkens de overgelegde facturen echter deels betrekking op de periode die werd bestreken door het in eerste aanleg overgelegde kostenoverzicht, welke kosten (tot en met de zitting in eerste aanleg op 9 november 2012) door de voorzieningenrechter volledig zijn toegewezen. Het hof begrijpt de vordering daarom aldus, dat deze betrekking heeft op de periode na 9 november 2012, en derhalve een bedrag van € 24.572,52 omvat (€ 46.195,83 minus de factuur van 9 oktober 2012 ad € 2.087,24, de factuur van 12 november 2012 ad € 5.038,25 en een groot deel (€ 14.497,82) van honorarium en kantoorkosten op de factuur van 4 december 2012). Van dat bedrag dient, zoals Brainwave c.s. zelf ook opmerken, een evenredig deel te worden toegerekend aan het geschil over de intellectuele eigendomsrechten, welk gedeelte het hof in hoger beroep stelt op 60%. Dat percentage heeft betrekking op de advocaatkosten minus het griffierecht van € 666,00 (zoals opgevoerd in de factuur van 14 maart 2013), ofwel: € 23.906,52. Nu Blackstone geen verweer tegen de gevorderde kosten heeft gevoerd, is een bedrag van € 14.343,91 toewijsbaar uit hoofde van artikel 1019h Rv, alsmede een bedrag van € 1072,80 (40% van 3 punten x tarief II) op grond van artikel 237 Rv, totaal: € 15.416,71.

5. Slotsom

5.1 De grieven falen, zodat het bestreden vonnis moet worden bekrachtigd.

5.2 Als de in het ongelijk gestelde partij zal het hof Blackstone in de kosten van het hoger beroep veroordelen. De kosten voor de procedure in hoger beroep aan de zijde van Brainwave c.s. zullen worden vastgesteld op € 666,00 aan griffierecht en op € 15.417,71 voor salaris advocaat ex artikel 1019h Rv.

6. De beslissing

Het hof, recht doende in hoger beroep:

bekrachtigt het tussen partijen in kort geding gewezen vonnis van de voorzieningenrechter in de rechtbank Arnhem van 23 november 2012;

veroordeelt Blackstone in de kosten van het hoger beroep, tot aan deze uitspraak aan de zijde van Brainwave c.s. vastgesteld op € 666,00 aan griffierecht en op € 15.416,71 voor salaris;

verklaart dit arrest, voor zover het de hierin vermelde proceskostenveroordeling betreft, uitvoerbaar bij voorraad.

Dit arrest is gewezen door mrs F.W.J. Meijer, B.J. Lenselink en N. van Lingen en is in tegenwoordigheid van de griffier in het openbaar uitgesproken op 26 november 2013.

Voor kopie conform
De griffier van het Gerechtshof
Arnhem - Leeuwarden