

arrest

GERECHTSHOF 's-HERTOGENBOSCH

Sector civiel recht

zaaknummer HD 200.065.945

arrest van de vierde kamer van 25 januari 2011

in de zaak van

ZIJLSTRA B.V.,
gevestigd te Tiel,
appellante,
incidenteel geïntimeerde,
advocaat: mr. Ph.C.M. van der Ven,

tegen:

KLOTZ V.O.F.,
gevestigd c.q. wonende te Uden,
geïntimeerden,
incidenteel appellanten
-advocaat: mr. N.D.R. Nefkens,

op het bij exploit van dagvaarding van 17 mei 2010 ingeleide hoger beroep van het door de voorzieningenrechter van de rechtbank 's-Hertogenbosch in kort geding gewezen vonnis van 20 april 2010 tussen principaal appellante - Zijlstra - als eiseres en principaal geïntimeerden - in enkelvoud: Klotz - als gedaagden.

1. Het geding in eerste aanleg (zaaknr. 208697/KG ZA 10-153)

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

2. Het geding in hoger beroep

Bij de appeldagvaarding heeft Zijlstra zes grieven aangevoerd en geconcludeerd tot vernietiging van het vonnis waarvan beroep en, kort gezegd, tot toewijzing van haar vorderingen, voor zover gebaseerd op slaafse nabootsing.

Zijlstra heeft vervolgens een akte met vijf producties genomen.

Bij memorie van antwoord heeft Klotz onder overlegging van elf producties de grieven bestreden.

Voorts heeft Klotz daarbij incidenteel appel ingesteld en daarin twee grieven voorgedragen.

Daarop heeft Zijlstra in het incidenteel appel geantwoord.

Vervolgens hebben partijen hun standpunten doen bepleiten door hun advocaten, Zijlstra door mr. G.J. van de Kamp en Klotz door mr. A.K. Claassen, zulks aan de hand van pleitnotities die bij de stukken zijn gevoegd. Klotz heeft daarbij een productie in het geding gebracht. Het hof heeft bij die gelegenheid de in het geding zijnde dressoirs bezichtigd en partijen hebben de overeenkomsten en verschillen toegelicht.

Partijen hebben daarna de gedingstukken overgelegd en uitspraak gevraagd.

3. De gronden van het hoger beroep

Het hof verwijst naar de memories.

4. De beoordeling

4.1. Zijlstra brengt een dressoir op de markt, modelnummer 5023. Zij stelt dit dressoir sinds september 2006 te verkopen, aanvankelijk in een donkere uitvoering, sedert februari 2007 ook in hoogglans wit.

Klotz brengt – naar zij stelt sinds 2007 - een wit dressoir, modelnummer 4687 op de markt. Of de Zijlstra 5023, wit, dan wel de Klotz 4687 eerder op de markt was is niet duidelijk geworden.

De grondvorm van beide dressoirs is dezelfde: omstreeks twee meter lang, deurtjes links en rechts en drie laden in het midden.

4.2. Zijlstra verweet Klotz inbreuk op auteursrecht. De voorzieningenrechter wees de vordering wegens inbreuk op auteursrecht van de hand en tegen dat oordeel komt Zijlstra niet op. Overigens komt Klotz in het incidenteel appel wel op tegen in dat verband door de voorzieningenrechter gemaakte overwegingen.

4.3. Zijlstra verweet Klotz voorts slaafse nabootsing; ook voor zover het verwijt daarop was gebaseerd wees de voorzieningenrechter de vorderingen af en daartegen is het principaal appel gericht.

4.4. Voorts is de kostenveroordeling (en in het bijzonder de vraag of art. 1019h Rv. van toepassing is) onderwerp van het geschil in hoger beroep.

4.5. Grieven 2 tot en met 5 in het principaal appel stellen de vraag aan de orde of er sprake is van slaafse nabootsing, en de in dat verband geldende criteria. Zoals hierna zal blijken laat het hof het prijsverschil geheel buiten beschouwing bij de vergelijking van de beide dressoirs, zodat aan grief 4 geen betekenis toekomt.

4.6. Partijen twisten – onder meer in verband met grief 5 - over de vraag wie als het in aanmerking komende publiek hebben te gelden: de directe afnemers (detailisten), dan wel de eindafnemers (consumenten). Het hof komt daarop terug.

4.7. Grief 3 is gericht tegen een overweging van de voorzieningenrechter waarin wordt opgemerkt dat Klotz geen aandacht heeft gevraagd voor de herkomst van hun meubel als zijnde afkomstig van Zijlstra, en dat Klotz juist benadrukt dat het dressoir is geïnspireerd op een ander meubel in hun eigen collectie. Zijlstra miskent met deze grief dat het de voorzieningenrechter – zo begrijpt het hof – er vooral om ging te benadrukken dat van de aanwezigheid van één element, waaraan (in verge-

lijkbare gevallen) veelal een aanwijzing kan worden ontleend dat er *wel* sprake is van verwarringwekkende slaafse nabootsing, in het onderhavige geval niet is gebleken. Dat daarmee bewezen zou zijn dat er *geen* sprake is van verwarringwekkende slaafse nabootsing valt in die overweging niet te lezen, en evenmin dat de aanwezigheid van het hiervoor bedoelde element in de visie van de voorzieningenrechter een vereiste zou zijn voor het slagen van een beroep op slaafse nabootsing.

Deze grief leidt dus niet tot vernietiging van het vonnis.

4.8. Het hof merkt grief 2 aan als de kerngrief. Zijlstra komt onder meer op tegen de redenering van de voorzieningenrechter, waarin besloten zou liggen dat nu er geen sprake is van auteursrechtelijke inbreuk, er ook geen sprake zou (kunnen) zijn van slaafse nabootsing.

4.9. Het hof zal zelfstandig, door vergelijking van de beide dressoirs, bezien of sprake kan zijn van nabootsing, van verwarring, en/of van onnodige verwarring. Indien al die vragen ontkennend worden beantwoord, zowel bezien vanuit het standpunt van detaillisten als bezien vanuit het standpunt van consumenten, dient de conclusie te luiden dat van onrechtmatig handelen in de vorm van slaafse nabootsing geen sprake is.

4.10. Het hof heeft de beide dressoirs in ogenschouw genomen en komt daarbij ten aanzien van de overeenkomsten en verschillen tot de volgende bevindingen.

4.11. Overeenkomsten:

- a. De beide dressoirs zijn "ongeveer" even groot: zij zijn beide ruim twee meter lang en hebben beide een voor dressoirs gebruikelijke hoogte en diepte.
- b. Zij zijn beide uitgevoerd in witte hoogglanslak.
- c. De indeling is dezelfde: een symmetrische opbouw met naar buiten openslaande deurtjes links en rechts, en drie even hoge boven elkaar liggende laden in het midden. Het frontvlak is door de twee deurtjes en het ladenvak ongeveer in drie gelijke delen verdeeld.
- d. Zij zijn beide uitgevoerd met dikke panelen van 4-5 cm dik.
- e. De deuren en laden zijn zonder greep of knop uitgevoerd.
- f. De deurtjes zijn zichtbaar binnen de zijkanten geplaatst en niet ervoor (hetzelfde geldt voor de bovenzijde).
- g. Beide dressoirs maken een "strakke" indruk; versiersels ontbreken nagenoeg; alle lijnen zijn recht en alle hoeken zijn rechthoekig.

4.12. Verschillen:

4.13. Klotz heeft bij pleidooi andermaal de verschillen opgesomd, elf in totaal. Vier daarvan,

1. de weggewerkte ladegeleiders,
2. de softsluitingen op de lades,

3. de magneetdruksluitingen van de deurtjes, en
4. de afwerking van de deurtjes aan de binnenzijde,

hebben betrekking op eigenschappen die enkel zichtbaar zijn als deuren of laden worden geopend; voor de aanblik zijn deze onbelangrijk.

4.14. Klotz heeft er nog op gewezen dat

5. de grepen (het gaat hierbij om de boven- of onderzijde van deuren en/of laden) bij het dressoir van Klotz onder een hoek van 45 graden zijn uitgevoerd en bij het dressoir van Zijlstra slechts zeer licht zijn afgeschuind,

doch het hof acht dit van ondergeschikt belang; het is nauwelijks zichtbaar.

4.15. Vervolgens heeft Klotz gewezen op

6. het verschil in maatvoering,

maar dat is, zeker als men de dressoirs niet naast elkaar ziet, verwaarloosbaar. Het lengteverschil bedraagt twee cm op twee meter, en is geheel verwaarloosbaar (mits het dressoir past). Het hoogteverschil valt niet of nauwelijks op. Slechts het diepteververschil zou tot op zekere hoogte in het geheugen kunnen blijven hangen, maar is toch als van ondergeschikte betekenis te beschouwen.

4.16. Verder heeft Klotz nog de volgende vijf verschillen opgesomd:

7. Het Klotz dressoir heeft, anders dan dat van Zijlstra, een aluminium strip tussen het tussenliggende bovenblad en de opstaande zijbladen; dit geldt ook voor het onderblad.
8. Bij het Zijlstra dressoir zit direct onder het bovenblad, doorlopend van links naar rechts over de gehele lengte van het dressoir, een gleuf via welke de bovenzijde van de deurtjes en van de bovenste lade (welke bovenzijde licht is afgeschuind) vastgepakt kunnen worden om deze te openen. Tussen de bovenste lade en de middenlade, en tussen de middenlade en onderste lade, zitten vergelijkbare gleuven. Bij het Klotz dressoir ontbreekt de gleuf onder het bovenblad; deze is niet nodig omdat de deurtjes met drukmagneetsluitingen geopend kunnen worden. De bovenste lade wordt geopend door deze aan de onderzijde open te trekken ter plaats van de gleuf tussen de bovenste en de middenlade.
9. Het Klotz dressoir staat op (verstelbare) pootjes; bij dat van Zijlstra lopen de zijpanelen door tot op de grond.
10. Bij het Klotz dressoir is het onderblad even dik als het bovenblad; bij het Zijlstra dressoir is het onderblad dunner.
11. Bij het Klotz dressoir zit het bovenblad ingeklemd tussen de zijpanelen [het onderblad trouwens ook; hof], bij het Zijlstra dressoir rust het bovenop de zijpanelen.

4.17. Waarnemingen hof:

4.18. Met betrekking tot het sub 7. door Klotz genoemde verschil merkt het hof op dat bij de bezichtiging bleek dat de strip aan de bovenzijde vrij opvallend is, doch dat die aan de onderzijde zich – bij gesloten deurtjes – slechts manifesteert als een verticaal stripje van enkele centimeters hoog en omstreeks vijf millimeter breed. Voor de strip aan de bovenzijde geldt dat het weliswaar een detail is dat verder op de vormgeving niet van invloed is, maar wel een vrij opvallend detail.

4.19. Met betrekking tot sub 8. door Klotz genoemde verschil merkt het hof op dat de doorlopende gleuf onder het bovenblad van het Zijlstra dressoir een vrij opvallend detail vormt dat het Klotz dressoir mist.

4.20. In aanvulling op de sub 9., 10. en 11. door Klotz hiervoor genoemde elementen heeft het hof bij gelegenheid van de bezichtiging nog de volgende constatering gedaan:

12. Als gevolg van het toepassen van de pootjes is de afstand tussen de onderkant van het dressoir en de vloer bij het Klotz dressoir zichtbaar minder (naar schatting de helft) dan de afstand tussen de onderkant en de vloer bij het dressoir van Zijlstra, zulks als gevolg van de bij dat dressoir langer doorlopende zijpanelen (zie punt 9.).
13. Bij het Zijlstra dressoir is het onderblad niet alleen dunner (zie punt 10.), maar bij gesloten deurtjes en laden geheel onzichtbaar, terwijl dit bij het Klotz dressoir zichtbaar blijft.
14. Bij het Klotz dressoir valt de voorkant van het bovenblad gelijk met de voorkant van de zijpanelen; bij het Zijlstra dressoir kraagt het bovenop de zijpanelen rustende bovenblad (zie punt 11.) omstreeks 5 mm naar voren uit ten opzichte van de zijpanelen.
15. Voor de zijpanelen bij het dressoir van Klotz geldt dat deze niet verder doorlopen (zie punt 9.) dan de onderkant van het zichtbare onderblad (zie punt 13.); ook voor dit onderblad geldt, net als voor het bovenblad (zie punt 14.) dat de voorkant van de zijpanelen gelijk valt met de voorkant van het onderblad.
16. Bij beide dressoirs zijn de zijpanelen even dik als het bovenblad. Bij het Klotz dressoir dus ook even dik als het hier zichtbare onderblad.
17. In samenhang met het gegeven dat van al die panelen de voorkanten bij het Klotz dressoir gelijk vallen, wordt vooral door punten 15. en 16. de indruk gewekt van een rechthoekig, omstreeks 4-5 cm breed “kader” of raamwerk waarbinnen de laden en deurtjes zijn geplaatst. Dit effect ontbreekt bij het Zijlstra dressoir, doordat het onderblad bij gesloten deurtjes niet zichtbaar is, doordat de zijpanelen doorlopen tot op de vloer, en doordat de voorste rand van het bovenblad niet gelijk valt met de voorste rand van de zijpanelen.

4.21. Het hof komt tot de slotsom dat op grond van de onder punten 9. tot en met 17. omschreven facetten het dressoir van Klotz een duidelijk andere *totaalindruk* maakt dan dat van Zijlstra, zulks niettegenstaande de overeenkomsten zoals hiervoor omschreven onder punten a. tot en met g.

4.22. Die afwijkende totaalindruk wordt nog versterkt door de verschillen als omschreven sub 7. en 8. Ook al zijn deze niet van wezenlijke invloed op de grondvorm en zijn

deze facetten veeleer als “details” aan te merken, het gaat wel om tamelijk in het oog springende details.

4.23. Het hof komt tot de slotsom dat in de aanwezige overeenkomsten, gelet op de verschillen, onvoldoende aanwijzingen zijn gelegen dat bij het ontwerpen van het Klotz dressoir dat van Zijlstra tot voorbeeld zou hebben gediend of dat zou zijn getracht dit – geheel of voor een substantieel deel – na te maken.

4.24. Voor de vraag of er sprake kan zijn van verwarring overweegt het hof nog als volgt.

4.25. Zijlstra heeft een aantal verklaringen overgelegd van detaillisten, welke in verschillende bewoordingen melden dat de bewuste detaillisten menen dat het Klotz dressoir feitelijk een Zijlstra dressoir betreft.

4.26. Ook indien in aanmerking wordt genomen dat bij degenen die een meubel (het Zijlstra dressoir) hebben waargenomen een onvolmaakt herinneringsbeeld kan zijn blijven hangen, acht het hof voorshands – gelet op de omschreven geschillen – niet erg geloofwaardig dat een ervaren en kritische detaillist die weet wat er op de markt te koop is, bij het zien van een Klotz dressoir zou menen met een van Zijlstra afkomstig dressoir van doen te hebben. Naar het voorlopig oordeel van het hof is dan ook met de door Zijlstra overgelegde verklaringen directe noch indirecte verwarring aangetoond.

4.27. Een stijl, in dit geval bestaande uit strakke meubels met dikke panelen, kan niet worden gemonopoliseerd. Datzelfde geldt voor de grondvorm, bestaande in een omstreeks twee meter lang, wit dressoir met drie laden in het midden en deurtjes aan weerszijden daarvan, welke drie ongeveer even grote vlakken vormen.

4.28. Ten pleidooie hebben partijen toegelicht dat beiden opereren in het middensegment van de meubelmarkt, waarbij Klotz net iets hoger is gepositioneerd dan Zijlstra (hetgeen ook tot uiting komt in de prijs); enige overlap is niet uitgesloten.

4.29. Uit door partijen (vooral Klotz) overgelegde foto's – welke blijkbaar groten-deels van het internet afkomstig zijn en overigens voor een niet aanzienlijk deel van tamelijk slechte kwaliteit waren – blijkt dat er vele dressoirs met een vergelijkbare grondvorm op de markt zijn. De afmeting (omstreeks 2 meter lang) komt (naast andere maten) vrij vaak voor; de indeling (deur-drie laden-deur) is eveneens vrij gangbaar; in het huidige modebeeld komen dikke panelen veelvuldig voor; er zijn zowel varianten met doorlopende zijkanten als varianten met pootjes op de markt.

4.30. Het hof kan niet uitsluiten dat onder de detaillisten de Zijlstra 5023 een eigen plaats in de markt inneemt. Maar gesteld noch gebleken is dat dit ook voor consumenten geldt.

4.31. Zou dat anders zijn, dan geldt dat de totaalindruk van het Klotz dressoir zo verschillend is van de totaalindruk van het Zijlstra dressoir, dat niet goed voorstelbaar is dat een kritische consument – als deze zich bewust is van het bestaan van specifieke van Zijlstra afkomstige meubelen (eventueel onder een andere naam) – die geconfronteerd wordt met een Klotz 4687, zal menen met een Zijlstra 5023 van doen te hebben, zelfs indien bij hem slechts een onvolmaakt herinneringsbeeld van die Zijlstra 5023 zou zijn blijven hangen.

4.32. Gelet op de doelgroep en de prijsstelling zal het bij beide dressoirs vaak om niet bijzonder kritische consumenten gaan, die gewoon een "strak", wit dressoir zoeken. Voor die consument zijn zowel de Zijlstra 5023 als de Klotz 4687 slechts twee van de vele witte, omstreeks twee meter lange dressoirs met laden in het midden en deurtjes aan weerszijden daarvan. Mogelijk zijn de dressoirs in de ogen van die niet op details kritische consumenten uitwisselbaar, maar verwarring in die zin dat de consumenten die een Klotz dressoir zien menen met een Zijlstra meubel te maken te hebben is naar het voorlopig oordeel van het hof niet aannemelijk geworden.

4.33. Het hof komt tot de slotsom dat, hoe men het relevante publiek ook definieert, er gelet op de – naast de overeenkomsten – voorkomende verschillen onvoldoende aanwijzingen voorhanden zijn dat er een relevante mate van verwarring bij dat publiek op kan treden.

4.34. Grief 2 kan dus, wat er van de in deze grief aangevallen overweging van de voorzieningenrechter ook zij, niet leiden tot vernietiging van het vonnis waarvan beroep. Terecht heeft de voorzieningenrechter de vordering, voor zover gebaseerd op slaafse nabootsing, afgewezen, nu noch van nabootsing, noch van verwarring is gebleken. Grief 6 in het principaal appel faalt dus eveneens.

4.35. Wat het incidenteel appel betreft:

4.36. In r.o. 4.3 overwoog de voorzieningenrechter onder meer:

"Van een eigen, oorspronkelijk karakter en een persoonlijk stempel van de maker is ten aanzien van de Zijlstra 5023 naar het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter slechts in beperkte mate sprake" (eerste volzin), en

"Naar voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter voert het vooralsnog te ver om te concluderen dat de Zijlstra 5023 helemaal geen auteursrechtelijke bescherming geniet, maar kan een inbreuk op het auteursrecht, niet snel worden aangewomen" (laatste volzin).

4.37. Grief 1 in het incidenteel appel is gericht tegen het in die laatste volzin vervatte oordeel, doch uit de toelichting leidt het hof af dat Klotz tevens opkomt tegen de eerste volzin.

Klotz meent namelijk dat aan de Zijlstra 5023 helemaal geen auteursrechtelijke bescherming toekomt. In de pleitnota in hoger beroep sub 52. stelt Klotz:

"Klotz heeft bovendien een duidelijk belang bij het instellen van deze auteursrechtelijke vordering. Zij wil voorkomen dat Zijlstra nogmaals één van haar ontwerpen aanvalt met een beroep op het auteursrecht op de Zijlstra 5023 (en daarmee wederom Klotz op kosten jaagt). Het is dus van groot belang voor Klotz dat het hof het vonnis op dat punt vernietigt."

4.38. Het hof wees er reeds op dat de vorderingen van Zijlstra, voor zover gebaseerd op auteursrecht zijn afgewezen, en dat tegen de afwijzing *op die grond* geen grieven zijn gericht. Vanuit die optiek bezien valt niet in te zien welk rechtens te respecteren belang Klotz zou hebben bij enige heroverweging op dit onderdeel. Klotz miskent dat het oordeel van de voorzieningenrechter uitdrukkelijk een voorlopig oordeel was. De aangevallen passages dragen bovendien de beslissing niet; strikt genomen ware zij overbodig (behalve om de leesbaarheid van de rest van de overweging te verhogen).

De hiervoor aangehaalde passage uit de pleitnota lijkt erop te wijzen dat Klotz in feite een verklaring voor recht verlangt dat aan de Zijlstra 5023 *geen* auteursrechtelijke bescherming toekomt. In een kort geding kan zo'n verklaring voor recht niet worden gegeven. Trouwens: Klotz maakt weliswaar gewag van "het instellen van deze auteursrechtelijke vordering", maar zij heeft helemaal geen auteursrechtelijke vordering ingesteld en zou dat bovendien in hoger beroep ook niet voor het eerst kunnen doen.

4.39. Bij grief 1 in het incidenteel appel heeft Klotz dus geen belang.

4.40. Grief 2 in het incidenteel appel heeft betrekking op de proceskostenveroordeling in eerste aanleg. Volgens Klotz heeft de voorzieningenrechter ten onrechte het geschil gekenschetst als een "eenvoudig kort geding" als bedoeld in de Indicatie tarieven in IE-zaken van het LOVC, en had de zaak gekwalificeerd moeten worden als een "overig kort geding". Het hof sluit zich echter aan bij de inschatting door de voorzieningenrechter. Het ging om een betrekkelijk standaardmatig kort geding, waarbij twee objecten aan de orde waren waarbij enerzijds gesteld en anderzijds betwist werd dat met het aangevallen object auteursrechtinbreuk werd gemaakt c.q. slaafs werd nagebootst. Zowel feitelijk als juridisch ging het om een overzichtelijke kwestie.

4.41. In hoger beroep is de zaak geheel op basis van het commune recht (art. 6:162 BW) beoordeeld. De omstandigheid dat Klotz – tevergeefs – met grief 1 in het incidenteel appel getracht heeft auteursrechtelijke aspecten ook in hoger beroep aan de orde te stellen brengt niet mede dat nu de ten faveure van Zijlstra uit te spreken kostenveroordeling van Klotz gebaseerd zou moeten worden op art. 1019h Rv., daar het hof aan een auteursrechtelijke beoordeling niet is toegekomen. In hoger beroep zal het hof de kostenveroordeling dus geheel baseren op het liquidatietarief.

5. De uitspraak

Het hof:

op het principaal en het incidenteel appel:

bekrachtigt het vonnis, waarvan beroep;

veroordeelt Zijlstra in de kosten van het principaal hoger beroep, aan de zijde van Klotz begroot op € 314,-- aan verschotten en € 2.682,-- voor salaris;

veroordeelt Klotz in de kosten van het incidenteel hoger beroep, aan de zijde van Zijlstra begroot op € 447,-- voor salaris;

verklaart deze uitspraak uitvoerbaar bij voorraad.

Dit arrest is gewezen door mrs. Brandenburg, Huijbers-Koopman en Van der Putt-Lauwers en in het openbaar uitgesproken door de rolraadsheer op 25 januari 2011.

griffier

rolraadsheer

typ.



w.g. de griffier

w.g. de rolraadsheer

VOOR GROSSE / AFSCHRIFT

Afgegeven aan: adv. app/geïntim.: m.c. N.D.R. Neffens

Griffier gerechtshof 's-Hertogenbosch d.d.: 25-01-2011

J. van der Putt-Lauwers