

# arrest

## GERECHTSHOF ARNHEM-LEEWARDEN

locatie Leeuwarden

afdeling civiel recht

zaaknummer gerechtshof 200.318.148/01

(zaaknummer rechtbank Midden-Nederland, locatie Lelystad: 542516)

### arrest in kort geding van 26 september 2023

in de zaak van:

**HEMA B.V.**,

die is gevestigd in Amsterdam,

appellante in het principaal hoger beroep,

geïntimeerde in het incidenteel hoger beroep,

bij de rechtbank: eiseres,

hierna: **Hema**,

advocaat: mr. M.J. Odink en mr. L.K. Rutgers, die kantoor houden te Amsterdam,

tegen

1. **Lidl Nederland GmbH**,

Die is gevestigd in Neckarsulm, Duitsland en kantoor houdt in Huizen, Nederland,

hierna: **Lidl Nederland**,

geïntimeerde in het principaal hoger beroep,

appellante in het incidenteel hoger beroep,

bij de rechtbank: gedaagde

advocaten: mr. M.F.J. Haak en mr. M.G.W. Peijnenburg, die kantoor houden in Amsterdam,

en

2. **Delta-Sport Handelskontor GmbH**,

die is gevestigd in Hamburg, Duitsland

hierna: **Delta-Sport**,

geïntimeerde in het principaal hoger beroep,

appellante in het incidenteel hoger beroep,

bij de rechtbank: gedaagde

advocaten: mr. T. Berendsen en mr. I.E. van der Wal, die kantoor houden in Den Bosch.

1. **De procedure bij de voorzieningenrechter**

Voor de procedure bij de voorzieningenrechter verwijst het hof naar de inhoud van het vonnis van 20 september 2022 van de voorzieningenrechter van de rechtbank Midden-Nederland, locatie Lelystad.

## 2. De procedure bij het hof

2.1 Het verloop van de procedure bij het hof blijkt uit:

- De appeldagvaarding van Hema met daarin opgenomen de grieven
- De akte houdende overlegging producties (27 tot en met 32) van Hema
- De memorie van antwoord van Lidl Nederland
- De memorie van antwoord in principaal appel, tevens memorie van grieven in incidenteel appel van Delta-Sport met producties 12 en 13
- De memorie van antwoord in incidenteel appel van Hema met producties 33 en 34
- Een brief met aanvullende productie L05 van Lidl Nederland
- Een akte in het geding brengen aanvullende producties (14 en 15) van Delta-Sport
- Een akte houdende aanvullende producties (35 tot en met 42) van Hema.

2.2 Vervolgens heeft op 9 mei 2023 een mondelinge behandeling plaatsgevonden. Het proces-verbaal van deze mondelinge behandeling met daaraan gehecht de notities van de advocaten van partijen bevindt zich bij de processtukken. Aan het einde van de mondelinge behandeling is een datum voor arrest vastgesteld.

2.3 Hema vordert, samengevat, dat i) het vonnis van de voorzieningenrechter van 20 september 2022 wordt vernietigd, ii) haar in hoger beroep gewijzigde vorderingen alsnog worden toegewezen en iii) Delta-Sport en Lidl Nederland op de voet van artikel 1019h Rv in de volledige kosten van de procedure bij de voorzieningenrechter en het hof worden veroordeeld.

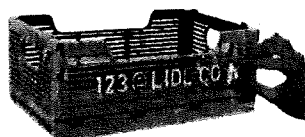
2.4 Delta-Sport vordert op haar beurt in het incidenteel hoger beroep dat het hof zich ten aanzien van haar onbevoegd verklaard en Hema op de voet van 1019h Rv in de proceskosten veroordeeld.

## 3. Waar gaat deze zaak over?

3.1 Centraal in dit kort geding staat de vraag of het Hema inklapbare opbergkrat (afbeelding 1, hierna: het Hema letterkrat) in Nederland auteursrechtelijke bescherming geniet. Hema stelt zich op het standpunt dat Lidl Nederland en Delta-Sport met de verhandeling van een soortgelijke opbergkrat (afbeelding 2, hierna: het Lidl letterkrat) in Nederland inbreuk maken op de auteursrechten van Hema. Hema beroept zich daarnaast, namelijk voor het geval het hof de auteursrechtelijke grondslag afwijst, op slaafse nabootsing.



afbeelding 1



afbeelding 2

---

3.2 Het hof is net als de voorzieningenrechter van oordeel dat de vorderingen van Hema op grond van het auteursrecht niet toewijsbaar zijn. Het Hema letterkrat is naar het voorlopig oordeel van het hof niet te beschouwen als een auteursrechtelijke werk. Het hof is, in tegenstelling tot de voorzieningenrechter, van oordeel dat Lidl Nederland en Delta-Sport met de verhandeling van het Lidl letterkrat in Nederland zich wél schuldig hebben gemaakt aan slaafse nabootsing. Het hof zal de vorderingen van Hema op die grond gedeeltelijk toewijzen. Het hof licht zijn beslissing hierna toe.

#### **4. De relevante feiten en de procedure bij de voorzieningenrechter**

4.1 In hoger beroep gaat het hof uit van de volgende feiten. Bij de vaststelling van de feiten heeft het hof rekening gehouden met het onder grief 1 geformuleerde bezwaar van Hema. Het hof zal het bezwaar daarom niet verder inhoudelijk behandelen.

4.2 Hema heeft in 2019 het letterkrat laten ontwerpen. Begin 2020 is Hema gestart met een reclamecampagne voor het letterkrat op onder andere Instagram, Facebook, YouTube, televisie en websites van haar en derden (productie 24 van Hema). Het kratje en de letterset worden door Hema afzonderlijk verkocht. De gebruiker kan de gekochte letters zelf op het krat plaatsen en daarmee woorden vormen.

4.3 Lidl Nederland is de exploitant van de Lidl supermarkten in Nederland. In de reclamefolder van 4 juli week 27 2022 heeft Lidl Nederland onder het merk Livarno geadverteerd voor het Lidl krat. Het kratje is door Lidl Nederland in haar filialen in Nederland verkocht.

4.4 Delta-Sport is de producent van het Lidl letterkrat. Zij heeft het kratje aan Lidl Nederland in Nederland verkocht en geleverd.

4.5 Hema heeft Lidl Nederland en Delta-Sport gesommeerd de verkoop van het Lidl letterkrat te staken en een opgave te verstrekken van de totale omzet en winst die zij met de internationale exploitatie daarvan hebben gemaakt.

4.6 Lidl Nederland en Delta-Sport hebben niet aan deze sommatie voldaan. Wel hebben zij aangegeven met ingang van 7 juli 2022 in Nederland te stoppen met de verkoop van het Lidl letterkrat. Lidl Nederland heeft voor garantiedoeleinden een kleine voorraad van het Lidl krat aangehouden.

4.7 In Duitsland heeft Hema bij het Landgericht Hamburg tegen Delta-Sport en de in Duitsland gevestigde Lidl Dienstleistung GmbH & Co. KG en Lidl Vertriebs-GmbH & Co. KG als voorlopige voorziening een verbod gevraagd op de verhandeling van het Lidl letterkrat in Duitsland. De voorlopige voorziening is op grond van het Duitse mededingingsrecht toegewezen. De daarop door Hema aangebrachte bodemzaak loopt nog. Hema heeft in de bodemzaak zich niet op het Duitse auteursrecht beroepen, maar alleen op het mededingingsrecht.

4.8 In Nederland heeft Hema Lidl Nederland (met drie andere in Duitsland gevestigde Lidl ondernemingen<sup>1</sup>) en Delta-Sport in kort geding gedagvaard. In dit kort geding heeft Hema een Europeeswijd verbod, met uitzondering van Duitsland, de verhandeling van het

---

Lidl letterkrat gevorderd. Ook heeft zij een aantal nevenvorderingen ingesteld, waaronder een rectificatie, een verklaring van een accountant inzake de omzet en winst die met het Lidl letterkrat is gemaakt, een recall van het Lidl letterkratten bij de zakelijk afnemers ervan en vernietiging van teruggehaalde kratten en de kratten die nog op voorraad zijn, met veroordeling van Lidl en Delta-Sport in de volledige proceskosten.

4.9 De voorzieningenrechter heeft in zijn vonnis van 20 september 2022 de vorderingen van Hema afgewezen. Daartoe heeft de voorzieningenrechter het volgende overwogen:

- a) het Hema krat en de Hema letterset zijn niet te beschouwen als een gezamenlijk werk, omdat zij afzonderlijk worden verkocht;
- b) het Hema krat is te beschouwen als een auteursrechtelijk beschermd werk, maar het Lidl letterkrat maakt daarop geen inbreuk omdat de totaalindrukken onvoldoende overeenstemmen;
- c) de Hema letterset ontbeert de voor auteursrechtelijke bescherming creatieve keuzen;
- d) het Hema krat heeft een eigen gezicht op de markt, maar omdat het Lidl krat voldoende afwijkt van het Hema krat is er geen sprake van slaafse nabootsing;
- e) de Hema letterset heeft geen eigen gezicht op de markt en op die grond sneuvelt het beroep op slaafse nabootsing.

4.10 De voorzieningenrechter heeft Hema veroordeeld in de proceskosten van Lidl en Delta-Sport, door hem op grond van de Indicatietarieven in IE-zaken (versie april 2017) vastgesteld op € 13.578,40.

## 5. De beoordeling van de grieven

*Inhoud en omvang van het hoger beroep.*

5.1 Hema heeft tegen de afwijzing van haar vorderingen en de toegewezen proceskostenveroordeling hoger beroep ingesteld. Zij heeft, onder verwijzing naar afdeling 9.1 van het Landelijk procesreglement, het hof verzocht het beroep met uiterste spoed te behandelen. Het hof heeft dit verzoek afgewezen.

5.2 Hema heeft naast de hiervoor genoemde grief tegen de vaststelling van de feiten door de voorzieningenrechter, zeven grieven gericht tegen de afwijzing van haar vorderingen. Hema heeft haar vorderingen in hoger beroep gewijzigd door haar vorderingen te beperken tot het Nederlandse grondgebied. Hema heeft geen bezwaar gemaakt tegen het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter dat de letterset afzonderlijk geen auteursrechtelijke bescherming geniet. In hoger beroep benadrukt Hema dat zij de bescherming inroept van haar *krat met letters* (de hiervoor afgebeelde letterkrat) en niet van beide producten afzonderlijk (grief 6 Hema).

5.3 Delta-Sport heeft op haar beurt incidenteel hoger beroep ingesteld tegen het oordeel van de voorzieningenrechter dat de Nederlandse rechter ook ten aanzien van Delta-Sport rechtsmacht heeft.

5.4 Het hof zal de grieven hierna gezamenlijk behandelen aan hand van de volgende thema's. De zogenaamde devolutieve werking van het hoger beroep brengt mee dat het hof opnieuw zal moeten beoordelen of het aannemelijk is dat een bodemrechter zal concluderen

---

dat het Hema letterkrat, afgebeeld in afbeelding 1, in Nederland auteursrechtelijke bescherming geniet.

*Internationale bevoegdheid Nederlandse rechter*

5.5 Op grond van de hoofdregel van artikel 4 Brussel Ibis verordening<sup>2</sup> moeten Lidl Nederland en Delta-Sport worden opgeroepen voor de gerechten van hun woonplaats. Partijen zijn het kennelijk erover eens dat Lidl Nederland, omdat zij in Huizen kantoor houdt daar ook haar woonplaats heeft. Op grond van deze stilzwijgende aanvaarding van rechtsmacht, is de voorzieningenrechter op grond van artikel 34 Brussel Ibis verordening bevoegd ten aanzien van Lidl Nederland.

5.6 Het hof is van oordeel dat het bezwaar van Delta-Sport tegen het aannemen van rechtsmacht op grond van artikel 8 lid 1 van de Brussel Ibis verordening gegrond is. De daarvoor vereiste nauwe samenhang is er niet, althans onvoldoende. Het door Delta-Sport opgeworpen bezwaar baat haar echter niet, omdat de Nederlandse voorzieningenrechter ten aanzien van Delta-Sport op grond van artikel 35 Brussel Ibis verordening bevoegd is kennis te nemen van de door Hema voor Nederland ingestelde voorlopige maatregelen en bewarende maatregelen.

5.7 Tussen partijen is niet in geschil dat het schadebrengende feit, de verkoop van het vermeend inbreukmakende Lidl letterkrat, in Nederland heeft plaatsgevonden, waaronder het arrondissement van de rechtbank Midden-Nederland. Op die grond heeft de voorzieningenrechter zich terecht relatief bevoegd verklaard. Het hof heeft dan als appelinstantie van de voorzieningenrechter van de rechtbank Midden-Nederland rechtsmacht.

*Toepasselijk recht*

5.8 De vraag of het Hema letterkrat in Nederland auteursrechtelijke bescherming geniet en of Lidl Nederland en Delta-Sport met de verhandeling van het Lidl krat daarop inbreuk maken, wordt op grond van de algemene verwijzingsregel in artikel 8 lid 1 Rome II<sup>3</sup> (de zogenaamde *lex loci protectionis*) beheerst door Nederlands recht. De vraag of Lidl Nederland en Delta-Sport zich daarnaast schuldig hebben gemaakt aan slaafse nabootsing, moet op grond van artikel 6 lid 1 Rome II eveneens aan de hand van Nederlands recht worden beantwoord.

*Spoedeisend belang*

5.9 De vorderingen van Hema zijn, gelet op hun aard en inhoud, in beginsel spoedeisend. Lidl Nederland en Delta-Sport betwisten dat Hema een spoedeisend belang heeft, omdat Lidl-Nederland het Lidl letterkrat sinds 7 juli 2022 niet meer te koop aanbiedt. Lidl Nederland en Delta-Sport zijn echter niet bereid schriftelijk te verklaren dat zij het Lidl letterkrat in Nederland niet opnieuw op de markt zullen brengen. Bovendien heeft Lidl Nederland tijdens de mondelinge behandeling bij het hof aangegeven nog een voorraad Lidl letterkratten te hebben voor garantiedoeleinden. Het hof leidt daaruit af dat Lidl Nederland bereid is door klanten teruggebrachte defecte kratten te vervangen. De door Hema genoemde dreiging dat de Lidl letterkratten alsnog op de markt komen, blijft daarmee reëel. Dit in combinatie met de weigering schriftelijk te verklaren dat die kratten in Nederland niet meer verhandeld zullen worden, maakt naar het oordeel van het hof dat Hema ook in hoger beroep

nog voldoende spoedeisend belang heeft bij dit kort geding. Of dat ook geldt voor de afzonderlijke vorderingen, zal het hof na de inhoudelijke behandeling van de grondslagen van die vorderingen beoordelen.

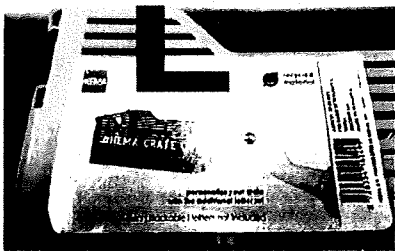
*Auteursrechtelijke bescherming: juridisch kader*

5.10 De vraag of het Hema letterkrat in Nederland auteursrechtelijk bescherming geniet, moet worden beantwoord aan de hand van de Auteurswet 1912, zoals laatstelijk gewijzigd op 11 juli 2018.

5.11 Het werkbegrip in artikel 10 van de Auteurswet is een autonoom begrip dat in het verlengde van Richtlijn 2001/29 in de landen van de Unie op uniforme wijze moet worden uitgelegd en toegepast. Het Europese Hof van Justitie stelt twee voorwaarden aan een werk, namelijk het moet i) nauwkeurig en objectief identificeerbaar en ii) oorspronkelijk zijn, in die zin dat het gaat om een eigen intellectuele schepping van de maker<sup>4</sup>.

*Auteursrechtelijke bescherming: voldoende nauwkeurig en objectief identificeerbaar*

5.12 Bij de eerste voorwaarde gaat het om rechtszekerheid. De rechter en concurrenten moeten duidelijk en nauwkeurig kunnen vaststellen waarvoor auteursrechtelijke bescherming wordt ingeroepen<sup>5</sup>. Het hof is van oordeel dat voldoende duidelijk is dat Hema voor het krat *met* de letters auteursrechtelijke bescherming inroept. Dat blijkt niet alleen uit de door Hema gegeven opsomming van kenmerken, maar ook uit de omschrijving van het product op het Hema letterkrat (zie afbeelding 3) en de wijze waarop het letterkrat wordt geadverteerd. De enkele omstandigheid dat het krat en de letters afzonderlijk worden verkocht, betekent naar het voorlopig oordeel van het hof niet dat het Hema letterkrat onvoldoende objectief waarneembaar is, zoals Lidl Nederland en Delta-Sport aanvoeren.



Afbeelding 3

*Auteursrechtelijke bescherming: oorspronkelijkheid in relatie tot vrije en creatieve keuzen*

5.13 Een werk is oorspronkelijk indien het voorwerp waarin het werk is belichaamd een eigen intellectuele schepping van de auteur is die de persoonlijkheid van deze laatste weerspiegelt en tot uiting komt door de vrije creatieve keuzen van die auteur bij de totstandkoming ervan. Een voorwerp is niet oorspronkelijk indien voor de vervaardiging ervan technische overwegingen, regels of andere beperkingen gelden die geen ruimte hebben gelaten voor creatieve vrijheid of daarvoor een ruimte hebben gelaten die zo beperkt is dat het idee samenvalt met de uitdrukking ervan. Het is namelijk niet de bedoeling dat door het auteursrecht ideeën worden gemonopoliseerd<sup>6</sup>. Het standpunt van Hema dat zelfs technische noodzakelijke productvorming auteursrechtelijke beschermd is, mits zij het resultaat is van een eigen intellectuele schepping van de ontwerper, is daarom niet helemaal juist. De vereiste vrije en creatieve arbeid die in het werk tot uiting moet komen, is hiermee nog niet

---

gegeven. Zelfs indien een voorwerp of onderdelen daarvan niet uitsluitend door hun (technische) functie worden gedictieerd, kan het namelijk toch zo zijn dat de overgebleven ontwerpruimte zo beperkt is dat niet kan worden gezegd dat er sprake is van vrije creatieve keuzen van de ontwerper<sup>7</sup>.

5.14 Het moet gaan om vrije en creatieve keuzen binnen het voorwerp (het Hema letterkrat) waarvoor auteursrechtbescherming wordt geclaimd. Het bestaan van andere mogelijke verschijningsvormen waarmee hetzelfde functionele resultaat kan worden bereikt, wijst erop dat er keuzemogelijkheden zijn, maar dit is niet doorslaggevend voor de beoordeling van de factoren die de keuze van de maker hebben beïnvloed, zoals Hema ten onrechte lijkt te veronderstellen<sup>8</sup>.

5.15 Ook een verzameling of bepaalde selectie van op zichzelf niet beschermde elementen kan een (oorspronkelijk) werk zijn in de zin van de Auteurswet, mits de verzameling/selectie het persoonlijk stempel van de maker draagt<sup>9</sup>. Daarbuiten valt in elk geval al hetgeen een vorm heeft die zo banaal of triviaal is, dat daarin geen creatieve arbeid van welke aard ook valt aan te wijzen<sup>10</sup>.

5.16 Om de oorspronkelijkheid te beoordelen moet rekening worden gehouden met alle omstandigheden ten tijde van het ontwerp en niet met factoren na creatie. De door Hema genoemde populariteit van het Hema letterkrat speelt daarom geen rol bij de beoordeling van de vraag of het letterkrat als werk in de zin van de auteurswet kan worden aangemerkt.

*Auteursrechtelijke bescherming: beoordeling oorspronkelijkheid Hema letterkrat*

5.17 Hema stelt dat zij ten aanzien van het letterkrat de volgende creatieve keuzen heeft gemaakt:

- i. de afmetingen 11,5 cm (h) bij 20 cm (d) bij 30 cm (b);
- ii. ovaal handvat;
- iii. horizontaal lijnenspel aan de zijkanten (waarmee het Hema krat zich onderscheidt van alle andere kratten op de markt) met slechts twee (verticale) zijspijlen aan de binnenkant van het Hema krat;
- iv. de dikte van de horizontale lijnen aan de buitenkant is 4 mm;
- v. de afstand tussen de horizontale lijnen aan de buitenkant is 3 mm;
- vi. de inkeping aan de bovenkant in het midden van de lange zijkanten;
- vii. de vorm en het aantal scharnieren (4 aan de lange zijkant en 2 aan de korte zijkant);

5.18 Lidl Nederland en Delta-Sport betwisten dat de keuzen vrij en creatief zijn. Volgens hen worden deze hoofdzakelijk bepaald door technische en functionele overwegingen en ontbreekt iedere oorspronkelijkheid.

5.19 Het hof volgt hen daarin. Daartoe is het volgende redengevend.

5.20 Het hof stelt voorop dat het idee van de combinatie van een opklapbare opbergkrat met letters op grond van het auteursrecht niet te beschermen is. Dat is slechts anders indien bij de uitvoering daarvan vrije en creatieve keuzen zijn gemaakt, die de persoonlijkheid van de ontwerper tot uitdrukking brengen.

5.21 Het hof stelt verder vast dat een opbergklapkrat, zoals dat van de Hema, in hoge mate technisch en functioneel bepaald is. Dit geldt in ieder geval voor de afmeting ervan (i),

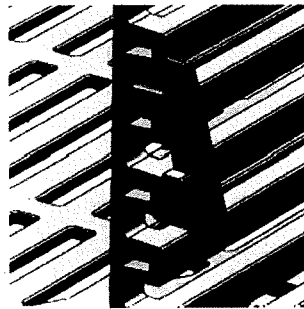
zo blijkt ook uit het door Hema ingebrachte document “De Hema Letterkrat familie, van ontwerp naar Hema held” in productie 8. Uit dit document volgt dat een opbergkrat een bepaalde afmeting heeft, omdat het moet passen in een la of opbergkast. Van voldoende vrije en creatieve ontwerpruimte is ten aanzien van de afmeting daarom geen sprake.

5.22 Dit geldt naar het oordeel van het hof ook voor de ovale vorm van het handvat (ii). Het hof acht het aannemelijk, zoals Lidl Nederland en Delta-Sport stellen, dat die vorm vanuit ergonomisch oogpunt de meest gewenste vorm is. Uit het door Hema overgelegde overzicht van andere (klap)kratten<sup>11</sup>, het zogenaamde vormgevingserfgoed, blijkt bovendien dat de keuze weinig oorspronkelijk is. Ook de opbergkratjes van Kwantum, Alpac, Blokker en Xenos hebben ovale handvaten.

5.23 Wat betreft het horizontale lijnenspel (iii) en de concrete uitwerking daarvan (iv en v) acht het hof het relevant dat uit de door Hema overgelegde afbeeldingen van ENKO Plastics blijkt dat de dikte en de afstand van de lijnen functioneel bepaald zijn (zie afbeeldingen 4 en 5). De gekozen dikte en afstand maken het mogelijk de letters op de krat te bevestigen en zijn gelet daarop in onvoldoende mate vrije en creatieve keuzen van de ontwerper.



Afbeelding 4



Afbeelding 5

De horizontale lijnen zijn verder nodig om de letters in rechte lijn op het kratje aan te brengen. Ook in die zin is er niet voldoende ruimte voor een vrije en creatieve keuze op dit punt.

5.24 De scharnieren (vii) zijn nodig om het kratje op te vouwen. Het aantal en de vorm van de scharnieren worden bepaald door de wijze waarop het kratje wordt ingeklapt. Er bestaat op dit punt onvoldoende ruimte om te komen tot een vrije en creatieve keuze. De inkeping aan de bovenkant in het midden van de lange zijanten (vi) komt, zoals blijkt uit het door Lidl Nederland en Delta-Sport getoonde vormgevingserfgoed, veelvuldig voor en kan daarom in onvoldoende mate als creatief worden beschouwd.

5.25 Ook in de opstelsom van de door Hema genoemde hoofdzakelijk functioneel bepaalde elementen, herkent het hof niet de persoonlijkheid van de ontwerper van het kratje. Het door Hema genoemde esthetisch effect van een transparant voorkomen, is veelvuldig aanwezig in de in het vormgevingserfgoed opgenomen kratjes van onder andere Blokker, Xenos, Hay, Kwantum, Alpac, Ay-Kasa, Tontarelli en Marskramer, zodat ook ten aanzien van dat element de vereiste oorspronkelijkheid ontbreekt.



---

*Auteursrechtelijke bescherming: conclusie*

5.26 Het hof komt op grond van het voorgaande tot de conclusie dat de door Hema genoemde elementen, ieder afzonderlijk en opgeteld, het letterkratje onvoldoende oorspronkelijkheid geven en daarom niet in aanmerking komen voor auteursrechtelijke bescherming. Gelet op deze conclusie, laat het hof in het midden of Hema auteursrechthebbende is, zoals zij stelt en Lidl-Nederland en Delta-Sport betwisten. Het antwoord op deze vraag is bovendien ook niet relevant voor de beoordeling van het beroep van Hema op slaafse nabootsing. Het leerstuk van slaafse nabootsing biedt namelijk, indien aan alle voorwaarden is voldaan, bescherming aan degene die het product op de markt brengt en dat is Hema.

*Slaafse nabootsing, juridische uitgangspunten<sup>12</sup>*

5.27 De hoofdregel is dat nabootsing van een product dat niet wordt beschermd door een absoluut recht van intellectuele eigendom in beginsel is toegestaan. Dit beginsel lijdt uitzondering wanneer 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. Nabootsing op een wijze die nodeloos verwarring veroorzaakt, is een vorm van oneerlijke mededinging, waartegen met een vordering uit onrechtmatige daad kan worden opgekomen.

*Slaafse nabootsing: eigen gezicht op de markt*

5.28 Van verwarring ten aanzien van een nagebootst product kan alleen sprake zijn indien dat product een 'eigen gezicht' heeft op de relevante markt, dat wil zeggen zich in uiterlijke verschijningsvorm onderscheidt van andere, gelijksoortige producten op die markt. De mate waarin dat product zich dient te onderscheiden van die gelijksoortige producten om bij het verschijnen van nabootsingen ervan een gevaar voor verwarring te kunnen doen ontstaan, hangt onder meer af van de aard en de hoeveelheid gelijksoortige producten die zich op dat moment op de desbetreffende markt bevinden.

*Slaafse nabootsing: (nodeloze) verwarring*

5.29 Aangezien het verbod op slaafse nabootsing ertoe strekt marktdeelnemers te beschermen tegen oneerlijke concurrentie, gaat het bij de beoordeling van de vraag of de consument een nabootsing zal kunnen verwarren met het nagebootste product, om de invloed van de gelijkenis op de aankoopbeslissing van de consument. Daarbij is bepalend de totaalindruk van elk product en de beschouwing daarvan door een weinig oplettend koperspubliek dat de beide producten meestal niet naast elkaar ziet.

5.30 Bij de beoordeling of in een concreet geval, gelet op de totaalindrukken van vergelijkbare producten, sprake is van een (gevaar voor) nodeloze verwarring bij het desbetreffende publiek, moeten alle relevante omstandigheden van dat geval worden betrokken. De verwarring kan betrekking hebben op de producten zelf ('directe verwarring') dan wel de herkomst ervan ('indirecte verwarring').

---

*Slaafse nabootsing: concrete beoordeling van beide letterkratjes*

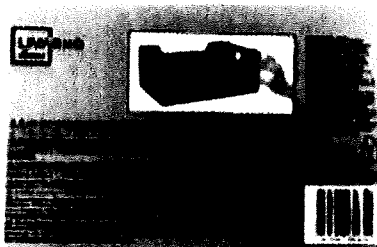
5.31 Hema stelt dat toen zij begin 2020 het letterkrat introduceerde er talrijke andere opbergkratten op de markt waren, maar geen daarvan in combinatie met letters en dat haar letterkrat in die zin uniek en onderscheidend was. Tijdens de bespreking van dit onderwerp op de mondelinge behandeling bij het hof, maakten Lidl Nederland en Delta-Sport op grond van de goede procesorde bezwaar tegen deze, volgens hen, nieuwe stelling.

5.32 Het hof gaat aan dit bezwaar voorbij. Uit de grieven van Hema, in het bijzonder grief 6, blijkt naar het oordeel van het hof voldoende duidelijk dat Hema bezwaar heeft gemaakt tegen de afzonderlijke beoordeling van het krat en de letterset door de voorzieningenrechter. Hema roept de bescherming van het letterkrat in als één product. Strekking van de grief is dat de letterkrat in zijn geheel moet worden beschouwd en dat geldt niet alleen voor de auteursrechtelijke grondslag maar ook voor het beroep op slaafse nabootsing. Om die reden is er geen sprake van een nieuwe stelling. Bovendien hebben Lidl Nederland en Delta-Sport tijdens de mondelinge behandeling onder verwijzing naar hun verweren in eerste aanleg nog inhoudelijke verweer gevoerd. Ook om die reden zijn zij niet in hun procespositie geschaad.

5.33 Ten aanzien van het vereiste van “eigen gezicht” van het Hema letterkrat, is het hof van oordeel dat Hema in het kader van dit kort geding voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat haar letterkrat toen het Lidl letterkrat op de markt kwam, voldoende onderscheidend was en nog steeds is. Het door partijen besproken vormgevingserfgoed laat namelijk geen soortgelijke krat *met letters* zien.

5.34 Het hof stelt vast dat het Lidl letterkrat op nagenoeg alle punten, behalve de bodem, een kopie is van het Hema letterkrat. Lidl Nederland en Delta-Sport wijzen op verschillen in de door Hema genoemde afmetingen van het handvat en ruimte tussen de verticale lijnen<sup>13</sup>, maar die verschillen zijn zo marginaal (enkele millimeters) dat die door de weinig oplettende consument van dit type product niet zullen worden opgemerkt.

5.35 Het hof stelt verder vast dat de bodem van het Lidl letterkrat inderdaad afwijkt van het Hema letterkrat. Door de wijze waarop het Lidl letterkrat is verpakt en te koop wordt aangeboden, ziet de consument dit niet. Daarnaast hebben Lidl Nederland en Delta-Sport de door Hema gebruikte foto op de verpakking gekopieerd (vergelijk afbeeldingen 3 en 6) en is de door Lidl meegeleverde letterset nagenoeg identiek aan de letterset van Hema (zie afbeelding 7). Dit was naar het oordeel van het hof gelet op de deugdelijkheid en bruikbaarheid van het letterkrat niet nodig en werkt gevaar voor verwarring in de hand.



afbeelding 6



afbeelding 7

5.36 Dit gevaar voor verwarring wordt, anders dan Lidl Nederland en Delta-Sport aanvoeren, naar het voorlopig oordeel van het hof niet weggenomen door het enkele gebruik van een andere merknaam. Daarvoor is de gelijkenis met het Hema letterkrat door de vormgeving van het Lidl letterkrat en de wijze waarop het wordt aangeboden, te groot. Bovendien miskennen Lidl Nederland en Delta-Sport met hun standpunt dat het leerstuk van slaafse nabootsing ook beschermt tegen indirecte verwarring en zogenaamde post sale verwarring, dat wil zeggen de verwarring die ontstaat doordat een consument bij het zien van een uitgepakt Lidl letterkrat een link legt met de Hema.

#### *Slaafse nabootsing: conclusie*

5.37 Het hof komt op grond van het voorgaande tot de conclusie dat Lidl Nederland en Delta-Sport tekortgeschoten zijn in hun verplichting om bij het nabootsen alles te doen wat redelijkerwijs nodig is om verwarring te voorkomen en dat is tegenover Hema onrechtmatig. Het hof zal hierna beoordelen in hoeverre de daarop gebaseerde vorderingen van Hema toewijsbaar zijn.

#### *Beoordeling vorderingen Hema*

##### *verbod*

5.38 Aan het verweer van Lidl Nederland en Delta-Sport dat Hema geen belang heeft bij een verbod omdat het Lidl letterkrat sinds 7 juli 2022 niet meer aan het publiek wordt aangeboden, gaat het hof onder verwijzing naar zijn overwegingen in 5.9 voorbij.

##### *recall Lidl letterkratjes in Nederland*

5.39 Tussen partijen is niet in geschil dat Lidl Nederland het Lidl letterkrat op de Nederlandse markt heeft aangeboden. Hema vordert terugroeping van alle Lidl letterkratten bij de professionele afnemers van Lidl Nederland en Delta-Sport. Het hof wijst die vordering toe. Het hof gaat voorbij aan de opmerking van Delta-Sport dat het retourneren van de kratjes in het kader van duurzaamheid en het verminderen van vrachtverkeer onwenselijk is. Voor zover Delta-Sport met dit argument heeft gemeend dat er nog een afweging moet plaatsvinden tussen enerzijds het belang van Hema bij de vernietiging van de slaafs nagebootste kratten en anderzijds het algemene belang van milieubescherming en de verbetering van de kwaliteit van het milieu (als bedoeld in artikel 37 van het Handvest<sup>14</sup>), geldt dat zij dit onvoldoende heeft onderbouwd.

---

5.40 Het hof zal Lidl Nederland en Delta-Sport een langere termijn gunnen dan de 24 uur die is gevorderd, omdat die termijn onredelijk kort is. Omdat de advocaten van Hema gekopieerd worden op de e-mail van Lidl Nederland en Delta-Sport aan hun professionele afnemers, ziet het hof niet in welk belang Hema heeft bij het afzonderlijk ontvangen van de adresgegevens van die afnemers. Dat deel van de vordering wijst het hof dan ook niet toe.

*vernietiging Lidl letterkratjes in Nederland*

5.41 Lidl Nederland en Delta-Sport maken verder bezwaar tegen de gevorderde vernietiging van de letterkratjes. Zij stellen zich op het standpunt dat de vernietiging vanwege het onomkeerbare karakter ervan, in kort geding met terughoudendheid moet worden beoordeeld. Het hof volgt haar daarin. Zonder nadere toelichting van Hema, valt niet in te zien wat de vernietiging toevoegt na de recall van de Lidl letterkratten. Het hof wijst de vordering af.

*rectificatie*

5.42 Hema vordert daarnaast een rectificatie. Volgens Lidl Nederland en Delta-Sport is een rectificatie gelet op het feit dat het Lidl letterkratje sinds 7 juli 2022 niet meer wordt verkocht, disproportioneel. Het hof is het daarmee eens. Zonder nadere onderbouwing van Hema, ziet het hof bovendien niet in welk doel een rectificatie nu nog dient.

*inzage en accountantsverklaring*

5.43 Hema heeft tot slot een inzagevordering ingesteld die in de kern neerkomt op het (door een accountant laten) afleggen van rekening en verantwoording van het aantal verhandelde Lidl letterkratten in Nederland. Lidl Nederland en Delta-Sport hebben onder andere het spoedeisende belang van Hema bij deze vordering gemotiveerd betwist. Het hof stelt vast dat Hema het gestelde spoedeisende belang niet verder heeft onderbouwd, terwijl dit wel op haar weg lag. Het hof zal de vordering daarom afwijzen.

*dwangsommen*

5.44 De gevorderde dwangsommen zullen worden gematigd en gemaximeerd als hierna bepaald.

*Proceskosten*

5.45 Op grond van al het voorgaande zal het hof het vonnis van de voorzieningenrechter vernietigen en de vorderingen van Hema op grond van slaafse nabootsing alsnog toewijzen als hierna bepaald. Het hof zal Lidl Nederland en Delta-Sport als de grotendeels in het ongelijk gestelde partijen veroordelen in de proceskosten van Hema in eerste aanleg en in het hoger beroep. Omdat de vorderingen worden toegewezen op grond van slaafse nabootsing, is het 'gewone' liquidatietarief van toepassing en niet de volledige proceskostenvergoeding van artikel 1019h Rv.

5.46 De door Lidl Nederland en Delta-Sport aan Hema te betalen proceskosten zijn als volgt:

- voor eerste aanleg in totaal € 2.581,52, namelijk € 1.689,- voor salaris advocaat (3 punten in tarief II), € 676,- voor het griffierecht en € 103,33 en € 113,19 voor de exploitkosten;

- 
- voor het hoger beroep in totaal € 5.136,09, namelijk € 4.140,50 voor salaris advocaat (3 punten in tarief II voor het principaal en 0,5 punt in tarief II voor het incidenteel hoger beroep), € 783,- voor het griffierecht en € 108,26 en €103,33 voor de exploitkosten;

*Slotsom*

5.47 De grieven van Hema slagen gedeeltelijk. De incidentele grief van Delta-Sport faalt. De vorderingen van Hema zullen worden toegewezen als hierna bepaald. Lidl Nederland en Delta-Sport zullen als de grotendeels in het ongelijk gestelde partijen worden veroordeeld de proceskosten van Hema in eerste aanleg en het hoger beroep te betalen.

## **6. Beslissing**

Het hof rechtdoende in kort geding in hoger beroep:

vernietigt het vonnis van de voorzieningenrechter van de rechtbank Midden-Nederland, locatie Lelystad van 20 september 2022;

en opnieuw rechtdoende:

6.1 beveelt Lidl Nederland en Delta-Sport, ieder afzonderlijk, binnen 72 uur na betekening van dit arrest zich te onthouden van het in Nederland tonen, promoten, aanbieden, verkopen, produceren, invoeren of in voorraad hebben van het Lidl letterkrat (zoals gedefinieerd in dit arrest);

6.2 beveelt Lidl Nederland en Delta-Sport, ieder afzonderlijk, binnen 72 uur na betekening van dit arrest, aan haar professionele afnemers van het Lidl letterkrat in Nederland een e-mail te sturen met de hierna volgende inhoud, onder gelijktijdige verzending van deze e-mail aan de advocaten van Hema:

Het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden heeft in zijn arrest van 26 september 2023 beslist dat het Lidl letterkrat een slaafse nabootsing is van het Hema letterkrat. Het Lidl letterkrat mag in Nederland niet langer worden aangeboden, verkocht, geleverd, of in voorraad gehouden. Wij verzoeken u alle exemplaren van het Lidl letterkrat en de promotiematerialen daarvoor die u nog heeft, aan ons terug te sturen. Wij zullen u de aankoopprijs en alle kosten in verband met de teruggave van het Lidl letterkrat vergoeden”

6.3 veroordeelt Lidl Nederland en Delta-Sport, ieder afzonderlijk, tot betaling aan Hema van een dwangsom van € 10.000,- voor iedere dag of gedeelte van een dag dat zij in gebreke blijven geheel of gedeeltelijk aan de onder 6.1. en 6.1. genoemde bevelen te voldoen, onder maximering van de dwangsommen tot een totaalbedrag van € 250.000,-;

6.4 veroordeelt Lidl Nederland en Delta-Sport hoofdelijk in de kosten van Hema in eerste aanleg en stelt deze vast op een bedrag van € € 2.581,52;

6.5 veroordeelt Lidl Nederland en Delta-Sport hoofdelijk in de kosten van Hema in het hoger beroep en stelt deze vast op een totaalbedrag van € 5.136,09;

6.6 bepaalt dat de kosten onder 6.4 en 6.5 moeten worden betaald binnen 14 dagen na vandaag. Als niet op tijd wordt betaald, dan worden die kosten verhoogd met de wettelijke rente;

6.7 verklaart de veroordelingen uitvoerbaar bij voorraad;

6.8 wijst het meer of anders gevorderde af.

Dit arrest is gewezen door mrs. R.E. Weening, M. Willemse en mr. W.A.J. Hoorneman en is in het openbaar uitgesproken op 26 september 2023 door de rolraadsheer, in aanwezigheid van de griffier.

Bosch

  
mr. J. Smit

- 1 Naast Lidl Stiftung & Co. KG, Lidl Online International Logistics B.V. en Lidl Dienstleistung GmbH & Co. KG, die in hoger beroep geen partij zijn omdat zij niet zijn meegedagvaard.
- 2 Verordening (EU) nr. 1215/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2012 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (herschikking)
- 3 Verordening (EG) nr. 864/2007 van het Europees Parlement en de Raad van 11 juli 2007 betreffende het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen
- 4 HvJEU 13 november 2018, ECLI:EU:C:2018:899, *Levola* en HvJEU 12 september 2019, ECLI:EU:2019:721, *Cofemel*
- 5 Zie *Cofemel*
- 6 HvJ EU 2 mei 2012, C-406/10, ECLI:EU:C:2012:259, *SAS Institute*
- 7 Zie *Cofemel*, punt 31
- 8 HvJEU, 11 juni 2020, C-833/18, ECLI:EU:C:2020:461, *Brompton Bicycle*
- 9 HR 22 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY1529, *Stokke/H3*
- 10 HR 30 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC2153, *Endstra-tapes*
- 11 Opnieuw productie 9 Hema
- 12 HR 19 mei 2017, ECLI:NL:HR:2017:838, *Mi Moneda hanger*
- 13 Zie productie 9 Delta-Sport
- 14 Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, 2000/C 364/01

Uitgegeven voor grosse  
op 26-9-23  
door de griffier van het Gerechtshof  
Arnhem-Leeuwarden

