

PROCUREUR-GENERAAL  
BIJ DE  
HOGE RAAD DER NEDERLANDEN

**Nummer** 21/03876  
**Zitting** 10 juni 2022

CONCLUSIE

G.R.B. van Peurseem

In de zaak

Airwair International Limited

adv. A.M. van Aerde

(hierna: Airwair)

tegen

Van Haren Schoenen B.V.

adv. S.M. Kingma

(hierna: Van Haren)

Dit kort geding gaat over de vraag of het leerstuk van slaafse nabootsing ruimte laat voor de bescherming van abstracties, zoals een aan de hand van bepaalde karakteristieken omschreven soort product, productlijn of stijl. De zaak betreft schoenen van Airwair in een bepaalde stijl of met bepaalde karakteristieken. Airwair betoogt dat door de bescherming tegen indirecte verwarring binnen het leerstuk van slaafse nabootsing ruimte bestaat voor bescherming van dit soort abstracties. In het verlengde daarvan wordt de vraag opgeworpen of bij de beoordeling steeds een één-op-één vergelijking moet worden gemaakt tussen het nagebootste product en de nabootsing van dat product.

Airwair doet in deze zaak een poging tot invulling van de mogelijkheid dat stijlnabootsing *onder bijkomende omstandigheden* onrechtmatig kan zijn, al is daartoe volgens de Hoge Raad niet toereikend dat die nabootsing nodeloos is en verwarring wekt bij het publiek (vgl. HR 29 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY8661, NJ 2013/504 (*Broeren/Duijsens*) rov. 3.6 *in fine*). Ik zie deze ruimte hier niet. Voor bescherming tegen nabootsing van abstracties in deze zin is de ruimte binnen de slaafse nabootsingsleer immers terecht maar zeer beperkt, omdat het een beperking van de vrije mededinging en van de vrijheid van de maker met zich brengt en bovendien de rechtszekerheid aantast. Met de door Airwair bepleitte vergelijking tussen collectie(s) of typen schoenen met bepaalde kenmerken en bepaalde beweerdelijk door Van Haren nagebootste schoenen van het type *combat boot*, wordt eraan voorbij gezien dat het (ook) bij slaafse nabootsing gaat om de totaalindrukken van *concrete* vormgeving.

De overige klachten van het middel zien met name op de motivering van het bestreden arrest en falen voor het merendeel bij gebrek aan feitelijke grondslag en/of gebrek aan belang. Het arrest van het Haagse hof geeft volgens mij blijk van een juiste rechtsopvatting en is alleszins begrijpelijk gemotiveerd, zeker als in aanmerking wordt genomen dat het hier om een kort geding gaat.

## 1. Feiten<sup>1</sup> en procesverloop<sup>2</sup>

- 1.1 Airwair is de wereldwijde exclusieve licentienemer van het merk Dr. Martens en de exclusieve producent van schoenen die onder dit merk op de markt worden gebracht. Een van die schoenen is de hierna afgebeelde 1460 boot die (naar zeggen van Airwair schijnbaar) op 1 april 1960 voor het eerst is geproduceerd en op de markt is gebracht.

---

<sup>1</sup> De feiten zijn gebaseerd op rov. 2.1 t/m rov. 2.6 van het bestreden arrest: Hof Den Haag 20 juli 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:1369. Zie ook Rb. Rotterdam (vzr.) 12 januari 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:152, rov. 2.1 t/m rov. 2.6.

<sup>2</sup> Het procesverloop is gebaseerd op rov. 3.1 t/m 3.3 en 4.1 e.v. van het bestreden arrest.



Deze 1460 boot wordt uitgevoerd in verschillende varianten, waaronder de hierna afgebeelde 101 smooth en 1460 mono zwart.



101 smooth



1460 mono zwart

- 1.2 Van Haren is een schoenenretailer met meer dan 143 filialen in Nederland.
- 1.3 Bij brief van 10 juli 2020 aan Van Haren heeft Airwair – kort gezegd – medegedeeld dat Van Haren met vijftien typen van de door haar verhandelde boots inbreuk maakt op meerdere rechten van intellectuele eigendom van Airwair en/of zich schuldig maakt aan slaafse nabootsing. Van Haren is onder meer gesommeerd deze onrechtmatige handelingen te staken en gestaakt te houden.
- 1.4 Bij brief van 31 juli 2020 aan Airwair heeft Van Haren gemotiveerd betwist dat zij inbreuk maakt op (vermeende) intellectuele eigendomsrechten van Airwair of zich schuldig maakt aan slaafse nabootsing. Van Haren deelt in die brief mee dat zij bereid is om te praten over een minnelijke regeling en in dat kader de verkoop van de betreffende schoenen tijdelijk heeft stopgezet met het oog op nader onderzoek.
- 1.5 Bij brief van 24 september 2020 aan Van Haren heeft Airwair zich op het standpunt gesteld dat Van Haren met 54 nieuwe door haar aangeboden boots inbreuk maakt op verschillende intellectuele eigendomsrechten van Airwair en dat vele hiervan bovendien slaafse nabootsingen zijn van de schoenen van Dr. Martens.

- 1.6 Parallel aan dit kort geding heeft Airwair tegen Van Haren een kort geding bij de rechtbank Den Haag aanhangig gemaakt<sup>3</sup>. Daarin kwam zij op tegen (vermeende) inbreuken op haar merk op het gele stiksel op de zwarte welt.
- 1.7 In eerste aanleg heeft Airwair in het onderhavige kort geding gevorderd – samengevat – dat de voorzieningenrechter bij vonnis, uitvoer bij voorraad, Van Haren verbiedt schoeisel aan te bieden en te verhandelen dat een verwarringwekkende gelijkenis vertoont met de 1460 boot, op straffe van verbeurte van een dwangsom en met veroordeling van Van Haren in de proceskosten. Deze vordering is uitsluitend gebaseerd op slaafse nabootsing.
- 1.8 Bij vonnis van 12 januari 2021 heeft de voorzieningenrechter de vorderingen afgewezen en Airwair veroordeeld in de proceskosten. Naar het oordeel van de voorzieningenrechter heeft Airwair wat betreft zeven schoenmodellen uit de collectie AW2019 (Autumn/Winter 2019) niet een zodanig spoedeisend belang dat zij een bodemprocedure niet kan afwachten. Met betrekking tot de overige drie schoenmodellen waarop Airwair haar vorderingen baseert, is naar het oordeel van de voorzieningenrechter onvoldoende gebleken dat de 1460 boot een eigen gezicht op de markt had ten tijde van het verschijnen van deze modellen op de markt in september 2020. Ten overvloede heeft de voorzieningenrechter overwogen dat ook onvoldoende aannemelijk is dat sprake is van het vereiste verwarringsgevaar.
- 1.9 In hoger beroep heeft Airwair vernietiging en alsnog toewijzing van haar vorderingen gevorderd, met veroordeling van Van Haren in de proceskosten van beide instanties. Zij heeft vier (of als haar grief 0 wordt meegerekend: vijf) grieven aangevoerd tegen het vonnis met de strekking dat de zaak in volle omvang in appel wordt voorgelegd. Van Haren heeft verweer gevoerd.
- 1.10 Voor zover in cassatie van belang is als volgt overwogen in het bestreden arrest:

*“geen vergelijking met soort schoen*

4.1. Airwair baseert de gestelde slaafse nabootsing primair op een ‘trade dress’ of een ‘soort schoen’ in plaats van een of meer concrete producten. Die trade dress of soort wordt volgens Airwair gekenmerkt door de bepaalde karakteristieke elementen van het eerste ontwerp van de 1460 boot en omvat een ‘vrijwel eindeloos’ aantal varianten daarop, die van elkaar verschillen in onder meer kleurgebruik, soort leer, afwerking aan de bovenzijde van de schacht en aantal vetergaten. Airwair meent dat het niet nodig is dat precies wordt bepaald met welk van deze varianten de schoenen van Van Haren de gestelde verwarringwekkende gelijkenis vertonen.

4.2. Van Haren maakt terecht bezwaar tegen deze primaire grondslag van de vorderingen. Het leerstuk van de slaafse nabootsing laat geen ruimte voor bescherming van abstracties, zoals een aan de hand van bepaalde karakteristiekeken omschreven soort product, productlijn of stijl. Bescherming van dergelijke abstracties zou een te vergaande beperking van de vrije mededinging en productvormgeving meebrengen (vgl. HR 29 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY8661, r.o. 3.5).

4.3. Dat het leerstuk van de slaafse nabootsing ook beschermt tegen indirecte verwarring, dwingt, anders dan Airwair meent, niet tot een ander oordeel op dit punt. Weliswaar is juist dat sprake kan zijn van slaafse nabootsing in de situatie dat het publiek de nabootsing houdt voor een variant van het origineel die afkomstig is van de onderneming waarvan ook het origineel

---

<sup>3</sup> V.zr. Rb. Den Haag 19 februari 2021, zaak C/09/601865 / KG ZA 20-1044, IEF 19974 (*Airwair/Van Haren*). In hoger beroep is het vonnis van de voorzieningenrechter bekrachtigd: Hof Den Haag 26 april 2022, ECLI:NL:GHDHA:2022:722 (*Airwair/Van Haren*).

afkomstig is of van een daaraan economisch verbonden onderneming. Dat laat onverlet dat ook indirecte verwarring moet worden beoordeeld op basis van een vergelijking van de totaalindrukken van concrete producten, niet op basis van een vergelijking van een 'soort schoen' van Airwair met een of meer bepaalde schoenen van Van Haren.

*geen verwarring op basis van gelijkenis met originele 1460 boot*

4.4. Subsidiar beroept Airwair zich op een vergelijking van concrete producten, waaronder een vergelijking van de hiervoor onder 2.1 [vgl. 1.1 van deze conclusie, A-G] als eerste weergegeven originele 1460 boot (hierna: de originele 1460 boot) met een viertal schoenen van Van Haren, te weten de 5th Avenue Boots I, II en VI en de Limelight Boot.

4.5. In het midden kan blijven of de originele 1460 boot een eigen gezicht heeft of dat dit eigen gezicht is verwaterd doordat er veel vergelijkbare producten op de markt zijn gekomen. Ook als zou worden aangenomen dat de originele 1460 boot nog een eigen gezicht op de markt heeft, is geen sprake van onrechtmatig handelen door Van Haren. Gelet op de hierna genoemde verschillen tussen de originele 1460 boot en de bedoelde schoenen van Van Haren is voorshands onvoldoende aannemelijk dat sprake is van verwarringsgevaar bij het relevante publiek.

4.6. Zoals ook blijkt uit het overzicht dat Airwair heeft gepresenteerd in de inleidende dagvaarding, komen onder meer de volgende kenmerken van de originele 1460 boot niet of niet volledig terug in de genoemde vier schoenen van Van Haren:

- de schacht is uitgevoerd in één stuk;
- een hiellus van stof aan de bovenzijde van de achterbies, uitgevoerd in zwart met gele letters;
- een brede welt, met een groter zooloppervlak tot gevolg;
- dik stiksel op de welt, uitgevoerd in geel;

In de 5th Avenue Boots I en II en de Limelight Boot komen daar nog afwijkingen op de volgende punten bij:

- een semi-transparante zool, uitgevoerd in honingkleur;
- fijne groeven op de volledige zijkant van de zool.

Het betoog van Airwair dat deze verschillen allemaal 'onbenullige afwijkingen' zijn die het relevante publiek niet zal opmerken, verwerpt het hof. Airwair heeft in de inleidende dagvaarding, onder verwijzing naar een verklaring van de door haar ingeschakelde deskundige professor Teunissen (productie 1 van Airwair), zelf betoogd dat onder meer de hiellus met de gele letters, de wezenlijk grotere zool, het gele stiksel en de honingkleurige zool onderscheidende kenmerken van de originele 1460 boot zijn. Schoenen die juist op meerdere van deze kenmerken afwijken, wekken daarom een andere totaalindruk dan de originele 1460 boot. Bovendien heeft Van Haren nog gewezen op andere verschillen, waaronder de ronde vloeiende lijn van de schacht van haar schoenen in plaats van de 'drietrapslijn' van de originele 1460 boot en de minder omhoogstaande schoenzool, waardoor de schoenen van Van Haren minder log overkomen dan de originele 1460 boot.

4.7. Daarnaast is aannemelijk dat de volgende omstandigheden eraan zullen bijdragen dat de gemiddelde consument de schoenen van Van Haren niet zal verwarren met de originele 1460 boot en ook niet zal menen dat die afkomstig zijn van dezelfde of economisch verbonden onderneming(en). Ten eerste worden op de schoenen van Van Haren en bij de verkooppresentatie van die schoenen niet de merken 'Dr. Martens' en 'Airwair' vermeld, maar duidelijk afwijkende tekens, zoals '5th Avenue' en 'Limelight Girl'. Ten tweede heeft Van Haren onbetwist aangevoerd dat haar schoenen behoren tot een ander verkoopsegment dan de 1460 boot. Qua kwaliteit, afwerkingsniveau en prijsstelling behoren de schoenen van Van Haren tot het lagere of midden-segment, terwijl de 1460 boot behoort tot het hogere segment.

4.8. Het argument van Airwair dat ondanks de hiervoor genoemde bijkomende omstandigheden toch verwarring zou kunnen optreden bij een consument die niet bekend is met de 'naam en faam' van de 1460 boot, zoals weerspiegeld in de door Airwair gebruikte merken en de reputatie

daarvan, maar wel met het ontwerp van de boot, kan het hof passeren. Airwair heeft niet aannemelijk gemaakt dat een substantieel deel van de consumenten die het ontwerp van de 1460 boot kennen, onbekend is met het merk. Integendeel, in het marktonderzoek dat Airwair heeft overgelegd wordt het noemen van het merk 'Dr. Martens' aangevoerd als bewijs voor de bekendheid van het ontwerp. Daar komt bij dat Airwair niet heeft betwist dat ook de duidelijke verschillen in de kwaliteit en het afwerkingsniveau het gevaar voor verwarring verminderen.

4.9 De opmerking van Airwair dat een consument die zelf niet verward is, de schoenen van Van Haren zou kunnen kopen omdat die in het dagelijks gebruik 'voor echt doorgaan' en bij degenen die de schoenen na de aankoop waarnemen tot verwarring kan leiden, brengt ook niet mee dat de hiervoor genoemde bijkomende omstandigheden irrelevant zijn bij de beoordeling van het gestelde verwarringsgevaar. Ervan uitgaande dat zogeheten post-sales confusion een relevante factor is bij de beoordeling van slaafse nabootsing, moeten ook bij de vaststelling van die vorm van verwarring en van de invloed daarvan op de aankoopbeslissing de afwijkende merken op de schoenen en de duidelijke verschillen in de kwaliteit en het afwerkingsniveau in de beoordeling worden betrokken. Gegeven die omstandigheden en de hiervoor vastgestelde verschillen in de vormgeving is niet aannemelijk dat de gemiddelde consument de schoenen van Van Haren zal aanschaffen omdat die na aankoop zullen worden waargenomen als 1460 boots.

4.10. Het betoog van Airwair dat sprake is van indirect verwarringsgevaar omdat zij zelf varianten van de originele 1460 boot op de markt brengt waarin zij ook op een aantal van de hiervoor genoemde kenmerken afwijkt van het origineel, wordt ook verworpen. Airwair heeft onvoldoende aannemelijk gemaakt dat die varianten een eigen gezicht hebben op de markt. Dat dit niet het geval is blijkt wel uit de hierna volgende beoordeling van een aantal specifieke varianten die Airwair naar voren heeft gebracht. Mede gelet daarop is niet aannemelijk dat het publiek zal menen dat de schoenen van Van Haren afkomstig zijn van Airwair of een aan Airwair gelieerde onderneming.

#### *varianten geen eigen gezicht*

4.11. Airwair beroept zich niet alleen op de originele 1460 boot, maar ook op de twee hiervoor onder 2.1 weergegeven varianten daarvan, te weten de 1460 mono zwart en de 101 smooth. Ze betoogt dat de 5th Avenue IV en V, de Graceland en de Cupcake Couture I en IA van Van Haren slaafse nabootsingen zijn van de 1460 mono zwart en de 5th Avenue III van de 101 smooth. Dit deel van het betoog van Airwair kan niet slagen omdat zij onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt dat de bedoelde varianten een eigen gezicht hebben in de markt.

4.12. Airwair heeft haar stelling dat de vormgeving van haar schoenen een eigen gezicht heeft in de markt vooral toegelicht aan de hand van de volgens Airwair onderscheidende (combinatie van) ontwerpelementen van de originele 1460 boot, zoals het gele stiksel, de tweekleurige zoolrand bestaande uit een semi-transparante honingkleurige zool en een zwarte welt, een bovenschoen met acht vetergaten en de zwart-gele kleurencombinatie in de hiellus. Een aantal van deze kenmerken keert niet terug in de door Airwair aangehaalde varianten. Zo heeft de 1460 mono zwart geen geel maar zwart stiksel, geen tweekleurige maar volledige zwarte zoolrand en geen zwart-gele kleurencombinatie in de hiellus. Bij de 101 smooth ontbreken het gele stiksel en de relatief hoge schacht met acht vetergaten. Dat de schoenen ook zonder de gestelde onderscheidende (combinatie van) kenmerken een eigen gezicht op de markt hebben, heeft Airwair niet aannemelijk gemaakt.

4.13. Dat de gesteld onderscheidende (combinatie van) ontwerpelementen noodzakelijk is voor een eigen gezicht wordt onderstreept door het feit dat combat boots, dat wil zeggen stoere, halfhoge veterlaarzen, al decennia in vele uitvoeringen op de markt zijn. Airwair zelf heeft ook aangevoerd dat de 1460 boot een bewerking van een bekende bovenschoen en zool is die bij de introductie in de jaren zestig van de vorige eeuw nog bijzonder en opvallend moet zijn geweest, maar nu niet meer 'bijzonder modern' overkomt. Airwair heeft ook niet weersproken dat een groot aantal van de vormgevingselementen van de 1460 mono zwart en de 101 smooth gebruikelijk zijn voor dat type schoen, waaronder grove zolen met inkepingen, stiksel op de welt, een hiellus, rondlopend stiksel op de hiel en kraag, een achterbies en een gladde ronde neus.

4.14. Ook het door Airwair overgelegde marktonderzoek maakt het gestelde eigen karakter van de 101 smooth en de 1460 mono zwart onvoldoende aannemelijk. Dat onderzoek is niet specifiek gericht op deze varianten. Wat betreft de 101 smooth kan het marktonderzoek bovendien niet bijdragen aan de onderbouwing van het gestelde eigen karakter omdat de respondenten een tekening is getoond van een schoen die niet identiek is aan de 101 smooth. De tekening betreft namelijk een schoen met een relatief hoge schacht met acht vetergaten, in plaats van de minder hoge schacht met zes vetergaten van de 101 smooth. Daarnaast heeft Van Haren de opzet van het onderzoek terecht bekritiseerd. Aan de respondenten is na het tonen van een tekening van de 1460 boot gevraagd van wie de veterlaars afkomstig is. Daarbij is in een uitsnede een specifiek onderdeel van de zool uitvergroot getoond, waardoor kenmerken van de zool die volgens Airwair onderscheidend zijn voor de 1460 worden benadrukt. Andere vormgevingselementen van de 1460, zoals kleuren, zijn juist weggelaten, terwijl de 1460 mono zwart zich juist door zijn (mono zwarte kleur) onderscheidt van de originele 1460 boot. Bovendien is niet gecorrigeerd voor het marktleiderseffect. De mogelijkheid bestaat dus dat een substantieel deel van de respondenten die op bovengenoemde onderzoeksvraag 'Dr Martens' heeft geantwoord, dat antwoord niet geeft op basis van de vormgeving van de getoonde veterlaars, maar omdat 'Dr Martens' een van de relatief bekende merken is die bij de consument in gedachten springen bij het zien van een combat boot ongeacht de vormgeving daarvan.

#### *conclusie*

4.15. Omdat er om de hiervoor genoemde redenen geen sprake is van slaafse nabootsing, deelt het hof de conclusie van de voorzieningenrechter dat de vorderingen van Airwair moeten worden afgewezen. De grieven van Airwair treffen dus geen doel. Het hof zal het vonnis bekrachtigen.

[...].”

- 1.11 Airwair heeft tijdig cassatie ingesteld. Van Haren heeft verweer gevoerd en op 11 februari 2022 is de zaak aan de hand van overgelegde pleitnotities mondeling bepleit, waarna eveneens mondeling is gerepliceerd en gedupliceerd.

## **2. Bespreking van het cassatiemiddel**

- 2.1 Het cassatiemiddel bestaat uit vijf onderdelen. Met het eerste onderdeel klaagt Airwair primair dat rechtens onjuist is (i) de opvatting dat slaafse nabootsing geen ruimte zou laten voor bescherming van abstracties (zoals een aan de hand van bepaalde karaktereigenschappen omschreven soort product, productlijn of stijl, zo verduidelijkt onderdeel 1 onder a.) en/of (ii) de beoordelingswijze waarbij steeds de schoenen van Van Haren één-op-één worden vergeleken met de schoenen van Airwair (rov. 4.2-4.3). De klacht in het tweede onderdeel richt zich tegen rov. 4.6 en bouwt voort op het eerste onderdeel. Airwair klaagt in het derde onderdeel dat rov. 4.11-4.14 ontoereikend gemotiveerd zijn, omdat Airwair zich ook heeft beroepen op andere varianten dan de 1460 mono zwart en de 101 smooth. Onderdeel vier bestaat hoofdzakelijk uit motiveringsklachten over het oordeel dat de 1460 mono zwart en de 101 smooth geen eigen gezicht op de markt hebben (rov. 4.11-4.14). Onderdeel vijf bevat een voortbouwklacht.

- 2.2 Deze zaak is een kort geding, zodat de rechter niet gebonden is aan de wettelijke regels over bewijs<sup>4</sup> en aan de motivering in het algemeen minder strenge eisen worden gesteld dan in een bodemprocedure<sup>5</sup>.
- 2.3 Verder gaat deze zaak uitsluitend over slaafse nabootsing<sup>6</sup>. Dit leerstuk is door de Hoge Raad sinds het standaardarrest *Hyster Karry Krane*<sup>7</sup> vormgegeven. Naast de hierover verschenen literatuur<sup>8</sup> verwijs ik naar de relevante inleidende delen hierover in mijn conclusies in de zaken *My Little Pony*<sup>9</sup>, *Ajax/Lezer*<sup>10</sup>, *Mi Moneda*<sup>11</sup>, *Capri Sun*<sup>12</sup> en *Digital Revolution c.s./Samsung*<sup>13</sup>.
- 2.4 Uit de arresten *Lego/Mega Brands*<sup>14</sup> uit 2009 en *Mi Moneda* (ook wel aangeduid als: *Allround/Simstars*)<sup>15</sup> uit 2017 blijkt de volgende uitkristallisatie tot nu toe. Nabootsing van een

<sup>4</sup> Asser Procesrecht/Boonekamp 6 2020/111 met verwijzing naar: HR 22 november 1974, ECLI:NL:HR:1974:AC5504, NJ 1975/176 m.nt. W.L. Haardt (*Ostara/Raufast*); HR 31 januari 1975, ECLI:NL:HR:1975:AB6514, NJ 1976/146 (*Schulte van Zegwaart/Verheij*); HR 1 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA3525, NJ 2007/309 (*Diageo/Esperamos c.s.*). Zie ook al E.M. Meijer (bewerkt door J.Th. Vermeulen), Het kort geding, 1967, p. 218-219 met verwijzing naar HR 29 juni 1928, ECLI:NL:HR:1928:357, NJ 1928, p. 1639 (*De Brey/Larsen*) en HR 29 januari 1943, ECLI:NL:HR:1943:AG1934, NJ 1943/198 (*N.V. Bouw- en Handelmaatschappij Sinis I/Schipper*).

<sup>5</sup> Asser Procesrecht/Boonekamp 6 2020/154 met verwijzing naar: HR 15 december 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1919, NJ 1996/509 m.nt. D.W.F. Verkade (*Procter & Gamble/KimberleyClark*); HR 2 oktober 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2720, NJ 1999/682 m.nt. J.B.M. Vranken (*De Schelde/Wijkhuisen*); HR 22 maart 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD9138, NJ 2003/149 m.nt. J.H. Spoor (*NVM/De Telegraaf*); HR 19 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO0955, NJ 2006/54 m.nt. J. Hijma (*H/Hoerbiger*). Dit al heel lang geldend recht, zie E.M. Meijer (bewerkt door J.Th. Vermeulen), Het kort geding, 1967, p. 228, vt. 1 met verwijzing naar: HR 20 februari 1953, ECLI:NL:HR:1953:206, NJ 1954/3 m.nt. D.J. Veegens (*Tripelsarrest*); HR 28 juni 1963, ECLI:NL:HR:1963:AG2061, NJ 1963/483 (*Von den Baumen c.s./Vonk c.s.*); HR 26 maart 1965, ECLI:NL:HR:1965:AC4555, NJ 1965/163 m.nt. G.J. Scholten (*Walsweer c.s./Acmesa*).

<sup>6</sup> Airwair heeft ook een zaak tegen Van Haren aanhangig gemaakt met een beroep op het merkenrecht (vp. vt. 3).  
<sup>7</sup> HR 26 juni 1953, NJ 1954/90, m.nt. Ph.A.N. Houwing, BIE 1953/113, AA 1953/10 m.nt. L.J. Hijmans van den Bergh, AA20050857 m.nt. Ch. Gielen (*Hyster Karry Krane*).

<sup>8</sup> Geerts & Verschuur, Kort Begrip van het intellectuele eigendomsrecht, 2020/749; C.J.J.C. van Nispen, GS Onrechtmatige daad, nrs. IV.6.2.1-IV.6.2.19; J. Hoffhuis en A. van Hattum, 'Het onderscheidend vermogen van de slaafse nabootsing', BMM 2015, p. 16-19; P. Geerts, 'Over fietsmandjes, My Little Pony-paardjes en X-vormige kauwstokjes voor honden, ook bekend als bescherming tegen nodeloos verwarringsgevaar', in: gIelen: een bekend begrip, 2015, p. 59-74; D.J.G. Visser, 'Slavish imitation, freedom of competition and the Lego brick', Hoyng-bundel, 2013, p. 283-300; A.A. Quaedvlieg, 'De techniek, het Hof en de duivel. De techniekuitsluiting bij merken, modellen en de slaafse nabootsingsleer', BIE 2013, p. 238-241; Van Nispen/Huydecoper/Cohen Jehoram, Industriële eigendom 3, 2012, nr. 4.4.3.4; A. Tsoutsanis, 'Slaafse nabootsing: over snelle scooters, nijvere namaak en de klakkeloze kopie', BIE 2007, p. 571-578; Ch. Gielen, 'Bescherming tegen nodeloos verwarringsgevaar, ook bekend als bescherming tegen slaafse nabootsing', in: Spoor-bundel, 2007, p. 99-109; F.W. Grosheide, 'Hoe slaafs mag men nabootsen?', IER 2005/64; R.W. de Vrey, Towards a European Unfair Competition Law, diss., 2006, p. 113-126.

<sup>9</sup> Conclusie 19 december 2014 (ECLI:NL:PHR:2014:2342) vóór HR 17 april 2015, NJ 2015/291 m.nt. D.W.F. Verkade, IER 2015/57 m.nt. P.G.F.A. Geerts, JBPR 2015/49 m.nt. G.C.C. Lewin (*My Little Pony*), punt 2.19.

<sup>10</sup> Conclusie 5 december 2014 (ECLI:NL:PHR:2014:2276) vóór HR 20 februari 2015, NJ 2015/367 m.nt. Ch. Gielen, JIN 2015/63 m.nt. M.R. Rijks (*Ajax/Lezer*), punten 3.16 e.v.

<sup>11</sup> Conclusie 17 februari 2017 (ECLI:NL:PHR:2017:102) vóór HR 19 mei 2017, ECLI:NL:HR:2017:938, NJ 2017/315 m.nt. D.W.F. Verkade, IER 2017/39 m.nt. P.G.F.A. Geerts en R.W. de Vrey, AA 2017/6, p. 535 m.nt. D.J.G. Visser, BIE 2017/5, p. 212 m.nt. M. Haak (*Mi Moneda*), punten 2.2 en 2.20.

<sup>12</sup> Conclusie 29 maart 2019 (ECLI:NL:PHR:2019:433) vóór HR 28 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:1043, NJ 2019/332 m.nt. Ch. Gielen (*Capri Sun*), punten 2.55 e.v. Dit is arrest is kort besproken door D.J.G. Visser en S.C. Dack, Kroniek van de intellectuele eigendom, NJB 2020/958 en M. Rijks e.a., Fenêtre sur Cours, BMM 2020/1, p. 61-62.

<sup>13</sup> Conclusie van 29 april 2022, ECLI:NL:PHR:2022:402, punten 4.58-4.59.

<sup>14</sup> HR 20 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ6999, NJ 2011/302 m.nt. J.H. Spoor, IER 2010/16 m.nt. F.W. Grosheide, BIE 2010/4 m.nt. P. Steinhauser (*Lego/Mega Brands*).

<sup>15</sup> HR 19 mei 2017, ECLI:NL:HR:2017:938, NJ 2017/315 m.nt. D.W.F. Verkade, IER 2017/39 m.nt. P.G.F.A. Geerts en R.W. de Vrey, AA 2017/6, p. 535 m.nt. D.J.G. Visser, BIE 2017/5, p. 212 m.nt. M. Haak (*Mi Moneda*). Zie over dit arrest ook D.J.G. Visser, 'Kroniek van de intellectuele eigendom', NJB 2018/742, p. 1034-1035.



stoffelijk product staat in beginsel vrij als het niet (langer) wordt beschermd door een absoluut recht van intellectuele eigendom. Dit 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 mogelijk en nodig is om, zonder afbreuk te doen aan de deugdelijkheid of bruikbaarheid van zijn product, te voorkomen dat door de gelijkheid van beide producten gevaar voor verwarring ontstaat. In dat geval is nabootsing een vorm van oneerlijke mededinging, waartegen uit hoofde van onrechtmatige daad kan worden opgekomen. Van verwarring kan pas 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.

## 2.5 Het eerste onderdeel valt uiteen in drie subonderdelen.

In subonderdeel 1.1 klaagt Airwair dat rechtens onjuist is (i) de opvatting dat slaafse nabootsing geen ruimte zou laten voor bescherming van abstracties (zoals aan de hand van bepaalde karaktereigenschappen omschreven soort product, productlijn of stijl, zo verduidelijkt onderdeel 1 onder a.) en/of (ii) de beoordelingswijze waarbij steeds de schoenen van Van Haren één-op-één worden vergeleken met de schoenen van Airwair (rov. 4.2-4.3<sup>16</sup>). Airwair betoogt dat de verwarringsbescherming bij slaafse nabootsing niet uitsluitend betrekking hoeft te hebben op de producten zelf, door de klacht gelabeld als 'directe verwarring' of 'productverwarring', maar ook betrekking kan hebben op de herkomst van producten, hetgeen de klacht aanduidt als 'indirecte verwarring' of 'herkomstverwarring'. Die laatste verwarring kan ook zijn veroorzaakt doordat een (succesvol) product in vele varianten wordt geproduceerd, zoals bij de 1460, en de nabootsing van dat oorspronkelijke product en die varianten onvoldoende afwijkt, met als gevolg dat het publiek de nabootsing houdt voor een variant afkomstig van de producent van het oorspronkelijke product. In ieder geval in zoverre is er volgens de rechtsklacht ruimte voor bescherming van abstracties. Daarnaast moeten bij de beoordeling alle relevante omstandigheden van het geval worden betrokken en de omstandigheid dat een succesvol product in vele varianten wordt geproduceerd, is daar één van. Daarom had het hof de verschillende schoenen en varianten van Airwair in onderling verband moeten beschouwen en daarna moeten beoordelen of de schoenen van Van Haren, gelet op de verschillende schoenen en varianten van Airwair, gevaar voor nodeloze verwarring wekken.

Subonderdeel 1.2 bevat de motiveringsklacht dat indien niet van de in subonderdeel 1.1 bedoelde onjuiste rechtsoopvatting is uitgegaan, het hofoordeel ontoereikend is gemotiveerd, omdat Airwair heeft onderbouwd dat de 1460 in verschillende varianten is uitgebracht en in Van Harens schoenen die variantkenmerken die in de originele 1460 schoen ontbreken voorkomen en dat is relevant voor het oordeel over (het gevaar voor) nodeloze verwarring.

Subonderdeel 1.3 herhaalt de rechtsklacht dat ook indirecte verwarring had moeten worden beoordeeld door acht te slaan op varianten van de concrete schoen van Airwair en dat niet toereikend is gemotiveerd waarom het bij de schoenen van Airwair niet zou gaan om concrete producten, nu een schoensoort niets anders is dan (de gemene deler van) meerdere 'concrete' schoenen van Airwair.

---

<sup>16</sup> Airwair noemt in het voorafgaande inleidende deel van de klacht en passant ook rov. 4.4-4.9 en rov. 4.10-4.14 (procesinleiding p. 5 onder 1.c).

2.6 Het hof behandelt in rov. 4.1 de primaire grondslag waar Airwair zich op baseert voor haar vorderingen, door het hof uitgelegd als een ‘*trade dress*’ of een ‘soort schoen’ in plaats van een of meer concrete producten, waarbij die ‘*trade dress*’ of soort dan zou worden gekenmerkt door bepaalde karakteristieke elementen van het eerste ontwerp van de 1460 en een ‘vrijwel eindeloos’ aantal varianten daarop omvat, die van elkaar verschillen in kleurgebruik, leersoort, afwerking bovenzijde schacht en aantal vetergaten onder andere. Het zou, zo interpreteert het hof de positie van Airwair, volgens Airwair niet nodig zijn dat precies wordt bepaald met welke van die varianten Van Harens schoenen verwarringwekkende gelijkenis vertonen. Vervolgens oordeelt het hof in rov. 4.2 dat dit te ver gaat en de slaafse nabootsingsleer geen bescherming biedt tegen *dergelijke abstracties*, omdat dat een te vergaande beperking van de vrije mededinging en productvormgeving zou meebrengen. Daartoe verwijst het hof naar rov. 3.5 van het arrest *Broeren/Duijsens*<sup>17</sup> – ik citeer ook de opvolgende voor onze zaak belangrijke rov. 3.6:

“3.5 [...] Volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad brengt het gebruik van hetzelfde materiaal, het bewerken daarvan volgens dezelfde, een bepaald artistiek effect opleverende methode, of het volgen van dezelfde stijl, nog niet mee dat sprake is van nabootsing van een werk als bedoeld in art. 13 Aw (HR 28 juni 1946, NJ 1946, p. 712, vgl. voorts HR 29 december 1995, LJN ZC1942, NJ 1996/546). De Auteurswet geeft geen exclusief recht aan degene die volgens een – hem kenmerkende – stijl werkt. Aan deze rechtspraak ligt de gedachte ten grondslag dat de auteursrechtelijke bescherming van abstracties als stijlkenmerken een ontoelaatbare beperking van de vrijheid van creatie van de maker zou meebrengen, en aldus een rem op culturele ontwikkelingen zou vormen.

3.6 Tegen deze achtergrond dient te worden geoordeeld dat het recht geen ruimte laat voor aanvullende bescherming van de maker van een werk op grond van art. 6:162 BW tegen zogenoemde slaafse nabootsing van een stijl of van stijlkenmerken. Een ander oordeel zou meebrengen dat langs die weg alsnog het resultaat zou worden bereikt dat de hiervoor in 3.5 vermelde rechtspraak beoogt te voorkomen.

Het vorenstaande sluit niet uit dat slaafse nabootsing van een stijl of van stijlkenmerken onder *bijkomende omstandigheden* onrechtmatig kan zijn, maar daartoe is niet toereikend dat die nabootsing nodeloos is en bij het publiek verwarring wekt. (Cursivering toegevoegd, A-G)

2.7 De Hoge Raad leert dus dat voor aanvullende bescherming van een stijl (een voorbeeld van een abstractie<sup>18</sup>) of stijlkenmerken in het slaafse nabootsingsraamwerk in principe geen ruimte bestaat, tenzij sprake is van bijkomende omstandigheden<sup>19</sup>, waaraan uitdrukkelijk is toegevoegd dat het gegeven dat de nabootsing nodeloos is en bij het publiek verwarring wordt gewekt daartoe *niet toereikend* is. Ik begrijp dit overigens niet als een aantasting van de ‘hoofdregel’ uit de slaafse nabootsingsleer sinds *Hyster Karry Krane* dat de nabootser

---

<sup>17</sup> HR 29 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY8661, NJ 2013/504 m.nt. P.B. Hugenholtz, IER 2013/40 m.nt. F.W.E. Eijsvogels, AMI 2013/3 (p. 108 e.v.) m.nt. J.C.S. Pinckaers (*Broeren/Duijsens*). Zie A.A. Quaedvlieg, Ideeën, techniek en stijl als dark matter van de auteursrechtelijke beschermingsomvang, AMI 2015/2, p. 36-37 over de verhouding van *Broeren/Duijsens* met het arrest van Uw Raad van 12 april 2013, ECLI:NL:HR:BY1533, NJ 2013, 503 m.nt. P.B. Hugenholtz; AMI 2013/5 nr. 8, p. 158-163 m.nt. K.J. Koelman; IER 2013, nr. 50, p. 412-422 m.nt. P.G.F.A. Geerts (*Hauck/Stokke*).

<sup>18</sup> Zie anders: F.W. Grosheide, Een Utrechtse stijl oefening, IER 1988, p. 43: “[...] dat een persoonlijke stijl – en daarmee anders dan een stijl als kunsthistorische beweging bijv. – nu juist geen abstractie is maar de telkens herhaalde toepassing van dezelfde karakteristieke kenmerken in een serie concrete werken.”

<sup>19</sup> Zie J.C.S. Pinckaers in AMI 2013/3, p. 117 voor speculatie over wat die bijkomende omstandigheden zouden kunnen zijn (vgl. daarover hierna in 2.15 van deze conclusie). Overigens vindt Quaedvlieg dat de Hoge Raad met deze (negatieve) reflexwerking van het auteursrecht is ‘doorgeschoten’, evenwel zonder daarbij nader uiteen te zetten waarom dat zo zou zijn, als ik het goed zie: A.A. Quaedvlieg, Ideeën, techniek en stijl als dark matter van de auteursrechtelijke beschermingsomvang, AMI 2015/2, p. 36, vt. 39.

alles in het werk moet stellen om verwarringsgevaar bij het publiek te voorkomen voor zover dat mogelijk is zonder afbreuk te doen aan de deugdelijkheid en de bruikbaarheid van het product. Het niet alles in het werk stellen in laatstbedoelde zin wordt in de wandeling ook wel aangeduid als ‘nodeloos’ verwarring zaaien en daartegen biedt de slaafse nabootsingsleer juist wel bescherming. Dat moet worden onderscheiden van nodeloos nabootsen van een stijl als bijkomende omstandigheid waardoor verwarring wordt gewekt, wat de Hoge Raad dus met zoveel woorden geen voldoende bijkomende omstandigheid acht voor bescherming tegen stijlnabootsing onder de noemer van slaafse nabootsing. Voor zover Airwair betoogt dat *Broeren/Duijsens* beperkt is tot de enkele afwijzing van bescherming van abstracties als stijlenmerken (punt 2.3 e.v. pleitnota Van Aerde), lijkt mij dat een veronachtzaming van het voor onze zaak belangrijke slot van rov. 3.6<sup>20</sup>.

2.8 Airwair betoogt dat door de mogelijkheid van indirecte (herkomst)verwarring uit *Mi Moneda* de deur naar stijlbescherming op grond van slaafse nabootsing is opengezet<sup>21</sup> (p. 2 procesinleiding 1.2 onder het kopje A. Inleiding). Herkomstverwarring is het gevaar dat het publiek ten onrechte zou kunnen menen dat de betrokken producten – ook als deze niet identiek zijn, maar een overeenstemmende totaalindruk maken – van dezelfde of economisch verbonden onderneming(en) afkomstig zijn. Het hof oordeelt in rov. 4.3 dat slaafse nabootsing ook tegen indirecte verwarring beschermt, maar dat dat anders dan Airwair betoogt niet tot een ander oordeel leidt, omdat ook indirecte verwarring moet worden beoordeeld door vergelijking van totaalindrucken van concrete producten en niet op basis van een vergelijking van een ‘soort schoen’ van Airwair met een of meer bepaalde schoenen van Van Haren. Airwair betoogt dat de vele varianten van de 1460 *boot* een herkenbare collectie vormen en dat de consument al snel een (ogenschijnlijk) in die productlijn passende schoen van concurrent Van Haren<sup>22</sup> zou ‘toeschrijven’ aan Airwair. Daarbij had het hof volgens de klacht uit onderdeel 1.1 de verschillende schoenen en varianten van Airwair in onderling verband moeten bezien en moeten beoordelen of Van Harens schoenen gelet op die verschillende schoenen en varianten van Airwair “(het gevaar voor) nodeloze verwarring wekken.”<sup>23</sup>

---

<sup>20</sup> Zie in deze zin met een verwijzing naar *Broeren/Duijsens*: Hof Den Haag 19 maart 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:1322 (*De Poortere Deco/By-Boo c.s.*), rov. 16.

<sup>21</sup> Zie punt 11 van de noot van D.W.F. Verkade onder HR 19 mei 2017, ECLI:NL:HR:2017:938, NJ 2017/315 (*Mi Moneda*). Ik memoreer dat ik in mijn conclusie vóór *Mi Moneda* tegen bescherming van indirecte verwarring in de vorm van *post-sale confusion* bij slaafse nabootsing heb gepleit (punten 2.21-2.23 over subonderdeel 2.2), maar dat de Hoge Raad, hoewel het betreffende subonderdeel 2.2 blijkens rov. 3.5.4 niet ‘verder’ is behandeld, omdat de door onderdeel 1 tevergeefs bestreden oordelen de hofbeslissing zelfstandig konden dragen, daar anders over lijkt te hebben geoordeeld in rov. 3.4.4-3.4.5: zowel directe verwarring betrekking hebbend op de producten zelf als indirecte verwarring die betrekking heeft op de herkomst zijn in de beoordeling te betrekken; mede gelet op art. 10bis lid 3 VvP is er volgens de Hoge Raad geen reden om daar onderscheid tussen te maken.

<sup>22</sup> Airwair is in Nederland ook procedures gestart tegen Primark en Top Shop: Vzr. Rb. Amsterdam 20 december 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:9724; Hof Amsterdam 13 april 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:1031 resp. Vzr. Rb. Den Haag 20 december 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:14298; Rb. Den Haag 21 juli 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:9139, NIPR 2021/607. Zie over (een aantal van) de procedures: E.J. Louwers, Bescherming van productvormgeving in de praktijk; boots in court, JutD 2021/141.

<sup>23</sup> Dat betekent volgens Airwair (plta mr. Van Aerde 1.8) “dat ook kan worden opgetreden tegen het gevaar voor verwarring met een bepaalde *collectie* van producten, die als collectie herkenbaar is aan bepaalde gemeenschappelijk, karakteristieke kenmerken.” Daaronder vallen ook “diverse varianten van een bepaalde schoen.” Volgens Airwair gaat het bij indirecte verwarring volgens *Mi Moneda* “haast per definitie om wat het hof ‘bescherming van abstracties’ noemt”, aldus plta mr. Van Aerde 1.10.

- 2.9 Ik zou kunnen volstaan met de vaststelling dat precies dat laatste nu uitdrukkelijk niet tot cassatie kan leiden vanwege de regel uit het laatste deel van rov. 3.6 uit *Broeren/Duijsens*, die door Airwair naar de achtergrond wordt gemoffeld: als bijkomende omstandigheid voor het als onrechtmatig kunnen aanmerken van stijlnabootsing of nabootsing van stijlelementen *volstaat niet* dat die *nabootsing nodeloos is en verwarring wekt* bij het publiek. Of het nu gaat om directe of indirecte verwarring is daarbij niet van belang. Het moet gaan om andere bijkomende omstandigheden. De deur staat daarvoor wel op een kier, maar die kier is bijzonder klein. Scherper geformuleerd: het tweede deel van de rechtsklacht uit onderdeel 1.1 mondt uit in de stelling dat onderzocht had moeten worden of (gevaar voor) nodeloze verwarring is gewekt, maar dat is juist uitdrukkelijk *niet* voldoende als bijkomende omstandigheid om stijlnabootsing of nabootsing van stijkenmerken onrechtmatig te kunnen achten. Hier ketsen de rechtsklachten uit *subonderdelen 1.1 en (deels) 1.3* al op af.
- 2.10 Het lijkt mij ongewenst om de op een kier gelaten deur uit *Broeren/Duijsens* verder te openen in de uitdrukkelijk in dat arrest *niet* bedoelde zin als hier bepleit door Airwair<sup>24</sup>. Hoewel in het algemeen de grens van wat aan eigen belang mag worden nagestreefd indien daarbij wordt meegelift op de prestaties van een ander (zonder daarvoor een tegenprestatie te leveren) niet eenvoudig valt te trekken<sup>25</sup>, denk ik dat deze voor onrechtmatige nabootsing van abstracties in de vorm van een bepaalde stijl of stijkenmerken of een (reeks van) schoenentype(s) of schoenencollectie(s) moet blijven liggen zoals verwoord in *Broeren/Duijsens*, dat ging over stijlnabootsing (schilderen in de stijl van een ander) en dat *Mi Moneda* (dat niet over stijlnabootsing ging, maar over nabootsing van concrete sierraden/hangers) daar geen verandering in heeft gebracht, ook al is daarin de mogelijkheid van indirecte verwarring als onderdeel van verwarringsgevaar uit de slaafse nabootsingsleer aanvaard door de Hoge Raad. Dat wil niet zeggen dat daarmee de norm is versprongen naar de facto stijlnabootsingsbescherming onder art. 6:162 BW bij productvormgeving. Dat is een veel te grote stap – neerkomend op een trendbreuk met grote consequenties – die niet uit *Mi Moneda* kan worden afgeleid. De rechtsklacht uit *subonderdeel 1.3* die het oordeel uit rov. 4.3 bestrijdt, strandt hier al grotendeels op.

---

<sup>24</sup> Vóór dit arrest waren er in de rechtspraak voorbeelden te vinden van een toepassing van de slaafse nabootsingsleer op stijlnabootsing, zie bijv. Pres. Rb. Amsterdam 1 november 1979, BIE 1980, nr. 25, p. 98, m.nt. D.W.F. Verkade (*Henneman/ McCann-Erickson c.s.*); Hof Arnhem 6 maart 1979, AMR 1980, p. 32, BIE 1981, nr. 18, p. 42 (*Dick Bruna c.s./Rolf*) en Rb. Utrecht 4 december 1985, NJ 1987/677 (*Dick Bruna/A.W. Bruna*). Zie kritisch over deze uitspraken Ch. Gielen in zijn noot onder Pres. Rb. Amsterdam 3 mei 1990, ECLI:NL:RBAMS:1990:AM1783, IER 1991/2, p. 13 (*De Vries/HEMA*). Een reactie op deze noot van de hand van D.J.G. Visser is te vinden in IER 1991, op p. 100. Tijdens het pleidooi noemde de cassatieadvocaat van Airwair ook nog de uitspraak van de President van de Haagse rechtbank in de zaak over de KLM-huisjes, waarmee kennelijk werd bedoeld op Pres. Rb. Den Haag 7 mei 1998, BIE 1998, nr. 54, p. 287, m.nt. C.J.J.C. van Nispen, vgl. ook Hof Den Haag 21 augustus 2008, IEF 7202, IEPT20080821.

<sup>25</sup> C. Drion, Free riders, NJB 2019/2620.

2.11 Met het leerstuk van slaafse nabootsing wordt een gezonde concurrentieverhouding nagestreefd<sup>26</sup>. Het is een uitwerking van de verplichting uit het Verdrag van Parijs<sup>27</sup> om daadwerkelijke bescherming te verlenen tegen daden van oneerlijke mededinging<sup>28</sup>. Uitgangspunt is daarbij in onze markteconomie dat nabootsing in beginsel is toegestaan bij gebreke van bescherming van intellectuele eigendomsrechten die dat tegen beogen te gaan. In zekere zin bevordert dat de mededinging juist potentieel, omdat kan worden voortgebouwd – zij het dat er uitzonderingen worden aangenomen op deze hoofdregel. Telders heeft dit al in de vorige eeuw scherp verwoord als ‘vrijheid tot voortbouwen met uitzonderingen’, met een waarschuwing om dit niet om te draaien door de uitzonderingen tot hoofdregel te maken<sup>29</sup>:

“[...] de onloochenbare waarheid [is], dat alles wat de mensch doet, voortbouwt op hetgeen anderen vóór hem deden, èn, als hetgeen hij deed tenminste de moeite waard is, zelf weer geschikt is tot uitgangspunt voor nieuwe arbeid van anderen te dienen. Het recht stelt op de vrijheid tot voortbouwen uitzonderingen, deels ter voorkoming van schade, die de oorspronkelijke van den navolger dreigt te ondervinden (vrees voor verwarring, bijv.) [...]. Al deze uitzonderingen zijn op een speciaal motief gebaseerd en worden daardoor inderdaad gerechtvaardigd. Vergeten wij echter nimmer, dat het uitzonderingen zijn, die slechts in zoo'n speciaal motief [...] hun rechtvaardiging vinden en hoeden wij er ons voor juist in die uitzonderingen den hoofdregel te willen zoeken.”

2.12 De vrije mededinging en de vormgeving van producten worden met de door Airwair bepleite bescherming dusdanig ingeperkt, dat dit maatschappelijk onwenselijk zou zijn, zo overweegt het Haagse hof volgens mij terecht in rov. 4.2 van het bestreden arrest onder verwijzing naar *Broeren/Duijsens*. Het op deze wijze beschermen van een schoenenstijl of collectie zou immers potentieel neerkomen op bescherming van een vrijwel oneindig aantal producten<sup>30</sup> en dat staat haaks op ons geldende recht voor productvormgeving gebaseerd op art. 6:162 BW. In de redenering van Airwair zou het moeten gaan om een vergelijking van een schoen van Van Haren met de karakteristieken van de collectie schoenen van Airwair. Dat betekent

---

<sup>26</sup> HR 31 mei 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0259, NJ 1992/391 m.nt. D.W.F. Verkade, AA 1993, p. 680 m.nt. H. Cohen Jehoram, BIE 1992/15 m.nt. P. Steinhauer, IER 1991/47 m.nt. R.D. Vriesendorp (*Borsumij/Stenman*), rov. 3.9 laatste volzin, waarin in het kader van het leerstuk van slaafse nabootsing ‘het belang van een eerlijke mededinging’ wordt genoemd. Zie verder: Geerts & Verschuur, Kort Begrip van het intellectuele eigendomsrecht, 2020/749; C.J.J.C. van Nispen, GS Onrechtmatige daad, nr. IV.6.2.2 en J. Hofhuis en A. van Hattum, ‘Het onderscheidend vermogen van de slaafse nabootsing’, BMM 2015/1, p. 16.

<sup>27</sup> Verdrag van Parijs tot bescherming van de industriële eigendom van 20 maart 1883, zoals laatstelijk gewijzigd te Stockholm op 28 september 1979, Trb 1980/31. Art. 10bis lid 3 onder 1 van dat verdrag vermeldt dat met name zullen moeten worden verboden ‘alle daden, welke ook, die verwarring zouden kunnen verwekken door onverschillig welk middel ten opzichte van de inrichting, de waren of de werkzaamheid op het gebied van nijverheid of handel van een concurrent.’

<sup>28</sup> In die zin reeds: Ch. Gielen, ‘Bescherming tegen nodeloos verwarringsgevaar, ook bekend als bescherming tegen slaafse nabootsing’, in: Spoor-bundel, 2007, p. 99-109.

<sup>29</sup> B.M. Telders in zijn noot onder Rb. Rotterdam (vzr.), 30 januari 1936, BIE 1937, p. 105-106 (*Louwman c.s./Van Roon c.s.*). Vgl. ook al Hof Amsterdam 19 december 1934, NJ 1935, p. 404, W 12863 (*Kwartetspel*): “[...] dat immers de vooruitgang in handel en industrie ten nauwste samenhangt met het in zwang komen en zich verspreiden van nieuwe denkbeelden, hetgeen steeds door navolging plaats vindt, en noodeloze belemmering zou ondervinden indien elk nieuw denkbeeld omtrent den vorm, waarin reclame kan worden gemaakt, aan dengene, die dit had bedacht, buiten eenig wettelijk voorschrift om, een monopolie op die gedachte en hare verwezenlijking zou waarborgen; [...]”

<sup>30</sup> Dat is de insteek van deze zaak, vlg. inl. dgv. 19: “In de eerste plaats is de 1460 *boot* zelf onderwerp geworden van een vrijwel eindeloos aantal kleurenvarianties en andere kleine aanpassingen [...]” Zie ook inl. dgv. 56. De bepleite bescherming van stijlpijlers op een productmarkt (vgl. plta mrs. Kingma en Möhring 2.17) vormt in feite een bom onder het stelsel van slaafse nabootsing zoals wij dat kennen.

dat Airwair zou kunnen 'mozaïeken'<sup>31</sup> met elementen die beweerdelijk voorhanden zijn bij verschillende schoenvarianten om een zaak te construeren tegen een bepaalde schoen van een concurrent<sup>32</sup>. Dat gaat veel te ver en lijkt de uitzondering tot hoofdregel te willen bestempelen en daar moet voor worden gewaakt. Op die wijze wordt als het ware een rechtsobject gecreëerd op een wijze die geen bescherming verdient, gelet op de hoofdregel dat nabootsing in beginsel vrijstaat, behoudens uitzonderingen erkend in het recht<sup>33</sup>. Het werkt een niet economisch of orderingsrechtelijk gerechtvaardigde monopolisering in de hand op een 'collectie' of stijl(kenmerken) of nog vager en dat is juist *niet* wat beoogd wordt te worden beschermd onder de noemer van slaafse nabootsing onder de werking van art. 10bis van het Verdrag van Parijs<sup>34</sup>. Toegespitst op onze zaak kan dit leiden tot een soort monopolie<sup>35</sup> op de markt voor *combat boots*, een type schoen dat een groot aantal vormgevingselementen bevat die in de 'varianten' van Airwair voorkomen, zoals grove zolen met inkepingen, stiksel op de welt, een hiellus, rondlopend stiksel op de hiel en kraag, een achterbies en een gladde ronde neus (vgl. rov. 4.13 slotzin van het bestreden arrest). Dat is bepaald onwenselijk, zoals het hof volgens mij goed heeft onderkend.

- 2.13 De ratio voor afwijzing van een dergelijke stijlbescherming is in navolging van de conclusie van A-G Verkade<sup>36</sup> als volgt verwoord in *Broeren/Duijsens*: het zou een ontoelaatbare beperking meebrengen van de vrijheid van creatie van de maker en zou aldus een rem op culturele ontwikkelingen vormen. Deze ratio is lijkt mij bepaald niet achterhaald (in gelijke zin pleitnota mrs. Kingma en Möhring 1.13) door aanvaarding van indirecte verwarring in *Mi Moneda*. A-G Verkade<sup>37</sup> heeft in zijn conclusie voor *Broeren/Duijsens* ook terecht gewezen op het gevaar voor de rechtszekerheid van aanvaarding van een dergelijke stijlbescherming, omdat dan voor derden onduidelijk is wat concreet wordt beschermd, iets waar ook annotatoren op hebben gewezen<sup>38</sup>. De geclaimde karakteristieken van de collectie staan niet ergens samengebracht geregistreerd<sup>39</sup>.

---

<sup>31</sup> Vgl. voor een zaak over auteursrecht op schoenen: Hof Den Bosch 13 november 2007, ECLI:NL:GHSHE:2007:BB7921, IER 2008/22 m.nt. F.W. Grosheide (*Puma Formstrips*), "4.22 Uit de toelichting van Puma op deze grief blijkt dat haar bezwaar zich niet zozeer richt tegen de uitkomst van de vergelijking tussen de schoen van Ferro en de beide schoenen van Puma, maar tegen het feit dat de rechtbank de schoen van Ferro met beide schoenen afzonderlijk heeft vergeleken en niet met beide schoenen gezamenlijk. Dit bezwaar gaat evenwel niet op. Wanneer aanspraak wordt gemaakt op auteursrechtelijke bescherming betreft dat steeds een bepaald, specifiek werk, in dit geval de Puma Avanti en de Puma Sprint, en niet een virtuele, niet bestaande combinatie van beide. Die combinatieschoen bestaat niet in werkelijkheid en kan dus ook niet voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking komen. Vergelijking kan daarom alleen gebeuren tussen 1) de Puma Avanti en de schoen van Ferro en 2) de Puma Sprint en de schoen van Ferro. [...]" Ditzelfde principe geldt in mijn ogen ook voor een beoordeling in de sleutel van slaafse nabootsing. Vgl. ook plta mrs. Kingma en Möhring 1.10: al bij het verwerken van elementen van verschillende schoenen van Airwair is volgens Airwair sprake van slaafse nabootsing.

<sup>32</sup> Airwair probeert dit ook getuige m.n. 38-40 appeldagvaarding (deels geciteerd in 2.20 van deze conclusie). In gelijke zin plta mrs. Kingma en Möhring 2.14-2.15.

<sup>33</sup> Vgl. J.H. Spoor in punt 7 van zijn noot onder HR 22 maart 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD9138, NJ 2003/149 (*NVM/Telegraaf*): "[...] Men kan niet zo maar naar believen min of meer willekeurige onderdelen van of selecties uit gegevensverzamelingen verheffen tot rechtsoBJECTEN al naar gelang dat toevallig zo uitkomt. [...]"

<sup>34</sup> HR 31 mei 1991, NJ 1992/391, m.nt. D.W.F. Verkade; AA 1993, p. 680, m.nt. H. Cohen Jehoram; BIE 1992/15, p. 50, m.nt. Steinhauer; IER 1991, p. 116, m.nt. R.D. Vriesendorp (*Borsumij/Stenman*), rov. 3.9.

<sup>35</sup> In deze zin ook plta mrs. Kingma en Möhring 1.6 en 1.11.

<sup>36</sup> Vgl. A-G Verkade in punten 3.5.2 en 3.8 van zijn conclusie vóór *Broeren/Duijsens* (ECLI:NL:PHR:2013:BY8661).

<sup>37</sup> A-G Verkade in punt 3.5.1 van zijn conclusie vóór *Broeren/Duijsens* (ECLI:NL:PHR:2013:BY8661).

<sup>38</sup> Zie ook de noot van J.C.S. Pinckaers in AMI 2013/3, p. 115 en plta mrs. Kingma en Möhring 2.14.

<sup>39</sup> Vgl. P.B. Hugenholtz in zijn NJ-noot onder HR 29 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY8661, NJ 2013/504 (*Broeren/Duijsens*).

- 2.14 Ik meen dan ook dat de *klachten tegen het oordeel dat slaafse nabootsing geen ruimte laat voor bescherming van abstracties* in de vorenbesproken zin moeten falen. De argumentatie in de (veelal oudere) literatuur in andere zin overtuigt niet<sup>40</sup>. Zo brengt de constatering dat de rechter bij de toepassing van art. 6:162 BW de vrijheid heeft alle feitelijke aspecten een rol te laten spelen<sup>41</sup> (hetgeen ook bij slaafse nabootsing het uitgangspunt is<sup>42</sup>) en er daarom theoretisch ruimte bestaat om bescherming van abstracties te accepteren<sup>43</sup>, geen verandering in het rechtseconomische bezwaar van ongewenste beperking van de vrije mededinging en productvormgeving met aantasting van de rechtszekerheid tot gevolg. Dat geldt te meer waar in de literatuur bepleit wordt dat stijlnavolging altijd nodeloos zou zijn, omdat de mogelijkheden tot stijlafwijking oneindig zouden zijn<sup>44</sup>. Het valt toch bepaald te hopen dat dat geen geldend recht wordt! Waar begint en eindigt een stijl, of, toegespitst op onze zaak, wat maakt een bepaalde schoen nog een typische 'Airwair-schoen'? Ook het argument dat de bezwaren tegen bescherming van een stijl minder op hun plaats zouden zijn als het gaat om (stijl)nabootsing voor commerciële doeleinden<sup>45</sup>, overtuigt niet. Juist (ook) binnen de commerciële (mode)wereld moet er – uiteraard met inachtneming van de erkende juridische grenzen die mede ordeningsrechtelijk van aard zijn – ruimte zijn voor creatie en culturele ontwikkeling die de mededinging en daarmee ook de consument juist ten goede komt.
- 2.15 Dit laat onverlet dat *bijkomende omstandigheden* kunnen maken dat sprake is van onrechtmatigheid van het nabootsen van een stijl of stijlkenmerken, zoals ook is gemarkeerd in *Broeren/Duijsens*. Dan moet meer worden gedacht aan bedrog of misleiding, of het geval waarin stijlnabootsing met geen ander doel plaatsvindt dan (de maker van) de nagebootste werken schade toe te brengen, of waarbij stijlnabootsing leidt tot afbreuk van de goede reputatie van het werk waarvan de stijl is nagebootst<sup>46</sup>. Dat is in onze zaak allemaal niet (althans niet voldoende concreet kenbaar in cassatie) aan de orde.
- 2.16 Voor zover Airwair in *subonderdeel 1.1 en subonderdeel 1.3* erover klaagt dat het hof bij de beoordeling van (het gevaar voor) nodeloze verwarring de schoenen van Van Haren steeds één-op-één heeft vergeleken met de schoenen van Airwair, is dat tevergeefs. Dat sprake moet zijn van onderscheidend vermogen in de zin van een eigen gezicht op de markt, omdat daarzonder geen verwarring mogelijk is, is iets anders dan de benadering die Airwair voorstaat. Zij betoogt in essentie dat gekeken moet worden naar de totaalindruk van de collectie schoenen en dat vervolgens die totaalindruk moet worden vergeleken met de totaalindruk van een Van Haren schoen. Die benadering is onjuist, omdat daarmee zonder bijzondere omstandigheden in de zin van het *Broeren/Duijsens*-arrest bescherming van stijl of stijlkenmerken binnengehaald zou worden ten koste van de vrije mededinging, de

<sup>40</sup> Voor het auteursrecht, waar het in deze zaak niet over gaat, noem ik F.W. Grosheide, *De stijl van de meester en het auteursrecht*, BIE 1985, p. 186 e.v. en F.W. Grosheide, *Een Utrechtse stijlloefening*, IER 1988, p. 43 e.v. Zie voor kritiek op deze opvatting: Spoor, Verkade & Visser, *Auteursrecht* (R&P nr. IE2) 2019/3.6. Zie ook de literatuur genoemd in vt. 43-45.

<sup>41</sup> H. Cohen Jehoram, *Bij wijze van inleiding: Le style est l'homme même*, in: *Beeldrechtwijzer*, 1987, p. X en XI.

<sup>42</sup> HR 19 mei 2017, ECLI:NL:HR:2017:938, NJ 2017/315 m.nt. D.W.F. Verkade, IER 2017/39 m.nt. P.G.F.A. Geerts en R.W. de Vrey, AA 2017/6, p. 535 m.nt. D.J.G. Visser, BIE 2017/5, p. 212 m.nt. M. Haak (*Mi Moneda*), rov. 3.4.4.

<sup>43</sup> M. van Maaren, *De juridische stijlleer en enige stijlnuances*, AMI 1988, p. 97 (rechtsboven).

<sup>44</sup> M. van Maaren, *De juridische stijlleer en enige stijlnuances*, AMI 1988, p. 97 (rechtsonder).

<sup>45</sup> D. Peeperkorn, *Beelden als buit*, in: *Beeldrechtwijzer*, 1987, p. 92 en 95.

<sup>46</sup> Zie J.C.S. Pinckaers in AMI 2013/3, p. 117.

rechtszekerheid en de vrijheid van creatie. Het gaat om de totaalindrukken van concrete vormgeving. De hoofdregel uit de slaafse nabootsingsleer van de Hoge Raad is dat de nabootsende concurrent verplicht is alles te doen wat redelijkerwijs mogelijk en nodig is om te voorkomen dat door de gelijkenis *van beide producten* gevaar voor verwarring ontstaat (zonder dat afbreuk wordt gedaan aan de deugdelijkheid en bruikbaarheid van het product in kwestie)<sup>47</sup>. Gelijkenis van twee producten (het 'nagebootste' en het vermeende 'namaak') is dus een vereiste om gelet op de totaalindrukken van die producten tot verwarringsgevaar te kunnen concluderen<sup>48</sup>. Dat geldt zowel voor de beoordeling van directe als van indirecte verwarring. Het betoog van Airwair komt in wezen neer op het zonder deugdelijke basis tornen aan de hoofdregel dat nabootsing van een product in beginsel vrijstaat indien dat product niet (langer) wordt beschermd door een recht van intellectuele eigendom. Dat is ongewenst. Het hof heeft in rov. 4.3 dan ook terecht en begrijpelijk geoordeeld dat ook indirecte verwarring moet worden beoordeeld op basis van een vergelijking van de totaalindrukken van concrete producten.

- 2.17 Met het voorgaande is niet gezegd dat bij de beoordeling of sprake is van (een gevaar voor) herkomstverwarring geen acht kan worden geslagen op de omstandigheid dat van het nagebootste product verschillende varianten op de markt worden gebracht. Anders dan Airwair betoogt in *subonderdeel 1.2* heeft het hof deze omstandigheid in die context ook besproken (in rov. 4.10). Ook de klacht in dat subonderdeel faalt dus.
- 2.18 Aan het slot van *subonderdeel 1.3* klaagt Airwair nog dat het oordeel van het hof onbegrijpelijk is, omdat het hof niet heeft gemotiveerd waarom het bij de schoenen van Airwair niet zou gaan om concrete producten. Wat het hof 'een soort schoen van Airwair' noemt, zou niets anders zijn dan (de gemene deler van) meerdere concrete schoenen van Airwair. Deze klacht mist feitelijke grondslag. Het hof oordeelt in rov. 4.1 immers dat het Airwair bij de 'trade dress' of soort gaat om de 1460 boot en de varianten daarop. Dat zijn dus meerdere concrete schoenen, ook volgens het hof.
- 2.19 Omdat alle klachten van onderdeel 1 falen, kan de klacht in het tweede onderdeel ook niet slagen. Met deze klacht bouwt Airwair voort op het eerste onderdeel door te klagen dat rov. 4.6 niet in stand kan blijven *gezien de klachten van middelonderdeel 1*. Bovendien kan de klacht niet slagen omdat deze blijkt geeft van onjuiste lezing van rov. 4.6. Anders dan Airwair (veronder)stelt, oordeelt het hof namelijk niet dat verwarringsgevaar onvoldoende aannemelijk is op basis van *de enkele omstandigheid* dat de opgesomde kenmerken niet of niet volledig terugkomen in Van Harens schoenen. Het hof wijst er in rov. 4.6 op dat het onderscheidende kenmerken betreft die zorgen voor een andere totaalindruk en dat Van Haren bovendien nog heeft gewezen op andere verschillen. Verder noemt het hof in rov. 4.7 bijkomende

---

<sup>47</sup> HR 19 mei 2017, ECLI:NL:HR:2017:938, NJ 2017/315 m.nt. D.W.F. Verkade, IER 2017/39 m.nt. P.G.F.A. Geerts en R.W. de Vrey, AA 2017/6, p. 535 m.nt. D.J.G. Visser, BIE 2017/5, p. 212 m.nt. M. Haak (*Mi Moneda*), rov. 3.4.1 en HR 20 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ6999, NJ 2011/302 m.nt. J.H. Spoor, IER 2010/16 m.nt. F.W. Grosheide, BIE 2010/4 m.nt. P. Steinhauser (*Lego/Mega Brands*), rov. 3.3.2. Zie ook Geerts & Verschuur, Kort Begrip van het intellectuele eigendomsrecht, 2020/749.

<sup>48</sup> Ch. Gielen, Bescherming tegen nodeloos verwarringsgevaar, ook bekend als bescherming tegen slaafse navolging, in: Een eigen oorspronkelijk karakter: opstellen aangeboden aan prof. mr. Jaap H. Spoor, 2007, p. 105-109 (punt 9). In gelijke zin plta mrs. Kingma en Möhring 2.6-2.7.



omstandigheden die ervoor zorgen dat verwarring niet zal optreden. De klacht mist zodoende ook feitelijke grondslag.

2.20 Onderdeel 3 richt een motiveringsklacht tegen rov. 4.11-4.14. Het wordt onbegrijpelijk geacht dat het oordeel daarin alleen draait om de varianten 1460 mono zwart en 101 smooth, terwijl Airwair zich ook op andere varianten heeft beroepen die het hof niet in zijn oordeel heeft betrokken. Het is juist dat het hof de andere varianten niet heeft besproken, maar dat hoefde het hof ook niet te doen. Als feitelijke grondslag van haar cassatieklacht wijst Airwair naar vindplaatsen waar is betoogd dat de geclaimde nabootsing van Van Haren elementen combineert die voorkomen in verschillende varianten van de 1460 boot (niet zijnde de 101 smooth en de 1460 mono black), zoals de kindervariant van de 1460 boot. Zij bijvoorbeeld de appeldagvaarding (met grieven) 38-40:

38. [...] Wanneer het publiek ermee bekend is dat een ontwerp in meerdere varianten wordt verhandeld, zal bij een nabootsing die 'in deze serie past' sneller worden vermoed dat het een andere variant is – en deze aldus worden aangezien voor een product van dezelfde herkomst. Dit is *a fortiori* het geval wanneer de nabootsing lijkt op een variant die ook daadwerkelijk bestond, of elementen combineert die in verschillende daadwerkelijk bestaande varianten voorkomen.

39. Dat laatste is in deze zaak het geval: zoals in de dagvaarding gesteld, verhandelt Airwair, naast de 1460 smooth, onder meer de 101 smooth en de 1460 mono black, die allerlei kenmerken bevatten en combineren die ook in de gewraakte *boots* van Van Haren terugkomen. Bovendien is in de Akte overlegging reactieve producties erop gewezen dat de kindermaten van de 1460 *boot* worden uitgevoerd met een rits aan de 'binnenzijde', dat de 'Pascal-varianten' van de 1460 *boot* een afwerking aan de bovenzijde van de schacht hebben die lijkt op de afwerking van de bovenzijde van de schacht van enkele van de gewraakte *boots* van Van Haren en dat deze laatste twee kenmerken (rits en 'Pascal'-bovenzijde) sinds SS19 [een modeseizoen, A-G] ook tezamen aanwezig zijn in de 1460 Pascal mono (die ook nog eens helemaal zwart is, zoals bij diverse van de gewraakte boots ook het geval is). [...]

40. Hoewel het bestaan van de verschillende varianten een relevante omstandigheid is, is niet nodig dat precies bepaald wordt met *welke van de varianten* de nabootsing verwarringwekkende gelijkenis vertoont: Niet relevant is immers of de verwarring betrekking heeft op het product zelf of op de herkomst (zie All Round / Simstars, r.ov 3.4.5). [...]"

2.21 Dit komt neer op een betoog dat in het kader van slaafse nabootsing een vergelijking met een concrete schoen niet noodzakelijk is en dat 'mozaïeken' met elementen uit verschillende varianten is toegestaan om tot een slaafs nabootsingsoordeel te komen. Die stellingname heeft het hof verworpen in rov. 4.2 en 4.3, hetgeen als hiervoor besproken tevergeefs wordt bestreden in cassatie. Dat brengt mee dat het hof in het vervolg van het arrest niet behoefde in te gaan op de door Airwair – welhaast terloops – genoemde varianten die bepaalde elementen bevatten die Van Haren zou hebben overgenomen. Daar ketst dit onderdeel op af.

2.22 Onderdeel 4 is gericht tegen het oordeel van het hof dat – samengevat – Airwair onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt dat de 1460 mono zwart en de 101 smooth een eigen gezicht op de markt hebben (rov. 4.11<sup>49</sup>-4.14). Het onderdeel valt na een inleiding in 4.1 uiteen in drie subonderdelen.

---

<sup>49</sup> Airwair noemt ook rov. 4.10. Daarin wordt vooruitverwezen naar de eigenlijke beoordeling in rov. 4.11 e.v.

- 2.23 Alle klachten in dit onderdeel falen bij gebrek aan belang. Het oordeel over gebrek aan onderscheidend vermogen van de 1460 mono zwart en 101 smooth is primair gebaseerd op rov. 4.12 en de vaststellingen dat (i) een viertal onderscheidende elementen van de 1460 boot<sup>50</sup> niet terugkomen in de 1460 mono zwart<sup>51</sup> en de 101 smooth<sup>52</sup> en dat (ii) Airwair niet aannemelijk heeft gemaakt dat de schoenen ook zonder deze kenmerken een eigen gezicht op de markt hebben. Dit is een zelfstandig dragende overweging die door Airwair niet met concreet uitgewerkte klachten is bestreden, zodat belang ontbreekt bij alle klachten van onderdeel 4. De door Airwair wel concreet bestreden rov. 4.13 over de *combat boot* bevat een extra argument ('wordt onderstreept door') voor de conclusie dat de 1460 mono zwart en de 101 smooth geen eigen gezicht op de markt hebben. Anders dan Airwair kennelijk meent (pleitnota mr. Hofhuis 24 en 35) bevat rov. 4.12 dus een eigen zelfstandig dragende motivering en is niet juist dat het oordeel over gebrek aan onderscheidend vermogen alleen te vinden zou zijn in rov. 4.13. Dat mist feitelijke grondslag in het bestreden arrest.
- 2.24 Ik zou het hierbij kunnen laten, maar bespreek volledigheidshalve kort inhoudelijk de klachten van de subonderdelen 4.1.1-4.1.3.
- 2.25 In subonderdeel 4.1.1 stelt Airwair dat het oordeel van het hof 'in wezen' erop is gebaseerd dat zes in rov. 4.13 opgesomde vormgevingselementen van de 1460 mono zwart en de 101 smooth gebruikelijk zijn voor het *combat boot* type schoen. Dat laat onverlet dat binnen die productcategorie de schoenen van Airwair een eigen gezicht kunnen hebben. Airwair heeft (een combinatie van) 41 vormgevingselementen genoemd en het hof heeft niet gemotiveerd waarom die elementen geen eigen gezicht opleveren.
- 2.26 In het oordeel dat zonder de door het hof in rov. 4.12 genoemde vier onderscheidende elementen een eigen gezicht op de markt niet kan worden aangenomen en de vaststelling dat *combat boots* al decennia in vele verschijningsvormen op de markt voorkomen (eerste zin rov. 4.13)<sup>53</sup>, ligt besloten dat de door Airwair aangevoerde 41 elementen niet kunnen leiden tot het oordeel dat sprake is van een eigen gezicht op de markt binnen de productcategorie *combat boots*. Het hof hoefde daar dus (zeker in kort geding) niet verder op in te gaan. Daarbij komt dat de 41 elementen niet zijn aangevoerd als onderbouwing van het eigen gezicht op de markt van de 1460 mono black en de 101 smooth, maar in het kader van de verwarringsvraag (zie dikgedrukte kopje boven inleidende dagvaarding 55). Deze klacht ontbeert dus ook feitelijke grondslag.
- 2.27 In subonderdeel 4.1.2 klaagt Airwair dat *voor zover* het hof zijn oordeel heeft gebaseerd op de vaststelling in rov. 4.13 dat de 1460 boot nu niet meer bijzonder modern overkomt, dat onjuist althans onbegrijpelijk gemotiveerd is.
- 2.28 Deze klacht is gebaseerd op een verkeerde lezing van het arrest en mist daarom ook feitelijke grondslag. Het hof baseert zijn oordeel over het ontbreken van onderscheidend vermogen

---

<sup>50</sup> T.w. (i) het gele stiksel, (ii) de tweekleurige zoolrand bestaande uit een semi-transparante honingkleurige zool en een zwarte welt, (iii) een bovenschon met acht vetergaten en (iv) de zwart-gele kleurencombinatie in de hiellus.

<sup>51</sup> Geen geel, maar zwart stiksel, geen tweekleurige maar volledig zwarte zoolrand en geen zwart-gele kleurencombinatie in de hiellus.

<sup>52</sup> Geen geel stiksel en geen relatief hoge schacht met acht vetergaten.

<sup>53</sup> Vgl. rov. 4.16 van het vonnis van de voorzieningenrechter: "[...] Daarbij geldt dat de markt voor combat boots als relevante markt wordt beschouwd, aangezien de afbeeldingen van boots die zowel door Airwair als Van Haren zijn overgelegd allen onder die stijl zijn te scharen."

van deze twee types er niet op dat de 1460 nu niet meer bijzonder voorkomt, maar haalt daarmee een eigen stelling van Airwair<sup>54</sup> aan.

- 2.29 De klachten in subonderdeel 4.1.3 luiden dat *voor zover* het hof bij zijn oordeel over het ontbreken van een eigen gezicht op de markt van de twee meerbesproken schoentypes het oog heeft gehad op specifieke schoenen in het Umfeld die meer overeenstemming vertonen met de 1460 mono zwart en de 101 smooth dan enkel de genoemde zes kenmerken, het hof dat niet heeft gemotiveerd en dat het hof *in dat geval* niet is ingegaan op een aantal – volgens Airwair – essentiële stellingen.
- 2.30 Ook deze klachten ontberen feitelijke grondslag. Uit helemaal niets blijkt dat het hof het oog zou hebben gehad op meer overeenstemmende schoenen uit het Umfeld. Het hof heeft het – in navolging van Van Haren, vgl. MvA 46 en 50<sup>55</sup> – over *combat boots* als productcategorie (namelijk: ‘stoere, halfhoge veterlaarzen’) die al tientallen jaren op de markt zijn. Daarvan zouden de 1460 mono zwart en de 101 smooth zich volgens het hof tenminste moeten onderscheiden met de vier kenmerken bedoeld in rov. 4.12. De klacht is tevergeefs voorgesteld.
- 2.31 Nu alle klachten falen, treft ook de louter voortbouwende (maar overigens onvoldoende concrete<sup>56</sup>) klacht in onderdeel vijf geen doel.

### 3. Conclusie

Ik concludeer tot verwerping van het cassatieberoep.

De Procureur-Generaal bij de  
Hoge Raad der Nederlanden

A-G

---

<sup>54</sup> Inleidende dagvaarding 17.

<sup>55</sup> Zie in eerste aanleg CvA 12 e.v. en pleitnota Van Haren 19 e.v.

<sup>56</sup> De klacht rept over ‘alle oordelen die samenhangen met of voortbouwen op het met succes bestreden oordeel’, zonder te concretiseren welke dat mogen zijn en dat voldoet niet aan de aan een cassatieklacht te stellen eisen.

21/03876

# Ondertekening Conclusie P.G.

## Handtekeningen

Peurseem, mr. drs. G.R.B. van

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'G.R.B. van', is written over a horizontal line. The signature is enclosed in a light gray rectangular box.