

Arrest d.d. 28 april 2009

Zaaknummer 107.002.222/01

HET GERECHTSHOF TE LEEUWARDEN

Arrest van de vierde kamer voor burgerlijke zaken in de zaak van:

1. **VOF Het Fietscafé**,
gevestigd te Kootwijkerbroek, gemeente Barneveld,
 2. **Zwier Harman van Laar**,
wonende te Stroe, gemeente Barneveld,
 3. **Hendrikus Teunis van Laar**,
wonende te Kootwijkerbroek, gemeente Barneveld,
- appellanten,
in eerste aanleg: eisers,
hierna gezamenlijk te noemen: **de VOF**,
procesadvocaat: mr. J.V. van Ophem,

tegen

Jozef Rijpkema,
wonende te Blauwhuis,
geïntimeerde,
in eerste aanleg: gedaagde,
hierna te noemen: **Rijpkema**,
procesadvocaat: mr. J.B. Dijkema.

Het geding in eerste instantie

In eerste aanleg is geprocedeerd en beslist zoals weergegeven in het vonnis uitgesproken op 22 augustus 2007 door de rechtbank Leeuwarden.

Het geding in hoger beroep

Bij exploit van twaalf november 2007 is door de VOF hoger beroep ingesteld van genoemd vonnis met dagvaarding van Rijpkema tegen de zitting van 21 november 2007.

De conclusie van de memorie van grieven, tevens houdende wijziging van eis, luidt:

"dat uw Hof bij arrest, uitvoerbaar bij voorraad, zal vernietigen het eindvonnis d.d. 22 augustus 2007 door de Rechtbank te Leeuwarden onder rolnummer 78138 / HA ZA 06-714 tussen appellanten als eisers en geïntimeerde als gedaagde geweest en, opnieuw rechtdoende,

primair:

wegens inbreuk op aan appellante toekomende auteursrechten:

- A) geïntimeerde zal gebieden om binnen 24 uur na betekening van het in deze te wijzen arrest, de exploitatie van de Trapbar te staken en gestaakt te houden;
- B) geïntimeerde zal gebieden zich in de toekomst te onthouden van iedere activiteit die als inbreukmakend op het auteursrecht van appellanten zou kunnen worden aangemerkt;
- C) geïntimeerde zal gebieden alle in zijn bezit zijnde Trapbars binnen 48 uur na betekening van het in deze te wijzen arrest ex artikel 28 Auteurswet aan appellanten ter vernietiging aan te bieden;

één en ander op straffe van een dwangsom van € 1.000,-- per dag voor iedere dag dat geïntimeerde in gebreke blijft aan één der veroordelingen (A t/m C) te voldoen, zulks met een maximum van € 100.000,--;

D) geïntimeerde zal veroordelen om aan appellanten te vergoeden de schade die zij ten gevolge van de auteursrechtinbreuk hebben geleden. Deze schade wordt voorshands begroot op de gemiste omzet ad. € 8.600,--;

E) geïntimeerde zal veroordelen om aan appellanten af te dragen de winst die hij ten gevolge van de auteursrechtinbreuk heeft gemaakt, deze winst nader door uw Gerechtshof in goede justitie te bepalen;

subsidiar:

uit hoofde van slaafse nabootsing:

- F) geïntimeerde zal gebieden om binnen 24 uur na betekening van het in deze te wijzen arrest, de exploitatie van de Trapbar te staken en gestaakt te houden;

- G) geïntimeerde zal gebieden zich in de toekomst te onthouden van iedere vorm van slaafse nabootsing;
- H) geïntimeerde zal gebieden alle in zijn bezit zijnde Trapbars binnen 48 uur na betekening van het in deze te wijzen arrest bij wijze van definitieve ongedaanmaking c.q. definitieve voorkoming van onrechtmatig handelen in de toekomst aan appellanten te vernietiging aan te bieden;

één en ander op straffe van een dwangsom van € 1.000,-- per dag voor iedere dag dat geïntimeerde in gebreke blijft aan één der veroordelingen (F t/m H) te voldoen, zulks met een maximum van € 100.000,--;

- I) geïntimeerde zal veroordelen om aan appellanten te vergoeden de schade die zij ten gevolge van de slaafse nabootsing hebben geleden. Deze schade wordt voorshands begroot op de gemiste omzet ad. € 8.600,--;

en voorts

- J) geïntimeerde zal veroordelen tot vergoeding van de door appellanten noodgedwongen gemaakte buitengerechtelijke kosten, ten deze conform Rapport Voorwerk II begroot op € 904,--;

met veroordeling van geïntimeerde in de kosten van beide instanties."

Bij memorie van antwoord is door Rijkkema verweer gevoerd met als conclusie:

"Rijkkema verzoekt uw Gerechtshof, bij arrest, uitvoerbaar bij voorraad, het vonnis van de Rechtbank te Leeuwarden van 22 augustus 2007 onder zaaknummer/rolnummer 78138/HA ZA 06-714 te bekrachtigen - indien het Gerechtshof dit nodig acht zulks met verbetering van de gronden en overwegingen - en/of de vorderingen van het Fietscafé zoals geformuleerd in haar Memorie van Grieven integraal af te wijzen, zulks met veroordeling van het Fietscafé in de proceskosten van beide instanties ex artikel 237 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering."

Tenslotte hebben partijen de stukken overgelegd voor het wijzen van arrest.

De grieven

De VOF heeft drie grieven opgeworpen.

De beoordeling

Eiswijziging

1. Rijkkema heeft geen bezwaar gemaakt tegen de wijziging van eis, terwijl ook niet is gebleken dat deze in strijd is met de regels van een goede procesorde. Derhalve zal in hoger beroep worden uitgegaan van de gewijzigde eis.

De feiten

2. De rechtbank heeft in het bestreden vonnis van 22 augustus 2007 onder 2 (2.1 tot en met 2.3) een aantal feiten als vaststaand aangemerkt. Daarover bestaat tussen partijen geen geschil, zodat het hof ook van die feiten zal uitgaan. Het volgende staat vast.
 - 2.1. De vennoten van de VOF hebben in elk geval in 2000 een vervoermiddel annex bar vervaardigd dat wordt voortbewogen door middel van de spierkracht van degenen die aan de bar zitten en hun voeten op fietspedalen bewegen.
 - 2.2. Sindsdien exploiteert de VOF deze en dergelijke vervoermiddelen onder de naam *Fietscafé*, door ze te huur aan te bieden voor feesten en partijen, onder meer door middel van de website www.fietscafé.nl.
 - 2.3. Rijkkema heeft in de loop van 2004 eveneens een bar vervaardigd, voortbewogen door fietsende bargasten. Hij exploiteerde deze onder de naam *Trapbar*.

Het geschil in het kort

3. De VOF heeft zich primair beroepen op het auteursrecht op het *fietscafé* en heeft op straffe van verbeurte van dwangsommen gevorderd dat het gebruik van de *trapbar* duurzaam wordt gestaakt, dat de internetdomeinnaam www.trapbar.nl wordt overgedragen en dat de *trapbars* ter vernietiging aan haar worden aangeboden. Ook heeft zij schadevergoeding en winstafdracht gevorderd.

Subsidiar zijn vorderingen ingesteld, gebaseerd op het leerstuk van slaafse nabootsing. De rechtbank heeft het gevorderde op alle onderdelen afgewezen.

Grief I

4. De rechtbank heeft haar oordeel gebaseerd op de aanname dat de VOF voor ogen heeft het concept *fietscafé* onder de bescherming van het auteursrecht te laten vallen en niet één specifieke incarnatie daarvan. Tegen die overweging is de eerste grief gericht. De grief slaagt, reeds omdat de VOF blijkens onderdeel 2 van de inleidende dagvaarding en 2.8 sub b van de pleitaantekeningen van haar raadsman (ook in eerste aanleg) aan de vordering ten grondslag heeft gelegd dat niet het idee maar de uitwerking (het vervoermiddel *fietscafé*) is te beschouwen als een werk met een oorspronkelijk karakter dat het persoonlijk stempel van de makers draagt en als zodanig vatbaar is voor auteursrechtelijke bescherming. Onder 1.8 van de memorie van grieven heeft de VOF benadrukt dat het daarbij gaat om het ter zitting aan de rechtbank getoonde exemplaar.
5. Het voorgaande brengt het hof bij de door de rechtbank niet besproken vraag of het *fietscafé* zoals dat aan de rechtbank is getoond in de zin van artikel 10 Auteurswet 1912 (Aw) een oorspronkelijk karakter heeft en het persoonlijk stempel van de maker draagt.
6. Het hof zal allereerst de vraag bespreken of ten aanzien van het *fietscafé* afdoende is onderbouwd dat ten aanzien van het *fietscafé* sprake is van te beschermen auteursrechtelijke trekken.
7. De bescherming waar een beroep op wordt gedaan strekt zich slechts uit tot de vorm van het *fietscafé* die het resultaat is van scheppende menselijke arbeid en dus van creatieve keuzes, en die om die reden kan worden gezien als een voortbrengsel van de menselijke geest. Het werkbegrip van artikel 10 Aw vindt daarbij mede zijn begrenzing waar het eigen, oorspronkelijk karakter enkel datgene betreft wat noodzakelijk is voor het verkrijgen van een technisch effect. Hieromtrent overweegt het hof het volgende.

8. Het *fietscafé* en de *trapbar* zijn beide op vier luchtbanden geplaatste combinaties van bar en fiets. De aanzittenden zitten haaks op de rijrichting op in totaal 12 barkrukken en bewegen zich door middel van een trapmechanisme gezamenlijk voort. Tussen de twee langwerpige bartafels is ruimte voor een bestuurder, barinrichting en een barkeeper. Het geheel bevat steeds een vaste tapinrichting die kan worden aangesloten op een fust. De constructies hebben een overkapping en een besturingsmechanisme.

9. De uitvoering van het hiervoor beschreven geheel is in ieder geval deels in hoge mate technisch bepaald (memorie van grieven onder III.7 en III.9). Het had daarom op de weg van de VOF gelegen haar vordering toe te spitsen op die aspecten van de vormgeving van (een specifieke uitvoering van) het *fietscafé* die als te beschermen auteursrechtelijke trekken daarvan zijn aan te merken. Behoudens enkele algemene en daarmee irrelevante opmerkingen over het aanbrengen (en niet: de vormgeving) van een opbouw en het dak in onderdeel III.8 van de memorie van grieven, alsmede over de aandrijftechniek (III.9) en 'de rangschikking van de diverse onderdelen ten opzichte van elkaar' (III.14) ontbreekt dergelijke onderbouwing geheel. Voor zover haar stellingen zich al toespitsen op de vormgeving van details of specifieke aspecten van het *fietscafé* (van welke concrete uitvoering dan ook), betreft het juist kenmerkende *verschillen* tussen het *fietscafé* en het *trapcafé* (zie hierna onder 12). Dergelijke verschillen zijn niet doorslaggevend bij de beoordeling van de vraag of sprake is van de auteursrechtelijke bescherming waar de VOF zich op beroept. Voor zover de vordering is gebaseerd op de stelling dat het *fietscafé* een beschermd werk is in de zin van de Aw, dient deze dan ook bij gebrek aan deugdelijke onderbouwing te stranden.

Grief II

10. De tweede grief klaagt dat de rechtbank ten onrechte geen aandacht meer heeft besteed aan de vraag of sprake is geweest van slaafse nabootsing (de subsidiaire

grondslag). De grief slaagt, aangezien hieromtrent in eerste aanleg door partijen uitvoerig is gedebatteerd, en de rechtbank er geen overweging aan heeft gewijd.

11. Wat betreft slaafse nabootsing dient als uitgangspunt te gelden dat nabootsing van een niet door een intellectueel eigendomsrecht beschermd product in beginsel is toegestaan. Dit is slechts anders indien 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 is om te voorkomen dat door gelijkheid van beide producten gevaar voor verwarring ontstaat of vergroot wordt (HR, NJ 92, 391 en HR, NJ 1990, 473). Bij de beoordeling van de vraag of verwarringsgevaar te duchten is, dient uitgegaan te worden van de totaalindruk van beide producten.
12. Dergelijk verwarringsgevaar is op grond van hetgeen daartoe is gesteld en gebleken niet aannemelijk. De VOF voert immers zelf aan dat het metaal van de *trapbar* geel van kleur is met blauwe kettingkasten, terwijl het metaal van het *fietscafé* rood is met zwarte kettingkasten. De *trapbar* heeft een driehoekig dak; het *fietscafé* heeft een dak met een ronde vorm, terwijl op het dak van de *trapbar* een bordje is geplaatst dat rond kan draaien, met de teksten "proost" en "biertje". Het *fietscafé* heeft aan de achterzijde een zitbank en aan de voorzijde een fust. De *trapbar* heeft zowel aan de voorzijde als aan de achterzijde een zitbank en heeft meerdere geïsoleerd verpakte fustjes. De spatborden van het *fietscafé* hebben een rechte vorm, terwijl de spatborden van de *trapbar* afgerond zijn. De *trapbar* is van lichter materiaal gemaakt dan het *fietscafé* en de *trapbar* heeft ook dunnere buizen. Bovendien hadden beide producten een andere naam, welke ook duidelijk zichtbaar was aangebracht. Om die reden valt niet in te zien dat door de gestelde nabootsing bij het publiek verwarring valt te duchten, zodat geen sprake is van een schending door Rijkema van de plicht om redelijkerwijs alles te doen ter voorkoming van verwarring zoals bedoeld in de vorige rechtsoverweging. Daarmee kan ook de subsidiaire grondslag de vordering niet dragen.

Grief III

13. In de derde en laatste grief komen geen nieuwe klachten voor. Deze grief heeft naast de hiervoor besproken grieven dan ook geen betekenis, en kan om die reden verder onbesproken blijven.

De slotsom.

14. Het vonnis waarvan beroep dient te worden bekrachtigd met veroordeling van de VOF als de in het ongelijk te stellen partij in de kosten van het geding in hoger beroep. (tarief II, 1 punt)

De beslissing

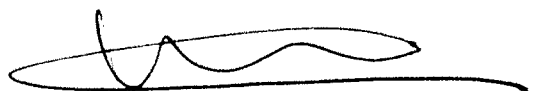
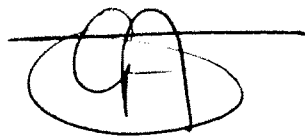
Het gerechtshof:

bekrachtigt het vonnis waarvan beroep;

veroordeelt de VOF in de kosten van het geding in hoger beroep en begroot die aan de zijde van Rijkkema tot aan deze uitspraak op € 402,= aan verschotten en € 894,= aan geliquideerd salaris voor de advocaat.

verklaart dit arrest ten aanzien van de proceskostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

Aldus gewezen door mrs. Knijp, voorzitter, Zandbergen en Janse, raden,
en uitgesproken door de rolraadsheer ter openbare terechtzitting van dit hof van
dinsdag 28 april 2009 in bijzijn van de griffier.



VOOR GROSSE.2 8 APR 2009
de Griffier van het Gerechtshof
te Leeuwarden,

