

vonnis

RECHTBANK AMSTERDAM

Sector civiel recht, voorzieningenrechter

zaaknummer / rolnummer: 476988 / KG ZA 10-2217 SR/BB

Vonnis in kort geding van 23 december 2010

in de zaak van

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

THOERIS B.V.,

gevestigd te Amsterdam,

eiseres bij dagvaarding van 7 december 2010,

advocaat mr. J.C.C. van Schie te Amsterdam,

tegen

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

HEMA B.V.,

gevestigd te Amsterdam,

gedaagde,

advocaat mr. M.J. Odink te Amsterdam.

Partijen zullen hierna Thoeiris en Hema worden genoemd.

1. De procedure

Ter terechtzitting van 13 december 2010 heeft Thoeiris gesteld en gevorderd overeenkomstig de in fotokopie aan dit vonnis gehechte dagvaarding. Hema heeft verweer gevoerd met conclusie tot weigering van de gevraagde voorziening. Beide partijen hebben producties en pleitnota's in het geding gebracht. Thoeiris heeft bezwaar gemaakt tegen de op de ochtend van de zitting nog door Hema ingezonden producties en urenspecificatie. De voorzieningenrechter heeft deze producties omdat ze niet tijdig zijn ingediend buiten beschouwing gelaten maar heeft wel van de urenspecificatie kennisgenomen.

Na verder debat hebben partijen verzocht vonnis te wijzen.

Ter zitting waren aanwezig:

Aan de zijde van Thoeiris: [A], directeur uitgever, met mr. Van Schie.

Aan de zijde van Hema: [B], bedrijfsjurist, met mr. Odink en mr. S.E. Perridon.

2. De feiten

2.1. Thoeris exploiteert een uitgeversbedrijf. Vanaf 2006 brengt zij jaarlijks een kalender, genaamd de Family Survival Planner, op de markt.

De Family Survival Planner is een maandkalender van 38 x 28 centimeter met ringband en ophanging waarop met op ingebonden stickervellen meegeleverde kleurige stickertjes afspraken en activiteiten van het gezin kunnen worden weergegeven.

De Family Survival Planner van 2011 loopt van augustus 2010 tot en met december 2011. Thoeris verkoopt de Family Survival Planner via de retail en haar website www.defamilyplanner.nl voor een bedrag van EUR 18,50.

2.2. Hema, een retailbedrijf met meer dan 400 winkels, heeft in 2010 een zogenaamde 'familiekalender' ontwikkeld. Ook deze kalender is een maandkalender van 38 x 28 centimeter met ringband en ophanging waarop met op ingebonden stickervellen meegeleverde kleurige stickertjes afspraken en activiteiten van het gezin kunnen worden weergegeven.

De familiekalender loopt van januari 2011 tot en met juni 2012. De familiekalender is als een tijdelijke actie vanaf week 47 van 2010 in alle filialen van Hema en op de website www.hema.nl te koop aangeboden voor een bedrag van EUR 7,95.

2.3. Bij brief van 2 december 2010 heeft (de advocaat van) Thoeris Hema gesommeerd geen inbreuk te maken op de auteursrechten van Thoeris op de Family Survival Planner, de verkoop van de familiekalender te staken en gestaakt te houden en ter compensatie van de geleden schade en gemaakte kosten een bedrag van EUR 15.000,= aan Thoeris te voldoen.

2.4. Hema heeft daarop aan al haar filialen doorgegeven dat tot nader bericht de familiekalender niet meer verkocht mag worden en heeft de verkoop van de familiekalender via haar website gestaakt.

3. Het geschil

3.1. Thoeris vordert samengevat Hema op straffe van dwangsommen te veroordelen:

- A. iedere inbreuk op de auteursrechten van Thoeris op de Family Survival Planner te staken en gestaakt te houden;
- B. een schriftelijke, door een registeraccountant gecertificeerde opgave te doen van:
 - het totaal aantal ingekochte familiekalenders;
 - de totale voorraad van de familiekalender op het moment van sommeren, het moment van dagvaarden en op vonnisdatum;
 - het totaal aantal verkochte familiekalenders;
 - de totale met de verkoop van de familiekalender behaalde bruto en

-
- netto winst;
- de naam/namen van de leverancier(s) en maker(s) van de familiekalender;
- C. de gehele voorraad inbreukmakende producten onder toezicht van een deurwaarder te vernietigen;
- D. tot betaling aan Thoeris van een bedrag van EUR 10.000,= als voorschot op de schadevergoeding.
- Thoeris vordert verder:
- E. Hema te veroordelen primair in de volledige proceskosten als bedoeld in artikel 1019h Rv (volgens een door Thoeris in het geding gebrachte specificatie begroot op EUR 11.485,32) en subsidiair in de proceskosten volgens het toepasselijke liquidatietarief; en
- F. de termijn als bedoeld in artikel 1019i Rv te bepalen op zes maanden.

3.2. Thoeris heeft daartoe gesteld, kort gezegd, dat Hema met haar familiekalender inbreuk op de auteursrechten van Thoeris maakt omdat Hema de karakteristieke en auteursrechtelijk beschermde elementen van de Family Survival Planner van Thoeris op een zodanig wijze in haar familiekalender heeft overgenomen dat de totaalindrukken te weinig verschillen om te kunnen zeggen dat de familiekalender van Hema als een zelfstandig werk kan worden aangemerkt. Thoeris heeft in dit verband onder andere gewezen op het door Hema gebruikte formaat, de stickervellen, de stickertjes, de maandweergave, de pagina-indeling, de (lege) hokjes, de 'krabbeltekeningetjes', de ophangring en het kleurgebruik. Volgens Thoeris heeft Hema die kenmerken evident ontleend aan de Family Survival Planner van Thoeris. Voor de tekst aan de binnenzijde van de laatste pagina van de familiekalender, in het bijzonder het lijstje met belangrijke telefoonnummers, geldt volgens Thoeris dat Hema tevens inbreuk maakt op de geschriftenbescherming van Thoeris. Subsidiair heeft Thoeris zich op het standpunt gesteld dat Hema onrechtmatig jegens haar handelt door de Family Survival Planner slaafs na te bootsen. Hema heeft de kenmerkende elementen van de Family Survival Planner nagemaakt waardoor haar familiekalender verwarringwekkend veel op de Family Survival Planner is gaan lijken. Dit terwijl Hema ook andere keuzes had kunnen maken zonder afbreuk te doen aan de deugdelijkheid en bruikbaarheid van de familiekalender.

3.3. Hema heeft verweer gevoerd dat voor zover van belang hierna onder de beoordeling aan de orde zal komen.

4. De beoordeling

4.1. Vooropgesteld wordt dat op het idee van de Family Survival Planner geen auteursrecht rust. Het gaat hier om de vraag of op de uitvoering van de Family Survival Planner van Thoeris auteursrecht rust. Onder punt 5 van de dagvaarding heeft Thoeris de karakteristieke kenmerken opgenomen van haar Family Survival Planner die maken dat er volgens haar auteursrecht op rust. Thoeris heeft genoemd: het formaat, de ingebonden stickervellen, de kleurige stickers met tekeningetjes en tekst, de maandweergave, de indeling van de pagina, 9 getekende lijntjes in de hokjes, de lege hokjes, de verschillende achtergrondkleuren per maand, de krabbeltekeningetjes in een naïef aandoende eigen stijl en de ophangring. Daarnaast heeft zij gewezen op de gelijkenis van de achterpagina van beide kalenders en met name op het feit dat het lijstje met belangrijke telefoonnummers bijna exact gelijk is. Vooropgesteld wordt dat voor beantwoording van de vraag of op de uitvoering van de Family Survival Planner auteursrecht rust gekeken dient te worden naar het samenstel van elementen die de totaalindruk van de Family Survival Planner bepalen en niet zozeer naar elk element op zich. Voorshands is de voorzieningenrechter van oordeel dat de karakteristieke vormgeving, bestaande uit de samenstel van de verschillende elementen, zoals hiervoor is weergegeven maakt dat de Family Survival Planner kan worden aangemerkt als een werk met een eigen en oorspronkelijk karakter dat het persoonlijk stempel van de maker draagt. De wijze waarop de Family Survival Planner is vormgegeven is het resultaat van scheppende menselijke arbeid en dus van creatieve keuzes. De uitvoering van de Family Survival Planner is niet zo banaal of triviaal dat daarachter geen creatieve arbeid van welke aard dan ook valt aan te wijzen. Dat afzonderlijke elementen van de Family Survival Planner ook al in eerder op de markt gebrachte familiekalenders voorkomen, zoals Hema uitgebreid heeft betoogd, doet aan het voorgaande niets af. Er rust derhalve auteursrecht op de Family Survival Planner.

4.2. De vraag die vervolgens dient te worden beantwoord is of de familiekalender van Hema als een inbreuk op het auteursrecht op de Family Survival Planner kan worden aangemerkt. Ook hier geldt dat naar de totaalindrukken van beide kalenders moet worden gekeken. Naar het oordeel van de voorzieningenrechter heeft, in tegenstelling tot hetgeen Thoeris heeft betoogd, de familiekalender een andere totaalindruk dan de Family Survival Planner. Wanneer de afzonderlijke elementen met elkaar worden vergeleken, zijn tal van verschillen te benoemen die bijdragen aan de verschillende totaalindrukken. Het meest in het oog springende voorbeeld daarvan is het verschil in uitstraling van de beide kalenders. Daar waar in de Family Survival Planner, zowel aan de buiten- als aan de binnenzijde, met veel kleuren, tekeningen en fotoplaatjes is gewerkt waardoor deze kalender een bonte kleurrijke uitstraling heeft, is de familiekalender van Hema strakker en soberder. De familiekalender van Hema heeft veel minder kleuren en tekeningen en daarin zijn geen fotoplaatjes opgenomen. Daarnaast is in de familiekalender van Hema meer gebruik gemaakt van zogenoemde krabbeltekeningetjes dan in de Family Survival Planner waarin strakkere tekeningen

staan. Weliswaar heeft Thoeris gesteld dat zij in haar kalenders ook altijd veel gebruik maakt van krabbeltekeningetjes maar in de Family Survival Planner van 2011 zijn deze krabbeltekeningetjes nog maar sporadisch aanwezig. Een ander verschil is dat de lege ruimtes op de verschillende pagina's in de familiekalender van Hema op een geheel andere wijze zijn ingevuld en vormgegeven dan in de Family Survival Planner. Zo is bij de Family Survival Planner gebruikt gemaakt van uitgebreide themateksten, tips en recepten terwijl in de familiekalender deze teksten niet voorkomen. Daarnaast is de enige overeenkomende titel van de lege ruimtes 'niet vergeten' en heeft Hema voor de overige lege ruimtes andere titels gebruikt ('to do kids', 'to do mama/papa' in de familiekalender en 'notes', 'doen', 'voornemens', 'bellen' en 'kopen' in de Family Survival Planner).

Wel kan aan Thoeris worden toegegeven dat het erop lijkt dat Hema op enkele punten duidelijk aansluiting heeft gezocht bij de Family Survival Planner, waar het ook anders had gekund, althans zich door de Family Survival Planner heeft laten inspireren. Gedacht wordt daarbij met name aan het formaat, de ophanging, de ingebonden stickervellen met kleurige stickertjes en het lijstje met belangrijke telefoonnummers op de laatste pagina van de kalender. Voor de stickertjes geldt overigens wel weer dat de teksten en symbolen die erop staan niet hetzelfde zijn. Genoemde gelijkenissen worden voorshands echter te gering geacht om van een auteursrechtinbreuk op de gehele Family Survival Planner van Thoeris te kunnen spreken. In het auteursrecht geldt immers dat men zich mag laten inspireren door anderen. Vooralsnog kan ook niet worden gezegd dat het zoeken van aansluiting of het zich laten inspireren in deze zaak zo ver is gegaan dat van een auteursrechtinbreuk sprake is. Om dat te kunnen beoordelen is een nader onderzoek naar de feiten nodig waarvoor het kort geding zich niet leent.

4.3. Voor wat betreft het lijstje met belangrijke telefoonnummers dat zich achterin de kalender bevindt (verder ook het lijstje) geldt het volgende. Het lijstje kan beschouwd worden als een geschrift als bedoeld in artikel 10 lid 1 onder 1 Auteurswet. Derhalve rust op het lijstje auteursrecht. Hema heeft het lijstje in haar familiekalender qua volgorde en benamingen bijna letterlijk overgenomen. Alleen heeft zij in plaats van 'landelijk alarm 112' 'alarmnummer' gezet en in plaats van 'landelijke politie (geen spoed) 0900 8844' 'politie' opgenomen. Verder is het lijstje identiek, waarbij met name opvalt dat ook Hema heeft vermeld 'oma en opa' terwijl het gebruikelijker is om 'opa en oma' te zeggen. Voldoende aannemelijk is derhalve dat Hema dit lijstje ontleend heeft aan het lijstje van Thoeris. Het gaat immers bijna geheel om een eenvoudige herhaling. De wijziging voor wat betreft landelijk alarm en landelijke politie is zo gering dat niet gezegd kan worden dat het lijstje van Hema in haar familiekalender een oorspronkelijk werk is. Het voorgaande betekent dat Hema inbreuk heeft gemaakt op het auteursrecht van Thoeris op het lijstje.

4.4. Bij beantwoording van de vraag of de familiekalender in zijn geheel moet worden aangemerkt als een slaafse nabootsing van de Family Survival Planner en daarmee jegens Thoeris onrechtmatig is, heeft als uitgangspunt te gelden dat het

nabootsen van een ontwerp van een concurrent in beginsel is toegestaan tenzij de nabootsing, door niet af te wijken van het originele ontwerp waar dit wel mogelijk was, nodeloos verwarring veroorzaakt. Het zich door een ontwerp of door details van dat ontwerp laten inspireren is niet onrechtmatig.

4.5. Weliswaar is verdedigbaar dat Hema zich op zijn minst heeft laten inspireren door de Family Survival Planner van Thoeris (en -zoals hiervoor reeds weergegeven- op sommige punten duidelijk aansluiting heeft gezocht bij de Family Survival Planner) maar dat neemt niet weg dat Hema op tal van andere punten -waarvoor verwezen kan worden naar hetgeen onder 4.2 is overwogen- is afgeweken van de Family Survival Planner, zodat bij een gemiddelde oplettende consument voorshands geen sprake is van verwarring. Daar komt bij dat de Family Survival Planner en de familiekalender niet in dezelfde winkel of via dezelfde website te koop zijn en de kalenders een aanzienlijk prijsverschil kennen. Nu voorshands geen sprake is van verwarring, kan de familiekalender niet als een slaafse nabootsing van de Family Survival Planner worden aangemerkt.

4.6. De conclusie luidt dat de vorderingen van Thoeris voor zover deze betreffen inbreuk op de auteursrechten van Thoeris op het lijstje met belangrijke telefoonnummers worden toegewezen. Hema is niet gerechtigd dit lijstje in haar familiekalender te gebruiken en dient opgave te doen als hierna te melden. Hema is niet gehouden op te geven hoeveel familiekalenders 2011 zij nog in voorraad heeft, nu zij de mogelijkheid heeft het lijstje daaruit te verwijderen. De vordering tot vernietiging van de familiekalenders die nog in voorraad zijn wordt om diezelfde reden afgewezen. Een veroordeling tot vernietiging verdraagt zich bovendien niet met het karakter van een voorlopige voorziening.

4.7. De vordering tot schadevergoeding wordt afgewezen omdat niet kan worden vastgesteld of en zo ja welke schade Thoeris heeft geleden door de verkoop van de familiekalender met het lijstje belangrijke telefoonnummers door Hema. Daarvoor is nader onderzoek nodig waarvoor een kort geding zich niet leent.

4.8. De gevorderde dwangsommen worden gematigd en gemaximeerd als na te melden.

4.9. Nu partijen over en weer in het (on)gelijk worden gesteld zullen de proceskosten worden gecompenseerd als na te melden.

5. De beslissing

De voorzieningenrechter

5.1. gebiedt Hema vijf werkdagen na betekening van dit vonnis te (doen) staken en gestaakt te (doen) houden iedere inbreuk op het auteursrecht van Thoeris op het lijstje met belangrijke telefoonnummers in de Family Survival Planner,

5.2. bepaalt dat Hema een dwangsom verbeurt van EUR 100,= per kalender die in strijd met het onder 5.1 gegeven gebod wordt aangeboden, verkocht, verhandeld en/of geleverd, met een maximum van EUR 50.000,=,

5.3. veroordeelt Hema om binnen een maand na betekening van dit vonnis aan mr. J.C.C. van Schie, of bij haar ontstentenis aan een van de andere advocaten van Bousie advocaten, onder overlegging van kopieën van alle onderliggende documentatie zoals facturen en bankafschriften, een door een onafhankelijke registeraccountant gewaarmerkte schriftelijk opgave te doen van:

- het totaal aantal van het lijstje voorziene ingekochte familiekalenders 2011 als genoemd in het lichaam van de dagvaarding;
- het totaal aantal van het lijstje voorziene verkochte familiekalenders 2011 als genoemd in het lichaam van de dagvaarding;
- de totale met de verkoop van de familiekalender 2011 met het lijstje als genoemd in het lichaam van deze dagvaarding behaalde netto winst;
- naam/namen van de leverancier(s) en maker(s) van het lijstje met belangrijke telefoonnummers in de familiekalender 2011 als genoemd in het lichaam van de dagvaarding,

5.4. bepaalt dat Hema een dwangsom verbeurt van EUR 500,= per dag dat zij niet of niet volledig aan de veroordeling onder 5.3 heeft voldaan met een maximum van EUR 10.000,=,

5.5. stelt de termijn als bedoeld in artikel 1019i Rv vast op zes maanden,

5.6. verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad,

5.7. compenseert de proceskosten aldus dat iedere partij de eigen kosten draagt,

5.8. wijst het meer of anders gevorderde af.

Dit vonnis is gewezen door mr. Sj.A. Rullmann, voorzieningenrechter, bijgestaan door mr. B.P.W. Busch, griffier, en in het openbaar uitgesproken op 23 december 2010.