

Vzgr Rb Haarlem, 29 augustus 2008, Funtime v Van der Beek

Starflyer



Around the World



AUTEURSRECHT

Straflyer oorspronkelijk werk

- [Dat de Starflyer oorspronkelijkheid bezit staat vast nu onweersproken is dat de Starflyer de eerste mobiele versie is van een 50 meter hoge zweefmolen.](#) Daarvoor geldt het criterium dat het betreffende werk waarvan bescherming wordt ingeroepen een eigen, oorspronkelijk karakter moet bezitten en een persoonlijk stempel van de maker moet dragen. Door de Hoge Raad is dat criterium onlangs opnieuw geformuleerd in de uitspraak [HR 30 juli 2008, RvdW 2008, 567 \(End-stra-tapes\)](#) met de toevoeging dat de vorm niet ontleend mag zijn aan die van een ander werk en dat de eis dat het voortbrengsel het persoonlijk stempel van de maker moet dragen betekent dat sprake moet zijn van een vorm die het resultaat is van scheppende menselijke arbeid en dus van creatieve keuzes, en die aldus een voortbrengsel is van de menselijke geest. Daarbuiten valt in elk geval al hetgeen een vorm heeft die zo banaal of triviaal is, dat daarachter geen creatieve arbeid

van welke aard ook valt aan te wijzen. [...]. Het eigen karakter van het werk komt onder meer tot uitdrukking in de zogenoemde subjectieve elementen. Die elementen zijn naar de stelling van Funtime bij de Starflyer de toren, de kegelvormige basis van de toren, de draagarmen, de naaf en het platform.

- [De voorzieningenrechter is van oordeel dat onvoldoende aannemelijk is dat de Starflyer een eigen karakter en persoonlijk stempel van de maker draagt, gelet op de functioneel en technisch bepaalde elementen.](#)

Daartoe heeft Funtime het verweer van Van der Beek dat die genoemde elementen functioneel en technisch bepaald zijn, onvoldoende betwist. Weliswaar heeft Funtime - en dan voornamelijk in het kader van de gestelde slaafse nabootsing - aangevoerd dat genoeg alternatieven voorhanden zijn, maar zonder nadere onderbouwing, die ontbreekt, is dat onvoldoende om aan te nemen dat sprake is van een persoonlijk stempel van de maker. Niet valt uit te sluiten dat die elementen technisch en functioneel bepaald zijn. Dit brengt mee dat genoemde elementen geen rol kunnen spelen bij vergelijking van de totaalindrukken van de beide werken ingevolge het arrest van [HR 29 december 1995, NJ 1996, 546 \(Decaux/Mediamax\)](#), nu bij een dergelijke vergelijking uitsluitend de auteursrechtelijk beschermde trekken een rol spelen.

- [Van der Beek heeft bij de Around the World op de punten waarvan onweersproken vaststaat dat afwijking mogelijk was, namelijk de kleurstelling van de installatie, de stoelen, en de staaldraden waar de stoelen aan bevestigd zijn, die afwijking gemaakt, zodat vergelijking op die punten, niet leidt tot de conclusie dat sprake is van inbreuk op auteursrechtelijk beschermde trekken van de Starflyer.](#)

Van alle punten die onbetwist niet technisch of functioneel bepaald zijn resteert dan het punt van de omhooggerichte draagarmen waarvan vast staat dat Van der Beek dit zonder afwijking heeft overgenomen. Dat is echter onvoldoende om te concluderen dat sprake is van een inbreuk op het auteursrecht van Funtime.

SLAAFSE NABOOTSIING

Geen slaafse nabootsing

[Blijkens de verschillen tussen de beide attracties op het punt van de kabels, de stoelen en de versiering acht de voorzieningenrechter voldoende aannemelijk dat Van der Beek de vormgeving van de attractie van Funtime heeft nagebootst enkel op punten waar dat voor de deugdelijkheid en bruikbaarheid vereist was.](#)

Daaraan draagt bij dat bovenop de toren van de Starflyer een constructie in de vorm van een kroon is aangebracht, waaronder dichte katrollen zitten, terwijl de top van de toren bij de Around the World wordt gevormd door open katrollen zonder een kroonvormige top.

Vindplaatsen: LJN: [BE9483](#); IER 2008, nr. 81, p. 328, m.nt. Speyart; BIE 2009, nr. 85, p. 283

Vzgr Rb Haarlem, 29 augustus 2008

(A.J. van der Meer)

vonnis

RECHTBANK HAARLEM

Sector civiel recht

zaaknummer / rolnummer: 148041 / KG ZA 08-396

Vonnis in kort geding van 29 augustus 2008

in de zaak van

de rechtspersoon naar Oostenrijks recht

FUNTIME HANDELS GMBH,

gevestigd te Tirol (Oostenrijk),

eiseres,

procureur mr. M. Middeldorp,

advocaten mr. S.A. Klos en mr. A.C.M. Alkema te

Amsterdam,

tegen

1. de vennootschap onder firma

J.H.A. VAN DER BEEK,

gevestigd te Zaandam, gemeente Zaanstad,

2. [Gedaagde 2],

3. [Gedaagde 3],

4. [Gedaagde 4],

allen wonende te Zaandam, gemeente Zaanstad,

gedaagden,

procureur mr. L. Koning,

advocaten mr. T.F.W. Overdijk en T.A.F. Engels te

Amsterdam.

Partijen zullen hierna Funtime en Van der Beek genoemd worden.

1. De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding
- de conclusie van antwoord
- de mondelinge behandeling
- de pleitnota van Funtime
- de pleitnota van Van der Beek.

1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

2. De feiten

2.1. Funtime, ontwerpt, produceert en verkoopt installaties ten behoeve van attracties voor amusementsparken en kermissen, vaak aangeduid als "thrill rides".

Funtime heeft een dergelijke attractie ontworpen, geproduceerd en op de markt gebracht onder de naam Starflyer, die bestaat uit een zweefmolen die bezoekers in stoeltjes aan een ketting laat ronddraaien tot een hoogte van 50 meter boven de grond.

Funtime heeft de mobiele versie van de Starflyer geleverd aan de Duitse onderneming Goetzke, die daarmee op de Tilburgse kermis in juli 2006 de première in Nederland had.

Op de Tilburgse kermis is de attractie bekroond met de Publieksprijs 2006.

De mobiele versie van de Starflyer is hieronder afgebeeld.



2.2. Blijkens een uittreksel uit het handelsregister te Amsterdam van 6 augustus 2008 zijn gedaagden sub 2, 3 en 4 vennoten van gedaagde sub 1 en voert Van der Beek onder de handelsnaam J.H.A. Van der Beek een kermisbedrijf, en exploiteert zij een vermaakzaak.

2.3. In opdracht van Van der Beek heeft de firma Wabucom B.V. te Middenmeer een (mobiele) kermisattractie gebouwd onder de naam Around the

World. Met deze installatie heeft Van der Beek in 2007 en in 2008 onder meer op de kermis in Tilburg gestaan. Inmiddels heeft Van der Beek drie van deze kermisattracties laten bouwen, twee met 12 draagarmen en plaats voor 24 passagiers en een met 16 draagarmen en plaats voor 32 passagiers, welke laatste door Van der Beek is verkocht aan een Duitse onderneming. De Around the World is hierna afgebeeld.



2.4. De Tilburgse kermis staat bekend als een van de grootste in Europa met een hoog bezoekersaantal. Bovendien functioneert de Tilburgse kermis als een soort vakbeurs, en biedt het exploitanten en aanbieders van attracties de gelegenheid om zaken te doen.

Van der Beek heeft in 2007 (overigens ook in 2008) met de Around the World op de Tilburgse kermis gestaan en daarmee de Publieksprijs 2007 gewonnen.

2.5. Op 21 mei 2008 is Funtime onder nummer EP 1590056 B1 een Europees octrooi verleend voor het ontwerp van de Starflyer.

2.6. Bij brief van 9 november 2007 heeft Funtime Van der Beek gesommeerd wegens vermeende inbreuk op haar octrooirechten en auteursrechten alsmede uit hoofde van vermeende slaafse nabootsing. Bij brief van 16 november 2007 heeft Funtime Van der Beek gesommeerd wegens vermeende inbreuk op haar rechten uit hoofde van haar ongeregistreerde Gemeenschapsmodel.

2.7. Funtime heeft op 27 december 2007 in Engeland een procedure tegen Van der Beek aanhangig gemaakt met betrekking tot de nabootsing van de Starflyer op grond van haar (ongeregistreerde) modelrechten.

3. Het geschil

3.1. Funtime vordert dat de voorzieningenrechter bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad:

1. gedaagden zal bevelen met onmiddellijke ingang te staken en gestaakt te houden iedere inbreuk op de exclusief aan eiseres toekomende auteursrechten met betrekking tot de vormgeving van de in het lichaam van de dagvaarding omschreven en afgebeelde kermisattractie genaamd Starflyer alsmede te staken en gestaakt te houden ieder onrechtmatig handelen bestaande in de productie en exploitatie van nabootsingen van de Starflyer, meer in het bijzonder te staken en gestaakt te houden alle daden van exploitatie van de in het lichaam van de dagvaarding afgebeelde in opdracht van gedaagden vervaardigde attractie Around the World alsmede iedere andere installatie die voor wat betreft de totaalindruk van de uiterlijke vormgeving overeenstemt met de onder 2.1 afgebeelde oorspronkelijke kermisattractie Starflyer alsmede te staken en gestaakt te houden iedere handeling van exploitatie van kermisattracties die voor wat betreft de uiterlijke vormgeving zodanig gelijkens vertoont met de onder 2.1 afgebeelde Starflyer dat daardoor verwarring bij het publiek ontstaat, een en ander op straffe van een dwangsom van

€100.000,00 (honderdduizend euro) per dag of deel van een dag waarop een overtreding wordt begaan,

2. gedaagden zal bevelen binnen 2 (twee) dagen na betekening van dit vonnis een publicatie te doen plaatsen in twee afzonderlijke door eiseres te kiezen kermis vakbladen die uitsluitend de volgende inhoud bevat en ten minste een halve bladzijde beslaat in een duidelijk leesbaar lettertype:

“De voorzieningenrechter van de rechtbank te Haarlem heeft in een vonnis van [DATUM] 2008 geoordeeld dat de door ons geproduceerde kermisattractie “Around the World” een ongeoorloofde nabootsing vormt van de kermisattractie die door Funtime GmbH is ontworpen en onder de naam “STARFLYER” wordt geëxploiteerd. De voorzieningenrechter van de rechtbank te Haarlem heeft ons voorlopig verboden de “Around the World” verder te exploiteren.

Hoogachtend,

J.H.A. van der Beek V.O.F.”

3. voor zover de gevraagde voorzieningen op basis van het auteursrecht worden toegewezen, zal bepalen dat de termijn waarbinnen eiseres op grond van artikel 1019i Rv. een bodemprocedure aanhangig dient te maken wordt gesteld op 6 (zes) maanden te rekenen vanaf de dag van de betekening van dit vonnis,

4. gedaagden zal veroordelen in de kosten van dit geding, daaronder begrepen de volledige kosten voor juridische bijstand op de voet van artikel 1019h Rv.

3.2. Funtime heeft aan haar vordering ten grondslag gelegd dat de attractie Around the World van Van der Beek wat betreft de uiterlijke vormgeving een zeer grote mate van gelijkenis vertoont met haar ontwerp van de Starflyer. Funtime stelt dat de voor de vormgeving kenmerkende onderdelen zelfs voor het overgrote deel identiek zijn. Funtime roept op grond daarvan cumulatief de bescherming in van haar ontwerp op grond van het auteursrecht alsmede de onrechtmatige daad, in het bijzonder de slaafse nabootsing.

Funtime stelt dat het publiek de door Van der Beek vervaardigde attractie verwacht met de Starflyer. Die verwarring en het gevaar voor verdere verwarring wordt veroorzaakt doordat Van der Beek heeft nagelaten voor wat betreft het ontwerp een andere weg in te slaan, welke mogelijkheid wel openstond, nu voor het construeren van een zelfde kermisattractie technische alternatieven bestaan.

Funtime stelt dat zij door de inbreuk op haar auteursrecht c.q. de onrechtmatige handelingen door Van der Beek schade lijdt en spoedeisend belang heeft bij de gevraagde voorzieningen.

3.3. Van der Beek voert verweer. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

4. De beoordeling

Spoedeisend belang

4.1. Van der Beek heeft aangevoerd dat het spoedeisend belang aan de zijde van Funtime ontbreekt, aangezien zij al sinds januari 2007 (het tijdstip van de gunning voor de Tilburgse kermis 2007) en in ieder geval al vanaf juli 2007 (het tijdstip van de Tilburgse

kermis van dat jaar) wist dat Van der Beek met de Around the World op de markt zou komen.

4.2. Dit beroep faalt. Bij de beoordeling van dit verweer moet vooropgesteld worden dat de enkele omstandigheid dat de eisende partij geruime tijd heeft laten verlopen voordat zij in kort geding een tot het verkrijgen van een verbod van de gewraakte handelingen strekkende vordering instelde, de kortgedingrechter er niet van behoeft te weerhouden aan te nemen dat een spoedeisend belang bij de vordering bestaat. Mede gelet op de omstandigheid dat op een kermis nooit meer dan een exemplaar van een attractie als de onderhavige zal worden toegestaan en de gunningen voor kermissen die over een aantal maanden plaatsvinden reeds nu worden toegekend, is de voorzieningenrechter van oordeel dat het door Funtime gevorderde naar zijn aard spoedeisend is.

Algemeen

4.3. Bij de beoordeling van onderhavig geschil dient vooropgesteld te worden dat Funtime geen monopolie claimt op een 50 meter hoge zweefmolen. Tussen partijen is ook niet in geschil dat Funtime de eerste is die een mobiele versie van een 50 meter hoge zweefmolen op de markt heeft gebracht. Funtime beroept zich echter op bescherming van de door haar ontworpen uitvoering van de hoge zweefmolen, de Starflyer. Voorts zij vermeldt dat in het onderhavig geschil niet aan de orde is de vraag of sprake is van inbreuk op eventuele modelrechten of octrooirechten van Funtime, nu zij dergelijke rechten niet aan haar vordering ten grondslag heeft gelegd.

Funtime heeft haar vordering geïllustreerd met foto's van zowel de Starflyer als de Around the World.

4.4. Blijkens de toelichting van partijen ter zitting heeft Van der Beek in 2006 met haar toenmalige attractie, de Soundmachine, op dezelfde kermis in Tilburg gestaan, in de buurt van de Starflyer die aldaar haar Nederlandse premiere beleefde. Naar aanleiding van het succes van die attractie heeft Van der Beek op enig moment besloten een hoge zweefmolen te willen bouwen. Gelet op die erkenning van Van der Beek staat vast dat sprake is van ontlening. Dat Van der Beek, naar zij heeft gesteld haar attractie geheel opnieuw vanaf de tekentafel heeft laten ontwerpen, berekenen en bouwen, doet daaraan niet af.

Ten aanzien van de kenmerkende onderdelen van de attractie zoals die door partijen naar voren zijn gebracht geldt het volgende.

Toren

Vast staat dat de beide torens van de attracties een open vierkante constructie betreffen waarvan de afmetingen van de staanders exact hetzelfde zijn. Bij de toren van de Starflyer wijzen de diagonale verbindingdelen tussen de staanders telkens in dezelfde richting, terwijl de verbindingdelen van de Around the World-toren om-en-om zijn geplaatst. Voorts zijn beide torens aan de basis breder, waardoor een kegelvorm ontstaat. Van der Beek stelt dat de open constructie, de vierkante vorm, de afmetingen van de toren en de verbreding van de basis technisch en functioneel noodzakelijk zijn.

Draagarmen

Vast staat dat de armen van de Starflyer visueel een ster vormen, welk effect wordt bewerkstelligd doordat de draagarmen taps toelopen naar het uiteinde toe, welk onderdeel ook te zien is bij de Around the World. Funtime stelt dat dit het meest karakteristieke onderdeel van de attractie is. Van der Beek beroept zich op de technische noodzaak van het taps toelopen van de draagarmen uit oogpunt van veiligheid bij het onderhoud en een ideaal evenwicht tussen veiligheid en lichtheid van de constructie. Dat laatste in verband met het vervoer ervan. Ter zitting heeft Van der Beek toegelicht dat er verschil zit in uitvoering van de draagarmen, nu deze bij de Starflyer met een zogenaamd H-profiel zijn uitgevoerd, en bij de Around the World door middel van holle ruitvormige zijkanten met daartussen een dunne plaat bevestigd. Van der Beek heeft erkend dat de schuine naar boven gerichte stand van de draagarmen geen technisch doel dient en als vanzelfsprekend is overgenomen.

Naaf

Ten aanzien van de naaf waaraan de draagarmen zijn bevestigd, staat onweersproken vast dat de uitvoering bij beide attracties gelijk is voor wat betreft de bevestiging van de armen aan de onderkant van de naaf, de hoogte van de naaf en de staalverbindingen tussen de boven en onderkant van de naaf. Van der Beek stelt dat deze wijze van uitvoering technisch en functioneel bepaald is.

Platform

Ten aanzien van de uitvoering van het platform bestaand uit vloerplaten in een trapeziumvorm die rondom zijn geplaatst zodat een veelkantige vorm ontstaat die aandoet als een cirkel, geldt dat dit onderdeel bij beide attracties op gelijke wijze is uitgevoerd. Voorts zijn rondom beide platforms hekken geplaatst en is een trap aangebracht. Dit onderdeel van de attractie is kenmerkend omdat het zich op ooghoogte bevindt en het dat gedeelte betreft waar het publiek het meest dichtbij mee in aanraking komt, omdat dit de toegang tot de attractie vormt.

Kabels en stoelen

Vast staat dat bij beide attracties de stoeltjes op een afstand van ongeveer 8 meter hoogte gerekend vanaf de draagarmen zijn opgehangen. Daarbij heeft Funtime gebruik gemaakt van kettingen en Van der Beek van staaldraden. De stoeltjes van de beide attracties verschillen in vormgeving.

Auteursrecht

4.5. Onder verwijzing naar de subjectieve keuzes die gemaakt zijn bij het ontwerp van de attractie stelt Funtime dat de Starflyer een persoonlijk stempel draagt en een eigen en oorspronkelijk karakter heeft. Voor wat betreft de functionele elementen van de Starflyer is een keuze gemaakt uit een aantal alternatieven, aldus Funtime. Uitgaande van de auteursrechtelijke bescherming van de Starflyer stelt Funtime dat de beide attracties naar totaalindruk identiek zijn, hetgeen volgens haar inbreuk door Van der Beek oplevert.

4.6. Van der Beek betwist dat de Starflyer voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking komt omdat bijna alle elementen in de vormgeving van de

attractie zijn gebaseerd op technische keuzes. Op de elementen die zijn aan te merken als het resultaat van creatieve arbeid, zoals de verlichting, de beschildering en overige versiering, kan aldus Van der Beek geen auteursrechtelijke bescherming rusten omdat dit een gangbare stijl is in de kermisbranche, en voorts wijst Van der Beek erop dat zij op die elementen geen inbreuk maakt aangezien de attracties op die punten verschillen.

Verder stelt Van der Beek dat de gestelde gelijkheid van totaalindrukken in dit geval geen geschikte maatstaf is om de inbreukvraag te beantwoorden, omdat de totaalindruk van de beide attracties als geheel wordt gevormd door technische en functionele uitgangspunten en stijlkenmerken. Van der Beek heeft aangevoerd dat zij op de punten waar afwijking mogelijk was een andere keuze heeft gemaakt behoudens de keuze voor de omhooggerichte stand van de draagarmen.

4.7. Bij de beoordeling van de vraag of sprake is van een inbreuk op een auteursrecht dient eerst te worden vastgesteld of sprake is van een werk dat voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking komt.

Daarvoor geldt het criterium dat het betreffende werk waarvan bescherming wordt ingeroepen een eigen, oorspronkelijk karakter moet bezitten en een persoonlijk stempel van de maker moet dragen. Door de Hoge Raad is dat criterium onlangs opnieuw geformuleerd in de uitspraak [HR 30 juli 2008, RvdW 2008, 567 \(Endstra-tapes\)](#) met de toevoeging dat de vorm niet ontleend mag zijn aan die van een ander werk en dat de eis dat het voortbrengsel het persoonlijk stempel van de maker moet dragen betekent dat sprake moet zijn van een vorm die het resultaat is van scheppende menselijke arbeid en dus van creatieve keuzes, en die aldus een voortbrengsel is van de menselijke geest. Daarbuiten valt in elk geval al hetgeen een vorm heeft die zo banaal of triviaal is, dat daarachter geen creatieve arbeid van welke aard ook valt aan te wijzen.

4.8. Dat de Starflyer een oorspronkelijkheid bezit staat vast nu onweersproken is dat de Starflyer de eerste mobiele versie is van een 50 meter hoge zweefmolen. Het eigen karakter van het werk komt onder meer tot uitdrukking in de zogenoemde subjectieve elementen. Die elementen zijn naar de stelling van Funtime bij de Starflyer de toren, de kegelvormige basis van de toren, de draagarmen, de naaf en het platform. De voorzieningenrechter is van oordeel dat onvoldoende aannemelijk is dat de Starflyer een eigen karakter en persoonlijk stempel van de maker draagt. Daartoe heeft Funtime het verweer van Van der Beek dat die genoemde elementen functioneel en technisch bepaald zijn, onvoldoende betwist. Weliswaar heeft Funtime - en dan voornamelijk in het kader van de gestelde slaafse nabootsing - aangevoerd dat genoeg alternatieven voorhanden zijn, maar zonder nadere onderbouwing, die ontbreekt, is dat onvoldoende om aan te nemen dat sprake is van een persoonlijk stempel van de maker. Niet valt uit te sluiten dat die elementen technisch en functioneel bepaald zijn.

4.9. Dit brengt mee dat genoemde elementen geen rol kunnen spelen bij vergelijking van de totaalindrukken

van de beide werken ingevolge het arrest van [HR 29 december 1995, NJ 1996, 546 \(Decaux/Mediamax\)](#), nu bij een dergelijke vergelijking uitsluitend de auteursrechtelijk beschermde trekken een rol spelen.

Van der Beek heeft bij de Around the World op de punten waarvan onweersproken vaststaat dat afwijking mogelijk was, namelijk de kleurstelling van de installatie, de stoelen, en de staaldraden waar de stoelen aan bevestigd zijn, die afwijking gemaakt, zodat vergelijking op die punten, niet leidt tot de conclusie dat sprake is van inbreuk op auteursrechtelijk beschermde trekken van de Starflyer. Van alle punten die onbetwist niet technisch of functioneel bepaald zijn resteert dan het punt van de omhooggerichte draagarmen waarvan vaststaat dat Van der Beek dit zonder afwijking heeft overgenomen. Dat is echter onvoldoende om te concluderen dat sprake is van een inbreuk op het auteursrecht van Funtime.

Slaafse nabootsing

4.10. Funtime heeft aan haar vorderingen eveneens ten grondslag gelegd dat sprake is van slaafse nabootsing en stelt daartoe dat Van der Beek verwarring bij het publiek veroorzaakt doordat Van der Beek heeft nagelaten een andere weg in te slaan terwijl de mogelijkheden daartoe wel openstonden nu oneindig veel technische alternatieven voorhanden zijn. Van der Beek betwist dat en stelt dat de vormgeving in hoofdlijnen technisch bepaald is. Bovendien is, aldus Van der Beek, geen sprake van verwarring.

4.11. Als uitgangspunt geldt bij de beoordeling van een vordering op grond van slaafse nabootsing ingevolge het arrest van [HR 26 juni 1953, NJ 1954, 90 \(Hyster Karry Krane\)](#) dat aangezien het in het algemeen gesproken, aan een ieder moet vrijstaan om zijn industriële producten een zo groot mogelijke deugdelijkheid en bruikbaarheid te geven, het niet is verboden, om te dien einde, ten eigen voordele en mogelijk tot nadeel van een concurrent, van in diens producten geopenbaarde resultaten van inspanning, inzicht of kennis gebruik te maken, zelfs wanneer enkel ten gevolge van dat gebruik maken tussen het eigen product en dat van de concurrent bij het publiek verwarring mocht kunnen ontstaan. Uit het [arrest HR 31 mei 1991, NJ 1992, 391 \(Raamuitzetters\)](#) volgt dat bescherming tegen slaafse nabootsing bestaat uit een verbod verwarring te stichten door na te bootsen op punten waar dat voor de deugdelijkheid en bruikbaarheid van het product niet nodig is.

Bij de beoordeling is derhalve van belang of sprake is van hetodeloos veroorzaken van verwarringsgevaar. De stelplicht en de bewijslast omtrent de mogelijkheid tot het inslaan van een andere weg berust bij degene die bescherming inroept.

4.12. De voorzieningenrechter overweegt dienaangaande als volgt.

De enkele stelling van Funtime dat zich een oneindig aantal alternatieven laat denken, dan wel dat het ook anders had gekund is gelet op de betwistingen van de zijde van Van der Beek onvoldoende om aan te nemen dat zonder aan de deugdelijkheid en bruikbaarheid af-

breuk te doen Van der Beek een andere weg had kunnen inslaan.

De voorzieningenrechter acht de stelling van Van der Beek dat de vierkante vorm en de afmetingen van de toren en de (de-)monteerbare delen daarvan worden bepaald door de wens om de staanders van de toren op een trailer te kunnen vervoeren voldoende aannemelijk nu de maximale afmetingen van een trailer en de belading een gegeven zijn. Ten aanzien van de open constructie van de toren is gelet op de overgelegde voorbeelden van andere hoge kermisattracties naar het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter eveneens voldoende aannemelijk dat een dergelijke uitvoering van een toren door functionele vereisten, namelijk om vatbaarheid voor wind zoveel mogelijk te beteugelen en behoud van lichtheid van de constructie, is bepaald. De technische bepaaldheid van de attractie hangt immers samen met enerzijds de veiligheid en anderzijds de mobiliteit van de attractie.

Ten aanzien van de verbrede basis, is gelet op de betwisting door Van der Beek en bij gebreke van een voorbeeld van een andere mogelijke constructie onvoldoende aannemelijk dat een andere uitvoering mogelijk is zonder aan de deugdelijkheid en bruikbaarheid af te doen. De verwijzing naar andere hoge zweefmolens brengt daarin geen verandering nu dat onder meer niet-mobiele installaties betreft die bovendien minder hoog zijn, en de verwijzing naar de Tower Swing uit Italië enkel is gebaseerd op een schets zonder dat partijen bekend is hoe deze attractie in werkelijkheid is uitgevoerd.

De voorzieningenrechter acht voorts voldoende aannemelijk dat gelet op de benodigde draagkracht voor de draagarmen, alsmede de mogelijkheid tot het vervoeren van de installatie, de vormgeving van de naaf en die van de draagarmen functioneel en technisch is bepaald. Daarbij komt dat de stervorm van de draagarmen uitsluitend een visueel effect betreft. De omhooggerichte stand van de draagarmen draagt aan dat visuele effect niet bij, zodat enkele horizontale plaatsing van de draagarmen van de Around the World het visuele effect van de ster niet anders maakt. Vanuit het perspectief van het publiek op het kermisterrein zou een dergelijk verschil moeilijk waarneembaar zijn.

Verder geldt dat een platform bij een groot aantal andere kermisattracties voorkomt. Gelet op de wijze waarop de attractie voor het publiek toegankelijk dient te zijn om zich toegang tot de attractie te kunnen verschaffen en de samenhang met de vorm van de attractie (een molen met rondom stoeltjes waarin het publiek plaats moet kunnen nemen), acht de voorzieningenrechter voorschans voldoende aannemelijk dat het platform eveneens functioneel bepaald is. Een vierkant platform zou minder functioneel zijn aangezien dat meer ruimte inneemt.

4.13. Blijkens de verschillen tussen de beide attracties op het punt van de kabels, de stoelen en de versiering acht de voorzieningenrechter voldoende aannemelijk dat Van der Beek de vormgeving van de attractie van Funtime heeft nagebootst enkel op punten waar dat voor de deugdelijkheid en bruikbaarheid vereist was.

Daaraan draagt bij dat bovenop de toren van de Starflyer een constructie in de vorm van een kroon is aangebracht, waaronder dichte katrollen zitten, terwijl de top van de toren bij de Around the World wordt gevormd door open katrollen zonder een kroonvormige top.

Dit vonnis is gewezen door mr. A.J. van der Meer en in het openbaar uitgesproken op 29 augustus 2008

4.14. Nog afgezien van de vraag of het voor Van der Beek mogelijk was om op bepaalde punten een andere weg in te slaan zonder aan de deugdelijkheid of bruikbaarheid afbreuk te doen, is voor de vraag of sprake is van slaafse nabootsing eveneens van belang of Van der Beek door dit na te laten verwarring sticht. Voor die vaststelling dient te worden uitgegaan van het gemiddelde publiek en is relevant dat het publiek beide producten meestal niet naast elkaar ziet.

4.15. De voorzieningenrechter is van oordeel dat de door Funtime overgelegde uitdraaien van webfora met opmerkingen van het publiek niet tot de conclusie leiden dat sprake is van verwarring bij het gemiddelde publiek. De stelling van Funtime dat daaruit verwarring blijkt kan daarmee niet worden gestaafd. Ook de aanduiding "Starflyer" bij de attractie Around the World op enkele lijsten van kermisattracties kan daaraan niet bijdragen nu die aanduiding lijkt te zijn bedoeld als een generieke aanduiding van het type attractie. De voorzieningenrechter concludeert dat het gevaar voor verwarring gelet op de technische en functioneel bepaaldheid van de vormgeving van de attractie bijna onvermijdelijk is. Gelet op die technische en functionele vereisten is verwarring echter zoveel mogelijk tegengegaan door de aanduiding met de woorden Around the World op dat deel van de attractie waar de Starflyer met de eigen naam wordt aangeduid, op ooghoogte van het publiek, alsmede door gebruik te maken van andere kleurstellingen en details. Dit leidt tot de conclusie dat geen sprake is van nodeloos verwarringsgevaar.

Conclusie

4.16. Gelet op al het hiervoor overwogene concludeert de voorzieningenrechter dat zowel de auteursrechtelijke grondslag als de grondslag van de slaafse nabootsing niet kunnen leiden tot toewijzing van de vordering. De gevraagde voorzieningen zullen worden geweigerd.

Proceskostenveroordeling

4.17. Op voorstel van de voorzieningenrechter zijn partijen bij de mondelinge behandeling van de zaak onder meer overeengekomen dat bij afwijzing van de vordering op alle grondslagen Funtime aan Van der Beek zal betalen een bedrag van EUR 18.000,- aan proceskosten. De veroordeling zal met inachtneming van de tussen partijen overeengekomen regeling worden toegewezen als in het dictum vermeld.

5. De beslissing

De voorzieningenrechter

5.1. weigert de gevraagde voorzieningen,

5.2. veroordeelt Funtime tot betaling van de proceskosten, aan de zijde van Van der Beek tot op heden begroot op in totaal EUR 18.000,-,

5.3. verklaart deze kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.