

Vzgr Rb Arnhem, 28 oktober 2008, Nibe v Interfocos



Contura 520T



Eco 600



Contura 660T



Eco 610

## AUTEURSRECHT

### Oorspronkelijk werk

Het meest karakteristieke en nog niet in de markt voorkomende element van zowel de Contura 520T als de Contura 660T is volgens Nibe dat de strakke cilindervormige mantel een uitsparing heeft, waarin het teruggelegde gietijzeren deel met verzonken handgrepen te zien is en waarbij de kopse kanten van die dikke buitenmantel duidelijk zichtbaar zijn, als een soort doorsnede. De voorzieningenrechter kan Nibe hierin wel volgen.

Nibe heeft ter zitting duidelijk gemaakt dat haar be-zwaar enkel is gericht tegen het specifiek nabootsen van de combinatie van de onder 4.5 genoemde elementen, welke combinatie volgens haar nog niet in de rest van de markt voorkomt. Het meest karakteristieke en nog niet in de markt voorkomende element van zowel de Contura 520T als de Contura 660T is volgens Nibe dat de strakke cilindervormige mantel een uitsparing

heeft, waarin het teruggelegde gietijzeren deel met verzonken handgrepen te zien is en waarbij de kopse kanten van die dikke buitenmantel duidelijk zichtbaar zijn, als een soort doorsnede. De voorzieningenrechter kan Nibe hierin wel volgen. Nibe heeft voorshands voldoende aannemelijk gemaakt dat zowel de Contura 520T als de Contura 660T door de combinatie van de onder 4.5 opgesomde kenmerken kunnen worden beschouwd als werken met een eigen oorspronkelijk karakter die het persoonlijke stempel van de maker dragen.

### Inbreuk Eco 600?

#### • [Twijfel over inbreukmakende overeenstemmende totaalindruk Contura 520 T met de Eco 600](#)

Uit de eerder getoonde afbeeldingen van andere vrijstaande moderne, cilindervormige kachels blijkt dat deze, bij globale beschouwing, allemaal enigszins op elkaar lijken en dat de verschillende elementen telkens in net iets andere variaties terugkeren. Een afbeelding van een helemaal of bijna identieke cilindervormige mantel met uitsparing, teruggelegd gietijzeren deel met verzonken handgrepen en zichtbare kopse kanten, zoals te zien bij de Contura, bevindt zich echter niet tussen deze afbeeldingen. Wel zijn er voldoende voorbeelden van iets meer ovale of hoekige kachels waarbij de deur terugvalt en de kopse kanten duidelijk te zien zijn. Indien uit grondiger marktonderzoek naar voren zou komen dat het element van de "zichtbare kopse kanten in de cilindervormige mantel" helemaal niet zo oorspronkelijk is als Nibe stelt, is het maar de vraag of er dan nog gesproken kan worden van een inbreukmakend overeenstemmende totaalindruk.

#### • [Nu Interfocos haar verweer door de zeer beknopte substantiëring door Nibe in haar dagvaarding op dit punt niet door middel van gericht marktonderzoek verder heeft kunnen onderbouwen, is een grondiger onderzoek van de markt op dit punt naar het oordeel van de voorzieningenrechter wenselijk.](#)

### Geen inbreuk Eco 610 op Contura 660T

Tussen deze twee kachels zijn er, bij vergelijking van de ter zitting getoonde, werkelijke kachels naar het oordeel van de voorzieningenrechter voldoende verschillen waarneembaar om niet meer te kunnen spreken van een overeenstemmende totaalindruk.

Daarbij verdient vermelding dat bij beschouwing van deze kachels de verschillen daartussen in werkelijkheid veel meer opvielen dan op de foto's te zien is en ook opvallender bleken te zijn dan de verschillen tussen de Contura 520T en de Eco 600, zoals ter zitting getoond. Naast dat de onderkant een ander aanzien vertoont, week de tint grijs flink af, waren de lengte- en breedteverhoudingen van de kachels anders (dat is niet te zien op de hierboven afgebeelde foto's), bleek de rand van het 'dakje' of de bovenkant van de Contura 660T meer afgerond te zijn (dit is dus andersom dan bij de Contura 520T versus de Eco 600), terwijl de Contura 660T in de mantel meerdere horizontale richels vertoonde (ook niet te zien op de foto's) en de vlakverdeling van het speksteen beduidend anders was. Daarnaast waren er de

verschillen die hierboven al zijn opgesomd bij de vergelijking van de Contura 520T en de Eco 600. Voorlopig geoordeeld maakt Interfocos met de Eco 610 geen inbreuk op het auteursrecht van Nibe op de Contura 660T.

## SLAAFSE NABOOTING

### Geen verwarringsgevaar

Naar het oordeel van de voorzieningenrechter is de consument bij de aankoop van dure designproducten, zoals de onderhavige producten zijn, die niet dagelijks en zelfs niet jaarlijks wordt aangeschaft, in het algemeen veel oplettender dan bij de aankoop van meer gebruikelijke en minder dure producten die vaker worden aangeschaft.

Nabootsing van producten is volgens vaste rechtspraak alleen dan ongeoorloofd, indien men, zonder afbreuk te doen aan de deugdelijkheid en de bruikbaarheid van de producten, op bepaalde punten evengoed een andere weg had kunnen inslaan en men, door dit na te laten, verwarring sticht. De voorzieningenrechter is voorschans van oordeel dat Nibe onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt dat er sprake is van verwarringsgevaar bij het publiek. Naar het oordeel van de voorzieningenrechter is de consument bij de aankoop van dure designproducten, zoals de onderhavige producten zijn, die niet dagelijks en zelfs niet jaarlijks wordt aangeschaft, in het algemeen veel oplettender dan bij de aankoop van meer gebruikelijke en minder dure producten die vaker worden aangeschaft. Dit publiek bekijkt, juist omdat ook het uiterlijk van de producten voor hen van belang is, de producten vóór aankoop meestal zorgvuldig wanneer hij zijn keuze tussen de verschillende waren van die categorie voorbereidt en maakt, zie ook HvJ EG 12 januari 2006, ETMR 2006,67( Picasso/Picaro). Daardoor is het ook denkbaar dat hen de verschillen tussen de in het geding zijnde producten, zoals opgesomd onder 4.12, juist wel opvallen en dat zij niet in verwarring raken.

- Daarnaast is voor het aannemen van verwarringsgevaar vereist dat de Contura kachels zich uiterlijk aanmerkelijk onderscheiden van de andere in de handel zijnde modellen, zodat deze kachels een eigen plaats in de markt innemen. Bij de beoordeling of dat het geval is, speelt het "Umfelt" weer een belangrijke rol, zoals de voorzieningenrechter met betrekking tot de gestelde auteursrechtinbreuk al heeft overwogen.

Op dit punt acht de voorzieningenrechter, zoals ook al overwogen, zich onvoldoende voorgelicht. De gevorderde voorzieningen zullen dus ook worden afgewezen, voor zover deze zijn gebaseerd op onrechtmatig handelen, te weten slaafse nabootsing.

## PROCESRECHT

### Afwijzing vordering in kort geding

Hoewel in zaken met betrekking tot het beweerdelijk nabootsen van producten de eisende partij vaak een

spoedeisend belang heeft om daar door middel van een kort gedingprocedure een einde te maken en daar ook dikwijls een voorziening bij voorraad nodig is, zal de voorzieningenrechter in het onderhavige geval de op grond van het auteursrecht gevorderde voorzieningen afwijzen.

- Enerzijds omdat een zorgvuldig oordeel over de gestelde auteursrechtinbreuk naar het oordeel van de voorzieningenrechter een grondiger onderzoek vergt naar de rest van de markt, het eerder genoemde "Umfelt", waarvoor Interfocos in dit kort geding door de beperkte substantiëring in de dagvaarding onvoldoende mogelijkheid heeft gehad.

Een bodemprocedure leent zich bij uitstek voor een gedegen onderzoek naar het "Umfelt". De voorzieningenrechter acht zich op dit punt nog onvoldoende voorgelicht.

- Anderzijds omdat het spoedeisend belang van Nibe naar het oordeel van de voorzieningenrechter niet zodanig groot is, dat een uitkomst in de bodemprocedure niet kan worden afgewacht.

Nibe heeft Interfocos in maart 2007 gesommeerd om de verhandeling van de in geding zijnde Eco kachels te staken en is dus al minstens 1,5 jaar op de hoogte van het bestaan van die Eco kachels. Toewijzing in kort geding van de gevorderde staking van de verhandeling van de Eco 600 heeft voor Interfocos vergaande financiële consequenties en brengt, gezien de onzekerheid over de uitkomst in de bodemprocedure, naar het voorlopige oordeel van de voorzieningenrechter in dit geval een te groot risico met zich mee.

Vindplaatsen:

### Vzgr Rb Arnhem, 28 oktober 2008

(N.W. Huijgen)

Sector civiel recht

zaaknummer / rolnummer: 175097/ KG ZA 08-580

Vonnis in kort geding van 28 oktober 2008

in de zaak van

de vennootschap naar Zweeds recht

NIBE AB,

gevestigd te Markaryd, Zweden,

eiseres,

advocaat mr. F.J. Boom te Arnhem,

tegen

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid INTERFOCOS B.V.,

gevestigd te Bladel,

gedaagde,

advocaten mr. E.J. Louwers en mr. F. Vos te Eindhoven.

Partijen zullen hierna Nibe en Interfocos genoemd worden.

### 1. De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding
- de mondelinge behandeling
- de pleitnota van Nibe
- de pleitnota van Interfocos.

1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

## 2. De feiten

2.1. Nibe is een in 1950 in Zweden opgerichte onderneming die zich richt op de ontwikkeling en verkoop van verwarmingsproducten, waaronder houtkachels. Zij verkoopt haar houtkachels onder verschillende merken, waaronder het merk Contura. Van het laatstgenoemde merk verkoopt zij kachels in, onder meer, Nederland, België, Frankrijk, Duitsland, Oostenrijk, Zwitserland, Denemarken, Noorwegen, Finland, Zweden en het Verenigd Koninkrijk. Zij heeft de Contura 500 serie voor het eerst aan het publiek getoond te Frankfurt in maart 2001. De Contura 600 serie heeft zij in 2003 op de markt geïntroduceerd. Van die series gaat het in deze zaak om de hierna weergegeven modellen:



Contura 520T



Contura 660T

2.2. Interfocos is een Nederlandse onderneming die ook haardproducten verhandelt. Zij verkoopt haar producten voornamelijk in West-Europa, onder meer onder het merk Barbas. Van de Barbas kachels verkoopt zij onder het submerk Eco in Nederland onder meer de Eco 600 en de Eco 610, die hieronder zijn weergegeven:



Eco 600



Eco 610

2.3. Nibe heeft Interfocos in maart 2007 gesommeerd om, onder meer, de verkoop van de Eco 600 en de Eco 610 te staken wegens inbreuk op haar auteursrecht op de Contura 520T respectievelijk de Contura 660T. Later dat jaar heeft zij haar sommatie herhaald. Interfocos verkoopt de genoemde kachels uit de Eco serie nog steeds.

### 3. Het geschil

3. I. Nibe vordert, verkort weergegeven:

- Interfocos te bevelen met onmiddellijke ingang te staken en gestaakt te houden iedere verdere inbreuk op de exclusief aan Nibe toekomende auteursrechten, meer in het bijzonder te staken en gestaakt te houden de productie, verkoop, de ter verkoop aanbidding en het voor deze doeleinden in voorraad houden van kachels waarvan de vormgeving een nabootsing is van de in het lichaam van de dagvaarding omschreven Contura kachels, zulks op straffe van een dwangsom,
- Interfocos te bevelen om aan de advocaat van Nibe te bezorgen een door een registeraccountant, op basis

van door die registeraccountant zelfstandig verricht onderzoek, gecertificeerde verklaring betreffende:

- de totale hoeveelheid inbreukmakende producten die door Interfocos zijn geproduceerd en/of ingekocht en/of besteld, zowel als de totale hoeveelheid inbreukmakende producten die Interfocos in voorraad heeft, alles gespecificeerd naar producttype en leverancier;
- de totale hoeveelheid van inbreukmakende producten die door Interfocos zijn verkocht;
- de kostprijs en/of inkoopprijs zowel als de verkoopprijs van de inbreukmakende producten;
- het totale bedrag aan winst genoten door Interfocos als gevolg van de verhandeling van de inbreukmakende producten;

• de volledige namen en adressen van de producten en/of leverancier van de inbreukmakende producten, alsmede alle andere personen en rechtspersonen die bij de verhandeling zijn betrokken;

c) Interfocos te veroordelen alle door haar geleverde inbreukmakende producten terug te roepen van haar klanten, met uitzondering van privé-consumenten, en de advocaat van Nibe een schriftelijk door een registeraccountant gecertificeerd rapport te verstrekken betreffende de hoeveelheid teruggeroepen en terugontvangen inbreukmakende producten, gespecificeerd per product; d) Interfocos te bevelen de inbreukmakende producten die Interfocos in voorraad heeft, alsmede de teruggeroepen en -ontvangen producten, aan Nibe ter vernietiging op te leveren op een door Nibe op eerste verzoek aan Interfocos te specificeren plaats;

e) Interfocos te veroordelen aan Nibe te voldoen een dwangsom ad € 10.000,- voor iedere dag of deel van een dag waarop Interfocos in gebreke blijft geheel of gedeeltelijk aan de vorderingen sub b) t/m d) te voldoen of- ter keuze van Nibe - voor iedere handeling die een overtreding van de sub b) t/m d) gevorderde bevelen oplevert;

f) voor zover de gevraagde voorzieningen op basis van het auteursrecht worden toegewezen, te bepalen dat de termijn waarbinnen Nibe op grond van artikel 1019i Rv. een bodemprocedure aanhangig dient te maken wordt gesteld op zes maanden te rekenen vanaf de dag van de betekening van het te dezen te wijzen vonnis;

g) Interfocos te veroordelen de volledige kosten van deze procedure, inclusief advocaatkosten, aan Nibe te voldoen.

3.2. Nibe legt daaraan, kort weergegeven, het volgende ten grondslag. De kachels Eco 600 en de Eco 610 van Interfocos zijn een ongeoorloofde verveelvoudiging in de zin van artikel 13 Auteurswet (hierna: Aw) van de Contura 520T respectievelijk de Contura 660T. Daarnaast zijn de Eco 600 en de Eco 610 slaafs nagebootst van de Contura 520T respectievelijk de Contura 660T, hetgeen een onrechtmatige handeling van Interfocos is in de zin van artikel 6:162 BW.

3.3. Interfocos voert gemotiveerd verweer. Volgens haar is er van inbreuk op auteursrecht of slaafse nabootsing geen sprake. De Eco 600 en de Eco 610 zijn volgens haar een logische doorontwikkeling en modernisering van de door haar eerder op de markt gebrachte

Eco 500, Eco 510 en Eco 410, waaraan zij met een team van 14 man heeft gewerkt.

3.4. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

#### 4. De beoordeling

4.1. De (relatieve) bevoegdheid van de voorzieningenrechter is niet in geschil. Interfocos verhandelt haar kachels door heel Nederland en dus ook in dit arrondissement. Dit schept bevoegdheid ten aanzien van de vraag of dit onrechtmatig is.

4.2. Nibe stelt dat sprake is van schending van haar auteursrecht en/of van slaafse nabootsing. Zij beroept zich niet op een modelrecht. Zij heeft wel in verschillende landen een model van haar kachel(s) laten registreren, maar dat is anders en daar gaat het nu niet om.

#### Gelijkenis?

4.3. De voorzieningenrechter stelt voorop dat de kachel Eco 600 van Interfocos naar zijn oordeel vrij grote gelijkenis vertoont met de kachel Contura 520 T van Nibe en dat de kachel Eco 610 van Interfocos ook een zekere gelijkenis vertoont met de Contura 660T van Nibe. Deze gelijkenis brengt echter nog niet met zich mee dat er sprake is van een ongeoorloofde nabootsing. Of dat zo is, is afhankelijk van verschillende factoren, waaronder de mate van overeenstemming en de vormgeving van de in de markt aanwezige houtkachels van derden, het zogenaamde "Umfelt".

#### Auteursrechtelijk beschermde werken?

4.4. Om voor auteursrechtelijke bescherming in de zin van artikel I juncto artikel 10 lid 1 sub 11 Aw in aanmerking te komen moeten de kachels - modellen van nijverheid in de zin van de Auteurswet - volgens vaste rechtspraak een eigen oorspronkelijk karakter hebben en het persoonlijk stempel van de maker dragen. Daarbij is van belang dat de maker de vorm niet heeft ontleend aan die van een ander werk en dat de maker van het werk bij de vormgeving van het werk keuzes heeft gemaakt die subjectief zijn bepaald.

4.5. De voorzieningenrechter constateert dat Nibe in haar dagvaarding weliswaar heeft gesteld dat de Contura kachels een eigen oorspronkelijk karakter hebben en het persoonlijk stempel van de maker dragen, maar dat zij in die dagvaarding en ook in de overgelegde correspondentie niet heeft gespecificeerd welke elementen, of combinatie van elementen, van haar Contura kachels leiden tot de genoemde oorspronkelijkheid en het persoonlijk stempel. Eerst ter zitting heeft zij dit nader en uitgebreid toegelicht. Uit haar betoog ter zitting blijkt dat zij zich beroept op de volgende, volgens haar subjectieve ontwerpkeuzes in het ontwerp naar solide, Scandinavisch design van de in geding zijnde Contura kachels 520 T en 660T:

- 1) de strakke cilindervormige mantel zonder ornamenten,
- 2) de uitsparing in die cilindervormige mantel voor iets meer dan een kwart van die cilindervonn,
- 3) het teruggelegde, vlakke, aanéngesloten zwart gietijzeren deel met verzonken handgrepen; dat een balling heeft die de cilindervorm - zij het enigszins terugliggend - volgt,

4) de zichtbare dwarsdoorsnede van de dikke buitenmantel, te zien in de kopse kanten van die buitenmantel,

5) het overstekende deksel.

4.6. In de rest van de markt bestaat er, behalve bij de in geding zijnde kachels van Interfocos, tussen het veelvoud aan geproduceerde en verhandelde houtkachels geen enkel ontwerp met dezelfde combinatie van ontwerpkeuzes, aldus Nibe. Zij heeft ten behoeve van deze procedure een grote hoeveelheid afbeeldingen overgelegd van houtkachels met andere ontwerpkeuzes, waarbij volgens haar geen afbreuk is gedaan aan de functionaliteit of bruikbaarheid van de kachels. Nibe wil geen auteursrecht claimen op strakke, moderne, cilindervormige vormgeving of op de materialen speksteen en gietijzer of op een combinatie van die materialen. Evenmin wil zij een combinatie van de voornoemde vormgeving en de voornoemde materialen monopoliseren. Het is haar specifiek te doen om de bescherming van de combinatie van de onder 4.5 opgesomde kenmerken, die volgens haar nog niet eerder voorkwam bij houtkachels en nu voor het eerst door Interfocos op zodanige wijze is nagebootst, dat er sprake is van een overeenstemmende totaalindruk.

4.7. Met beide partijen is de voorzieningenrechter van oordeel dat strakke, moderne en cilindervormige vormgeving, die ook bij vrijstaande kachels van andere producenten in de huidige markt veelvuldig voorkomt, op zichzelf een stijlkenmerk is waarop geen auteursrecht kan rusten. De onopgesmukte cilindervorm is bovendien functioneel en wordt al langer toegepast bij kachels. Ook de combinatie van de gebruikte materialen zoals speksteen en gietijzer kwam al eerder bij Interfocos en de rest van de markt voor. Dit is evenzeer deels functioneel bepaald en niet als exclusief te beschermen. Dit geldt ook voor overlans een uitsparing in de mantel ten behoeve van een deurtje, een kijkraam, een lade en/of een (open) oven en/of bergruimte. De deur kan aansluiten aan de mantel maar ook opliggend of verzonken zijn. Enkele voorbeelden van in de rest van de markt voorkomende kachels in de genoemde stijl worden hieronder weergegeven:



Wanders, Luna II



Nordic Fire, Pan S



Cirrus



Wanders, Domus II

Het is de voorzieningenrechter niet duidelijk van welk jaar de hierboven weergegeven ontwerpen dateren. De afbeeldingen van Wanders komen uit de catalogus van 2005/2006, maar dat hoeft niet te betekenen dat die modellen in dat jaar ontworpen zijn. Van de Cirrus is in elk geval onweersproken gesteld dat deze van vóór 2001 dateert. Deze kachel, die óók gelijkenis vertoont, was dus al op de markt vóórdat Nibe de Contura serie introduceerde.

4.8. Volgens Interfocos is de vorm van zowel de Contura als de Eco kachels uitsluitend ingegeven door functionele eisen en kan er daarom geen auteursrecht op rusten. Speksteen kan veel warmte opslaan en de ronde of halfronde vorm wordt toegepast wegens de optimale afgifte van warmte. Ook het houtrekje, het schudrooster, de uitsparing boven de deur, de opberglade, het "zacht-hard "symbool en het ovencompartiment zijn technisch en functioneel bepaalde elementen die alom worden toegepast, aldus Interfocos. Dit verweer gaat echter naar het oordeel van de voorzieningenrechter niet op. Op de overgelegde afbeeldingen van andere houtkachels is te zien dat verschillende vormen kachels mogelijk zijn en dat er ook diversiteit mogelijk is in de vormgeving van het houtrekje, schudrooster, houtlades, uitsparingen en ovencompartimenten. Er zijn dus keuzemogelijkheden in de vormgeving van houtkachels zonder afbreuk te doen aan de functionaliteit ervan, waardoor auteursrechtelijke bescherming mogelijk is.

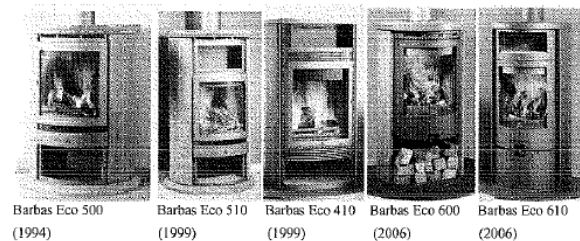
4.9. Nibe heeft ter zitting duidelijk gemaakt dat haar bezwaar enkel is gericht tegen het specifiek nabootsen van de combinatie van de onder 4.5 genoemde elementen, welke combinatie volgens haar nog niet in de rest van de markt voorkomt. Het meest karakteristieke en nog niet in de markt voorkomende element van zowel de Contura 520T als de Contura 660T is volgens Nibe dat de strakke cilindervormige mantel een uitsparing heeft, waarin het teruggelegde gietijzeren deel met verzonken handgrepen te zien is en waarbij de kopse kanten van die dikke buitenmantel duidelijk zichtbaar zijn, als een soort doorsnede. De voorzieningenrechter kan Nibe hierin wel volgen. Nibe heeft voorshands voldoende aannemelijk gemaakt dat zowel de Contura 520T als de Contura 660T door de combinatie van de onder 4.5 opgesomde kenmerken kunnen worden beschouwd als werken met een eigen oorspronkelijk karakter die het persoonlijke stempel van de maker dragen.

De voorzieningenrechter overweegt evenwel dat bij de toepassing van diezelfde combinatie van elementen in

een andere kachel, gegeven het "Umfelt" met talloze kachels in dezelfde stijl, nog niet zonder meer kan worden aangenomen dat de gelijkenis, behoudens door de beweerdelijke inbreukmaker te leveren tegenbewijs, berust op ontlening, dat wil zeggen overname van juist dit werk.

Daarbij kan de stelling van Interfocos dat haar Eco 600 en haar Eco 610 een trendy doorontwikkeling zijn van hun voorgangers, waaraan een heel team heeft zitten werken niet zonder meer als ongeloofwaardig terzijde worden gesteld. Om in kort geding zó ver te kunnen gaan en bovendien vast te kunnen stellen dat het gebruik van dezelfde combinatie van elementen een inbreuk oplevert op het auteursrecht dat op de Contura 520T en 660T rust, zal binnen de totaalindruk van de kachels sprake moeten zijn van een substantiële gelijkenis met zoveel punten van overeenstemming en zo weinig punten van verschil, dat de kachels van Interfocos niet meer kunnen worden aangemerkt als nieuwe, zelfstandige en oorspronkelijke werken maar als een bewerking of nabootsing in gewijzigde vorm van de kachels van Nibe.

Kachels van Interfocos

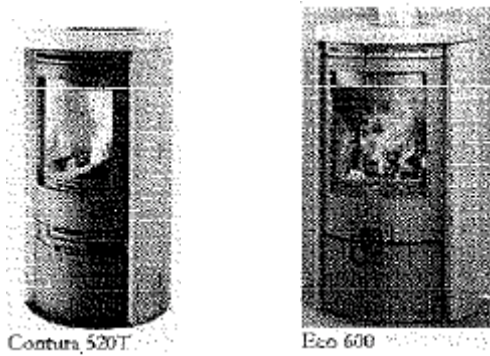


#### Inbreuk?

4.10. Voor de beantwoording van de vraag of Interfocos met de Eco 600 en de Eco 610 al dan niet inbreuk maakt in de zin van artikel 13 Aw op het auteursrecht van Nibe op de Contura 520T respectievelijk de Contura 660T moet, in het licht van het voorgaande, dus worden nagegaan of er, met inachtneming van het hiervoor omschreven karakteristieke element van de Contura 520T en de Contura 660T en binnen de grenzen van de moderne stijl, sprake is van een overeenstemmende totaalindruk bij de Eco 600 en de Eco 610. Daarbij zal de voorzieningenrechter de twee typen kachels waarop Nibe een beroep doet afzonderlijk behandelen.

4.11. Bij de vergelijking van de afzonderlijke typen kachels gaat de voorzieningenrechter uit van de waarneming van de kachels in werkelijkheid, zoals getoond tijdens de zitting, en niet van de waarneming op de overgelegde en in dit vonnis weergegeven foto's. De foto's zijn niet heel scherp en tonen de kachels met brandend hout erin. Tussen de kachels bleken er in werkelijkheid meer verschillen waar te nemen dan op de foto's.

#### Vergelijking van de Contura 520 T met de Eco 600



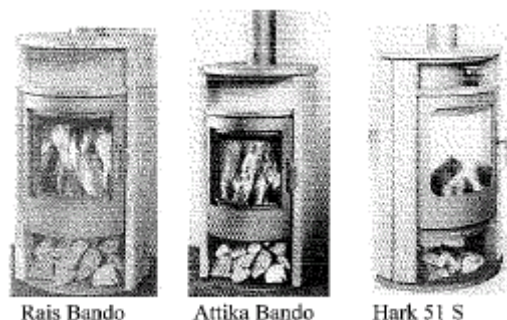
4.12. Bij vergelijking van deze twee kachels is duidelijk te zien dat de Eco 600 net als de Contura 520T een strakke cilindervormige mantel heeft, met daarin een uitsparing waarin het teruggelegde gietijzeren deel met verzonken handgrepen te zien is en waarbij dus de kopse kanten van de dikke buitenmantel duidelijk zichtbaar zijn. Dit karakteristieke element is zeer gelijkend, waarover hierna meer. De totaalindruk van het uiterlijk van de beide kachels wordt naar het oordeel van de voorzieningenrechter echter niet alleen bepaald door dit element, maar ook door een aantal andere uiterlijke kenmerken, waaronder de vorm van de handgreep, de vorm van het houtrekje, de uitsparing boven het ovencompartiment en kleur van het speksteen. De Eco 600 vertoont in werkelijkheid ten opzichte van de Contura 520T de volgende verschillen:

- 1) een strakkere buitenmantel, in die zin dat daarin géén horizontale richel zit (de mantel van de Contura 520T vertoont één horizontale richel, die echter op de foto niet is waar te nemen),
- 2) de andere tint van het speksteen (in werkelijkheid opvallender dan op de foto's); die van de Eco is donkerder, blauwer en minder "wolzig" dan die van de Contura,
- 3) de afgeschuinde bovenrand van de spekstenen dekselkap bij de Eco, tegenover de strakke, scherpe rand bij de Contura,
- 4) de opvallende 'vierkante', 'doorlopende' handgreep in het midden bij de Eco, waarvan de bovenste helft het deurtje bedient en de onderste helft de lade, tegenover de gescheiden, links en rechts gepositioneerde handgrepen bij de Contura,
- 5) het ontbreken bij de Eco van de bij de Contura wel aanwezige in het midden gepositioneerde "zacht-hard" schuif en de opening in de lade,
- 6) de richelvormige uitsparing boven het ovencompartiment, die bij de Eco uit meer delen bestaat en bij de Contura doorloopt,
- 7) een andere vormgeving van het rekje van de vuurkorf (dit verschil is op de foto niet goed waar te nemen)
- 8) de andere kleur en het andere aanzicht van de binnenkant van de haard, bij de Contura geel- en steenachtig en glad, bij de Eco van zwart staal en geribd (alleen te zien zonder brandend hout in de kachel).

4.13. Of er, ondanks de hierboven genoemde verschillen, toch sprake is van een inbreukmakend overeenstemmende totaalindruk, is naar het oordeel van de voorzieningenrechter vooral afhankelijk van het ant-

woord op de vraag hoe oorspronkelijk het meest opvallende element is dat wél overeenstemt, te weten de cilindervormige mantel met daarin een uitsparing waarin het teruggelegde gietijzeren deel met verzonken handgrepen te zien is en waarbij het deksel oversteekt en de kopse kanten van de dikke buitenmantel duidelijk zichtbaar zijn (hierna ook kort aan te duiden met: "de zichtbare kopse kanten in de cilindervormige mantel"). Betreft het een zeer oorspronkelijk en dus auteursrechtelijk sterk beschermd element, dan kan dit element een overheersende rol spelen bij de beoordeling of er sprake is van een overeenstemmende totaalindruk en spelen de wel aanwezige verschillen wellicht een ondergeschikte rol. Is het auteursrecht op dat specifieke onderdeel zwak, dan kunnen de wel aanwezige verschillen er toe leiden dat géén sprake is van een overeenstemmende totaalindruk.

4.14. Interfocos heeft betwist dat de "zichtbare kopse kanten in de cilindervormige mantel" een oorspronkelijk element van de Contura 520T en de Contura 660T is. Ook dat element kwam al eerder voor in het uiterlijk van kachels van derden en deels ook in haar eerdere Eco 500 en 510. Zij voelt zich echter benadeeld in haar verweer op dit punt, omdat Nibe in haar dagvaarding onvoldoende heeft gespecificeerd waaruit de oorspronkelijkheid van de vormgeving van de Contura kachels bestond zodat zij niet kon weten dat haar verweer zich onder meer zou moeten toespitsen op deze "kopse kanten". Zij heeft haar onderzoek voorafgaand aan de zitting niet specifiek daarop toegespitst, maar op de in de markt aanwezige andere vrijstaande moderne, cilindervormige kachels die volgens haar ook op de Contura en Eco kachels lijken. Toch heeft zij ter zitting het verweer gevoerd dat bijvoorbeeld uit de door haar overgelegde afbeeldingen van de kachels van andere producenten zoals de Cosy Heat Cirrus (van voor 2001), de Rais Bando, de Attika Bando en de Hark 51 S, zoals hieronder weergegeven, blijkt dat het element van een terugvallende deur en daarbij de zichtbaarheid van "kopse kanten" al veel voorkomt bij cilindervormige kachels, zodat dit element op zichzelf niet oorspronkelijk is.



4.15. Uit de eerder getoonde afbeeldingen van andere vrijstaande moderne, cilindervormige kachels blijkt dat deze, bij globale beschouwing, allemaal enigszins op elkaar lijken en dat de verschillende elementen telkens in net iets andere variaties terugkeren. Een afbeelding van een helemaal of bijna identieke cilindervormige mantel met uitsparing, teruggelegd gietijzeren deel met verzonken handgrepen en zichtbare kopse kanten, zoals

te zien bij de Contura, bevindt zich echter niet tussen deze afbeeldingen. Wel zijn er voldoende voorbeelden van iets meer ovale of hoekige kachels waarbij de deur terugvalt en de kopse kanten duidelijk te zien zijn. Indien uit grondiger marktonderzoek naar voren zou komen dat het element van de "zichtbare kopse kanten in de cilindervormige mantel" helemaal niet zo oorspronkelijk is als Nibe stelt, is het maar de vraag of er dan nog gesproken kan worden van een inbreukmakend overeenstemmende totaalindruk. Nu Interfocos haar verweer door de zeer beknopte substantiëring door Nibe in haar dagvaarding op dit punt niet door middel van gericht marktonderzoek verder heeft kunnen onderbouwen, is een grondiger onderzoek van de markt op dit punt naar het oordeel van de voorzieningenrechter wenselijk.

#### Vergelijking van de Contura 660T met de Eco 610



4.16. Tussen deze twee kachels zijn er, bij vergelijking van de ter zitting getoonde, werkelijke kachels naar het oordeel van de voorzieningenrechter voldoende verschillen waarneembaar om niet meer te kunnen spreken van een overeenstemmende totaalindruk. Daarbij verdient vermelding dat bij beschouwing van deze kachels de verschillen daartussen in werkelijkheid veel meer opvielen dan op de foto's te zien is en ook opvallender bleken te zijn dan de verschillen tussen de Contura 520T en de Eco 600, zoals ter zitting getoond. Naast dat de onderkant een ander aanzien vertoont, week de tint grijs flink af, waren de lengte- en breedteverhoudingen van de kachels anders (dat is niet te zien op de hierboven afgebeelde foto's), bleek de rand van het 'dakje' of de bovenkant van de Contura 660T meer afgerond te zijn (dit is dus andersom dan bij de Contura 520T versus de Eco 600), terwijl de Contura 660T in de mantel meerdere horizontale richels vertoonde (ook niet te zien op de foto's) en de vlakverdeling van het speksteen beduidend anders was. Daarnaast waren er de verschillen die hierboven al zijn opgesomd bij de vergelijking van de Contura 520T en de Eco 600. Voorlopig geoordeeld maakt Interfocos met de Eco 610 geen inbreuk op het auteursrecht van Nibe op de Contura 660T.

#### Conclusie

4.17. Hoewel in zaken met betrekking tot het beweerdelijk nabootsen van producten de eisende partij vaak een spoedeisend belang heeft om daar door middel van een kort gedingprocedure een einde te maken en daar ook dikwijls een voorziening bij voorraad nodig is, zal de voorzieningenrechter in het onderhavige geval de op grond van het auteursrecht gevorderde voorzieningen afwijzen. Enerzijds omdat een zorgvuldig oordeel over de gestelde auteursrechtinbreuk naar het oordeel van de

voorzieningenrechter een grondiger onderzoek vergt naar de rest van de markt, het eerder genoemde "Umfelt", waarvoor Interfocos in dit kort geding door de beperkte substantiëring in de dagvaarding onvoldoende mogelijkheid heeft gehad. Een bodemprocedure leent zich bij uitstek voor een gedegen onderzoek naar het "Umfelt". De voorzieningenrechter acht zich op dit punt nog onvoldoende voorgelicht. Anderzijds omdat het spoedeisend belang van Nibe naar het oordeel van de voorzieningenrechter niet zodanig groot is, dat een uitkomst in de bodemprocedure niet kan worden afgewacht. Nibe heeft Interfocos in maart 2007 gesommeerd om de verhandeling van de in geding zijnde Eco kachels te staken en is dus al minstens 1,5 jaar op de hoogte van het bestaan van die Eco kachels. Toewijzing in kort geding van de gevorderde staking van de verhandeling van de Eco 600 heeft voor Interfocos vergaande financiële consequenties en brengt, gezien de onzekerheid over de uitkomst in de bodemprocedure, naar het voorlopige oordeel van de voorzieningenrechter in dit geval een te groot risico met zich mee.

#### Slaafse nabootsing?

4.18. Nabootsing van producten is volgens vaste rechtspraak alleen dan ongeoorloofd, indien men, zonder afbreuk te doen aan de deugdelijkheid en de bruikbaarheid van de producten, op bepaalde punten evengoed een andere weg had kunnen inslaan en men, door dit na te laten, verwarring sticht. De voorzieningenrechter is voorshands van oordeel dat Nibe onvoldoende aanmerkelijk heeft gemaakt dat er sprake is van verwarringsgevaar bij het publiek. Naar het oordeel van de voorzieningenrechter is de consument bij de aankoop van dure designproducten, zoals de onderhavige producten zijn, die niet dagelijks en zelfs niet jaarlijks wordt aangeschaft, in het algemeen veel oplettender dan bij de aankoop van meer gebruikelijke en minder dure producten die vaker worden aangeschaft. Dit publiek bekijkt, juist omdat ook het uiterlijk van de producten voor hen van belang is, de producten vóór aankoop meestal zorgvuldig wanneer hij zijn keuze tussen de verschillende waren van die categorie voorbereidt en maakt, zie [ook HvJ EG 12 januari 2006, ETMR 2006,67\( Picasso/Picaro\)](#). Daardoor is het ook denkbaar dat hen de verschillen tussen de in het geding zijnde producten, zoals opgesomd onder 4.12, juist wel opvallen en dat zij niet in verwarring raken.

4.19. Daarnaast is voor het aannemen van verwarringsgevaar vereist dat de Contura kachels zich uiterlijk aanmerkelijk onderscheiden van de andere in de handel zijnde modellen, zodat deze kachels een eigen plaats in de markt innemen. Bij de beoordeling of dat het geval is, speelt het "Umfelt" weer een belangrijke rol, zoals de voorzieningenrechter met betrekking tot de gestelde auteursrechtinbreuk al heeft overwogen. Op dit punt acht de voorzieningenrechter, zoals ook al overwogen, zich onvoldoende voorgelicht. De gevorderde voorzieningen zullen dus ook worden afgewezen, voor zover deze zijn gebaseerd op onrechtmatig handelen, te weten slaafse nabootsing.

#### Proceskosten

4.20. Nibe zal als de in dit kort geding in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de kosten van Interfocos. Interfocos heeft een kostenspecificatie overgelegd van in totaal €17.180,00 en op grond van artikel 1019h Rv. aanspraak gemaakt op dit volledige bedrag. De voorzieningenrechter zal ten aanzien van het salaris van de procureur aansluiten bij de per 1 augustus 2008 in werking getreden indicatietarieven in IE-zaken. Voor niet eenvoudige kort gedingen liggen deze tarieven tussen € 6.000,00 en € 15.000,00. De voorzieningenrechter ziet aanleiding de gevorderde kosten te matigen tot € 9.000,00. De voorzieningenrechter komt tot dit oordeel omdat naar zijn mening de gevorderde proceskosten niet door de aard en de complexiteit van het geschil worden gerechtvaardigd. De complexiteit vergt bijvoorbeeld in elk geval niet dat Interfocos, zoals opgevoerd, ter zitting door maar liefst drie advocaten werd bijgestaan. De kosten aan de zijde van Interfocos worden, gezien het voorgaande, begroot op:

- vast recht €254,00

- salaris procureur €9.000,00

Totaal €9.254,00

#### **5. De beslissing**

De voorzieningenrechter

5.1. wijst de gevorderde voorzieningen af,

5.2. veroordeelt Nibe in de kosten van deze procedure, aan de zijde van Interfocos begroot op €9.254,00.

Dit vonnis is gewezen door mr. N.W. Huijgen en in het openbaar uitgesproken in tegenwoordigheid van de griffier mr. RA. Satijn op 28 oktober 2008.

---