

merkbaar is alleen een rol speelt bij het kartelverbod uit artikel 101 VWEU. Sommige mededingingsbeperkende gedragingen zoals prijsafspraken zijn altijd merkbaar, vanwege hun naar aard mededingingsbeperkende strekking.¹ Betreft een gedraging die geen mededingingsbeperkende strekking heeft, dan moeten de gevolgen voor de mededinging in het concrete geval worden onderzocht. In dat geval kan een gedraging niet merkbaar zijn, wanneer zij vanwege het marktaandeel van de betrokken ondernemingen een zodanig zwak effect op de relevante markt heeft, dat dit effect niet merkbaar is. Het lijkt logisch dat het Hof geen ruimte ziet voor niet-merkbare mededingingsbeperkingen van dominante ondernemingen. Immers, een gedraging van een dominante onderneming zal vanwege het marktaandeel van deze onderneming altijd merkbaar zijn. Dat marktaandeel zorgt ervoor dat de gedragingen van een onderneming met een machtspositie per definitie geen zwak effect op de mededinging op een bepaalde markt kunnen hebben.

4. Daarnaast wijst het Hof op het feit dat in deze zaak de gehanteerde tarieven door middel van wettelijke arbitrage tot stand waren gekomen (r.o. 33). De vraag rijst of onze Geschillencommissie Auteursrecht ook als een dergelijke vorm van arbitrage kan worden gezien. Indien dat het geval is, heeft toetsing van de tarieven door de Geschillencommissie als voordeel dat dit een aanwijzing vormt dat geen sprake is van misbruik van machtspositie. Een verschil is evenwel dat arbitrage onder de Portugese wet verplicht is bij vastgelopen tariefonderhandelingen.²

WB

Hof Amsterdam 15 mei 2018, IEF 17712 (Diwar S.R.L., Workware B.V./4Udesigned B.V., Deco Holding B.V.)

Diwar c.s. maakt de Jim stoel en 4Udesigned maakt de Carlito Wood stoel. De rechtbank oordeelde dat er geen sprake was van auteursrechtinbreuk en geen slaafse nabootsing (IEF 16397). Het hof bekrachtigt het vonnis waarvan beroep. De totaalindrukken van beide stoelen verschillen dusdanig dat van auteursrechtinbreuk niet kan worden gesproken. Het verschil in de totaalindruk wordt in belangrijke mate veroorzaakt door het verschil in poten. Bij deze vergelijking laat het hof, anders dan de rechtbank, het verschil in bevestiging van de poten aan de kuip (voor zover deze niet zichtbaar is als de stoelen zich in staande positie bevinden) buiten beschouwing. De stoelen moeten immers worden beoordeeld in reguliere stand, bij normaal gebruik: staande op poten. De uitkomsten van deze benaderingswijze illustreren dat de toegepaste maatstaven onjuist zijn.

Gerechtshof:

Inbreuk op auteursrecht

3.6 De rechtbank heeft in rov 4.23 overwogen dat, uitgaande van de totaalindruk van de stoel, de kuip weliswaar kenmerkend is en de kuip van beide stoelen grote gelijkenis vertoont, maar de kuip niet zodanig dominant is dat het verschil in de poten daaraan ondergeschikt is. Na in rov 4.24 de beide stoelen met elkaar te hebben vergeleken, komt de rechtbank in rov 4.25 tot het oordeel dat bij de Carlito Wood stoel zowel in de vormgeving van de kuip als bij de (bevestiging van de) poten andere keuzes zijn gemaakt waardoor de totaalindruk van de stoelen zodanig anders is dat de Carlito Wood moet worden aangemerkt als een nieuw, oorspronkelijk werk, zodat daarmee geen inbreuk wordt gemaakt op het auteursrecht van Diwar.

3.7 Tegen deze overwegingen zijn de grieven 2 tot en met 4 gericht, die zich lenen voor gezamenlijke behandeling. Volgens Diwar c.s. is de kuip van beide stoelen kenmerkend. De poten vallen onder de

techniekuitsluiting, althans zijn triviaal, zo al niet als stijlelement (Scandinavisch/van hout dan wel industrieel/van glimmend metaal) uitgesloten van auteursrechtelijke bescherming en tellen in de vergelijking van de totaalindrukken niet mee. In andere woorden, de creativiteit en aldus de auteursrechtelijk beschermde trekken van beide stoelen is niet terug te vinden in de poten maar juist in de kuip, aldus Diwar c.s. Tegen de door de rechtbank geconstateerde verschillen voeren zij, samengevat, aan

- (1) dat de rugleuningen (nagenoeg) gelijk zijn maar de Carlito Wood optisch breder lijkt omdat deze stoel iets kortere poten heeft, waardoor de kuip ook iets lager begint;
- (2) dat de aanzetten van de armleuningen op (nagenoeg) dezelfde hoogte beginnen;
- (3) dat de uitvoering en maatvoering van de armleuningen (nagenoeg) gelijk zijn;
- (4) dat de zitgedeeltes (nagenoeg) gelijk zijn;
- (5) dat de verschillen met betrekking tot de poten grotendeels te maken hebben met de bevestiging aan de onderkant, waarvoor de stoelen moeten worden omgedraaid. Dit is een onjuiste wijze van toetsen nu stoelen als werken van toegepaste kunst moeten worden beoordeeld in reguliere stand, bij normaal gebruik: staande op poten.

Diwar c.s. concluderen dat de vermeende verschillen tussen beide stoelen betreffende de kuip niet bestaan dan wel van zeer ondergeschikt belang zijn en derhalve de auteursrechtelijk beschermde trekken in de Carlito Wood niet dusdanig anders zijn dat de totaalindrukken van de stoelen niet zouden overeenkomen.

3.8 Het hof stelt voorop dat Diwar c.s. geen grief hebben gericht tegen het oordeel van de rechtbank in rov. 4.18 dat de Jim stoel moet worden aangemerkt als een in "zekere mate auteursrechtelijk te beschermen ontwerp". Dit betekent dat er (ook) in hoger beroep van moet worden uitgegaan dat de Jim stoel een relatief beperkte beschermingsomvang heeft.

3.9 Voor de vraag of 4Udesigned met de verkoop van de Carlito Wood stoel inbreuk maakt op het auteursrecht van Diwar op de Jim stoel dienen de totaalindrukken van

¹ Over de relatie tussen de merkbaarheids-toets uit art. 101 VWEU en art. 102 VWEU. Zie: P. Kreijger, 'Post Danmark - A bit less confused at a higher level', *NTER* 2016/1, p. 15.
² R.o. 47, Concl. A-G Wahl, HvJ EU 20 december 2017, zaak C-525/16, ECLI:EU:C:2017:1020 (MEO).

de beide stoelen – de rode versie van de Jim stoel is links en de (witte) Carlito Wood is rechts afgebeeld – met elkaar te worden vergeleken. Bij deze vergelijking laat het hof, anders dan de rechtbank, buiten beschouwing het verschil in bevestiging van de poten aan de (onderzijde van de) kuip voor zover deze niet zichtbaar is als de stoelen zich in staande positie bevinden. Zoals Diwar c.s. terecht aanvoeren, moeten de stoelen als werken van toegepaste kunst immers worden beoordeeld in reguliere stand, bij normaal gebruik: staande op poten.

3.10 Evenals de rechtbank komt het hof tot de conclusie dat de totaalindrukken van de beide stoelen – zowel gezien van de voorzijde (afbeelding 1A en 1B), van bovenaf (afbeelding 2A en 2B), van de zijkant (afbeelding 3A en 3B) als van de achterzijde (afbeelding 4A en 4B) – dusdanig verschillen dat van auteursrechtinbreuk niet kan worden gesproken. Het verschil in totaalindruk wordt in belangrijke mate veroorzaakt door het verschil in poten. De houten poten van de Carlito Wood geven deze

stoel een sober, robuust uiterlijk, passend in de Scandinavische stijl, terwijl de glimmende metalen poten van de Jim, waarvan de bevestigingen aan de bovenzijde van het zitgedeelte zichtbaar zijn (afbeelding 2A), aansluiten bij de Italiaanse stijl van de jaren '50. Zoals Diwar c.s. zelf aanvoeren, zijn de rugleuningen (nagenoeg) gelijk maar lijkt de Carlito Wood optisch breder omdat deze stoel iets kortere poten heeft. Aldus onderkennen in feite ook Diwar c.s. dat door (het verschil in) de keuze van de poten het totaalbeeld van de stoelen verschilt. Dat de afmetingen van de armleuningen en de zitgedeeltes (nagenoeg) gelijk zijn, leidt niet tot een ander oordeel. De grieven hebben geen succes.

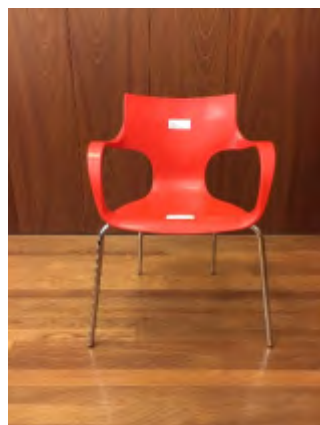
Slaafse nabootsing

3.11 Met grief 5 komen Diwar c.s. op tegen de afwijzing van hun vordering gebaseerd op slaafse nabootsing. Volgens Diwar c.s. zijn er met betrekking tot de Carlito Wood stoel geen andere keuzes gemaakt, terwijl dat wel goed mogelijk was. Ten tijde van de aankoop werden de kuipen

van de Jim en zeer waarschijnlijk ook die van de Carlito Wood los van de poten geleverd, aldus Diwar c.s.

3.12 Het hof stelt (evenals de rechtbank) voorop dat ten aanzien van een product dat niet (langer) wordt beschermd door een absoluut recht van intellectuele eigendom, geldt dat nabootsing van dit product in beginsel vrijstaat, zij het dat dit beginsel uitzondering lijdt wanneer door de 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 – zonder afbreuk te doen aan de deugdelijkheid of bruikbaarheid van zijn product – mogelijk en nodig is om te voorkomen dat door gelijkheid van beide producten gevaar voor verwarring ontstaat.

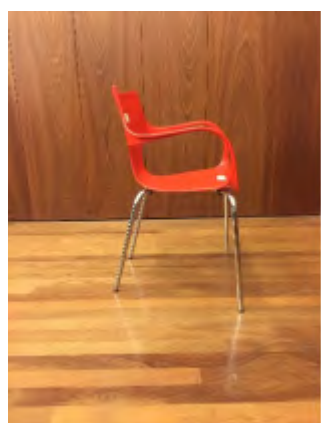
Om aanspraak te kunnen maken op bescherming tegen een dergelijke nabootsing is echter vereist dat het product (in casu de Jim stoel) een zeker onderscheidend vermogen en een eigen plaats op de markt heeft. Dat de Jim stoel op grond van



afbeelding 1A en 1B



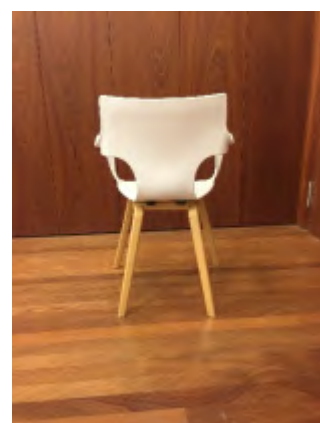
afbeelding 2A en 2B



afbeelding 3A en 3B



afbeelding 4A en 4B





Ontwerp van George Nelson

haar vormgeving/uiterlijk (in voldoende mate) aan deze criteria voldoet, hebben Diwar c.s. – tegen de achtergrond van de gemotiveerde en met producties gestaafde betwisting van geïntimeerden (waaronder de bij pleidooi overgelegde productie 17 met afbeeldingen van vóór 2002 vervaardigde stoelen, in het bijzonder de Pretzel chair uit de jaren '50) – onvoldoende feitelijk toegelicht. Dat geldt eveneens voor hun stelling dat de kuip van de Jim stoel ten tijde van de aankoop van de Carlito Wood ook los van de poten werd geleverd. De grief slaagt niet.

Noot

De uitspraak is een sprekend voorbeeld van de averechtse uitkomsten die de toepassing van het criterium van de totaalindruk veroorzaakt; de poten van de stoel verschillen volgens rechtbank en hof dermate veel van elkaar dat de totaalindruk tussen beide dusdanig verschilt dat geen sprake is van een inbreuk op het auteursrecht. Wie evenwel het zitgedeelte zonder de ondersteunende poten bekijkt en vergelijkt kan niet anders oordelen dat van

overeenstemming en dus van inbreuk op het auteursrecht sprake is. Ten onrechte wordt met het criterium van de totaalindruk tot uitgangspunt genomen dat alleen de vorm van het gebruiksvoorwerp in zijn geheel, respectievelijk de overeenstemming tussen beide, de te beoordelen vormgeving is. Misschien ware het beter om de totaalindruk van het geheel als een afzonderlijk voorwerp van beoordeling, in plaats van als enige maatstaf te gaan hantieren. Een eveneens onjuiste invalshoek die het gevolg lijkt van de maatstaf van de totaalindruk is het bij de vergelijking door het hof, anders dan de rechtbank, buiten beschouwing laten van het verschil in bevestiging van de poten aan de (onderzijde van de) kuip voor zover deze niet zichtbaar is als de stoelen zich in staande positie bevinden. De stoelen moeten volgens het hof als werken van toegepaste kunst immers worden beoordeeld in reguliere stand, bij normaal gebruik: staande op poten. Tsjja, niet beschermd en geen inbreuk wanneer hoogst originele elementen zich aan de onder- achter- of zijkant van een werk zouden bevinden? Het zijn vrij absurde gedachten die opkomen; moet

men de achterzijde niet beschermd achten en/of geen inbreuk aannemen omdat men er niet tegelijk met de voorzijde een totaalindruk mee weet te krijgen? Moet niet alleen de maatman, maar ook zijn blikrichting worden gedefinieerd om bescherming en/of inbreuk vast te kunnen stellen? Misschien eerst eens een lesje 'waarnemen en weergeven' bij de kubisten volgen. Zij wisten immers alle zijden van het driedimensionale voorwerp in het platte vlak af te beelden.

Tot slot; niet valt uit te sluiten dat het hof zich bij zijn afwijzing van de inbreuk liet beïnvloeden door de door de rechtbank aangenomen 'beperkte beschermingsomvang' hetgeen resoneert in het oordeel van het hof over het gebrek aan een eigen gezicht van het ontwerp van eisers; de Jimstoel leek te veel op het ontwerp van George Nelson. Afbeeldingen van dat ontwerp zijn door de redactie in de uitspraak opgenomen zodat de lezer zich ook daarover een eigen oordeel kan vormen.

MdZ