ECLI:NL:GHDHA:2013:3356

Instantie	Gerechtshof Den Haag
Datum uitspraak	13-08-2013
Datum publicatie	06-09-2013
Zaaknummer	200.122.433-01
Rechtsgebieden	Civiel recht
Bijzondere kenmerken	Hoger beroep kort geding
Inhoudsindicatie	IE; modelrecht en auteursrecht televisies. Geïnformeerde gebruiker; in aanmerking te nemen afbeeldingen uit modelregistratie; beschermingsomvang; geen inbreuk.
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl

Uitspraak

GERECHTSHOF DEN HAAG

Afdeling civiel recht

Zaaknummer : 200.122.433/01

Zaak/rolnummer Rb : C/09/432020/KG ZA 12-1331

arrest van 13 augustus 2013

inzake

de rechtspersoon naar Deens recht

BANG & OLUFSEN A/S,

gevestigd te Struer, Denemarken,

appellante,
tevens geïntimeerde in voorwaardelijk incidenteel beroep,

hierna te noemen: B&O,

advocaat: mr. T. Cohen Jehoram te Amsterdam,

tegen

1. **LOEWE OPTA NEDERLAND B.V.,**
   gevestigd te Utrecht,
   hierna te noemen: Loewe Nederland,

2. de rechtspersoon naar Duits recht

   LOEWE OPTA GmbH,
   gevestigd te Kronach, Duitsland,
   hierna te noemen: Loewe GmbH,

3. de rechtspersoon naar Duits recht

   LOEWE AG,
   gevestigd te Kronach, Duitsland,
   hierna te noemen: Loewe AG,

   geïntimeerden,
   tevens appellanten in het voorwaardelijk incidenteel beroep,
   hierna gezamenlijk te noemen: Loewe (in enkelvoud),
   advocaat: mr. L.Ph.J. van Utenhove te s-Gravenhage.

Verloop van het geding

Bij exploot van 18 februari 2013 is B&O in hoger beroep gekomen van het tussen partijen gewezen vonnis van de voorzieningenrechter in de rechtbank Den Haag van 21 januari 2013. Daarbij heeft B&O elf grieven tegen het vonnis waarvan beroep aangevoerd. Ter rolle van 26 februari 2013 heeft B&O een conclusie van eis in hoger beroep, tevens houdende vermeerdering van eis, met producties genomen. Bij memorie van antwoord, tevens memorie van grieven in het voorwaardelijk incidenteel appel, tevens akte houdende overlegging producties, heeft Loewe de grieven bestreden en heeft zij, onder aanvoering van één grief, voorwaardelijk incidenteel beroep ingesteld. Bij memorie van antwoord in het voorwaardelijk incidenteel appel heeft B&O de grief bestreden.

Op 28 mei 2013 heeft Loewe drie televisies doen deponeren, te weten: één exemplaar van de (hierna in rov. 1.3 te noemen) BeoVision 10, met een wit luidsprekerfront en op een voet, en twee exemplaren van de Reference ID (zie hierna, rov. 1.4), beide met een zwart luidsprekerfront, waarvan één met een zilverkleurige, en één met een houten omlijsting. De laatste staat op een voet.

Op 30 mei 2013 hebben partijen de zaak doen bepleiten, B&O door haar voornoemde advocaat en mr. E.J. Morée, advocaat te Amsterdam, en Loewe door mrs. M.L.J. van de Braak en F.W.E. Eijsvogels, advocaten te Amsterdam, allen aan de hand van pleitnotities die aan het procesdossier zijn toegevoegd. Daarbij zijn uit de pleitnota zijdens B&O de nrs. 27-30 en uit de pleitnota zijdens Loewe de nrs. 83 en verder niet voorgedragen. Door beide partijen zijn ter gelegenheid van het pleidooi aanvullende stukken ingediend, die in het van de pleitzitting opgemaakte proces-verbaal zijn gespecificeerd. Voorts heeft B&O ter zitting drie voorwerpen gedeponeerd, te weten: twee kartonnen schaalmodellen van respectievelijk het hierna, onder 1.2, te noemen model en de Reference ID en één zwart luidsprekerfront ten behoeve de BeoVision 10.

Vervolgens hebben partijen op 2 juli 2013 een akte genomen naar aanleiding van het arrest van de Hoge Raad van 31 mei 2013 in de zaak Apple/Samsung (LJN BZ1983).
Arrest is bepaald op heden.

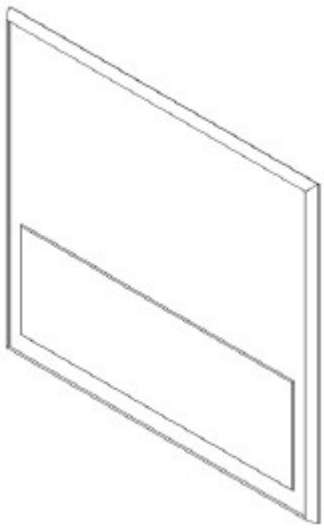
Beoordeling van het beroep

Inleiding

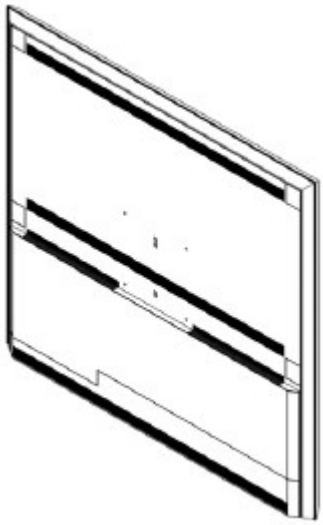
1. De door de voorzieningenrechter in rov. 2.1 tot en met 2.7 van het bestreden vonnis vastgestelde feiten zijn niet weersproken. Aan die vaststelling, alsmede aan hetgeen in hoger beroep nog is aangevoerd en onweersproken is gebleven, wordt het volgende ontleend.

    1.1. B&O is een Deense producent van technisch hoogwaardige audio- en videoproducten, zoals televisies.

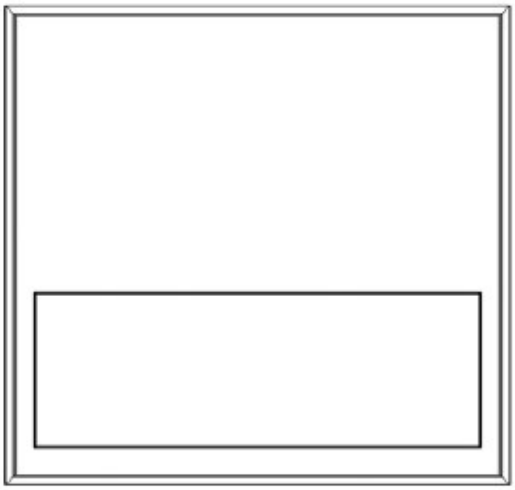
    1.2. B&O is houdster van het op 29 juli 2009 onder nummer 001595521-0001 ingeschreven Gemeenschapsmodel voor Televisietoestellen (hierna ook: het model). Het model roept prioriteit in van 27 maart 2009 op basis van de Deense aanvrage DK 2009 00046.1 Bij de registratie behoren de volgende tekeningen:
    0001.1

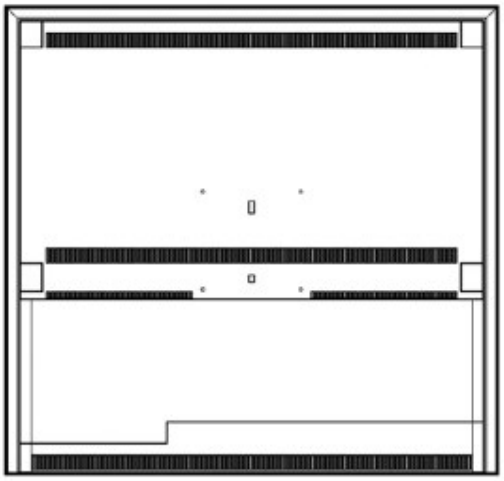


0001.2



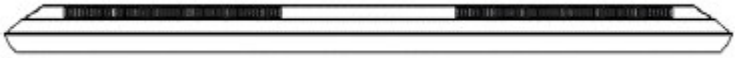
0001.3 0001.4





0001.5 0001.6

0001.7



1.3. B&O brengt sinds eind 2009 een flat screen televisie op de markt onder de naam BeoVision 10. Daarin zijn de kenmerken van het model belichaamd. Voor de BeoVision 10 zijn verschillende soorten frames en verschillende kleuren luidsprekerfronten beschikbaar. Hierdoor kan het uiterlijk van de BeoVision 10 worden aangepast aan de omgeving en de eigen smaak. De BeoVision 10 kan aan de muur worden gehangen, maar is ook verkrijgbaar met een voet. De BeoVision 10 is onder meer verkrijgbaar in de volgende uitvoeringsvormen:

1.4. Loewe richt zich eveneens op de productie en verkoop van audio- en videoproducten. Tijdens de consumentenelektronicabeurs in Berlijn (de IFA, die werd gehouden tussen 31 augustus en 5 september 2012) heeft Loewe haar nieuwste flat screen televisie gepresenteerd,

de Loewe Reference ID. ID staat voor Individual Design. Ook deze televisie kan geheel aangepast worden aan de (woon)stijl van de consument. Zo zijn er luidsprekercovers in verschillende designs en materialen, waaronder leder, kan het frame bestaan uit diverse materialen zoals hout of aluminium en is de televisie plaatsbaar op een voet of kan deze door middel van een standaard, als ware het een fotolijst, in de kamer gezet worden; het aan een muur ophangen van de televisie is ook mogelijk. Voorbeelden van uitvoeringsvormen van de Reference ID zijn de volgende:

Figuur 1

Figuur 2

Figuur 3

Figuur 4

Figuur 5

Figuur 6

1.5. B&O is van mening dat de Loewe Reference ID inbreuk maakt op haar modelrecht alsook op het auteursrecht ten aanzien van het ontwerp van de BeoVision 10. Op 19 november 2012 heeft

B&O Loewe gesommeerd de inbreuk op haar uitsluitende rechten te staken en gestaakt te houden. Loewe AG heeft op 26 november 2012 schriftelijk aangegeven aan de sommatie geen gehoor te geven.

1.6. Loewe brengt de Reference ID sinds begin 2013 in diverse EU-landen op de markt.

2. De voorzieningenrechter heeft, na te hebben vastgesteld dat hij ten aanzien van alle gedaagden internationale bevoegdheid heeft, ook wat betreft de gevraagde grensoverschrijdende voorzieningen, de vorderingen afgewezen. Hij was voorshands van oordeel dat de Reference ID ten opzichte van het model een andere algemene indruk maakt, zodat van inbreuk op dat model geen sprake is. De op het auteursrecht gebaseerde vorderingen heeft hij afgewezen op de grond dat B&O niet aannemelijk heeft gemaakt dat zij auteursrechthebbende is op de BeoVision 10.

3. In het principale beroep hebben de grieven 1 tot en met 6 betrekking op de afwijzing van de vordering gegrond op het modelrecht. In grief 7 klaagt B&O over het buiten beschouwing laten van stukken door de voorzieningenrechter. De grieven 8 en 9 zien op het auteursrecht. Met grief 10 beoogt B&O het geschil in volle omvang aan het hof voor te leggen. Grief 11 ten slotte betreft de hoogte van de in eerste aanleg aan Loewe toegewezen proceskostenvergoeding.
Met haar grief in het voorwaardelijk incidentele beroep benadrukt Loewe haar verweer dat de op het auteursrecht gestoelde vorderingen in ieder geval moeten worden afgewezen voor andere landen dan Nederland, omdat het auteursrecht niet geharmoniseerd is en niet vastgesteld kan worden dat de BeoVision 10 naar het recht van andere (EU-)landen dan Nederland een auteursrechtelijk beschermd werk is en/of dat daarop met de Reference ID inbreuk wordt gemaakt.

Bevoegdheid

4. Het hof dient ambtshalve vast te stellen of en in hoeverre de Nederlandse rechter (rechtbank voor het gemeenschapsmodel) internationaal bevoegd is tot kennisneming van de ingestelde vorderingen. Het hof oordeelt, net als de voorzieningenrechter dat dit ten aanzien van alle geïntimeerden het geval is, ook voor zover met de vorderingen grensoverschrijdende voorzieningen worden gevraagd.

   Voor zover het gaat om de vorderingen betreffende inbreuk op het Gemeenschapsmodel is deze bevoegdheid ten aanzien van de in Nederland gevestigde verweerder (Loewe Nederland) gebaseerd op artikel 82 lid 1 juncto 90 lid 3 Verordening (EG) Nr. 6/2002 van de Raad van 12 december 2001 betreffende de gemeenschapsmodellen (hierna: GModVo), en ten aanzien van de in Duitsland gevestigde verweerders (Loewe GmbH en Loewe AG) op artikel 79 GModVo juncto artikel 6 sub 1 Verordening (EG) Nr. 44/2001 (hierna: EEX-Verordening). In dat verband overweegt het hof dat bevoegdheid op grond van artikel 6 sub 1 EEX-Verdrag/Verordening in beginsel territoriaal onbeperkt is, en dat in het kader van voorlopige voorzieningen (artikel 90 lid 3 van) de GModVo daaraan niet afdoet.

   Voor zover het gaat om de vorderingen betreffende auteursrechtinbreuk is de internationale bevoegdheid ten aanzien van Loewe Nederland gebaseerd op artikel 2 EEX-Verordening, en ten aanzien van Loewe GmbH en Loewe AG op artikel 6 sub 1 EEX-Verordening.

   Bij dit alles merkt het hof op dat Loewe niet (langer) betwist dat, ook in de auteursrechtelijke context, sprake is van eenzelfde situatie rechtens in het kader van artikel 6 sub 1 EEX-Verordening (vgl. HvJ EU 1 december 2011, C-145/10, Painer).

De processuele grief

5. In grief 7 beklaagt B&O zich erover dat de voorzieningenrechter bij pleidooi door B&O overgelegde stukken buiten beschouwing heeft gelaten. Behandeling van de daartegen gerichte klacht kan achterwege blijven. De desbetreffende stukken zijn immers in hoger beroep alsnog overgelegd, zodat het hof de beoordeling van de grieven mede daarop kan gronden. B&O mist om die reden belang bij haar grief.

Het modelrecht; inleiding

6. In de onderhavige zaak is onder meer de vraag aan de orde of Loewe met het op de markt brengen van de Reference ID inbreuk maakt op het model. Aangezien het gaat om een Gemeenschapsmodel dient die vraag te worden beantwoord met toepassing van de GModVo.
De geldigheid van het model wordt niet bestreden. Beoordeeld dient dus te worden of de Reference ID valt binnen de beschermingsomvang van het model. Daartoe dient allereerst te worden vastgesteld hoe groot die beschermingsomvang is. Partijen erkennen dat in dat kader een vergelijking dient te worden gemaakt tussen het model en het vormgevingserfgoed (de modellen die voorafgaand aan de aanvrage of de prioriteitsdatum aan het publiek ter beschikking waren gesteld, art. 6 GModVo).
Dat dit juist is blijkt uit het arrest van de Hoge Raad van 31 mei 2013 in de zaak Apple/Samsung, LJN BZ1983. Daarin overwoog de Hoge Raad onder meer (rov. 4.3):

   () bestaat immers tussen de beantwoording van de vragen of een model geldig is, en wat de beschermingsomvang daarvan is, in die zin verband dat, indien vaststaat dat een model geldig is, de beschermingsomvang daarvan (i) afhankelijk is van de afstand die bestaat tussen het model en eerdere soortgelijke modellen, en (ii) ten opzichte van latere modellen niet groter is dan de afstand die bestaat tussen het model en eerdere soortgelijke modellen.

   En (rov. 4.8):

   Bij de beoordeling van de () klachten wordt voorop gesteld dat zij, zoals uit hetgeen hiervoor in 4.3 is overwogen volgt, op een onjuiste rechtsopvatting berusten voor zover zij verdedigen dat de afstand die bestaat tussen het model waarvan de bescherming wordt ingeroepen en eerdere anticiperende modellen uit het vormgevingserfgoed, uitsluitend van belang is bij de beantwoording van de vraag of het model nietig is, en niet (opnieuw)bij de beoordeling van de beschermingsomvang daarvan.

   In dit arrest verwierp de Hoge Raad voorts de klacht tegen de wijze van vergelijking tussen het model en het vormgevingserfgoed zoals toegepast door dit hof in voormelde zaak (arrest van 24 januari 2012, LJN BV1612), te weten de vaststelling van de mate waarin elk van de kenmerkende elementen van het model voorkwam in de modellen uit het vormgevingserfgoed van de betrokken sector (in het bijzonder een zestal modellen waarop door Samsung een beroep was gedaan). De Hoge Raad overwoog in rov. 4.4 ten aanzien van het door het hof verrichte onderzoek, door de Raad weergegeven in rov. 3.4 onder (a) van zijn arrest, dat dit op een juiste rechtsopvatting berust.

   Bij de beoordeling van de onderhavige zaak zal het hof de aldus door de Hoge Raad juist bevonden toetsingsmaatstaven tot uitgangspunt nemen.

Het modelrecht; de grieven

Grief 1: de geïnformeerde gebruiker

7. In haar eerste grief maakt B&O bezwaar tegen de overweging van de voorzieningenrechter dat de geïnformeerde gebruiker tevens op de details zal letten en dat dit tot consequentie heeft dat eerder moet worden aangenomen dat het model/voortbrengsel een andere algemene indruk maakt. B&O betoogt dat de overweging in het laatste zinsdeel in strijd is met de bedoeling van de Europese wetgever, te weten een hoge geldigheidsdrempel, met als consequentie een hoog beschermingsniveau. Verder stelt B&O dat de voorzieningenrechter heeft veronachtzaamd dat de geïnformeerde gebruiker bij zijn vergelijking tussen het model en het aangevallen voortbrengsel verschillende omstandigheden meeweegt, waaronder het vormgevingserfgoed, de aard van het voortbrengsel, de betrokken bedrijfstak en de vrijheid van de ontwerper.

8. De door de voorzieningenrechter gehanteerde omschrijving van de geïnformeerde gebruiker is juist. Deze is immers ontleend aan het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJEU) van 20 oktober 2011, C-281/10, NJ 2012, 443 in de zaak Pepsico/Grupo Promer. In rov. 53 van dat arrest heeft het HvJEU de geïnformeerde gebruiker omschreven als een gebruiker die niet slechts gemiddeld, maar in hoge mate aandachtig is, hetzij door zijn persoonlijke ervaring, hetzij door zijn uitgebreide kennis van de betrokken sector. In rov. 59 heeft het HvJEU daaraan toegevoegd dat de geïnformeerde

gebruiker weliswaar niet de redelijk geïnformeerde, omzichtige en oplettende gemiddelde consument is die een model gewoonlijk als geheel waarneemt en niet op de verschillende details ervan let, maar dat het evenmin gaat om de vakman die in detail de minieme verschillen die mogelijkerwijs tussen de conflicterende modellen bestaan, kan onderscheiden. Het bijvoeglijke naamwoord geïnformeerde suggereert volgens het HvJEU dan ook dat de gebruiker, zonder een ontwerper of technisch deskundige te zijn, de in de betrokken sector bestaande verschillende modellen kent, een zekere kennis bezit met betrekking tot de elementen die deze modellen over het algemeen bevatten, en door zijn belangstelling voor de betrokken voortbrengselen blijk geeft van een vrij hoog aandachtsniveau bij gebruik ervan.
De toevoeging van de voorzieningenrechter (in navolging van dit hof in zijn hiervoor genoemde arrest in de zaak Apple/Samsung, rov. 9.2) dat de aldus tot uitgangspunt genomen kennis en het aandachtsniveau van de geïnformeerde gebruiker tot gevolg heeft dat eerder moet worden aangenomen dat het model/voortbrengsel een andere algemene indruk wekt, heeft geen andere strekking dan dat het in aanmerking nemen, door de geïnformeerde gebruiker, van detailverschillen, er eerder toe kan leiden dat het model ten opzichte van het model/de modellen of het voortbrengsel/de voortbrengselen waarmee het vergeleken wordt een andere algemene indruk maakt, dan wanneer een en ander zou worden bezien vanuit het perspectief van de redelijk geïnformeerde, omzichtige en oplettende gemiddelde consument die een model als geheel waarneemt en niet op de verschillende details ervan let.
In zoverre faalt de grief.

9. Juist is dat, zoals B&O betoogt, bij de vaststelling van de afstand vanuit het perspectief van de geïnformeerde gebruiker tussen het model en het vormgevingserfgoed, rekening dient te worden gehouden met de aard van het voortbrengsel waarop het model is toegepast of waarin het is verwerkt, de bedrijfstak waarmee het is verbonden en de vrijheid van de ontwerper (considerans onder 14 van de GModVo). Anders dan B&O veronderstelt behoeft evenwel niet steeds expliciet te worden overwogen dat en in hoeverre deze factoren zijn meegewogen. Dat zij zijn meegewogen kan in het oordeel over het eigen karakter en de beschermingsomvang van het model besloten liggen. In hoeverre de rechter daaraan in zijn motivering afzonderlijke aandacht dient te besteden hangt mede af van het partijdebat daaromtrent. In lijn hiermee zal het hof bij de beoordeling van de verdere grieven waar nodig aandacht besteden aan de genoemde factoren.

10. Als geïnformeerde gebruiker moet in het onderhavige geval worden beschouwd de consument of handelaar die geïnteresseerd is in flatscreen televisies in het duurste segment (waartoe zowel de BeoVision 10 als de Reference ID behoren). Hij kent de diverse modellen uit het vormgevingserfgoed. Aan te nemen valt dat deze geïnformeerde gebruiker door zijn ervaring (de consument) of kennis van de bedrijfstak (de handelaar) niet alleen bekend is met de diverse modellen in het duurste segment, maar ook de modellen kent uit het goedkope en middensegment. Voorts acht het hof voorshands aannemelijk dat de geïnformeerde gebruiker ook bekend is met modellen die niet plat zijn, maar een diepte van enige omvang hebben. Immers, gesteld noch gebleken is dat het gaat om gescheiden markten. Anders dan Loewe betoogt, ziet het hof geen aanleiding te veronderstellen dat de geïnformeerde gebruiker andere elektronica met een scherm bij zijn beoordeling zal betrekken.

Grieven 2 en 3: in aanmerking te nemen afbeeldingen uit de modelregistratie

11. In haar tweede grief betoogt B&O dat de voorzieningenrechter ten onrechte alle tekeningen uit de modelregistratie in aanmerking heeft genomen, waar B&O zich op slechts één van die tekeningen (genummerd 0001.3) heeft beroepen. Volgens B&O leidt deze benadering ertoe (i) dat de positie van de modelrechthebbende verzwakt naarmate hij meer dan één tekening in zijn modelregistratie vastlegt, (ii) dat concurrenten en/of andere producenten op zeer eenvoudige wijze de modelregistratie kunnen omzeilen, en is zij in strijd met (iii) de bestendige praktijk om alle zes zijden of gezichtspunten van een gemeenschapsmodel vast te leggen en (iv) het systeem van meervoudige depots.

12.

De grief faalt. Degene die een modelregistratie verricht beoogt daarmee het uiterlijk van (een deel van) een voortbrengsel te beschermen tegen navolging. Het is aan hem om te bepalen welke kenmerken van het voortbrengsel hij aldus onder bescherming wil stellen. Hij dient in elk geval één afbeelding van het model in de aanvraag op te nemen, alsmede een opgave van het voortbrengsel waarin het model verwerkt zal worden of waarop het zal worden toegepast. Hij kan er voorts voor kiezen meerdere afbeeldingen, al dan niet van de verschillende aanzichten van het voortbrengsel, in de registratie te doen opnemen en/of een beschrijving van de afbeelding(en) (zie art. 1 van Verordening (EG) Nr. 2245/2002 van de Commissie van 21 oktober 2002 tot uitvoering van de GModVo). De inhoud van de registratie als geheel bepaalt voor de geïnformeerde gebruiker, die het register raadpleegt de algemene indruk, en daarmee de beschermingsomvang van het model (art. 10 GModVo). Met dit systeem en de daarmee gediende rechtszekerheid verdraagt zich niet dat de rechthebbende zich naar keuze op één of meer van de geregistreerde afbeeldingen zou kunnen beroepen, met uitsluiting van de andere.
Voor zover B&O bedoelt te betogen dat het haar vrijstaat een beroep te doen op één model uit een meervoudig depot, stuit dat betoog daarop af dat in het onderhavige geval geen sprake is van een meervoudig depot (een depot van meerdere modellen), maar van een enkelvoudig depot waarin meerdere afbeeldingen van het model zijn opgenomen.

13. B&O betoogt subsidiair dat het vooraanzicht van het model vele malen zwaarder zou moeten wegen dan de andere aanzichten. Daarop aansluitend bepleit B&O in haar derde grief dat (bij de vaststelling van de beschermingsomvang en beoordeling van de inbreukvraag) doorslaggevende, althans tenminste aanzienlijk grotere waarde moet worden gehecht aan de algemene indruk die het model wekt bij normaal gebruik, welk gebruik B&O omschrijft als het vanaf een aantal meter afstand naar de voorzijde van de televisie kijken.

14. Zoals hiervoor is overwogen, dient ervan uitgegaan te worden dat de geïnformeerde gebruiker in hoge mate aandachtig is en ook op de details let. Daarmee strookt dat hij ook aandacht zal besteden aan de zij- en achterkant van het model, indien het depot daarvan afbeeldingen bevat. De beschermingsomvang van het model wordt immers mede daardoor bepaald. Dit is slechts anders indien de zij- en/of achterkant van het voortbrengsel bij normaal gebruik niet zichtbaar zou(den) zijn (zie de considerans van de GModVo, onder 12). Dienovereenkomstig zal de geïnformeerde gebruiker behoudens even genoemde uitzondering bij zijn vergelijking van het model met het vormgevingserfgoed en van het model met daarna op de markt verschenen modellen, ook letten op de zij- en de achterkant van het voortbrengsel waarop het model is toegepast of waarin het is verwerkt en van latere voortbrengsels.
In het onderhavige geval staat vast dat zowel de BeoVision 10 (waarin het model is belichaamd), als de Reference ID, hetzij aan de muur kan worden gehangen, hetzij (op een standaard) kan worden neergezet. In beide scenarios is in elk geval de zijkant zichtbaar. Voor zover B&O aanvoert dat normaal gebruik beperkt is tot het frontaal voor de televisie zitten, verwerpt het hof dat betoog. Het hof acht aannemelijk dat de geïnformeerde gebruiker, wanneer deze televisie kijkt, dat niet alleen frontaal, maar ook (wel eens) schuin voor de televisie zittend zal doen. Daarnaast acht het hof aannemelijk dat normaal gebruik tevens omvat de waarneming van de televisie wanneer deze is uitgeschakeld, derhalve als onderdeel van het interieur. Alsdan zijn, ongeacht de wijze van plaatsing (hangend of staand), over het algemeen ook de zijkanten zichtbaar. Wanneer de televisie niet is opgehangen, maar neergezet, kan afhankelijk van de wijze van neerzetten in meer of mindere mate ook de achterzijde zichtbaar zijn.
Iets anders is dat de aard van het voortbrengsel (een televisie) meebrengt dat het aanzicht van de voorzijde bij de geïnformeerde gebruiker relatief meer gewicht in de schaal zal leggen. Maar dat dit vele malen meer zou moeten zijn, of doorslaggevend, is onjuist.
In zoverre falen de grieven 2 en 3.

Grieven 3 tot en met 6: beschermingsomvang; inbreuk?

15.

De grieven 3 voor het overige en 4 tot en met 6 betreffen de vaststelling van de beschermingsomvang van het model en de beantwoording van de vraag of de Reference ID daarop inbreuk maakt.

Bij de beoordeling van deze grieven wordt voorop gesteld dat tussen partijen niet in geschil is dat de BeoVision 10 een voortbrengsel is waarop het model is toegepast. In het eerder genoemde Pepsico-arrest heeft het HvJEU in dat verband overwogen dat geen sprake is van een onjuiste rechtsopvatting wanneer bij de beoordeling van de algemene indruk die door de betrokken modellen wordt gewekt, de daadwerkelijk verhandelde voortbrengselen waarop deze modellen betrekking hebben, in aanmerking worden genomen (rov. 73). Uit hetgeen het HvJEU in rov. 74 daaraan heeft toegevoegd heeft het hof Den Haag afgeleid (i) dat het daadwerkelijk verhandelde voortbrengsel waarop het model is toegepast in aanmerking mag worden genomen voor zover dit een bevestiging oplevert van hetgeen uit het model zoals ingeschreven blijkt, dus enkel ter verduidelijking, teneinde reeds eerder getrokken conclusies te bevestigen, zodat (ii) niet kan worden aangenomen dat elementen die niet uit het model, zoals ingeschreven, blijken een rol kunnen spelen bij de beoordeling van de algemene indruk die het model wekt (vgl. Hof 's-Gravenhage 13 december 2011, LJN BU8147). Voorts is van belang de overweging van het HvJEU dat de geïnformeerde gebruiker de modellen zo mogelijk rechtstreeks zal vergelijken (rov. 55). Tussen partijen is niet in geschil dat de geïnformeerde gebruiker ook in het onderhavige geval in staat zal zijn het model (en ter bevestiging: de BeoVision 10) en de Reference ID rechtstreeks te vergelijken.

Kenmerken van het model

16. De voorzieningenrechter heeft in rov. 4.19 vastgesteld dat het model uit de volgende kenmerkende elementen bestaat:
A. een vierkante vormgeving van het oppervlak van scherm en luidsprekerfront gezamenlijk;
B. een zichtbaar rechthoekig luidsprekerfront aan de onderzijde van het oppervlak dat ten opzichte van het oppervlak uitsteekt, in hoogte ongeveer 1/3 van het oppervlak beslaat en aan de zij- en onderkant een substantiële ruimte openlaat tot het frame;
C. een frame, met een opstaande rand, bestaande uit twee delen die aan de bovenzijde spits naar elkaar toelopen;
D. de achterzijde van het model bestaat aan de onderzijde uit twee uitstekende delen, welke verspringen in hoogte. Voorts zijn er bovenaan, in het midden en onderaan drie horizontaal verlopende (ventilatie)strepen zichtbaar.

Uit rov. 4.18 blijkt dat de voorzieningenrechter voorts als kenmerk in aanmerking heeft genomen dat het scherm zich uitstrekt tot aan het frame. Dat laatste wordt door B&O in haar derde grief bestreden. Voor zover B&O zou bedoelen dat uit de betreffende afbeeldingen niet valt af te leiden dat het *beeld*scherm zich tot aan het frame uitstrekt, heeft zij daarin gelijk: in de afbeeldingen is niet aangegeven waar het beeldscherm zich onder de oppervlakte van het scherm bevindt. Wel zal de geïnformeerde gebruiker uit de afbeeldingen van de voorzijde van het model afleiden dat dit bestaat uit een glad oppervlak (scherm) dat zich aan alle zijden uitstrekt tot aan het frame.

B&O maakt verder bezwaar tegen de overweging van de voorzieningenrechter in rov. 4.18 dat B&O met de schaduwrand kennelijk doelt op de opstaande rand van het frame. Volgens B&O volgt de door haar genoemde schaduwrand uit de dubbele streep aan de binnenzijde van het frame. Naar s hofs voorlopig oordeel zal de geïnformeerde gebruiker de dubbele streep aan de binnenzijde van het frame opvatten als het terugwijken van het frame richting scherm, met als effect dat het frame enigszins overhangt ten opzichte van het scherm, waardoor het scherm als het ware in het frame ligt. Overigens heeft de voorzieningenrechter klaarblijkelijk hetzelfde bedoeld.

40. In nr. 13 van haar memorie van grieven noemt B&O nog een tweetal kenmerken, in aanvulling op, respectievelijk afwijking van de vaststelling van de voorzieningenrechter: de kwalificatie van het frame als zeer dun en de kwalificatie van de ruimte aan de zijkanten en onderkant van het luidsprekerfront als klein. Het hof is van oordeel dat dergelijke kwalificaties niet erg bruikbaar zijn. Begrippen als dun en klein zijn immers subjectief en relatief. Zij krijgen pas betekenis indien men het model vergelijkt met andere modellen of voortbrengsels.

Voor zover al iets gezegd zou kunnen worden over het frame, is het dat de geïnformeerde gebruiker uit de afbeeldingen 0001.5-0001.7 in samenhang met de afbeeldingen van de voorzijde (0001.1 en 0001.3) niet zal afleiden dat het frame *zeer* dun is. Anderzijds zal de geïnformeerde gebruiker, kennis nemend van de afbeeldingen in de modelregistratie, het frame ook niet als volumineus aanmerken, zoals Loewe betoogt (memorie van antwoord 60). Wel zal de geïnformeerde gebruiker opmerken dat het frame bestaat uit een wat dikker voorprofiel en een wat dunner achterprofiel, beide met een bollend oppervlak, die in een driehoek naar elkaar toelopen en asymmetrisch op elkaar aansluiten (afbeeldingen 0001.5 en 0001.6).

Ten aanzien van de ruimte rondom het luidsprekerfront is naar s hofs oordeel niet zozeer van belang of de geïnformeerde gebruiker deze als klein of aanzienlijk zal aanmerken, maar dat hij uit het model zal afleiden dat het luidsprekerfront als een soort eiland in het overigens volledig gladde oppervlak ligt. Volgens Loewe is in dit verband nog van belang dat uit het model kan worden afgeleid dat het luidsprekerfront in hoogte *minder dan* een derde van het totale oppervlak beslaat. Hoewel dat rekenkundig gezien wellicht juist is, is dat naar s hofs oordeel voor de bepaling van de algemene indruk die het model op de geïnformeerde gebruiker maakt niet van belang. Daarvoor is wel van belang dat, zoals de voorzieningenrechter heeft vastgesteld, het luidsprekerfront *ongeveer* een derde van het oppervlak in beslag neemt.

Loewe stelt verder nog dat het model niet geheel vierkant is, nu de horizontale zijden iets langer zijn dan de verticale zijden. Hoewel dat juist is (het model meet horizontaal 7,6 cm. en verticaal 7.3 cm), oogt het model echter wel vierkant.

De overige door Loewe (in memorie van antwoord 60) genoemde kenmerken, met name waar zij de achterzijde van het model beschrijft, zijn naar s hofs oordeel van een zodanig detail-niveau, dat deze geen rol zullen spelen bij de algemene indruk die de geïnformeerde gebruiker zich van het model vormt, te meer niet nu het de achterzijde betreft. Hoewel de achterzijde, zoals het hof hiervoor heeft overwogen, niet buiten beschouwing kan worden gelaten, is aannemelijk dat de geïnformeerde gebruiker daaraan minder aandacht zal besteden dan aan de voor- en zijkanten.

17. Gelet op het voorgaande zal de geïnformeerde gebruiker naar het voorlopig oordeel van het hof uit het model afleiden dat het gaat om:

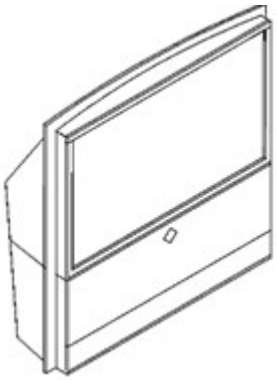
A. een *flatscreen* televisie, met
B. een vierkant ogende vormgeving van het oppervlak van scherm en luidsprekerfront gezamenlijk;
C. een scherm dat aan alle zijden doorloopt tot aan het frame;
D. een zichtbaar rechthoekig, in de onderste helft van het scherm horizontaal geplaatst luidsprekerfront, dat ten opzichte van het oppervlak uitsteekt, in hoogte ongeveer 1/3 van het oppervlak beslaat en aan de zij- en onderkant een zodanige ruimte openlaat tot het frame, dat het luidsprekerfront als het ware als een eiland in het gladde oppervlak ligt;
E. een frame, bestaande uit een wat dikker voorprofiel en een wat dunner achterprofiel, beide met een bollend oppervlak, die in een driehoek naar elkaar toelopen en asymetrisch op elkaar aansluiten, waarbij het voorprofiel terugwijkt naar het scherm, met als effect dat het scherm als het ware in het frame ligt;
F. een achterzijde, aan de onderzijde bestaande uit twee uitstekende, in hoogte verspringende delen, en bovenaan, in het midden en onderaan voorzien van drie horizontaal verlopende (ventilatie)strepen.

Dat het model deze kenmerken heeft vindt bevestiging in de BeoVision 10.

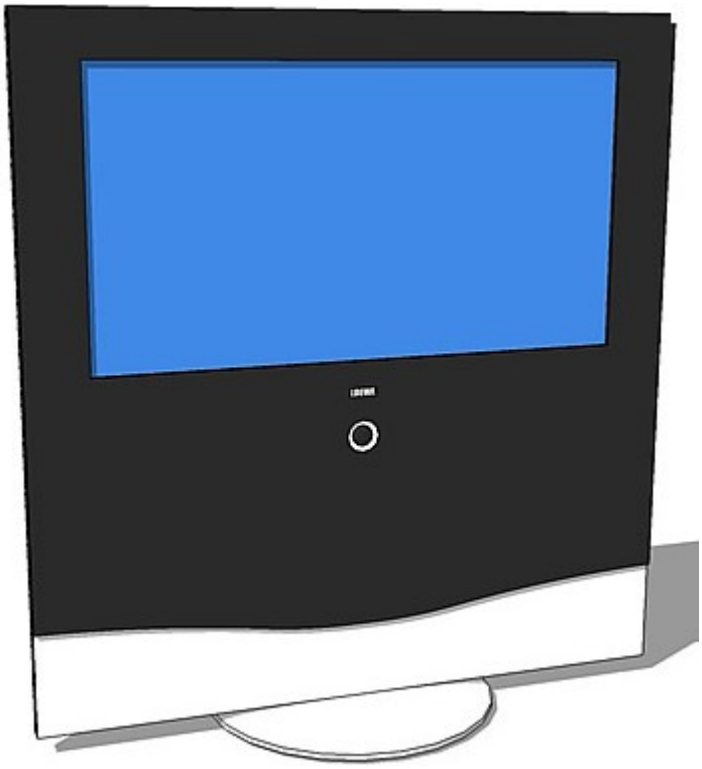
Het vormgevingserfgoed

18. Het hof heeft hiervoor overwogen dat de geïnformeerde gebruiker het model zal afzetten tegen het relevante vormgevingserfgoed, bestaande uit televisies (zie rov. 10). Loewe heeft in het bijzonder een beroep gedaan op de volgende modellen:

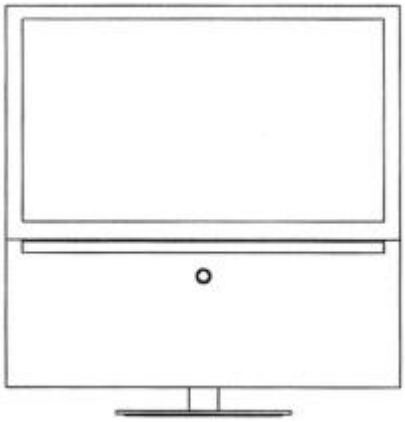
Toshiba 57H84 (2004)



Mitsubishi WL 82913 (2003)



Loewe Spheros Masterpiece (2004)



CD 328083-1 (Samsung, 2005)

19. Uit deze voorbeelden blijkt dat het vormgevingserfgoed vierkant(e) (ogende) televisies omvatte. B&O betoogt dat televisies uit het vormgevingserfgoed waarin de vierkante vorm technisch is bepaald niet in aanmerking mogen worden genomen. Dat is volgens haar het geval waar het gaat om televisies met een 4:3-beeldscherm (in plaats van 16:9) en televisies met *rear projection* (zoals de hierboven afgebeelde Toshiba en de Mitsubishi). Loewe betwist gemotiveerd dat een 4:3-beeldscherm en *rear projection* noodzaken tot een vierkante vormgeving. In elk geval voor wat betreft het 4:3-beeldscherm is ook het hof daar niet van overtuigd. Immers, ook een scherm met dergelijke afmetingen is rechthoekig. Voorts valt niet in te zien waarom de regel dat technisch bepaalde elementen van

voortbrengsels niet voor modelrechtelijke bescherming in aanmerking komen zou moeten worden doorgetrokken naar het in aanmerking te nemen vormgevingserfgoed. Waar het om gaat is welke vormgeving de geïnformeerde gebruiker uit dat erfgoed kent. Zoals het hof hiervoor heeft overwogen, is er evenmin reden om aan te nemen dat de geïnformeerde gebruiker vormgeving van andere televisies dan *flatscreens* met een 16:9 en zonder *rear projection* niet zou laten meewegen bij de vergelijking tussen de algemene indruk die hij van het vormgevingserfgoed heeft en de algemene indruk die het model maakt.

20. Voorts is, anders dan B&O betoogt, voor vaststelling van de afstand van het model tot het vormgevingserfgoed niet van belang welk percentage deze modellen uitmaken van het totale aanbod televisies. De geïnformeerde gebruiker zal het model immers vooral vergelijken met de beschikbare modellen die daar het dichtst bij komen. Dat geldt te meer wanneer hij, zoals in casu, geïnteresseerd is in het topsegment. B&O heeft niet weersproken dat in dat segment niet alleen aan functionaliteit, maar ook aan design een belangrijke betekenis toekomt.

21. Naar s hofs voorlopig oordeel komen de BeoVision 5 en de BeoVision 9 het dichtst bij het model. Het betreft *flatscreens* met een (in elk geval aan de bovenkant en de bovenste helft van de zijkanten) tot aan het frame doorlopend scherm en een horizontaal geplaatst luidsprekerfront dat in de vierkante vormgeving een aanzienlijk deel van het oppervlak inneemt (kenmerken A, B en deels C en D).

22. Het model neemt daarvan afstand door een combinatie van de kenmerken A en B met een oppervlak dat aan alle zijden doorloopt tot aan het frame (kenmerk C), een ten opzichte van het oppervlak uitstekend luidsprekerfront dat in hoogte ongeveer 1/3 van het oppervlak beslaat en aan de zij- en onderkant een zodanige ruimte openlaat tot het frame, dat het luidsprekerfront als het ware als een eiland in het gladde oppervlak ligt (kenmerk D), alsmede de kenmerken E en F. De geïnformeerde gebruiker zal daarbij relatief het meeste gewicht hechten aan de kenmerken die het voor- en zijaanzicht van het model bepalen, (A tot en met D en E deels), aangezien de algemene indruk (niet uitsluitend, maar wel) in aanzienlijke mate daardoor wordt bepaald. Hoewel zeker vernieuwend, met name waar het de nieuwe elementen van de kenmerken C en D en de combinatie met kenmerk B betreft, acht het hof de afstand van het model tot het vormgevingserfgoed, in het bijzonder tot de BeoVision 5 en BeoVision 9, (het eigen karakter van het model) niet zodanig dat aan het model een ruime beschermingsomvang zou moeten worden toegekend. Daarbij neemt het hof in aanmerking dat, anders dan B&O betoogt, niet aannemelijk is geworden dat de vrijheid van de ontwerper beperkt was. Het vormgevingserfgoed laat zien dat er geen noodzaak was om voor een rechthoekige vorm te kiezen, ook niet bij toepassing van een breedbeeldscherm. Het hof ziet overigens ook geen aanleiding om, zoals Loewe bepleit, een geringe beschermingsomvang aan het model toe te kennen.

De Reference ID; inbreuk?

23. De Reference ID voldoet in alle uitvoeringsvormen aan de kenmerken A en B (een *flatscreen* met een vierkante vormgeving van scherm en luidsprekerfront gezamenlijk). Ook is het luidsprekerfront horizontaal aan de onderzijde van de vierkante vorm geplaatst en neemt het in verhouding tot het totale oppervlak een aanzienlijke ruimte in beslag waarbij de precieze verhouding, naar Loewe onweersproken heeft gesteld, afhangt van de maat van de televisie (kenmerk D deels). Anders dan bij het model, loopt het scherm echter niet door om het luidsprekerfront heen. Ook steekt het luidsprekerfront niet uit ten opzichte van het scherm (kenmerk D voor het overige). Scherm en luidsprekerfront lopen niet door tot aan het frame: tussen scherm en luidsprekerfront enerzijds en het frame anderzijds bevindt zich een diepe inkeping van ongeveer 0,8 cm. breed (kenmerk C). Aldus ontstaat niet het, het model zo kenmerkende, effect van een luidsprekerfront dat als het ware als een eiland in het gladde oppervlak ligt (door partijen en de voorzieningenrechter ook wel passe-partout-effect genoemd).
Ook het frame is geheel anders. Het frame van de Reference ID bestaat uit een simpele dunne platte omlijsting (ook wel een minimalistische baklijst genoemd), die eindigt ter hoogte van het scherm en het luidsprekerfront (niet overhangt). De achterzijde verschilt eveneens aanzienlijk van die van het

model: een glad vierkant oppervlak, aan de randen omgeven door dezelfde inkeping als aan de voorzijde, met daar bovenop aan de onderzijde een kleiner vierkant. De kenmerken E en F zijn derhalve helemaal niet aanwezig in de Reference ID.
Aldus ontbreken in de Reference ID de kenmerken die het model onderscheiden van het vormgevingserfgoed. De verschillen zijn daarbij zodanig, dat, naar s hofs voorlopig oordeel, de Reference ID gelet op de afstand die het model neemt tot het (meest relevante) vormgevingserfgoed op de geïnformeerde gebruiker een andere algemene indruk zal maken, met andere woorden: buiten de beschermingsomvang van het model blijft. Daarbij kan de betekenis van het zogenaamde Loewe-oog in het midden blijven.

24. Gelet op het voorgaande is ook het hof van oordeel dat Loewe met de Reference ID geen inbreuk maakt op de rechten van B&O uit hoofde van het model. De grieven 3 en 4 tot en met 6 falen dus.

Grieven 8 en 9: het auteursrecht

25. In haar achtste grief bestrijdt B&O het oordeel van de voorzieningenrechter dat B&O niet aannemelijk heeft gemaakt dat zij auteursrechthebbende is op de BeoVision 10. Ter onderbouwing van haar stelling dat zij die hoedanigheid wel degelijk heeft, heeft B&O een aantal stukken overgelegd. Loewe erkent dat op basis van deze stukken kan worden aangenomen dat B&O het auteursrecht op de BeoVision 10 heeft. De grief slaagt dus, zodat alsnog onderzocht dient te worden of Loewe met de Reference ID inbreuk maakt op het auteursrecht van B&O op de BeoVision 10.

26. In de zaken Stokke/H3 (22 februari 2013, LJN BY1529), Stokke/Fikszo (HR 12 april 2013, LJN BY1532) en Hauck/Stokke (12 april 2013, LJN BY1533) heeft de Hoge Raad voor zover van belang voor de onderhavige zaak het volgende voorop gesteld:

(a) Om voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking te komen, is vereist dat het desbetreffende werk een eigen, oorspronkelijk karakter heeft en het persoonlijk stempel van de maker draagt (vgl. HR 30 mei 2008, LJN BC2153, NJ 2008/556 (Endstra)). Het HvJEU heeft de maatstaf aldus geformuleerd dat het moet gaan om "een eigen intellectuele schepping van de auteur van het werk" (HvJEU 16 juli 2009, nr. C-5/08, LJN BJ3749, NJ 2011/288 (Infopaq I)).

(b) Deze maatstaf geldt evenzeer indien het een gebruiksvoorwerp betreft (vgl. BenGH 22 mei 1987, nr. A 85/3, LJN AK1803, NJ 1987/881 en HR 15 januari 1988, LJN AG5738, NJ 1988/376 (Screenoprints)). Aanleiding voor de veronderstelling dat zulks naar Europees recht anders zou zijn, is er niet.
()

(e) Voor de beantwoording van de vraag of sprake is van inbreuk op een auteursrecht op een gebruiksvoorwerp dient beoordeeld te worden in welke mate de totaalindrukken van het beweerdelijk inbreuk makende werk en het beweerdelijk bewerkte of nagebootste werk overeenstemmen. De auteursrechtelijk beschermde trekken of elementen van laatstbedoeld werk zijn daarbij bepalend, met dien verstande dat ook een verzameling of bepaalde selectie van op zichzelf niet beschermde elementen, een (oorspronkelijk) werk kan zijn in de zin van de Auteurswet, mits die selectie het persoonlijk stempel van de maker draagt. Bij de vergelijking van de totaalindrukken dienen dus ook onbeschermde elementen in aanmerking te worden genomen, voor zover de combinatie van al deze elementen in het beweerdelijk nagebootste werk aan de "werktoets" beantwoordt. Voorts geldt dat de enkele omstandigheid dat het werk of bepaalde elementen daarvan, passen binnen een bepaalde mode, stijl of trend niet betekent dat het werk of deze elementen zonder meer onbeschermd zijn. Onderzocht moet worden of de vormgeving van de (combinatie van de) verschillende elementen zodanig is dat aangenomen kan worden dat met het ontwerp door de maker op een voldoende eigen wijze uiting is gegeven aan de vigerende stijl, trend of mode (HR 29 december 1995, LJN ZC1942, NJ 1996/546 (Decaux/Mediamax)).
()

Voorts zijn van belang de overwegingen in het arrest Stokke/Fikszo:
(i) dat het betoog, dat bij de beoordeling van een auteursrechtelijke inbreukvraag nadruk dient te liggen op de punten van overeenstemming en niet op punten van verschil, uitgaat van een onjuiste rechtsopvatting (rov. 5.1.3);
(ii) dat mogelijk is dat een bewerking van een werk daarvan noch een verveelvoudiging vormt, noch een bewerking die een nieuw, oorspronkelijk werk is (rov. 5.2.1);
(iii) dat het oordeel van het hof, dat gegeven de hoge mate van oorspronkelijkheid van het werk, reeds het overnemen van één van de twee auteursrechtelijk beschermde trekken een inbreuk oplevert, niet onverenigbaar is met het totaalindrukken-criterium en dus geen blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting (rov. 6.3.2).

27. Loewe bestrijdt niet dat de BeoVision 10 voldoet aan de werktoets zoals geformuleerd door de Hoge Raad en het HvJEU. Zij bestrijdt (zowel in haar verweer tegen grief 9, als in haar voorwaardelijk incidenteel appel) wel dat de in dit verband relevante rechtspraak van het HvJEU meebrengt dat de werktoets geharmoniseerd is en dat (dus) ook naar het recht van andere EU-landen dan Nederland zou moeten worden aangenomen dat de BeoVision 10 een auteursrechtelijk beschermd werk is. In het bijzonder naar Duits recht zou dat volgens haar niet het geval zijn.
Het hof zal thans eerst onderzoeken of naar Nederlands recht sprake is van inbreuk op het auteursrecht.

28. In haar memorie van grieven somt B&O een aantal kenmerken op van de BeoVision 10, die volgens haar (in auteursrechtelijke zin) onderscheidend zijn. Die kenmerken komen grotendeels overeen met de kenmerken die volgens haar uit het model blijken. Van de door B&O genoemde kenmerken blijken de volgende niet uit het model:

    G) een *beeld*scherm dat als het ware in de televisie ligt, waardoor aan alle zijden van het scherm nog een brede donkere rand overblijft; en
    H) de mogelijkheid om verschillende kleuren luidsprekerfronten en frames op de BeoVision 10 te plaatsen, zodat de koper de televisie kan personaliseren.

    Volgens B&O zijn alle ontwerpkeuzes ingegeven door esthetiek en staan zij haaks op alle heersende trends. Om die reden is de beschermingsomvang van de BeoVision 10 volgens B&O zeer ruim.

    B&O betoogt voorts dat de Reference ID slechts een bewerkte versie van de BeoVision 10 vormt en daarmee een auteursrechtelijk relevante verveelvoudiging. Zij stelt in dat verband dat de Reference ID in zo vergaande mate op de BeoVision 10 lijkt dat sprake is van een overeenstemmende totaalindruk. Daarbij wijst zij erop dat al sprake kan zijn van een auteursrechtinbreuk bij een gedeeltelijke overname van een auteursrechtelijk beschermd werk. Benaderd vanuit de verschillen geldt volgens B&O dat deze niet van dien aard zijn dat de Reference ID als zelfstandig werk kan worden aangemerkt.

29. Loewe stelt dat de auteursrechtelijk beschermde trekken van de BeoVision 10 gelegen zijn in het rondom het naar voren uitstekende luidsprekerfront doorlopende oppervlak en het volumineuze frame. Juist op deze punten wijkt de Reference ID daarvan zo aanzienlijk af dat van een voldoende mate van overeenstemming volgens haar geen sprake is. Zij wijst daarbij op de verschillen die in het kader van het modelrecht zijn besproken en voegt daaraan toe dat de Reference ID in andere maten verkrijgbaar is dan de BeoVision 10, met steeds een andere verhouding tussen de grootte van het scherm en die van het luidsprekerfront, en dat, waar de Reference ID verkrijgbaar is in zeer veel materialen- print- en kleurencombinaties, de BeoVision 10 alleen in zwart en wit verkrijgbaar is, met een frame alleen in zilver en het front in slechts zes tinten. Loewe weerspreekt dan ook dat sprake is van ontlening. Zij stelt dat de Reference ID is gebaseerd op en geïnspireerd door de Loewe Art 1 uit 1985 en de overige Loewe televisies uit het vormgevingserfgoed, waaronder de Reference uit 2008.

30. Zoals blijkt uit de hiervoor weergegeven rechtspraak van de Hoge Raad en het HvJEU, is juist dat (onder omstandigheden) al sprake kan zijn van een auteursrechtinbreuk bij een gedeeltelijke overname van een auteursrechtelijk beschermd werk. Dat neemt echter niet weg dat de totaalindruk van de twee te vergelijken objecten bepalend blijft.
Gelet op voormelde jurisprudentie is voorts niet juist dat alleen dan geen sprake is van inbreuk, indien

het beweerd inbreukmakende werk zelf een zelfstandig werk is waarmee B&O kennelijk bedoelt: een werk dat een eigen oorspronkelijk karakter heeft en het persoonlijk stempel van de maker draagt en dus zelf auteursrechtelijk beschermd is.

31. Naar voorlopig oordeel van het hof vormen de kenmerken die het eigen karakter van het model bepalen (rov. 22) tevens auteursrechtelijke beschermde trekken van de BeoVision 10. Uit hetgeen het hof met betrekking tot het model heeft overwogen, volgt dat het de stelling dat de BeoVision 10 haaks staat op alle heersende trends en daarmee een hoge mate van oorspronkelijkheid heeft, niet deelt voor zover het gaat om de kenmerken die ook uit het model blijken. Voorts is het hof op gelijke gronden als waarop het oordeelt dat de Reference ID een andere algemene indruk maakt dan het model, van oordeel dat de verschillen tussen de Reference ID en de BeoVision 10 van dien aard zijn dat de beide televisies een andere totaalindruk maken. Dit geldt ook indien niet de geïnformeerde gebruiker uit het modelrecht als maatman wordt genomen, maar de gemiddelde consument. Hoewel deze laatste in mindere mate aandachtig is en minder op de details let dan de geïnformeerde gebruiker, zal de gemiddelde consument de mate van oorspronkelijkheid van de BeoVision 10 en het vormgevingserfgoed, alsook de verschillen tussen de BeoVision 10 en de Reference ID naar s hofs voorlopig oordeel niet anders beoordelen dan de geïnformeerde gebruiker. Het tegendeel is ook niet gesteld.
De kenmerken die niet uit het model blijken (hiervoor aangeduid als G en H) leiden niet tot een ander oordeel. De zwarte rand om het beeldscherm is alleen zichtbaar wanneer de televisie aan staat. Voor zover dit, bij vergelijking met het vormgevingserfgoed, al als een auteursrechtelijk beschermde trek zou kunnen worden aangemerkt, acht het hof de invloed daarvan op de totaalindruk klein. Voor zover de mogelijkheid om voor verschillende kleuruitvoeringen te kiezen kan worden beschouwd als oorspronkelijk en zelfs, zoals B&O stelt, als een trendbreuk, geldt dat Loewe daarvan met de Reference ID in voldoende mate is afgeweken. Niet weersproken is en uit de stukken blijkt ook, dat, waar de BeoVision 10 alleen in zwart en wit verkrijgbaar is, met een frame in zilver en het front in zes verschillende kleuren (zie prod. 20C Loewe), bij de Reference ID zowel het luidsprekerfront, als het frame en de achterkant, verkrijgbaar zijn in zeer veel materialen-, print- en kleurencombinaties. Ook indien alle kenmerken tezamen in aanmerking worden genomen, maakt de Reference ID naar s hofs voorlopig oordeel een andere totaalindruk dan de BeoVision 10. Van inbreuk op het auteursrecht is aldus naar Nederlands recht geen sprake. Wat betreft het recht van andere EU-landen gaat het hof ervan uit dat hierin op het punt van de inbreukvraag geen strengere maatstaven worden aangelegd (gelijkheidsvermoeden). B&O heeft het tegendeel niet gesteld, laat staan aannemelijk gemaakt. Grief 9 faalt dus.

Grieven 10 en 11 en de eisvermeerdering

32. Grief 10, waarmee beoogd wordt het geschil in volle omvang aan het hof voor te leggen, mist zelfstandige betekenis en behoeft om die reden geen bespreking.

33. B&O vordert bij wijze van eisvermeerdering een Loewe GmbH en Loewe AG op te leggen verbod om jegens B&O onrechtmatig te handelen, meer in het bijzonder om de Reference ID te (doen) vervaardigen, te (doen) im- en exporteren, te (doen) verveelvoudigen, in voorraad te (doen) hebben, ter verkoop te (doen) aanbieden, te doen afleveren of op andere wijze te (doen) verveelvoudigen en/of openbaar maken, een en ander voor het geval zou worden geoordeeld dat Loewe GmbH en Loewe AG niet zelfstandig inbreuk zouden maken op de modelrechten en/of de auteursrechten van B&O ten aanzien van de BeoVision 10. Nu het hof van oordeel is dat van inbreuk op de modelrechten en het auteursrecht van B&O geen sprake is, valt, zonder nadere motivering, die ontbreekt, niet in te zien waarom de genoemde handelingen aan Loewe GmbH en Loewe AG zouden moeten worden verboden.

34. In grief 11 maakt B&O bezwaar tegen een deel van de proceskostenveroordeling in eerste aanleg, te weten voor zover daarin begrepen zijn de kosten van de Duitse advocaten van Loewe (30.760,-). Zij stelt niet in te zien waarom deze kosten gemaakt moesten worden. Voor zover die kosten betrekking hebben op de opinie van de Duitse advocaten over de grensoverschrijdende bevoegdheid van de

voorzieningenrechter, wijst zij er op dat zij op dit punt in het gelijk is gesteld.

35. Loewe voert als verweer aan dat de kosten zijn gemaakt in verband met: i) het bevoegdheidsverweer, ii) het verweer dat het auteursrecht in de Europese Unie niet volledig is geharmoniseerd en iii) het verzamelen van bewijs. De onder i) en ii) genoemde verweren kwalificeert zij als niet bij voorbaat kansloos. Verder is van dubbel werk volgens haar geen sprake geweest.

36. Het hof is van oordeel dat het onder i) genoemde verweer een zo geringe kans van slagen had dat het niet redelijk is de daarmee gemoeide kosten voor rekening van B&O te laten komen (zie rov. 4). Ten aanzien van het verweer onder ii) geldt dat discussie mogelijk is over de vraag of de werktoets door de rechtspraak van de het HvJEU ook geharmoniseerd is wanneer het gaat om auteursrechtelijke bescherming van als zodanig geregistreerde modellen (vgl. A-G Verkade bij het eerder genoemde arrest in de zaak Stokke/Fikszo, nrs. 4.26.1 e.v.). Het betreffende verweer kan dus niet als bij voorbaat kansloos worden aangemerkt. Ook wat betreft de onder iii) genoemde kosten ziet het hof geen aanleiding deze van vergoeding op de voet van art. 1019h Rv. uit te sluiten, te meer niet nu B&O niet heeft weersproken dat geen sprake is geweest van dubbel werk. Bij gebreke van een uitsplitsing van de (met de inschakeling van Duitse advocaten gemoeide) kosten over de onder i), ii) en iii) genoemde verweren, zal het hof de kosten terzake van verweer i) begroten op ongeveer een derde, te weten 10.000,-. Het hof zal de proceskostenveroordeling in eerste aanleg met dat bedrag verminderen. In zoverre slaagt de grief.

Het voorwaardelijk incidentele beroep

37. Loewe heeft incidenteel beroep ingesteld onder de voorwaarde dat het hof oordeelt dat Loewe inbreuk maakt op het auteursrecht van B&O. Voor dat geval maakt zij bezwaar tegen de overweging van de voorzieningenrechter dat uit de rechtspraak van het HvJEU volgt dat het auteursrechtelijk werkbegrip een Europees geharmoniseerd begrip is.
Nu de voorwaarde waaronder de grief is geformuleerd niet in vervulling gaat, komt het hof aan de behandeling daarvan niet toe.

Slotsom en proceskosten

38. In het principale beroep slagen de grieven 8 en 11 (gedeeltelijk). Dat leidt evenwel slechts tot een aanpassing van de proceskostenveroordeling. B&O zal dan ook als de in het ongelijk gestelde partij in de kosten worden veroordeeld. Nu het hof niet toekomt aan beoordeling van het incidentele beroep zal het hof over de kosten daarvan geen beslissing nemen.

39. Loewe heeft de kosten van het hoger beroep begroot op 170.663,25. B&O heeft daartegen bezwaar gemaakt voor zover het betreft:
a) de forfaitaire opslag van 6% voor kantoorkosten;
b) de kosten van de door prof. Ninaber afgegeven opinies ad in totaal 14.127,50;
c) een bedrag van 3.529,54;
d) een bedrag van 8.705,- terzake van kosten van de Duitse advocaten.

40. Met betrekking tot de posten onder b) heeft Loewe bij pleidooi aangevoerd dat hierbij zijn inbegrepen de kosten van door een professionele fotograaf gemaakte fotos van de televisies. De onder c) genoemde kosten zien volgens Loewe op de inschakeling van een extern vervoersbedrijf uit Duitsland die de ter zitting getoonde televisies naar Nederland heeft gebracht. Loewe heeft niet gereageerd op de bezwaren genoemd onder a) en d).

41. Het hof ziet, gelet op de door Loewe daarvoor gegeven verklaring, geen aanleiding de kosten genoemd onder b) en c) buiten beschouwing te laten. De kosten genoemd onder a) en d) zal het hof, bij gebreke van een reactie op het bezwaar daartegen, wel van vergoeding uitzonderen. Desgevraagd heeft Loewe verklaard dat 95% van haar kosten ziet op het principale beroep. Het hof acht dat aannemelijk. Het

hof ziet geen aanleiding om een aftrek toe te passen voor het verweer tegen de bij eiswijziging geïntroduceerde onrechtmatige daad-grondslag, nu Loewe daaraan in haar memorie van antwoord en haar pleitnota slechts twee korte alineas heeft gewijd. Een en ander leidt ertoe dat het hof de door B&O aan Loewe verschuldigde vergoeding voor in hoger beroep gemaakte proceskosten zal vaststellen op:
92.604,50
36.322,-
7.639,12
14.127,50
3.529,54
_____
154.222,66 x 95% = 146.511,53

Beslissing

Het hof

in het principale beroep:

vernietigt het vonnis waarvan beroep voor zover B&O daarin is veroordeeld tot betaling van een bedrag van 110.456,51 aan proceskosten en, in zoverre opnieuw recht doende:

veroordeelt B&O in de kosten van het geding in eerste aanleg en begroot deze tot op 21 januari 2013 aan de zijde van Loewe op een bedrag van 100.456,51;

bekrachtigt het vonnis voor het overige;

wijst af het in hoger beroep anders of meer gevorderde;

veroordeelt B&O in de kosten van het hoger beroep, aan de zijde van Loewe begroot op 146.511,53;

verklaart dit arrest wat betreft de kostenveroordelingen uitvoerbaar bij voorraad.

Dit arrest is gewezen door mrs. T.H. Tanja-van den Broek, J.E.H.M. Pinckaers en S.J. Schaafsma, en is uitgesproken ter openbare terechtzitting van 13 augustus 2013 in aanwezigheid van de griffier.