

Voorzieningenrechter Rechtbank 's-Hertogenbosch 17 juni 2008
zaaknummer / rolnummer: 173431 / KG ZA 08-212
(mr. J.H.W. Rullmann)

Geen auteursrecht (meer) op uiterlijke vormgeving zitkussen Fatboy nu het beweerdelijk beschermingswaardige ontwerp één-op-één ontleend blijkt te zijn aan een ouder ontwerp van het zitkussen Airbag. Het bewijsmateriaal van prior art blijkt bovendien min of meer bewust onthouden te zijn aan de Rechtbank in een eerdere door Fatboy uitgelokte bodemuitspraak. Strikte beperking door de Voorzieningenrechter van de eerdere bodemuitspraak tot de rechtsbetrekking tussen hen die hierbij partij waren.

Vonnis in kort geding in de zaak van

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Fatboy-The-Original BV, gevestigd te 's-Hertogenbosch, eiseres, procureur mr. J.E. Lenglet, advocaten mr. K. Limperg en mr. M.E. Santman te 's-Gravenhage,

tegen

1. Sitting Bull GmbH, een rechtspersoon naar het recht van de Duitse Bondsrepubliek, gevestigd te 33334 Gütersloh, Duitsland,
2. Design-3000 Vertriebsgesellschaft MbH, een rechtspersoon naar het recht van de Duitse Bondsrepubliek, gevestigd te 64711 Erbach, Duitsland,
3. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Mobach Groothandel BV, gevestigd te Kockengen, gedaagden, procureur mr. J. van Eijk, advocaat mr. F.C. Folmer te Amsterdam.

en:

Zet BVBA, een rechtspersoon naar het recht van België gevestigd te Schoten, België, gevoegde partij aan de zijde van gedaagden, procureur mr. J. van Eijk, advocaten mr. P.N.A.M. Claassen te Breda en mtr. J. Keustermans te Turnhout, België.

Eiseres zal hierna als Fatboy en gedaagden als Sitting Bull c.s. worden aangeduid. Gevoegde partij zal worden aangeduid als Zet.

1. De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding
- de incidentele conclusie tot voeging aan de zijde van gedaagden. NB: de conclusie van antwoord daarop van Fatboy bereikte de rechter pas na de zitting waarop de voeging al was toegestaan; de rechter heeft op die conclusie geen acht geslagen.
- de mondelinge behandeling, waarbij de voeging van Zet werd toegestaan
- de pleitnota van Fatboy
- de pleitnota van Sitting Bull c.s
- de pleitnota van Zet.

1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

2. De feiten

2.1. Zekere Setälä te Finland pretendeert de ontwerper te zijn van een zitzak, de 'Fatboy-the-Original'. Het betreft een zitzak in de vorm van een buitenproportioneel groot hoofdkussen van het formaat 1.80 x 1.40 m, gemaakt van nylon stof, gevuld met schuimkorrels en voorzien van een brede rand (zogenaamde 'Oxford'-rand). Setälä heeft al zijn beweerdelijke intellectuele eigendomsrechten

(meer in het bijzonder auteursrechten) op de Fatboy-the-Original overgedragen aan Fatboy.



2.2. Naast de Fatboy-the-Original brengt Fatboy onder meer de volgende producten op de markt, Fatboy Point, Fatboy Junior, Doggie-lounge small, Doggielounge large en de Catbag.

2.3. Sitting Bull is een producent van zitzakken, die haar zitzakken-collectie in meer dan 30 landen wereldwijd distribueert. Design 3000 en Mobach zijn distributeurs van de Sitting Bull zitzakken.

2.4. Zet brengt een zitzak onder de naam 'Sit on it' op de markt.

3. Het geschil

3.1. Fatboy vordert, na vermeerdere van eis, tegen Sitting Bull c.s. zakelijk en sterk verkort weergegeven:

1. een verbod om inbreuk te maken op haar de intellectuele eigendomsrechten, meer in het bijzonder door Sitting Bull c.s. te verbieden inbreukmakende nabootsingen van de Fatboy-zitproducten te verspreiden;
2. een bevel tot terugname van voorraden inbreukmakende nabootsingen van de Fatboy-zitproducten bij hun afnemers;
3. een bevel tot vernietiging van alle inbreukmakende zitzakken;
4. een bevel tot vernietiging van (reclame)materialen waarin de inbreukmakende zitzakken worden aangeboden of getoond, en deze van websites te verwijderen;
5. een bevel tot aanschrijving aan hun afnemers en
6. een bevel tot plaatsing op de 'homepage' van hun websites van een tekst waaruit van het rechterlijk oordeel over de inbreuken en het staken van de distributie mededeling wordt gedaan;
7. een bevel tot verificatie van een en ander door een register-accountant;
8. veroordeling tot betaling van dwangsommen en van een volledige kostenveroordeling ex art. 1019 Rv.

Fatboy legt aan haar vorderingen in algemene zin ten grondslag dat Sitting Bull c.s. met hun producten inbreuk maken op de aan haar overgedragen auteursrechten op de Fatboy-the-Original en dat zij onrechtmatig handelen jegens Fatboy door het op de markt brengen van de Sitzsack, Mini Bull, Round, Pet Bull, Pet Bull L en Pet Bull S, waardoor Fatboy c.s. schade hebben geleden en nog lijden. Ter onderbouwing hiervan stelt Fatboy - samengevat - het navolgende.

3.1.1. Setälä heeft de Fatboy-the-Original ontworpen in 1998. Eerder hebben de Rechtbank 's-Hertogenbosch in haar vonnis van 6 juni 2007 en de voorzieningenrechter van de Rechtbank Haarlem bij vonnis van 21 september 2007 reeds geoordeeld dat het ontwerp van de Fatboy-the-Original auteursrechtelijk beschermd is.

3.1.2. Het totaalbeeld van de grote Sitting Bull zitzak en de producten in de 'Fashion Bag' lijn van Sitting Bull is gelijk aan het totaalbeeld van Fatboy-the-Original. Fatboy brengt afbeeldingen van andere zitzakken in het geding die dateren van vóór 1998. Daar-

uit blijkt dat het mogelijk is zitzakken te ontwerpen met dezelfde functionaliteit, waarvan de vormgeving van het ontwerp, het formaat, de plaatsing en vormgeving van het label, de kleurstelling en de materiaalkeuze evident afwijken van het ontwerp van de Fatboy-the-Original. Er bestaat dan ook geen enkele noodzaak om het ontwerp van Setälä te kopiëren. Met het openbaar maken en veelevoudigen van de grote Sitting Bull zitzak en alle producten in de 'Fashion Bag'-lijn maken Sitting Bull c.s. derhalve inbreuk op de auteursrechten van Fatboy.

3.1.3. De zitproducten van Fatboy als de Fatboy Point, Fatboy Junior, Doggielounge Small, Doggielounge Large en Catbag hebben een eigen gezicht en een eigen plek op de markt. De Sitzsack, Mini Bull, Round, Pet Bull, Pet Bull L en Pet Bull S, zijn slaafse nabootsingen van de zitproducten van Fatboy. Door de grote mate van gelijkenis tussen de producten van Fatboy en die van Sitting Bull c.s. wordt nodeloos verwarringsgevaar gecreëerd. Sitting Bull c.s. hadden op de punten van overeenstemming gemakkelijk een andere weg kunnen inslaan, nu het elementen van vormgeving betreft.

3.1.4. Het nodeloos verwarringsgevaar wordt nog versterkt door de identieke vormgeving van de producten van Sitting Bull c.s. én de sterk overeenstemmende wijze waarop deze producten aan het publiek worden gepresenteerd. Sitting Bull c.s. hebben niet alleen de gehele productenlijn van Fatboy gekopieerd, maar hebben elk denkbaar onderscheidingsmiddel van Fatboy en haar producten rechtstreeks van Fatboy overgenomen, zoals het gebruik van nagenoeg identieke kleuren en de nagenoeg identieke wijze van adverteren door Sitting Bull c.s. Fatboy lijdt schade als gevolg van het handelen van Sitting Bull c.s., onder meer ten gevolge van winstderving en prijsbederf en heeft derhalve een spoedeisend belang bij de onderhavige vorderingen.

3.2. Sitting Bull c.s. en Zet voeren daartegen de volgende verweeren.

3.2.1. Er is geen sprake van een spoedeisend belang, nu Fatboy al ruim 2 jaar op de hoogte is van Sitting Bull en haar producten.

3.2.2. De Fatboy Original mist originaliteit. Sitting Bull en Zet verwijzen daarvoor naar afbeeldingen van de 'Airbag' van de Finse ontwerper J. Suppanen (Sitting Bull c.s., prod's 12 en 19), die reeds in 1997 werden afgebeeld in het designblad 'Frame'. In productie 13 van Sitting Bull c.s. zijn de Airbag en de eerste schets van Setälä over elkaar heen gelegd, waaruit wel moet worden afgeleid dat de tekening van Setälä ontleend is aan de Airbag. Nu Fatboy en Setälä zelf stellen dat de eerste schets van de Fatboy-the-Original dateert uit 1998, bestaat er geen discussie over welk ontwerp anterieur is. Aan de Fatboy-the-Original komt dan ook geen auteursrechtelijke bescherming toe.

3.2.3. Er bestaan ernstige aanwijzingen dat het vonnis van de meervoudige kamer van deze rechtbank van 7 juni 2007, gewezen tussen Fatboy BV en een derde, H.M.G. BV, geen procedure op 'echte' tegenspraak is geweest. Aan dit vonnis kan dan ook niet betekenis worden toegekend die Fatboy daaraan gehecht wil zien.

3.2.4. Het kussenmodel bestaat al tientallen, zo niet honderden jaren en kan niet worden gemonopoliseerd. Het enkele 'opblazen' van het formaat van een kussen creëert geen nieuw auteursrechtelijk werk.

3.2.5. Voorts kan geen sprake zijn van slaafse nabootsing nu de producten van Fatboy onvoldoende onderscheidend vermogen hebben en geen eigen positie op de markt innemen. Er is een aanzienlijk aantal zitzakken van andere producenten op de markt aanwezig die (nagenoeg) identiek zijn aan of in ieder geval in hoge mate overeenstemmen met de zitzak van Fatboy. Het feit dat Fatboy een bekend merk is in de markt en een hele sterke branding heeft gevoerd de afgelopen jaren, betekent nog niet dat de onder-

liggende producten allemaal en ieder voor zich een eigen gezicht hebben. Voorts kan van het systematisch nabootsen van de gehele productlijn van Fatboy geen sprake zijn nu slechts 5 van de producten van Sitting Bull gelijkenis vertonen met de producten van Fatboy en juist de vier Fatboy producten die iets bijzonders hebben, zoals de 'headdenmock' hangmat, de 'outdoor' zak de 'avenue' zitelementjes en de Marimekko printed zakken, niet in de collectie van Sitting Bull voorkomen.

4. De beoordeling

4.1. Het voegingsincident

Voor voeging in kort geding is reeds voldoende dat de gevoegde partij een rechtstreeks en in rechte erkenbaar belang heeft om met eigen argumentatie als partij in het geding op te komen (vgl. HR 15-11-1996, NJ 1997, 482). Een dergelijk belang is hier aanwezig. Tussen Zet en Fatboy is een vergelijkbare procedure aangehangen voor de rechtbank te Antwerpen. Zet stelt dat Fatboy bij toewijzing van de vordering van Fatboy dit vonnis als precedent zal aanwenden in de procedure bij de rechtbank Antwerpen. Nu niet aanneemelijk is dat de bij dit kort geding vereiste spoed en goede procedure door de voeging zal worden geschaad werd Zet toegelaten als gevoegde partij aan de zijde van het Sitting Bull c.s.

4.2. Het spoedeisend belang

Het spoedeisend belang volgt genoegzaam uit de door Fatboy gesteld inbreuk op haar auteursrecht, de gestelde slaafse nabootsing en de daarmee samenhangende vorderingen. Het verweer van Sitting Bull c.s. op dit punt treft geen doel.

4.3. De auteursrechtelijke bescherming van de Fatboy-zitzak

Het verweer van Sitting Bull c.s. dat de Fatboy-the-Original niet voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking komt, is gegrond.

4.3.1. De door Sitting Bull c.s. overgelegde productie 13 houdt in:

A. een Statement d.d. 25 september 2005 van Setälä waarin deze verklaart: I have designed the Fatboy the Original. I enclose one of the oldest drawings (from 1998) of the Fatboy the Original (enclosure 1).

B. genoemde 'enclosure 1';

D. pagina 3 van het proces-verbaal van comparitie, gehouden in de zaak 140608 / HA ZA 06-718 tussen Fatboy BV en HMG Bedtextiel BV, waarin Setälä verklaart: 'Ik kende geen zitzakken in kussenvorm toen ik het ontwerp voor de Fatboy the Original maakte. Ik kende wel de 'Sacco', een bekend ontwerp uit de jaren '60. Zitzakken waren in 1998, toen ik de Fatboy ontwierp, uit de mode.'

Maar in die productie 13 wordt ook de foto getoond van het zitkussen, de 'Airbag' van de (eveneens Finse) ontwerper Suppanen, welke foto was gepubliceerd in het tijdschrift FRAME in december 1997 op blz. 74 (Sitting Bull c.s., prod. 12). Deze foto wordt nog duidelijker getoond in punt 70 van de pleitnota van de raadsman van tussenkomende partij Zet.

4.3.2. Sitting Bull c.s. (in haar productie 13) en Zet (in de pleitnota van haar raadsman, punt 70) tonen overtuigend aan dat de schets-tekening van Setälä uit 1998, waaromtrent deze zelf verklaart dat het één van de oudste ontwerp-tekeningen van de Fatboy-the-Original betreft, is overgetrokken van de foto van J. Suppanen van de Airbag in het tijdschrift FRAME. Het over elkaar leggen van de schets van Setälä op de foto van de Airbag van J. Suppanen maakt pijnlijk duidelijk dat de karakteristieke belijning van de Airbag precies onder de schets van Setälä valt. Klaarblijkelijk heeft Setälä deze schets vervaardigd door simpelweg overtrekken van de foto van Suppanens ontwerp. Aldus mist het ontwerp van Setälä ori-

ginaliteit, zodat aan de Fatboy-the-Original op basis hiervan geen auteursrechtelijke bescherming toekomt.

4.4. De betekenis van het rechtbankvonnis van 6 juni 2007

Dit oordeel wordt niet anders na kennisneming door de rechter van het vonnis van de meervoudige kamer van deze rechtbank van 6 juni 2007, gewezen tussen Fatboy en H.M.G. c.s., waarnaar Fatboy verwijst en waarin de rechtbank tussen die partijen heeft geoordeeld dat de Fatboy-the-Original wél in aanmerking komt voor auteursrechtelijke bescherming. Daarvoor is het volgende van belang.

4.4.1. Ten tijde van het vonnis van 6 juni 2007 was de rechtbank niet bekend met de thans als producties 12 en 19 aan de zijde van Sitting Bull c.s. overgelegde ontwerpen van de Airbag, die al in 1997 in het tijdschrift 'Frame' werden afgebeeld. Die onbekendheid is (mede) bepalend geweest voor de beslissing van de rechtbank, zoals blijkt uit rechtsoverweging 4.1.2. van haar vonnis waar wordt overwogen: 'Uit de overige door H.M.G. c.s. overgelegde producties blijkt niet dat vóór 1 januari 1999 een zitzak met de combinatie van dezelfde kenmerkende elementen als die van de Fatboy-the-Original op de markt is gebracht, zodat er geen reden is uit te gaan van ontlening door Setälä.'

Bovendien lijkt hier sterk op dat Setälä met zijn verklaring ter comparitie: 'Ik kende geen zitzakken in kussenvorm toen ik het ontwerp voor de Fatboy the Original maakte. Ik kende wel de 'Sacco', een bekend ontwerp uit de jaren '60. Zitzakken waren in 1998, toen ik de Fatboy ontwierp, uit de mode.' onwaarheid heeft gesproken en de rechtbank heeft misleid. Gelet hierop valt geenszins uit te sluiten dat de rechtbank met de wetenschap omtrent een en ander van nu tot een ander oordeel was gekomen.

4.4.2. Uit het overgelegde getuigenverhoor van de heer M. Aktas, van H.M.G., (Sitting Bull c.s., prod. 16) is voorts voldoende aanmerkelijk geworden dat het bestaan van de (tekening van de) Airbag wél al bekend was bij H.M.G. c.s. en deze informatie destijds min of meer bewust aan de rechtbank is onthouden. Zo antwoordt de heer M. Aktas tijdens het door Zet geëntameerde voorlopig getuigenverhoor op een vraag van de rechter-commissaris over de schets van de Airbag:

Zo ja, wanneer en hoe heeft u van deze afbeelding kennis genomen?

Dit hebben wij toen in Finland gevonden maar niet meer nodig gehad vanwege de schikking. Wat ik heb gezien was zwart (wit), geen full color. Het was wel ongeveer dezelfde zak. Ik weet niet of deze afbeelding aan Fatboy is gezonden. Hij is gehaald uit een oud Fins boek.

en op de vraag:

Is deze afbeelding aan de rechtbank in Den Bosch overgelegd?

Ik dacht van niet, omdat we schikking hadden.

4.4.3. Bij het voorgaande is tevens van belang dat het vonnis tot stand is gekomen, terwijl er tussen partijen reeds een vaststellingsovereenkomst (productie 9 van de zijde van Sitting Bull c.s.) was gesloten; niet kan worden uitgesloten dat dat vonnis slechts is uitgelokt om een vorm van precedent te verkrijgen. Een verdere aanwijzing daarvoor is, dat dat vonnis niet is betekend en dat geen hoger beroep werd ingesteld.

4.4.4. Gezien het voorgaande dient de betekenis van het vonnis van deze rechtbank van 6 juni 2007 strikt beperkt te worden tot de rechtsbetrekking tussen hen die partij waren bij dat vonnis en is dat vonnis in dit kort geding zelfs niet langer van richtinggevend betekenis.

4.5. De auteursrechtelijke bescherming van de Airbag

Fatboy heeft zich – onder wijziging van haar eis – op het standpunt gesteld dat, voor zover moet worden aangenomen dat aan de Fatboy-the-Original geen auteursrechtelijke bescherming toekomt in verband met de Airbag, in dat geval de Sitting Bull Sitzsack inbreuk maakt op het op de Airbag rustende auteursrecht, waarvan Fatboy inmiddels ook de rechten heeft verworven. Dit betoog slaagt niet. Nog afgezien van de vraag of aan de Airbag auteursrechtelijke bescherming toekomt (het debat tussen partijen is hierover niet gevoerd en Setälä meende kennelijk van niet, anders had hij niet overgetrokken) is de (uiteindelijke) uiterlijke verschijningsvorm van de Airbag, door zijn karakteristieke banden en de gestikte naad in het midden, waardoor meer de vorm van een stoel ontstaat en de rug door de banden de functie van rugleuning vervult, zo afwijkend van de Sitzsack van Sitting Bull c.s., dat reeds hierom niet kan worden gezegd dat de Fatboy-the-Original en/of de Sitzsack inbreuk maken op eventuele auteursrechten op de Airbag.

4.6. Slaafse nabootsing

Voor de toewijsbaarheid van een op slaafse nabootsing gebaseerde vordering is vereist dat het nagebootste product zich qua uiterlijk van de andere in de handel zijnde modellen aanmerkelijk onderscheidt. Het gaat daarbij om het totaalbeeld dat die producten oproepen bij een gemiddeld (kopers-)publiek. Anders dan Fatboy stelt is van een onderscheidend vermogen van de Fatboy op de zitzakkenmarkt in voormelde zin geen sprake.

4.6.1. Daarvoor is van belang dat de zitzakken van Fatboy op zichzelf geen bijzondere vormen kennen, maar passen in een lange traditie van het informele gebruik van grote kussens, dat zoals Sitting Bull c.s. onweersproken stellen, al stamt uit de Middeleeuwen. De vormgeving van de Fatboy wordt voornamelijk bepaald door de functionele- en gebruikseisen die de consument aan een zitzak stelt. Dit geldt zowel voor de Fatboy-the-Original, (afmeting 180 cm x 140 cm, ter grootte van een mens) als de Fatboy Junior (afmetingen geschikt voor een kind), Doggielounge Small (voor een kleine hond), Doggielounge Large (voor een grote hond) en de Catbag (voor een kat), de laatsten overigens wel erg gewone zitkussens. De Fatboy Point heeft de volstrekt basale vorm van een poef, zodat ook hierbij geen sprake is van een voldoende onderscheidend vermogen.

4.6.2. Uit de door Sitting Bull c.s. overgelegde producties, alsmede de ter zitting getoonde zitzakken kan voorts genoegzaam worden afgeleid dat de vormgeving van de Fatboy ten opzichte van de overige zitzakken die op de relevante markt aanwezig zijn wat hun vormgeving betreft geen eigen plaats innemen. Fatboy heeft weliswaar ten aanzien van een groot aantal van de overgelegde producties gesteld dat zij ofwel met de producenten/distributeurs van de zitzakken een schikking hebben getroffen, dan wel acties hebben ondernomen om tot beëindiging van de inbreuk te komen, maar dit standpunt kan, nu Sitting Bull c.s. deze stelling op een groot aantal punten gemotiveerd hebben betwist, zonder nadere concrete onderbouwing en mede gelet op het grote aantal in het geding gebrachte producties van Sitting Bull c.s. niet voldoende overtuigen. Bovendien wisten deze ondernemers wellicht niets omtrent de weinig originele wijze waarop Setälä middels overtrekken tot zijn ontwerp is gekomen. Onder deze omstandigheden is van onrechtmatige nabootsing van de producten van Fatboy geen sprake.

4.6.3. Fatboy heeft nog aangevoerd dat het nabootsen van de 'lijn' van de producten van Fatboy onrechtmatig is te achten. Ook dit betoog faalt. Een algemeen verbod om een bepaalde stijl en/of een bepaalde format slaafs na te bootsen vindt geen grondslag in het recht. Het moet gaan om de uitwerking in een concreet, stoffelijk product, waarin een bepaalde stijl kan zijn toegepast. Nog afgezien van de vraag of de gehele 'lijn' van producten van

Fatboy wordt nagebootst (het gaat immers om slechts 5 producten), kan van onrechtmatig handelen aan de zijde van Sitting Bull c.s. op deze grond dus geen sprake zijn. Nu, zoals hiervoor reeds is overwogen, voor elk afzonderlijk concreet product van Fatboy niet geldt dat sprake is van voldoende onderscheidend vermogen, kan van onrechtmatige slaafse nabootsing geen sprake zijn.

4.6.4. Voor zover Fatboy ook ten aanzien van de slaafse nabootsing verwijst naar het vonnis van de meervoudige kamer van deze rechtbank van 6 juni 2007, verwijst de voorzieningenrechter allereerst naar hetgeen hiervoor reeds is overwogen over de beperkte werking van dit vonnis jegens derden. Daarbij komt dat uit de overwegingen van de rechtbank op dit punt kan worden afgeleid dat H.M.G. c.s. op dit punt een weinig serieus verweer hebben gevoerd. Zo kan uit het vonnis worden afgeleid dat H.M.G. c.s. wel hebben betwist dat de Fatboy producten een eigen gezicht in de markt hebben (r.o. 4.5.2. van dat vonnis) maar H.M.G. c.s. daarbij tegelijkertijd ook hebben aangevoerd dat Fatboy marktleider is. De rechtbank heeft vervolgens de gevolgtrekking gemaakt dat 'de producten van Fatboy en met name de Fatboy-the-Original kennelijk een referentiepunt binnen de markt voor zitzakken is.' en heeft mede op basis hiervan geconcludeerd dat sprake is van slaafse nabootsing.

4.6.5. Voor het overige heeft Fatboy voor de door haar gebruikte kleuren geen merkinschrijving gedaan; daarbuiten kan van het in het algemeen ongewenste monopoliseren van kleuren slechts onder zeer bijzondere omstandigheden, waaromtrent onvoldoende is gesteld of gebleken, sprake zijn.

De dessins van Sitting Bull c.s. zijn deels wezenlijk anders of betreffen vormen zoals bloemmotieven, die algemeen gebruikelijk zijn en die, waar zij niet identiek zijn, geen onrechtmatige navolging opleveren. De advertenties van Sitting Bull c.s. mogen door Fatboy als hinderlijk gelijkvormig aan die van haarzelf worden ervaren, maar daarop hebben haar vorderingen geen betrekking.

4.7. Slotoverwegingen

Gezien het voorgaande moeten de vorderingen van Fatboy worden afgewezen. Fatboy zal als de in het ongelijk gestelde partij op de voet van artikel 1019h Rv. in de volledige proceskosten worden veroordeeld.

4.7.1. De rechter acht de door Sitting Bull c.s. terzake gevorderde € 39.770,17 voor deze behandeling in kort geding niet evenredig en redelijk. Bovendien is de opgave inclusief een door niets gemotiveerde 6% 'kantooropslag' en 19% btw. die de voor de cliënt van de raadsman van gedaagden geen kostenpost vormt. Wel houdt de rechter er rekening mee dat de zaak, mede door de opstelling van Setälä, voor Fatboy extreem gecompliceerd is geworden. De integrale kosten aan de zijde van Sitting Bull c.s., worden op deze gronden begroot op € 254,- verschotten en € 20.000,- salaris, tezamen € 20.254,-.

4.7.2. De betogen tijdens de voegende partij Zet hebben niets extra bijgedragen aan dat wat tijdens Sitting Bull c.s. reeds werd aangevoerd en aan producties overgelegd. De voeging was verregaand overbodig en kon slechts dienen om te voorkomen dat Sitting Bull c.s. verwezen zouden laten liggen. Op grond daarvan zullen de kosten van het voegingsincident worden begroot op € 226,- (0,5 punt tarief II) en die van Zet in de hoofdzaak op € 2.754,-, waarvan € 254,- vast recht en € 2.500,- salaris.

5. De beslissing

De voorzieningenrechter

in het voegingsincident:

5.1. laat Zet toe als voegende partij aan de zijde van gedaagden, Sitting Bull c.s.,

5.2. veroordeelt Fatboy in de proceskosten in het incident aan de zijde van Zet, tot op heden begroot op € 226,-,

in de hoofdzaak:

5.3. wijst de vorderingen af,

5.4. veroordeelt Fatboy in de proceskosten aan de zijde van gedaagden Sitting Bull c.s. tot op heden begroot op € 20.254,- en aan de zijde van voegende partij Zet op € 2.754,-;

5.5. verklaart dit vonnis voor wat betreft de uitgesproken kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

Noot

Bjorn Schipper
Mr. B.H.M. Schipper is advocaat te Amsterdam.

Onderuitgezakt: De Fatboy wel/niet auteursrechtelijk beschermd

Het zitkussen genaamd *Fatboy* blijkt toch weer niet auteursrechtelijk beschermd. Genoot het zitkussen volgens de rechtbank in Den Bosch¹ en de voorzieningenrechter in Haarlem² aanvankelijk nog wél auteursrechtelijke bescherming, de voorzieningenrechter in Den Bosch zet er in het boven afgedrukte vonnis van 17 juni 2008 een dikke streep door. De in 1998 ontworpen *Fatboy* zou namelijk direct zijn ontleend aan het uit 1997 stammende zitkussen *Airbag*.

Procedures Fatboy

De *Fatboy* saga begon in 2005 met het oordeel van de Haagse voorzieningenrechter dat het zitkussen 'niets meer of anders is dan een uitvergroting van een volstrekt bekend model' en aldus géén auteursrechtelijke bescherming toekomt.³ Met name het eerder genoemde vonnis van de Rechtbank in Den Bosch in een door fabrikant *Fatboy* en ontwerper Jukka Ilmari Setälä aangespannen bodemprocedure, leek de weg te openen om ook andere aanbieders van *loungy* zitkussens aan te spreken wegens auteursrechtinbreuk. Dat bleek uit het Haarlemse kort geding vonnis van later dat jaar waarbij de voorzieningenrechter sterk leunde op de uitkomst van de Bossche bodemprocedure en inbreuk aannam.

Uiterlijke vormgeving Fatboy

Alvorens in te gaan op het jongste Bossche oordeel over de *Fatboy*, een opmerking over de van nature wankele materiële basis waarop het ontwerp van het zitkussen auteursrechtelijk beschermingswaardig geoordeeld kan worden. Niet mag uit het oog worden verloren dat de uiterlijke vormgeving van de *trendy* *Fatboy* naar zijn aard niets anders is dan een moderne uitvergroting van het alom bekende hoofdkussen en bovendien een terugkeer van

1 Rb. 's-Hertogenbosch 6 juni 2007, B9 4110 (*Fatboy the Original/Woonboulevard Poortvliet c.s.*).

2 Vzr. Rb. Haarlem 21 september 2007, B9 4759 (*QDesign/Fatboy the Original*).

3 Vzr. Rb. 's-Gravenhage 30 september 2005, B9 988 (*Fatboy the Original/Woonboulevard Poortvliet c.s.*).

de zitzak die al sinds jaar en dag gemeengoed is. Het idee van een uitvergroot kussen lijkt bij de Fatboy de concrete uitwerking ervan in belangrijke mate te overheersen⁴ en zou op zijn minst een omstandigheid moeten zijn die (mede) van invloed is op de vaststelling van het eigen karakter. De beschermingswaardigheid van de Fatboy lijkt daarmee onder permanente druk te staan. Niet alleen is het basisidee niet nieuw, de vorm is ook nog eens sterk functioneel bepaald. Illustratief voor dit spanningsveld zijn de tegengestelde overwegingen van de rechters uit Den Haag en Den Bosch daar waar het gaat om de auteursrechtelijke waardering van het zitkussen.

Het (voorlopige) Bossche Waterloo

Op 17 juni j008 vond het zitkussen Fatboy alsnog zijn Waterloo in Den Bosch, ditmaal bij de voorzieningenrechter. Niet de hiervoor aangehaalde broze auteursrechtelijke basis van het zitkussen voerde daarbij de boventoon, maar een door de gedaagde partijen in het geding gebrachte en in 1997 gepubliceerde foto van het zitkussen Airbag van de Finse ontwerper Suppanen. Beslist géén standaard geval van *prior art*. De rechter oordeelt namelijk dat overtuigend is aangetoond dat de ontwerper van de Fatboy de bewuste foto van de Airbag destijds heeft overgetrokken. De karakteristieke belijning van de Airbag valt bij het over elkaar leggen van foto en tekening precies onder de ontwerpschets van de Fatboy. Conclusie: de Fatboy mist originaliteit want is ontleend⁵ en weg is de auteursrechtelijke bescherming. Ik merk op dat niet duidelijk is geworden hoe het zit met de onderlinge afstanden in uiterlijke vormgeving van de Airbag, Fatboy en de zitzakken van gedaagden *Sitting Bull* c.s. Gesteld dat Fatboy de (auteurs)rechten bezit op het ontwerp van de Airbag, zou mogelijk nog sprake kunnen zijn van inbreuk op de Airbag.⁶

Uitlokking van een precedent

Daarmee bleek de juridische gifbeker voor Fatboy nog niet leeg. In zijn vonnis reduceert de voorzieningenrechter de betekenis van de eerdere bodemuitspraak tot nul. De rechter oordeelt dat de rechtbank ten tijde van het vonnis van 6 juni 2007 niet bekend was met het bestaan van het ontwerp van de Airbag en dat deze onbekendheid (mede) bepalend is geweest voor het eindoordeel. De rechter voegt daar nog aan toe dat de destijds door Jukka Ilmari Setälä ter comparitie afgelegde verklaring dat hij ten tijde van het maken van de Fatboy geen oudere ontwerpen van zitzakken in kussenvorm kende, als 'onwaar' en 'misleitend' moet worden beschouwd. Had de rechtbank dit destijds geweten, was hij waarschijnlijk tot een ander oordeel gekomen.

De kwalificaties van de voorzieningenrechter zijn niet mals en spruiten voort uit de omstandigheid dat het voor de Fatboy belastende bewijsmateriaal al bekend bleek voordat zijn Bossche ambtsgenoten zich over de beschermingswaardigheid van het zitkussen moesten buigen. In het kader van een voorafgaand aan het vonnis in de bodemprocedure tussen Fatboy en de gedaagde partijen getroffen schikking was blijkbaar overeengekomen dat via een uitgelokt vonnis een voor Fatboy (nieuw) precedent geschapen moest worden. Tegen de stellingen van Fatboy lijkt daarbij door gedaagden op ingehouden wijze verweer te zijn gevoerd, getuige het bewust achterhouden van het voor Fatboy belastende materiaal over de Airbag. Een constructie niet geheel zonder risico's. Rechters laten zich nu eenmaal niet graag voor het karretje van procespartijen spannen. Waar de opzet van Fatboy aanvankelijk nog leek te slagen en zij met de uitspraak van de bodemrechter een voor haar uiterst negatief Haags kort-gedingvonnis heeft kunnen 'wegpoetsen', kwam nu de aap uit de mouw en is aan de bodemzaak iedere richtinggevende betekenis ontnomen. De constatering dat zijn ambtsgenoten met opzet onjuist bleken te zijn voorgelicht, was voor de rechter klaarblijkelijk voldoende. De beschermingswaardigheid van de Fatboy staat daarmee wéér ter discussie.

Werktoets en rechterlijke verantwoordelijkheid

Tot slot nog een opmerking over de rechterlijke verantwoordelijkheid bij de toepassing van de auteursrechtelijke werktoets. De Haarlemse voorzieningenrechter ging er in zijn vonnis onder verwijzing naar de bodemuitspraak zonder meer van uit dat de Fatboy object van het auteursrecht is en hechtte daarbij kennelijk veel waarde aan de omstandigheid dat het een meervoudige kamer betrof, en minder aan de inhoud van een door de gedaagde partij overgelegde deskundigenverklaring.

Naar nu blijkt ten onrechte. Een rechter is in algemene zin gehouden gemotiveerd antwoord te geven op de vraag of een uiting een 'werk' in de zin van het auteursrecht is en dient daarbij in te gaan op de aangevoerde argumenten.⁷ Zeker is dat het geval, indien ter betwisting van de auteursrechtelijke bescherming een rapportage van een (partij)deskundige is overgelegd. Weliswaar staat het de rechter vrij om af te gaan op de inhoud van zo'n deskundigenbericht,⁸ maar zo'n rapport zou voor de rechter tenminste aanleiding moeten zijn om zelfstandig de werktoets op de Fatboy toe te passen.⁹

4 Zie onder meer de noot van A.A. Quaedvlieg bij V.zr. Rb. 's-Hertogenbosch, 23 januari 2007 (*Wilbers Karnaval/WG Europe*), AMI 2007/5, p. 152-153.

5 Zie recent HR 30 mei 2008, C07/131HR, r.o. 4.5.1 (*De Endstra Tapes*), elders in dit nummer gepubliceerd.

6 Zie ook F. Smits, *De ontwerper vogelvrij. Kort commentaar bij Fatboy/Sitting Bull*, B9 6345, 26 juni 2008.

7 HR 8 september 2006, AMI 2006/6, m.nt. K.J. Koelman (*Timans/Haarsma en Agri-*

cola); zie ook F.W. Grosheide in zijn noot bij V.zr. Rb. Amsterdam, 3 november 2007 (*G-star/New Yorker*), IER 2008/1, p. 36.

8 Uitgangspunt daarbij is dat de betrokken expert betrouwbaar en deskundig is. Zie onder meer de noot van A.A. Quaedvlieg bij HR 16 juni 2006 (*Kecofa/Lancôme*), AMI 2006/5, p. 172.

9 Zie onder meer Th. Limperg, *Bescherming van vormgeving tegen plagiaat. Een handleiding voor de praktijk*, p. 61 en 76, Agon Elsevier, 1971.