

klinker, klinker en medeklinker ('mkm') te herhalen of de keuze om regelmatig woorden met de korte 'ei' en de lange 'ij' te herhalen. Ook de keuze om kinderen bij spelling 'ik rij' en 'ik hou' aan te leren in plaats van 'ik rijd' en 'ik houd', is gebaseerd op een didactisch inzicht, zoals ook blijkt uit de verantwoording daarvoor.

4.10. Wat in beide gevallen overblijft zijn de keuzes voor het exacte moment van behandeling van een onderwerp, binnen de kaders van SLO en CITO, binnen een didactische strategie en binnen de praktische kaders genoemd in 4.6. Het gaat daarbij in wezen om de indeling per les van een aantal vaststaande onderwerpen. Waarom die keuzes een eigen intellectuele schepping vormen, heeft GEU c.s. niet nader toegelicht, terwijl die keuzes op het eerste gezicht triviaal en banaal lijken. De rechtbank neemt daarbij in aanmerking dat GEU c.s. zich aanvankelijk beriep op een auteursrecht op de uitgaven als geheel, waar de leerlijnen, projectplannen en opgaven onderdeel van uitmaken. Pas ter comparitie heeft GEU c.s. gesteld dat de leerlijnen 'sec' een auteursrechtelijk beschermd werk vormen en zich beroepen op een inbreuk op het auteursrecht daarop. Pas op dat moment heeft zij de hiervoor in 3.3 geciteerde kenmerken als subjectieve keuzes in de leerlijnen aangewezen. Van Snappet c.s. kon niet gevegd worden dat zij ter zitting onmiddellijk per kenmerk uiteen zou zetten waarom zij meent dat die keuze is ingegeven door externe, didactische en/of praktische eisen en geen vrije keuze is, zodat de relatief algemene betwisting daarvan door Snappet c.s. volstaat. Tegen deze achtergrond kan niet worden vastgesteld dat GEU c.s. bij het opstellen van de leerlijnen voor Rekenrijk en Spelling in Beeld vrije en/of creatieve keuzes heeft gemaakt die deze leerlijnen tot een eigen intellectuele schepping maken.

4.11. De slotsom van het voorgaande is dat er geen auteursrecht rust op de leerlijnen voor Rekenrijk en Spelling in Beeld. De daarop gebaseerde vorderingen zijn derhalve niet toewijsbaar.

4.12. Ten aanzien van het beroep van GEU c.s. op inbreuk op haar auteursrechten op individuele opgaven van Rekenrijk en Spelling in Beeld geldt het volgende. GEU c.s. heeft bij dagvaarding en in haar akte uitlating exhibitie een aantal specifieke opga-

ven uit Rekenrijk en Spelling in Beeld aangevoerd, waarvan zij stelt dat opgaven van Snappet c.s. inbreukmakende vereenvoudigingen daarvan zijn. Zij heeft dat voor Spelling in Beeld gesteld van twee opgaven over de spelling van woorden met 'ou', respectievelijk 'ei'. Met betrekking tot de opgaven met 'ou' heeft Snappet c.s. onder meer aangevoerd dat zij een veel groter aantal opgaven met telkens een 'ou' woord aanbiedt en dat GEU c.s. daar zelf het in 2.13 weergegeven rijtje van vier uit heeft geselecteerd in haar processtukken. Van een opgave met dezelfde vier woorden in dezelfde volgorde is derhalve geen sprake, aldus Snappet c.s. Ten aanzien van de woorden met 'ei' heeft Snappet c.s. er onder andere op gewezen dat er slechts vijftien 'ei' woorden zijn die in aanmerking komen voor spelling in groep 4, zodat niet te voorkomen valt dat een aantal veel voorkomende daarvan regelmatig terugkomen. Daarom bestrijdt zij dat er auteursrecht rust op de volgorde en selectie van het rijtje 'ei', 'trein', 'plein', 'klein', 'meisje', 'zeil'. Voor Rekenrijk heeft Snappet c.s. gemotiveerd bestreden dat een onderwerp als 'het tellen van het aantal sinaasappels in een net' of 'het kopen van speelgoed met een bepaalde hoeveelheid geld in een winkel' (zie de opgaven van GEU c.s. in 2.8 en van Snappet c.s. in 2.9) aangemerkt kunnen worden als auteursrechtelijk beschermde werken. GEU c.s. heeft de beschreven stellingname van Snappet c.s. bij pleidooi in het geheel niet (meer) weersproken, terwijl zij haar stellingen aanvankelijk ook slechts summierlijk had onderbouwd. GEU c.s. is bij pleidooi zelfs helemaal niet meer ingegaan op de aanvankelijk gestelde inbreuk op het niveau van individuele opgaven. Gelet daarop gaat de rechtbank uit van de juistheid van de stellingen van Snappet c.s. en faalt het beroep van GEU c.s. op auteursrecht inbreuk op het niveau van de door haar aangewezen individuele opgaven.

Noot

Lezenswaardig vonnis. Bij de beantwoording van de vraag of er auteursrecht rust op de aan een educatieve uitgave ten grondslag liggende leerlijnen en de uitwerking daarvan houdt de rechtbank terecht rekening met (i) de formele, van overheidswege aangewezen leerdoelen, referentieniveaus en toetsingskaders en (ii) de operationele – organisatorische, praktische en didactische – kaders,

die de vrijheid voor makers van educatieve uitgaves om bij het opstellen van leerlijnen creatieve keuzes te maken beperken (zie, voor een uitvoerige uiteenzetting van dergelijke 'creative constraints', S. van Gompel, 'Creativity, autonomy and personal touch: A critical appraisal of the CJEU's originality test for copyright', in: M.M.M. van Eechoud (red.), *The Work of Authorship*, Amsterdam: AUP 2014, p. 95-143). In een leerlijn worden algemene, door de overheid vastgestelde kerndoelen in het basisonderwijs vertaald naar concrete (tussen)doelen die voor elk leerjaar omschrijven wat per lesweek of -periode wordt behandeld en ook wat leerlijnen moeten kennen en kunnen alvorens zij een volgende stap in de leerlijn kunnen zetten. In beginsel is er ruimte om bij het opstellen van leerlijnen keuzes te maken, maar voor zover dergelijke keuzes zijn ingegeven door didactische en/of praktische overwegingen tellen zij niet mee bij de beoordeling van auteursrechtelijke bescherming. Alleen vrije en creatieve keuzes kunnen een eigen intellectuele schepping vormen.

SvG

- 1 HvJ EU 16 juli 2009, ECLI:EU:C:2009:465 (Infopaq).
- 2 HvJ EU 1 december 2011, ECLI:EU:C:2011:798 (Painer).
- 3 Vergelijk HvJ EU 1 maart 2012, ECLI:EU:C:2012:115 (Football Dataco).
- 4 HR 24 februari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU7508.

Vzr Rechtbank Noord-Holland
30 november 2016, IEF 16422;
ECLI:NL:RBNHO:2016:9878
(D/De Vier Jaargetijden)

Architect vordert stopzetting werkzaamheden aan kantoorpand wegens inbreuk op persoonlijkheidsrechten van artikel 25 lid 1 sub d. Aw. Rechter concludeert tot aantasting in de zin van dat artikel maar wijst vordering af wegens ontbreken nadeel aan eer of naam van de maker. Eerder publiekrechtelijk bezwaar tegen verleende omgevingsvergunning door bestuursrechter afgewezen.

Vzr Rb "2.8. De 'Welstand- en monumentencommissie [gemeente]' heeft in haar brief



van 25 juli 2016, met daarin haar positieve advies ten aanzien van het project, mede in reactie op de brief van [A.], voor zover van belang, het volgende overwogen:

“(…)

De status van beschermd stadsgezicht heeft met zich gebracht dat de commissie veel aandacht heeft besteed aan de reconstructie van de voorgevel, zodat zo veel mogelijk recht is gedaan aan de huidige karakteristiek. Dat wordt door [A.] in zijn second opinion onderkend.

De commissie heeft geoordeeld dat de aanpassingen aan de achtergevel inderdaad ingrijpend zijn, zoals deze door de heer [A.] aangegeven, maar op basis van de welstandsnota en gezien de ligging in de binnenstad acceptabel zijn. Hoewel de commissie de renovatie van het blok graag in de context had gezien van een totale visie op het complex, acht zij de beschutte achterafligging van de achtergevel dermate informeel dat een incidentele aanpak op deze schaal geen inbreuk hoeft te vormen op het complex als geheel.

De commissie sprak haar waardering uit over de verandering in het ontwerp van de voorgevel die inhield dat de voordeuren in de achtergevel (zuidgevel) werden geplaatst. Naar de mening van de commissie nam hierdoor, door de directe betrokkenheid van de woningen op het binnengebied, de kwaliteit van de binnentuin toe. Tevens is naar aanleiding van het advies van de commissie de uitbouw op de begane grond aan de achterzijde verkleind en meer in de baksteenarchitectuur opgenomen, waarin ook de dakterrassen meer zijn weggewerkt. Het plaat-

materiaal aan de achterzijde is daarmee komen te vervallen waardoor de gevel een hoogwaardige uitstraling kreeg. Deze gevel wijkt nu inderdaad af van de andere gevels in het binnengebied maar niet in die mate dat de commissie het een onacceptabele stijl-inbreuk vindt.

(…)

5.12. De voorzieningenrechter is van oordeel dat als gevolg van de door De Vier Jaargetijden voorgenomen sloop en verbouwing van de zuidgevel in vergaande mate afbreuk wordt gedaan aan het eigen, persoonlijk karakter van die gevel. Van een totale vernietiging, die volgens heersende jurisprudentie niet kan worden aangemerkt als een aantasting in het werk in de zin van artikel 25 lid 1 aanhef en onder d Aw, is geen sprake, nu ook na sloop van de zuidgevel kenmerkende elementen in het ontwerp van het kantoorpand door [eiser/verweerder] gehandhaafd en zichtbaar zullen blijven in het nieuwe ontwerp.

5.13. Het voorgaande brengt met zich dat naar het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter sprake is van een aantasting van de zuidgevel in de zin van artikel 25 lid 1 aanhef en onder d Aw. Of ook sprake is van een misvorming of vermindering is afhankelijk van subjectieve smaak, maar hoe dan ook is sprake van “andere aantasting” in de zin van artikel 25 lid 1 aanhef en onder d Aw, waartegen de Auteurswet bescherming beoogt te bieden indien deze aantasting nadeel zou kunnen toebrengen aan de eer of de naam van de maker of aan zijn waarde in die hoedanigheid. Het criterium ‘nadeel aan de eer, naam of waarde van de maker’ is evenwel ook niet absoluut en impliceert een afweging van belangen. Die belangenafweging moet in dit geval worden toegepast.

(…)

5.16. De rechtbank is van oordeel dat – op grond van na te melden omstandigheden – voorshands moet worden geoordeeld dat geen sprake is van een aantasting, die nadeel zou kunnen toebrengen aan de eer of de naam van [eiser/verweerder] of aan zijn waarde in zijn hoedanigheid van architect van het kantoorpand.

– De maker van een bouwwerk moet er rekening mee houden dat er in de loop

der tijd in verband met functionele wijzigingen van de bestemming veranderingen nodig zijn die zelfs tot (gedeeltelijke) aantasting van het werk kunnen leiden.

- De aantasting is in casu niet lichtvaardig tot stand gekomen en het is bovendien niet de bedoeling [eiser/verweerder] daarmee te benadelen. In dit kader is aannemelijk geworden dat de aanpassingen in het werk uitsluitend plaatsvinden om het werk behoorlijk aan zijn nieuwe woonfunctie te kunnen laten beantwoorden en niet omdat het werk van [eiser/verweerder] of zijn waarde als bouwmeester zouden worden geminacht. De functiewijziging wordt gerealiseerd op verzoek van de gemeente, nu de invulling als kantoor niet mogelijk is gebleken (het kantoorpand staat al zeven jaar leeg) en de gemeente – gezien de daaraan bestaande behoefte – de wens heeft uitgesproken om ter plekke starterswoningen te realiseren. Van belang hierbij is dat de door [eiser/verweerder] aangedragen alternatieven voor de zuidgevel niet optimaal voldoen aan de aan woonruimte te stellen kwaliteitseisen en de wensen van de kopers van de appartementen, waarbij de voorzieningenrechter – anders dan [eiser/verweerder] – meent, dat hiertoe grote ramen en een buitenruimte, hoewel van beperkte omvang, in zeer grote mate bijdragen. Bewoners zullen immers op deze wijze optimaal kunnen genieten van dag- en zonlichttoetreding. Aan woningen worden in dit kader andere eisen gesteld dan aan een kantoorpand. De Vier Jaargetijden was om die reden dan ook niet gehouden de door [eiser/verweerder] voorgestelde alternatieven voor de zuidgevel te volgen.
- De meest vergaande wijzigingen vinden plaats aan de zuidgevel gelegen aan de binnenhof van het complex. Deze binnenhof zal – naar de voorzieningenrechter heeft begrepen – in beginsel alleen toegankelijk zijn voor bewoners en nog slechts gedurende een jaar zijn opengesteld voor een beperkt publiek, te weten het publiek dat de raadsvergaderingen van de Gemeenteraad van [gemeente] wenst bij te wonen. Ook die omstandigheid draagt ertoe bij dat aan de naam of eer van [eiser/verweerder]

of aan zijn waarde in zijn hoedanigheid van architect geen nadeel zal worden toegebracht, althans niet in een zodanige mate dat dit nadeel als relevant nadeel dient te leiden tot het gevraagde verbod.

- Het werk van [eiser/verweerder] goed is gedocumenteerd.
- De lange periode tussen realisatie van het kantoorpand en de (functie)wijziging.

5.17. De conclusie ten aanzien van de zuidgevel is dat voorshands moet worden geoordeeld dat er weliswaar sprake is van een aantasting in de zin van artikel 25 lid 1 aanhef en onder d Aw, maar dat die geen nadeel zal kunnen toebrengen aan de eer of de naam van [eiser/verweerder] als maker van het kantoorpand of aan zijn waarde in deze hoedanigheid.”

Noot

Het gaat over een kantoorpand dat deel uitmaakte van het voormalig historisch bestuurscentrum van het Hoogheemraadschap Hollands Noorderkwartier in Edam aan de Schepenmakersdijk. Dat pand is door de oud-rijksbouwmeester Dijkstra ontworpen en wordt door Jo Coenen gekwalificeerd als een knap geheel te midden van de bestaande context en als een memorabel en klassieke ensemble. Het centrum staat al zeven jaar leeg. Projectontwikkelaar De Vier Jaargetijden heeft een bouwplan gemaakt voor acht appartementen in het pand. Die zijn alle al op tekening verkocht. Er is door architect Dijkstra zowel tegen voorgenomen veranderingen aan de noordgevel als over veranderingen aan de zuidgevel bezwaar gemaakt. De meest ingrijpende zijn die aan de zuidgevel en ik beperk me daartoe. Drie punten zijn hierbij interessant: (1) de verhouding tussen de publiekrechtelijke omgevingsvergunning en de privaatrechtelijke actie uit artikel 25d Auteurswet, (2) de vraag of met de aantasting inbreuk vaststaat of dat daarvoor ook onderzocht moet worden of de geconstateerde aantasting nadeel toebrengt aan de eer of de naam van de maker en (3) de inzet van de *ex parte* vordering om te voorkomen dat onherstelbare wijzigingen aan een gebouw worden aangebracht.

Ad (1) Over het eerste punt bevat de uitspraak geen oordeel. Er was dan ook pro

forma beroep aangetekend tegen de verguningsverlening bij de Afdeling bestuursrecht-spraak van de Raad van State. Ik pleeg even wat (feitelijk) autoplagiaat (zie mijn noot bij Tuijnman/WBA, onder het kopje *Verhouding met welstandswetgeving*, hierna genoemd). De architect die geen gebruik heeft gemaakt van de bestuursrechtelijke weg om bezwaar te maken tegen verbouwing van zijn werk, loopt het risico dat hij achteraf geen beroep kan doen op zijn persoonlijkheidsrecht (zie aldus Vzr Rb Zutphen 19 juni 2003, ECLI:NL:RBZUT:2003: AH8556 (Architektenburo Ir. De Schakel/X e.a.)). Dat heeft deze architect (oud-rijksbouwmeester Tjeerd Dijkstra) dus goed gedaan. Het is echter niet zo dat verlening van een omgevingsvergunning automatisch beroep op het auteursrechtelijk verzetsrecht uitschakelt. In Vzr Rb Amsterdam 20 oktober 2004, AMI 2005/3, pp. 93-100 met nt J.J.C. Kabel (Tuijnman/WBA) was een bouwvergunning verleend terwijl de rechter niettemin concludeerde tot aantasting van het persoonlijkheidsrecht. In Hof Amsterdam 26 juli 2001, vermeld in IER 2001/5: p. 224 (Röling/Gemeente Haarlem) had architect Röling vergeefs bezwaar gemaakt tegen de verleende sloopvergunning maar oordeelden rechtbank en Hof toch dat er sprake was van aantasting in de zin van artikel 25 lid 1 sub d. Aw. In Hof Leeuwarden 17 maart 1999, AMI 1999/10, p. 158-160 met nt J.J.C. Kabel (Bonema/SBB) gebeurde hetzelfde. In de recente Naturalis zaak is het feit dat in strijd met het bestemmingsplan is gehandeld, geen reden om daarom tot aantasting te besluiten (Rb Den Haag 25 januari 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:555 (Fons Verheijen/Stichting Naturalis)). Vzr Rb Leeuwarden 29 november 1994, AMI 1996/1, p. 14 met nt H. Cohen Jehoram (Vegter/Friesland Bank) maakt het verschil tussen beide rechtsgangen duidelijk: “Voor zijn reputatie moet Vegter zelf opkomen; dat kan hij niet verwachten van de welstandscommissie...”, aldus de rechter. Het is dus niet zo dat met een publiekrechtelijke afweging de zaak is afgedaan.

(2) In de eerder genoemde Naturaliszaak wordt de aanpak op dit punt m.i. goed weergegeven. De rechtbank overweegt in 4.27: “Indien daarentegen een geval onmiskenbaar wel thuishoort in de toets van artikel 25 lid 1, aanhef en onder d Aw, omdat sprake is van een misvorming, vermindering of andere aantasting van het werk, zoals in het onder-

havige geval, is de afweging van belangen al gemaakt en wint het belang van de architect het in beginsel van het belang van de maker indien aan de nadere voorwaarde van aantasting van de eer of de naam is voldaan.” In beginsel: er gaat in dit geval nog door de rechtbank worden geoordeeld of een verbod de toets aan 6:168 BW kan doorstaan en of Naturalis het verbod daadwerkelijk kan nakomen. In Röling/Gemeente Haarlem (IER 2001/5, p. 221-225 met nt J.J.C. Kabel) oordeelt de rechtbank dat sloop onder aantasting valt, maar dat in dit geval de sloop geen nadeel toebrengt aan de reputatie van de architect vanwege de dienstverhouding tussen de architect en de Gemeente en de inhoudelijke redenen voor de sloop die in ieder geval niet bestonden uit een gebrek aan waardering voor het werk van de architect. Het Hof acht wel ‘enig nadeel’ aanwezig, omdat in haar openbaar gemaakte plannen de Gemeente het werk van Röling niet heeft onderstreept, geen visie heeft ontwikkeld hoe aan Röling’s werk blijvend aandacht zou kunnen worden besteed en geen contact heeft gezocht met de architect in verband met haar plannen. Op basis daarvan is schadevergoeding mogelijk – die in dit geval niet was gevraagd. Er wordt dus een afzonderlijke afweging gemaakt. Het oordeel dat sprake is van aantasting is niet voldoende voor toewijzing van de vordering. Dat gebeurt ook in deze zaak. De rechter oordeelt dat er wel sprake is van aantasting, maar niet van nadeel aan de reputatie van de maker en past daarbij, net zoals de rechter in de Röling zaak een belangenafweging toe waarbij de motieven van de exploitant voor de aantasting worden onderzocht. Uit die motieven blijkt niet dat er geen waardering is voor het werk van de architect (geen bedoeling om te benadelen, geen minachting voor zijn werk). De aangevoerde motieven moeten dus serieus worden getoetst op de vraag of er niet al te gemakkelijk met het bestaande werk wordt omgegaan. Maar zelfs als die motieven deugen, dan kan het nog zo zijn dat er iets mankeert aan de manier waarop de opdrachtgever met het werk van de architect is omgegaan, zoals blijkt uit de Röling/Gemeente Haarlem. De opdrachtgever moet ook op de een of andere manier zelf laten blijken dat er waardering is voor het werk van de architect. In deze zaak wordt volstaan met de opmerking dat het werk van Dijkstra goed is gedocumenteerd, maar dat is geen verdienste van de opdrachtgever. Wat mis-

schien de doorslag geeft is dat Dijkstra's werk door de renovatie niet langer zichtbaar is in de openbare ruimte.

(3) In dit soort gevallen is het doorgaans gedaan met de vordering van de maker, wanneer de transformatie al heeft plaatsgevonden. *Die normatieve Kraft des Faktischen* is nu eenmaal ook een juridisch begrip, zoals bijvoorbeeld blijkt uit de wettelijke regels rond het bezit. Zo ook hier – ik heb het wel eens eerder uitgezocht: bij voorgenomen aantastingen wil de maker nog wel eens winnen, bij reeds gerealiseerde aantastingen komt dat eigenlijk niet voor (zie eerdergenoemde noot bij Tuijnman/WVA). Het is dus aan te raden als maker om er vroeg bij te zijn, ook als al een vergunning is verleend maar de bezwaartermijnen nog lopen. Een ex parte vordering is dan een geschikt middel om de zaak even stil te laten leggen.

JK

**Hof Arnhem-Leeuwarden
20 december 2016,
ECLI:NL:GHARL:2016:10382
(Trebs B.V./Food & Fun B.V.
c.a.)**

Langlopend conflict over gestelde nabootsing van een pizza oven voor thuisgebruik. Bodemprocedure waarin Trebs een verklaring voor recht vraagt die inhoudt dat Food & Fun onrechtmatig handelt door in het openbaar mee te delen dat Trebs een slaafse kopie van Food & Fun's Pizzarette op de markt brengt. Trebs mag bewijzen dat er tussen partijen is afgesproken dat zij elkaars producten op de markt zouden dulden. Indien Trebs daar niet in slaagt moet de vraag worden beantwoord of er sprake is van slaafse nabootsing. Door het overnemen van het steentjespatroon is Trebs tekort geschoten in haar verplichting jegens Food & Fun om verwarring te voorkomen. Er is dus sprake van slaafse nabootsing, maar er is door Food & Fun onvoldoende aangetoond dat er ook redenen zijn voor een grensoverschrijdend verbod. De verhandeling door Trebs van de ovens kan niet worden verboden met een rechtstreeks beroep op de regels over oneerlijke handelspraktijken want die hebben geen betrekking op oneerlijke concurrentie tussen ondernemingen. Voor een ge-



Food & Fun's pizza oven



Trebs' pizza oven

slaagd beroep op de correctie Langemeijer in dit verband heeft Food & Fun te weinig aangevoerd. Het verkopen van een slaafse nabootsing kan evenmin bestreden worden met een beroep op de bepalingen over misleidende reclame. Onder een mededeling in de zin van die bepalingen kan niet het goed zelf of de slaafse nabootsing of een foto daarvan worden verstaan. Onderstaande weergave is beperkt tot de overwegingen omtrent slaafse nabootsing.

Hof "5.15 Indien Trebs niet in haar bewijslevering slaagt is de volgende vraag die moet worden beantwoord of Trebs jegens Food & Fun c.s. onrechtmatig handelt door een pizzaoven aan te bieden die nagenoeg identiek is aan de Pizzarette die door Food & Fun c.s. sinds 2009 in Nederland wordt verkocht. Trebs meent dat die vraag door de rechtbank ten onrechte bevestigend is beantwoord.

5.16 De meest verstrekkende stelling van Trebs houdt in dat er vanwege de negatieve reflexwerking van artikel 2 lid 7 van de Berner Conventie (hierna: BC) geen plaats is voor een vordering gestoeld op slaafse nabootsing. Die stelling kan, zoals Food & Fun c.s. terecht aanvoeren, niet worden gevolgd, alleen al niet omdat artikel 2 lid 7 BC (onverminderd de bepalingen van artikel 7 lid 4)

de lidstaten nu juist vrij laat in het regelen van de bescherming van werken van toegepaste kunst en de strekking van artikel 2 lid 7 BC ook een andere is, te weten de uitsluiting van auteursrechtelijke bescherming van een werk van toegepaste kunst indien het werk in het land waar het is gemaakt geen auteursrechtelijke bescherming geniet. Met haar stelling miskent Trebs bovendien dat het leerstuk van slaafse nabootsing nu juist is bedoeld voor een situatie als de onderhavige.

5.17 De door de Hoge Raad ontwikkelde slaafse nabootsingsleer houdt in dat nabootsing van een product dat niet (langer) wordt beschermd door een recht van intellectueel eigendom in beginsel vrijstaat, maar dat dit beginsel uitzondering lijdt wanneer door die nabootsing verwarring bij het publiek valt te duchten en de nabootsende concurrent tekortschiet in zijn verplichting om bij het 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 (zie onder meer HR 20 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ6999, NJ 2011/302, Lego). De mogelijkheid om een andere weg in te slaan, zonder daarmee afbreuk te doen aan de deugdelijkheid en de bruikbaarheid van het product, brengt tevens de verplichting mee dit te doen (vgl. HR 15 maart 1968, NJ 1968/268, Plastic Stapelschalen).

5.18 Voor een succesvol beroep op slaafse nabootsing is nodig dat het nagebootste product op het moment dat de nabootsende concurrent met de nabootsing de markt betreedt, een zeker onderscheidend vermogen heeft, anders gezegd een eigen plaats op de markt heeft (HR 21 december 1956, NJ 1960/414, drukasbakken). Niet is vereist dat het nagevolgde product zelf ontworpen of oorspronkelijk is (zie HR 7 juni 1991, ECLI:NL:HR:1991: ZC0273, NJ 1992/392, Rummikub).

5.19 Voor de beoordeling van het verwarringsgevaar is het uitgangspunt de totaalindruk die bepalend is voor elk product en de beschouwing daarvan door een weinig oplettend consument die de beide producten meestal niet naast elkaar ziet, zodat moet worden vergeleken het beeld dat het nagebootste product in herinnering achter-