

**Vzgr Rb Amsterdam, 19 oktober 2022, Personal Protein v The Smart Whey**



**AUTEURSRECHT - SLAAFSE NABOOTING**

**Geen sprake van een auteursrechtelijk beschermd werk**

- [Standaard verpakkingen worden te banaal geacht voor auteursrechtelijke bescherming](#)

**Geen auteursrechtelijke bescherming instructievideo**

- [Van het filmpje van Personal Protein zijn alleen enkele screenshots in het geding gebracht en zodoende kan niet worden beoordeeld of het hier gaat om een auteursrechtelijk beschermd werk](#)

**Geen sprake van slaafse nabootsing**

- [Duidelijk sprake van inspiratie, maar ook eigen keuzes gemaakt in uitvoering qua maatvoering en kleur.](#)

Vindplaatsen: [ECLI:NL:RBAMS:2022:5966](#)

**Rb Amsterdam, 19 oktober 2022**

(I.H.J. Konings)

vonnis

RECHTBANK AMSTERDAM

Afdeling privaatrecht, voorzieningenrechter civiel  
zaaknummer / rolnummer: C/13/722487 / KG ZA 22-  
786 IHJK/MV

Vonnis in kort geding van 19 oktober 2022

in de zaak van

de besloten vennootschap met beperkte  
aansprakelijkheid

PERSONAL PROTEIN B.V.,

gevestigd te Nijmegen,

eiseres bij dagvaarding van 13 september 2022,

advocaten mr. S.M. Kaak en mr. N.F. de Bruin te  
Utrecht,

tegen

1. de vennootschap onder firma

THE SMART WHEY,

gevestigd te Amsterdam,

2. [gedaagde 2],

3. [gedaagde 3],

beiden wonende te [woonplaats],

gedaagden,

advocaat mr. N.D.R. Nefkens te Amsterdam.

Partijen zullen hierna ook Personal Protein, The Smart  
Whey, [gedaagde 2] en [gedaagde 3] worden genoemd.

**1 De procedure**

Tijdens de mondelinge behandeling van dit kort geding op 5 oktober 2022 heeft Personal Protein de dagvaarding toegelicht. Gedaagden hebben verweer gevoerd.

Beide partijen hebben producties en een pleitnota in het geding gebracht.

Bij de mondelinge behandeling waren aanwezig:

aan de zijde van Personal Protein: [naam 1], [naam 2] en [naam 3] met

mr. Kaak en mr. De Bruin;

aan de zijde van gedaagden: [gedaagde 2] met mr. Nefkens.

Na verder debat is vonnis bepaald op 19 oktober 2022.

**2 De feiten**

2.1. Sinds 2017 produceert en verhandelt Personal Protein eiwitpoeder en erwtenproteïnevoeder zonder smaak, dat de consument zelf dient aan te lengen met water of melk en van een smaak naar eigen keuze kan voorzien door het gebruik van vloeibare smaakmakers. Personal Protein brengt hiertoe ondermeer het volgende op de markt:

- een pot met eiwitpoeder;

- een pot met erwtenproteïnevoeder;

- een shakebeker;

- de zogenoemde Flavour Shots (in 25 verschillende smaken); en

- een starterspakket (“Try-Out” pakketten).

Op haar website [www.personalprotein.nl](http://www.personalprotein.nl) is een instructiefilmpje voor het maken van een shake te zien.

2.2. In 2021 is The Smart Whey opgericht door haar vennoten [gedaagde 2] en [gedaagde 3]. Ook The Smart Whey brengt eiwitpoeder en erwtenproteïnevoeder zonder smaak op de markt, dat de consument zelf dient aan te lengen met water of melk en van een smaak naar eigen keuze kan voorzien door het gebruik van vloeibare smaakmakers. The Smart Whey brengt (bracht) hiertoe het volgende op de markt:

- een pot met eiwitpoeder;

- een pot met erwtenproteïnevoeder;

- een shakebeker;

- de zogenoemde Smart Shots (in de smaken vanille, aardbei, kokosnoot, chocolade en blauwe bessen); en

- een starterspakket (“Starter Pack”).

Op haar website [www.thesmartwhey.com](http://www.thesmartwhey.com) is (was) een instructiefilmpje voor het maken van een shake te zien.

2.3. Bij brief van 22 augustus 2022 heeft de advocaat van Personal Protein The Smart Whey en haar vennoten onder meer bericht dat Personal Protein over de auteursrechten beschikt die rusten op de concretisering van haar idee en op de verschillende onderdelen daarvan en dat The Smart Whey inbreuk maakt op die auteursrechten. Ook is in de brief opgenomen dat The Smart Whey onrechtmatig handelt door het klakkeloos imiteren van het door Personal Protein uitgewerkte concept en de verschillende onderdelen daarvan, hetgeen nodeloze verwarring in de markt veroorzaakt. The Smart Whey en haar vennoten zijn gesommeerd de productie en verhandeling van hun producten te staken en gestaakt te houden, rekening en verantwoording af te leggen van de door de gestelde inbreuk genoten winst en ieder een vergoeding te betalen voor de advocaatkosten van Personal Protein van € 2.500,-.

2.4. Bij brief van 30 augustus 2022 heeft de advocaat van The Smart Whey bestreden dat auteursrecht rust op (de uitvoering van) het concept van Personal Protein en dat sprake is van inbreuk op het auteursrecht of van onrechtmatig handelen (slaafse nabootsing). Tot slot is in de brief een schikkingsvoorstel opgenomen.

2.5. Bij e-mail van 31 augustus 2022 heeft de advocaat van Personal Protein een tegenvoorstel gedaan.

2.6. Bij e-mail van 2 september 2022 heeft de advocaat van The Smart Whey onder meer als volgt gereageerd: *“Cliënten zullen het aanbod en de verkoop van hun producten voorlopig staken. Ik heb begin volgende week overleg met hen en kom er dan bij u op terug of de staking definitief is (...).”*

2.7. Bij e-mail van 5 september 2022 heeft de advocaat van Personal Protein onder meer als volgt geantwoord: *“De toezegging van uw cliënte van vrijdag jl. om de verkopen voorlopig te staken is voor cliënte onvoldoende, temeer omdat zij die toezegging niet online hebben kunnen controleren omdat uw cliënten de IP adressen van ons en cliënte voor de website www.thesmartwhey.com hebben geblokkeerd. Wellicht is het overbodig, maar volledigheidshalve merk ik hierbij op dat de advocaatkosten door het opstellen van de dagvaarding en het verzoek om een datum oplopen en dat die bij een eventuele schikking door cliënte worden meegenomen.”*

2.8. Bij e-mail van 6 september 2022 heeft de advocaat van The Smart Whey het volgende geschreven: *“De IP-adressen, niet alleen die van u, zijn inderdaad geblokkeerd zodat toegang tot de website niet langer mogelijk was. Zoals vermeld het aanbod en de verkoop is (voorlopig) gestaakt en cliënte kan aantonen dat dit vanaf vrijdag jl. het geval is. Cliënte verkoopt alleen aan particulieren dus er zijn geen professionele wederverkopers. Er zijn geen andere aanbieders van het product van cliënte dan cliënte zelf. Het doel van cliënte is voor beide partijen kostbare procedures te voorkomen en met uw cliënte overeenstemming te bereiken. Zoals ik u heb laten weten is de staking ofwel definitief ofwel wordt een voorstel gedaan. Nogmaals verzoek ik u geen procedure(s) voor te bereiden. (...).”*

2.9. Op 8 september 2022 heeft de advocaat van Personal Protein een datum aangevraagd voor dit kort geding. Op 9 september 2022 heeft zij die datum gekregen.

2.10. Bij e-mail van 9 september 2022 heeft de advocaat van The Smart Whey onder meer het volgende bericht: *“Het aanbod, de verkoop en de levering is sinds vorige week vrijdag al gestaakt. Het is bijzonder spijtig dat uw cliënte geen enkele opening biedt voor verder overleg over een oplossing (...). Terwijl het concept van smaak toevoegen aan proteïne poeder eenvoudigweg niet te beschermen is. Zoals ik in mijn e-mail van vorige week vrijdag heb aangegeven zou ik, in verband met mijn korte verblijf in het buitenland, begin deze week met cliënten overleggen of zij bereid zijn de verkoop van hun producten in de huidige vorm definitief te staken, en zou ik u dat daarna laten weten. Ik kan u hierbij bevestigen dat zij daarmee akkoord gaan.*

(...)

*Voor de volledigheid: cliënten zullen het Facebookaccount en Instagramaccount zo spoedig mogelijk blokkeren. Daar staan alleen nog wat foto's van flesjes en van onderdelen van het totaalproduct. Via deze kanalen worden echter geen producten verkocht.*

*Er ontbreekt dan ook naar mijn mening enig spoedeisend belang aangezien het aanbod en de verkoop van de producten reeds vorige week is gestaakt. Cliënten verzoeken uw cliënte dan ook nogmaals met klem geen rechtsmaatregelen te treffen en het kort geding niet aanhangig te maken. (...).”*

2.11. Bij e-mail van 12 september 2022 heeft de advocaat van Personal Protein als volgt geantwoord:

*“De vorderingen van mijn cliënte zijn sinds haar sommatiebrief van 22 augustus jl. helder en duidelijk. (...).”*

*Uw cliënte gaf slechts aan dat zij voorlopig ging staken, waarbij zij onze IP adressen blokkeerde. Verder gaf u herhaaldelijk aan dat uw cliënte geen inbreuk maakt, noch onrechtmatig handelt. (...).”*

### **3 Het geschil**

3.1. Personal Protein vordert - kort gezegd - het volgende:

I. gedaagden te bevelen om iedere inbreuk op de auteursrechten van Personal Protein die voortvloeien uit (de concrete uitwerking van) haar concept voor eiwitvoeding supplementen en die voortvloeien uit de verschillende onderdelen daarvan te staken en gestaakt te houden;

II. gedaagden te gebieden het onrechtmatig handelen als bedoeld in het lichaam van de dagvaarding te staken en gestaakt te houden, waaronder in ieder geval begrepen de productie, het gebruik en de verhandeling van de inbreukmakende producten;

III. gedaagden te gebieden om een door een registeraccountant gecertificeerde opgave te doen van:

a. de totale hoeveelheid inbreukmakende producten die zijn ingekocht en vervaardigd;

b. de totale hoeveelheid inbreukmakende producten die zijn verkocht en verhandeld;

c. de totale hoeveelheid inbreukmakende producten die in voorraad aanwezig zijn;

d. de door gedaagden berekende interne kostprijs dan wel betaalde inkooprijzen alsmede de door gedaagden gehanteerde verkoopprijzen voor de inbreukmakende producten;

e. het totale bedrag van de genoten bruto- en nettowinst, onder opgave van de gehanteerde kostenposten;

IV. een en ander op straffe van een dwangsom van € 5.000,- per dag of van

€ 10.000,- per keer, ter keuze van Personal Protein, met een maximum van

€ 100.000,-;

V. de termijn als bedoeld in artikel 1019i Rv te bepalen op zes maanden na het in kracht van gewijsde gaan van dit vonnis;

VI. gedaagden conform het bepaalde in artikel 1019h Rv hoofdelijk te veroordelen in de redelijke en evenredige gerechtskosten, begroot op € 15.000,- (het IE-indicatie-tarief voor een normaal kort geding).

3.2. Personal Protein stelt hiertoe – samengevat weergegeven – dat haar concept inhoudt dat de gebruiker iedere shake op basis van eiwitpoeder van een andere smaak kan voorzien. Dit concept is een commercieel succes. De concrete uitwerking van het concept bestaat uit de volgende elementen:

- (i) de vormgeving, de kleuren en de opmaak van de etiketten en de teksten van de verpakkingen van haar eiwitpoeders,
- (ii) de vormgeving en opmaak van haar shakebeker,
- (iii) de bonte kleuren, de opmaak van de etiketten en de teksten van de verpakkingen van haar Flavour Shots, en
- (iv) de samenstelling en de vormgeving van haar pakketten.

Alle onderdelen van deze uitwerking hebben een eigen en oorspronkelijk karakter en dragen het persoonlijk stempel van de maker. Er wordt voldoende afstand gehouden van het vormgevingserfgoed. Het concept van The Smart Whey is identiek aan dat van Personal Protein. De totaalindrukken van de concepten en de concrete uitwerking daarvan in hun verschillende onderdelen stemmen met elkaar overeen. Er is dus sprake van auteursrechtinbreuk. Verder voert Personal Protein aan dat The Smart Whey onrechtmatig handelt in de zin van artikel 6:162 BW. De producten van Personal Protein nemen een eigen plaats in op de markt van voedingssupplementen. Omdat The Smart Whey het concept van Personal Protein klakkeloos heeft overgenomen is sprake van nodeloze verwarring. The Smart Whey heeft nagelaten datgene te doen wat redelijkerwijs nodig en mogelijk was om die verwarring te voorkomen, zonder afbreuk te doen aan de deugdelijkheid of bruikbaarheid van haar product. Zij haakt op misleidende wijze aan bij het succes van Personal Protein en lokt op die manier klanten weg. Personal Protein lijdt hierdoor schade. Van belang hierbij is dat [gedaagde 2] “ter inspiratie” in januari, september en december 2021 producten heeft besteld bij Personal Protein, met het kennelijke doel die producten na te bootsen.

Na het uitbrengen van de dagvaarding is Personal Protein gebleken dat ook het instructiefilmpje op de website van The Smart Whey nagenoeg identiek is aan het filmpje van Personal Protein. Om die reden wenst Personal Protein dit filmpje te scharen onder vordering I. Personal Protein heeft een spoedeisend belang bij toewijzing van haar vorderingen. Personal Protein heeft geen idee of de verkopen door The Smart Whey daadwerkelijk zijn gestaakt. De toezegging in de e-mail van 9 september 2022 (zie 2.10) betreft alleen de verkoop van de producten “in de huidige vorm”. Onduidelijk is in welke (andere) vorm de producten terugkomen op de markt. Hierdoor blijft een reële dreiging bestaan van inbreukmakend handelen. Van belang hierbij is dat The Smart Whey geen onthoudingsverklaring heeft getekend en dat zij nadrukkelijk blijft betwisten dat zij auteursrechtinbreuk maakt en onrechtmatig handelt. Personal Protein heeft tevens een spoedeisend belang bij toewijzing van nevenvordering III.

3.3. The Smart Whey heeft – samengevat weergegeven – het verweer gevoerd dat het toevoegen van een smaakstof aan eiwitpoeder geen origineel idee is. Het concept van Personal Protein is geen werk in de zin van de Auteurswet. The Smart Whey heeft het idee van Personal Protein gebruikt, maar dat mag want ideeën zijn vrij. Bij de uitvoering heeft The Smart Whey tal van andere keuzes gemaakt, zodat de totaalindrukken niet overeenstemmen en er dus geen sprake kan zijn van auteursrechtinbreuk. Om diezelfde reden is evenmin sprake van slaafse nabootsing. Het is vaste rechtspraak dat mag worden geprofiteerd van prestaties van anderen. Personal Protein heeft geen spoedeisend belang bij toewijzing van vordering I. en II. Toen na de sommatiebrief van Personal Protein het schikkingsvoorstel van The Smart Whey werd afgewezen heeft The Smart Whey, om kostbare procedures te voorkomen, haar webshop gesloten en haar website onbereikbaar gemaakt. Nog voor het uitbrengen van de dagvaarding in dit kort geding heeft de advocaat van The Smart Whey bevestigd dat zij definitief staakt met het op de markt brengen van haar producten. Ook toewijzing van vordering III is niet spoedeisend.

The Smart Whey maakt aanspraak op een proceskostenveroordeling van € 6.000,- (het IE-indicatie-tarief voor een eenvoudig kort geding).

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

#### 4 De beoordeling

4.1. Hieronder zullen de verschillende producten worden afgebeeld:

*links de voorkant van de pot van Personal Protein, rechts die van The Smart Whey*



*links de achterkant van de pot van Personal Protein, rechts die van The Smart Whey*



boven de flavour shots van Personal Protein, onder de smart shots van The Smart Whey



links de shakebeker van Personal Protein, rechts die van The Smart Whey



links het starterspakket van Personal Protein, rechts dat van The Smart Whey



4.2. The Smart Whey heeft blijkens de e-mail van 9 september 2022 van haar advocaat (zie 2.10) toegezegd haar producten niet langer in de huidige vorm op de markt te (zullen) brengen. De voorzieningenrechter gaat ervan uit dat The Smart Whey die toezegging, die zij ter zitting heeft herhaald, ook in de toekomst zal blijven nakomen. Het ondertekenen van een

onthoudingsverklaring (nog afgezien van het feit dat Personal Protein een dergelijke verklaring niet heeft aangeboden) is gezien die expliciete en duidelijke toezegging niet vereist. Dit maakt reeds dat de vorderingen I en II bij gebrek aan spoedeisend belang niet toewijsbaar zijn. Dat nog niet duidelijk is in welke andere vorm The Smart Whey haar producten op de markt zal gaan brengen, kan niet leiden tot het alsnog toewijzen van deze vorderingen, nu op dit moment niet kan worden vastgesteld dat van “die andere vorm” een reële dreiging van inbreuk uitgaat. Dat The Smart Whey niet expliciet heeft willen erkennen dat zij auteursrechtinbreuk pleegt en/of onrechtmatig handelt, kan evenmin leiden tot toewijzing van vordering I en/of van vordering II.

4.3. Vordering III ziet – kort gezegd – op het doen van een opgave van (beweerd) inbreukmakende producten, te waarmerken door een registeraccountant. Waarmerking door een registeraccountant is niet toewijsbaar (zie hiervoor het artikel van H. de Hek, “Een onmogelijke opdracht, Over de rol van de accountant in de IE-praktijk”, IER 2016/46). Voor beoordeling van de vraag of een opgave dient te worden verstrekt zonder de gevorderde waarmerking door een registeraccountant dient te worden onderzocht of in het verleden sprake is geweest van auteursrechtinbreuken/of van onrechtmatig handelen (slaafse nabootsing).

4.4. Personal Protein stelt over de auteursrechten te beschikken die voortvloeien uit (de concrete uitwerking van) haar concept voor eiwitvoeding supplementen en die voortvloeien uit de verschillende onderdelen daarvan. Het is vaste rechtspraak dat procedures, werkwijzen, ideeën en concepten niet auteursrechtelijk beschermd kunnen worden. Voor zover Personal Protein zich beroept op de concrete uitwerking van haar concept geldt dat de pot, de shakebeker, de flesjes en de kartonnen doos op de markt als standaard verpakkingen verkrijgbaar zijn. Ze zijn niet door Personal Protein ontworpen maar ingekocht bij een groothandel. De vormen van de verschillende verpakkingen zijn gangbaar en banaal. Het etiket van de pot is minimalistisch vormgegeven en getuigt (nagenoeg) niet van creatieve keuzes. Ook het etiket van de flesjes is minimalistisch vormgegeven en getuigt (nagenoeg) niet van creatieve keuzes. Het gebruik van verschillende kleuren voor de etiketten op de flesjes ligt voor de hand, nu het in de markt gebruikelijk is dat een smaak met een kleur wordt aangeduid. Het starterspakket wordt in een eenvoudige kartonnen doos aangeboden met een standaardvormen is aan de binnenzijde bedrukt met een tekst. Het gebruik van die doos getuigt (nagenoeg) evenmin van creatieve keuzes. Al met al is voorshands onvoldoende aannemelijk dat de bodemrechter zal oordelen dat hier sprake is van een auteursrechtelijk beschermd werk, zodat van inbreuk hierop evenmin sprake kan zijn. Ook de combinatie van pot, shakebeker, flavour shots en starterspakket wordt voorshands te banaal geacht om aangemerkt te kunnen worden als een auteursrechtelijk beschermd werk.

4.5. Na het uitbrengen van de dagvaarding is Personal Protein gestuit op het instructiefilmpje van The Smart

Whey op de website [www.thesmartwhey.com](http://www.thesmartwhey.com). Naar aanleiding hiervan heeft Personal Protein het standpunt ingenomen dat haar eigen instructiefilmpje op de website [www.personalprotein.nl](http://www.personalprotein.nl) een auteursrechtelijk beschermd werk is en dat het filmpje van The Smart Whey hierop inbreuk maakt. Nu van het filmpje van Personal Protein (als productie 20) alleen enkele screenshots in het geding zijn gebracht, kan niet worden beoordeeld of het hier gaat om een auteursrechtelijk beschermd werk, of dat sprake is van een auteursrechtelijk beschermde combinatie van filmpje, pot, shakebeker, flavour shots en starterspakket.

4.6. Vervolgens ligt de vraag voor of sprake is geweest van onrechtmatig handelen (slaafse nabootsing). The Smart Whey heeft zich duidelijk laten inspireren door het concept van Personal Protein dat er in de kern uit bestaat dat een shake van eiwitpoeder kan worden voorzien van een smaak naar eigen keuze. The Smart Whey heeft zich duidelijk ook laten inspireren door de wijze waarop Personal Protein uitvoering heeft gegeven aan haar concept. The Smart Whey heeft alle onderdelen daarvan (pot, shakebeker, kleine flesjes met smaakstof, starterspakket en instructiefilmpje) overgenomen, waarbij de vormgeving van de verschillende onderdelen, het kleurgebruik, de etiketten en de teksten op die etiketten duidelijke gelijkenissen vertonen. Gevolg hiervan zou kunnen zijn dat de gemiddelde consument nodeloos in verwarring wordt gebracht. Daar staat tegenover dat The Smart Whey voorshands terecht heeft aangevoerd dat het opdoen van inspiratie op de markt is toegestaan en dat het zelfs is toegestaan te profiteren van andermans inspanningen. Ook heeft The Smart Whey op tal van punten afwijkende keuzes gemaakt. Zo is de pot van Personal Protein zwart (althans op het moment dat The Smart Whey met haar bedrijf begon) en die van The Smart Whey is wit. De maatvoering van de pot wijkt af. Op het etiket op de pot van Personal Protein staan opvallende gekleurde stippen die bij The Smart Whey ontbreken. Het etiket van de flavour shots van Personal Protein bevat een zwarte band die bij The Smart Whey ontbreekt. De kleuren voor de smaken chocola, vanille en aardbei zijn niet hetzelfde (bij Personal Protein respectievelijk bruin, geel en rood en bij Personal Protein lichtblauw, lila en roze). De "lay-in" van de starterspakketten verschilt aanzienlijk. Verder is van belang dat van bijkomende omstandigheden, die het handelen van The Smart Whey onrechtmatig zouden maken, voorshands onvoldoende is gebleken. Al met al is onvoldoende aannemelijk dat de bodemrechter zal oordelen dat The Smart Whey de grenzen van het toelaatbare heeft overschreden.

4.7. De conclusie is dat in dit kort geding niet wordt uitgegaan van auteursrechtinbreuk noch van slaafse nabootsing. The Smart Whey heeft dus voorshands geen inbreukmakende producten op de markt gebracht waarvan opgave dient te worden verstrekt. Ook vordering III wordt daarom afgewezen.

4.8. Nu de vorderingen worden afgewezen, waarbij van belang is dat de toezegging van The Smart Whey om het verhandelen van de producten definitief te staken is gedaan vóór het uitbrengen van de dagvaarding, zal

Personal Protein worden veroordeeld in de proceskosten. Dit kort geding kan, voor zover het om auteursrecht gaat, worden aangemerkt als een eenvoudig kort geding, waarvoor het IE-indicatietarief van € 6.000,- geldt. Omdat het auteursrechtelijke deel van dit kort geding grofweg 50% bestrijkt, zal hiervoor € 3.000,- aan salaris advocaat worden toegewezen. Voor het gedeelte dat slaafse nabootsing betreft zal 50% van het gebruikelijke liquidatietarief van € 1.016,- (dus € 508,-) worden toegewezen. Het salaris advocaat komt hiermee op € 3.508,-.

## 5 De beslissing

De voorzieningenrechter

- 5.1. weigert de gevraagde voorzieningen,
- 5.2. veroordeelt Personal Protein in de kosten van dit geding, tot op heden aan de zijde van The Smart Whey begroot op € 3.508,- aan salaris advocaat en op € 676,- aan griffierecht,
- 5.3. verklaart deze kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.