



**Universiteit
Leiden**
The Netherlands

annotatie bij HR 29 november 2002 (Accordo/TROS)

Visser, D.J.G.

Citation

Visser, D. J. G. (2003). annotatie bij HR 29 november 2002 (Accordo/TROS). Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3292>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3292>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Noot

DJG Visser

'Una Voce Particolare' is een talentenshow met opette materiaal, gepresenteerd door Ernst Daniel Smid en uitgezonden door de TROS. Accoido had een dergelijke show (te presenteren door Marco Bakker onder de naam Marco's Classic Show) al eens eerder bedacht en aangeboden aan de TROS. Accoido stelt een vordering in tegen de TROS wegens formatinbreuk en verliest. Rechtbank en Hof vinden dat de shows onvoldoende op elkaar lijken om van auteursrechtinbreuk te kunnen spreken (en motiveren dat oordeel met een uitgebreide vergelijking). Dat is een tamelijk feitelijk oordeel waar in cassatie moeilijk tussen te komen is. Dat lukt dan ook niet. Het leidt wel tot het eerste arrest van de Hoge Raad over een televisieformat en tot de eerste auteursrechtelijke conclusie van Advocaat-generaal Verkade.

In cassatie poneert Accoido de stelling dat de feitenrechter twee (niet bestaande) regels zou hebben geschonden.

De eerste regel is dat in geval van (enige) overeenstemming de bewijslast dat geen sprake is van ontlening altijd bij de beweerde inbreukmaker moet worden gelegd. Dit is, zoals Verkade opmerkt, een onjuiste interpretatie van de ontleningsregel uit het *Barbie*-arrest (HR 21 februari 1992, NJ 1993, 164 mnt Spoor, overige vindplaatsen zie noot 13 bij de conclusie), waarvan Verkade de achtergrond schetst. Het onderdeel miskent dat omkering van de bewijslast mbt de (voor auteursrechtinbreuk vereiste) ontlening pas aan de orde is indien er sprake is van een bepaalde (te vergaande) mate van overeenstemming. De Hoge Raad zegt in 10-3-3 hetzelfde en voegt daar aan toe dat voor bewijslastomkering een mate van overeenstemming vereist die van een zodanige aard en omvang is dat, indien het bedoelde vermoeden niet wordt ontzenuwd, geoordeeld moet worden dat van een ongeoorloofde veelvoudigheid in auteursrechtelijke zin sprake is (vgl. [het *Barbie*-arrest]). Aan deze eis is, zoals volgt uit hetgeen het Hof [] heeft overwogen, in dit geval echter niet voldaan.

Als twee formats onvoldoende op elkaar lijken (onvoldoende rechtens relevante overeenstemming) om van auteursrechtinbreuk te kunnen spreken, behoeft de rechter vanzelfsprekend niet toe te komen aan de vraag of dit (onvoldoende) lijken het gevolg is van enige vorm van ontlening. Laat staan dat te dien aanzien de bewijslast op de beweerdelijke inbreukmaker moet worden gelegd.

De tweede regel waarop Accoido zich beroept is dat bij vergelijking van de formats meer gelet zou moeten worden op de punten van overeenstemming dan op die van verschil. Deze regel is ongetwijfeld geïnspireerd op het arrest van de Hoge Raad *Bigott/Doucal* (HR 16 april 1999, NJ 1999, 697, mnt Hugenholz). In dat arrest heeft de Hoge Raad inderdaad overwogen dat de rechter bij beantwoording van de vraag of sprake is van inbreuk meer gewicht moet toekennen aan de punten van overeenstemming dan aan die van verschil, maar het ging daar wel om beoordeling van inbreuk onder het *Arubaanse merkenrecht*. (Overigens ben ik van mening dat deze regel in het *Lutopesc* c.q. *Benelux* merkenrecht niet bestaat. Het HvJbG en het Beneluxgerechtshof noch enige regelgeving wijzen op het bestaan van deze 'regel'. Deze 'regel' is bedacht in de merkenrechtelijke literatuur en door de Hoge Raad in de bewuste *Arubaanse* zaak (m.i. ten onrechte) omdat zonder enige motivering.)

Verkade geeft aan waarom deze regel in het auteursrecht niet bestaat. Het gaat in het auteursrecht om de overname van auteursrechtelijk beschermde trekken. Als de punten van overeenstemming bijvoorbeeld juist bestaan uit niet beschermde elementen, komt aan die punten juist geen enkel gewicht toe. 'Het feit dat twee werken een zekere gelijkenis vertonen betekent daarom nog

niet dat er ook sprake is van ongeoorloofde nabootsing, aangezien die impressie juist kan berusten op bepaalde stijlelementen of andere onbeschermde aspecten.'

Ook de tweede regel is daarmee van tafel. Interessant is echter hoe de Hoge Raad daar precies mee om gaat in het licht van zijn in zijn arrest *Deaux/Mediamax* (HR 29 december 1995, NJ 1996, 546 mnt Verkade) gesauveerde, niet geheel onomstreden, 'totaalindrukken-criterium' (Voor kritiek zie de noot van Verkade en bijvoorbeeld Quaedvlieg, *Informatierecht/AMI* 1996/10, p. 195).

Verkade zegt in zijn conclusie: 'Hoewel die zaak betrekking had op een voorwerp van toegepaste kunst (artikel 10 lid 1, onder 11 Aw) en hoewel het criterium van de totaalindrukken zich vermoede-lijk niet leent voor toepassing op alle typen werken, meen ik dat toepassing ervan ook in gevallen van de beoordeling van een overzichtelijk (verondersteld) werk als een TV-format/programmavoorstel niet van een onjuiste rechtsopvatting getuigt. Hij benadrukt de betrouwbaarheid van het criterium echter niet.

De Hoge Raad zegt iets ingewikkelds, waarin de totaalindrukken weer een belangrijk rol lijken te spelen:

'Ook aan deze klacht ligt een onjuiste rechtsopvatting ten grondslag, aangezien het voor de bedoelde overeenstemmingsvraag in een geval als het onderhavige erop aankomt of het beweerdelijk inbreukmakende werk in zodanige mate de auteursrechtelijk beschermde trekken van het eerdere werk vertoont dat de totaalindrukken die de beide werken maken te weinig verschillen voor het oordeel dat het eerstbedoelde werk als een zelfstandig werk kan worden aangemerkt' (cursief toegevoegd).

Wat moeten we hier precies mee?

- 1 Er moet sprake zijn van overeenstemmende auteursrechtelijk beschermde trekken.
- 2 In een zodanige mate, dat de totaalindrukken weinig verschillen.
- 3 Zo weinig, dat het aangevallen werk niet als een zelfstandig werk kan worden aangemerkt.

Ad 1. Is duidelijk althans bekend 'Auteursrechtelijk beschermde trekken' vormen de verouderde magische formule.

Ad 2. Is een tussenstap die mi weinig toevoegt. Immers, het gaat niet om vergelijking van totaalindrukken, maar slechts om de totaalindrukken voorzover die worden gewekt door overeenstemmende auteursrechtelijk beschermde trekken. Lig 'totaal' is die indruk daarmee (te recht) niet. Maar waarom spreken we dan nog van een totaalindruk?

Ad 3. Waar komt de term 'zelfstandig werk' vandaan? Het wordt hier mogelijk gebruikt in de betekenis van 'nieuw, oorspronkelijk werk' als bedoeld in artikel 13 Aw ('Onder de verveelvoudiging van een werk [] wordt mede verstaan [] iedere geheele of gedeeltelijke bewerking of nabootsing in gewijzigden vorm, welke niet als een nieuw oorspronkelijk werk moet worden aangemerkt'). Maar waarom kiest de Hoge Raad dan niet voor die wettelijke formulering? Als het iets anders is, wat is het dan?

De Hoge Raad herhaalt het totaalindrukken-criterium, maar geeft aan dat het alleen gaat om totaalindrukken voorzover veroorzaakt door overeenstemmende auteursrechtelijk beschermde trekken. Hoe dit in de praktijk, met name bij meer complexe werken, moet worden toegepast, blijft duister. Met de clausulering 'in een geval als het onderhavige' kan de Hoge Raad zelf in toekomstige andere gevallen natuurlijk weer alle kanten uit.