

Exit Decaux/Mediamax?

In de uitspraak *Stokke/Fikszo* van het Hof 's-Gravenhage ([B9 8029](#)) staat een aantal interessante rechtsoverwegingen over het auteursrechtelijke totaalindrukken-criterium. Het hof neemt m.i. afscheid van het *Decaux/Mediamax*-arrest en sluit aan bij de ontwikkeling van het totaalindrukken-criterium in de jurisprudentie van de Hoge Raad, met name bij het *Una Voce Particolare*-arrest.

Decaux/Mediamax

Het begon allemaal in 1995 bij het *Decaux/Mediamax*-arrest. Daarin sanctioneert de Hoge Raad de werkwijze van het hof, dat oordeelde dat de totaalindrukken van de producten van partijen (i.c. reclamebillboard-houders) 'zodanig verschillend' zijn dat van een inbreuk op het aan Decaux toekomende auteursrecht niet gesproken kan worden.¹ Het totaalindrukken-criterium is hier negatief geformuleerd en ontspruit aan de door het hof benoemde verschillen tussen beide producten.²

Una Voce Particolare

In het *Una Voce Particolare*-arrest (over beweerdelijke auteursrechtinbreuk op een televisieformat) geeft de Hoge Raad in 2002 de volgende rechtsregel voor het vermoeden van ontlening: '3.3 (...) niet reeds het enkele feit dat tussen een werk waarvoor auteursrechtelijke bescherming wordt ingeroepen en een als inbreukmakend bestreden voortbrengsel punten van overeenstemming bestaan [wettigt] het vermoeden dat het laatste de vrucht is van bewuste of onbewuste ontlening. Daartoe is 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 verveelvoudiging in auteursrechtelijke zin sprake is. (...) 3.5 (...) [V]oor de bedoelde overeenstemmingsvraag [komt het] in een geval als het onderhavige erop aan 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.'³

M.i. combineert de Hoge Raad hier het totaalindrukken-criterium uit het *Decaux/Mediamax*-arrest met de leer van de auteursrechtelijk beschermde trekken,⁴ inhoudende dat er sprake moet zijn van (herkenbare) overname van auteursrechtelijk beschermde trekken voor beantwoording van de vraag of sprake is van ontlening om te komen tot auteursrechtinbreuk in de zin van artikel 13 Aw. De formulering is positiever dan in het *Decaux/Mediamax*-arrest; voor een vermoeden van ontlening moeten de totaalindrukken (klaarblijkelijk gebaseerd op *dezelfde* auteursrechtelijk beschermde trekken) te weinig verschillen.

Stokke/Fikszo

De zaak *Stokke/Fikszo* gaat over de vraag of de Bambino van Fikszo een inbreuk op de auteursrechten van Stokke op de Tripp Trapp oplevert. De rechtbank had - kort gezegd -

¹ HR 29 december 1995, *NJ* 1996, 546, m.nt. D.W.F. Verkade, *AMI* 1996, p. 199-207, *BIE* 1997, 343-354 (*Decaux/Mediamax*). Zie ook A.A. Quaedvlieg, 'Een stijlloze totaalindruk. Het herkennen van plagiaat na *Decaux/Mediamax*', *Informatierecht/AMI* 1996, p. 195-199.

² Zie r.o. 4.14 van het arrest van het hof in *Decaux/Mediamax*.

³ HR 29 november 2002, *NJ* 2003, 17, *AMI* 2003, p. 15-21, m.nt. D.J.G. Visser. *IER* 2003, p. 93-101, m.nt. F.W. Grosheide, *AA Katern* 87 (2003), p. 4729-4730, m.nt. R. Feunekes en A.A. Quaedvlieg, *NTBR* 2003, p. 224-226, m.nt. R.A.M. Quanjel-Schreurs (*Una Voce Particolare*).

⁴ Zie over auteursrechtelijk beschermde trekken Spoor/Verkade/Visser, *Auteursrecht* (2005), § 4.8.

geoordeeld dat de A-vorm van de staanders van de Bambino wezenlijk afwijkt van de L-vorm van de staanders van de Tripp Trapp.

Met verwijzing naar beide bovenstaande arresten van de Hoge Raad, stelt het hof in Stokke/Fikszo in r.o. 4 voorop dat *‘van een verveelvoudiging in de zin van art. 13 Aw. sprake is indien een voldoende mate van overeenstemming bestaat tussen het auteursrechtelijk beschermde werk en het beweerdelijk inbreukmakende werk; daartoe moet worden beoordeeld of het beweerdelijk inbreukmakende werk de auteursrechtelijk beschermde trekken van het eerdere werk vertoont, zodanig dat de totaalindrukken overeenkomen. Een (door de maker van het beweerdelijk inbreukmakende werk te ontzenuwen) vermoeden van ontlening moet worden aangenomen indien het beweerdelijk inbreukmakende werk in zodanige mate de auteursrechtelijk beschermde trekken van het eerdere werk vertoont, dat de totaalindrukken die beide werken maken te weinig verschillen voor het oordeel dat het eerstbedoelde werk als een zelfstandig (bedoeld is: nieuw en oorspronkelijk) werk kan worden aangemerkt (HR 29 december 1995, NJ 1996, 546 en HR 29 november 2002, NJ 2003, 27).’*

Het hof haalt het *Decaux/Mediamax*-arrest weliswaar aan, maar schrijft niet het daarin verwoorde criterium uit.⁵ Integendeel, het hof merkt op: *‘[beoordeeld] moet worden of het beweerdelijk inbreukmakende werk de auteursrechtelijk beschermde trekken van het eerdere werk vertoont, zodanig dat de totaalindrukken overeenkomen’*. Dit criterium is in mijn ogen inhoudelijk gelijk aan het criterium opgenomen in de daaropvolgende zin van r.o. 4, dat rechtstreeks voortvloeit uit het *Una Voce Particolare*-arrest (dat ook wordt aangehaald). Ik behandel dit verderop onder ‘Commentaar’.

Het hof gaat eerst na wat de auteursrechtelijk beschermde trekken zijn van de Tripp Trapp. Het kent i.c. twee auteursrechtelijke beschermde trekken toe aan de Tripp Trapp: de eerste is de schuine staander waarin alle elementen van de stoel zijn verwerkt en de tweede is de L-vorm van de staander en de ligger (r.o. 13).

In r.o. 14 e.v. beoordeelt het hof vervolgens de vraag of de Bambino van Fikszo inbreuk maakt op het auteursrecht van Stokke op de Tripp Trapp. Zij oordeelt dat de Bambino in ieder geval één van de auteursrechtelijk beschermde trekken van de Tripp Trapp vertoont: de schuine staander. De L-vorm is als zodanig niet aanwezig, het zwevende effect ontbreekt. Dit neemt volgens het hof niet weg dat in de A-vorm tevens de L-vorm besloten ligt. Het hof vraagt zich af welke gevolgen dit heeft voor de totaalindrukken van beide kinderstoelen (r.o. 15).

Volgens het hof (r.o. 16) geldt *‘het door de Hoge Raad aanvaarde ‘totaalindrukken’-criterium, naar wordt aangenomen, alleen voor voorwerpen van toegepaste kunst’*. Nadat het hof overweegt dat bij werken van literatuur en (zuivere) kunst overname van één beschermd element⁶ reeds inbreuk oplevert, overweegt het dat het *‘totaalindrukken’-criterium dient om vast te stellen in hoeverre de auteursrechtelijk beschermde trekken van het werk van toegepaste kunst in het beweerdelijk inbreukmakende voorwerp zijn overgenomen en tevens of sprake is van ontlening.’*

⁵ Zie r.o. 4, 1^e zin, laatste zinsnede van het arrest Stokke/Fikszo.

⁶ Het hof spreekt overigens niet van (een) auteursrechtelijk beschermde *trek(ken)*. Als het hof een ‘element’ van een dergelijke ‘trek’ onderscheidt - waar ik overigens niet vanuit ga - dan levert dat een nieuwe vraag op, namelijk wat het verschil is tussen een element en een dergelijke trek. Die vraag beantwoordt het hof niet.

Het hof kijkt voorts naar de aard van het werk als belangrijke omstandigheid van het geval mee te wegen bij de beantwoording van de inbreukvraag bij werken van toegepaste kunst. Uit de aard van het werk (revolutionair ontwerp met een hoge mate van oorspronkelijkheid) volgt een ruime beschermingsomvang. Het oordeelt dat in het onderhavige geval, waarin twee auteursrechtelijk beschermde trekken kunnen worden onderscheiden, dan niet kan worden aanvaard dat het overnemen van slechts één van die trekken zou meebrengen dat van auteursrechtinbreuk geen sprake kan zijn.

Uiteindelijk komt het hof in r.o. 17 tot het oordeel dat sprake is van een inbreuk.

Commentaar

Het lijkt erop alsof het hof in de eerste zin van r.o. 16 met de zinsnede '[h]et door de Hoge Raad aanvaarde 'totaalindrukken'-criterium' (dat naar wordt aangenomen alleen geldt voor voorwerpen van toegepaste kunst) louter refereert aan het totaalindrukken-criterium uit het *Decaux/Mediamax*-arrest. Dat zou echter niet te rijmen zijn met r.o. 4, inhoudende dat moet worden beoordeeld of het beweerdelijk inbreukmakende werk de auteursrechtelijk beschermde trekken van het eerdere werk vertoont, zodanig dat de totaalindrukken overeenkomen. In het vervolg van r.o. 16 maakt het hof echter duidelijk dat zij een nieuwe weg inslaat en het 'oude' totaalindrukken-criterium voor toegepaste kunst achter zich laat. In de tweede volzin overweegt het hof namelijk allereerst dat de overname van één beschermd element bij werken van literatuur en (zuivere) kunst inbreuk oplevert en vervolgens in de derde volzin dat het(zelfde) 'totaalindrukken'-criterium dient om vast te stellen in hoeverre de auteursrechtelijk beschermde trekken van het werk van toegepaste kunst zijn overgenomen en tevens of sprake is van ontlening.

Ik meen dat het hof hier - terecht - afscheid neemt van het totaalindrukken-criterium uit het *Decaux/Mediamax*-arrest; ook bij werken van toegepaste kunst gaat het er immers om in hoeverre auteursrechtelijk beschermde trekken zijn overgenomen.

Enkele hantering van het totaalindrukken-criterium uit het *Decaux/Mediamax*-arrest brengt namelijk het gevaar met zich mee dat in een geval waarin auteursrechtelijk beschermde trekken zijn overgenomen, (te snel) geoordeeld zal worden dat er toch géén sprake is van een verveelvoudiging omdat de beweerdelijke inbreukmaker zelf (auteursrechtelijke beschermde) elementen heeft toegevoegd,⁷ waardoor de totaalindruk (alsnog) verschilt. Ik meen daarom dat kan worden ingestemd met het door het hof gehanteerde 'totaalindrukken'-criterium, waarbij,

zoals gezegd, wordt beoordeeld in hoeverre de auteursrechtelijk beschermde trekken zijn overgenomen. Het gaat in auteursrechtinbreuk-zaken immers om wat er is overgenomen⁸ en niet zozeer om wat is toegevoegd,⁹ zo mag m.i. ook uit het *Heertje/Hollebrand*-arrest worden afgeleid.¹⁰ Slechts overname van beschermde trekken levert een bewerking in de zin van artikel 13 Aw op.¹¹ Dit heeft de Hoge Raad ook onderkend in het *Una Voce Particolare*-arrest.

⁷ P.G.F.A. Geerts, *Bescherming van de intellectuele eigendom* (2009), nr. 38.

⁸ Vgl. Spoor/Verkade/Visser, *Auteursrecht* (2005), p. 157/158 en p. 159.

⁹ Zie ook J.H. Spoor, 'The role of "originality" in finding infringement', in: *Droit d'auteur et propriété industrielle, Congres de la Mer Egée II, 19-26 april 1991*, Parijs: ALAI 1992, p. 454.

¹⁰ HR 5 januari 1979, *NJ* 1979, 339, m.nt. L. Wichers Hoeth (Heertje/Hollebrand).

¹¹ De gedachte is dat er pas relevante overeenstemming is, als er naar het oordeel van de rechter auteursrechtelijk beschermde trekken meespelen. Overeenstemming is niet relevant als er sprake is van buiten het bereik van het auteursrecht vallende gelijkenis, dat wil zeggen: er spelen geen beschermde trekken een rol in de gelijkenis. Vgl. annotator J.H. Spoor onder het *Barbie*-arrest, *NJ* 1993, 164, p. 516.

Doet het hof hiermee een baanbrekende uitspraak? Volgens mij niet. Het hof volgt een eerder in 2002 door de Hoge Raad uitgestippelde route. De kernvraag waar het volgens de Hoge Raad om gaat in auteursrechtinbreuk-zaken staat m.i. in rechtsoverweging 3.3 van het *Una Voce Particolare*-arrest, die het hof in Stokke/Fikszó niet aanhaalt, maar impliciet wel toepast.

In de rechtsoverweging 3.3 van het *Una Voce Particolare*-arrest staat dat *‘een mate van overeenstemming [is] vereist die van een zodanige aard en omvang is dat, indien het bedoelde vermoeden niet wordt ontzenuwd, geoordeeld moet worden dat van een ongeoorloofde verveelvoudiging in auteursrechtelijke zin sprake is.’* Deze rechtsoverweging, ingevuld door rechtsoverweging 3.5 (vertoont het beweerdelijk inbreukmakende werk in zodanige mate de auteursrechtelijk beschermde trekken van het eerdere werk dat de totaalindrukken te weinig verschillen?), geeft het hele beoordelingskader. Een overname van te veel - in kwalitatieve en kwantitatieve zin - aan auteursrechtelijk beschermde trekken in de zin van dit arrest levert een vermoeden van ontlening op.

Dat criterium (‘aard en omvang’, op basis van een toets in kwalitatieve en kwantitatieve zin) vinden wij ook terug in de motivering van het hof in Stokke/Fikszó, waar zij komt tot het oordeel dat *‘[i]n een geval als het onderhavige, waarin in een werk twee auteursrechtelijke trekken kunnen worden onderscheiden, terwijl voorts moet worden uitgegaan van een ruime beschermingsomvang, niet [kan] worden aanvaard dat het overnemen van slechts één van die trekken zou meebrengen dat van auteursrechtinbreuk geen sprake kan zijn.’*

De overeenstemming naar omvang ligt daarin dat één van de twee trekken is overgenomen. De overeenstemming naar aard bestaat hierin dat het werk naar haar aard een hoge mate van oorspronkelijkheid heeft (wijkt sterk af van de rest van de markt) waardoor het een ruime beschermingsomvang kent en dus overname van één trek reeds voldoende is om inbreuk te kunnen aannemen.

Als ik het goed zie, past het hof dus rechtsoverweging 3.3 uit *Una Voce Particolare* toe voor het beantwoorden van de inbreukvraag. Als van zo’n overeenstemming sprake is, leidt dat ook automatisch tot een vermoeden van ontlening. Zie r.o. 17 van het arrest van het hof, dat moet worden gelezen in samenhang met r.o. 16: *‘Een en ander leidt ertoe dat, ook al verschillen de totaalindrukken doordat de L-vorm van staander en ligger in de Bambino niet aanwezig is, de totaalindrukken die de Tripp Trapp en de Bambino maken te weinig verschillen voor het oordeel dat de Bambino als een nieuw en oorspronkelijk werk kan worden aangemerkt (onderstrepingen toegevoegd, JB).’* Ook hieruit blijkt dat van het totaalindrukken-criterium uit het *Decaux/Mediamax*-arrest afscheid wordt genomen; rechtsoverweging 3.5 uit het *Una Voce Particolare*-arrest wordt toegepast om de genoemde ‘aard en omvang’ in te vullen.

Ik denk dat een criterium van ‘aard en omvang’ ook voor werken van literatuur en (zuivere) kunst kan gelden. Zo levert bijvoorbeeld overname van één pagina uit een boek van 200 pagina’s inbreuk op.¹² In die ene pagina van de 200 (omvang/kwantitatief) zal doorgaans ook het persoonlijk stempel van de maker besloten liggen (aard/kwalitatief). Als die pagina is overgenomen, is er sprake van een mate van overeenstemming van een zodanige aard en omvang dat, indien het vermoeden van ontlening niet wordt ontzenuwd, geoordeeld moet worden dat van een ongeoorloofde verveelvoudiging in auteursrechtelijke zin sprake is.

¹² Zie Spoor/Verkade/Visser, *Auteursrecht* (2005), p. 161.

Overigens kan ik mij ook om een andere reden vinden in de werkwijze van het hof in Stokke/Fikszo. In auteursrechtinbreuk-zaken wordt de door het hof gestelde eerste vraag ('wat zijn de auteursrechtelijk beschermde trekken van het eisende werk?') wel overgeslagen met de redenering dat de litigieuze voortbrengsels zodanig van elkaar verschillen, dat inbreuk (sowieso) niet kan worden aangenomen. Dat gebeurde in feite ook bij de beoordeling door het hof in het *Decaux/Mediamax*-arrest, die (slechts) uitging van verschillen. Ik vind deze benadering juridisch-dogmatisch niet juist, maar begrijp de toepassing vanuit pragmatisch oogpunt wel. Ik meen dat uit het *Cow Brand*-arrest (zij het a-contrario) mag worden afgeleid dat de beschermde trekken-vraag pas in het midden gelaten mag worden, als *iedere* overeenstemming ontbreekt.¹³ Ik sluit mij aan bij de opvatting hieromtrent van Grosheide over dit arrest.¹⁴ In auteursrechtinbreuk-zaken zal de rechter de beschermde trekken-vraag niet snel in het midden mogen laten en aldus mogen afzien van bevestiging of ontkenning van het persoonlijk stempel van het eisende voortbrengsel.

Conclusie

De toepassing van voornoemd totaalindrukken-criterium uit het *Una Voce Particolare*-arrest geldt volgens het hof in Stokke/Fikszo óók voor werken van toegepaste kunst. Daarmee lijkt het totaalindrukken-criterium uit het *Decaux/Mediamax*-arrest exit. Het gaat er bij de auteursrechtinbreuk-zaken m.i. telkens om of de overeenstemming in beschermde trekken tussen beide voortbrengsels van een zodanige aard en omvang is, dat (behoudens tegenbewijs) inbreuk moet worden aangenomen.

Joost Becker

17 juli 2009

¹³ In het *Cow Brand*-arrest, over de beweerdelijke nabootsing van blikken boterolie, oordeelde de Hoge Raad over de volgorde van behandeling van deze twee vragen als volgt (r.o. 3.3): '(...) dat het hof, na geconstateerd te hebben dat het NPH-blik zodanig van het *Cow Brand*-blik afwijkt dat van nabootsing niet kan worden gesproken, zich niet meer behoefde te verdiepen in de vraag of het *Cow Brand*-blik (...) een auteursrechtelijk beschermd werk was en - zo ja - waarin de oorspronkelijkheid van dat 'werk' dan zou zijn gelegen'. Zie HR 13 oktober 1989, *AMI* 1990, p. 93-95, m.nt. J.H. Spoor (*Cow Brand*).

¹⁴ Zie Grosheide in zijn noot onder Hof 's-Hertogenbosch 18 december 2000, *IER* 2001, p. 204 (nr. 2) (*Ostara/Mosa*).