

**Hoge Raad, 29 december 1995, Decaux v Mediamax**



Model 'Mupi Senior'



Model 'Billboard'

(foto's IER 1996, p. 180-181)

**AUTEURSRECHT**

**Maatstaf inbreuk auteursrecht: totaalindruk**

**Geen inbreuk auteursrecht vanwege verschillende totaalindrukken**

dat het Hof in die overweging tot de slotsom is gekomen dat - op grond van alle in de voorafgaande overwegingen genoemde verschillen - de totaalindruk-

ken van de producten van partijen zodanig verschillend zijn dat van een inbreuk op het aan Decaux toekomende auteursrecht of modelrecht niet gesproken kan worden. Onderdeel 3 bevat een reeks klachten die er alle op neerkomen dat het Hof in zijn hiervoor samengevatte overwegingen en in het bijzonder ook door uit te gaan van de totaalindrukken van de producten een onjuiste maatstaf heeft aangelegd. Al deze klachten falen, nu de door het Hof voor de onderhavige toetsing gebezigde maatstaf zowel uit auteursrechtelijk als uit modelrechtelijk oogpunt juist is.

**Stijlbescherming**

**Geen auteursrechtelijke bescherming stijl of mode**

In deze overwegingen heeft het Hof tot uiting gebracht dat aan het enkele ontwikkelen of inzetten van een nieuwe mode of stijl geen bescherming krachtens auteurs- of modelrecht toekomt en dat derhalve moet worden onderzocht of - mede gelet op mode, trend of stijl op het onderhavige terrein - Mediamax voldoende afstand van de Mupi Senior heeft genomen en met haar ontwerp op een voldoende eigen wijze uiting gegeven heeft aan de vigerende mode, trend of stijl van ontwerpen. Een en ander geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting.

**MODELRECHT**

**Maatstaf inbreuk modelrecht: totaalindruk**

**Geen inbreuk modelrecht vanwege verschillende totaalindrukken**

(zie hierboven)

**Relevant publiek: professionele gebruikers**

**Relevant publiek voor beoordeling verwarringsgevaar is het publiek, bestaande uit instanties en instellingen die met aanschaf en plaatsing van reclameborden bezig houden**

Dit geldt ook voor de in subonderdeel 3.3 bestreden, door het Hof in zijn rov. 4.15 - met het oog op de ingeroepen bescherming als model - gebezigde maatstaf met betrekking tot het publiek dat in aanmerking komt bij de beoordeling van de vraag of ter zake van de beide producten verwarring bij het publiek te duchten is. Het Hof heeft terecht geoordeeld dat het in een geval als het onderhavige aankomt op het publiek, bestaande uit die instanties en instellingen die zich met de aanschaf en plaatsing van reclameborden bezig houden

**Stijlbescherming**

**Geen modelrechtelijke bescherming stijl of mode**

(zie hierboven)

Vindplaatsen: NJ 1996, 546, m.nt Verkade; AMI 1996, p. 195, m.nt Quaedvlieg; BIE 1997, nr. 66

**Hoge Raad, 29 december 1995**

(Sniijders, Korthals Altes, Heemskerk, Nieuwenhuis, Swens-Donner)

Arrest

In de zaak van

De vennootschap naar Frans recht Société JC Decaux SA, te Neuilly, Frankrijk, eiseres tot cassatie, adv. mr. B.J. van den Broek,

tegen

Mediamax Buitenreclame BV, te Amsterdam, verweerster in cassatie, adv. mr. E.J. Dommering.

### 1. Het geding in feitelijke instanties

Eiseres tot cassatie - verder te noemen: Decaux - heeft bij exploit van 16 juni 1993 verweerster in cassatie - verder te noemen: Mediamax - in kort geding gedagvaard voor de President van de Rechtbank te Utrecht en - verkort weergegeven - gevorderd Mediamax te verbieden iedere vorm van inbreuk op de auteursrespectievelijk modelrechten toebehorend aan Decaux op "Mupi Senior" dan wel iedere vorm van openbaarmaking en/of vervoelvoudiging, respectievelijk ieder vervaardigen, invoeren en/of exploiteren van enig inbreukmakend reclamebord van het type "Billboard", dan wel een daarmee overeenstemmend eveneens inbreukmakend type.

Bij vonnis van 15 juli 1993 heeft de President de vorderingen afgewezen.

Tegen dit vonnis heeft Decaux hoger beroep ingesteld bij het Gerechtshof te Amsterdam.

Bij arrest van 30 juni 1994 heeft het Hof het bestreden vonnis bekrachtigd.

### 2. Het geding in cassatie

(...)

De [conclusie](#) van de Advocaat-Generaal W.D.H. Asser strekt tot verwerping van het beroep.

### 3. Beoordeling van het middel

3.1. In cassatie moet van het volgende worden uitgegaan.

(i) Decaux exploiteert een bedrijf dat straatmeubilair ontwikkelt en vervaardigt. Zij heeft onder meer een houder voor een reclamebord ontwikkeld. Op 6 oktober 1988 heeft zij het model van een houder, genaamd "Mupi Senior" gedeponereerd, welk model is geregistreerd bij het Internationaal Bureau van de Wereldorganisatie voor de Intellectuele Eigendom.

(ii) De voormelde houder bestaat uit een frame waarin een rechthoekig reclamebord is opgehangen. Het frame heeft de vorm van een omgekeerde U, waarbij de hoeken van het frame vrijwel recht zijn. De poten van de U zijn halverwege enigszins geknikt, waardoor het bovenste deel van de U uit het platte vlak naar voren komt. Het frame is gemaakt van buisvormig materiaal. Het reclamebord is aan iedere poot van de U met acht ringen bevestigd.

(iii) Mediamax heeft een houder vervaardigd en op de markt gebracht onder de naam "Billboard".

(iv) De houder van Mediamax bestaat uit een frame, dat is gemaakt van buisvormig materiaal waarin een rechthoekig reclamebord is opgehangen. Het frame heeft de vorm van een omgekeerde U. Het reclamebord is met twee of drie ringen bevestigd in het frame. Het bovenste deel van het frame steekt boven het reclamebord uit en is naar voren gebogen zodat het uit het platte vlak naar voren komt. Het doet dienst als drager van verlichting ten behoeve van het reclamebord.

3.2. Decaux heeft haar hiervoor onder 1 weergegeven vordering gegrond zowel op een haar ter zake van Mupi Senior toekomend auteursrecht als op de bescherming van Mupi Senior als model.

De Rechtbank heeft deze vordering afgewezen; het Hof heeft de daartegen in hoger beroep gerichte grieven verworpen.

Daarbij heeft het Hof tot uitgangspunt genomen dat het in dit hoger beroep ging om de kernvragen of het Billboard van Mediamax (wat de auteursrechtelijke grondslag van de vordering betreft) een nabootsing in gewijzigde vorm is van de Mupi Senior van Decaux, onderscheidenlijk of (wat de gestelde modelinbreuk betreft) deze beide produkten slechts ondergeschikte verschillen vertonen. Het Hof heeft vervolgens beide vragen aldus samengevat dat onderzocht moet worden of Mediamax met haar Billboard voldoende afstand genomen heeft van de Mupi Senior van Decaux. Deze laatste vraag is door het Hof na een reeks overwegingen in rov. 4.14 van zijn arrest bevestigend beantwoord in dier voege dat het Hof in die overweging tot de slotsom is gekomen dat - op grond van alle in de voorafgaande overwegingen genoemde verschillen - de totaalindrukken van de produkten van partijen zodanig verschillend zijn dat van een inbreuk op het aan Decaux toekomende auteursrecht of modelrecht niet gesproken kan worden.

3.3. De onderdelen 1 en 2 van het middel bevatten geen klacht. Onderdeel 3 bevat een reeks klachten die er alle op neerkomen dat het Hof in zijn hiervoor samengevatte overwegingen en in het bijzonder ook door uit te gaan van de totaalindrukken van de produkten een onjuiste maatstaf heeft aangelegd. Al deze klachten falen, nu de door het Hof voor de onderhavige toetsing gebezigde maatstaf zowel uit auteursrechtelijk als uit modelrechtelijk oogpunt juist is.

Dit geldt ook voor de in subonderdeel 3.3 bestreden, door het Hof in zijn rov. 4.15 - met het oog op de ingeroepen bescherming als model - gebezigde maatstaf met betrekking tot het publiek dat in aanmerking komt bij de beoordeling van de vraag of ter zake van de beide produkten verwarring bij het publiek te duchten is. Het Hof heeft terecht geoordeeld dat het in een geval als het onderhavige aankomt op het publiek, bestaande uit die instanties en instellingen die zich met de aanschaf en plaatsing van reclameborden bezig houden.

Bij een en ander verdient aantekening dat op de gronden aangegeven in de conclusie van het Openbaar Ministerie onder 2.23-2.25 en 2.33-2.36, geen redelijke twijfel mogelijk is ter zake van de juistheid van een uitleg van art. 4 BTMW in de zin van hetgeen in de voorgaande alinea's is overwogen.

Voor zover het subonderdeel in verband met het gevaar voor verwarring tevens een beroep doet op associatiegevaar, faalt het reeds omdat daarop in de feitelijke instanties geen beroep is gedaan en dit beroep niet voor het eerst in cassatie gedaan kan worden, nu de beoordeling ervan een onderzoek van feitelijke aard zou vergen.

Voor zover het subonderdeel rov. 4.15 en het daarin onderzochte verwarringsgevaar betreft op het auteurs-

recht, faalt het omdat verwarringsgevaar als onderdeel van de maatstaf voor vergelijking slechts van belang is voor de ingeroepen bescherming als model en rov. 4.15 dan ook alleen daarop betrekking heeft.

Voor zover het subonderdeel een en ander betreft op toetsing van het handelen van Mediamax aan de zorgvuldigheidsnorm, bedoeld in art. 6:162 BW, faalt het omdat deze grondslag in cassatie niet meer aan de orde is, nu het Hof in zijn rov. 4.16 heeft geoordeeld dat Decaux haar desbetreffende stellingen onvoldoende heeft onderbouwd en daartegen in cassatie niet is opgekomen.

3.4. De subonderdelen 4.1 en 4.2 richten zich tegen 's Hofs rov. 4.5 en 4.6. In deze overwegingen heeft het Hof tot uiting gebracht dat aan het enkele ontwikkelen of inzetten van een nieuwe mode of stijl geen bescherming krachtens auteurs- of modelrecht toekomt en dat derhalve moet worden onderzocht of - mede gelet op mode, trend of stijl op het onderhavige terrein - Mediamax voldoende afstand van de Mupi Senior heeft genomen en met haar ontwerp op een voldoende eigen wijze uiting gegeven heeft aan de vigerende mode, trend of stijl van ontwerpen. Een en ander geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Evenmin is 's Hofs arrest op dit punt onvoldoende gemotiveerd. De klacht dat het Hof ten onrechte ervan is uitgegaan dat beide partijen, althans Decaux van mening zijn dat beide producten passen in en een uiting zijn van een mode of stijl, komt tevergeefs op tegen een feitelijke en niet onbegrijpelijke uitleg van de gedingstukken. Beide subonderdelen stuiten op het voorgaande af.

Subonderdeel 4.3 betreft hetgeen het Hof in de rov. 4.5, 4.6 en 4.11 heeft overwogen ter zake van de eisen van functionaliteit. Ook dit subonderdeel kan niet tot cassatie leiden. In de eerste twee van deze overwegingen worden deze eisen, kennelijk met het oog op het ingeroepen modelrecht, slechts vermeld als aandachtspunt, hetgeen niet blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting. In het licht van de gedingstukken behoefde het Hof in zijn motivering ook niet nader op dit punt in te gaan. Rov. 4.11 bevat blijkens zijn aanhef slechts een opmerking "voor de goede orde", waarvan moet worden aangenomen dat zij 's Hofs beslissing niet draagt.

#### 4. Beslissing

##### De Hoge Raad:

verwerpt het beroep;

veroordeelt Decaux in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van Mediamax begroot op f 577,20 aan verschotten en f 3000 voor salaris.

---

#### Conclusie Advocaat-Generaal Asser

##### 1. Inleiding

1.1. In cassatie kan van de volgende, door de president en het hof tot uitgangspunt genomen, feiten worden uitgegaan.

1.1.1. Eiseres tot cassatie - Decaux - exploiteert een bedrijf dat straatmeubilair ontwikkelt en vervaardigt. Zij heeft onder meer een houder voor een reclamebord

ontwikkeld, "Mupi Senior" genaamd. Op 6 oktober 1988 heeft zij dit model gedeponereerd bij het Internationaal Bureau van de Wereldorganisatie voor de Intellectuele Eigendom onder nr. 12057.

1.1.2. De Mupi Senior bestaat uit een frame waarin een rechthoekig reclamebord is opgehangen. Het frame heeft de vorm van een omgekeerde U, met dien verstande dat de hoeken van het frame vrijwel recht zijn. De poten van de U zijn halverwege enigszins geknikt, waardoor het bovenste deel van de U uit het platte vlak naar voren komt. Het frame is gemaakt van buisvormig materiaal. Het reclamebord is aan iedere poot van de U met acht ringen bevestigd.

1.1.3. Verweerster in cassatie - Mediamax - heeft een houder op de markt gebracht onder de naam "Billboard".

1.1.4. Deze bestaat uit een frame, dat is gemaakt van buisvormig materiaal waarin een rechthoekig reclamebord is opgehangen. Het frame heeft de vorm van een omgekeerde U. Het reclamebord is met twee of drie ringen bevestigd in het frame. Het bovenste deel van het frame steekt boven het reclamebord uit en is naar voren gebogen waardoor het uit het platte vlak naar voren komt. Het doet dienst als drager van verlichting ten behoeve van het reclamebord.

1.2. Decaux heeft Mediamax - met een beroep op haar auteurs- en modelrechten - in kort geding gedagvaard voor de President van de rechtbank te Utrecht. Gevorderd werd onder andere een verbod tot iedere vorm van openbaarmaking en/of verveelvoudiging, respectievelijk ieder vervaardigen, invoeren en/of exploiteren van enig inbreukmakend reclamebord van het type Billboard danwel een daarmee overeenstemmend eveneens inbreukmakend type.

1.3. De President heeft bij vonnis van 15 juli 1993 de vorderingen afgewezen.

1.4. Van dit vonnis is Decaux bij het Amsterdamse Hof in hoger beroep gekomen. Bij arrest van 30 juni 1994 heeft het hof het vonnis van de rechtbank bekrachtigd.

1.5. Tegen dit arrest heeft Decaux tijdig beroep in cassatie ingesteld met een uit vier onderdelen en diverse subonderdelen opgebouwd middel. Mediamax heeft het middel bestreden.

##### 2. Bespreking van het cassatiemiddel

2.1. In r.o. 4.1 heeft het hof de "kernvragen" in appel als volgt geformuleerd: "of het Billboard van Mediamax (wat de auteursrechtelijke grondslag van de vordering betreft) een nabootsing in gewijzigde vorm is van de Mupi Senior van Decaux c.q. of (wat de gestelde modelinbreuk betreft) deze beide producten slechts ondergeschikte verschillen vertonen".

2.2. In r.o. 4.2 vat het hof dan de vragen aldus samen dat het diende te onderzoeken "of Mediamax met haar Billboard voldoende afstand genomen heeft van de Mupi Senior van Decaux". Daarmee heeft het hof - ik merk dat meteen op - geen afzonderlijk criterium geschapen.

2.3. Onderdeel 3 - de onderdelen 1 en 2 bevatten geen klacht - klaagt nu dat hieruit - en uit twee andere in het onderdeel genoemde passages in het arrest - blijkt dat het hof ten aanzien van de vraag of een voortbrengsel -

in casu een model - nabootsing in de zin van art. 13 Auteurswet oplevert van een auteursrechtelijk beschermd werk, een onjuiste maatstaf heeft aangelegd. De klacht wordt voor de beoordeling van de door Decaux gestelde schending van haar auteursrecht uitgewerkt in de subonderdelen 3.1 en 3.2. Het hof had, zo vat ik het betoog in subonderdeel 3.1 samen, eerst moeten vaststellen waarin de oorspronkelijkheid van de Mupi Senior bestaat, althans van datgene waarin het persoonlijke stempel van de maker tot uiting komt en vervolgens moeten analyseren waarin in de Billboard die elementen herkend kunnen worden in dier voege dat de Billboard in bepaalde resp. wezenlijke mate hetzelfde stempel draagt, dat de oorspronkelijkheid uitmaakt van de Mupi Senior. Doorslaggevend is of van datgene wat voor de oorspronkelijkheid c.q. voor datgene waarin het persoonlijk stempel van de maker tot uiting komt, ten aanzien van een "werk" in de zin van de Auteurswet bepalend is, bij het maken van een daarop geïnspireerd voortbrengsel op ontoelaatbare mate gebruik is gemaakt. Of de totaalindrukken van de beide voortbrengselen overeenstemmen of verschillen is daarvoor niet beslissend. Aldus met name subonderdeel 3.2.

2.4. Het komt er dus op neer - zo blijkt ook uit de schriftelijke toelichting van de zijde van Decaux - dat het hof in het bijzonder had moeten nagaan of ten aanzien van de auteursrechtelijk beschermde elementen van de Mupi Senior de Billboard met de Mupi Senior overeenstemming vertoonde, althans dat het hof bij de afweging van overeenkomsten en verschillen tussen beide voortbrengselen in het bijzonder op die elementen had moeten letten.

2.5. In de schriftelijke toelichting van de kant van Decaux wordt hiertoe de feitenrechter een "schema" voorgeschreven, te weten dat hij eerst dient te inventariseren welke overeenstemmende elementen in beide voortbrengsels zijn te onderkennen, daarop ten aanzien van elk overeenstemmend element dient vast te stellen of het gaat om een auteursrechtelijk beschermd element, vervolgens een inventarisatie moet maken van de tussen de beide voortbrengsels bestaande verschillen en tenslotte de door hem vastgestelde overeenstemmende auteursrechtelijk beschermde elementen moet afwegen tegen de door hem vastgestelde verschillen.

2.6. Ik laat nu maar in het midden of dit wel helemaal spoort met wat er in het cassatiemiddel wordt betoogd - daarin lijkt toch meer het accent te liggen op het onderzoek naar het voorkomen in het van nabootsing betichte voortbrengsel van de auteursrechtelijk beschermde elementen uit het beweerdelijk nagebootste werk.

2.7. Voorts laat ik in het midden of het middel zichzelf niet tegensprekt waar het in de laatste alinea van subonderdeel 3.1 betoogt dat de beoordeling of een bepaald voortbrengsel een nabootsing van een auteursrechtelijk beschermd werk oplevert, behoort plaats te vinden "aan de hand van een beoordeling van de totaliteit van de elementen die de vormgeving van het betreffende voortbrengsel en van het betreffende werk respectievelijk bepalen" 1, waarmee kennelijk

niet meer in het bijzonder wordt gezien op de auteursrechtelijk beschermde elementen.

2.8. Verder laat ik buiten beschouwing of het slot van subonderdeel 3.1 dat verwerpt een wijze van beoordeling waarbij punten van verschil en punten van overeenstemming tussen de twee te vergelijken uitingen van vormgeving worden opgesomd en waarbij wordt beoordeeld of de punten van overeenstemming of de punten van verschil kwalitatief de overhand hebben, niet in tegenspraak is met de in de schriftelijke toelichting verdedigde afweging waarbij de punten van verschil worden betrokken.

2.9. En tenslotte wil ik er op wijzen dat het hof in de tweede alinea van r.o. 4.3 het standpunt van Decaux als volgt weergeeft:

"Decaux daarentegen stelt zich op het standpunt dat het Billboard van Mediamax, in zijn geheel genomen, in overwegende mate overeenstemt met haar Mupi Senior en dat, tegenover dit totaalbeeld, de onderlinge verschillen details betreffen en derhalve van ondergeschikt belang zijn".

waarmee het hof praktisch letterlijk de memorie van grieven (p. 1) van Decaux citeert 2. Uit de door mij gecursiveerde woorden blijkt dat ook Decaux het totaalbeeld van de beide modellen met elkaar heeft vergeleken en daarop haar stellingname baseert dat Mediamax met de Billboard inbreuk pleegt. Ik begrijp dus niet goed wat zij het hof nu eigenlijk verwijt; daarop zouden de beide middelsubonderdelen reeds behoren af te stuiten.

2.10. Afgezien van dit alles en ingaande op de vragen die de thans besproken middelonderdelen oproepen, zou ik voorop willen stellen dat de Nederlandse wet slechts auteursrechtelijke bescherming verleent aan werken (voortbrengselen) in de zin van art. 1 en 10 Aw 3.

2.11. Dit volgt voor modellen dan meer in het bijzonder uit de uitleg die het Benelux-Gerechtshof in het Screenprintsarrest 4 heeft gegeven aan art. 21 Eenvormige Beneluxwet inzake Tekeningen of Modellen (BTMW), een in zaken als deze beslissende bepaling omdat zij de Benelux-modelrechtelijke en nationaal-auteursrechtelijke bescherming aan elkaar koppelt en de auteursrechtelijke bescherming van modellen in de drie landen harmoniseert en afbakt 5.

2.12. Of een model een "werk" in auteursrechtelijke zin is, wordt bepaald aan de hand van het ook in het Screenprintsarrest aanvaarde criterium of het een voortbrengsel is met een eigen, oorspronkelijk karakter dat het persoonlijk stempel van de maker draagt 6.

2.13. Het auteursrechtelijk beschermde "werk" zelf zal steeds bestaan uit verschillende elementen en zal steeds verschillende aspecten vertonen die deels wel en deels niet het karakter van het werk in zodanige mate bepalen dat het onder de bescherming van de Auteurswet valt. Ik kan me eerlijk gezegd nauwelijks een voortbrengsel voorstellen waarin niet elementen aanwezig zijn die op zichzelf niet bepalend zijn voor de auteursrechtelijke status van het voortbrengsel. Stijlen, schildertechnieken, materialen, taal, het produceren van bepaalde klanken, ik noem maar een paar voorbeelden - Spoor en

Verkade spreken van "objectieve trekken" van het werk 7 - die bouwstenen kunnen leveren voor het werk maar op zichzelf genomen het eigene niet aan het werk verschaffen.

2.14. Waar nu Spoor en Verkade 8 in hun definiëren van "bewerking" of "nabootsing" in de zin van art. 13 Aw spreken van het overnemen in een ander voortbrengsel van "auteursrechtelijk beschermde trekken" van het werk - het middel lijkt vooral daardoor geïnspireerd te zijn - bedoelen zij, naar ik meen, de elementen die bepalend zijn voor het auteursrechtelijk beschermd zijn van het werk, dat wil zeggen de elementen van de vormgeving die in het bijzonder de uitdrukking vormen van wat - in de woorden van het arrest Van Gelder/Van Rijn 9 - de maker tot zijn arbeid heeft bewogen, die het werk tot een uiting maken met een eigen, oorspronkelijk karakter dat het persoonlijk stempel van de maker draagt.

2.15. Spreken wij over modellen - producten van industriële vormgeving - dan gaat het meer in het bijzonder om de elementen in dat model die meebrengen dat de maker aanspraak kan maken op auteursrechtelijke bescherming van het model, die het model, met andere woorden, maken tot "werk" in de hierboven in 2.12 aangegeven auteursrechtelijke zin.

2.16. Wil de rechter kunnen komen tot het oordeel dat een model door een ander is nagebootst in de zin van art. 13 Aw, dan moet uiteraard uit een vergelijking van de beide modellen duidelijk worden dat nu juist de zovelen genoemde elementen in het van inbreuk betichte voortbrengsel voorkomen. Pas dan wordt immers door het van inbreuk betichte model de grens overschreden waarbinnen de auteursrechtelijke bescherming van het nagebootste model geldt. De rechter die nabootsing vaststelt zal dat dan ook in zijn motivering - als verantwoording van het resultaat van zijn te dien aanzien gemaakte afweging - tot uitdrukking (moeten) brengen. Maar op welke wijze de weging precies wordt verricht behoeft niet te worden verantwoord, althans niet als de stellingen van partijen daartoe niet dwingen.

2.17. Het middel overvraagt dan ook m.i. de rechter als het in feite de eis stelt dat de feitenrechter in een zaak als deze tot een ontleding van de modellen overgaat in verschillende elementen en dwingend een bepaalde wijze van vergelijken en afwegen voorschrijft. De feitenrechter is op dit punt een grote mate van vrijheid gelaten. 10. Voldoende is dat hij de beide modellen met elkaar vergelijkt en daarbij op de punten van overeenstemming en van verschil let en in dat kader aandacht schenkt aan met name die aspecten die auteursrechtelijk relevant zijn.

2.18. Ik zie trouwens ook niet op grond waarvan de cassatietoetsing van zulk in hoge mate feitelijke oordelen als die waarom het hier gaat 11, zou moeten worden verruimd door aan te nemen dat de feitenrechter rechte gehouden is tot de hier voorgestelde wijze van oordeelsvorming, die dan kennelijk ook nog uit de uitspraak moet blijken teneinde die cassatiecontrole mogelijk te maken. Maar dit terzijde.

2.19. Dat de rechter, veronderstellenderwijze uitgaande van de auteursrechtelijke bescherming van het beweerd-

delijk nagebootste model, eerst nagaat of er überhaupt wel sprake is van een voldoende mate van gelijkenis tussen de beide modellen om auteursrechtelijk relevant te kunnen zijn, is zonder twijfel toegestaan. Men vergelijkte in dit verband HR 13 oktober 1989, NJ 1990, 237 (m.nt. D.W.F. Verkade) (Cow Brand).

De rechter behoeft dus niet eerst vast te stellen of het beweerdelijk nagebootste werk auteursrechtelijk beschermd is en waarin de oorspronkelijkheid van dat werk is gelegen.

2.20. De vergelijking die de rechter tussen de beide modellen maakt betreft uiteindelijk deze als geheel, ook al let hij daarbij op verschillende elementen en de auteursrechtelijk (mogelijk) relevante in het bijzonder. De vraag is, zo zou ik menen, uiteindelijk of het van inbreuk betichte voortbrengsel in zijn totaliteit zoveel - ook op auteursrechtelijk relevante punten - gelijkenis vertoont met het model waarop auteursrecht wordt geclaimd, dat inbreuk op dat auteursrecht - zo dat bestaat - moet worden aangenomen.

2.21. In de literatuur wordt ook benadrukt dat het gaat om de totale indruk van gebruiksvoorwerpen en dat "atomisering" moet worden vermeden. Zo schrijft Limperg 12:

"Het is vaste jurisprudentie in processen over plagiaat van gebruiksvoorwerpen dat men de voorwerpen in kwestie in hun totaalbeeld aanschouwt en vergelijkt. Van plagiaat betichte gedaagden putten zich vaak uit in het opsommen van een schier eindeloze reeks van verschilpunten tussen hun produkt en dat van de eiser waar zij dan een reeks van punten van overeenstemming tegenover stellen, die natuurlijk altijd veel kleiner uitvalt. Dat gaat om verschillende redenen niet op. (...) Het gaat er niet om de voorwerpen te "atomiseren" doch om deze in hun totaalbeeld of totaalindruk te bezien, waarbij men hoogstens aan een of meer onderdelen aandacht kan besteden voor zover zij bepalend zijn voor de karakteristiek van het voorwerp."

2.22. Martens 13 sluit zich daarbij aan. Na een opsomming van een aantal rechterlijke uitspraken, waarin anders dan de veelal korte afdoening van de vraag of gelijkenis bestaat, enigszins uitvoeriger beschouwingen worden gevonden, merkt hij samenvattenderwijze op:

"Wellicht mag men op grond van deze beschouwingen stellen dat het aankomt op de totaalindruk: deze kan, ondanks verschillen, zozeer gelijk zijn, dat inbreuk moet worden aangenomen; anderzijds kan zij, ondanks overeenkomsten, zozeer verschillen, dat van gelijkenis en dus van inbreuk geen sprake is."

2.23. Bij dit een en ander merk ik op dat deze aanpak, als het om de auteursrechtelijke bescherming van modellen gaat, ook het praktische voordeel heeft dat op het punt van de vergelijkingsmaatstaf geen verschillen bestaan met het modelrecht van de BTMW, dat, door het verband dat in de Memorie van Toelichting op art. 4 wordt gelegd tussen het criterium van de ondergeschikte verschillen in art. 4 en art. 14 en het begrip "overeenstemming in hoofdzaak", ook uitgaat van vergelijking van de totaalindrukken 14.

2.24. Want, hoe men de zaak ook wendt of keert, uiteindelijk zijn hier twee verschillende, door de ene

BTMW uitdrukkelijk aangegeven, wegen die naar het zelfde Rome moeten leiden: bescherming van de (commerciële) belangen van degene die het bedreigde model het eerste heeft ontwikkeld 15. En als men dat bedenkt, is er dan - afgezien van de verschillen tussen de beide regelingen - niet wat voor te zeggen om de rechter die over modelbescherming en -inbreuk heeft te oordelen zoveel mogelijk te voorzien van dezelfde beoordelingsmaatstaven?

2.25. Dit alles vindt m.i. zijn bevestiging in het Screenprintsarrest, waar het Benelux-Gerechtshof, citerend uit de Memorie van Toelichting op de BTMW 16, overweegt (r.o. 25) dat bij de beoordeling van het kunstzinnig karakter van een model - dat wil dus zeggen: bij de beantwoording of sprake is van een werk van toegepaste kunst - dit in zijn geheel dient te worden beschouwd. Wordt bij de toetsing aan het in dat arrest aanvaarde auteursrechtelijke "werk" criterium dus een beschouwing van het geheel van het desbetreffende model voorgeschreven, dan volgt daaruit m.i. logischerwijze dat ook bij de vraag of sprake is van plagiaat de modellen in kwestie in hun geheel met elkaar worden vergeleken.

2.26. Ik keer terug naar het bestreden arrest. Dat het hof de punten van overeenstemming tussen de Mupi Senior en de Billboard tot uitgangspunt heeft genomen blijkt uit r.o. 3 waarin de door de president vastgelegde feiten worden overgenomen - ik heb ze hierboven weergegeven. Uit die feiten blijken die punten van overeenstemming voldoende duidelijk.

2.27. Het hof gaat dan verder in r.o. 4.8 in op de punten van verschil. Het heeft daarmee onderzocht in hoeverre de beide voortbrengsels ten opzichte van elkaar verschillen. Na de verschillen te hebben onderzocht heeft het hof in r.o. 4.14 geconcludeerd dat de totaalindrukken van de produkten van partijen zodanig verschillend zijn dat van een inbreuk op het aan Decaux toekomend auteurs- of modelrecht niet gesproken kan worden, dat wil zeggen dat naar zijn oordeel noch sprake was van nabootsing in de zin van de Auteurswet noch van ondergeschikte verschillen in de zin van de Modellenwet.

2.28. Dat het hof hierbij de indruk van het totaal van beide voorwerpen beslissend heeft geacht is, zoals gezegd, geenszins in strijd met het recht.

2.29. Overigens heeft het hof wel degelijk mede gelet op de verschillende aspecten en elementen die ten aanzien van de auteursrechtelijke bescherming van belang zouden kunnen zijn. Zo wordt in r.o. 4.9 de aandacht gevestigd op de opvallende vormgeving van de ringen waarmee in de Mupi Senior het bord aan de houder is bevestigd, en wordt in r.o. 4.10 en 4.11 het naar voren komen van het bovenste gedeelte van de houder van de Billboard - volgens Decaux "een pure en inbreukmakende imitatie" van de Mupi Senior - onder ogen gezien.

2.30. Verder wil ik er op wijzen dat noch in de feitelijke instanties noch thans van de kant van Decaux wordt aangegeven welke (overige) elementen in haar Mupi Senior in het bijzonder auteursrechtelijke bescherming genieten. In de van haar kant gegeven schriftelijke toelichting wordt onder 19 alleen een aantal elementen

genoemd waarin de beide voorwerpen met elkaar zouden overeenstemmen. Zij kan het hof dan ook thans moeilijk verwijten zijn onderzoek daarop niet in het bijzonder te hebben gericht, althans niet in zijn motivering de resultaten van dat onderzoek te hebben verantwoord.

2.31. Op een en ander lopen de klachten van de subonderdelen 3.1 en 3.2 m.i. vast.

2.32. Ik kom nu te spreken over subonderdeel 3.3. Het betreft in de eerste plaats de aanspraak op modelrechtelijke bescherming en keert zich tegen r.o. 4.15 van het bestreden arrest. Daarin overweegt het hof ten aanzien van de in het kader van de mogelijkheid van verwarringsgevaar gerezen vraag wie in het onderhavige geval als in aanmerking komend publiek beschouwd moet worden, dat dit bestaat uit die instanties en instellingen die zich met de aanschaf en plaatsing van reclameborden bezig houden en dat onaannemelijk is dat bij dit publiek gevaar voor verwarring te duchten is.

2.33. Aangaande het in aanmerking komend publiek heeft het Hof, naar ik meen, een juiste maatstaf aangelegd. Uit de Memorie van Toelichting bij art. 4 BTMW blijkt immers dat bij de uitleg van het begrip ondergeschikte verschillen rekening moet worden gehouden met de normen die in de belanghebbende kringen van nijverheid en handel gelden. Van Nieuwenhoven Helbach c.s. 17 noemen dat begrijpelijk,

"omdat de aard van de branche veelal bepalend is voor de aard en samenstelling van het in aanmerking komende publiek en daarvan weer afhangt of gevaar voor verwarring tussen een als model gedeponeerd en een reeds bekend voortbrengsel in feite te duchten is".

2.34. De - juiste strekking van dit officiële commentaar is volgens Verkade 18 dat in de ene branche c.q. de produktgroep kleine verschillen eerder van ondergeschikte betekenis geoordeeld zullen moeten worden, dan in de andere.

2.35. Het is dus niet van belang (zoals Decaux betoogt) dat enige relevante sector van het publiek in verwarring wordt gebracht, maar dat bij de branche (meestal: de afnemers) gevaar voor verwarring te duchten is.

2.36. Gelet op de duidelijkheid in de MvT lijkt mij hier sprake te zijn van een "acte clair" zodat op dit punt naar mijn mening kan worden afgezien van het stellen van prejudiciële vragen aan het Benelux-Gerechtshof.

2.37. Het subonderdeel stelt vervolgens de vraag aan de orde of onder verwarringsgevaar reeds begrepen is associatiegevaar, zoals dat in het merkenrecht is ontwikkeld 19.

2.38. De meeste schrijvers beantwoorden die vraag ontkennend 20, Verkade 21 evenwel bevestigend. Hij vindt dat dit criterium als variant van de "overeenstemming in hoofdzaak" dienstig kan zijn als richtsnoer. Hij staat echter in deze opvatting alleen, waarbij nog opgemerkt dient te worden dat hij toevoegt dat de mogelijkheid van associatie van de uiterlijken nog niet zonder meer modelinbreuk oplevert. In Spoor/Verkade 22 wordt geleerd dat het ruimere merkenrechtelijke associatiecriterium niet in het auteursrecht geldt.

2.39. Ik heb mij afgevraagd of op dit punt vragen van uitleg aan het Benelux-Gerechtshof gesteld moeten worden. Daargelaten of dit achterwege kan blijven omdat duidelijk genoeg zou zijn dat de BTMW onder verwarringsgevaar niet mede associatiegevaar begrijpt, meen ik dat in dit geval om de volgende reden kan worden afgezien van het stellen van prejudiciële vragen.

2.40. Decaux heeft in de feitelijke instanties met geen woord over associatiegevaar gerept. Of associatiegevaar bestaat is echter een grotendeels feitelijke kwestie 23, zodat de feitenrechter niet de bevoegdheid heeft daarnaar ambtshalve een onderzoek in te stellen - dat zou overtreding van art. 48 en 176 Rv inhouden 24 - en de stelling dat daarvan sprake is of zou kunnen zijn niet voor het eerst in cassatie kan worden geponeerd, omdat zij een feitelijk onderzoek vergt waarvoor in cassatie geen ruimte is.

2.41. Op grond hiervan kan de thans besproken klacht niet tot cassatie leiden zodat een beslissing op dit punt niet noodzakelijk is om arrest te kunnen wijzen en Uw Raad dan ook niet verplicht is - de spoedeisendheid van dit kort geding laat ik buiten beschouwing - prejudiciële vragen te stellen 25.

2.42. Voorzover het subonderdeel in de voorlaatste alinea is gebaseerd op de toetsing aan het gemene recht kan het niet slagen omdat het hof die toetsing nu juist achterwege heeft gelaten omdat het - in cassatie onbestreden - in r.o. 4.16 de stelling van Decaux dat Mediamax onrechtmatig heeft gehandeld als onvoldoende onderbouwd heeft verworpen.

2.43. Tenslotte betoogt het subonderdeel in de laatste alinea dat hetgeen het daarvoor heeft betoogd ten aanzien van de in aanmerking te nemen kring van het publiek van overeenkomstige toepassing is voor het auteursrecht. Als hiermee een klacht wordt bedoeld tegen r.o. 4.15 van het bestreden arrest, kan het subonderdeel in zoverre evenmin slagen, omdat dan miskend wordt dat die rechtsoverweging slechts het modelrecht betreft en het auteursrecht geen verwarringsgevaar als inbreukcriterium kent en bijgevolg in dat verband ook geen behoefte bestaat aan een nadere afbakening van het in aanmerking komende publiek.

2.44. Op grond van een en ander meen ik dat ook subonderdeel 3.3 niet kan slagen.

2.45. Middelonderdeel 4 - niet nader toegelicht in de schriftelijke toelichting van Decaux - betoogt dat het hof is uitgegaan van een rechtens onjuiste althans onbegrijpelijke vaststelling van de beschermingsomvang van het auteurs- en modelrecht. Het gaat dan blijkbaar met name om wat het hof overweegt in de r.o. 4.4 e.v. Die algemene klacht wordt uitgewerkt in de subonderdelen 4.1 en 4.2.

2.46. Subonderdeel 4.1 klaagt dat in weerwil van hetgeen het Hof hierover in r.o. 4.4 opmerkt, partijen (althans Decaux) het er niet over eens zijn dat de beide producten passen in, en een uiting zijn van een actuele mode of stijl waarin straatmeubilair ontworpen wordt. Deze vaststelling is onbegrijpelijk, want Decaux heeft zulks nooit gesteld, aldus, kort samengevat, het betoog.

2.47. Deze klacht faalt. Decaux stelt zelf in haar stukken en ook thans in subonderdeel 4.2, met verwijzing bovendien naar vindplaatsen in haar stukken in de feitelijke instanties, dat zij de trend heeft "gezet" van de stijl of mode waarin straatmeubilair van de in dit geding betrokken soort wordt ontworpen, en dat het hof deze "claim" van Decaux ook, aansluitend op de bestreden vaststelling, vermeldt. Nu het onderhavige geding gebaseerd is op de stelling van Decaux dat de Billboard een ontoelaatbare nabootsing van de Mupi Senior is, is geenszins onbegrijpelijk dat het hof de stellingname van Decaux in dit geding aldus heeft opgevat dat ook zij zich op het standpunt stelde dat het model van Mediamax past binnen dezelfde - door Decaux geclaimde - stijl van straatmeubilair.

2.48. Subonderdeel 4.2 stelt, kort samengevat, in de eerste plaats dat het hof in r.o. 4.5, waar het vooropstelt dat aan vormgeving(selementen) die bepaald wordt (worden) door mode of stijl geen bescherming toekomt, van een onjuiste rechtsopvatting is uitgegaan, voorzover het bedoelt dat aan die vormgeving(selementen) nooit auteursrechtelijke bescherming toekomt. Betoogd wordt dat die bescherming wel toekomt voorzover in een werk vormgevingsselementen voorkomen die bepaald worden door een mode of stijl die door de maker van dit werk zelf ontwikkeld is. In casu heeft Decaux de stijl of mode waarin straatmeubilair van de in dit geding betrokken soort wordt ontworpen, zelf ontwikkeld.

2.49. Het hof heeft dit m.i. niet miskend maar slechts vooropgesteld wat in het auteursrecht in het algemeen wordt aangenomen, te weten dat slechts een werk maar niet een bepaalde stijl of mode beschermd wordt - men mag kortom een trendsetter in zijn stijl volgen.

2.50. Dat neemt overigens niet weg dat ook een bepaalde stijl aan het eigen karakter van een bepaald werk kan bijdragen en dus van belang kan zijn voor de vraag of er inbreuk is. Het onderscheid is subtiel, maar daarom niet onbelangrijk 26.

2.51. Uit het arrest blijkt niet dat het hof dit over het hoofd zou hebben gezien. Integendeel, uit het arrest komt m.i. naar voren dat het hof heeft onderzocht of Mediamax met haar ontwerp op een voldoende eigen wijze uiting heeft gegeven aan de vigerende stijl, trend of mode van ontwerpen (zie r.o. 4.6) en dat het mede gelet heeft op kenmerken van de beide modellen die mede uit de door Decaux beweerdelijk "gezette" en door Mediamax beweerdelijk gevolgde trend voortvloeien, zoals de omgekeerde U-vorm, het daarbinnen opgehangen bord en de "knik" in de verticale stijlen van de beide modellen. Het hof heeft onderzocht of binnen de gemeenschappelijke stijl waarin aan de concurrerende modellen vorm was gegeven sprake was van inbreuk door de Billboard op het auteursrecht van Decaux op de Mupi Senior.

2.52. Het subonderdeel faalt dus in zoverre. Het subonderdeel klaagt in de voorlaatste alinea van het middel dat het hof van een onjuiste rechtsopvatting blijk heeft gegeven althans een onbegrijpelijk oordeel heeft gegeven, waar het bescherming heeft onthouden aan de "knik" in de verticale stijlen van de Mupi Senior als uiting van de door Decaux zelf ontwikkelde stijl, omdat

deze zoals het hof in r.o. 4.11 lijkt te overwegen, zou voortvloeien uit de bestaande trend of mode.

2.53. Deze klacht kan niet tot cassatie leiden omdat het hof slechts in het midden laat of de "knik" voortvloeit uit de bestaande trend of mode en zijn beslissing dat aan die "knik" geen bescherming toekomt, niet heeft gebaseerd op het oordeel dat dit zo is, maar op wat het vervolgens in r.o. 4.11 overweegt en waarop ik hieronder nog terugkom.

2.54. Aan het slot van subonderdeel 4.2 wordt het eerdere betoog betrokken op het modelrecht. Het hof heeft niet het criterium van de ondergeschikte verschillen en de overeenstemming in hoofdzaak miskend. Wat het overweegt ten aanzien van mode of stijl heeft slechts betrekking op de door Decaux ingeroepen auteursrechtelijke bescherming. Het betoog van het subonderdeel mist dus feitelijke grondslag.

2.55. En voor zover ik dit verkeerd zie in verband met wat het hof overweegt in de tweede alinea van r.o. 4.5, meen ik dat het slechts tot uitdrukking heeft gebracht dat bij de vergelijking van de beide modellen rekening moest worden gehouden met het bestaan van gemeenschappelijke stijlkenmerken. M.i. stond dat niet met de toepassing van genoemde criteria op gespannen voet.

2.56. Overigens speelt de kwestie van stijl, mode of trend in het modelrecht niet de rol die zij speelt in het auteursrecht. Bij het auteursrecht is de afbakening op dit punt nodig omdat het bescherming biedt aan de uiterlijke vormgeving van de geestelijke schepping 27 en stijl, mode of trend ook van geestelijke entiteiten, de uiting zijn. Het clair-obscur van Rembrandt, het pointillé van Seurat, het crescendo-piano subito van Beethoven, de vallende tertsen van Brahms, de oneindige herhaling van een voorstelling van de Droste-doos en de baksteen-ornamentiek van de Amsterdamse School, zij zijn zonder enige twijfel de vruchten van een idee, een concept, maar geen "werk" dat auteursrechtelijke bescherming verdient. De afzonderlijke scheppingen waarin zij zijn toegepast, zijn dat wel voor zover althans zij voor het overige voldoen aan de eisen die gelden voor de erkenning van een voortbrengsel als "werk". Maar het modelrecht beschermt alleen het uiterlijk als zodanig. Een afbakening ten aanzien van de herkomst van het uiterlijk (oorspronkelijkheid of mode) is dan niet nodig.

2.57. Mocht over dit laatste anders moeten worden gedacht dan zou het stellen van een of meer prejudiciële vragen aan het Benelux-Gerechtshof over de verhouding tussen het criterium van de ondergeschikte verschillen en overeenstemmende stijlkenmerken geïndiceerd zijn. Ik vond hierover geen rechtspraak van het Benelux-Gerechtshof.

2.58. Op grond van het voorgaande faalt het gehele subonderdeel 4.2.

2.59. Subonderdeel 4.3 moet falen want, gelijk het hof heeft overwogen, voor het auteursrecht op modellen geldt - gelijk overigens algemeen in het auteursrecht wordt aangenomen 28 - dat een model dat kan worden aangemerkt als een werk in auteursrechtelijke zin, is uitgesloten van bescherming in het geval, zoals het Screenprintsarrest het uitdrukt, "het eigen, oorspron-

kelijk karakter enkel datgene betreft wat noodzakelijk is voor het verkrijgen van een technisch effect". Op dit punt heeft het Benelux-Gerechtshof de formulering overgenomen van art. 2 lid 1 BTMW. Er is dus wat de modelrechtelijke en auteursrechtelijke bescherming van modellen betreft geen verschil in criterium op dit punt.

2.60. De subonderdelen 4.3.1 en 4.3.2 keren zich tegen het overwogene in de laatste zinsnede in r.o. 4.11. Het betreft hier evenwel kennelijk naast hetgeen het hof in r.o. 4.10 heeft overwogen aangaande, wat ik korthedshalve zal noemen, de "knik" in de verticale stijlen van de beide modellen en de vraag of ook op dit punt van nabootsing sprake is, een overweging ten overvloede ("Voor de goede orde"). Daarom kunnen deze onderdelen m.i. niet tot cassatie leiden.

2.61. Mocht sprake zijn van een afzonderlijk dragende overweging dan kunnen de klachten niet tot cassatie leiden omdat in wat het hof in r.o. 4.10, kennelijk uitgaande van de model/auteursrechtelijke bescherming van de Mupi Senior, overweegt met betrekking tot de verschillen tussen de "knik" in de Mupi Senior en die in de Billboard, besloten ligt dat naar zijn oordeel ook op dit punt geen sprake is van nabootsing of van ondergeschikte verschillen. Tegen dit oordeel, dat op het genoemde punt 's hofs oordeel dat van nabootsing van (ondergeschikte geschillen met) de Mupi Senior als geheel geen sprake is, zelfstandig draagt, wordt, anders dan in meer algemene zin in de hierboven reeds besproken en verworpen middelonderdelen, niet opgekomen.

2.62. Overigens wil ik wel opmerken dat wat het hof in r.o. 4.11 overweegt vragen oproept. Het hof oordeelt daar dat de "knik" in de stijlen van de Mupi Senior "in ieder geval een gevolg is van eisen van functionaliteit, te weten het bieden van een goede mogelijkheid tot doeltreffende belichting van het reclamebord in de houder van de Billboard".

2.63. In de feitelijke instanties heeft Mediamax aangevoerd 29 dat de "knik" in haar Billboard is ingegeven door een louter functioneel vereiste, nl. ter bevestiging van de verlichtingsarmaturen aan de bovenzijde en ook heeft zij betoogd 30:

"Naar thans is gebleken, heeft Decaux zoals uit producties 3A en B blijkt, inmiddels haar reclamebord in die zin feitelijk aangepast dat de naar voren gebogen bovenkant thans ook - naar overigens voor de hand ligt - dienst doet als bevestigingspunt voor verlichtingsarmaturen. Daarmee staat om te beginnen vast dat de door Decaux gebezigde constructie eveneens door functionele overwegingen is bepaald.

Bovendien blijkt bij vergelijking van de armaturen dat het mogelijk is om binnen een bepaalde vormgeving te variëren. Zie de afbeeldingen A en B in vergelijking met de afbeeldingen C en D van productie 3. Bij Mediamax/Sicmea wordt de verlichting verzorgd door twee blokvormige, met ringen aan de bovenstijl van het reclamebord bevestigde, "spotlights". Bij Decaux wordt de verlichting verzorgd door twee in de lengte van de bovenstijl van het reclamebord aangebrachte, en daarmee min of meer één geheel vormende, tl-buizen", en voorts 31

"En tenslotte dient te worden gewezen op het in hoofdzaak functionele aspect van de "bovenbouw" van Mediamax/Sicmea's billboard/panneau publicitaire; die "bovenbouw" is in feite niets anders dan een aan het gebruiksdoel aangepaste versie van het vanouds bekende schilderijenlampje."

2.64. Van de in het eerste citaat genoemde omstandigheid dat de naar voren gebogen bovenkant van de Mupi Senior van Decaux thans ook dienst doet als bevestigingspunt voor verlichtingsarmaturen en van de daar verder genoemde feitelijke verschillen in de wijze waarop in de beide modellen de verlichting is aangebracht, is het hof blijkens r.o. 4.12 ook uitgegaan, zonder dat daartegen door Decaux thans wordt opgekomen.

2.65. Maar dat de door Decaux gebezigde constructie door functionele overwegingen zou zijn bepaald valt in de stellingen van Decaux zelf niet te lezen. Zij heeft met name in appel op het punt van de verlichting be-toogd 32:

"- of de Billboard bruikbaar zou zijn zonder de aan de bovenzijde aangebrachte constructie waaraan de verlichtingselementen zijn bevestigd, doet evident aan het feitelijke uiterlijk niet af;

- hoewel Decaux zich uiteraard tegen het overnemen van het idee of concept van het aanbrengen van verlichting in een willekeurig overhangend element in een willekeurig reclamebord niet kan of wil verzetten, zij hier toch opgemerkt dat ook dit concrete element van verlichting op 2 min of meer gelijke plaatsen in het naar voren hellende gedeelte van de U-vormige constructie, door Mediamax/Sicmea klakkeloos is nagevolgd, hetwel(k) wederom bijdraagt tot de inbreuk c.q. onrechtmatigheid;

- uiteraard is niet aan de orde de vraag of afneembare bovenzijde van het model Billboard duidelijk functioneel bepaald is; niet de Billboard immers doch het Mupi Senior model is voorwerp van inbreuk" ,  
en

"haast komisch is het laatste geopperde argument dat luidt: "en tenslotte dient te worden gewezen op het in hoofdzaak functionele aspect van de bovenbouw van de Mediamax/Sicmea Billboard; die bovenbouw is in feite niets anders dan een aan het gebruiksdoel aangepaste versie van het vanouds bekende schilderijlampje". Dit argument kan slechts op de lachspieren werken ware het niet dat het toch serieus bedoeld lijkt (...)."

2.66. Het gaat er mijns inziens inderdaad om of de "knik" in de Mupi Senior van Decaux onder de modellen auteursrechtelijke bescherming valt, want zij beticht Mediamax van inbreuk op dat recht.

2.67. Ik vraag me verder af of de omstandigheid dat degene die een bepaalde vorm van het beschermde model van een ander overneemt en die vorm gebruikt om een technisch effect te bereiken, op zichzelf kan meebrengen dat die vorm in de zin van art. 21 BTMW en het Screenoprintsarrest noodzakelijk is voor het verkrijgen van dat technische effect met als gevolg dat die vorm buiten de model- en auteursrechtelijke bescherming van het eerstgenoemde model valt. Met andere woorden: de vraag kan worden gesteld of de enkele

omstandigheid dat Mediamax gebruik maakt van de "knik" in het model van Decaux om daaraan verlichting te bevestigen meebrengt dat die "knik" op zichzelf beschouwd noodzakelijk is voor het verkrijgen van dat technisch effect met als gevolg dat het model van Decaux op dit punt verder bescherming ontbeert. Ware dit zo dan zou de "nabootser" een op zichzelf binnen de bescherming vallende vorm daarbuiten kunnen brengen door die vorm te benutten voor het verkrijgen van een technisch effect omdat in zijn model die vorm voor het verkrijgen van dat technische effect noodzakelijk is.

2.68. Ik betwijfel of dat de implicatie is van art. 21 BTMW en - voor wat betreft het auteursrecht - het Screenoprintsarrest, omdat het gaat om een eigenschap van het beschermde model en dus maatstaf hier moet zijn of in dat model de bewuste vorm noodzakelijk is voor het verkrijgen van een technisch effect. Dat die vorm (ook in dat model) (later) mede dienstbaar wordt gemaakt voor het verkrijgen van een bepaald technisch effect - in casu een doeltreffende verlichting - brengt toch niet mee dat de bescherming op dat punt dan ophoudt? Daarmee wordt de vorm op zichzelf toch niet een technische vinding die vanwege die eigenschap buiten de reikwijdte van de model- en auteursrechtelijke bescherming valt? Dat zou een door de ontwerper niet beoogde metamorfose zijn. Maar ik wil wel toegeven dat ik het gehele terrein niet goed overzie, reden waarom ik het bij deze opmerkingen laat onder de toevoeging dat het overigens een kwestie is waaromtrent het Benelux-Gerechtshof het laatste woord zou behoren te hebben.

2.69. Het hof stelt aangaande de functionaliteit van de "knik" van de Mupi Senior ten aanzien van de verlichtingsmogelijkheden echter niets met zoveel woorden vast. Dat de "knik" in de Billboard een "goede mogelijkheid" biedt tot doeltreffende verlichting dwingt er niet zonder meer toe aan te nemen dat die "knik" noodzakelijk is voor het verkrijgen van dat technische effect - over de inhoud van dat begrip spreek ik hieronder nog nader -, laat staan dat om dezelfde reden de Mupi Senior op dit punt geen bescherming zou genieten.

2.70. Er kan dus getwijfeld worden of het hof wel blijk heeft gegeven van een juiste rechtsopvatting. Mocht in wat het hof overweegt besloten liggen het oordeel dat (ook) de "knik" in de Mupi Senior noodzakelijk is voor het verkrijgen van het genoemde technische effect - doeltreffende verlichting -, dan vraag ik me af of dat oordeel in het licht van de gedingstukken wel voldoende begrijpelijk is.

2.71. Bij dit alles speelt dan nog onzekerheid over de precieze betekenis van het aan te leggen criterium en daarmee over de vraag of het hof dat criterium heeft miskend. Het is streng: er moet sprake zijn van een kenmerk dat noodzakelijk is voor het verkrijgen van een technisch effect. Over de vraag hoe streng dit criterium is bestaat evenwel geen eenstemmigheid in de literatuur. Verkade 33 stelt voor om het criterium zo uit te leggen dat indien voor het verkrijgen van hetzelfde technisch effect even goed bruikbare alternatieven realiter beschikbaar zijn, de bewuste vorm niet beschouwd moet worden als noodzakelijk voor het verkrijgen van

een technisch effect. Anderen 34 leggen er de nadruk op dat blijkens de Franse tekst ("indispensable") en de Memorie van Toelichting 35 pas als de vormgeving onmisbaar is voor het verkrijgen van het technisch effect, de bescherming wijkt. Het zal duidelijk zijn dat Decaux zich met name beriep op het standpunt van Verkade 36.

2.72. Bij deze stand van zaken zou er dus, indien de thans besproken subonderdelen wel aan de orde zouden moeten komen, aanleiding bestaan om het Benelux-Gerechtshof vragen te stellen over de uitleg van het woord "noodzakelijk", te weten of daaronder moet worden verstaan "onmisbaar" of slechts het ontbreken van reëel bestaande alternatieven, met als gevolg dat als die alternatieven er wel zijn, van die noodzakelijkheid geen sprake is.

2.73. Op grond van het eerder gestelde meen ik dat Uw Raad hieraan niet toekomt. Mijn slotsom moet dan zijn dat het middel niet kan slagen, zodat ik de volgende conclusie bereik.

### **3. Conclusie**

Deze strekt tot verwerping van het beroep.

---