

Hoge Raad, 18 februari 2000, Shoppingspel**AUTEURSRECHT****Bewijslast zelfstandige, niet-ontleende schepping**
Aangesproken partij, die het werk onder zich heeft gehad, dient te bewijzen dat ondanks overeenstemming geen sprake is van (onbewuste) ontlening aan dat werk

Het spel is in het voorjaar van 1987 op verzoek van [eiser] door [Z] getoond aan De Boer, die dit spel gedurende enige tijd in haar kantoor te Beilen onder zich heeft gehouden en vervolgens heeft laten weten voor dit spel geen belangstelling te hebben. Uitgangspunt is dat De Boer bijzondere omstandigheden moet bewijzen waaruit kan volgen dat ondanks de overeenstemming tussen beiden spellen het Sjopspel een zelfstandige schepping is die niet de vrucht is van (onbewuste) ontlening.

- **Verklaringen ontwerpers zijn niet voldoende voor bewijs van het niet-ontleend zijn**

Voorts dient uitgangspunt te zijn dat de verklaringen van [A] en [B] dat zij het Sjopspel hebben ontworpen zonder kennis van het Shoppingspel, niet voldoende zijn om De Boer in vorenbedoeld bewijs geslaagd te achten, omdat de beoogde effectieve auteursrechtelijke bescherming vereist dat de weerlegging van de hiervoor bedoelde onwaarschijnlijkheid berust op méér dan de verklaringen van de ontwerpers van het spel waarvan gesteld wordt dat het inbreuk maakt op het beschermde werk.

- **Bewezen dient te worden dat ontwerp al bestond voordat auteursrechtelijk beschermd werk werd aangeboden**

Bewijs dat het ontwerp van (het Sjopsjopsel dat voorafging aan) het Sjopspel reeds bestond voordat het spel van [eiser] aan De Boer werd aangeboden, is een bijzondere omstandigheid waarmee het uit de punten van overeenstemming voortvloeiende vermoeden van ontlening kan worden weerlegd. Het Hof heeft miskend dat, gelet op voormelde uitgangspunten, slechts van een voldoende gebleken toevalligheid sprake kan zijn, indien door vergelijking van de ontwerpen voor de onderhavige spellen komt vast te staan dat het Sjopspel (in een eerdere uitvoering) al ontworpen was vóórdat het Shoppingspel van [eiser] aan anderen bekend kon zijn.

Vindplaatsen: LJN: [AA4872](#); NJ 2000, 309.

Hoge Raad, 18 februari 2000

(Mijnssen, Heemskerk, Herrmann, Van der Putt-Lauwers, Hammerstein).

Arrest

In de zaak van

[Eiser], te Groningen, eiser tot cassatie, adv. mr. H.A. Groen,
tegen

De Boer Unigro NV, voorheen De Boer winkelbedrijven NV, te Hoogeveen, verweerster in cassatie, adv. mr. J.K. Franx.

1. Het geding in feitelijke instanties

Eiser tot cassatie - verder te noemen: [eiser] - heeft bij exploit van 16 oktober 1991 verweerster in cassatie - verder te noemen: De Boer - gedagvaard voor de Rechtbank te Assen en gevorderd:

A. De Boer te gebieden met onmiddellijke ingang, althans met onmiddellijke ingang na betekening van het te dezen te wijzen vonnis, elke vorm van openbaarmaking en/of verveelvoudiging van het in het lichaam van deze dagvaarding omschreven Shoppingspel te staken en gestaakt te houden, op straffe van een aan [eiser] te verbeuren dwangsom van f 5000 voor iedere dag of gedeelte van de dag, dat, of elk exemplaar, waarmede, zulks ter keuze van [eiser], De Boer geheel of gedeeltelijk in gebreke blijft aan dit gebod te voldoen;

B. De Boer te veroordelen om aan [eiser] een schadevergoeding te betalen, nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet.

De Boer heeft een incidentele vordering tot oproeping in vrijwaring van Score Promotions BV, gevestigd te IJsselstein, ingesteld.

Na conclusie tot referte zijdens [eiser], heeft de Rechtbank bij vonnis van 14 januari 1992 in het incident de vordering tot oproeping in vrijwaring toegewezen en de zaak naar de rol verwezen voor voortprocederen in de hoofdzaak.

Bij conclusie van repliek heeft [eiser] zijn eis gewijzigd en gevorderd De Boer te veroordelen om:

a) aan [eiser] het bedrag van f 150 000, althans een door de Rechtbank ex aequo et bono vast te stellen bedrag, vermeerderd met de wettelijke rente sedert 1 januari 1992, althans vanaf 23 juni 1992, ten titel van gedeeltelijke schadevergoeding te betalen;

b) binnen één maand na betekening van het te dezen te wijzen vonnis aan [eiser] een verklaring van een registeraccountant ter hand te stellen, waaruit het aantal door of vanwege De Boer openbaar gemaakte en het aantal nog bij De Boer in voorraad zijnde "sjopsellen" blijken.

De Boer heeft de vorderingen bestreden.

De Rechtbank heeft bij tussenvonnis van 23 maart 1993 De Boer bewijslevering opgedragen. Na enquête heeft de Rechtbank bij eindvonnis van 26 juli 1994 de vordering afgewezen.

Tegen dit eindvonnis heeft [eiser] hoger beroep ingesteld bij het Gerechtshof te Leeuwarden. Bij memorie van grieven heeft [eiser] de eis gewijzigd en vermeerderd. De Boer heeft incidenteel hoger beroep ingesteld. Bij tussenvonnis van 9 oktober 1996 heeft het Hof De Boer tot bewijslevering toegelaten.

Na enquête heeft [eiser] wederom zijn eis gewijzigd en vermeerderd en gevorderd:

A. De Boer te gebieden met onmiddellijke ingang, althans met onmiddellijke ingang na betekening van het te dezen te wijzen arrest, elke vorm van openbaarmaking en/of verveelvoudiging van het in het lichaam van deze dagvaarding omschreven Shoppingspel te staken en gestaakt te houden, op straffe van een aan [eiser] te

verbeuren dwangsom van f 5000 voor iedere dag of gedeelte van een dag, dat, of elk exemplaar, waarmede, zulks ter keuze van [eiser], De Boer geheel of gedeeltelijk in gebreke blijft aan dit gebod te voldoen;

B. De Boer te veroordelen om aan [eiser] een schadevergoeding te betalen, nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet;

C. De Boer te veroordelen om aan [eiser] het bedrag van f 238 824, te vermeerderen met compensatoire interessen over f 79 688 vanaf 3 januari 1989, over f 79 688 vanaf 17 mei 1989 en over f 79 688 vanaf 31 oktober 1989, ten titel van gedeeltelijke schadevergoeding te betalen;

D. De Boer te veroordelen de door deze ten gevolge van de inbreuk genoten winst aan [eiser] af te dragen en dienaangaande rekening en verantwoording af te leggen;

E. De Boer te veroordelen om binnen een maand na betekening van het te dezen te wijzen arrest aan [eiser] een verklaring van de registeraccountant ter hand te stellen, waaruit het aantal of vanwege De Boer openbaar gemaakte en het aantal nog bij De Boer aanwezige "Sjopsellen" blijken.

De Boer heeft zich verzet tegen de wijziging van de eis vervat in de vordering sub C en de vermeerdering van eis vervat in de vordering sub D.

Het Hof heeft dit verzet bij arrest van 25 maart 1998 ongegrond verklaard. Voorts heeft het Hof in het principaal hoger beroep het bestreden eindvonnis bekrachtigd en in het principaal en in het incidenteel hoger beroep het meer of anders gevorderde afgewezen.

Beide arresten van het Hof zijn aan dit arrest gehecht.

2. Het geding in cassatie

Tegen het eindarrest van het Hof heeft [eiser] beroep in cassatie ingesteld. De cassatiedagvaarding is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit.

De Boer heeft geconcludeerd tot verwerping van het beroep.

De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten. De [conclusie](#) van de Advocaat-Generaal Langemeijer strekt tot vernietiging van het bestreden arrest en tot verwijzing van de zaak naar een ander Hof.

3. Beoordeling van het middel

3.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) [eiser] heeft in oktober en november 1986 tezamen met [X] het zogenoemde Shoppingspel ontwikkeld. [X] heeft zijn auteursrechten op dit spel overgedragen aan [eiser].

(ii) Het spel is in het voorjaar van 1987 op verzoek van [eiser] door [Z] getoond aan De Boer, die dit spel gedurende enige tijd in haar kantoor te Beilen onder zich heeft gehouden en vervolgens heeft laten weten voor dit spel geen belangstelling te hebben. De Boer heeft het spel in september 1989 op verzoek van [eiser] aan hem geretourneerd.

(iii) De Boer heeft in 1989, en ook nog wel nadien, in haar winkels via een spaaractie het "Sjopspel" aan haar klanten ter beschikking gesteld. Dit spel is in opdracht van De Boer door Score Promotions ontworpen.

3.2 [eiser] heeft tegen De Boer de vorderingen ingesteld als hiervoor onder 1 weergegeven. De Rechtbank heeft aan De Boer te bewijzen opgedragen dat het hiervoor in 3.1 (iii) bedoelde Sjopspel een oorspronkelijk werk is en bewust noch onbewust aan het door [eiser] ontwikkelde Shoppingspel is ontleend. In haar eindvonnis heeft de Rechtbank De Boer in dat bewijs geslaagd geacht en heeft zij de vorderingen van [eiser] afgewezen. Het Hof heeft in zijn tussenarrest vastgesteld dat er, kort gezegd, voorafgaand aan de aanbieding van het shoppingspel geen soortgelijke spellen in de handel waren. Vervolgens heeft het Hof overwogen dat er, naast duidelijke verschillen, zo veel punten van overeenstemming tussen beide spellen zijn aan te wijzen dat bijzonder onwaarschijnlijk is dat die overeenstemming op louter toeval berust en dat het Sjopspel als een nieuw oorspronkelijk werk zou zijn ontworpen. Op grond daarvan heeft het Hof, in het incidenteel appèl van De Boer, geoordeeld dat de Rechtbank aan De Boer terecht het voormelde bewijs heeft opgedragen. Anders dan de Rechtbank was het Hof vervolgens, in het principale appèl, van oordeel dat De Boer in het leveren van dat bewijs (vooralsnog) niet is geslaagd. Daartoe heeft het Hof, samengevat weergegeven, het volgende overwogen. De verklaringen van een aantal getuigen dat zij het Shoppingspel niet aan [A] en [B] (die samenwerken in Score Promotions) hebben getoond, sluiten niet uit dat dit spel door andere personen te hunner kennis is gebracht, zodat op grond van de voormelde onwaarschijnlijkheid meer nodig is dan dat een aantal bij De Boer werkzame personen dit spel niet kende c.q. daarover niet had gesproken. De verklaringen van [A] en [B] dat zij het Sjopspel hebben ontworpen zonder kennis van het Shoppingspel en dat zij hun Sjopspel reeds in 1987 aan andere supermarktbetrijven hebben getoond of aangeboden, zijn wegens hun betrokkenheid bij Score Promotions ongenoegzaam, nu zij niet worden ondersteund door ander bewijsmateriaal, waarbij het Hof met name het oog heeft op bewijsmateriaal (a) dat bevestigt dat dit spel aan andere bedrijven is voorgelegd en (b) dat inzicht verschaft met betrekking tot de vorm waarin het zich toen (telkens) bevond. Het Hof heeft De Boer toegelaten tot het leveren van dat bewijs.

3.3 In zijn eindarrest heeft het Hof geoordeeld (rov. 6 en 7) dat De Boer geslaagd is in het bewijs als hiervoor in 3.2 onder (a) bedoeld. Voorts heeft het Hof overwogen (rov. 8) dat de door de getuigen [A] en [B] in eerste aanleg en in hoger beroep afgelegde verklaringen voldoende door ander materiaal worden bevestigd om De Boer geslaagd te achten in het haar door de Rechtbank opgedragen bewijs. Daaraan doet volgens het Hof (rov. 9) niet af dat De Boer er niet in geslaagd is enig gegeven te verschaffen omtrent bewijsthema (b), waarbij het Hof het volgende heeft overwogen.

"Nu als vaststaand moet worden aangenomen dat de omstandigheid dat [A] en [B] daadwerkelijk in die periode aan anderen een winkelspel hebben aangeboden dat ook toen al de aan het Engelse (werk)woord "(to) shop" ontleende naam "Sjop-sjop" droeg, inderdaad op toeval berust, oordeelt het hof - mede gelet op de reeds

gesignaleerde verschillen tussen beide spelen - de toevalligheid van de auteursrechtelijke relevante punten van overeenstemming ongenoegzaam om het aan de verklaringen van [A] en [B] te ontleen bewijs te ontcrachten."

Daaraan heeft het Hof (rov. 10) toegevoegd dat het beoog van [eiser] dat [A] en [B] ook al in 1987, toen zij uit anderen hoofde met De Boer in contact waren, kennis hebben kunnen nemen van het Shoppingspel, weerlegd wordt door de stelling van De Boer dat dan zeer onwaarschijnlijk zou zijn dat [A] pas in 1988 met een spelconcept naar Albert Heijn zou zijn gegaan om vervolgens - na het te hebben aangeboden aan drie andere bedrijven - weer bij De Boer terug te komen. Onderdeel 3 - de onderdelen 1 en 2 bevatten een inleiding op dit onderdeel - bestrijdt deze overwegingen met een aantal rechts- en motiveringsklachten.

3.4 Het middel neemt, in onderdeel 1, terecht tot uitgangspunt: (i) dat het Shoppingspel een auteursrechtelijk beschermd werk is, en (ii) dat De Boer bijzondere omstandigheden moet bewijzen waaruit kan volgen dat ondanks de door het Hof aangenomen overeenstemming tussen beiden spellen het Sjopspel een zelfstandige schepping is die niet de vrucht is van (onbewuste) ontlening.

3.5 Voorts dient uitgangspunt te zijn - zoals het Hof in zijn tussenarrest heeft overwogen - dat de verklaringen van [A] en [B] dat zij het Sjopspel hebben ontworpen zonder kennis van het Shoppingspel, niet voldoende zijn om De Boer in vorenbedoeld bewijs geslaagd te achten, omdat de beoogde effectieve auteursrechtelijke bescherming vereist dat de weerlegging van de hiervoor bedoelde onwaarschijnlijkheid berust op méér dan de verklaringen van de ontwerpers van het spel waarvan gesteld wordt dat het inbreuk maakt op het beschermde werk. Het Hof heeft in zijn tussenarrest daarom aanvullend bewijs nodig geoordeeld, waaronder met name bewijs dat het ontwerp van (het Sjopsjopspel dat voorafging aan) het Sjopspel reeds bestond voordat het spel van [eiser] aan De Boer werd aangeboden. Anders dan subonderdeel 3.1 betoogt, is dit een bijzondere omstandigheid waarmee het uit de punten van overeenstemming voortvloeiende vermoeden van ontlening kan worden weerlegd.

3.6 Subonderdeel 3.2 klaagt terecht erover dat het Hof in rov. 9 van zijn eindarrest heeft miskend dat, gelet op voormelde uitgangspunten, slechts van een voldoende gebleken toevalligheid sprake kan zijn, indien door vergelijking van de ontwerpen voor de onderhavige spellen komt vast te staan dat het Sjopspel (in een eerdere uitvoering) al ontworpen was vóórdat het Shoppingspel van [eiser] aan anderen bekend kon zijn. Nu die, door het Hof in zijn tussenarrest blijkbaar nodig geachte, vergelijking achterwege is gebleven, is het oordeel van het Hof zonder nadere motivering, die ontbreekt, onbegrijpelijk. Deze onbegrijpelijkheid wordt niet weggenomen door hetgeen het Hof in rov. 10 overweegt. De verklaringen van de getuigen [A] en [B] leggen pas dan gewicht in de schaal als zij door voldoende ander bewijsmateriaal, als vorenbedoeld, ondersteund worden. De door het Hof aanvaarde stel-

ling van De Boer omtrent de hiervoor in 3.3 vermelde onwaarschijnlijkheid sluit de gestelde en niet afdoende weerlegde mogelijkheid van (bewuste of onbewuste) ontlening geenszins uit.

3.7 Nu subonderdeel 3.2 van het middel slaagt, behoeven subonderdeel 3.3 en onderdeel 4 geen behandeling. Na verwijzing zal opnieuw moeten worden beoordeeld of De Boer in het haar opgedragen bewijs is geslaagd.

4. Beslissing

De Hoge Raad:

vernietigt het arrest van het Gerechtshof te Leeuwarden van 25 maart 1998;

verwijst het geding naar het Gerechtshof te Arnhem ter verdere behandeling en beslissing;

veroordeelt De Boer in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van [eiser] begroot op f 9497,05 in totaal, waarvan f 9307,05 op de voet van art. 57b Rv. te voldoen aan de griffier, en f 190 te voldoen aan [eiser].

Conclusie A-G mr. Langemeijer:

In dit auteursrechtelijke geschil wordt in cassatie geklaagd over het oordeel dat het Sjopspel van verweerster niet is ontleend aan het Shoppingspel van eiser.

1. De feiten en het procesverloop

1.1. In cassatie kan van de volgende feiten worden uitgegaan 1:

1.1.1. Eiser tot cassatie, [eiser], heeft in oktober 1986 tezamen met A.M. Schönwetter een spel, genaamd "Shoppingspel", ontwikkeld. Schönwetter heeft zijn auteursrechten op dit spel overgedragen aan [eiser]. Het spel is in het voorjaar van 1987 op verzoek van [eiser] door de heer Boom in ontwerp getoond aan De Boer, thans verweerster in cassatie.

1.1.2. Voorafgaand aan de aanbieding van het Shoppingspel aan De Boer waren er geen andere winkelspellen (d.w.z. spellen, waarbij de deelnemers artikelen in een supermarkt moeten kopen) in de handel.

1.1.3. De Boer heeft het aangeboden Shoppingspel (d.w.z. speelbord, rekwisieten en spelregels) in haar kantoor te Beilen onder zich gehouden en heeft Boom geantwoord voor dit spel geen belangstelling te hebben. De Boer heeft het spel in september 1989 op diens verzoek aan [eiser] geretourneerd.

1.1.4. De Boer heeft in 1989 in haar winkels een bordspel, genaamd "Sjopspel", aan klanten ter beschikking gesteld bij een spaaractie. Dit spel is in opdracht van De Boer door Score Promotions BV ontworpen.

1.2. [eiser] heeft De Boer gedagvaard voor de rechtbank te Assen wegens inbreuk op zijn auteursrecht op het Shoppingspel. De vordering strekt, na wijziging van eis, tot veroordeling van De Boer om de openbaarmaking en verveelvoudiging van het Shoppingspel te staken en gestaakt te houden, op straffe van verbeurte van een dwangsom, tot betaling van een schadevergoeding en tot winstafdracht met de daarbij behorende nevenvorderingen. 2 De Boer heeft Score Promotions BV in vrijwaring geroepen. Vervolgens heeft De Boer in de hoofdzaak verweer gevoerd, waarbij zij ontkende

dat het Sjopspel is ontleend aan het Shoppingspel van [eiser].

1.3. In haar tussenvonnis van 23 maart 1993 heeft de rechtbank - na te hebben overwogen dat het Sjopspel sterke gelijkens vertoont met het Shoppingspel (rov. 5.4.) - aan De Boer opgedragen te bewijzen dat het in haar opdracht door Score Promotions BV ontwikkelde Sjopspel een oorspronkelijk werk is en bewust noch onbewust aan het door [eiser] ontwikkelde Shoppingspel is ontleend.

1.4. De Boer heeft ter voldoening aan deze bewijsopdracht getuigen laten horen. De getuige De Rooij, destijds hoofd Publiciteit, reclame en public relations in het bedrijf van De Boer, heeft - in de samenvatting van de rechtbank - verklaard dat hij omstreeks mei/juni 1988 door [A] van Score Promotions BV is benaderd met een concept dat later het Sjopspel is geworden; het Shoppingspel van [eiser] was deze getuige niet bekend. De getuige [A], destijds directeur van Score Promotions BV, heeft verklaard dat hij contact had met Albert Heijn en daaruit wist dat deze naar een zgn. premium zocht. De getuige heeft dit met de grafisch ontwerpster mw. [B] besproken, die daarop een concept voor een winkelspel heeft ontwikkeld. Omdat Albert Heijn niet wilde meewerken aan een verdere verwezenlijking van dit concept, heeft [A] dit spel aan diverse andere supermarktbedrijven aangeboden, waaronder De Boer. De getuige kende het Shoppingspel van [eiser] niet en wist evenmin dat een monster van het Shoppingspel bij De Boer aanwezig was. Mw. [B] heeft als getuige verklaard dat het Sjopspel haar geesteskind is. Ook haar was het ontwerp-Shoppingspel van [eiser] niet bekend.

1.5. De getuige Van der Harst, inkoper non-food bij De Boer, heeft verklaard dat de heer Boom hem in 1987 (namens [eiser]) heeft benaderd met een concept voor een winkelspel. De Boer had geen belangstelling voor de inkoop hiervan. Van der Harst heeft het hem getoonde spel niet begrepen als een reclameartikel en heeft daarom geen contact hierover opgenomen met de reclame-afdeling van De Boer. Evenmin is deze getuige betrokken geweest bij de ontwikkeling van het Sjopspel. De getuige Boom heeft bevestigd dat hij het ontwerp-spel van [eiser] bij Van der Harst heeft achtergelaten. [eiser] en Schönwetter hebben als getuigen uiteengezet hoe zij het Shoppingspel hebben bedacht en ontwikkeld.

1.6. De rechtbank heeft in haar vonnis van 26 juli 1994 op grond van deze getuigenverklaringen De Boer in haar bewijsopdracht geslaagd geacht en heeft de vorderingen van [eiser] afgewezen. Tegen dit eindvonnis van de rechtbank heeft [eiser] hoger beroep ingesteld bij het gerechtshof in Leeuwarden. De Boer heeft voorwaardelijk incidenteel appèl ingesteld tegen het tussenvonnis en de daarin vervatte bewijsopdracht.

1.7. Het hof heeft bij arrest van 9 oktober 1996 de grief in het incidenteel appèl verworpen (rov. 9). Dit oordeel is in cassatie niet bestreden. Daarmee staat de bewijslastverdeling in dit geding vast.

1.8. Op het principaal hoger beroep heeft het hof - anders dan de rechtbank - geoordeeld dat de voorhanden bewijsmiddelen niet voldoende waren om De Boer ge-

slaagd te achten in de opgedragen bewijslevering. Weliswaar hebben de gehoorde personeelsleden van De Boer verklaard dat zij het Shoppingspel niet aan [A] of aan mw. [B] hebben getoond, maar dit sluit volgens het hof de mogelijkheid niet uit dat het Shoppingspel door andere personen te hunner kennis is gebracht (rov. 11). De getuigenverklaringen van [A] en mw. [B] achtte het hof op zichzelf niet toereikend, omdat zij belanghebbenden zijn. Het hof heeft evenwel niet uitgesloten geacht dat het bewijs zou kunnen worden aangevuld. Het hof dacht daarbij met name aan bewijsmateriaal dat het voorleggen van het ontwerp van het Sjopspel aan Albert Heijn en andere supermarktondernemingen bevestigt en inzicht verschaft in de vorm, waarin het Sjopspel zich toen telkens bevond (rov. 12).

1.9. Ter uitvoering van deze aanvullende bewijsopdracht heeft De Boer op 18 november 1996 opnieuw [A] en mw. [B] als getuige laten horen. Voorts heeft zij offertes van Score Promotions aan drie supermarktondernemingen, gedateerd in mei-juli 1988, met betrekking tot een kartonnen winkelspel "Sjop-Sjop", als bewijsmiddel overgelegd.

1.10. Bij eindarrest van 25 maart 1998 heeft het hof bewezen geacht dat [A] als directeur van Score Promotions BV in de periode mei-juli 1988 een drietal supermarktondernemingen heeft benaderd met een ontwerp-winkelspel, waarvan een dummy aanwezig was en dat met de naam "Sjop-sjop" werd aangeduid (rov. 6). Het hof achtte de getuigenverklaringen van [A] en mw. [B] voldoende door ander bewijs bevestigd om De Boer geslaagd te oordelen in het haar door de rechtbank opgedragen bewijs dat het Sjopspel een oorspronkelijk werk is en niet, bewust of onbewust, aan het door [eiser] ontworpen spel is ontleend (rov. 8).

1.11. [eiser] heeft tijdig cassatieberoep ingesteld onder aanvoering van één cassatiemiddel. De Boer heeft verweer gevoerd. Beide partijen hebben hun standpunten schriftelijk toegelicht. [eiser] heeft gerepliceerd.

2. Bespreking van het cassatiemiddel

2.1. Het cassatiemiddel telt vier onderdelen. Het eerste onderdeel bevat geen klacht, maar constateert dat de regels toepasselijk zijn zoals geformuleerd in HR 21 februari 1992 (Barbiepop), NJ 1993, 164 m.nt. J.H. Spoor. 3 In dat arrest was de vraag aan de orde, of - naast een bepaalde mate van overeenstemming tussen enerzijds het werk waarop de eiser auteursrecht heeft en anderzijds de als onrechtmatig bestreden verveelvoudiging - vereist is dat de eiser stelt, en zo nodig bewijst, dat de overeenstemming berust op een bewuste ontlening aan het werk. De Hoge Raad heeft die vraag ontkennend beantwoord, waarna hij vervolgde:

"Daarmee wordt niet uitgesloten dat tegen een vordering als hier bedoeld het met een beroep op bijzondere omstandigheden gemotiveerde verweer kan worden gevoerd dat, ondanks de overeenstemming met het werk waarop eiser auteursrecht heeft, sprake is van een zelfstandige schepping die niet de vrucht is van ontlening, ook niet van onbewuste ontlening. Een dergelijk verweer, dat behoorlijk gemotiveerd zal moeten zijn en waarvan de bewijslast rust op de partij die van inbreuk

wordt beticht, heeft het Hof echter in de stellingen van MB kennelijk niet gelezen."

2.2. In de onderhavige zaak kan tot uitgangspunt dienen dat het door [eiser] ontworpen Shoppingspel een voortbrengsel is met een eigen persoonlijk karakter, dat het persoonlijk stempel van de maker draagt en aldus aan te merken valt als een auteursrechtelijk beschermd werk (rov. 3 tussenarrest). Hoewel juist is dat, zoals de Boer heeft aangevoerd, de uitvoering en de spelregels van het Sjopspel duidelijke verschillen met die van het Shoppingspel vertonen, zijn er toch wel zo veel punten van overeenstemming tussen de uitvoering van beide spellen aan te wijzen dat bijzonder onwaarschijnlijk is dat die overeenstemming op louter toeval berust en het Sjopspel zonder bewuste of onbewuste ontlening aan het Shoppingspel is ontworpen (rov. 8 tussenarrest). De bewijslastverdeling is, zoals gezegd, in dit stadium van het geding een gegeven.

2.3. Het tweede onderdeel van het middel klaagt dat het hof bij de waardering van het bewijs de regels uit het bovengenoemde arrest van 1992 niet juist heeft toegepast. Deze algemene klacht wordt uitgewerkt in het derde onderdeel, dat weer in subonderdelen uiteenvalt. In subonderdeel 3.1 betoogt [eiser] dat de door De Boer gestelde omstandigheden niet zijn aan te merken als een beroep op bijzondere omstandigheden in de zin van het arrest van 1992. Het door De Boer geleverde bewijs van die omstandigheden kan volgens [eiser] dan ook niet bijdragen tot het oordeel dat het Sjopspel niet aan het Shoppingspel is ontleend.

2.4. Zoals ook in de toelichting op het middel wordt opgemerkt, ligt aan het arrest over de Barbiepop kennelijk de ervaringsregel ten grondslag dat het in theorie weliswaar mogelijk, maar in de praktijk hoogst onwaarschijnlijk is dat twee auteurs onafhankelijk van elkaar twee werken scheppen die opvallende gelijkenis vertonen en toch, ieder voor zich, een aan de onderscheiden auteurs ontleend eigen en oorspronkelijk karakter hebben en het persoonlijk stempel van de maker dragen. 4 Twee gezichtspunten spelen hierbij een rol: enerzijds de mate van overeenstemming, anderzijds de praktische mogelijkheden voor ontlening. Wat het eerste betreft, moge duidelijk zijn dat, naar mate het oudere beschermde werk blijkt geeft van méér originaliteit of van een méér uitgesproken persoonlijk stempel van de maker, het steeds onwaarschijnlijker wordt dat een ander een daarmee overeenstemmend werk bedenkt zonder bewuste of onbewuste ontlening aan het beschermde werk. Wat de praktische mogelijkheden voor ontlening betreft, zijn er in de huidige tijd door TV, Internet en andere media zóveel mogelijkheden om kennis te nemen van het auteursrechtelijk beschermde werk van anderen dat de stelling dat een overeenstemmend werk zelf bedacht is, vaak niet toereikend zal zijn en bijzondere omstandigheden moeten worden gesteld.

2.5. Aan de mate van overeenstemming heeft het hof eigenlijk alleen in de fase van de bewijslastverdeling veel aandacht besteed (zie rov. 8 van het tussenarrest). Het debat in appèl heeft zich geconcentreerd op de praktische mogelijkheden voor ontlening. De Boer heeft, ter ondersteuning van haar verweer dat het Sjop-

spel een zelfstandige schepping is en niet aan het werk van [eiser] ontleend, in hoger beroep de volgende omstandigheden aangevoerd:

a. de directeur en de grafisch ontwerpster van Score Promotions BV hebben als getuige verklaard het Sjopspel zonder kennis van het Shoppingspel te hebben ontworpen;

b. het ontwerp voor het Sjopspel kan niet zijn ontleend aan het Shoppingspel van [eiser], want het Sjopspel bestond in ontwerp reeds - en was zelfs al aan andere supermarktondernemingen aangeboden - vóórdat Score Promotions BV in september 1988 het Sjopspel aan De Boer aanbood.

2.6. De omstandigheid onder a is op zichzelf door het hof niet voldoende geacht (zie rov. 12 van het tussenarrest). De omstandigheid onder b is in beginsel geschikt om een vermoeden van ontlening te weerleggen: als De Boer stelt dat het ontwerp van Score Promotions BV is vervaardigd voordat het Shoppingspel van [eiser] bij de ontwerper bekend kón zijn, is dit een beroep op een bijzondere omstandigheid in de zin van het arrest van 1992. De klacht in subonderdeel 3.1 kan daarom niet tot cassatie leiden.

2.7. De onder b genoemde bijzondere omstandigheid veronderstelt in de eerste plaats dat de ontwerper van het Sjopspel geen andere mogelijkheid ter beschikking stond om kennis te nemen van het Shoppingspel vóórdat Score Promotions BV haar spel in september 1988 aan De Boer aanbood. 5 In de tweede plaats veronderstelt zij dat het spel, dat [A] en mw. [B] vóór september 1988 hadden ontwikkeld en aan diverse supermarkten hadden aangeboden, overeenstemt met het Shoppingspel. Indien [A] en mw. [B] vóór september 1988 een winkelspel hebben ontwikkeld dat afwijkt van het Shoppingspel, zou dat een nietszeggende omstandigheid zijn: in dat geval is immers niet uitgesloten dat bij de definitieve vormgeving van het Sjopspel in opdracht van De Boer (alsnog) ontlening aan het beschermde werk van [eiser] heeft plaatsgevonden. Het hof heeft in het tussenarrest dit laatste onderkend. Het hof heeft immers uitdrukkelijk in de aanvullende bewijsopdracht betrokken dat De Boer inzicht diende te verschaffen met betrekking tot de vorm die het spel van Score Promotions BV had, toen het aan Albert Heijn en de andere supermarktondernemingen werd voorgelegd.

2.8. In het eindarrest heeft het hof moeten constateren dat De Boer er niet in is geslaagd, enig gegeven te verschaffen omtrent de vorm van het spel van Score Promotions BV in de periode waarin dit aan de genoemde supermarkten werd aangeboden, dus toen het nog Sjop-Sjop heette (rov. 9). In subonderdeel 3.2 voert [eiser] aan dat de effectiviteit van de bescherming, welke de Auteurswet aan de rechthebbende beoogt toe te kennen, vereist dat het hof een vergelijking maakt tussen het vóór september 1988 door Score Promotions BV ontworpen Sjop-Sjop en het Shoppingspel van [eiser]. Alleen in dat geval kan de gevolgtrekking worden gemaakt dat het spelontwerp reeds bestond voordat het spel van [eiser] onder de berusting van De Boer was gekomen. Aangezien een dergelijke vergelijking niet heeft plaatsgevonden (en ook niet heeft kunnen plaats-

vinden bij gebreke van gegevens) acht hij de beslissing van het hof rechtens onjuist. Subonderdeel 3.3 voegt hieraan een motiveringsklacht van gelijke strekking toe.

2.9. De motiveringsklacht komt mij gegrond voor. Rov. 9 impliceert dat, hoewel het hof daarom uitdrukkelijk had gevraagd, voor het hof niet bekend is of het spel dat Score Promotions BV vóór haar contact met De Boer in september 1988 had ontwikkeld (en dat toen nog Sjop-Sjop heette) overeenstemt met het Shoppingspel van [eiser]. De stelling van De Boer dat haar Sjopspel chronologisch niet ontleend kán zijn aan het ontwerp van [eiser] dat bij haar ergens in de kast lag, komt daarmee in de lucht te hangen. Bij deze stand van zaken is in 's hofs redengeving niet begrijpelijk op grond waarvan het hof dan wél bewezen acht dat het Sjopspel niet ontleend is aan het Shoppingspel. De omstandigheid dat vaststaat dat [A] en mw. [B] in die periode enig winkelspel aan andere supermarktondernemingen hebben aangeboden, kan de conclusie niet dragen, mede gezien in het licht van de eisen die het hof in het tussenarrest had gesteld aan het te leveren bewijs.

2.10. Het hof verwijst in rov. 9 naar het bewijs, dat het ontleent aan de getuigenverklaringen van [A] en mw. [B], in samenhang met de reeds eerder 6 gesignaleerde verschillen tussen het Sjopspel en het Shoppingspel. In subonderdeel 3.3 wordt aangevoerd dat dit bewijsoordeel in het eindarrest niet te rijmen is met hetgeen het hof in het tussenarrest had overwogen. In het tussenarrest zijn de verklaringen van [A] en mw. [B] juist niet voldoende geacht als bewijsmiddel, zonder aanvullend bewijs. Daarmee verdraagt zich inderdaad niet dat in het eindarrest aan deze verklaringen wel bewijskracht wordt toegekend zonder dat aanvullend bewijs geleverd is. De vergelijking van beide spellen heeft het hof in het tussenarrest (rov. 8) tot het oordeel gebracht dat, ondanks de verschillen in de uitvoering en de spelregels, zoveel punten van overeenstemming zijn aan te wijzen dat bijzonder onwaarschijnlijk is dat die overeenstemming op louter toeval berust en dat het Sjopspel zonder bewuste of onbewuste ontlening aan het Shoppingspel zou zijn ontworpen. Tegen de achtergrond van dat oordeel kan de bewijsbeslissing in het eindarrest niet worden gedragen door een verwijzing naar de toevalligheid van de punten van overeenstemming, mede gelet op de gesignaleerde verschillen. De klacht van onderdeel 3 komt mij gegrond voor.

2.11. Onderdeel 4 van het middel klaagt erover dat het hof zijn oordeel, dat De Boer in het opgedragen bewijs is geslaagd, onvoldoende heeft gemotiveerd in het licht van de stellingen van [eiser] in de conclusie na enquête van 9 april 1997 onder 4. Deze klacht kan bij gegrondbevinding van onderdeel 3 onbesproken blijven. T.a.p. heeft [eiser] betwist dat de door De Boer als bewijsmiddel overgelegde offertes daadwerkelijk door Score Promotions BV aan de betreffende supermarktondernemingen zijn verzonden, zulks met het argument dat De Boer geen reacties van de ondernemers op die offertes heeft getoond. Het hof heeft geen aanleiding gezien te veronderstellen dat de offertes geen getrouwe kopie-

en zouden zijn van daadwerkelijk door Score Promotions BV verzonden offertes (rov. 6). Daaruit blijkt dat het hof zich rekenschap heeft gegeven van hetgeen [eiser] in punt 4 van de conclusie na enquête had aangevoerd. Het oordeel van het hof is niet onbegrijpelijk: het ging er niet om of de offertes waren aangekomen, maar of Score Promotions BV vóór de offerte aan De Boer een oorspronkelijk ontwerp voor het Sjopspel in de aanbieding had. Voorts heeft [eiser] t.a.p. gewezen op het prijsverschil tussen de offertes aan de overige supermarktondernemingen en de offerte aan De Boer. Of het argument van het prijsverschil voldoende gewicht in de schaal legt om aan te nemen dat het hier om hetzelfde of om een ander spel ging, staat exclusief ter beoordeling van de rechter die over de feiten oordeelt. Onderdeel 4 van het cassatiemiddel faalt.

2.12. Een gegrondbevinding van onderdeel 3 leidt tot vernietiging van het bestreden arrest. Na verwijzing zal, op basis van de aan De Boer verstrekte bewijsopdracht, alsnog moeten worden onderzocht of het bewijs is geleverd dat het Sjopspel niet is ontleend aan het Shoppingspel.

3. Conclusie

De conclusie strekt tot vernietiging van het bestreden arrest en tot verwijzing van de zaak naar een ander hof.

Noten bij Conclusie A.-G.

1 Zie het tussenarrest van het hof rov. 1, i.v.m. het tussenvonnissen van de rechtbank van 23 maart 1993, en rov. 7.

2 Het bestreden arrest bevat onder 1 A t/m F een volledige weergave van het petitum.

3 Het arrest is ook geannoteerd door A.A. Quaadvlieg in IER 1992 blz. 89, S. Gerbrandy in Informatierecht/AMI 1993 blz. 9 en H. Cohen Jehoram in AA 1993 blz. 295; zie ook F.W. Grosheide, "Nogmaals: het Barbie-arrest", Informatierecht/AMI 1993, blz. 26-30.

4 Vgl. S. Gerbrandy, Kort commentaar op de Auteurswet 1912 (1988) blz. 321.

5 Het Shoppingspel van [eiser] is klaarblijkelijk niet uitgegeven of anderszins openbaar gemaakt buiten de aanbieding aan De Boer. De mogelijkheid dat Score Promotions in 1987 al kennis heeft gekregen van het Shoppingspel wordt door het hof in rov. 10 als onaanmerkelijk van de hand gewezen.

6 Het hof doelt kennelijk op rov. 8 van het tussenarrest.
